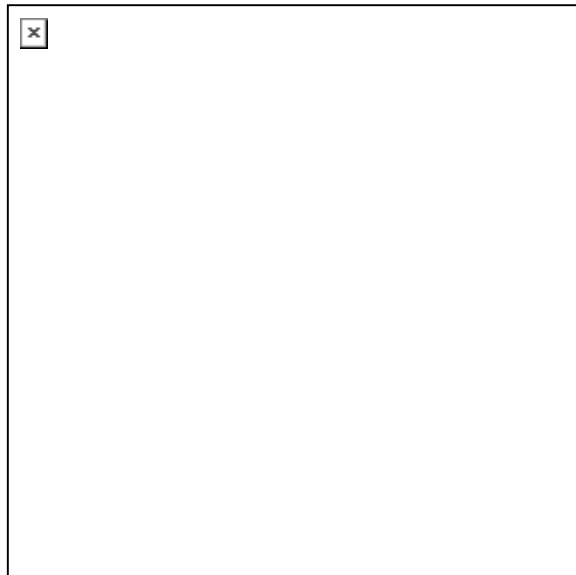


ULD • Postfach 71 16 • 24171 Kiel



Vorsitzenden
des Finanzausschusses
des Schleswig-Holsteinischen
Landtages
Herrn Günter Neugebauer, MdL
Landeshaus
24105 Kiel

Holstenstraße 98
24103 Kiel
Tel.: 0431 988-1200
Fax: 0431 988-1223
Ansprechpartner/in:
Dr. Thilo Weichert
Durchwahl: 988-1200
Aktenzeichen:
LD-11.09/02.271

Kiel, 09.06.1005

Automatisierter Kontenabruf der Finanzbehörden

Sehr geehrter Herr Neugebauer,

wie anlässlich der Behandlung des 27. Tätigkeitsberichts des ULD SH am heutigen Tage im Finanzausschuss besprochen, übersende ich Ihnen als Anlage unsere Stellungnahme in dem Verfassungsbeschwerdeverfahren gegen die durch Art. 2 des Gesetzes zur Förderung der Steuerehrlichkeit vom 23. Dezember 2003 (BGBl I S. 2928, 2831), insbesondere zu den in die Abgabenordnung eingefügten Vorschriften des § 93 Abs. 7 und 8 und des § 93 b (1 BvR 2357/04), mit der Bitte um Kenntnisnahme.

Mit freundlichen Grüßen

gez. Dr. Thilo Weichert

Anlage

Stellungnahme des ULD SH

**Schleswig-Holsteinischer Landtag
Umdruck 16/68**

ULD • Postfach 71 16 • 24171 Kiel

Bundesverfassungsgericht
Erster Senat
Schloßbezirk 3
76131 Karlsruhe



Holstenstraße 98
24103 Kiel
Tel.: 0431 988-1200
Fax: 0431 988-1223
Ansprechpartner/in:
Frau Hertel
Durchwahl: 988-1200
Aktenzeichen:
LD-51.06/03.062

Kiel, 20. Mai 2005

Stellungnahme in dem Verfassungsbeschwerdeverfahren

gegen

die durch Art. 2 des Gesetzes zur Förderung der Steuerehrlichkeit vom 23. Dezember 2003 (BGBl I S. 2928, 2831) in die Abgabenordnung in der Fassung der Bekanntmachung vom 1. Oktober 2002 (BGBl I S. 3866, 2003 I S. 61), zuletzt geändert durch Art. 57 des Gesetzes vom 23. Dezember 2003 (BGB. I S. 2848), eingefügten Vorschriften des § 93 Abs. 7 und 8 und des § 93 b

- 1 BvR 2357/04 -

§ 93 b AO verpflichtet die Kreditinstitute, die im Rahmen des § 24c KWG zu führenden Daten auch für den automatisierten Kontenabruf nach §§ 93 Abs. 7 und Abs. 8 bereitzuhalten. § 93 Abs. 7 AO erlaubt den Finanzbehörden über das Bundesamt für Finanzen den Abruf einzelner Daten aus den nach § 93 b Abs. 1 AO zu führenden Dateien, wenn dies zur Festsetzung oder Erhebung von Steuern erforderlich ist und ein Auskunftersuchen an den Steuerpflichtigen nicht zum Ziele geführt hat oder keinen Erfolg verspricht. Darüber hinaus erhalten nach § 93 Abs. 8 AO auch andere Behörden, Behörden der Sozialleistungsverwaltung und Gerichte die Möglichkeit der Kontenabfrage über die Finanzbehörden: Sie können ein entsprechendes Ersuchen an die Finanzbehörden richten, sofern ein anderes Gesetz an Begriffe des Einkommensteuergesetzes anknüpft und in dem Ersuchen versichert wird, dass eigene Ermittlungen nicht zum Ziele geführt haben oder keinen Erfolg versprechen.

Beide Regelungskomplexe verletzen die Persönlichkeitsrechte der Steuerpflichtigen bzw. der von der Sozialverwaltung Betroffenen in mehrfacher Hinsicht. Schon die Erweiterung der Abfragemöglichkeiten auf Finanzbehörden zum Zwecke der Durchführung des Besteuerungsverfahrens bzw. zur Festsetzung von Sozialleistungen greift in verfassungswidriger Weise in das Recht auf informationelle Selbstbestimmung ein (1). Daneben missachtet das **Verfahren** des Abrufs in seiner jetzigen Ausgestaltung das Recht auf informationelle Selbstbestimmung. Dies gilt auch unter Berücksichtigung des Erlasses des Finanzministeriums vom 10. März 2005, der das nähere Verfahren beim Kontenabruf durch die o.g. Behörden regeln soll (2). Zusätzlich sind auch die Rechte des Kreditinstituts verletzt, das von der konkreten Abfrage keine Kenntnis erhält (3).

(1) Erweiterung der Abfragemöglichkeiten auf Finanzbehörden und Behörden der Sozialleistungsverwaltung und Gerichte

Das Recht auf informationelle Selbstbestimmung gewährleistet dem Einzelnen, grundsätzlich selbst über die Preisgabe und die Verwendung seiner persönlichen Daten zu bestimmen. Es gilt jedoch nicht absolut, vielmehr muss der Einzelne Einschränkungen im überwiegenden Allgemeininteresse hinnehmen. Einschränkungen sind nur unter Beachtung des Grundsatzes der Verhältnismäßigkeit durch ein formelles Gesetz möglich. Dieser Grundsatz wird nicht beachtet. Die Bereitstellung der Kontenstammdaten für Finanzbehörden nach § 93 Abs. 7 AO und für Behörden der Sozialleistungsverwaltung und Gerichte nach § 93 Abs. 8 AO ist weder erforderlich noch verhältnismäßig.

1. § 93 Abs. 7 AO – Abrufe der Finanzbehörden

Die Erhebung der Daten soll der Festsetzung der Steuern und damit der Herstellung steuerlicher Belastungsgleichheit dienen – mithin der Steuergerechtigkeit durch Effektivierung bestehender Ermittlungsmöglichkeiten. Dieses Ziel kann ein den Eingriff rechtfertigendes überwiegendes Gemeinwohlinteresse darstellen. Der Eingriff muss aber im Verhältnis zu dem verfolgten Ziel in einem angemessenen Verhältnis stehen. Davon kann nicht ausgegangen werden, wenn eine dateimäßige Erfassung und Nutzung **aller** Kontodaten natürlicher und juristischer Personen in der Bundesrepublik der Ermittlung **einzelner** Steuersünder gegenübergestellt wird.

Es ist nicht dargelegt worden, dass neben den bereits vorhandenen Instrumentarien die Erforderlichkeit besteht, eine Kontenabfrage zuzulassen, die sich auf **sämtliche** Kontendaten aller Bürgerinnen und Bürger bezieht. Bei der Bereithaltung der Daten wird eine Vielzahl an Daten vorgehalten, die keine Relevanz für die Steuererhebung haben. Eine Vielzahl an Konten sind zum Zwecke der Besteuerung nicht anzugeben, weil sie entweder keinen Vermögenswert oder für die Besteuerung keine Relevanz haben. Dies führt dazu, dass eine Kontoabfrage in einer Vielzahl der Fälle nicht zum Erfolg führen **kann**, da die alleinige Tatsache, dass der Steuerpflichtige ein weiteres (nicht angegebenes) Konto unterhält, nicht den Schluss zulässt, dass steuerrelevante Vorgänge vorenthalten wurden. So könnte ein Steuerpflichtiger, der ein Sparbuch mit einem Guthaben von 1,- Euro mangels Steuerrelevanz nicht angeben hat, gleichwohl Gegenstand einer Kontenabfrage werden. Der Steuerpflichtige hat in diesem Fall zutreffende Angaben gemacht, würde aber gleichwohl Gegenstand einer steuerrechtlichen Ermittlung, weil von der Zahl der zu seiner Person gemeldeten Konten auf seine fehlende Steuerehrlichkeit geschlossen würde. Das krasse Missverhältnis zwischen in den Abgleich einbezogenen und den tatsächlich relevanten Daten weist darauf hin, dass die Erhebung **sämtlicher** Kontendaten nicht erforderlich ist.

Die Erweiterung der Zugriffsmöglichkeiten auf Finanzbehörden ist in ihrer Eingriffsintensität nicht mit den gewöhnlichen Ermittlungsbefugnissen vergleichbar, die den Finanzbehörden im Ermittlungsverfahren bisher zur Verfügung stehen. Es werden Daten aus dem besonders sensiblen Bereich der Vertrauensbeziehung zwischen Bank und Anlegern erfasst. Bei der Bewertung der Eingriffsintensität ist zu beachten, dass es sich um eine elektronisch zentrale Datenverarbeitung handelt, die als solche ein spezifisches Verletzlichkeitsrisiko auslöst. Eine flächendeckende automatisierte Abfragemöglichkeit zum Zwecke der Steuergleichheit einzuführen halte ich unter diesen Umständen nicht für verhältnismäßig. Auch durch die Ausführungen in dem Erlass des Bundesfinanzministeriums vom 10. März 2005 zu den Voraussetzungen des Abrufs der Kontostammdaten wird keine den Anforderungen des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes entsprechende Eingrenzung erreicht.

2. § 93 Abs. 8 AO – Abrufe der Finanzbehörden für Dritte

Andere Behörden und Gerichte können ein Kontenabfrageersuchen an die Finanzbehörden richten, sofern ein anderes Gesetz an Begriffe des Einkommensteuergesetzes anknüpft und in dem Ersuchen versichert wird, dass eigene Ermittlungen nicht zum Ziele geführt haben oder keinen Erfolg versprechen. Bestimmte Behörden und Gerichte erhalten daher **über das Finanzamt** Zugriff auf die Kontenstammdaten der Bürger. Die Weiterleitung der Daten von den Finanzbehörden an die o. g. Behörden stellt eine **unverhältnismäßige Zweckänderung dar**. Durch den Abruf der Kontenstammdaten für andere als steuerliche Zwecke wird das Steuergeheimnis verletzt. Das Finanzamt erhält bei einer Abfrage auf Ersuchen der o. g. Behörden und Gerichte personenbezogene Daten, die in Erfüllung der steuerlichen Pflichten der Steuerpflichtigen von den Kreditinstituten vorgehalten werden. Werden diese Daten zum Zwecke der Festsetzung von Sozialleistungen verwendet, werden diese Daten zweckentfremdet. Die Nutzung der dem Steuergeheimnis unterliegenden Daten durch andere Behörden kann nicht im Interesse der Finanzverwaltung liegen. Das Steuergeheimnis soll den Steuerpflichtigen davor schützen, dass Verhältnisse, die in Erfüllung steuerlicher Auskunftspflichten der Finanzverwaltung offenbart werden, außerhalb des Besteuerungsverfahrens bekannt werden oder zu anderen als steuerlichen Zwecken verwendet werden. Das Steuergeheimnis dient dabei auch der Sicherung des Steueraufkommens, indem es die Bereitschaft der Steuerpflichtigen zur wahrheitsgemäßen Auskunft fördert. Muss der Bürger aber eine Durchbrechung des Steuergeheimnisses für sonstige Verwendungszwecke befürchten, so wird die Steuerehrlichkeit Schaden nehmen, z.B. indem die Steuerpflichtigen ihre Konten ins Ausland transferieren.

Hinzu kommt, dass bei Abfragen auf Ersuchen anderer Behörden die Finanzbehörden Kenntnis von Daten erhalten, die nicht für ihre eigene Aufgabenerfüllung erforderlich sind. Die Finanzbehörden erhalten über die Abfrage der Sozialleistungsverwaltung und der Gerichte Daten zur Kenntnis, die zur Festsetzung von Steuern keine Relevanz haben. Diese Daten unterliegen zudem in vielen Fällen einer speziellen Zweckbindung, z.B. dem Sozialgeheimnis nach § 35 SGB I. Schon der Umstand, dass z.B. Sozialhilfe beantragt wurde, ist ein schützenswertes Datum, das nicht ohne Not anderen Stellen bekannt werden darf. Die nicht erforderliche Kenntnisgabe an die Finanzbehörden kann dazu führen, dass Hilfsbedürftige davon Abstand nehmen, Hilfe überhaupt in Anspruch zu nehmen. Die Zwischenschaltung der Finanzbehörden insbesondere bei Sozialleistungsverfahren ist für die Datenbeschaffung der Sozialbehörden nicht erforderlich.

Die Regelungen der §§ 93 Abs. 7 und 8 AO sind schon aus diesen Gründen verfassungswidrig.

(2) Eingriff in das Recht auf informationelle Selbstbestimmung durch die jetzige Ausgestaltung des Kontenabrufs

Geht man abweichend von den vorstehenden Ausführungen davon aus, dass die Bereitstellung der Daten an sich noch kein verfassungswidriger Eingriff in das Recht auf informationelle Selbstbestimmung darstellt, so sind an das Verfahren der Kontenabfrage strenge Voraussetzungen an den Schutz der Betroffenen zu stellen. Ist ein Eingriff in das Persönlichkeitsrecht notwendig, so ist dieser nur verfassungskonform, wenn ein bereichsspezifisches Gesetz die Transparenz der Datenverarbeitung durch normenklare Bestimmungen regelt, sich auf das notwendige Maß beschränkt und die notwendigen Verfahrenssicherungen vornimmt. Je höher die Eingriffsintensität und je gewichtiger der Eingriff ist, desto präziser müssen die Voraussetzungen in einem formellen Gesetz selbst geregelt sein.

Die bestehenden Regelungen werden diesem Maßstab in mehrfacher Weise nicht gerecht – auch unter Berücksichtigung des Erlasses des Finanzministeriums.

1. Normenklarheit

Die verfassungsrechtlichen Anforderungen an die Normenklarheit werden vom Gesetz nicht beachtet. Der Grundsatz der Normenklarheit zwingt dazu, das Verarbeitungsziel offen zu legen. Er beschränkt damit zugleich die Verarbeitung auf die dieses Ziel rechtfertigenden Vorgänge. Die Voraussetzungen und der Umfang der Beschränkungen müssen der eingreifenden Rechtsnorm klar zu entnehmen und für den Betroffenen klar zu erkennen sein (BVerfGE 45, 400). Weder der § 93 Abs. 7 AO und erst recht nicht § 93 Abs. 8 AO beschränken den Eingriff auf das notwendige Maß und lassen in hinreichendem Maß für den Betroffenen den Zweck und die an den Eingriff geknüpften Voraussetzungen erkennen.

a) § 93 Abs. 7 AO – Abrufe der Finanzbehörden

Die Kontenabfrage soll, wie dargestellt, der Festsetzung der Steuer dienen und ist unter der Voraussetzung zulässig, dass „ein Auskunftersuchen an den Steuerpflichtigen nicht zum Ziel geführt hat oder keinen Erfolg verspricht“. Die Möglichkeit der Kontenabfrage auch für den Fall, dass ein Auskunftersuchen keinen Erfolg verspricht, eröffnet die Möglichkeit fast uferloser Routineabfragen. Denn es wird nicht klargestellt, wann das Finanzamt der Auffassung sein darf, die Befragung des Betroffenen verspreche keinen Erfolg. Das Merkmal der allgemeinen Erfolglosigkeit grenzt die Art und das Ausmaß der Eingriffe nicht angemessen ein. Solange Routineabfragen nicht effektiv durch geeignete Maßnahmen ausgeschlossen sind, ist die gesetzliche Regelung mangels einer näheren Eingrenzung nach Anlass, Art und Ausmaß als verfassungswidrig anzusehen.

Routineabfragen sind auch nach Erlass der Verwaltungsanweisung nicht ausgeschlossen. Nach den Anwendungshinweisen des Bundesfinanzministeriums darf der Abruf nur anlassbezogen und zielgerichtet erfolgen. Er muss im Einzelfall erforderlich sein und sich auf eine eindeutig bestimmte Person beziehen. Die Erforderlichkeit eines Kontenabrufs muss von der zuständigen Finanzbehörde im Einzelfall nach pflichtgemäßem Ermessen anhand einer Prognoseentscheidung beurteilt werden. Eine Prognoseentscheidung ist jedoch zur Begrenzung des Eingriffes auf das notwendige Maß nur dann geeignet, wenn die Tatsachen, die der Prognose zugrunde zu legen sind, festgelegt sind. Daran fehlt es. Diese vom Finanzministerium vorgenommene Präzisierung schließt auch nicht in hinreichendem Maße aus, dass der Sachbearbeiter bereits dann, wenn er lediglich am Erfolg einer direkten Erhebung beim Betroffenen zweifelt, einen Abruf durchführen lässt. Nach dem Grundsatz des Vorrangs der Datenerhebung bei dem Betroffenen ist zu gewährleisten, dass die Datenerhebung bei dem Betroffenen in jedem Fall versucht wird und nur in engen, klar definierten Ausnahmefällen von diesem Grundsatz abgesehen werden darf.

Das Gebot der Normenklarheit zwingt dazu, die Voraussetzungen des Grundrechtseingriffs festzulegen, und zwar in der Weise, dass der Eingriff auf das zur Erreichung des Ziels notwendige Maß reduziert

wird. Je höher die Eingriffsintensität und je gewichtiger der Eingriff ist, desto präziser müssen die Voraussetzungen in einem formellen Gesetz selbst geregelt sein.

Der Erlass des Finanzministeriums, der die Voraussetzungen des Eingriffs präzisieren soll, orientiert sich an den Voraussetzungen, die für eine **manuelle** Abfrage gelten, d.h. es finden die Voraussetzungen Anwendung, die bei Auskunftersuchen nach § 93 Abs. 1 AO anzuwenden sind. Die bisherigen Auskunftersuchen haben jedoch eine andere Qualität als ein Abruf nach § 93 Abs. 7 AO. Es handelt sich um eine elektronisch zentrale Datenverarbeitung, die als solche ein spezifisches Verletzlichkeitsrisiko auslöst. Die flächendeckende **automatisierte** Abfragemöglichkeit stellt eine ungleich schwerere Ermittlungsmethode dar. Hinzu kommt, dass durch die Abfragemöglichkeit auf die Stammdaten faktisch auch auf die weiteren Kontodaten zugegriffen werden wird. Hat die Kontenabfrage ergeben, dass weitere Konten vorhanden sind, bleibt dem Steuerpflichtigen aufgrund seiner steuerrechtlichen Mitwirkungspflichten nichts anderes übrig, als die zu dem Konto gehörenden Unterlagen zu offenbaren. Würde er untätig bleiben, so würde die zuständige Finanzbehörde mit höchster Wahrscheinlichkeit ein steuerrechtliches Ermittlungsverfahren gegen ihn einleiten, in dessen Verlauf nach den Vorschriften der StPO ermittelt werden könnte. Die Kontenabfrage ist daher als erster Schritt zu einer Ermittlung wegen Steuerhinterziehung anzusehen. An die Zulässigkeit der Abfrage der Stammdaten sind daher auch entsprechende Anforderungen zu stellen. Es müssen tatsächliche Anhaltspunkte vorliegen, dass eine Steuerhinterziehung vorliegt. Die Ermittlungen werden vorliegend jedoch nicht von einem konkreten Verdacht abhängig gemacht. § 93 Abs. 7 AO kennt keine Verdacht- und Eingriffsschwellen, die eine Abwägung im Einzelfall zwischen dem allgemeinen Persönlichkeitsrecht und dem Ziel der gleichmäßigen Besteuerung erkennen lassen, sondern lässt den verdachtslosen Zugriff auf die Kontendaten zu.

b) § 93 Abs. 8 AO – Abrufe der Finanzbehörden für Dritte

§ 93 Abs. 8 AO sieht vor, dass die ersuchende Behörde der ersuchten Behörde zu versichern hat, dass ihre eigenen Ermittlungen nicht zum Ziel geführt haben. Hier stellt sich im gleichen Maße die Frage, ob ausreichende Vorkehrungen gegen Routineabfragen getroffen worden sind. Zwar kann die ersuchte Behörde aufgrund des ihr eingeräumten Ermessens das Ersuchen zurückweisen, wenn sie der Auffassung ist, die Anfrage sei rechtswidrig. Jedoch ist es zweifelhaft, ob die Finanzbehörden in der Praxis tatsächlich diesen Aufwand der Überprüfung betreiben werden, so dass der vom Gesetzgeber getroffenen Vorkehrung keine grundrechtssichernde Funktion zu kommt.

§ 93 Abs. 8 AO verletzt das Gebot der Normenklarheit bereits deshalb, weil die Vorschrift weder eine klare Aussage darüber trifft, welche Gerichte und Behörden berechtigt sind, die Finanzämter um eine Auskunft zu ersuchen, noch ersichtlich ist, zu welchem Zweck diese unterschiedlichen Behörden und Gerichte die Daten nutzen dürfen. Nicht ausreichend bestimmt und normenklar ist die Anknüpfung in § 93 Abs. 8 AO an „Begriffe des Einkommensteuergesetzes“. Diese blankettmäßige Verweisung regelt nicht, welche Behörde zu welchem Zweck unter welchen bestimmten Voraussetzungen auf die Kontendaten zugreifen darf. Mit einer Regelungstechnik, die auf die Verweisung konkreter Normen verzichtet und sich lediglich auf die semantische Verweisung von Begriffen beschränkt, verletzt der Gesetzgeber die verfassungsrechtliche Vorgabe einer normenklaren und bestimmten Ermächtigungsgrundlage.

Zum einen ist für den Normanwender ebenso wie für den Betroffenen nicht erkennbar und aus sich heraus zu erschließen, welche Begriffe des Einkommensteuergesetzes gemeint sind, noch in welchen anderen Gesetzen diese sich finden. Bereits die Vielfalt der in dem Anwendungserlass in Bezug genommenen Normen lässt erkennen, dass der Gesetzgeber mit dieser Regelungstechnik die Auslegung des Gesetzes zu einer Geheimwissenschaft macht. Wenn schon der Gesetzgeber nicht zu einer begrenzenden und aus sich heraus verständlichen Regelung finden konnte, so müssen die Normanwender und Betroffenen über die Tatbestandsvoraussetzungen im Unklaren bleiben und die Normanwendung wird beliebig.

Bleibt der Normanwender im Unklaren über die Anwendungsvoraussetzungen einer Norm, besteht die Gefahr, dass sich der Handelnde keine Rechenschaft über die vorzunehmende Subsumierung des Sachverhaltes unter den Anwendungsbereich der Norm gibt. Dieser Mangel an Normklarheit erhöht daher die Fehleranfälligkeit der zu treffenden Entscheidungen. Dieser Mangel wird nicht durch den Erlass des Finanzministeriums vom 10. März 2005 geheilt. Schon aufgrund der Schwere des Eingriffs verbietet sich eine Regelung durch Verwaltungsanweisung (Wesentlichkeitstheorie). Ein ministerieller Erlass kann nicht die Verfassungskonformität eines Gesetzes herstellen. Die Festlegung und Ausgestaltung des Eingriffs in ein Grundrecht muss der Gesetzgeber in allen wesentlichen Fragen selbst treffen. Im Übrigen vermag der Erlass eines Finanzministeriums keine Bindungswirkung für die unabhängigen Gerichte sowie für Behörden der Sozialleistungsverwaltung, die außerhalb seiner Zuständigkeit liegen, entfalten.

Auch wenn die Inhalte der Verwaltungsanweisung in das Gesetz aufgenommen würden, wäre nicht in hinreichender Weise im Rahmen der Leistungsverwaltung der Zweck der Datenverarbeitung konkretisiert. So bleibt schon offen, welche Gerichte anfrageberechtigt sind. Dies können Gerichte sein, die im Rahmen von Scheidungsverfahren im Hinblick auf den Kindesunterhalt Interesse an den Konten eines Verfahrensbeteiligten haben oder z.B. in Ordnungswidrigkeitsverfahren zur Festlegung der Höhe der Geldstrafe. Der Erlass beseitigt keineswegs die bestehenden Unklarheiten; er legt weder die Berechtigten noch den Zweck des Abrufs abschließend fest.

Daneben bleibt festzuhalten, dass der Kontenabruf gemäß § 93 Abs. 8 AO die Leistungsverwaltung betrifft und daher gesetzssystematisch nicht in die Abgabenordnung gehört. Werden die Voraussetzungen des Eingriffs seitens der Leistungsverwaltung lediglich in der Abgabenordnung normiert, so kann dies nicht als bereichsspezifische Eingriffsregelung angesehen werden.

Zur Beschränkung der Datenverarbeitung auf das notwendige Maß ist die Zweckbindung der über die Kontenabfrage erlangten Daten sicherzustellen. Erweisen sich diese Daten für den Abrufungszweck nicht mehr als erforderlich oder waren sie dies von Beginn an nicht, so sind sie umgehend zu löschen (BVerfGE 100, 313, 385, 400). Eine derartige Löschungspflicht fehlt in der gesetzlichen Regelung. Sie ist als verfahrensrechtliche Vorkehrung in das Gesetz aufzunehmen.

2. Transparenzgebot

Der Bürger muss darüber Kenntnis erhalten, wer was bei welcher Gelegenheit über ihn erfährt.

a) § 93 Abs. 7 AO – Abrufe der Finanzbehörden

Eine Benachrichtigung ist im Gesetz nicht ausdrücklich geregelt. Aufgrund der Schwere des Eingriffs ist eine auf Gesetzesebene geregelte Benachrichtigung geboten. Der Erlass des Finanzministeriums bestimmt, dass eine Benachrichtigung des **Steuerpflichtigen** mit dem Steuerbescheid erfolgt, soweit eine ergebnislose Abfrage durchgeführt worden ist. Hat die Abfrage hingegen ein Konto oder Depot ergeben, das der Beteiligte nicht angegeben hatte bzw. wegen fehlender Steuerrelevanz nicht anzugeben brauchte, so ist er erst über das Ergebnis des Kontenabrufs zu informieren. Eine generelle Benachrichtigungspflicht **vor** jeder Abfrage ist nicht vorgesehen. Vielmehr ist die Ausnahme von einer Benachrichtigungspflicht vorgesehen für den Fall, dass der Ermittlungszweck gefährdet würde. Die Information im **Vorwege** der Abfrage halte ich für zwingend geboten. Eine geheime Abfrage kann nur in gesetzlich definierten engen Ausnahmefällen zulässig sein, wenn anderenfalls der Zweck der Maßnahme nicht mehr zu erreichen ist. Solche Fallkonstellationen müssen vom Gesetzgeber nachvollziehbar benannt

werden. Es ist zu gewährleisten, dass die Benachrichtigung im Vorwege der Regelfall bleibt und die geheime Abfrage die Ausnahme.

Sichergestellt werden muss, dass der Betroffene bereits bei der Eröffnung eines Kontos über die Einstellung seiner Daten in die o.g. Datei und die mögliche Verwendung dieser Daten unterrichtet wird. Heimliche Eingriffe bedürfen besonderer Vorkehrungen zum Schutz der informationellen Selbstbestimmung, weil der Betroffene nicht selbst effektiven Rechtsschutz ersuchen kann.

b) § 93 Abs. 8 AO – Abrufe der Finanzbehörden für Dritte

Bei der Abfrage nach § 93 Abs. 8 AO hat es der Gesetzgeber unterlassen, in das Gesetz die Benachrichtigung des Betroffenen aufzunehmen. Der Anwendungserlass der Finanzbehörde ist aus den bereits genannten Gründen nicht geeignet, diesen Mangel zu beseitigen. Zudem geht dieser von der Annahme aus, dass der Betroffene spätestens dann, wenn die Kontenabfrage zu rechtlichen Folgen führt, bei der Erhebung von Sozialversicherungsbeiträgen oder der Festsetzung oder Korrektur von Sozialleistungen, Kenntnis von der Maßnahme erlangt. Dieser Zeitpunkt ist jedoch zu spät, denn die Benachrichtigung muss bereits den durch den Kontenabruf erfolgten heimlichen Grundrechtseingriff kompensieren und nicht erst die sich daraus ergebende mögliche Rechtsfolge. Eine unmittelbar nach der Maßnahme erfolgende Benachrichtigung darf zur Gewährung effektiven Rechtsschutzes nicht auf die Ebene ihrer späteren Auswirkungen zeitlich verlagert werden.

3. Verfahrenssicherung

In der Verwaltung darf es keine revisionsfreie Räume geben. Der Bürger hat einen Anspruch auf Überprüfbarkeit von staatlichen Eingriffen. Es muss eine tatsächlich wirksame Kontrolle durch Gerichte gewährleistet sein, die nicht nur eine Benachrichtigung des Betroffenen, sondern eine vollständige Dokumentation der Datenverwendung voraussetzt. Ein effektiver Rechtsschutz ist nur dann gewährleistet, wenn die Voraussetzungen des vorgenommenen Eingriffs dokumentiert und damit nachvollziehbar werden. Von besonderer Bedeutung ist eine qualifizierte Begründung des Ersuchens. Bei einem automatisierten Verfahren kommt es bei der Dokumentierung entscheidend auf die Protokollierung sowie die zumindest stichprobenhafte Überprüfung der Protokolle an. Die in § 93 b AO i.V.m. § 24 c Abs. 4 KWG geregelte Protokollierung der Zugriffe ist nicht ausreichend, da diese Daten nicht für die Überprüfung der Rechtmäßigkeitsvoraussetzungen des Eingriffs eine ausreichende Aussagekraft haben. Um einen effektiven Rechtsschutz gewährleisten zu können, ist auch der Zweck der Datenabfrage zu dokumentieren und zu protokollieren.

Zur effektiven Verfahrenssicherung gehört, dass innerhalb einer in das Kontenabrufverfahren einbezogenen Behörde eine effektive Datenschutzkontrolle durch die Behörde selbst bzw. durch den behördlichen Datenschutzbeauftragten implementiert ist. Dies setzt voraus, dass diese Kontrollinstanzen Zugang zu den vorhandenen Dokumentationen bzw. Protokollierungen erhalten und diese entsprechend auswerten können. Erforderlich ist, dass die kontrollierende Stelle in die Lage versetzt wird zu erkennen, in welchen Bereichen Abfragen stattgefunden haben, um zielgerichtete Kontrollen durchführen zu können. Hierzu enthält der Erlass des Bundesfinanzministeriums vom 10. März 2005 keinerlei Hinweise, so dass ich bezweifle, dass derartige Kontrollen überhaupt stattfinden bzw. sinnvoll durchgeführt werden können.

(3) Die Beeinträchtigung der Kreditinstitute

Die Kreditinstitute erhalten keine Kenntnis von den Kontenabfragen; ihnen ist damit die Möglichkeit, Rechtsschutz gegen die ihnen auferlegte Auskunftspflicht zu ersuchen, vollständig entzogen. Das Kreditinstitut hat durch § 24 c KWG zu gewährleisten, dass jederzeit die von ihr bereitzustellenden Daten

automatisiert abgerufen werden können. Es hat zugleich durch technische und organisatorische Maßnahmen sicherzustellen, dass ihm Abrufe nicht zur Kenntnis gelangen. Dem Kreditinstitut ist es unmöglich, die Zulässigkeit der ihm auferlegten staatlichen Offenbarungsverpflichtung gerichtlich überprüfen zu lassen.

Die fehlende Transparenz verstößt gegen das Prinzip der Verantwortlichkeit der Datenverarbeitung, das sich unmittelbar aus dem Recht auf informationelle Selbstbestimmung ergibt. Dem Recht, zu wissen wer was über mich weiß, korrespondiert die Verpflichtung der verantwortlichen Stelle gegenüber dem Betroffenen, für die Verarbeitungsvorgänge und die Sicherheit seiner Daten einzustehen. Die Bank ist gegenüber ihren Kunden für die Verarbeitung ihrer Daten und damit auch die Wahrung ihrer Vertraulichkeit verantwortlich. Wenn ohne ihr Wissen Informationen aus und über diese Kundenbeziehung von Dritten abgerufen werden können, kann sie dieser Verantwortlichkeit gegenüber ihren Kunden nicht nachkommen. Sie kann bspw. ihre Kunden nicht über den Umstand eines Kontenabrufes unterrichten. Im Fall eines entsprechenden Auskunftsbegehrens muss sie ihn über die Umstände eines Abrufes im Unklaren lassen. Sie kann letztlich auch nicht für die Erfüllung der ihr durch Anlage zu § 9 BDSG aufgegebenen Sicherheitsverpflichtungen einstehen, da ihr Datenabflüsse nicht bekannt werden und auch nicht von ihr verantwortlich bspw. nach Vorlage einer behördlichen oder richterlichen Anordnung freigegeben werden. Hat der betroffene Kunde bspw. den Verdacht, dass seine Kundenbeziehung Dritten bekannt geworden ist und will er hierüber seine Bank zur Rechenschaft ziehen, so ist er stets dem Einwand ausgesetzt, diese Informationen könnten auch aufgrund einer Kontenabfrage durch eine der zahlreich im Gesetz ermächtigten Behörden ohne Wissen und Verantwortung der Bank erfolgt sein. Seine Bank wird letztlich niemals zuverlässig ausschließen können, dass die Information über das Bestehen seiner Bankbeziehung Dritten nicht bekannt geworden ist. Diese Informationsasymmetrie wird die Rechts- und damit auch die Vertrauensbeziehung zwischen den Kunden und ihrer Bank nachhaltig stören, denn weder weiß die Bank welche Einrichtung die ihr anvertrauten Daten abgerufen hat, noch hat der Kunde eine Möglichkeit, diese Informationen von seinem Vertragspartner Bank zu erfahren. Die ursprünglich bilaterale Vertragsbeziehung zwischen Bank und Kunde verändert sich damit zu einem fremdgesteuerten und vom Staat domestizierten Rechtsverhältnis. Diese qualitative Veränderung kann gegenüber dem Betroffenen nur durch ausreichende und rechtzeitige Informations- und Benachrichtigungspflichten der Bank oder aber unmittelbare Unterrichtungspflichten der abfragenden staatlichen Stellen kompensiert werden.

(4) Evaluierung

In das Gesetz ist eine Verpflichtung zur Evaluierung des Kontenabrufverfahrens aufzunehmen. Es muss überprüft werden, ob der verfolgte Zweck des Kontenabrufverfahrens im Bereich der Besteuerung und der Festsetzung der Sozialleistung tatsächlich die gewünschten Zwecke erreichen wird, d.h. z.B. das Ziel der Steuergerechtigkeit bzw. die gerechte Festsetzung der Sozialleistungen. Festzustellen ist so zum Beispiel, in welchem Verhältnis die Kontenabfragen, die zu einer Änderung der Steuerfestsetzung geführt haben, zu denjenigen Abfragen stehen, bei denen sich die Angaben des Steuerpflichtigen bestätigt bzw. die weiteren Ermittlungen nicht zu einer Änderung der Festsetzung der Steuer geführt haben.

Dr. Thilo Weichert
(Landesbeauftragter für Datenschutz)