



LUDWIG-
MAXIMILIANS-
UNIVERSITÄT
MÜNCHEN

PROF. DR. RÜDIGER VEIL
LEHRSTUHL FÜR BÜRGERLICHES RECHT
UND UNTERNEHMENSRECHT



LMU · Geschwister-Scholl-Platz 1 · 80539 München

Finanzausschuss des Deutschen Bundestags
Frau Katja Hessel
Vorsitzende

Prof. Dr. Rüdiger Veil

Tel.: +49 (0)89 2180-3180
Fax: +49 (0)89 2180-17854

Email: ruediger.veil@jura.uni-muenchen.de

www.jura.uni-muenchen.de/fakultaet/lehrstuehle/veil/index.html

Postanschrift
Geschwister-Scholl-Platz 1
80539 München

München, 12. April 2021

Stellungnahme

zur öffentlichen Anhörung im Finanzausschuss des Deutschen Bundestages
zu dem Gesetzentwurf der Bundesregierung
„Entwurf eines Gesetzes zur Stärkung der Finanzmarktintegrität
(Finanzmarktintegritätsstärkungsgesetz – FISG) (BT-Drucksache 19/26966)
Hier: Umdruck der Koalitionsfraktionen zum FinDAG

Sehr geehrte Frau Hessel,

ich bedanke mich für die Einladung zur öffentlichen Anhörung im Finanzausschuss des Deutschen Bundestages und die Gelegenheit, vorab eine schriftliche Stellungnahme einzureichen.

Die Anhörung soll Änderungen des Finanzdienstleistungsaufsichtsgesetzes (FinDAG) behandeln. Ich nehme vorab zum grundsätzlichen Anliegen Stellung, die Organisation der BaFin zu modernisieren, um die Aufsicht effektiver zu gestalten. Ferner gehe ich auf den Änderungsantrag der Fraktionen CDU/CSU und SPD ein, Testkäufe durch die BaFin zu ermöglichen.

I.

Kulturwandel und Reform der Organisationsstruktur der BaFin

Der Fall Wirecard gibt Anlass, die Aufsichtsstrukturen in Deutschland zu überprüfen. Der Finanzausschuss des Deutschen Bundestags hat sich bereits mit der Bilanzkontrolle beschäftigt. In der Sitzung am 14. April 2021 soll die Organisationsstruktur der BaFin behandelt werden.

Der vom Bundesministerium der Finanzen in Auftrag gegebene Abschlussbericht von Roland Berger „Stärkung der Aufsichtsstruktur der BaFin“ setzt sich ausführlich mit den Aufgaben der BaFin auseinander und entfaltet Reformperspektiven für die Organisation der BaFin.

Ich teile den Befund, dass für eine Stärkung des Anleger- und Verbraucherschutzes in Deutschland ein Kulturwandel bei der Behörde erforderlich ist. Ein Kulturwandel ist essentiell auch mit Blick auf die Aufgaben der BaFin in internationalen Organisationen. Die BaFin ist in den ESAs in zahlreichen Gremien vertreten (Board of Supervisors; ggbfls. Management Board; bei der ESMA in den Standing Committees) und nimmt dort wichtige Aufgaben wahr. Insbesondere bringt sie ihre Expertise bei der Entwicklung regulatorischer Standards (zur Vorlage an die Europäische Kommission) und gemeinsamer Aufsichtspraktiken ein. Die Wahrnehmung der Mandate durch Exekutivdirektorinnen und -direktoren sowie der Input (durch Referentinnen und Referenten der BaFin) sind noch wichtiger geworden, nachdem das Vereinigte Königreich aus der EU ausgeschieden ist.

Viele der im Abschlussbericht von Roland Berger unterbreiteten Vorschläge für eine Reform der Marktaufsicht klingen wohlvertraut. Sie sind in ähnlicher Weise bereits im *Supervisory Enhancement Programme* für die *Financial Service Authority (FSA)* vorzufinden. Das Vereinigte Königreich zog mit dieser Reform 2008 Lehren aus dem Fall *Northern Rock*. Die (wenige Jahre später in die *FCA* und *PRA* überführte) Behörde erlebte einen Kulturwandel. Sie wurde auf eine proaktivere Aufsicht ausgerichtet und bekannte sich dazu, verstärkt Risiken zu berücksichtigen, die aus Geschäftsmodellen resultieren. Ferner praktizierte sie einen risikobasierten Aufsichtsansatz bezüglich *high impact firms*. Eine auf Abschreckung (*credible deterrence*) zielende Sanktionspraxis trug dazu bei, dass Vertrauen in die Marktaufsicht wiedergewonnen wurde.

Die BaFin hat sich unter dem Eindruck der Finanzmarktkrise ebenfalls bewegt und ihre Sanktionspraxis verschärft. Der Fall Wirecard zeigt aber leider massive Defizite bei der Marktaufsicht. Es wird ganz maßgeblich von der neuen Behördenleitung abhängen, dass die im Abschlussbericht von Roland Berger empfohlenen Aufsichtspraktiken (datengetriebene und stärker risikofokussierte Aufsicht) etabliert werden und die Reputation der BaFin wiederhergestellt wird. Gesetzliche Regelungen sind insoweit nicht erforderlich. Insbesondere bedarf es keiner Neuregelung der Missstandsaufsicht. Die BaFin kann jederzeit wegen des Verdachts auf Marktmissbrauch Jahresabschlüsse und Finanzberichte gemäß § 6 WpHG eigenständig kontrollieren. Die Vorschriften über das Bilanzkontrollverfahren stehen dem nicht entgegen (zutreffend Klöhn, ZIP 2021, 381 ff.).

Hilfreich für die Herbeiführung eines Kulturwandels ist allerdings eine reformierte Governance, die die Behördenleitung in die Lage versetzt, die neue Politik konsequent umzusetzen. Der Änderungsantrag der Regierungsfractionen will dies durch eine flexiblere Leitungsstruktur erreichen (Beschluss des Organisationsstatuts durch das Direktorium), hält aber daran fest, dass Exekutivdirektoren und Exekutivdirektorinnen für ihren Geschäftsbereich verantwortlich sind. Dies erscheint mir sinnvoll. Eine Allfinanzaufsichtsbehörde kommt nicht ohne wirkmächtiges Leitungspersonal einzelner Bereiche aus. Es ist auch mit Rücksicht auf die europäische Einbindung der BaFin im ESFS sinnvoll, dass Direktorinnen und Direktoren über Ressortverantwortung verfügen. Der Präsident/die Präsidentin kann die BaFin nicht in allen relevanten Gremien vertreten. Dies leisten zu einem Großteil die Exekutivdirektoren und -direktorinnen.

Der Abschlussbericht von Roland Berger empfiehlt, einen Kulturwandel auch beim Verbraucherschutz herbeizuführen. Hintergrund ist, dass die BaFin seit 2015 „innerhalb ihres gesetzlichen Auftrags auch dem Schutz der kollektiven Verbraucherinteressen verpflichtet“ ist (§ 4 Abs. 1a Satz 1 FinDAG).

Für eine Einordnung der Vorschläge des Abschlussberichts ist im Ausgangspunkt festzuhalten, dass der Gesetzgeber 2015 mit der Regelung zum Schutz kollektiver Verbraucherinteressen nicht die aufsichtlichen Tätigkeiten der BaFin erweitert, sondern die Bedeutung des kollektiven Verbraucherschutzes bei der Aufsichtstätigkeit der BaFin herausgestellt hat. Dies bedeutet: Der Verbraucherschutz steht in Deutschland nicht gleichrangig neben dem Anleger- und Funktionsschutz sowie dem Schutz der Finanzmarktstabilität. Der Schutz der kollektiven Verbraucherinteressen wird eher als „politische Botschaft“ des § 4 Abs. 1a Satz 1 FinDAG verstanden (vgl. Laars, Kommentar zum FinDAG, 3. Aufl. 2017 Rn. 4).

Das im Abschlussbericht von Roland Berger dargelegte „Zielbild“ und ein Großteil der empfohlenen Maßnahmen gehen über die politische Botschaft der derzeitigen gesetzlichen Regelung hinaus. Um sie umzusetzen, bedürfte es einer weitergehenden Reform, die in einem größeren Kontext diskutiert werden müsste. Dabei wäre zu berücksichtigen, dass der Verbraucherschutz in Deutschland auch eine Aufgabe des Marktwächters Finanzen ist und ein Ausbau der Aktivitäten der BaFin, etwa die Förderung der finanziellen Bildung (so der Vorschlag des Abschlussberichts), erhebliche Kosten verursachen würde.

Um die politische Botschaft des Schutzes der Verbraucherinteressen innerhalb der gesetzlichen Aufgaben der BaFin umzusetzen, sollten mit Rücksicht auf internationale Vorbilder weitere organisatorische Reformen der BaFin geprüft werden, die zu einem Kulturwandel beitragen. Die BaFin verfügt über einen Verbraucherbeirat, Fachbeirat, Versicherungsbeirat, Wertpapierrat und Übernahmebeirat. Diese Beiräte sind auf gesetzlicher Grundlage errichtet. Es ist sinnvoll, dass die BaFin diese Beiräte hat. Beiräte sind Orte des Erfahrungsaustauschs, erleichtern kritische Reflektionen und stoßen Themen an. Finden die Gespräche institutionalisiert statt und wird der Austausch ernst genommen, stärkt dies zugleich das Vertrauen der Stakeholder in die Arbeit der Behörde.

Die Beiräte der BaFin verfügen im Vergleich zu Beiräten anderer Aufsichtsbehörden der EU (ESAs) und in der EU über keine relevanten Rechte (dies gilt insbesondere für diejenigen, die mit Stakeholdern zusammengesetzt sind). Die BaFin muss die Beiräte nicht anlassabhängig (etwa zu Rundschreiben) anhören, diese haben nach den Vorschriften des FinDAG auch kein Recht, bestimmte Themen zu entwickeln und mit der BaFin zu erörtern (prominentes Gegenbeispiel: *Financial Services Consumer Panel* der FCA). Hinzu kommt, dass die Tätigkeit der Beiräte völlig intransparent ist. Auch dies widerspricht internationalen Vorbildern.

Die Behörde sollte die Gremien, die sie zu ihrer Beratung etabliert hat, effektiver nutzen. Dies wird nur erreicht, wenn der Gesetzgeber im FinDAG und WpHG die Aufgaben und Rechte der Beiräte verbessert. Es bedarf auch insoweit einer grundlegenden Modernisierung der Organisation der BaFin.

II.

Mystery Shopping

Die Fraktionen CDU/CSU und SPD beantragen, in das FinDAG Regelungen über verdeckte Testkäufe (*Mystery Shopping*) einzuführen. Sie begründen dies mit dem Auftrag der BaFin, einen kollektiven Verbraucherschutz sicherzustellen. Von der BaFin selbst veranlasste Testkäufe würden den Informationszugang verbessern. Testkäufe sollen die „Ermittlungsmöglichkeiten der BaFin im Sinne eines proaktiveren Verbraucher- und Anlegerschutzes“ (Begründung zu Nummer 1a) erweitern.

Im deutschen Unternehmens- und Finanzmarktrecht sind verdeckte Testkäufe einerseits aus dem gewerblichen Rechtsschutz und Wettbewerbsrecht bekannt. Die Testkäufe werden allerdings nicht hoheitlich veranlasst. Klagen gegen die Veröffentlichung von Testergebnissen werden vor den Zivilgerichten verhandelt, die Anforderungen an die Veröffentlichung der Ergebnisse entwickelt haben (objektiv; neutral; sachkundig; repräsentativ). Andererseits veranlassen Banken, dass Dienstleister durch verdeckte Testkäufe die Qualität ihrer Dienstleistungen überprüfen (vgl. Sassong, Servicequalität im Private Banking, 2010).

Die BaFin unternimmt bislang keine verdeckten Testkäufe. Sie führt Marktuntersuchungen durch, die zuletzt die Einhaltung des MiFID II-Regimes und der PRIIPS-VO betrafen. Banken und Wertpapierfirmen nehmen freiwillig an den Untersuchungen teil.

In anderen Staaten Europas verfügen einige Kapitalmarktaufsichtsbehörden über die Befugnis, anonym und unter falscher Identität Testkäufe durchzuführen (u.a. Belgien, Niederlande, Vereinigtes Königreich). Um diese Befugnisse einzuordnen, ist im Ausgangspunkt zu berücksichtigen, dass in diesen Mitgliedstaaten der Schutz der Verbraucherinteressen wesentlich prominenter als Aufgabe der nationalen Kapitalmarkt-Aufsichtsbehörden verankert ist.

Dies zeigt sich eindrücklich im Vereinigten Königreich. Der Verbraucherschutz wird dort als eine zentrale Aufgabe der *FCA* verstanden. Es muss daher nicht verwundern, dass die Befugnisse der *FCA* weit gespannt sind. Die *FCA* kann anlassabhängig bei einer einzelnen Firma anonym vorstellig werden, wenn sie bestimmte Bedenken bezüglich der Einhaltung gesetzlicher Regeln hat. Die *FCA* kann aber auch im Rahmen eines Programms mehrere Firmen unter die Lupe nehmen. Dazu kann sie externe Dienstleister beauftragen. Sie geht davon aus, dass *Mystery Shopping* im Einklang mit dem Market Research Society Code of Practice erfolgt.

In Belgien (seit 2013) und in den Niederlanden (seit 2018) bestehen ebenfalls spezialgesetzliche Befugnisse. Die Behörden nutzen ihre Befugnisse. Beispielsweise hat die belgische FSMA in 2014/15 Wertpapierdienstleistungen anonym in Anspruch genommen und 200 Verstöße gegen Wohlverhaltensregeln (MiFID) festgestellt, die in 107 Fällen zu einer Mahnung führten.

Die einschlägige Gerichtspraxis in den Niederlanden zeigt Konfliktlinien auf. Im Vordergrund steht der Zweck der Maßnahme: Dient ein anonymer Testkauf dazu, etwaigen Missständen (insbesondere bei neu eingeführten Regeln) entgegenzuwirken, die in nachfolgenden Aufsichtsgesprächen thematisiert werden, oder sollen die Ergebnisse nutzbar gemacht werden, um Sanktionen gegen Berater zu verhängen? Unter welchen Voraussetzungen darf eine Behörde Testkäufe anordnen (nach dem Grundsatz der Verhältnismäßigkeit)? Welche Anforderungen müssen Testpersonen beachten? Besteht ein Provokationsverbot?

Für eine gesetzliche Regelung des *Mystery Shopping* in Deutschland spricht, dass die Maßnahme geeignet ist, die Einhaltung gesetzlicher Vorschriften bei der Erbringung von Wertpapierdienstleistungen zu überwachen. Die BaFin erhält Informationen, die sie durch auf Freiwilligkeit basierenden Marktuntersuchungen und auf anderen Wegen nicht erhält. Testkäufe können zudem gezielt eingesetzt werden, um nach identifizierten Mängeln bei einzelnen Wertpapierfirmen zu kontrollieren, wie diese Firmen mit festgestellten Mängeln umgehen.

Es ist schließlich nicht gesichert, dass die allgemeinen Befugnisse der Missstandsaufsicht eine geeignete Rechtsgrundlage für die BaFin sind, Testkäufe zu veranlassen. Dies war auch ein Grund dafür, dass in Belgien und den Niederlanden spezialgesetzliche Ermittlungsbefugnisse eingeführt wurden.

Eine Regelung über *Mystery Shopping* würde sich – entsprechend § 4 Abs. 1a Satz 1 FinDAG – friktionslos in die Aufgaben der BaFin einfügen. Ich empfehle, die Regelung aber stärker an die gesetzlichen Regelungen anzubinden, um deren Einhaltung es geht. Die Befugnis sollte in das WpHG eingeführt werden. Es sollte klargestellt werden, dass verdeckte Testkäufe durchgeführt und verdeckt Wertpapierdienstleistungen in Anspruch genommen werden können, um die Einhaltung der gesetzlichen Regeln zu überwachen. Außerdem sollte die Befugnis unter dem Vorbehalt stehen, dass die Maßnahmen zur Erfüllung der Aufgaben der BaFin erforderlich sind. Ein Wertpapierdienstleistungsunternehmen sollte nicht dazu veranlasst werden dürfen, Rechtsverstöße zu begehen.