

Archiv für die civilistische Praxis

Herausgegeben von
Reinhard Bork · Jochen Taupitz
Gerhard Wagner

Christoph-Eric Mecke / Winfried Huck
Billigkeit *im* Recht oder Billigkeit *versus* Recht?

Jochen Hoffmann / David Bartlitz
Die Bonitätsprüfungspflicht bei Personen-
mehrheiten im Verbraucherdarlehensrecht

Christoph Ott
Die isolierte Übertragung von Gestaltungsrechten

Alexander Wilfinger
Verwaltungsakt als gesetzliches Verbot
(§ 134 BGB)



220. Band · Heft 6 Dezember 2020

Archiv für die civilistische Praxis

Herausgegeben von
Reinhard Bork, Jochen Taupitz und Gerhard Wagner

Abhandlungen

<i>Christoph-Eric Mecke/Winfried Huck: Billigkeit im Recht oder Billigkeit versus Recht? Eine Analyse höchstrichterlicher Rechtsprechung</i>	861
<i>Jochen Hoffmann/David Bartlitz: Die Bonitätsprüfungspflicht bei Personenmehrheiten im Verbraucherdarlehensrecht</i>	893
<i>Christoph Ott: Die isolierte Übertragung von Gestaltungsrechten</i>	928
<i>Alexander Wilfinger: Verwaltungsakt als gesetzliches Verbot (§ 134 BGB). Untersuchung am Beispiel der kapitalmarktrechtlichen Produktintervention</i>	956

Literatur

<i>Sven Asmussen: Haftung für CSR</i> Referent: <i>Stefan Thomas</i>	1002
<i>Roman Guski: Rechtsmissbrauch als Paradoxie</i> Referent: <i>Michael Grünberger</i>	1008
Stichwortverzeichnis	1021

Archiv für die civilistische Praxis

Herausgegeben von
Reinhard Bork, Jochen Taupitz und Gerhard Wagner
220. Band (2020)
Zitierweise: AcP

Manuskripte und redaktionelle Anfragen werden an einen der Herausgeber erbeten:

- Prof. Dr. *Reinhard Bork* (verantwortlicher Redakteur), Seminar für Zivilprozessrecht, Fakultät Rechtswissenschaft, Rothenbaumchaussee 33, 20148 Hamburg, bork@uni-hamburg.de
- *Professor Dr. Jochen Taupitz*, Universität Mannheim, Fakultät für Rechtswissenschaft und Volkswirtschaftslehre, Schloß Turm Mittelbau West, 68131 Mannheim, taupitz@jura.uni-mannheim.de
- *Professor Dr. Gerhard Wagner*, Humboldt-Universität zu Berlin, Juristische Fakultät, Unter den Linden 9, 10099 Berlin, sekretariat.wagner@rewi.hu-berlin.de

Rezensionsexemplare werden an den Verlag erbeten.

Hinweise für Autoren: Informationen zur Manuskripteinreichung, den dabei zu übertragenden und den beim Autor verbleibenden Rechten sowie formale Hinweise zur Manuskriptgestaltung finden Sie unter www.mohrsiebeck.com/AcP in der Rubrik „Manuskripte“.

Erscheinungsweise: Pro Jahr erscheint ein Band zu je sechs Heften.

Abonnements: Informationen zu Abonnements finden Sie unter www.mohrsiebeck.com/AcP in der Rubrik „Abonnement“. Bei Fragen zum Bezug der Zeitschrift wenden Sie sich bitte an journals@mohrsiebeck.com.

Onlinezugang: Im Abonnement für Institutionen und Privatpersonen ist der freie Zugang zum Online-Volltext auf der Verlagswebsite enthalten. Nähere Informationen zur Registrierung und den besonderen Anforderungen für institutionelle Nutzer finden Sie unter: www.mohrsiebeck.com/elektronische-publikationen.

© 2020 Mohr Siebeck GmbH & Co. KG, Tübingen. Die Zeitschrift einschließlich aller ihrer Teile ist urheberrechtlich geschützt. Jede Verwertung außerhalb der engen Grenzen des Urheberrechtsgesetzes ist ohne Zustimmung des Verlags unzulässig und strafbar. Das gilt insbesondere für die Vervielfältigung und Verbreitung in gedruckter oder elektronischer Form, die Einspeicherung und Verarbeitung in elektronischen Systemen sowie die Übersetzung. Anfragen hierzu richten Sie an rights@mohrsiebeck.com.

Verlag: Mohr Siebeck GmbH & Co. KG, Postfach 2040, 72010 Tübingen, www.mohrsiebeck.com, info@mohrsiebeck.com.

Anzeigenservice: Tilman Gaebler, Postfach 113, 72403 Bisingen, tilman.gaebler@t-online.de. *V.i.S.d.P.:* Kendra Mäschke, maeschke@mohrsiebeck.com.

Satz: Computersatz Staiger, Rottenburg/N.; *Druck:* Gulde Druck, Tübingen.

Gedruckt auf alterungsbeständiges Werkdruckpapier.

Printed in Germany.

Dieser Ausgabe des AcP liegt ein Prospekt des Verlags C.H. Beck, München, bei.

ISSN 0003-8997 (Gedruckte Ausgabe) eISSN 1868-7113 (Online-Ausgabe)

Verwaltungsakt als gesetzliches Verbot (§ 134 BGB)

Untersuchung am Beispiel der kapitalmarktrechtlichen Produktintervention

von Dr. *Alexander Wilfinger*, Wien*

Inhaltsübersicht

I. Einleitung	957
1. Verwaltungsakte im Privatrecht	957
2. Produktintervention	958
3. Problemstellung	960
II. Gesetz, Rechtsnorm, Verwaltungsakt	961
1. § 134 BGB und Art. 2 EGBGB	961
2. Einbettung	962
a) Bewertung im deutsch-österreichischen Rechtsvergleich	962
b) Unsichere verwaltungsrechtliche Prämissen	964
c) Zwischenbefund	967
d) Deliktsrechtlicher Ansatz: Konkretisierung	968
3. Zwischenergebnis: Auslegungsspielraum	969
III. Wertungsprämissen und normativer Rahmen	970
1. Irrelevante Gesichtspunkte	970
2. Kein Anspruch auf verbotene Leistung	971
3. Nichtigkeit und rechtliche Unmöglichkeit: Rechtsfolgenseite und Abgrenzung	972
4. Umfassende Ausrichtung am Verbotszweck	974
5. Zusammenfassung	976
IV. Am Beispiel der Produktintervention	976
1. Inhaltsverbot	976
2. Verwaltungsakt als einseitiges Verbot	977
a) Allgemeine Sonderstellung einseitiger Verbote	977
b) Mögliche individuelle Bekanntgabe	978
c) Fehlerkalkül und Verfahrensbeteiligung	979
d) Folgerungen	981
3. Intervention aus Anlegerschutzgründen	982
a) Vermögensschutz durch Nichtigkeit	982
b) Entgegenstehender Wille des Kapitalmarktgesetzgebers	983
c) Drohende Benachteiligung des Anlegers und rechtsfolgenseitige Bewältigung	985
d) Halbseitige Teilnichtigkeit	988

* Der Beitrag entstand während eines Forschungsaufenthalts an der Universität Hamburg. Der Verfasser dankt Prof. Dr. Reinhard Bork für seine Gastfreundschaft und Unterstützung sowie der B&C Privatstiftung für die Förderung des Projekts „Wirtschaftslenkung durch Aufsichtsbehörden“.

220 (2020)	Verwaltungsakt als gesetzliches Verbot (§ 134 BGB)	957
	e) <i>Rechtliche Unmöglichkeit</i>	989
	f) <i>Relative Nichtigkeit</i>	991
	g) <i>Ergebnis: Formunabhängiger Vermögensschutz durch Nichtigkeit</i>	993
	4. <i>Intervention aus Funktionsschutzgründen</i>	994
	a) <i>Schutz von Allgemeininteressen ohne Rücksichtnahme auf die Position des Einzelnen</i>	994
	b) <i>Rechtfertigungsbedarf einer Drittwirkung des Verwaltungsakts</i>	996
	V. <i>Ergebnisse</i>	1000
	1. <i>Verwaltungsakt als gesetzliches Verbot</i>	1000
	2. <i>Produktintervention</i>	1001

I. Einleitung

1. Verwaltungsakte im Privatrecht

Verwaltungsakte wirken vielfältig auf das Privatrecht ein: Gemeinden können ihr Vorkaufsrecht an bestimmten Grundstücken durch Verwaltungsakt ausüben (§§ 24 ff. BauGB); die Denkmalschutzbehörde kann die Denkmaleigenschaft eines Gebäudes feststellen (etwa § 5 DSchG M-V); zur Vermeidung von Wildschäden kann die Jagdbehörde Maßnahmen zur Verringerung des Wildbestands anordnen (§ 27 BJagdG); bei Gefahr für die Zahlungsfähigkeit eines Kreditinstituts kann die Bundesanstalt für Finanzdienstleistungsaufsicht (BaFin) ein Zahlungsverbot an das Institut erlassen (§ 46 KWG).

Schon die wenigen Fälle verdeutlichen freilich, dass sich aus dem Verwaltungsakt dabei nur eine lose privatrechtliche Klammer ergibt, weil sich jeweils ganz unterschiedliche Fragen stellen. Während das Vorkaufsrecht als Lehrbuchbeispiel für einen privatrechtsgestaltenden Verwaltungsakt gilt, dessen privatrechtliche Wirkungen weitgehend öffentlich-rechtlich angeordnet sind,¹ kann die festgestellte Denkmaleigenschaft im Verhältnis zwischen Liegenschaftskäufer und -verkäufer einen Mangel begründen, der zur Gewährleistung führt.² Erfüllt der Jäger die vorgeschriebene Abschusszahl nicht, kann er gegenüber einem vom Wild geschädigten Bauern schadensersatzpflichtig werden (§ 823 Abs. 2 BGB),³ und das Zahlungsverbot der BaFin hindert Gläubiger wegen vorübergehender rechtlicher Unmöglichkeit der Erfüllung (§ 275 Abs. 1 BGB) an der Geltendmachung ihrer Forderungen.⁴ Die Vielfalt an Be-

¹ Vgl. *Ruffert* in: Ehlers/Pünder, Allgemeines Verwaltungsrecht, 15. Aufl. 2016, § 21 Rn. 42; *Manssen*, Privatrechtsgestaltung durch Hoheitsakt, 1994, S. 274 ff.; *Tschentscher*, DBV1 2003, 1424.

² OLG Rostock 10.8.2008, 7 U 32/05 BeckRS 2007, 00711.

³ BGHZ 62, 265.

⁴ BGHZ 197, 21.

rührungspunkten bringt also eine Vielzahl von Strukturfragen mit sich, die von der Rechtsgeschäftslehre über das Leistungsstörungsrecht bis in das Deliktsrecht reichen. Dieser Befund ist weder neu noch weiterführend.

Mit zunehmender „*Publizierung*“ des *bürgerlichen Rechts*⁵ gewinnt er allerdings einerseits rein quantitativ stetig an Bedeutung, andererseits ergeben sich neue Problemfelder. Vor allem im Aufsichtsrecht stattet der (Europäische) Gesetzgeber Behörden nämlich vermehrt mit Kompetenzen aus, die in die Privatrechtsbeziehungen der Aufsichtsunterworfenen eingreifen. So kann die BaFin etwa nicht nur Zahlungsverbote über Banken (§ 46 KWG) und Versicherungen (§ 314 VAG) verhängen, sondern bei Nichterfüllung bestimmter Kapitalanforderungen durch Versicherungsunternehmen auch die Vergütung von Geschäftsleitern und Mitarbeitern kürzen oder streichen (§ 25 Abs. 4 VAG).⁶ Um zivilrechtlichen Schwierigkeiten vorzubeugen, sieht das Gesetz dabei ausdrücklich vor, dass dieser behördlichen Herabsetzungsmöglichkeit in entsprechenden vertraglichen Vereinbarungen Rechnung zu tragen ist. Soweit das nicht geschieht und die Anordnung daher mit vertraglichen Vereinbarungen konfligiert, „können aus ihnen keine Rechte hergeleitet werden“ (§ 25 Abs. 4 VAG).

2. Produktintervention

Nicht immer stellt das Gesetz die Auswirkungen eines Verwaltungsakts auf widersprechende Verträge indes derart klar, was sich eindrücklich am unter strenger Aufsicht stehenden Kapitalmarkt zeigt. Im Zuge der jüngsten Revision des EU-Finanzmarktrechts durch die überarbeitete Richtlinie MiFID II⁷ und die flankierende Verordnung MiFIR⁸ wurden die Aufsichtsbehörden nämlich mit einem Produktinterventionsrecht ausgestattet: Werfen Finanzprodukte Bedenken für den Anlegerschutz auf oder geht davon eine Gefahr für die Finanzmarktstabilität aus, kann der Vertrieb dieser Produkte beschränkt oder völlig untersagt werden (Artt. 40 ff. MiFIR).⁹

⁵ So schon *Hedemann*, Einführung in die Rechtswissenschaft, 2. Aufl. 1927, S. 229; siehe auch *Jarass*, VVDStRL 50 (1991), 238, 239 f.; *Oppitz*, JBl 2014, 205, 214 ff.

⁶ Dazu *Armbrüster*, VersR 2011, 1, 5; *Prölss/Dreher/Dreher*, VAG, 13. Aufl. 2018, § 25 Rn. 176.

⁷ RL 2014/65/EU über Märkte für Finanzinstrumente.

⁸ VO (EU) Nr. 600/2014 über Märkte für Finanzinstrumente.

⁹ Vgl. auch Artt. 15 ff. PRIIP-VO (VO [EU] Nr. 1286/2014), die den Anwendungsbereich der Produktintervention erweitern. Außerdem sind Behörden nach Art. 69 Abs. 2 lit. t MiFID II dazu berechtigt, den Vertrieb von Produkten auszusetzen, die kein hinreichendes Produktgenehmigungsverfahren (Art. 16 Abs. 3 MiFID II) durchlaufen haben. Die deutschen Umsetzungsbestimmungen finden sich in §§ 6 Abs. 2, 80 Abs. 9 bis 14 WpHG und in der Wertpapierdienstleistungs-Verhaltens- und -Organi-

Die in Deutschland zuständige BaFin (§ 15 WpHG) hat von diesem Interventionsrecht bereits mehrfach aus Gründen des Anlegerschutzes Gebrauch gemacht. Einerseits hat sie dabei den Vertrieb sogenannter binärer Optionen an Kleinanleger weitgehend verboten, bei denen die Rückzahlung und spiegelbildlich der Totalverlust des Anlagebetrags vom Eintritt eines vereinbarten Ereignisses – etwa der Entwicklung eines Basiswerts – abhängt, woraus das Synonym „*All-or-Nothing Option*“ erhellt.¹⁰ Andererseits dürfen finanzielle Differenzgeschäfte oder „*Contracts for Difference*“ nur mehr sehr eingeschränkt mit Kleinanlegern abgeschlossen werden. Auch solche Produkte ermöglichen die Spekulation auf eine bestimmte Kursentwicklung, wobei das Verlustrisiko des Anlegers aufgrund von Nachschusspflichten potenziell unbeschränkt ist.¹¹ Die Anwendungsfälle verdeutlichen das paternalistische Regelungsanliegen der Produktintervention: Besonders gefährliche, in den Worten von *Grigoleit* „*absolut nachteilige*“¹² Finanzprodukte sollen Kleinanlegern nicht einmal zur Wahl stehen.

Die sachliche Rechtfertigung dieses durchschlagskräftigen aufsichtsrechtlichen Instruments wird in der Literatur durchaus kritisch beurteilt,¹³ ist hier aber nicht weiter von Interesse. Auch wer es selbst im Angesicht von strukturell an Verbraucher vertriebenen *All-or-Nothing Options* und existenzgefährdenden *Contracts for Difference* für vorzugswürdig hält, allein auf Aufklärung zu setzen, muss die gesetzgeberische Entscheidung zugunsten des Durchgriffs schließlich respektieren. Dementsprechend fordert das behördliche Verbot bestimmter Verträge die Frage nach den Wirkungen eines Verbotsverstoßes heraus. Nach § 120 Abs. 2 Nr. 2 lit. b WpHG werden Zuwiderhandlungen als Ordnungswidrigkeit geahndet, privatrechtliche Folgen sind nicht ausdrücklich vorgesehen. Die Frage der zivilrechtlichen Wirkungen stellt sich daher vor dem Hintergrund allgemeiner Regeln.

sationsverordnung (WpDVerOV). Darüber hinaus erlaubt Art. 20 Leerverkaufs-VO (VO [EU] Nr. 236/2012) Interventionen zum Schutz der Finanzmarktstabilität. Vgl. zum Ganzen *Veil* in: Mülbert, Bankrechtstag 2017, 2018, S. 159 ff.

¹⁰ Allgemeinverfügung der BaFin vom 1.7.2019, GZ VBS 7-Wp 5427-2018/0046 (abrufbar unter www.bafin.de).

¹¹ Allgemeinverfügung der BaFin vom 23.7.2019, GZ VBS 7-Wp 5427-2018/0057 (abrufbar unter www.bafin.de).

¹² *Grigoleit*, ZHR 177 (2013), 264, 305.

¹³ *Mülbert*, ZHR 177 (2013), 160, 201 f.; *Grigoleit*, ZHR 177 (2013), 264, 302 ff.; *Langenbacher*, ZHR 177 (2013), 679, 700 f.; *Zimmer*, JZ 2014, 714, 721; *Buck-Heeb*, JZ 2017, 279, 286 f.; vgl. demgegenüber aber *Möllers/Poppele*, ZGR 2013, 437, 463 f.

3. Problemstellung

Dabei läge die Vermutung nahe, dass die eindrucksvolle Maßnahme im Zivilrecht ebenso eindrucksvoll aufschlägt. Neben hier nicht zu thematisierenden schadensrechtlichen Folgen stehen nämlich auch unmittelbare vertragsrechtliche Auswirkungen im Raum, immerhin erklärt § 134 BGB gesetzwidrige Verträge für nichtig, „wenn sich nicht aus dem Gesetz ein anderes ergibt.“ Das Verbot von Differenzgeschäften könnte damit zur Nichtigkeit trotzdem abgeschlossener Differenzgeschäfte führen, was umso schlüssiger wirkt, als das WpHG die Nichtigkeitsanktion an ähnlicher Stelle eigens anordnet: Widerspricht ein Finanztermingeschäft einem auf der – in der Praxis nicht relevanten¹⁴ – Grundlage von § 100 Abs. 1 WpHG erlassenen behördlichen Verbot zugunsten des Anlegerschutzes, ist es nach § 100 Abs. 2 WpHG nichtig.¹⁵

Trotzdem wird die Nichtigkeitsfolge in der Literatur ganz überwiegend abgelehnt. Aus den dafür angeführten Argumenten sticht eines heraus: MiFIR-Produktverbote ergingen als Verwaltungsakte, weshalb Vertragsnichtigkeit nach § 134 BGB jedenfalls ausscheide. Verwaltungsakte seien nämlich keine „gesetzlichen Verbote“ im Sinne dieser Vorschrift. Produktverbotswidrige Verträge seien dementsprechend gültig.¹⁶

Ein Blick auf die Kommentarliteratur zu § 134 BGB bestätigt diesen strukturellen Einwand. Wo Verwaltungsakte nicht schon explizit vom Anwendungsbereich des § 134 BGB ausgenommen werden,¹⁷ wird ihnen nämlich implizit zum Verhängnis, dass sie in der Aufzählung möglicher Formen „gesetzlicher Verbote“ fehlen.¹⁸ Judikatur zu dieser Frage liegt – soweit ersicht-

¹⁴ Vgl. KölnKomm/G. Roth, WpHG, 2. Aufl. 2014, § 37g Rn. 13; Assmann/Schneider/Mülbert/Mülbert, Wertpapierhandelsrecht, 7. Aufl. 2019, § 100 WpHG Rn. 1; Grigoleit, ZHR 177 (2013), 264, 305.

¹⁵ Wie sich noch zeigen wird, wäre es nicht überzeugend, daraus den Umkehrschluss auf die Gültigkeit von Verträgen zu ziehen, die MiFIR-Produktverboten widersprechen; unten, IV.3.

¹⁶ Cabn/Müchler, BKR 2013, 45, 54; Klingenbrunn, WM 2015, 316, 321; Bröker/Machunsky, BKR 2016, 229, 231; Bergmann in: Grüneberg/Habersack/Mülbert/Witig, Bankrechtstag 2015, 2016, S. 47, 67; Ehlers, WM 2017, 420, 426; Gläßner, Die Beschränkung des Vertriebs von Finanzprodukten, 2017, S. 347; Gerding, BKR 2017, 441, 444; F. Schäfer in: FS Schwintowski, 2017, S. 345, 353; Assmann/Schneider/Mülbert/Gurlit (Fn. 14) § 15 WpHG Rn. 31; Schwark/Zimmer/Lehmann/Zetzsche, Kapitalmarktrechts-Kommentar, 5. Aufl. 2020, § 15 WpHG Rn. 61; wohl auch Buck-Heeb, BKR 2017, 89, 94; für die Nichtigkeitsfolge aber Grigoleit, ZHR 177 (2013), 264, 306; Lercara/Küttner, RdF 2018, 100, 108.

¹⁷ Soergel/Hefermehl, BGB, 13. Aufl. 1999, § 134 Rn. 5; BeckOGK/Vossler, BGB, Stand 2020, § 134 Rn. 25; BeckOK/Wendtland, BGB, 53. Aufl. 2020, § 134 Rn. 8; Heidel/Hülstege/Mansel/Noack/Looschelders, BGB, 3. Aufl. 2016, § 134 Rn. 20.

¹⁸ Staudinger/Sack/Seibl, BGB, 2017, § 134 Rn. 16 ff.; Erman/Arnold, BGB, 15. Aufl.

lich – genauso wenig vor wie eine vertiefte literarische Auseinandersetzung,¹⁹ was auf eine bislang überschaubare Praxisrelevanz hindeutet. Insofern soll die für das Problem exemplarische, „neue“ Produktintervention zum Anlass für eine Bewertung der herrschenden Ansicht genommen werden.

II. Gesetz, Rechtsnorm, Verwaltungsakt

1. § 134 BGB und Art. 2 EGBGB

Naheliegender Ausgangspunkt dafür ist der Wortlaut von § 134 BGB, der auf den Verstoß gegen ein „gesetzliches Verbot“ abstellt. Unter „Gesetz“ ist dabei nach Art. 2 EGBGB „jede Rechtsnorm“ zu verstehen,²⁰ weshalb anerkanntermaßen nicht nur Gesetze im formellen Sinn beachtlich sind. Verbotsgesetze können sich vielmehr etwa auch aus dem Unionsrecht, dem Wohnheitsrecht oder aus Rechtsverordnungen ergeben.²¹ Eine der AVBFernwärmeV widersprechende Preisanpassungsklausel wurde dementsprechend genauso für nichtig erklärt²² wie eine Verpflichtung eines Handballvereins gegenüber der Internationalen Handballföderation, die aufgrund des Missbrauchs deren marktbeherrschender Stellung gegen Art. 102 AEUV verstieß.²³ Sogar berufsständische Satzungen sind nach der Rechtsprechung beachtlich, sofern die Kammer über eine Rechtssetzungskompetenz verfügt.²⁴ Unver-

2017, § 134 Rn. 2 ff.; Jauernig/Mansel, BGB, 17. Aufl. 2018, § 134 Rn. 8; MünchKomm/Armbrüster, BGB, 8. Aufl. 2018, § 134 Rn. 30; Prütting/Wegen/Weinreich/Abrens, BGB, 14. Aufl. 2019, § 134 Rn. 5 ff.; Palandt/Ellenberger, BGB, 79. Aufl. 2020, § 134 Rn. 2 ff.; vgl. auch Bork, Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Gesetzbuchs, 4. Aufl. 2016, Rn. 1091.

¹⁹ Eine Ausnahme bildet die grundlegende Arbeit von K. Schmidt, Kartellverfahrensrecht – Kartellverwaltungsrecht – Bürgerliches Recht, 1977, S. 48, 153, 369 ff. zu § 18 GWB i.d.F. BGBl. 1974 I S. 859, die sich dem Problem aus einer anderen Richtung nähert; vgl. noch unten, IV.3.g. und IV.4.b.

²⁰ Taupitz, JZ 1994, 221, 221; Beater, AcP 197 (1997), 505, 512 ff.; Bork (Fn. 18) Rn. 1091.

²¹ Statt vieler MünchKomm/Armbrüster (Fn. 18) § 134 Rn. 30 ff.; Staudinger/Sack/Seibl (Fn. 18) § 134 Rn. 16 ff.

²² BGHZ 201, 363.

²³ LG Dortmund 14.5.2014, 8 O 46/13 BeckRS 2014, 19175.

²⁴ BGH 22.1.1986, VIII ZR 10/85 NJW 1986, 2360; 20.3.2003, III ZR 135/02 NJW-RR 2003, 1175; BayObLG 6.11.2000, 1Z RR 612/98 BayObLGZ 2000, 301; LG Hamm 14.3.2013, 16 Sa 1775/11 BeckRS 2013, 70900. Vgl. aber Taupitz, JZ 1994, 221, 222 ff., wonach Kammern dafür die Kompetenz benötigten, auf das Zivilrecht einzuwirken; dagegen Beater, AcP 197 (1997), 505, 525 f.; BayObLG 6.11.2000, 1Z RR 612/98 BayObLGZ 2000, 301; MünchKomm/Armbrüster (Fn. 18) § 134 Rn. 30; Staudinger/Sack/Seibl (Fn. 18) § 134 Rn. 16.

bindliche Richtlinien oder Verwaltungsvorschriften kommen als Verbots-gesetze demgegenüber nicht in Betracht,²⁵ weshalb etwa ein Runderlass des nordrhein-westfälischen Innenministeriums dem Swap-Geschäft einer Ge-meinde nicht entgegenstand.²⁶

Gemeinsam ist den beachtlichen Verbotsgesetzen also einerseits ihre Ver-bindlichkeit: Nur die verbindliche AVBFernwärmeV führt zur Nichtigkeit, nicht aber der unverbindliche Runderlass. Andererseits handelt es sich durch-gehend um generell-abstrakte Regeln, die nicht nur einen Einzelfall betreffen. Damit ist das herrschende Verständnis der Rechtsnorm nach Art. 2 EGBGB umrissen: „*Rechtsnormen sind die Regeln des objektiven Rechts, dh die all-gemeinverbindlichen und [...] abstrakten Gebote, Verbote und Erlaubnis-sätze*“.²⁷ Gleichzeitig offenbart sich der Grund für die ablehnende Haltung gegenüber Verwaltungsakten: „*Der Verwaltungsakt ist darauf gerichtet, eine verbindliche Rechtsfolge für den bzw. im Einzelfall zu setzen. Er grenzt sich anhand des Merkmals Einzelfall von Rechtsnormen ab, die durch die Verwal-tung erlassen werden können*“.²⁸ Als zwar verbindliche, aber bloß einzelfall-bezogene Regel scheidet er demnach als Rechtsnorm (Art. 2 EGBGB) und folglich auch als gesetzliches Verbot (§ 134 BGB) aus.

2. Einbettung

Dieses Ergebnis ist grundsätzlich konsequent. Wird das „Gesetz“ eigens legaldefiniert und dabei sogar sehr breit verstanden, ist es zunächst zu akzep-tieren, wenn der Verwaltungsakt nicht unter diese Definition fällt. Erst ein Abgleich mit der ähnlichen österreichischen Rechtslage und eine Einbettung in das verwaltungs- und deliktsrechtliche Umfeld lassen daran zweifeln.

a) Bewertung im deutsch-österreichischen Rechtsvergleich

In Österreich ergibt sich eine Parallelproblematik aus § 879 Abs. 1 ABGB, wonach ein „Vertrag, der gegen ein gesetzliches Verbot [...] verstößt“, nichtig ist. Die Anordnung wird nach einhelliger Ansicht insofern weit verstanden,

²⁵ MünchKomm/Armbrüster (Fn. 18) § 134 Rn. 30; Staudinger/Sack/Seibl (Fn. 18) § 134 Rn. 16.

²⁶ BGH 28.4.2015, XI ZR 378/13 NJW 2015, 2248; vgl. schon RGZ 79, 155.

²⁷ Soergel/Hartmann, BGB, 12. Aufl. 1996, Art. 2 EGBGB Rn. 2; vgl. auch Bork (Fn. 18) Rn. 10; Staudinger/Merten, BGB, 2018, Art. 2 EGBGB Rn. 5 ff.; aus öffent-lich-rechtlicher Sicht etwa Maurer/Waldhoff, Allgemeines Verwaltungsrecht, 19. Aufl. 2017, § 4 Rn. 4.

²⁸ Erbguth/Guckelberger, Allgemeines Verwaltungsrecht, 10. Aufl. 2020, § 12 Rn. 18.

als jedes Gesetz im materiellen Sinn zur Nichtigkeit führen kann.²⁹ Darunter fallen etwa verwaltungsbehördliche Verordnungen, die weitgehend der deutschen Rechtsverordnung entsprechen, genauso wie unmittelbar anwendbares Unionsrecht.³⁰ Bescheide (§§ 58 ff. AVG) als das österreichische Pendant zum deutschen Verwaltungsakt sollen demgegenüber unbeachtlich sein,³¹ weil sie sich nur an individuell bestimmte Adressaten richten.³² Mangels Generalität handle es sich damit nicht um ein Gesetz im materiellen Sinn. Der Oberste Gerichtshof teilt diese Ansicht.³³

Insoweit entspricht der österreichische Stand also dem deutschen. Der individuelle Bescheid ist kein Gesetz im materiellen Sinn, der einzelfallbezogene Verwaltungsakt ist keine Rechtsnorm. Bemerkenswert ist allerdings, dass dieser Vergleich unter unterschiedlichen terminologischen Vorzeichen stattfindet. Da sich der Normcharakter nach österreichischem Verständnis allein aus dem autoritativen Anwendungsbefehl, also aus der Verbindlichkeit eines Akts ergibt, spielt die Größe des Adressatenkreises oder die Zahl der erfassten Fälle dafür nämlich keine Rolle. Eine Norm muss folglich nicht zwingend generell oder abstrakt sein, wie *Kelsen* nicht aus österreichischer, sondern aus rechtstheoretischer Sicht betont: „*Nur in diesem Falle von einer ‚Norm‘ zu sprechen, d.h. den generellen Charakter als für den Begriff der Norm wesentlich anzusehen, ist unbegründet. Denn das Wesentliche einer Norm ist, daß ein Verhalten als gesollt statuiert ist. Das kann in genereller wie individueller Weise geschehen.*“³⁴ In dieser Tradition fallen – dem Verwaltungsakt entsprechende – Bescheide aber ohne weiteres unter den Rechtsnormbegriff.³⁵

²⁹ Rummel/Lukas/Krejci, ABGB, 4. Aufl. 2014, § 879 Rn. 16; Kletečka/Schauer/Graf, ABGB-ON, Stand 2019, § 879 Rn. 12; Koziol/Bydlinski/Bollenberger/Bollenberger/P. Bydlinski, ABGB, 6. Aufl. 2020, § 879 Rn. 2.

³⁰ Koziol/Bydlinski/Bollenberger/Bollenberger/P. Bydlinski (Fn. 29) § 879 Rn. 2.

³¹ Rummel/Lukas/Krejci (Fn. 29) § 879 Rn. 17; Koziol/Bydlinski/Bollenberger/Bollenberger/P. Bydlinski (Fn. 29) § 879 Rn. 2; Kletečka/Schauer/Graf (Fn. 29) § 879 Rn. 12; Schwimann/Kodek/Riedler, ABGB, 4. Aufl. 2014, § 879 Rn. 3 Fn. 7; a.A. Wilfinger, Verbraucherschutz durch Kapitalmarktaufsicht, Diss. Wien 2019, S. 26 ff.

³² Etwa B. Raschauer, Allgemeines Verwaltungsrecht, 5. Aufl. 2017, Rn. 852.

³³ OGH 29.5.2013, 2 Ob 173/12y ecolex 2013, 691 (Wilhelm). Die Entscheidung ist allerdings insofern problematisch, als sich der Bescheid im konkreten Fall an keine der Vertragsparteien richtete. Schon aus diesem Grund schied Verbotswidrigkeit aus.

³⁴ *Kelsen* in: FS Nipperdey, Band I, 1965, S. 57, 68 f. Darin kommt die von *Merkel* geprägte Idee des „doppelten Rechtsantlitzes“ zum Ausdruck, wonach im Stufenbau der Rechtsordnung jeder Rechtsakt gleichzeitig Recht erzeugt und vollzieht; *Merkel*, JBl 1918, 425 ff., 444 ff., 463 ff.

³⁵ Vgl. *Winkler*, Der Bescheid, 1956, S. 26 ff.; *Ringhofer*, ZfV 1987, 109 ff.; *Öhlinger*, VVDStRL 50 (1991), 278, 282 f.; B. *Raschauer* (Fn. 32) Rn. 860; *Kolonovits/Muzak/Stöger*, Verwaltungsverfahrenrecht, 11. Aufl. 2019, Rn. 384.

Daraus können für die deutsche Rechtslage natürlich keine unmittelbaren Schlüsse gezogen werden, handelt es sich letztlich doch um nicht mehr als eine mögliche Konsequenz unterschiedlichen Sprachgebrauchs. Wird das Problem der Verbotsnichtigkeit in zwei diesbezüglich vergleichbaren Rechtsordnungen zwar grundsätzlich gleich gelöst, würde aber ein durchgehendes Abstellen auf den Rechtsnormbegriff diesen Gleichlauf beenden, liegt es allerdings nahe, dass die sachliche Rechtfertigung des Ergebnisses noch offen ist.

Dabei wirkt sich das vergleichsweise enge deutsche Verständnis der Rechtsnorm umso stärker aus, als der davon nicht erfasste Verwaltungsakt ein vergleichsweise großes Einsatzfeld hat. Während sich ein deutscher Verwaltungsakt nämlich entweder an einen individuell bestimmten Adressaten (§ 35 S. 1 VwVfG) oder – als Allgemeinverfügung – an einen „nach allgemeinen Merkmalen bestimmten oder bestimmaren Personenkreis“ (§ 35 S. 2 VwVfG) richten kann,³⁶ solange er nur einen Einzelfall regelt, ist die Kategorie der Allgemeinverfügung dem österreichischen Verwaltungsrecht fremd. Die Untersagung einer Demonstration als Lehrbuchbeispiel für eine Allgemeinverfügung³⁷ dient in Österreich vielmehr als Lehrbuchbeispiel für eine Verordnung.³⁸ Ein Verwaltungsakt mit generellem Adressatenkreis ist in Österreich also gar kein Verwaltungsakt nach deutschem Verständnis „mehr“, sondern „schon“ eine Verordnung.³⁹ Aus derselben behördlichen Regelung desselben Sachverhalts ergeben sich daher unterschiedliche vertragsrechtliche Folgen. Die Untersagung einer Schärddinger Demonstration kann nach § 879 ABGB zur Nichtigkeit führen, überquert man die Donau ist die Untersagung einer Passauer Demonstration aus der Perspektive des § 134 BGB unbeachtlich.

b) Unsichere verwaltungsrechtliche Prämissen

Das muss natürlich nicht beunruhigen, kann die Staatsgrenze unterschiedliche Ergebnisse doch problemlos rechtfertigen und werden gegen Demonstrationsuntersagungsanordnungen verstoßende Verträge ohnehin kaum praktisch. Zurückkommend auf den Anlassfall der Produktintervention zeigt sich freilich, dass es bei der Lehrbuchkriminalität nicht bleibt. Die BaFin hat

³⁶ In der Folge sind stets adressatenbezogene und nicht sachbezogene Allgemeinverfügungen gemeint; zu dieser Unterscheidung etwa *Ruffert* in: Ehlers/Pünder (Fn. 1) § 21 Rn. 36 f.

³⁷ Etwa *Sauerland*, Allgemeines Verwaltungsrecht, 2. Aufl. 2020, § 9 Rn. 44; *Maurer/Waldhoff* (Fn. 27) § 9 Rn. 18, 30.

³⁸ Vgl. *B. Raschauer* (Fn. 32) Rn. 761; § 36 öSPG.

³⁹ Vgl. auch *Pfeiffer*, ZVglRWiss 2017, 438, 453 ff. zum Verhältnis der Allgemeinverfügung zu einem österreichischen Mandatsbescheid.

binäre Optionen und Differenzgeschäfte nämlich durch Allgemeinverfügungen verboten, die österreichische Finanzmarktaufsichtsbehörde hat dazu eine Verordnung erlassen.⁴⁰ Die Produktverbote haben in Österreich im Unterschied zu Deutschland daher zweifellos Verbotsgesetzcharakter.⁴¹

Geht man von der Zivilrechtsneutralität der unionsrechtlichen Vorgaben zur Produktintervention aus,⁴² ist das einmal mehr kein grundsätzliches Problem. Es ist dann schlicht eine Entscheidung des deutschen Gesetzgebers, an welche verwaltungsrechtlichen Maßnahmen er welche zivilrechtlichen Wirkungen knüpft, und dementsprechend nicht ausgeschlossen, dass Allgemeinverfügungen vertragsrechtlich folgenlos bleiben. Diese Sicherheit schwindet allerdings mit der Sicherheit des verwaltungsrechtlichen Fundaments. Dass BaFin-Produktverbote als Allgemeinverfügungen ergehen sollen, ist nämlich nicht unumstritten.

Den Ausgangspunkt dieser öffentlich-rechtlichen Frage bildet das Unionsrecht, weil sich die Interventionsbefugnis nationaler Aufsichtsbehörden direkt aus der unmittelbar anwendbaren EU-Verordnung MiFIR ergibt. Deren Art. 42 determiniert die Eingriffsbefugnis näher und lässt Verbote aus Gründen des Anlegerschutzes und der Finanzmarktstabilität zu.⁴³ Lediglich die Bestimmung der zuständigen Behörde verbleibt den Mitgliedstaaten, weshalb § 15 WpHG die Verbotskompetenz nach Art. 42 MiFIR der BaFin zuweist.

Während die Voraussetzungen der Intervention also rein unionsrechtlich geprägt sind, ist für die Natur des konkreten Verbotsakts allein nationales Recht maßgebend.⁴⁴ Abstrakt stünden der BaFin als Verwaltungsbehörde dementsprechend die Rechtsverordnung und der Verwaltungsakt – als Allgemeinverfügung (§ 35 S. 2 VwVfG) oder Einzelanordnung (§ 35 S. 1 VwVfG) – offen. Der Erlass von Rechtsverordnungen scheidet konkret allerdings aus, weil die dafür nach nationalem Recht erforderliche Ermächtigung fehlt (Art. 80 GG; BAFin-ErmächtigungsübertragungsVO⁴⁵). Während Fi-

⁴⁰ Vgl. die FMA-Produktinterventionsverordnung öBGBI. II 2019/118. Siehe schon den Vergleich bei Walla, DÖV 2010, 853, 856.

⁴¹ Vgl. Wilfnger (Fn. 31) S. 15 ff.

⁴² Dafür spricht EuGH 30.5.2013, Rs. C-604/11 (*Genil/Bankinter*) Rn. 57, wonach freilich auch die Grundsätze der Äquivalenz und der Effektivität zu beachten sind. Gerade die Anlegerschutzintervention könnte die Vertragsnichtigkeit aber aus Effektivitätsgründen erfordern, zumal der EuGH darauf bekanntlich großen Wert legt; vgl. nur Wagner, AcP 206 (2006), 351, 410 ff.

⁴³ Im Detail sind die Voraussetzungen in der Delegierten VO (EU) 2017/567 der Kommission geregelt.

⁴⁴ Vgl. Assmann/Schneider/Mülbert/Gurlit (Fn. 14) § 15 WpHG Rn. 19; Art. 291 Abs. 1 AEUV.

⁴⁵ BGBI. 2003 I S. 3 i.d.G.F.; vgl. Schädle, Exekutive Normsetzung in der Finanzmarktaufsicht, 2006, S. 79; Walla, DÖV 2010, 853, 854 f.

nanztermingeschäfte nach § 100 WpHG durch Rechtsverordnung verboten werden können,⁴⁶ bleibt der BaFin nach § 15 WpHG daher nur der Verwaltungsakt.

Das ist unproblematisch, wenn sich das Verbot an einen individuell bestimmten Adressaten richten soll. Werden die Anlegerschutzbedenken etwa durch Vertriebsmissstände in einem einzelnen Unternehmen aufgeworfen, muss der Vertrieb auch nur diesem Unternehmen untersagt werden.⁴⁷ Derart konkret-individuelle Verwaltungsakte (§ 35 S. 1 VwVfG) sind von der Kompetenz der BaFin jedenfalls gedeckt. Regelmäßig wird sich das Problem allerdings in einem größeren Kontext stellen. Sobald die Gefahr von einem bestimmten Produkt oder einer bestimmten Produktgestaltung – und nicht bloß von einzelnen Marktteilnehmern – ausgeht, führen individuelle Verbote schließlich nicht weiter. Vielmehr muss die Behörde dann an diesem missbilligten Produkt selbst ansetzen, weshalb die bisherigen Maßnahmen der BaFin in ihrem Tenor ein umfassendes „Verbot der Vermarktung, des Vertriebs und des Verkaufs“ von binären Optionen und Differenzgeschäften an Kleinanleger anordnen.⁴⁸

Damit wird der Anwendungsbereich der Allgemeinverfügung freilich zumindest ausgereizt, lässt sich doch nicht mehr ohne weiteres von der „Regelung eines Einzelfalls“ (§ 35 VwVfG) sprechen. Gerade durch die Einzelfallregelung grenzt sich die Allgemeinverfügung aber von der Rechtsverordnung ab,⁴⁹ weshalb der Verdacht einer materiellen Rechtsverordnung im Gewand einer Allgemeinverfügung naheliegt. Dass der Übergang mitunter fließend ist,⁵⁰ ist spätestens seit der prominenten Endiviensalat-Entscheidung des BVerwG auch völlig anerkannt.⁵¹ Aufgrund zahlreicher Typhus-Erkrankungen, die auf den Verzehr von Endiviensalat zurückgeführt wurden, hatte das baden-württembergische Innenministerium im Jahr 1953 ein Verbot des Verkaufs von Endiviensalat in den betroffenen Gebieten erlassen. Das BVerwG ging vom Vorliegen einer Allgemeinverfügung aus: „*Gegenstand des Verkaufsverbots war ein einzelnes reales Vorkommnis, die konkrete Seuchengefahr, in deren Regelung es sich erschöpfte*“.⁵² In der Literatur wurde dage-

⁴⁶ Eine entsprechende Ermächtigung in § 1 Nr. 1 BAFin-EÜVO fehlt freilich.

⁴⁷ Vgl. auch § 6 Abs. 2 WpHG; BT-Drucks. 18/3994, S. 53.

⁴⁸ Vgl. oben, I.2.; außerdem *Bröker/Machunsky*, BKR 2016, 229, 231; *Ehlers*, WM 2017, 420, 423; *Frisch* in: *Derleder/Knops/Bamberger*, Deutsches und europäisches Bank- und Kapitalmarktrecht, Band II, 3. Aufl. 2017, § 54 Rn. 65.

⁴⁹ *Ruffert* in: *Ehlers/Pünder* (Fn. 1) § 21 Rn. 31.

⁵⁰ Vgl. nur *Bumke* in: *Hoffmann-Riem/Schmidt-Aßmann/Voßkuhle*, Grundlagen des Verwaltungsrechts, Band II, 2. Aufl. 2012, § 35 Rn. 32 f.

⁵¹ BVerwGE 12, 87.

⁵² BVerwGE 12, 87.

gen eingewandt, dass man nicht auf „die Gefahrensituation Typhus“ abstellen dürfe, sondern jeden verhinderten Endviensalatverkauf in den Blick nehmen müsse. Unter diesem Gesichtspunkt handle es sich aber nicht mehr um eine Einzelfallregelung.⁵³

Bereitet schon ein räumlich begrenztes und zeitlich überschaubares Verkaufsverbot von Endviensalat derartige Schwierigkeiten, steht das bundesweite und zeitlich unbeschränkte Verbot von Finanzprodukten unter keinen guten Vorzeichen. Verwaltungsrechtliche Kritik ließ dementsprechend nicht lange auf sich warten. So zweifelte *Walla* die Rechtmäßigkeit von Allgemeinverfügungen an, die bestimmte ungedeckte Leerverkäufe und Kreditderivate („*Credit Default Swaps*“) untersagten.⁵⁴ *Gurlit* weist auf Indizien für eine generell-abstrakte Wirkung der Produktintervention hin, „*die weit über die Abwehr einer konkreten Gefahr hinausreicht, wie sie dem berühmten ‚Endviensalat-Fall‘ des BVerwG zugrunde lag*“.⁵⁵ Letztlich seien die Maßnahmen freilich aufgrund des dahingehenden gesetzgeberischen Willens als „*Allgemeinverfügungen sui generis*“ zulässig.⁵⁶

Zu dieser verwaltungsrechtlichen Diskussion kann hier nichts beigetragen werden; aus einem zivilrechtlichen Blickwinkel interessiert vielmehr allein der Umstand, dass sie überhaupt stattfindet. Hängt der Verbotsgesetzcharakter nach § 134 BGB unmittelbar von der verwaltungsrechtlichen Abgrenzung zwischen Rechtsverordnung und Verwaltungsakt ab, sollte es schließlich hellhörig machen, wenn im Verwaltungsrecht von diesbezüglich „*nach wie vor bestehende[r] Konfusion*“ die Rede ist.⁵⁷ In der zu § 134 BGB herrschenden Alles-oder-Nichts-Lösung liegen alles oder nichts dann nämlich mitunter verdächtig nahe beieinander, ohne dass klar wäre, warum etwa die Einstufung einer Gefahr als „gerade noch konkret genug“ für eine Allgemeinverfügung den Ausschlag geben sollte.

c) Zwischenbefund

Ausgehend vom eindeutigen Befund, dass der Wortlaut von § 134 BGB und Art. 2 EGBGB Verwaltungsakte nicht anspricht, haben sich damit erste Zweifel an der Sachgerechtigkeit dieser Lösung ergeben. Die Gültigkeit oder Nichtigkeit eines Vertrags wird danach nämlich teilweise durch diffizile und höchst umstrittene verwaltungsrechtliche Fragen determiniert. Dieser Ver-

⁵³ Eingehend *Laubinger* in: FS Rudolf, 2001, S. 305, 309 ff. m.w.N.; vgl. auch *Maurer/Waldhoff* (Fn. 27) § 9 Rn. 18.

⁵⁴ *Walla*, DÖV 2010, 853, 856 f.; vgl. auch *Gurlit*, ZHR 177 (2013), 862, 897.

⁵⁵ Assmann/Schneider/Müllbert/*Gurlit* (Fn. 14) § 15 WpHG Rn. 21.

⁵⁶ Assmann/Schneider/Müllbert/*Gurlit* (Fn. 14) § 15 WpHG Rn. 22.

⁵⁷ *Laubinger* in: FS Rudolf (Fn. 53) S. 305, 312.

zicht auf jegliche zivilrechtliche Handhabe ist umso bemerkenswerter, als sich die Abgrenzungsschwierigkeiten nur ergeben, weil sich Rechtsverordnung und Verwaltungsakt in ihren Einsatzfeldern erheblich ähneln können. Dass öffentlich-rechtliche Überschneidungen in diametrale zivilrechtliche Wirkungen münden, ist allerdings begründungsbedürftig.

d) Deliktsrechtlicher Ansatz: Konkretisierung

Insofern lohnt der Blick auf einen deliktsrechtlichen Parallelschauplatz, der sich aus § 823 Abs. 2 BGB ergibt. Danach wird bekanntlich Schadenersatzpflichtig, wer „gegen ein den Schutz eines anderen bezweckendes Gesetz verstößt.“ Da unter „Gesetz“ nach Art. 2 EGBGB wiederum „Rechtsnorm“ zu verstehen ist, stellt sich auch hier die Frage nach der Beachtlichkeit von Verwaltungsakten. Im Unterschied zu § 134 BGB haben sich Rechtsprechung und Lehre damit allerdings eingehend befasst.

Bereits das Reichsgericht musste sich nämlich wiederholt mit „Schutzverwaltungsakten“ auseinandersetzen.⁵⁸ Im Jahr 1909 bejahte es etwa die Haftung einer Ammoniakfabrikbetreiberin für durch verunreinigtes Wasser verursachte Schäden, weil die Betreiberin „wesentliche Bedingungen, unter welchen die Genehmigung zu ihrer Fabrikanlage erteilt war, nicht innehielt.“⁵⁹ Kurze Zeit später adressierte das RG das Problem auch ausdrücklich, umging es dabei allerdings durch einen verwaltungsrechtlichen Kunstgriff: Dämpfe eines Hüttenwerks hatten Bienenvölker des Klägers beschädigt, wobei die Haftung wegen der Verletzung einer Auflage auch auf § 823 Abs. 2 BGB gestützt wurde: „Wenn § 823 Abs. 2 BGB von Gesetzen spricht, so sind darunter jegliche Rechtsnormen zu verstehen (EGBGB Art. 2). Eine von der zuständigen Verwaltungsbehörde innerhalb der Grenzen ihrer Zuständigkeit ordnungsgemäß erteilte Genehmigung zu einem Gewerbebetrieb ist aber eine solche Rechtsverordnung.“⁶⁰ Die Genehmigung bzw. die darin erteilte Auflage als Rechtsverordnung zu qualifizieren, war nach *Schmiedel* freilich „auch für das juristische Bewußtsein zur Zeit der Urteilsfindung gänzlich haltlos.“⁶¹

Es bestand also ein erkennbares Bedürfnis nach der haftungsrechtlichen Berücksichtigung von Verwaltungsakten, dem die Rechtsprechung notfalls auf Biegen und Brechen nachkam.⁶² Die dogmatische Begründung dafür lieferte freilich erst die grundlegende Arbeit von *K. Schmidt*, die die Lehre von

⁵⁸ Vgl. den umfassenden Überblick bei *K. Schmidt* in: FS Zeuner, 1994, S. 259, 261 ff.

⁵⁹ RG JW 1909, 493.

⁶⁰ RG JW 1916, 38.

⁶¹ *Schmiedel*, Deliktsobligationen nach deutschem Kartellrecht, Band I, 1974, S. 49; vgl. auch *K. Schmidt* (Fn. 19) S. 366 f.

⁶² Vgl. die energische Kritik bei *Schmiedel* (Fn. 61) S. 47 ff.; *Bistrizki*, Vorausset-

der „Rechtsfolgenanordnung kraft Verfahrens“ entwickelte. Danach verbiete sich die Trennung von ermächtigendem Gesetz und konkretisierendem Verwaltungsakt: „*Das durch einen Verwaltungsakt ausgesprochene Ge- oder Verbot wird nicht ausschließlich ‚behördliches‘, die ihm zugrundeliegende Rechtsnorm nicht ausschließlich als Ermächtigung angesehen. Auch Tatbestände der ‚Verbietbarkeit‘ sind gesetzliche Verbote, nur eben ‚kraft Verfahrens‘ geltende Verbote*“.⁶³ Die ermächtigende Norm sei daher ein „gesetzlich ‚gestreckter Verbotstatbestand“.⁶⁴ Dieser Grundgedanke setzte sich in der Folge *grosso modo* durch.⁶⁵ Heute betrachtete man also nicht die Auflage an das Hüttenwerk als Schutzgesetz, sondern die dadurch konkretisierte Ermächtigungsnorm. Im Ergebnis führt dabei aber die Verletzung des Verwaltungsakts zur Haftung nach § 823 Abs. 2 BGB, was – ganz im Sinne *Kelsens* – die pragmatische Anknüpfung an jene Anordnung ermöglicht, die das „*Verhalten als gesollt statuiert*“.⁶⁶

3. Zwischenergebnis: Auslegungsspielraum

Während eine rechtsvergleichende und interdisziplinäre Einbettung Zweifel an der Sachgerechtigkeit der herrschenden Ansicht hervorruft, zeigt sich damit intradisziplinär, dass Art. 2 EGBGB der Berücksichtigung von Verwaltungsakten keineswegs abschließend entgegensteht. Im Deliktsrecht ist ihre haftungsbegründende Wirkung schließlich völlig anerkannt, weil die Figur

zungen für die Qualifikation einer Norm als Schutzgesetz im Sinne des § 823 Abs. 2 BGB, 1981, S. 11 ff.

⁶³ K. Schmidt (Fn. 19) S. 367; vgl. auch *dens.* in: FS Zeuner (Fn. 58) S. 259, 264 ff.

⁶⁴ K. Schmidt (Fn. 19) S. 368, der sich dabei der Formulierung bei Baumbach/Hefermehl/Hefermehl, Wettbewerbs- und Warenzeichenrecht, 8. Aufl. 1960, § 1 GWB Rn. 59 bedient; aus öffentlich-rechtlicher Sicht *Manssen* (Fn. 1) S. 278 ff.

⁶⁵ BGH 26.2.1993, V ZR 74/92 NJW 1993, 1580; *Marburger*, Die Regeln der Technik im Recht, 1979, S. 475; *Larenz/Canaris*, Lehrbuch des Schuldrechts, Band II/2, 13. Aufl. 1994, S. 433; *Soergel/Zeuner*, BGB, 12. Aufl. 1998, § 823 Rn. 286; *Staudinger/Hager*, BGB, 2009, § 823 Rn. G 10; *Spickhoff*, Gesetzesverstoß und Haftung, 1998, S. 78 ff.; *Soergel/Spickhoff*, BGB, 13. Aufl. 2005, § 823 Rn. 188 f.; *Brüggemeier*, Haftungsrecht: Struktur, Prinzipien, Schutzbereich, 2006, S. 536; *MünchKomm/Wagner*, BGB, 7. Aufl. 2017, § 823 Rn. 493 ff.; *BeckOGK/Spindler*, BGB, Stand 2019, § 823 Rn. 261 f.; *Ermann/Wilhelmi* (Fn. 18) § 823 Rn. 156; für Österreich *Karollus*, Funktion und Dogmatik der Haftung aus Schutzgesetzverletzung, 1992, S. 98 ff., der aus der Konkretisierungsthese allerdings die Konsequenz ableitet, dass fehlerhafte Verwaltungsakte nicht zur Haftungsbegründung taugen; überzeugend demgegenüber *K. Schmidt* in: FS Zeuner (Fn. 58) S. 259, 273 f.; *Spickhoff* (Fn. 65) S. 84 f.

⁶⁶ *Kelsen* in: FS Nipperdey (Fn. 34) S. 57, 69; siehe schon oben, II.2.a. Letztlich wird damit der Unterschied zwischen dem engen deutschen und dem breiten österreichischen Normverständnis eingeebnet.

des gesetzlich gestreckten Verbotstatbestands eine Verbindung des Verwaltungsakts mit der ihm zugrundeliegenden Norm ermöglicht. Da der Blick nicht mehr nur auf dem konkretisierenden Verwaltungsakt, sondern auch auf der konkretisierten Rechtsnorm liegt, wird der Gesetzesbegriff des § 823 Abs. 2 BGB erfüllt.

Dieses Konzept auf § 134 BGB zu übertragen, ist jedenfalls nicht *a limine* ausgeschlossen,⁶⁷ vielmehr wurde es durch *K. Schmidt* in einem umfassenden, nicht auf das Deliktsrecht beschränkten Zugang entwickelt.⁶⁸ Ist es demnach abstrakt durchaus vorstellbar, die Hürde des Art. 2 EGBGB zu überwinden, erscheint es auch nicht aussichtslos, der Frage nach dem Verbotsgesetzcharakter von Verwaltungsakten weiter nachzugehen. Dabei wird nicht verkannt, dass hinter der Haftung wegen Schutzgesetzverletzung und der Vertragsnichtigkeit wegen Gesetzesverstoß weitgehend unterschiedliche Wertungen stehen, weshalb sich eine vorschnelle Gleichbehandlung verbietet. Die relevanten Wertungen sind bislang freilich insgesamt offengeblieben; der innere Grund für die Beachtlichkeit von Rechtsverordnungen und die Unbeachtlichkeit von Verwaltungsakten nach § 134 BGB ist noch nicht deutlich geworden.

III. Wertungsprämissen und normativer Rahmen

1. Irrelevante Gesichtspunkte

Daran anknüpfend können zunächst zwei Gesichtspunkte als irrelevant abgeschichtet werden. Nicht entscheidend ist einerseits der Umstand, dass Verwaltungsakte im Gefüge der Staatsgewalten nicht der Legislative, sondern der Exekutive zuzuordnen sind. Dasselbe gilt schließlich für Rechtsverordnungen, die aber anerkanntermaßen zur Vertragsnichtigkeit führen können. Ein zivilrechtliches Misstrauen gegenüber der Verwaltung als solche ist daher auszuschließen.⁶⁹

Andererseits ist trotz aller konzeptioneller und verfahrensmäßiger Unterschiede zwischen Rechtsnormen – seien es Gesetze oder Rechtsverordnungen – und Verwaltungsakten anzuerkennen, dass sie sich in ihrer Wirkung für den Adressaten gleichen. Ob eine Rechtsverordnung oder ein bestandskräftiger Verwaltungsakt ein Verbot ausspricht, ändert schließlich nichts daran, dass der Adressat zur Einhaltung des Verbots verpflichtet ist und Gerichte und an-

⁶⁷ Vgl. die Andeutung bei *Cahn/Müchler*, BKR 2013, 45, 54; außerdem *Brenner*, Der privatrechtsgestaltende Verwaltungsakt im Regulierungsrecht, 2014, S. 274 ff.

⁶⁸ *K. Schmidt* (Fn. 19), S. 145 ff.; siehe noch unten, IV.3.g).

⁶⁹ Vgl. zum Deliktsrecht *Karollus* (Fn. 65), S. 106.

dere Behörden diesen Umstand respektieren müssen.⁷⁰ Für den Anbieter eines Finanzprodukts ist es insofern irrelevant, ob sein Produkt nach § 100 WpHG durch eine Rechtsverordnung, nach § 15 WpHG durch eine Allgemeinverfügung oder nach § 15 WpHG durch eine Einzelanordnung verboten wird. Er darf es in keinem dieser Fälle weiter anbieten. Spiegelbildlich steht die hoheitliche Missbilligung des verbotenen Geschäfts in jedem dieser Fälle fest.

2. Kein Anspruch auf verbotene Leistung

In jedem dieser Fälle ist dementsprechend auch ein Erfüllungsanspruch auf die verbotene Leistung ausgeschlossen. Andernfalls wäre ein Gericht schließlich dazu gezwungen, den beklagten Verbotsadressaten sehenden Auges zum Verstoß gegen die ihm hoheitlich auferlegte Pflicht zu verurteilen.⁷¹ Der Erfüllungsanspruch führte also letztlich zu einem Konflikt zwischen einer behördlichen und einer gerichtlichen Anordnung und damit offenkundig zu „etwas Sinnlose[m]“.⁷² Das Ausscheiden von auf verbotene Leistungen gerichteten Erfüllungsansprüchen ist daher völlig anerkannt. Niemand würde die Ansicht vertreten, dass ein Anleger auf Übertragung eines wie auch immer verbotenen Wertpapiers klagen könnte.

Unklar ist allein, aus welcher Norm dieses Ergebnis folgt. Eine mögliche Grundlage ist natürlich § 134 BGB. Die Verbotswidrigkeit führt danach zur Nichtigkeit des Vertrags, weshalb daraus keine Ansprüche abgeleitet werden können. Bei Verwaltungsakten wird die Anwendbarkeit von § 134 BGB aber gerade abgelehnt.

Dass trotzdem auch bei Verwaltungsakten Einigkeit hinsichtlich der verbotenen Erfüllung besteht, liegt am herrschenden Verständnis der leistungsstörungsrechtlichen Norm des § 275 Abs. 1 BGB. Danach ist der Anspruch auf Leistung bekanntlich ausgeschlossen, „soweit diese für den Schuldner oder für jedermann unmöglich ist.“ Die Unmöglichkeit kann sich dabei aus tatsächlichen oder aus rechtlichen Gründen ergeben,⁷³ weshalb – rechtliche –

⁷⁰ Ruffert in: Ehlers/Pünder (Fn. 1) § 22 Rn. 17 ff.; Erbguth/Guckelberger (Fn. 28) § 13 Rn. 3; Detterbeck, Allgemeines Verwaltungsrecht, 17. Aufl. 2019, Rn. 543 f. Siehe aber noch unten, IV.2.c., zu den unterschiedlichen Folgen der Rechtswidrigkeit der Anordnung.

⁷¹ Beater, AcP 197 (1997), 505, 505 f.; Jäpel, Rechtliche Unmöglichkeit und gesetzliches Verbot, 2014, S. 60 f.; F. Bydlinski in: FS Zöllner, 1998, S. 1029, 1043 Fn. 24; vgl. aus prozessualer Sicht Cabn, AcP 198 (1998), 35, 47 ff., 71.

⁷² So für Normenkonflikte Kelsen, Reine Rechtslehre, 2. Aufl. 1960, S. 210; vgl. auch Engisch, Die Einheit der Rechtsordnung, 1935, S. 46 ff.; F. Bydlinski, Juristische Methodenlehre und Rechtsbegriff, 2. Aufl. 2011, S. 463 f.; Jarass, VVDStRL 50 (1991), 238, 261; Potacs, Rechtstheorie, 2015, S. 124.

⁷³ Emmerich, Das Recht der Leistungsstörungen, 6. Aufl. 2005, § 3 Rn. 6; Brox/

Unmöglichkeit auch dann vorliegt, wenn der geschuldete Erfolg zwar herbeigeführt werden kann, aber nicht herbeigeführt werden darf.⁷⁴ Auch die Untersagung der Leistungserbringung durch Verwaltungsakt führt daher zur Anwendung von § 275 Abs. 1 BGB,⁷⁵ was das bereits angesprochene, über ein Kreditinstitut verhängte BaFin-Zahlungsverbot belegt. Der BGH verneinte die Zahlungsansprüche der Bankengläubiger nämlich wegen (vorübergehender) rechtlicher Unmöglichkeit der Erfüllung.⁷⁶

Selbst bei Gültigkeit des „verwaltungsaktswidrigen“ Vertrags wäre ein durchsetzbarer Anspruch auf die durch Verwaltungsakt verbotene Leistung also wegen rechtlicher Unmöglichkeit über § 275 Abs. 1 BGB ausgeschlossen.⁷⁷ Unter diesem Gesichtspunkt ist es im Ergebnis dementsprechend unerheblich, ob auch die Vertragsnichtigkeit nach § 134 BGB in Frage kommt.⁷⁸ Die Abgrenzung zwischen Vertragsgültigkeit bei rechtlicher Unmöglichkeit der Leistungserbringung und Nichtigkeit wegen Verbotswidrigkeit ist insofern nur von akademischem Interesse.

3. Nichtigkeit und rechtliche Unmöglichkeit: Rechtsfolgende Seite und Abgrenzung

Sie erübrigt sich dadurch freilich nicht, zumal der Gleichlauf nur den ausgeschlossenen Erfüllungsanspruch betrifft. Die vorgelagerte Frage, ob der Vertrag gültig oder nichtig ist, wirkt sich aber einerseits auf die Schadensersatz-

Walker, Allgemeines Schuldrecht, 43. Aufl. 2019, § 22 Rn. 4; Fikentscher/Heinemann, Schuldrecht, 11. Aufl. 2017, Rn. 392.

⁷⁴ MünchKomm/Ernst, BGB, 8. Aufl. 2019, § 275 Rn. 41, 43; Erman/H. P. Westermann (Fn. 18) § 275 Rn. 6; BeckOGK/Riehm, BGB, Stand 2020, § 275 Rn. 110 f.; Looschelders, Schuldrecht Allgemeiner Teil, 17. Aufl. 2019, § 21 Rn. 8.

⁷⁵ Staudinger/Caspers, BGB, 2019, § 275 Rn. 41; BeckOGK/Riehm (Fn. 74) § 275 Rn. 110.1; Pfeiffer, ZVglRWiss 2017, 438, 447 ff.

⁷⁶ BGHZ 197, 21; vgl. bereits RGZ 95, 20 zu einer „Bekanntmachung“ während des ersten Weltkriegs, wonach sämtliche produzierten Zuckerschnitzel an eine bestimmte Gesellschaft abzuführen waren, weshalb ein Liefervertrag nicht mehr erfüllt werden konnte. In RGZ 140, 378 hatte sich die Klägerin zum Abdruck des Rundfunkprogramms in einer Zeitschrift verpflichtet, was später allerdings durch „einen Beschluß der Reichsrundfunkgesellschaft“ verboten wurde. Das RG führte aus, dass es „einer vernünftigen Verkehrsauffassung entsprach“, den Abdruck zu unterlassen, weshalb die Klägerin „zur Leistung unvermögend“ wäre, was der Unmöglichkeit gleichzuhalten sei.

⁷⁷ Siehe auch Canaris, Gesetzliches Verbot und Rechtsgeschäft, 1983, S. 35, wonach dem Anspruch auf die verbotene Leistung die Einrede der Unzumutbarkeit nach § 242 BGB entgegenstehe.

⁷⁸ A.A. R. Kramer, Der Verstoß gegen ein gesetzliches Verbot und die Nichtigkeit von Rechtsgeschäften (§ 134 BGB), 1976, S. 84, 87 f.

zansprüche des Vertragspartners, andererseits auf die Rechtfertigung trotzdem erfolgter Vermögensverschiebungen aus.

Ist der Vertrag gültig, allerdings wegen anfänglicher rechtlicher Unmöglichkeit unerfüllbar (§§ 275 Abs. 1, 311a Abs. 1 BGB), hat der Gläubiger nach § 311a Abs. 2 BGB einen Schadensersatzanspruch auf das Erfüllungsinteresse, wenn der Schuldner das Leistungshindernis bei Vertragsabschluss kannte oder kennen musste. Dass sich der Schuldner damit an der Verletzung einer vertraglichen Pflicht festhalten lassen muss, obwohl der Verhaltensvorwurf gegen ihn im vorvertraglichen Bereich angesiedelt ist, wurde in der Literatur mitunter heftig kritisiert,⁷⁹ ist allerdings zu respektieren.⁸⁰ Ist der Vertrag nach § 134 BGB nichtig, kommt demgegenüber nur eine Haftung auf den Vertrauensschaden aus *culpa in contrahendo* in Betracht (§§ 280 Abs. 1, 241 Abs. 2, 311 Abs. 2 BGB), weil das Leistungsversprechen nie zustande gekommen ist.⁸¹ Dieser Unterschied wurde erst durch die Schuldrechtsmodernisierung in das Gesetz hineingetragen. Davor stand in beiden Fällen nur das negative Interesse zu, weil ein Vertrag auch bei anfänglicher Unmöglichkeit nichtig war.⁸² Insofern „*muss eine klarere Abgrenzung der Normbereiche gesucht werden als bisher*“.⁸³

Daneben ist es denkbar, dass der Vertrag trotz des Verbots tatsächlich erfüllt wird, womit sich die Frage nach dem Schicksal der Leistungen stellt. Das Unmöglichkeitensrecht hat diese Konstellation naturgemäß nicht vor Augen, sondern geht gerade davon aus, dass es nicht zur Erfüllung kommen kann. Sind die erbrachten Leistungen durch den konkreten Vertrag gerechtfertigt, scheidet eine Rückforderung jedenfalls aus.⁸⁴ Aufgrund eines nichtigen Vertrags erbrachte Leistungen unterliegen hingegen – vorbehaltlich eines Kondiktionsausschlusses nach § 817 BGB⁸⁵ – der bereicherungsrechtlichen Rückabwicklung.⁸⁶

⁷⁹ Vgl. vor allem *Altmeyden*, DB 2001, 1399, 1400 ff.; *Lobinger*, Die Grenzen rechtsgeschäftlicher Leistungspflichten, 2004, S. 286 ff.

⁸⁰ Eingehend *Canaris* in: FS Heldrich, 2005, S. 11, 16 ff., 23 ff.; *Käunicke*, Die Schadensersatzpflicht des Rückgewährschuldners wegen anfänglicher Unmöglichkeit, 2011, S. 63 ff.; *Jäpel* (Fn. 71) S. 85 ff.

⁸¹ MünchKomm/Ernst (Fn. 74) § 311a Rn. 25; BeckOGK/Herresthal, BGB, Stand 2019, § 311a Rn. 33; Staudinger/Sack/Seibl (Fn. 18) § 134 Rn. 143.

⁸² Vgl. §§ 306, 307, 309 BGB a.F.; *Windel*, ZGS 2003, 466, 471.

⁸³ *Windel*, ZGS 2003, 466, 471.

⁸⁴ Vgl. aber *Köhler*, JZ 2010, 767, 770, wonach die Erbringung der verbotenen Leistung nie zur Vertragserfüllung führe; nach Vertragsinhalt und Wissensstand der Parteien im Erfüllungszeitpunkt differenzierend *Jäpel* (Fn. 71) S. 138 ff.

⁸⁵ Dazu noch unten, IV.3.c).

⁸⁶ Sofern nicht schon die Verfügung nichtig ist; vgl. *Bork* (Fn. 18) Rn. 1099; *Wolf/Neuner*, Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts, 11. Aufl. 2016, § 45 Rn. 24 f.

Wie sich Verbotsnichtigkeit und rechtliche Unmöglichkeit angesichts dieser rechtsfolgenseitigen Unterschiede zueinander verhalten, wie die klare Abgrenzung der Normbereiche also gesucht werden soll, wird in der Literatur uneinheitlich beantwortet. Während *Metzger* die Annahme rechtlicher Unmöglichkeit insgesamt ablehnt, weil sich § 134 BGB sonst erübrige,⁸⁷ gehen *Köhler*⁸⁸ und *Jäpel*⁸⁹ von einem Vorrang der rechtlichen Unmöglichkeit aus, um Verträge weitestgehend aufrechtzuerhalten und den Ersatz des Erfüllungsinteresses nach § 311a BGB zu ermöglichen. Darauf wird noch zurückzukommen sein.⁹⁰ Demgegenüber prüft die herrschende Ansicht zuerst die Nichtigkeit nach § 134 BGB. Nur wenn sich daraus die Gültigkeit des Vertrags ergebe, komme rechtliche Unmöglichkeit in Betracht.⁹¹

4. Umfassende Ausrichtung am Verbotszweck

Für die demnach vorzunehmende Nichtigkeitsprüfung ist natürlich nicht nur die Verbotsform maßgebend. Vielmehr ist völlig anerkannt, dass sich nur anhand des konkreten Verbotszwecks bestimmen lässt, ob – und gegebenenfalls wie – sich ein Verbot auf widersprechende Rechtsgeschäfte auswirken soll. *Armbrüster* spricht insofern treffend von einem Gebot der Einzelbetrachtung, weil sich eine „als Schema zu handhabende Formel“ nicht aufstellen lasse.⁹² Welche Folgen ein Verbot hat, ist daher eine ganz verbotspezifische Frage.⁹³

Einige Grundlinien haben sich dabei allerdings herausgebildet. So sind bloße Ordnungsvorschriften, die nur die äußeren Umstände eines Rechtsgeschäfts betreffen, unbeachtlich, während Inhaltsverbote, die gerade den Vertragsinhalt und die dadurch herbeigeführten Folgen missbilligen, zur Nichtigkeit führen.⁹⁴ Im Lichte dessen hindert das LadSchlG die Wirksamkeit ei-

⁸⁷ *Metzger*, Nichtigkeit und Wirksamkeit von Geschäften in der Schattenwirtschaft, 1996, S. 82 f.

⁸⁸ *Köhler*, JZ 2010, 767, 770; *ders.*, JuS 2010, 665, 666 f.; zustimmend MünchKomm/*Armbrüster* (Fn. 18) § 134 Rn. 126.

⁸⁹ *Jäpel* (Fn. 71) S. 150, im Einzelnen nach Fallgruppen differenzierend S. 75 ff.

⁹⁰ Unten, IV.3.e).

⁹¹ *Canaris*, JZ 2001, 499, 506; *Löwisch* in: FS Wiedemann, 2002, S. 311, 325 f.; *Staudinger/Caspers* (Fn. 75) § 275 Rn. 44; *MünchKomm/Ernst* (Fn. 74) § 275 Rn. 43; *BeckOGK/Riehm* (Fn. 74) § 275 Rn. 111; *Staudinger/Feldmann*, BGB, 2018, § 311a Rn. 62 ff.; *BeckOGK/Vossler* (Fn. 17) § 134 Rn. 111; *Looschelders* (Fn. 74) § 21 Rn. 8; vgl. auch *Erman/H. P. Westermann* (Fn. 18) § 275 Rn. 6; teilweise abweichend *Windel*, ZGS 2003, 466, 472.

⁹² MünchKomm/*Armbrüster* (Fn. 18) § 134 Rn. 49.

⁹³ Kritisch *Seiler* in: GedS Martens, 1987, S. 719, 729 ff.

⁹⁴ Siehe auch *Bork* (Fn. 18) Rn. 1094 zu Vornahmeverboten, bei denen sich eine

nes nach Ladenschluss eingegangenen und abgewickelten Kaufvertrags nicht, weil der Vertragsinhalt neutral ist und die Nichtigkeit den bezweckten Arbeitnehmerschutz nicht effektiviert.⁹⁵ Demgegenüber ist die ohne Zustimmung des Schuldners erfolgte Abtretung ärztlicher Honoraransprüche nach § 134 BGB nichtig, weil die ärztliche Schweigepflicht (§ 203 Abs. 1 Nr. 1 StGB) die damit verbundene Informationsweitergabe gerade verbietet.⁹⁶

Die Stoßrichtung des Inhaltsverbots kann dabei wiederum erheblich variieren: die ärztliche Schweigepflicht schützt Patienten in ihrer Persönlichkeitssphäre; der gesetzliche Urlaubsanspruch (§ 1 BUrtG) stellt die Erholung des Arbeitnehmers sicher und steht einer Abgeltungsvereinbarung daher entgegen;⁹⁷ das Verbot der Mietpreisüberhöhung (§ 5 WiStrG) ist eine Mieterschutzvorschrift;⁹⁸ das Verbot wettbewerbsbeschränkender Vereinbarungen (§ 1 GWB) sorgt für funktionierende Märkte; das Verbot der Steuerhinterziehung (§ 370 AO) dient fiskalen Interessen. Teilweise wird damit ein Vertragspartner (Urlaub, Mietpreis) oder ein Dritter (Schweigepflicht) geschützt, teilweise geht es um Allgemeininteressen (Kartellverbot, Steuerhinterziehung); teilweise richtet sich das Verbot gegen beide Parteien (das Kartellverbot trifft alle beteiligten Kartellanten), teilweise nur gegen eine (nur der Arzt unterliegt der Schweigepflicht).

Diese Unterschiede schlagen sich schließlich auch in den Rechtsfolgen nieder.⁹⁹ Während etwa wettbewerbsbeschränkende Vereinbarungen insgesamt verpönt und daher völlig unwirksam sind,¹⁰⁰ wird die vollständige Nichtigkeit dem Verbotszweck sonst nicht immer gerecht. Fiele der Mietvertrag aufgrund der von § 5 WiStrG missbilligten überhöhten Miete gänzlich dahin, verlöre der Mieter dadurch schließlich seine Wohnung. Viel eher entspricht es daher dem gesetzlichen Anliegen, die Miete auf eine ortsübliche Höhe zu reduzieren.¹⁰¹ Wie flexibel die konkreten Rechtsfolgen dabei im Einzelnen ge-

missbilligte Verhaltensweise in der Vornahme eines Rechtsgeschäfts manifestiert. So ist die Hehlerei (§ 259 StGB) nicht aufgrund des Inhalts des Kaufvertrags verboten, sondern weil die Kaufsache gestohlen ist.

⁹⁵ Flume, Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts, Band II, 4. Aufl. 1992, S. 347; Medicus/Petersen, Allgemeiner Teil des BGB, 11. Aufl. 2016, Rn. 650; Bork (Fn. 18) Rn. 1096; Wolf/Neuner (Fn. 86) § 45 Rn. 16 f.

⁹⁶ BGHZ 115, 123; BGH 5.12.1995, X ZR 121/93 NJW 1996, 775; MünchKomm/Armbrüster (Fn. 18) § 134 Rn. 54.

⁹⁷ LSG Hessen 8.2.1990, L 1/8/Kr 1359/88SG BeckRS 1990, 30973440.

⁹⁸ BGHZ 89, 316.

⁹⁹ Vgl. Bork (Fn. 18) Rn. 1111 ff.; Cabn, JZ 1997, 8, 16.

¹⁰⁰ Ist die Absprache noch genehmigungsfähig, wird freilich schwebende Unwirksamkeit befürwortet; vgl. Pütz, NJW 2004, 2199, 2200 f.; MünchKomm/Armbrüster (Fn. 18) § 134 Rn. 121.

¹⁰¹ MünchKomm/Armbrüster (Fn. 18) § 134 Rn. 124 m.w.N.

handhabt werden dürfen, ist freilich umstritten,¹⁰² was sich in weiterer Folge noch verdeutlichen wird.¹⁰³

5. Zusammenfassung

Der größere Zusammenhang, in dem sich das Problem der Beachtlichkeit von Verwaltungsakten nach § 134 BGB stellt, ist von Gewissheiten also genauso geprägt wie von Streitfragen und Einzelfallbetrachtung. Fest steht die öffentlich-rechtliche Pflichtenlage des Verbotsadressaten und der daraus folgende Entfall von Erfüllungsansprüchen, die mit dem Verwaltungsakt kollidieren würden. Ob der Grund für diesen Entfall in der Vertragsnichtigkeit (§ 134 BGB) oder in der rechtlichen Unmöglichkeit der Leistungserbringung (§ 275 Abs. 1 BGB) liegt, ist dabei allerdings unklar, obwohl sich daran sehr wohl rechtsfolgenseitige Konsequenzen knüpfen. Die vor diesem Hintergrund nach herrschender Auffassung vorrangig durchzuführende Nichtigkeitsprüfung ist stets am Zweck des konkreten Verbots auszurichten. Zum besseren Verständnis soll daher auch die Beachtlichkeit von Verwaltungsakten nach § 134 BGB nunmehr anhand eines konkreten Verbots untersucht werden. Dazu dient die insofern exemplarische Produktintervention.

IV. Am Beispiel der Produktintervention

1. Inhaltsverbot

Das Produktinterventionsrecht (Art. 42 MiFIR) erlaubt der BaFin, die Vermarktung, den Vertrieb oder den Verkauf bestimmter Finanzprodukte zu verbieten oder zu beschränken, wenn diese Produkte Bedenken für den Anlegerschutz aufwerfen oder eine Gefahr für das Funktionieren des Finanzmarkts darstellen. Es handelt sich damit um eine Kompetenz zum Erlass von Inhaltsverboten, was sich an den bereits erlassenen Maßnahmen besonders deutlich zeigt:¹⁰⁴ Binäre Optionen und Differenzgeschäfte sind derart spekulative und gefährliche Vertragsgestaltungen, dass Kleinanleger damit nicht in

¹⁰² Vgl. etwa *Hager*, Gesetzes- und sittenkonforme Auslegung und Aufrechterhaltung von Rechtsgeschäften, 1983, S. 145 ff. einerseits und *Zimmermann*, Richterliches Moderationsrecht oder Totalnichtigkeit?, 1979, S. 113 ff.; *dens.*, AcP 184 (1984), 505, 507 ff. andererseits.

¹⁰³ Unten, IV.3.

¹⁰⁴ Die weite Ermächtigungsgrundlage des Art. 42 MiFIR würde freilich auch andere Verbote zulassen, kann doch etwa auch „eine Form der Finanztätigkeit oder -praxis“ untersagt werden (Art. 42 Abs. 1 lit. b MiFIR).

Berührung kommen sollen. In der von der Behörde ausgemachten Gefahrensituation werden diese Verträge also gerade aufgrund der damit angestrebten Folgen missbilligt, was die Nichtigkeitsfolge nahelegen würde.¹⁰⁵

2. Verwaltungsakt als einseitiges Verbot

a) Allgemeine Sonderstellung einseitiger Verbote

Gleichzeitig spricht der Verwaltungsakt nur ein einseitiges Verbot aus; die Einzelanordnung nach § 35 S. 1 VwVfG ist schließlich jedenfalls nur an individuell bestimmte Personen adressiert und auch die Allgemeinverfügung nach § 35 S. 2 VwVfG richtet sich nur an die Aufsichtsunterworfenen, nicht an die Anleger. Materiell entspricht das der Lage bei Rechtsnormen, die inhaltlich nur eine Partei betreffen. So *„richtet sich das Verbot der unerlaubten Rechtsberatung evidentermaßen nur gegen den Berater und nicht auch gegen den Beratenen.“*¹⁰⁶ Genauso ist der Abschluss eines Differenzgeschäfts nur dessen Anbieter untersagt.

Zurückgehend auf die Motive zum 1. BGB-Entwurf wird derart einseitigen Verboten verbreitet eine Sonderstellung eingeräumt: *„Der Regel nach wird anzunehmen sein, daß der Vertrag als solcher in einem derartigen Falle nicht ungültig ist.“*¹⁰⁷ Seit RGZ 60, 273 hält die Rechtsprechung daran insofern fest, als Nichtigkeit beim einseitigen Verstoß nur im Ausnahmefall angenommen werden dürfe, dass die Aufrechterhaltung der durch das Rechtsgeschäft getroffenen Regelung mit dem Sinn und Zweck des Verbotsgesetzes unvereinbar wäre.¹⁰⁸ Obwohl die Aussagekraft dieses Dogmas sehr beschränkt ist, zumal die Nichtigkeit stets am Sinn und Zweck des Verbotsgesetzes auszurichten ist,¹⁰⁹ macht es sich in der Rechtsprechung mitunter bis heute bemerkbar.¹¹⁰

Seiner Wertungsgrundlage widmete sich vor allem *Canaris*: *„Welche Wertung liegt also der Maxime zugrunde, daß Nichtigkeit nach § 134 BGB grundsätzlich nur bei beiderseitigem Gesetzesverstoß eintritt? Doch wohl die Über-*

¹⁰⁵ Siehe oben, I.2.; außerdem noch unten, IV.3.a) und IV.4.a).

¹⁰⁶ *Canaris* (Fn. 77) S. 10 zu § 1 RBERG a.F.; zum nunmehr in Geltung stehenden RDG vgl. MünchKomm/*Armbrüster* (Fn. 18) § 134 Rn. 100 ff.

¹⁰⁷ Motive zu dem Entwurf eines Bürgerlichen Gesetzbuches für das Deutsche Reich, Band I, 1888, S. 210.

¹⁰⁸ RGZ 60, 273; 100, 39; 102, 292; 104, 105; BGHZ 46, 24; 65, 368; 78, 263; 118, 142; 159, 334; BGH 22.3.1990, IX ZR 117/88 NJW-RR 1990, 948; siehe auch *Schricker*, Gesetzesverletzung und Sittenverstoß, 1970, S. 64.

¹⁰⁹ Etwa *Staudinger/Sack/Seibl* (Fn. 18) § 134 Rn. 35, 75 m.w.N.

¹¹⁰ Vgl. etwa OLG Hamm 10.12.2009, I-2 U 111/09 VersR 2010, 609.

legung, daß man einer Partei, die nicht selbst gegen das Gesetz verstoßen hat, nicht ohne weiteres die Ansprüche aus dem Rechtsgeschäft nehmen kann.“¹¹¹ Die Benachteiligung einer Person, die sich völlig regelkonform verhalten hat, ist schließlich begründungsbedürftig. Bei durch Verwaltungsakt ausgesprochenen Verboten wiegen diese Bedenken noch schwerer als bei Rechtsnormen, weil der materiellen Vergleichbarkeit erhebliche Unterschiede im Verfahren gegenüberstehen.

b) Mögliche individuelle Bekanntgabe

So sind Einzelanordnungen (§ 35 S. 1 VwVfG) individuell bekannt zu geben (§ 41 Abs. 1 VwVfG), nur bei Zulassung durch eine Rechtsvorschrift ist auch die öffentliche Bekanntgabe möglich (§ 41 Abs. 3 S. 1 VwVfG). Zusätzlich dürfen Allgemeinverfügungen (§ 35 S. 2 VwVfG) auch bei Untunlichkeit der individuellen Bekanntgabe öffentlich bekannt gemacht werden (§ 41 Abs. 3 VwVfG), was bei einem offenen Adressatenkreis regelmäßig der Fall ist.¹¹² Rechtsverordnungen als dem Verwaltungsakt am nächsten stehende Rechtsnormen werden demgegenüber stets öffentlich verkündet (Art. 82 Abs. 1 GG).¹¹³

Dieser mögliche Unterschied könnte für das Strukturproblem relevant sein, weil nicht in jedem Fall sichergestellt ist, dass der Vertragspartner des Verbotsadressaten Kenntnis vom – durch Verwaltungsakt ausgesprochenen – Verbot erlangen kann. Er hat sich dann nicht nur regelkonform verhalten, sondern hatte nicht einmal die abstrakte Möglichkeit, sich selbständig über den Verbotsverstoß des anderen Teils zu informieren. Vielmehr ist er auf Aufklärung durch seinen Vertragspartner angewiesen, was umso unerfreulicher ist, als die Bereitschaft zur Information über den eigenen Verbotsverstoß regelmäßig gering sein wird. Dass die Parteien von der Verbotswidrigkeit wissen, ist im Rahmen des § 134 BGB zwar keine grundsätzliche Voraussetzung, kann sich allerdings im Einzelfall auf die Nichtigkeitsprüfung auswirken.¹¹⁴ Bei Verstößen gegen das SchwarzArbG wird etwa durchaus berücksichtigt, ob der Werkbesteller von der fehlenden Eintragung des Unternehmers in die Handwerksrolle oder vom fehlenden Gewerbeschein wusste. Seiner Schutzwürdigkeit bei Unwissenheit wird nämlich durch die Aufrechterhaltung des Vertrags Rechnung getragen, die ihm etwa – durch befugte Dritte zu

¹¹¹ *Canaris* (Fn. 77) S. 22 f.; vgl. auch *dens.* in: FS Steindorff, 1990, S. 519, 531; Soergel/*Hefermehl* (Fn. 17) § 134 Rn. 15; schon früh *Erlanger*, LZ 1932, Sp. 943, 944.

¹¹² Vgl. *Stelkens/Bonk/Sachs/Stelkens*, VwVfG, 9. Aufl. 2018, § 41 Rn. 152 ff.

¹¹³ Vgl. auch § 2 VkBkmG; *Maurer/Waldhoff* (Fn. 27) § 13 Rn. 13.

¹¹⁴ *MünchKomm/Armbrüster* (Fn. 18) § 134 Rn. 128 m.w.N.

erfüllende – Gewährleistungsansprüche sichert.¹¹⁵ Ganz allgemein ist für die Annahme von Nichtigkeit bei einseitigen inhaltlichen Verbotsverstößen nach *Canaris* entscheidend, dass der Verbotsverstoß „*nicht auf irgendwelchen verborgenen Tatumständen beruht, sondern aus dem Rechtsgeschäft selbst hervorgeht*“. Der andere Teil wirke daher zwangsläufig am Verbotsverstoß mit, den er auch ohne weiteres erkennen könne.¹¹⁶ Individuell bekanntgegebene Verwaltungsakte bleiben aber sehr wohl verborgen.

Im Rahmen der Produktintervention sind derart „geheime“ und aus diesem Grund problematische Verbote freilich ausgeschlossen, weil Art. 42 Abs. 5 MiFIR die nationalen Behörden zur Veröffentlichung aller Interventionsmaßnahmen verpflichtet.¹¹⁷ Bloß individuelle Bekanntgabe ist also gerade nicht erlaubt, weshalb der Anleger stets die Möglichkeit hat, sich über das Verbot zu informieren. Aus diesem Blickwinkel ist es dementsprechend unerheblich, ob das Verbot als Einzelanordnung, Allgemeinverfügung oder Rechtsverordnung ergeht.

c) Fehlerkalkül und Verfahrensbeteiligung

Während auch Rechtsverordnungen mitunter materiell einseitige Verbote aussprechen und auch Verwaltungsakte teilweise öffentlich bekanntgemacht werden, ergeben sich aus der Ausgestaltung des Fehlerkalküls und aus den Rechtsschutzmöglichkeiten indes jedenfalls erhebliche Unterschiede zwischen diesen Formen: Fehlerhafte und damit rechtswidrige Rechtsverordnungen sind völlig nichtig und für Behörden, Gerichte und Bürger unbeachtlich,¹¹⁸ fehlerhafte Verwaltungsakte sind demgegenüber grundsätzlich wirksam (§§ 43 ff. VwVfG).¹¹⁹ Zivilgerichte sind daher zur inzidenten Prüfung von Rechtsverordnungen befugt und dürfen sie im Fall der Rechtswidrigkeit – die ja zur Nichtigkeit führt – nicht anwenden.¹²⁰ Verwaltungsakte können im Zi-

¹¹⁵ BGHZ 89, 369; BGH 20.12.1984, VII ZR 388/83 NJW 1985, 2403 (krit. *Canaris*); *Bork* (Fn. 18) Rn. 1119 m.w.N.; ähnlich für Österreich *Iro*, JBl 1987, 1, 8 f.

¹¹⁶ *Canaris* (Fn. 77) S. 23.

¹¹⁷ Die MiFIR schreibt die Veröffentlichung auf der Website der Behörde vor. Nach § 17 Abs. 2 FinDAG sind Allgemeinverfügungen der BaFin stets auf deren Internetseite öffentlich bekannt zu geben.

¹¹⁸ *Sachs* in: Hoffmann-Riem/Schmidt-Aßmann/Voßkuhle (Fn. 50) § 31 Rn. 76; *Erbguth/Guckelberger* (Fn. 28) § 25 Rn. 9; *Maurer/Waldhoff* (Fn. 27) § 13 Rn. 17.

¹¹⁹ *Ruffert* in: Ehlers/Pünder (Fn. 1) § 22 Rn. 1; *Maurer/Waldhoff* (Fn. 27) § 10 Rn. 72. Absolute Nichtigkeit tritt nur bei offensichtlichen, besonders schwerwiegenden Fehlern ein (§ 44 VwVfG).

¹²⁰ BVerfGE 1, 184 = NJW 1952, 497. Rechtsverordnungen sind nach ständiger Rechtsprechung des BVerfG vom konkreten Normenkontrollverfahren nach Art. 100 Abs. 1 GG ausgeschlossen; der Gefahr der Rechtsunsicherheit aufgrund divergierender

vilprozess demgegenüber nicht nachgeprüft werden, vielmehr sind Gerichte an bestandskräftige Verwaltungsakte gebunden.¹²¹ Der Rechtsschutz findet ausschließlich im Verwaltungsverfahren und im Verwaltungsprozess statt.

Aus der Einseitigkeit des Verbots kann sich bei Verwaltungsakten damit auch eine Einseitigkeit des rechtlichen Gehörs ergeben, weil sich die benachteiligte, „gesetzestreue“ Partei in der Regel nicht am Verwaltungsverfahren und -prozess beteiligen kann. Nach § 42 Abs. 2 VwGO sind Widerspruch und Anfechtungsklage gegen den Verwaltungsakt nämlich nur statthaft, wenn der Widerspruchsführer bzw. Anfechtungskläger durch den Verwaltungsakt möglicherweise in seinen Rechten verletzt ist.¹²² Auf Adressaten des Akts trifft das regelmäßig zu,¹²³ bei Dritten fällt die Begründung indes schwerer. Nach der dafür verbreitet herangezogenen Schutznormtheorie wäre mit dem BVerwG zu ermitteln, ob der Verstoß gegen eine Vorschrift geltend gemacht wird, „die den von ihrem Regelungsgehalt Betroffenen nach dem in ihr enthaltenen Entscheidungsprogramm zu schützen bestimmt ist“.¹²⁴ Insofern handelt es sich um eine Frage des Einzelfalls, wobei *Gurlit* für die Produktintervention davon ausgeht, dass Anleger eine Maßnahme, „die sie am Erwerb des Finanzinstruments hindert und folglich einen mittelbaren Eingriff in die allgemeine Handlungsfreiheit darstellt“, nicht anfechten können. Die Interventionsgrundlagen seien nämlich nicht als individuelle Schutznormen konzipiert.¹²⁵ Zwar müsste sich dieser Befund gerade mit Blick auf die Anleger-schutzintervention auch vor deren wirkmächtigem unionsalen Hintergrund bewähren, was hier nicht vertieft werden soll.¹²⁶ Jedenfalls zeigen sich aber die engen Grenzen, die das Verwaltungs(prozess)recht der Bekämpfung von

gerichtlicher Entscheidungen werde durch die Möglichkeit der abstrakten Kontrolle nach Art. 93 Abs. 1 Nr. 2 GG auf Antrag der Bundesregierung, einer Landesregierung oder eines Viertels der Mitglieder des Bundestags vorgebeugt; vgl. BVerfGE 1, 184 = NJW 1952, 497; BVerfGE 17, 208; 31, 357; Dreier/Wieland, Grundgesetz-Kommentar, 3. Aufl. 2018, Art. 100 Rn. 17. Allgemein zu den verschiedenen Rechtsschutzmöglichkeiten gegen Rechtsverordnungen etwa *Maurer/Waldhoff* (Fn. 27) § 13 Rn. 18 ff.

¹²¹ Etwa *Rosenberg/Schwab/Gottwald*, Zivilprozessrecht, 18. Aufl. 2018, § 14 Rn. 38; Stein/Jonas/Althammer, ZPO, Band IV, 23. Aufl. 2018, § 322 Rn. 299.

¹²² Etwa *Erbguth/Guckelberger* (Fn. 28) § 20 Rn. 8, 20.

¹²³ „Adressatentheorie“; vgl. BVerwG 21.8.2003, 3 C 15/03 NJW 2004, 698; *Detterbeck* (Fn. 70) Rn. 1352.

¹²⁴ BVerwG 27.9.2018, 7 C 23/16 NVwZ 2019, 163; vgl. auch BVerwGE 117, 93; *Erbguth/Guckelberger* (Fn. 28) § 9 Rn. 5 m.w.N.

¹²⁵ Assmann/Schneider/Müllbert/*Gurlit* (Fn. 14) § 15 WpHG Rn. 29, die freilich von der Gültigkeit produktverbotswidriger Verträge ausgeht (Rn. 31); vgl. auch *Lercara/Kittner*, RdF 2018, 100, 108; Schwark/Zimmer/*Lehmann/Zetzsche* (Fn. 16) § 15 WpHG Rn. 69.

¹²⁶ Zur Klagebefugnis bei Verletzung unionsrechtlich gewährter Rechte vgl. BVerwGE 147, 312; *Saurer*, Der Einzelne im europäischen Verwaltungsrecht, 2014, S. 375 ff.;

Verwaltungsakten durch Dritte steckt. Nämhe ein Verwaltungsakt dem anderen Vertragspartner den Vertrag, käme dieser dagegen regelmäßig weder vor dem Zivilgericht noch vor der Verwaltungsbehörde oder dem Verwaltungsgericht an.

d) Folgerungen

Die aufgrund der potenziellen Benachteiligung der anderen, „gesetzestreu“ Partei ganz allgemein bestehende Skepsis gegenüber der Vertragsnichtigkeit bei Verstößen gegen einseitige Verbote verdichtet sich also zusätzlich, wenn das Verbot per Verwaltungsakt ausgesprochen wird. Einerseits macht es dessen individuelle Bekanntgabe dem Vertragspartner nämlich mitunter unmöglich, Kenntnis vom Verbot zu erlangen, was ein entsprechend größeres Schutzbedürfnis schafft. Andererseits könnte die Nichtigkeit zu einer verfassungsrechtlichen Schlagseite führen, wenn und weil weder das Zivilgericht noch der Vertragspartner die Rechtmäßigkeit des Verwaltungsakts überprüfen (lassen) kann. Dieser prozessuale Gesichtspunkt erweitert und erhärtet *Canaris'* Bedenken, wonach man einer gesetzestreuem Partei nicht ohne weiteres die Ansprüche aus dem Rechtsgeschäft nehmen könne.¹²⁷ Im Unterschied zur individuellen Bekanntgabe, die nach Art. 42 Abs. 5 MiFIR ausscheidet, trägt er auch bei der Produktintervention.

Trotz der sohin begründeten Ressentiments gegen die Nichtigkeitsfolge von einseitigen Verböten und trotz der hartnäckigen Aufrechterhaltung dieses Dogmas durch die Rechtsprechung wird es in der Lehre mittlerweile freilich einhellig als solches abgelehnt,¹²⁸ was nicht zuletzt auf *Canaris* selbst zurückgeht. Wie stets, sei eine dogmatische Präzisierung nämlich nur durch die Herausarbeitung von Fallgruppen möglich.¹²⁹ Diese Rückbesinnung ist umso wesentlicher, als § 134 BGB verschiedenste Verböte aus der ganzen Rechtsordnung in das Zivilrecht übersetzt und die Notwendigkeit einer Einzelbetrachtung daher völlig anerkannt ist.¹³⁰ Letztlich laufen darauf sowohl der ge-

Guckelberger, Deutsches Verwaltungsprozessrecht unter unionsrechtlichem Anpassungsdruck, 2017, S. 44 ff.; *Erbguth/Guckelberger* (Fn. 28) § 9 Rn. 9 m.w.N.

¹²⁷ *Canaris* (Fn. 77) S. 22 f.

¹²⁸ *Soergel/Hefermehl* (Fn. 17) § 134 Rn. 15; *Mayer-Maly* in: FS Hefermehl, 1976, S. 103, 104; *Wolf/Neuner* (Fn. 86) § 45 Rn. 18 f.; *Bork* (Fn. 18) Rn. 1105, 1116; *Staudinger/Sack/Seibl* (Fn. 18) § 134 Rn. 35, 75; *MünchKomm/Armbriüster* (Fn. 18) § 134 Rn. 48; *R. Kramer* (Fn. 78) S. 35; *Hager* (Fn. 102) S. 85; *Canaris*, ÖBA 1990, 882, 892; *Cahn/Müchler*, BKR 2013, 45, 54; rechtsvergleichend *Kötz*, *RabelsZ* 58 (1994), 209, 221 ff.

¹²⁹ *Canaris* (Fn. 77) S. 20.

¹³⁰ Siehe oben, III.4.

richtliche Stehsatz, wonach nur bei Unvereinbarkeit des Rechtsgeschäfts mit dem Sinn und Zweck des Verbotsgesetzes ausnahmsweise Nichtigkeit wegen einseitiger Verbote in Frage komme,¹³¹ als auch das Verständnis der Lehre hinaus: Die Nichtigkeitsfolge kann nur anhand des jeweiligen Verbots bestimmt werden. Dass sich das Verbot einseitig gegen eine Vertragspartei richtet, ist dabei nicht mehr und nicht weniger als ein Wertungsgesichtspunkt.

Vor diesem Hintergrund müssen auch die zusätzlichen Bedenken, die sich bei Verwaltungsakten aus dem Verfahrensrecht ergeben, nicht zwingend zu deren Unbeachtlichkeit nach § 134 BGB führen. Vielmehr liegt darin ebenfalls nur ein Wertungsgesichtspunkt, der sich nicht in jedem Fall auswirkt. Das veranschaulicht gerade die Produktintervention, die dem Anleger- oder dem Funktionsschutz dienen kann. Auf diese Differenzierung und die sich daraus ergebenden Konsequenzen für die Frage der Nichtigkeit wegen „Verwaltungsaktswidrigkeit“ ist nunmehr weiter einzugehen.

3. Intervention aus Anlegerschutzgründen

a) Vermögensschutz durch Nichtigkeit

Zunächst ist die BaFin zum Verbot von Finanzinstrumenten berechtigt, die „erhebliche Bedenken für den Anlegerschutz“ aufwerfen (Art. 42 Abs. 2 lit. a Nr. i MiFIR). *Nomen est omen* – und wie gesagt –,¹³² sollen Anleger vor besonders gefährlichen Produkten geschützt werden, indem ihnen die Anlageentscheidung dahingehend abgenommen wird; absolut nachteilige¹³³ Investments stehen nicht zur Wahl. Dieser Ansatz schlägt sich in der Delegierten Verordnung der Kommission nieder, die die Eingriffsbefugnis näher determiniert und dabei unter anderem auf die Komplexität und Transparenz der Produktgestaltung, den Umfang der Risiken, die Qualifikation, den Bildungsstand und die Erfahrung der Kunden, ihre wirtschaftliche Situation und ihre finanziellen Ziele (etwa Altersvorsorge oder Eigenheimfinanzierung) abstellt.¹³⁴ Insgesamt kommt die Intervention also umso eher in Betracht, je gefährlicher das Produkt und je verletzlicher die betroffene Anlegergruppe ist. Da sich Gefährlichkeit und Verletzlichkeit beim Vertrieb von binären Optionen und Differenzgeschäften an Kleinanleger in den Augen der BaFin typischerweise unerwünscht aufschaukeln, erließ sie entsprechende Verbote.¹³⁵

¹³¹ Oben, IV.2.a).

¹³² Oben, I.2.

¹³³ *Grigoleit*, ZHR 177 (2013), 264, 305.

¹³⁴ Art. 21 Abs. 2 Delegierte VO (EU) 2017/567.

¹³⁵ Siehe schon oben, I.2.

Im Ergebnis wird dabei selbstverständlich nicht allein der Umstand missbilligt, dass bestimmte Finanzkontrakte oder Wertpapiere in Verkehr gebracht und Anleger zu Parteien dieser Kontrakte und Inhabern dieser Papiere werden. Aus einer Anlegerschutzperspektive interessiert vielmehr ausschließlich das damit verbundene Verlustrisiko, also der drohende finanzielle Nachteil. Kleinanleger sollen weder Gefahr laufen, ihr Investment in binäre Optionen auf einen intransparenten Schlag zu verlieren, noch durch den Abschluss eines Differenzgeschäfts eine unberechenbar und potenziell unbegrenzt hohe Schuld eingehen. Derartigen Verlusten will die Anlegerschutzintervention vorbeugen; es handelt sich um ein einseitiges Verbot zum Schutz des Vermögens des Vertragspartners.

Für den betroffenen Anleger lässt sich dieser Schutz freilich nur zivilrechtlich verwirklichen. Hat der Anbieter einmal gegen das Verbot verstoßen, führen öffentlich-rechtliche Instrumente – insbesondere die Bestrafung des Anbieters – für den Anleger schließlich nicht weiter. Die Nichtigkeit des Geschäfts würde demgegenüber die Zahlungsverweigerung und Rückabwicklung ermöglichen und so sicherstellen, dass Verluste nicht vom Anleger zu tragen sind. Der Verbotszweck wäre dadurch verwirklicht. Neben dem fehlenden Rechtsnormcharakter von Verwaltungsakten wird dagegen allerdings sowohl ein spezifisch kapitalmarktrechtlicher als auch ein allgemeiner Einwand vorgebracht.

b) Entgegenstehender Wille des Kapitalmarktgesetzgebers

Aus kapitalmarktrechtlicher Sicht werden auch historische Gründe gegen die Nichtigkeit produktverbotswidriger Verträge angeführt. Im Zuge der Schaffung von § 4b WpHG a.F., der das Interventionsrecht der BaFin bereits im Vorgriff zur MiFIR verankerte und durch deren Inkrafttreten abgelöst wurde, hatte der Bundesrat nämlich empfohlen, die Nichtigkeit zur „*effizienten Durchsetzung der Maßnahmen sowie zur Erreichung eines ausreichenden Verbraucherschutzniveaus*“ ausdrücklich zu normieren. Andernfalls liefen mögliche Produktinterventionen schließlich leer, weil verwaltungsaktswidrige Verträge nach allgemeinen Regeln wirksam seien.¹³⁶ Im weiteren Gesetzgebungsverfahren wurde dieser Vorschlag allerdings durch die Bundesregierung verworfen und „*im Interesse der Rechtssicherheit bewusst auf die Anordnung einer Nichtigkeitsfolge*“ verzichtet.¹³⁷

¹³⁶ BR-Drucks. 638/14, S. 20; zustimmend *Möllers/Kastl*, NZG 2015, 849, 854; vgl. auch *Klingenbrunn*, WM 2015, 316, 322; *Gläßner* (Fn. 16) S. 348.

¹³⁷ BT-Drucks. 18/3994, S. 81.

Letztlich machte der Bundesrat den Anlegern damit unfreiwillig ein Danaergeschenk. Seine grundvernünftige Empfehlung, die klare Stoßrichtung der Anlegerschutzintervention gegen das enge Verständnis des gesetzlichen Verbots nach § 134 BGB abzusichern, verfehlte nicht nur die erhoffte Wirkung,¹³⁸ sondern hatte sogar den entgegengesetzten Effekt. Sie führte zu einer die Nichtigkeit insgesamt ablehnenden Stellungnahme in den Materialien. In der Folge knüpfte die Lehre daran an, die weitgehend annimmt, dass die Nichtigkeit von der Produktintervention gerade nicht bezweckt sei.¹³⁹ Demnach würde es auf die Grundsatzfrage der Beachtlichkeit von Verwaltungsakten nach § 134 BGB gar nicht mehr ankommen.

Für den Zweck der vorliegenden Untersuchung ist dieser Einwand vernachlässigbar, weil er das Strukturproblem unberührt lässt. Allerdings heißt es nicht nur dieser Zweck, von den Materialien abzuweichen. Insgesamt wäre der Beweis für die Behauptung, der Verzicht auf die Nichtigkeitsanordnung fördere die Rechtssicherheit, nämlich noch zu führen. Genauso könnte schließlich umgekehrt angenommen werden, dass der – mit den Feinheiten der Dogmatik des § 134 BGB typischerweise nicht vertraute – Rechtsverkehr gerade mit der Unwirksamkeit von Verträgen rechnet, die ausdrücklich verboten sind. Im Rahmen der Anlegerschutzintervention ist diese Frage aber ohnehin fehl am Platz, weil hier evident nicht die Rechtssicherheit, sondern der Anleger im Zentrum steht. Entsprechend dieser – unionsrechtlich vorgegebenen¹⁴⁰ – Ausrichtung ist allein maßgebend, ob die Nichtigkeit in seinem Interesse liegt; die Interessen des verbotswidrig handelnden Anbieters treten genauso zurück wie jene beliebiger Dritter, die sich zum Gebilde des Kapitalmarkts zusammenfassen ließen. Da Anleger vor Verlusten geschützt werden sollen, wäre die Nichtigkeitsfolge insofern konsequent.

¹³⁸ Vgl. *F. Schäfer* in: FS Schwintowski (Fn. 16) S. 345, 353.

¹³⁹ Vgl. *Frisch* in: FS Bamberger, 2017, S. 71, 88; *Gerding*, BKR 2017, 441, 444; *Buck-Heeb*, BKR 2017, 89, 94; *Assmann/Schneider/Mülbelt/Gurlit* (Fn. 14) § 15 WpHG Rn. 31.

¹⁴⁰ § 4b WpHG a.F. war freilich nicht unionsrechtlich determiniert. Dass sich die Materialien nur auf diesen autonomen Zeitraum beziehen sollten, ist allerdings unwahrscheinlich, weil die Norm im Einklang mit der – damals noch nicht anwendbaren – MiFIR und allfälligen Durchführungrechtsakten angewendet werden sollte, vgl. BT-Drucks. 18/3994, S. 53. Zum Problem der Auslegung im Überschussbereich, der durch die nationale Erweiterung des Anwendungsbereichs des Interventionsrechts entstanden ist, siehe allgemein etwa *Mayer/Schürmbrand*, JZ 2004, 545; *Perner*, EU-Richtlinien und Privatrecht, 2012, S. 124 ff.; speziell zum Bank- und Kapitalmarktrecht *Buck-Heeb*, WM 2020, 157, 158 ff.

c) *Drohende Benachteiligung des Anlegers und rechtsfolgende Bewältigung*

Weiterführend ist demgegenüber der strukturelle Einwand, den für die Produktintervention vor allem *Cahn/Müchler* vorgebracht haben: „Im Hinblick auf das Ziel des Anlegerschutzes spricht gegen eine durchgängige Vertragsnichtigkeit, dass Anleger dadurch im Einzelfall die Vorteile des Rechtsgeschäfts genommen würden.“¹⁴¹ Gleichsam holt damit *Canaris*‘ Arbeit zum einseitigen Verbot des Kapitalmarktrecht ein. Dient das einseitige Verbot dem Schutz des anderen Teils, kann sich die Nichtigkeit danach nämlich „leicht gegen den Geschützten kehren, weil sie ihn nicht nur von den Nachteilen befreit, sondern ihm auch dessen Vorteile nimmt.“¹⁴² Härten aus einem Verbot, das die betroffene Partei nicht verletzt hat, das gerade diese Partei schützen soll und das sie im Fall der Anordnung durch Verwaltungsakt regelmäßig nicht einmal kennen und bekämpfen kann,¹⁴³ erschienen endgültig ungerechtfertigt. Der Wegfall des Vertrags wäre dementsprechend kontraproduktiv, wenn die geschützte Partei dadurch „Steine bekäme statt Brot“.¹⁴⁴

Unter diesem Gesichtspunkt hängt die Sachgerechtigkeit der Nichtigkeitsfolge von der Entwicklung des verbotenen Finanzprodukts ab. Da der Anleger Gewinne behalten und Verluste vermeiden will, wäre die Nichtigkeit bei positiver Entwicklung des Produkts nachteilig, bei negativer Entwicklung vorteilhaft. Die Gültigkeit einer *All-or-Nothing Option* wäre insofern etwa danach zu beurteilen, ob sie in Richtung „all“ oder in Richtung „nothing“ ausschlägt. Darin läge vor dem Hintergrund der Anlegerschutzintervention auch nichts Anstößiges: Ihr Verbotszweck erfordert die Nichtigkeit nur, wenn der Anleger benachteiligt ist, sonst besteht kein Schutzbedürfnis. Aus der Berücksichtigung der Position des Anbieters ergeben sich dagegen ebenfalls keine Bedenken. Gewinne des Anlegers entsprechen schließlich der vertraglich vorgenommenen Risikoverteilung, der Schutz vor Verlusten entspricht der klaren, an den Anbieter adressierten und durch diesen verletzten Interventionsmaßnahme.¹⁴⁵ Es wäre insofern widersinnig, könnte der Anbie-

¹⁴¹ *Cahn/Müchler*, BKR 2013, 45, 54; zustimmend *Gläßner* (Fn. 16) S. 348; *Gerding*, BKR 2017, 441, 444.

¹⁴² *Canaris* (Fn. 77) S. 28 f.; vgl. auch *dens.*, NJW 1985, 2404.

¹⁴³ Siehe oben, IV.2.

¹⁴⁴ *Fikentscher*, Wirtschaftsrecht, Band II, 1983, S. 270 zu Kartellfolgeverträgen.

¹⁴⁵ Insofern lässt sich auch der Präventionsgedanke für die Nichtigkeit anführen; vgl. *Gläßner* (Fn. 16) S. 348; allgemein etwa *Lindacher*, AcP 173 (1973), 124, 129 f.; *MünchKomm/Armbrüster* (Fn. 18) § 134 Rn. 119; vgl. aber *C. Schäfer*, AcP 202 (2002), 397, 403 ff.

ter etwa eine Nachschussforderung aus einem Differenzgeschäft unter Hinweis darauf geltend machen, dass sich das Geschäft immerhin auch vorteilhaft für den Anleger entwickeln hätte können und daher gültig sei.¹⁴⁶ Der Anleger hat vielmehr jedes Recht zum Rosinenpicken.¹⁴⁷

Fraglich ist allein, ob – und gegebenenfalls wie – sich dieses Anliegen dogmatisch umsetzen lässt. Die Befürchtung, der Anbieter könnte einen bereits im Vermögen des Anlegers verwirklichten Gewinn kondizieren, wird jedenfalls durch das Bereicherungsrecht abgeschwächt. § 817 S. 2 BGB schließt die Kondition nämlich aus, wenn dem Leistenden ein Gesetzesverstoß anzulasten ist.¹⁴⁸ Dabei müssen freilich auch subjektive Voraussetzungen vorliegen,¹⁴⁹ die im Einzelnen umstritten sind. Teilweise wird Bewusstsein des Leistenden von der Gesetzwidrigkeit gefordert,¹⁵⁰ teilweise ein leichtfertiges Verschließen vor den die Gesetzwidrigkeit begründenden Umständen oder vor der Einsicht in den Verstoß.¹⁵¹ Anbieter verbotener Produkte – bzw. die ihnen zurechenbaren Vertreter¹⁵² – werden diese subjektiven Anforderungen zwar in aller Regel erfüllen; gerade unter Anlegung des strengeren Maßstabs erscheint das allerdings nicht gesichert, sodass die Konditionssperre nicht zwingend greift.¹⁵³ Bereicherungsrechtlich lässt sich das Problem schon deshalb nicht abschließend lösen.

Im umgekehrten Fall, dass der Anleger den Profit erst noch fordern muss, führt das Bereicherungsrecht außerdem endgültig nicht weiter. Totalnichtig-

¹⁴⁶ Vgl. die Überlegung von *Canaris*, NJW 1985, 2404, 2405 zu Schwarzarbeiterverträgen; *Beckmann*, Nichtigkeit und Personenschutz, 1998, S. 401.

¹⁴⁷ Vgl. *Beckmann* (Fn. 146) S. 152 f., der die Favorisierung als Reflex des bestehenden Schutzbedürfnisses begreift; a.A. *Gerding*, BKR 2017, 441, 444.

¹⁴⁸ BGHZ 50, 90; *Koppensteiner/Kramer*, Ungerechtfertigte Bereicherung, 1975, S. 74; *BeckOK/Wendehorst*, BGB, 52. Aufl. 2019, § 817 Rn. 11, 15; zur umstrittenen Wertungsgrundlage etwa *Honsell*, Die Rückabwicklung sittenwidriger oder verbotener Geschäfte, 1974, S. 58 ff.; *Reuter/Martinek*, Ungerechtfertigte Bereicherung, 1983, S. 203 ff.; *Canaris* in: FS Steindorff (Fn. 111) S. 519, 523 ff. Der Zweck der Anlegerschutzintervention stützt die Konditionssperre zusätzlich; vgl. zur Berücksichtigung des Verbotszwecks etwa *Fabricius*, JZ 1963, 85; *Weyer*, WM 2002, 627, 629 ff.; *Münch-Komm/Armbrüster* (Fn. 18) § 134 Rn. 132.

¹⁴⁹ A.A. *Reuter/Martinek* (Fn. 148) S. 212 f.; gegen diese *Canaris* in: FS Steindorff (Fn. 111) S. 519, 526.

¹⁵⁰ RGZ 127, 276; BGHZ 50, 90.

¹⁵¹ BGH 23.2.2005, VIII 129/04 NJW 2005, 1490; 10.10.2012, 2 StR 591/11 NJW 2013, 401; *BeckOK/Wendehorst* (Fn. 148) § 817 Rn. 16 m.w.N.

¹⁵² OLG Saarbrücken 17.8.2016, 1 U 159/14 BeckRS 2016, 16273; *BeckOK/Wendehorst* (Fn. 148) § 817 Rn. 17.

¹⁵³ Vgl. *Reuter/Martinek* (Fn. 148) S. 212; *Canaris* in: FS Steindorff (Fn. 111) S. 519, 534.

keit würde diesen Anspruch ausschließen, was das befassende Gericht amtsweilig wahrzunehmen hätte und der Anbieter einwenden könnte.¹⁵⁴

Mithin wandert der Blick zurück zu § 134 BGB selbst, wonach gesetzwidrige Rechtsgeschäfte nichtig sind, „wenn sich nicht aus dem Gesetz ein anderes ergibt.“ Dass es bei der dabei zunächst naheliegenden Dichotomie von Gültigkeit und Totalnichtigkeit nicht bleibt,¹⁵⁵ sondern auch eine passgenauere Abstimmung der Rechtsfolgen auf den Verbotszweck möglich ist, ist mittlerweile grundsätzlich anerkannt. Die Reduktion der gesetzwidrig überhöhten Miete (§ 5 WiStrG) auf das ortsübliche Maß wurde bereits erwähnt,¹⁵⁶ im fehlerhaften Arbeits- und Gesellschaftsverhältnis sollen die Nichtigkeitsfolgen weitgehend nur *ex nunc* greifen,¹⁵⁷ und für nach § 1 GWB verbotene, aber noch genehmigungsfähige wettbewerbsbeschränkende Absprachen wird von schwebender Unwirksamkeit ausgegangen.¹⁵⁸ Vieles kann also „ein anderes“ im Sinne des § 134 BGB sein; das herkömmliche Nichtigkeitsverständnis,¹⁵⁹ zu dem die Gesetzesverfasser noch davon ausgingen, dass es „in der Wissenschaft feststehe und deshalb einer eingehenden Definition nicht bedürfe“,¹⁶⁰ hat über die Jahre an Facetten gewonnen.¹⁶¹ Vor diesem Hintergrund besteht aber keine Notwendigkeit zur Kapitulation vor Nachteilen, die dem Anleger aus der Vertragsnichtigkeit drohen könnten. Vielmehr ist dem Zweck der Anlegerschutzintervention auf Ebene des § 134 BGB rechtsfolgenrechtlich zu entsprechen, um derartige Nachteile zu vermeiden. Dafür könnten verschiedene Ansätze fruchtbar gemacht werden.

¹⁵⁴ Zur Rolle von § 242 BGB noch unten, IV.3.f).

¹⁵⁵ Vgl. *Deinert*, Zwingendes Recht, 2002, Rn. 105.

¹⁵⁶ Siehe oben, III.4.

¹⁵⁷ BGHZ 53, 152; BeckOGK/*Vossler* (Fn. 17) § 134 Rn. 91 ff.; *Staudinger/Sack/Seibl* (Fn. 18) § 134 Rn. 121 ff., 128 ff. m.w.N.

¹⁵⁸ *Pütz*, NJW 2004, 2199, 2200 f.; *MünchKomm/Armbrüster* (Fn. 18) § 134 Rn. 121.

¹⁵⁹ So *Cahn*, JZ 1997, 8, 9.

¹⁶⁰ *Mugdan*, Die gesammten Materialien zum Bürgerlichen Gesetzbuch für das Deutsche Reich, Band I, 1899, S. 726; die Kommission für die 2. Lesung befürwortete damit die Streichung der in den Motiven angeregten Definition des Nichtigkeitsbegriffs (S. 472). Zur vorangegangenen Entwicklung *H. Hübner* in: FS Wieacker, 1978, S. 399 ff.

¹⁶¹ Vgl. *H. Hübner* in: FS Wieacker (Fn. 160) S. 399, 406 ff.; *U. Hübner* in: FS H. Hübner, 1984, S. 487, 487 f.; *Damm*, JZ 1986, 913, 914 f.; *Flume* (Fn. 95) S. 346 ff.; *Krampe*, AcP 194 (1994), 1, 18 ff.; *Cahn*, JZ 1997, 8, 11 ff.; *Beckmann* (Fn. 146) S. 4 f.; *Staudinger/Sack/Seibl* (Fn. 18) § 134 Rn. 86 f.; *Bork* (Fn. 18) Rn. 1112.

d) *Halbseitige Teilnichtigkeit*

Speziell für einseitige Verbote, die dem Schutz des anderen Teils dienen, entwickelte *Canaris* in einer „*kühne[n] Modifikation der Rechtsfolgen*“¹⁶² die sogenannte halbseitige Teilnichtigkeit: Die geschützte Partei behalte ihre vertraglichen Ansprüche, hafte ihrerseits aber nur auf die ungerechtfertigte Bereicherung, sofern nicht ohnehin die Konditionssperre des § 817 S. 2 BGB greife;¹⁶³ ungerechtfertigt sei dabei die unentgeltliche Nutzung der Leistung des Vertragspartners.¹⁶⁴

Diese anhand des Mietwuchers entwickelte und vor allem an Schwarzarbeiterverträgen erprobte Lösung lässt sich freilich nicht nahtlos auf die gegenständlichen Finanzanlagegeschäfte übertragen. Die ungerechtfertigte Bereicherung des Anlegers, der ein Differenzgeschäft abgeschlossen hat, könnte sich schließlich nur aus dem Umstand ergeben, dass er im Fall einer aus seiner Sicht negativen Entwicklung des Basiswerts nicht leisten muss, während der Anbieter bei entgegengesetzter Wertentwicklung sehr wohl zur Zahlung verpflichtet ist. Die unentgeltliche Nutzung einer Leistung des Anbieters im herkömmlichen Sinn findet ja nicht statt. Dieses aus dem modifizierten Geschäft folgende risikolose Gewinnpotenzial – etwa in (sehr) loser Anlehnung an die Berücksichtigung des Versicherungsschutzes bei der Rückabwicklung von Versicherungsverträgen¹⁶⁵ – als bereicherungsrechtlich relevanten Vorteil anzusehen, scheidet aber spätestens daran, dass sich das Potenzial gerade aus dem Anlegerschutzverbot rechtfertigt.

Anders als in Fällen des Mietwuchers, wo die halbseitige Teilnichtigkeit letztlich das verpönte hohe Entgelt auf den bereicherungsrechtlich bestimmten Vorteil herabsetzt,¹⁶⁶ und anders als beim Schwarzarbeitervertrag, wo die Verdrängung des Werklohnanspruchs durch Bereicherungsansprüche vor allem präventiv wirken soll,¹⁶⁷ müsste die halbseitige Teilnichtigkeit beim exemplarischen Differenzgeschäft also zum Entfall sämtlicher Ansprüche des

¹⁶² *Canaris* (Fn. 77) S. 28.

¹⁶³ *Canaris* (Fn. 77) S. 28 ff.; *ders.*, NJW 1985, 2404, 2404 f.; *ders.* in: FS Steindorff (Fn. 111) S. 519, 530 ff.; zustimmend *Neumann*, Geltungserhaltende Reduktion und ergänzende Auslegung von Allgemeinen Geschäftsbedingungen, 1988, S. 51 ff.; vor allem aus bereicherungsrechtlicher Sicht kritisch *H. Roth*, ZHR 153 (1989), 423, 430 f.; *Cahn*, JZ 1997, 8, 13 f.; *Köhler*, JZ 1990, 466, 467; *ders.*, JZ 2010, 767, 769; *Staudinger/Sack/Seibl* (Fn. 18) § 134 Rn. 97, 112 f.

¹⁶⁴ *Canaris* (Fn. 77) S. 32; vgl. auch *MünchKomm/Armbrüster* (Fn. 18) § 134 Rn. 126.

¹⁶⁵ Etwa BGHZ 201, 101.

¹⁶⁶ *Canaris* (Fn. 77) S. 30; vgl. auch *dens.* in: FS Steindorff (Fn. 111) S. 519, 530 ff. zu Lohnwucher und Kartellfolgeverträgen.

¹⁶⁷ *Canaris*, NJW 1985, 2404, 2405.

Anbieters führen. Daran muss man sich zwar nicht stören, zumal diese Konsequenz bereits aufgrund der möglichen Sperre des § 817 S. 2 BGB im Raum steht; der (halbseitige) Verweis auf das Bereicherungsrecht nimmt eben in Kauf, dass sich aus dem Bereicherungsrecht nichts ergibt. Ob die halbseitige Teilnichtigkeit derartige Fälle tatsächlich vor Augen hat und ob dem Zweck der Anlegerschutzintervention durch den – im Einzelnen unsicheren – bereicherungsrechtlichen Verweis am besten gedient ist, ist allerdings zweifelhaft.

e) *Rechtliche Unmöglichkeit*

Im Schrifttum wurden freilich auch andere Wege zum Schutz des Geschützten aufgezeigt. *Köhler*¹⁶⁸ und *Jäpel*¹⁶⁹ verweisen dabei auf das Institut der rechtlichen Unmöglichkeit: Wie erwähnt,¹⁷⁰ steht der Vertragswirksamkeit seit der Schuldrechtsmodernisierung nicht entgegen, dass der Schuldner wegen anfänglicher rechtlicher Unmöglichkeit nicht zu leisten braucht (§§ 311a Abs. 1, 275 Abs. 1 BGB). Da der Gläubiger in diesem Fall ebenfalls nicht leisten muss (§ 326 Abs. 1 S. 1 BGB), er eine bereits erbrachte Gegenleistung zurückfordern kann (§ 326 Abs. 4 BGB) und der Schuldner überdies auf das Erfüllungsinteresse haftet, wenn er das Leistungshindernis kannte oder kennen musste (§ 311a Abs. 2 BGB), werde dem Schutzzweck einseitiger Verbote durch das Leistungsstörungsrecht hinreichend entsprochen. Insofern ergebe sich daher „ein anderes“ als die Nichtigkeit nach § 134 BGB.¹⁷¹ Die Aufrechterhaltung des Vertrags bei rechtlich unmöglicher Leistungserbringung werde dem Verbot besser gerecht.

¹⁶⁸ *Köhler*, JZ 2010, 767, 770; *ders.*, JuS 2010, 665, 666 f.; zustimmend MünchKomm/Armbrüster (Fn. 18) § 134 Rn. 126. Nach *Armbrüster* liege ein Vorteil dieser Lösung gegenüber der halbseitigen Teilnichtigkeit darin, dass dem Gläubiger kein Anspruch zuerkannt werde, den der Schuldner ohne Gesetzesverstoß nicht erfüllen könnte. Freilich kommen Erfüllungsansprüche auch bei halbseitiger Teilnichtigkeit nur dann in Betracht, wenn legale Erfüllung nach dem Vertragsinhalt möglich ist. So haben Schwarzarbeiter Gewährleistungsansprüche etwa durch befugte Dritte zu erfüllen; vgl. oben, Fn. 115. Ist die legale Erfüllung nach dem Vertragsinhalt nicht möglich, weil sich der Schwarzarbeiter etwa zur höchstpersönlichen Erbringung verpflichtet hat, müsste der Anspruch des Gläubigers auch bei halbseitiger Teilnichtigkeit an § 275 Abs. 1 BGB scheitern. Im Ausschluss der verbotenen Erfüllung liegt daher kein relevanter Wertungsgesichtspunkt, siehe schon oben III.2.

¹⁶⁹ *Jäpel* (Fn. 71) S. 33 ff., der freilich dahingehend differenziert, ob die Parteien vom Verbotsverstoß wussten; wussten beide Parteien davon, liege eine Unrechtsvereinbarung vor, die von der Rechtsordnung nicht geduldet werden müsse und daher nichtig sei.

¹⁷⁰ Siehe schon oben, III.2. und III.3.

¹⁷¹ Eingehend *Jäpel* (Fn. 71) S. 100 ff.

Auch dieser Ansatz erscheint im vorliegenden Zusammenhang allerdings nicht zielführend. Produktverbote betreffen nämlich nicht nur die Vertragsdurchführung – etwa die Übertragung von Wertpapieren –, sondern untersagen regelmäßig bereits den Vertragsabschluss. Die von der BaFin verbotenen binären Optionen und Differenzgeschäfte werden etwa nicht aufgrund eines Vertrags geleistet, sondern stehen für bestimmte Vertragsgestaltungen, sind also selbst der Vertrag. Das primäre Ordnungsanliegen der rechtlichen Unmöglichkeit, gerichtlich durchsetzbare Ansprüche auf Verbotenes zu vermeiden,¹⁷² kommt dementsprechend kaum zum Tragen. Ein Anspruch auf Abschluss eines Differenzgeschäfts könnte sich schließlich nur aus einem entsprechenden Vorvertrag ergeben und wäre damit ein Ausnahmefall.¹⁷³ Was die Anlegerschutzintervention demgegenüber tatsächlich missbilligt, vermag die rechtliche Unmöglichkeit nicht zu erfassen.¹⁷⁴ Den Abschluss spekulativer Geschäfte und darauf gegründete Zahlungsansprüche des Anbieters gegen den Anleger verhindert sie nicht, Zahlungsansprüche des Anlegers gegen den Anbieter sollen gar nicht verhindert werden.

Schließlich relativiert sich auch der Vorteil der Haftung auf das Erfüllungsinteresse nach § 311a Abs. 2 BGB, weil der Anleger nur dann so stehen möchte, wie er bei ordnungsgemäßer Abwicklung des Geschäfts stünde, wenn sich das Investment gut entwickelt hätte. Geht es – wie bei binären Optionen und Differenzgeschäften – ausschließlich um Geld, deckt sich das Erfüllungsinteresse dann ohnehin mit dem Erfüllungsanspruch: Der Anleger kann die Auszahlung des Gewinns fordern. Entwickelt sich das Investment demgegenüber schlecht, hat der Anleger gar kein Erfüllungsinteresse. Vielmehr hat das verbotene Geschäft in diesem Fall gerade zu den Verlusten geführt, vor denen die Anlegerschutzintervention schützt. Der Anleger wäre daher so zu stellen, wie er stünde, hätte er nicht in das verbotene Produkt investiert, womit sich der Kreis schließt. Eine Grundlage dafür bietet nämlich nicht § 311a Abs. 2 BGB, sondern kann in der Haftung auf den Vertrauensschaden aus *culpa in contrahendo* liegen.¹⁷⁵ Nichtigkeit entspricht dem Anlegerschutzverbot insofern auch aus haftungsrechtlicher Perspektive.¹⁷⁶

¹⁷² Vgl. Jäpel (Fn. 71) S. 60 f.

¹⁷³ Zum Vorvertrag etwa Staudinger/Bork, BGB, 2015, Vorbem. zu §§ 145–156 Rn. 51 ff.

¹⁷⁴ Überzeugend BeckOGK/Riehm (Fn. 74) § 275 Rn. 112, wonach die Rechtsfolge der rechtlichen Unmöglichkeit nur angemessen sei, wenn die Rechtsordnung nicht das wirtschaftliche Ziel des Vertrags insgesamt missbilligt, sondern lediglich die Erfüllung der konkreten Leistungspflicht.

¹⁷⁵ Siehe zur Haftung beim Abschluss nichtiger Verträge schon oben, III.3.

¹⁷⁶ Die Interventionsmaßnahme selbst soll im Schadensersatzrecht nach herrschender Auffassung nur eine Aufklärungspflicht begründen. Die Pflichtverletzung des An-

f) Relative Nichtigkeit

Rechtliche Unmöglichkeit führt also nicht weiter, die Übertragbarkeit des Konzepts der halbseitigen Teilnichtigkeit ist zweifelhaft. Während die Nichtigkeit dem Anleger im Verlustfall zugutekommt, droht daher weiterhin der gleichzeitige Wegfall seiner Gewinnchance: Der Anbieter könnte kondizieren oder Ansprüchen des Anlegers die Totalnichtigkeit entgegenhalten; Gerichte müssten die Nichtigkeit auch amtswegig wahrnehmen. Obwohl die Anlegerschutzintervention nur den Anleger schützt, könnte dadurch auch der Anbieter profitieren.

Zunehmend werden derartige Konsequenzen durch eine Differenzierung dahingehend vermieden, wer sich auf den Verbotsverstoß berufen kann. Einen Ausgangspunkt dafür bietet die Rechtsprechung, die die grundsätzlich angenommene absolute Nichtigkeitsfolge mitunter nach den Grundsätzen von Treu und Glauben (§ 242 BGB) korrigiert:¹⁷⁷ Ein Heilpräparate vertreibendes Unternehmen durfte gegenüber seinem Handelsvertreter nicht einwenden, dass die abgeschlossene Vereinbarung über die Durchführung von Werbeveranstaltungen aufgrund eines gewerberechtlichen Gesetzesverstoßes nichtig war, und musste daher das Entgelt leisten;¹⁷⁸ ein „Baubetreuer“ durfte seine Verpflichtung aus einem „Nachbarschaftshilfe-Vertrag“ nicht unter Hinweis darauf bestreiten, dass der beiden Parteien bewusst gewesene Verstoß gegen das SchwarzArbG zur Vertragsnichtigkeit führe;¹⁷⁹ ein Werkunternehmer durfte Gewährleistungsansprüchen des Bestellers nicht entgegenhalten, dass der Vertrag wegen einer Ohne-Rechnung-Abrede nichtig sei.¹⁸⁰ Vor diesem Hintergrund wäre es denkbar, dem Anbieter eines Differenzgeschäfts die Berufung auf die Nichtigkeit als rechtsmissbräuchlich zu untersagen, womit zumindest ausgeschlossen wäre, dass Ansprüche des Anlegers am Nichtigkeits einwand des Anbieters scheitern. Die Rechtsprechung betonte freilich stets

bieters könne – m.E. nicht überzeugend – nicht direkt aus dem Verbotsverstoß abgeleitet werden, weil das Anlegerschutzverbot nur bestimmte Anlegergruppen, nicht aber den konkret betroffenen Anleger schütze; vgl. etwa *Gerding*, BKR 2017, 441, 444 f.; *Gläßner* (Fn. 16) S. 350 f., jeweils m.w.N. Allgemein zum „Individualschutz als Instrument des Funktionenschutzes“ etwa *Mülbert*, ZHR 177 (2013), 160, 172 f., 177.

¹⁷⁷ Vgl. *Lüke/Zawar*, JuS 1970, 205, 207; *Singer*, Das Verbot widersprüchlichen Verhaltens, 1993, S. 149 ff.; *Köhler*, JuS 2010, 665, 670; *Staudinger/Sack/Seibl* (Fn. 18) § 134 Rn. 111; *MünchKomm/Armbrüster* (Fn. 18) § 134 Rn. 130; *BeckOK/Wendtland* (Fn. 17) § 134 Rn. 22.

¹⁷⁸ BGHZ 53, 152.

¹⁷⁹ BGHZ 85, 39; vgl. nunmehr aber BGHZ 198, 141, wo die Berufung auf § 242 BGB nicht mehr zugelassen wurde.

¹⁸⁰ BGHZ 176, 198; kritisch dazu *Armbrüster*, JZ 2008, 1006, 1007 f.; *Abrens*, LMK 2018, 266104.

den Ausnahmecharakter dieser Einschränkung, die nicht zur Aushöhlung des Nichtigkeitsurteils führen dürfe.¹⁸¹ Nichtigte Verträge sollten nicht „auf dem Umweg über den Grundsatz von Treu und Glauben im praktischen Ergebnis wieder Wirksamkeit erlangen.“¹⁸² Tatsächlich ist der korrigierende Eingriff ja nur notwendig, wenn das Ergebnis der vorgelagerten Nichtigkeitsprüfung nicht überzeugt. Insofern liegt es nahe, für die Bestimmung der Nichtigkeitsfolgen schon an dieser vorgelagerten Ebene anzusetzen.

Während *Canaris* dazu die verschiedenen vertraglichen Ansprüche in den Blick nahm,¹⁸³ treten vor allem *U. Hübner* und *Beckmann* für eine personale Einschränkung der Nichtigkeitsfolgen bei einseitigen, den anderen Teil schützenden Verboten ein. Der konsequenteste Weg sei die Anerkennung einer relativen Nichtigkeit.¹⁸⁴ Nur die Partei, deren Schutz das Verbot bezweckt, kann sich demnach auf die Nichtigkeit berufen; weder der Vertragspartner noch das Gericht kann sie aufgreifen.¹⁸⁵ Da es somit in der Hand des Geschützten liegt, ob er den zivilrechtlichen Schutz des Verbotsgesetzes beansprucht, ist seine Benachteiligung ausgeschlossen. Er kann sich wahlweise auf den Vertrag berufen und Ansprüche daraus geltend machen oder unter Hinweis auf die Nichtigkeit seine Leistung verweigern bzw. kondizieren.¹⁸⁶ International ist dieser Zugang im Übrigen weitgehend etabliert. In Österreich wird seit jeher zwischen absoluter und relativer Nichtigkeit unterschied-

¹⁸¹ Eingehend *Beckmann* (Fn. 146) S. 215 ff., 235 ff.

¹⁸² BGH 23.1.1981, I ZR 40/79 NJW 1981, 1439; vgl. etwa auch BGHZ 118, 182; BGH 11.1.2017, IV ZR 340/13 NJW-RR 2017, 410.

¹⁸³ Oben, IV.3.d). Für Verbote, die die Umstände des Abschlusses von Rechtsgeschäften missbilligen und dem Schutz des anderen Teils dienen, geht *Canaris* (Fn. 77) S. 36 ff. am Beispiel des Abschlusses von Darlehensverträgen im Reisegewerbe freilich von schwebender Unwirksamkeit mit Genehmigungsmöglichkeit des Geschützten aus. Da der Geschäftsinhalt in diesen Fällen unbedenklich sei und die Willensbildung bei Vertragsabschluss geschützt werde, solle der Geschützte das Geschäft nämlich gelten lassen können; vgl. auch *Hopt*, NJW 1985, 1665, 1668. Damit nähert sich die Lösung stark der relativen Nichtigkeit (dazu gleich im Fließtext) an; vgl. *Beckmann* (Fn. 146) S. 323, 427 ff.

¹⁸⁴ *U. Hübner* in: FS H. Hübner (Fn. 161) S. 487, 495.

¹⁸⁵ *U. Hübner* in: FS H. Hübner (Fn. 161) S. 487, 495 ff.; monographisch *Beckmann* (Fn. 146), insbesondere S. 274 ff., 427 ff.; vgl. bereits die Ansätze bei *Pawlowski*, Rechtsgeschäftliche Folgen nichtiger Willenserklärungen, 1966, S. 161 ff.; *Heimbuch*, Theorien und Strategien des Verbraucherschutzes, 1983, S. 173 ff.; *Westphal*, Zivilrechtliche Vertragsnichtigkeit wegen Verstoßes gegen gewerberechtliche Verbotsgesetze, 1985, S. 117 ff.; *Bucher*, AcP 186 (1986) 1, 31 ff.; *Flume* (Fn. 95) S. 557. Ablehnend *Teske*, ZIP 1985, 649, 660; *Cahn*, JZ 1997, 8, 14.

¹⁸⁶ Zur Abgrenzung gegenüber anderen Instituten und zu rechtstechnischen Aspekten *Beckmann* (Fn. 146) S. 402 ff., 430 ff.

den,¹⁸⁷ das schweizerische, französische und englische Recht kennen ähnliche Schutzkonzepte.¹⁸⁸

Akzeptiert man mithin, „*dass es jenseits des Zwecks eines Verbotsgesetzes keine Nichtigkeit geben darf*“,¹⁸⁹ und vergegenwärtigt man sich die Stoßrichtung der Anlegerschutzintervention, die Verluste des Anlegers vermeiden und Gewinne erhalten möchte, bietet die relative Nichtigkeit eine sachgerechte Lösung:¹⁹⁰ Im Verlustfall ermöglicht die Berufung auf die Nichtigkeit die Rückabwicklung¹⁹¹ und Zahlungsverweigerung, Gewinne kann der durch den Anleger aufrechterhaltene Vertrag rechtfertigen.

g) Ergebnis: Formunabhängiger Vermögensschutz durch Nichtigkeit

Die Bedenken gegen die Nichtigkeitsfolge von Anlegerschutzverboten lassen sich also rechtsfolgenseitig ausräumen. Wenn und weil sie den Anleger ausschließlich begünstigt, ist die Nichtigkeit bezweckt. Gleichzeitig – und auf das interessierende Regelungsproblem zurückkommend – liegt darin der relevante Maßstab für die Verbotsgesetzeigenschaft von Verwaltungsakten. Begünstigt die Nichtigkeit die Partei, an die der Verwaltungsakt nicht adressiert ist, ausschließlich, greifen die formbezogenen Bedenken schließlich nicht durch.¹⁹² Der Geschützte ist dann nämlich weder durch die möglicherweise fehlende Kenntnis des Verwaltungsakts noch durch die begrenzten Rechtsschutzmöglichkeiten beschwert, sondern durch die Vertragsnichtigkeit jedenfalls bessergestellt.

In diesen Fällen wäre eine Unterscheidung dahingehend, ob das einseitige Verbot durch Gesetz, Rechtsverordnung, Allgemeinverfügung oder Einzelanordnung ausgesprochen wird, dementsprechend nicht gerechtfertigt. Stets verstößt schließlich nur eine Partei gegen ihre öffentlich-rechtlichen Pflichten, stets dienen diese Pflichten dem Schutz des anderen Teils, und stets zeitigte der Verstoß für diesen Teil nur positive Folgen. Wertungsmäßig ist die Gleichbehandlung der Rechtsformen insofern zwingend, weil sich sonst gerade aus

¹⁸⁷ Siehe nur *Perner/Spitzer/Kodek*, Bürgerliches Recht, 6. Aufl. 2019, S. 90; *Rumel/Lukas/Krejci* (Fn. 29) § 879 Rn. 512 ff.; zur Produktintervention *Knobl*, ÖBA 2018, 460, 467; *Wilfinger* (Fn. 31) S. 23, 36 ff.

¹⁸⁸ *Beckmann* (Fn. 146) S. 105 ff.; *U. Hübner* in: FS H. Hübner (Fn. 161) S. 487, 496 ff.

¹⁸⁹ *MünchKomm/Armbrüster* (Fn. 18) § 134 Rn. 129.

¹⁹⁰ Für diese Möglichkeit auch *Lercara/Kittner*, RdF 2018, 100, 108.

¹⁹¹ *Gläßner* (Fn. 16) S. 348 weist dabei auf den Entreichungseinwand (§ 818 Abs. 3 BGB) des Anbieters hin, der aber ebenfalls am Verbotszweck scheitern muss; vgl. *Weyer*, WM 2002, 627, 632 f.; *KölnKomm/G. Roth* (Fn. 14) § 37g Rn. 7.

¹⁹² Dazu oben, IV.2.b) und IV.2.c).

der Ablehnung der Nichtigkeitsfolge eine Schlechterstellung des Geschützten ergäbe.

Dass die „*rechtstechnische Hürde*“¹⁹³ des engen Rechtsnormbegriffs (Art. 2 EGBGB) dabei überwindbar ist, hat sich bereits herausgestellt.¹⁹⁴ Im deliktsrechtlichen Rahmen von § 823 Abs. 2 BGB wird die Anknüpfung an per Verwaltungsakt auferlegte Pflichten schließlich durch die einheitliche Betrachtung des Akts und seiner gesetzlichen Grundlage ermöglicht. Rechtsnorm im Sinne des § 823 Abs. 2 BGB ist insofern die Ermächtigungsgrundlage, die eine „*Rechtsfolgenanordnung kraft Verfahrens*“¹⁹⁵ enthält und durch den – für die Beurteilung der Pflichtenlage letztlich maßgebenden – Verwaltungsakt konkretisiert wird.¹⁹⁶ Genauso kann für § 134 BGB und die Anlegerschutzintervention von einem gesetzlich gestreckten Verbotstatbestand ausgegangen werden, zumal *K. Schmidt* seine Lehre von der Rechtsfolgenanordnung kraft Verfahrens nicht auf das Schadensersatzrecht begrenzt wissen wollte. Vielmehr lagerten (konkret: kartell)behördliche Verfügungen auch den Folgen des § 134 BGB Verfahrensereignisse vor.¹⁹⁷ Insofern ist es auch für § 134 BGB unerheblich, ob das Gesetz das Verbot selbst ausspricht oder ob es behördliche „*Verbietbarkeit*“ anordnet. Was eingangs noch fraglich war,¹⁹⁸ hat sich mittlerweile nämlich gezeigt: Zur Vermeidung von Wertungswidersprüchen sind Verwaltungsakte bei Verboten zum Schutz des Vertragspartners nichtigkeitsrelevant.

4. Intervention aus Funktionsschutzgründen

a) Schutz von Allgemeininteressen ohne Rücksichtnahme auf die Position des Einzelnen

Ob sich dieses Ergebnis auf Verbote übertragen lässt, die anderen Interessen dienen, kann ebenfalls anhand der Produktintervention untersucht werden. Auch „eine Gefahr für das ordnungsgemäße Funktionieren und die Integrität“ der Finanzmärkte bietet nämlich einen Eingriffsgrund (Art. 42 Abs. 2 lit. a Nr. i MiFIR).¹⁹⁹ Dem Anlegerschutz stellt die MiFIR damit den Funk-

¹⁹³ *K. Schmidt* in: FS Zeuner (Fn. 58) S. 259, 265.

¹⁹⁴ Oben, II.2.d).

¹⁹⁵ *K. Schmidt* (Fn. 19) S. 145 ff.

¹⁹⁶ *K. Schmidt* in: FS Zeuner (Fn. 58) S. 259, 264 ff.

¹⁹⁷ *K. Schmidt* (Fn. 19) S. 153, siehe auch S. 48, 369 ff.

¹⁹⁸ Oben, II.2.d).

¹⁹⁹ Die Ermächtigungsgrundlage ist dahingehend weiter ausdifferenziert und verweist auch auf die Warenmärkte, auf die Stabilität des gesamten Finanzsystems oder eines Teils davon und auf die negativen Auswirkungen von Derivaten auf die Preisbildungsmechanismen der ihnen zugrunde liegenden Märkte (Art. 42 Abs. 2 lit. a Nr. ii

tionsschutz gegenüber, der deutlich weniger greifbar ist. Neben den relativ primitiven und gerade deshalb effektiven Schutz bestimmter Personen innerhalb eines Vertragsverhältnisses, der nur zwischen den daran Beteiligten abwägen muss, tritt schließlich das wesentlich komplexere Konzept des Kapitalmarkts, der verschiedenste Personen mit verschiedensten Interessen zusammenbringt.²⁰⁰ Wenn – private wie staatliche, nationale wie internationale – Emittenten, Intermediäre, Großinvestoren und Kleinanleger aufeinandertreffen, die jeweils auf ihren Vorteil bedacht sind und gleichzeitig in einem volkswirtschaftlich relevanten Ausmaß tätig werden, fällt zivilrechtliche Orientierung aber schwer. Die Rechtsfrage des Schicksals von Geschäften, die Funktionsschutzverboten widersprechen, hängt dann nämlich auch von der ökonomischen Frage ab, wie dem Funktionsschutz am besten gedient ist. Dazu kann hier nur gemutmaßt werden, dass die Vermeidung von Rückabwicklungslagen den Finanzsektor in Krisenfällen etwa stützen könnte,²⁰¹ sich aber umgekehrt genauso anführen ließe, die Nichtigkeit toxischer Investments stärke das Anlegervertrauen und wirke insofern stabilitätsfördernd oder diene der Prävention.²⁰² Ob Gültigkeit oder Nichtigkeit dem Anliegen der Funktionsschutzintervention besser entspricht, ob sich eine allgemeine Regel dazu überhaupt aufstellen lässt oder ob letztlich auf den konkreten Eingriffsanlass und das konkrete Geschäft abzustellen ist, muss daher notgedrungen dahinstehen.

In Abgrenzung zur Anlegerschutzintervention ist freilich gesichert, dass nicht die Parteien des jeweiligen Vertrags im Zentrum stehen. Das Funktionsschutzverbot eines bestimmten Finanzprodukts dient schließlich gerade nicht dazu, den jeweiligen Anleger vor Verlusten zu bewahren, sondern hat den größeren Zusammenhang im Blick. Einzelne Geschäfte werden im öffentlichen Interesse untersagt. Hier kümmert sich das Verbot dementsprechend auch nicht darum, ob der Anleger mit dem Produkt zufrieden ist. Dessen Benachteiligung wäre vielmehr ohne weiteres mit dem Verbotszweck vereinbar. Wären binäre Optionen und Differenzgeschäfte aus Funktionsschutzgründen verboten und entspräche die absolute Nichtigkeit dem Verbotszweck – was als Arbeitsprämisse unterstellt werden soll –, könnte sich daraus also eine Schlechterstellung des Anlegers ergeben. Die gegen die Nichtigkeitsfolge ein-

MiFIR). Im Folgenden werden diese Eingriffsgründe der Einfachheit halber unter Funktionsschutz zusammengefasst.

²⁰⁰ Eingehend *Klingenbrunn*, Produktverbote zur Gewährleistung von Finanzmarktstabilität, 2018.

²⁰¹ Vgl. *Cahn/Müchler*, BKR 2013, 45, 54; *Klingenbrunn*, WM 2015, 316, 322; zu Leerverkäufen *Mülbert/Sajnovits*, ZBB 2012, 266, 283; die Nichtigkeitsfolge wäre kontraproduktiv, weil sie den Käufer dazu zwingen würde, sich über die Eindeckung des Verkäufers zu informieren.

²⁰² Vgl. *Gläßner* (Fn. 16) S. 348.

seitiger Verbotsverstöße angeführte „Überlegung, daß man einer Partei, die nicht selbst gegen das Gesetz verstoßen hat, nicht ohne weiteres die Ansprüche aus dem Rechtsgeschäft nehmen kann“,²⁰³ griffe hier daher tatsächlich Platz.

b) Rechtfertigungsbedarf einer Drittwirkung des Verwaltungsakts

Diese mögliche Beschwer des Anlegers aktualisiert die verfahrensmäßigen Bedenken gegen die Verbotsgesetzeigenschaft von Verwaltungsakten, die in der Möglichkeit der individuellen Bekanntgabe des Akts und in der Ausrichtung des Verwaltungsverfahrens und -prozesses auf den Adressatenkreis liegen.²⁰⁴ Nur letzteres könnte sich im besonderen Zusammenhang der Produktintervention auswirken (Art. 42 Abs. 5 MiFIR).

Die „Bindung“ des Anlegers an den Verwaltungsakt dahingehend, dass ein Zivilgericht die Nichtigkeit eines von ihm abgeschlossenen, dem Verwaltungsakt widersprechenden Vertrags aussprechen müsste, wirft nämlich ein Legitimationsproblem auf. Nach § 43 VwVfG wirkt ein Verwaltungsakt schließlich nur gegenüber Personen, für die er bestimmt ist oder die er betrifft, wobei bloß mittelbare Betroffenheit – etwa die Präjudizialität für einen anderen Verwaltungsakt gegen den Dritten – nicht ausreicht.²⁰⁵ Genauso steckt § 121 VwGO die subjektiven Grenzen der Rechtskraft verwaltungsgerichtlicher Urteile dahingehend ab, dass grundsätzlich nur die Beteiligten des Verwaltungsprozesses gebunden sind. Der Anleger wird sich aber nicht beteiligen können.²⁰⁶ Er ist von den Wirkungen des BaFin-Verwaltungsakts gegen die Aufsichtsunterworfenen dementsprechend nicht erfasst, sondern steht als insofern Dritter vielmehr „neben“ dem Funktionsschutzverbot.

Auch gegen Dritte kann ein Verwaltungsakt indes wirken, wenn „eine (in späteren Verfahren anzuwendende) Rechtsnorm ihm diese Wirkung beigibt.“²⁰⁷ Ob § 134 BGB diese – zumeist als Tatbestandswirkung bezeichnete²⁰⁸ – Wirkung beigibt, ist dabei gerade die Frage, ist doch unklar, inwieweit Verwaltungsakte als „gesetzliche Verbote“ in Betracht kommen. Nach

²⁰³ *Canaris* (Fn. 77) S. 23.

²⁰⁴ Oben, IV.2.b) und IV.2.c).

²⁰⁵ *Stelkens/Bonk/Sachs/Sachs* (Fn. 112) § 43 Rn. 92.

²⁰⁶ Oben, IV.2.c).

²⁰⁷ *K. Schmidt* (Fn. 19) S. 201; vgl. auch *Stein*, Grenzen und Beziehungen zwischen Justiz und Verwaltung, 1912, S. 95 ff.; *Böttcher* in: FS 100 Jahre DJT, Band I, 1960, S. 511, 521 ff.; *Nicklisch*, Die Bindung der Gerichte an gestaltende Gerichtsentscheidungen und Verwaltungsakte, 1965, S. 137 ff.; *Gaul* in: FS Zeuner, 1994, S. 317.

²⁰⁸ Etwa *Stelkens/Bonk/Sachs/Sachs* (Fn. 112) § 43 Rn. 133, 154 ff.; *BeckOK/Schemmer*, VwVfG, 46. Aufl. 2020, § 43 Rn. 34; *Musielak/Voit/Musielak*, ZPO, 16. Aufl. 2019, § 322 Rn. 8; BGH 14.6.2007, I ZR 125/04 NVwZ-RR 2008, 154.

der hier vertretenen Ansicht besteht dahingehend Auslegungsspielraum, weshalb die „Drittwirkung“ möglich wäre, aber einer sachlichen Rechtfertigung bedürfte.²⁰⁹ Für die Anlegerschutzintervention war dabei der Vorteil des Anlegers entscheidend. Beim „Verwaltungsakt zugunsten Dritter“ fällt die fehlende Beteiligung des Anlegers am Verwaltungsrechtsverhältnis schließlich genauso wenig ins Gewicht, wie die fehlende Beteiligung des Dritten den Abschluss eines Vertrags zu seinen Gunsten hindert (§ 328 BGB).²¹⁰ Demgegenüber könnte sich die Funktionsschutzintervention aber auch als „Verwaltungsakt zulasten Dritter“ herausstellen. Der Begünstigungsgedanke lässt sich daher nicht anführen.

Kann der Anleger aufgrund der öffentlich-rechtlichen Rahmenbedingungen weder *ex ante* durch Verfahrensbeteiligung noch *ex post* durch Widerspruch oder Anfechtungsklage auf das Verbot einwirken, fällt freilich auch eine Rechtfertigung über das Verwaltungsrecht schwer, wie sie *K. Schmidt* für die Drittwirkung kartellbehördlicher Verfügungen gefordert hat.²¹¹ Demnach sei es nämlich das Verfahrensrecht, das durch hinreichenden Drittschutz die *inter-omnes*-Wirkung zu legitimieren habe. Bei ihm liege der Schlüssel für die Drittwirkung von „Rechtsfolgenanordnungen kraft Verfahrens“.²¹² Dass sich die Bedenken gegen die Nichtigkeit tatsächlich auf öffentlich-rechtlicher Seite ausräumen ließen, bestätigt für das vorliegende Problem die Kontrollüberlegung: Stünde nicht die Wirksamkeit eines Anlagegeschäfts zwischen Anbieter und Kunden zur Diskussion, sondern ginge es etwa um einen der Funktionsschutzintervention widersprechenden Vertrag im Interbankenhandel, richtete sich das Verbot unmittelbar an beide aufsichtsunterworfenen Vertragsparteien. Beide Parteien wären daher am Verwaltungsverfahren beteiligt, widerspruchsberechtigt und anfechtungslegitimiert; insofern würde es sich gerade nicht um „Dritte“ handeln. Die Nichtigkeit ließe sich dabei problemlos rechtfertigen, sofern das Funktionsschutzverbot sie forderte. Dieser Grundgedanke ist keineswegs auf das Kartell- und Kapitalmarktrecht be-

²⁰⁹ Vgl. zum Zivilprozessrecht *Gaul* in: FS Zeuner (Fn. 207) S. 317, 340 ff., 346 ff.

²¹⁰ Im Zivilprozessrecht wird die Möglichkeit der Rechtskrafterstreckung auf Dritte teilweise dann befürwortet, wenn die Parteien eine entsprechende Wirkung auch durch ein Rechtsgeschäft herbeiführen hätten können; vgl. *Bettermann*, Die Vollstreckung des Zivilurteils in den Grenzen seiner Rechtskraft, 1948, S. 84 f.; *A. Blomeyer*, ZZP 75 (1962), 1, 12; *Schlosser*, Gestaltungsklagen und Gestaltungsurteile, 1966, S. 182; *Häsemeyer*, ZZP 101 (1988), 385, 403 f.; *Zeuner*, Rechtliches Gehör, materielles Recht und Urteilswirkungen, 1974, S. 28 ff.; a.A. etwa *Schack*, NJW 1988, 865, 872; Münch-Komm/Gottwald, ZPO, 5. Aufl. 2016, § 325 Rn. 3 ff. m.w.N. Auf diese Parallele hat *K. Schmidt* (Fn. 19) S. 207 hingewiesen.

²¹¹ *K. Schmidt* (Fn. 19) S. 205.

²¹² *K. Schmidt* (Fn. 19) S. 205.

schränkt, sondern wird etwa im Immissionschutzrecht genauso deutlich, wo sich die Duldungspflicht der Nachbarn gegenüber behördlich genehmigten Anlagen nach § 14 S. 1 BImSchG (unter anderem) „aus den vergleichsweise weitreichenden Möglichkeiten für Dritte, Einfluss auf die behördliche Entscheidung zu nehmen“, rechtfertigt.²¹³ Verzichtet die Behörde auf eine Öffentlichkeitsbeteiligung und werden die Nachbarn daher nicht gehört, ist § 14 BImSchG dementsprechend nicht anwendbar.²¹⁴

Wo das Verwaltungsrecht den Dritten nicht hinreichend zu schützen vermag, wo sich die Bedenken öffentlich-rechtlich also nicht ausräumen lassen,²¹⁵ würde seine verwaltungsakzessorisch-zivilrechtliche Benachteiligung nämlich schnell verfassungsrelevant. Immer steht Vertragsnichtigkeit schließlich in einem Spannungsverhältnis zur grundrechtlich geschützten Privatautonomie (Art. 20 Abs. 1 GG),²¹⁶ zusätzlich umfasst der aus dem Rechtsstaatsprinzip (Art. 20 Abs. 3 GG) folgende allgemeine Justizgewährungsanspruch „das Recht auf Zugang zu den Gerichten und eine grundsätzlich umfassende tatsächliche und rechtliche Prüfung des Streitgegenstandes“.²¹⁷ Zwänge der – für den Anleger unangreifbare – Verwaltungsakt Zivilgerichte über § 134 BGB zur Nichtigterklärung widersprechender Verträge, wäre der benachteiligte Anleger aber weder im Verwaltungs- noch im Zivilverfahren gehört worden, weil dem Gericht dann kein Spielraum für die Berücksichtigung seiner Position bliebe. Über die Verfassungswidrigkeit derartiger Ergebnisse sind sich die Höchstgerichte indes einig:²¹⁸ Nach BGH und BVerwG wird der Justiz-

²¹³ Jarass, BImSchG, 12. Aufl. 2017, § 14 Rn. 1; eingehend Wagner, Öffentlich-rechtliche Genehmigung und zivilrechtliche Rechtswidrigkeit, 1989, S. 139 f.

²¹⁴ Jarass (Fn. 213) § 14 Rn. 3.

²¹⁵ Die bloße Berücksichtigung der Position des Dritten durch die Behörde im Rahmen ihrer Ermessensausübung wird dabei nicht genügen; vgl. Wagner (Fn. 213) S. 139 f. Demgegenüber hielt es der österreichische Oberste Gerichtshof zur Duldungspflicht hinsichtlich „gemeinwichtiger“ Anlagen (konkret: Straßenbahn) für ausreichend, dass die Behörde im Genehmigungsverfahren auf die Interessen der betroffenen Nachbarn Rücksicht nahm; OGH 28.1.2016, 1 Ob 47/15s EvBl 2016/124 (Schneider); kritisch Angyan, ZfV 2017, 43, 51 ff.

²¹⁶ Köhler, JZ 2010, 767, 768; ders., JuS 2010, 665, 666; Dreier/Dreier (Fn. 120) Art. 2 Abs. 1 Rn. 35.

²¹⁷ Etwa BVerfGE 54, 277; 85, 33; näher dazu und zur Abgrenzung gegenüber Artt. 19 Abs. 4, 103 Abs. 1 GG Zucke, NJW 2013, 1132, 1132 ff.; Voßkuhle/Kaiser, JuS 2014, 312, 313; vgl. aus zivilprozessualer Sicht auch Schlosser, JZ 1969, 431, 432, wonach ein lückenloser Rechtsschutzzusammenhang zwischen Art. 19 Abs. 4 und Art. 103 Abs. 1 GG bestehen müsse.

²¹⁸ Vgl. auch Papier in: Isensee/Kirchhof, Handbuch des Staatsrechts, Band VIII, 3. Aufl. 2010, § 176 Rn. 18; demgegenüber zum Zivilprozessrecht Gaul in: FS Zeuner (Fn. 207) S. 317, 349 f. mit Verweis auf die besonderen rechtlichen Gründe des jeweiligen Tatbestands, die die Wirkung gegenüber Dritten rechtfertigen könnten.

gewährungsanspruch verletzt, wenn dem Kunden die Überprüfung einer behördlichen Entgeltfestsetzung für Telekommunikationsdienstleistungen weder verwaltungsrechtlich noch zivilrechtlich möglich ist;²¹⁹ nach dem BVerfG wäre es mit der Gewährleistung eines wirkungsvollen Rechtsschutzes unvereinbar, lehnte das Zivilgericht die privatrechtliche Überprüfung einer Prämienhöhung in der privaten Krankenversicherung unter Hinweis auf die für den Versicherungsnehmer unanfechtbare behördliche Genehmigung der Erhöhung ab.²²⁰

Die Auslegungsfrage, ob nach § 134 BGB auch Verwaltungsakte Nichtigkeitsbegründend wirken können, ist damit um einen verfassungsrechtlichen Aspekt reicher, der für die gegenständliche Fallgruppe zur Zurückhaltung mahnt. Wäre dem Vertragsteil, den die verwaltungsrechtlichen Wirkungen des Verbots nicht erfassen und der sich zum Verbot nicht äußern konnte, der Rechtsweg abgeschnitten, scheidet die Legitimation der benachteiligten Drittwirkung über das Verfahrensrecht nämlich aus.²²¹ In der Konsequenz ist in verfassungskonformer Interpretation des § 134 BGB von der Gültigkeit des Vertrags auszugehen.

Diese Verwaltungsrechtsdependenz der Privatrechtsfolge spielt den Ball dem öffentlichen Recht zu. Je stärker es den Anleger im Besonderen und den Dritten im Allgemeinen berücksichtigt, desto eher kommt die Vertragsnichtigkeit aufgrund eines Verwaltungsakts in Betracht. Daraus ergibt sich ein erhöhter Abstimmungsbedarf, weil das öffentliche Recht den Ball mitunter wieder zurückspielen könnte. Aus verwaltungsrechtlicher Sicht könnte es schließlich etwa für die Anfechtungsklagebefugnis relevant sein, ob der Verwaltungsakt dem Dritten den Vertrag nimmt, weil sich daraus dessen nach § 42 Abs. 2 VwGO erforderliche mögliche Rechtsverletzung ergeben könnte. Eine Ablehnung der Nichtigkeit wegen fehlender Klagebefugnis bei gleichzeitiger Ablehnung der Klagebefugnis wegen fehlender Nichtigkeit wäre dabei natürlich zu vermeiden.²²²

²¹⁹ BVerwGE 117, 93; BGH 14.6.2007, I ZR 125/04 NVwZ-RR 2008, 154; im Ergebnis wurde die Verletzung des Justizgewährungsanspruchs dabei freilich unter Verweis auf den jeweils anderen Rechtsweg verneint.

²²⁰ BVerfG 28.12.1999, 1 BvR 2203/98 VersR 2000, 214 zu §§ 13 Abs. 1, 8 Abs. 1 VAG a.F.

²²¹ Erfüllungsansprüche auf die durch Verwaltungsakt verbotene Leistung sind freilich auch in diesem Fall wegen rechtlicher Unmöglichkeit ausgeschlossen (oben, III.2.), wofür in der Literatur gerade auf das Rechtsstaatsprinzip nach Art. 20 Abs. 3 GG verwiesen wird; vgl. *Jäpel* (Fn. 71) S. 61.

²²² Unter diesem Gesichtspunkt macht die Zusammenschau von BVerwGE 117, 93 und BGH 14.6.2007, I ZR 125/04 NVwZ-RR 2008, 154 einen unglücklichen Eindruck.

V. Ergebnisse

1. Verwaltungsakt als gesetzliches Verbot

Verwaltungsakte sind keine Rechtsnormen (Art. 2 EGBGB). Von diesem unumstrittenen – wenngleich im Rechtsvergleich nicht zwingenden – Befund ausgehend, hat sich für § 134 BGB herausgestellt, dass die völlige Ausklammerung von per Verwaltungsakt angeordneten Verboten auf mehreren Ebenen nicht überzeugt:

1. Nicht immer kann das Verwaltungsrecht ein sicheres Fundament für die darauf aufbauende Alles-oder-Nichts-Lösung der herrschenden Ansicht bieten. Rechtsverordnungen als Rechtsnormen und Allgemeinverfügungen als Verwaltungsakte ähneln sich in ihrem Anwendungsfeld nämlich mitunter so stark, dass die Abgrenzung schwerfällt.

2. Dabei lässt sich die Hürde des Rechtsnormbegriffs überwinden, wenn der Verwaltungsakt – wie im Rahmen von § 823 Abs. 2 BGB – als Konkretisierung seiner gesetzlichen Grundlage verstanden wird, die Art. 2 EGBGB als „Rechtsfolgenanordnung kraft Verfahrens“ bzw. „gesetzlich gestreckter Verbotstatbestand“ entspricht.

3. Wertungsmäßig erhellt die rechtsgeschäftliche Zurückhaltung gegenüber Verwaltungsakten aus dem Umstand, dass sich diese als einseitige Verbote regelmäßig an nur eine Vertragspartei richten und es daher nicht ohne weiteres gerechtfertigt ist, der anderen, „gesetzstreu“ Partei ihre vertraglichen Ansprüche zu nehmen. Diese formunabhängigen materiellen Bedenken werden bei Verwaltungsakten durch verfahrensrechtliche Gesichtspunkte erhärtet, weil das Verwaltungsverfahren und der Verwaltungsprozess den Vertragspartner als Dritten regelmäßig nicht berücksichtigen.

4. Dementsprechend ist zu differenzieren. Wo die Nichtigkeit für die am Verbotsverstoß unbeteiligte Partei nur vorteilhaft wäre, bestehen nämlich keine Bedenken, vielmehr führte gerade die Ablehnung der Nichtigkeitsfolge zu einer Schlechterstellung gegenüber anderen Verbotsformen. Ob die Nichtigkeit nur vorteilhaft ist, ergibt sich dabei aus dem Zweck des konkreten Verbots, an dem die Rechtsfolgen im Einzelnen auszurichten sind. Liegt nach diesem Maßstab ein „Verwaltungsakt zugunsten Dritter“ vor, sind widersprechende Verträge nichtig.

5. Wo sich der Verwaltungsakt nach dem Verbotszweck zulasten Dritter auswirken könnte, schlagen die formbezogenen Bedenken demgegenüber durch. Nimmt das öffentliche Recht auf den Dritten nicht hinreichend Rücksicht, ist nämlich von der Wirksamkeit widersprechender Verträge auszugehen, um eine verfassungswidrige Kombination aus materieller Benachteiligung ohne Verbotsverstoß und ohne Verfahrensbeteiligung zu vermeiden.

2. *Produktintervention*

Vor diesem Hintergrund kann die exemplarische Produktintervention (Art. 42 MiFIR, § 15 WpHG) entgegen der herrschenden Ansicht und abhängig vom Interventionsgrund zur Nichtigkeit führen:

1. Dem Zweck von Anlegerschutzverboten wird die Nichtigkeit widersprechender Geschäfte gerecht, wenn sie den Anleger ausschließlich begünstigt, er dadurch also Verluste vermeiden und Gewinne behalten kann. Es ist daher von relativer Nichtigkeit auszugehen, wonach sich nur die durch das Verbot geschützte Person auf die Nichtigkeit berufen kann. Dem Anleger steht es frei, im Verlustfall Zahlungen zu verweigern bzw. zu kondizieren und bei positiver Produktentwicklung auf die Erfüllung des Geschäfts zu beharren.

2. Binäre Optionen und Differenzgeschäfte, die entgegen den Verboten der BaFin mit Kleinanlegern abgeschlossen werden, sind dementsprechend relativ nichtig.

3. Die Funktionsschutzintervention verfolgt öffentliche Interessen, weshalb Benachteiligungen des Anlegers mit dem Verbotszweck vereinbar sind. Da sich solche Benachteiligungen aufgrund der schwachen verfahrensrechtlichen Position des Anlegers aber nicht rechtfertigen lassen, ist von der Gültigkeit widersprechender Geschäfte auszugehen.