

# FINANZAUF SICHT STÄRKEN - VERBRAUCHERSCHUTZ VERBESSERN

Position des Verbraucherzentrale Bundesverbands (vzbv) zur weiteren Reform der Bundesanstalt für Finanzdienstleistungsaufsicht (BaFin)

8. Mai 2023

## **Impressum**

*Verbraucherzentrale*

*Bundesverband e.V.*

*Team*

*Finanzmarkt*

*Rudi-Dutschke-Straße 17*

*10969 Berlin*

*finanzen@vzbv.de*

# INHALT

|  |           |
|--|-----------|
| <b>I. ZUSAMMENFASSUNG</b>  | <b>3</b>  |
| <b>II. HINTERGRUND</b>   | <b>4</b>  |
| 1. Verbraucherschutz am Finanzmarkt .....                          | 4         |
| 2. Bisherige Reform der BaFin.....                                 | 4         |
| 3. Vorhaben der Bundesregierung zur weiteren Reform der BaFin..... | 5         |
| <b>III. DURCHSETZUNG VON VERBRAUCHERRECHT ERMÖGLICHEN</b>          | <b>6</b>  |
| 1. Schutz der kollektiven Verbraucherinteressen .....              | 6         |
| 2. Diskussion um den § 4 Abs. 1a FinDAG .....                      | 7         |
| 3. Empfehlungen zur Reform des § 4 Abs. 1a FinDAG.....             | 8         |
| <b>IV. VERBRAUCHERSCHUTZ IM AUFSICHTSRECHT VERBESSERN</b>          | <b>11</b> |
| 1. Wohlverhaltenspflichten in der Bankenaufsicht etablieren .....  | 11        |
| 2. Umfassende Zuständigkeit für Vertrieb schaffen.....             | 12        |
| 3. Materielle Prospektprüfung bei Vermögensanlagen einführen ..... | 12        |
| <b>V. VERBRAUCHERBEIRAT STÄRKEN</b>                                | <b>13</b> |

# I. ZUSAMMENFASSUNG

Seit 2015 ist die BaFin auch dem „*Schutz der kollektiven Verbraucherinteressen*“ verpflichtet.<sup>1</sup> Die Erweiterung der bisherigen Aufsichtsziele um den kollektiven Verbraucherschutz markiert den Ausgangspunkt einer Umorientierung im (Selbst-)Verständnis der Finanzaufsicht, weg von einer vorrangig anbieter-, hin zu einer stärker verbraucherbezogenen Sichtweise.

Der vzbv begrüßt die Absicht der Bundesregierung, die bisherige Reform der BaFin weiter fortzusetzen und insbesondere den Verbraucherbeirat zu stärken. Darüber hinaus sollte die Bundesregierung auch eine Reform des kollektiven Verbraucherschutzes als Aufsichtsziel in § 4 Abs. 1a Finanzdienstleistungsaufsichtsgesetz (FinDAG) ins Auge fassen und dabei eine bessere Verzahnung der zivilrechtlichen Rechtsdurchsetzung durch Verbraucherschutzorganisationen und durch die BaFin anstreben. Ein Rechtsgutachten im Auftrag des vzbv formuliert Vorschläge für eine solche Verzahnung und für eine Konkretisierung des § 4 Abs. 1a FinDAG:

- Die kollektive Durchsetzung von zivilrechtlichem Verbraucherschutz ist bisher schon vorrangig den Verbraucherschutzorganisationen zugewiesen. Die BaFin sollte diese dort ergänzen, wo eine flächendeckende Durchsetzung auf Grund struktureller Begrenzungen, zum Beispiel bei den zur Verfügung stehenden Klageinstrumenten, nicht sichergestellt werden kann. Die Reichweite der Ermächtigung in § 4 Abs. 1a FinDAG sollte sich aus dieser Ergänzungsfunktion ableiten.
- Um die ergänzende Rolle der BaFin bei der Durchsetzung zivilrechtlicher Vorschriften zu verdeutlichen, sollte die Rechtsdurchsetzung der Verbraucherschutzorganisationen und der BaFin so verzahnt werden, dass eine Arbeitsteilung entlang der jeweiligen Vorteile entsteht und der Vorrang der zivilrechtlichen Durchsetzung betont wird. So sollte die BaFin zunächst Sachverhalte ermitteln und den Verbraucherschutzorganisationen Informationen zur Klärung einer offenen Rechtsfrage vor Gericht zur Verfügung stellen, bevor sie selbst wiederum die Durchsetzung einer (dann gegebenenfalls abschließend geklärten) Rechtslage mit verwaltungsrechtlichen Mitteln betreibt.
- Der § 4 Abs. 1a FinDAG sollte entsprechend so reformiert werden, dass die BaFin zunächst über ein grundsätzliches Eingreifermessen verfügt, das allerdings unter den expliziten Vorbehalt des Vorrangs der zivilrechtlichen Durchsetzung durch Verbraucherschutzorganisationen gestellt wird. Gleichzeitig sollten die der BaFin zur Verfügung stehenden Maßnahmen durch einen Beispielkatalog konkretisiert werden, der insbesondere auch die Anordnung der Information der betroffenen Verbraucher:innen und die Anordnung von Rückzahlungen durch Finanzinstitute und -dienstleister vorsieht.

Um den Verbraucherschutz im Aufsichtsrecht zu stärken, sollte parallel zu einer Reform des § 4 Abs. 1a FinDAG das Kreditwesengesetz (KWG) um verbraucher-schützende Wohlverhaltenspflichten für die Erbringung von Bankdienstleistungen ergänzt werden. Darüber hinaus sollte die BaFin für die Erbringung aller verbraucherrelevanten Finanzdienstleistungen und insbesondere den Vertrieb von Finanzprodukten zuständig sein. Bei Vermögensanlagen muss die BaFin zumindest die Möglichkeit erhalten, Prospekte vor der Genehmigung auch materiell zu prüfen.

---

<sup>1</sup> § 4 Abs. 1a Satz 1 Finanzdienstleistungsaufsichtsgesetz.

## II. HINTERGRUND

### 1. VERBRAUCHERSCHUTZ AM FINANZMARKT

Finanzdienstleistungen sind Vertrauensgüter. Für Verbraucher:innen ist es kaum möglich, die Qualität einzelner Angebote zu ermitteln, zum Beispiel, wenn ein Versicherungsschutz oder die Höhe der zusätzlichen Altersvorsorge maßgeblich von einzelnen Vertragsklauseln abhängen, deren Inhalt oder auch deren Zulässigkeit für Verbraucher:innen aber nicht ohne Weiteres zu bewerten sind. Auch der Preis einer Dienstleistung ist nicht immer unmittelbar ersichtlich, wenn beispielsweise Beratung und Vermittlung über Jahre hinweg über Provisionen aus den Produktkosten gezahlt werden.

Folge der Vertrauenseigenschaft sind Fehlanreize auf Seiten der Anbieter von Finanzdienstleistungen, da Informationsvorteile leicht zu Ungunsten von Verbraucher:innen ausgenutzt werden können (Moral Hazard). Die Hauptaufgabe von Verbraucherrecht ist daher der Schutz von Verbraucher:innen vor solchen Fehlanreizen. Dies spiegelt sich zum einen im verbraucherschützenden Aufsichtsrecht, etwa den Verhaltenspflichten beim Wertpapier- oder Versicherungsvertrieb, zum anderen im verbraucherschützenden Zivilrecht, wie dem Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb (UWG), das eine Überprüfung von Geschäftsbedingungen auf nachteilige Klauseln ermöglicht.

Bei der Durchsetzung von Verbraucherrecht kommt der BaFin als für den Finanzmarkt zuständige Aufsichtsbehörde eine Schlüsselrolle zu. Zunächst ist sie unmittelbar für die Durchsetzung des verbraucherschützenden Aufsichtsrechts zuständig.<sup>2</sup> Darüber hinaus hat der Gesetzgeber ihr mit der Zuweisung des kollektiven Verbraucherschutzes als Aufsichtsziel auch bei der Durchsetzung von verbraucherschützendem Zivilrecht eine stärkere Rolle zugewiesen.<sup>3</sup> Diese ist und bleibt zwar vorrangig Aufgabe von Verbraucherschutzorganisationen wie den Verbraucherzentralen und dem vzbv, die als „qualifizierte Einrichtungen“ gemäß § 3 Abs. 1 Unterlassungsklagegesetz (UkLaG) befugt sind, kollektivrechtliche Verfahren zu führen und somit Verbraucherrecht vor Gericht durchzusetzen. Allerdings ist es mittlerweile Aufgabe der BaFin, insbesondere Urteilen des Bundesgerichtshofs (BGH) in Folge von Verbandsklageverfahren durch Verwaltungsakte die benötigte Breitenwirkung zu verleihen (siehe Kapitel III.).

### 2. BISHERIGE REFORM DER BAFIN

Mit dem Gesetz zur Stärkung der deutschen Finanzaufsicht aus dem Jahr 2013<sup>4</sup> und dem Kleinanlegerschutzgesetz (KASG) aus dem Jahr 2015 wurde der Schutz von Verbraucher:innen am Finanzmarkt erstmals explizit in Struktur und Aufgaben der BaFin verankert. Neben der Einrichtung eines Verbraucherbeirats sowie einer Beschwerdestelle für Verbraucher:innen wurde dazu der „Schutz der kollektiven Verbraucherinteressen“ als Aufsichtsziel in § 4 Abs. 1a FinDAG festgeschrieben.

Seitdem ist die BaFin auf unterschiedlichen Ebenen aktiv, was den Schutz von Verbraucher:innen angeht. Zunächst wurde der Verbraucherschutz im Organisationsaufbau berücksichtigt, indem eine eigene Abteilung geschaffen wurde. Daneben nutzt die

---

<sup>2</sup> Kompetenzgrundlagen finden sich etwa in § 6 Abs. 3 KWG, § 6 Abs. 1 Wertpapierhandelsgesetz (WpHG) und § 298 i.V.m. § 294 Versicherungsaufsichtsgesetz (VAG).

<sup>3</sup> Die Kompetenzgrundlage findet sich in § 4 Abs. 1a FinDAG.

<sup>4</sup> Siehe Fachartikel der BaFin vom 7.1.2013, online verfügbar, zuletzt abgerufen am 24.4.2023.

BaFin Hinweise des Verbraucherbeirats sowie von Verbraucher:innen, um Rechtsverstöße von Unternehmen abzustellen. Die mit § 4 Abs. 1a FinDAG neu geschaffene Ermächtigungsgrundlage wurde bereits mehrfach genutzt, um Verstöße gegen zivilrechtlich normiertes Verbraucherrecht verwaltungsrechtlich zu adressieren.

Im Zuge des Wirecard-Skandals wurden die gesetzlichen Grundlagen der BaFin beim Verbraucherschutz nochmals erweitert. So hat die BaFin seit dem Finanzmarktintegritätsstärkungsgesetz (FISG) aus dem Jahr 2021 auch die Möglichkeit, verdeckte Testkäufe durchzuführen und die Ergebnisse zu veröffentlichen. Die im November 2022 veröffentlichte Verbraucherschutzstrategie der BaFin macht deutlich, dass die BaFin zukünftig verstärkt Maßnahmen zur Bildung und Qualifikation von Verbraucher:innen ergreifen will. Darüber hinaus sollen das Markt-Monitoring ausgebaut werden und die besonderen Probleme digitaler Angebote verstärkt in den Fokus der Aufsicht rücken.<sup>5</sup>

Unabhängig von möglicher Kritik an der Reichweite einzelner Maßnahmen der BaFin ist der bisherige Reformprozess aus Sicht des vzbv eindeutig zu begrüßen. Denn er steht für eine Umorientierung im (Selbst-)Verständnis der Finanzaufsicht, weg von einer vorrangig anbieter-, hin zu einer stärker verbraucherbezogenen Sichtweise. Entscheidend ist, mit welcher Konsequenz die Reform der BaFin weiter vorangetrieben wird und ob es gelingt, neben „weichen“ Maßnahmen, wie Bildung und Information von Verbraucher:innen, auch die Durchsetzung von verbraucherschützendem Aufsichts- und Zivilrecht durch die BaFin zu verbessern.

### 3. VORHABEN DER BUNDESREGIERUNG ZUR WEITEREN REFORM DER BAFIN

In ihrem Koalitionsvertrag hat die Bundesregierung vereinbart, die bisherige Reform der BaFin fortzusetzen. Im Abschnitt *„finanzieller Verbraucherschutz und Altersvorsorge“* heißt es im Wortlaut:

*„Wir wollen die Reform der deutschen Finanzaufsicht BaFin fortsetzen. (...)“*

*„Wir werden die Fähigkeiten der BaFin bei der Prüfung von Vermögensanlageprospekten weiter stärken. Wir werden den Verbraucherbeirat der BaFin weiter stärken. (...)“*

*„Wir werden bei der BaFin eine Vergleichs-Website für Kontoentgelte einrichten.“*

*„Wir werden die BaFin beauftragen, Regulierungslücken im Grauen Kapitalmarkt zu identifizieren.“<sup>6</sup>*

Der vzbv begrüßt die Absicht der Bundesregierung, die Reform der BaFin fortzusetzen. Dies gilt im Grundsatz sowie mit Blick auf die genannten Einzelmaßnahmen. Allerdings sollte die Bundesregierung darüber hinaus auch eine Reform des kollektiven Verbraucherschutzes als Aufsichtsziel in § 4 Abs. 1a FinDAG ins Auge fassen und dabei insbesondere eine bessere Verzahnung der zivilrechtlichen Rechtsdurchsetzung durch Verbraucherschutzorganisationen und durch die BaFin anstreben. Ein Rechtsgutachten im Auftrag des vzbv formuliert Vorschläge für eine solche Verzahnung und für eine Konkretisierung des § 4 Abs. 1a FinDAG.

<sup>5</sup> Siehe BaFin (2022): „BaFin stellt Verbraucherschutzstrategie vor“, online verfügbar, zuletzt abgerufen am 19.4.2023.

<sup>6</sup> Mehr Fortschritt wagen, Koalitionsvertrag zwischen SPD, Bündnis 90/Die Grünen und FDP, 2021, S. 135.

# III. DURCHSETZUNG VON VERBRAUCHERRECHT ERMÖGLICHEN

## 1. SCHUTZ DER KOLLEKTIVEN VERBRAUCHERINTERESSEN

Mit dem KASG aus dem Jahr 2015 wurde der „Schutz der kollektiven Verbraucherinteressen“ als explizites Aufsichtsziel der BaFin in § 4 Abs. 1a FinDAG festgeschrieben.<sup>7</sup> Die durch das FISG aus dem Jahr 2021 um verdeckte Testkäufe erweiterte Formulierung lautet:

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

Der Verweis auf den Schutz der kollektiven „Verbraucherinteressen“ zeigt, dass der Gesetzgeber zunächst eine insgesamt stärkere Orientierung der Aufsichtstätigkeit der BaFin an den Bedürfnissen von Verbraucher:innen im Sinn hatte.<sup>8</sup> Darüber hinaus besteht die maßgebliche Neuerung des § 4 Abs. 1a FinDAG darin, dass die BaFin nicht länger darauf beschränkt ist, verbraucherschützendes Aufsichtsrecht anzuwenden, sondern auch verbraucherschützendes Zivilrecht. In der Gesetzesbegründung zum KASG heißt es dazu:

*„Ein Missstand liegt insbesondere dann vor, wenn ein Institut oder Unternehmen im Sinne des Satzes 2 eine einschlägige Entscheidung des Bundesgerichtshofes zur Anwendung einer zivilrechtlichen Norm mit verbraucherschützender Wirkung nicht beachtet.“<sup>9</sup>*

Im Ergebnis soll die BaFin in „(...) allen Aufsichtsbereichen gleichermaßen die Aufsicht über die Einhaltung sowohl öffentlich-rechtlicher als auch zivilrechtlicher verbraucherschützender Rechtsvorschriften ermöglicht [werden].“<sup>10</sup>

---

<sup>7</sup> Auch Teile des Aufsichtsrecht enthalten bereits Regelungen des kollektiven Verbraucherschutzes. Daher ist die BaFin mit Blick auf ihren originären Zuständigkeitsbereich auch schon immer für den Schutz der kollektiven Verbraucherinteressen zuständig, soweit dieser gesetzlich gefordert ist. Die „neue“ Qualität des § 4 Abs. 1a FinDAG liegt darin, dass dieser global verankert ist und damit auf alle Bereiche der BaFin-Aufsicht ausstrahlen soll.

<sup>8</sup> „Zum einen wird dadurch die noch stärkere Berücksichtigung des kollektiven Verbraucherinteresses für alle Bereiche der Bundesanstalt betont“, Gesetzesbegründung zum KASG, BT-Drucks. 18/3994, S. 36.

<sup>9</sup> Ebenda.

<sup>10</sup> Ebenda, S. 37.

Positiv zu bewerten ist aus Sicht des vzbv, dass der Gesetzgeber mit der Ermächtigung dem europarechtlich geprägten Verständnis von Verbraucherschutz als öffentlicher Aufgabe Rechnung trägt. Dies wird auch in der Formulierung deutlich, die zivil- und aufsichtsrechtlichen Verbraucherschutz gleichwertig nebeneinanderstellt.

Darüber hinaus ist auch der in der Gesetzesbegründung zum Ausdruck kommende Gedanke einer Verzahnung zwischen zivilgerichtlicher Klärung der Rechtslage durch Verbraucherschutzorganisationen, und einer nachgelagerten Durchsetzung der erwirkten Urteile durch die BaFin zu begrüßen.<sup>11</sup> Allerdings führt die bisherige Formulierung der Eingriffsbefugnis zu erheblichen Problemen in der Praxis, weswegen eine Reform aus Sicht des vzbv dringend geboten erscheint.

## 2. DISKUSSION UM DEN § 4 ABS. 1A FINDAG

Das praktische Bild hinter der Aufgabenzuweisung des § 4 Abs. 1a FinDAG sieht zunächst vor, dass Verbraucherschutzorganisationen ziviles Verbraucherrecht vor Gericht klären und die BaFin anschließend die Durchsetzung übernimmt. Die größte Bedeutung hat dabei die AGB-Kontrolle durch die Verbraucherschutzorganisationen. Verwerfen Zivilgerichte in Folge einer Klage eine bestimmte Klausel, soll die BaFin die notwendige Breitenwirkung herstellen und dafür sorgen, dass die Verwendung dieser (oder inhaltsgleicher) Klauseln nicht nur im konkreten Fall, sondern insgesamt, das heißt gegenüber allen Anbietern von Finanzdienstleistungen, untersagt wird.

Strittig ist, ob es § 4 Abs. 1a FinDAG der BaFin ermöglicht, auch nicht höchstrichterlich geklärtes Zivilrecht anzuwenden, oder ob die Ermächtigung nur für Urteile des Bundesgerichtshofs (BGH) gilt. Für diesen Fall ist die Gesetzesbegründung des KASG eindeutig (siehe oben). Für Fälle, in denen kein BGH-Urteil vorliegt, hat der Gesetzgeber das Eingreifen der BaFin grundsätzlich ermöglicht, aber davon abhängig gemacht, ob ein solches Urteil „nicht absehbar“ ist. Damit hat er für die BaFin erhebliche Rechtsunsicherheiten bei der Anwendung des § 4 Abs. 1a FinDAG geschaffen.<sup>12</sup>

Aus Sicht des vzbv sollte die BaFin grundsätzlich ermächtigt werden, verbraucher-schützendes Zivilrecht auch dann anzuwenden, wenn lediglich unterinstanzliche Rechtsprechung vorliegt.<sup>13</sup> Andernfalls kann ein Tätigwerden der BaFin von Anbietern leicht verhindert werden, indem der Rechtsweg nicht bis zum BGH gegangen oder eine Entscheidung durch einen Vergleich abgewendet wird. Um langwierige Verwaltungsverfahren zu vermeiden, sollte die Befugnis der BaFin dabei möglichst eindeutig formuliert sein. Um gleichzeitig den zwingenden Vorrang der zivilrechtlichen Rechtsdurchsetzung zu sichern, sollte die BaFin aber nur tätig werden können, nachdem die originär für die kollektive Durchsetzung von verbraucher-schützendem Zivilrecht zuständigen Organisationen tätig geworden sind, etwa durch Abmahnungen oder Klagen. So kann auch der

---

<sup>11</sup> Vgl. auch vzbv (2021): „BaFin durch Testkäufe und institutionelle Weiterentwicklung stärken“, Stellungnahme des Verbraucherzentrale Bundesverbands zur öffentlichen Anhörung des Finanzausschusses des Deutschen Bundestages zum Änderungsantrag von CDU/CSU und SPD zum Entwurf der Bundesregierung für ein Gesetz zur Stärkung der Finanzmarktintegrität, online verfügbar, Berlin, 2021.

<sup>12</sup> „In Fällen, in denen die Bundesanstalt Kenntnis von systematischen oder gewichtigen Verstößen gegen verbraucher-schützende Rechtsvorschriften erhält und in absehbarer Zeit kein höchstrichterliches Urteil zu erwarten ist, hat sie ebenfalls die Möglichkeit einzuschreiten.“, Gesetzesbegründung zum KASG, BT-Drucks. 18/3994, S. 36.

<sup>13</sup> Die für die Praxis maßgeblich Frage dürfte angesichts des zukünftig verkürzten Rechtsweg bei Verbandsklageverfahren sein, ob die BaFin auf Grundlage von Urteilen eines Oberlandesgerichts handeln kann.

Befürchtung begegnet werden, ein zu breites Verständnis der Eingriffsbefugnis der BaFin verdränge die Auslegung von Zivilrecht durch Gerichte.

Eine solche Klarstellung der Eingriffsbefugnis der BaFin durch den Gesetzgeber ist vor allem auch deswegen notwendig, da in Teilen der rechtswissenschaftlichen Literatur die Auffassung vertreten wird, ein Eingreifen der BaFin ohne Vorliegen eines BGH-Urteils verstoße gegen den Grundsatz der Gewaltenteilung, da die BaFin als Exekutivbehörde dann Aufgaben der Judikative übernehme.<sup>14</sup> Folgt man dieser Ansicht, könnte die BaFin tatsächlich nur im Falle eines BGH-Urteils Maßnahmen auf Grundlage des § 4 Abs. 1a FinDAG ergreifen, was die Reichweite der Ermächtigung stark einschränken und insbesondere ein präventives Einschreiten der BaFin im Sinne der Verbraucher:innen erschweren, wenn nicht verhindern würde.

Die Rechtsunsicherheit des § 4 Abs. 1a FinDAG zeigt sich auch in den bisherigen Anwendungsfällen. So hat das Verwaltungsgericht Frankfurt eine Unterlassungsverfügung der BaFin gegen die Erhebung von Negativzinsen nach einem Einspruch des Anbieters aufgehoben, weil über anderthalb Jahre später eine Entscheidung des BGH erging, deren Absehbarkeit die BaFin hätte berücksichtigen müssen. Gegen die Allgemeinverfügung der BaFin zur Information von Verbraucher:innen über unwirksame Zinsanpassungsklauseln bei Prämiensparverträgen sowie einer Zusicherung von noch zu bestimmenden Nachzahlungen vom Juni 2021 haben über 1100 Banken und Sparkassen mit aufschiebender Wirkung Widerspruch eingereicht, was unter anderem dazu führt, dass berechtigte Ansprüche von Verbraucher:innen verjähren.<sup>15</sup>

Ein Rechtsgutachten im Auftrag des vzbv kommt zu dem Ergebnis, dass die oben beschriebenen Bedenken gegen ein breites Verständnis der Eingriffsbefugnis der BaFin unbegründet sind, die BaFin aus verfassungsrechtlicher Sicht also jederzeit auch gerichtlich nicht abschließend geklärtes Zivilrecht anwenden kann. Darüber hinaus verdeutlicht das Gutachten, dass die Probleme des § 4 Abs. 1a FinDAG vor allem aus dem bisher nicht ausreichend geklärten Verhältnis zwischen der Rechtsdurchsetzung durch Verbraucherschutzorganisationen und durch die BaFin resultieren.<sup>16</sup>

### 3. EMPFEHLUNGEN ZUR REFORM DES § 4 ABS. 1A FINDAG

Tatsächlich zeigen die bisherigen Anwendungsfälle des § 4 Abs. 1a FinDAG, dass die BaFin über die Aufgabenzuweisung des kollektiven Verbraucherschutzes im Moment „gezwungen“ ist, Aufgaben zu übernehmen, die die unklar formulierte Rechtsgrundlage nicht sicher abdeckt, die aber von der Rechtsdurchsetzung der Verbraucherschutzorganisationen genauso wenig übernommen werden kann. Exemplarisches Beispiel ist die Anordnung der Information von Verbraucher:innen über Nachzahlungsansprüche bei Prämiensparverträgen durch Anbieter (siehe oben). Folge des bisher nicht ausreichend

---

<sup>14</sup> Zum Beispiel Buck-Heeb, Petra (2021): „Missstandsaufsicht durch die BaFin nach § 4 Abs. 1a FinDAG“, BKR 2021, S. 141-150.

<sup>15</sup> Siehe Meldung der BaFin vom 9.9.2021: online verfügbar, zuletzt abgerufen am 19.4.2023. Argumentiert wird von Seiten der Kreditwirtschaft, dass eine Klärung der Zinsberechnung durch den BGH ebenfalls absehbar ist und dass die BaFin diese abwarten müsse.

<sup>16</sup> Vgl. Rott, Peter (2023): „BaFin - Verzahnung zwischen zivilrechtlichem und behördlichem Verbraucherschutz“, Gutachten im Auftrag des vzbv, Berlin, 2023.

geklärten Verhältnisses zwischen der Rechtsdurchsetzung durch Verbraucherschutzorganisationen und durch die BaFin ist daher ein Vollzugsdefizit, dass sich an den Streitfällen um den § 4 Abs. 1a FinDAG zeigt.

Das Gutachten im Auftrag des vzbv formuliert daher Vorschläge für eine explizitere Verzahnung der Rechtsdurchsetzung durch Verbraucherschutzorganisationen und durch die BaFin sowie für eine Konkretisierung des § 4 Abs. 1a FinDAG:

- Zunächst ergibt sich die Notwendigkeit einer tatsächlich flächendeckenden Durchsetzung von Verbraucherrecht aus der Einstufung von Verbraucherschutz als öffentliche Aufgabe. Die kollektive Durchsetzung von zivilrechtlichem Verbraucherschutz ist dabei auch bisher schon vorrangig den Verbraucherschutzorganisationen zugewiesen. Die BaFin sollte diese vor allem dort ergänzen, wo eine flächendeckende Durchsetzung auf Grund struktureller Begrenzungen anderweitig nicht sichergestellt werden kann. Die Reichweite der Ermächtigung in § 4 Abs. 1a sollte sich aus dieser Ergänzungsfunktion ableiten. Damit würde die Rechtsdurchsetzung durch die BaFin direkt an die Tätigkeit der Verbraucherschutzorganisationen anknüpfen, ohne, dass es zu Überschneidungen käme.
- Die Durchsetzung von Verbraucherrecht durch die Verbraucherschutzorganisationen ist bisher durch die Ausgestaltung der Klageinstrumente sowie durch die geringen finanziellen und personellen Ressourcen begrenzt. Daher sollten zunächst das Instrumentarium sowie die Finanzierung der Verbraucherschutzorganisationen verbessert werden. Die derzeitige Umsetzung der EU-Verbandsklage richtlinie wird voraussichtlich zu einigen Verbesserungen im Detail führen, die grundsätzlichen Beschränkungen aber nicht auflösen.
- Eine flächendeckende Durchsetzung von Verbraucherecht wird auch durch die zivilrechtliche Natur der Rechtsdurchsetzung erschwert. Solange eine erga omnes-Wirkung (gegenüber allen) von Verbandsklageverfahren als nicht verfassungskonform eingestuft wird, muss die notwendige Breitenwirkung jenseits der Streitparteien durch Verwaltungsakte der BaFin, gegebenenfalls in Form von Allgemeinverfügungen, sichergestellt werden.
- Um die ergänzende Rolle der BaFin bei der Durchsetzung zivilrechtlicher Vorschriften zu verdeutlichen, sollte die Rechtsdurchsetzung der Verbraucherschutzorganisationen und der BaFin so verzahnt werden, dass eine Arbeitsteilung entlang der jeweiligen Vorteile entsteht und der Vorrang der zivilrechtlichen Durchsetzung betont wird.<sup>17</sup> So sollte die BaFin zunächst Sachverhalte ermitteln und den Verbraucherschutzorganisationen Informationen zur Klärung einer offenen Rechtsfrage vor Gericht zur Verfügung stellen, bevor sie selbst wiederum die Durchsetzung einer (dann gegebenenfalls abschließend geklärten) Rechtslage mit verwaltungsrechtlichen Mitteln betreibt. Um das zu ermöglichen, sollte die Verschwiegenheitspflicht der BaFin gegenüber den Verbraucherschutzorganisationen an dieser Stelle aufgehoben werden. Die Verbraucherschutzorganisationen unterliegen dann wiederum bezogen auf den Sachverhalt der Verschwiegenheit.

---

<sup>17</sup> Historisch bedingt gibt es - beispielsweise im Versicherungsbereich - seit langem ein Nebeneinander von behördlicher und zivilrechtlicher Rechtsdurchsetzung. Im Zuge einer Reform der BaFin müssen auch Schritte eingeleitet werden, wie die Rechtsdurchsetzung durch Verbraucherschutzorganisationen und durch die BaFin miteinander so verzahnt werden können, dass sie sich sinnvoll ergänzen und ihre jeweiligen Stärken ausspielen können.

Der § 4 Abs. 1a FinDAG sollte entsprechend so reformiert werden, dass die BaFin zunächst über ein grundsätzliches Eingreifermessen verfügt, das allerdings unter den expliziten Vorbehalt des Vorrangs der zivilrechtlichen Rechtsdurchsetzung durch Verbraucherschutzorganisationen gestellt wird. Nach Ansicht des vzbv sollte dieser Vorrang dadurch gesichert werden, dass die BaFin jederzeit dann tätig werden, wenn die originär für die kollektive Durchsetzung von verbraucherschützendem Zivilrecht zuständigen Organisationen tätig geworden sind. Die dafür notwendigen Änderungen des § 4 Abs. 1a FinDAG lauten:

- Die Voraussetzungen für das Tätigwerden der BaFin sollten im Gesetz konkretisiert werden. Das Aufgreifen von BGH-Rechtsprechung sollte als Soll-Vorschrift aufgenommen werden. In allen weiteren Fällen sollte die BaFin nach eigenem Ermessen unter Berücksichtigung des grundsätzlichen Vorrangs der zivilrechtlichen Rechtsdurchsetzung tätig werden können. Das Aufgreifen insbesondere eines Urteils eines Oberlandesgerichts muss jederzeit möglich sein, weil nicht sichergestellt ist, dass eine BGH-Entscheidung auch tatsächlich erfolgt.
- Die der BaFin zur Verfügung stehenden Maßnahmen sollten durch einen Beispielkatalog konkretisiert werden, der insbesondere auch die Anordnung der Information der betroffenen Verbraucher und die Anordnung von Rückzahlungen durch Finanzinstitute und -dienstleister vorsieht.
- Um Divergenzen in der Rechtsprechung zu vermeiden, sollten Klagen gegen eine Entscheidung der BaFin nach dem Vorbild des § 50 Abs. 1 Zahlungskontengesetz (ZKG) zukünftig vor Zivilgerichten verhandelt werden.
- Maßnahmen der BaFin auf Grundlage des § 4 Abs. 1 FinDAG sollten grundsätzlich verjährungshemmende Wirkung haben.

## IV. VERBRAUCHERSCHUTZ IM AUFSICHTSRECHT VERBESSERN

### 1. WOHLVERHALTENSPFLICHTEN IN DER BANKENAUF SICHT ETABLIEREN

Neben den genannten Verbesserungen des § 4 Abs. 1a FinDAG ist es aus Sicht des vzbv wichtig, auch das Aufsichtsrecht daraufhin zu überprüfen, ob der Schutz von Verbraucher:innen ausreichend berücksichtigt ist. Denn nach dem Willen des Gesetzgebers soll die Aufgabenzuweisung des kollektiven Verbraucherschutzes insgesamt zu einer „*noch stärkere(n) Berücksichtigung des kollektiven Verbraucherinteresses für alle Bereiche der Bundesanstalt (führen)*“.<sup>18</sup>

Tatsächlich zeigen sich die Probleme der Durchsetzung von Zivilrecht durch die BaFin auf Grundlage von § 4 Abs. 1a FinDAG bisher vor allem im Bankbereich.<sup>19</sup> Ein Grund dafür ist, dass die BaFin in Ermangelung entsprechender verbraucherschützender Vorschriften im KWG bisher keinen originären aufsichtsrechtlichen Zugriff auf die Erbringung von Bankdienstleistungen und das Angebot von Bankprodukten durch Kreditinstitute hat. Selbst der § 18a KWG zur Kreditwürdigkeitsprüfung bei Immobilienkrediten dient nicht dem Schutz von Verbraucher:innen, sondern der Stabilität der Institute.<sup>20</sup>

Demgegenüber müssen Banken und Sparkassen beim Vertrieb von Wertpapieren der BaFin gegenüber jederzeit nachweisen können, „*ehrlich, redlich und professionell im bestmöglichen Interesse [ihrer] Kunden*“<sup>21</sup> zu handeln, beim Vertrieb von kapitalansparenden Bankprodukten wie (Prämien-)Sparverträgen aber nicht, obwohl der Zweck aus Sicht von Verbraucher:innen derselbe ist. Banken und Sparkassen sind hier „lediglich“ an die Vorgaben des Bürgerlichen Gesetzbuchs gebunden, das neben allgemeinen vertragsrechtlichen Regelungen auch Vorgaben zu Bankdienstleistungen enthält, deren Durchsetzung aber den oben beschriebenen Beschränkungen unterworfen ist.<sup>22</sup>

Während der § 4 Abs. 1a FinDAG insgesamt nur eine ergänzende Funktion, einerseits mit Blick auf die Rechtsdurchsetzung durch Verbraucherschutzorganisationen, andererseits auf die originäre Aufsichtstätigkeit der BaFin haben soll, stellt er im Bankbereich aktuell den einzigen Mechanismus dar, über den die BaFin Verbraucherschutzbedenken bei Bankdienstleistungen adressieren kann. Auch ein im Sinne des Kapitels III. reformierter § 4 Abs. 1a FinDAG bliebe überstrapaziert, solange verbraucherschützende Vorgaben im Bankaufsichtsrecht fehlen.

Parallel zu einer Reform des § 4 Abs. 1a FinDAG, sollte daher das KWG um verbraucherschützende Wohlverhaltenspflichten für die Erbringung von Bankdienstleistungen ergänzt werden. Als Vorbild sollten hier die Regelungen der §§ 63 ff WpHG dienen.

---

<sup>18</sup> Gesetzesbegründung zum KASG, BT-Drucks. 18/3994, S. 36.

<sup>19</sup> Die bisherigen Maßnahmen der BaFin betreffen die Erhebung von (Negativ-)Zinsen und die Zinsberechnung bei Prämiensparverträgen.

<sup>20</sup> Die entsprechende Norm zum Schutz von Verbraucher:innen findet sich in den §§ 505a und 505b BGB und damit außerhalb des originären Zuständigkeitsbereichs der BaFin (siehe Diskussion zur Zuständigkeit der BaFin für Zivilrecht).

<sup>21</sup> Siehe § 63 Abs. 1 WpHG. Darüber hinaus enthalten die §§ 63 ff WpHG eine ganze Reihe von verbraucherschützenden Regelungen, die sich ebenso nur im Wertpapier- nicht aber im Bankbereich finden.

<sup>22</sup> Insbesondere müssen Banken und Sparkassen auch im Falle erfolgreicher Klagen durch Verbraucherschutzorganisationen bisher nicht fürchten, flächendeckend Rückerstattungen leisten zu müssen. Schon allein eine Entscheidung durch den BGH kann einfach verhindert werden, indem der Rechtsweg nicht beschritten wird. Die bisher absehbaren Änderungen durch die EU-Verbandsklagerichtlinie werden daran im Grundsatz nichts ändern.

Dies würde es der BaFin ermöglichen, Banken und Sparkassen direkt und ohne Umweg über zivilgerichtliche Urteile und voraussichtlich noch zu führende rechtswissenschaftliche Diskussionen auf die Einhaltung grundlegender Verbraucherschützender Regelungen zu verpflichten, die in verwandten Rechtsgebieten längst etabliert sind.

Welcher Ermächtigung sie sich dabei bedient, ist zweitrangig. Die §§ 6 Abs. 2 und 3 KWG sind im Prinzip ebenso geeignet wie der § 4 Abs. 1a FinDAG, der dann auch die entsprechenden Verbraucherschützenden Regelungen des KWG umfassen würde. Allerdings wäre es mit Blick auf eine möglichst einfache Handhabung von Vorteil, die §§ 6 Abs. 2 und 3 KWG um den „Schutz der Verbraucher:innen und Kund:innen“ zu erweitern. So wäre unabhängig von den zu schaffenden Einzelvorschriften zweifelsfrei geklärt, dass das KWG auch ein Verbraucherschutzgesetz ist.

## 2. UMFASSENDE ZUSTÄNDIGKEIT FÜR VERTRIEB SCHAFFEN

Jenseits der für Kreditinstitute geltenden aufsichtsrechtlichen Regelungen besteht ein weiteres Problem darin, dass die BaFin nicht für alle Bereiche des Finanzmarkts gleichermaßen zuständig ist. So liegt die Aufsicht über die gewerblich regulierten Finanzanlage-, Versicherungs- und Darlehensvermittler bei den Vollzugsbehörden der Gewerbeordnung (GewO) und damit bei den Industrie- und Handelskammern (IHKn) oder den Gewerbeämtern, die, unabhängig von möglichen Interessenskonflikten, allein schon personell nicht in der Lage sind, die notwendige Aufsichtsqualität sicherzustellen.<sup>23</sup>

Aus Sicht von Verbraucher:innen ergibt sich so eine faktische Aufsichtslücke mit Blick auf die Überwachung der Verhaltenspflichten im Wertpapier- und Versicherungsvertrieb, die innerhalb des Anwendungsbereichs des WpHG und des Versicherungsaufsichtsgesetzes von der BaFin, innerhalb der GewO von den IHKn und den Gewerbeämtern überwacht werden, wobei nach Kenntnis des vzbv weder IHKn noch Gewerbeämter eine laufende Aufsicht durchführen (können).

Um diese Aufsichtslücke zu schließen, sollte in einem ersten Schritt die Zuständigkeit für die Aufsicht über gewerbliche Finanzanlagenvermittler nach § 34f GewO auf die BaFin übertragen werden.<sup>24</sup> Im Weiteren sollte auch die Aufsicht über Versicherungs- und Darlehensvermittler auf die BaFin übertragen werden.

Perspektivisch sollte die BaFin für die Erbringung aller verbraucherrelevanten Finanzdienstleistungen und insbesondere den Produktvertrieb zuständig sein. Um Aufsichtslücken zu vermeiden, sollte sich diese Zuständigkeit materiell auf den Vertrieb als Tätigkeit beziehen und nicht auf einzelne Akteure, die Vertrieb durchführen.

## 3. MATERIELLE PROSPEKTPRÜFUNG BEI VERMÖGENSANLAGEN EINFÜHREN

Ein weiteres Argument für eine Überführung der Aufsicht über gewerbliche Finanzanlagenvermittler auf die BaFin ist die Tatsache, dass ein Teil dieser Vermittler auch Vermögensanlagen und damit Anlagen des Grauen Kapitalmarkts wie Direktinvestments oder Nachrangdarlehen an Verbraucher:innen vertreibt.

---

<sup>23</sup> Darüber hinaus verfügen die genannten Akteure weder über ein Verbraucherschutzmandat, noch besteht eine ausreichende Anbindung an den laufenden Austausch der europäischen Aufsichtsbehörden, der insbesondere eine vergleichbare Anwendung des meist europäischen Aufsichtsrechts ermöglichen soll.

<sup>24</sup> Ein entsprechender Gesetzentwurf für die Übertragung der Aufsicht über Finanzanlagevermittler auf die BaFin lag bereits in der vergangenen Legislaturperiode vor, wurde aber nicht umgesetzt. Vgl. vzbv (2020): „BaFin-Aufsicht über Anlagevermittler umsetzen“, Positionspapier des vzbv, online verfügbar, Berlin, 2020.

Zum einen sind diese Anlagen hochgradig risikoreich und haben in der Vergangenheit zu Schäden in Milliardenhöhe bei Verbraucher:innen geführt<sup>25</sup>, so dass eine Aufsicht über den Vertrieb möglichst umfassend und kritisch sein sollte, was nach Lage der Dinge von der BaFin eher zu erwarten ist, als von den genannten Behörden.

Zum anderen ist es Aufgabe der BaFin, Verkaufsprospekte für Vermögensanlagen auf Grundlage des Vermögensanlagengesetzes zu prüfen. Hier würden sich durch eine BaFin-Aufsicht über den Vertrieb zunächst erhebliche Synergien mit Blick auf den Schutz von Verbraucher:innen vor problematischen Angeboten ergeben.

Darüber hinaus sollte auch die Prüfung der Verkaufsprospekte wie im Koalitionsvertrag vorgesehen verbessert werden.<sup>26</sup> Die BaFin sollte zumindest die Möglichkeit erhalten, wirtschaftlich zweifelhafte Emissionen bereits im Zuge der Prospektgenehmigung zu stoppen und letztlich auch den Vertrieb an Verbraucher:innen vollständig zu untersagen (materielle Prospektprüfung).

Eine solche Regelung bliebe zwar hinter dem notwendigen grundsätzlichen Verbot des aktiven Vertriebs von Graumarktprodukten zurück, sollte aber mit Blick auf die hohen Vermögensschäden am Grauen Kapitalmarkt dennoch dringend umgesetzt werden.<sup>27</sup>

## V. VERBRAUCHERBEIRAT STÄRKEN

Der Verbraucherbeirat der BaFin wurde bereits mit dem Gesetz zur Stärkung der deutschen Finanzaufsicht von 2013 geschaffen. Seitdem ist es Aufgabe des Beirats, die BaFin bei der Erfüllung ihrer Aufsichtsaufgaben zu beraten. In der Praxis gibt er Einschätzungen zu Marktentwicklungen und weist auf Missstände hin.<sup>28</sup>

Dabei ist der Beirat im Wesentlichen auf die Einbindung externer Expert:innen im Rahmen der halbjährlichen Sitzungen angewiesen, an denen das Direktorium der BaFin sowie das Bundesministerium der Finanzen als Fachaufsicht der BaFin teilnehmen. Die BaFin ist dem Beirat gegenüber nicht rechenschaftspflichtig, was die Verfolgung von Empfehlungen des Beirats im Rahmen des Aufsichtshandelns angeht.

Aus Sicht des vzbv ist die Rolle des Beirats bisher deutlich zu eng gefasst. Stattdessen sollte der Beirat zukünftig als Diskussionsplattform für die Verbesserung des Verbraucherschutzes innerhalb der BaFin dienen und dabei auch selbst stärker Position gegenüber der BaFin und der Öffentlichkeit beziehen. So ließe sich sicherstellen, dass die

---

<sup>25</sup> Im Fall des Windkraftunternehmens Prokon haben die rund 75.000 betroffenen Verbraucher:innen, gut 40 Prozent des eingesetzten Kapitals (von rund 1,4 Milliarden Euro) verloren. Allein die Verluste durch die Insolvenz des Containeranbieters P&R im Jahr 2018 dürften sich auf insgesamt 2,5 Milliarden Euro summieren. Siehe vzbv (2022): „Aktiven Vertrieb verbieten – Haftungsprinzip durchsetzen“, Forderungspapier zur Regulierung des Grauen Kapitalmarkts, online verfügbar, Berlin, 2022.

<sup>26</sup> „Wir werden die Fähigkeiten der BaFin bei der Prüfung von Vermögensanlageprospekten weiter stärken“, Mehr Fortschritt wagen, Koalitionsvertrag zwischen SPD, Bündnis 90/Die Grünen und FDP, 2021, S. 135.

<sup>27</sup> Siehe vzbv (2022).

<sup>28</sup> Der Verbraucherbeirat der BaFin ist in § 8a der Satzung der BaFin geregelt. Dort heißt: „Der Verbraucherbeirat kann auf Antrag des oder der Beauftragten für den Anleger- und Verbraucherschutz, eines Mitglieds des Direktoriums, des Bundesministeriums der Finanzen oder mindestens eines Viertels seiner Mitglieder in Angelegenheiten des Verbraucher- oder Anlegerschutzes Empfehlungen an die Bundesanstalt aussprechen. Hierzu ist es erforderlich, dass mehr als die Hälfte der Mitglieder des Verbraucherbeirats diese Empfehlung unterstützt.“

vom Gesetzgeber geforderte „*noch stärkere Berücksichtigung des kollektiven Verbraucherinteresses für alle Bereiche der Bundesanstalt*“ nicht nur dort erfolgt, wo es vergleichsweise einfach ist, sichtbaren Verbraucherschutz zu schaffen, wie etwa bei Informations- und Bildungsangeboten, sondern tatsächlich auch im Kernbereich der (Rechts-)Aufsicht über Finanzdienstleister.<sup>29</sup>

Eine solche Aufwertung des Beirats ist auch deswegen notwendig, da trotz der bisher erfolgten Fortschritte weiterhin strukturelle Hürden für eine Stärkung des Verbraucherschutzes bestehen. Zunächst ist die BaFin für unterschiedliche Aufsichtsziele zuständig, die in Einzelfällen im Konflikt stehen können. Die Frage ist dabei immer, wie mit solchen Konflikten umgegangen wird und welches Ziel am Ende wichtiger ist, gerade wenn die Tradition einer Behörde stark von einer institutsbezogenen Sichtweise geprägt ist. Darüber hinaus ist es schlicht so, dass sich Anbieter stets vor Gericht gegen Maßnahmen der BaFin wehren können, Verbraucher:innen aber keinen einklagbaren Anspruch auf ein Tätigwerden der BaFin haben.

Um die beschriebene Ausweitung der Aufgaben des Beirats zu ermöglichen, sollte der Beirat stärker institutionalisiert werden und eine eigene Geschäftsstelle außerhalb der BaFin erhalten, in der hauptamtliche Mitarbeiter:innen die Beiratsmitglieder fachlich und organisatorisch unterstützen. Darüber hinaus sollte der Beirat über einen eigenen Etat verfügen um wissenschaftliche Expertisen in Auftrag geben zu können, die verbraucherenschutzrelevante Fragestellungen für die BaFin aufarbeiten und weiterentwickeln. Er sollte sich häufiger zu eigenen Beratungen treffen, um Positionen zu erarbeiten und einzelne Fragestellungen vertieft zu bearbeiten. Die Beiratsmitglieder sollten daher zusätzlich zur Reisekostenübernahme eine Aufwandsentschädigung erhalten, die dem zeitlichen Arbeitsaufwand gerecht wird.

Bei der Besetzung des Beirats sollte verstärkt auf die Unabhängigkeit der Mitglieder von Anbieterinteressen geachtet werden. Insbesondere sollten im Falle von Ombudsmännern, oder anderen Personen mit Nähe zu Anbietern, strenge Anforderungen an die organisatorische und personelle Unabhängigkeit gelten.

---

<sup>29</sup> Gesetzesbegründung zum KASG, BT-Drucks. 18/3994, S. 36.