

Berlin, 16.04.2012

Gesetz zur Stärkung der deutschen Finanzaufsicht

Stellungnahme des Verbraucherzentrale Bundesverbandes (vzbv)

**zum Referentenentwurf des Bundesministeriums für Finanzen vom
28.03.2012**

Zusammenfassung

Der Verbraucherzentrale Bundesverband sieht bei dem vorliegenden Referentenentwurf zur Stärkung der deutschen Finanzaufsicht noch erheblichen Überarbeitungsbedarf. Ein verbraucherpolitisches Bewusstsein ist im Entwurf nicht erkennbar. Die Vorschläge zum Verbraucherbeirat und Beschwerderecht haben Feigenblattfunktion, da die Aufgaben und Befugnisse der Bundesanstalt für Finanzdienstleistungsaufsicht (BaFin) nicht geändert werden. Obwohl in der Entwurfsbegründung davon die Rede ist, dass das öffentliche Interesse, in dem die BaFin tätig wird, nunmehr auch die kollektiven Verbraucherinteressen umfasst, wurde die Chance verpasst, dies im Gesetzestext mit Leben, sprich mit konkreten Aufgaben und Befugnissen zu füllen.

Die Einrichtung eines informellen Verbraucherbeirates, dessen Kosten allein die Beiratsmitglieder selbst tragen sollen, sowie die Normierung eines formlosen Beschwerderechts, das es auch ohne gesetzliche Regelung informell schon seit langem gibt, sowie die - in höherem Umfang notwendige - Finanzierung der Stiftung Warentest mit zusätzlichen 1,5 Mio. € zum Ausbau der Prüfung von Finanzprodukten stellt kein hinreichendes Konzept für eine verbraucherorientierte Finanzaufsicht dar, die die kollektiven Verbraucherinteressen angemessen in die Aufsichtstätigkeit einbezieht. Alle drei Maßnahmen haben somit Alibifunktion.

Hinzu kommt, dass trotz der erklärten Absicht, kollektive Verbraucherinteressen einzubeziehen, die Finanzierung weiterhin ausschließlich umlagefinanziert durch die Unternehmen selbst erfolgt, und dass die Änderung bei der Besetzung des Verwaltungsrates weiterhin auf die Beteiligung der Finanzdienstleistungsindustrie (wenn auch mit maximal sechs statt bisher zehn Mitgliedern) abzielt. Der Entwurf zeugt insgesamt von einer Konzeptionslosigkeit gegenüber den Möglichkeiten und Chancen für eine faire Berücksichtigung der Interessen der Verbraucher als Marktteilnehmer.

An einigen Stellen finden wir sogar die Einschätzung des Bundesministeriums für Finanzen, dass Verbraucherschutz die Aufsichtstätigkeit stören könnte, und zwar die Wahrnehmung der „Primäraufgabe“ der Sicherstellung der Funktionsfähigkeit der Kredit- und Versicherungswirtschaft sowie der Wertpapiermärkte,

Schließlich dürfte der aktuelle Referentenentwurf EU-rechtswidrig sein, weil er den Anforderungen an die Finanzaufsicht in der Europäischen Union nicht angemessen Rechnung trägt, da er die europäisch als ausdrückliches Ziel und mit konkreten Aufgaben und Eingriffsbefugnissen ausgestattete verbraucherorientierte Marktaufsicht ausblendet.

Im Entwurf wurden die verfügbaren Erkenntnisse zur Umsetzung der verbraucherorientierten Marktaufsicht in der Finanzaufsicht nicht herangezogen, und es fehlt ein klares Konzept zum Umgang der Aufsicht mit diesem Thema. So hatte der vzbv im Laufe der letzten zwei Jahre mehrfach wesentliche Beispiele für die Missachtung kollektiver Verbraucherinteressen beleuchtet und mit seiner Initiative Finanzmarktwächter zusammen mit den Verbraucherzentralen aufgezeigt, dass das künftige Aufsichtssystem ein duales sein sollte, nämlich eine Finanzaufsicht, die Anbieter kontrolliert und mit hoheitlichen Mitteln eingreifen kann, und dass aus der Perspektive der Nachfrageseite eine Markt- und Produktbeobachtung durch die Verbraucherorganisationen erfolgt. Beides wird verzahnt, zum Beispiel mit dem Mittel eines förmlichen Beschwerderechts, mit dem der BaFin erkannte Missstände gemeldet werden.

Verbraucherorientierung und europäische Dimension

a) Verbraucherorientierte Marktaufsicht und die Rolle des kollektiven Verbraucherschutzes

Spätestens mit den Erfahrungen aus der Finanzmarktkrise hat sich in vielfacher Weise gezeigt, dass die Finanzbranche nicht nur in Bezug auf ihre Solvenz, sondern auch auf ihr Marktverhalten gegenüber Endnutzern zu überwachen ist. Dies wird im vorliegenden Referentenentwurf aber völlig unzureichend berücksichtigt. Zwar findet sich jetzt in der Begründung der eigentlich bahnbrechende Satz „Dementsprechend ist die Bundesanstalt ausschließlich im öffentliche Interesse tätig; dieses umfasst auch das kollektive Verbraucherinteresse.“ Dies ist bislang – bis auf wenige Ausnahmen wie den Versicherungsbereich - nicht der Fall. Diese Aussage wird allerdings nicht dazu genutzt, den kollektiven Verbraucherschutz auch als konkrete Aufgabe in die einschlägigen Aufsichtsgesetze hineinzuschreiben und ein Konzept hierzu aufzustellen. Im Gegenteil wird der Verbraucherschutz als Störfaktor gesehen, wenn in der Begründung ausgeführt wird, dass die Aufsichtstätigkeit der Bundesanstalt zukünftig Verbraucherfragen stärker berücksichtigen soll, dies aber die Sicherstellung der Funktionsfähigkeit der Kredit- und Versicherungswirtschaft sowie der Wertpapiermärkte nicht beeinträchtigen dürfe, die als Primäraufgaben der Aufsicht bezeichnet werden.

Den vielfältigen Erfahrungen der Verbraucher, durch die Verbraucherzentralen gesammelt und aufbereitet, durch zahlreiche individuelle und kollektive Rechtsstreitigkeiten belegt und zu einigen spezifischen Fragestellungen durch die Initiative Finanzmarktwächter aufbereitet und dokumentiert, spiegeln ein teilweises Versagen des Marktes, Missstände im Anbieterverhalten und eine fehlende Kontrolle des Funktionierens von Gesetzgebung wider. Das Konzept der Bundesregierung, mehr Information und Verbraucherbildung sowie die stärkere Finanzierung der Stiftung Warentest für die Aufgabe eines Finanz-TÜV reichen nicht aus, um ein effektives Gegengewicht zu bilden. Gleichwohl ist die stärkere Finanzierung von Verbraucherorganisationen, sei es die Stiftung Warentest, seien es die Verbraucherzentralen und der vzbv, ein notwendiger Baustein eines Gesamtkonzepts, das Aufsicht, Markt- und Produktkontrolle umfasst.

Die Funktionsfähigkeit des Marktes wird nicht alleine durch die Solvenz der Unternehmen, sondern ebenso auch durch die Einhaltung der Marktregeln und Gesetze bestimmt. Denn auch der Finanzmarkt besteht aus Anbietern und Nutzern. Verbraucherschutz dient der Sicherstellung der Funktionsfähigkeit dieser Märkte und ist nicht etwa ein Risiko für sie, wie es in der Entwurfsbegründung zur Rechtfertigung der sehr verhaltenen Maßnahmen dargestellt wird.

Man darf es nicht im Wesentlichen alleine dem Einzelverbraucher überlassen, sich gegen rechtswidrige und marktschädliche Praktiken zur Wehr zu setzen, oder dem kollektiven Rechtsschutz, der in erster Linie nur jeweils gegenüber einem einzelnen Anbieter auftreten kann.

So wurden Verbraucher vom Gesetzgeber im Rahmen etwa der Alters- und Risikoversorge immer stärker auf diesen Markt verwiesen. Somit werden sie in Bezug auf ihre Teilhabemöglichkeit am deutschen und europäischen Markt auch immer abhängiger von Finanzdienstleistungen.

- ➔ Der Verbraucherzentrale Bundesverband fordert: Finanzaufsicht muss ein gleichrangiges Verhältnis zwischen Solvenz- und Marktaufsicht abbilden, ohne dass sich beide Komponenten blockieren. Eine Komponente zu vernachlässigen

sigen bedeutet, die Schieflage zu provozieren. Verbraucherschutz ist Staatspflicht; er ist in seinen Optionen für die Finanzaufsicht neu zu bewerten und im Gesetz gleichrangig zu verankern.

b) Keine Kompatibilität mit dem europäischen Aufsichtsmodell

Während der Referentenentwurf zu Recht den Ausbau der makroprudentiellen Aufsicht im Gleichklang mit dem Europäischen Ausschuss für Systemrisiken berücksichtigt, blendet er die Vorgaben des Verbraucherschutzes aus, wie sie im Europäischen System der Finanzaufsicht (ESFS) verbindlich definiert werden, dem jede nationale Finanzaufsicht gemäß der Art. 2 Abs. 2 f) der EU-Verordnungen 1093/2010, 1094/2010 und 1095/2010 verpflichtend angehört. In allen drei Verordnungen heißt es wortgleich:

„Das Hauptziel des ESFS besteht darin, die angemessene Anwendung der für den Finanzsektor geltenden Vorschriften zu gewährleisten, um die Finanzstabilität zu erhalten und für Vertrauen in das Finanzsystem insgesamt *und für einen ausreichenden Schutz der Kunden, die Finanzdienstleistungen in Anspruch nehmen, zu sorgen.*“

Diese explizite Pflicht zum Kundenschutz ist dabei ausdrücklich nicht lediglich den EU-Behörden selbst, sondern dem Verbund des ESFS und damit auch heute schon der BaFin zugewiesen, was sich im Entwurf und in dessen Begründung jedoch nicht hinreichend wiederfindet, da diese gleichrangige und verbindliche Aufgabe marginalisiert wird, ja sogar abweichend von den verbindlichen Leitsätzen im ESFS als potentieller Störfaktor in der Finanzaufsicht gesehen wird.

Dieser abweichende Weg Deutschlands im europäischen Aufsichtsverbund macht sich auch in den konkreten Aufgabenzuweisungen und Befugnissen der drei europäischen Aufsichtsbehörden EBA, ESMA und EIOPA manifest:

Zunächst einmal gibt es im jeweiligen Artikel 1 Absatz 2 f) der drei EU-Verordnungen eine klare Aufgabenzuweisung bzw. Zielsetzung, nämlich die Verbesserung des Verbraucherschutzes. Diese Aufgabe ist dabei im jeweiligen Artikel 9 der Verordnungen noch einmal so dezidiert dargestellt, dass sich daraus auch konkrete Tätigkeiten und Befugnisse ableiten lassen:

1. Die Behörde übernimmt eine Führungsrolle bei der Förderung von Transparenz, Einfachheit und Fairness auf dem Markt für Finanzprodukte beziehungsweise -dienstleistungen *für Verbraucher im Binnenmarkt*, und zwar unter anderem durch:
 - a) die *Erfassung und Analyse von Verbrauchertrends* und die Berichterstattung über diese Trends;
 - b) die Überprüfung und Koordinierung von Initiativen der zuständigen Behörden zur Vermittlung von Wissen und Bildung über Finanzfragen;
 - c) die *Entwicklung von Ausbildungsstandards für die Wirtschaft*, und
 - d) die Mitwirkung an der *Entwicklung allgemeiner Offenlegungsvorschriften*.
2. Die Behörde *überwacht neue und bereits bekannte Finanztätigkeiten* und kann Leitlinien und Empfehlungen annehmen (...)
3. Die Behörde kann auch *Warnungen herausgeben*, wenn ...

4. Die Behörde errichtet - als *integralen* Bestandteil der Behörde - einen Ausschuss für Finanzinnovationen, der *alle zuständigen nationalen Aufsichtsbehörden zusammen bringt*, um so eine koordinierte Herangehensweise an die regulatorische und aufsichtsrechtliche Behandlung neuer oder innovativer Finanztätigkeiten zu erreichen und der Behörde Rat zu erteilen, den sie dem Europäischen Parlament, dem Rat und der Kommission vorlegt.
5. Die Behörde kann im Krisenfall bestimmte Finanztätigkeiten in einem festgelegten Verfahren vorübergehend verbieten oder beschränken.
6. Die Behörde kann auch überprüfen, ob es notwendig ist, bestimmte Arten von Finanztätigkeiten zu verbieten oder zu beschränken, und - sollte dies notwendig sein - die Kommission informieren, um den Erlass eines solchen Verbots oder einer solchen Beschränkung zu erleichtern.

(Auszüge, Hervorhebungen vzbv)

Das heißt die EU-Behörden haben konkrete Prüfaufträge, Gestaltungsrechte, Bewertungsaufgaben und Sanktionsmittel, wobei mindestens zu Punkt 4 die BaFin aktiv eingebunden ist. Auch ist die verbraucherorientierte Marktaufsicht klar als integraler Bestandteil der Finanzaufsicht deklariert.

Auf die kleine Anfrage der Grünen (BT-Drucksache 17/8647) antwortete das Bundesministerium für Finanzen am 5.3.2012 in bezug auf die Aufsichtspraxis der BaFin unter anderem, dass diese statistisch nicht erfasse, in wievielen Beschwerdefällen von Verbrauchern in Bezug auf Wertpapierdienstleistungsunternehmen tatsächlich Verstöße gegen aufsichtsrechtliche Vorgaben festgestellt und aufsichtsrechtliche Maßnahmen eingeleitet wurden. Auch ist der BaFin danach unbekannt, ob und inwieweit Privatkunden nach der Beschwerde zivilrechtliche Rechtsmittel gerichtlich geltend gemacht haben und in wieweit und in welchem Umfang daraufhin Unternehmen zu Schadenersatz verurteilt wurden. Die BaFin erfasse ferner auch nicht die Rechtsrisiken in diesem Bereich, die Unternehmen aus Schadenersatzansprüchen drohen und ob diese durch Rückstellungen abgedeckt sind.

Das belegt: Die BaFin hat keinen relevanten Überblick darüber, in wie weit sich Verbraucher in Bezug auf aufsichtsrelevante Beschwerdefälle erfolgreich auf dem Zivilrechtsweg durchsetzen können, und diese Fälle scheinen auch in ihrer Wirkung so geringfügig zu sein, dass noch nicht einmal zu dem ansonsten ja für die Solvenz beachtlichen Schadenersatzvolumen eine Statistik oder eine sonstige makroprudentielle Übersicht geführt wird.

Dies ist – vor dem Hintergrund der aktuellen Gesetzeslage – nicht der BaFin primär vorzuwerfen, wirft aber Zweifel auf, ob die BaFin damit nicht ihren Pflichten gegenüber dem Europäischen System der Finanzaufsicht sowohl bei der Erkenntnisgewinnung als auch der Handlungsfähigkeit schuldig bleibt, wobei es Aufsichtsregimen in anderen Mitgliedstaaten, selbst am Bankenplatz London, weitaus eher möglich ist, in diesem Feld tätig zu werden.

In verschiedenen Bereichen der europäischen Gesetzgebung ist die Fähigkeit zum verbraucherbezogenen Eingreifen der Finanzaufsicht unmittelbar erforderlich. So stellt das Gutachten der Professoren Micklitz und Keßler „Institutionelle Finanzmarktaufsicht und Verbraucherschutz – Eine vergleichende Untersuchung der Regelungssysteme in Deutschland, Italien, Schweden, dem Vereinigten Königreich und der Europäischen

Gemeinschaft¹“ fest, dass insbesondere in Bezug auf die MiFID die deutschen Behörden nicht in der Lage sind, den dort regulierten Anlegerschutz ausreichend abzubilden. Dieser Trend wird derzeit im Rahmen der europäischen Gesetzgebung weiter ausgebaut. So sieht die Verordnung 260/2012 in Art. 10 ausdrücklich vor, dass die Aufsichtsbehörde für die Einhaltung der Regeln bei der Migration in den europäischen Zahlungsverkehr SEPA dafür verantwortlich ist, dass alle Sanktionsmittel ausgeübt werden. Auch im Bereich der Wohnimmobiliendarlehen sehen die geplanten Regelungen im Aufsichtsbereich untrennbar den Bereich des Schutzes der Verbraucher vor, ja die gesamte Anlage dieses Richtlinienvorhabens sieht den Verbraucherschutz als ein wesentliches Element, um durch die Verhinderung fehlerhafter bzw. ungeeigneter Verträge gegenüber dem Verbraucher auszuschließen, dass hieraus im Nachgang Gefahren für die Märkte entstehen. So gesehen sind die Berücksichtigung von Verbraucherinteressen auch im Marktgeschehen integraler Bestandteil des Verständnisses von einer Finanzaufsicht in Europa.

- ➔ Auch aufgrund der europäisch normierten Ziele und Aufgaben der kooperativen Finanzaufsicht ist es erforderlich, die Möglichkeiten der deutschen Finanzaufsicht im Verbraucherschutz ausdrücklich auszubauen und die Aufnahme des Verbraucherschutzes in den Ziel- und Aufgabenkatalog der Finanzaufsicht unabwendbar. Die Bundesregierung ist aufgefordert anzuerkennen, dass der Ausbau und die Integration des Verbraucherschutzes in der deutschen Finanzaufsicht auch rein europarechtlich geboten ist.

Zu den Regelungen im Einzelnen:

a) Art. 1 Gesetz zur Überwachung der Finanzstabilität

In Bezug auf § 6 (Verschwiegenheitspflicht) merken wir an, dass die Interessen eines Dritten in Bezug auf sein Geschäfts- oder Betriebsgeheimnis nicht uneingeschränkt schutzwürdig sein können, wenn sich daraus Rechtsverletzungen gegenüber anderen ergeben. Dies gebietet die Einheit der Rechtsordnung, auch nach der uns bekannten Rechtsauffassung des Bundesdatenschutzbeauftragten. Es sollte eine entsprechende gesetzliche Klarstellung erfolgen. Dies gilt entsprechend für § 9 KWG, § 8 WpHG und die respektiven Regelungen im VAG und ZAG.

b) Art. 2 Änderung des Finanzdienstleistungsaufsichtsgesetzes

Hierzu beschränken wir uns auf die Teilbereiche, die nichts mit der unter den §§ 10a,b behandelten Thematik Zulagen/Personalgewinnungszuschlag zu tun haben. Auch wir sehen die angemessene personelle Ausstattung der BaFin als sinnvoll und notwendig an; es muss jedoch auch der Bereich der verbraucherorientierten Marktaufsicht angemessen ausgebaut und ausgestattet werden. Und auch der Verbraucherbeirat muss personell und finanziell hinterlegt werden.

¹ Ebd. S. 242 f. erschienen 2010, Nomos-Verlag und http://www.vzbv.de/cps/rde/xbcr/vzbv/studie_finanzaufsicht_vergleich_eu_kessler_micklitz_okt_2009.pdf

i. Zu § 4 Abs. 1 Finanzdienstleistungsaufsichtsgesetz

Wie einleitend ausgeführt, fehlen der Finanzaufsicht für den Bereich der verbraucherorientierten Marktaufsicht eine klare Aufgabenzuweisung und auch die entsprechenden effektiven Eingriffsbefugnisse und Aufsichtsinstrumente, ohne die die Behörde aber der Gefahr ausgesetzt wird, eine Staatshaftung auszulösen, zum Beispiel bei der Umsetzung von Vorgaben aus europäischen Normen oder von Maßnahmen im ESFS. Beispiel: bei einer verwaltungsgerichtlichen Überprüfung scheitern Aufsichtsmaßnahmen bereits an der notwendigen Voraussetzung einer klaren Aufgabenzuweisung und einer entsprechenden Eingriffsbefugnis. Eine solche Zuweisung ist dem deutschen Aufsichtsrecht dabei nicht fremd, sie gibt es bisher aber lediglich in § 81 Abs. 1 VAG. Dort heißt es:

„Die Aufsichtsbehörde überwacht den gesamten Geschäftsbetrieb der Versicherungsunternehmen im Rahmen einer rechtlichen Aufsicht allgemein und einer Finanzaufsicht im besonderen. Sie achtet dabei auf die *ausreichende Wahrung der Belange der Versicherten* und auf die *Einhaltung der Gesetze*, die für den Betrieb des Versicherungsgeschäfts gelten. Sie nimmt die ihr *nach diesem Gesetz und nach anderen Gesetzen zugewiesenen Aufgaben* nur im öffentlichen Interesse wahr. Gegenstand der rechtlichen Aufsicht ist die ordnungsgemäße Durchführung des Geschäftsbetriebs einschließlich der Einhaltung der aufsichtsrechtlichen, der das Versicherungsverhältnis betreffenden *und aller sonstigen die Versicherten betreffenden Vorschriften* sowie der rechtlichen Grundlagen des Geschäftsplans.“

Eine entsprechende Bezugnahme lässt sich beispielsweise in § 4 Abs. 1 FinDAG für alle Aufsichtsbereiche integrieren und kann auch durch Aufnahme in die Grundnormen des KWG, WpHG und ZAG realisiert werden.

Ein Beispiel für die unzureichende Umsetzung einer Aufgabenzuweisung stellt § 6 KWG dar, der in seinem ersten Absatz die Zuständigkeit in Bezug auf Banken als Aufsichtsobjekte auf die Normen des Kreditwesengesetzes beschränkt. Auswirkungen anderer Normen, auch europäischer Verordnungen, werden nicht erfasst. Im zweiten Absatz wird die Grundlage der Solvenz-aufsicht gelegt.

In Ergänzung zu § 6 Abs. 2 KWG könnte geregelt werden, dass die Aufsichtsbehörde auch die Wahrung der Belange der Marktteilnehmer, insbesondere der Verbraucher, zu beachten und die Einhaltung der Gesetze, die für den Betrieb des Kreditgeschäfts erforderlich sind, zu überprüfen hat.

Im dritten Absatz wird die Aufsicht generell ermächtigt, die im Rahmen der zugewiesenen Aufgaben notwendigen Anordnungen treffen zu können. Dies könnte beispielsweise durch jene konkreten Aufgabenzuweisungen ergänzt werden, wie sie oben ausgeführt in den Verordnungen zur europäischen Finanzaufsicht im jeweiligen Art. 9 etwa auch für die EBA normiert wurden. Dazu gehören die Marktanalyse, insbesondere auch in Bezug auf das Verhalten gegenüber Verbrauchern, die Setzung von Standards für die Qualifikation in diesem Berufsfeld, die Überwachung neuer Produktarten und die Möglichkeit zur Warnung, aber auch die Untersagung eines bestimmten Marktverhaltens. Dabei sehen wir in der Analyse von Marktverhalten auch

eine Möglichkeit der Zusammenarbeit mit den Erfahrungen der Verbraucherberatung gemäß unseres Konzeptes eines Finanzmarktwächters.

Da es notwendig ist, Risiken präventiv abzuwenden, sofern sie über das übliche Marktrisiko hinausgehen, ist es auch erforderlich, Regelungen zu treffen, nach der die Aufsichtsbehörde Verfahren zu entwickeln und zu dokumentieren hat, nach denen Einschätzungen über die Gefährlichkeit von Marktprodukten, insbesondere neuen Marktprodukten getroffen werden können, auch bevor konkrete Schadensereignisse eingetreten sind. Eine solche Einschätzungsprärogative, die notwendig ist, um rechtzeitig und rechtssicher handeln zu können, wäre richterlich dann nur noch dahingehend zu überprüfen, dass die Behörde sie auf der Basis der festgesetzten Standards regelgerecht entwickelt hat.

- Wir fordern, diese Grundsätze zur Aufgabenzuweisung und Eingriffsbefugnis entweder - wie vorab zu § 6 KWG beschrieben - in den jeweiligen sektoralen Vorschriften zu ergänzen, wobei Teile des Wortlautes von § 81 Abs. 1 VAG übernommen werden können, oder diese Vorgaben in § 4 FinDAG entsprechend zu ergänzen.

ii. Zu § 4a Meinungsverschiedenheiten bei der laufenden Überwachung

Diese Vorschrift wäre zu ergänzen, um Konflikte zwischen der verbraucherorientierten Marktaufsicht und der Solvenzaufsicht zu lösen. Beide Aufsichtsbereiche müssen ohne Beeinträchtigung ausgeführt werden können. Dazu wären beide Bereiche organisatorisch so unabhängig voneinander aufzustellen, dass sie zwar Einblick voneinander haben, so dass etwa die Solvenzaufsicht mögliche Folgen rechtswidrigen Verhaltens eines Instituts bewerten kann. Diese dürfen jedoch nicht alleine wegen eines Solvenzinteresses folgenlos bleiben, auch nicht gegenüber geschädigten Marktteilnehmern.

- Wir fordern, Markt- und Solvenzaufsicht gleichrangig zu organisieren. Interessenkonflikte zwischen den einzelnen Zielen sind zu lösen und können gelöst werden, wie die Aufsichtskonzepte anderer Länder zeigen.

iii. Zu § 4b Beschwerden

Die vorgeschlagene Norm entspricht nicht den Anforderungen an das notwendige Instrument einer qualifizierten, kollektiven Missstandsbeschwerde, die im Übrigen dann wenig Sinn macht, wenn sie daran scheitert, dass die BaFin weiterhin keine umfassende Zuständigkeit für Fragen des kollektiven Verbraucherschutzes hat: die Beschwerde kann sich nur gegen Sachverhalte zu Bestimmungen richten, „deren Einhaltung die Bundesanstalt überwacht“.

Der Beschwerdeführer hat „kein subjektives Recht gegenüber der Bundesanstalt“ auf Tätigwerden, in welcher Form auch immer.

Das Verfahren wird als förmlich bezeichnet, ist es aber nicht; an der Regelung fehlt nahezu alles, was für eine Förmlichkeit wichtig wäre und in anderen Ländern auch bereits erfolgreich praktiziert wird. Einfache, formlose Beschwerden sind bei der BaFin seit langem möglich: Im Regelfall schreibt die BaFin den betroffenen Anbieter an, wertet dessen Antwort aus und gibt eine Rückmeldung an den Beschwerdeführer, meist über die Fruchtlosigkeit der

Beschwerde. Die Norm beschreibt im Wesentlichen die gegenwärtige Praxis, bei der gerade nicht deutlich wird, dass auf strukturelle Probleme im kollektiven und öffentlichen Interesse der Marktteilnehmer reagiert wird.

→ Wir schlagen folgende Änderungen vor:

1. Neben dem allgemeinen Beschwerderecht ist ein qualifiziertes Beschwerderecht vorzusehen. Im Sinne von Abs. 1 sollten dazu verfahrenstechnische Unterschiede zwischen den Beschwerden von Verbrauchern und qualifizierten Einrichtungen gemacht werden. Daher könnte, als eine Art best practice-Verfahren, im deutschen Recht das britische Recht des ‚Super Complaint‘ - unter Berücksichtigung der Vorgaben des Verwaltungsverfahrensgesetzes – übernommen werden. Danach könnte eine solche Beschwerde von einer anerkannten Verbraucherorganisation als qualifizierte Einrichtung eingebracht werden und wäre etwa die Setzung einer angemessener Frist in Abs. 3 zu konkretisieren.
2. Statt lediglich des Hinweises auf Möglichkeiten zur außergerichtlichen Streitbeilegung ist ein Katalog von möglichen Handlungen vorzusehen. Abhängig vom Untersuchungsergebnis der Behörde auf das Vorbringen sollte geregelt werden:
 - a. die Abhilfe durch eigene behördliche Anordnung oder das Einschalten weiterer zuständiger Behörden,
 - b. eine weitere Untersuchung, gegebenenfalls auch Marktstudie zur Erfassung von Relevanz und Ursache des Problems,
 - c. gegebenenfalls ein Bericht an die zuständigen Ministerien und den Gesetzgeber, wenn es nicht möglich ist, eigene Leitlinien zum Verhalten der Marktteilnehmer durchzusetzen,
 - d. die Feststellung, dass kein Handeln erforderlich ist, weil das Problem nicht oder nicht mehr kollektiv besteht,
 - e. die Feststellung, dass ein aufsichtsrelevantes Problem nicht erkannt wird.

In entsprechender Weise sind auch die Handlungsoptionen des sogenannten Super Complaints in Großbritannien strukturiert worden. In jedem Fall ist ein solches Verfahren mit einem begründeten Ergebnis entsprechend der oben vorgeschlagenen, nicht abschließend gemeinten Liste abzuschließen.

3. Die in Abs. 4 normierte Auskunft bei den betroffenen Unternehmen ist so auszugestalten, dass diese zur Auskunft in gesetzter Frist verpflichtet sind. Ferner darf es nicht den Unternehmen überlassen sein, ob Inhalte dieser Auskunft in der begründeten Reaktion auf das Problem seitens der Bundesanstalt aufgeführt werden dürfen oder nicht; vielmehr liegt es im Ermessen der Behörde, inwieweit die Inhalte dieser Auskunft in die Begründung aufgenommen werden müssen. Davon unbenommen sind die Regeln zur Akteneinsicht.

iv. Zu § 5 Abs. 3 Satz 3 und § 7

In der Presse wurde nach Bekanntwerden des Entwurfs besonders die Umstrukturierung des Verwaltungsrats beleuchtet: statt zehn Anbietervertretern sollen künftig „sechs Mitglieder mit beruflicher Erfahrung oder besonderen Kenntnissen ... im Bereich der Finanzindustrie“ vertreten sein. Frage ist, ob diese Formulierung nicht auch dazu führen wird, vorrangig Vertreter der Finanzindustrie auszuwählen, zumal es in der Begründung heißt: „Diese können im Einzelfall auch noch aktive Positionen in Interessenverbänden der beaufsichtigten Unternehmen oder in einzelnen beaufsichtigten Unternehmen wahrnehmen.“ Wir befürchten daher, dass die künftig zu berufenen Personen mit beruflicher Erfahrung und besonderen Kenntnissen dennoch zu abhängig von ihrer bisherigen beruflichen Einbindung sein können.

Das in § 7 Absatz 5 bestimmte Anhörungsrecht der Verbände der Kredit- und Versicherungswirtschaft sowie der Kapitalanlagegesellschaften bei der Bestellung des Verwaltungsrates sollte erweitert werden, zum Beispiel auf die Verbraucherverbände. Ein Anhörungsrecht gäbe die Möglichkeit, bei der Entscheidung über die Experten auch die Bedenken anderer Marktteilnehmer bzw. dem Interesse an einer neutralen, fachorientierten Besetzung des Gremiums Rechnung zu tragen.

v. Zu § 8a Verbraucherbeirat

Auch wenn wir die Einrichtung eines Verbraucherbeirates bei der BaFin grundsätzlich begrüßen, sind wir von dessen konkreter Ausgestaltung im Referentenentwurf nicht überzeugt.

→ Die Regelung sollte wie folgt ergänzt werden:

1. Neben der allgemeinen Aussage, dass der Beirat aus Verbrauchersicht die Arbeit der BaFin bei der Erfüllung ihrer Aufsichtsaufgaben berät, ist sicherzustellen, dass sie den Beirat auch in Bezug auf alle für ihn relevanten Aufgaben und Themen einbezieht bzw. anhört.
2. Eine klare Zuständigkeitsbeschreibung ist notwendig.
3. Ein Vertreter des Beirates sollte dem Verwaltungsrat angehören.
4. Der Verbraucherbeirat muss hinreichend budgetiert werden. Dazu zählen auch die Kosten der Sitzungen und die notwendige Begleitung durch ein Sekretariat bei der BaFin. Wenn der Verbraucherbeirat seine fachliche Expertise optimal einbringen soll, sind auch Mittel für Gutachten und Analysen einzuplanen.
5. Die Zusammensetzung des Gremiums ist zu überdenken; unseres Erachtens macht es wenig Sinn, „Vertreter von außergerichtlichen Streitschlichtungssystemen“ aufzunehmen, die zumeist unter dem Dach von Anbieterverbänden und nicht in eigenständiger Rechtsform aufgebaut sind.
6. Als Vertretung der Verbraucherseite bei der BaFin ist der Verbraucherbeirat eine eigene Interessenvertretung. Er sollte, ausgenommen jener Informationen, die direkt der Verschwiegenheitspflicht unterfallen und ihm im Rahmen seiner Arbeit zur Kenntnis geraten,

in der Lage sein, seine Einschätzungen auch öffentlich zu kommentieren. Dadurch kann dem Interesse Rechnung getragen werden, Transparenz und Marktvertrauen der Verbraucher zu stärken.

Als gelungenes Beispiel der Umsetzung eines Beirates sehen wir das Konzept des britischen FSA Consumer Panel.² Es belegt zugleich, dass die konkrete Ausgestaltung einer Verbrauchervertretung bei der Aufsicht auch an einem so wichtigen Bankenstandort wie London möglich ist.

vi. Zu § 17a Aktenvorlage und Auskunftspflicht in verwaltungsgerichtlichen Verfahren

Wir lehnen diese Änderung ausdrücklich ab. Die Frage der Wahrnehmung des Informationsfreiheitsgesetzes in Bezug auf die BaFin hat in der Vergangenheit mehrfach Fragen aufgeworfen, die durchaus auch im Konflikt vor dem Verwaltungsgericht ausgetragen werden mussten. Es besteht ein spezifischer Zielkonflikt zwischen der von der BaFin benötigten, aber auch beanspruchten Geheimhaltung einerseits und der vom Bundesgesetzgeber mit dem Informationsfreiheitsgesetz ausdrücklich gestalteten Vorgabe des Zugangs zu Informationen über die Arbeit der Behörden. Vor diesem Hintergrund hat es mitnichten lediglich einen praktischen Hintergrund, wenn im besagten Verwaltungsverfahren die BaFin selbst als Entscheidungsbehörde über die Weitergabe ihrer Akten etc. in einem verwaltungsgerichtlichen Verfahren agiert. Vielmehr sehen wir auch in Zukunft das Bundesfinanzministerium in der Pflicht, den immanenten Interessenkonflikt aufzulösen und zu entscheiden.

c) Zu Art. 3 Änderung der Verordnung über die Erhebung von Gebühren und die Umlegung von Kosten nach dem Finanzdienstleistungsaufsichtsgesetz

Es ist darüber nachzudenken, die Finanzierung der BaFin von einem reinen Umlagesystem zurück zu einem teilweise steuerfinanzierten System umzugestalten. Die derzeitige Regelung begrenzt die Möglichkeiten der Finanzaufsicht der Wahrnehmung der Aufgaben verbraucherorientierter Marktaufsicht, jedenfalls dann, wenn die Branche daraus Einwände erheben könnte, dass diese Maßnahmen nicht ihnen direkt zugute kommen. Eine staatliche Aufsicht darf aber nicht primär einer Branche zugute kommen, sondern sie muss immer dem Markt als Ganzem dienen. Der bisherige Eindruck, der Einfluss der Branche auf die BaFin könne zu stark sein, dem der Referentenentwurf ausdrücklich durch die Veränderung im Verwaltungsbeirat entgegenzutreten will, kann nicht vermieden werden, solange aus dem Umlagesystem die Gefahr droht, dass die Unabhängigkeit und das Allgemeininteresse bei der Finanzaufsicht in Frage gestellt werden können.

² <http://www.fs-cp.org.uk/>

Im Übrigen verweisen wir auf die interessante Meinung des Bundeswirtschaftsministeriums aus einem Verbandsanschreiben vom 12.04.2012 zur Änderung der Preisangabenverordnung, in dem es heißt:

„Im Zusammenhang mit den vorgesehenen Änderungen hat die Bundesregierung eine Übertragung des Vollzugs bei den Regeln für die Werbung der Banken für Kredite von den Preisbehörden der Länder auf die Bundesanstalt für Finanzdienstleistungsaufsicht (BaFin) geprüft, sich aber dagegen entschieden. Gegen eine solche Übertragung auf die BaFin spricht insbesondere, dass es sich bei der Überwachung dieser Regeln um eine Verbraucherschutz Aufgabe handelt, die die BaFin vor dem Hintergrund der Umlagefinanzierung durch die Finanzinstitute derzeit nicht wahrnehmen kann.“

vzbv, Berlin, 16.04.2012