

Professor Dr. Rupert Scholz

Friedrichstraße 71
10117 Berlin
T +49 30 800979-171
F +49 30 800979-979
rupert.scholz@gleisslutz.com
www.gleisslutz.com

Referenz/reference

Datum/date
9. Februar 2009

Schriftliche Sachverständigen Stellungnahme zum Entwurf eines Gesetzes zur Umsetzung der aufsichtsrechtlichen Vorschriften der Zahlungsdiensterichtlinie (Zahlungsdiensteumsetzungsgesetz-ZAG) – BT-Drucks. 16/11613 –, vorgelegt zur Sachverständigenanhörung des Finanzausschusses am 11.02.2009 von

Prof. Dr. Rupert Scholz

I.

Allgemeine Würdigung

1. Der vorgelegte Gesetzesentwurf setzt systemgerecht die Vorgaben des Europäischen Gemeinschaftsrechts (Richtlinie 2007/64/EG) um.
2. Die Absicht der Bundesregierung, den aufsichtsrechtlichen Teil der Vorgaben der Zahlungsdiensterichtlinie in einem gesonderten Aufsichtsgesetz zusammenzufassen und neben dieses aufsichtsrechtliche Spezialgesetz ein gesondertes zivilrechtliches „Gesetz zur Umsetzung der Verbraucherkreditrichtlinie, des zivilrechtlichen Teils der Zahlungsdiensterichtlinie sowie zur Neuordnung der Vorschriften über das Widerrufs- und Rückgaberecht“ zu stellen, erscheint ebenfalls systemgerecht und, angesichts der Komplexität des gesamten Regelungsvorhabens, in jeder Hinsicht sachgerecht.

Angesichts der genannten Komplexität erscheint es ebenfalls sachgerecht, die jetzt umzusetzenden neuen Regelungen nicht in das KWG zu integrieren, erscheint das KWG doch heute schon weitgehend überlastet und damit in vielfältiger Hinsicht intransparent. Damit ist auf der anderen Seite aber nicht ausgeschlossen, dass es in der

Rechtsanwendung von KWG einerseits und ZAG andererseits doch bzw. entgegen den Annahmen des Gesetzgebers zu Überschneidungen kommen kann. Ob dies allerdings tatsächlich der Fall ist, wird erst die Praxis erweisen können. Aus diesem Grunde sollte in Verbindung mit der Verabschiedung des ZAG und der mit ihm verbundenen Änderungen im Bereich des KWG ein Prüfauftrag an die Bundesregierung formuliert werden, der diese verpflichtet, nach einem Zeitablauf von etwa zwei bis drei Jahren darüber dem Deutschen Bundestag zu berichten, ob es zu Überschneidungen oder Konflikten zwischen ZAG einerseits und KWG andererseits in der Praxis gekommen ist und welche Konsequenzen hieraus zu ziehen sind.

II.

Ausgewählte Einzelfragen

1. Die in § 1 ZAG vorgenommenen tatbestandlichen Festlegungen zu den „Zahlungsdienstleistern“ und den „Zahlungsdiensten“ erscheinen prinzipiell sachgerecht. Lediglich hinsichtlich der Regelungen in § 10 Abs. 10 Nr. 13 und in § 7 Abs. 4 Nr. 2 ZAG und ebenso im Bereich der Bestimmung des § 10 Abs. 10 Nr. 7 ZAG sollte den Einwänden des Bundesrats gefolgt werden. Die in § 10 Abs. 10 Nr. 13 ZAG vorausgesetzte Existenz „eines institutsbezogenen Sicherungssystems nach § 10c Abs. 2 des Kreditwesengesetzes“ erscheint zu komplex und auch tatbestandlich nicht hinlänglich passend. Der Vorschlag des Bundesrats, auf diese Wörter zu verzichten, ist nach hieriger Auffassung sachgerecht. Des weiteren lassen sich Überschneidungen zwischen den Regelungen des § 1 Abs. 10 Nr. 13 ZAG einerseits und des § 1 Abs. 10 Nr. 7 ZAG andererseits nicht ausschließen. Es wird demgemäß empfohlen, beide Tatbestände – unter Verzicht auf das Kriterium „eines institutsbezogenen Sicherungssystems“ – in einem gemeinsamen Tatbestand zusammenzufassen, der sich generaltatbestandlich mit „internen Zahlungsvorgängen“ befasst.
2. Die Regelung des § 2 Abs. 3 Nr. 2 ZAG, derzufolge Kreditverträge nicht über eine Laufzeit von mehr als 12 Monaten vereinbart werden dürfen, erscheint zu eng bzw. unverhältnismäßig. Hier sollte ein gewisses Maß an Flexibilität eingeräumt werden, beispielsweise in der Gestalt, dass in den Tatbestand des § 2 Abs. 3 Nr. 2 ZAG die einschränkende Formel „in der Regel“ aufgenommen wird, um in besonderen Ausnahmefällen auch andere Regelungen in der Praxis zu ermöglichen.

3. Die Regelung des § 6 ZAG zur Verschwiegenheitspflicht ist nach hiesiger Auffassung nicht ausreichend. Dies hat sich inzwischen am Beispiel der Parallelbestimmung des § 9 KWG deutlich erwiesen. Ungeachtet der hiesigen Verschwiegenheitspflicht hat die Verwaltungsgerichtsrechtsprechung nach Maßgabe des Informationsfreiheitsgesetzes (IFG) populäre Auskunftsansprüche gegenüber der BAFin zugelassen, womit nicht nur die Verschwiegenheitspflicht gemäß § 9 KWG unterlaufen wurde, sondern womit auch das Bankengeheimnis und das Betriebs- und Geschäftsgeheimnis von betroffenen Kreditinstituten verletzt worden ist (vgl. insbesondere VG Frankfurt Entscheidungen vom 21.03.2008 – Az. 7 E 3280/06(1) – und vom 12.03.2008 – Az. 7 E 5426/06(2) –). Im Einzelnen verweise ich hierzu auf meinen Aufsatz „Informationsfreiheitsgesetz (IFG) als verfassungswidriger Systembruch zu staatlichen Finanz- und Wirtschaftsaufsichten?“ (BKR 2008, 485 ff.). Diese Kritik hat der Bundesrat in seiner Stellungnahme zum ZAG in Gestalt des Vorschlags zu einem neuen Art. 8a/Änderung des Informationsfreiheitsgesetzes aufgenommen. Diesem Änderungsvorschlag des Bundesrates sollte Folge geleistet werden. Andernfalls drohen auch im Bereich des ZAG künftig verfassungsrechtliche Probleme, wie sie inzwischen im Bereich des KWG akut geworden sind (siehe auch die bessere Regelung des Art. 22 EG-Richtlinie, die von vorneherein und allgemein auf den Schutz von „Berufsgeheimnissen“ abstellt).
4. Zur Rechtsverordnungsermächtigung des § 12 Abs. 6 Satz 1 und 2 ZAG hat der Bundesrat gemäß Art. 80 Abs. 2 GG ein Zustimmungsrecht für sich reklamiert. Die Bundesregierung hat dem widersprochen.

Der Auffassung des Bundesrates ist mit der Bundesregierung zu widersprechen. Das vom Bundesrat geltend gemachte Kriterium, dass den Kreditinstituten bei der Solvabilitätskontrolle keine Wettbewerbsnachteile gegenüber den Zahlungsinstituten entstehen dürfen, begründet kein Zustimmungserfordernis gemäß Art. 80 Abs. 2 GG. Des Weiteren ist die Berufung des Bundesrats auf die Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts (vgl. BVerwGE 28, 66, 77) nicht schlüssig, weil es im dortigen Fall vor vorneherein um einen zustimmungspflichtigen Tatbestand ging.

5. Gemäß § 23 ZAG sollen Widerspruch und Anfechtungsklagen gegen Maßnahmen der Bundesanstalt in der Regeln keine aufschiebende Wirkung haben. Obwohl diese Regelung der des § 49 KWG entspricht, sollte aus Gründen der Verhältnismäßigkeit hier differenzierter geregelt werden.

Gerade die Praxis zu § 49 KWG beweist, dass sofort vollziehbare Entscheidungen der Bundesanstalt zu erheblichen Unzuträglichkeiten führen können, insbesondere dann, wenn sich im Laufe anschließender Anfechtungsklagen erweist, dass die Rechtsauffassung der BAFin nicht zutreffend war. Ein besonders deutliches Beispiel hierfür bildet die Entscheidung des BVerwG vom 27.02.2008 (Az. 6 C 11/07 – 6 C 12/07, abgedruckt in ZIP 2008, 911 ff.). Wenn wie im dortigen Fall einem Finanzinstitut bestimmte Tätigkeiten zu Unrecht untersagt werden, so hat dies in aller Regel erhebliche, wirtschaftlich und finanziell schädigende Auswirkungen (auch) auf Dritte. Solchen Auswirkungen sollte nicht nur im KWG, sondern jetzt auch im ZAG durch eine differenziertere und verhältnismäßigere Regelung zur sofortigen Vollziehbarkeit begegnet werden. Als Vorbild kann auf die Bestimmung des § 80 Abs. 1 Nr. 4 VwGO verwiesen werden, derzufolge die sofortige Vollziehung ein entsprechendes „öffentliches Interesse“ oder ein „überwiegendes Interesse eines Beteiligten“ erfordert. An ein solches Interessenkriterium sollte auch die sofortige Vollziehbarkeitsregelung des § 23 ZAG (und entsprechend die des § 49 KWG) gebunden werden.

- Prof. Dr. Rupert Scholz -