

Prof. Dr. Peter Rott, Carl von Ossietzky Universität Oldenburg

BAFIN – VERZÄHNUNG ZWISCHEN ZIVILRECHTLICHEM UND BE- HÖRDLICHEM VERBRAUCHER- SCHUTZ

Gutachten im Auftrag des Verbraucherzentrale Bundesverbands e.V.

8. Mai 2023

Gefördert durch:



Bundesministerium
für Umwelt, Naturschutz, nukleare Sicherheit
und Verbraucherschutz

aufgrund eines Beschlusses
des Deutschen Bundestages

Impressum

Verbraucherzentrale
Bundesverband e.V.

Team
Finanzmarkt

Rudi-Dutschke-Str. 17
10969 Berlin

Finanzen@vzbv.de

ZUSAMMENFASSUNG

Die kollektive Rechtsdurchsetzung durch die Verbraucherorganisationen, allen voran durch den Verbraucherzentrale Bundesverband (vzbv) und die Verbraucherzentralen, hat in den vergangenen Jahren vieles erreicht, und sie wird mit Blick auf die Zukunft durch die Einführung der Abhilfeklage zur Umsetzung der Verbandsklagen-Richtlinie (EU) 2020/1828 weiter gestärkt, wenn auch die konkrete Art der Umsetzung einige Probleme der zivilrechtlichen Rechtsdurchsetzung nicht löst. Auch zusätzliche Maßnahmen wie die Zuweisung der Unterlassungsklage zum Oberlandesgericht (§ 6 UKlaG-RefE) und die Erleichterung der Gewinnabschöpfung nach § 10 UWG-RefE sind ausdrücklich zu begrüßen und können zur Effektivität der Durchsetzung des Verbraucherrechts beitragen.

Auch diese Maßnahmen werden aber das Bedürfnis nach einer zusätzlichen behördlichen Rechtsdurchsetzung durch die BaFin nicht beseitigen. Dieser verbleiben gegenüber der zivilrechtlichen Rechtsdurchsetzung einige Vorteile im Bereich der Informationsgewinnung durch behördliche Ermittlungsbefugnisse, durch die Möglichkeit der sofortigen Vollstreckbarkeit von Entscheidungen und durch die Breitenwirkung von Allgemeinverfügungen.

Für ihre Tätigkeit in der Rechtsdurchsetzung benötigt die BaFin allerdings eine sichere Rechtsgrundlage. Diese bietet § 4 Abs. 1a FinDaG derzeit nicht, denn sowohl die Voraussetzungen für das Tätigwerden als auch die Maßnahmen, die ihr zur Verfügung stehen, sind nicht deutlich formuliert und deshalb in Lehre und Rechtsprechung umstritten. Dies wiederum erhöht das Risiko für die BaFin und kann sich hemmend auf ihre Durchsetzungstätigkeit auswirken. Da ein Hauptstreitpunkt in der Diskussion um die Durchsetzungsbefugnisse der BaFin im ungeklärten Verhältnis der behördlichen zur zivilgerichtlichen Rechtsdurchsetzung liegt, sollte auch dieses präziser und effizienter geregelt werden.

Unbestritten ist, dass die BaFin eine wichtige Rolle bei der Erzielung von Breitenwirkung höchstrichterlicher zivilrechtlicher Urteile spielen kann und sollte. Dies sollte als Soll-Vorschrift in § 4 Abs. 1a FinDaG aufgenommen werden. Klar ist aber auch, dass dies nicht abschließend sein kann, weil auch andere Gründe für ein Einschreiten der BaFin vorliegen können, etwa die besondere Eilbedürftigkeit, auf die die BaFin mit der Anordnung der sofortigen Vollziehbarkeit von Verwaltungsakten reagieren kann. Das Primat des Zivilrechts sollte hier nicht in Form einer strengen Erforderlichkeitsprüfung sichergestellt werden, sondern in einer weicheren Vorschrift, nach der die BaFin unter Beachtung insbesondere der kollektiven zivilrechtlichen Rechtsdurchsetzung insbesondere durch die Verbraucherorganisationen nach pflichtgemäßem Ermessen tätig werden soll.

Ergänzend sollte die Kooperation zwischen der BaFin und auch anderweitig im Gesetz privilegierten Verbraucherorganisationen, an erster Stelle der vzbv, verbessert werden. Dazu sollte insbesondere die Verschwiegenheitsverpflichtung der BaFin gegenüber dem vzbv aufgehoben werden. Die BaFin könnte dann Erkenntnisse aus Ermittlungsmaßnahmen an den vzbv weitergeben, der dann auf dieser Grundlage die Durchsetzung des Verbraucherrechts betreiben könnte. Dies würde weiter dazu beitragen, das in der Lehre so vehement geforderte Primat des Zivilrechts zu sichern.

Gleichzeitig sollten die der BaFin zur Verfügung stehenden Maßnahmen konkretisiert werden. Dazu sollte die Generalklausel der „geeigneten und erforderlichen“ Maßnahmen durch einen Beispielskatalog ergänzt werden, der neben dem Bußgeld und der

Unterlassungsverfügung auch Beseitigungsmaßnahmen wie die Verpflichtung zur Information der betroffenen Verbraucher:innen und Rückzahlungsanordnungen enthält. Unterlassungsverfügungen und Rückzahlungsanordnungen sollte verjährungshemmende Wirkung zukommen.

Streitigkeiten, die aus Maßnahmen der BaFin aufgrund eines Missstands in Form der Verletzung von Vorschriften des zivilrechtlichen Verbraucherschutzes (bei Finanzdienstleistungen) resultieren, sollten den ordentlichen Gerichten zugewiesen werden, um Divergenzen in der Rechtsprechung zu vermeiden. Entsprechend der neuen Zuweisung von Unterlassungs- und Verbandsklagen zu den Oberlandesgerichten wäre auch hier an einen zweistufigen Rechtsweg zu denken, der bei den Oberlandesgerichten beginnt.

Ein „Overenforcement“, wie es gelegentlich seitens der Wirtschaft kolportiert wird, ist durch diese Verbesserungen nicht zu befürchten. Ein solches läge frühestens vor, wenn Sanktionen über die Kompensation von Ansprüchen hinaus nicht nur verhängt werden könnten, sondern in der Praxis auch verhängt würden. Davon kann derzeit keine Rede sein, und auch die vorgeschlagenen Verbesserungen in den Rechtsdurchsetzungsmöglichkeiten der BaFin würden lediglich eine Annäherung an die Ziele effektiverer Prävention und vollen Schadensausgleichs bewirken.

INHALT

I. EINLEITUNG UND PROBLEMAUFRISS	6
II. RECHTSDURCHSETZUNG DURCH VERBRAUCHERORGANISATIONEN	8
1. Einführung	8
2. Rechtliche Grenzen der einzelnen Verfahrensarten.....	9
2.1 Die Unterlassungsklage	9
2.2 Die Beseitigungsklage	11
2.3 Die Sammelklage	12
2.4 Die Gewinnabschöpfungsklage	13
2.5 Die Musterfeststellungsklage	15
2.6 Die zukünftige Abhilfeklage.....	16
3. Beschränkte Ressourcen.....	18
3.1 Personelle Ressourcen.....	18
3.2 Finanzielle Ressourcen	19
4. Die zivilrechtliche Natur der Rechtsdurchsetzung	21
4.1 Beibringungsgrundsatz und Beweislast	22
4.2 Vollstreckung	23
5. Fazit	23
III. RECHTSDURCHSETZUNG DURCH DIE BAFIN	25
1. Verfassungsmäßigkeit	26
1.1 Verbraucherrecht als öffentliche Aufgabe	26
1.2 Überlegene Kompetenz der Zivilgerichte?	27
1.3 Der richtige Gerichtszweig	28
1.4 Fazit	28
2. § 4 Abs. 1a FinDaG im Einzelnen	29
2.1 § 4 Abs. 1a FinDAG als Kompetenzgrundlage.....	29
2.2 Voraussetzungen des Tätigwerdens.....	29
2.3 Befugnisse.....	33
2.4 Rechtsweg.....	38
3. Vorteile gegenüber den Verbraucherorganisationen	39
3.1 Erfahrung.....	39
3.2 Informationsgewinnung.....	39
3.3 Schnelligkeit?	41
3.4 Breitenwirkung.....	42
4. Verbesserungsmöglichkeiten.....	42
4.1 Beseitigung von Rechtsunsicherheit	42
4.2 Vermeidung von Divergenzen in der Rechtsprechung	43
4.3 Hemmung der Verjährung von Individualansprüchen.....	44
IV. VERZAHNUNG	45

1. Gegenseitige Information.....	45
1.1 Information über Verstöße	45
1.2 Information über Verfahren	46
2. Koordinierung von Verfahren	47
2.1 Aufgabenteilung.....	47
2.2 Die Verhältnismäßigkeit der Sanktion	47
V. ZUSAMMENFASSUNG	49
VI. BIBLIOGRAPHIE	51

I. EINLEITUNG UND PROBLEMAUFRISS

Die vorliegende Studie steht im Kontext der Reform der Bundesanstalt für Finanzdienstleistungsaufsicht (BaFin), die insbesondere durch den Wirecard-Skandal ausgelöst wurde. Nachdem 2021 bereits das Finanzmarktintegritätsstärkungsgesetz¹ (FISG) erlassen wurde, soll der Reformprozess nach dem Koalitionsvertrag zwischen SPD, Bündnis 90/Die Grünen und FDP für die Jahre 2021 bis 2025 fortgesetzt werden.²

Notwendig ist es, bei dieser Gelegenheit die Kompetenzen der BaFin bei der Durchsetzung von Verbraucherrecht in den Blick zu nehmen, auch wenn dieser Punkt im Koalitionsvertrag nicht explizit angesprochen wird. Diese sind nicht nur in der Lehre heftig umstritten, sondern haben auch schon zu einer Reihe von gerichtlichen Verfahren geführt.³ Zu diesen wird zweifellos der Streit um die Allgemeinverfügung der BaFin vom 21.6.2021 zum Thema Prämiensparverträge⁴ hinzukommen, gegen die mehr als 1.100 Kreditinstitute Widerspruch eingelegt haben.⁵

Die Durchsetzung des Verbraucherrechts im Bereich der Finanzdienstleistungen durch die BaFin trat im Jahre 2015 mit der Einfügung des § 4 Abs. 1a FinDAG⁶ zu der traditionellen Rechtsdurchsetzung durch die Verbraucherorganisationen als „qualifizierte Einrichtungen“ i.S.d. § 3 Abs. 1 Nr. 1 UKlaG hinzu. § 4 Abs. 1a FinDAG erlaubt es der BaFin, unter bestimmten Voraussetzungen „Anordnungen (zu) treffen, die geeignet und erforderlich sind, um verbraucherschutzrelevante Missstände zu verhindern oder zu beseitigen, wenn eine generelle Klärung im Interesse des Verbraucherschutzes geboten erscheint.“ Einigkeit besteht allgemein darüber, dass die Befugnisse der BaFin die Rechtsdurchsetzung durch die Verbraucherorganisationen ergänzen, nicht aber ersetzen soll. Kontrovers diskutiert wird hingegen de lege lata, wie weit der Vorrang der zivilrechtlichen Rechtsdurchsetzung reicht, und rechtspolitisch, wie weit er reichen soll.

Aus der Perspektive des Verbraucherschutzes ist ein Zusammenwirken beider Akteure bzw. Rechtsdurchsetzungsmechanismen wünschenswert, in dem beide ihre Stärken nutzen bzw. die Schwächen des anderen kompensieren können. Dieses optimale Zusammenwirken auszuloten und entsprechende Vorschläge zur Weiterentwicklung des geltenden Rechts zu machen, ist Ziel des vorliegenden Gutachtens.

Dazu werden im ersten Hauptteil (II.) die Stärken, aber auch die Schwächen des kollektiven zivilrechtlichen Rechtsschutzes analysiert. In den Blick zu nehmen sind dabei zunächst die Unterlassungsklage und die mit einiger Rechtsunsicherheit behaftete Beseitigungsklage, bei der insbesondere noch nicht höchstrichterlich geklärt ist, ob sie für

¹ Gesetz zur Stärkung der Finanzmarktintegrität (Finanzmarktintegritätsstärkungsgesetz – FISG) vom 3.6.2021, BGBl. 2021 I, 1534.

² Mehr Fortschritt wagen, Koalitionsvertrag zwischen SPD, Bündnis 90/Die Grünen und FDP, 2021, <https://www.bundesregierung.de/resource/blob/974430/1990812/04221173eef9a6720059cc353d759a2b/2021-12-10-koav2021-data.pdf?download=1>, 135.

³ Vgl. etwa VG Frankfurt a.M., 24.6.2021 - 7 K 2237/20.F, VuR 2021, 430.

⁴ BaFin, Allgemeinverfügung bezüglich Zinsanpassungsklauseln bei Prämiensparverträgen, 21.6.2021, https://www.bafin.de/SharedDocs/Veroeffentlichungen/DE/Aufsichtsrecht/Verfuegung/vf_210621_allgvgf_Zinsanpassungsklauseln_Praemiensparvertraege.html?nn=9021442.

⁵ Vgl. BaFin, Prämiensparverträge: BaFin-Anordnung gegenüber Kreditinstituten wegen Rechtsbehelfen vorerst nicht umfassend vollziehbar, 9.9.2021, https://www.bafin.de/SharedDocs/Veroeffentlichungen/DE/Meldung/2021/meldung_2021_09_09_Praemiensparvertraege.html.

⁶ Vgl. Art. 1 Nr. 1 Kleinanlegerschutzgesetz vom 3.7.2015, BGBl. 2015 I, 1114.

die Geltendmachung von Rückzahlungsansprüchen von Verbraucher:innen genutzt werden kann. Darüber hinaus sind die Musterfeststellungsklage sowie die neue Verbandsklage zu berücksichtigen. Die Verbandsklagen-Richtlinie (EU) 2020/1828⁷ ist zwar in Deutschland noch nicht umgesetzt, aber aus dem Referentenentwurf des Bundesministeriums der Justiz (BMJ) vom 16.2.2023 lassen sich die wesentlichen Konturen ersehen.

Vor dem Hintergrund der aktuellen und zukünftigen zivilrechtlichen Rechtsdurchsetzung wird dann im zweiten Hauptteil (III.) erörtert, inwieweit die behördliche Rechtsdurchsetzung die zivilrechtliche Rechtsdurchsetzung ergänzen kann. In diesem Zusammenhang ist einerseits die geltende Rechtslage zu analysieren (III.1.), andererseits zu ermitteln, wie die Rechtsdurchsetzung durch die BaFin verbessert werden kann, um das Ziel einer insgesamt möglichst umfassenden und effektiven Rechtsdurchsetzung zu erreichen (III.2.).

Das Gutachten schließt mit Vorschlägen für eine Neufassung des § 4 Abs. 1a FinDAG und mögliche weitere Regelungen im Finanzaufsichtsrecht sowie für die Umsetzung der Verbandsklagen-Richtlinie und gegebenenfalls eine Reform anderer bestehender Instrumente des kollektiven Rechtsschutzes, insbesondere der Musterfeststellungsklage (IV.).

⁷ ABl. 2020, L 409/1.

II. RECHTS DURCHSETZUNG DURCH VERBRAUCHERORGANISATIONEN

1. EINFÜHRUNG

Die Verbraucherorganisationen, darunter prominent die Verbraucherzentralen und ihr Bundesverband, der vzbv, sind seit Jahrzehnten mit der Durchsetzung des Verbraucherrechts befasst. Eine Verbandsklage kennt das UWG schon seit 1965, im Jahre 1976 wurde sie mit den §§ 13 ff. AGBG für die Kontrolle Allgemeiner Geschäftsbedingungen eingeführt. In Umsetzung der ersten Unterlassungsklagen-Richtlinie 98/27/EG folgte mit § 22 AGBG a.F. eine Erweiterung auf verbraucherrechtswidrige Praktiken im Allgemeinen. Seit 2001 finden sich die maßgeblichen Vorschriften im Unterlassungsklagengesetz (UKlaG).

Als weitere Instrumente des kollektiven Rechtsschutzes, die alle zumindest den Verbraucherzentralen und dem vzbv zur Verfügung stehen, kamen 2001 die Sammelklage, 2004 der Gewinnabschöpfungsanspruch nach § 10 UWG und 2019 die Musterfeststellungsklage hinzu.

Allein aus dieser Zusammenstellung ist die erhebliche Erfahrung der Verbraucherzentralen und des vzbv mit der Durchsetzung des Verbraucherrechts abzulesen. Diese bezieht sich gerade auch auf das Recht der Finanzdienstleistungen, wobei hier mittlerweile teilweise eine Spezialisierung erfolgt ist. Versicherungsrechtliche Verfahren werden schwerpunktmäßig von der Verbraucherzentrale Hamburg geführt, Verfahren gegen Bausparkassen von der Verbraucherzentrale Baden-Württemberg. Im Bereich Finanzdienstleistungen ist neben dem vzbv auch die Verbraucherzentrale Sachsen aktiv.

Auch die noch junge Musterfeststellungsklage wurde bereits genutzt. Von den bislang 34 im Klageregister bekanntgemachten Verfahren⁸ stammten und stammen 30 aus dem Bereich der Verbraucherzentralen. Von diesen beziehen sich 18 auf Prämiensparverträge und zwei auf Änderungsklauseln in Kontoführungsverträgen⁹ im Anschluss an das Postbank-Urteil des BGH.¹⁰

Allerdings sind über die Jahre auch Grenzen der Rechtsdurchsetzung durch Verbraucherorganisationen deutlich geworden. Diese beziehen sich zum Teil auf die gesetzliche Ausgestaltung oder die gerichtliche Handhabung der einzelnen Formen des kollektiven Rechtsschutzes, zum Teil auf die Ressourcen der Verbraucherorganisationen und zum Teil auf die zivilrechtliche Natur der Rechtsdurchsetzung.

⁸ Vgl. die Auflistung unter https://www.bundesjustizamt.de/DE/Themen/Verbraucherrechte/Musterfeststellungsklagen/Klageregister/Klageregister_node.html (Stand 21.2.2023). Eine Klage der Schutzgemeinschaft für Bankkunden gegen die VW-Bank wurde gar nicht erst bekanntgemacht (vgl. BGH, 17.11.2020 – IX ZB 1/19).

⁹ vzbv gegen Sparkasse KölnBonn, Az. I-31 MK 1/21 beim OLG Hamm, und vzbv gegen die Berliner Sparkasse, Niederlassung der Landesbank Berlin AG, Az. 26 MK 1/21 beim KG Berlin.

¹⁰ BGH, 27.4.2021 – XI ZR 26/20, VuR 2021, 421.

2. RECHTLICHE GRENZEN DER EINZELNEN VERFAHRENSARTEN

2.1 Die Unterlassungsklage

Verbraucherorganisationen als qualifizierten Einrichtungen i.S.d. § 3 Abs. 1 UKlaG stehen die AGB-Verbandsklage nach § 1 UKlaG, die Klage wegen Verstoßes gegen Verbraucherschutzgesetze nach § 2 UKlaG sowie die lauterkeitsrechtliche Unterlassungsklage nach § 8 Abs. 1 UWG zur Verfügung. Inhaltlich decken diese die gesamte Palette des Verbraucherrechts ab, einschließlich Randbereichen wie Vorschriften aus dem Recht der erneuerbaren Energien oder dem Heilmittelrecht. Geklärt ist nun auch die Klagebefugnis für Unterlassungsklagen auf dem Gebiet des Datenschutzrechts, gegen deren Zulassung in § 2 Abs. 2 Satz 1 Nr. 11 UKlaG¹¹ unionsrechtliche Bedenken geltend gemacht worden waren.¹² Diese hat der EuGH in der Rechtssache *Meta Platforms Ireland* ausgeräumt.¹³

Einschränkungen ergeben sich primär aus der Natur der Unterlassungsklage und aus ihrer Wirkung nur *inter partes*.

2.1.1. Klageziel Unterlassung

Die Unterlassungsklage ist auf ein zukünftiges Unterlassen der Verwendung einer missbräuchlichen Klausel oder das zukünftige Unterlassen einer verbraucherschutzrechtswidrigen Praxis gerichtet, hat aber keine kompensatorische und damit auch kaum abschreckende Wirkung.¹⁴

Einzelne Verbraucher:innen müssen trotz eines Unterlassungsurteils in einem Verbandsklageverfahren seinen Anspruch gegebenenfalls gerichtlich geltend machen. Tatsächlich ist dies häufig erforderlich, denn viele Unternehmer sind trotz eines Unterlassungsurteils nicht bereit, die geschädigten Verbraucher:innen von sich aus oder auch nach nur außergerichtlicher Geltendmachung des Anspruchs zu entschädigen, so dass eine Durchsetzung des Individualanspruchs im Klageweg erforderlich ist.¹⁵ Das Urteil im Verbandsklageverfahren ist nur insoweit hilfreich, als im Falle einer unwirksamen Klausel in Allgemeinen Geschäftsbedingungen der durch rechtskräftiges Urteil erkannte Verstoß für das nachfolgende Individualverfahren bereits bindend festgestellt ist, wenn der Unternehmer die Klausel anschließend weiter verwendet und soweit sich Verbraucher:innen auf die Wirkung des Unterlassungsurteils beruft (§ 11 UKlaG). Da Verbraucher:innen aber bekanntlich vor Klagen zurückscheuen, ist die präventive Wirkung der Unterlassungsklage eher gering.¹⁶

¹¹ Vgl. dazu nur *Halfmeier*, Die neue Datenschutzverbandsklage, NJW 2016, 1126 ff.

¹² Prominent *Köhler*, Durchsetzung der DS-GVO - eine Aufgabe auch für Mitbewerber oder zumindest für Verbraucherverbände?, WRP 2019, 1279, 1284 ff.

¹³ EuGH, 28.4.2022, Rs. C-319/20 *Meta Platforms Ireland*, ECLI:EU:C:2022:322; dazu *Rott*, Anmerkung, VuR 2022, 396 ff.

¹⁴ Vgl. auch *Poelzig*, Durchsetzung von Verbraucherrechten durch Zivilgerichte und die BaFin, BKR 2021, 589, 591.

¹⁵ Vgl. die anschauliche Schilderung des Verhaltens von E.ON bei *Hörmann*, Massenschäden in der Praxis – aus Sicht der Verbraucherzentralen, VuR 2016, 81 f. Anders die Wahrnehmung des Bankensektors bei *Edelmann/Schultze/Höldampf*, Grenzen der Eingriffsbefugnisse der BaFin gegenüber Kreditinstituten nach § 4 Abs. 1a FinDAG, BB 2021, 835, 842.

¹⁶ Vgl. aus rechtsökonomischer Sicht etwa *Towfigh/Chatziathanasiou* Ökonomische Aspekte der Durchsetzung des Verbraucherschutzrechts, in Schulte-Nölke (Hrsg.). Neue Wege zur Durchsetzung des Verbraucherrechts, 2016, 100, 105.

2.1.2 Keine Hemmung der Verjährung von Individualansprüchen

Dazu kommt ergänzend, dass Rechtssicherheit durch eine BGH-Entscheidung regelmäßig erst hergestellt wird, wenn Individualansprüche, etwa aufgrund einer unwirksamen AGB-Klausel, bereits verjährt sind. Die regelmäßige Verjährungsfrist beträgt nach § 195 BGB drei Jahre, sie beginnt nach § 199 Abs. 1 BGB mit dem Schluss des Jahres, in dem 1. der Anspruch entstanden ist und 2. der oder die Verbraucher:innen von den den Anspruch begründenden Umständen und der Person des Schuldners Kenntnis erlangt oder ohne grobe Fahrlässigkeit erlangen müsste. Die grundsätzliche Klärung von Rechtsfragen durch den BGH hingegen nimmt Jahre in Anspruch, zumal dieser zahlreiche verbraucherrechtliche Rechtsfragen dem EuGH vorlegen muss, was zu weiteren Verzögerungen führt. Vorlageverfahren beim EuGH dauerten zuletzt – trotz der Nutzung besonders schneller Verfahren wie dem Eilvorabentscheidungsverfahren, der Entscheidung mit Vorrang, dem beschleunigte Verfahren, dem vereinfachten Verfahren und der Entscheidung ohne Schlussanträge des Generalanwalts – 15 Monate. Im *RWE*-Verfahren zu Gaspreiserhöhungsklauseln etwa wurde die erstinstanzliche Klage am 30.10.2006 rechtshängig, das endgültige Urteil des BGH erging am 31.7.2013. Das Verfahren betraf einen Sachverhalt, der bei Tausenden Verbraucher:innen einschlägig war.

Zwar hat die Rechtsprechung zum Teil geholfen, indem sie annimmt, dass die Rechtsunkenntnis des Gläubigers den Verjährungsbeginn ausnahmsweise hinausschieben kann, wenn eine unsichere und zweifelhafte Rechtslage vorliegt, die selbst ein rechtskundiger Dritter nicht zuverlässig einzuschätzen vermag.¹⁷ Prominentes Beispiel hierfür ist der Rechtsstreit um die Bearbeitungsgebühren, die Banken bei der Vergabe von Verbraucherdarlehen zu Unrecht in Rechnung stellten.¹⁸ Hier nahm der BGH einen Verjährungsbeginn erst mit Ablauf des Jahres an, in dem sich eine gefestigte oberlandesgerichtliche Rechtsprechung herausgebildet hatte, die formularmäßige Bearbeitungsentgelte entgegen der älteren Rechtsprechung des *BGH* missbilligte. Auch die Klärung dieser Verjährungsfrage setzte aber wiederum eine Entscheidung des Bundesgerichtshofs voraus.¹⁹

Dieses Problem wird sich allerdings mit der Umsetzung der Verbandsklagen-Richtlinie (EU) 2020/1828 erledigen, da diese die Hemmung der Verjährung vorsieht. Nach Art. 7 Nr. 2 VRUG-RefE soll ein neuer § 204a Abs. 1 Nr. 2 BGB eingeführt werden, der die Verjährung von Ansprüchen von Verbraucher:innen gegenüber Unternehmern hemmt, wenn eine qualifizierte Einrichtung eine Unterlassungsklage erhebt. Dasselbe gilt nach § 204a Abs. 1 Nr. 1 BGB-RefE, wenn ein entsprechender Antrag auf einstweilige Verfügung zugestellt wird.

¹⁷ Vgl. BGH, 19.3.2008 - III ZR 220/07, NJW-RR 2008, 1237.

¹⁸ Vgl. BGH, 13.5.2014 -- XI ZR 405/12, NJW 2014, 2420.

¹⁹ Vgl. dazu BGH, 28.10.2014 - XI ZR 348/13, NJW 2014, 3713.

Hinzu kommt, dass die Unterlassungsklage in Zukunft nach § 6 Abs. 1 Satz 1 UKlaG-RefE direkt beim Oberlandesgericht einzureichen ist, wie dies schon bei ihrer Einführung mit dem AGBG von 1976 zum Teil gefordert worden war.²⁰ Ziel schon der sachlichen Zuständigkeit des Landgerichts war es, bereits im ersten Rechtszug „eine besonders qualifizierte Richterbank zur Verfügung zu stellen“ und grundsätzlich den Rechtsweg zum BGH zu eröffnen.²¹ Für die Zuständigkeit der Oberlandesgerichte wurde die Beschleunigung der Erledigung des Rechtsstreits durch qualifizierte Spruchkörper ins Feld geführt, während die Gegenseite u.a. eine Überlastung der Oberlandesgerichte befürchtete.²² Bei der Neuregelung in § 6 Abs. 1 Satz 1 UKlaG-RefE spielt sicher eine Sogwirkung der Abhilfeklage eine Rolle, die durch § 3 VDuG-RefE gleich der Musterfeststellungsklage den Oberlandesgerichten zugewiesen werden soll. Ziel der Neuregelung ist jedenfalls die Verfahrensbeschleunigung.²³

2.1.3. Wirkung *inter partes*

Die Wirkung einer Unterlassungsklage einschließlich in Zukunft der Hemmung der Verjährung tritt allerdings nur *inter partes* ein. Selbst bei der Verwendung vergleichbarer AGB-Klauseln durch eine homogene Gruppe von Unternehmen, etwa der Sparkassen, müsste eine qualifizierte Einrichtung jedes Unternehmen einzeln abmahnen und notfalls verklagen, um eine Breitenwirkung zu erzielen.²⁴ Natürlich erleichtert ein höchstgerichtliches Urteil die Argumentation gegenüber Verwendern einer identischen Klausel und kann so eine faktische Breitenwirkung erzielen. In diesem Zusammenhang war in der Vergangenheit aber zu beobachten, dass Unternehmen sich – letztlich erfolglos – auf kleine Abweichungen der von ihnen verwendeten Klausel im Vergleich zu der gerichtlich als unwirksam beurteilten Klausel beriefen, so dass ein erneutes Verfahren bis in die höchste Instanz erforderlich war, um den Verstoß zu beenden.

2.2 Die Beseitigungsklage

Neben der Unterlassungsklage kennt § 2 UKlaG die Beseitigungsklage, ohne genau zu bestimmen, welchen Inhalt diese hat. Dasselbe gilt für § 8 Abs. 1 UWG. § 1 UKlaG sieht sie hingegen für unwirksame AGB nicht vor. Unter Verweis auf eine frühere Entscheidung zum Verbrauchsgüterkaufrecht²⁵ hat der BGH, insofern aber § 8 Abs. 1 UWG zur Anwendung gebracht, weil die Verwendung unwirksamer Allgemeiner Geschäftsbedingungen regelmäßig den Erfordernissen fachlicher Sorgfalt widerspreche. Die im konkreten Fall in Rede stehenden Verstöße gegen §§ 307, 308 Nr. 1 und 309

²⁰ Vgl. den Bericht des Rechtsausschusses zu den Gesetzesentwürfen der CDU/CSU-Fraktion und der Bundesregierung, BT-Drucks. 7/5422, 3. Die CDU/CSU-Fraktion sprach sich für die Zuständigkeit der Landgerichte aus, die Fraktionen der SPD und der FDP wollten speziell für die Verbandsklage die Zuständigkeit der Oberlandesgerichte bestimmen. Im Vermittlungsausschuss hat sich dann die CDU/CSU durchgesetzt, vgl. BT-Drucks. 7/5636.

MüKo-ZPO – *Micklitz/Rott*, § 6 UKlaG Rn. 1.

²¹ Vgl. den Entwurf eines Gesetzes über allgemeine Geschäftsbedingungen der Fraktion der CDU/CSU, BT-Drucks. 7/3200, 23.

²² Vgl. den Bericht des Rechtsausschusses, BT-Drucks. 7/5422, 15.

²³ Vgl. RefE, 126.

²⁴ Vgl. auch *Stadler/Klöpper*, Drittwirkung von Urteilen aufgrund von Verbands-Unterlassungsklagen nach §§ 1, 2 UKlaG?, VuR 2012, 343; *Poelzig*, BKR 2021, 589, 591.

²⁵ BGH, 31.3.2010 - I ZR 34/08, NJW 2011, 76.

Nr. 7a BGB seien auch geeignet gewesen, die wirtschaftlichen Interessen des Durchschnittsverbrauchers spürbar zu beeinflussen. Trotz ihrer Unwirksamkeit können Vertragsklauseln, die gegen die genannten Verbote verstoßen, Verbraucher:innen davon abhalten, berechnete Ansprüche gegen den Verwender geltend zu machen.²⁶ Damit steht den Verbraucherverbänden bei AGB-Verstößen nicht nur der Unterlassungsanspruch, sondern auch der Beseitigungsanspruch des § 8 UWG zur Verfügung.²⁷

Inhaltlich erfasst auch die Beseitigungsklage damit das gesamte Verbraucherrecht. Unklar ist allerdings, welche Form der Beseitigung eines Verstoßes gefordert werden kann. Anerkannt hat der BGH bereits einen Anspruch darauf, dass der Unternehmer die von einem von ihm begangenen Verstoß betroffenen Verbraucher:innen von diesem Verstoß informiert und sie über ihre daraus folgenden Rechte aufklärt.²⁸

Ob darüber hinaus die Möglichkeit einer Beseitigungsklage mit dem Ziel der Rückzahlung zu Unrecht eingemommener oder einbehaltener Beträge gegeben ist, ist bislang nicht höchstrichterlich entschieden. Das LG Leipzig²⁹ und das OLG Dresden³⁰ haben diese Möglichkeit auf eine Klage der Verbraucherzentrale Sachsen gegen die Volksbank Dresden grundsätzlich akzeptiert.³¹ In der Literatur ist diese Möglichkeit auf zum Teil heftige Ablehnung gestoßen.³² Gegen die Entscheidung des OLG Dresden hatte die Volksbank Dresden zunächst Revision eingelegt,³³ diese aber dann wieder zurückgenommen, so dass eine höchstrichterliche Klärung nicht erfolgt ist. Durch die Umsetzung der Verbandsklage-Richtlinie (EU) 2020/1828 wird sich das Problem für die Zukunft erledigen.

2.3 Die Sammelklage

Die Muster- und Sammelklage wurde zunächst 2001 durch Art. 1 § 3 Nr. 8 des Rechtsberatungsgesetzes (RBERG) eingeführt.³⁴ Das Rechtsberatungsgesetz regelte, wer in welchen Fällen zur Besorgung von Rechtsangelegenheiten zugelassen war. Den Verbraucherorganisationen stand dieses Recht ursprünglich nicht zu. Durch Art. 1 § 3 Nr. 8 RBERG wurde staatlich geförderten Verbraucherorganisationen, also primär dem vzbv und den Verbraucherzentralen, die gerichtliche Einziehung fremder und zu Einziehungszwecken abgetretener Forderungen von Verbraucher:innen gestattet, wenn dies im Interesse des Verbraucherschutzes erforderlich ist. Partei des Verfahrens ist auf

²⁶ BGH, 31.5.2012 – I ZR 45/11, NJW 2012, 3577, 3580 f.; ebenso BGH, 14.12.2017 – I ZR 184/15, GRUR 2018, 423, 428 f.

²⁷ BGH, 14.12.2017 – I ZR 184/15, GRUR 2018, 423, 428 f.; vgl. auch *Rott*, Der Folgenbeseitigungsanspruch der Verbraucherverbände, VbR 2016, 172, 175. A.A. noch OLG Stuttgart, 7.8.2015 – 2 U 107/14, WM 2016, 308; *Bunte*, Folgenbeseitigungsanspruch nach dem UWG bei unzulässigen AGB-Klauseln?, ZIP 2016, 956, 960.

²⁸ BGH, 14.12.2017 – I ZR 184/15, GRUR 2018, 423, 428.

²⁹ LG Leipzig, 10.12.2015 – 05 O 1239/15, VuR 2016, 109, 110 f., m. Anm. *Rott*.

³⁰ OLG Dresden, 10.4.2018 – 14 U 82/16, VuR 2018, 266 m. Anm. *Hummel*.

³¹ Zust. *Rott*, VbR 2016, 172 ff.

³² Vgl. *Bunte*, ZIP 2016, 956 ff.; *Baldus/Siedler*, Kompensation von „Streuschäden“ im Bankgeschäft nach § 8 UWG?, BKR 2018, 412 ff.; *Schultheiß*, Der Folgenbeseitigungsanspruch bei unwirksamen AGB, WM 2019, 9 ff.; *Köhler*, Der wettbewerbsrechtliche Beseitigungsanspruch – ein Folgenbeseitigungsanspruch?, WRP 2019, 269 ff.

³³ Az. XI ZR 252/18.

³⁴ Ausf. *Rott*, Kollektive Klagen von Verbraucherverbänden in Deutschland, in: Casper u.a. (Hrsg.), Auf dem Weg zu einer europäischen Sammelklage?, 2009, 259, 264 ff.

Klägerseite nur der Verbraucherverband, eine erstrittene Zahlung wird an den oder die Verbraucher:innen ausgereicht.

Das RBerG wurde im Juli 2008 durch das Rechtsdienstleistungsgesetz (RDG) abgelöst, dessen § 8 Abs. 1 Nr. 4 den Verbraucherzentralen und anderen mit öffentlichen Mitteln geförderten Verbraucherverbänden die Erbringung von Rechtsdienstleistungen gestattet. Für die Sammelklage zentral war die Neufassung des § 79 ZPO, mittels dessen die Verbraucherverbände eine generelle Vertretungsbefugnis für die Einziehung von Forderungen von Verbraucher:innen im Rahmen ihres Aufgabenbereichs erlangt haben. Die Sammelklage erfasst jede Art von Anspruch. Nach § 79 Abs. 2 S. 2 Nr. 3 ZPO ist allein entscheidend, dass die Klagetätigkeit zum Aufgabengebiet der öffentlich geförderten Verbraucherorganisation gehört. Neben Schadensersatzansprüchen kommen insbesondere Rückzahlungsansprüche aus ungerechtfertigter Bereicherung wegen Zahlung überhöhter Forderungen in Betracht.³⁵

Der Vorteil der Sammelklage liegt primär in den degressiven Anwalts- und Gerichtskosten. Damit reduziert sich insgesamt das Prozessrisiko des Verbraucherverbands erheblich. Für die Verbraucher:innen, deren Ansprüche vom Verbraucherverband geltend gemacht werden, besteht keinerlei Prozessrisiko, dieses trägt allein der klagende Verbraucherverband.

Die Grenzen der Sammelklage liegen weniger im Rechtlichen als im Praktischen, nämlich in der Organisation der Sammelklage und im Prozesskostenrisiko (dazu infra, II. 3.). Daneben ist die fehlende Breitenwirkung zu beachten. Die Einreichung einer Sammelklage hemmt die Verjährung derjenigen Ansprüche, die nicht an der Sammelklage teilnehmen, nicht. Bis zu einer rechtskräftigen Entscheidung über eine Sammelklage, die Rechtssicherheit schafft, können aber mehr als die für die Verjährungsfrist nach § 195 BGB relevanten drei Jahre ins Land gehen. Bei ihrer Klage gegen RWE, die sogar den Europäischen Gerichtshof erreichte,³⁶ klagte die Verbraucherzentrale Nordrhein-Westfalen für 25 Verbraucher:innen. Die erstinstanzliche Klage wurde am 30.10.2006 rechtshängig, das endgültige Urteil des BGH erging am 31.7.2013. Das Verfahren betraf einen Sachverhalt, der bei Tausenden Verbraucher:innen einschlägig war.

2.4 Die Gewinnabschöpfungsklage

Speziell für den Bereich des Lauterkeitsrechts wurde im Zuge der Novellierung des UWG im Jahre 2004 ein Gewinnabschöpfungsanspruch eingeführt. Hierbei geht es nicht um die kollektive Geltendmachung individueller Ansprüche, sondern um die Abschöpfung des Unrechtsgewinns, den ein Unternehmer durch einen Verstoß gegen das UWG gemacht hat. Da Verstöße gegen Verbraucherschutzrecht zugleich regelmäßig unlautere Geschäftspraktiken darstellen, steht auch dieser Anspruch den Verbraucherverbänden zur Durchsetzung des Verbraucherrechts zur Verfügung.

Mit der Gewinnabschöpfung sollen Unternehmern diejenigen Vorteile genommen werden, die sie sich durch Gesetzesverstöße verschafft haben. Gleichzeitig soll dies einen Abschreckungseffekt haben.³⁷ § 10 UWG soll insbesondere bei sog. Streuschäden eingreifen, bei denen eine Vielzahl von Abnehmern geschädigt ist, aber die einzelnen

³⁵ Ausf. *Burckhardt*, Auf dem Weg zu einer class action in Deutschland?, 2005.

³⁶ EuGH, 21.3.2013, Rs. C-92/11 - *RWE*, ECLI:EU:C:2013:180, umgesetzt durch BGH, 31.7.2013 - VIII ZR 162/09, NJW 2013, 3647.

³⁷ Vgl. die Begründung der Bundesregierung, BT-DrS. 15/1487, 24.

Schäden so gering sind, dass es unwahrscheinlich ist, dass in nennenswertem Umfang Schadensersatzansprüche geltend gemacht werden.³⁸

Der Anspruch nach § 10 UWG ist allerdings nicht zuletzt aufgrund des Erfordernisses, dem Unternehmer Vorsatz nachzuweisen, recht zahnlos.³⁹ Schwierigkeiten bereitet auch die Berechnung des Unrechtsgewinns.⁴⁰ Schließlich hat der BGH ihm endgültig die praktische Relevanz genommen, indem er entschieden hat, dass die Einschaltung eines gewerblichen Prozessfinanzierers, dem ein Anteil am abgeschöpften Gewinn zugesagt wird, nach § 242 BGB unzulässig sei⁴¹ und daran – entgegen der fast einhelligen Kritik in der Lehre⁴² und des OLG Schleswig⁴³ – auch im Anschluss festgehalten hat.⁴⁴ Seine praktische Bedeutung ist daher mittlerweile verschwindend gering.

Der Gewinnabschöpfungsklage soll allerdings im Zuge der Umsetzung der Verbandsklagen-Richtlinie neues Leben eingehaucht werden. Das BMJ reagiert damit einerseits auf die jahrelange Kritik an der mangelnden Handhabbarkeit des § 10 UWG, andererseits auf die Rechtsprechung des BGH, die die bis dahin zwischen den Verbraucherverbänden und dem Bundesamt für Justiz konsentiertere Praxis der Prozessfinanzierung zunichte gemacht hat.⁴⁵ Erstens soll das Vorsatzerfordernis durch das Erfordernis grober Fahrlässigkeit abgelöst werden, so dass die Gewinnabschöpfung schon dann möglich ist, wenn in einem offensichtlich erkennbaren lauterkeitsrechtlichen Grenzbereich gehandelt wird bzw. der Verletzer einem vermeidbaren Rechtsirrtum unterliegt oder sich über die Rechtslage aus Gleichgültigkeit keine Gedanken macht. Weiter soll nach § 10 Abs. 1 Satz 2 UWG-RefE klargestellt werden, dass das Gericht sowohl über die Kausalität der unlauteren Handlung für den Unrechtsgewinn als auch dessen Höhe nach freier Überzeugung unter Würdigung aller Umstände entscheiden kann. Vor allem aber soll in § 10 Abs. 6 UWG-RefE der Einsatz von Prozessfinanzierern ausdrücklich zugelassen werden. Wie bisher in der Praxis gehandhabt, entscheidet das Bundesamt für Justiz. Dieses muss die Einschaltung des Prozessfinanzierers bewilligen, wenn die Klage nicht missbräuchlich und der Vergütungsanspruch des Prozessfinanzierers angemessen und üblich ist. Nicht gelöst wird das Problem, dass der abgeschöpfte Gewinn in den allgemeinen Staatshaushalt fließt, statt dezidiert dem Verbraucherschutz oder gar zukünftigen Klagen zugute zu kommen.

³⁸ Vgl. etwa *Schaub*, Schadensersatz und Gewinnabschöpfung im Lauterkeits- und Immaterialgüterrecht, GRUR 2005, 918.

³⁹ Vgl. *Henning-Bodewig*, Die Gewinnabschöpfung nach § 10 UWG – ein Flop?, GRUR 2015, 731 ff.; *Podszun/Busch/Henning-Bodewig*, GRUR 2018, 1004, 1006.

⁴⁰ Vgl. dazu *Rott*, in: Casper u.a. (Hrsg.), Auf dem Weg zu einer europäischen Sammelklage?, 2009, 259, 272 f.

⁴¹ BGH, 13.9.2018 – I ZR 26/17, NJW 2018, 3581.

⁴² Vgl. nur *Stadler*, Anmerkung, JZ 2019, 203 ff. Umfassend *Scherer*, Gewerbliche Prozessfinanzierung, VuR 2020, 83 ff.; *Hoof*, Missbrauch des Rechtsmissbrauchs zu Lasten des Verbraucherschutzes?, VuR 2021, 163 ff.

⁴³ OLG Schleswig, 14.2.2019 - 2 U 4/18, VuR 2019, 270 m. Anm. *Herbold*.

⁴⁴ BGH, 9.5.2019 – I ZR 205/17, GRUR 2019, 850.

⁴⁵ Vgl. den Referentenentwurf aus dem BMJ, 134 f.

2.5 Die Musterfeststellungsklage

Die Musterfeststellungsklage steht seit dem 1. November 2018 zur Verfügung. Der Anwendungsbereich der Musterfeststellungsklage ist auf Verfahren zwischen Verbraucher:innen und Unternehmern beschränkt, § 606 Abs. 1 ZPO. Weitere Beschränkungen des Anwendungsbereichs finden sich nicht, so dass auch deliktische Ansprüche aus Verschuldens- und Gefährdungshaftung im hier interessierenden Bereich der Finanzdienstleistungen erfasst sind.

Klagebefugt sind nur qualifizierte Einrichtungen i.S.d. § 3 Abs. 1 Nr. 1 UKlaG, die allerdings gegenüber § 4 UKlaG verschärfte Voraussetzungen erfüllen müssen,⁴⁶ die zudem von den Gerichten eng ausgelegt werden.⁴⁷ Für Verbraucherzentralen und andere Verbraucherorganisationen, die überwiegend mit öffentlichen Mitteln gefördert werden, gilt nach § 606 Abs. 1 Satz 4 ZPO wie bei der Sammelklage die unwiderlegbare Vermutung der Erfüllung der Voraussetzungen für die Klagebefugnis. Diesen wurde bislang auch in empirischen Studien ein verantwortungsvoller Umgang mit ihrer Klagebefugnis bescheinigt.⁴⁸ Die unnötig restriktive Klagebefugnis⁴⁹ führt aber dazu, dass insgesamt weniger Musterfeststellungsklagen erhoben werden können. Die Erwartung der Bundesregierung, dass jährlich 450 Musterfeststellungsklagen mit im Schnitt 75 Anmeldern und einem Streitwert von durchschnittlich 10 000 Euro eingereicht werden,⁵⁰ hat sich mit den oben erwähnten bislang 34 Anträgen nicht im Ansatz erfüllt.

Die Klage wird im Klageregister öffentlich bekanntgemacht.⁵¹ Verbraucher:innen, die ihre Ansprüche in der Musterfeststellungsklage berücksichtigt sehen wollen, müssen nicht selbst Klage einreichen und können auch nicht als Beigeladene oder Streitgenossen am Verfahren teilnehmen (§ 610 Abs. 6 ZPO), sondern lediglich ihre Ansprüche zur Eintragung in das Klageregister anmelden. Die Hürde dafür ist nicht hoch: Verbraucher:innen müssen nach § 609 Abs. 2 Satz 1 ZPO ihren Namen und ihre Anschrift angeben, das Gericht, das Aktenzeichen und den Beklagten der relevanten Musterfeststellungsklage benennen, den Gegenstand oder Grund ihres Anspruchs angeben und die Richtigkeit und Vollständigkeit der Angaben versichern. Schon die Höhe ihres Anspruchs müssen sie nicht spezifizieren, insofern enthält § 609 Abs. 2 Satz 2 ZPO. lediglich eine Soll-Vorschrift.

Eine wesentliche Beschränkung der Musterfeststellungsklage besteht darin, dass sie rein feststellenden Charakter hat. Weder werden die durch das festgestellte Verhalten Geschädigten entschädigt noch wird die rechtswidrige Geschäftspraxis für die Zukunft untersagt. Nur wenn die Geschädigten im Anschluss an das stattgebende Musterfest-

⁴⁶ Vgl. dazu auch Metz, Musterfeststellungsklage: Endlich!, VuR 2018, 281, 282.

⁴⁷ Die Klagebefugnis der Schutzgemeinschaft für Bankkunden e.V. wurde schon mehrfach abgelehnt, vgl. OLG Braunschweig, 12.12.2018 - 4 MK 2/18, BKR 2019, 294; OLG Stuttgart, 20.3.2019 - 6 MK 1/18, BKR 2019, 298, m. krit. Anm. Röthemeyer.

⁴⁸ Vgl. etwa Meller-Hannich/Höland, Gutachten zur Evaluierung der Effektivität kollektiver Rechtsschutzinstrumente, 2010., 167; Halfmeier, 50 Jahre Verbraucherverbandsklage, 2015, 27 ff.

⁴⁹ Vgl. nur Röthemeyer, Befugnis zur Musterfeststellungsklage: Der Narrativ der Klageindustrie, seine Folgen und Überlegungen zur Überwindung, VuR 2020, 130, 140 f.

⁵⁰ Vgl. BT-Drs. 19/4239, 3.

⁵¹ Zu Einzelheiten vgl. § 607 ZPO.

stellungsurteil individuell klagen oder ein anderes kollektives Instrument wie die Sammelklage oder auch ein Vergleich⁵² zur kollektiven Geltendmachung der Ansprüche genutzt wird, kann es zur Verurteilung zu Schadensersatz kommen. Gerade bei Streuschäden wird das aber bezweifelt.⁵³ Schließlich hatte ja der Gesetzgeber 2004 die Gewinnabschöpfung nach § 10 UWG genau für diese Fälle eingeführt, weil er davon ausgegangen ist, dass in solchen Fällen Verbraucher:innen eben nicht aktiv werden. Damit bleibt zu befürchten, dass hartnäckige Unternehmer, die auch nach der Feststellung eines Verstoßes nicht freiwillig zahlen, zumindest teilweise doch nicht zur Verantwortung gezogen werden.⁵⁴

Ein Problem ist auch die fehlende Breitenwirkung des Verfahrens, das wie die Unterlassungsklage nur *inter partes* wirkt. Dies zeigen schon die 18 mehr oder weniger identischen Musterfeststellungsklagen gegen verschiedene Sparkassen, von denen es laut Wikipedia am 31.12.2021 365 öffentlich-rechtliche und 5 freie Sparkassen gab.⁵⁵

Ein erheblicher Vorteil hingegen besteht in der Hemmung der Verjährung, allerdings nach § 204 Abs. 1 Nr. 1a BGB wiederum nur der Ansprüche derjenigen Verbraucher:innen, die sich der Musterfeststellungsklage angeschlossen haben. Die soll nach § 204a Abs. 1 Nr. 3 BGB-RefE auch so bleiben.

Mit der Umsetzung der Verbandsklage-Richtlinie (EU) 2020/1828 soll die Musterfeststellungsklage in die §§ 41 ff. des neuen Verbraucherrechedurchsetzungsgesetzes (VDuG) überführt werden. Sie bleibt als Alternative zur Abhilfeklage erhalten und kann nach § 41 Abs. 2 VDuG-RefE auch erhoben werden, wenn auch eine Abhilfeklage möglich wäre.

2.6 Die zukünftige Abhilfeklage

Die Umsetzung der Verbandsklagen-Richtlinie (EU) 2020/1828 soll durch das Verbandsklagenrichtlinienumsetzungsgesetz (VRUG) erfolgen (im Folgenden VRUG-RefE), durch das das neue Gesetz zur gebündelten Durchsetzung von Verbraucherrechten – Verbraucherrechedurchsetzungsgesetz (VDuG) geschaffen werden soll (im Folgenden VDuG-RefE). Die Richtlinie lässt den Mitgliedstaaten erheblichen Umsetzungsspielraum. Der Referentenentwurf lässt sich dabei jedenfalls zum Teil von den Regelungen zur Musterfeststellungsklage leiten.

Relevant für die hiesige Untersuchung ist vor allem die neue Abhilfeklage: Nach § 14 VDuG-RefE kann ein klagebefugter Verband die Verurteilung des Unternehmers zu einer Leistung an die betroffenen Verbraucher:innen verlangen.

Klagebefugt werden nach § 2 Abs. 1 VDuG-RefE nach wie vor qualifizierte Einrichtungen sein, und zwar unter denselben restriktiven Voraussetzungen, wie sie bisher nach § 606 Abs. 1 ZPO für die Musterfeststellungsklage gelten. Damit bleibt das Problem, dass nicht genug Klagen erhoben werden können. Eingangsinstanz ist wie bei der

⁵² Zum (außergerichtlichen) Vergleich zwischen der Volkswagen AG und dem vzbv vgl. *Gurkmann/Jahn*, Außergerichtlicher Vergleich im Rahmen einer Musterfeststellungsklage, *VuR* 2020, 243 ff.. Krit. *Stadler*, Pyrrhussieg für den Verbraucherschutz - vzbv umgeht durch Vereinbarung mit VW gesetzliche Sicherungsmechanismen, *VuR* 2020, 163 ff.

⁵³ Vgl. *Stadler*, Musterfeststellungsklagen im deutschen Verbraucherrecht?, *VuR* 2018, 83, 84 f.

⁵⁴ Pointiert *Kranz*, Der Diskussionsentwurf zur Muster-Feststellungsklage – ein stumpfes Schwert?, *NZG* 2017, 1099, 1102; *Stadler*, *VuR* 2018, 83, 84 f.

⁵⁵ *Wikipedia*, Liste der Sparkassen in Deutschland, https://de.wikipedia.org/wiki/Liste_der_Sparkassen_in_Deutschland.

Musterfeststellungsklage und zukünftig der Unterlassungsklage nach § 3 Abs. 1 VDuG-RefE das OLG.

Übernommen werden soll in § 4 Abs. 1 Nr. 1 VDuG-RefE auch das Quorum von 50 Verbraucher:innen in der Form, dass die klageberechtigte Stelle glaubhaft machen muss, dass Ansprüche von mindestens 50 Verbraucher:innen von der Abhilfeklage betroffen sein müssen.⁵⁶ Verbraucher:innen, die sich an dem Verfahren beteiligen wollen, müssen ihre Ansprüche oder Rechtsverhältnisse, die Gegenstand der Verbandsklage sind, nach § 46 Abs. 1 VDuG-RefE bis zum Ablauf des Tages vor Beginn des ersten Termins zur Eintragung in das Verbandsklageregister anmelden. Sie müssen also das Risiko auch einer negativen Entscheidung eingehen; die Richtlinie hätte auch eine Beteiligung nach Erlass des Urteils zugelassen,⁵⁷ wie sie im französischen Recht möglich ist.⁵⁸ Wie bei der Musterfeststellungsklage ist die Verjährung der Verbraucher:innen, die sich der Abhilfeklage anschließen, nach § 204 Abs. 1 Nr. 4 BGB-RefE gehemmt.

Der Vorteil gegenüber der Musterfeststellungsklage besteht darin, dass Verbraucher:innen nach Erlass des Urteils im kollektiven Verfahren nicht noch einmal individuell klagen müssen, um zu ihrem Recht zu kommen, sondern dazu nur ein einziges Verfahren erforderlich ist. Allerdings ist dieses Verfahren gestuft. Das Gericht erlässt, wenn es die Klage dem Grunde nach für gerechtfertigt hält, nach § 16 VDuG-RefE zunächst ein sog. Abhilfegrundurteil, in dem die Haftung des Unternehmens festgestellt sowie Berechtigungsnachweise, die Verbraucher:innen beibringen müssen, und gegebenenfalls Parameter für die Berechnung von Ansprüchen festgelegt werden. Es folgt nach § 17 VDuG-RefE eine Vergleichsphase, in der möglichst eine gütliche Einigung herbeigeführt werden soll. Gelingt dies nicht, so ergeht ein Abhilfeturteil.

An diese drei gerichtlichen Phasen schließt sich ein in den §§ 22 ff. VDuG-RefE näher geregeltes Umsetzungsverfahren an, in dem ein gerichtlich bestellter Sachwalter die Ansprüche der einzelnen Verbraucher:innen prüft und gegebenenfalls berechnet. In dieser letzten Phase wird zum Tragen kommen, dass Verbraucher:innen, die sich im Verbandsklageregister eintragen, zu diesem Zeitpunkt noch keinerlei Belege vorlegen müssen.⁵⁹

Schon jetzt wird prognostiziert, dass das Verfahren jedenfalls bei Streuschäden mit Forderungen in geringer Höhe zu komplex und anspruchsvoll ist, so dass Verbraucher:innen sich dieser Mühe nicht unterziehen werden.⁶⁰ In Massenschadensfällen, wie dem Volkswagen-Dieselskandal, sollte die neue Abhilfeklage hingegen einen klaren Mehrwert gegenüber der Musterfeststellungsklage haben.

⁵⁶ Bruns, Umsetzung der EU Verbandsklagerichtlinie in deutsches Recht, 2022, <https://www.dihk.de/re-source/blob/60208/dc65ef7b610a1d1c5c9c769d8782aa1f/gutachten-verbandsklagerichtlinie-data.pdf>, 44, hatte in seinem Gutachten für deutsche Wirtschaftsverbände ein Quorum von 500 bis 1.000 Ansprüchen vorgeschlagen.

⁵⁷ Dafür mit guten Gründen Gsell/Meller-Hannich, Die Umsetzung der neuen EU-Verbandsklagenrichtlinie. 2021, https://www.vzbv.de/sites/default/files/downloads/2021/02/03/21-02-04_vzbv_verbandsklagen-rl_gutachten_gsell_meller-hannich.pdf, 26 ff.; Gsell, Europäische Verbandsklagen zum Schutz kollektiver Verbraucherinteressen – Königs- oder Holzweg?, BKR 2021, 521, 528 f.

⁵⁸ Vgl. Bien, Die neue französische Action de groupe der Verbraucherschutzverbände, NZKart 2014, 507, 508.

⁵⁹ So die Erfahrung mit der Musterfeststellungsklage, vgl. Gurkmann/Jahn, Außergerichtlicher Vergleich im Rahmen einer Musterfeststellungsklage, VuR 2020, 243, 246.

⁶⁰ So Scherer, Abhilfeanspruch gem. Art. 9 Abs. 1 VerbandsklagenRL / § 1 Abs. 1 Nr. 1 VDuG-E und Verbraucherschadensersatzanspruch gem. § 9 Abs. 2 UWG – Kollektivrechtsschutz contra Individualrechtsschutz?, VuR 2022, 443, 448.

3. BESCHRÄNKTE RESSOURCEN

Für alle den Verbraucherorganisationen zur Verfügung stehenden Instrumente gilt das Problem der beschränkten Ressourcen.

3.1 Personelle Ressourcen

In personeller Hinsicht ist dies am deutlichsten bei der Sammelklage.⁶¹ Da der Verbraucherverband als Kläger agiert, muss er zunächst all das tun, was Individualkläger vor der Einreichung einer Klage tun müssen, bevor er überhaupt die Sammelklage einreichen kann. Allein der zeitliche Aufwand belief sich jedenfalls früher auf mehrere Wochen.⁶² Auch wenn sich mit der Zeit eine gewisse Routine in der Vorbereitung und Verwaltung der Fälle eingestellt hat und diese durch im Internet verfügbare Formulare erleichtert werden kann, so ist doch deutlich geworden, dass Verbraucherverbände nur eine begrenzte Zahl von Ansprüchen gebündelt einklagen können. Im Regelfall sind den Angaben der Verbraucherverbände zufolge mehr als 100 Ansprüche kaum noch handhabbar. Die Verbraucherzentrale Hamburg wurde im Aufsehen erregenden Verfahren gegen E.ON wegen unzulässiger Preiserhöhungen in Gaslieferungsverträgen für nur 54 von ca. 300.000 betroffenen Verbraucher:innen tätig.⁶³ Bei ihrer Klage gegen RWE, die sogar den Europäischen Gerichtshof erreichte,⁶⁴ klagte die Verbraucherzentrale Nordrhein-Westfalen für 25 Verbraucher:innen. Gegen die Allianz-AG, die wie die anderen Versicherungsunternehmen auch bei vorzeitiger Kündigung durch Verbraucher:innen zu geringe Rückkaufwerte berechnet hatte, wurde die Verbraucherzentrale Hamburg für 80 Kund:innen tätig.⁶⁵ Auch die Bundesregierung erkannte in ihrem Gesetzentwurf zur Einführung einer Musterfeststellungsklage an, dass die Sammelklage „bei den Verbraucherschutzverbänden angesichts der Koordination zahlreicher individueller Ansprüche erheblichen Aufwand (verursacht), der diese Verbände in Verfahren mit Breitenwirkung an die Grenzen ihrer Leistungsfähigkeit führt.“⁶⁶

Bei den übrigen Klagearten liegt der Aufwand primär in der Aufarbeitung der Rechtslage. Hier ist zu beachten, dass die Rechtsprechung die Externalisierung der Abmahnung durch Übertragung an einen Rechtsanwalt erschwert, wodurch wiederum interne Ressourcen gebunden werden. § 13 Abs. 3 UWG, auf den § 5 UKlaG verweist, gibt nur einen Anspruch auf die „erforderlichen“ Abmahnkosten. Die Erstattung von Anwaltskosten kommt nach der Rechtsprechung nur in Ausnahmefällen in Betracht, etwa wenn die umfassende und rechtlich anspruchsvolle Prüfung versicherungsrechtliche Spezialkenntnisse erfordert, die für die über das Versicherungsvertragsrecht hinausgehende

⁶¹ Vgl. dazu *Heidemann-Peuser*, Neues Klagerecht der Verbraucherverbände nach dem Rechtsberatungsgesetz, *VuR* 2002, 455, 458; *Müller*, Verbraucherschutz und Deregulierung, *WiVerw* 2004, 65, 73; *Keßler*, Verbraucherschutz reloaded – Auf dem Weg zu einer deutschen Kollektivklage?, *ZRP* 2016, 2, 3.

⁶² Vgl. nur die Illustration bei *Hörmann*, *VuR* 2016, 81.

⁶³ Vgl. *Hörmann*, *VuR* 2016, 81.

⁶⁴ EuGH, 21.3.2013, Rs. C-92/11 - *RWE*, ECLI:EU:C:2013:180, umgesetzt durch BGH, 31.7.2013 - VIII ZR 162/09.

⁶⁵ *Hörmann*, *VuR* 2016, 81, 82.

⁶⁶ Vgl. BT-Drs. 19/2439, 15.

tägliche Beratungspraxis des Klägers nicht voraussetzen sind.⁶⁷ Im Allgemeinen erwartet die Rechtsprechung von einer qualifizierten Einrichtung nach § 4 ebenso wie von Wettbewerbsverbänden i.S.d. § 3 Abs. 1 S. 1 Nr. 2, dass sie typische und durchschnittlich schwer zu verfolgende verbraucherfeindliche Praktiken selbst erkennen und abmahnen können.⁶⁸ Bei Finanzdienstleistungen werden häufig Spezialkenntnisse erforderlich sein, so dass Anwaltskosten erstattungsfähig sein dürften. Allerdings verbleibt ein gewisses Risiko, dass das erkennende Gericht dies im Einzelfall anders sieht.⁶⁹

Schließlich ist zu berücksichtigen, dass Verbraucherorganisationen nach § 4 Abs. 2 S. 1 Nr. 1 UKlaG ja auch Beratung durchführen müssen, um als qualifizierte Einrichtung anerkannt zu werden und klagen zu können – bei den Verbraucherzentralen und anderen Verbraucherverbänden, die überwiegend mit öffentlichen Mitteln gefördert werden, wird die Erfüllung dieser Voraussetzungen nach § 4 Abs. 2 S. 2 UKlaG unwiderleglich vermutet - und dass jüngst durch das sog. Gesetz zur Stärkung des fairen Wettbewerbs zusätzliche Aufgaben durch die Einführung von Berichtspflichten (§ 4b UKlaG i.V.m. § 9 der Verordnung zu qualifizierten Einrichtungen und qualifizierten Wirtschaftsverbänden; QEWV⁷⁰) hinzugekommen sind, die wiederum personelle Ressourcen binden.⁷¹

3.2 Finanzielle Ressourcen

Finanzielle Ressourcen sind zunächst einmal für die Klagevorbereitung erforderlich, sodann aber auch für die Klagetätigkeit als solche. Bei allen Klagearten trägt der Verbraucherverband das Prozesskostenrisiko,

3.2.1. Das Prozesskostenrisiko

Immerhin ist das Prozesskostenrisiko bei der Unterlassungsklage und bei der Musterfeststellungsklage über die Streitwertbestimmung abgemildert. Bei Unterlassungsklagen nach § 1 UKlaG nimmt der BGH einen Regelstreitwert von 2.500 EUR an.⁷² Hintergrund ist ausdrücklich die Berücksichtigung des limitierten Prozesskostenetats der Verbraucherorganisationen.⁷³ Nur in Ausnahmefällen nimmt der BGH einen höheren Streitwert an. So hat er den Streitwert im Zusammenhang mit Bearbeitungsentgelten in AGB auf 25.000 Euro festgelegt, bei einer Klausel in einem Lebensversicherungsvertrag auf

⁶⁷ Vgl. BGH, 25.7.2012 – IV ZR 201/10, NJW 2012, 3023, 3030 f.; BGH, 14.11.2012 – IV ZR 198/10, VersR 2013, 1116; BGH, 14.12.2017 – I ZR 184/15, GRUR 2018, 423, 429.

⁶⁸ Vgl. BGH, 12.4.1984 - I ZR 45/82, NJW 1984, 2525; BGH, 25.7.2012 – IV ZR 201/10, NJW 2012, 3023; BGH, 14.12.2017 – I ZR 184/15, GRUR 2018, 423, 429; OLG Köln, 1.10.2010 – 20 U 126/09, VersR 2011, 101; OLG Köln, 11.7.2014 – 20 U 211/13, BeckRS 2014, 23206; OLG Stuttgart, 11.9.2014 – 2 U 178/13, GRUR-RR 2015, 164. Vgl. auch BGH, 12.12.2012 – IV ZB 24/12, BeckRS 2012, 25503, zu Kosten für einen auswärtigen Prozessvertreter.

⁶⁹ So etwa OLG Stuttgart, 7.8.2015 – 2 U 107/14, WM 2016, 308. Der BGH hat die Anwaltskosten in der Revision zugesprochen, vgl. BGH, 14.12.2017 – I ZR 184/15, GRUR 2018, 423, 429 f.

⁷⁰ BGBl. I, 1832, 4832.

⁷¹ Krit. MüKo-ZPO – Micklitz/Rott, § 4b UKlaG Rn. 1.

⁷² Vgl. BGH, 28.9.2006 - III ZR 33/06, NJW-RR 2007, 497; BGH, 6.3.2013 – IV ZR 211/11, BeckRS 2013, 05735; BGH, 29.7.2015 - IV ZR 45/15, VersR 2016, 140. Ebenso OLG Stuttgart, 31.1.2018 – 2 W 35/17, BeckRS 2018, 2294.

⁷³ Grundlegend BGH, 30.4.1991 - XI ZR 298/90, NJW-RR 1991, 1074; vgl. auch BGH, 18.7.2000 - VIII ZR 12/00, NJW-RR 2001, 352; BGH, 28.9.2006 - III ZR 33/06, NJW-RR 2007, 497; BGH, 17.3.2011 - I ZR 183/09, GRUR 2011, 560.

10.000 EUR.⁷⁴ Auf Unterlassungsklagen nach § 2 hat der BGH diese zu § 1 entwickelte Rechtsprechung übertragen.⁷⁵

Im Bereich des UWG kommt es bei der Klage eines Verbraucherverbands, der selbst keine wirtschaftlichen Interessen verfolgt, auf das Interesse der Allgemeinheit an dem Klageziel an und damit auf den Schaden, der den Verbraucher:innen droht.⁷⁶ Damit kann der Streitwert durchaus höher liegen als bei der Unterlassungsklage nach dem UKlaG. Umgekehrt ist nach dem neuen § 53 Abs. 1 GKG ein Streitwert von nur 1.000 Euro anzunehmen, wenn die dem Rechtsstreit zugrundeliegende Zuwiderhandlung angesichts ihrer Art, ihres Ausmaßes und ihrer Folgen die Interessen von Verbraucher:innen, Mitbewerbern oder sonstigen Marktteilnehmern in nur unerheblichem Maße beeinträchtigt. Diese mit dem Gesetz zum Schutz des fairen Wettbewerbs eingeführte Vorschrift steht im Zusammenhang mit dem Schutz insbesondere kleiner und mittlerer Unternehmen vor der Verfolgung von Rechtsverstößen nach dem TMG und der DSGVO. Ansprüche nach dem UKlaG finden hier keine Erwähnung, so dass diese Streitwertbegrenzung auf diese Ansprüche keine Anwendung findet.

Eine Streitwertbegrenzung auf 250.000 Euro ist nach § 48 GKG für die Musterfeststellungsklage vorgesehen, wiederum mit dem Ziel, die Prozesskosten für qualifizierte Einrichtungen überschaubar zu halten. Allerdings werden derartige Großverfahren von den Verbraucherorganisationen nicht selbst, sondern über Vertragsanwälte geführt. Für diese würden im Falle der Anwendung des gedeckelten Streitwerts die Gebühren bei Großverfahren den damit verbundenen Aufwand kaum rechtfertigen.⁷⁷ Genau wie ein beklagtes Großunternehmen seine Anwälte über dem Vergütungssatz des RVG entlohnen wird,⁷⁸ ist dies deshalb auch bei Verbraucherverbänden der Fall, freilich mit der Konsequenz, dass auch im Falle des Obsiegens nicht die gesamten Anwaltskosten erstattungsfähig sind. Für Abhilfeverfahren sieht Art. 27 Nr. 5 VRUG-RefE eine Ergänzung des § 48 GKG um einen Höchststreitwert von 500.000 Euro vor.

Ungeklärt ist auch, ob ein Fehler in der Prozessführung zur Haftung gegenüber Verbraucher:innen führen kann, die an ein negatives Ergebnis der Musterfeststellungsklage oder auch zukünftig der Abhilfeklage gebunden sind.⁷⁹

3.2.2. Kaum Einnahmen aus Klagetätigkeit

Umgekehrt kann der Verbraucherverband aber bei keiner Klageart bei Obsiegen jenseits des Ersatzes seiner Verfahrenskosten etwas gewinnen. Bei der Unterlassungsklage und der Musterfeststellungsklage gibt es schon keine Zahlungspflicht des Klagegegners. Die Beseitigungsklage auf Rückzahlungsverpflichtung ist – sofern sie anerkannt wird – auf die Rückzahlung zu Unrecht erhobener Beträge an die betroffenen

⁷⁴ BGH, 10.12.2013 - XI ZR 405/12, BKR 2014, 330; BGH, 22.11.2016 – I ZR 184/15, BeckRS 2016, 109936; abgelehnt in BGH, 9.12.2014 – VIII ZR 160/14, ZNER 2015, 441 (AGB in Gasliefervertrag); BGH, 5.2.2015 – I ZR 106/14, NJOZ 2015, 857 (AGB eines Paket- und Expresszustelldiensts).

⁷⁵ BGH, 7.5.2015 – I ZR 108/14, GRUR-Prax 2015, 393; BGH, 10.4.2018 – VIII ZR 247/17, NJW 2018, 1880, 1883.

⁷⁶ Vgl. BGH, 6.6.2013 – I ZR 128/11, BeckRS 2013, 12246.

⁷⁷ Vgl. auch *Merkt/Zimmermann*, Die neue Musterfeststellungsklage: Eine erste Bewertung, VuR 2018, 363, 369.

⁷⁸ Vgl. dazu *Halfmeier*, Musterfeststellungsklage: Nicht gut, aber besser als nichts, ZRP 2017, 201, 204.

⁷⁹ Vgl. *Halfmeier*, ZRP 2017, 201, 204.

Verbraucher:innen gerichtet. Bei der Gewinnabschöpfungsklage fließt der abgeschöpfte Gewinn in den Staatshaushalt, und dies nicht einmal in einen Topf, der wiederum der Klagetätigkeit der Verbraucherverbände zugutekäme.⁸⁰ Bei der Sammelklage kann bestenfalls eine Aufwandsentschädigung mit den repräsentierten Verbraucher:innen vereinbart werden.

Auch bei der Musterfeststellungsklage wird die klagende qualifizierte Einrichtung am Erfolg einer Klage nicht beteiligt.⁸¹ Schon deshalb können die qualifizierten Einrichtungen nur ausgewählte Klagen führen.⁸²

3.2.3 Prozessfinanzierung

Angesichts der begrenzten Möglichkeiten, aus der Rechtsdurchsetzung finanzielle Ressourcen zu generieren, ist die Zulässigkeit und Realisierbarkeit von Prozessfinanzierung durch Dritte von Bedeutung.

Insofern ist zunächst positiv zu vermerken, dass der Gesetzgeber die Drittfinanzierung von Gewinnabschöpfungsklagen nach § 10 Abs. 6 UWG-RefE (wieder) zulassen will. Das System, einen Prozessfinanzierer nach Absprache mit dem Bundesamt für Justiz einzuschalten, hatte sich bewährt, ehe der BGH es als unzulässige Rechtsausübung ablehnte.

Auch bei der Abhilfeklage soll eine Prozessfinanzierung möglich sein. Die Verbandsklagen-Richtlinie überlässt diese Frage den Mitgliedstaaten. § 4 Abs. 2 VDuG-RefE erklärt die Drittfinanzierung unter bestimmten Voraussetzungen für unzulässig, im Umkehrschluss also für grundsätzlich zulässig. Von Bedeutung ist lediglich die Unzulässigkeit in dem Fall, dass die Verbandsklage von einem Dritten finanziert wird, von dem zu erwarten ist, dass er die Prozessführung der klageberechtigten Stelle, einschließlich Entscheidungen über Vergleiche zu Lasten der Verbraucher:innen beeinflussen wird (§ 4 Abs. 2 Nr. 3 VDuG-RefE). Als Zulässigkeitsfrage ist dies vom Gericht von Amts wegen zu prüfen, Beklagte werden es aber sicher gerne anregen. Im Ausgangspunkt sind die Interessen des Prozessfinanzierers und der Verbraucher:innen gleichlaufend, denn der Prozessfinanzierer bekommt nur dann Geld, wenn der Prozess erfolgreich ist.⁸³ Denkbar sind Nachteile eigentlich nur bei dem in § 4 Abs. 2 Nr. 3 VDuG-RefE genannten Vergleich. Für die Erwartung der Einflussnahme müssen natürlich Indizien vorliegen. Relevant wird – neben einem etwaigen einschlägigen Vorverhalten des Prozessfinanzierers – der Prozessfinanzierungsvertrag sein.⁸⁴ Diesen muss die klageberechtigte Stelle bei entsprechenden Zweifeln des Gerichts nach § 4 Abs. 3 Nr. 2 VDuG-RefE offenlegen.

4. DIE ZIVILRECHTLICHE NATUR DER RECHTSDURCHSETZUNG

⁸⁰ Zu entsprechenden Forderungen vgl. *Stadler*, VuR 2018, 83, 85.

⁸¹ Vgl. etwa *Kranz*, Der Diskussionsentwurf zur Muster-Feststellungsklage – ein stumpfes Schwert?, NZG 2017, 1099, 1102; *Keßler*, ZRP 2016, 2, 3; *Tilp/Schiefer*, VW Dieselgate – die Notwendigkeit zur Einführung einer zivilrechtlichen Sammelklage, NZV 2017, 14, 17.

⁸² So auch *Kranz*, NZG 2017, 1099, 1102; *Keßler*, ZRP 2016, 2, 3; *Tilp/Schiefer*, NZV 2017, 14, 17.

⁸³ Vgl. etwa BGH, 13.6.2022 – Via ZR 418/21, NJW 2022, 3350, 3357, zur Parallelproblematik beim Legal Tech-Sammelinkasso.

⁸⁴ *ibid.*, 3358.

Generell erfolgt die Durchsetzung von Verbraucherrechten durch Verbraucherorganisationen nicht nur auf dem Zivilrechtsweg, sondern – trotz der damit erfüllten öffentlichen Aufgabe – auch nach den tradierten Grundsätzen des Zivilprozesses.⁸⁵ Das gilt nach § 13 VDuG-RefE auch für neue Abhilfeklage.

4.1 Beibringungsgrundsatz und Beweislast

Zu diesen gehört zunächst der Beibringungsgrundsatz. Dem klagenden Verband als dem Inhaber des materiell-rechtlichen Anspruchs kommt die Aufgabe zu, die für die Entscheidung erforderlichen Fakten zu beschaffen. Dies ist bei AGB-Klagen in aller Regel unproblematisch, weil die relevanten Klauseln entweder im Internet verfügbar oder dem Verbraucherverband aus seiner Beratungstätigkeit bekannt sind.⁸⁶ Schwierigkeiten können sich allenfalls in Ausnahmefällen ergeben, etwa wenn ein Verband überprüfen möchte, ob nach einer Abmahnung oder einem Unterlassungsurteil geänderte Klauseln rechtswirksam ausgestaltet wurden, weil die Rechtsprechung einen Auskunftsanspruch der Verbraucherverbände auf Herausgabe von AGB verneint hat.⁸⁷

Anders liegt dies bei verbraucherrechtswidrigen Praktiken nach § 2 UKlaG, die oft im Tatsächlichen angesiedelt sind. Zwar sind auch solche Praktiken zum Teil öffentlich, etwa wenn es um Werbung geht, viele Praktiken finden aber im bilateralen Verhältnis zwischen Unternehmern und Verbraucher:innen statt, so z.B. die Nichteinhaltung einer gesetzlichen Form beim Vertragsschluss, die Weigerung, berechnete Ansprüche zu erfüllen, beziehen können,⁸⁸ aber auch Diskrepanzen zwischen dem Inhalt eines Beratungsgesprächs und dem Beratungsprotokoll.

Hier kann sich ein Verbraucherverband nur auf Aussagen betroffener Verbraucher:innen stützen. Gerade eine Vielzahl gleichlautender Beschwerden kann ein Muster ergeben. So hatte der Pay-TV Sender Premiere nach einer Kündigungswelle gegenüber Hunderten von Verbraucher:innen behauptet, sie hätten ihre Smartcard nicht zurückgegeben, und deshalb jeweils 35 Euro einbehalten, aus denen nach einer Mahnung durch ein Inkassobüro schnell 75 Euro wurden. Während eine einzelne Smartcard schon einmal auf dem Postweg verschwinden kann, lag angesichts der Häufung der Fälle in der durch die Verbraucherzentrale Hamburg für 86 Verbraucher:innen eingereichten Sammelklage der Verdacht nahe, dass die Forderung von Premiere unberechtigt war.⁸⁹

Schließlich können Verbraucherverbände *mystery shopping* betreiben, was aber wiederum finanzielle Ressourcen in Anspruch nimmt.

Demgegenüber besteht ein grundsätzliches Problem der Rechtsdurchsetzung mit Mitteln des Privatrechts darin, dass der Kläger keinen Einblick in die internen Vorgänge beim Beklagten hat.⁹⁰ Der Ausforschungsbeweis ist bekanntlich nach deutschem Recht

⁸⁵ Krit. MüKo-ZPO – Micklitz/Rott, § 5 UKlaG Rn. 2.

⁸⁶ Vgl. BGH, 23.2.2010 - XI ZR 186/09, NJW-RR 2010, 1712, 1715.

⁸⁷ *ibid.*

⁸⁸ Vgl. Micklitz/Rott, in: Grabitz/ Hilf/Wolf (Hrsg.), *Das Recht der Europäischen Union*, Band III, 29. EL, C.H. Beck 2006, A 25, Art. 1 Rn. 24.

⁸⁹ Vgl. auch Kocher, Anmerkung, VuR 2007, 275, 278.

⁹⁰ Vgl. auch Podszun/Busch/Henning-Bodewig, Die Durchsetzung des Verbraucherrechts: Das BKartA als UWG-Behörde?, GRUR 2018, 1004, 1007.

nicht zulässig.⁹¹ Das deutsche Recht sieht zwar gewisse Beweiserleichterungen vor, diese kompensieren aber den mangelnden Einblick in die internen Vorgänge des potentiellen Rechtsverletzers nicht.⁹²

4.2 Vollstreckung

Zivilrechtlich ist auch die Vollstreckung ausgestaltet. Will eine qualifizierte Einrichtung gegen die Verletzung eines Unterlassungsurteils vorgehen, so muss sie erneut das Gericht anrufen und beantragen, dass dieses ein (vorher angekündigtes) Ordnungsgeld verhängt.

5. FAZIT

Zusammenfassend besteht kein Zweifel daran, dass die Verbraucherverbände, allen voran der vzbv und die Verbraucherzentralen, ganz maßgeblich für die Durchsetzung des Verbraucherrechts sorgen. Allerdings kann ihnen das schon aufgrund limitierter Ressourcen nicht flächendeckend gelingen. Fehlende Ermittlungsbefugnisse, wie sie für das Öffentliche Recht typisch sind, oder diese kompensierende Auskunftsansprüche sowie der Beibringungsgrundsatz der ZPO schwächen ihre Position im gerichtlichen Verfahren, und den Entscheidungen, die sie erstreiten können, fehlt die Breitenwirkung, so dass zahlreiche flächendeckende Probleme nicht flächendeckend angegangen werden können. Diese Probleme wird auch die zukünftige Abhilfeklage nicht lindern.

Eine bessere Durchsetzung des Verbraucherrechts könnte sicher durch Änderungen beim Instrumentarium der Verbraucherverbände erreicht werden, insbesondere durch weitreichende Auskunftsansprüche, durch eine bessere Finanzierung, etwa durch Beteiligung an abgeschöpften Unrechtsgewinnen und an Ordnungsgeldern für Verstöße gegen gerichtliche Entscheidungen sowie durch problemlosere Prozessfinanzierung, und vor allem durch eine gesetzlich angeordnete *erga omnes*-Wirkung von Urteilen in AGB-Verbandsklageverfahren.

Eine *erga omnes*-Wirkung von Urteilen gegen Unternehmer, die nicht Partei des Verbandsklageverfahrens waren, wird hingegen rechtspolitisch nicht durchsetzbar sein, nicht zuletzt deshalb, weil die ganz herrschende Meinung sie mit der Garantie des rechtlichen Gehörs nach Art. 103 Abs. 1 GG für unvereinbar hält.⁹³ Dass der EuGH sie in der Rechtssache *Partner* (zum polnischen Recht) für zulässig hielt,⁹⁴ hat die deutsche Lehre nicht beeindruckt.

⁹¹ Vgl. bereits BGH, 26.6.1958 - II ZR 66/57, NJW 1958, 1491; BGH, 11.6.1990 - II ZR 159/89, NJW 1990, 3151. Vgl. auch OLG Karlsruhe, 27.6.2018 – 7 U 96/17, BeckRS 2018, 25317, im Zusammenhang mit der Zertifizierung von Brustimplantaten durch den TÜV Rheinland.

⁹² Ebenso *Poelzig*, BKR 2021, 589, 591.

⁹³ Vgl. nur *Podszun/Busch/Henning-Bodewig*, GRUR 2018, 1004, 1007. Skeptisch auch *Stadler/Klöpper*, VuR 2012, 343 ff., die eine Rechtskrafterstreckung aber immerhin für denkbar halten.

⁹⁴ EuGH, 21.12.2016, Rs. C-119/15 *Biuro podróży "Partner" Sp. z o.o., Sp. komandytowa w Dąbrowie Górniczej gegen Prezes Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów*, ECLI:EU:C:2016:987; dazu *Namysłowska*, Anmerkung, EuZW 2017, 194 f.; *Stadler*, Drittwirkung „schwarzer Listen“ für missbräuchliche AGB?, VuR 2017, 123 ff.

Damit bedarf es für die Gesamtwirkung des Verbraucherrechts weiterer Akteure, die das Verbraucherrecht mit anderen Mitteln durchzusetzen vermögen. Hier kommen neben Legal Tech-Dienstleistern Behörden mit der Kompetenz zur Durchsetzung des Verbraucherrechts in Betracht.

III. RECHTSDURCHSETZUNG DURCH DIE BAFIN

Die BaFin setzt schon immer Aufsichtsrecht im Bank- und Kapitalmarktrecht durch. Relevante Kompetenzgrundlagen finden sich etwa in § 6 Abs. 3 KWG, § 6 Abs. 1 WpHG und § 298 i.V.m. § 294 VAG. Anders als die Kompetenzgrundlage des § 298 i.V.m. § 294 VAG, das auch die Durchsetzung versicherungsbezogener Vorschriften des Zivilrechts gestattet,⁹⁵ sind die Kompetenzgrundlagen des § 6 Abs. 3 KWG und des § 6 Abs. 1 WpHG auf die Durchsetzung von Aufsichtsrecht beschränkt. So kann die BaFin nach § 6 Abs. 3 KWG „im Rahmen der ihr gesetzlich zugewiesenen Aufgaben gegenüber den Instituten und ihren Geschäftsleitern Anordnungen treffen, die geeignet und erforderlich sind, um Verstöße gegen *aufsichtsrechtliche Bestimmungen* zu verhindern oder zu unterbinden (...)“. Auch aufsichtsrechtliche Bestimmungen können dem Schutz von Verbraucher:innen dienen, wie etwa § 18a KWG zur Kreditwürdigkeitsprüfung, hier kollidiert die Rechtsdurchsetzung durch die BaFin aber nicht mit der zivilrechtlichen Rechtsdurchsetzung, so dass sie im Folgenden außer Betracht bleibt.

Für die Durchsetzung zivilrechtlichen Verbraucherschutzes eignen sich § 6 Abs. 3 KWG, § 6 Abs. 1 WpHG daher nach derzeitigem Stand nicht,⁹⁶ Stattdessen kommt § 4 Abs. 1a FinDAG zur Anwendung, der Maßnahmen zugunsten des kollektiven Verbraucherschutzes auf allen Gebieten zulässt, auf denen die BaFin tätig wird, auch ohne dass eine Rechtsgrundlage im KWG oder im WpHG besteht. Zusätzliche Rechtsgrundlagen im KWG oder im WpHG wären daher nur erforderlich, wenn sie gegenüber § 4 Abs. 1a FinDAG einen Mehrwert brächten. Gegenstand dieser Studie ist aber, zunächst eine Verbesserung des § 4 Abs. 1a FinDAG als übergreifender Rechtsgrundlage für die Durchsetzung des kollektiven Verbraucherschutzes durch die BaFin zu erreichen. § 4 Abs. 1a FinDAG lautet:

„Die Bundesanstalt ist innerhalb ihres gesetzlichen Auftrags auch dem Schutz der kollektiven Verbraucherinteressen verpflichtet. Unbeschadet weiterer Befugnisse nach anderen Gesetzen kann die Bundesanstalt gegenüber den Instituten und anderen Unternehmen, die nach dem Kreditwesengesetz, dem Zahlungsdiensteaufsichtsgesetz, dem Versicherungsaufsichtsgesetz, dem Wertpapierhandelsgesetz, dem Kapitalanlagegesetzbuch sowie nach anderen Gesetzen beaufsichtigt werden, alle Anordnungen treffen, die geeignet und erforderlich sind, um verbraucherschutzrelevante Missstände zu verhindern oder zu beseitigen, wenn eine generelle Klärung im Interesse des Verbraucherschutzes geboten erscheint. Ein Missstand im Sinne des Satzes 2 ist ein erheblicher, dauerhafter oder wiederholter Verstoß gegen ein Verbraucherschutzgesetz, der nach seiner Art oder seinem Umfang die Interessen nicht nur einzelner Verbraucher:innen oder Verbraucher:innen gefährden kann oder beeinträchtigt. Zur Erfüllung ihrer Aufgaben und nach Maßgabe des Satzes 2 kann die Bundesanstalt auch im Wege verdeckter Testkäufe Finanzprodukte erwerben und Finanzdienstleistungen in Anspruch nehmen.“

Satz 1 der Vorschrift beschreibt den sachlichen Anwendungsbereich der Norm, Satz 2 die Befugnisse der BaFin. Satz 3 enthält eine Definition des Missstands. Satz 4 stellt

⁹⁵ Vgl. *Laars/Both*, Versicherungsaufsichtsgesetz, 4. Aufl. 2017, § 294 VAG Rn. 5.

⁹⁶ Vgl. *Klöhn/Adam*, Grenzen des Verbraucherschutzes durch die BaFin – eine Untersuchung zu § 4 Abs. 1a FinDAG, WM 2022, 1149.

eine klärende Konkretisierung der Befugnis zum *mystery shopping* dar, die mit dem Finanzmarktintegritätsstärkungsgesetz (FISG) vom 3.6.2021 in die Vorschrift aufgenommen wurde.

1. VERFASSUNGSMÄßIGKEIT

Von Gegnern der Rechtsdurchsetzung durch die BaFin wurde das Argument vorgetragen, diese verstoße gegen das Grundgesetz, insbesondere gegen den verfassungsmäßigen Grundsatz der Gewaltenteilung (Art. 20 Abs. 3 GG und Art. 92 GG).⁹⁷ Dieser fordert nach der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts, dass Entscheidungen von der Gewalt getroffen werden sollen, die nach Organisation, Zusammensetzung, Funktion und Verfahrensweise über die besten Voraussetzungen dazu verfügt.⁹⁸ Insbesondere Vertreterinnen und Vertreter des Zivilrechts gehen davon aus, dass dies bei Fragen des zivilrechtlichen Verbraucherschutzes die Zivilgerichte seien.⁹⁹ Rechtspolitische Wertungen und Gesetzesauslegung werden dabei häufig vermengt.¹⁰⁰

Dies soll sich dann in zweierlei Hinsicht auswirken. Zum einen soll die BaFin selbst nicht in den Kernbereich der Judikative eingreifen, indem sie per Verwaltungsakt Entscheidungen zum zivilrechtlichen Verbraucherrecht trifft, zum anderen sei es verfassungswidrig, wenn die Verwaltungsgerichte über Fragen des zivilrechtlichen Verbraucherrechts entschieden. Beide Fragen sind voneinander zu trennen.

1.1 Verbraucherrecht als öffentliche Aufgabe

Falsch ist schon der Ausgangspunkt, dass Verbraucherrecht zwingend und allein zivilrechtlich zu betrachten ist. Die Zuständigkeit der BaFin im kollektiven Verbraucherschutz reflektiert, dass es sich bei diesem um eine öffentliche Aufgabe handelt. Insofern wird das tradierte deutsche Verständnis durch die Wertung des EU-Rechts überlagert.¹⁰¹ Sowohl das EU-Primärrecht mit Art. 169 AEUV als auch die Rechtsprechung des EuGH - etwa zur Klausel-Richtlinie in der Rechtssache *Asturcom*¹⁰² - ordnen den Verbraucherschutz dem öffentlichen Interesse zu.¹⁰³ Unterstrichen wird dies weiter durch die mit der Omnibus-Richtlinie eingeführten öffentlich-rechtlichen Sanktionen bei gravierenden Verstößen gegen die Klausel-Richtlinie 93/13/EWG und gegen die Lauterkeits-Richtlinie 2005/29/EG sowie durch die Verordnung (EU) 2017/2394 über die

⁹⁷ Vgl. insb. *Hölldampf/Schultheiß*, Die Zinsanpassung bei Prämiensparverträgen – kein Fall für die Missstandsaufsicht der BaFin, BB 2020, 651, 653.

⁹⁸ Vgl. BVerfG, 17.7.1996 – 2 BvF 2/93, NJW 1997, 383.

⁹⁹ So dezidiert *Buck-Heeb*, BKR 2021, 141, 143. Vgl. auch *Herresthal*, Keine Informationspflicht des Klauselverwenders bei ergänzender Vertragsauslegung laufender Verträge, BKR 2021, 131, 140; *Edelmann/Schultheiß/Hölldampf*, BB 2021, 835, 843.

¹⁰⁰ So z.B. bei *Fischer*, Keine Untersagung von Negativzinsen durch BaFin, EWIR 2021, 579 ff.

¹⁰¹ In diese Richtung *Gurlit*, in: Grüneberg et al. (Hrsg.), Bankrechtstag 2015, 3, 18.

¹⁰² EuGH, Urteil vom 6.10.2009, Rs. C-40/08, *Asturcom Telecomunicaciones SL gegen Cristina Rodríguez Nogueira*, ECLI:EU:C:2009:615, Rn. 51 ff.

¹⁰³ Vgl. auch *Reifner*, Europäische Finanzaufsicht und Verbraucherschutz – Wie kann der Schutz der Verbraucherinteressen in die BaFin integriert werden?, VuR 2011, 410, 415. Zur Infizierung des Bankaufsichtsrecht mit der Zielrichtung des Verbraucherschutzes durch das Bankrecht der EU vgl. bereits *Gurlit*, in: Grüneberg et al. (Hrsg.), Bankrechtstag 2015, 3, 8 f.

Zusammenarbeit zwischen den für die Durchsetzung des Verbraucherschutzgesetzes zuständigen nationalen Behörden (CPC-Verordnung),¹⁰⁴ die die grenzüberschreitende Durchsetzung des Verbraucherrechts – in Anerkennung der Grenzen, an die die private Rechtsdurchsetzung dabei stößt – den Verbraucherschutzbehörden der Mitgliedstaaten überträgt.¹⁰⁵

Diese öffentliche Aufgabe auch jenseits der CPC-Verordnung der BaFin zuzuweisen, stand und steht dem Gesetzgeber frei. Die in Deutschland bisher praktizierte Durchsetzung des Verbraucherrechts fast nur mit Mitteln des Zivilrechts ist in der EU – zusammen mit Österreich – die große Ausnahme.¹⁰⁶ Nur die Tatsache, dass Deutschland dies in der Vergangenheit so gehandhabt hat, führt nicht zur Unzulässigkeit einer (teilweisen) Umorientierung für die Zukunft.¹⁰⁷

1.2 Überlegene Kompetenz der Zivilgerichte?

In Bezug auf die „besten Voraussetzungen“ zur Beurteilung von Fragen des zivilrechtlichen Verbraucherschutzes auf dem Gebiet der Finanzdienstleistungen erscheint es durchaus nicht offensichtlich, dass eine auf diesem Gebiet spezialisierte Aufsichtsbehörde einem Zivilgericht unterlegen ist. Zunächst einmal geht es gerade beim kollektiven Verbraucherschutz häufig um Beträge, die unterhalb von 5.000 Euro liegen und daher im Individualrechtsschutz in die Zuständigkeit des Amtsgerichts fallen, die keine Spezialisierung im Recht der Finanzdienstleistungen aufweisen. Beim Landgericht ist dies anders, weil nach § 72a Nr. 1 GVG eine Kammer für Streitigkeiten aus Bank- und Finanzgeschäften oder nach § 72a Nr. 4 GVG eine Kammer für Streitigkeiten aus Versicherungsvertragsverhältnissen gebildet werden.

Eine Überlegenheit gegenüber der BaFin, die sich mit nichts anderem als Finanzdienstleistungen befasst und Deutschland in den relevanten europäischen Institutionen wie der EBA vertritt,¹⁰⁸ lässt sich daraus aber nicht ableiten. Nur beiläufig sei darauf verwiesen, dass gerade der BGH die (EU-rechtlich vorgegebene) Rechtslage in verbraucher-kreditrechtlichen und versicherungsrechtlichen Fragen in den vergangenen Jahren nicht selten spektakulär verkannt hat.¹⁰⁹

Das VG Frankfurt hat jedenfalls in einer Entscheidung vom Juni 2021 von der Klägerseite geäußerte Argumente hinsichtlich der Verfassungswidrigkeit des § 4 Abs. 1a FinDAG ohne weitere Begründung abgelehnt.¹¹⁰

¹⁰⁴ ABI. 2017, L 345/1.

¹⁰⁵ Vgl. dazu auch *Poelzig*, BKR 2021, 589, 593 f.; *Podszun/Busch/Henning-Bodewig*, GRUR 2018, 1004, 1011. Dazu auch noch *infra*, 3.2.

¹⁰⁶ Vgl. auch *Micklitz*, *The Transformation of Enforcement in European Private Law*, *European Review of Private Law* 2015, 491, 505 ff.

¹⁰⁷ Vgl. auch *Bierschenk*, *Zum Verhältnis von behördlicher und privater Rechtsdurchsetzung in der Finanzdienstleistungsaufsicht*, NVwZ 2022, 307, 309 f.; *Schubert*, *Zivilrechtliche Klauselkontrolle durch die BaFin im Wege der Missstandsaufsicht nach § 4 Abs. 1a FinDAG*, *jurisPR-BKR* 10/2021 Anm. 1. A.A. offenbar *Buck-Heeb*, BKR 2021, 141, 143.

¹⁰⁸ Vgl. *Deutsche Bundesbank*, *European Banking Authority (EBA)*, <https://www.bundesbank.de/de/aufgaben/banken-aufsicht/bundesbank/eba/european-banking-authority-eba—597796>.

¹⁰⁹ Vgl. nur EuGH, 26.3.2020, Rs. C-66/19 *JC gegen Kreissparkasse Saarlouis*, ECLI:EU:C:2020:242; EuGH, 9.9.2021, verb. Rs. C-33/20, C-155/20 und C-187/20 *UK u.a. gegen Volkswagen Bank GmbH u.a.*, ECLI:EU:C:2021:736.

¹¹⁰ VG Frankfurt a.M., 24.6.2021 - 7 K 2237/20.F, VuR 2021, 430.

1.3 Der richtige Gerichtszweig

Auch dass sich Gerichte eines Gerichtszweigs – jedenfalls als Vorfrage – mit Rechtsfragen befassen, die an sich einem anderen Gerichtszweig zugeordnet sind, ist nicht ungewöhnlich.¹¹¹ Man denke nur an nachbarschaftsrechtliche Streitigkeiten nach § 906 BGB, in denen es regelmäßig um immissionsschutzrechtliche Fragen geht.¹¹² Die Frage kann daher nur sein, ob die Zivilgerichte so viel besser als die Verwaltungsgerichte zur Klärung von Fragen des zivilrechtlichen Verbraucherschutzes geeignet sind, dass die Zuständigkeit der Letzteren für Verfahren, in denen etwa Banken gegen eine Entscheidung der BaFin vorgehen, verfassungswidrig wäre.¹¹³ Daran ist jedenfalls vor dem Hintergrund, dass Verfahren gegen die BaFin stets vor denselben Gerichten, nämlich dem VG Frankfurt, dem VGH Kassel und schließlich dem Bundesverwaltungsgericht, landen, die deshalb auch Erfahrung mit derlei Verfahren sammeln können, zu zweifeln. Im Übrigen bleibt darauf hinzuweisen, dass etwaige Konflikte in der Bewertung von Sachverhalten durch die BaFin und die Verwaltungsgerichte einerseits und die Zivilgerichte andererseits notfalls durch den Gemeinsamen Senat der obersten Bundesgerichte zu lösen sind. Dass dies umständlich sein mag, ändert nichts an der Tatsache, dass dies der Weg ist, den der deutsche Gesetzgeber in Art. 95 Abs. 3 GG für solche Konflikte vorgesehen hat.¹¹⁴

Eher stellt sich die Frage, ob ein einheitlicher Rechtsweg vor den Zivilgerichten aus Gründen der Rechtseinheit sinnvoll wäre. Dies wird später behandelt (vgl. infra, III. 4. 2.).

1.4 Fazit

Verfassungswidrig ist die Rechtsdurchsetzung durch die BaFin nach § 4 Abs. 1a FinDAG zweifellos nicht. Zutreffend ist aber, und dies ist schon aus der Begründung der Bundesregierung im Gesetzgebungsverfahren, das zur Einführung des § 4 Abs. 1a FinDAG führte, abzuleiten, dass die Rechtsdurchsetzung durch die BaFin die Rechtsdurchsetzung auf dem Zivilgerichtsweg ergänzen, nicht hingegen vorrangig sein soll.¹¹⁵

Insofern ist auch von Bedeutung, was die zivilrechtliche Rechtsdurchsetzung zu leisten vermag und wo ihre Grenzen sind. Da sich diese jederzeit durch Gesetzes- oder Rechtsprechungsänderungen verbessern, wie die Einführung der Abhilfeklage, die neuen Verjährungsregeln bei der Unterlassungsklage und die wohl zurückkehrenden Finanzierungsmöglichkeiten bei der Gewinnabschöpfungsklage zeigen, muss die BaFin bei der Nutzung ihrer Kompetenz stets die zivilrechtliche Rechtsdurchsetzung im Blick behalten.¹¹⁶

¹¹¹ Vgl. auch *Schubert*, jurisPR-BKR 10/2021 Anm. 1.

¹¹² Vgl. etwa BGH, 23.3.1990 - V ZR 58/89, NJW 1990, 2465.

¹¹³ A.A. offenbar *Buck-Heeb*, BKR 2021, 141, 144 f.

¹¹⁴ So auch *Bierschenk*, NVwZ 2022, 307, 309.

¹¹⁵ So auch *Poelzig*, BKR 2021, 589, 592; *Klöhn/Adam*, WM 2022, 1149, 1152.

¹¹⁶ So auch *Poelzig*, BKR 2021, 589, 592.

2. § 4 ABS. 1A FINDAG IM EINZELNEN

2.1 § 4 Abs. 1a FinDAG als Kompetenzgrundlage

§ 4 Abs. 1a Satz 2 FinDAG enthält eine eigenständige Ermächtigungsgrundlage¹¹⁷ mit Anordnungsbefugnis,¹¹⁸ die neben die Befugnisse der BaFin nach anderen Gesetzen wie dem KWG tritt. Dies ergibt sich aus dem Terminus „unbeschadet weiterer Befugnisse nach anderen Gesetzen“. Diese Intention ergibt sich auch unzweifelhaft aus der Begründung des Gesetzentwurfs, in der es heißt: „Satz 2 konkretisiert die allgemeine Aufgabenzuweisung in Satz 1 im Sinne einer Missstandsaufsicht und enthält eine Ermächtigungsgrundlage mit Anordnungsbefugnis für den kollektiven Verbraucherschutz gefährdende oder beeinträchtigende Missstände.“¹¹⁹

Anders lautende Aussagen in der Kommentarliteratur¹²⁰ sind weder mit dem Wortlaut der Vorschrift noch mit der Begründung des Gesetzesentwurfs durch die Bundesregierung zu vereinbaren. Das VG Frankfurt als erstinstanzliches Gericht für Klagen gegen Verwaltungsakte der BaFin hat § 4 Abs. 1a Satz 2 FinDAG ohne weiteres als Kompetenzgrundlage akzeptiert.¹²¹

2.2 Voraussetzungen des Tätigwerdens

Der wirkliche Kern der Diskussion liegt in den Voraussetzungen für das Tätigwerden der BaFin. § 4 Abs. 1a Satz 2 FinDAG verlangt hierfür zweierlei: (1) es muss ein verbraucherschutzrelevanter Missstand vorliegen und (2) eine generelle Klärung muss im Interesse des Verbraucherschutzes geboten sein.

2.2.1 Verbraucherschutzrelevanter Missstand

Der Begriff des Missstands ist in § 4 Abs. 1a Satz 3 FinDAG definiert als „ein erheblicher, dauerhafter oder wiederholter Verstoß gegen ein Verbraucherschutzgesetz, der nach seiner Art oder seinem Umfang die Interessen nicht nur einzelner Verbraucherinnen oder Verbraucher gefährden kann oder beeinträchtigt.“ Der Begriff der „Verbraucherschutzrelevanz“ in Satz 2 spielt daneben keine Rolle, weil diese bereits in der Definition des Missstands vorausgesetzt wird.

a) Verbraucherschutzgesetz

Verbraucherschutzgesetze sind nach der Begründung der Bundesregierung generell Gesetze, die dem Schutz der Verbraucher:innen dienen. Eine Norm „dient“ danach dem Schutz der Verbraucher:innen, wenn der Verbraucherschutz ihr eigentlicher Zweck ist. Die Norm kann auch anderen Zwecken dienen; es genügt aber nicht, wenn

¹¹⁷ Ebenso *Hufeld*, „Verbraucher und Recht“, VuR 2015, 401; *Schäfers*, in: Kaulbach/Bähr/Pohlmann, Versicherungsaufsichtsgesetz, 6. Aufl. 2019, § 4 FinDAG Rn. 6.

¹¹⁸ Ebenso *Gurilit*, in: Grüneberg et al. (Hrsg.), Bankrechtstag 2015, 3, 13; *Roth*, Das neue Kleinanlegerschutzgesetz, GWR 2015, 243; *Schäfers*, in: Kaulbach/Bähr/Pohlmann (Hrsg.), § 4 FinDAG Rn. 6.

¹¹⁹ Vgl. BT-Drucks. 18/3994, 36.

¹²⁰ Vgl. *Laars*, Finanzdienstleistungsaufsichtsgesetz, 4. Aufl. 2017, § 4 Rn. 4: „mehr eine politische Botschaft als eine belastbare Rechtsnorm“.

¹²¹ VG Frankfurt a.M., 24.6.2021 - 7 K 2237/20.F, VuR 2021, 430.

der Verbraucherschutz in der Norm nur untergeordnete Bedeutung hat oder nur eine zufällige Nebenwirkung ist.¹²²

Dieser Begriff hat in der bisherigen Diskussion keine Probleme bereitet. Der Begriff des Verbraucherschutzgesetzes ist aus § 2 UKlaG vertraut, er wird dort denkbar weit ausgelegt. Eine Einschränkung gegenüber § 2 UKlaG ergibt sich naturgemäß daraus, dass die BaFin nur „innerhalb ihres gesetzlichen Auftrags“ tätig wird, also umfassend auf dem Gebiet der Finanzdienstleistungen. Erfasst sind – jeweils soweit Verbraucher:innen involviert sind – etwa das Bankwesen, das Versicherungswesen, der Wertpapierhandel, der Zahlungsverkehr und der Anlegerschutz.

b) Erheblicher, dauerhafter oder wiederholter Verstoß

Der Verstoß gegen ein solches Verbraucherschutzgesetz muss „erheblich, dauerhaft oder wiederholt“ sein. Damit scheint sprachlich auch ein einmaliger Verstoß auszureichen. Umgekehrt muss wohl ein dauerhafter oder wiederholter Verstoß nicht erheblich sein.

Jedenfalls aber ist Voraussetzung für ein Tätigwerden der BaFin, dass der Verstoß „nach seiner Art oder seinem Umfang die Interessen nicht nur einzelner Verbraucher:innen oder Verbraucher gefährden kann oder beeinträchtigt.“ Letztere Formel wiederum verdeutlicht, dass die BaFin sich der Kompetenz nach § 4 Abs. 1a FinDAG nicht zur Durchsetzung der Rechte einzelner Verbraucher:innen bedienen kann.¹²³

Die geforderte Erheblichkeit des Verstoßes bedeutet nicht etwa, dass der einzelne Verbraucher:innen durch den Verstoß einen erheblichen Schaden erleiden müsste.¹²⁴ Insofern ist zu berücksichtigen, dass gerade die Aggregation von kleinen Beträgen zu erheblichen Unrechtsgewinnen führen kann. Als Beispiele aus der Rechtsprechung seien überhöhte Gebühren für Basiskonten¹²⁵ oder Pfändungsschutzkonten¹²⁶ oder pauschale, den eigenen Aufwand übersteigende Gebühren für Rücklastschriften genannt.¹²⁷ Gerade diese sind ein besonderes Problem des kollektiven Verbraucherschutzes, da bei derartigen Streuschäden die Bereitschaft, individuellen Rechtsschutz zu suchen, besonders gering ist.¹²⁸

Die hier getroffene Wertung wird durch eine Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts im Zusammenhang mit der Frage der sofortigen Abschaltung einer mehrfach rechtswidrig genutzten Rufnummer durch die Bundesnetzagentur gestützt. Dort bejahte

¹²² Vgl. BT-Drucks. 18/3994, 36.

¹²³ Vgl. auch BT-Drucks. 18/3994, 37; dies betont auch *Buck-Heeb*, Missstandsaufsicht durch die BaFin nach § 4 Abs. 1 a FinDAG, BKR 2021, 141 f. Sie kann deshalb auch gegenüber Dritten, die nicht Adressat von Maßnahmen sind, keine Amtspflichtverletzung begehen, vgl. LG Wuppertal, 10.9.2021 – 2 O 441/20, BKR 2022, 332. Andere Kompetenzgrundlagen erlauben dies hingegen, vgl. § 49 Abs. 1 ZKG bei Verweigerung der Eröffnung eines Basiskontos. Auch informell kann die BaFin aus Anlass einer Kundenbeschwerde auf ein Kreditinstitut einwirken, vgl. *Fischer/Boegl*, in: *Ellenberger/Bunte* (Hrsg.), *Bankrechts-Handbuch*, 6. Aufl. 2022, § 110 Grundlagen Rn. 52 f.

¹²⁴ Ebenso *Brömmelmeyer*, *Effektiver Verbraucherschutz durch die BaFin*, *VersR* 2019, 909, 912.

¹²⁵ Vgl. LG Frankfurt, 8.5.2018 - 2-28 O 98/17, *VuR* 2018, 302; bestätigt durch OLG Frankfurt, 27.2.2019 - 19 U 104/18.

¹²⁶ BGH, 13.11.2012 - XI ZR 500/11, *VuR* 2013, 105; BGH, 10.2.2015 - XI ZR 187/13, *VuR* 2015, 354.

¹²⁷ LG Itzehoe, 23.8.2018 - 7 O 331/17.

¹²⁸ Vgl. statt vieler *Wagner*, *Kollektiver Rechtsschutz - Regelungsbedarf bei Massen- und Streuschäden*, in: *Casper u.a.* (Hrsg.), *Auf dem Weg zu einer europäischen Sammelklage?*, 2009, 41 ff.

das Gericht das sofortige Vollzugsinteresse entgegen dem Hinweis des beschwerdeführenden Unternehmens, das Verbraucherinteresse sei angesichts eines in Rede stehenden Betrags von 3,98 Euro, den die Verbraucher:innen für das Anhören der Preisansage zu entrichten hatten, „relativ gering“. Das BVerfG argumentierte dabei u.a. mit der womöglich hohen Zahl der Betroffenen.¹²⁹

c) Einschlägige Entscheidung des BGH

An welche Arten von Verstößen gedacht ist, verdeutlicht die Begründung des Gesetzesentwurfs:

„Ein Missstand liegt insbesondere dann vor, wenn ein Institut oder Unternehmen im Sinne des Satzes 2 eine einschlägige Entscheidung des Bundesgerichtshofes zur Anwendung einer zivilrechtlichen Norm mit verbraucherschützender Wirkung nicht beachtet.“¹³⁰

Mit dem Begriff „einschlägig“ ist eine Entscheidung gemeint, die sich auf identische oder inhaltsgleiche AGB oder auf identische Praktiken bezieht. In Betracht kommen etwa Verstöße gegen die Informations- und Erläuterungspflichten des § 491a BGB, die Pflicht zur Prüfung der Kreditwürdigkeit von Verbraucher:innen nach § 505a BGB oder auch die systematische Berechnung überhöhter Vorfälligkeitsentschädigungen.

Ein erstes Problem wird gesehen, wenn etwa die verwendeten AGB nicht identisch, sondern nur bedeutungsgleich sind.¹³¹ Dieses Problem ist aus der Verbandsklage der qualifizierten Einrichtungen bekannt. Die Lösung besteht dort nach § 9 Nr. 3 UKlaG zunächst darin, Verwenden unwirksamer AGB auch die Verwendung oder Empfehlung inhaltsgleicher Bestimmungen in Allgemeinen Geschäftsbedingungen zu untersagen. Dass die Abgrenzung inhaltsgleicher Bestimmungen von andersartigen Bestimmungen durchaus schwierig sein kann, zeigt wiederum die (seltene) Rechtsprechung zu (mit Ordnungsgeld zu ahndenden) Verstößen gegen Unterlassungsurteile.

2.2.2. Gebot des Eingreifens mangels höchstrichterlicher Rechtsprechung

Daneben soll die BaFin laut der Begründung des Gesetzesentwurfs in Fällen, in denen die Bundesanstalt Kenntnis von systematischen oder gewichtigen Verstößen gegen verbraucherschützende Rechtsvorschriften erhält und in absehbarer Zeit kein höchstrichterliches Urteil zu erwarten ist, die Möglichkeit zum Einschreiten haben.¹³² Die BaFin ist also nicht etwa darauf beschränkt, nur bereits (zivil-)höchstrichterlich geklärte Fragen aufzugreifen. Dies entspricht der Rechtsprechung des Bundesverwaltungsgerichts zu § 81 VAG a.F. (jetzt § 298 Abs. 1 VAG).¹³³

Über die Frage, in welchen Situationen „in absehbarer Zeit kein höchstrichterliches Urteil zu erwarten ist“, wird in der Literatur heftig gestritten.

¹²⁹ Vgl. BVerfG, 24.8.2011 - 1 BvR 1611/11, NVwZ 2012, 104, 106.

¹³⁰ BT-Drucks. 18/3994, 36.

¹³¹ Vgl. dazu *Buck-Heeb*, BKR 2021, 141, 146.

¹³² BT-Drucks. 18/3994, 36.

¹³³ BVerwG, 25.6.1998 - 1 A 6–96, NJW 1998, 3216.

a) Beim BGH anhängige Rechtssache

Nach ganz h.M. ist die BaFin am Einschreiten gegen einen Verstoß gehindert, wenn eine Rechtssache schon beim BGH anhängig ist.¹³⁴ Aus diesem Grund hat auch das VG Frankfurt in seinem Urteil vom 24.6.2021 eine Entscheidung der BaFin zu Negativzinsen für nicht geboten und damit rechtswidrig gehalten.¹³⁵

Die BaFin hatte zwar argumentiert, dass sich ein Revisionsverfahren erledigt habe, weitere Verfahren waren aber zum Zeitpunkt des Erlasses des Widerspruchsbescheids noch anhängig, darunter Verfahren unter Beteiligung von Verbraucherzentralen. Zu einer Entscheidung des BGH kam es tatsächlich neun Monate nach Erlass des Widerspruchsbescheids vom 27.7.2020.

Die BaFin hatte aber insofern Grund zur Sorge, als seit vielen Jahren gerade auch Verfahren von Banken und Versicherungen beim BGH häufig in letzter Minute „platzen“, weil die Institute oder Unternehmen einer für sie ungünstigen Klärung der Rechtslage ausweichen wollen.¹³⁶ Während Verbraucherverbände an der Klärung der Rechtslage interessiert sind, lassen sich einzelne Verbraucher:innen leicht per Vergleich aus dem Verfahren „herauskaufen“, wie die zahlreichen abgesagten Verhandlungstermine zu VW-Dieselsklagen belegen. Einen Automatismus dahingehend, dass die BaFin bei Anhängigkeit eines Verfahrens beim BGH zuwarten müsse, sollte es also nicht geben, weil das deutsche Recht auch nach der Reform des Revisionsrechts zum 1.1.2014 noch zu viele Schlupflöcher bietet, um einer Entscheidung des BGH auszuweichen.¹³⁷ Andernfalls hätten die Banken die Möglichkeit, auf diese Weise nicht nur die höchstrichterliche Klärung von Rechtsfragen, sondern auch noch die Rechtsdurchsetzung durch die BaFin zu torpedieren.

Warum die BaFin ein solches Vorgehen im konkreten Fall erwartet und deshalb die Prognose stellt, dass eine Entscheidung des BGH nicht in absehbarer Zeit ergehen wird, muss sie allerdings begründen. Insofern sollte man es als ausreichend ansehen, wenn das betreffende Kreditinstitut nicht zusichert, die Entscheidung des BGH abzuwarten.

b) Beim OLG anhängige Rechtssache

Buck-Heeb meint, eine höchstgerichtliche Entscheidung sei schon absehbar, wenn ein Rechtsstreit beim OLG anhängig sei und die Revision grundsätzlich zulässig sei, denn dann könne es eine OLG-Entscheidung geben, gegen die Revision eingelegt werden könne;¹³⁸ dieser Ansicht scheint das VG Frankfurt *obiter dictum* zu folgen.¹³⁹

¹³⁴ So *Poelzig*, BKR 2021, 589, 592.

¹³⁵ VG Frankfurt a.M., 24.6.2021 - 7 K 2237/20.F, VuR 2021, 430.

¹³⁶ Vgl. aus jüngerer Zeit das Verfahren gegen die Debeka wegen Servicegebühren in der Ansparphase eines Bausparvertrags, Az. XI ZR 4/20.

¹³⁷ Zu Reformvorschlägen vgl. *Stadler*, Revisionstaktik – ist dagegen kein Kraut gewachsen?, VuR 2021, 361 f.

¹³⁸ *Buck-Heeb*, BKR 2021, 141, 147. Ebenso *Poelzig*, BKR 2021, 589, 592; *Klöhn/Adam*, WM 2022, 1149, 1152.

¹³⁹ VG Frankfurt a.M., 24.6.2021 - 7 K 2237/20.F, VuR 2021, 430.

Gegen diese Ansicht spricht der Zweck der Eingriffsbefugnis der BaFin in den Fällen, in denen noch keine höchstrichterliche Entscheidung vorliegt. Dieser liegt darin, im Falle eines erheblichen, dauerhaften oder wiederholten Verstoßes Schaden durch weitere Verbraucherschutzverstöße abzuwenden. Liegt ein Verfahren noch beim OLG, so ist völlig ungewiss, ob es je zu einer höchstrichterlichen Entscheidung kommt.¹⁴⁰ Möglicherweise legt das unterliegende Unternehmen gerade keine Revision ein, um einer negativen höchstrichterlichen Entscheidung auszuweichen. So hat die Volksbank Dresden in der oben geschilderten Klage der VZ Sachsen auf Rückzahlung zu Unrecht einbehaltener Beträge die Revision zurückgenommen.

Jedenfalls aber ist eine höchstrichterliche Entscheidung noch nicht „absehbar“, wenn der Fall noch beim OLG liegt, und selbst wenn sie überhaupt ergeht, vergeht bis dahin noch viel Zeit.¹⁴¹ In dem Negativzinsen-Fall, der dem VG Frankfurt vorlag, erging der Ursprungsbescheid der BaFin am 15.7.2019, die höchstrichterliche Entscheidung, auf die sich das VG Frankfurt im Folgenden bezog, am 27.4.2021. In gut 21 Monaten kann eine Bank viel Schaden anrichten. Wenn sich am Ende herausstellt, dass die BaFin „falsch lag“, kann sie ihren Verwaltungsakt nach § 48 Abs. 1 Satz 1 VwVfG zurücknehmen.¹⁴²

c) Untergerichtlich oder gar nicht anhängige Rechtssache

Keine Beschränkungen sind der BaFin in jedem Fall dann auferlegt, wenn eine Rechtssache noch gar nicht anhängig ist oder erst die Stufe der Landgerichte erreicht hat. Dass angesichts der Vielzahl von Landgerichten auf dieser Ebene Rechtsfragen divergierend behandelt werden, ist in Deutschland der Normalfall. Insofern ist es auch unschädlich, wenn unterschiedliche Ansichten von der BaFin einerseits und dem einen oder anderen Landgericht andererseits vertreten werden.

2.3 Befugnisse

Zu den Maßnahmen, die die BaFin nach § 4 Abs. 1a Satz 2 FinDAG ergreifen kann, äußert sich die Vorschrift nicht näher. Es heißt dort, die BaFin könne „alle Anordnungen treffen, die geeignet und erforderlich sind, um verbraucherschutzrelevante Missstände zu verhindern oder zu beseitigen“. Der Begriff „verhindern“ zielt auf präventive Maßnahmen, der Begriff „beseitigen“ auf repressive Maßnahmen.¹⁴³ Freilich muss auch für präventive Maßnahmen der Verstoß bereits vorliegen, lediglich die Folgen noch nicht. Typisch ist das etwa bei der Verwendung von AGB-Klauseln, die den Vertragspartner des Verwenders entgegen den Geboten von Treu und Glauben unangemessen benachteiligen und deshalb nach § 307 Abs. 1 BGB unwirksam sind, aber auch beim Verstoß gegen vorvertragliche Informationspflichten.

¹⁴⁰ Ebenso *Schubert*, jurisPR-BKR 10/2021 Anm. 1.

¹⁴¹ Ebenso *Schubert*, jurisPR-BKR 10/2021 Anm. 1.

¹⁴² Vgl. *Bierschenk*, NVwZ 2022, 307, 309 f.

¹⁴³ Vgl. auch *Buck-Heeb*, BKR 2021, 141, 147.

2.3.1 Verfassungskonform einschränkende Auslegung?

In der Literatur wird vertreten, mit Blick auf das Bestimmtheitsgebot sei eine einschränkende Auslegung der Befugnisse der BaFin geboten.¹⁴⁴

Eine breite Kompetenzgrundlage ist aber durchaus typisch für das Aufsichtsrecht, wie ein Vergleich mit anderen einschlägigen Vorschriften wie den §§ 6 und 23 KWG zeigt. Nach § 23 KWG kann die Bundesanstalt bestimmte Arten der Werbung untersagen, um Missständen bei der Werbung der Institute zu begegnen. Ein Missstand liegt insbesondere vor, wenn Werbung für Verbraucherdarlehensverträge falsche Erwartungen in Bezug auf die Möglichkeit, ein Darlehen zu erhalten oder in Bezug auf die Kosten eines Darlehens weckt.

Von der Möglichkeit des § 23 KWG hat die BaFin in der Vergangenheit in verschiedener Weise Gebrauch gemacht. Auf der präventiven Ebene hat sie Rundschreiben dazu veröffentlicht, was sie in Bezug auf bestimmte Aspekte wie Werbung mit der Beaufsichtigung durch die BaFin als zulässig ansieht.¹⁴⁵ Daneben finden sich aber auch Untersagungen gegenüber einzelnen Unternehmen¹⁴⁶ und eine Allgemeinverfügung.¹⁴⁷

Noch weiter ist die allgemeine Anordnungsbefugnis des § 6 Abs. 3 KWG formuliert, der Anordnungen gegenüber den Instituten und ihren Geschäftsleitern vorsieht, die geeignet und erforderlich sind, um Verstöße gegen aufsichtsrechtliche Bestimmungen zu verhindern oder zu unterbinden oder um Missstände in einem Institut zu verhindern oder zu beseitigen, welche die Sicherheit der dem Institut anvertrauten Vermögenswerte gefährden können oder die ordnungsgemäße Durchführung der Bankgeschäfte oder Finanzdienstleistungen beeinträchtigen. Eine Beschränkung auf bestimmte Typen von Anordnungen liegt nicht vor; deren Zulässigkeit wird allein durch die Eignung und Erforderlichkeit der Maßnahme zur Zweckerreichung sowie ihre Verhältnismäßigkeit bestimmt.

Die einzige Beschränkung, die § 4 Abs. 1a Satz 2 FinDAG für Maßnahmen der BaFin zur Verhinderung oder Beseitigung von Missständen vorsieht, besteht darin, dass sie „geeignet und erforderlich“ sein müssen. Nach allgemeinen Grundsätzen des Verwaltungsrechts wird man die Verhältnismäßigkeit i.e.S. ergänzen müssen.

2.3.2 Maßnahmen der Prävention

Die klassische Maßnahme des Verwaltungsrechts ist die Unterlassungsverfügung. Dass die BaFin diese nutzen kann, um einen Missstand zu verhindern oder zu beseitigen, wird nicht bezweifelt. Erforderlich ist eine Unterlassungsverfügung, wie im Anwendungsbereich des UKlaG, wenn Wiederholungsgefahr besteht. Letztere wird im Zivilrecht immer dann angenommen, wenn der Unternehmer keine strafbewehrte Unterlassungserklärung abgibt.¹⁴⁸ Im Rahmen des § 4 Abs. 1a FinDAG wird man sie annehmen

¹⁴⁴ Vgl. *Buck-Heeb*, BKR 2021, 141, 145. Tendenziell auch *Klöhn/Adam*, WM 2022, 1149, 1151.

¹⁴⁵ So das Schreiben der Bundesanstalt für Finanzdienstleistungsaufsicht vom 14.9.2005 zu Hinweisen zur Werbung mit der BaFin.

¹⁴⁶ So das Schreiben der Bundesanstalt für Finanzdienstleistungsaufsicht vom 18.6.1999 zur Werbung mit Zahlenangaben für die Rendite eines Fonds.

¹⁴⁷ Allgemeinverfügung des Bundesaufsichtsamtes für das Kreditwesen vom 18.2.1977 zur Untersagung der bauparer-externen Laienwerbung nach § 23 Abs. 3 KWG.

¹⁴⁸ Ausf. MüKo-ZPO – *Micklitz/Rott*, § 1 UKlaG, Rn. 31 ff., und § 2 UKlaG, Rn. 55.

können, wenn das Kreditinstitut oder Unternehmen im Rahmen der Anhörung nicht die Abstellung des Verstoßes zusagt und der BaFin nachweist. Dasselbe gilt für die Unterlassungsverfügung in Form einer Allgemeinverfügung.

Nicht richtig dagegen ist es, über das Kriterium der Erforderlichkeit der Maßnahme die Voraussetzungen des Tätigwerdens weiter einzugrenzen, indem etwa die Erforderlichkeit in Zweifel gezogen wird, weil ein Rechtsstreit beim Landgericht anhängig ist.¹⁴⁹ Dies hat der Gesetzgeber gerade nicht angeordnet, sondern das Aufgreifen durch die BaFin eben nur dort blockieren wollen, wo eine höchstgerichtliche Entscheidung in absehbarer Zeit erfolgen wird.

2.3.3 Maßnahmen zur Beseitigung von Verstößen

Der Begriff der Beseitigung ist, wie oben ausgeführt, aus § 2 UKlaG und § 8 UWG bekannt und war dort Gegenstand intensiver Diskussion.¹⁵⁰ Zum Teil wird die Ablehnung der Folgenbeseitigung im Zivilrecht mit der Begründung, die Maßnahmen der BaFin könnten nicht weiterreichen als die vor Zivilgerichten einklagbaren Maßnahmen, auf die Durchsetzungskompetenz der BaFin übertragen.¹⁵¹

a) Verpflichtung zur Information betroffener Verbraucher:innen

In Entsprechung zur Rechtsprechung des BGH zum Anspruch der qualifizierten Einrichtung auf Information der von einem Verstoß Betroffenen könnte die BaFin eine Unterlassungsverfügung im Falle bereits erfolgter Verstöße mit der Anordnung verbinden, die betroffenen Verbraucher von den mit dieser Verfügung festgestellten Verstößen zu informieren.¹⁵²

Eine solche Anordnung ist geeignet, den kollektiven Verbraucherschutz zu befördern. Ein wesentliches Problem der Durchsetzung des Verbraucherrechts besteht bekanntlich darin, dass die Betroffenen ihre Rechte nicht kennen. Womöglich haben sie von dem Unternehmen, das gegen Verbraucherschutzvorschriften verstoßen hat, sogar schon auf einen Versuch, Rechte einzufordern, eine abschlägige Auskunft erhalten, wie dies aus den Themenkomplexen Widerrufsrecht bei mangelhafter Belehrung oder auch Bearbeitungsklauseln bekannt geworden ist.

Gleichzeitig hemmt ein von der BaFin erlassener Verwaltungsakt die Verjährung von Ansprüchen nicht.¹⁵³ Schon deshalb ist es von zentraler Bedeutung, dass die betroffenen Verbraucher:innen zügig davon Kenntnis erlangen, dass es Rechte gibt, die sie durchsetzen können. Selbst wenn aber eine Verjährungshemmung eingeführt wurde (dazu infra, III. 4. 3.), entfielen der Bedarf nach Information der Verbraucher:innen nicht, weil diese anders möglicherweise Kenntnis von ihren Rechten erlangen.

¹⁴⁹ So aber *Buck-Heeb*, BKR 2021, 141, 147; *Edelmann*, Anmerkung, BKR 2021, 587, 588.

¹⁵⁰ Vgl. *supra*,

¹⁵¹ Vgl. *Buck-Heeb*, BKR 2021, 141,

¹⁵² So auch *Brömmelmeyer*, VersR 2019, 909, 915.

¹⁵³ Vgl. auch BaFin, Prämiensparverträge: BaFin-Anordnung gegenüber Kreditinstituten wegen Rechtsbehelfen vorerst nicht umfassend vollziehbar, https://www.bafin.de/SharedDocs/Veroeffentlichungen/DE/Meldung/2021/meldung_2021_09_09_Praemiensparvertraege.html.

Entsprechend hat die BaFin in ihrer Allgemeinverfügung zu Prämiensparverträgen die Institute verpflichtet, alle betroffenen Verbraucher:innen über die Unwirksamkeit der darin enthaltenen Zinsanpassungsklausel sowie das Fehlen einer allgemeinverbindlichen gerichtlichen ergänzenden Vertragsauslegung zu unterrichten.¹⁵⁴

Auch die Erforderlichkeit einer solchen Maßnahme ist regelmäßig zu bejahen. Als milderes Mittel steht insbesondere nicht die Information der Verbraucher:innen durch die BaFin selbst zur Verfügung. Diese Möglichkeit hat die BaFin schon nur dort, wo das EU-Recht sie verlangt, insbesondere im Wertpapierrecht nach Art. 14 (4) der Marktmissbrauchs-Richtlinie 2003/6/EG, umgesetzt in § 40b WpHG, und im Bankenaufsichtsrecht der Richtlinie 2013/36/EU, umgesetzt in § 60b KWG. Diese Vorschriften sollen einerseits der Gefahrenabwehr durch Information der Öffentlichkeit dienen, andererseits der Abschreckung potentieller Rechtsbrecher.¹⁵⁵

Eine Veröffentlichung, etwa auf der Homepage der BaFin, erfüllt aber auch nicht den Zweck, die betroffenen Verbraucher:innen tatsächlich zu erreichen. Genau deshalb hat die zivilgerichtliche Rechtsprechung die Verpflichtung zur Information der betroffenen Verbraucher:innen als (erforderliche und verhältnismäßige) Beseitigungsmaßnahme anerkannt.

In den übrigen Fällen ist die BaFin ohnehin nach § 11 FinDAG i.V.m. § 9 KWG zur Verschwiegenheit verpflichtet.

b) Rückzahlungsanordnung

Rückzahlungsanordnungen gelten mittlerweile als das effektivste Instrument, das eine Behörde zur Verfügung haben kann. In Großbritannien führten die von der Financial Conduct Authority angeordneten *consumer redress schemes* im Skandal um Restschuldversicherungen zur Rückerstattung von über 20 Milliarden Pfund an Verbraucher:innen.¹⁵⁶

Sie sind ohne Zweifel geeignet, einer großen Anzahl von Verbraucher:innen zu ihrem Recht zu verhelfen, so dass sie dem kollektiven Verbraucherschutz dienen. Jedenfalls bei kleineren Beträgen steht auch ihre Erforderlichkeit außer Zweifel, denn diese werden viele Verbraucher:innen selbst bei individueller Information durch das Institut oder Unternehmen nicht aktiv einfordern.¹⁵⁷

Gegen Rückzahlungsanordnungen wird eingewendet, diese seien mit dem Grundsatz der Parteiautonomie unvereinbar, weil den begünstigten Verbraucher:innen die Disposition über ihre eigenen Ansprüche genommen würde.¹⁵⁸ Dieses Argument, das auch

¹⁵⁴ Das Sonderproblem der Anordnung eines Angebots zur Vereinbarung einer neuen Zinsanpassungsklausel ist nicht grundsätzlicher Natur und soll hier unberücksichtigt bleiben. Vgl. dazu ausf. *Herresthal*, Keine Informationspflicht des Klauselverwenders bei ergänzender Vertragsauslegung laufender Verträge, BKR 2021, 131 ff.

¹⁵⁵ Vgl. Erwägungsgrund (38) der Richtlinie 2013/36/EU.

¹⁵⁶ Vgl. dazu *Hodges*, Mass Collective Redress: Consumer ADR and Regulatory Techniques, *European Review of Private Law* 2015, 829, 847 ff.; *Rott*, Behördliche Rechtsdurchsetzung in Großbritannien, den Niederlanden und der USA, in: *Schulte-Nölke* (Hrsg.), *Neue Wege zur Durchsetzung des Verbraucherrechts*, 2017, 31, 47 ff. Vgl. zum Blick auf ausländische Behörden auch *Podszun/Busch/Henning-Bodewig*, GRUR 2018, 1004, 1008.

¹⁵⁷ Vgl. zuletzt *Scherer*, VuR 2022, 443.

¹⁵⁸ So *Buck-Heeb*, BKR 2021, 141, 148 f.; *Poelzig*, BKR 2021, 589, 592.

jeder Form von Opt-out-Systemen entgegengehalten wird, ignoriert, dass sich Verbraucher:innen kaum je dagegen wehren werden, dass ihre tatsächlich bestehenden Ansprüche befriedigt werden. Sollte dies Verbraucher:innen wirklich einmal aus moralischen Erwägungen heraus furchtbar unangenehm sein, steht es ihm frei, gegenüber dem Unternehmer zu verzichten oder ihm den erstatteten Betrag zurück zu überweisen. Im Kartellrecht ist die Rückzahlungsanordnung im Übrigen in § 32 Abs. 2a GWB vorgesehen, auch wenn das Bundeskartellamt davon wohl keinen Gebrauch macht, sondern sich eher um eine Verpflichtungszusage bemüht.¹⁵⁹

2.3.4 Entgegennahme von Zusagen

Geeignet ist auch die Entgegennahme der Zusage eines Instituts oder Unternehmens, einen Verstoß abzustellen bzw. dessen Folgen zu beseitigen. Die Bereitschaft eines Unternehmens zu solch einer Zusage würde die Erforderlichkeit eines entsprechenden Verwaltungsakts beseitigen. Allerdings wäre dafür ein Nachweis der Ernsthaftigkeit der Zusage notwendig. Bei der Verbandsklage gilt insoweit, dass die Wiederholungsgefahr nur ausgeschlossen ist, wenn eine Unterlassungserklärung mit einem Vertragsstrafversprechen verbunden wird.¹⁶⁰ Im Kartellrecht eröffnet § 32b GWB der Kartellbehörde die Möglichkeit, eine solche Verpflichtungszusage für bindend zu erklären. Gegenüber einer Rückzahlungsanordnung stellt die Entgegennahme einer Verpflichtungszusage das mildere Mittel dar. Sie hat sich im Übrigen auch in den Niederlanden bewährt.¹⁶¹

2.3.5 Kollision mit rechtskräftigen Urteilen oder Verjährung

Ein Sonderproblem besteht, wenn etwa die BaFin eine Anordnung trifft, die implizit ein Individualverhältnis betrifft, das zivilrechtlich bereits geklärt ist, weil entweder bereits eine rechtskräftige Entscheidung vorliegt oder weil ein Anspruch bereits verjährt¹⁶² oder sonstige Einwendungen bestehen; ein Problem, das übrigens auch bei zivilrechtlichen Beseitigungsansprüchen nach § 2 Abs. 1 UKlaG oder § 8 Abs. 1 UWG, insbesondere mit dem Ziel der Rückzahlung zu Unrecht erhobener oder einbehaltener Beträge, besteht.¹⁶³

Hier wäre dem Primat des Zivilrechts Rechnung zu tragen. Dies könnte etwa dadurch erfolgen, dass eine Rückzahlungsanordnung auf diejenigen Verbraucher:innen beschränkt wird, über deren Ansprüche noch nicht rechtskräftig entschieden ist, deren Ansprüche noch nicht verjährt und auch mit keinen anderen Einwendungen behaftet sind. Entsprechend hat die BaFin in ihrer Allgemeinverfügung hinsichtlich Zinsanpassungsklauseln in Prämiensparverträgen Verträge mit Verbraucher:innen, bei denen bereits eine Einigung über die Vertragsanpassung hinsichtlich der Zinsnachberechnung erzielt wurde, ausgenommen.¹⁶⁴

¹⁵⁹ Vgl. *Podszun/Busch/Henning-Bodewig*, GRUR 2018, 1004, 1009 mit Fn. 56.

¹⁶⁰ Vgl. *MüKo-ZPO – Micklitz/Rott*, § 1 UKlaG Rn. 33 m.w.N.

¹⁶¹ Vgl. *Rott*, in: Schulte-Nölke (Hrsg.), *Neue Wege zur Durchsetzung des Verbraucherrechts*, 31, 63.

¹⁶² Vgl. dazu *Buck-Heeb*, BKR 2021, 141, 148; *Klöhn/Adam*, WM 2022, 1149, 1156.

¹⁶³ Vgl. *Rott*, VbR 2016, 172, 176.

¹⁶⁴ Vgl. *BaFin*, Allgemeinverfügung bezüglich Zinsanpassungsklauseln in Prämiensparverträgen, https://www.bafin.de/SharedDocs/Veroeffentlichungen/DE/Aufsichtsrecht/Verfuegung/vf_210621_allgvfg_Zinsanpassungsklauseln_Praemiensparvertraege.html.

2.4 Rechtsweg

Da die BaFin als Behörde öffentlich-rechtlich gegen die ihrer Aufsicht unterstellten Institute und Unternehmen vorgeht, ist gegen ihre Maßnahmen nach § 40 VwGO der Verwaltungsrechtsweg eröffnet. Angesichts des beschriebenen öffentlich-rechtlichen Gehalts des Verbraucherschutzes ist dies verfassungsrechtlich nicht zu beanstanden.

Damit besteht allerdings die Möglichkeit einer divergierenden Rechtsprechung von Verwaltungs- und Zivilgerichten. Eine solche Zweiteilung des Rechtswegs mit der Möglichkeit divergierender Entscheidungen ist zwar auch aus anderen Gebieten bekannt, in denen ebenfalls öffentlich-rechtliche und zivilrechtliche Durchsetzung erfolgt. Dies gilt etwa für das Datenschutzrecht, in dem Verbraucherorganisationen seit langem Datenschutzerklärungen als AGB i.S.d. § 1 UKlaG angreifen¹⁶⁵ und mittlerweile nach § 2 Abs. 1 und Abs. 2 Satz 1 Nr. 11 UKlaG auch gegen andere Datenschutzverstöße vorgehen können. Sie führt aber zu Rechtsunsicherheit bei allen Beteiligten.

Im Bereich des Versicherungsrechts, wo die Versicherungsaufsicht nach dem VAG mit den Klagen der Verbraucherorganisationen insbesondere aus § 1 UKlaG zusammentrifft, hat der Gesetzgeber deshalb in § 8 Abs. 2 Nr. 1 UKlaG die Anhörung der BaFin verankert. Dasselbe gilt nach § 8 Abs. 2 Nr. 2 UKlaG bei Klagen, deren Gegenstand Bestimmungen in Allgemeinen Geschäftsbedingungen sind, für die nach dem Bauspar Kassengesetz oder dem Kapitalanlagegesetzbuch eine Genehmigung vorgesehen ist. Ziel war es, den behördlichen und den gerichtlichen Verbraucherschutz zu verzahnen.¹⁶⁶

Flächendeckend ist diese Verzahnung freilich nicht. Schon im Versicherungsrecht gilt sie nur für AGB-Klagen nach § 1 UKlaG, nicht aber für sonstige Praktiken i.S.d. § 2 UKlaG. Vor allem aber gilt sie nicht im Bereich der AGB der Banken und erst recht nicht bei nicht in den §§ 8 Abs. 2 und 12a UKlaG genannten Behörden.¹⁶⁷ Das Gericht kann aber stets von Amts wegen gemäß §§ 273 Abs. 2 Nr. 2 ZPO die Auskunft einer besonders sachkundigen Behörde einholen. In umgekehrter Richtung ist eine Anhörung der Verbraucherorganisationen im Verwaltungsverfahren der BaFin oder im verwaltungsgerichtlichen Verfahren mit Gegenständen des kollektiven Verbraucherschutzes nicht vorgesehen.

Als *ultima ratio* müsste bei Uneinigkeit selbst des BGH und des BVerwG nach Art. 95 Abs. 3 GG der Gemeinsame Senat der obersten Gerichtshöfe angerufen werden.¹⁶⁸ In der Vergangenheit ist dies höchst selten passiert.

Politisch mag es für die BaFin natürlich durchaus sinnvoll sein, zunächst einen Fall aufzugreifen, in dem etwa eine AGB-Klausel vom BGH im Verfahren gegen ein Kreditinstitut für unwirksam erklärt wurde, die gleichlautend von anderen Kreditinstituten verwendet wird. Dass die BaFin im Falle einer vor den Zivilgerichten bereits anhängigen Klage einer qualifizierten Einrichtung gegen eine AGB-Klausel vorprescht und diese kurzerhand untersagt, ist ohnehin kaum anzunehmen.

¹⁶⁵ Vgl. nur Rott, Data protection law as consumer law – How consumer organisations can contribute to the enforcement of data protection law, EuCML 2018, 113, 114 f.

¹⁶⁶ Vgl. die Begründung des Rechtsausschusses des Bundestags, BT-Drucks. 7/5422, 12.

¹⁶⁷ Vgl. MüKo-ZPO – Micklitz/Rott, § 8 UKlaG Rn. 8.

¹⁶⁸ Vgl. auch BVerwG, 25.6.1998 - 1 A 6–96, NJW 1998, 3216, 3218.

3. VORTEILE GEGENÜBER DEN VERBRAUCHERORGANISATIONEN

Entscheidend für die Konturierung oder auch Ausweitung der Befugnisse der BaFin im Bereich des kollektiven Verbraucherschutzes ist angesichts des Primats des zivilrechtlichen kollektiven Rechtsschutzes die Frage, welchen zusätzlichen Nutzen die Rechtsdurchsetzung durch die BaFin hat.

3.1 Erfahrung

Wie bereits angesprochen verfügen die Verbraucherorganisationen über große Erfahrung in der Rechtsdurchsetzung etwa gegenüber Banken und Versicherungen. Ein Schwerpunkt liegt dabei auf der AGB-Kontrolle, wohingegen Unterlassungsklagen nach § 2 UKlaG seltener sind.

Zum Wertpapierhandelsrecht, das nach § 2 Abs. 2 Satz 1 Nr. 7 UKlaG zu den Verbraucherschutzgesetzen i.S.d. § 2 Abs. 1 UKlaG gehört, sind Klagen ebenso wenig bekannt wie zu § 126 InvG oder § 305 KAGB, die nach § 2 Abs. 2 Satz 1 Nr. 6 UKlaG Verbraucherschutzgesetze sind. Hier liegen die Probleme regelmäßig nicht in den AGB der Unternehmen, sondern in verbraucherschutzwidrigen Praktiken wie mangelhafter oder falscher Beratung oder dem Unterlassen von Ad-hoc-Informationen.

Hingegen zählen die Wertpapieraufsicht und die Aufsicht über den Kapitalmarkt zu den Kerngebieten der BaFin, so dass in diesem Bereich von einem Erfahrungsvorsprung auszugehen ist. Dies kann sich natürlich ändern, wenn die Verbraucherorganisationen, zumal unter dem Eindruck der Aufnahme zahlreicher kapitalmarktrechtlicher Rechtsakte in den Anwendungsbereich der Verbandsklagen-Richtlinie (EU) 2020/1828 und damit zukünftig in § 2 Abs. 2 UKlaG,¹⁶⁹ vermehrt solche Verfahren führen. Solange dies aber noch nicht der Fall ist, kann die BaFin diese Lücke füllen.

3.2 Informationsgewinnung

Verbraucherverbände erlangen die für sie relevanten Informationen in aller Regel aus ihrer Beratungstätigkeit, aus Beschwerden und aus ihrer Vernetzung mit anderen Verbraucherverbänden.

Die BaFin führt keine Verbraucherberatung durch. § 4b FinDAG sieht aber vor, dass Kund:innen von Instituten und Unternehmen, die der Aufsicht der BaFin unterliegen, Beschwerden bei der BaFin einlegen können. Detaillierte Informationen zum Beschwerdeverfahren sowie ein Beschwerdeformular sind auf der Website der BaFin einfach zu finden. Für das Jahr 2021 weist der Jahresbericht der BaFin 12.538 Beschwerden zu Kredit- und Finanzdienstleistungsinstituten, 6.925 Beschwerden zu Versicherungsunternehmen, 6.059 Beschwerden zu Wertpapiergeschäften sowie 186 Beschwerden zu Investment- und Kapitalverwaltungsgesellschaften ein.¹⁷⁰

¹⁶⁹ Vgl. auch MüKo-ZPO – Micklitz/Rott, § 2 UKlaG Rn. 45.

¹⁷⁰ Vgl. BaFin, Jahresbericht 2021, 83 ff.

Erleichtert wird die Einreichung von Beschwerden dadurch, dass die BaFin ein Verbrauchertelefon eingerichtet hat, über das sich Verbraucher:innen u.a. über das Beschwerdeverfahren informieren können. Im Jahr 2021 bearbeitete die BaFin über 20.000 Anrufe.¹⁷¹

Informationen von Insidern erhält die BaFin über ihre Hinweisgeberstelle, die Hinweisgebern Anonymität garantiert.¹⁷² Ein Hinweisgebersystem wurde bereits 2016 aufgrund der Durchführungsrichtlinie (EU) 2015/2392 der Kommission zur Marktmissbrauchsverordnung (EU) Nr. 596/2014¹⁷³ eingeführt,¹⁷⁴ und in Umsetzung der Whistleblower-Richtlinie der EU von 2019¹⁷⁵ ausgeweitet. Im Jahre 2021 sind 2.081 Meldungen bei der BaFin eingegangen.¹⁷⁶

Im August 2021 wurde zudem die Market Contact Group eingerichtet, der Marktteilnehmer wie Insider, Shortseller oder Finanzmarktexperten relevante Informationen (nicht anonymisiert) mitteilen können.¹⁷⁷ Im (Rest-)Jahr 2021 verzeichnete die BaFin 50 Eingaben bei der Market Contact Group.¹⁷⁸

Wie Verbraucherverbände kann die BaFin natürlich das Internet auf dort erkennbare Verstöße gegen Verbraucherschutzgesetze durchforsten und tut dies auch im Rahmen sog. „Surf Days“.¹⁷⁹

Jenseits dieser Instrumente, bei denen die BaFin auf die Eigeninitiative von Bürgern, Angestellten oder Marktteilnehmern angewiesen ist, kann die BaFin seit dem Inkrafttreten des FISG am 1.7.2021 nach § 4 Abs. 1a Satz 4 FinDAG auch ausdrücklich *mystery shopping* betreiben, ohne die Sorge haben zu müssen, aufgrund einer Täuschung der betroffenen Unternehmen rechtswidrig zu handeln.¹⁸⁰

Darüber hinaus verfügt die BaFin über typische Instrumente der Aufsicht, die den Verbraucherverbänden als privaten Akteuren nicht zur Verfügung stehen. Nach § 44 Abs. 1 KWG kann die BaFin Auskünfte über alle Geschäftsangelegenheiten von Kreditinstituten sowie Unterlagen und erforderlichenfalls Kopien verlangen. Die Bediensteten der Bundesanstalt, der Deutschen Bundesbank sowie die sonstigen Personen, deren sich die Bundesanstalt bei der Durchführung der Prüfungen bedient, können hierzu die Geschäftsräume des Instituts innerhalb der üblichen Betriebs- und Geschäftszeiten betreten und besichtigen.

¹⁷¹ *ibid.*, 85.

¹⁷² Vgl. *BaFin*, Hinweisgeberstelle der BaFin, https://www.bafin.de/DE/DieBaFin/Hinweisgeberstelle/hinweisgeberstelle_node.html; Vgl. auch *Kyriasoglou*, Hinweisgeberstelle weiter ausgebaut, *BaFin Journal* 2/2022, 17 ff.

¹⁷³ Durchführungsrichtlinie (EU) 2015/2392 der Kommission zur Verordnung (EU) Nr. 596/2014 hinsichtlich der Meldung tatsächlicher oder möglicher Verstöße gegen diese Verordnung, ABl. L 332/126.

¹⁷⁴ Vgl. die Verordnung zum Umgang mit Hinweisgebern und zur Bearbeitung ihrer Hinweise durch die Bundesanstalt für Finanzdienstleistungsaufsicht (BaFin-Hinweisgeberverordnung - BaFinHwgebV), BGBl. 2016 I, 1572.

¹⁷⁵ Richtlinie (EU) 2019/1937 zum Schutz von Personen, die Verstöße gegen das Unionsrecht melden, ABl. 2019, L 305/17.

¹⁷⁶ Vgl. *BaFin*, Jahresbericht 2021, 93.

¹⁷⁷ Vgl. *BaFin*, Market Contact Group, https://www.bafin.de/DE/DieBaFin/MarketContactGroup/MarketContactGroup_node.html.

¹⁷⁸ Vgl. *BaFin*, Jahresbericht 2021, 93.

¹⁷⁹ Vgl. *Halm/Pampel*, Surfen für Verbraucher, *BaFin Journal* 1/2022, 20 f.

¹⁸⁰ Zu ersten Erfahrungen vgl. *Grischuk*, Moderne Aufsicht: Mystery Shopping, *BaFin Journal* 12/2021, https://www.bafin.de/SharedDocs/Veroeffentlichungen/DE/Fachartikel/2021/fa_bj_2112_Mystery_Shopping.html.

Zu beachten ist auch die Rolle der BaFin bei der grenzüberschreitenden Rechtsdurchsetzung im Rahmen der CPC-Verordnung bzw. des EU-Verbraucherschutzdurchführungsgesetzes (EU-VSchDG). Art. 9 der CPC-Verordnung stellt Mindestanforderungen an die Befugnisse der nach nationalem Recht für die Durchführung der Verordnung zuständigen Behörden. In ihrem Aufgabenbereich ist das nach § 2 Nr. 2 EU-VSchDG die BaFin. Zu diesen Mindestbefugnissen gehören weitreichende Ermittlungsbefugnisse, darunter Zugang zu allen relevanten Dokumenten, Daten und Informationen, Betretungs- und Durchsuchungsrechte und auch Mystery Shopping (Art. 9 (3) CPC-Verordnung), sowie Durchsetzungsbefugnisse, darunter die Befugnis zum Erlass von Geldbußen, aber auch die Befugnis, Abhilfesusagen des Unternehmers zugunsten der betroffenen Verbraucher:innen entgegenzunehmen.

3.3 Schnelligkeit?

Die BaFin kann, anders als Verbraucherverbände, selbst per Verwaltungsakt entscheiden und spart damit die Zeit bis zu einer ersten gerichtlichen Entscheidung. Zuvor muss sie freilich die Betroffenen anhören, was wiederum lang dauern kann.

Allerdings sind gegen die Verwaltungsakte der BaFin der Widerspruch und die Anfechtungsklage statthaft. Diese haben grundsätzlich aufschiebende Wirkung, wenn nicht das Gesetz – wie in § 46 Abs. 3 S. 2 ZKG, nicht aber bei den hier besprochenen Ermächtigungsgrundlagen des § 4 Abs. 1a Satz 2 FinDAG und des § 6 KWG¹⁸¹ – das Gegenteil anordnet.

Die BaFin kann aber die sofortige Vollziehung im öffentlichen Interesse anordnen, § 80 Abs. 2 VwGO, und damit die Verzögerungen vermeiden, die der zivilgerichtliche Rechtsschutz mit sich bringt. Von dieser Möglichkeit hat sie in der Vergangenheit wohl häufig Gebrauch gemacht.¹⁸²

Auch insoweit kann sich die BaFin auf höchstrichterliche Rechtsprechung berufen. In dem oben angesprochenen Verfahren im Zusammenhang mit der Frage der sofortigen Abschaltung einer mehrfach rechtswidrig genutzten Rufnummer durch die Bundesnetzagentur gab das BVerfG nämlich dem Verbraucherschutz den Vorrang vor den Grundrechten des Unternehmers:

„Dass das Oberverwaltungsgericht im Schutz der Verbraucher hier ein besonderes, über die voraussichtliche Rechtmäßigkeit der Abschaltungsverfügung hinausgehendes Sofortvollzugsinteresse sieht, das die wirtschaftlichen Interessen der Beschwerdeführerin überwiegt, ist von Verfassungs wegen nicht zu beanstanden, da andernfalls den betroffenen Verbrauchern während des womöglich langwierigen Hauptsacheverfahrens zugemutet würde, sie aller Voraussicht nach rechtswidrig belastende Auskunfts- und Vermittlungsdienste der Beschwerdeführerin in Anspruch zu nehmen.“¹⁸³

Im Falle der Allgemeinverfügung zu Prämiensparverträgen hat die BaFin allerdings auf die Anordnung der sofortigen Vollziehung verzichtet, vermutlich aus Sorge vor Schadensersatzansprüchen.

¹⁸¹ Vgl. die abschließende Aufzählung in § 49 KWG.

¹⁸² Vgl. Schäfer, in: Fischer/Schulte-Mattler (Hrsg.), KWG, CRR-VO, 6. Aufl. 2023, § 6 KWG Rn. 27.

¹⁸³ BVerfG, 24.8.2011 - 1 BvR 1611/11, NVwZ 2012, 104.

3.4 Breitenwirkung

Wie bereits erwähnt, hat die BaFin die Möglichkeit, Allgemeinverfügungen zu erlassen. Damit kann sie, anders als die Verbraucherverbände, alle Verletzer von Verbraucherschutzgesetzen auf einmal erreichen. Die Initiative dreht sich dadurch um. Will ein Institut oder Unternehmen geltend machen, dass sein Verhalten rechtmäßig ist, muss es Widerspruch einlegen und gegebenenfalls Klage erheben. Dass allerdings Kreditinstitute davor nicht zurückschrecken, zeigt die große Zahl von mehr als 1.100 Widersprüchen gegen die Allgemeinverfügung der BaFin zu Prämiensparverträgen.

4. VERBESSERUNGSMÖGLICHKEITEN

Verbesserungsmöglichkeiten ergeben sich im Wesentlichen in zweierlei Hinsicht: der Beseitigung von Rechtsunsicherheit und der Verringerung der Gefahr divergierender Entscheidungen in zivilrechtlichen Verfahren und Verfahren gegen Entscheidungen der BaFin.

4.1 Beseitigung von Rechtsunsicherheit

Die wenigen bisher vorliegenden Gerichtsentscheidungen und Stellungnahmen im Schrifttum zeigen erhebliche Meinungsunterschiede in Bezug auf die Voraussetzungen des Tätigwerdens der BaFin und in Bezug auf das ihr zur Verfügung stehende Instrumentarium. Rechtsunsicherheit hat nicht nur auf Verbraucher:innen und Verbraucherverbände einen „chilling effect“, sondern auch auf Behörden, denn auch diese müssen mit ihrem Budget haushalten und eventuell hohe Kosten durch verlorene Gerichtsverfahren rechtfertigen. Beim Sofortvollzug von Maßnahmen droht zudem Staatshaftung.¹⁸⁴ Dies dürfte auch ein Grund dafür sein, dass die BaFin in den ersten Jahren nach Einführung des § 4 Abs. 1a FinDAG nicht gegen Institute oder Unternehmen tätig geworden ist, obwohl letztere dazu durchaus Anlass geboten hätten.

4.1.1 Kompetenz bei Vorliegen einer höchstrichterlichen Entscheidung

Unproblematisch ist die Kompetenz nach dem Willen des Gesetzgebers gegeben, wenn einer höchstrichterlichen Entscheidung (des BGH) Breitenwirkung verliehen werden soll, weil Institute oder Unternehmen, die identische AGB oder Praktiken verwenden, dies weiterhin tun. Dies sollte auch im Gesetz verankert werden und könnte sogar als Sollvorschrift ausgestaltet werden.

4.1.2. Aufgreifermessen statt Erforderlichkeit

Im Unterschied zur bisherigen Situation bzw. zu deren Auslegung durch Teile der Literatur und das VG Frankfurt muss das Tätigwerden bei einem Missstand in das (pflichtgemäße) Ermessen der BaFin gestellt werden, die dem Primat der zivilrechtlichen Rechtsdurchsetzung Rechnung tragen soll. Das bedeutet, dass keine strikte Prüfung der Erforderlichkeit oder des Gebotenseins des Tätigwerdens der BaFin durch die Gerichte erfolgen würde, mit der Folge, dass deren Entscheidung rechtswidrig ist, wenn

¹⁸⁴ Vgl. auch *Herresthal*, BKR 2021, 131, 140.

Gerichte die Situation anders beurteilen als die BaFin, sondern dass dies nur noch bei Ermessensnichtgebrauch oder Ermessensfehlgebrauch der Fall wäre.¹⁸⁵

4.1.3 Klarstellung des Instrumentariums

Wie oben dargestellt, besteht erheblicher Meinungsstreit um die Befugnisse, die die BaFin hat, wenn sie einem Missstand abhelfen will. Hier bietet sich an, die Generalklausel der „geeigneten und erforderlichen“ Maßnahmen durch einen Beispielskatalog zu ergänzen, der neben den klassisch öffentlich-rechtlichen Maßnahmen der Unterlassungsverfügung auch Beseitigungsmaßnahmen wie die Verpflichtung zur Information der betroffenen Verbraucher:innen und Rückzahlungsanordnungen enthält.

4.2 Vermeidung von Divergenzen in der Rechtsprechung

Wie oben beschrieben, stößt sich ein Teil der Lehre daran, dass in Fällen, in denen die BaFin tätig wird, ohne dass eine Rechtsfrage bereits höchststrichterlich, d.h. durch den BGH, geklärt ist, die Gefahr divergierender Entscheidungen durch Zivilgerichte einerseits und Verwaltungsgerichte andererseits droht.

4.2.1 Zuweisung zur Zivilgerichtsbarkeit

Eine einfache Lösung, dieses Problem zu beheben, läge darin, Klagen gegen Entscheidungen der BaFin auf den Zivilrechtsweg zu verweisen. Dies würde auch das Unbehagen vieler Zivilrechtlerinnen und Zivilrechtler gegenüber der Rechtsdurchsetzung der BaFin reduzieren und Probleme des Zusammentreffens etwa eines rechtskräftigen Urteils eines Landgerichts mit einer Verfügung der BaFin¹⁸⁶ vermeiden.

Ein Beispiel für eine solche Zuweisung ist die Vorschrift des § 50 Abs. 1 ZKG, die Elemente des zivilgerichtlichen und des verwaltungsrechtlichen Verfahrens kombiniert. Verwaltungsrechtlich inspiriert ist, dass zunächst ein Widerspruchsverfahren vorgeschaltet ist. Bestätigt darin die BaFin ihre Entscheidung, so ist sachlich das Landgericht für die Klage gegen die Entscheidung zuständig. Nach der Begründung der Bundesregierung soll dadurch ein Gleichlauf mit der Klage von Verbraucher:innen gegen das zur Einrichtung eines Basiskontos verpflichtete Kreditinstitut ohne verwaltungsrechtliches Vorverfahren hergestellt werden, für die eben auch die Zivilgerichte zuständig sind.¹⁸⁷

Auch für Beschwerden gegen Entscheidungen der BaFin nach Art. 9 der CPC-Verordnung ist nach § 13 Abs. 4 EU-VSchDG der Rechtsweg zu den Landgerichten vorgesehen. Entsprechend der neuen Zuweisung von Unterlassungs- und Verbandsklagen zu den Oberlandesgerichten könnte man allerdings auch hier an einen zweistufigen Rechtsweg denken, der bei den Oberlandesgerichten beginnt.

Allerdings ist auch denkbar, dass sich ein Institut oder Unternehmen, das Adressat eines Verwaltungsakts ist, nicht gegen den Vorhalt des Verstoßes, sondern gegen vermeintliche Fehler im Verwaltungsverfahren wendet, etwa eine fehlende Anhörung oder

¹⁸⁵ Vgl. zum Gedanken eines Aufgreifermessens auch *Podszun/Busch/Henning-Bodewig*, GRUR 2018, 1004, 1010.

¹⁸⁶ Vgl. etwa *Buck-Heeb*, BKR 2021, 141, 148.

¹⁸⁷ Vgl. BT-Drucks. 18/7204, 96.

gar die sachliche Unzuständigkeit der BaFin. In diesem Fall wäre der Rechtsstreit bei den Verwaltungsgerichten besser aufgehoben.

Die Zuweisung könnte daher auch dahingehend aufgespalten werden, dass ein Rechtsstreit gegen eine Maßnahme der BaFin nur dann den Zivilgerichten zugewiesen wird, wenn sich das betroffene Institut oder Unternehmen gegen die Annahme eines Verstoßes gegen eine Vorschrift des zivilrechtlichen Verbraucherschutzes wendet.

4.2.2 Beteiligungsmöglichkeiten

Will man keine Zuweisung von Klagen gegen die Entscheidung der BaFin auf den Zivilrechtsweg, so wäre eine mildere Möglichkeit die Schaffung gegenseitiger Beteiligungsmöglichkeiten im Klageverfahren.

Wie oben beschrieben, sieht das UKlaG in einigen zivilgerichtlichen Verfahren qualifizierter Einrichtungen eine Beteiligungsmöglichkeit der BaFin vor. Im Datenschutzrecht wurde zur Linderung der Gefahr divergierender Entscheidungen die Anhörung der Datenschutzbehörden bei Klagen qualifizierter Einrichtungen nach § 2 UKlaG in § 12a UKlaG verankert (nicht allerdings für datenschutzrechtliche AGB-Klagen nach § 1 UKlaG). Diese Beteiligungsmöglichkeit könnte man auf alle zivilrechtlichen Verfahren von qualifizierten Einrichtungen erweitern, die den Aufgabenbereich der BaFin betreffen.¹⁸⁸

Die Problematik liegt allerdings ja eher darin, dass einige Zivilrechtlerinnen und Zivilrechtler den Verwaltungsgerichten den sachgerechten Umgang mit Verfahren, die den zivilrechtlichen Verbraucherschutz betreffen, nicht zutrauen. Eine Beteiligung etwa des vzbv an Verfahren gegen die BaFin ist bislang nicht vorgesehen. Eine solche könnte aber geschaffen werden. Zu diesem Zweck wäre(n) dann ein oder mehrere qualifizierte Einrichtungen zu bestimmen, die in solchen Verfahren ein Anhörungsrecht erhalten.

4.3 Hemmung der Verjährung von Individualansprüchen

Wie bislang im Verbandsklageverfahren nach dem Unterlassungsklagengesetz droht auch bei einem Tätigwerden der BaFin die Verjährung individueller Ansprüche, insbesondere wenn die BaFin lediglich eine Unterlassungsverfügung erlässt und die Adressaten anschließend den Rechtsweg beschreiten.

Deshalb wäre es erforderlich, wie zukünftig nach § 204a BGB einer solchen Verfügung verjährungshemmende Wirkung beizumessen. Vorbild könnte insofern § 33h GWB sein, nach dem u.a. kartellrechtliche Schadensersatzansprüche nach § 33a Abs. 1 GWB gehemmt werden, wenn eine Kartellbehörde Maßnahmen im Hinblick auf eine Untersuchung oder auf ihr Verfahren wegen eines Verstoßes im Sinne des § 33 Abs. 1 GWB trifft.

¹⁸⁸ Ähnlich *Poelzig*, BKR 2021, 589, 595.

IV. VERZAHNUNG

Angesichts der vorhandenen Defizite bei der Durchsetzung des Verbraucherrechts im Allgemeinen, aber eben auch auf dem Gebiet der Finanzdienstleistungen, sind im Ausgangspunkt alle privatrechtlichen und öffentlich-rechtlichen Durchsetzungsmittel zu begrüßen. Allerdings kann ein unkontrolliertes oder unkoordiniertes Nebeneinander die Wirksamkeit auch unnötig begrenzen. Zum einen kann es der Effektivität des Verbraucherschutzes schaden, wenn mehrere Akteure – hier: Verbraucherverbände und die BaFin – gleichzeitig dieselben Verstöße verfolgen, so dass insgesamt betrachtet unnötig personelle und finanzielle Ressourcen verschwendet werden. Für die Rechtsklarheit kann es nachteilig sein, wenn unterschiedliche Akteure – hier: die BaFin und die Verbraucherverbände und im weiteren Verlauf die Zivilgerichte und die Verwaltungsgerichte – das Verbraucherrecht unterschiedlich verstehen. Und gerade mit Blick auf die Verbraucherzentralen und den vzbv einerseits und die BaFin andererseits gilt, dass beide, im Falle der Verbraucherorganisationen jedenfalls teilweise, mit öffentlichen Mitteln finanziert werden, so dass sie eben auch Jahr für Jahr um diese Mittel konkurrieren. Eine sinnvolle Verzahnung der Rechtsdurchsetzung durch Verbraucherorganisationen und durch die BaFin erscheint daher unerlässlich.¹⁸⁹ Dabei sollte das Primat der zivilrechtlichen Rechtsdurchsetzung, wie oben angesprochen, im Grundsatz erhalten bleiben und die BaFin eine wichtige Rolle da spielen, wo die zivilrechtliche Rechtsdurchsetzung nicht ausreicht.

Die relevanten Bereiche, in denen eine verbesserte Koordination sinnvoll wäre, sind nach der obigen Analyse die Informationsgewinnung und die Einleitung von Verfahren.

1. GEGENSEITIGE INFORMATION

Dass angesichts des Ziels der Koordination eine gegenseitige Information von BaFin und Verbraucherverbänden hilfreich wäre, liegt auf der Hand. Eine solche könnte etwa in einem Memorandum of Understanding (MoU) vereinbart werden. Tatsächlich hat die BaFin schon in der Vergangenheit – ohne ein formales MoU – von den im Rahmen der Marktbeobachtung gewonnenen Erkenntnissen der Verbraucherverbände profitiert.

1.1 Information über Verstöße

Den Verbraucherverbänden ist es unbenommen, die BaFin über ihre Erkenntnisse zu Verstößen von Instituten und Unternehmen zu unterrichten, so dass diese die in § 4 Abs. 1a FinDAG vorgesehenen Maßnahmen ergreifen kann. Im Rahmen der CPC-Verordnung ist dies insoweit formalisiert, als jeder Mitgliedstaat nach Art. 27 (2) CPC-Verordnung benannte Stellen, Europäische Verbraucherzentren, Verbraucherorganisationen und -verbände sowie gegebenenfalls Unternehmerverbände, die über das erforderliche Fachwissen verfügen, ermächtigen soll, gegenüber den zuständigen Behörden der relevanten Mitgliedstaaten und der Kommission eine Warnmeldung über vermutete Verstöße nach dieser Verordnung abzugeben und die ihnen vorliegenden Informationen bereitzustellen („externe Warnmeldung“). Dieselbe Möglichkeit hat die Kommission nach Art. 27 Abs. 2 der VO. Eine externe Warnmeldung haben erstmals im Februar

¹⁸⁹ Vgl. zum Ganzen auch *Poelzig*, BKR 2021, 589, 594 f.

2021 in einer konzertierten Aktion der europäische Verbraucherverband BEUC gegenüber der Kommission sowie 17 nationale Verbraucherverbände gegenüber ihren Mitgliedstaaten in Bezug auf die Internetplattform TikTok abgegeben.

Hingegen steht einer Weitergabe von Informationen seitens der BaFin ihre Verschwiegenheitspflicht aus den einzelnen Gesetzen, aufgrund derer sie tätig wird und auf die § 11 FinDAG verweist, entgegen. Solche Verschwiegenheitspflichten sind etwa in § 9 KWG, § 8 KAGB und § 21 WpHG statuiert. Anderes gilt, z.B. nach § 17 WpHG, für die behördliche Zusammenarbeit.

Der vzbv nimmt in gewisser Weise eine Sonderstellung ein, weil er im Rahmen der CPC-Verordnung bzw. ihrer deutschen Umsetzung im EU-VSchDG in die behördliche Rechtdurchsetzung eingebunden werden kann. Deutschland hatte schon gemeinsam mit Österreich darauf gedrungen, in der alten CPC-Verordnung (EG) Nr. 2006/2004 die Möglichkeit festzuschreiben, sich bei der Durchsetzung geeigneter Dritter, sog. benannter Stellen, zu bedienen. Dies ist auch nach Art. 7 Abs. 1 der neuen CPC-Verordnung (EU) 2017/2394 möglich, allerdings nur dann, wenn auch die ersuchende ausländische Behörde mit der anweisenden Behörde übereinstimmt, dass die benannte Stelle die Einholung der erforderlichen Informationen oder die Einstellung oder Untersagung des Verstoßes voraussichtlich in einer mindestens ebenso effizienten und wirksamen Weise bewirkt wird wie im Fall eines Tätigwerdens der anweisenden Behörde. Das zunächst zuständige Bundesamt für Verbraucherschutz und Lebensmittelsicherheit (BVL) hatte den vzbv und die Wettbewerbszentrale als kompetente Dritte benannt. Die effiziente Rechtdurchsetzung durch den vzbv erfordert aber, dass ihm die relevanten Informationen zur Verfügung gestellt werden können, die die BaFin im Rahmen ihrer Befugnisse nach Art. 9 der CPC-Verordnung erlangen kann. Insofern sollte sich die Geheimhaltungspflicht der BaFin nicht auf die benannten Stellen, also nicht auf den vzbv, erstrecken.

1.2 Information über Verfahren

Über ihre Verfahren müssen qualifizierte Verbraucherverbände nach § 5a Abs. 1 UKlaG-RefE zukünftig ohnehin auf ihrer Internetseite berichten. Diese Informationen könnten sie, soweit die Verfahren Finanzdienstleistungen betreffen, auch an die BaFin weiterleiten. Dasselbe gilt nach § 12 Abs. 1 VDuG-RefE für die Verbandsklage. Zwar muss nach § 6a UKlaG-RefE auch das Gericht, bei dem eine einstweilige Verfügung beantragt oder eine Unterlassungsklage eingereicht wird, diese im neuen Verbandsklageregister bekannt machen, aber dies betrifft alle Verfahren, so dass eine spezifiziertere Information der BaFin vorzugswürdig wäre.

Umgekehrt müsste die BaFin den vzbv über ihre Verfahren in Kenntnis setzen. Aus § 60b KWG ergibt sich die Befugnis der BaFin, Maßnahmen gegen ein ihrer Aufsicht unterstehendes Institut oder Unternehmen oder gegen einen Geschäftsleiter eines Instituts oder Unternehmens verhängte und bestandskräftig gewordene Maßnahme, die sie wegen eines Verstoßes gegen das KWG, die dazu erlassenen Rechtsverordnungen oder die Bestimmungen der Verordnung (EU) Nr. 575/2013 oder der Verordnung (EU) 2015/847 verhängt hat, und jede unanfechtbar gewordene Bußgeldentscheidung unverzüglich auf ihren Internetseiten öffentlich bekannt machen und dabei auch Informationen zu Art und Charakter des Verstoßes mitteilen. Die Bekanntmachung erfolgt auf

der Homepage der BaFin und soll insbesondere auch den Namen der jeweiligen Institute, Unternehmen oder Geschäftsleiter enthalten.¹⁹⁰ Ausnahmen sind nur zum Schutz von Persönlichkeitsrechten und der Stabilität der Finanzmärkte sowie in Fällen, in denen den Betroffenen ein unverhältnismäßig großer Schaden zugefügt würde, vorgesehen. In diesen Fällen soll die Bekanntmachung anonymisiert werden. Wenn Entscheidungen aber ohnehin veröffentlicht werden, kann die BaFin den vzbv auch unmittelbar informieren.

Hinsichtlich Verfahren, in denen noch keine Entscheidung getroffen wurde, unterliegt die BaFin hingegen derzeit der Verschwiegenheitspflicht. Diese sollte mit Blick auf eine bessere Koordination gelockert werden.

2. KOORDINIERUNG VON VERFAHREN

2.1 Aufgabenteilung

Weiter reichen würde die Koordinierung von Verfahren. So könnte man an eine Aufgabenteilung zwischen BaFin und Verbraucherverbänden denken, bei der die BaFin den Sachverhalt ermittelt und die Verbraucherverbände dann das Verfahren durchführen. Eine solche Aufgabenteilung sieht § 7 EU-VSchDG vor, wobei die dort vorgesehene „Beauftragung“ des vzbv auf die Besonderheiten der CPC-Verordnung zurückzuführen ist. Der vzbv müsste natürlich die Möglichkeit haben, einen Auftrag abzulehnen, wenn er die verfügbaren Ressourcen anderweitig einsetzen möchte.

Dem Primat des zivilrechtlichen Rechtsschutzes würde diese Aufgabenteilung Rechnung tragen. Auch das Problem der mangelnden Ermittlungsbefugnisse der Verbraucherverbände ließe sich damit lindern. Es bliebe allerdings das Problem der mangelnden Breitenwirkung in den Fällen, wo nicht bereits ein zivilgerichtliches Urteil vorliegt, hingegen aber eine klar rechtswidrige Bankenpraxis. Für diesen Residualfall müsste die BaFin handlungsfähig bleiben. Eine Formulierung einer solchen Aufgabenteilung als Soll-Vorschrift würde dies ermöglichen.

2.2 Die Verhältnismäßigkeit der Sanktion

Im Zusammenhang mit paralleler behördlicher und zivilrechtlicher Rechtsdurchsetzung wird in der Lehre auch auf die Problematik der Mehrfachsanktionierung hingewiesen, etwa dadurch, dass die Leistung von Schadensersatz mit der Zahlung einer Geldbuße zusammentrifft.¹⁹¹ In der Tat sieht etwa das EU-Recht vor, dass Sanktionen wirksam, abschreckend, aber auch verhältnismäßig sein müssen.¹⁹²

Der wirtschaftliche Vorteil ist bei der Bemessung des Bußgelds nach § 17 Abs. 4 OWiG zu berücksichtigen. Dieser ist reduziert, wenn das Institut oder Unternehmen Ansprüche von Verbraucher:innen befriedigt hat. Es gilt das sog. Nettoprinzip. Das löst allerdings nicht das Problem etwa von Schadensersatzansprüchen, die erst später geltend

¹⁹⁰ Vgl. jüngst VGH Kassel, 4.8.2022 – 6 B 134/22, BeckRS 2022, 23789; dazu auch *Wesselmann*, Bekanntmachung von Maßnahmen: Verwaltungsgerichtshof bestätigt BaFin-Praxis, BaFin Journal 2022, https://www.bafin.de/Shared-Docs/Veroeffentlichungen/DE/Fachartikel/2022/fa_bj_2210_Massnahmen_60b_KWG.html?nn=8228448.

¹⁹¹ Dazu *Poelzig*, BKR 2021, 589, 596.

¹⁹² Vgl. nur Art. 23 der Verbrauchercredit-Richtlinie 2008/48/EG.

gemacht werden. Für solche Fälle sieht § 10 Abs. 2 UWG für den Gewinnabschöpfungsanspruch eine Rückerstattung vor. Bei Bußgeldern ist hingegen zu berücksichtigen, dass diese nach § 17 Abs. 4 OWiG den wirtschaftlichen Vorteil, den der Täter aus der Ordnungswidrigkeit gezogen hat, überschreiten soll, um eine Abschreckungswirkung zu entfalten.

Das Problem der Mehrfachsanktionierung tritt allerdings schon nur auf, wenn die BaFin klassisch öffentlich-rechtlich mit Geldbußen agiert. Verpflichtet sie hingegen ein Institut oder Unternehmer zur Information von Verbraucher:innen über einen Verstoß, dann ist das nicht der Fall, und wenn sie gar eine Rückzahlungsanordnung trifft und das Institut oder Unternehmen diese erfüllt, entfällt dadurch die Grundlage für eine zivilrechtliche Abhilfeklage. Letztere Instrumente sind aus der Perspektive des Verbraucherschutzes ohnehin vorzugswürdig.

Dennoch spräche auch der Gedanke der Vermeidung von Mehrfachsanktionierung für eine Aufgabenteilung zwischen Verbraucherverbänden und BaFin.

V. ZUSAMMENFASSUNG

Die kollektive Rechtsdurchsetzung durch die Verbraucherorganisationen, allen voran durch den vzbv und die Verbraucherzentralen, hat in den vergangenen Jahren vieles erreicht, und sie wird mit Blick auf die Zukunft durch die Einführung der Abhilfeklage zur Umsetzung der Verbandsklagen-Richtlinie (EU) 2020/1828 weiter gestärkt, wenn auch die konkrete Art der Umsetzung einige Probleme der zivilrechtlichen Rechtsdurchsetzung nicht löst. Auch zusätzliche Maßnahmen wie die Zuweisung der Unterlassungsklage zum Oberlandesgericht (§ 6 UKlaG-RefE) und die Erleichterung der Gewinnabschöpfung nach § 10 UWG-RefE sind ausdrücklich zu begrüßen und können zur Effektivität der Durchsetzung des Verbraucherrechts beitragen.

Auch diese Maßnahmen werden aber das Bedürfnis nach einer zusätzlichen behördlichen Rechtsdurchsetzung durch die BaFin nicht beseitigen. Dieser verbleiben gegenüber der zivilrechtlichen Rechtsdurchsetzung einige Vorteile im Bereich der Informationsgewinnung durch behördliche Ermittlungsbefugnisse, durch die Möglichkeit der sofortigen Vollstreckbarkeit von Entscheidungen und durch die Breitenwirkung von Allgemeinverfügungen.

Für ihre Tätigkeit in der Rechtsdurchsetzung benötigt die BaFin eine sichere Rechtsgrundlage. Diese bietet § 4 Abs. 1a FinDaG derzeit nicht, denn sowohl die Voraussetzungen für das Tätigwerden als auch die Maßnahmen, die ihr zur Verfügung stehen, sind nicht deutlich formuliert und deshalb in Lehre und Rechtsprechung umstritten. Dies wiederum erhöht das Risiko für die BaFin und kann sich hemmend auf ihre Durchsetzungstätigkeit auswirken. Da ein Hauptstreitpunkt in der Diskussion um die Durchsetzungsbefugnisse der BaFin im ungeklärten Verhältnis der behördlichen zur zivilgerichtlichen Rechtsdurchsetzung liegt, sollte auch dieses präziser und effizienter geregelt werden.

Unbestritten ist, dass die BaFin eine wichtige Rolle bei der Erzielung von Breitenwirkung höchstrichterlicher zivilrechtlicher Urteile spielen kann und sollte. Dies sollte als Soll-Vorschrift in § 4 Abs. 1a FinDaG aufgenommen werden. Klar ist aber auch, dass dies nicht abschließend sein kann, weil auch andere Gründe für ein Einschreiten der BaFin vorliegen können, etwa die besondere Eilbedürftigkeit, auf die die BaFin mit der Anordnung der sofortigen Vollziehbarkeit von Verwaltungsakten reagieren kann. Das Primat des Zivilrechts sollte hier nicht in Form einer strengen Erforderlichkeitsprüfung sichergestellt werden, sondern in einer weicheren Vorschrift, nach der die BaFin unter Beachtung insbesondere der kollektiven zivilrechtlichen Rechtsdurchsetzung insbesondere durch die Verbraucherorganisationen nach pflichtgemäßem Ermessen tätig werden soll.

Ergänzend sollte die Kooperation zwischen der BaFin und auch anderweitig im Gesetz privilegierten Verbraucherorganisationen, an erster Stelle der vzbv, verbessert werden. Dazu sollte insbesondere die Verschwiegenheitsverpflichtung der BaFin gegenüber dem vzbv aufgehoben werden. Die BaFin könnte dann Erkenntnisse aus Ermittlungsmaßnahmen an den vzbv weitergeben, der dann auf dieser Grundlage die Durchsetzung des Verbraucherrechts betreiben könnte. Dies würde weiter dazu beitragen, das in der Lehre so vehement geforderte Primat des Zivilrechts zu sichern.

Gleichzeitig sollten die der BaFin zur Verfügung stehenden Maßnahmen konkretisiert werden. Dazu sollte die Generalklausel der „geeigneten und erforderlichen“ Maßnahmen durch einen Beispielskatalog ergänzt werden, der neben dem Bußgeld und der

Unterlassungsverfügung auch Beseitigungsmaßnahmen wie die Verpflichtung zur Information der betroffenen Verbraucher:innen und Rückzahlungsanordnungen enthält. Unterlassungsverfügungen und Rückzahlungsanordnungen sollte verjährungshemmende Wirkung zukommen.

Streitigkeiten, die aus Maßnahmen der BaFin aufgrund eines Missstands in Form der Verletzung von Vorschriften des zivilrechtlichen Verbraucherschutzes (bei Finanzdienstleistungen) resultieren, sollten den ordentlichen Gerichten zugewiesen werden, um Divergenzen in der Rechtsprechung zu vermeiden. Entsprechend der neuen Zuweisung von Unterlassungs- und Verbandsklagen zu den Oberlandesgerichten wäre auch hier an einen zweistufigen Rechtsweg zu denken, der bei den Oberlandesgerichten beginnt.

Ein „Overenforcement“, wie es gelegentlich seitens der Wirtschaft kolportiert wird, ist durch diese Verbesserungen nicht zu befürchten. Ein solches läge frühestens vor, wenn Sanktionen über die Kompensation von Ansprüchen hinaus nicht nur verhängt werden könnten, sondern in der Praxis auch verhängt würden. Davon kann derzeit keine Rede sein, und auch die vorgeschlagenen Verbesserungen in den Rechtsdurchsetzungsmöglichkeiten der BaFin würden lediglich eine Annäherung an die Ziele effektiverer Prävention und vollen Schadensausgleichs bewirken.

VI. BIBLIOGRAPHIE

BaFin, Jahresbericht 2021, erhältlich unter https://www.bafin.de/SharedDocs/Downloads/DE/Jahresbericht/dl_jb_2021.html.

Baldus, Bianca/Siedler, Rainer: Kompensation von „Streuschäden“ im Bankgeschäft nach § 8 UWG?, BKR 2018, 412-420.

Bien, Die neue französische Action de groupe der Verbraucherschutzverbände, NZKart 2014, 507-510.

Bierschenk, Lars: Zum Verhältnis von behördlicher und privater Rechtsdurchsetzung in der Finanzdienstleistungsaufsicht, NVwZ 2022, 307-310.

Brömmelmeyer, Christoph: Effektiver Verbraucherschutz durch die BaFin, VersR 2019, 909-916.

Bruns, Alexander: Umsetzung der EU Verbandsklagerichtlinie in deutsches Recht, 2022, <https://www.dihk.de/resource/blob/60208/dc65ef7b610a1d1c5c9c769d8782aa1f/gutachten-verbandsklagerichtlinie-data.pdf>.

Buck-Heeb, Petra: Missstandsaufsicht durch die BaFin nach § 4 Abs. 1 a FinDAG, BKR 2021, 141-150.

Bunte, Hermann-Josef: Folgenbeseitigungsanspruch nach dem UWG bei unzulässigen AGB-Klauseln?, ZIP 2016, 956-961.

Burckhardt, Markus: Auf dem Weg zu einer class action in Deutschland?, 2005.

Deutsche Bundesbank, European Banking Authority (EBA), <https://www.bundesbank.de/de/aufgaben/bankenaufsicht/bundesbank/eba/european-banking-authority-eba—597796>.

Edelmann, Hervé, Anmerkung zu VG Frankfurt a.M., 24.6.2021 (Befugnis der BaFin nach § 4 Abs. 1a FinDAG), BKR 2021, 587-588.

Edelmann, Hervé/Schultheiß, Tilman/Hölldampf, Tilman: Grenzen der Eingriffsbefugnisse der BaFin gegenüber Kreditinstituten nach § 4 Abs. 1a FinDAG, BB 2021, 835-843.

Ellenberger, Jürgen/Bunte, Hermann Josef (Hrsg.), Bankrechts-Handbuch, 6. Aufl. 2022.

Fischer, Reinfrid: Keine Untersagung von Negativzinsen durch BaFin, EWiR 2021, 579-581.

Grischuk, Pawel: Moderne Aufsicht: Mystery Shopping, BaFin Journal 12/2021, https://www.bafin.de/SharedDocs/Veroeffentlichungen/DE/Fachartikel/2021/fa_bj_2112_Mystery_Shopping.html.

Gsell, Beate: Europäische Verbandsklagen zum Schutz kollektiver Verbraucherinteressen – Königs- oder Holzweg?, BKR 2021, 521-529.

Gsell, Beate/Meller-Hannich, Caroline: Die Umsetzung der neuen EU-Verbandsklagerichtlinie. 2021, https://www.vzbv.de/sites/default/files/downloads/2021/02/03/21-02-04_vzbv_verbandsklagen-rl_gutachten_gsell_meller-hannich.pdf.

Gurkmann, Jutta/Jahn, Ronny: Außergerichtlicher Vergleich im Rahmen einer Musterfeststellungsklage, VuR 2020, 243-247.

Gurlit, Elke: Verbraucherschutz und Institutsaufsicht, in: Michael Grüneberg et al. (Hrsg.), Bankrechtstag 2015, 3-27.

Halfmeier, Axel: 50 Jahre Verbraucherverbandsklage, 2015.

Halfmeier, Axel: Die neue Datenschutzverbandsklage, NJW 2016, 1126-1129.

Halfmeier, Axel: Musterfeststellungsklage: Nicht gut, aber besser als nichts, ZRP 2017, 201-204.

Halm, Julia/Pampel, Christian: Surfen für Verbraucher, BaFin Journal 1/2022, 20-21.

Heidemann-Peuser, Helke: Neues Klagerecht der Verbraucherverbände nach dem Rechtsberatungsgesetz, VuR 2002, 455-458.

Henning-Bodewig, Frauke: Die Gewinnabschöpfung nach § 10 UWG – ein Flop?, GRUR 2015, 731-739.

Herbold, Nele Marie: Anmerkung zu OLG Schleswig, 14.2.2019 (Zulässigkeit der prozessfinanzierten Gewinnabschöpfungsklage), VuR 2019, 273-275.

Herresthal, Carsten: Keine Informationspflicht des Klauselverwenders bei ergänzender Vertragsauslegung laufender Verträge, BKR 2021, 131

Hodges, Christopher: Mass Collective Redress: Consumer ADR and Regulatory Techniques, European Review of Private Law 2015, 829-874

Höldampf, Tilman/Schultheiß, Tilman, Die Zinsanpassung bei Prämiensparverträgen – kein Fall für die Missstandsaufsicht der BaFin, BB 2020, 651-655.

Hoof, Karsten: Missbrauch des Rechtsmissbrauchs zu Lasten des Verbraucherschutzes?, VuR 2021, 163-180.

Hörmann, Günter: Massenschäden in der Praxis – aus Sicht der Verbraucherzentralen, VuR 2016, 81-82.

Hufeld, Felix: „Verbraucher und Recht“, VuR 2015, 401-402.

Hummel, Michael: Anmerkung zu OLG Dresden, 10.4.2018 (Folgenbeseitigung durch Rückerstattung zu Unrecht einbehaltener Beträge), VuR 2018, 270-272.

Kaulbach, Detlef/Bähr, Gunne W./Pohlmann, Petra (Hrsg.), Versicherungsaufsichtsgesetz, 6. Aufl. 2019.

Keßler, Jürgen: Verbraucherschutz reloaded – Auf dem Weg zu einer deutschen Kollektivklage?, ZRP 2016, 2-4.

Klöhn, Lars/Adam, Jannik: Grenzen des Verbraucherschutzes durch die BaFin – eine Untersuchung zu § 4 Abs. 1a FinDAG, WM 2022, 1149-1157.

Kocher, Eva: Anmerkung zu BGH, 14.11.2006 (Erforderlichkeit der Sammelklage), VuR 2007, 275-278.

Köhler, Helmut: Der wettbewerbsrechtliche Beseitigungsanspruch - ein Folgenbeseitigungsanspruch?, WRP 2019, 269-276.

Köhler, Helmut: Durchsetzung der DS-GVO - eine Aufgabe auch für Mitbewerber oder zumindest für Verbraucherverbände?, WRP 2019, 1279-1286.

- Kranz, Dagmar: Der Diskussionsentwurf zur Muster-Feststellungsklage – ein stumpfes Schwert?, NZG 2017, 1099-1103.
- Kyriasoglou, Mario: Hinweisgeberstelle weiter ausgebaut, BaFin Journal 2/2022, 17-19.
- Laars, Reinhard: Finanzdienstleistungsaufsichtsgesetz, 4. Aufl. 2017.
- Laars, Reinhard/Both, David: Versicherungsaufsichtsgesetz, 4. Aufl. 2017.
- Meller-Hannich, Caroline/Höland, Armin: Gutachten zur Evaluierung der Effektivität kollektiver Rechtsschutzinstrumente, 2010.
- Merkt, Hanno/Zimmermann, Jennifer: Die neue Musterfeststellungsklage: Eine erste Bewertung, VuR 2018, 363-373.
- Metz, Rainer: Musterfeststellungsklage: Endlich!, VuR 2018, 281-282.
- Micklitz, Hans-W./Rott, Peter: Richtlinie 98/27/EG über Unterlassungsklagen zum Schutz der Verbraucherinteressen, in: Eberhard Grabitz/Meinhard Hilf/Manfred Wolf (Hrsg.), *Das Recht der Europäischen Union*, Band III, 29. EL 2006, A 25.
- Micklitz, Hans-W.: The Transformation of Enforcement in European Private Law, *European Review of Private Law* 2015, 491-524.
- Müller, Edda: Verbraucherschutz und Deregulierung, *WiVerw* 2004, 65-88.
- Münchener Kommentar zur Zivilprozeßordnung, Bd. III, 6. Aufl. 2021.
- Podszun, Rupprecht/Busch, Christoph/Henning-Bodewig, Frauke: Die Durchsetzung des Verbraucherrechts: Das BKartA als UWG-Behörde?, *GRUR* 2018, 1004-1011.
- Poelzig, Dörte: Durchsetzung von Verbraucherrechten durch Zivilgerichte und die BaFin, *BKR* 2021, 589-596.
- Reifner, Udo: Europäische Finanzaufsicht und Verbraucherschutz – Wie kann der Schutz der Verbraucherinteressen in die BaFin integriert werden?, *VuR* 2011, 410-416.
- Roth, Hans-Peter: Das neue Kleinanlegerschutzgesetz, *GWR* 2015, 243-246.
- Röthemeyer, Peter: Befugnis zur Musterfeststellungsklage: Der Narrativ der Klageindustrie, seine Folgen und Überlegungen zur Überwindung, *VuR* 2020, 130-142.
- Röthemeyer, Peter: Anmerkung zu OLG Stuttgart, 20.3.2019 (Klagebefugnis der Schutzgemeinschaft für Bankkunden e.V.), *BKR* 2019, 301-304.
- Rott, Peter: Kollektive Klagen von Verbraucherverbänden in Deutschland, in: Matthias Casper/André Janssen/Petra Pohlmann/Reiner Schulze (Hrsg.), *Auf dem Weg zu einer europäischen Sammelklage?*, 2009, 259-275.
- Rott, Peter: Behördliche Rechtsdurchsetzung in Großbritannien, den Niederlanden und der USA, in: Hans Schulte-Nölke (Hrsg.), *Neue Wege zur Durchsetzung des Verbraucherrechts*, 2017, 31-83.
- Rott, Peter: Der Folgenbeseitigungsanspruch der Verbraucherverbände, *Zeitschrift für Verbraucherrecht (VbR)* 2016, 172-176.
- Rott, Peter: Anmerkung zu LG Leipzig, 10.12.2015 (Rückzahlungspflicht als Folgenbeseitigung nach AGB-Verstoß), *VuR* 2016, 112-114.
- Rott, Peter: Data protection law as consumer law – How consumer organisations can contribute to the enforcement of data protection law, *EuCML* 2017, 113-119.

Rott, Peter: Thesen zur Durchsetzung des Verbraucherschutzrechts durch die BaFin, WM 2019, 1189-1196.

Rott, Peter: Verbraucherrechtvollzug im Bereich der Finanzdienstleistungen, in: Tobias Brönneke/Andreas Willburger/Sabine Bietz (Hrsg.), *Verbraucherrechtvollzug*, Nomos, 2020, 89-108.

Rott, Peter: Anmerkung zu VG Frankfurt a.M., 24.6.2021 (Befugnis der BaFin nach § 4 Abs. 1a FinDAG), VuR 2021, 433-435.

Rott, Peter: Anmerkung zu EuGH, 28.4.2022, Rs. C-319/20 *Meta Platforms Ireland*, VuR 2022, 396-398.

Schaub, Renate: Schadensersatz und Gewinnabschöpfung im Lauterkeits- und Immaterialgüterrecht, GRUR 2005, 918-924.

Scherer: Gewerbliche Prozessfinanzierung, VuR 2020, 83-87.

Scherer, Inge: Abhilfeanspruch gem. Art. 9 Abs. 1 VerbandsklagenRL / § 1 Abs. 1 Nr. 1 VDuG-E und Verbraucherschadensersatzanspruch gem. § 9 Abs. 2 UWG – Kollektivrechtsschutz contra Individualrechtsschutz?, VuR 2022, 443-448.

Schubert, Leif: Zivilrechtliche Klauselkontrolle durch die BaFin im Wege der Missstandsaufsicht nach § 4 Abs. 1a FinDAG, jurisPR-BKR 10/2021 Anm. 1.

Schultheiß, Tilman: Der Folgenbeseitigungsanspruch bei unwirksamen AGB, WM 2019, 9-16.

Stadler, Astrid: Musterfeststellungsklagen im deutschen Verbraucherrecht?, VuR 2018, 83-89.

Stadler, Astrid: Anmerkung zu BGH, 13.9.2018 (Zulässigkeit einer prozessfinanzierten Gewinnabschöpfungsklage), JZ 2019, 203-206.

Stadler, Astrid: Pyrrhussieg für den Verbraucherschutz - vzbv umgeht durch Vereinbarung mit VW gesetzliche Sicherungsmechanismen, VuR 2020, 163-165.

Stadler, Astrid: Revisionstaktik – ist dagegen kein Kraut gewachsen?, VuR 2021, 361-362.

Stadler, Astrid/Klöpfer, Michael: Drittwirkung von Urteilen aufgrund von Verbands-Unterlassungsklagen nach §§ 1, 2 UKlaG?, VuR 2012, 343-350.

Tilp, Andreas/Schiefer, Marc: VW Dieseldiebstahl – die Notwendigkeit zur Einführung einer zivilrechtlichen Sammelklage, NZV 2017, 14 19.

Towfigh, Emanuel V./Chatziathanasiou, Konstantin: Ökonomische Aspekte der Durchsetzung des Verbraucherschutzrechts, in Schulte-Nölke (Hrsg.). *Neue Wege zur Durchsetzung des Verbraucherrechts*, 2016, 100-126.

Wagner, Gerhard, Kollektiver Rechtsschutz - Regelungsbedarf bei Massen- und Streuschäden, in: Casper u.a. (Hrsg.), *Auf dem Weg zu einer europäischen Sammelklage?*, 2009, 41-86.