



Ausarbeitung

Gefährdungshaftung für Emittenten und verfassungsrechtliche Aspekte eines “Finanz-TÜV”

Gefährdungshaftung für Emittenten und verfassungsrechtliche Aspekte eines “Finanz-TÜV“

Aktenzeichen: WD 4 - 3000 - 058/16, WD 7 – 3000 – 080/16
Abschluss der Arbeit: 25.05.2016
Fachbereich: WD 4: Haushalt und Finanzen, WD 7: Zivil-, Straf- und Verfahrensrecht, Umweltschutz, Verkehr, Bau und Stadtentwicklung

Die Wissenschaftlichen Dienste des Deutschen Bundestages unterstützen die Mitglieder des Deutschen Bundestages bei ihrer mandatsbezogenen Tätigkeit. Ihre Arbeiten geben nicht die Auffassung des Deutschen Bundestages, eines seiner Organe oder der Bundestagsverwaltung wieder. Vielmehr liegen sie in der fachlichen Verantwortung der Verfasserinnen und Verfasser sowie der Fachbereichsleitung. Arbeiten der Wissenschaftlichen Dienste geben nur den zum Zeitpunkt der Erstellung des Textes aktuellen Stand wieder und stellen eine individuelle Auftragsarbeit für einen Abgeordneten des Bundestages dar. Die Arbeiten können der Geheimschutzordnung des Bundestages unterliegende, geschützte oder andere nicht zur Veröffentlichung geeignete Informationen enthalten. Eine beabsichtigte Weitergabe oder Veröffentlichung ist vorab dem jeweiligen Fachbereich anzuzeigen und nur mit Angabe der Quelle zulässig. Der Fachbereich berät über die dabei zu berücksichtigenden Fragen.

Inhaltsverzeichnis

1.	Fragestellung	4
2.	Die Gefährdungshaftung im System des deutschen Haftungsrechts (WD 7)	4
3.	Übertragbarkeit der Dogmatik der Gefährdungshaftung auf Emittenten von Finanzinstrumenten (WD 7)	5
3.1.	Vermögensschaden als geschütztes Rechtsgut	6
3.2.	Andere einschlägige Haftungstatbestände	6
4.	Haftung und Zulassungsregulierung für Finanzprodukte	7
4.1.	Haftung für Finanzprodukte	7
4.1.1.	Art 14 GG	7
4.1.2.	Art. 12 GG	7
4.1.3.	Art. 2 Abs. 1 GG (allg. Handlungsfreiheit)	9
4.2.	Zulassungsverfahren für Finanzprodukte mittels Finanz-TÜV	10
4.2.1.	Art. 14 GG	10
4.2.2.	Art. 12 GG	10
4.2.2.1.	Unterschiedliche Verbotskategorien im Verwaltungsrecht	10
4.2.2.2.	Repressives Verbot bzw. Verbot mit Dispensvorbehalt	11
4.2.2.3.	Präventives Verbot bzw. Verbot mit Erlaubnisvorbehalt	13
5.	Haftungsfreistellung für den Finanz-TÜV	13

1. Fragestellung

Die Auftraggeber erkundigen sich nach den Möglichkeiten der Einführung einer Gefährdungshaftung für Emittenten von Finanzprodukten. Es sollen bestehende Gefährdungshaftungstatbestände am Beispiel des Arzneimittelrechts und des Umweltrechts dargestellt werden. Hierbei wird auch nach analogen Übertragungsmöglichkeiten dieser Haftungstatbestände auf die Finanzmarktbranche gefragt. Ferner erkundigen sich die Auftraggeber nach der Möglichkeit ein generelles Verwendungsverbot wie es bspw. in der Europäischen Chemikalienverordnung (“REACH“) vorhanden ist, auch für Finanzmarktprodukte einzuführen. Zudem soll das Haftungsrisiko für einen staatlichen “Finanz-TÜV“ untersucht und eine Haftungsfreistellung für diesen, ähnlich der Regelungen für die SEC in den USA, geprüft werden.

2. Die Gefährdungshaftung im System des deutschen Haftungsrechts (WD 7)

Neben dem gesetzlichen Regelfall der Verschuldenshaftung kennt das deutsche Zivilrecht zwei weitere Haftungsmodelle, nämlich die Haftung für vermutetes Verschulden und die Gefährdungshaftung. Für die verschuldensabhängige Haftung gilt, dass der Geschädigte dem Schädiger nachweisen muss, dass dieser die deliktische Handlung, die zum Schaden geführt hat, verschuldet, also vorsätzlich oder fahrlässig verursacht hat (§ 276 BGB). Demgegenüber muss der Schädiger bei der Haftung für vermutetes Verschulden die Last tragen zu beweisen, dass ihn kein Verschulden trifft.¹

Bei der Gefährdungshaftung fehlt es gänzlich am Verschuldenserfordernis. Haftungsgrund ist keine konkrete Pflichtverletzung, sondern die Schaffung einer abstrakten Gefahr, die sich im Einzelfall verwirklicht hat. Derartige Haftungstatbestände finden sich typischerweise in Lebensbereichen, in denen eine Gefahr für einzelne oder die Allgemeinheit in Kauf genommen wird, da die jeweilige Tätigkeit oder der verwendete oder betriebene Gegenstand sozial erwünscht ist und trotz der damit verbundenen Risiken für wirtschaftlich sinnvoll gehalten wird.² Schulbeispiele sind etwa die Fahrzeughalterhaftung nach § 7 StVG³ oder die Produkthaftung nach § 1 ProdHaftG⁴. Dabei richtet sich der Anspruch klassischerweise gegen denjenigen, der die Gefahr beherrscht und zugleich Nutzen aus ihr zieht.⁵ Aus der Sicht der ökonomischen Analyse des

1 Beispiele für eine Haftung für vermutetes Verschulden sind die Nutztierhalterhaftung (vgl. § 833 Satz 2 BGB) und die Haftung für Verrichtungsgehilfen (vgl. § 831 BGB).

2 Zu den Hintergründen vgl. *Deutsch, Ernst*: Allgemeines Haftungsrecht, 2. Auflage, Köln 1996, Rn. 634 ff.

3 Straßenverkehrsgesetz in der Fassung der Bekanntmachung vom 5. März 2003 (BGBl. I S. 310, 919), das zuletzt durch Artikel 4 des Gesetzes vom 8. Juni 2015 (BGBl. I S. 904) geändert worden ist; abrufbar unter <https://www.gesetze-im-internet.de/stvg/BJNR004370909.html> (letzter Zugriff: 4. Mai 2016).

4 Produkthaftungsgesetz vom 15. Dezember 1989 (BGBl. I S. 2198), das zuletzt durch Artikel 180 der Verordnung vom 31. August 2015 (BGBl. I S. 1474) geändert worden ist; abrufbar unter <http://www.gesetze-im-internet.de/prodhaftg/BJNR021980989.html> (letzter Zugriff: 4. Mai 2016).

5 Vgl. *Wandt, Manfred*: Gesetzliche Schuldverhältnisse, 5. Auflage, München 2012, § 21, Rn. 1.

Rechts spielt zudem eine Rolle, dass Halter von Fahrzeugen, Betreiber von Kraftwerken oder Hersteller von Arzneimitteln die von ihnen geschaffenen Risiken besser versichern können als diejenigen, bei denen der konkrete Schaden später eintritt.⁶

Als Folge dieser strikten Haftung, die weder an eine konkrete Pflichtverletzung noch an individuelles Verschulden des Verpflichteten anknüpft, ist dieser einem gegenüber der allgemeinen deliktischen Haftung deutlich erhöhten Haftungsrisiko ausgesetzt.

Um eine allzu weitgehende Haftung auszuschließen, sehen die einschlägigen Gesetze in der Regel spezifische Haftungsausschlüsse vor. Hierzu werden etwa die Haftsumme auf Höchstbeträge begrenzt oder Fälle ausgeklammert, in denen der eingetretene Schaden nicht auf die Gefahr zurückzuführen ist, die das Inverkehrbringen oder der Betrieb eines Gegenstandes mit sich bringt (keine Haftung für höhere Gewalt).⁷ So verhält es sich zum Beispiel auch bei der Haftung des pharmazeutischen Unternehmers nach § 84 AMG⁸, der gem. § 88 AMG nur bis zu bestimmten Höchstbeträgen haftet.

3. Übertragbarkeit der Dogmatik der Gefährdungshaftung auf Emittenten von Finanzinstrumenten (WD 7)

Fraglich ist, ob sich das Konzept der Gefährdungshaftung auf Emittenten von Finanzinstrumenten übertragen lässt. Sicherlich lässt sich zwischen dem Arzneimittelhersteller oder dem Kernenergieanlagenbetreiber einerseits und dem Emittenten von Finanzinstrumenten andererseits insoweit eine Parallele ziehen, als sie alle eine Gefahrenquelle für Dritte schaffen, die grundsätzlich sozial gebilligt ist und von der Gesellschaft bewusst in Kauf genommen wird: Im Falle des Emittenten schafft dieser die Gefahr, dass er die durch die Ausgabe der Wertpapiere eingegangenen finanziellen Verpflichtungen nicht bedienen kann. Auf diese Weise können erhebliche Vermögensschäden bei den Käufern dieser Papiere und mitunter auch bei Dritten entstehen. Diese Feststellung lässt jedoch nicht ohne weiteres den Schluss zu, dass der Emittent auch zweckmäßiger Adressat einer entsprechenden Gefährdungshaftung wäre. Zweifel hieran scheinen insbesondere aus zwei Gründen angebracht:

6 So etwa *Looschelders, Dirk*: Schuldrecht. Besonderer Teil, 10. Auflage, München 2015, Rn. 1440 m.w.N.

7 *Wandt, Manfred*: Gesetzliche Schuldverhältnisse, 5. Auflage, München 2012, § 21, Rn. 3.

8 Arzneimittelgesetz in der Fassung der Bekanntmachung vom 12. Dezember 2005 (BGBl. I S. 3394), das durch Artikel 3 des Gesetzes vom 4. April 2016 (BGBl. I S. 569) geändert worden ist; abrufbar unter http://www.gesetze-im-internet.de/amg_1976/BJNR024480976.html (letzter Zugriff: 4. Mai 2016).

3.1. Vermögensschaden als geschütztes Rechtsgut

Zum einen ist das deutsche Deliktsrecht prinzipiell streng rechtsgutsorientiert: Ersatzfähig sind nur solche Schäden, die unmittelbar an einem der von der jeweiligen Norm geschützten Rechtsgut eingetreten sind. Bei dem Grundtatbestand der Verschuldenshaftung § 823 BGB sind dies Leben, Körper, Gesundheit, Freiheit, Eigentum oder sonstige (absolute)⁹ Rechte. Primäre Vermögensschäden sind hingegen ausdrücklich nicht geschützt. Bei den Tatbeständen der Gefährdungshaftung ist der Kreis der geschützten Rechtsgüter meist noch enger. So deckt das Produkthaftungsgesetz etwa nur Schäden an Körper, Gesundheit und Sachen ab. Dies gilt beispielsweise auch bei der Umwelthaftung, der Halterhaftung und der Haftung des Anlagenbetreibers. Die Haftung des pharmazeutischen Unternehmers ist naturgemäß noch restriktiver und bezieht sich nur auf Schäden an Körper und Gesundheit.

Eine ähnlich ausgestaltete Haftung des Emittenten hätte wohl nur wenig Nutzen, wenn sie lediglich einen derart kleinen Kreis von Rechtsgütern schützen würde: Denn bei den Schäden, die normalerweise von mangelhaften Finanzinstrumenten verursacht werden, handelt es sich in aller Regel um primäre Vermögensschäden: Der Schaden des Käufers besteht nämlich darin, dass sein Wertpapier erheblich oder sogar vollständig an Wert verliert. Solche Schäden sind nach deutschem Deliktsrecht jedoch nur im Falle der vorsätzlichen sittenwidrigen Schädigung unter den strengen Voraussetzungen des § 826 BGB ersatzfähig. Erwähnenswert ist hier, dass auch bestimmtes Fehlverhalten auf dem Kapitalmarkt zu den Fallgruppen des § 826 BGB gehört,¹⁰ sodass möglicherweise einige der von einer etwaigen Gefährdungshaftung für Emittenten adressierten Fälle bereits unter diesen Tatbestand der sittenwidrigen Schädigung fallen.

Die Einführung einer Gefährdungshaftung für Emittenten wäre also ein tiefer Einschnitt des deutschen Gesetzgebers in die Dogmatik des Deliktsrechts und hätte wohl zudem unabsehbare praktische Folgen für die Funktionsfähigkeit der Finanzmärkte.

3.2. Andere einschlägige Haftungstatbestände

Zweitens ist darauf hinzuweisen, dass das geltende Recht bereits einige Ansatzpunkte bietet, Emittenten und sonstige Akteure des Finanzmarkts in Haftung zu nehmen. Neben dem bereits erwähnten § 826 BGB sind hier vor allem die Spezialtatbestände der Prospekthaftung (insbesondere § 21 WpPG) zu nennen.¹¹ Es wäre daher noch eingehender zu prüfen, für welche Fallgestaltungen eine neu einzuführende Gefährdungshaftung für Emittenten eine nennenswerte und sinnvolle Ausweitung der bereits bestehenden Haftung schaffen würde.

9 Beck'scher Online-Kommentar-*Förster*, § 823, Rn. 143.

10 Vgl. hierzu den Überblick über die Anwendung des § 826 BGB auf kapitalmarktrechtliche Fallgestaltungen in Beck'scher Online-Kommentar-*Spindler*, § 826, Rn. 67 ff.

11 Beck'scher Online-Kommentar-*Spindler*, § 826, Rn. 67.

4. Haftung und Zulassungsregulierung für Finanzprodukte

4.1. Haftung für Finanzprodukte

Der deutsche Gesetzgeber hat bislang zurückhaltend bei der Einführung von sog. Tatbeständen der Gefährdungshaftung agiert, wenn damit Vermögenswerte geschützt werden sollten. Das lässt sich zum einen auf die unter Pkt. 2 genannten rechtsdogmatischen Erwägungen zurückführen.

Zum anderen entstehen bei Vermögensschäden häufig Abgrenzungs- und Kausalitätsprobleme. So muss ein Schaden regelmäßig durch den Vergleich der Vermögenssituation vor und nach Eintritt des schädigenden Ereignisses festgestellt werden. Sodann muss die Kausalität des „fehlerhaften Finanzprodukts“ für den Schadenseintritt nachgewiesen werden. Hierbei sind Anlagefehler des Geschädigten von originären Konzeptionsfehlern des Finanzprodukts abzugrenzen.

Für die Beurteilung eines Gesetzesvorhabens zur Einführung einer Gefährdungshaftung für Finanzprodukte ist letztlich der verfassungsrechtliche Prüfungsmaßstab entscheidend. Da die gesetzgebende Gewalt an die verfassungsmäßige Ordnung gebunden ist (Art. 20 Abs. 3 Halbsatz 1 GG), sind nur verfassungsrechtliche Vorgaben geeignet, dem Gesetzgeber Grenzen zu setzen.

4.1.1. Art 14 GG

Eine Verletzung der Eigentumsgarantie des Art. 14 GG scheidet im vorliegenden Fall aus. Durch die Auferlegung von Geldleistungspflichten wird der Schutzbereich des Art. 14 GG grundsätzlich nicht berührt.¹²

4.1.2. Art. 12 GG

Ein Eingriff in die Berufswahl- und Berufsausübungsfreiheit des Art. 12 I GG kann angenommen werden, wenn die zu beurteilende Regelung eine berufsregelnde Tendenz aufweist. Dies ist immer dann der Fall, wenn die staatliche Maßnahme zur Änderung der Rahmenbedingungen einer beruflichen Tätigkeit führt und ein enger Zusammenhang zur Ausübung des jeweiligen Berufs besteht.¹³

Mit der Einführung eines gesonderten Haftungstatbestandes für die Anbieter von Finanzprodukten würde eine spezifisch auf diese Berufsgruppe einwirkende Regelung geschaffen, die geeignet wäre die Berufsausübung zu beeinflussen.

12 BVerfGE 96, 375 (397)

13 BVerfGE 97, 228 (254)

Fraglich ist sodann der Eingriffscharakter der Haftungsnorm in den Schutzbereich des Art. 12 Abs. 1 GG. Zur Beurteilung der Eingriffsintensität in das Grundrecht der Berufsfreiheit wendet das BVerfG in ständiger Rechtsprechung die Drei-Stufen-Theorie an.

Demnach werden hinsichtlich der Eingriffsintensität bloße Berufsausübungsregelungen von subjektiven Zulassungsvoraussetzungen und objektiven Zulassungsschranken unterschieden. Berufsausübungsregelungen sind Bedingungen und Modalitäten, unter denen bzw. in denen sich die berufliche Tätigkeit vollzieht.

Eine spezielle Gefährdungshaftung für Anbieter von Finanzprodukten schränkt die Berufsausübung insoweit ein, als dass eine besondere Verpflichtung für die Anbieter statuiert wird, nur Finanzprodukte anzubieten, die gesetzlich festgelegten Standards entsprechen.

Ein Eingriff in der Intensität einer Berufsausübungsregelung in die Berufsfreiheit ist gerechtfertigt, wenn damit ein Gemeinwohlzweck verfolgt wird und der Eingriff verhältnismäßig ist.

Der Gemeinwohlzweck würde im vorliegenden Fall im Schutz der Verbraucher vor Vermögensschäden in Folge fehlerhafter Finanzprodukte liegen. Die Einführung einer Gefährdungshaftung wäre insoweit auch ein geeignetes Mittel um diesen Gemeinwohlzweck zu erreichen.

Fraglich ist jedoch, ob eine derartige Haftung auch verhältnismäßig im engeren Sinne wäre. Dies ist der Fall, wenn die Nachteile, die mit der Maßnahme verbunden sind, nicht völlig außer Verhältnis zu den Vorteilen stehen, die sie bewirkt.¹⁴

Die berufsregelnde Tendenz einer speziellen Gefährdungshaftung ergibt sich insbesondere aus den potentiellen Haftungsrisiken, die sich für Finanzdienstleister in Ausübung ihrer Tätigkeit ergeben können. Demgegenüber stehen jedoch die ebenfalls grundrechtlich geschützten Belange der Verbraucher, die auf Grund eines, teilweise hochkomplexen Anlagemarktes ein schützenswerte Interesse vor massiven Vermögensverlusten haben. Derartige Verluste können, wenn sie ein besonders hohes Ausmaß erreichen, auch volkswirtschaftlich gefährlich werden. Insoweit könnte sich der Gesetzgeber sowohl auf den Schutz von Individualrechtsgütern als auch auf den Schutz der volkswirtschaftlichen Stabilität zur Rechtfertigung einer derartigen Haftungsnorm berufen.

Generell verfügt der Gesetzgeber vor allem bei Berufsausübungsregeln über einen weiten Beurteilungs- und Gestaltungsspielraum¹⁵, insbes. bei der Verfolgung wirtschafts-, arbeitsmarkt- und sozialpolitischer Ziele¹⁶.

14 BVerfGE 30, 292 (316 f.) = NJW 1971, 1255; BVerfGE 46, 120 (148) = NJW 1978, 313; BVerfGE 85, 248 (261) = NJW 1992, 2341

15 BVerfGE 77, 308 (332) = NJW 1988, 1899; BVerfGE 88, 203 (262) = NJW 1993, 1751; BVerfGE 102, 197 (218) = NVwZ 2001, 790; BVerfGE 110, 141 (157) = NVwZ 2004, 597

16 BVerfGE 46, 246 (256 f.); BVerfGE 51, 193 (208) = NJW 1980, 383; BVerfGE 77, 308 (332) = NJW 1988, 1899

Letztlich gibt der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit dem Gesetzgeber nur vor, dass der Eingriff nicht außer Verhältnis zum verfolgten Zweck stehen darf¹⁷.

Bei der Ausgestaltung der Haftungsnorm sollte darauf geachtet werden, dass die Haftung nicht so streng ausgestaltet wird, dass sie nur noch finanziell besonders potenten Anbietern einen Marktzugang ermöglicht. Das Haftungsrisiko muss mittels Berufshaftpflichtversicherungen versicherbar sein, da die Haftung sonst wie eine Berufsausübungsschranke wirken könnte, bei der nur noch vermögende Emittenten ausreichend Rücklagen für Haftungsfälle bilden könnten.

Das Bestimmtheitsgebot – eine Ausprägung des Rechtsstaatsprinzips – verlangt, dass das Haftungsrisiko/die Gefahrenquelle eindeutig vom Gesetzgeber bestimmt werden, oder zumindest für den Gesetzesanwender bestimmbar sind. Dies ist im vorliegenden Fall von besonderer Bedeutung: Bei der Gefährdungshaftung sind die Anspruchsvoraussetzungen leichter erfüllt, da es sich um eine verschuldensfreie Haftung handelt.

Die Haftungsnorm muss also den Tatbestand, für den die Finanzdienstleister haften sollen, klar beschreiben. Die Verwendung von unbestimmten Rechtsbegriffen kann Rechtsunsicherheit mit sich bringen und erfordert von den Gerichten eine konkretisierende Einzelfallrechtsprechung. Diese ist in ihrer Entwicklung nur schwer vorhersehbar.

4.1.3. Art. 2 Abs. 1 GG (allg. Handlungsfreiheit)

Subsidiär ist zudem das Grundrecht der allgemeinen Handlungsfreiheit betroffen, Art. 2 Abs. 1 GG. Das BVerfG hat sich in ständiger Rechtsprechung für eine weite Auslegung des Schutzbereichs des Art. 2 Abs. 1 ausgesprochen.¹⁸ Erfasst wird also alles menschliche Verhalten, ohne Rücksicht darauf, ob es unter sozialetischen Gesichtspunkten wertvoll ist oder ob es sich lediglich als Ausdruck personaler Willkür darstellt.¹⁹

Der Eingriff in die allg. Handlungsfreiheit durch die Einführung einer Gefährdungshaftung wäre jedoch gerechtfertigt im Rahmen der verfassungsmäßigen Ordnung. Unter dem in der Verfassung mehrfach verwandten (z.B. Art. 9 Abs. 2, 20 Abs. 3, 28 Abs. 1 S. 1, 28 Abs. 3, 98 Abs. 2, dort aber anders akzentuierten) Terminus der verfassungsmäßigen Ordnung versteht das BVerfG alle Rechtsnormen, die formell und materiell mit der Verfassung in Einklang stehen.²⁰ Dies wiederum

17 BVerfGE 30, 292 (316 f.) = NJW 1971, 1255; BVerfGE 46, 120 (148) = NJW 1978, 313; BVerfGE 85, 248 (261) = NJW 1992, 2341

18 BVerfGE 111, 54 (81) m.w.Nwn.

19 BVerfGE 90, 145 (171) = NJW 1994, 1577 = JZ 1994, 863 = MDR 1994, 813 = StV 1994, 295; 90, 145 (152) = NJW 1994, 1577 (1578)

20 seit BVerfGE 6, 32 ff. = NJW 1957, 297 stRspr.

wird an Hand des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes überprüft. Es wird insoweit auf die Ausführungen unter Pkt. 4.1.2. verwiesen.

4.2. Zulassungsverfahren für Finanzprodukte mittels Finanz-TÜV

4.2.1. Art. 14 GG

Das BVerfG lehnt es bislang ab, dass Vermögen dem Schutzbereich der Eigentumsgarantie des Art. 14 Abs. 1 GG zu unterstellen.²¹ Auch der Schutz des eingerichteten und ausgeübten Gewerbebetriebs soll in Bezug auf Art. 14 GG nicht weiter reichen als der grundrechtliche Schutz für die Einzelrechtsgüter, die sich im Gewerbebetrieb befinden.²²

Art. 14 GG scheidet daher als Schranke für ein gesetzliches Zulassungsverfahren für Finanzprodukte aus.

4.2.2. Art. 12 GG

4.2.2.1. Unterschiedliche Verbotskategorien im Verwaltungsrecht

Die Einführung eines Zulassungsverfahrens für Finanzprodukte stellt jedoch ein rechtfertigungsbedürftigen Eingriff in den Schutzbereich der Berufsausübungsfreiheit (Art. 12 I GG) dar.

Die berufsregelnde Tendenz ergibt sich hierbei aus dem Umstand, dass die Tätigkeit von Finanzdienstleistern reguliert würde, wenn ein Genehmigungs-/Zulassungsverfahren für Finanzprodukte eingeführt werden sollte.

Wie bereits unter Pkt. 4.1.2. beschrieben, sind berufsregelnde Gesetze gerechtfertigt, wenn sie dem Verhältnismäßigkeitsprinzip entsprechen. Diese Kriterien wären auch für die verfassungsrechtliche Überprüfung einer Marktzugangskontrolle für Finanzprodukte durch einen sogenannten „Finanz-TÜV“ zu überprüfen.

Bezüglich des mit der Einführung eines „Finanz-TÜV“ verfolgten Gemeinwohlzwecks und der Geeignetheit des Mittels gelten die unter Pkt. 4.1.2. getroffenen Aussagen.

Das Gesetz ist verhältnismäßig, wenn der Eingriff nicht außer Verhältnis zum verfolgten Zweck steht.²³

21 BVerfGE 95, 267 (300)

22 BVerfG NJW 1992, 36 (37)

23 s. Fn. 17

Grundsätzlich differenzierte man im Verwaltungsrecht bei genehmigungsbedürftigen Sachverhalten zwei unterschiedliche Regelungstypen voneinander: das repressive Verbot mit Befreiungsvorbehalt und das präventive Verbot mit Erlaubnisvorbehalt. Diese Regelungstypen unterscheiden sich sowohl bezüglich der Regelungsart als auch hinsichtlich der grundsätzlichen gesetzgeberischen Annahme für die zu genehmigende Tätigkeit voneinander.

Beim repressiven Verbot mit Befreiungsvorbehalt geht der Gesetzgeber von der Grundannahme aus, dass die verbotene Tätigkeit grundsätzlich so gefährlich sei, dass sie nicht gestattet werden soll. Mit dem Befreiungsvorbehalt sollen nur ausnahmsweise Tätigkeiten zugelassen werden, die im konkreten Einzelfall für gefahrlos erkannt worden sind.

Für das präventive Verbot mit Erlaubnisvorbehalt ist dagegen charakteristisch, dass es sich um eine grundsätzlich erlaubte Tätigkeit handelt, die lediglich für Kontrollzwecke dem Genehmigungsvorbehalt durch die Verwaltung unterworfen wird.

Gusy²⁴ u.a. haben sich gegen diese Unterscheidung mit dem Argument gewandt, es bestünde in der Struktur der Erlaubnistatbestände und der Rechtsfolgen kein Unterschied zwischen „präventiven“ und „repressiven“ Verboten. Es müsse vielmehr zwischen Verboten mit Dispensvorbehalt einerseits und Verboten mit Erlaubnisvorbehalt andererseits unterschieden werden. „Der Dispens gestattet Ausnahmen von Verbotsvorschriften nicht aus Gründen eines überwiegenden privaten Interesses, sondern ausschließlich aufgrund öffentlicher Belange.“²⁵ „Ein Verbot mit Erlaubnisvorbehalt liegt stets vor, wenn ein Verbot zum Schutze von Belangen Dritter oder der Allgemeinheit nach behördlicher Prüfung wegen überwiegender privater Belange des Antragstellers aufgehoben werden kann.“²⁶

4.2.2.2. Repressives Verbot bzw. Verbot mit Dispensvorbehalt

Geht man von der klassischen Unterscheidung bezüglich der Gefahrgeneignetheit der genehmigungspflichtigen Tätigkeit aus, so liegt es nahe, dass ein repressives Verbot für die Zulassung von Finanzprodukten als unverhältnismäßig zu beurteilen wäre.

Im Bereich der chemischen Stoffe, die der REACH-Verordnung unterfallen, sind nicht alle Stoffe genehmigungspflichtig. Vielmehr sind nur Stoffe einem Zulassungsverfahren im Einzelfall zu unterziehen, die in Anhang XIV der REACH-Verordnung genannt sind.

„Vor der Aufnahme in Anhang XIV steht ein aufwändiges Verfahren. Als erster Schritt schlägt ein EU-Mitgliedsstaat oder die ECHA die Aufnahme in Anhang XIV mit dem Anhang XV Dossier vor. Die ECHA veröffentlicht das Dossier auf ihrer Homepage und ermöglicht eine öffentliche Kommentierung im Internet. Kommentare und eventuelle Fragen beantwortet der Mitgliedsstaat

24 Gusy JA 1981, 80 (81)

25 Gusy a.a.O. (83); Ossenbühl DÖV 1968, 618 (625)

26 Gusy a.a.O. (81)

oder die ECHA. Dann befragt die ECHA den Ausschuss der Mitgliedsstaaten, ob der Stoff die Kriterien als besonders Besorgnis erregend erfüllt. Bestätigt der Ausschuss dies einstimmig, nimmt die ECHA den Stoff in die Liste der für eine Aufnahme in Anhang XIV in Frage kommenden Stoffe auf („Kandidatenliste“). Votiert der Ausschuss nicht einstimmig, wird nach dem Regelungsverfahren der EU (Beschluss 1999/468/EG des Rates vom 28. Juli 1999, Art 5 und Art. 7) entschieden.

Mit der Aufnahme in den Anhang XIV besteht für den Stoff eine Zulassungspflicht. Diese soll zum einen den Eintrag des Stoffes in die Umwelt unterbinden bzw. so weit wie möglich minimieren. Zum anderen soll damit die Suche nach weniger gefährlichen Alternativstoffen forciert werden.²⁷

Für die in Anhang XIV genannten Stoffe existiert somit ein repressives Verbot mit Befreiungsvorbehalt. Die o.g. Praxis zur Aufnahme von Stoffen in diese Liste zeigt jedoch deutlich, dass diese erhebliche Einschränkung des Marktzugangs nur in konkreten Einzelfällen und nicht pauschal für alle chemischen Stoffe praktiziert wird.

Grundsätzliche Zweifel an der Verhältnismäßigkeit eines repressiven Verbots mit Befreiungsvorbehalt ergeben sich aus den unterschiedlichen zu schützenden Rechtsgütern im Umwelt- und Arzneimittelrecht einerseits und dem Finanzmarktrecht andererseits. Die Normen im Umwelt- und Arzneimittelrecht dienen dem Schutz der Gesundheit und des Lebens der Bevölkerung bzw. der zu behandelnden Patienten.

So lautet Artikel 60 Abs. 2 der REACH-Verordnung, der die Zulassungserteilung für Stoffe, die in Anhang XIV aufgeführt sind, regelt: Unbeschadet des Absatzes 3 wird eine Zulassung erteilt, wenn das Risiko für die menschliche Gesundheit oder die Umwelt, das sich aus der Verwendung des Stoffes aufgrund der in Anhang XIV aufgeführten inhärenten Eigenschaften ergibt, nach Anhang I Abschnitt 6.4 und wie im Stoffsicherheitsbericht des Antragstellers dokumentiert, unter Berücksichtigung der Stellungnahme des in Artikel 64 Absatz 4 Buchstabe a genannten Ausschusses für Risikobeurteilung angemessen beherrscht wird. Bei der Erteilung der Zulassung und bei den jeweiligen dort festgelegten Bedingungen berücksichtigt die Kommission alle zum Zeitpunkt der Entscheidung bekannten Einleitungen, Emissionen und Freisetzungen einschließlich der Risiken im Zusammenhang mit einer diffusen oder weit verbreiteten Verwendung.

Dabei handelt es sich um den Schutz eines Rechtsgutes mit Verfassungsrang, da Art. 2 Abs. 2 Satz 1 GG die Individualrechtsgüter des Lebens und der Gesundheit garantiert. In der Finanzmarktregulierung soll das Vermögen einzelner Anleger und, bei Kapitalmarktstörungen größeren Ausmaßes, die volkswirtschaftliche Stabilität geschützt werden. Zumindest das Vermögen der einzelnen Anleger genießt jedoch nicht im gleichen Maße grundrechtlichen Schutz wie das menschliche Leben und die körperliche Unversehrtheit. Der Eigentumsbegriff des Art. 14 GG schützt insoweit nicht das Vermögen als Ganzes.²⁸

27 <http://www.reach-info.de/zulassung.htm> [zuletzt abgerufen am 23.05.2016]

28 siehe dazu auch unter Pkt. 4.2.1.

Es erscheint auch nur schwer darstellbar zu sein, dass Finanzprodukte allgemein so gefährlich seien, dass sie mit einem generellen Vertriebsverbot belegt werden müssten.

Gleiches gilt auch für die neuere Kategorie des Verbots mit Dispensvorbehalt. Eine ausschließliche Zulassung von Finanzprodukten aus öffentlichen Interessenserwägungen widerspräche dem Grundsatz der Privatautonomie und der Vertragsfreiheit, die als Ausprägung der allgemeinen Handlungsfreiheit, Art. 2 Abs. 1 GG, Grundrechtsschutz für die Finanzdienstleister und Emittenten entfalten.

Um das Übermaßverbot - als wesentlichen Bestandteil des Verhältnismäßigkeitsprinzips - zu beachten, müsste der Gesetzgeber, wenn er Verbote mit Dispensvorbehalt einführen möchte, diese auf konkret benannte Finanzprodukte begrenzen. Die diesbezüglichen gesetzlichen Regelungen müssten (ähnlich wie in der REACH-Verordnung) sicherstellen, dass vor dem Erlass des Verbots eine Einzelfallprüfung des betroffenen Finanzmarktprodukts erfolgt und die hohe Gefährlichkeit des Finanzprodukts nachgewiesen wird.

4.2.2.3. Präventives Verbot bzw. Verbot mit Erlaubnisvorbehalt

Weniger restriktive Vorgaben enthält das Verfassungsrecht für präventive Verbote bzw. Verbote mit Erlaubnisvorbehalt. Da der Kontrollzweck durch die Verwaltung im Vordergrund steht und Genehmigungen nicht nur den Ausnahmefall bei Vorliegen überragender öffentlicher Belange bilden, greifen zwar auch diese Verbote in den Schutzbereich des Art. 12 Abs. 1 GG ein. Die Eingriffe wirken jedoch nicht so intensiv auf den Schutzbereich der Berufsfreiheit der betroffenen Finanzdienstleister ein.

Der Verhältnismäßigkeitsgrundsatz bildet auch in diesen Fällen das entscheidende Kriterium für die verfassungsrechtliche Rechtfertigung der Verbote. Es kommt dabei auf die konkrete Ausgestaltung des Gesetzes an. Die auferlegten Pflichten und Anforderungen an die Finanzdienstleister müssen für diese erfüllbar sein. Die Verbote mit Erlaubnisvorbehalt dürfen auch nicht zu massiven Wettbewerbsverzerrungen führen. Bei einer Überstrapazierung der gesetzlichen Anforderungen wäre sonst eine Verdrängung kleiner Anbieter vom Kapitalmarkt zu befürchten. Gerade kleinere Unternehmen mit knappen Personalressourcen können einen hohen Dokumentationsaufwand nicht so leicht verarbeiten wie große Banken oder Fondsanbieter.

Der Kernbereich der Unternehmensfreiheit und der Privatautonomie muss gewahrt werden.

5. Haftungsfreistellung für den Finanz-TÜV

Bezüglich der Haftungsfreistellung eines "Finanz-TÜV" gegenüber Ansprüchen Dritter verweisen wir auf die Ausarbeitung WD 3 – 3000 – 219/14²⁹. Unter Gliederungspunkt 2.4. werden dort die

29 Abrufbar unter: <http://www.bundestag.de/blob/420470/7db28ccf9e3e42d7d74a2cb8219c2616/wd-3-219-14-pdf-data.pdf> [zuletzt abgerufen am 24.05.2016]

Möglichkeiten des sondergesetzlichen Haftungsausschlusses am Beispiel der BaFin (§§ 4 Abs. 4 Finanzdienstleistungsaufsichtsgesetz) beschrieben und mit Fundstellen aus der höchstgerichtlichen Rechtsprechung belegt.

Es ist davon auszugehen, dass der Gesetzgeber eine ähnliche Regelung auch für den “Finanz-TÜV“ einführen könnte.

- Ende der Bearbeitung -