

Prof. Dr. Anne Riechert
Forschungsdirektorin KI und Digitalisierung
institut für finanzdienstleistungen e.V. (iff)

Deutscher Bundestag
Finanzausschuss
Der Vorsitzende
Per E-Mail

Diez, den 19.03.2024

Gesetzentwurf der Bundesregierung
Entwurf eines Gesetzes über die Digitalisierung des Finanzmarktes
(Finanzmarktdigitalisierungsgesetz – FinmadiG)

Sehr geehrte Damen und Herren,

für die Benennung als Sachverständige und Ihr Vertrauen bedanke ich mich. Anbei erhalten Sie bitte meine Stellungnahme.

Aufgrund der Kürze der Bearbeitungszeit bitte ich um Nachsicht, dass keine umfassende Prüfung erfolgen konnte, so dass sich diese Stellungnahme nur auf einzelne ausgewählte, insbesondere datenschutzrechtliche Aspekte, bezieht.

Mit freundlichen Grüßen

Anne Riechert

Im Einzelnen:

Artikel 1

Gesetz zur Aufsicht über Märkte für Kryptowerte

(Kryptomärkteaufsichtsgesetz – KMAG)

Zu § 4 Abs. 1 KMAG-Entwurf

„Die Bundesanstalt kann im Rahmen der ihr gesetzlich zugewiesenen Aufgaben, Anordnungen gegenüber Instituten und anderen betroffenen Personen treffen, die geeignet und erforderlich sind, um Verstöße gegen die Vorschriften der Verordnung (EU) 2023/1114 sowie dieses Gesetzes oder sonstige aufsichtsrechtliche Vorgaben oder die in § 3 Satz 4 genannten Missstände zu verhindern oder zu beseitigen. Die Befugnis nach Satz 1 schließt die Verhinderung und Beseitigung von Missständen bei Marketingmitteilungen ein. Bei Verstößen gegen die Verordnung (EU) 2023/1114, dieses Gesetz oder eine vollziehbare Anordnung der Bundesanstalt kann die Bundesanstalt verlangen, dass die den Verstoß begründende Handlung oder Verhaltensweise dauerhaft eingestellt und von einer Wiederholung abgesehen wird.“

Auch nach der Gesetzesbegründung handelt es sich bei § 4 Abs. 1 Satz 1 KMAG-Entwurf um eine gefahrenabwehrrechtliche Generalklausel. Sie ist § 5 Absatz 2 WpIG (Gesetz zur Beaufsichtigung von Wertpapierinstituten - Wertpapierinstitutsgesetz) nachgebildet. Die Möglichkeit, die Einstellung von Verhaltensweisen (§ 4 Abs. 1 Satz 3 KMAG-Entwurf) zu verlangen, dient u.a. der Umsetzung von Art. 94 Abs. 1 lit. v der Verordnung (EU) 2023/1114.

Die BaFin wird dadurch qua Gesetz zu einer Gefahrenabwehrbehörde mit weitreichenden Befugnissen (siehe hierzu die nachfolgenden Ausführungen zu § 4 Abs. 3 KMAG-Entwurf). Grundsätzlich entspricht dies zwar Art. 94 Verordnung (EU) 2023/1114, wobei diese Regelung aber nur verlangt, dass *eine zuständige Behörde* über die in Art. 94 Verordnung (EU) 2023/1114 aufgeführten Aufsichts- und Untersuchungsbefugnisse verfügen muss. Soweit etwa Auskunftsverfahren zu Bestands- oder Verkehrsdaten im Raum stehen, verfügt ebenso die Staatsanwaltschaft gemäß § 100j und § 100g StPO über entsprechende Rechte (vgl. hierzu auch die Ausführungen zu § 31 Abs. 4 KMAG).

Zu § 4 Abs. 3 KMAG-Entwurf

„Die Bundesanstalt kann von jedermann Auskünfte über alle Geschäftsangelegenheiten, die Vorlage von Unterlagen und Daten und die Überlassung von Kopien verlangen sowie Personen laden und vernehmen, um

- 1. zu überwachen, ob aufsichtsrechtliche Bestimmungen der Verordnung (EU) 2023/1114 oder dieses Gesetzes eingehalten werden,*
- 2. Missstände nach § 3 Satz 4 zu verhindern oder zu beseitigen oder*
- 3. zu prüfen, ob die Voraussetzungen für Maßnahmen nach diesem Gesetz oder der Verordnung (EU) 2023/1114, insbesondere Artikel 105 der Verordnung (EU) 2023/1114 vorliegen.*

Gesetzliche Auskunfts- oder Aussageverweigerungsrechte sowie gesetzliche Verschwiegenheitspflichten bleiben unberührt. Der zur Erteilung einer Auskunft Verpflichtete kann die Auskunft auf solche Fragen verweigern, deren Beantwortung ihn selbst oder einen der in § 383 Absatz 1 Nummer 1 bis 3 der Zivilprozessordnung bezeichneten Angehörigen der Gefahr strafgerichtlicher Verfolgung oder eines Verfahrens nach dem Gesetz über Ordnungswidrigkeiten aussetzen würde.“

Diese Regelung ist u.a. § 6 Abs. 3 WpHG (Wertpapierhandelsgesetz) nachgebildet und dient der Umsetzung von Art. 94 Absatz 1 lit. a Verordnung (EU) 2023/1114. So soll die zuständige Behörde von jeder Person Informationen und Unterlagen verlangen können, die nach Ansicht der zuständigen Behörden für die Ausführung ihrer Aufgaben von Belang sein könnten. Bereits nach der aktuellen Gesetzeslage ist die Rolle der BaFin im Strafverfahren kritisch zu betrachten. Ihr stehen Ermittlungsbefugnisse zu, wie sie aus dem Strafprozessrecht bekannt sind, so dass die Grenzen der Zuständigkeit von Staatsanwalt und BaFin verschwimmen, insbesondere da das Verhältnis zwischen den Befugnissen der StPO und den Regelungen des § 4 Abs. 3 K MAG-Entwurfs nicht klar sind. Im Rahmen der gleichlautenden Regelung des § 6 Abs. 3 WpHG wird auf ein „Parallelstrafprozesssonderrecht“ und „quasi-strafprozessuale Ermittlungsbefugnisse“ der BaFin hingewiesen (Meyer/Veil/Rönnau, Handbuch zum Marktmissbrauchsrecht, 2. Aufl. 2023, § 26 Rn. 169), die gemäß § 33 K MAG-Entwurf auch während des Strafverfahrens weiter bestehen. Zu bedenken ist jedoch stets, dass die BaFin grundsätzlich eine Marktaufsichtsbehörde ist. Dennoch kann sie nach § 4 Abs. 3 K MAG-Entwurf (wie auch nach § 6 WpHG) eine Mitwirkungspflicht der Betroffenen durchsetzen. Ihr stehen nicht nur aufsichtsrechtliche Befugnisse, sondern ebenso umfangreiche Befugnisse zu, die Maßnahmen zwangsweise durchzusetzen. Es ist daher fraglich, ob gesetzliche Auskunfts- oder Aussageverweigerungsrechte (§ 4 Abs. 3 S. 2 K MAG-Entwurf) ausreichenden Schutz bieten.

Zu beachten ist zudem, dass gemäß § 5 Abs. 2 K MAG-E Widerspruch und Anfechtungsklage gegen Maßnahmen, einschließlich der Androhung und Festsetzung von Zwangsmitteln, auf der Grundlage des § 4 K MAG-Entwurfs keine aufschiebende Wirkung haben sollen.

Zu § 4 Abs. 4 K MAG-Entwurf

„Die Bundesanstalt kann auf ihrer Internetseite öffentlich bekannt machen, dass ein Institut seinen aufsichtsrechtlichen Verpflichtungen gegenüber seinen Kunden, den aufsichtsrechtlichen Bestimmungen oder den Anordnungen der Bundesanstalt nach den Vorschriften der Verordnung (EU) 2023/1114 oder dieses Gesetzes nicht oder nur unvollständig nachkommt oder diesbezüglich ein hinreichend begründeter Verdacht besteht. Artikel 114 Absatz 2 bis 4 der Verordnung (EU) 2023/1114 ist entsprechend anzuwenden. In einem Auskunfts- und Vorlegungsersuchen nach Absatz 3 ist auf die Befugnis nach Satz 1 hinzuweisen. Die Bekanntmachung darf nur diejenigen personenbezogenen Daten enthalten, die zur Identifizierung des Instituts erforderlich sind. Bei nicht bestandskräftigen Maßnahmen ist folgender Hinweis hinzuzufügen: „Diese Maßnahme ist noch nicht bestandskräftig.“ Ist gegen die Maßnahme ein Rechtsbehelf eingelegt worden, sind zudem der Stand und der Ausgang des Rechtsmittelverfahrens bekannt zu machen. Die Bekanntmachung ist spätestens nach fünf Jahren zu löschen. Abweichend von Satz 7 sind personenbezogene Daten zu löschen, sobald sie nicht mehr erforderlich sind. Die Bundesanstalt sieht von einer Bekanntmachung ab, wenn die Bekanntmachung die Finanzmärkte der Bundesrepublik Deutschland oder eines oder mehrerer Staaten des Europäischen Wirtschaftsraums erheblich gefährden würden. Sie kann von einer Bekanntmachung

absehen, wenn die Bekanntmachung nachteilige Auswirkungen auf die Durchführung strafrechtlicher, bußgeldrechtlicher oder disziplinarischer Ermittlungen haben kann.“

Die Norm entspricht § 18 Absatz 3 WpPG (Wertpapierprospektgesetz) und soll die Vorgaben des Art. 94 Abs. 1 lit. e Verordnung (EU) 2023/1114 sowie des Art. 111 Abs. 2 lit. a Verordnung (EU) 2023/1114 umsetzen. Art. 94 Abs. 1 lit. e regelt, dass öffentlich bekannt zu machen ist, dass ein Anbieter von Kryptowerte-Dienstleistungen seinen Verpflichtungen nicht nachkommt. In Art. 111 Abs. 2 lit. a Verordnung (EU) 2023/1114 wird spezifiziert, dass im Falle von bestimmten Verstößen (Art. 111 Abs. 1 lit. a bis lit. d) verwaltungsrechtliche Maßnahmen seitens der Mitgliedstaaten bestehen und sicherzustellen ist, dass die zuständigen Behörden die Befugnis haben, die für den Verstoß verantwortliche natürlichen oder juristischen Person und die Art des Verstoßes öffentlich bekanntzugeben. Art. 114 Verordnung (EU) 2023/1114 regelt die Modalitäten der öffentlichen Bekanntmachung einer Entscheidung, verwaltungsrechtliche Maßnahmen zu verhängen.

Hier stellt sich die grundsätzliche Frage, ob es einer eigenständigen und umfassenden Regelung gemäß § 4 Abs. 2 K MAG-Entwurf bedurft hätte. Zu beachten ist zudem, dass hier sogar eine inhaltliche Abweichung vom Regelungsauftrag vorliegt, da auch ein Verdacht, dass ein Institut seinen aufsichtsrechtlichen Pflichten nicht nachkommt, für eine öffentliche Bekanntmachung ausreichend ist - zumal Abweichungen von einer EU-Verordnung stets der Gefahr der Europarechtswidrigkeit unterliegen.

Ergänzend kann an der Verordnung (EU) 2023/1114 insoweit Kritik geübt werden, dass in Art. 101 der Verordnung (EU) 2023/1114 darauf verwiesen wird, dass in Bezug auf die Verarbeitung personenbezogener Daten die zuständigen Behörden ihre Aufgaben im Sinne dieser Verordnung im Einklang mit der Verordnung (EU) 2016/679 ausführen und in ErwG 117 klar geregelt ist, dass die Verordnung (EU) 2023/1114 die in der Verordnung (EU) 2016/679 des Europäischen Parlaments und des Rates festgelegten Rechte und Pflichten unberührt lässt. Dennoch werden in Art. 114 Abs. 1 S. 2 Verordnung (EU) 2023/1114 Aussagen zur Verarbeitung von personenbezogenen Daten getroffen („Diese Bekanntmachung umfasst zumindest Angaben zu Art und Charakter des Verstoßes sowie zur Identität der verantwortlichen natürlichen oder juristischen Personen“).

Zu § 4 Abs. 5 K MAG-Entwurf

Innerhalb der üblichen Geschäfts- und Betriebszeiten ist Bediensteten der Bundesanstalt und den von ihr beauftragten Personen, soweit dies erforderlich ist, um Unterlagen und Daten einzusehen, das Betreten der Grundstücke und Geschäftsräume der nach Absatz 1 auskunftspflichtigen Personen zu gestatten. Das Betreten außerhalb dieser Zeiten oder wenn die Geschäftsräume sich in einer Wohnung befinden, ist ohne Einverständnis nur zulässig und insoweit zu dulden, wie dies zur Verhütung von dringenden Gefahren für die öffentliche Sicherheit und Ordnung erforderlich ist und Anhaltspunkte vorliegen oder feststeht, dass die auskunftspflichtige Person gegen aufsichtsrechtliche Bestimmungen der Verordnung (EU) 2023/1114 oder dieses Gesetzes verstoßen hat. Das Grundrecht auf Unverletzlichkeit der Wohnung nach Artikel 13 Absatz 1 des Grundgesetzes wird insoweit eingeschränkt.

Durch diese Norm wird den Vorgaben des Art. 94 Absatz 1 lit. w 2. HS Verordnung (EU) 2023/1114 genüge getan werden. Danach muss die zuständige Behörde Zugang zu Räumlichkeiten erhalten, um Unterlagen und Daten gleich welcher Form einzusehen. In diesem Zuge wird auch das Grundrecht aus Art. 13 GG eingeschränkt, welches ebenso Betriebs- und Geschäftsräume umfassen kann. Ein

entsprechendes Betretungsrecht wurde bereits mit der Marktmissbrauchsverordnung (Art. 23 Abs. 2 MAR) eingeführt und zählt daher bereits seit längerer Zeit zu den weitreichenden Eingriffsbefugnissen der BaFin (§ 6 Abs. 11, 12 WpHG). Gerade im Zusammenhang mit dem Beschlagnahmerecht aus § 31 Abs. 3 K MAG-Entwurf (vgl. auch § 6 Abs. 13 WpHG) führt dies dazu, dass „quasi-straftprozessuale Ermittlungsbefugnisse“ bestehen (siehe hierzu oben mit Verweis auf *Meyer/Veil/Rönnau*, Handbuch zum Marktmissbrauchsrecht, 2. Aufl. 2023, § 26 Rn. 169).

Zu § 4 Abs. 9 K MAG-Entwurf

Die Bundesanstalt darf die ihr mitgeteilten personenbezogenen Daten nur zur Erfüllung ihrer aufsichtlichen Aufgaben und für Zwecke der internationalen Zusammenarbeit nach Maßgabe des § 7 Absatz 2 erheben, speichern und verwenden.

Die Regelung entspricht § 6 Absatz 16 WpHG (Wertpapierhandelsgesetz). Gemäß der Gesetzesbegründung bedarf es einer solchen Regelung zur Datenverarbeitung, um im Rahmen der Aufgabenwahrnehmung die Gefahrenabwehr oder die repressive Sanktionierung von Verstößen (z. B. Bekanntmachung von Verstößen gegen aufsichtliche Bestimmungen) sicherzustellen, auch für den Fall der aufsichtlichen (internationalen) Zusammenarbeit etwa im Rahmen von Aufsichtskollegien. Unterstützt wird dies durch die Regelungen zur Verschwiegenheit (§ 8) bei der Weitergabe der Informationen.

Diese Regelung stellt keine unmittelbare Umsetzung von Vorgaben aus der Verordnung (EU) 2023/1114 dar. Nur ErwG 100 Verordnung (EU) 2023/1114 regelt insoweit, dass die Märkte für Kryptowerte grenzüberschreitend sind und die zuständigen Behörden zusammenarbeiten sollten, um Verstöße gegen diese Verordnung aufzudecken und davon abzuschrecken. Entsprechend ist in Art. 94 Abs. 5 lit. b und Art. 95 Verordnung (EU) 2023/1114 die Verpflichtung zur Zusammenarbeit der zuständigen Behörden enthalten. Notwendigerweise muss davon auch ein Datenaustausch umfasst sein. Allerdings ist zu beachten, dass in ErwG 117 klar geregelt ist, dass die Verordnung (EU) 2023/1114 die in der Verordnung (EU) 2016/679 des Europäischen Parlaments und des Rates festgelegten Rechte und Pflichten unberührt lässt. Art. 101 S. 1 Verordnung (EU) 2023/1114 normiert darüber hinaus, dass in Bezug auf die Verarbeitung personenbezogener Daten im Rahmen dieser Verordnung die zuständigen Behörden ihre Aufgaben im Sinne dieser Verordnung im Einklang mit der Verordnung (EU) 2016/679 ausführen.

Die Regelungen für die Datenverarbeitung sind daher der DSGVO zu entnehmen, so dass Bedenken gegen die Regelung des § 4 Abs. 9 K MAG-Entwurf bestehen. Etwas anderes könnte nur gelten, wenn § 4 Abs. 9 K MAG etwa eine Rechtsgrundlage gemäß Art. 6 Abs. 1 lit. e DSGVO darstellen soll. Dies ist der Gesetzesbegründung jedoch nicht zu entnehmen. Allerdings würde es hierfür auch einer spezifischen Bestimmung bedürfen, etwa dahingehend, welche allgemeinen Regelungen für die Rechtmäßigkeit der Verarbeitung durch die Verantwortlichen gelten sollen. So stellt Art. 6 Abs. 1 lit. e DSGVO selbst keinen Erlaubnistatbestand dar, sondern bedarf einer spezifischen Rechtsgrundlage im nationalen Recht oder im EU-Recht.

Die letztgenannten Erwägungen gelten ebenso für **§ 6 Abs. 4 K MAG-Entwurf**:

Die Zusammenarbeit nach den Absätzen 1 und 2 sowie die Mitteilungen nach Absatz 3 schließen die Übermittlung der zur Erfüllung der Aufgaben der empfangenden Stelle erforderlichen personenbezogenen Daten ein. Die Bundesbank darf die ihr mitgeteilten personenbezogenen Daten

nur zur Erfüllung ihrer aufsichtlichen Aufgaben und für Zwecke der internationalen Zusammenarbeit nach Maßgabe des § 7 Absatz 2 erheben, speichern und verwenden. Zur Erfüllung ihrer Aufgaben nach diesem Gesetz dürfen die Bundesanstalt und die Deutsche Bundesbank gegenseitig die bei der anderen Stelle jeweils gespeicherten Daten im automatisierten Verfahren abrufen. Die Deutsche Bundesbank hat bei jedem zehnten von der Bundesanstalt durchgeführten Abruf personenbezogener Daten den Zeitpunkt, die Angaben, welche die Feststellung der aufgerufenen Datensätze ermöglichen, sowie die für den Abruf verantwortliche Person zu protokollieren. Die Protokolldaten dürfen nur für Zwecke der Datenschutzkontrolle, der Datensicherung oder zur Sicherstellung eines ordnungsmäßigen Betriebs der Datenverarbeitungsanlage verwendet werden. Sie sind am Ende des auf das Jahr der Protokollierung folgenden Kalenderjahres zu löschen, soweit sie nicht für ein laufendes Kontrollverfahren benötigt werden. Die Sätze 3 bis 6 gelten entsprechend für die Datenabrufe der Deutschen Bundesbank bei der Bundesanstalt. Im Übrigen bleiben die allgemeinen datenschutzrechtlichen Vorschriften unberührt.

Diese Regelung entspricht § 7 KWG (Kreditwesengesetz). Die in dem vorherigen Punkt gemachten datenschutzrechtlichen Ausführungen gelten entsprechend, wobei gleichermaßen unklar ist, ob es sich um eine Rechtsgrundlage i.S.d. Art. 6 Abs. 1 lit. e DSGVO handeln soll. Die Regelung, dass *die Protokolldaten nur für Zwecke der Datenschutzkontrolle, der Datensicherung oder zur Sicherstellung eines ordnungsmäßigen Betriebs der Datenverarbeitungsanlage verwendet werden dürfen*, entspricht im Übrigen der Regelung in § 31 BDSG a.F., die aufgrund des Inkrafttretens der DSGVO nicht mehr anwendbar ist.

Zu § 8 KMAG-Entwurf

Die bei der Bundesanstalt Beschäftigten und die nach § 4 Absatz 3 des Finanzdienstleistungsaufsichtsgesetzes beauftragten Personen, die nach § 22 Absatz 6 bestellten Sonderbeauftragten, die nach § 25 Absatz 7 bestellten Treuhänder, die nach § 9 Absatz 1 Satz 2 Nummer 2, § 13 Absatz 2 Satz 2 oder § 28 Absatz 3 bestellten Abwickler sowie die im Dienst der Deutschen Bundesbank stehenden Personen, soweit sie zur Durchführung der Verordnung (EU) 2023/1114 oder dieses Gesetzes tätig werden, dürfen die ihnen bei ihrer Tätigkeit bekannt gewordenen Tatsachen, deren Geheimhaltung im Interesse des Instituts, der zuständigen Behörden oder eines Dritten liegt, insbesondere Geschäfts- und Betriebsgeheimnisse sowie personenbezogene Daten, nicht unbefugt offenbaren oder verwenden, auch wenn sie nicht mehr im Dienst sind oder ihre Tätigkeit beendet ist. Dies gilt auch für die in Satz 1 genannten Personen, sofern ihnen Tatsachen im Rahmen der Anbahnung einer Beauftragung oder Bestellung anvertraut werden. Die von den beaufsichtigten Instituten und Unternehmen zu beachtenden allgemeinen datenschutzrechtlichen Vorschriften bleiben unberührt. Dies gilt auch für andere Personen, die durch dienstliche Berichterstattung Kenntnis von den in Satz 1 bezeichneten Tatsachen erhalten. Ein unbefugtes Offenbaren oder Verwenden liegt insbesondere nicht vor, wenn Tatsachen weitergegeben werden an....

Art. 100 Verordnung (EU) 2023/1114 enthält eine Regelung zur Wahrung des Berufsgeheimnisses. Daher stellt sich hier die Frage, inwieweit Art. 100 Abs. 2 Verordnung (EU) 2023/1114, der in den Mitgliedstaaten unmittelbar anwendbar ist, in § 8 Abs. 1 KMAG konkretisiert bzw. abweichend vom Wortlaut des Art. 100 (EU) 2023/1114 verfasst werden kann. So ergibt sich aus dessen Wortlaut nicht, dass die Mitgliedstaaten ergänzende Bestimmungen zu seiner Durchführung erlassen könnten. Diese Möglichkeit besteht lediglich im Hinblick auf die Ausnahmen eines unbefugten Offenbaren

oder Verwenden aufgrund von Gesetzgebungsakten der Union oder nationalem Recht (Art. 100 Abs. 2 Verordnung (EU) 2023/1114).

Ergänzend ist in diesem Zusammenhang jedoch zu berücksichtigen, dass gemäß ErwG 117 und Art. 101 Verordnung (EU) 2023/1114 die Rechte und Pflichten der DSGVO unberührt bleiben. Daher bedarf auch die Datenweitergabe im Sinne eines Offenbaren oder Verwendens im Rahmen des § 8 Abs. 1 S. 5 KMAG-Entwurf eines Erlaubnistatbestandes. Es dürfen keine verfassungsrechtlichen und datenschutzrechtlichen Bedenken gegen „das Offenbaren oder Verwenden“ bestehen. Aus datenschutzrechtlicher Sicht muss eine Rechtsgrundlage für die Übermittlung personenbezogener Daten vorliegen. Eine solche kann auch durch Art. 6 Abs. 1 lit. c oder lit. e DSGVO geschaffen werden. Art. 6 Abs. 1 lit. c oder lit. e DSGVO sind Bestimmungen, die selbst keine Erlaubnistatbestände darstellen, sondern einer Rechtsgrundlage im nationalen Recht oder im EU-Recht bedürfen. Damit ist eine spezifische Legitimationsgrundlage erforderlich, da § 8 Abs. 1 KMAG nur den Umfang der Verschwiegenheitsverpflichtung regelt (vgl. auch *Lindemann*, in: Fischer/Schulte-Mattler, KWG, 6. Aufl. 2023, § 9 KWG Rn. 38a).

Zu § 31 Abs. 1 KMAG-Entwurf

Die Bundesanstalt kann zur Verfolgung von Verstößen gegen Titel VI der Verordnung (EU) 2023/1114 von jeder Person, auch von solchen, die nacheinander an der Übermittlung von Aufträgen oder der Ausführung der betreffenden Tätigkeiten beteiligt sind, sowie von deren Auftraggebern

- 1. Auskünfte, Unterlagen und Daten und die Überlassung von Kopien fordern und*
- 2. erforderlichenfalls zum Erhalt von Informationen eine Person vorladen und befragen.*

Gesetzliche Auskunfts- und Aussageverweigerungsrechte sowie gesetzliche Verschwiegenheitspflichten bleiben unberührt.

§ 31 Abs. 1 KMAG-Entwurf findet seine Grundlage in Art. 94 Absatz 3 lit. a und lit. b Verordnung (EU) 2023/1114. Diesbezüglich kann die oben geäußerte Kritik wiederholt werden. Der BaFin stehen weitreichende, dem Strafprozessrecht ähnelnde Eingriffsbefugnisse zu, die sich nicht klar von den staatanwaltlichen Ermittlungsbefugnissen abgrenzen lassen.

Entsprechendes gilt für **§ 31 Abs. 2 und 3 KMAG-Entwurf**, der Art. 94 umsetzt. Auch diese Befugnisse der BaFin sind nicht neu, da bereits die Marktmissbrauchsverordnung (Art. 23 Abs. 2 MAR) entsprechende Ermächtigungen enthielt.

Zu § 31 Abs. 4 KMAG-Entwurf

Die Bundesanstalt kann von einem Telekommunikationsbetreiber die Herausgabe von in dessen Besitz befindlichen bereits existierenden Verkehrsdaten nach den §§ 9 und 12 des Telekommunikation-Telemedien-Datenschutz-Gesetzes verlangen, wenn bestimmte Tatsachen den Verdacht begründen, dass jemand gegen Titel VI der Verordnung (EU) 2023/1114 verstoßen hat, soweit dies zur Erforschung des Sachverhalts erforderlich ist. § 100a Absatz 3 und 4 und § 100e Absatz 1, 3 und 5 Satz 1 der Strafprozessordnung gelten entsprechend mit der Maßgabe, dass die Bundesanstalt antragsberechtigt ist. Zuständig ist das Amtsgericht Frankfurt am Main. Gegen die richterliche Entscheidung ist die Beschwerde zulässig; die §§ 306 bis 310 und § 311a der Strafprozessordnung

gelten entsprechend. Das Grundrecht des Brief- und Fernmeldegeheimnisses nach Artikel 10 des Grundgesetzes wird insoweit eingeschränkt.

1. Herausgabeverlangen

§ 31 Abs. 4 K MAG-Entwurf stellt eine Durchführung von Art. 94 Verordnung (EU) 2023/1114 dar (Art. 94 Abs. 3 lit. e). Eine entsprechende Befugnis war bereits in der Marktmissbrauchsverordnung (Art. 23 Abs. 2 lit. h MAR) enthalten.

Art. 94 Abs. 3 lit. e Verordnung (EU) 2023/1114 verweist darauf, dass die zuständigen Behörden im Einklang mit dem nationalen Recht zumindest über die erforderlichen Aufsichts- und Untersuchungsbefugnisse verfügen müssen, um „soweit dies nach nationalem Recht zulässig ist, bestehende Datenverkehrsaufzeichnungen im Besitz einer Telekommunikationsgesellschaft anzufordern, wenn der begründete Verdacht eines Verstoßes besteht und wenn diese Aufzeichnungen für die Untersuchung eines Verstoßes gegen die Artikel 88 bis 91 relevant sein könnten“.

Mit § 31 Abs. 4 K MAG-Entwurf wird nun eine Regelung geschaffen, die eine solche Herausgabepflicht normiert. Es handelt sich um eine Befugnisnorm eigens für die BaFin, wie sie auch bereits in § 7 WpHG (Wertpapierhandelsgesetz) geregelt ist.

2. Verhältnismäßigkeit

Es stellt sich die Frage der Verhältnismäßigkeit von § 31 Abs. 4 K MAG-Entwurf, da ohne weitere Abwägung qua Gesetz grundsätzlich unterstellt wird, dass die Erhebung der Verkehrsdaten für die Erforschung des Sachverhalts erforderlich sind und die Erhebung der Daten in einem angemessenen Verhältnis zur Bedeutung der Sache steht. Zu berücksichtigen ist insbesondere, dass diese Regelung parallel zu § 100j bzw. § 100g StPO gilt (Auskunftsverfahren zu Bestands- oder Verkehrsdaten), wobei § 100g StPO zusätzlich eine Straftat von auch im Einzelfall erheblicher Bedeutung verlangt. Eine solche Schwelle beinhaltet § 31 Abs. 4 K MAG-Entwurf nicht, so dass die Befugnisse der BaFin über die Befugnisse der Staatsanwaltschaft hinausgehen.

Im Übrigen verlangt auch Art. 94 Abs. 3 lit. e Verordnung (EU) 2023/1114 nicht eine Ausgestaltung der von § 31 Abs. 3 K MAG in der jetzigen Form, da ausdrücklich vorgesehen ist, dass die Befugnis nur besteht, *soweit dies nach nationalem Recht zulässig ist*. Daher könnte der Gesetzgeber durchaus und mit Blick auf den Verhältnismäßigkeitsgrundsatz einschränkende Regelungen verfassen.

Diese Regelung ist insgesamt sehr weitgehend, da die BaFin quasi als Ermittlungsbehörde tätig werden kann, so dass zu fordern ist, dass nicht nur ein allgemeiner Verdacht etwa einer Marktmanipulation gegeben ist, sondern konkrete Tatsachen vorliegen müssen, die einen Verdacht mit ausreichender Schwere begründen. Art. 94 Abs. 3 lit. e Verordnung (EU) 2023/1114 selbst verlangt den begründeten Verdacht eines Verstoßes. Besonders kritisch ist daher zu werten, wenn im Rahmen des gleichlautenden § 7 WpHG begründet wird, dass die BaFin unter Angabe von Tatsachen ihre Vermutung des Vorliegens von Verstößen darlegen könne, ohne dass ein Anfangsverdacht i.S.d. StPO vorliegen müsse, da der Sachverhalt mit Hilfe der Befugnisse weiter aufgeklärt werden solle (*Bouchon*, in: Fuchs/Zimmermann, Wertpapierhandelsgesetz, 3. Aufl. 2024, § 7 WpHG Rn. 5). Es sollte daher zumindest ein qualifizierter Anfangsverdachts für die Verstöße gegen Art. 88 bis 91 Verordnung (EU) 2023/1114 vorliegen müssen. Dabei ist der Richtervorbehalt entsprechend § 100e Abs. 1 StPO zu beachten. Ergänzend ist darauf hinzuweisen, dass § 31 Abs. 4 K MAG-Entwurf auf den vollständigen Titel VI referenziert, während Art. 94 Abs. 3 lit. e Verordnung (EU) 2023/1114 ausdrücklich auf Verstöße gegen der Art. 88 bis 91 Verordnung (EU) 2023/1114 verweist.

3. Grundrechtseingriff seitens des Anbieters des Telekommunikationsdienstes

Bezüglich der Systematik der gesetzlichen Regelung ist ergänzend anzumerken, dass in § 31 Abs. 4 K MAG-Entwurf geregelt ist, unter welchen Voraussetzungen die BaFin Auskünfte verlangen darf. Auf der anderen Seite nimmt jedoch ebenso der Telekommunikationsbetreiber einen Grundrechtseingriff vor, wenn er dem Auskunftsanspruch Folge leistet, so dass auch hier (mit Blick auf das „Doppeltürmodell“ des BVerfG) eine entsprechende verfassungsgemäße Regelung vorliegen muss, was ebenso nach dem Datenschutzrecht geboten ist. Für einen solchen Grundrechtseingriff im Rahmen der Beantwortung eines Auskunftsverlangens seitens der BaFin (bei Einstufung als Gefahrenabwehrbehörde und nicht nur zur Gefahrenvorsorge) kommen grundsätzlich §§ 22 ff. TTDSG oder §§ 174, 177 TKG in Betracht:

§ 174 TKG bezieht sich auf die Bestandsdatenauskunft, wobei die in eine Auskunft aufzunehmenden Daten auch anhand einer zu einem bestimmten Zeitpunkt zugewiesenen Internetprotokoll-Adresse bestimmt werden dürfen.

Bezüglich §§ 176, 177 TKG ist auf die verfassungsrechtlichen Bedenken gegen diese Regelungen hinzuweisen, da § 176 TKG Daten die Anforderungen des EuGH nicht vollständig umsetzt, da sie die Vorratsdatenspeicherung nicht auf absolut Notwendige beschränkt.

§§ 22 TTDSG ff. kommen nicht in Betracht, da 94 Abs. 3 lit. e Verordnung (EU) 2023/1114 auf im Besitz einer Telekommunikationsgesellschaft befindliche Datenverkehrsaufzeichnungen verweist (dies wird im Rahmen von § 7 WpHG von der Literatur teilweise übersehen). Auch der (nicht näher bestimmte Begriff der) Datenverkehrsaufzeichnungen in der Verordnung (EU) 2023/1114 spricht für die Einordnung als Verkehrsdaten i.S.v. § 3 Nr. 70 TKG.

4. Begrifflichkeiten

Aufgrund dieser Erwägungen könnte es sich in § 31 Abs. 4 K MAG-Entwurf darüber hinaus empfehlen, die Begrifflichkeiten anzupassen:

Wie in § 7 WpHG (Wertpapierhandelsgesetz) wird auch in § 31 Abs. 4 K MAG-Entwurf der Begriff „Telekommunikationsbetreiber“ verwendet und auf die Regelungen des Telekommunikation-Telemedien-Datenschutzgesetzes gemäß §§ 9, 12 TTDSG verwiesen (wobei allerdings § 100g StPO ebenso auf §§ 9, 12 TTDSG verweist). §§ 9 TTDSG, 12 TTDSG zeigen dabei die Grenzen der datenschutzrechtlich zulässigen Verarbeitung für Anbieter auf, die dem Fernmeldegeheimnis unterliegen (§ 3 Abs. 2 Nr. 2 TTDSG). Die Verkehrsdaten selbst werden jedoch in § 3 Nr. 70 TKG definiert und die Definition des Anbieters von Telekommunikationsdiensten ist in § 3 Nr. 1 TKG geregelt (zum Begriff der Telekommunikationsdienste siehe § 3 Nr. 61 TKG). Dies entspricht insoweit § 100a Abs. 4 S. 1 StPO, auf den § 31 Abs. 4 K MAG verweist, der denjenigen verpflichtet, der Telekommunikationsdienste erbringt oder daran mitwirkt.

Zudem ist nicht eindeutig, ob § 31 Abs. 4 K MAG gleichermaßen eine Bestandsdatenauskunft im Blick hat.

Zu § 31 Abs. 5 K MAG-Entwurf

Die Bundesanstalt kann von Instituten die Herausgabe von bereits existierenden Aufzeichnungen von Telefongesprächen, elektronischen Mitteilungen oder Verkehrsdaten nach §§ 9 und 12 des Telekommunikation-Telemedien-Datenschutz-Gesetzes, die sich im Besitz dieser Unternehmen

befinden, verlangen, soweit dies auf Grund von Anhaltspunkten für die Überwachung der Einhaltung eines Verbots nach den Artikeln 89 und 91 der Verordnung (EU) 2023/1114 erforderlich ist. Das Grundrecht des Brief- und Fernmeldegeheimnisses nach Artikel 10 Absatz 1 des Grundgesetzes wird insoweit eingeschränkt.

§ 31 Abs. 5 K MAG-Entwurf richtet sich an Anbieter von vermögenswertreferenzierten Token, E-Geld-Token und Kryptowerte-Dienstleistungen. Die Regelung stellt keine Umsetzung der Anforderungen der Verordnung (EU) 2023/1114 dar.

Soweit § 31 Abs. 5 K MAG-E aufrechterhalten werden soll, kann sich aus folgenden Gründen eine Klarstellung der in § 31 Abs. 5 K MAG-E genannten Begrifflichkeiten empfehlen:

Die zu herausgebenden Kommunikationsdaten sind weiter gefasst als in § 31 Abs. 4 K MAG-E und es wird weiterhin auf Verkehrsdaten nach §§ 9, 12 TTDSG Bezug genommen, obwohl es sich bei den Instituten nicht um Anbieter von Telekommunikationsdiensten i.S.v. § 3 Nr. 1 (§ 3 Nr. 61 TKG) handelt. Daher könnte es sich insoweit um Nutzungsdaten i.S.v. § 2 Abs. 2 Nr. 3 TTDSG handeln (z.B. dynamische IP-Adresse, Zeitpunkt des Log-in), soweit diese Unternehmen auch als Anbieter von Telemedien gelten (§ 2 Abs. 2 Nr. 1 TTDSG). Im Sinne der oben zu § 31 Abs. 4 K MAG-E angestellten Überlegen könnte sich daher die Rechtsgrundlage für die genannten Unternehmen zur Herausgabe bzw. Beauskunftung der Daten aus §§ 22 ff. TTDSG ergeben, soweit die BaFin als Gefahrenabwehrbehörde handelt und die einschlägigen Voraussetzungen der §§ 22 TTDSG ff. erfüllt werden.

Darüber hinaus können sich aus datenschutzrechtlicher Sicht die Herausgabeansprüche nur auf rechtmäßig erhobene Daten beziehen, so etwa, wenn die Beschäftigten in die aufgezeichneten Telefongespräche eingewilligt haben. Im Übrigen ist zu beachten, dass zwischen Nutzungsdaten und Inhaltsdaten zu unterscheiden ist und bspw. Daten, die ein Nutzer selbst eingegeben hat, nach Auffassung der Datenschutzaufsichtsbehörden als Inhaltsdaten gelten, so dass im Einzelfall ein Herausgabeanspruch ausgeschlossen sein könnte.

Der Begriff der Erforderlichkeit („soweit dies auf Grund von Anhaltspunkten für die Überwachung der Einhaltung eines Verbots nach den Artikeln 89 und 91 der Verordnung (EU) 2023/1114 erforderlich ist“) wäre zum Schutz der Betroffenen zu präzisieren, um letztendlich den Verhältnismäßigkeitsgrundsatz sicherzustellen. Ebenso könnte gleichermaßen konkretisiert werden, unter welchen Umständen die BaFin die Herausgabe der Daten verlangen kann, da bislang in der Regelung keine begründeten Tatsachen für einen Verstoß verlangt werden, sondern lediglich Anhaltspunkte für die Überwachung der Einhaltung eines Verbots nach Art. 89 und Art. 91 Verordnung (EU) 2023/1114 ausreichend sind.

Artikel 6

Änderung des Kapitalanlagegesetzbuches

Zu § 28 Abs. 1 S. 2 Nr. 5

5. angemessene Kontroll- und Sicherheitsvorkehrungen für den Einsatz der elektronischen Datenverarbeitung einschließlich in Bezug auf Netzwerk- und Informationssysteme, die in Einklang mit der Verordnung (EU) 2022/2554 eingerichtet und verwaltet werden und im Hinblick auf die Verarbeitung personenbezogener Daten insbesondere technische und organisatorische Maßnahmen nach den Artikeln 24, 25 und 32 der Verordnung (EU) 2016/679;

Es bestehen insoweit keine Bedenken gegen den Bezug auf personenbezogene Daten, wenn eindeutig und klarstellend auf Art. 4 Nr. 1 der Verordnung (EU) 2016/679 referenziert wird. In diesem Sinne wären auch pseudonyme Daten (personenbeziehbare Daten) von der Regelung erfasst. So bezieht sich Art. 4 Nr. 1 der Verordnung (EU) 2016/679 auch auf identifizierbare Personen, d.h. wenn sie direkt oder indirekt mittels Zuordnung etwa zu einem Namen oder zu einer Kennnummer, etc. identifiziert werden kann.

Artikel 22

Änderung der Verordnung über die Satzung der Bundesanstalt für Finanzdienstleistungsaufsicht

§ 8a wird wie folgt gefasst:

a) Absatz 1 wird wie folgt gefasst:

„(1) Die zwölf Mitglieder des Verbraucherbeirats werden von der Bundesanstalt im Einvernehmen mit dem Bundesministerium und im Benehmen mit dem Bundesministerium für Umwelt, Naturschutz, nukleare Sicherheit und Verbraucherschutz aus den in § 8a Absatz 2 Satz 3 des Finanzdienstleistungsaufsichtsgesetzes genannten Gruppen bestellt. Die Mitglieder sollen über besondere berufliche Erfahrung und Kenntnisse auf dem Gebiet des finanziellen Verbraucherschutzes verfügen, jedoch nicht der Bundesanstalt angehören. Eine gleichzeitige Mitgliedschaft in anderen Beiräten der Bundesanstalt ist möglich.“

b) Nach Absatz 3 wird folgender Absatz 4 eingefügt:

„(4) Der Verbraucherbeirat bringt seine Expertise zu Grundsatzfragen des Verbraucherschutzes ebenso ein wie zu neuen Entwicklungen mit absehbaren Auswirkungen auf Verbraucherinnen und Verbraucher. Dazu informiert die Bundesanstalt den Beirat regelmäßig und möglichst frühzeitig unter anderem auch über Marktuntersuchungen und Maßnahmen mit Verbraucherbezug. Der Verbraucherbeirat wird nach Bedarf, im Regelfall mindestens jedoch dreimal jährlich, von seiner oder seinem Vorsitzen den oder bei Verhinderung von einem Stellvertreter oder einer Stellvertreterin einberufen. Bei der Vorbereitung dieser Sitzungen und Erarbeitung gegebenenfalls erforderlicher Unterlagen, zum Beispiel Empfehlungen oder Stellungnahmen an die Bundesanstalt, wird der Verbraucherbeirat durch ein von der Bundesanstalt zu stellendes Sekretariat unterstützt.“

Da eine „qualifizierte Erörterungen der drängendsten verbraucherschutzrechtlichen Herausforderungen“ gemäß der Begründung angestrebt ist, kann es sich empfehlen, dieses Ziel bereits im Namen zu verorten („Verbraucherschutzbeirat“).

Wünschenswert wäre es zum einen, wenn die Empfehlungen des Verbraucherbeirats veröffentlicht werden und VertreterInnen der Verbraucherzentralen und Schuldnerberatungsstellen Mitglieder des Beirats wären. Zum anderen kann es sich aus Verbraucherschutzrechtlicher Sicht empfehlen, eine fristgerechte Stellungnahme der BaFin zu der Empfehlung des Beirats zu fordern sowie die Begründungspflicht im Falle einer ablehnenden Haltung. Ob eine Empfehlung oder Stellungnahme an die BaFin adressiert wird, sollte zudem immer dem Ermessen des Beirats obliegen.