



INSTITUTE FOR LAW AND FINANCE

Goethe-Universität Frankfurt am Main

Theodor Baums

Zur AGB-Kontrolle durch die BaFin am
Beispiel des Bausparrechts



WORKING PAPER No 83



Prof. Dr. Theodor Baums

Prof. Dr. Andreas Cahn

INSTITUTE FOR LAW AND FINANCE
IM HOUSE OF FINANCE
DER GOETHE UNIVERSITÄT FRANKFURT
CAMPUS WESTEND
THEODOR-W.-ADORNO-PLATZ 3
60629 FRANKFURT AM MAIN

TEL.: +49 (0) 69/798-33753

FAX.: +49 (0) 69/798-33929

WWW.ILF-FRANKFURT.DE

Theodor Baums

**Zur AGB-Kontrolle durch die BaFin
am Beispiel des Bausparrechts**

Institute for Law and Finance

WORKING PAPER SERIES NO. 83/2016

Zur AGB-Kontrolle durch die BaFin am Beispiel des Bausparrechts

Theodor Baums

1. Einführung
2. Allgemeines; Gang der Untersuchung
3. Die Literatur zum Bausparrecht
4. Bankaufsichtsrecht, Investmentrecht, Hypothekenbankrecht und Versicherungsaufsichtsrecht
5. Wortlaut und Systematik der Vorschriften des Bausparkassengesetzes
 - (a) Kontrolle des Mindestinhalts (§ 5 Abs. 3 BSG)
 - (b) Einbeziehungskontrolle
 - (c) Inhaltskontrolle gemäß §§ 305c, 307 - 309 BGB?
6. Wille des historischen Gesetzgebers
7. Der Zweck aufsichtsbehördlicher Klauselkontrolle im Bausparrecht
 - (a) Allgemeines
 - (b) Wesen des Bauspargeschäfts und Regulierungszwecke
 - (c) Die auf bausparspezifische Risiken bezogene behördliche AGB-Kontrolle gemäß § 8 Bausparkassengesetz
 - (d) Folgerungen für die Auslegung der „sonstigen Belange der Bausparer“
8. Der Umfang aufsichtsbehördlicher Klauselkontrolle im Bausparrecht
 - (a) Allgemeines
 - (b) Interdependenz von Individualschutz und Kollektivschutz
 - (c) Schutz des Bausparkollektivs vor nachteiliger Rückabwicklung möglicherweise unwirksamer Klauseln
 - (d) Kollektivschutz vor für bereits für unwirksam erklärten Klauseln
 - (e) Genehmigungsbedürftige und nur anzeigepflichtige Änderungen der Geschäftsbedingungen
9. Zusammenfassung

1. Einführung

Die Frage, ob und in welchem Umfang sich die Bundesanstalt für Finanzdienstleistungsaufsicht (BaFin) parallel zur AGB-Kontrolle durch die Zivilgerichte gleichfalls mit der Prüfung von Geschäftsbedingungen in den ihrer Aufsicht unterliegenden Bereichen (Kreditinstitute; Pfandbriefbanken; Bausparkassen; Kapitalanlagegesellschaften; Versicherungen) zu befassen hat, läßt sich nicht einheitlich beantworten. Zum Teil ist diese Frage zu verneinen und die Rechtslage insoweit eindeutig. Für andere Bereiche wird diese Frage dagegen bejaht; gleichwohl werden die Aufgreif- und Eingreifkriterien kontrovers diskutiert.¹ Die Antwort hierauf ist nicht nur für die betroffenen Unternehmen, sondern auch für die Aufsichtspraxis von erheblicher Bedeutung. Für den Bereich des Bausparwesens hat der XI. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs sich in seiner Entscheidung vom 9. Juli 1991 auf die Feststellung beschränkt, daß die „Spezialkontrolle“ der Geschäftsbedingungen durch das (damalige) Bundesaufsichtsamt für das Kreditwesen gemäß §§ 3, 8, 9 des Bauspargesetzes² darauf ausgerichtet sei, den Besonderheiten Rechnung zu tragen, die sich aus der Rechtsnatur des Bausparvertrages und den Vorschriften des Bausparkassengesetzes ergeben. Eine weitere inhaltliche Klärung der Befugnisse und Aufgaben der BaFin in diesem Bereich steht aber bisher nach wie vor aus.³ Dem ist die folgende Untersuchung gewidmet.

2. Allgemeines; Gang der Untersuchung

Bausparkassen haben ihrem Geschäftsbetrieb Allgemeine Geschäftsgrundsätze (AGG) und Allgemeine Geschäftsbedingungen (ABB)⁴ zugrunde zu legen (§ 5 Abs. 1 BSG). Die AGG werden nicht Vertragsbestandteil, so daß sich die Frage einer Einbeziehungs- und Inhaltskontrolle nach Maßgabe der §§ 305 ff BGB insoweit nicht stellt. § 5 Abs. 3 BSG enthält Vorschriften über den Mindestinhalt der ABB. Das Bausparkassengesetz hat insoweit unmittelbar privatrechtsgestaltenden, Verbraucherschützenden Charakter. In der Amtlichen Begründung zum Bausparkassengesetz 1972 heißt es dazu denn auch, die Festlegung des Inhalts der Bausparbedingungen solle dem Bausparer „einen klaren und umfassenden Überblick über seine aus dem Bausparverhältnis folgenden Rechte und Pflichten geben“.⁵ Jedenfalls diese Norm des

¹ Vgl. den Überblick unten unter 4.

² Gesetz über Bausparkassen in der Fassung der Bekanntmachung vom 15. Februar 1991 (BGBl. I S. 454), zuletzt geändert durch Artikel 13a Nummer 3 des Gesetzes vom 16. Juli 2007 (BGBl. I S. 1330); im Folgenden: BSG.

³ Zur Literatur vgl. im Folgenden unter 3. - Der Verf. ist Mitglied des Fachbeirates der BaFin und hat sich gutachtlich hierzu geäußert. Die nachstehende Untersuchung gibt die persönliche Auffassung des Verf. wieder.

⁴ Vgl. den im Internet zugänglichen Mustertext für Allg. Bedingungen für Bausparverträge (<http://www.bausparkassen.de/htdocs/fachservice/bausparrecht/abb.htm>).

⁵ RegE BauSparkG 1972, BT-Drucks. VI/1900, S. 18.

Bausparkassengesetzes kann, ebenso wie die ähnliche Vorschrift des § 10 VAG über die Mindestangaben in Versicherungsbedingungen, insoweit mit anderen Verbraucherschützenden Vorschriften des Privatrechts, etwa den §§ 491 ff BGB über Abschluß und Inhalt eines Verbraucherdarlehens, verglichen und auf eine Stufe gestellt werden. Die Annahme einer Dichotomie in der Weise, daß das Bausparkassengesetz ausschließlich öffentlichrechtliche Fragen des Betriebs von Bausparkassen und ihres Verhältnisses zur Aufsichtsbehörde betreffe, während der Schutz der Bausparer als Verbraucher und Vertragspartner der Bausparkassen den einschlägigen zivilrechtlichen Normen überlassen sei, wäre von vorneherein verfehlt. Auf den Bausparvertrag sind vielmehr die Verbraucherschützenden, privatrechtsgestaltenden Normen des Bausparkassengesetzes neben den einschlägigen Vorschriften des allgemeinen Zivilrechts anzuwenden. Der Gesetzgeber hat sich, wo die Besonderheiten des Bausparrechts dies gebieten, um ausdrückliche Abstimmung bemüht.⁶ Ungeklärt ist allerdings weitgehend, ob das Bausparkassengesetz neben die Einbeziehungs- und Inhaltskontrolle durch die Gerichte gemäß §§ 305 ff BGB eine selbständige weitere und im Prinzip hiervon unabhängige Einbeziehungs- und Inhaltskontrolle ebenfalls nach Maßgabe und orientiert an den Vorschriften der §§ 305 ff BGB durch die Aufsichtsbehörde, die BaFin, setzt, das BSG also auch insoweit privatrechtsgestaltenden Charakter hat.

Bausparkassen bedürfen für ihr Geschäft einer entsprechenden Erlaubnis; sie haben, wie erwähnt, ihrem Geschäftsbetrieb nicht nur Allgemeine Geschäftsgrundsätze (AGG), sondern eben auch Allgemeine Bedingungen für Bausparverträge (ABB) zugrunde zu legen (§ 5 Abs. 1 BSG). Nach § 8 Abs. 1 BSG darf die BaFin die Erlaubnis, Geschäfte einer Bausparkasse zu betreiben, auch dann versagen, wenn die ABB die Erfüllbarkeit der Bausparverträge nicht dauerhaft gewährleistet erscheinen lassen oder Spar- und Tilgungsleistungen oder andere Verpflichtungen vorsehen, welche die Zuteilung der Bausparverträge unangemessen hinausschieben, zu unangemessen langen Vertragslaufzeiten führen oder *sonstige Belange der Bausparer nicht ausreichend wahren*. Änderungen und Ergänzungen der ABB für Bausparverträge bedürfen nach § 9 Abs. 1 BSG der Genehmigung der BaFin; ebenso die ABB, die neuen Bauspartarifen zugrunde gelegt werden sollen. Die BaFin ist nach § 3 Abs. 1 S. 2 BSG befugt, alle Anordnungen zu treffen, die erforderlich sind, um den Geschäftsbetrieb einer Bausparkasse mit den ABB in Einklang zu halten. Verstöße gegen die in § 5 Abs. 3 BSG bezeichneten Bestimmungen der ABB können nach § 11 BSG zur Abberufung des Geschäftsleiters einer Bausparkasse führen. Die BaFin bestellt bei jeder

⁶ S. nur §§ 492 Abs. 1a S. 2 BGB a.E.; 497 Abs. 3 BGB; § 8 Abs. 2 Nr. 2 Unterlassungsklagengesetz; vgl. auch die Ausnahme von der Einbeziehungskontrolle gemäß § 23 Abs. 3 AGBG; aufgehoben durch die Schuldrechtsreform (vgl. § 305 Abs. 2 BGB). Anders noch der Gesetzentwurf zu § 305a Nr. 1 BGB, vgl. BT-Drucks. 14/6040, S. 151. Zu den Gründen Basedow, in: MünchKommBGB, 5. Aufl. 2007, § 305a Rz. 1 f., § 307 Rz. 233 und die Beschlußempfehlung des Rechtsausschusses, BT-Drucks. 14/7052, S. 188.

Bausparkasse einen Vertrauensmann, der darauf zu achten hat, daß die Bestimmungen der ABB über das Zuteilungsverfahren eingehalten werden (§ 12 Abs. 2 BSG). Bei der Prüfung des Jahresabschlusses einer Bausparkasse hat der Prüfer u.a. auch festzustellen, ob die Bausparkasse die in § 5 Abs. 3 Nr. 5 BSG bezeichnete Bestimmung der ABB eingehalten hat (§ 13 BSG). Nach § 9 Abs. 2 BSG kann die BaFin verlangen, daß die Bausparkasse die ABB ändert, wenn die Erfüllung der von der Bausparkasse in den Bausparverträgen übernommenen Verpflichtungen nicht mehr gewährleistet erscheint.

Der Überblick zeigt, daß die das Vertragsverhältnis zwischen Bausparkasse und einzelner Bausparer prägenden ABB nicht nur im Verfahren der Erteilung einer Erlaubnis zu Bauspargeschäften durch die BaFin, sondern auch bei der laufenden Aufsicht durch diese Behörde eine maßgebliche Rolle spielen. Die BaFin hat nicht nur im Zusammenhang mit der Erteilung der Geschäftserlaubnis zu prüfen, ob die ABB den im Interesse und zum Schutz der Bausparer gegebenen Mindestinhalt (§ 5 Abs. 3 BSG) aufweisen; sie hat in diesem Zusammenhang auch zu erwägen, ob „die Belange der Bausparer“ im Hinblick auf den Inhalt der ABB eine Versagung der Erlaubnis rechtfertigen (§ 8 Abs. 1 BSG). Die ABB sind damit Teil des Sachverhalts, auf dessen Vorhandensein und Nachweis die Geschäftserlaubnis fußt, mit der Folge, daß Änderungen dieses Sachverhalts jedenfalls mit der ursprünglich erteilten Erlaubnis nicht zu vereinbaren sind und deshalb jedenfalls in den Fällen, in denen eine Änderung die in § 5 Abs. 3 Nr. 1, 2, 4 bis 9 BSG aufgeführten Bestimmungen betrifft, einer besonderen Genehmigung bedürfen. Diese Genehmigung kann wiederum versagt werden, wenn Belange der Bausparer dies gebieten (§ 9 Abs. 1 S. 3 BSG). Die ABB haben aber nicht nur Bedeutung für die Erteilung der Geschäftserlaubnis. Die an der „Wahrung der Belange der Bausparer“ zu orientierenden ABB sind auch Gegenstand der laufenden Beaufsichtigung der Bausparkassen durch die BaFin. Das zeigt sich an der Norm des § 3 Abs. 1 S. 2 BSG, die die BaFin ermächtigt, alle Anordnungen zu treffen, die erforderlich sind, um den Geschäftsbetrieb einer Bausparkasse mit den ABB in Einklang zu halten.

Im Hinblick auf diese enge Verzahnung sowohl der öffentlichrechtlichen Geschäftserlaubnis als auch der laufenden Aufsicht durch die BaFin mit den ABB und ihrem Inhalt stellt sich die Frage, wie weit die Befugnisse und Pflichten der BaFin zur „Wahrung der Belange der Bausparer“ insoweit reichen. Ist sie konkret berechtigt und verpflichtet, neben der Einbeziehungs- und Inhaltskontrolle der ABB durch die Gerichte gemäß §§ 305 ff BGB eine selbständige Einbeziehungs- und Inhaltskontrolle hinsichtlich der ABB vorzunehmen? Falls diese Frage zu bejahen ist, womit ist die damit gegebene Doppelkontrolle zu rechtfertigen, und wie lassen sich widersprechende Entscheidungen der Aufsichtsbehörde und der Zivilgerichte vermeiden? Falls die

Frage dagegen zu verneinen sein sollte: Welche Bedeutung kommt dann dem Gebot der „Wahrung der Belange der Bausparer“ bei der Inhaltskontrolle der ABB seitens der BaFin zu?

Die Untersuchung dieser Fragen ist wie folgt aufgebaut: Zunächst ist die vorhandene Literatur – Rechtsprechung zum Bausparkassengesetz fehlt insoweit, soweit ersichtlich, ganz⁷ – darzustellen (unten 3.). Sodann sollen ähnliche Vorschriften des Investmentrechts, des Hypothekenbankrechts und des Versicherungsaufsichtsrechts in den Blick genommen und ihre Auslegung und Anwendung darauf befragt werden, ob sich darauf Rückschlüsse für die Auslegung des BSG ergeben (unten 4.). Im Anschluß daran sind die üblichen Auslegungskriterien - Wortlaut und systematische Stellung der Ermächtigungsnormen des BSG, ihre Entstehungsgeschichte und schließlich ihr Telos – heranzuziehen (unten 5. – 7.). Daraus ist der Umfang der Klauselkontrolle im Bausparrecht im Einzelnen abzuleiten (8.). Die Ergebnisse werden unter 9. zusammengefaßt.

3. Die Literatur zum Bausparrecht

In der Literatur wird die Reichweite der Klauselkontrolle durch die BaFin zwar erörtert; bisher fehlt aber ein dogmatisch schlüssiges und praktisch handhabbares Konzept.

Der maßgebliche Kommentar zum Bausparrecht von *Schäfer/Cirpka/Zehnder* stellt zu dieser Frage – selbstverständlich zutreffend – fest, daß sich die ABB und AGG in dem durch die einschlägigen zivilrechtlichen Gesetze gezogenen Rahmen, und dazu gehört das AGB-Recht, bewegen müssen.⁸ Für die davon zu trennende Frage der Klauselkontrolle im Genehmigungsverfahren soll folgendes gelten: Die Produktaufsicht der BaFin nach dem BSG entspreche der Vorabgenehmigung von Versicherungstarifen, wie sie das VAG vor 1994 vorgesehen hatte (s. dazu noch unten 4.).⁹ An anderer Stelle betont der Kommentar, daß die Aufsichtsbehörde nicht dazu berufen sei, die Bausparkasse auf die „Einhaltung der Gesetze“ hin zu überwachen; der Verbraucherschutz – wiederum wird das AGBG als Beispiel genannt – sei deshalb „grundsätzlich“ außerhalb des Einflusses der Aufsicht. Bei der Prüfung, ob die „Belange der Bausparer“ ausreichend gewahrt sind, seien aber „solche Gesetze als Ausdruck des Gesetzgebers über berechnete Verbraucher = Bausparer-Belange“ zu beachten.¹⁰ Offen bleibt bei alledem, inwieweit Bausparer- mit Verbraucherinteressen rechtlich gleichzusetzen sind, und wann sich die „Beachtung“ des AGB-Rechts im Genehmigungsverfahren zu einem Versagungsgrund verdichtet.

⁷ Zu BGH WM 1991, 1452 ff s. noch unten Text zu Fn. 42 - 44.

⁸ Schäfer/Cirpka/Zehnder, Bausparkassengesetz und Bausparkassenverordnung, 5. Aufl. 1999, § 5 BspkG Anm. 1 (S. 225).

⁹ Schäfer/Cirpka/Zehnder, BauSparkG, a.a.O. (Fn. 8), § 3 BspkG Anm. 3 (S. 166).

¹⁰ Schäfer/Cirpka/Zehnder, BauSparkG, a.a.O. (Fn. 8), § 3 BspkG Anm. 8 (S. 170 f).

Auch die Dissertation von *Herzog* entwickelt kein eindeutiges, schlüssiges Konzept.¹¹ Weitgehend in Anlehnung an die erwähnte Kommentierung geht die Arbeit einerseits davon aus, daß im Genehmigungsverfahren „die Vereinbarkeit der ABB mit den in den §§ 305 ff. BGB zum Ausdruck kommenden Wertungen zu überprüfen“ sei. Ohne Rückgriff auf den Schutzzweck des BauSparkG wird aber andererseits argumentiert, die Bausparkassenaufsicht der BaFin könne außerhalb des kollektiven Geschäfts nicht weiter gehen als die Bankenaufsicht nach dem KWG, die ihrerseits ausschließlich dem öffentlichen Interesse verpflichtet sei. Letzterem ist nicht zuzustimmen, wie im Folgenden noch auszuführen sein wird.

4. Bankaufsichtsrecht, Investmentrecht, Hypothekendarbankrecht und Versicherungsaufsichtsrecht

Aufschlußreich, letzten Endes aber nicht ergiebig ist auch ein Seitenblick auf verwandte Sachgebiete, in denen andere Finanzdienstleister gleichfalls der Aufsicht durch die BaFin unterliegen.

Keiner Genehmigung durch die BaFin bedürfen die *allgemeinen Geschäftsbedingungen der Kreditinstitute nach dem KWG*. Die „Mißstandsaufsicht“ gemäß § 6 Abs. 3 KWG bezieht sich auf Verstöße gegen aufsichtsrechtliche Bestimmungen und Mißstände, die die Sicherheit der dem Kreditinstitut anvertrauten Vermögenswerte gefährden können oder die ordnungsgemäße Durchführung der Bankgeschäfte oder Finanzdienstleistungen beeinträchtigen. Auch die Befugnisse der BaFin gemäß §§ 33 ff KWG (Versagung oder Aufhebung der Geschäftserlaubnis; Abberufung von Geschäftsleitern) greifen bei einfachen Inhaltsmängeln der Geschäftsbedingungen eines Kreditinstituts nicht ein.¹²

Sehr viel weiter geht dagegen die Aufsicht hinsichtlich der *Geschäftsbedingungen der Kapitalanlagegesellschaften*. Nach § 23 Abs. 2 InvG (ähnlich zuvor § 15 Abs. 2 KAGG) bedürfen die Vertragsbedingungen der Kapitalanlagegesellschaften sowie deren Änderungen der Genehmigung der BaFin. Die Genehmigung ist zu erteilen, wenn die Vertragsbedingungen „den gesetzlichen Anforderungen entsprechen“; die alte, inzwischen aufgehobene Fassung (des § 15 KAGG) enthielt darüber hinaus den Zusatz „und die Interessen der Anteilhaber ausreichend gewahrt werden“. Obwohl KAGG und InvG, anders als das BausparkassenG,¹³ ausdrücklich die Erteilung der Genehmigung davon abhängig machen, daß die Vertragsbedingungen „den

¹¹ Herzog, Bausparkassen-Bedingungen und AGB-Kontrolle, 2006.

¹² Eingehend dazu etwa Schäfer/Cirpka/Zehnder, BauSparkG, a.a.O. (Fn. 8), § 3 BspkG Anm. 3 (S. 164 ff).

¹³ Daß das BSG keine allgemeine Gesetzmäßigkeitskontrolle vorsieht, betonen zutreffend Schäfer/Cirpka/Zehnder, BauSparkG, a.a.O. (Fn. 8), § 3 BspkG Anm. 8 (S. 170 f); Herzog, a.a.O. (Fn. 11), S. 73.

gesetzlichen Anforderungen“ (nicht nur des KAGG bzw. des InvG) entsprechen, bestehen in der Literatur insoweit gleichwohl Zweifel hinsichtlich der Intensität der Prüfungsrechte und –pflichten der BaFin im Rahmen der AGB-Kontrolle.¹⁴

Bemerkenswert ist der ausdrücklich erklärte „Rückzug“ des Gesetzgebers von einer Doppelkontrolle von AGB durch BaFin und die Gerichte im *Bereich des Hypothekenbankwesens*. Nach § 4 des inzwischen aufgehobenen Hypothekenbankgesetzes war die Aufsichtsbehörde befugt, „alle Anordnungen zu treffen, welche erforderlich sind, um den Geschäftsbetrieb der Bank *mit den Gesetzen* (Hervorhebung d. Verf.) ... in Einklang zu halten“. Gegenstand der Aufsicht waren auch die Bedingungen der Hypothekendarlehen, deren Grundzüge nach § 15 HypBK der Genehmigung bedurften.¹⁵ Nach § 3 des an die Stelle des HypBG getretenen Pfandbriefgesetzes übt die BaFin die Aufsicht über die Pfandbriefbanken dagegen nur mehr „nach den Vorschriften *dieses Gesetzes und des Kreditwesengesetzes* (Hervorhebung d. Verf.) aus.“ In der Begründung des PfandbriefG heißt es lapidar dazu: „Gründe dafür, Darlehensnehmer von Pfandbriefbanken weitergehender zu schützen als Darlehensnehmer sonstiger Kreditinstitute, sind nicht ersichtlich.“¹⁶

Von besonderem Interesse ist – auch wegen der gemeinsamen historischen Wurzel von Bausparkassenaufsicht und Versicherungsaufsicht¹⁷ – die *Rechtslage nach dem Versicherungsaufsichtsgesetz (VAG)*.

Bis zur Neufassung des VAG durch das Gesetz vom 17. Dezember 1992¹⁸ waren die Allgemeinen Versicherungsbedingungen (AVB) als Bestandteil des Geschäftsplans im Erlaubnisverfahren vorzulegen (§ 5 Abs. 2, Abs. 3 Nr. 2 VAG a.F.). Die Erlaubnis war u.a. zu versagen, wenn der Geschäftsplan und damit in ihm enthaltenen Versicherungsbedingungen die „Belange der Versicherten“ nicht ausreichend wahrten (§ 8 I Nr. 2 VAG a.F.). In diesem Zusammenhang prüfte die Aufsichtsbehörde auch, ob die AVB mit „den zwingenden Vorschriften des ABGB vereinbar“

¹⁴ Vgl. zu Einzelheiten Schödermeier/Baltzer, in: Brinkhaus/Scherer, KAGG, 2003, § 15 Rz. 1, 15, 19; Baur, Investmentgesetze, 2. Aufl. 1997, § 15 KAGG, Rz. 17 f.; A. Fuchs, in: Ulmer/Brandner/Hensen, AGB-Recht, 2006, Vorb. v. § 307 BGB Rz. 96. Vgl. auch Baur, Investmentgesetze, 2. Aufl. 1997, § 15 KAGG, Rz. 17 f.: Zwar komme ein Verstoß gegen Gesetze nur in Betracht, wenn die entsprechenden Bestimmungen eindeutig seien; über die in § 15 KAGG als zusätzliches Kriterium genannten „Interessen der Anteilsinhaber“ würden aber die zu § 9 ABGB entwickelten Grundsätze einfließen.

¹⁵ Zur AGB-Kontrolle seitens der Aufsicht (BAKred; BaFin) insoweit Bellinger/Kerl, Hypothekenbankgesetz, 4. Aufl. 1995, § 4 Rz. 18: Die Darlehensbedingungen sollten – und zwar auch abseits der genehmigungsbedürftigen Grundzüge – am Maßstab des AGB-Rechts gemessen werden können, einschränkend dazu § 15 Rz. 7: „soweit gesicherte Maßstäbe vorliegen.“

¹⁶ RegE PfandBG, BT-Drucks. 15/4321, S. 27 f.

¹⁷ Dazu m. w. Nachweisen Schäfer/Cirpka/Zehnder, BauSparkG, a.a.O. (Fn. 8), Einleitung, S. 29 ff; W. Lehmann, in: Privates Bausparwesen, 1960, S. 52 ff.; Prölss, VAG, 1966, Vorbem. Vor § 11 VAG.

¹⁸ Vgl. BGBl. 1993 I S. 2; in Kraft seit dem 29.07.1994.

waren.“¹⁹ Insoweit muß allerdings gesehen werden, daß § 81 Abs. 1 VAG a.F. der Aufsichtsbehörde allgemein und uneingeschränkt auftrag, „die Befolgung der gesetzlichen Vorschriften ... zu überwachen.“ Die Behörde hatte sich auch mit den Generalklauseln des AGBG „auseinanderzusetzen“.²⁰ Besondere Bedeutung wurde der Prüfung „überraschender Klauseln“ beigemessen.²¹ Zugleich wurde freilich die Frage erörtert, wie mit einer u.U. gegebenen „Unübersichtlichkeit“ der Rechtsprechung umzugehen sei.²² So hieß es etwa: „Gewiß sind einzelne Entscheidungen von Instanzgerichten keine Grundlage allein für ein Eingreifen, wohl aber zwingt eine gefestigte Rechtsprechung die Aufsichtsbehörde u.U. dazu, zur Erhaltung der Markttransparenz einzugreifen“. Vertreten wurde aber auch folgender Standpunkt: „Nur eine sehr genaue aufsichtsrechtliche Prüfung der Vereinbarkeit der AVB mit dem AGBG kann im übrigen im Genehmigungsverfahren bezüglich der Gleichbehandlung der Anbieter unzuträgliche Folgen von Unterlassungs- und Widerrufsverfahren gem. §§ 13 ff. AGBG gegen einzelne Versicherer (...) mildern; denn bei Klagen nach § 13 ABGB ist die Aufsichtsbehörde nach § 16 Nr. 1 lediglich zu hören“.²³

Die erwähnte Neufassung des VAG²⁴ brachte auch Änderungen hinsichtlich der Versicherungsbedingungen mit sich. Die Versicherungsbedingungen sind nicht mehr Bestandteil des Geschäftsplans (vgl. § 5 Abs. 3 VAG); sie sind nur mehr in den Fällen des § 5 Abs. 5 VAG (Pflichtversicherungen und substitutive Krankenversicherung) einzureichen. Allerdings besteht nach wie vor die Mißstandsaufsicht der Aufsichtsbehörde (BaFin) im Rahmen des § 81 VAG. Nach § 81 Abs. 2 S. 1, 2 VAG kann die Aufsichtsbehörde gegenüber den Versicherungsunternehmen alle Anordnungen treffen, die geeignet und erforderlich sind, um Mißstände zu vermeiden oder zu beseitigen. Mißstand ist jedes Verhalten eines Versicherungsunternehmens, das den Aufsichtszielen des § 81 Abs. 1 VAG widerspricht. Zu diesen Aufsichtszielen gehören „die ausreichende Wahrung der Belange der Versicherten und die Einhaltung der Gesetze, die für den Betrieb des Versicherungsgeschäfts gelten.“ Das Bundesverwaltungsgericht hat dazu in einer Entscheidung vom 25. 6. 1998 festgestellt, zu den Gesetzen, die für den Betrieb des Versicherungsgeschäfts gelten und über deren Einhaltung das (damalige) Bundesamt für das Versicherungswesen (BAV) zu wachen habe, gehöre auch das AGB-Gesetz.²⁵ Das Gericht hat in dieser Entscheidung offen gelassen, ob bei der Anwendung des § 81 VAG außer einer Gesetzesverletzung stets festgestellt

¹⁹ Prölss-Schmidt/Frey, VAG, 10. Aufl. 1989, Vorbem. Rz. 47.

²⁰ Prölss-Schmidt/Frey, VAG, a.a.O. (Fn. 19), Vorbem. Rz. 52.

²¹ Prölss-Schmidt/Frey, VAG, a.a.O. (Fn. 19), Vorbem. Rz. 52.

²² So für die laufende Aufsicht Prölss-Schmidt/Frey, VAG, a.a.O. (Fn. 19), Vorbem. Rz. 54.

²³ Prölss-Schmidt/Frey, VAG, a.a.O. (Fn. 19), Vorbem. Rz. 54.

²⁴ Vgl. Fn. 18.

²⁵ BVerwG NJW 1998, 3216 ff. Eingehend zu dieser Frage insbesondere Römer, Der Prüfungsmaßstab bei der Mißstandsaufsicht nach § 81 VAG und der AVB-Kontrolle nach § 9 AGBG, 1996.

werden müsse, daß wegen der Gesetzesverletzung die Belange der Versicherten nicht ausreichend gewahrt seien. Denn § 9 AGBG (heute: § 307 BGB) setze seinerseits voraus, daß der Vertragspartner des Verwenders der AGB entgegen den Geboten von Treu und Glauben unangemessen benachteiligt werde. Im Falle einer solchen unangemessenen Benachteiligung im Sinne des AGB-Gesetzes seien zugleich die Belange der Versicherten nicht ausreichend gewahrt. Die Befugnis des BAV, die Einhaltung von Vorschriften des AGB-Gesetzes zu überwachen und sie erforderlichenfalls durchzusetzen, sei auch nicht auf die Beanstandung solcher Klauseln beschränkt, deren Unzulässigkeit bereits vom BGH festgestellt worden sei.

Aus dieser Rechtsprechung zum VAG wird man bei näherer Betrachtung keine weitreichenden Schlüsse für das Bausparrecht ziehen dürfen. Es handelt sich bei der Mißstandsaufsicht des § 81 VAG gerade nicht um eine umfassende Präventivkontrolle aller Versicherungsbedingungen am Maßstab der Belange der Versicherten einschließlich einer Prüfung auf überraschende oder unangemessene Klauseln im Sinne der §§ 305c ff BGB, wie sie hier zur Debatte steht, sondern um eine anlaßbezogene, demzufolge punktuelle und nachträgliche Inhaltskontrolle. Die sehr viel enger gefaßte Mißstandsaufsicht im Recht der Bausparkassen gemäß § 3 Abs. 1 S. 1 i. V. mit § 6 Abs. 3 KWG gibt umgekehrt für eine allgemeine Textkontrolle der ABB seitens der BaFin nichts her;²⁶ sie bezieht sich auf Verstöße gegen aufsichtsrechtliche Bestimmungen und Mißstände, die die Sicherheit der dem Kreditinstitut anvertrauten Vermögenswerte gefährden können oder die ordnungsgemäße Durchführung der Bankgeschäfte oder Finanzdienstleistungen beeinträchtigen. Hinzu kommt, daß § 81 VAG als Prüfungsmaßstab nicht nur, wie § 8 BSG, die „Belange der Kunden“ des beaufsichtigten Unternehmens (Bausparer bzw. Versicherte) nennt, sondern die Aufsicht ausdrücklich außerdem verpflichtet und ermächtigt, ohne jede Einschränkung auf die „Einhaltung der Gesetze“ seitens der beaufsichtigten Unternehmen zu achten; hierauf hat das BVerwG in der angeführten Entscheidung abgestellt. Einen solchen weitreichenden Prüfungsauftrag enthält das Bausparkassengesetz nicht. Ferner muß die Besonderheit des vom BVerwG zu beurteilenden Falles gesehen werden. Es handelte sich um einen Verstoß einer Klausel in den Versicherungsbedingungen gegen §§ 43 ff VVG a.F. Die – hier nicht näher zu untersuchende – Frage ist, ob es zur Begründung der Entscheidung des BVerwG in diesem Fall des Rückgriffs auf § 9 AGBG und damit der weitreichenden Aussagen zu den Prüfungsbefugnissen des BAV nach Maßgabe des AGBG überhaupt bedurft hätte, oder ob sich das Ergebnis der Entscheidung nicht auch durch schlichte unmittelbare Anwendung der zwingenden Vorschriften des VVG ergeben

²⁶ So wohl auch Schäfer/Cirpka/Zehnder, BauSparkG, a.a.O. (Fn. 8), § 3 BspkG Anm. 8 (S. 97 f); eingehend dazu und ebenso Herzog, a.a.O. (Fn. 11), S. 73 ff.

hätte, mit denen sich die betreffenden Versicherungsbedingungen in Widerspruch befanden.²⁷ Wie auch immer dies zu beurteilen sein mag: Selbst wenn die Zwecke des VAG und des VVG eine umfassende Klauselkontrolle von Versicherungsbedingungen seitens der BaFin erfordern und sie hierzu ermächtigen würden, besagt dies weder, daß die Sachgründe hierfür im Bausparwesen dieselben sein müßten, noch macht es eine spezielle Ermächtigungsgrundlage hierfür entbehrlich, die nach Wortlaut, systematischer Stellung, Entstehungsgeschichte der Norm und ihrem Telos eine hinreichende Basis hierfür bietet.²⁸ Dem ist im Folgenden nachzugehen.

5. Wortlaut und Systematik der Vorschriften des Bausparkassengesetzes

Die Auslegung von Vorschriften hat mit ihrem Wortlaut und ihrem systematischen Zusammenhang zu beginnen.

(a) Kontrolle des Mindestinhalts (§ 5 Abs. 3 BSG)

Nach § 5 Abs. 3 BSG müssen die ABB einer Bausparkasse einen bestimmten Mindestinhalt aufweisen. Die BaFin hat die ABB jedenfalls darauf zu prüfen, ob sie diesen Mindestinhalt aufweisen. Das ergibt sich bereits aus dem Wortlaut und dem systematischen Zusammenhang der §§ 3, 9 und 11 BSG.

Wenn einerseits § 5 Abs. 3 BSG allgemeinverbindlich einen Mindestinhalt der ABB vorgibt, andererseits § 3 Abs. 1 S. 2 BSG die BaFin ermächtigt, im Rahmen der Aufsicht „nach den Vorschriften dieses Gesetzes“ (§ 3 Abs. 1 S. 1 BSG) alle Anordnungen zu treffen, die erforderlich sind, um den Geschäftsbetrieb „mit den Allgemeinen Bedingungen für Bausparverträge im Einklang zu halten“, dann sind im Sinne des § 3 Abs. 1 S. 2 BSG zwanglos (nur) solche ABB gemeint, die jedenfalls den zwingenden inhaltlichen Anforderungen „dieses Gesetzes“ und damit insbesondere des § 5 Abs. 3 BSG entsprechen.

Dieselbe Erwägung läßt sich auch aus § 11 BSG ableiten. Nach dieser Vorschrift kann die BaFin die Abberufung eines Geschäftsleiters einer Bausparkasse verlangen, wenn dieser vorsätzlich oder leichtfertig gegen die in § 5 Abs. 3 BSG bezeichneten Bestimmungen der ABB verstoßen hat. Diese Abberufungsbefugnis der BaFin könnte ins Leere gehen, wenn die BaFin nicht (im Rahmen der Verfahren gemäß §§ 8, 9 BSG) sicherstellen könnte, daß die ABB tatsächlich den durch § 5 Abs. 3 BSG geforderten Mindestinhalt aufweisen.

²⁷ In diesem Sinne etwa die neuere Entscheidung des BVerwG NJW 2007, 2871 ff.

²⁸ Allgemein zur Auslegung von Gesetzen Larenz/Wolf, Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts, 6. Auflage 2004, § 4 II., S. 80 ff.

Daß der BaFin jedenfalls eine solche beschränkte Textkontrolle der ABB auf den gesetzlichen Mindestinhalt obliegt, ergibt sich schließlich auch aus § 9 Abs. 1 S. 1 BSG. Danach bedürfen Änderungen und Ergänzungen der ABB, „welche die in § 5 Abs. 3 Nr. 1, 2, 4 bis 9 aufgeführten Bestimmungen betreffen ... der Genehmigung der Bundesanstalt; ...“ Wäre eine Kontrolle der ABB auf ihren Mindestinhalt i.S. der angeführten Normen durch die BaFin ausgeschlossen, könnte dieses Genehmigungserfordernis ohne weiteres unterlaufen werden.

Diese Textkontrolle erstreckt sich auch, wie angefügt werden mag, auf die gemäß § 5 Abs. 3 Nr. 3 BSG anzugebende Höhe der Kosten und Gebühren, die den Bausparern berechnet werden. Änderungen dieser Angaben sind zwar, wie § 9 Abs. 1 S. 1 und S. 4 BSG zeigen, nicht genehmigungspflichtig, sondern nur anzeigepflichtig. Daraus kann aber nicht geschlossen werden, daß die BaFin bei der Erteilung der Geschäftserlaubnis gemäß § 8 BSG nicht gleichwohl auf der Aufnahme dieser Angaben in den ABB zu bestehen hätte. Das ergibt sich auch daraus, daß die Aufsichtsnormen der §§ § 3 Abs. 1 S. 2, 11 BSG, die, wie ausgeführt, den gesetzlichen Mindestinhalt der ABB voraussetzen, eine dem § 9 Abs. 1 BSG entsprechende Differenzierung zwischen genehmigungspflichtigen und bloß anzeigepflichtigen Änderungen nicht vorsehen.

Als erstes *Fazit* ist demnach festzuhalten: Bereits der Wortlaut und der systematische Zusammenhang der Vorschriften des Bausparkassengesetzes ergeben, daß der BaFin jedenfalls eine Textkontrolle der ABB insoweit obliegt, als sie zu prüfen hat, ob diese den von § 5 Abs. 3 BSG geforderten Mindestinhalt aufweisen. Das Fehlen dieses Mindestinhalts berechtigt die BaFin zum Versagen der Geschäftserlaubnis (§ 8 Abs. 1 BSG), auch wenn sich dies unmittelbar und ausdrücklich dem Wortlaut dieser Norm nicht entnehmen läßt.²⁹ „Die Belange der Bausparer“ (vgl. § 8 Abs. 1 Nr. 2 a.E. BSG) sind nicht hinreichend gewahrt, wenn die ABB einer Bausparkasse nicht den in § 5 Abs. 3 geforderten Mindestinhalt aufweisen.

(b) Einbeziehungskontrolle

Für eine Einbeziehungskontrolle sprechen ähnliche Erwägungen. Wenn § 5 Abs. 3 BSG im Interesse der Bausparer einen Mindestinhalt der ABB festlegt und, wie soeben erörtert, das Vorhandensein dieses Mindestinhalts durch die Prüfung im Erlaubnisverfahren (§ 8 BSG) bzw. bei Änderungen in einem Genehmigungsverfahren (§ 9 BSG) sicherstellt, kann die BaFin im Rahmen ihrer Aufsichts- und Eingriffbefugnisse (§§ 3 Abs. 1 S. 2, 11 BSG) auch sicherstellen, daß diese Geschäftsbedingungen im Geschäftsbetrieb der Bausparkasse den Bausparverträgen tatsächlich

²⁹ So auch Schäfer/Cirpka/Zehnder, BauSparkG, a.a.O. (Fn. 8), § 5 BspkG Anm. 1 (S. 225).

zugrundegelegt und wirksam im Sinne des § 305 Abs. 2 BGB in diese einbezogen werden.³⁰ Zu beachten ist allerdings die unterschiedliche Wirkrichtung einer solchen behördlichen im Vergleich mit einer gerichtlichen „Einziehungskontrolle“: Während es bei der gerichtlichen Einziehungskontrolle um die Feststellung geht, ob einzelne Klauseln oder ein Klauselwerk insgesamt Bestandteil eines bestimmten Vertrages geworden sind, würde eine „Einziehungskontrolle“ seitens der BaFin gemäß §§ 3 Abs. 1 S. 2, 11 BSG vorrangig darauf abzielen, erkannte Mißstände tunlichst abzustellen. Praktisch dürfte eine „Einziehungskontrolle“ seitens der BaFin allerdings, anders als die Textkontrolle (dazu oben (a) und sogleich unter (c)), allenfalls in seltenen Einzelfällen einmal eine Rolle spielen.

(c) Inhaltskontrolle gemäß §§ 305c, 307 - 309 BGB?

Die Frage ist, ob die BaFin berechtigt und u.U. sogar verpflichtet ist, die ihr im Rahmen des Erlaubnisverfahrens (§ 8 Abs. 1 BSG), eines Genehmigungsverfahrens (§ 9 Abs. 1 BSG) oder einer *ad hoc*-Prüfung zur Vorbereitung aufsichtsrechtlicher Maßnahmen nach §§ 3 Abs. 1 S. 2, 8 Abs. 2, 11 BSG vorgelegten ABB auf überraschende, mehrdeutige, intransparente und unwirksame Klauseln im Sinne und orientiert an den Maßstäben der §§ 305c, 307 - 309 BGB zu prüfen und gegebenenfalls verwaltungsrechtliche Maßnahmen (Versagung der Erlaubnis bzw. Genehmigung; sonstige aufsichtsrechtliche Sanktionen) hieran zu knüpfen.

Die ABB einer Bausparkasse gehören zu den der BaFin im Verfahren der Erteilung der Geschäftserlaubnis einzureichenden Unterlagen. Die BaFin kann die Geschäftserlaubnis versagen, wenn die ABB die Erfüllbarkeit der Bausparverträge nicht dauerhaft gewährleistet erscheinen lassen, oder Spar- und Tilgungsleistungen oder andere Verpflichtungen vorsehen, welche die Zuteilung der Bausparverträge unangemessen hinausschieben, zu unangemessen langen Vertragslaufzeiten führen oder sonstige Belange der Bausparer nicht ausreichend wahren (§ 8 Abs. 1 BSG). Bei isolierter Betrachtung nur des Wortlauts des Teils dieser Vorschrift, daß die Erlaubnis auch dann versagt werden kann, wenn die ABB „sonstige Belange der Bausparer nicht ausreichend wahren“ (§ 8 Abs. 1 Nr. 2. a.E. BSG), läßt diese Bestimmung zu, daß die BaFin die ABB auch auf überraschende, mehrdeutige, intransparente oder sonst im Sinne der §§ 307 - 309 BGB unwirksame Klauseln prüfen und gegebenenfalls die Geschäftserlaubnis verweigern darf.

Zweifelhaft ist dieses Auslegungsergebnis aber bereits deshalb, weil es diesen Versagungsgrund isoliert betrachtet und aus dem Kontext der übrigen Versagungsgründe (die Erfüllbarkeit der

³⁰ Dazu, daß es sich bei den ABB um AGB im Sinne der §§ 305 ff BGB handelt, Schäfer/Cirpka/Zehnder, Bausparkassengesetz, a.a.O. (Fn. 8), § 5 BspkG Anm. 4 (S. 228); Anm. 26a (S. 262); A. Fuchs, in: Ulmer/Brandner/Hensen, AGB-Recht, a.a.O. (Fn. 14), Anh. § 310 BGB Rz. 165; Horn, in: Wolf/Horn/Lindacher, AGB-Gesetz, 4. Aufl. 1999, § 23 Rz. 425 (auch zu § 8 AGBG – heute § 307 III BGB).

Bausparverträge erscheint nicht dauerhaft gewährleistet; die Zuteilung der Bausparverträge wird unangemessen hinausgeschoben; die ABB führen zu unangemessen langen Vertragslaufzeiten) löst. Diese besonders aufgeführten Versagungsgründe betreffen, wie noch auszuführen sein wird (unten 7.), sämtlich bausparvertragsspezifische Risiken und sind vom Gesetzgeber als Regelbeispiele formuliert, wie der Text („oder *sonstige* Belange der Bausparer nicht ausreichend wahren“) ausweist. Dieser Kontext legt die Frage zumindest nahe, ob „die sonstigen Belange der Bausparer“ nicht ebenfalls, ebenso wie die vom Gesetzgeber ausdrücklich aufgeführten Regelbeispiele, die Abwehr bausparvertragsspezifischer Risiken im Auge haben. Darauf ist noch zurückzukommen (unten 7. (d), 8.).

Weitere erhebliche Zweifel an einer „flächendeckenden“, generellen Textkontrolle aller ABB im Erlaubnisverfahren nach Maßgabe der §§ 305c, 307 - 309 BGB seitens der BaFin weckt darüber hinaus bereits der Wortlaut der Vorschrift des § 9 Abs. 1 BSG. Danach bedürfen Änderungen und Ergänzungen der ABB dann der Genehmigung seitens der BaFin, wenn diese Änderungen die in § 5 Abs. 3 Nr. 1, 2, 4 bis 9 BSG aufgeführten Bestimmungen betreffen. Sonstige Änderungen und Ergänzungen sind der Bundesanstalt lediglich mindestens drei Monate vor ihrem Inkrafttreten anzuzeigen (§ 9 Abs. 1 S. 4 BSG). Diese Differenzierung zwischen genehmigungsbedürftigen und lediglich anzeigebedürftigen Änderungen der ABB deutet darauf hin, daß der Gesetzgeber die „Belange der Bausparer“ bei den lediglich anzeigepflichtigen Änderungen potentiell weniger berührt sieht als bei den genehmigungsbedürftigen Änderungen. Mit einer einheitlichen, gleichsinnigen Prüfung aller Bedingungen der ABB an den Kriterien der §§ 305c, 307 - 309 BGB läßt sich eine solche Differenzierung zwischen genehmigungsbedürftigen und lediglich anzeigepflichtigen Änderungen von ABB aber kaum vereinbaren. Zwar wäre nicht ausgeschlossen, daß die BaFin *bei der Erteilung der Erlaubnis* zum Betrieb einer Bausparkasse (§ 8 Abs. 1 BSG) unterschiedslos alle ABB mit Hilfe der Kriterien der §§ 305c, 307 - 309 BGB prüfen würde und bei überraschenden, mehrdeutigen, intransparenten oder sonst unwirksamen Klauseln, gleich, ob sie die in § 5 Abs. 3 Nr. 1, 2, 4 bis 9 aufgeführten Bestimmungen betreffen oder nicht, die Belange der Bausparer als nicht ausreichend gewahrt ansieht und deshalb die Erlaubnis versagt. Damit stände aber im Widerspruch, wenn später, bei Änderung der AGG, nur mehr die genehmigungsbedürftigen, weil die § 5 Abs. 3 Nr. 1, 2, 4 bis 9 BSG betreffenden Geschäftsbedingungen einer förmlichen Prüfung am Maßstab der „Belange der Bausparer“ unterworfen werden könnten (§ 9 Abs. 1 S. 3 i. V. mit § 8 Abs. 1 BSG), nicht aber die bloß anzeigepflichtigen sonstigen Ergänzungen oder Änderungen der Allgemeinen Geschäftsbedingungen (§ 9 Abs. 1 S. 4 BSG).

Dieser Widerspruch läßt sich nicht mit dem Einwand ausräumen, es sei der BaFin bei diesen sonstigen, nur anzeigepflichtigen Änderungen der ABB unbenommen, mit Hilfe und im Rahmen ihrer weiteren Aufsichtsbefugnisse (§§ 3, 8 Abs. 2, 11 BSG) gegen unwirksame usw. AGB-Klauseln einzuschreiten, wenn diese ihr nur angezeigt werden; hierzu lasse ihr die Dreimonatsfrist des § 9 Abs. 1 S. 4 BSG hinreichend Zeit. Denn jedenfalls die Aufsichtsbefugnisse gemäß §§ 3, 11 BSG (zu § 8 Abs. 2 BSG weiter unten) ermöglichen kein Einschreiten gegen i. S. der §§ 305c, 307 - 309 BGB überraschende, mehrdeutige, intransparente oder sonst unwirksame Klauseln. Nach § 3 Abs. 1 S. 2 BSG ist die BaFin lediglich befugt, „im Rahmen der Aufsicht alle Anordnungen zu treffen, die erforderlich sind, um den Geschäftsbetrieb einer Bausparkasse mit den (im Rahmen des Erlaubnisverfahrens nicht beanstandeten oder später genehmigten bzw. angezeigten) Allgemeinen Bedingungen für Bausparverträge in Einklang zu halten.“ Dieser Vorschrift ist keine Befugnis zur Inhaltskontrolle der ABB zu entnehmen; insoweit sind ausschließlich die §§ 8, 9 BSG einschlägig. Auch § 11 BSG ermöglicht keine aufsichtsrechtliche Maßnahme – nämlich die Abberufung eines Geschäftsleiters – wegen im Sinne der §§ 305c, 307 - 309 unwirksamer ABB. Die Abberufung eines Geschäftsleiters kommt nach dieser Vorschrift im Zusammenhang mit ABB nur in Betracht, wenn der Geschäftsleiter gegen die in § 5 Abs. 3 BSG bezeichneten ABB verstoßen hat. Demzufolge bliebe als Ansatzpunkt für eine Inhaltskontrolle bloß anzeigepflichtiger Änderungen von ABB lediglich die Rücknahme der Geschäftserlaubnis gemäß § 8 Abs. 2 BSG. Nach dieser Vorschrift kann die BaFin die Geschäftserlaubnis zurücknehmen, „wenn ihr Tatsachen bekannt werden, die die Versagung der Erlaubnis nach Absatz 1 rechtfertigen würden und die Belange der Bausparer nicht durch andere Maßnahmen nach diesem Gesetz ... ausreichend gewahrt werden können.“ Jedenfalls auf den ersten Blick wäre es aber eine befremdliche, nicht ausgewogene und in sich unstimmmige Regulierung, wenn der Gesetzgeber, sofern er eine flächendeckende Überprüfung aller Geschäftsbedingungen einer Bausparkasse nach Maßgabe der §§ 305c, 307 - 309 BGB durch die BaFin gewollt hätte, Änderungen der bedeutsamen, weil die wichtigen Angaben nach § 5 Abs. 3 Nr. 1, 2, 4 bis 9 BSG betreffenden Geschäftsbedingungen einem Genehmigungsvorbehalt (§ 9 Abs. 1 BSG) unterstellt hätte, während er eine Kontrolle der offenbar weniger bedeutsamen sonstigen Geschäftsbedingungen bei Beeinträchtigung der Belange der Bausparer mit dem Entzug der Geschäftserlaubnis nach § 8 Abs. 2 BSG sanktioniert hätte. Auf diese Frage ist noch zurückzukommen (unten 8. (e)).

Als *Fazit* der Auslegung des Wortlauts und des systematischen Zusammenhangs der Vorschriften des Bausparkassengesetzes ist bisher festzuhalten: Isoliert betrachtet schließt die Formulierung des § 8 Abs. 1 Nr. 2 a.E. BSG, wonach die Geschäftserlaubnis versagt werden kann, wenn die ABB „sonstige Belange der Bausparer nicht ausreichend wahren“, nicht aus, daß die BaFin im Verfahren der Erlaubniserteilung die ihr vorgelegten ABB insgesamt nach Maßgabe der §§ 305c, 307 - 309

BGB prüft. Die Betrachtung der in § 8 Abs. 1 Nr. 1. und 2. BSG genannten Regelbeispiele, die nach allgemeinen Auslegungsgrundsätzen Hinweise auf die Auslegung des Auffangtatbestands („Beeinträchtigung *sonstiger* Belange der Bausparer“) liefern, weckt insoweit allerdings bereits Zweifel. Auch die Differenzierung zwischen genehmigungsbedürftigen und lediglich anzeigepflichtigen Änderungen der ABB in § 9 Abs. 1 BSG legt nahe, daß der Gesetzgeber jedenfalls keine einheitliche, gleichsinnige Prüfung aller Bedingungen der ABB an den Kriterien der §§ 305c, 307 - 309 BGB durch die BaFin beabsichtigt hat.

6. Wille des historischen Gesetzgebers

Weder die Gesetzesbegründung zum BauSparkG 1972³¹ noch die Motive zur umfangreichen Novelle aus dem Jahre 1990³² gehen davon aus oder legen nahe, daß das (damalige) Bundesaufsichtsamt für das Kreditwesen bzw. heute die BaFin die ABB der Bausparkassen einer Klauselkontrolle nach zivilrechtlichen Grundsätzen zu unterwerfen habe.

Was das BauSparkG 1972 betrifft, so mag der Grund hierfür darin liegen, daß das Thema „Verbraucherschutz“ erst nach Inkrafttreten des BauSparkG Konjunktur hatte.³³ Das AGBG wurde erst 1976 verabschiedet, wengleich dabei weitgehend auf die Wertungen einer bereits gefestigten Rechtsprechung zurückgegriffen werden konnte. Allerdings geht die Begründung zum Entwurf des BausparG 1972 bei der Erläuterung der „sonstigen Belange der Bausparer (vgl. § 8 Abs. 1 BSG) auf die Bedeutung dieser Norm für eine Klauselkontrolle seitens der Aufsichtsbehörde ein. Dort heißt es: „Wann der ... weitere Versagungsgrund, daß die „sonstigen Belange“ der Bausparer durch die ... Allgemeinen Bedingungen für Bausparverträge nicht ausreichend gewahrt sind, gegeben ist, muß nach dem *gesamten Inhalt dieses Gesetzes und dem mit ihm verfolgten Schutzzweck* (Hervorhebung d. Verf.) beurteilt werden. Beispielweise wird die Erlaubnis aus diesem Grunde versagt werden müssen, wenn die Rechte der Bausparer bei nicht regelmäßigem Ablauf des Bausparvertrages zu stark eingeschränkt werden oder *deren Rechtsstellung durch andere als die in § 5 Abs. 2 und 3 aufgeführten Bestimmungen unangemessen beeinträchtigt* (Hervorhebung d. Verf.) wird.“³⁴ Diese Aussagen sind ambivalent und nicht eindeutig. Auf der einen Seite hebt die Gesetzesbegründung auf den Inhalt des *Bausparkassengesetzes* und den mit ihm verfolgten Schutzzweck ab, verweist also nicht auf die damals für die richterliche Inhaltskontrolle von AGB herangezogene Grundnorm des § 242 BGB und zivilrechtliche Wertungen, spricht aber andererseits

³¹ Vgl. BT-Drucksache VI/1900 vom 3. 3. 1971.

³² Vgl. BT-Drucksache 11/8089 vom 9. 10. 1990.

³³ Gsell, Eckpfeiler des Zivilrechts, 2005, „Verbraucherschutz“.

³⁴ Entwurf eines Gesetzes über Bausparkassen, BT-Drucksache VI/1900 vom 3. März 1971, Begründung S. 20 re. Sp.

ohne nähere Einschränkung oder ausdrücklichen Hinweis auf das Erfordernis einerbausparvertragsspezifischen Gefährdung oder Beeinträchtigung der Bausparer durch Allgemeine Geschäftsbedingungen (dazu eingehend unten 7.) allgemein davon, daß die ABB darauf zu prüfen seien, ob „die Rechtsstellung der Bausparer“ durch sie unangemessen beeinträchtigt werde.

Zur Zeit der ersten umfassenden Änderung des BauSparkG im Jahr 1990 war das AGBG dagegen bereits seit längerem in Kraft. Der Gesetzgeber der Novelle 1990 hat auch die heute in § 8 Abs. 1 Nr. 2 BSG enthaltene Vorschrift, wonach die Geschäftserlaubnis versagt werden kann, wenn ABB „sonstige Belange der Bausparer nicht ausreichend wahren“, umgestellt (zuvor handelte es sich bei diesem Versagungsgrund um eine eigenständige Ziffer des § 8 Abs. 1 BSG, nämlich § 8 Abs. 1 Nr. 3 BSG a.F.), hat diese Vorschrift aber inhaltlich nicht geändert.³⁵ Es hätte in Anbetracht der zwischenzeitlich erfolgten Einführung des AGBG vielleicht nahe gelegen, auf den veränderten Rechtsrahmen hinzuweisen, wenn der Gesetzgeber tatsächlich neben der Inhaltskontrolle durch die Gerichte eine identische Textkontrolle der ABB durch die Aufsichtsbehörde gleichfalls nach Maßgabe des AGBG beabsichtigt hätte.

Als *Fazit* der historischen Auslegung ist festzuhalten: Den Gesetzesmaterialien läßt sich kein eindeutiger Hinweis darauf entnehmen, daß der Gesetzgeber sich für oder gegen eine umfassende Kontrolle des Inhalts der ABB an den Kriterien und am Maßstab der §§ 305c, 307 - 309 BGB durch das BaKred bzw. die BaFin parallel zu einer gerichtlichen Inhaltskontrolle aussprechen wollte.

7. Der Zweck aufsichtsbehördlicher Klauselkontrolle im Bausparrecht

(a) Allgemeines

Die subjektiv-historische Auslegung von Gesetzen ist durch die teleologische Auslegung zu ergänzen³⁶. Diese will unabhängig von der Zeit der Entstehung einer Norm den allgemein gültigen und aktuell noch maßgeblichen Sinn einer Vorschrift ermitteln. Ausschlaggebend als teleologische Kriterien sind insbesondere die objektiven Zwecke der gesetzlichen Regelung. Dabei kann auch auf allgemeine Rechtsprinzipien zurückgegriffen werden. Ferner muß das Ergebnis der Auslegung – insbesondere bei öffentlich-rechtlichen Eingriffsnormen – mit den in der Verfassung enthaltenen Rechtsgrundsätzen vereinbar sein; einfache Gesetze sind „verfassungskonform“ auszulegen³⁷.

³⁵ Begründung dazu Entwurf eines Gesetzes zur Änderung des Gesetzes über Bausparkassen, BT-Drucksache 11/8089 vom 9. Oktober 1990, Begründung S. 18 li. Sp.

³⁶ S. nur Larenz/Wolf, a.a.O. (Fn. 28), § 4 II.d).

³⁷ Dazu etwa Larenz/Wolf, a.a.O. (Fn. 28), § 4 II e), f).

*(b) Wesen des Bauspargeschäfts und Regulierungszwecke*³⁸

Das System des Bausparens beruht auf dem Gedanken, eine Vielzahl von Bauinteressenten zusammenzufassen, die sich vertraglich zu planmäßigem Sparen in eine gemeinsame Kasse verpflichten, aus der sie in einer bestimmten Reihenfolge die von vorneherein festgelegte, aus dem eingezahlten Bausparguthaben und dem Bauspardarlehen bestehende Bausparsumme erhalten. Das Wesen des Bausparens liegt also in der Ansammlung von Kapital zur (nachrangig besicherten) Finanzierung des Wohnungsbaus, vor allem von Eigenheimen, im Rahmen von Bausparverträgen, welche die Bausparkasse verpflichten, das angesammelte Kapital in ihrem Kerngeschäft nicht wie eine Geschäftsbank beliebigen Darlehensnehmern zur Verfügung zu stellen, sondern es für Darlehen an die Einleger selbst zu verwenden. Das charakteristische Merkmal des Bausparens ist das „Kollektiv“, d. h. die Geschlossenheit des teilnehmenden Personenkreises, wobei dieselben Personen zunächst (bis zur Auszahlung des Bausparguthabens) Gläubiger und später (nach Zuteilung des Bauspardarlehens) Schuldner der Bausparkasse sind. Mit diesem System wird im Wege der durch die Bausparkasse organisierten und administrierten Selbsthilfe ein in sich geschlossener Markt geschaffen, bei dem durch Verzicht auf einen an den üblichen Marktkonditionen orientierten Einlagenzins ein niedriger Darlehenszins für die Zukunft festgeschrieben werden kann. Die den Bausparkassen gestatteten weiteren Geschäfte (vgl. § 4 BSG) sind darauf ausgerichtet, diesem Ziel zu dienen, dürfen es jedenfalls nicht in Frage stellen.

Mit dieser Festschreibung der Konditionen eines Bausparvertrages und der grundsätzlichen Beschränkung auf das Bauspargeschäft sind gewisse strukturelle Risiken verbunden, die die besondere Regulierung des Bausparwesens erklären, soweit sich diese von der allgemeinen Regulierung des Einlagen- und Kreditgeschäfts insbesondere durch das Kreditwesengesetz unterscheidet. Für den einzelnen Bausparer besteht neben dem allgemeinen bankgeschäftlichen Risiko, seiner Einlage verlustig zu gehen, das besondere bausparspezifische „Wartezeitrisiko“ als Folge der Begrenzung der Darlehensempfänger auf den Kreis der Sparer. Die Bausparkasse darf sich dem Bausparer vor Zuteilung seines Bausparvertrages nicht verpflichten, die Bausparsumme zu den vereinbarten Konditionen zu einem bestimmten Zeitpunkt auszuzahlen (§ 4 Abs. 5 BSG). Es handelt sich dabei um eine unvermeidbare Folge des kollektiven Systems, bei dem der Kreis der Sparer mit dem Kreis der künftigen Darlehensnehmer identisch ist. Da die Mittel begrenzt sind, die den Bausparkassen aus den Einzahlungen ihrer Bausparer und den Tilgungsleistungen ihrer Darlehensnehmer für Zuteilungszwecke zur Verfügung stehen, können jeweils nur Darlehensansprüche eines Teils der Bausparer befriedigt werden. Demgemäß muß der Bausparer so

³⁸ Die nachstehenden Ausführungen sind im wesentlichen der Begründung des Regierungsentwurfs eines Bausparkassengesetzes (BT-Drucksache VI/1900 vom 3. März 1971, Begründung S. 9 ff) entnommen. Eingehend zum Folgenden besonders auch Schäfer/Cirpka/Zehnder, a.a.O. (Fn. 8), Einleitung S. 40 ff.

lange auf die Erfüllung seines Zuteilungsanspruchs warten, bis die Bausparkasse aus den Spar- und Tilgungsleistungen ihrer Vertragspartner im Bauspargeschäft genügend Mittel angesammelt hat, um ihm entsprechend seiner Anwartschaftsrangfolge die Bausparsumme zuteilen zu können. Die Erfüllung des von ihm mit der Bausparkasse abgeschlossenen Vertrages durch Zuteilung der Bausparsumme ist unmittelbar mit der Entwicklung der zur Verfügung stehenden Zuteilungsmittel verknüpft; sein Vertrag weist damit einen besonderen „Kollektivbezug“ auf.

Die besondere Regulierung des Geschäfts der Bausparkassen im Vergleich zur Regulierung des Einlagen- und Kreditgeschäfts sonstiger Kreditinstitute erklärt sich im Kern aus dem Bemühen des Gesetzgebers, im sozialpolitischen Interesse der Bildung von Wohneigentum das Vertrauen der Bausparer in die Funktionsfähigkeit dieses besonderen von den Bausparkassen organisierten und administrierten Selbsthilfesystems zu festigen. Dies hängt wiederum weitgehend davon ab, daß die Bausparkassen ihrer Verpflichtung nachkommen können, die Bausparsumme möglichst bald zuzuteilen. „Die Erfüllung dieser Verpflichtung ist in Verbindung mit einer kontinuierlichen Zuteilungsfolge für das Vertrauen in das Bausparwesen und damit für die Entwicklung des Neugeschäfts wesentlich“.³⁹

(c) Die auf bausparspezifische Risiken bezogene behördliche AGB-Kontrolle gemäß § 8 Bausparkassengesetz

Aus dem vorstehend skizzierten Zweck des Bausparwesens (Förderung von Wohnungsbau und Eigenheimbildung), der besonderen Struktur des Bauspargeschäfts (weitgehende Identität des „Kollektivs“ von Sparern und Darlehensnehmern; „Selbsthilfegedanke“) und dem daraus sich über das allgemeine Ausfallrisiko hinausgehenden bausparspezifischen Risiko für den Bausparer („Wartezeitproblem“) lassen sich auch die Notwendigkeit und der Umfang einer besonderen behördlichen AGB-Kontrolle in diesem Bereich ableiten. Dies macht vor allem der Vergleich mit der Behandlung der AGB-Kontrolle im Einlagen- und Kreditgeschäft der allgemeinen Geschäftsbanken und der Pfandbriefbanken deutlich. Wie bereits oben ausgeführt, ist sowohl dem KWG als auch dem Pfandbriefgesetz eine besondere Inhaltskontrolle ihrer Geschäftsbedingungen seitens der BaFin fremd⁴⁰. Der Gesetzgeber beläßt es insoweit bei den besonderen verbraucherschutzrechtlichen Regelungen für das Verbraucherdarlehen (§§ 491 ff BGB) und im übrigen bei der gerichtlichen ex post-Kontrolle der diesen Geschäften zugrunde liegenden AGB nach Maßgabe der §§ 305 ff BGB. Wenn für das Einlagen- und Kreditgeschäft der Bausparkassen als Spezialkreditinstitute etwas anderes gelten soll, d. h. neben die allgemeine Einbeziehungs- und Inhaltskontrolle der ABB durch die Gerichte eine weitere, präventive und umfassende Kontrolle

³⁹ BT-Drucksache, a.a.O. (Fn. 38), S. 21.

⁴⁰ Dazu oben 4.

seitens der BaFin treten soll, muß dies seine Begründung, aber auch seine Schranken in den oben aufgezeigten Besonderheiten des Bauspargeschäfts finden.

Wie bereits oben unter 5. (a) begründet worden ist, obliegt der BaFin jedenfalls die Aufgabe, eine Textkontrolle der ABB darauf vorzunehmen, ob sie den durch § 5 Abs. 3 BSG vorgeschriebenen Mindestinhalt aufweisen. Dieser durch das Gesetz festgelegte Mindestinhalt bezieht sich weitgehend, allerdings nicht ausschließlich, auf das bausparspezifische Wartezeitrisiko und die darauf einwirkenden Faktoren (vgl. insbesondere § 8 Abs. 3 Nr. 1, 2, 4 BSG). Dieses Risiko soll dem Bausparer durch Information verdeutlicht und zugleich durch die Verpflichtung der Bausparkasse, Festlegungen zu diesen Faktoren in den ABB zu treffen, eingegrenzt werden. Allerdings läßt sich die Regelung des § 5 Abs. 3 BSG nicht insgesamt und bruchlos mit den spezifischen Besonderheiten des Bauspargeschäfts erklären. Wenn etwa § 5 Abs. 3 Nr. 8 BSG vorsieht, daß die ABB Bestimmungen über das zuständige Gericht oder einen Schiedsvertrag vorsehen müssen, dann hat das nichts mit den Besonderheiten eines Bausparvertrages zu tun. Wenn nur das Bausparrecht, nicht aber das KWG und das Pfandbriefgesetz vom Kreditinstitut fordern, in ihre Bankbedingungen eine Bestimmung über Gerichtsstand oder einen Schiedsvertrag aufzunehmen, dann ist das nur damit zu erklären, daß der Gesetzgeber des Bausparkassengesetzes diese Regelung in die ohnedies von ihm aus bausparspezifischen Gründen für notwendig gehaltene Regulierung des Bausparvertrages und seiner Geschäftsbedingungen mit aufgenommen hat.

Sehr viel deutlicher als an § 5 Abs. 3 BSG läßt sich der besondere Kollektivbezug des Bauspargeschäfts und das daraus resultierende besondere Geschäftsrisiko für den einzelnen Bausparer an der Regelung des § 8 Abs. 1 BSG ablesen. Danach kann die Geschäftserlaubnis zum Betrieb einer Bausparkasse außer aus den allgemeinen Gründen des § 33 Abs. 1 KWG auch dann versagt werden, wenn die ABB

„1. die Erfüllbarkeit der Bausparverträge nicht dauerhaft gewährleistet erscheinen lassen, weil die einzelnen Bausparverträge, bezogen auf ihre gesamte Laufzeit, kein angemessenes Verhältnis zwischen den Leistungen der Bausparer und denen der Bausparkasse (individuelles Kassen-Leistungsverhältnis) aufweisen oder

2. Spar- und Tilgungsleistungen oder andere Verpflichtungen vorsehen, welche die Zuteilung der Bausparverträge unangemessen hinausschieben, zu unangemessen langen Vertragszeiten führen oder sonstige Belange der Bausparer nicht hinreichend wahren“.

Sieht man zunächst einmal von dem Versagungsgrund „nicht ausreichende Wahrung sonstiger Belange der Bausparer“ ab (dazu unten (d) und eingehend unten 8.), dann wird der Bezug der Erlaubnisprüfung und der Versagungsgründe auf die bausparvertragsspezifischen Risiken besonders deutlich: Der *erste* Versagungsgrund (kein angemessenes individuelles Sparer-Kassen-

Leistungsverhältnis) hat nicht primär den Schutz des einzelnen Bausparers – der von einem für ihn günstigen Sparer-Kassen-Leistungsverhältnis sogar begünstigt sein mag (kurze Ansparzeit und niedriges Ansparguthaben im Verhältnis zur Leistung der Bausparkasse) – im Auge, sondern im Gegenteil den Schutz der Bausparergemeinschaft und damit einen „reflexiven“ Individualschutz nur insofern, als durch diese Anforderungen die Erfüllbarkeit *aller* Bausparverträge gewährleistet werden soll.⁴¹ Im Interesse der Erfüllbarkeit der Verträge aller Bausparer soll jeder einzelne einen „angemessenen“ Beitrag hierzu leisten.

Der *zweite* Versagungsgrund (Spar- und Tilgungsleistungen sowie sonstige Verpflichtungen, welche die Zuteilung der Bausparverträge unangemessen hinausschieben oder zu unangemessen langen Vertragslaufzeiten führen) betrifft gleichfalls ein bauspartypisches Risiko, das Wartezeitrisiko, das tunlichst begrenzt werden soll.

Beiden Versagungsgründen ist gemeinsam, daß eine Kontrolle der ABB unter diesen Gesichtspunkten (a) präventiv wirkt und (b) die Leistungen der Vertragsparteien des Bausparvertrages selbst betrifft. Die dadurch angeordnete Inhaltskontrolle der ABB durch die BaFin leistet damit etwas, was eine gerichtliche AGB-Kontrolle gemäß § 305c, 307 ff BGB nicht vermag: Die gerichtliche Inhaltskontrolle greift erst ex post ein, ist anlaßbezogen und erstreckt sich – mit Ausnahme der Transparenzprüfung, § 307 Abs. 1 S. 2 BGB – nicht auf die Vertragsleistungen selbst (§ 307 Abs. 3 BGB). Die behördliche Inhaltskontrolle der ABB stellt insoweit eine aus Sicht des Gesetzgebers notwendige Ergänzung der gerichtlichen Inhaltskontrolle dar.

(d) Folgerungen für die Auslegung der „sonstigen Belange der Bausparer“

Die Frage ist nun, ob der *dritte* Versagungsgrund des § 8 Abs. 1 BSG, nämlich daß die ABB „sonstige Belange der Bausparer nicht hinreichend wahren“, gleichfalls auf die bausparspezifischen Besonderheiten und Risiken dieses Geschäfts (Begrenzung der Darlehensempfänger auf den Kreis der Sparer; Wartezeitrisiko) zu beziehen ist, ob die ABB-Kontrolle am Maßstab der „sonstigen Belange der Bausparer“ ebenfalls nur dort eingreift, wo eine gerichtliche Inhaltskontrolle zu spät käme oder ganz ausgeschlossen wäre; oder ob dieser Versagungsgrund umgekehrt einen Ansatzpunkt für eine von den beiden erstgenannten Fällen ganz gelöste, allgemeine Inhaltskontrolle der ABB nach Maßgabe der §§ 305 c, 307-309 BGB bietet.

Wie bereits oben unter 5. (c) ausgeführt, bestehen hinsichtlich einer flächendeckenden präventiven Inhaltskontrolle seitens der BaFin nach Maßgabe der §§ 305 c, 307-309 BGB bereits deshalb zumindest ernsthafte Zweifel, weil die Regelbeispiele des § 8 Abs. 1 Nr. 1 und 2, 1. Halbsatz BSG

⁴¹ Eingehend dazu Schäfer/Cirpka/Zehnder, BausparkassenG, a.a.O. (Fn. 8), Einleitung S. 53 ff sowie § 8 BspkG Anm. 4a (S. 358 f).

nach allgemeinen Auslegungsgrundsätzen Hinweise auf die Auslegung des dritten Versagungsgrundes („sonstige Belange der Bausparer“) liefern. Anders gewendet: Der Gesetzgeber hat mit der Formulierung der ersten beiden Versagungsgründe, an die er die Versagung der Geschäftserlaubnis geknüpft hat, selbst erläutert, daß er in diesen beiden Fällen die Belange der Bausparer nicht ausreichend gewahrt sieht. Davon kann sich im Hinblick auf die gleiche schwerwiegende Sanktion (Versagung der Geschäftserlaubnis) die Auslegung des dritten Versagungsgrundes nicht in der Weise entfernen, daß jede Beeinträchtigung der Belange der Bausparer durch eine mit den Besonderheiten des Bausparrechts gar nicht zusammenhängende, möglicherweise unwirksame Klausel in den ABB zum Anlaß für ein Eingreifen der BaFin genommen wird und zur Versagung der Geschäftstätigkeit als Bausparkasse führen kann, statt die abschließende Klärung solcher Fragen den hierzu zweifelsfrei berufenen Zivilgerichten in dem dafür vorgesehenen Verfahren zu überlassen.

Unter 5. (c) ist gleichfalls bereits darauf hingewiesen worden, daß die Differenzierung zwischen genehmigungsbedürftigen und lediglich anzeigepflichtigen Änderungen der ABB in § 9 Abs. 1 BSG nahelegt, daß der Gesetzgeber jedenfalls keine einheitliche, gleichsinnige Prüfung aller Bedingungen der ABB an den Kriterien der §§ 305 c, 307-309 BGB durch die BaFin beabsichtigt hat. Gegen eine solche allgemeine präventive Inhaltskontrolle der ABB seitens der BaFin spricht ferner der eingangs dieses Abschnitts angeführte Gesichtspunkt, daß der Gesetzgeber eine solche Doppelkontrolle der Geschäftsbedingungen im sonstigen Einlagen- und Kreditgeschäft der Geschäfts- und Pfandbriefbanken durch die Gerichte und seitens der BaFin nicht kennt.

Weitere, praktische Erwägungen sprechen gleichfalls gegen parallele Inhaltskontrollen Allgemeiner Geschäftsbedingungen sowohl seitens der Aufsichtsbehörde wie seitens der Gerichte. Zunächst einmal würde eine solche Doppelkontrolle zu vermehrtem, entbehrlichem Regulierungsaufwand für die Beteiligten führen, es sei denn, die Gerichte wären an die Entscheidungen der BaFin gebunden, und die Parteien des Bausparvertrages, die Bausparkasse und die Bausparer, könnten davon ausgehen, daß die einmal im Erlaubnis- oder Genehmigungsverfahren überprüften ABB „kontrollfest“ und gerichtlich nicht mehr angreifbar sind. Das ist aber nicht der Fall. Denn die Prüfung der AGB im Zivilverfahren vor den Gerichten wird durch die Prüfung der ABB seitens der BaFin in den Verfahren der §§ 8, 9 BSG in keiner Weise präjudiziert. Deutlich hat dies der Bundesgerichtshof in seinem Urteil vom 9. 7. 1991 ausgesprochen. In dem Verfahren, das ein Verbraucherverein nach § 13 AGBG angestrengt hatte, wurden 20 ABB-Bestimmungen einer Landesbausparkasse auf ihre Wirksamkeit nach §§ 8 ff. AGBG überprüft und im Ergebnis auch

mehrere Klauseln für unwirksam erklärt.⁴² Der erkennende XI. Senat betont in seiner Entscheidung: Die auf die Besonderheiten des Bausparvertrages ausgerichtete „Spezialkontrolle der Bausparkassen-ABB durch das Bundesaufsichtsamt“ steht der Überprüfung durch die Zivilgerichte nicht entgegen.⁴³ Und: Die behördliche Vorabkontrolle verfolgt im Schwerpunkt andere Ziele als das AGB-Gesetz.⁴⁴ Diese anderen Ziele – das ist im Vorstehenden bereits herausgearbeitet worden – bestehen in der präventiven Eingrenzung der bausparspezifischen Risiken durch Klauseln, die die Belange der Bausparer insoweit nicht ausreichend wahren, und hinsichtlich derer eine anlaßbezogene ex post- Kontrolle seitens der Gerichte entweder ausgeschlossen wäre (keine gerichtliche Kontrolle von Vertragsleistungen und Preisen, § 307 Abs. 3 BGB) oder zu spät käme. Darauf ist im Folgenden genauer einzugehen.

8. Der Umfang aufsichtsbehördlicher Klauselkontrolle im Bausparrecht

(a) Allgemeines

Bisher ist, was die Frage der Inhaltskontrolle der ABB durch die Aufsichtsbehörde betrifft, folgendes herausgearbeitet worden: Der BaFin obliegt eine Inhaltskontrolle der ABB; diese Kontrolle hat aber eine andere Zielsetzung und auch einen anderen Umfang als die gerichtliche AGB-Kontrolle gemäß §§ 305 ff BGB. Zunächst einmal hat die BaFin die ABB auf Vollständigkeit im Sinne des durch § 5 Abs. 3 BSG vorgegebenen Mindestinhalts von Bausparbedingungen zu kontrollieren (dazu oben 5. (a)). Sodann obliegt ihr eine Inhaltskontrolle nach Maßgabe des § 8 Abs. 1 Nr. 1. und 2. BSG, die sich auf die Erfüllbarkeit der Bausparverträge, ihre Zuteilung und die Vertragslaufzeiten bezieht und insoweit durchaus weiter reicht als eine gerichtliche Inhaltskontrolle, die sich nicht mit der Inhaltskontrolle von Vertragsleistungen und Preisen befaßt (§ 307 Abs. 3 BGB). Des weiteren hat die BaFin im Verfahren der Erteilung der Geschäftserlaubnis die Klauseln der ABB darauf zu prüfen, ob sie „sonstige Belange der Bausparer ausreichend wahren.“ Die Auslegung dieser Vorschrift ist, wie unter 7. ausgeführt, an den übrigen Versagungsgründen des § 8 Abs. 1 BSG zu orientieren. Ziel auch der durch diese Vorschrift der Aufsichtsbehörde aufgegebenen Klauselkontrolle ist zunächst einmal die präventive Eingrenzung der bausparspezifischen Risiken durch Klauseln, die die Belange der Bausparer insoweit nicht ausreichend wahren, und hinsichtlich derer eine anlaßbezogene ex post-Kontrolle seitens der Gerichte den Schutz der Bausparer nicht sicherstellen könnte, weil sie entweder ausgeschlossen

⁴² Vgl. BGH WM 1991, 1452 ff und dazu Brüggemeier/Friele, ZBB 1992, 137 ff; A. Fuchs, in: Ulmer/Brandner/Hensen, a.a.O. (Fn. 14), Anh. § 310 BGB Rz. 167 f.

⁴³ BGH WM 1991, 1452, 1454 (li. Sp.), 1457 (li. Sp.).

⁴⁴ BGH WM 1991, 1452, 1454 (li. Sp.). Siehe auch Horn, Wolf/Horn/Lindacher, AGB-Gesetz, a.a.O. (Fn. 30), § 23 Rz. 14; A. Fuchs, in: Ulmer/Brandner/Hensen, AGB-Recht, a.a.O. (Fn. 14), Vorb. v. § 307 BGB Rz. 96; Staudinger/Schlosser, BGB, Neubearbeitung 2006, Vorb. zu §§ 307- 309 BGB Rz. 13.

wäre (keine gerichtliche Kontrolle von Vertragsleistungen und Preisen, § 307 Abs. 3 BGB) oder zu spät käme (nachteilige Auswirkung der Rückabwicklung unwirksamer Klauseln auf das Bausparerkollektiv). Eine weitere charakteristische Beschränkung der Inhaltskontrolle von AGB durch die Gerichte ergibt sich aus der *inter partes* - Wirkung des zivilgerichtlichen Urteils. Im Hinblick auf ihre Aufgabe, gegenüber den ABB zwar nicht die Belange des einzelnen individuellen Bausparers, wohl aber die Belange der Gemeinschaft der Bausparer zu wahren, ist die BaFin daher, wie im Folgenden noch zu zeigen sein wird, auch befugt, die Verwendung von ABB, die mit bereits höchstrichterlich für unwirksam erklärten Geschäftsbedingungen inhaltsgleich sind, zu untersagen und so die gerichtliche AGB-Kontrolle für den Bereich des Bausparwesens zu ergänzen.

Der damit angedeutete Umfang der Klauselkontrolle durch die BaFin ist nun im Folgenden näher zu begründen und abzugrenzen.

(b) Interdependenz von Individualschutz und Kollektivschutz

Gerade weil nach dem Vorstehenden die Aufgabe der aufsichtsbehördlichen Klauselkontrolle insbesondere in der präventiven Eingrenzung der bausparspezifischen Risiken besteht, könnte der bauspartypische Kollektivbezug des Bausparvertrages, seine Abhängigkeit von der Entwicklung der Sparleistungen der übrigen Bausparer einerseits und der im Wesentlichen hierauf basierenden Kassenleistungen andererseits, doch eine weitreichende Inhaltskontrolle erfordern.

Aus anderen Bereichen des Kapitalmarktrechts ist wohl bekannt, daß sich Individualschutz und Systemschutz (Funktionsschutz) nicht voneinander trennen lassen; es handelt sich „um zwei Seiten einer Medaille“⁴⁵. Dies gilt auch für das Bausparrecht: Können die Anleger sich nicht auf hinreichenden Schutz ihrer Rechte und berechtigten Erwartungen verlassen, der etwa durch Reputationseffekte, aber eben auch durch eine geeignete Regulierung sichergestellt wird, werden sie die betreffenden Anlageformen nicht wählen oder ausgleichende hohe Risikoprämien fordern. Gerade für das Bauspargeschäft ist aber, wie oben (7. (b)) dargelegt, eine stetige Entwicklung des (Neu-) Geschäfts von besonderer Bedeutung. Von den Anlegern als notwendig erkannter und wahrgenommener Individualschutz führt zur Erhaltung oder zum Wachstum des „Kollektivs“, und dies ist wiederum maßgeblich dafür, daß die Erfüllbarkeit der Bausparverträge dauerhaft gewährleistet erscheint (vgl. § 8 Abs. 1 Nr. 1 BSG) und sich die Zuteilung der Bausparverträge nicht unangemessen hinauszögert (vgl. § 8 Abs. 1 Nr. 2 BSG). Der Gesetzgeber der Novelle zum Bausparkassengesetz aus dem Jahr 1990 hat diesen untrennbaren Zusammenhang zwischen Individualschutz und systemischem Schutz klar erkannt und wie folgt formuliert: „Bei der Beurteilung der Allgemeinen Geschäftsgrundsätze und der Allgemeinen Bedingungen für

⁴⁵ Dazu bereits Hopt, Der Kapitalanlegerschutz im Recht der Banken, 1975, S. 344 ff; ders., ZHR 141 (1977), S. 389 f; Fleischer, Gutachten für den 64. DJT, 2002, S. F 24 ff m. w. Nachweisen.

Bausparverträge kommt es neben bauspartechnischen Kriterien im engeren Sinne auch auf Merkmale an, die *erfahrungsgemäß bestimmenden Einfluß auf den Abschluß von Bausparverträgen, auf das Sparverhalten sowie auf die Inanspruchnahme von Bauspardarlehen haben* (Hervorhebung d. Verf.). Dies gilt beispielsweise für die Notwendigkeit einer Verzinsung der Bauspareinlagen, für die Verhältnismäßigkeit der tariflichen Gesamtdauer und die Tragbarkeit der Tilgungsbeiträge“.⁴⁶

Dieser Zusammenhang zwischen Individualschutz und Schutz des Kollektivsystems könnte auch – so ließe sich argumentieren – dafür sprechen, daß die BaFin etwa im Erlaubnisverfahren gemäß § 8 Abs. 1 BSG den Versagungsgrund der „nicht ausreichenden Wahrung der sonstigen Belange der Bausparer“ (§ 8 Abs. 1 Nr. 2 a. E. BSG) als Ansatzpunkt für eine umfassende präventive Inhaltskontrolle der ABB am Maßstab der §§ 305 c, 307-309 BGB nutzt, gerade unter Hinweis darauf, daß es dem Gesetzgeber in § 8 Abs. 1 BSG darum gehe, den bausparspezifischen Gegebenheiten und besonderen Risiken Rechnung zu tragen. Dem diene auch eine allgemeine präventive Inhaltskontrolle der ABB, die das Vertrauen der Bausparer in angemessene Vertragsbedingungen festige und so zur Reputation und damit zur Stabilisierung der Bauspargeschäfts beitrage, was wiederum die speziellen Ziele des Bausparkassengesetzes fördere.

Diese Argumentation ist aus zwei Gründen nicht tragfähig.

Zum einen ist bereits außerordentlich zweifelhaft, ob der private Kunde einer Bausparkasse, der einen Bausparvertrag mit dieser schließt, weiß und dies im Vertrauen darauf tut, daß die Allgemeinen Geschäftsbedingungen einer Inhaltskontrolle durch die BaFin unterliegen oder nicht. Der Gesetzgeber der Bausparkassengesetznovelle 1990 hat in dem angeführten Zitat überzeugend nicht pauschal auf ein Vertrauen der potentiellen Kunden in eine präventive Kontrolle aller Geschäftsbedingungen durch die Aufsichtsbehörde abgestellt, sondern auf die zentralen Merkmale der Bausparverträge, auf die es den Kunden ankommen dürfte, nämlich die Verzinsung, die tarifliche Gesamtdauer und die Tragbarkeit der Tilgungsbeiträge.⁴⁷

Entscheidend gegen diese Argumentation spricht des weiteren, daß sie die mögliche Inhaltskontrolle durch die Gerichte, sei es im Rahmen eines individuellen Rechtsstreits zwischen Bausparer und Bausparkasse, sei es im Rahmen eines Verfahrens nach dem Unterlassungsklagengesetz, völlig ausblendet. Der Bausparer ist gegenüber überraschenden, mehrdeutigen, intransparenten oder sonst unwirksamen Klauseln in ABB nicht weniger geschützt als jeder andere Verbraucher. Daß er ein Mehr an Schutz vor solchen Klauseln benötigen würde, bedürfte der besonderen Begründung. Insoweit überzeugt jedenfalls nicht als Argument, daß die

⁴⁶ BT-Drucksache 11/8089 vom 9. Oktober 1990, Begründung S. 17.

⁴⁷ Vgl. Text zu Fn. 46.

besondere Angewiesenheit des Bauspargeschäfts auf eine stabile Entwicklung aus der Perspektive potentieller Anleger neben der anlaßbezogenen ex post-Kontrolle durch die Gerichte eine zusätzliche, an denselben Kriterien orientierte umfassende behördliche Präventivkontrolle der ABB erfordert.

(c) Schutz des Bausparkollektivs vor nachteiliger Rückabwicklung möglicherweise unwirksamer Klauseln

Oben ist bereits angedeutet worden, daß eine anlaßbezogene ex post-Kontrolle seitens der Gerichte allerdings auch „zu spät“ kommen kann, anders formuliert, daß mit dem immer nur ex post erfolgenden Rechtsschutz gegen unangemessene Klauseln durch die Gerichte Probleme verbunden sein können, die gerade wegen der Besonderheiten des Bauspargeschäfts tunlichst vermieden werden müssen und deshalb jedenfalls insoweit für eine Präventivkontrolle seitens der BaFin sprechen. Als Beispiel sei nur – aus dem Bereich des Darlehensgeschäfts – auf die im nachhinein durch die Gerichte festgestellte Unwirksamkeit der sogenannten Zinsberechnungsklauseln verwiesen. Die Kläger konnten in diesen Fällen in vollem Umfang eine rückwirkende Neuberechnung fordern⁴⁸. Da die Geschäftsbedingungen einheitlich für die Bausparer einer Bausparkasse gelten, ist auch die Unwirksamkeit einer Klausel der ABB naturgemäß für alle Vertragspartner dieser Bausparkasse von Bedeutung. Wegen dieser Breitenwirkung kann im Einzelfall eine erst nachträglich erfolgende Inhaltskontrolle insbesondere solcher für alle Bausparer geltenden Klauseln, die kosten- und preiswirksame Faktoren und Preisnebenabreden betreffen, eben wegen der Bedeutung dieser Klauseln für alle Bausparverträge zu gravierenden Auswirkungen auf das „Bausparkollektiv“ führen, den Bestand der Zuteilungsmittel verringern, dadurch die Zuteilung der Bausparverträge hinausschieben oder in schwerwiegenden Fällen sogar die Erfüllbarkeit der Bausparverträge in Frage stellen. Wie die Versagungsgründe des § 8 Abs. 1 Nr. 1 und 2 BSG zeigen, ist es Aufgabe der BaFin, eine Beeinträchtigung der Belange der Bausparer infolge drohender nachteiliger Auswirkungen auf die Erfüllbarkeit der Bausparverträge oder unangemessen später Zuteilung der Bausparverträge durch eine Präventivkontrolle der entsprechenden Bestimmungen auszuschließen. Um derartige Auswirkungen auszuschließen, ist die BaFin befugt, Klauseln, deren nachträgliche Unwirksamkeitserklärung entsprechende Auswirkungen haben könnte, einer präventiven Kontrolle orientiert an den Vorgaben der §§ 305c, 307 - 309 BGB zu unterwerfen, weil anders die Belange der Bausparer nicht ausreichend gewahrt werden könnten. Die BaFin hätte demnach die fragliche Zinsberechnungsklausel im Verfahren der Erteilung der Erlaubnis (§ 8 BSG) oder der Genehmigung (§ 9 BSG) prüfen und beanstanden können, nicht

⁴⁸ BGHZ 106, 42, 52.

jedoch eine Klausel, der es an einer potentiell nachteiligen „Breitenwirkung“ im Fall einer später erfolgenden Feststellung ihrer Unwirksamkeit fehlt.

(d) Kollektivschutz vor für bereits für unwirksam erklärten Klauseln

Bisher sind folgende Besonderheiten der behördlichen Kontrolle der ABB herausgearbeitet worden:

- Die BaFin hat die ABB auf Vollständigkeit im Sinne des durch § 5 Abs. 3 BSG vorgegebenen Mindestinhalts von Bausparbedingungen zu kontrollieren.
- Sodann obliegt der BaFin eine Inhaltskontrolle nach Maßgabe des § 8 Abs. 1 Nr. 1 und 2 BSG, die sich auf die Erfüllbarkeit der Bausparverträge, ihre Zuteilung und die Vertragslaufzeiten bezieht und insoweit durchaus weiter reicht als eine gerichtliche Inhaltskontrolle, die sich nicht mit der Inhaltskontrolle von Vertragsleistungen und Preisen befaßt (§ 307 Abs. 3 BGB).
- Des weiteren hat die BaFin im Verfahren der Erteilung der Geschäftserlaubnis die Klauseln der ABB darauf zu prüfen, ob sie „sonstige Belange der Bausparer ausreichend wahren.“ Ziel auch der durch diesen Auffangtatbestand der BaFin aufgegebenen Klauselkontrolle ist jedenfalls die präventive Eingrenzung der bausparspezifischen Risiken durch Klauseln, die die Belange der Bausparer insoweit nicht ausreichend wahren, und hinsichtlich derer eine anlaßbezogene ex post - Kontrolle seitens der Gerichte den Schutz der Bausparer nicht sicherstellen könnte, weil sie entweder ausgeschlossen wäre (keine gerichtliche Kontrolle von Vertragsleistungen und Preisen, § 307 Abs. 3 BGB) oder zu spät käme (nachteilige Auswirkung der Rückabwicklung unwirksamer Klauseln auf das Bausparerkollektiv).

Die Frage ist nun, ob die „Belange der Bausparer“ eine darüber hinausgehende Kontrolle von ABB seitens der BaFin rechtfertigen. Das ist im Hinblick auf eine weitere charakteristische Beschränkung der zivilgerichtlichen AGB-Kontrolle, nämlich die auf die Prozeßparteien beschränkte Urteilswirkung, zu bejahen.

Oben ist zwar bereits eingehend begründet worden, daß das Gebot, „die Belange der Bausparer“ zu wahren, keine weitere, parallel zur Klauselkontrolle der Zivilgerichte erfolgende behördliche Kontrolle von Geschäftsbedingungen im Individualinteresse des einzelnen Bausparers erfordert oder rechtfertigt (oben 7. (d)). Grundsätzlich ist es vielmehr Sache des einzelnen Bausparers, seine Rechte und Interessen gegenüber seinem Vertragspartner, der Bausparkasse, notfalls gerichtlich durchzusetzen; das gilt auch für die Kontrolle angeblich oder wirklich unwirksamer Geschäftsbedingungen. Charakteristische Beschränkungen der zivilgerichtlichen Klauselkontrolle ergeben sich nun aber nicht nur daraus, daß sie entweder nicht eingreift, obwohl der Gesetzgeber des Bausparkassengesetzes eine solche Kontrolle im Interesse des Bausparerkollektivs als notwendig oder wichtig erachtet (keine Kontrolle von Vertragsleistungen und Preisen), oder daß sie

„zu spät“ kommen mag (nachteilige Auswirkungen der Rückabwicklung ex post für unwirksam erklärter Klauseln auf das Bausparerkollektiv). Eine weitere charakteristische Beschränkung zivilgerichtlicher AGB-Kontrolle ergibt sich aus der bloßen *inter partes* – Wirkung zivilgerichtlicher Urteile. Ist eine Klausel in den AGB einer Bausparkasse rechtskräftig für unwirksam erklärt worden, dann bindet diese Feststellung nur die Prozeßparteien. Die Bausparkasse ist nicht gehindert, die betreffende Klausel weiterhin ihren Verträgen mit anderen Bausparkunden zugrunde zu legen, solange kein Urteil nach § 9 des Unterlassungsklagengesetzes⁴⁹ mit dem Gebot, die Verwendung inhaltsgleicher Bestimmungen in Allgemeinen Geschäftsbedingungen zu unterlassen, ergangen ist. Da die den Bausparverträgen zugrunde gelegten Geschäftsbedingungen weitgehend vereinheitlicht sind („Muster“ - ABB⁵⁰), könnte es also zumindest theoretisch vorkommen, daß Bausparkassen eine höchstrichterlich in einem Individualprozeß für unwirksam erklärte Klausel gleichwohl weiterhin ihren Geschäften zugrunde legen würden. Wäre die BaFin nicht berechtigt, eine solche Klausel im Erlaubnis- oder Genehmigungsverfahren (§§ 8, 9 BSG) als im Widerspruch zu den „Belangen der Bausparer“ stehend zu beanstanden, dann wäre sie konsequent sogar dazu gezwungen, ihre Aufsicht nach § 3 BSG darauf auszurichten, ob die Bausparkasse ihren Geschäftsbetrieb im Einklang mit einer – höchstrichterlich in einem Einzelfall für unwirksam erklärten! – Klausel der ABB führt, und hätte, falls erforderlich, sogar eine darauf abzielende Verfügung zu erlassen.

Diese Überlegung zeigt, daß die BaFin jedenfalls berechtigt sein muß, im Interesse der Wahrung der Belange aller Bausparer die Verwendung solcher Klauseln der ABB zu untersagen, die mit einer höchstrichterlich in einem Individualprozeß für unwirksam erklärten Klausel inhaltsgleich sind. Dies bedeutet nicht, wie hinzugefügt werden mag, daß die BaFin insoweit an die Entscheidungen der Zivilgerichte einschließlich des Bundesgerichtshofs in einem formellen Sinne gebunden wäre; die Rechtskraftwirkung des zivilgerichtlichen Urteils erstreckt sich nicht auf sie, und es läßt sich auch aus anderen Gesichtspunkten keine strikte Urteilsbindung ableiten.⁵¹ Es besteht aber, wenn ein einzelner Bausparer in einem Individualprozeß gegenüber der Bausparkasse obsiegt hat, zumindest ein starkes Indiz dahin, daß die betreffende Klausel auch die Belange der übrigen Bausparer unangemessen beeinträchtigen würde, wenn eine Bausparkasse sie weiterhin in ihren übrigen Bausparverträgen verwenden würde. Die Prüfungs- und Beanstandungsbefugnis der BaFin in einem solchen Fall kann auch nicht im Hinblick darauf verneint werden, daß eine Klage nach dem

⁴⁹ Gesetz über Unterlassungsklagen bei Verbraucherrechts- und anderen Verstößen (Unterlassungsklagengesetz - UKlaG) vom 27. 8. 2002, BGBl. I S. 3422.

⁵⁰ Vgl. Fn. 4.

⁵¹ Zur Bindung der Verwaltung an „Richterrecht“ allgemein etwa Sachs, in: ders. (Hrsg.), Grundgesetz, Kommentar, 4. Auflage 2007, Art. 20 Rz. 107.

Unterlassungsklagengesetz zu einem Verbot der Verwendung inhaltsgleicher Klauseln (§ 9 Nr. 3 UKlaG) führen könnte, und die BaFin in einem solchen Prozeß angehört werden müßte (vgl. § 8 Abs. 2 UKlaG). Denn es hängt völlig von der Initiative und dem Belieben einer gemäß § 3 UKlaG anspruchsberechtigten Stelle ab, ob eine solche Klage erhoben wird. Die BaFin, der gegenüber den ABB der Bausparkassen die Wahrung „der Belange der Bausparer“ unabhängig hiervon und selbständig aufgetragen ist (§ 8 BSG), hat aber keinen Einfluß darauf, ob eine solche Klage erhoben wird. Hinzu kommt, daß sich auch ein Unterlassungsanspruch nach § 9 Nr. 3 UKlaG immer nur auf den verurteilten Verwender beschränkt (vgl. § 11 UKlaG), also keine branchenweite Wirkung entfaltet.

(e) Genehmigungsbefürftige und nur anzeigepflichtige Änderungen der Geschäftsbedingungen

Eine letzte hier anzusprechende Frage betrifft die Behandlung genehmigungsbedürftiger und nur anzeigepflichtiger Änderungen der ABB und die Kontrolle solcher Änderungen durch die BaFin. Bereits unter 5. (c) ist auf die auf den ersten Blick wenig konsistente Systematik der §§ 8, 9 BSG hingewiesen worden, was die Behandlung genehmigungsbedürftiger und nur anzeigepflichtiger ABB betrifft: Im *Verfahren der Erteilung der Geschäftserlaubnis* unterliegen beide Klauseltypen offenbar derselben Inhaltskontrolle seitens der die Erlaubnis erteilenden Behörde, der BaFin, nach Maßgabe des § 8 BSG. Werden die ABB dagegen später *geändert*, dann unterliegen Änderungen der ABB, welche die in § 5 Abs. 3 Nr. 1, 2, 4 bis 9 BSG aufgeführten Bestimmungen betreffen, der Prüfung am selben Maßstab des § 8 BSG (§ 9 Abs. 1 S. 3 BSG), während alle übrigen Änderungen nur anzeigepflichtig sind. Die aufsichtsrechtlichen Befugnisse gemäß §§ 3 Abs. 1 S. 2 und 11 BSG bieten keinen Ansatzpunkt für eine behördliche Inhaltskontrolle nur anzeigepflichtiger ABB,⁵² und die Androhung und notfalls Entziehung der Geschäftserlaubnis wegen einer nur anzeigepflichtigen (unwirksamen Änderung einer) Geschäftsbedingung erscheint jedenfalls auf den ersten Blick als unverhältnismäßig, wenn man diese Sanktion mit der Sanktion der Verweigerung der Genehmigung (§ 9 Abs. 1 S. 3 i.V. mit § 8 Abs. 1 BSG) der doch offenbar für die Belange der Bausparer bedeutsameren genehmigungsbedürftigen Bedingungen vergleicht.

Diese Argumentation überzeugt allerdings im Ergebnis nicht.

Die unterschiedliche Behandlung genehmigungsbedürftiger und nur anzeigepflichtiger Bedingungen belegt vielmehr nur, daß der Gesetzgeber selbst von einer unterschiedlichen Gewichtung und Bedeutsamkeit der betreffenden Klauseln für die – im Erlaubnis- und Genehmigungsverfahren gleichermaßen geltenden – Prüf- und Versagungskriterien ausgegangen ist. Diejenigen Bedingungen der ABB, die die in § 5 Abs. 3 Nr. 1, 2, 4 bis 9 BSG aufgeführten

⁵² Eingehender dazu oben 5. (c).

Bestimmungen betreffen und deren Änderung deshalb gemäß § 9 Abs. 1 BSG der Genehmigung der BaFin bedarf, wirken sich – freilich nicht ausnahmslos⁵³ – in besonderer Weise auf die Erfüllbarkeit der Bausparverträge und ihre Zuteilung aus und erfordern deshalb eine präventive Prüfung seitens der BaFin im Erlaubnis- oder Genehmigungsverfahren unabhängig davon, ob eine gerichtliche Inhaltskontrolle insoweit überhaupt möglich ist oder nicht (vgl. § 307 Abs. 3 S. 1 BGB), und ob sie tatsächlich stattfindet. Die übrigen Bedingungen der ABB sind zwar – da sie eben Bestandteil des einzureichenden Klauselwerks sind – ebenfalls im Verfahren der Erteilung der Geschäftserlaubnis mittels der Kriterien des § 8 Abs. 1 BSG zu überprüfen, dürften aber praktisch in der Regel eine Versagung der Erlaubnis nicht rechtfertigen. Auch bei einer späteren Änderung ist die BaFin, der eine solche Änderung hinreichend lange vor ihrem Inkrafttreten anzuzeigen ist (§ 9 Abs. 1 S. 4 BSG), berechtigt, diese Änderung anhand der Kriterien des § 8 Abs. 1 BSG zu prüfen. Sollten ausnahmsweise die Voraussetzungen eines der Versagungsgründe des § 8 Abs. 1 BSG erfüllt sein, bleibt nur der Weg, ein Verfahren auf Entziehung der Geschäftserlaubnis gemäß § 8 Abs. 2 BSG einzuleiten, in dem die Bausparkasse selbstverständlich zu hören und ihr Gelegenheit zu geben ist, auf die beanstandete Klausel zu verzichten oder ihre Rechtmäßigkeit auf gerichtlichem Wege klären zu lassen.

9. Zusammenfassung

Die Allgemeinen Bedingungen für Bausparkassen (ABB) unterliegen als Allgemeine Geschäftsbedingungen im Sinne der §§ 305 ff BGB der Einbeziehungs- und Inhaltskontrolle nach diesen Vorschriften durch die ordentlichen Gerichte. Die Kontrolle der ABB durch die BaFin ergibt sich hinsichtlich ihrer Grundlagen, Kriterien und Schranken aus den Vorschriften des Bausparkassengesetzes und verfolgt im Kern andere Ziele als die §§ 305 ff BGB. Die BaFin ist im Grundsatz weder ermächtigt noch verpflichtet, Klauseln der ABB inhaltlich nach Maßgabe der §§ 305c, 307 - 309 BGB inhaltlich zu prüfen. Ziel der der Aufsichtsbehörde aufgegebenen Klauselkontrolle ist vielmehr, die charakteristischen Besonderheiten und Beschränkungen der auf den *Individualschutz* abzielenden gerichtlichen Klauselkontrolle (keine gerichtliche Kontrolle von Vertragsleistungen und Preisen; anlaßbezogene Kontrolle ex post; inter partes – Wirkung des Urteils), soweit im Interesse des Bausparerkollektivs erforderlich, auszugleichen und eine daraus verbleibende Beeinträchtigung der *kollektiven* Belange der Bausparer abzuwenden.

Im Einzelnen:

⁵³ Vgl. zu § 5 Abs. 3 Nr. 8 BSG insoweit bereits oben unter 7. (c).

(a) Nach § 5 Abs. 3 BSG müssen die ABB einer Bausparkasse den dort näher umschriebenen Mindestinhalt aufweisen. Die BaFin hat die ABB jedenfalls insoweit einer Textkontrolle zu unterwerfen.

(b) Im Verfahren der Erteilung einer Geschäftserlaubnis hat die BaFin die ABB inhaltlich darauf zu prüfen, ob die in § 8 Abs. 1 BSG genannten Versagungsgründe erfüllt sind. Diese behördliche Inhaltskontrolle erstreckt sich auf sämtliche Bedingungen der ABB, auch solche, die im Fall einer späteren Änderung nur anzeigepflichtig sind (vgl. § 9 Abs. 1 S. 4 BSG). Allerdings werden in diesem letzteren Fall in der Regel die Versagungsgründe des § 8 Abs. 1 BSG nicht erfüllt sein.

(c) Der Versagungsgrund, daß Bestimmungen der ABB „sonstige Belange der Bausparer nicht ausreichend wahren“ (vgl. § 8 Abs. 1 Nr. 2 a. E. BSG) ist im Licht der Regelbeispiele des § 8 Abs. 1 Nr. 1 und 2 BSG auszulegen. Er berechtigt und verpflichtet die BaFin nicht, eine Inhaltskontrolle nach Maßgabe der §§ 305c, 307 - 309 BGB im Interesse des einzelnen Bausparers vorzunehmen. Ziel auch der durch diesen Auffangtatbestand der Aufsichtsbehörde aufgegebenen Klauselkontrolle ist zunächst einmal die präventive Eingrenzung der bausparspezifischen Risiken durch Klauseln, die die Belange der Bausparer insoweit nicht ausreichend wahren, und hinsichtlich derer eine anlaßbezogene ex post-Kontrolle seitens der Gerichte den Schutz der Bausparer nicht sicherstellen könnte, weil sie entweder ausgeschlossen wäre (keine gerichtliche Kontrolle von Vertragsleistungen und Preisen, § 307 Abs. 3 BGB) oder zu spät käme (nachteilige Auswirkung der Rückabwicklung von unwirksamen Klauseln auf das Bausparerkollektiv). Darüber hinausgehend kann die BaFin auf der Grundlage dieser Vorschrift auch eine Klausel in den Geschäftsbedingungen einer Bausparkasse beanstanden, die mit einer bereits höchstrichterlich für unwirksam erklärten Klausel inhaltsgleich ist; deren weitere Verwendung wäre gleichfalls in aller Regel nicht mit den „Belangen der (übrigen) Bausparer“ zu vereinbaren.

(d) Zusammenfassend sind nach dem Vorstehenden die „sonstigen Belange der Bausparer“ im Sinne des § 8 Abs. 1 Nr. 2 a. E. BSG nicht ausreichend gewahrt, wenn

- die eingereichten ABB nicht den durch § 5 Abs. 3 BSG geforderten Mindestinhalt aufweisen;
- zu befürchten ist, daß die Verwendung einer Klausel der ABB zu einer den ausdrücklich in § 8 Abs. 1 Nr. 1 und 2 BSG aufgeführten Gefährdungen der Bauspargemeinschaft entsprechenden Beeinträchtigung der Belange der *Bauspargemeinschaft* führen wird;
- die Rückabwicklung einer Klausel der ABB infolge einer späteren Unwirksamkeitserklärung durch die Gerichte wegen Verstoßes gegen die §§ 305c, 307 - 309 BGB zu den nachteiligen Auswirkungen führen kann, denen § 8 Abs. 1 Nr. 1 und 2

BSG wehren sollen (Gefährdung der Erfüllbarkeit der Bausparverträge; Verzögerung der Zuteilung);

- im Regelfall schließlich auch dann, wenn eine Klausel in den ABB inhaltsgleich ist mit einer bereits in einem Einzelfall höchstrichterlich für unwirksam erklärten Geschäftsbedingung.

(f) Im Verfahren der Genehmigung von Änderungen der ABB im Sinne des § 9 Abs. 1 BSG gelten dieselben Grundsätze wie im Verfahren gemäß § 8 Abs. 1 BSG.

(g) Auch lediglich anzeigepflichtige Änderungen von ABB (§ 9 Abs. 1 S. 4 BSG) unterliegen der behördlichen Inhaltskontrolle nach den für das Erlaubnisverfahren und das Genehmigungsverfahren geltenden Grundsätzen. Praktisch wird allerdings bei lediglich anzeigepflichtigen Änderungen kein Anlaß zum Einschreiten gemäß § 8 Abs. 2 in Verbindung mit § 8 Abs. 1 BSG in Betracht kommen.

WORKING PAPERS

1. Andreas Cahn Verwaltungsbefugnisse der Bundesanstalt für Finanzdienstleistungsaufsicht im Übernahmerecht und Rechtsschutz Betroffener; (publ. In: ZHR 167 [2003], 262 ff.)
2. Axel Nawrath Rahmenbedingungen für den Finanzplatz Deutschland: Ziele und Aufgaben der Politik, insbesondere des Bundesministeriums der Finanzen
3. Michael Senger Die Begrenzung von qualifizierten Beteiligungen nach § 12 Abs. 1 KWG; (publ. in: WM 2003, 1697-1705)
4. Georg Dreyling Bedeutung internationaler Gremien für die Fortentwicklung des Finanzplatzes Deutschland
5. Matthias Berger Das Vierte Finanzmarktförderungsgesetz – Schwerpunkt Börsen- und Wertpapierrecht
6. Felicitas Linden Die europäische Wertpapierdienstleistungsrichtlinie- Herausforderungen bei der Gestaltung der Richtlinie
7. Michael Findeisen Nationale und internationale Maßnahmen gegen die Geldwäsche und die Finanzierung des Terrorismus – ein Instrument zur Sicherstellung der Stabilität der Finanzmärkte
8. Regina Nößner Kurs- und Marktpreismanipulation – Gratwanderung zwischen wirtschaftlich sinnvoll und strafrechtlich relevantem Verhalten
9. Franklin R. Edwards The Regulation of Hedge Funds: Financial Stability and Investor Protection; (publ. in: Baums/Cahn [Hrsg.] Hedge Funds, Risks and Regulation, 2004, S. 30 ff.)
10. Ashley Kovas Should Hedge Fund Products be marketed to Retail Investors? A balancing Act for Regulators; (publ. in: Baums/Cahn [Hrsg.] Hedge Funds, Risks and Regulation, 2004, S. 91 ff.)
11. Marcia L. MacHarg Waking up to Hedge Funds: Is U.S. Regulation Taking a New Direction?; (publ. in: Baums/Cahn [Hrsg.] Hedge Funds, Risks and Regulation, 2004, S. 91 ff.)
12. Kai-Uwe Steck Legal Aspects of German Hedge Fund Structures; (publ. in: Baums/Cahn [Hrsg.] Hedge Funds, Risks and Regulation, 2004, S. 91 ff.)
13. Jörg Vollbrecht Investmentmodernisierungsgesetz – Herausforderungen bei der Umsetzung der OGAW – Richtlinien
14. Jens Conert Basel II – Die Überarbeitung der Eigenkapitalmarktregelungen der Kreditinstitute im Fokus von Wirtschaft- und Wettbewerbspolitik
15. Bob Wessels Germany and Spain lead Changes towards International Insolvencies in Europe
16. Theodor Baums / Kenneth E. Scott Taking Shareholder Protection Seriously? Corporate Governance in the United States and in Germany; (publ. in: AmJCompL LIII (2005), Nr. 4, 31 ff.; abridged version in: Journal of Applied Corporate Finance Vol. 17 (2005), Nr. 4, 44 ff.)
17. Bob Wessels International Jurisdiction to open Insolvency Proceedings in Europe, in particular against (groups of) Companies
18. Michael Gruson Die Doppelnotierung von Aktien deutscher Gesellschaften an der New Yorker und Frankfurter Börse: Die sogenannte Globale Aktie; (publ. in: Die AG 2004, 358 ff.)
19. Michael Gruson Consolidated and Supplementary Supervision of Financial Groups in the European Union; (publ. in: Der Konzern 2004, 65 ff. u. 249 ff.)
20. Andreas Cahn Das richterliche Verbot der Kreditvergabe an Gesellschafter und seine Folgen; (publ. in: Der Konzern 2004, 235 ff.)
21. David C. Donald The Nomination of Directors under U.S. and German Law
22. Melvin Aron Eisenberg The Duty of Care in American Corporate Law; (deutsche Übersetzung publ. in: Der Konzern 2004, 386 ff.)
23. Jürgen Than Rechtsfragen bei der Festlegung von Emissionsbedingungen für Schuldverschreibungen unter besonderer Berücksichtigung der Dematerialisierung und des Depotgesetzes; (publ. in: Baums/Cahn [Hrsg.] Die Reform des Schuldverschreibungsrechts, 2004, S. 3 ff.)
24. Philipp von Randow Inhaltskontrolle von Emissionsbedingungen; (publ. in: Baums/Cahn [Hrsg.] Die Reform des Schuldverschreibungsrechts, 2004)
25. Hannes Schneider Die Änderung von Anleihebedingungen durch Beschluß der Gläubiger; (publ. in: Baums/Cahn [Hrsg.] Die Reform des Schuldverschreibungsrechts, 2004)
26. Hans-Gert Vogel Die Stellung des Anleihetreuhänders nach deutschem Recht; (publ. in: Baums/Cahn [Hrsg.] Die Reform des Schuldverschreibungsrechts, 2004)
27. Georg Maier-Reimer Rechtsfragen der Restrukturierung, insbesondere der Ersetzung des Schuldners; (publ. in: Baums/Cahn [Hrsg.] Die Reform des Schuldverschreibungsrechts, 2004)
28. Christoph Keller Umschuldung von Staatenanleihen unter Berücksichtigung der Problematik einer Aggregation aller Anleihegläubiger; (publ. in: Baums/Cahn [Hrsg.] Die Reform des Schuldverschreibungsrechts, 2004)

29. René Bösch Die Emission von Schuldverschreibungen nach schweizerischem Recht – ein Rechtsvergleich mit dem geplanten deutschen Schuldverschreibungsrecht; (publ. in: Baums/Cahn [Hrsg.] Die Reform des Schuldverschreibungsrechts, 2004)
30. Lachlan Burn Bond Issues under U.K. law: How the proposed German Legislation compares; (publ. in: Baums/Cahn [Hrsg.] Die Reform des Schuldverschreibungsrechts, 2004)
31. Patrick S. Kenadjian Bond Issues under New York and U.S. Law: Considerations for the German Law Maker from a U.S. Perspective; (publ. in: Baums/Cahn [Hrsg.] Die Reform des Schuldverschreibungsrechts, 2004)
32. Andreas Cahn Bankgeheimnis und Forderungsverwertung; (publ. in: WM 2004, 2041 ff.)
33. Michael Senger Kapitalkonsolidierung im Bankkonzern; (publ. in: Der Konzern 2005, S. 201 ff.)
34. Andreas Cahn Das neue Insiderrecht; (publ. in: Der Konzern 2005, 5 ff.)
35. Helmut Siekmann Die Unabhängigkeit von EZB und Bundesbank nach dem geltenden Recht und dem Vertrag über eine Verfassung für Europa
36. Michael Senger Gemeinschaftsunternehmen nach dem Kreditwesengesetz
37. Andreas Cahn Gesellschafterfremdfinanzierung und Eigenkapitalersatz; (publ. in: Die AG 2005, S. 217 ff.)
38. Helmut Siekmann Die Verwendung des Gewinns der Europäischen Zentralbank und der Bundesbank
39. Guido Ferrarini Contract Standards and the Markets in Financial Instruments Directive (MiFID): An Assessment of the Lamfalussy Regulatory Architecture; (publ. in: European Contract Law Review 2005, p. 19)
40. David C. Donald Shareholder Voice and Its Opponents; (publ. in: The Journal of Corporate Law Studies, Vol. 5, Issue 2, 2005)
41. John Armour Who should make Corporate Law? EC Legislation versus Regulatory Competition; (publ. in: 58 Current Legal Problems [2005], p. 369 ff.)
42. David C. Donald The Laws Governing Corporations formed under the Delaware and the German Corporate Statutes
43. Garry J. Schinasi / Pedro Gustavo Teixeira The Lender of the Last Resort in the European Single Financial Market; (publ. in: Cross Border Banking: Regulatory Challenges, Gerard Caprio Jr., Douglas D. Evanoff, George G. Kaufman, eds., 2006)
44. Ashley Kovas UCITS – Past, Present and Future in a World of Increasing Product Diversity
45. Rick Verhagen A New Conflict Rule for Securitization and other Cross- Border Assignments – A potential threat from Europe; (publ. in: Lloyd's Maritime and Commercial Law Quarterly 2006, p. 270)
46. Jochem Reichert / Michael Senger Berichtspflicht des Vorstands und Rechtsschutz der Aktionäre gegen Beschlüsse der Verwaltung über die Ausnutzung eines genehmigten Kapitals im Wege der allgemeinen Feststellungsklage; (publ. in: Der Konzern 2006, S. 338 ff.)
47. Guido A. Ferrarini One Share – One Vote: A European Rule?; (publ. in: European Company and Financial Law Review, 2006, p. 147)
48. Theodor Baums Die Fremdkapitalfinanzierung der Aktiengesellschaft durch das Publikum; (publ. in: Bayer/Habersack [Hrsg.], Aktienrecht im Wandel, Band II, 2007, 952 ff.)
49. Ulrich Segna Anspruch auf Einrichtung eines Girokontos aufgrund der ZKA-Empfehlung „Girokonto für jedermann“?; (publ. in: BKR 2006, S. 274 ff.)
50. Andreas Cahn Eigene Aktien und gegenseitige Beteiligungen; (publ. in: Bayer/Habersack [Hrsg.] Aktienrecht im Wandel, Band II, 2007, S. 763 ff.)
51. Hannes Klühs / Roland Schmidtbleicher Beteiligungstransparenz im Aktienregister von REIT- Gesellschaften; (publ. in: ZIP 2006, S. 1805 ff.)
52. Theodor Baums Umwandlung und Umtausch von Finanzinstrumenten im Aktien- und Kapitalmarktrecht; (publ. in: Festschrift für Canaris, Bd. II, 2007, S. 3 ff.)
53. Stefan Simon / Daniel Rubner Die Umsetzung der Richtlinie über grenzüberschreitende Verschmelzungen ins deutsche Recht; (publ. in: Der Konzern 2006, S. 835 ff.)
54. Jochem Reichert Die SE als Gestaltungsinstrument für grenzüberschreitende Umstrukturierungen; (publ. in: Der Konzern 2006, S. 821 ff.)
55. Peter Kindler Der Wegzug von Gesellschaften in Europa; (publ. in: Der Konzern 2006, S. 811 ff.)
56. Christian E. Decher Grenzüberschreitende Umstrukturierungen jenseits von SE und Verschmelzungsrichtlinie; (publ. in: Der Konzern 2006, S. 805 ff.)
57. Theodor Baums Aktuelle Entwicklungen im Europäischen Gesellschaftsrecht; (publ. in: Die AG 2007, S.57 ff.)

58. Theodor Baums European Company Law beyond the 2003 Action Plan; (publ. in: European Business Organization Law Review Vol. 8, 2007, 143 ff.)
59. Andreas Cahn / Jürgen Götz Ad-hoc-Publizität und Regelberichterstattung; (publ. in: Die AG 2007, S. 221 ff.)
60. Roland Schmidtbleicher/ Anh-Duc Cordalis „Defensive bids“ für Staatsanleihen – eine Marktmanipulation?; (publ. in: ZBB 2007, 124 ff.)
61. Andreas Cahn Die Auswirkungen der Kapitaländerungsrichtlinie auf den Erwerb eigener Aktien; (publ. in: Der Konzern 2007, S. 385)
62. Theodor Baums Rechtsfragen der Innenfinanzierung im Aktienrecht
63. Theodor Baums The Law of Corporate Finance in Europe – An Essay; (publ. in: Krüger Andersen/Engsig Soerensen [Hrsg.], Company Law and Finance 2008, S. 31 ff.)
64. Oliver Stettes Unternehmensmitbestimmung in Deutschland – Vorteil oder Ballast im Standortwettbewerb?; (publ. in: Die AG 2007, S. 611 ff.)
65. Theodor Baums / Astrid Keinath / Daniel Gajek Fortschritte bei Klagen gegen Hauptversammlungsbeschlüsse? Eine empirische Studie; (publ. in: ZIP 2007, S. 1629 ff.)
66. Stefan Brass / Thomas Tiedemann Die zentrale Gegenpartei beim unzulässigen Erwerb eigener Aktien; (publ. in: ZBB 2007, S.257 ff.)
67. Theodor Baums Zur Deregulierung des Depotstimmrechts; (publ. in: ZHR 2007 [171], S. 599 ff.)
68. David C. Donald The Rise and Effects of the Indirect Holding System: How Corporate America ceded its Shareholders to Intermediaries
69. Andreas Cahn Das Wettbewerbsverbot des Vorstands in der AG & Co. KG; (publ. in: Der Konzern 2007, S.716 ff.)
70. Theodor Baums/ Florian Drinhausen Weitere Reform des Rechts der Anfechtung von Hauptversammlungsbeschlüssen; (publ. in: ZIP 2008, S. 145 ff.)
71. David C. Donald Die Übertragung von Kapitalmarktpapieren nach dem US- Amerikanischen *Uniform Commercial Code* (UCC)
72. Tim Florstedt Zum Ordnungswert des § 136 InsO; (publ. in: ZInsO 2007, S. 914 ff.)
73. Melanie Döge / Stefan Jobst Abmahnung von GmbH-Geschäftsführern in befristeten Anstellungsverhältnissen; (publ. in: GmbHR 2008, S. 527 ff.)
74. Roland Schmidtbleicher Das „neue“ acting in concert – ein Fall für den EuGH?; (publ. in: Die AG 2008, S. 73 ff.)
75. Theodor Baums Europäische Modellgesetze im Gesellschaftsrecht; (publ. in: Kley/Leven/Rudolph/Schneider [Hrsg.], Aktie und Kapitalmarkt. Anlegerschutz, Unternehmensfinanzierung und Finanzplatz, 2008, S. 525 ff.)
76. Andreas Cahn / Nicolas Ostler Eigene Aktien und Wertpapierleihe; (publ. in: Die AG 2008, S. 221 ff.)
77. David C. Donald Approaching Comparative Company Law
78. Theodor Baums / Paul Krüger Andersen The European Model Company Law Act Project; (publ. in: Tison/de Wulf/van der Elst/Steennot [eds.], Perspectives ind Company Law and Financial Regulation. Essays in Honour of Eddy Wymeersch, 2009, S. 5 ff.)
79. Theodor Baums « Lois modèles » européennes en droit des sociétés; (publ. in: Revue des Sociétés 2008, S. 81 ff.)
80. Ulrich Segna Irrungen und Wirrungen im Umgang mit den §§ 21 ff. WpHG und § 244 AktG; (publ. in: Die AG 2008, S. 311 ff.)
81. Reto Francioni/ Roger Müller/ Horst Hammen Börsenkooperationen im Labyrinth des Börsenrechts
82. Günther M. Bredow/ Hans-Gert Vogel Kreditverkäufe in der Praxis – Missbrauchsfälle und aktuelle Reformansätze; (publ. in: BKR 2008, 271 ff.)
83. Theodor Baums Zur AGB-Kontrolle durch die BaFin am Beispiel des Bausparrechts; (publ. in: Entwicklungslinien im Bank- und Kapitalmarktrecht. Festschrift für Nobbe, 2009, S. 815 ff.)
84. José Engrácia Antunes The Law of Corporate Groups in Portugal
85. Maike Sauter Der Referentenentwurf eines Gesetzes zur Umsetzung der Aktionärsrechterichtlinie (ARUG); (publ. in: ZIP 2008, 1706 ff.)
86. James D. Cox / Randall S. Thomas / Lynn Bai There are Plaintiffs and... There are Plaintiffs: An Empirical Analysis of Securities Class Action Settlements

87. Michael Bradley / James D. Cox / Mitu Gulati The Market Reaction to Legal Shocks and their Antidotes: Lessons from the Sovereign Debt Market
88. Theodor Baums Zur monistischen Verfassung der deutschen Aktiengesellschaft. Überlegungen de lege ferenda; (publ. in: Gedächtnisschrift für Gruson, 2009, S. 1 ff.)
89. Theodor Baums Rücklagenbildung und Gewinnausschüttung im Aktienrecht; (publ. in: Festschrift für K. Schmidt, 2008, S. 57 ff.)
90. Theodor Baums Die gerichtliche Kontrolle von Beschlüssen der Gläubigerversammlung nach dem Referentenentwurf eines neuen Schuldverschreibungsgesetzes; (publ. in: ZBB 2009, S. 1 ff.)
91. Tim Florstedt Wege zu einer Neuordnung des aktienrechtlichen Fristensystems; (publ. in: Der Konzern 2008, 504 ff.)
92. Lado Chanturia Aktuelle Entwicklungen im Gesellschaftsrecht der GUS
93. Julia Redenius-Hövermann Zur Offenlegung von Abfindungszahlungen und Pensionszusagen an ein ausgeschiedenes Vorstandsmitglied; (publ. in: ZIP 2008, S. 2395 ff.)
94. Ulrich Seibert / Tim Florstedt Der Regierungsentwurf des ARUG – Inhalt und wesentliche Änderungen gegenüber dem Referentenentwurf; (publ. in: ZIP 2008, 2145 ff.)
95. Andreas Cahn Das Zahlungsverbot nach § 92 Abs. 2 Satz 3 AktG – aktien- und konzernrechtliche Aspekte des neuen Liquiditätsschutzes; (publ. in: Der Konzern 2009, S. 7 ff.)
96. Thomas Huertas Containment and Cure: Some Perspectives on the Current Crisis
97. Theodor Baums / Maike Sauter Anschleichen an Übernahmeziele mittels Cash Settled Equity Derivaten – ein Regelungsvorschlag; (publ. in: ZHR 173 (2009), 454 ff.)
98. Andreas Cahn Kredite an Gesellschafter – zugleich eine Anmerkung zur MPS-Entscheidung des BGH; (publ. in: Der Konzern 2009, S. 67 ff.)
99. Melanie Döge / Stefan Jobst Aktienrecht zwischen börsen- und kapitalmarktorientiertem Ansatz; (publ. in: BKR 2010, S. 136 ff.)
100. Theodor Baums Der Eintragungsstopp bei Namensaktien; (publ. in: Festschrift für Hüffer, 2010, S. 15 ff.)
101. Nicole Campbell / Henny Mächler Die Haftung der Verwaltungsgesellschaft einer fremdverwalteten Investmentaktiengesellschaft
102. Brad Gans Regulatory Implications of the Global Financial Crisis
103. Arbeitskreis „Unternehmerische Mitbestimmung“ Entwurf einer Regelung zur Mitbestimmungsvereinbarung sowie zur Größe des mitbestimmten Aufsichtsrats (publ. in: ZIP 2009, S. 885 ff.)
104. Theodor Baums Rechtsfragen der Bewertung bei Verschmelzung börsennotierter Gesellschaften; (publ. in: Gedächtnisschrift für Schindhelm, 2009, S. 63 ff.)
105. Tim Florstedt Die Reform des Beschlussmängelrechts durch das ARUG; (publ. in: AG 2009, S. 465 ff.)
106. Melanie Döge Fonds und Anstalt nach dem Finanzmarktstabilisierungsgesetz; (publ. in: ZBB 2009, S.419 ff.)
107. Matthias Döll „Say on Pay: Ein Blick ins Ausland und auf die neue Deutsche Regelung“
108. Kenneth E. Scott Lessons from the Crisis
109. Guido Ferrarini / Niamh Moloney / Maria Cristina Ungureanu Understanding Director’s Pay in Europe: A Comparative and Empirical Analysis
110. Fabio Recine / Pedro Gustavo Teixeira The new financial stability architecture in the EU
111. Theodor Baums Die Unabhängigkeit des Vergütungsberaters; (publ. in: AG 2010, S. 53 ff.)
112. Julia Redenius-Hövermann Zur Frauenquote im Aufsichtsrat; (publ. in: ZIP 2010, S. 660 ff.)
113. Theodor Baums / Thierry Bonneau / André Prüm The electronic exchange of information and respect for private life, banking secrecy and the free internal market; (publ. in: Rev. Trimestrielle de Droit Financier 2010, N° 2, S. 81 ff.)
114. Tim Florstedt Fristen und Termine im Recht der Hauptversammlung; (publ. in: ZIP 2010, S. 761 ff.)
115. Tim Florstedt Zur organhaftungsrechtlichen Aufarbeitung der Finanzmarktkrise; (publ. in: AG 2010, S.315ff.)
116. Philipp Paech Systemic risk, regulatory powers and insolvency law – The need for an international instrument on the private law framework for netting

117. Andreas Cahn /
Stefan Simon /
Rüdiger Theiselmann
Forderungen gegen die Gesellschaft als Sacheinlage? – Zum Erfordernis der
Forderungsbewertung beim Debt-Equity Swap
118. Theodor Baums
Risiko und Risikosteuerung im Aktienrecht; (publ. in: ZGR 40 [2011], S. 218 ff.)
119. Theodor Baums
Managerhaftung und Verjährungsfrist; (publ. in: ZHR 174 (2010), S. 593 ff.)
120. Stefan Jobst
Börslicher und Außerbörslicher Derivatehandel mittels zentraler Gegenpartei
121. Theodor Baums
Das preußische Schuldverschreibungsgesetz von 1833; (publ. in: Bechtold/Jickeli/Rohe
[Hrsg.], Recht, Ordnung und Wettbewerb. Festschrift für Möschel, 2011, S. 1097 ff)
122. Theodor Baums
Low Balling, Creeping in und deutsches Übernahmerecht; (publ. in: ZIP 2010, S. 2374 ff.)
123. Theodor Baums
Eigenkapital: Begriff, Aufgaben, Sicherung; (publ. in: ZHR 2011, S. 160 ff.)
124. Theodor Baums
Agio und sonstige Zuzahlungen im Aktienrecht; (publ. in: Festschrift für Hommelhoff, 2012,
S. 61 ff.)
125. Yuji Ito
Das japanische Gesellschaftsrecht - Entwicklungen und Eigentümlichkeiten
126.
Report of the Reflection Group on the Future of EU Company Law
127. Nikolaus Bunting
Das Früherkennungssystem des § 91 Abs. 2 AktG in der Prüfungspraxis - Eine kritische
Betrachtung des IDW PS 340; (publ. in: ZIP 2012, 357 ff.)
128. Andreas Cahn
Der Kontrollbegriff des WpÜG; (publ. in Mülbart/Kiem/Wittig (Hrsg.), 10 Jahre WpÜG,
ZHR-Beiheft 76 (2011), S. 77-107)
129. Andreas Cahn
Professionalisierung des Aufsichtsrats; (publ. in Veil (Hrsg.), Unternehmensrecht in der
Reformdiskussion, 2013, S. 139 ff.)
130. Theodor Baums /
Florian Drinhausen /
Astrid Keinath
Anfechtungsklagen und Freigabeverfahren. Eine empirische Studie; (publ. in: ZIP 2011,
S. 2329 ff.)
131. Theodor Baums /
Roland Schmidtbleicher
Neues Schuldverschreibungsrecht und Altanleihen; (publ. in: ZIP 2012, S. 204 ff.)
132. Nikolaus Bunting
Rechtsgrundlage und Reichweite der Compliance in Aktiengesellschaft und Konzern; (publ.
in: ZIP 2012, S. 1542 ff.)
133. Andreas Cahn
Beratungsverträge mit Aufsichtsratsmitgliedern; (publ. in: Der Konzern 2012, 501ff.)
134. Andreas Cahn/
Henny Mächler
Produktinformationen nach MiFID II – Eingriffsvoraussetzungen und Auswirkungen auf die
Pflichten des Vorstands von Wertpapierdienstleistungsunternehmen; (publ. in BKR 2013,
45 ff.)
135. Hannes Schneider
Ist das SchVG noch zu retten?
136. Daniel Weiß
Opt-in ausländischer Altanleihen ins neue Schuldverschreibungsgesetz
137. Hans-Gert Vogel
Der Rechtsschutz des Schuldverschreibungsgläubigers
138. Christoph Keller /
Nils Köbber
Die Bedeutung des Schuldverschreibungsgesetzes für deutsche Staatsanleihen im Lichte der
jüngsten Entwicklungen
139. Philipp v. Randow
Das Handeln des Gemeinsamen Vertreters - Engagiert oder „zur Jagd getragen“?
Rückkoppelungseffekte zwischen business judgment rule und Weisungserteilung
140. Andreas Cahn
Die Mitteilungspflicht des Legitimationsaktionärs – zugleich Anmerkung zu OLG Köln AG
2012, 599; (publ. in: AG 2013, 459 ff.)
141. Andreas Cahn
Aufsichtsrat und Business Judgment Rule; (publ. in: WM 2013, 1293-1305)
142. Prof. Dr. Reto Francioni /
Prof. Dr. Horst Hammen
Internationales Regulierungsgefälle und Wettbewerbsfähigkeit des Finanzplatzes Frankfurt am
Main
143. Andreas Cahn
Patrick Kenadjian
Contingent Convertible Securities from Theory to CRD IV
144. Andreas Cahn
Business Judgment Rule und Rechtsfragen
145. Theodor Baums
Kündigung von Unternehmensanleihen
146. Andreas Cahn
Capital Maintenance in German Company Law
147. Katja Langenbucher
Do We Need A Law of Corporate Groups?

148. Theodor Baums The Organ Doctrine. Origins, development and actual meaning in German Company Law
149. Theodor Baums Unabhängige Aufsichtsratsmitglieder
150. Andreas Cahn Rechtsverlust der Tochter bei Mitteilungspflicht durch die Mutter
151. Melanie Döge The Financial Obligations of the Shareholder; (publ. in: Birkmose (ed.), Shareholder's Duties, 2017, p.283 ff.)



INSTITUTE FOR LAW AND FINANCE

Goethe-Universität Frankfurt am Main

A large, stylized graphic of the letters 'ILF' in a bold, serif font, rendered in a light blue color. The letters are set against a background of concentric, overlapping circles that create a grid-like pattern, similar to the logo above. The graphic is positioned on the left side of the page, extending from the bottom edge towards the top.
