

ZENTRALER KREDITAUSSCHUSS

MITGLIEDER: BUNDESVERBAND DER DEUTSCHEN VOLKSBANKEN UND RAIFFEISENBANKEN E.V. BERLIN · BUNDESVERBAND DEUTSCHER BANKEN E.V. BERLIN
BUNDESVERBAND ÖFFENTLICHER BANKEN DEUTSCHLANDS E.V. BERLIN · DEUTSCHER SPARKASSEN- UND GIROVERBAND E.V. BERLIN-BONN
VERBAND DEUTSCHER PFANDBRIEFBANKEN E.V. BERLIN

**Stellungnahme des
Zentralen Kreditausschusses
zum
Gesetzentwurf der Bundesregierung für ein Gesetz zur Umsetzung der
aufsichtsrechtlichen Vorschriften der Zahlungsdiensterichtlinie
(Zahlungsdiensteumsetzungsgesetz)**

Ref.: BT-Drs. 16/11613

06. Februar 2009

I. Allgemein	3
1. Relevanz des Zahlungsdiensteaufsichtsgesetzes für Kreditinstitute, die das Girogeschäft, aber kein Einlagenkreditgeschäft betreiben	3
2. Erbringung von Zahlungsdienstleistungen durch Einlagenkreditinstitute	4
II. Zu Art. 1 – Gesetz über die Beaufsichtigung von Zahlungsdiensten	4
1. § 1 Abs. 2 Nr. 2 und 3 ZAG-E – Verhältnis Zahlungsdienst und Kreditgewährung	4
2. § 1 Abs. 3 ZAG-E – Definition des Zahlungskontos	4
3. § 1 Abs. 4 ZAG-E – Abgrenzung zu „technischen Lastschriften“	5
4. § 1 Abs. 10 ZAG-E – Ausnahmen vom Anwendungsbereich	5
5. § 7 ZAG-E – Zugang zu Zahlungssystemen	7
6. § 12 ZAG-E – Verbändebeteiligung bei Rechtsverordnungserlass	9
7. § 13 ZAG-E - Sicherungsanforderungen	9
8. § 14 ZAG-E – Auskünfte und Prüfungen	10
9. § 30 ZAG-E - Zahlungsinstitutsregister	10
III. Zu Art. 2 – Änderung des Kreditwesengesetzes	10
IV. Zu Art. 8a neu – Änderung des Informationsfreiheitsgesetzes (IFG)	11

I. Allgemein

1. Relevanz des Zahlungsdiensteaufsichtsgesetzes für Kreditinstitute, die das Girogeschäft, aber kein Einlagenkreditgeschäft betreiben

Durch den Regierungsentwurf für das Zahlungsdiensteaufsichtsgesetz (ZAG-E) sollen diejenigen Kreditinstitute, die keine Einlagenkreditinstitute sind und Zahlungsdienste erbringen, sowohl den Anforderungen des KWG als auch denen des ZAG unterliegen. Die dadurch entstehenden neuen bürokratischen Belastungen für diese Gruppe von Kreditinstituten werden zwar durch die Kollisionsregeln in § 1 Abs. 11, § 12 Abs. 5 und § 35 Abs. 1 ZAG-E gemildert, so dass die wesentlichen mit dem KWG deckungsgleichen Pflichten für Zahlungsinstitute keine Anwendung mehr finden. Gleichwohl würden sich für Nichteinlagenkreditinstitute erhebliche Belastungen wie doppelte Eigenmittelberechnungen und doppelte Beteiligung an den Kosten für die Beaufsichtigung durch die Bundesanstalt für Finanzdienstleistungsaufsicht (BaFin) ergeben. Im Vergleich zum EU-Recht unterliegen nach deutschem Recht nicht nur Einlagenkreditinstitute, sondern alle Arten von Kreditinstituten i.S.d. KWG einem strengen Aufsichtsregime. Insoweit können wir keine Rechtfertigung dafür erkennen, dass Nichteinlagenkreditinstitute im Falle der Erbringung von Zahlungsdiensten nunmehr doppelt beaufsichtigt werden sollen. Daher möchten wir nochmals, wie auch in unserer Stellungnahme gegenüber dem Bundesministerium für Finanzen vom 25. Juli 2008, anregen, eine Befreiung aller Kreditinstitute i.S.d. § 1 Abs. 1 S. 1 KWG von den zusätzlichen Anforderungen an Zahlungsinstitute in den Gesetzestext aufzunehmen. Eine Begrenzung der Befreiung auf Einlagenkreditinstitute würde zu komplizierten Regelungsabgrenzungen infolge der Doppelbeaufsichtigung sowohl auf Instituts- als auch Aufsichtsseite führen.

Sollte eine solche Ausnahmenvorschrift nicht Eingang in den Gesetzestext finden, ist es jedenfalls sehr wichtig, dass die zusätzlichen Mehrbelastungen durch eine sachgerechte Aufsichtspraxis minimiert werden. Dies wurde zwar in der Anhörung im August 2008 bereits vom Bundesministerium der Finanzen avisiert, es sollte jedoch auch in den Gesetzesmaterialien zum Ausdruck kommen.

Die Übergangsvorschrift in § 35 Abs. 1 ZAG-E braucht sich unseres Erachtens nur auf Kreditinstitute ohne Einlagengeschäftserlaubnis zu beziehen, denn Einlagenkreditinstitute bedürfen keiner Zahlungsinstitutserlaubnis nach § 8 Abs. 1 ZAG-E. Zusätzlich sollte dies in der Formulierung des § 8 ZAG-E, hilfsweise in den Gesetzesmaterialien, klargestellt werden.

Hinsichtlich der Relevanz möchten wir darauf hinweisen, dass die Neuregelungen nicht nur Kreditgarantiegemeinschaften und Bürgschaftsbanken betreffen, sondern auch auf das Wertpapiergeschäft spezialisierte Institute und gegebenenfalls Förderbanken.

2. Erbringung von Zahlungsdienstleistungen durch Einlagenkreditinstitute

Grundsätzlich folgt aus § 1 Abs. 1 Nr. 1 ZAG-E, dass Einlagenkreditinstitute bereits aufgrund ihrer bankaufsichtsrechtlichen Erlaubnis Zahlungsdienstleistungen erbringen dürfen. Allerdings war bisher durch die Regelung in § 8 Abs. 2 ZAG-E des vorhergehenden Referentenentwurfs (Stand Juni 2008) klargestellt, dass Einlagenkreditinstitute keine separate Erlaubnis nach dem ZAG benötigen. Diese Regelung fehlt im vorliegenden Regierungsentwurf. Aufgrund der Veränderung des Girogeschäftsbegriffs in § 1 Abs. 1 Satz 2 Nr. 9 KWG sowie aus Gründen der Rechtssicherheit und der besseren Handhabbarkeit von ZAG und KWG würden wir es sehr begrüßen, wenn die Regelung des § 8 Abs. 2 ZAG-E in der Fassung des Referentenentwurfs vom Juni 2008 wieder aufgenommen würde.

II. Zu Art. 1 – Gesetz über die Beaufsichtigung von Zahlungsdiensten

Zu einzelnen Vorschriften des ZAG-E möchten wir Folgendes anmerken:

1. § 1 Abs. 2 Nr. 2 und 3 ZAG-E – Verhältnis Zahlungsdienst und Kreditgewährung

Der Begriff „Zahlungsdienst“ sollte klargestellt werden, weil die Bezugnahme auf die Kreditgewährung gemäß § 2 Abs. 3 ZAG-E in § 1 Abs. 2 Nr. 3 ZAG-E (Zahlungsvorgänge mit Kreditgewährung) ggf. so verstanden werden könnte, dass eine derartige Dienstleistung mit darüber hinausgehender Kreditgewährung nicht mehr als Zahlungsdienst gelten könnte.

2. § 1 Abs. 3 ZAG-E – Definition des Zahlungskontos

Aus unserer Sicht ist nicht erkennbar, warum die Definition des Zahlungskontos über die Formulierung der Richtlinie hinaus die buch- und rechnungsmäßige Darstellung von Forderungen und Verbindlichkeiten einbezieht. Damit könnte der Eindruck erweckt werden, es handele sich um ein „normales“ Kontokorrentkonto mit Überziehungsmöglichkeit. Überdies wird weiter lediglich Bezug genommen darauf, dass für den Zahlungsdienstnutzer dessen jeweilige Forderung gegenüber dem Zahlungsdienstleister bestimmt wird, nicht aber ebenso umgekehrt.

3. § 1 Abs. 4 ZAG-E – Abgrenzung zu „technischen Lastschriften“

Wir bitten um eine Klarstellung in den Gesetzesmaterialien, dass „technische Lastschriften“ nicht von der Begriffsbestimmung der „Lastschrift“ in § 1 Abs. 4 ZAG-E erfasst werden. „Technische Lastschriften“ kommen unter anderem im Bereich des Kartenzahlungsverkehrs zum Ausgleich von Forderungen im Interbankenverhältnis vor. Zahler und Zahlungsempfänger sind dabei nur Kreditinstitute bzw. von ihnen beauftragte Dritte; ein unmittelbarer Bezug zu einem „Zahlungsdienstnutzer“ im Sinne der Richtlinie als Kunde eines Zahlungsdienstleisters fehlt hierbei. Von der Richtlinie ist der Zahlungsverkehr mit reinem Interbankenbezug ausgenommen.

4. § 1 Abs. 10 ZAG-E – Ausnahmen vom Anwendungsbereich

a. Allgemein

Wie bereits gegenüber dem Bundesministerium der Finanzen angemerkt, befürchten wir durch die weitgehende Verlagerung des Aufsichtsrechts betreffend Zahlungsdienste vom KWG in das ZAG und die Einschränkung des Girogeschäfts in § 1 Abs. 1 Satz 2 Nr. 9 KWG-E weiterhin das Entstehen von Aufsichtslücken. Der Tatbestand des Girogeschäfts nach § 1 Abs. 1 S. 2 Nr. 9 KWG beinhaltet derzeit die Durchführung des bargeldlosen Zahlungsverkehrs und des Abrechnungsverkehrs. Dies umfasst auch Zahlungsvorgänge innerhalb von Zahlungs- und Wertpapierabwicklungssystemen. Der gesamte Abrechnungsverkehr würde durch die Änderung des Anwendungsbereichs des Girogeschäfts in § 1 Abs. 1 S. 2 Nr. 9 KWG-E nicht mehr der KWG-Aufsicht unterliegen (vgl. auch Gesetzesbegründung zu § 1 Abs. 10 Nr. 7, S. 66). Dies ist insbesondere bedenklich bei Zahlungsvorgängen innerhalb eines Zahlungs- und Wertpapierabwicklungssystems, die ausdrücklich nach § 1 Abs. 10 Nr. 7 ZAG-E vom Anwendungsbereich des ZAG-E ausgenommen werden, jedoch hohe Risiken inne haben. Damit würde der Abrechnungsverkehr entgegen der heutigen Rechtslage keiner Spezialaufsicht mehr unterliegen.

b. § 1 Abs. 10 Nr. 6 ZAG-E – Scheck und Wechsel mit Drittstaatenbezug; Ausnahme von auf Kreditinstitute gezogene Zahlungsabschnitte

Schecks und Wechsel mit Drittstaatenbezug sind noch nicht ausgenommen worden. Wir schlagen vor, die Regelung auf § 1 Abs. 1 S. 2 Nr. 9 KWG-E abzustimmen.

In den Gesetzesmaterialien zu der Ausnahmeregelung in § 1 Abs. 10 Nr. 6 c) ZAG-E sollte klargestellt werden, dass auf Kreditinstitute gezogene Zahlungsanweisungen zur Verrechnung, Abschnitte mit faksimilierter Unterschrift und sonstige Zahlungsabschnitte keine Zahlungsdienste sind. Denn nach dem Ausnahmetatbestand in Art. 3 g) v) der Richtlinie sind nicht nur „Schecks“ im Sinne von Artikel 1 des Scheckgesetzes, sondern auch "Gutscheine in Papierform" vom Anwendungsbereich der Richtlinie ausgenommen. So ist z.B. der Versicherungsscheck mit faksimilierten Unterschriften zur Beitragsrückerstattung kein Scheck im Sinne des Artikel 1 des Scheckgesetzes, aber ein auf eine Bank gezogener "Gutschein". Gemäß Nr. I.2 des „Scheckabkommens“ der deutschen Kreditwirtschaft werden diese auf Kreditinstitute gezogenen Papiere dem Scheckinkassoverfahren zugeordnet. Durch die Ausnahmeregelung in Art. 3 g) v) der Richtlinie wird erreicht, dass auf Kreditinstitute gezogene Zahlungsabschnitte weiter wie Schecks im Inkasso behandelt werden können. Es hätte keinen Sinn gemacht, diese Einzugs-Papiere den Vorschriften für Zahlungsdienste zu unterwerfen, da die Richtlinie auf den elektronischen Zahlungsverkehr und nicht auf Inkassoverfahren für auf Banken gezogene Zahlungspapiere ausgerichtet ist.

c. § 1 Abs. 10 Nr. 13 ZAG-E - Zahlungen innerhalb von Konzernen und kreditwirtschaftlichen Verbundgruppen

Der Entwurf verwendet im Zusammenhang mit der Negativabgrenzung von Zahlungsdiensten in § 1 Abs. 10 Nr. 13 den Begriff des „institutsbezogenen Sicherungssystems nach § 10 c KWG“.

Die Existenz eines institutsbezogenen Sicherungssystems im Sinne des § 10 c KWG steht jedoch in keinem sachlichen Zusammenhang mit der Erbringung von Zahlungsdiensten bzw. dem Bestehen von Systemen zur Abwicklung des Zahlungsverkehrs. Sofern die Regelung des § 10 c KWG geändert werden sollte oder eine kreditwirtschaftliche Verbundgruppe dessen Voraussetzungen nicht (mehr) erfüllen sollte, hätte dies Auswirkungen auf die genannten Vorschriften des ZAG. Art und Ausgestaltung des Sicherungssystems können jedoch nicht maßgeblich für die Beantwortung der Frage sein, ob ein Zahlungsvorgang innerhalb einer kreditwirtschaftlichen Verbundgruppe als Zahlungsdienst anzusehen ist oder nicht. Insoweit wird auch auf die unten zu § 7 Abs. 4 Nr. 2 ZAG-E (II., 5., c)) gemachten Ausführungen verwiesen.

Vor diesem Hintergrund schlagen wir ebenso wie der Bundesrat in seiner Stellungnahme vom 19. Dezember 2008 (BR-Drucksache 827/08) vor, in § 1 Abs. 10 Nr. 13 ZAG-E anstelle des Verweises auf § 10 c KWG den Begriff „kreditwirtschaftliche Verbundgruppe“ zu verwenden:

„§ 1 Begriffsbestimmungen und Anwendungsbereich

(...)

(10) *Keine Zahlungsdienste sind:*

13. Zahlungsvorgänge innerhalb eines Konzerns oder zwischen Mitgliedern einer kreditwirtschaftlichen Verbundgruppe,“

Durch die Regelung soll eine Bereichsausnahme für Zahlungsvorgänge innerhalb eines Konzerns und einer kreditwirtschaftlichen Verbundgruppe geschaffen werden. Auf dem deutschen Bankenmarkt sind sowohl private Geschäftsbanken als auch die jeweils in kreditwirtschaftlichen Verbundgruppen organisierten Genossenschaftsbanken und Sparkassen nebst ihren jeweiligen Zentralinstituten tätig. Der Verbund zwischen den im genossenschaftlichen Finanzverbund bzw. den in der Sparkassen-Finanzgruppe zusammengeschlossenen Instituten ist bereits seit vielen Jahren in § 10 Abs. 2b Nr. 7 b) KWG und § 20 Abs. 3 Nr. 2 letzter Halbsatz KWG begrifflich etabliert. In § 20 Abs. 3 Nr. 2 letzter Halbsatz KWG existiert darüber hinaus auch schon eine Ausnahmeregelung zum Liquiditätsausgleich im Verbund zwischen Genossenschaftsbanken und ihren Zentralbanken einerseits sowie zwischen Sparkassen und ihren Girozentralen bzw. deren Zentralkreditinstitut andererseits. Danach gelten für Zahlungsströme zwischen den Instituten kreditwirtschaftlicher Verbundgruppen bereits besondere Regeln hinsichtlich der Anrechnung auf die Großkreditobergrenzen.

Die Regelung in § 1 Abs. 10 Nr. 13 ZAG-E stellt klar, dass es sich bei Zahlungen innerhalb von Konzernen oder zwischen Mitgliedern einer derartigen kreditwirtschaftlichen Verbundgruppe nicht um Zahlungsdienste handelt. Diese Geschäfte begründen auch keine Erlaubnispflicht nach dem KWG. Die Vorschrift setzt Artikel 3 Buchstabe n) der Zahlungsdiensterichtlinie um. Die Richtlinie knüpft hinsichtlich des Konzernbegriffs an den handelsrechtlichen Konzern im Sinne des § 271 Abs. 2 in Verbindung mit §§ 290 ff. HGB an.

5. § 7 ZAG-E – Zugang zu Zahlungssystemen

a. § 7 Abs. 1 ZAG-E – Benachteiligungsverbot

Der gesamte Absatz ist in Hinblick auf den persönlichen Anwendungsbereich zu weit geraten. Gemäß der EU-Zahlungsdiensterichtlinie sollte die Vorschrift auf „zugelassene Zahlungsdienstleister“ beschränkt werden. So hat beispielsweise ein Zahlungsdienstnutzer nach der Richtlinie keinen Anspruch auf Zugang zu Zahlungssystemen.

Die Ergänzung um ein Verbot einer Behinderung durch „restriktive Bedingungen“ erscheint missverständlich, denn Absatz 2 gestattet zu Recht die Festlegung objektiver Bedingungen, die selbstverständlich einschränkend sein können müssen, um den Zweck der Sicherung der Systeme zu erfüllen.

b. § 7 Abs. 3 ZAG-E – Darlegungspflicht vor Beitritt

Im Referentenentwurf war der Zahlungsdienstleister noch verpflichtet, gegenüber dem Zahlungssystem den „Nachweis“ für die Erfüllung der erforderlichen Vorkehrungen „zu erbringen“, nunmehr muss er lediglich „darlegen“, dass er die Bedingungen des Betreibers/des Zahlungssystems erfüllt. Wir schlagen vor, dem Zahlungsdienstleister auch den Nachweis der Erfüllung der Bedingungen aufzuerlegen.

c. § 7 Abs. 4 Nr. 2 ZAG-E – Ausnahmen für Verbände

Der Entwurf verwendet im Zusammenhang mit dem diskriminierungsfreien Zugang zu Zahlungssystemen in § 7 Abs. 4 Nr. 2 den Begriff des „institutsbezogenen Sicherungssystems nach § 10 c KWG“.

Die Existenz eines institutsbezogenen Sicherungssystems im Sinne des § 10 c KWG steht jedoch in keinem sachlichen Zusammenhang mit der Erbringung von Zahlungsdiensten bzw. dem Bestehen von Systemen zur Abwicklung des Zahlungsverkehrs. Sofern die Regelung des § 10 c KWG geändert werden sollte oder eine kreditwirtschaftliche Verbundgruppe dessen Voraussetzungen nicht (mehr) erfüllen sollte, hätte dies Auswirkungen auf die genannten Vorschriften des ZAG. Art und Ausgestaltung des Sicherungssystems können jedoch nicht maßgeblich für die Beantwortung der Frage sein, ob einem Dritten der Zugang zu den internen Systemen des Zahlungsverkehrs zu gewähren ist. Insoweit wird auch auf die oben zu § 1 Abs. 10 Nr. 13 ZAG-E (II., 4., c)) gemachten Ausführungen verwiesen.

Vor diesem Hintergrund schlagen wir ebenso wie der Bundesrat in seiner Stellungnahme vom 19. Dezember 2008 (BR-Drucksache 827/08) vor, in § 7 Abs. 4 Nr. 2 ZAG-E anstelle des Verweises auf § 10 c KWG den Begriff „kreditwirtschaftliche Verbundgruppe“ zu verwenden:

„§ 7 ***Zugang zu Zahlungssystemen***
(...)
(4) *Absatz 1 gilt nicht für*
 2. Zahlungssysteme, die ausschließlich zwischen den einer einzigen
 Unternehmensgruppe angehörenden Zahlungsdienstleistern bestehen, sofern

zwischen diesen Einzelunternehmen Kapitalverbindungen vorhanden sind und eines der verbundenen Unternehmen die tatsächliche Kontrolle über die anderen ausübt, sowie Zahlungssysteme, die innerhalb einer kreditwirtschaftlichen Verbundgruppe bestehen, ...“

Ausweislich des Erwägungsgrundes 1 der Zahlungsdiensterichtlinie sollen mit der Zugangsschranke rechtliche Risiken minimiert werden. Auf dem deutschen Bankenmarkt sind sowohl private Geschäftsbanken als auch die jeweils in kreditwirtschaftlichen Verbundgruppen organisierten Genossenschaftsbanken und Sparkassen tätig.

d. § 7 Abs. 4 Nr. 3 ZAG- E – Ausnahme von internen Systemen

Der Vorschlag des ZKA, im Einklang mit der Richtlinie interne Systeme von Zahlungsdienstleistern in die Ausnahmeregelung aufzunehmen, wurde lediglich in der Gesetzesbegründung berücksichtigt. Angesichts des Wortlauts des Entwurfstextes erscheint zumindest fraglich, ob dies ausreicht. Aus diesem Grund sollte eine Ergänzung im Regelungstext selbst erfolgen.

e. § 7 Abs. 6 ZAG-E - Doppelzuständigkeit

Das von uns in der ZKA-Stellungnahme vom 25. Juli 2008 zum Referentenentwurf bereits aufgezeigte Problem einer Doppelzuständigkeit von BaFin und Bundeskartellamt ist immer noch ungelöst. Es sollte zumindest zum Ausdruck kommen, welche Behörde vorrangig zuständig ist und dass Entscheidungen der einen Behörde im Benehmen mit der anderen Behörde erfolgen sollten. Damit würde einheitliches staatliches Handeln gewährleistet und eine umständliche Doppelaufsicht vermieden.

6. § 12 ZAG-E – Verbändebeteiligung bei Rechtsverordnungserlass

Da der Regierungsentwurf den Ansatz hat, Nichteinlagenkreditinstituten durch das ZAG zu erfassen, und deshalb diese Institutsgruppe zumindest in der Anfangszeit die Hauptbetroffenen des Gesetzes sein dürften, sollte § 12 Abs. 6 S. 3 ZAG-E insoweit ergänzt werden, dass auch die kreditwirtschaftlichen Spitzenverbände bei der Anhörung einzubeziehen sind.

7. § 13 ZAG-E - Sicherungsanforderungen

Fraglich ist, ob Kreditinstitute, die nur eine Lizenz nach § 1 Abs. 1 S. 2 Nr. 9 und Nr. 4 und/oder Nr. 10 KWG haben und damit gem. §§ 1 und 2 EAEG der gesetzlichen Einlagen-

sicherungs- und Anlegerentschädigungspflicht unterliegen, ebenso die Anforderungen an die Sicherung von Kundengeldern nach § 13 ZAG-E erfüllen müssen.

8. § 14 ZAG-E – Auskünfte und Prüfungen

An dieser Stelle sollte aus unserer Sicht analog zum Pfandbriefgesetz ein Verweis auf die Regelungen des KWG, insbesondere § 44 KWG, eingefügt werden. Damit wird sichergestellt, dass jedes Zahlungsinstitut die von der Bundesanstalt durchgeführten oder angeordneten Prüfungen selbst bezahlen muss. Fehlt ein solcher Verweis, werden die Prüfungskosten bei Zahlungsinstituten nach den Umlagevorschriften der FinDAGKostV auf alle beaufsichtigten Unternehmen umgelegt.

9. § 30 ZAG-E - Zahlungsinstitutsregister

In der Entwurfsbegründung wird (auf S. 101 der BT-Drs.) ausgeführt, die Führung des Registers habe „verbraucherschützenden Charakter“. Diese Formulierung ist nicht sachgerecht, denn das ZAG ist genauso wie das KWG kein Verbraucherschützendes Gesetz. Vielmehr sollte darauf hingewiesen werden, dass das Register öffentlichen Glauben entfaltet, also die Nutzer der Information (Kunden, Wettbewerber, Kreditinstitute) auf deren Richtigkeit vertrauen können.

III. Zu Art. 2 – Änderung des Kreditwesengesetzes

§ 1 Abs. 1 S.1 Nr. 9 KWG-E - Girogeschäft

Aus unserer Sicht erschließt sich nicht, warum der Abrechnungsverkehr nunmehr vollständig aus dem Katalog der Bankgeschäfte gestrichen werden soll. Dies ist nicht sachgerecht, da dadurch aufsichtsrechtliche Lücken entstehen könnten (vgl. Ausführungen auf S. 5, II. 4 a).

IV. Zu Art. 8a neu – Änderung des Informationsfreiheitsgesetzes (IFG)

§ 3 Nr. 9 IFG-E

Der Bundesrat spricht sich in seiner Stellungnahme vom 19. Dezember 2008 (BR-Drucksache 827/08) für eine Ergänzung des Informationsfreiheitsgesetzes (IFG) aus. Namentlich schlägt der Bundesrat vor, in § 3 Nr. 9 IFG (Schutz von besonderen öffentlichen Belangen) eine Bereichsausnahme *„gegenüber Behörden und sonstigen öffentlichen Stellen wie der Bundesanstalt für Finanzdienstleistungsaufsicht und der Deutschen Bundesbank, soweit diese aufgrund von besonderen Gesetzen, Aufgaben der Finanz-, Wertpapier- und Versicherungsaufsicht wahrnehmen oder zur Wahrung der Integrität und Stabilität der Finanzmärkte tätig werden“* vorzusehen.

Der ZKA unterstützt diesen Vorschlag des Bundesrates. Die mit dem IFG verfolgte Zielsetzung, das Verwaltungshandeln des Bundes durch erleichterten Informationszugang transparenter zu gestalten¹, ist grundsätzlich durchaus nachvollziehbar. Der Gesetzgeber ist verfassungsrechtlich allerdings gehalten, dabei den Schutz der Rechte Dritter und öffentlicher Belange – namentlich der Kontroll- und Aufsichtsaufgaben der Allfinanzaufsicht, des Bankgeheimnisses und von Betriebs- und Geschäftsgeheimnissen – zu wahren². Wie vom Bundesrat in seiner Stellungnahme unter Hinweis auf die Rechtsprechung des Verwaltungsgerichts Frankfurt am Main dargelegt, sind in dieser Hinsicht insbesondere in der praktischen Anwendung des Gesetzes Lücken aufgetreten, die es zu schließen gilt.

1. Effiziente Zusammenarbeit zwischen BaFin und Beaufsichtigten sicherstellen

Ein Zugriff von Dritten auf Informationen der Bundesanstalt für Finanzdienstleistungsaufsicht (BaFin) würde insbesondere die auch außerhalb der gesetzlichen Anzeige- und Mitteilungspflichten für eine effiziente Aufsicht zwingend erforderliche vertrauensvolle Zusammenarbeit der beaufsichtigten Institute mit der Bundesanstalt für Finanzdienstleistungsaufsicht (BaFin) grundsätzlich in Frage stellen³. Das Aufsichts- bzw. Informationsverhältnis stellt sich als ein vielschichtiges Gefüge aus der Erfüllung gesetzlicher Auskunftspflichten und Informationspflichten und einem – freiwilligen – vertraulichen, informellen und offenen Informationsaustausch zu allen aufsichtsrelevanten Fragestellungen dar:

¹ BT-Drs. 15/4493 S. 1.

² Vgl. Schoch, IFG, 2009, Einl. RdNr. 60 sowie Scholz, BKR 2008, 485, 487 ff. m.w.N.

³ Siehe hierzu zuletzt etwa Scholz, BKR 2008, 485 sowie Wilsing/Paul BB 2009, 114.

Informationsquellen der Aufsichtsbehörden sind neben dem Prüfungsbericht über den Jahresabschluss insbesondere die Meldungen und Anzeigen der Beaufsichtigten über ihre Betriebs- und Geschäftstätigkeiten. Ein weiteres Instrument der Informationsgewinnung stellt der unmittelbare und kontinuierliche Dialog zwischen BaFin und Institut dar, der vor dem Hintergrund mit der von Basel II einhergehenden Verlagerung von der sogenannten regelbasierten Aufsicht hin zu einem prinzipienbasierten und risikoorientierten Ansatz stetig größere Bedeutung zukommt. Kernelement dieses Dialogs ist das sogenannte Aufsichtsgespräch, das jährlich stattfindet. Gegenstand des Aufsichtsgesprächs ist neben der quantitativen Analyse bankbetrieblicher Kennzahlen auch die Qualität des (Risiko-)Managements. Die Aufsichtsbehörden erlangen im Rahmen der Markt- und Solvenzaufsicht nicht nur Kenntnisse über die allgemeine Umsetzung von aufsichtsrelevanten Vorschriften durch ein Institut, sondern unter anderem von der allgemeinen Geschäftsentwicklung im laufenden und in den kommenden Geschäftsjahren bis zur Risikotragfähigkeit des jeweiligen Instituts und zur Personalpolitik. Zudem werden konkrete Kundenbeziehungen und mit diesen im Zusammenhang stehende Fragen (z.B. Einzelkreditengagements) vertieft erörtert. Ein Zugriff Dritter auf diese Informationen würde einen tiefen und aufsichtsrechtlich nicht gewollten Eingriff in individuelle organisatorische und geschäftsbezogene Strukturen ermöglichen. Verfassungsrechtlich geschützte Rechtspositionen würden tangiert.

2. Zweckentfremdung des IFG entgegenwirken

Hinzu tritt, dass die in der Regel von Rechtsanwälten zur Vorbereitung von Schadensersatzprozessen gegen beaufsichtigte Unternehmen oder sonstige Dritte begehrte Einsicht in Unterlagen der Bankenaufsicht dem Sinn und Zweck des IFG zuwiderläuft. Mit dem IFG wollte der Gesetzgeber nicht kommerziellen Interessen dienen, sondern das Verwaltungshandeln des Bundes durch erleichterten Informationszugang transparenter machen und dadurch die demokratischen Beteiligungsrechte der Bürger stärken. Die Praxis zeigt, dass das IFG unter Umgehung der im Zivilrecht vorgesehenen Rollenverteilung bei der Beweislastverteilung zu anderen als zu den vom Gesetzgeber vorgesehenen Zwecken in Anspruch genommen wird. Eine solche Instrumentalisierung des IFG ist im Hinblick auf die Regeln der Zivilprozessordnung, des Gesellschaftsrechts und der Insolvenzordnung weder erforderlich noch wäre sie sachlich gerechtfertigt: So regelt die Zivilprozessordnung, die mit dem Zivilprozessrechtsreformgesetz vom 21. Juli 2001 grundlegend überarbeitet und an moderne Anforderungen angepasst wurde, unter dem Grundsatz des fairen Verfahrens Darlegungs- und Beweislast sowie Prozessleitungsbefugnisse des Gerichts. Als Parallele dazu sieht beispielsweise das Aktienrecht sowohl vom Gegenstand und Umfang nur einen begrenzten Auskunftsanspruch des Aktionärs vor: Ihm ist auf Verlangen in der

Hauptversammlung vom Vorstand „Auskunft über Angelegenheiten der Gesellschaft zu geben, soweit sie zur sachgemäßen Beurteilung des Gegenstands der Tagesordnung erforderlich ist“ (§ 131 Abs. 1 AktG). Der Vorstand darf nach § 131 Abs. 3 AktG unter bestimmten Voraussetzungen die Auskunft verweigern. Die Auskunftspflicht soll beispielsweise nicht weiter reichen als die Pflicht, Angaben im Jahresabschluss und Lagebericht zu machen⁴. Im Insolvenzverfahren kann ein Gläubiger nur in besonderen Fällen, bei Eröffnung des Insolvenzverfahrens und Abweisung des Verfahrens mangels Masse, von einem Wirtschaftsprüfer die Offenlegung eines Prüfberichts verlangen (§ 321a HGB).

Die derzeitige Rechtslage ermöglicht mittels des IFG faktisch Ausforschungsbeweise, die die zivilprozessualen Grundregeln und die gesellschafts- und insolvenzrechtlichen Informationsregeln aushebeln. Hierin liegt eine Zweckentfremdung des IFG. Es wäre zudem systematisch verfehlt, Dritten auf diesem Wege bei beaufsichtigten Instituten weitergehende Informationsrechte zuzubilligen.

3. Europarechtlichen Vorgaben Rechnung tragen

Zweifelhaft ist ferner, ob die Gewährung von Zugang zu den der BaFin und der Deutschen Bundesbank vorliegenden Informationen im Einklang mit den kapitalmarkt- und aufsichtsrechtlichen Vorgaben auf europäischer Ebene hinsichtlich der Verschwiegenheit der Aufsichtsbehörden stehen würde. So sieht beispielsweise die so genannte Bankenrichtlinie (2006/48/EG)⁵ einen Zugang zu Informationen der Aufsichtsbehörden lediglich für „Behörden“, „Stellen“, „Dienststellen“, „Organe“ oder im gesetzlich Auftrag handelnde Personen vor (vgl. Art. 44 ff.). Vertrauliche Informationen dürfen grundsätzlich nicht an weitere Dritte weitergegeben werden, es sei denn, in zusammengefasster oder allgemeiner Form, so dass die einzelnen Institute nicht zu erkennen sind. Hinzu tritt, dass es den Aufsichtsbehörden nur gestattet ist, die erhaltenen vertraulichen Informationen zur Wahrnehmung ihrer Verantwortlichkeiten und Aufgaben (zum Beispiel zur Prüfung der Zulassungsbedingungen oder zur Verhängung von Sanktionen) zu verwenden. Diese auch europarechtlich gebotenen Pflichten zur vertraulichen Behandlung muss auch bei einem auf das IFG gestützten Anspruch auf Zugang zu amtlichen Informationen der Bankenaufsicht beachtet werden.

⁴ BT-Drucks. 11/6725, S. 26.

⁵ Richtlinie 2006/48/EG vom 14. Juni 2006 über die Aufnahme und Ausübung der Tätigkeit der Kreditinstitute.

4. Schutz der Informationen des SoFFin gewährleisten

Nicht zuletzt würde durch die vom Bundesrat vorgeschlagene Regelung auch die vertrauliche Behandlung der den „Sonderfonds Finanzmarktstabilisierung“ (SoFFin) übermittelten Informationen sichergestellt. Der SoFFin kann sich anders als die BaFin und die Deutsche Bundesbank nicht auf eine spezialgesetzlich normierte Verschwiegenheitspflicht, sondern lediglich auf die allgemeine Verschwiegenheitspflicht nach dem VwVfG berufen.

5. Bereichsausnahme für Finanzaufsicht an internationalen Finanzstandorten üblich und für grenzüberschreitende Zusammenarbeit angezeigt

Auch im Hinblick auf die Wettbewerbsfähigkeit des Finanzstandortes Deutschland erscheint die vom Bundesrat vorgeschlagene Regelung sachgerecht. So zeigt ein Rechtsvergleich, dass das Spannungsverhältnis zwischen Informationsfreiheit und Verschwiegenheitspflicht in anderen Ländern mit bedeutenden Finanzstandorten dahingehend gelöst wurde, dass eine Bereichsausnahme für die Bankenaufsicht geschaffen wurde. So sieht beispielweise das schweizerische Bundesgesetz über das Öffentlichkeitsprinzip der Verwaltung⁶ oder in den USA der Freedom of Information Act⁷ eine Bereichsausnahme für die Bankenaufsicht vor. In Großbritannien ist ein gewichtiger Teil der Informationen der Financial Services Authority ausdrücklich vom Anwendungsbereich des dortigen Freedom of Information Act ausgenommen⁸.

Aus Praxissicht ist in diesem Kontext zu berücksichtigen, dass eine Fortgeltung des bisherigen Rechtszustandes die Bereitschaft von Aufsichtsbehörden aus anderen Staaten mit der BaFin und der Deutschen Bundesbank Informationen über beaufsichtigte Institute auszutauschen, empfindlich beeinträchtigen könnte. Wichtige Ansätze zu der insbesondere derzeit erforderlichen engen Abstimmung der Aufsichtsbehörden könnten kontaktkariert werden. Zum anderen könnte dies den konzerninternen Informationsaustausch gefährden, wenn ausländische Institute mit Töchtern in Deutschland befürchten müssen, dass Informationen, die am Sitz der Mutter geschützt sind, am Sitz der Tochter in Deutschland einem geringeren Vertraulichkeitsschutz unterliegen.

⁶ Das Gesetz gilt nicht für die Schweizerische Nationalbank sowie die Eidgenössische Bankenkommission, vgl. Art. 2 Ziffer 2 des schweizerischen Öffentlichkeitsgesetz.

⁷ FOIA Act 5 U.S.Code Sec. 552 (b) (8) lautet: "This section does not apply to matters that are contained in or related to examination, operating, or condition reports prepared by, on behalf of, or for the use of an agency responsible for the regulation or supervision of financial institutions".

⁸ Siehe hierzu Möllers/Wenninger, ZHR 170 (2006), 455, 465.

6. Keine Defizite bei der Kontrolle der Tätigkeit der BaFin

Nicht übersehen werden sollte, dass es sich bei dem Informationszugang letztlich um eine besondere Verwaltungskontrolle handelt, die staatliche Kontrollmechanismen ergänzen soll⁹. Durch die vom Bundesrat vorgeschlagene Bereichsausnahme würde diese bewährten Kontrollmechanismen nicht beeinträchtigt werden. Zum einem untersteht die BaFin der Rechts- und Fachaufsicht des Bundesministeriums der Finanzen (§ 2 FinDAG). Zum anderen wird die Arbeit der Aufsicht durch einen unter anderem mit Mitgliedern des Deutschen Bundestages besetzten Verwaltungsrat überwacht (§ 7 FinDAG). Die Arbeit der SoFFin wird durch das eingerichtete parlamentarische Gremium zum Finanzmarktstabilisierungsfonds kontrolliert (§ 10a FMStFG). Hinzu tritt, dass insbesondere die Aufsichtstätigkeit der BaFin – wie zahlreiche Anfragen der Bundestagsfraktionen dokumentieren – einer ständigen kritischen Kontrolle durch das Parlament unterzogen wird¹⁰. Es kann also nicht davon die Rede sein, dass eine demokratisch legitimierte Kontrolle der BaFin in der Praxis nicht stattfinden würde.

7. Fazit

Im Ergebnis muss zur Gewährleistung der effizienten Wahrnehmung der Aufsichts- und Kontrollaufgaben der Aufsichtsbehörden im Bereich der Finanzwirtschaft und zu Wahrung des Bankgeheimnisses sichergestellt werden, dass die von einem beaufsichtigten Institut übermittelten Informationen auch von der Aufsicht vertraulich behandelt werden können. Hierfür ist der Vorschlag des Bundesrates das geeignete Mittel.

⁹ Vgl. Schoch, a.a.O., Einl. RdNr. 37 m.w.N.

¹⁰ So zuletzt etwa die Kleine Anfrage der Fraktion BÜNDNIS 90/DIE GRÜNEN vom 22. Januar 2009 „Entstehung eines Subprime-Marktes in Deutschland – Hypothekendarlehenvergabe an Verbraucherinnen und Verbraucher ohne Eigenkapital (BT-Drucks. 16/11713) oder die Kleine Anfrage der Fraktion der FDP vom 17. Dezember 2008 „Verhalten der Bundesanstalt für Finanzdienstleistungsaufsicht gegenüber in Finanzinstrumente investierenden geschlossenen Fonds“ (BT-Drucks. 16/11467).