



Ausarbeitung



Verdeckte Testkäufe bei Anlageberatern

Vereinbarkeit mit den Grundrechten



Verdeckte Testkäufe bei Anlageberatern

Vereinbarkeit mit den Grundrechten

Verfasser/in: 
Aktenzeichen: WD 3 – 3000 – 024/13
Abschluss der Arbeit: 7. März 2013
Fachbereich: WD 3: Verfassung und Verwaltung
Telefon: 

Inhaltsverzeichnis

1.	Einleitung	4
2.	Vereinbarkeit mit dem Recht auf informationelle Selbstbestimmung der beratenden Bankmitarbeiter, Art. 2 Abs. 1 i.V.m. Art. 1 Abs. 1 GG.	7
2.1.	Schutzbereich und Eingriff	7
2.2.	Rechtfertigung des Eingriffs	7
2.2.1.	Gebot der Normenklarheit	8
2.2.2.	Prinzip der Verhältnismäßigkeit	9
2.3.	Zwischenergebnis	11
3.	Vereinbarkeit mit der Berufsfreiheit der Bankberater, Art. 12 GG	11
4.	Vereinbarkeit mit der Unverletzlichkeit der Geschäftsräume der Wertpapierdienstleistungsunternehmen (Banken), Art. 13 GG	12
4.1.	Schutzbereich und Eingriff	12
4.2.	Verfassungsrechtliche Rechtfertigung	13
5.	Vereinbarkeit mit der Berufsfreiheit der Finanzdienstleistungsunternehmen, Art. 12 GG	13
6.	Vereinbarkeit mit dem Zitiergebot, Art. 19 Abs. 1 Satz 2 GG	13
7.	Ergebnis	14

1. Einleitung

Mängel in der Anlageberatung von Wertpapierdienstleistungsunternehmen – im Folgenden wird vereinfachend von Banken gesprochen – können zu erheblichen Vermögensschäden bei (privaten) Anlegern führen. Um die Verbraucher besser zu schützen, wird eine bessere Überwachung der Anlageberatung durch die Bundesanstalt für Finanzdienstleistungsaufsicht (BaFin) gefordert. Im Gespräch ist auch der Einsatz sog. Testkunden, die im Auftrag der BaFin die Qualität der Anlagenberatung überprüfen sollen.¹ Bislang wurden zwei konkrete Vorschläge zur Änderung des Wertpapierhandelsgesetzes (WpHG)² vorgelegt, die im Rahmen eines mittlerweile abgeschlossenen Gesetzgebungsverfahrens zur Stärkung der deutschen Finanzaufsicht³ eingebracht wurden.

Der **Bundesrat** schlug in seiner Stellungnahme zu dem Gesetzentwurf der Bundesregierung zur Stärkung der deutschen Finanzaufsicht⁴ vor, Bediensteten der BaFin oder von ihr beauftragten Personen Testkäufe bei den beratenden Banken zu erlauben. Voraussetzung für die Durchführung der Testkäufe soll eine vorherige schriftliche Einwilligung der Bank sein. Personenbezogene Daten dürfen nach dem Vorschlag nur in dem Umfang erhoben werden, wie es für die Überwachung der Anlagenberatung sowie zur Aufklärung von Missständen gemäß § 4 WpHG erforderlich ist. In ihrer Gegenäußerung zu dem Änderungsvorschlag des Bundesrates weist die **Bundesregierung**⁵ auf die Prüfung verfassungsrechtlicher Bedenken hin und lehnt eine Vorabinformation der betroffenen Bank ab, da dies Sinn und Zweck der Testkäufe widerspräche. Der Vorschlag des Bundesrates⁶ lautete:

„§ 4b (WpHG)

Besondere Überwachungsbefugnisse bei der Anlageberatung

(1) Bedienstete der Bundesanstalt oder von ihr beauftragte Dritte können zur Überwachung der Vorschriften des sechsten Abschnitts dieses Gesetzes gegenüber Wertpapierdienstleistungsunternehmen als Kunden auftreten und ohne Offenlegung des Überwachungszwecks Anlageberatungen in Anspruch nehmen. Die Bundesanstalt kann die dabei bekannt gewordenen Tatsachen und Informationen für die Zwecke des § 4 Absatz 1 und 2 verwerten.

1 „Marktforscher sollen für Aigner Banken testen“, Handelsblatt vom 8. März 2011; „Bund schickt keine Testkunden in die Banken“, Handelsblatt vom 12. Februar 2013.

2 Wertpapierhandelsgesetz in der Fassung der Bekanntmachung vom 9. September 1998 (BGBl. I S. 2708), das durch Artikel 10 Absatz 1 des Gesetzes vom 13. Februar 2013 (BGBl. I S. 174) geändert worden ist.

3 Gesetzentwurf der Bundesregierung zur Stärkung der deutschen Finanzaufsicht, BT-Drs. 17/10040, Gegenäußerung der Bundesregierung zur Stellungnahme des Bundesrates BT-Drs. 17/10252 sowie Beschlussempfehlung und Bericht des Finanzausschusses, BT-Drs. 17/11119.

4 BT-Drs. 17/10040, S. 25.

5 BT-Drs. 17/10252, S. 3.

6 BT-Drs. 17/10040, S. 25.

(2) Maßnahmen nach Absatz 1 sind nur zulässig, wenn sich das Wertpapierdienstleistungsunternehmen mit ihrer Durchführung einverstanden erklärt hat. Die Bundesanstalt fordert das Wertpapierdienstleistungsunternehmen rechtzeitig vor der Durchführung von Maßnahmen nach Absatz 1 auf, innerhalb von vier Wochen eine schriftliche Erklärung abzugeben, ob es mit der Durchführung der Maßnahmen einverstanden ist.

(3) Maßnahmen nach Absatz 1 dürfen nur durchgeführt werden, wenn eine schriftliche Weisung der zuständigen Leitungsperson der Bundesanstalt vorliegt. Personenbezogene Daten dürfen nur in dem Maße erhoben, verarbeitet oder genutzt werden, wie es zur Überwachung nach Satz 1 und zum Erlass von Anordnungen nach § 4 Absatz 1 und 2 erforderlich ist. Wertpapierdienstleistungsunternehmen sind über die nach Absatz 1 durchgeführten Maßnahmen schriftlich oder in Textform zu unterrichten, wenn der Zweck der Maßnahmen dem nicht mehr entgegensteht.

(4) Widerspruch und Anfechtungsklage gegen Maßnahmen nach dieser Vorschrift haben keine aufschiebende Wirkung.“

Ferner brachte die Fraktion **BÜNDNIS 90/DIE GRÜNEN** einen Änderungsantrag⁷ zu der zweiten Beratung des Gesetzentwurfs der Bundesregierung zur Stärkung der deutschen Finanzaufsicht ein, in dem sie die BaFin oder von ihr beauftragte Dritte ermächtigen wollte, bei dem Verdacht auf Verstöße gegen das WpHG Testkäufe durchzuführen, wenn die für die Überwachung erforderlichen Informationen auf andere Weise nicht oder nur in unzureichendem Maße zu erlangen wären. Personenbezogene Daten, die für die Durchführung der Testkäufe erhoben werden, sollten unverzüglich anonymisiert werden. Ferner sollten die betroffenen Berater sowie die Banken grundsätzlich einen Anspruch auf Auskunft über die Durchführung von Testkäufen haben. Der in zweiter Lesung des Gesetzentwurf abgelehnte Änderungsantrag lautete:

„§ 35a (WpHG)

Besondere Überwachungsbefugnisse bei der Anlageberatung

(1) Bedienstete der Bundesanstalt können zur Überwachung der Einhaltung der Vorschriften des sechsten Abschnitts dieses Gesetzes gegenüber Wertpapierdienstleistungsunternehmen als Kunden auftreten und ohne Offenlegung des Überwachungszwecks Anlageberatungen in Anspruch nehmen, soweit allgemeine Hinweise auf Verstöße hindeuten und die für die Überwachung erforderlichen Informationen auf andere Weise nicht oder in unzureichendem Maße gewonnen werden können.

(2) Die Bundesanstalt kann Dritte mit der Maßnahme nach Absatz 1 beauftragen. Zu diesem Zweck erlässt das Bundesministerium der Finanzen im Benehmen mit dem Bundesministe-

7 BT-Drs. 17/11172.

rium der Justiz eine Rechtsverordnung, die insbesondere den datenschutzrechtlichen Anforderungen des Bundesdatenschutzgesetzes genügen muss.

(3) Maßnahmen nach Absatz 1 bedürfen der schriftlichen Zustimmung der zuständigen Leitungsperson der Bundesanstalt unter Bezeichnung des konkreten Zwecks der Maßnahme sowie der von der Maßnahme betroffenen Wertpapierdienstleistungsunternehmen und Organisationseinheiten. In der Zustimmung ist festzulegen, in welchem Zeitraum die Maßnahme erfolgen darf. Die Zustimmung für eine Maßnahme darf höchstens für einen Zeitraum von sechs Monaten erteilt werden.

(4) Soweit es zur Überwachung nach Absatz 1 erforderlich ist, dürfen personenbezogene Daten der Mitarbeiter erhoben, verarbeitet und genutzt werden. Werden personenbezogene Daten von Mitarbeitern erhoben, sind diese unverzüglich nach der Erhebung zu anonymisieren. Die Bundesanstalt kann die bekannt gewordenen Tatsachen und Informationen ausschließlich für die Zwecke der Überwachung der Einhaltung der Vorschriften des sechsten Abschnitts dieses Gesetzes verwerten. Erkenntnisse aus dem Kernbereich privater Lebensgestaltung, die durch eine Maßnahme nach Absatz 1 erlangt wurden, dürfen nicht verwertet werden. Aufzeichnungen hierüber sind unverzüglich zu löschen. Die Tatsache ihrer Erlangung und Löschung ist aktenkundig zu machen.

(5) Wertpapierdienstleistungsunternehmen sind über die nach Absatz 1 durchgeführten Maßnahmen schriftlich oder in Textform zu unterrichten, wenn der Zweck der Maßnahmen dem nicht mehr entgegensteht. Erlangt das Wertpapierdienstleistungsunternehmen von einer nach Absatz 1 durchgeführten Maßnahme Kenntnis, so hat es die Mitarbeiter unverzüglich davon in Kenntnis zu setzen.

(6) Die von einer Maßnahme nach Absatz 1 betroffenen natürlichen Personen oder Wertpapierdienstleistungsunternehmen haben ein Recht auf Auskunft oder Benachrichtigung, soweit die ordnungsgemäße Erfüllung der in der Zuständigkeit der Bundesanstalt liegenden Aufgaben durch die Auskunft oder Benachrichtigung nicht gefährdet wird.

(7) Die nach Absatz 2 von der Bundesanstalt beauftragten Dritten unterliegen der Verschwiegenheitspflicht nach § 8 dieses Gesetzes.“

Im Folgenden wird geprüft, ob die damals vorgetragenen, im Gesetzgebungsverfahren aber nicht übernommenen oder abgelehnten Vorschläge mit den Grundrechten der Berater sowie der Banken vereinbar wären. Dabei wird insbesondere auf die von einigen Seiten aufgeworfene Frage der Vereinbarkeit mit dem Recht auf informationelle Selbstbestimmung der beratenden Bankmitarbeiter eingegangen.⁸

8 Vgl. Antwort der Bundesregierung auf eine Kleine Anfrage, Drs. 17/10552, S. 1 f. sowie Äußerung des Bundesbeauftragten für den Datenschutz, Schaar, zitiert nach Handelsblatt, „Kritik an verdeckten Bank-Ermittlern“, Handelsblatt vom 14. Juni 2011.

2. Vereinbarkeit mit dem Recht auf informationelle Selbstbestimmung der beratenden Bankmitarbeiter, Art. 2 Abs. 1 i.V.m. Art. 1 Abs. 1 GG.

Die verdeckten Testkäufe müssten mit dem Grundrecht auf informationelle Selbstbestimmung der überwachten Bankmitarbeiter vereinbar sein. In seinem „Volkszählungsurteil“ hat das Bundesverfassungsgericht (BVerfG) das „Recht auf informationelle Selbstbestimmung“ aus dem Recht auf freie Entfaltung der Persönlichkeit (Art. 2 Abs. 1 GG) und aus der Menschenwürde (Art. 1 Abs. 1 GG) hergeleitet.⁹

2.1. Schutzbereich und Eingriff

Der **Schutzbereich** des Rechts auf informationelle Selbstbestimmung umfasst in seiner Auffangfunktion jedenfalls auch die Befugnis des Einzelnen, grundsätzlich selbst zu entscheiden, in welchem Zusammenhang und Umfang er seine persönlichen Lebensumstände dem Staat gegenüber offenbaren will.¹⁰ Auch wenn das Recht ursprünglich im Zusammenhang mit den gestiegenen Möglichkeiten der technischen Datenverarbeitung konkretisiert wurde, umfasst es generell die staatliche Erhebung und Verarbeitung personenbezogener Daten auch auf manuelle Weise.¹¹ Das Recht auf informationelle Selbstbestimmung schützt in diesem weiten Sinne vor „*jeder Form der Erhebung, schlichter Kenntnisnahme, Speicherung, Verwendung, Weitergabe oder Veröffentlichung* von persönlichen – d.h. individualisierten oder individualisierbaren – Informationen“.¹²

Bei Testkäufen erheben Bedienstete des Staates oder von ihnen Beauftragte auch die persönlichen Daten der beratenden Personen, um die Einhaltung der Vorschriften über die Beratung beurteilen zu können. Selbst wenn, wie in dem Änderungsantrag der Fraktion BÜNDNIS 90/DIE GRÜNEN vorgesehen, die Daten unverzüglich anonymisiert werden sollen, liegt zunächst ein Eingriff vor. Hieran fehlt es nämlich nur, sofern Daten ungezielt und allein technikbedingt zunächst mit-erfasst, aber unmittelbar nach der Erfassung technisch wieder anonym, spurenlos und ohne Erkenntnisinteresse für die Behörden ausgesondert werden.¹³ Bei den Testkäufen geht die BaFin aber gerade zielgerichtet vor.

2.2. Rechtfertigung des Eingriffs

Das Recht auf informationelle Selbstbestimmung ist **nicht schrankenlos** gewährleistet. Art. 1 Abs. 1 GG geht von der Gemeinschaftsbezogenheit des Einzelnen aus. Der Einzelne als gemeinschaftsbezogenes, soziales Wesen muss daher Eingriffe in sein Recht im überwiegenden Allge-

9 BVerfGE 65, 1.

10 BVerfGE 65, 1 (42); 56, 37 (41 ff.).

11 BVerfGE 78, 77 (84). Di Fabio in: Maunz/Düring, Kommentar zum Grundgesetz, Art. 2 GG Rn. 176.

12 Di Fabio (Fn. 11), Art. 2 GG Rn. 176 m.w.N.

13 BVerfGE 100, 313 (366); 107, 299 (328); 115, 320.

meininteresse hinnehmen.¹⁴ Hierfür bedarf es nach Art. 2 Abs. 1 GG einer (verfassungsmäßigen) **gesetzlichen** Grundlage, aus der sich die **Voraussetzungen und der Umfang der Beschränkung klar** ergeben und die dem Grundsatz der **Verhältnismäßigkeit** entspricht.¹⁵

2.2.1. Gebot der Normenklarheit

Die Testkäufe und die dabei vorzunehmenden Erhebungen personenbezogener Daten müssen auf einer **gesetzlichen Grundlage** erfolgen, die dem rechtsstaatlichen **Gebot der Normenklarheit** (Art. 20 GG) genügt. Aus dem Gesetz müssen sich die Voraussetzungen und der Umfang der Beschränkungen klar und für den Bürger erkennbar ergeben.¹⁶ Die gesetzliche Grundlage muss je nach Intensität des Eingriffs bereichsspezifische und präzise Vorgaben für die Erhebung, Verwendung, Weitergabe und Nutzung der Daten machen und das Normziel möglichst konkret aufzeigen. Nur so kann die nötige Transparenz erzeugt werden, die es dem Einzelnen ermöglicht, Eingriffe hinreichend vorhersehen und ihre Rechtmäßigkeit beurteilen zu können.¹⁷

Beide Vorschläge erlauben ausdrücklich die **Erhebung** personenbezogener Daten, soweit dies für die Überwachung der Einhaltung der Vorgaben des WpHG erforderlich ist. Nach dem Vorschlag des Bundesrats sind die Maßnahmen nur zulässig, wenn sich die betroffenen Unternehmen grundsätzlich mit ihrer Durchführung einverstanden erklärt haben; die Berater müssen hingegen nicht ihr vorheriges Einverständnis erteilt haben. Ferner dürfen die Testkäufer nur auf schriftliche Weisung der zuständigen Leitungsperson der BaFin tätig werden.

Für die **Verwertung** macht der Vorschlag der Fraktion BÜNDNIS 90/DIE GRÜNEN strikte Vorgaben: Die personenbezogenen Daten der **Berater** sind unverzüglich nach der Erhebung zu anonymisieren; ferner werden besondere Vorkehrungen zum Schutz des Kernbereichs privater Lebensgestaltung angeordnet. Aus beiden Gesetzentwürfen wird das Ziel der Datenerhebung – die Überwachung der Einhaltung des WpHG – hinreichend deutlich. Der Entwurf der Fraktion BÜNDNIS 90/DIE GRÜNEN greift dabei wesentlich weniger in die Grundrechte der betroffenen Berater ein, da vor jeder Verarbeitung die Anonymisierung der Daten vorgesehen und eine Rückverfolgbarkeit auf die betroffenen Personen ausgeschlossen ist. Diese Vorlage setzt damit ausdrücklich die Vorgaben des § 3a S. 2 BDSG¹⁸ um. Beide Vorschläge genügen aber – soweit es um die **Datenerhebung unmittelbar durch die BaFin** geht – dem Gebot der Normenklarheit.

Auch bei einer **Ermächtigung Dritter** zur Datenerhebung bleibt der Staat an die Grundrechte – also das Recht auf informationelle Selbstbestimmung – gebunden. Entweder handelt es sich bei den Testkäufern um sog. „Beliehene“, die Hoheitsgewalt ausüben und gegenüber der Verwaltung

14 BVerfGE 65, 1 (44); Frenz, Informationelle Selbstbestimmung im Spiegel des BVerfG, DVBl 2009, 333 (335).

15 BVerfGE 65, 1 (44).

16 BVerfGE 65, 1 (44).

17 BVerfGE 65, 1 (46).

18 Bundesdatenschutzgesetz in der Fassung der Bekanntmachung vom 14. Januar 2003 (BGBl. I S. 66), das zuletzt durch Artikel 1 des Gesetzes vom 14. August 2009 (BGBl. I S. 2814) geändert worden ist.

selbständig handeln; dann sind sie als Träger mittelbarer Staatsgewalt an die Grundrechte gebunden.¹⁹ Oder – was im konkreten Fall näher liegt – sie handeln als Verwaltungshelfer, die im Auftrag und nach Weisung einer Behörde tätig sind; in diesem Fall bleibt die BaFin Grundrechtsadressatin.²⁰ Voraussetzung für eine Beleihung²¹ – sowie nach umstrittener Meinung auch für die Beauftragung von Verwaltungshelfern²² – ist eine gesetzliche Grundlage, die aber auch in beiden zu prüfenden Vorlagen vorgesehen ist. Ferner sind als verwaltungsrechtliche Vorgaben bei einer Ermächtigung Dritter die datenschutzrechtlichen Bestimmungen zu beachten. So bleibt gemäß § 11 BDSG die beauftragende Behörde weiter für die Einhaltung der datenschutzrechtlichen Bestimmungen durch den Auftragnehmer verantwortlich. Der konkrete Auftrag ist schriftlich festzulegen und der Auftragnehmer hat keine Befugnis, weitergehende Daten zu erheben. Auch diesen Voraussetzungen genügen die vorgelegten Entwürfe; soweit auf der Grundlage des Vorschlages des Bundesrates die BaFin Dritte beauftragt, wäre diese bereits nach geltendem Datenschutzrecht verpflichtet, den Erfordernissen des § 11 BDSG zu genügen.

2.2.2. Prinzip der Verhältnismäßigkeit

Ferner ist die gesetzliche Ermächtigung zu verdeckten Testkäufen an dem **Grundsatz der Verhältnismäßigkeit** zu messen, die Testkäufe müssten also einem legitimen Zweck dienen und zur Erreichung dieses Zweckes geeignet, erforderlich und angemessen sein.

Ziel der Testkäufe ist die Überwachung der Vorgaben des WpHG zu Beratungspflichten, die wiederum die Verbraucher sowie den lauterer Geschäftsverkehr schützen sollen. Der Schutz der Verbraucher und des Geschäftsverkehrs dient dem Allgemeininteresse und ist damit ein legitimer Zweck.

Die Datenerhebung im Rahmen der Testkäufe muss ferner zur Verfolgung des Zwecks geeignet und erforderlich sein. **Geeignet** ist eine Maßnahme, wenn sie die Erreichung des Zwecks kausal bewirkt oder doch zumindest fördert.²³ Erforderlich ist ein Mittel, wenn dem Gesetzgeber kein milderer Mittel zur Verfügung steht. Allerdings steht dem Gesetzgeber nach ständiger Rechtsprechung des BVerfG bei der **Beurteilung** der Eignung und Erforderlichkeit des gewählten Mittels zur Erreichung der erstrebten Ziele sowie bei den notwendigen Prognosen und Einschätzungen ein **Spielraum** zu.²⁴

Gegen die **Eignung** der Datenerhebung bestehen keine Bedenken. Hinsichtlich der **Erforderlichkeit** stellt sich zunächst die Frage, **ob verdeckte Testkäufe überhaupt notwendig sind**, um die Einhaltung des Beratungsgebots zu überwachen. Die BaFin darf nach § 35 WpHG auch ohne be-

19 Kunig in: von Münch/Kunig, Grundgesetz-Kommentar, Bd. 1, 6. Aufl. 2012, Art. 1 Rn. 51 m.w.N.

20 Herdegen in: Maunz/Dürig (Fn. 11), Art. 1 Rn. 101.

21 Stober in: Wolff/Bachof/Stober/Kluth, Verwaltungsrecht II, 7. Aufl. 2010, § 90 Rn. 47.

22 Stober (Fn. 21), § 91 Rn. 31.

23 Grzeszick in: Maunz/Dürig (Fn. 11), Art. 20 GG, Rn. 112.

24 St. Rspr., vgl. Nachweise bei BVerfGE 90, 145 (173).

sonderen Anlass Prüfungen von Kreditinstituten vornehmen und sich Unterlagen zeigen lassen; ferner wird ein Register über Beschwerden von Privatkunden über Beratungsfehler von Bankberatern bei der BaFin geführt. Allerdings ist diese Maßnahme wohl nicht unbedingt gleich geeignet, da sie auf die Anzeigen der Privatkunden angewiesen ist und damit ein gewisses Dunkelfeld offen lassen, und die schriftlichen Nachweise über Beratungspflichten nicht zwingend den tatsächlichen Ablauf eines Beratungsgesprächs widerspiegeln.²⁵ Jedenfalls kommt dem Gesetzgeber im Bereich der Erforderlichkeit ein weiter Einschätzungsspielraum zu.

Ferner ist fraglich, **ob die Erhebung und Verwertung personenbezogener Daten in der vorgesehenen Form erforderlich** ist. Hier ist zwischen den beiden Vorlagen zu unterscheiden. Der Vorschlag des **Bundesrates** sieht ein Erhebungs- und Verwertungsrecht auch personenbezogener Daten vor, soweit sie für die Überwachung erforderlich sind. Von einer Anonymisierung sieht er jedoch ab. Gemeinsam mit dem eingeführten Register für Bankberater²⁶, in dem die 300.000 Bankberater und Vertriebsbeauftragten in einer internen Datenbank der BaFin erfasst werden, ergeben sich durch mögliche Verknüpfungen der Datenbankeinträge teilweise erhebliche datenschutzrechtliche Eingriffe. Da die Testkäufe aber nicht die Voraussetzung für die Einleitung von Straf- oder Disziplinarverfahren schaffen sollen, sondern lediglich die Einhaltung der Beratungsrichtlinien generell durch die Bank überprüfen soll, ist eine Beibehaltung der personalisierten Daten wohl nicht erforderlich. Auch die vorgesehene Einwilligung der Bank in die Testkäufe kann die Erhebung personenbezogener Daten nicht rechtfertigen, da gerade keine Einwilligung des betroffenen Beraters, sondern nur seines Arbeitgebers vorliegt. Im Übrigen soll die nachträgliche Information nur gegenüber dem Unternehmen, nicht aber gegenüber dem betroffenen Berater erfolgen. In diesem Zusammenhang **scheint die Beibehaltung der Personalisierung der Daten bei der weiteren Verarbeitung nicht erforderlich**. Zumindest müsste in einem gleichlautenden Gesetzentwurf plausibel begründet werden, warum die Überwachung mit anonymisierten Daten nicht ebenso erreicht werden könnte.

Der Vorschlag der Fraktion BÜNDNIS 90/DIE GRÜNEN würde durch die Vorgabe der Anonymisierung hingegen den Anforderungen an die Erforderlichkeit genügen.

Schließlich müsste die Datenverarbeitung im Rahmen von Testkäufen auch **angemessen** sein, d.h. dem Einzelnen **zumutbar**. Die Anforderungen an die Ermächtigungsgrundlage und ihre Anwendung rechtfertigenden Gründe sind dabei umso höher und strenger, je intensiver der Grundrechtseingriff ist.²⁷ Die Eingriffsintensität bemisst sich nach der Rechtsprechung des BVerfG²⁸ unter anderem daran, welche Inhalte abgefragt werden, insbesondere wie weit die Daten je für sich und in ihrer Verknüpfung miteinander für die Persönlichkeit relevant sind. Daneben ist zu berücksichtigen, wie viele – auch unbeteiligte – Personen von dem Eingriff betroffen sind, ob die

25 Vgl. die Vorbemerkung der Fragesteller in der kleinen Anfrage der Fraktion BÜNDNIS 90/DIE GRÜNEN, BT-Drs. 17/6080, S. 1.

26 Register nach § 34d Abs. 5 WpHG.

27 Di Fabio (Fn. 11), Art. 2 GG, Rn. 177.

28 BVerfGE 115, 320 (348).

Erhebung heimlich²⁹ oder anonymisiert erfolgt und ob Betroffenen ggf. Folgemaßnahmen oder Nachteile drohen.³⁰ Relevant ist zudem, ob es sich um verdachtslose Grundrechtseingriffe großer Streubreite handelt.³¹

Soweit – wie im Vorschlag der Fraktion **BÜNDNIS 90/DIE GRÜNEN** vorgesehen – die gesammelten Daten anonymisiert und die Unternehmen verpflichtet werden, (wohl möglicherweise) betroffene Berater zu unterrichten, ist der Eingriff in das Grundrecht auf informationelle Selbstbestimmung in der Gesamtschau als wenig intensiv anzusehen. Hinzu kommt das Verwertungsverbot als besondere Schutzvorkehrung für Erkenntnisse aus dem Kernbereich privater Lebensgestaltung. Auf der anderen Seite handelt es sich um Maßnahmen, mit denen die Einhaltung gesetzlicher Vorgaben zur Berufsausübung kontrolliert werden sollen, die die Berater grundsätzlich zu befolgen haben. In der Gesamtschau steht die Datenerhebung und -verarbeitung auf der Grundlage des Vorschlages der Fraktion **BÜNDNIS 90/DIE GRÜNEN** wohl in einem zumutbaren Verhältnis zum angestrebten Schutz der Verbraucher und des lautereren Geschäftsverkehrs.

Sollte man die Erforderlichkeit der Regelungen des Vorschlages des **Bundesrates** bejahen, stellen sich Fragen hinsichtlich dessen Verhältnismäßigkeit. So erfolgt der Eingriff heimlich und kann aufgrund der Nachverfolgbarkeit der Daten und Verknüpfungsmöglichkeiten mit dem Beraterregister zu Nachteilen für den betroffenen Berater führen. Ferner soll die BaFin – anders als im alternativen Vorschlag – verdachtsunabhängig Kontrollkäufe durchführen. Zumindest durch die Einführung eines Verdachtsmoments, die Anonymisierung oder die Pflicht zur nachträglichen Unterrichtung würde der Grundrechtseingriff weniger intensiv und würde – soweit die Maßnahmen gleich geeignet bleiben, wohl angemessener die Grundrechte des Einzelnen berücksichtigen.

2.3. Zwischenergebnis

Der Vorschlag des Bundesrates wirft hinsichtlich der Erforderlichkeit und der Verhältnismäßigkeit der möglichen Testkäufe im Hinblick auf das Recht auf informationelle Selbstbestimmung der Bankberater verfassungsrechtliche Bedenken auf. Der Vorschlag der Fraktion **BÜNDNIS 90/DIE GRÜNEN** dürfte insbesondere den Anforderungen an die Verhältnismäßigkeit eher Rechnung tragen.

3. Vereinbarkeit mit der Berufsfreiheit der Bankberater, Art. 12 GG

Zwar könnte es sich bei den Testkäufen um einen Eingriff in die Berufsfreiheit des Bankberaters handeln, da hierdurch die Einhaltung der gesetzlichen Vorgaben des WpHG für die Berufsausübung überprüft werden soll. Allerdings handelt es sich allenfalls um eine Regelung der Berufsausübung, die aufgrund sachgerechter und vernünftiger Erwägungen des Allgemeinwohls getrof-

29 BVerfGE 109, 279 (353); 115, 320 (353).

30 BVerfGE 115, 320 (351).

31 BVerfGE 115, 320 (354).

fen werden kann und im Übrigen den Anforderungen an die Verhältnismäßigkeit genügen muss.³² Hierzu ist auf die Erwägungen unter Punkt 2 der Ausarbeitung zu verweisen. Ein eventueller Eingriff in die Berufsfreiheit wäre demnach gerechtfertigt, zumal die Bankberater ohnehin zur Einhaltung der gesetzlichen Bestimmungen bei der Ausübung ihres Berufes verpflichtet sind.

4. Vereinbarkeit mit der Unverletzlichkeit der Geschäftsräume der Wertpapierdienstleistungsunternehmen (Banken), Art. 13 GG

4.1. Schutzbereich und Eingriff

Ferner könnten Grundrechte der Banken betroffen sein.

In Betracht käme zunächst eine Verletzung der Unverletzlichkeit der Geschäftsräume der Banken. Dieses Grundrecht ist gemäß Art. 19 Abs. 3 GG auch auf inländische juristische Personen sowie auf juristische Personen mit Sitz im EU-Ausland anwendbar. Auch Geschäfts- und Betriebsstätten sind von Art. 13 GG geschützt.³³ Art. 13 Abs. 1 GG **schützt die Geschäftsräume vor dem Eindringen staatlicher Bediensteter oder Beauftragter gegen den Willen des Berechtigten**. Soweit Testkäufer als Beauftragte der BaFin – wie im Änderungsantrag der Fraktion BÜNDNIS 90/DIE GRÜNEN vorgesehen – die Geschäftsräume der Banken aufsuchen, **ohne eine vorherige Einwilligung der Hausrechtsinhaber** erhalten zu haben, könnte ein Eingriff in die Unverletzlichkeit der Geschäftsräume vorliegen. Es ist umstritten, ob auch öffentlich zugängliche Räume wie die Schalterhallen von Banken vom Schutzbereich umfasst sind.³⁴ **Nach der Rechtsprechung des BVerfG tangieren Betretungs- und Besichtigungsrechte** von Behörden damit den Schutzbereich von Art. 13 GG.³⁵ Allerdings werden solche Maßnahmen **nicht als Eingriffe**, sondern als **bloße Beeinträchtigungen** des Grundrechts aus Art. 13 GG verstanden, **wenn** es sich um **Arbeits-, Betriebs- oder Geschäftsräume** handelt.³⁶ Da der Vorschlag des **Bundesrates** die vorherige Einwilligung der Banken in die Durchführung der Testkäufe und damit auch eine Einwilligung in das Betreten von Mitarbeitern der BaFin vorsieht, greift dieser Vorschlag nicht in den Schutzbereich der Unverletzlichkeit der Betriebsräume ein.

Der Änderungsantrag der Fraktion BÜNDNIS 90/DIE GRÜNEN sieht hingegen keine vorherige Einwilligung vor, so dass das Betreten der Geschäftsräume als verdeckter Testkäufer den Schutzbereich des Art. 13 GG berührt.

32 Kämmerer in: von Münch/Kunig (Fn. 19), Art. 12 Rn. 70 m.w.N.

33 BVerfGE 32, 54 (68 ff.).

34 Vgl. zum Meinungsstand Gornig in: von Mangoldt/Klein/Starck, Kommentar zum Grundgesetz, Band 1, 6. Aufl. 2010, Art. 13 Abs. 1 Rn. 26.

35 Kunig in: von Münch/Kunig (Fn. 19), Art. 13, Rn. 58; vgl. BVerfGE 32, 54 (75).

36 BVerfG, NVwZ 2007, 1049 f.; Kunig (Fn. 35), Art. 13, Rn. 58 f.

4.2. Verfassungsrechtliche Rechtfertigung

Hinsichtlich dieser Regelung bedarf es der Rechtfertigung. Spezialgesetzliche Betretungs- und Besichtigungsrechte können **bei Wahrung des Grundsatzes der Verhältnismäßigkeit auch ohne Einhaltung der hohen Anforderungen von Art. 13 Abs. 7 GG gerechtfertigt** sein. Der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit ist dann gewahrt, wenn der Zweck des Betretungs- und Besichtigungsrechts der jeweiligen gesetzlichen Ermächtigungsgrundlage eindeutig entnommen werden kann, die Maßnahme zur Erreichung dieses Zweckes erforderlich, die Räume des Grundrechtsträgers nur zu Zeiten betreten werden, zu welchen sie zur Ausübung der geschäftlichen Tätigkeit bestimmt sind und dieser davon informiert wird.³⁷

Der Vorschlag der Fraktion BÜNDNIS 90/DIE GRÜNEN sieht in § 35a Abs. 1 WpHG zwar nicht ausdrücklich das Betreten der Geschäftsräume vor; allerdings werden Kunden häufig in den Geschäftsräumen der Banken beraten, so dass sich aus dem Zusammenhang auch die Ermächtigung zum Betreten der Räume ohne Offenlegung der wahren Intention des Testkäufers ergibt. Die Testkäufe verfolgen – wie unter Punkt 2.2.2 ausführlich dargelegt – das legitime Ziel des Verbraucherschutzes; bereits in der Ermächtigungsgrundlage ist festgelegt, dass Testkäufe nur durchgeführt werden dürfen, soweit die notwendigen Informationen bei Verdachtsmomenten nicht oder nur in unzureichendem Maße auf andere Weise erlangt werden können. Die Räume sollen nur zu den üblichen Geschäftszeiten der Anlageberatung betreten und nach Abschluss der Testkäufe sollen die Hausherren über den Besuch in Kenntnis gesetzt werden. Damit genügt der Änderungsantrag der Fraktion BÜNDNIS 90/DIE GRÜNEN den Anforderungen an eine verhältnismäßige Einschränkung des Rechts auf Unverletzlichkeit der Geschäftsräume.

5. Vereinbarkeit mit der Berufsfreiheit der Finanzdienstleistungsunternehmen, Art. 12 GG

Auch wenn die Testkäufe durch die BaFin in die Berufsausübungsfreiheit der Banken eingreifen könnten, wäre dieser Eingriff aus den oben unter Punkt 2.2 dargelegten Erwägungen zu rechtfertigen.

6. Vereinbarkeit mit dem Zitiergebot, Art. 19 Abs. 1 Satz 2 GG

Zwar wird mit dem Vorschlag der Fraktion BÜNDNIS 90/DIE GRÜNEN die von Art. 13 Abs. 1 GG geschützte Unverletzlichkeit der Geschäftsräume beeinträchtigt; da es sich aber nicht um einen finalen Eingriff in dieses Grundrecht, sondern lediglich um eine Beeinträchtigung handelt, könnte nach der Rechtsprechung des BVerfG wohl von dem Zitiergebot Abstand genommen werden.³⁸

37 Kunig (Fn. 35), Art. 13, Rn. 59.

38 Vgl. Huber in: von Mangoldt/Klein/Starck (Fn. 34), Art. 19 Abs. 1 Rn. 74.

7. Ergebnis

Der Vorschlag der Fraktion BÜNDNIS 90/DIE GRÜNEN, die BaFin zur Durchführung verdeckter Testkäufe zu ermächtigen, wäre wohl mit den Grundrechten der Berater sowie der betroffenen Unternehmen vereinbar. Der Vorschlag des Bundesrates wirft hingegen verfassungsrechtliche Bedenken hinsichtlich des Rechts auf informationelle Selbstbestimmung der Berater auf; insbesondere könnte eine Anonymisierung der Daten und die Pflicht zur (nachträglichen) Benachrichtigung der Betroffenen Zweifel an der Verhältnismäßigkeit der Regelung beseitigen, soweit die Testkäufe dann weiterhin das Ziel des Verbraucherschutzes erreichen könnten.

