

Verbraucherschutz durch die BaFin?

Udo Reifner kann man wohl ein gespaltenes Verhältnis zu Behörden attestieren, die in verbraucherchutzrelevanten Bereichen agieren (oder nicht agieren), insbesondere zur Bundesanstalt für Finanzdienstleistungsaufsicht (BaFin). Im dritten Band seines Werks „Das Geld“ wirft er ihr Versagen auf dem Weg in die Finanzkrise und verbraucherfeindliches Verhalten zugunsten der Stabilität der Banken vor. Als Beispiel nennt er die Befürwortung der „Schließung offener Immobilienfonds, um die Fonds vor den Ansprüchen ihrer Kunden zu retten, die man zuvor mit riskanten Geschäften gefährdet hatte“.¹ Er hat aber auch konstruktive Vorschläge gemacht, wie die BaFin den Verbraucherschutz in ihre Tätigkeit integrieren könnte,² und ist einer der drei Vertreter für die Wissenschaft im zwölfköpfigen Verbraucherbeirat der BaFin (§ 8a FinDAG).

Mit seiner Kritik an mangelndem Engagement der BaFin für Verbraucher stand *Udo Reifner* nicht allein. Die Diskussion über ihre Rolle im Verbraucherschutz wurde in den vergangenen Jahren u.a. im Zusammenhang mit der nach Art. 8 der Verbraucherkredit-Richtlinie 2008/48/EG erforderlichen Kreditwürdigkeitsprüfung geführt. Diese Verpflichtung hat der deutsche Gesetzgeber in § 18 Abs. 2a KWG eingestellt und damit dem Aufsichtsrecht zugeordnet; die gewünschte Rechtsfolge war offensichtlich, dass Verbraucher keine Rechte aus einer fehlenden oder mangelhaften Kreditwürdigkeitsprüfung herleiten können sollten, denn der BGH hatte es in einer Entscheidung von 1989 abgelehnt, § 18 KWG als Schutzgesetz i.S.d. § 823 Abs. 2 BGB anzuerkennen.³ Die Schutzrichtung Verbraucherschutz ist der Kreditwürdigkeitsprüfung aber spätestens nach der Entscheidung des EuGH in *LCL Le Crédit Lyonnais*⁴ kaum noch abzusprechen.⁵ Dass die Kompetenz der BaFin, Anordnungen nach § 6 Abs. 3 KWG zu treffen, das Kriterium des effektiven Rechtsschutzes erfüllt, wurde mit gutem Grund bestritten.⁶ Ich habe die Zuweisung der Kontrolle der Kreditwürdigkeitsprüfung zum öffentlichen Recht einmal als „Verbraucherschutzverhinderung“ bezeichnet.⁷ Der Gesetzgeber hat mittlerweile nachgebessert und diese Pflicht auch zivilrechtlich in den §§ 505a ff. BGB verankert.⁸

¹ U. Reifner, *Das Geld*, Bd. 3 *Recht des Geldes*, 2017, 194. Den Konflikt haben auch Vertreter der BaFin eingeräumt, vgl. Y. Svetiev/A. Ottow, *Financial Supervision in the Interstices Between Private and Public Law*, *European Review of Contract Law* 2014, 496, 530.

² Insb. U. Reifner, *Europäische Finanzaufsicht und Verbraucherschutz – Wie kann der Schutz der Verbraucherinteressen in die BaFin integriert werden?*, *VuR* 2011, 410 ff.

³ BGH, 16.3.1989, *NJW* 1989, 1665.

⁴ EuGH, Urteil vom 27.3.2014, Rs. C-565/12 *Le Crédit Lyonnais SA gegen Fesih Kalhan*, ECLI:EU:C:2014:190.

⁵ Vgl. P. Rott, *Verbraucherschutz durch Prüfung der Kreditwürdigkeit*, *EWS* 2014, 201, 202 f.; S. Barta/U. Braune, *Schadensersatz als Rechtsfolge der unzureichenden Prüfung der Kreditwürdigkeit des Verbrauchers – Konsequenzen aus der Entscheidung des EuGH in Sachen Le Crédit Lyonnais SA/Fesih Kalhan für das Verständnis des deutschen Rechts*, *BKR* 2014, 324, 329 f.; a.A. C. Herresthal, *Unionsrechtliche Vorgaben zur Sanktionierung eines Verstoßes gegen die Kreditwürdigkeitsprüfung*, *EuZW* 2014, 497, 500; J. Schürnbrand, *Die Richtlinie über Wohnimmobilienkreditverträge für Verbraucher*, *ZBB* 2014, 168, 177; W. Servatius, *Aufklärungspflichten und verantwortungsvolle Kreditvergabe*, *ZfIR* 2015, 178, 185.

⁶ Vgl. C. Hofmann, *Die Pflicht zur Bewertung der Kreditwürdigkeit*, *NJW* 2010, 1782, 1784 ff.; *Knops*, *Der Verbraucherkredit zwischen Privatautonomie und Vollharmonisierung*, in: *Die zivilrechtliche Umsetzung der Zahlungsdiensterichtlinie, Finanzmarktkrise und Umsetzung der Verbraucherkreditrichtlinie - Bankrechtstag 2009, 2010*, 195, 223. Dies konzediert auch C. Herresthal, *EuZW* 2014, 497, 500.

⁷ P. Rott/E. Terryn/C. Twigg-Flesner, *Kreditwürdigkeitsprüfung: Verbraucherschutzverhinderung durch Zuweisung zum Öffentlichen Recht?*, *VuR* 2011, 163 ff.

⁸ Vgl. dazu nur C. Feldhusen, *„Erhebliche Zweifel“ bei der Kreditwürdigkeitsprüfung*, *BKR* 2016, 441 ff.; V. Stamenković/R.-R. Michel, *Die geplante Neuregelung zum Inhalt und zur Durchsetzung der Kreditwürdigkeitsprüfung im deutschen Recht*, *VuR* 2016, 132 ff.; P. Buck-Heeb, *Rechtsfolgen fehlender oder fehlerhafter Kreditwürdigkeitsprüfung*, *NJW* 2016, 2065 ff. .

Tatsächlich weiß man natürlich gar nicht so genau, was die BaFin all die Jahre getan hat, denn sie war und ist im Grundsatz zur Verschwiegenheit verpflichtet, vgl. nur § 11 FinDAG i.V.m. § 8 WpHG oder § 9 KWG, und nimmt diese Verpflichtung sehr ernst.⁹ Nicht einmal auf Tagungen kann man Mitarbeitern der BaFin handfeste Informationen entlocken. Ausnahmen bestehen da, wo das EU-Recht sie verlangt hat, insbesondere im Wertpapierrecht Art. 14 (4) der Marktmissbrauchs-Richtlinie 2003/6/EG, umgesetzt in § 40b WpHG, und im Bankenaufsichtsrecht der Richtlinie 2013/36/EU, umgesetzt in § 60b KWG. Diese Vorschriften sollen einerseits der Gefahrenabwehr durch Information der Öffentlichkeit dienen, andererseits der Abschreckung potentieller Rechtsbrecher;¹⁰ in der Literatur werden sie unter Hinweis auf das „durch die Verschwiegenheitspflicht geprägte Verwaltungsverhältnis zwischen Staat und Bürger“ heftig kritisiert.¹¹ Tatsächlich belegen aber auch diese Vorschriften, dass im Zweifel die Stabilität der Finanzmärkte Vorrang hat, denn die Veröffentlichung soll unterbleiben, wenn sie die Finanzmärkte erheblich gefährdet. Darüber hinaus liegen Veröffentlichungen weitgehend im Ermessen der BaFin, lediglich bei Handelsaussetzungs- und –untersagungsentscheidungen nach § 4 Abs. 2 WpHG besteht eine Veröffentlichungspflicht.¹²

Und diese Behörde soll nun eine Verbraucherschutzbehörde werden oder gar geworden sein? § 4 Abs. 1a Satz 1 FinDAG, eingeführt mit dem Kleinanlegerschutzgesetz vom 3.7.2015, lautet:

„Die Bundesanstalt ist innerhalb ihres gesetzlichen Auftrags auch dem Schutz der kollektiven Verbraucherinteressen verpflichtet.“

In der Kommentarliteratur wird § 4 Abs. 1a FinDAG mehr als politische Botschaft denn als belastbare Rechtsnorm angesehen. Die BaFin könne nach wie vor nur eingreifen, wenn sie im Rahmen ihrer fachgesetzlich geregelten Aufsichtstätigkeit Verstöße gegen verbraucherschützende Rechtsvorschriften feststellt.¹³ Genau das hat die BaFin in der Vergangenheit aber eben nicht getan, sondern den Verbraucherverbänden überlassen.¹⁴ Das „öffentliche Interesse“, in dem die BaFin tätig werden sollte, wurde nicht auf das kollektive Interesse der Verbraucher bezogen, obwohl sowohl das EU-Primärrecht mit Art. 169 AEUV als auch die Rechtsprechung des EuGH den Verbraucherschutz – etwa die Klausel-Richtlinie in der Rechtsache *Asturcom*¹⁵ – dem öffentlichen Interesse zuordnen.¹⁶

Felix Hufeld, seit März 2015 Präsident der BaFin, bezeichnete § 4 Abs. 1a FinDAG denn in einem Editorial für die VuR auch als „neu geschaffene Ermächtigungsgrundlage“, sah in ihr für einige Aufsichtsbereiche einen wesentlichen Paradigmenwechsel und kündigte an, dass die BaFin diesen nutzen werde.¹⁷ Nach den Erkenntnissen von *Yane Svetiev und Annetje Ottow* dürfte dieser Paradigmenwechsel insbesondere für den Bereich der Bankenaufsicht gelten.¹⁸

⁹ Vgl. nur Devisen Trading, BaFin: die Verschwiegenheitspflicht hat ausgedient, 7.4.2017, <http://www.devisen-traden.de/ironfx-verschwiegenheitspflicht-gegen-verbraucherschutz>.

¹⁰ Vgl. Erwägungsgrund (38) der Richtlinie 2013/36/EU.

¹¹ Vgl. etwa D. Uwer/M. Rademacher, Das verfassungsrechtliche Rückwirkungsverbot bei der Bekanntmachung bankaufsichtlicher Maßnahmen nach § 60b KWG, BKR 2015, 145.

¹² Vgl. E.Schwark/D. Zimmer – D. Zimmer/M.. Cloppenburg, Kapitalmarktrechts-Kommentar, 4. Aufl. 2010, § 40b Rn. 7.

¹³ So ausdr. R. Laars, Finanzdienstleistungsaufsichtsgesetz, 4. Aufl. 2017, § 4 Rn. 4.

¹⁴ Vgl. U. Reifner, VuR 2011, 410, 415.

¹⁵ EuGH, Urteil vom 6.10.2009, Rs. C-40/08, *Asturcom Telecomunicaciones SL gegen Cristina Rodriguez Nogueira*, EU:C:2009:615, Rn. 51 ff.

¹⁶ Vgl. auch U. Reifner, VuR 2011, 410, 415.

¹⁷ F. Hufeld, „Verbraucher und Recht“, VuR 2015, 401.

¹⁸ Y. Svetiev/A. Ottow, *European Review of Contract Law* 2014, 496, 530 f.

Ihr Instrumentarium ist in § 4 Abs. 1a Satz 2 und 3 FinDAG beschrieben: Sie kann gegenüber den Instituten und anderen Unternehmen, die sie beaufsichtigt, 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 in diesem Sinne 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.

Die BaFin hat darüber hinaus gegenüber den Verbraucherverbänden den unschätzbaren Vorteil eigener Ermittlungsbefugnisse, die insbesondere da von Bedeutung sind, wo Rechtsverstöße nicht im Internet oder auf Papier sichtbar sind, etwa bei unlauteren Praktiken beim Vertrieb von Anlageprodukten. Mitarbeiter von Banken haben in der Presse immer wieder von systematischem Missbrauch berichtet, vielleicht nutzen sie ja auch die „Hinweisgeberstelle“ der BaFin. Verhaltensmuster, die Anlass zu weiteren Ermittlungen geben, können sich auch aus den Beschwerden ergeben, die Verbraucher über die Homepage der BaFin an diese richten können.¹⁹

Was konkret kann und sollte die BaFin tun? Gefahrenabwehr hat die BaFin schon immer betrieben, nur eben nicht im Interesse der Anleger. Durch die Finanzkrise befördert wurde die Einführung der neuen Kompetenz zur Produktregulierung im Sinne der Beschränkung oder des Verbots der Vermarktung, des Vertriebs oder des Verkaufs eines Produkts nach § 4b Abs. 2 WpHG bzw. in Zukunft Art. 42 der MiFiR-Verordnung (EU) Nr. 600/2014, und zwar auch dann, wenn es „nur“ der Anlegerschutz erfordert. Mit diesem Instrument scheint sich die BaFin noch schwer zu tun. Das Vorhaben, die Vermarktung von Bonitätsanleihen an Privatanleger zu verbieten, wurde nach Anhörung der Anbieter aufgegeben. Immerhin erfolgte im Mai 2017 eine Allgemeinverfügung zur Beschränkung der Vermarktung von "contracts for difference" (CFDs).²⁰

Die BaFin kann aber – eigentlich auch schon immer – auch allgemein Gesetzesverstöße etwa der Banken verfolgen, und diese waren in den vergangenen Jahren zahlreich. Klarster Fall von Verstößen gegen das kollektive Verbraucherinteresse sind missbräuchliche Allgemeine Geschäftsbedingungen. Die BaFin müsste, in Anlehnung an die frühere niederländische Rechtslage in Bezug auf die Befugnisse der Autoriteit Consument en Markt (ACM),²¹ zunächst einmal gar nicht die schwierigen Fälle bearbeiten, sondern könnte mit den klar missbräuchlichen Klauseln beginnen,²² die so manche Bank trotz eines höchstrichterlichen Urteils gegen eine andere Bank, aber zu derselben Klausel, nicht aufgibt, wie es offenbar im Zusammenhang mit den Bearbeitungsgebühren bei Verbraucherdarlehensverträgen nicht selten vorkam.²³

Eine neue Spielwiese könnten die vielen neuen Entgeltklauseln der Banken sein, die diese angesichts der Niedrigzinsphase erfinden, um mit Girokonten weiter Geld zu verdienen. Statt darauf zu warten, dass ein Verbraucherverband auch solche identischen Klauseln zunächst

¹⁹ Vgl. auch F. Gondert/A. H. Huneke, Das Basiskonto nach dem ZKG: Subjektives Recht, objektive Aufsicht und rechtliche Durchsetzung, VuR 2016, 323, 330.

²⁰ Az. VBS 7-Wp 5427-2016/0017; dazu J. Seitz, Die Beschränkung von Contracts for Difference (CDFs) nach § 4b Abs. 1 WpHG, WM 2017, 1883 ff.

²¹ Dazu P. Rott, Behördliche Rechtsdurchsetzung in Großbritannien, den Niederlanden und der USA, in: H. Schulte-Nölke (Hrsg.), Neue Wege zur Durchsetzung des Verbraucherrechts, 2017, 31, 65, m.w.N.

²² Vgl. auch die bei Y. Svetiev/A. Ottow, European Review of Contract Law 2014, 496, 534, referierte Einstellung von BaFin-

²³ Vgl. N. Dopheide, Zahlen? Nein danke., Handelsblatt vom 26.11.2014, <http://www.handelsblatt.com/finanzen/steuern-recht/recht/kredite-zahlen-nein-danke-/11031850.html>.

abmahnen und dann womöglich wieder jahrelang durch die Instanzen bis zum BGH treiben muss,²⁴ könnte die BaFin Unterlassungsanordnungen erlassen.

Dasselbe gilt für Fälle, in denen Banken den Widerruf von Verbrauchern nicht anerkennen und diesen auf den Klageweg zwingen, obwohl dasselbe Formular mit denselben Fehlern bereits höchstrichterlich für relevant unrichtig erklärt wurde, so dass die Widerrufsbelehrung nicht ordnungsgemäß erteilt war.²⁵ Angesichts der hohen Zahl betroffener Verbraucher ist das „kollektive Interesse“ hier offenkundig.

Dieser ganze Bereich scheint in der Tätigkeit der BaFin bislang unterrepräsentiert. In der Bußgeldstatistik für den Zeitraum vom 1.7.2015 bis 31.12.2016 finden sich fast ausschließlich Bußgelder für Verstöße gegen Pflichten aus dem WpHG,²⁶ wobei freilich das Bußgeld nur eines von mehreren Instrumenten ist, das der BaFin zudem nur selektiv zur Verfügung steht. Allerdings wurden 48 % aller eingeleiteten Verfahren durch „Opportunitätseinstellung“ erledigt; über deren Inhalt sagt die Statistik nichts aus. Möglicherweise hat die BaFin hier also auch Fälle von Verstößen gegen Rechtsvorschriften, die nicht dem Kapitalmarktrecht zuzuordnen sind, durch „light touch“ erledigt?²⁷ Die angesprochene Notwendigkeit für Verbraucherverbände und vor allem einzelne Verbraucher, Banken trotz klarer Rechtslage verklagen zu müssen, spricht jedenfalls eher nicht für ein systematisches Vorgehen der BaFin in diesem Bereich.

Vielleicht unterstützt ja die Zuweisung konkreter Aufgaben des Verbraucherschutzes den Bewusstseinswandel bei der BaFin. Diese erfolgte jüngst durch das neue Zahlungskontengesetz.²⁸ Wenn ein nach § 31 Abs. 1 Satz 1 ZKG verpflichtetes Institut den Abschluss eines Basiskontovertrags unberechtigt ablehnt, ordnet die BaFin ihm gegenüber auf Antrag des Berechtigten nach § 48 Abs. 1 ZKG im Verwaltungsverfahren nach § 49 ZKG den Abschluss eines Basiskontovertrags und die Eröffnung eines Basiskontos an.²⁹ Für die Höhe der geforderten Gebühren gilt dies bedauerlicherweise nicht. Die überhöhten Gebühren, die einige Banken für das Basiskonto verlangen,³⁰ verstoßen aber nicht nur gegen die Rechte einzelner Betroffener, sondern auch gegen das kollektive Verbraucherinteresse. Die BaFin kann daher nach § 46 Abs. 3 ZKG gegenüber der Bank oder ihren Geschäftsleitern Anordnungen treffen, die geeignet und erforderlich sind, um Verstöße gegen Pflichten nach dem ZKG zu verhindern oder zu unterbinden. Besonders erfreulich ist, dass Mitarbeiter der BaFin diese Befugnisse auch schon in der VuR analysiert haben!³¹

Behördlicher Verbraucherschutz könnte und sollte auch in Deutschland eine wertvolle Ergänzung des privatrechtlichen Rechtsschutzsystems darstellen. Das gilt auch für die BaFin, auch wenn der deutsche Gesetzgeber dieser Behörde noch längst nicht so scharfe Instrumente an die Hand gegeben hat wie sie insbesondere die englische Financial Conduct Authority zur Verfügung hat und auch nutzt.³² Insbesondere die Möglichkeit von Rückzahlungsanordnungen könnte den Schutz vor bzw. gegen Banken auf eine ganz neue Stufe stellen.

²⁴ Vgl. zuletzt BGH, 12.9.2017, ZIP 2017, 1992.

²⁵ Vgl. dazu A. Tiffe, Wie aktive Verbraucher Banken und Bausparkassen zunehmend unter Druck setzen, VuR 2015, 201, 202.

²⁶ A. Rodde/J. Kornett, Bußgelder, BaFin Journal 11/2017, 27 ff.

²⁷ Vgl. auch Y. Svetiev/A. Ottow, European Review of Contract Law 2014, 496, 531 f.

²⁸ Vgl. dazu P. Rott, Das Basiskonto nach dem Entwurf des Zahlungskontengesetzes, VuR 2016, 3 ff.

²⁹ Krit. H.-U. Klöppel, Individueller Verbraucherschutz durch die BaFin, WM 2017, 1090 ff.

³⁰ Der vzbv hat mittlerweile Klagen gegen die Deutsche Bank AG, die Deutsche Postbank AG und die Sparkasse Holstein eingereicht, vgl. vzbv, Basiskonto vor Gericht, <http://www.vzbv.de/pressemitteilung/basiskonto-vor-gericht>.

³¹ Vgl. zum Ganzen F. Gondert/A. H. Huneke, VuR 2016, 323, 328 ff.

³² Vgl. dazu C. Hodges, Mass Collective Redress: Consumer ADR and Regulatory Techniques, ERPL 2015, 829, 847 ff.; P. Rott (Fn. 21), 47 ff.

Der Weg dafür scheint bereitet, die BaFin könnte ihn aber noch mutiger beschreiten. Sicher gibt *Udo Reifner* ihr in seiner Funktion als Mitglied des Verbraucherbeirats und außerhalb die entsprechenden Anregungen.

Peter Rott*

* Professor für Bürgerliches Recht, Europäisches Privatrecht und Verbraucherrecht an der Universität Kassel.