DIE ERFOLGE DES BASISKONTOS WERDEN VERSPIELT

Michael Findeisen
April 2021

FINANZWENDE Recherche

Finanzwende gGmbH
Motzstraße 32 | 10777 Berlin
info@finanzwende-recherche.de

DIE ERFOLGE DES BASISKONTOS WERDEN VERSPIELT

Das Zahlungskontengesetz (ZKG) ist eine Erfolgsgeschichte. Eigentlich. Das Gesetz hat in Erfüllung der sozialpolitischen Vorgaben der Zahlungskontenrichtlinie 2014/92/EU vielen bisher kontolosen Verbrauchern in Deutschland zu einem Basiskonto verholfen. Zum Stichtag 30. Juni 2020 sind seit Inkrafttreten des Gesetzes im Jahr 2016 nach Angaben der BaFin **761.500 Basiskonten**[1] **eröffnet** worden. Insbesondere einkommensschwachen Personen – überschuldeten, obdachlosen, asylsuchenden oder auch geduldeten Personen – soll dieses Konto zugutekommen und deren soziale Ausgrenzung reduzieren. Mit dem Anspruch auf ein in der Regel auf Guthabenbasis zu führendes Zahlungskonto sollen die Kontoinhaberinnen nicht nur Barzahlungen, sondern auch unbare Zahlungen tätigen können. Deshalb umfasst das Zahlungskonto auch die Ausgabe einer Zahlungskarte sowie die Online-Nutzung des Kontos.

Die Einrichtung eines Basiskontos für Verbraucher und deren Teilnahme am Zahlungsverkehr kann eine Bank nur in wenigen, abschließend geregelten Ausnahmefällen ablehnen. Grundsätzlich nur dann, wenn die Verbraucherinnen bereits ein Zahlungskonto bei einer anderen Bank haben oder ein strafbares Verhalten des Antragstellers - zulasten der Bank oder wegen Geldwäsche – vorliegt. Der Anspruch der Verbraucherin lässt sich leicht umsetzen. Die Betroffenen können sich in einem einfachen Verfahren über ein Formular, das die Bank den Verbrauchern zur Verfügung stellen muss, an die BaFin wenden. Diese kann für die Betroffenen tätig werden und in einem schnellen Verfahren Anordnungen durch einen Verwaltungsakt gegen die Bank treffen, falls sich eine Bank weigern sollte, ein Zahlungskonto zu eröffnen. Die BaFin kann also bestimmen, dass eine Bank mit einer Antragstellerin einen Basiskontenvertrag abzuschließen hat und welcher Leistungsumfang hierfür gilt. Die Antragsteller müssen also keinen langwierigen Zivilprozess gegen Banken anstrengen, den sie - nicht nur aus Kostengründen - kaum ohne anwaltliche Vertretung führen können.

1 *https://www.bafin.de/SharedDocs/Veroeffentlichungen/DE/Fachartikel/2020/fa_bj_2010_Zahlungskontengesetz.html*

1. DEFIZIT: DIE ENTGELTREGELUNG IM GESETZ

Die Erfolgsbilanz des ZKG ist jedoch massiv getrübt: Es fehlt im Gesetz eine konkrete Vorgabe zur Festlegung der Angemessenheit des Entgelts und der Kosten für die Führung eines Basiskontos. Eine solche Regelung wurde von der CDU/CSU-Fraktion in der Großen Koalition im Schulterschluss mit der Deutschen Kreditwirtschaft abgelehnt; im Gesetz (§ 41 Abs. 2 ZKG) wurde deshalb nur geregelt, dass das Entgelt für die vom Basiskonto erfassten Dienste im Einzelfall **„angemessen"** sein soll. Im Wege des Kompromisses konnte vom Koalitionär SPD lediglich die Aufnahme eines (nicht abschließend zu verstehenden) Zusatzes als Auslegungshilfe für die „Angemessenheit" hineinverhandelt werden. Für die Beurteilung der Angemessenheit sollen insbesondere die **„marktüblichen Entgelte"** sowie das **„Nutzerverhalten"** zu berücksichtigen sein. Im Ergebnis bleibt aber das Kriterium der Angemessenheit bei der Anwendung der Entgeltbegrenzung im Einzelfall trotz dieser Ergänzung ein wertungsbedürftiger, unbestimmter Rechtsbegriff. Und das macht die Entgeltregelung bei der praktischen Handhabung und der rechtlichen Überprüfung der Entgeltklauseln im Einzelfall so komplex und so wenig überschaubar, was sich in einer inzwischen umfangreichen, streitigen juristischen Literatur und einer nicht einheitlichen Rechtsprechung zur Auslegung der Angemessenheit niederschlägt.

Während der deutsche Gesetzgeber keine Höchstgrenze beim Entgelt festlegte, sind andere EU-Länder einen verbraucherfreundlicheren und praktikableren Weg bei der Umsetzung der Zahlungskontenrichtlinie gegangen. In Frankreich und dem früheren EU-Mitglied Großbritannien werden Basiskonten **entgeltfrei** angeboten. In Österreich wurden die **Entgelte gedeckelt**, weil dort die Interessen der österreichischen Kreditwirtschaft aufgrund eines höheren politischen Stellenwerts des Verbraucherschutzes als in Deutschland nicht im parlamentarischen Verfahren aufgegriffen werden konnten. Dort hat der Inhaber eines Basiskontos nach dem Verbraucherzahlungskontengesetz pauschale Gebühren in Höhe von 40 bis höchstens 80 Euro zu bezahlen – jährlich. In diesem Betrag sind alle zusätzlichen Nebenleistungen enthalten.

Abzustellen ist bei Ermittlung der Marktüblichkeit der Entgelte in Deutschland auf das allgemeine Angebot für die Gebührenmodelle aller Verbraucherzahlungskonten (Girokonten), nicht nur für Basiskonten. Kontoführende Institute sind nach der Gesetzesbegründung in diesem Zusammenhang[2] nicht verpflichtet, dass die Entgelte für Basiskonten nicht diejenigen des günstigsten sonstigen Kontenangebots des betreffenden Instituts übersteigen dürfen (**keine Meistbegünstigung für Basiskonten**).

2 BT-Drucks. 18/7204, S. 85.

Die Stiftung Warentest hat sich im November 2020 die Basiskonten von 128 Banken vorgenommen.[3] Sowohl online-geführte Konten, als auch filialbezogene Basiskonten. Ihr Ergebnis: „Wer arm ist und kein regelmäßiges Einkommen hat, zahlt für ein Girokontomeist viel mehr als Gehalts- und Rentenempfänger". 47 Banken verlangten nach dieser Untersuchung mehr als 100 Euro im Jahr. Bei den teuersten Instituten kostete die Kontoführung mehr als 200 Euro im Jahr.

Alle Kontoinhaberinnen merken, dass die Entgelte für die Mehrzahl dieser Konten in den letzten Jahren deutlich gestiegen sind. Gegenwärtig sind die Banken unter Druck, weil das Brot- und Butter-Geschäft des Zahlungsverkehrs weniger Erträge generiert. Nicht zuletzt deshalb, weil Investitionen in eine anspruchsvollere IT-Infrastruktur im Zahlungsverkehr hoch sind und die einstige Cashcow „Kreditkartengeschäft" und „Debitkartengeschäft" durch die „EU-Verordnung 751/2015 über Interbankenentgelte für kartengebundene Zahlungsvorgänge" die Gebühren, die vom Handel an die Banken zu begleichen waren, gedeckelt wurde.

Das Drehen an der Gebührenschraube für die allgemeine Kontenführung wird weitergehen. Auch beim Basiskonto, weil die dortige Gebührenhöhe über das Kriterium des marktüblichen Entgelts auf die Entgelte für das Basiskonto – bei vergleichbarer Leistung - durchschlägt.

Dadurch kann sehr bald eine Situation eintreten, dass sich die Nutznießer ein Basiskonto nicht mehr leisten können und die Gebührenhöhe von noch mehr Banken als Hebel eingesetzt werden kann, um den Kontrahierungszwang in § 32 Abs. 2 ZKG zu konterkarieren und die hohen Gebühren als Abwehrmechanismus gegen die Eröffnung von Basiskonten einzusetzen. Es ist also eine Entwicklung nicht ausgeschlossen, dass sich über die Gebührenhöhe für das Basiskonto de facto der alte Rechtszustand vor Inkrafttreten des ZKG durchsetzen lässt, wo es keinen Kontrahierungszwang und keinen Anspruch auf ein Basiskonto gab. Eine solche Entwicklung hat bereits der Bundesgerichtshof (BGH) in seinem Urteil vom 20. Juni 2020 *(XI ZR 119/19)* – allerdings ohne die erforderlichen Rechtsfolgen - angesprochen: *„...Dabei ist in den Blick zu nehmen, dass der Kontrahierungszwang nicht durch zu hohe, prohibitiv wirkende Entgelte unterlaufen werden darf"*. Bereits in der Gesetzesbegründung war der – jedoch ebenfalls nicht weiter unterfütterte Satz – enthalten, dass die Anwendung des Angemessenheitskriteriums zu einer spürbaren Begrenzung des Entgelts für den gesetzlichen Inhalt von Basiskontoverträgen führen soll, um das sozialpolitische Ziel der EU-Zahlungskontenrichtlinie zu sichern, einen Kontenzugang für hiervon ausgeschlossene Personen zu gewährleisten.[4]

3 https://www.test.de/Basiskonten-im-Test-4936098-5250166/
4 BT-Drucks. 18/7204, S. 85.

REICHT DIE AUSLEGUNG DES BEGRIFFS DER ANGEMESSENHEIT DURCH DIE HÖCHSTRICHTERLICHE RECHTSPRECHUNG AUS, UM DAS BASISKONTO ZU RETTEN?

Mangels konkreter gesetzlicher Vorgaben ist die „Angemessenheit" von den Gerichten im Fall eines Zivilprozesses auszulegen (*zur Auslegung der BaFin siehe 4.*). Es gibt zwar inzwischen eine höchstrichterliche Rechtsprechung zur Angemessenheit des Entgelts. Im Urteil des Bundesgerichtshofs vom 30. 6. 2020 gegen die Deutsche Bank hat der BGH einen monatlichen Grundpreis von 8,99 Euro sowie 1,50 Euro in einer Klausel für eine beleghafte Überweisung im Rahmen eines Basiskontos als zu hoch und damit für unwirksam angesehen (*Az. XI ZR 119/19*).

Die Reichweite dieses Urteils ist allerdings begrenzt. Klarheit hat dieses Urteil wenigstens bei einigen Aspekten geschaffen. In der Begründung formuliert der Bundesgerichtshof dabei neben den gesetzlichen Maßstäben „marktübliches Entgelt" und „Nutzerverhalten" noch weitere konkretisierte Grundregeln:

- Ein höheres Entgelt für ein Basiskonto ist unangemessen, wenn es Kostenbestandteile enthält, die nicht oder nicht nur auf das Basiskonto umgelegt werden dürfen. Vielmehr müssen diese Kosten von den Instituten durch die im Wettbewerb erzielbaren Leistungspreise erwirtschaftet werden. Im vorliegenden Falle ging es um einen höheren Rechercheaufwand bei Basiskonten.
- Der Anspruch auf ein funktionierendes Zahlungskonto, gerade auch für einkommensarme Verbraucher, darf nicht durch abschreckend hohe Entgelte unterlaufen werden. Konkreter ist jedoch der BGH nicht geworden.

Obwohl es sich um das höchste Zivilgericht handelt, führt das Urteil des BGH nicht für alle Betroffenen zur Klärung der Rechtslage, da auch ein solches Urteil unmittelbar nur zwischen den Parteien wirkt und damit nicht automatisch Gültigkeit für vergleichbare Sachverhalte entfaltet. Dabei spielt eine Rolle, dass sowohl im einzelnen Institut als auch auf dem gesamten Markt die unterschiedlichsten Entgeltmodelle den Entgeltklauseln in den Bankverträgen zugrunde liegen, die keine allumfassende Entscheidung durch ein einziges Urteil zulassen.

WARTEN AUF DEN GESETZGEBER?

Zutreffend fordert der Verbraucherzentrale Bundesverband (vzbv) vom Gesetzgeber im Lichte der Rechtsprechung eine Änderung der misslungenen Entgeltregelung im Gesetz, da das ZKG den Banken zu viel Spielraum bei der Entgeltkalkulation einräumt.[5] Hierbei geht es jedoch nicht um die bloße Ausbesserung eines Redaktionsfehlers. Die parlamentarischen Akteure mussten damit rechnen, dass diese Regelung nicht funktionieren wird, da es sich dabei um die Umsetzung der Quadratur des Kreises handelte. Trotzdem haben sie an dieser Regelung festgehalten. Auf der einen Seite wollte die Regierungskoalition den Vorgaben der Zahlungskontenrichtlinie mit ihrem sozialpolitischen Diktum entsprechen. Auf der anderen Seite wollte jedoch die Bundesregierung auch den Interessen der Kreditwirtschaft den Rücken stärken. In der Begründung des Regierungsentwurfs der Bundesregierung wird in diesem Zusammenhang unter anderem ausgeführt, dass ein Entgelt dann als angemessen erscheint, *„wenn es im Durchschnitt die Kosten der Institute deckt und ihnen einen angemessenen Gewinn sichert"*.[6] Gerade unter den gegenwärtigen Marktbedingungen und den im Zahlungsverkehr zu erwirtschaftenden Erträgen geradezu ein Ding der Unmöglichkeit.

Aufgrund der gegenwärtigen politischen Kräfteverhältnisse ist jedoch nicht zu erwarten, dass sich eine Bundesregierung – über die gegenwärtige Legislaturperiode hinaus – bald zu einer Änderung der Norm entschließt.

Aus diesem Grunde wird dem vzbv nichts anderes übrigbleiben, sich wie in den Prozessen gegen die Deutsche Bank, die Postbank oder die Sparkasse Holstein weiterhin Klauseln von Basiskontenverträgen, die der Inhaltskontrolle nach § 307 BGB unterliegen, vorzunehmen, soweit diese aus Sicht des vzbv der Inhaltskontrolle nicht standhalten und die Banken als Verwender dieser Klauseln nach dem Unterlassungsklagengesetz (UKlaG) zu verklagen. Doch dieser lobenswerte Ansatz wird Jahre dauern, da gegen jedes Institut einzeln vorzugehen ist.

2. DEFIZIT: DIE UNTÄTIGKEIT DER BAFIN

Die Bundesanstalt für Finanzdienstleistungsaufsicht (BaFin) besitzt völlig unabhängig vom Rechtszug des Zivilprozesses zwischen Basiskontoinhaber und der Bank die nötigen rechtlichen Instrumente, gegen eine nicht ZKG-konforme Praxis beim Entgelt vorzugehen und, wenn es darauf ankommen sollte, das Basiskonto zu retten. Die BaFin könnte mit mehreren Maßnahmen aus dem

5 https://www.vzbv.de/pressemitteilung/bgh-staerkt-rechte-von-finanziell-schwaecheren-verbrauchern
6 BT-Drucks. 18/7204, S. 86.

Bereich der sogenannten **Missstandsaufsicht und des kollektiven Verbraucherschutzes** hier gegensteuern, wenn sie den Verbraucherschutz und die Missstandsaufsicht als Aufsichtsziel ernst nehmen würde.

Was die Entgeltklauseln im Basiskontenvertrag anbelangt, kann eine betroffene Person **Beschwerde** bei der BaFin einlegen. Die BaFin kann zwar nicht im Einzelfall zugunsten der Kundin eingreifen. Dafür wären die Zivilgerichte zuständig. Gleichwohl hat sie die Möglichkeit, bei unangemessenen Entgeltklauseln, die über den Einzelfall hinaus beim einzelnen Institut gegenüber mehreren Basiskontoinhabern oder in der Branche auch bei anderen Banken Verwendung finden, einzugreifen und die jeweiligen Institute anzuweisen, die Entgelte anzupassen.
Ein Erkenntnisinstrument, um Defizite in den Entgeltklauseln der Banken zu erkennen, sind - neben dem Beschwerdewesen der BaFin, ihre Kompetenz, auch eigene Marktanalysen zu erstellen.

- Gemäß § 4 Abs. 1a Satz 2 FinDAG kann die BaFin Anordnungen treffen, um verbraucherschutzrelevante Missstände zu verhindern oder zu beseitigen, wenn aus Sicht der BaFin eine generelle Klärung im Interesse des Verbraucherschutzes geboten ist. Ein Missstand ist in § 4 Abs. 1a Satz 3 FinDAG definiert als 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. Die Tatbestandsvoraussetzungen für hier einschlägige Anordnungen gegen unangemessene Entgeltklauseln liegen vor, wenn gegen die für § 41 Abs. 2 relevanten Kriterien des ZKG verstoßen wird. In einem Beitrag des BaFin-Journals von Februar 2020 mit dem Titel „Zinsanpassungsklausel unwirksam! Und jetzt ...?“[7] nannte die BaFin als Beispiel für einen Missstand die *Verwendung von Zinsanpassungsklauseln in sogenannten Prämiensparverträgen* gegenüber Verbraucherinnen durch Sparkassen, die aus Sicht der BaFin der ständigen BGH-Rechtsprechung bezüglich Zinsanpassungsklauseln entgegenstehen. Nach Auffassung der BaFin müssen Verwender von derartigen Zinsanpassungsklauseln die betroffenen Verbraucherinnen informieren und „angemessene Lösungen“ finden. Die kommentarlose Weiterverwendung derartiger Zinsanpassungsklauseln sieht die BaFin als Fall für eine Anordnung gemäß § 4 Abs. 1a Satz 2 FinDAG. Der Fall von Verstößen gegen § 41 Abs. 2 ZKG ist nicht anders zu behandeln.

7 https://www.bafin.de/SharedDocs/Downloads/DE/BaFinJournal/2020/bj_2002.html

- Was die Angemessenheit der Entgelte nach § 41 Abs. 2 ZKG für von § 38 ZKG erfassten Dienste anbelangt, besitzt die BaFin außerhalb der Missstandsaufsicht nach einer systematischen Auslegung des ZKG zwar keine unmittelbare Anordnungskompetenz nach § 46 Abs. 3, ggf. iVm § 40 ZKG für die Überprüfung der Angemessenheit der Entgelte. Gem. § 4 Abs. 2 Zahlungsdiensteaufsichtsgesetz (ZAG) kann die BaFin jedoch im Rahmen der ihr gesetzlich zugewiesenen Aufgaben gegenüber den Instituten und ihren Geschäftsleitern die Anordnungen treffen, die geeignet und erforderlich sind, um Verstöße gegen aufsichtsrechtliche Bestimmungen zu verhindern oder zu unterbinden oder um Missstände in einem Institut zu verhindern oder zu beseitigen, die die Sicherheit der dem Institut anvertrauten Vermögenswerte gefährden können oder die ordnungsgemäße Durchführung der Zahlungsdienste oder E-Geld-Geschäfte beeinträchtigen. Soweit es sich um Verstöße gegen „aufsichtsrechtlichen Bestimmungen" im Zusammenhang mit dem ZKG oder um Missstände „im Zusammenhang mit dem Zahlungsverkehr" handelt, gilt § 4 Abs. 2 ZKG nicht nur für Zahlungsinstitute, sondern auch für Einlagenkreditinstitute als lex specialis gegenüber § 6 Abs. 2 und 3 KWG. Der Begriff des Missstands ist ähnlich wie in § 4 Abs. 1a FinDAG zu verstehen. **Missstand ist jeder erhebliche, dauerhafte oder wiederholte Regelverstoß und damit als erhebliche Abweichung von einem gesetzlichen oder sonstigen aufsichtsrechtlichen Standard und den Aufsichtszielen zu verstehen, wobei eine Wiederholungs- oder Nachahmungsgefahr vorauszusetzen ist.**

DIE BAFIN VERABSCHIEDET SICH VON IHREM AKTIVEN EINTRETEN FÜR DEN VERBRAUCHERSCHUTZ

Am 15.12.2017 hat die BaFin auf ihrer Website einen Fachartikel zum Basiskonto veröffentlicht, der die bisherigen Erfahrungen der BaFin mit der Umsetzung des Gesetzes und die Verwaltungspraxis der BaFin hierzu zusammenfasst[8]. Was die Angemessenheit des Kontenentgelts anbelangt, hatte die BaFin bei ihren damaligen Untersuchungen festgestellt, dass die Banken bei Basiskonten den Kontoinhabern oft Modelle nicht anbieten, die für Kontoinhaber gewöhnlicher Girokonten zur Angebotspalette gehören, insbesondere Konten, die auf die Onlinenutzung ausgerichtet sind und deshalb die Entgelte deutlich absenken. Auf diesen rechtswidrigen Zustand hatte die BaFin bereits hingewiesen, bevor sich die Obergerichte damit beschäftigten.

Die BaFin hatte in diesem Artikel ebenso wie später der BGH in seinem Urteil vom 20.6.2020 **verdeutlicht, dass die Begrenzung der Entgelte für Basiskonten**

8 *https://www.bafin.de/SharedDocs/Veroeffentlichungen/DE/Fachartikel/2018/fa_bj_1810_zahlungskontengesetz.html*

auf eine angemessene Höhe eine grundlegende Voraussetzung dafür ist, das Ziel zu erreichen, allen Berechtigten Zugang zu einem Zahlungskonto zu verschaffen. Ein Institut, das bei der unternehmensspezifischen Entgeltgestaltung die Anforderungen an die Ermittlung eines angemessenen Entgelts unter diesem Aspekt nicht hinreichend berücksichtigt, verletzt also seine Pflichten nach dem ZKG nicht nur im Interesse einzelner Kunden, sondern auch generell.

Die BaFin hat in diesem Artikel darauf hingewiesen, dass die BaFin in Fällen, in denen sie – etwa aufgrund eigener Untersuchungen oder von Kundenbeschwerden – eine solchen Verstoß feststellt, ein Einlagenkreditinstitut daher mittels Verwaltungsakts anweisen kann, seine Vertragsbedingungen dahingehend anzupassen, dass die Entgeltfestsetzung für das Basiskonto die Anforderungen an die Angemessenheit hinreichend berücksichtigt.[9] Es geht dabei neben dem kollektiven Verbraucherschutz nach § 4 Abs. 1a FinDAG um ein Abstellen von Funktionsmängeln bei der Umsetzung des ZKG, die einen aufsichtsrechtlichen Missstand darstellen und die Ordnungsmäßigkeit der Geschäftsführung des Instituts tangieren.

Von dieser Auffassung der BaFin zur Entgeltregelung, die den kollektiven Verbraucherschutz und die Missstandsaufsicht ernst nimmt, hat sich das in der BaFin zuständige Referat – unter neuer Leitung - gänzlich verabschiedet. Um nicht tätig werden zu müssen, hat die BaFin inzwischen die Hürden für ihr eigenes Eingreifen künstlich mit fragwürdigen Einschätzungen hochgeschraubt, ohne dass ein solches Gebaren eine rechtliche Stütze hätte. Im BaFin-Journal vom 15.10.2020[10] wird nun der Eindruck erweckt, dass es allein Aufgabe der Zivilgerichte sei, im Einzelfall zu prüfen, ob ein Entgelt angemessen ist. Dabei fällt unter den Tisch, dass die BaFin gem. § 4 Abs. 1a FinDAG **unabhängig von den Zivilgerichten alle Anordnungen treffen kann, die geeignet und erforderlich sind, um verbraucherschutzrelevante Missstände zu verhindern oder zu beseitigen, wenn eine generelle Klärung im Interesse des Verbraucherschutzes geboten erscheint.** Diese Voraussetzung ist bei der Inhaltskontrolle einer für eine Vielzahl von Kunden Anwendung findenden Klausel regelmäßig gegeben. Die Norm liefert, wie bereits ausgeführt, auch eine Definition zu Art und Umfang des Tatbestands des Missstands.

In diesem Artikel der BaFin wird außerdem behauptet, dass die BaFin nur "als ultima ratio" Anordnungen treffen könne, um solche Verstöße zu „ahnden". Was damit gemeint sein soll, bleibt im Dunkeln. Nirgendwo ist in der Missstandsaufsicht normiert, dass das Einschreiten durch den Erlass von Anordnungen „ultima ratio" sein müsse. Wenn die Tatbestandsvoraussetzungen gegeben sind,

9 Vgl. auch *https://www.bafin.de/SharedDocs/Veroeffentlichungen/DE/Fachartikel/2017/fa_bj_1704_Basiskonto.html*
10 *https://www.bafin.de/SharedDocs/Veroeffentlichungen/DE/Fachartikel/2020/fa_bj_2010_Zahlungskontengesetz.html*

kann die BaFin einschreiten - unabhängig von einem Verfahren, das möglicherweise im Zivilprozess ausgetragen wird. Es ist im Übrigen eine Selbstverständlichkeit, dass ein solches Einschreiten durch Verwaltungsakt verhältnismäßig sein muss, wie jeder Verwaltungsakt auch. Es geht hier im Übrigen entgegen der BaFin nicht um „Ahndungen", also um eine Sanktion, sondern um die Behebung von Missständen, also Funktionsmängeln bei der Umsetzung eines aufsichtsrechtlichen Gesetzes, die die Ordnungsmäßigkeit der Geschäftsführung - und den kollektiven Verbraucherschutz - tangieren.

ZUKÜNFTIG MEHR BISS DURCH DIE FINANZAUFSICHT DER BAFIN IM VERBRAUCHERSCHUTZ UND BEI DER MISSSTANDSAUFSICHT?

Im Rahmen der Aufarbeitung des Wirecard Skandals will der Finanzminister die BaFin modernisieren und unter anderem im Aufsichts- und Prüfungshandeln schlagkräftiger aufstellen. Dies soll nach Ziffer 5 des Sieben-Punkte-Plans vom 2.2.2021 auch den Verbraucherschutz miteinbeziehen[11]. Das Finanzministerium will dabei den Abschlussbericht „Stärkung der Aufsichtsstruktur der BaFin" des Gutachtens der Roland Berger GmbH vom 24.11.2020 berücksichtigen.[12]

Das Wegschauen der BaFin bei der Frage der Angemessenheit der Kontoführungsgebühren für das Basiskonto hätte von Roland Berger geradezu als ein Musterbeispiel dafür herangezogen werden können, dass kollektiver Verbraucherschutz und Missstandsaufsicht als vom Gesetzgeber klar formulierte Aufsichtsziele in der Praxis der BaFin nicht einmal ansatzweise umgesetzt wurden. Doch dafür zeigt der Abschlussbericht in seiner „fokussierten Schwachstellenanalyse" Verständnis. Er kommt 5 Jahre nach Inkrafttreten der Vorschrift zum kollektiven Verbraucherschutz und 12 Jahre nach Etablierung der Missstandsaufsicht im ZAG zum Ergebnis, dass zu diesen Fragen „die Verwaltungsgerichtsrechtsprechung" noch nicht „eingeschwungen" und die einschlägigen Eingriffsrechte „unklar" seien. Die Gründe hierfür nennt die Beraterfirma nicht: Wer wie die BaFin die vom Gesetzgeber übertragenen, klar definierten Eingriffsbefugnisse seit Jahren tatsächlich gar nicht nutzt und dies vom BMF im Wege der Rechts- und Fachaufsicht jahrelang nicht beanstandet wird, sollte sich als Berater nicht wundern, dass sich keine Rechtsprechung und Verwaltungspraxis „einschwingt". Hier gilt mal wieder, wie auch die Analyse des Falles Wirecard belegt, dass der BaFin genug Kompetenzen vom Gesetzgeber übertragen worden sind, aber die BaFin mit einem **signifikanten Implementierungsproblem in Bezug auf bereits in Kraft befindliche Rechtsnormen** konfrontiert ist.

11 https://www.bundesfinanzministerium.de/Content/DE/Standardartikel/Themen/Internationales_Finanzmarkt/Finanzmarktpolitik/2021-02-02-mehr-biss-fuer-die-finanzaufsicht.html
12 https://www.bundesfinanzministerium.de/Content/DE/Standardartikel/Themen/Internationales_Finanzmarkt/2021-02-02-roland-berger-abschlussbericht.pdf

Abgesehen von einigen organisatorischen Änderungen im dafür zuständigen Geschäftsbereich der BaFin erschöpfen sich die vom Finanzministerium gebilligten Reformvorschläge von Roland Berger darin, dass die BaFin nach dem Modell der österreichischen Finanzmarktaufsicht „aktives Marktmonitoring und Marktbeobachtung" für Zwecke des Verbraucherschutzes betreiben soll. Ausgeblendet bleibt, dass die österreichische Finanzmarktaufsicht nicht bei der Marktbeobachtung verharrt, sondern aufgrund dieser Erkenntnisse gegenüber den Marktteilnehmern – anders als in Deutschland – auch steuernd eingreift. Der Missstand in der BaFin bei der Handhabung der Missstandsaufsicht wird also vom BMF wohl nicht abgestellt. **Dies droht auch die Erfolge beim Basiskonto hinfällig zu machen. Die BaFin wie auch der Gesetzgeber sind gefordert den Kontozugang für alle sicherzustellen.**