

I

(Entschlüsse, Empfehlungen und Stellungnahmen)

STELLUNGNAHMEN

DER EUROPÄISCHE DATENSCHUTZBEAUFTRAGTE

Stellungnahme des Europäischen Datenschutzbeauftragten zu den Vorschlägen der Kommission für eine Richtlinie des Europäischen Parlaments und des Rates über Märkte für Finanzinstrumente zur Aufhebung der Richtlinie 2004/39/EG des Europäischen Parlaments und des Rates und für eine Verordnung des Europäischen Parlaments und des Rates über Märkte für Finanzinstrumente und zur Änderung der Verordnung über OTC-Derivate, zentrale Gegenparteien und Transaktionsregister

(2012/C 147/01)

DER EUROPÄISCHE DATENSCHUTZBEAUFTRAGTE —

gestützt auf den Vertrag über die Arbeitsweise der Europäischen Union, insbesondere auf Artikel 16,

gestützt auf die Charta der Grundrechte der Europäischen Union, insbesondere auf die Artikel 7 und 8,

gestützt auf die Richtlinie 95/46/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 24. Oktober 1995 über den Schutz natürlicher Personen bei der Verarbeitung personenbezogener Daten und zum freien Datenverkehr ⁽¹⁾,

gestützt auf die Verordnung (EG) des Rates Nr. 45/2001 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 18. Dezember 2000 zum Schutz natürlicher Personen bei der Verarbeitung personenbezogener Daten durch Organe und Einrichtungen der Gemeinschaft und zum freien Datenverkehr ⁽²⁾, insbesondere auf Artikel 28 Absatz 2 —

HAT FOLGENDE STELLUNGNAHME ANGENOMMEN:

1. EINLEITUNG

1.1 Konsultation des EDSB

1. Die vorliegende Stellungnahme gehört zu einem Paket von vier Stellungnahmen des EDSB im Zusammenhang mit dem Finanzsektor, die alle am selben Tag angenommen wurden ⁽³⁾.
2. Am 20. Oktober 2011 nahm die Kommission einen Vorschlag für eine Richtlinie des Europäischen Parlaments und des Rates über Märkte für Finanzinstrumente zur Aufhebung der Richtlinie 2004/39/EG des Europäischen Parlaments und des Rates ⁽⁴⁾ („Richtlinienvorschlag“) und einen Vorschlag für eine Verordnung des Europäischen Parlaments und des Rates über Märkte für Finanzinstrumente und zur Änderung der Verordnung (EMIR) über OTC-Derivate, zentrale Gegenparteien und Transaktionsregister („Verordnungsvorschlag“) an (beide Texte zusammen im Folgenden als „die Vorschläge“ bezeichnet).
3. Vor Annahme der Vorschläge war der EDSB informell konsultiert worden. Der EDSB stellt fest, dass mehrere seiner Kommentare in die Vorschläge eingeflossen sind.

⁽¹⁾ ABl. L 281 vom 23.11.1995, S. 31.

⁽²⁾ ABl. L 8 vom 12.1.2001, S. 1.

⁽³⁾ Stellungnahmen des EDSB vom 10. Februar 2012 zu einem Legislativpaket zur Überarbeitung der Rechtsvorschriften über Banken, Ratingagenturen, Märkte für Finanzinstrumente (MiFID/MiFIR) und Marktmissbrauch.

⁽⁴⁾ ABl. L 145 vom 30.4.2004, S. 1.

1.2 Ziel und Anwendungsbereich der Vorschläge

4. Die im November 2007 in Kraft getretene Richtlinie über Märkte für Finanzinstrumente („MiFID“) ist einer der Grundpfeiler der Finanzmarktintegration in der EU. Derzeit besteht das Regelwerk aus einer Rahmenrichtlinie (Richtlinie 2004/39/EG), einer Durchführungsrichtlinie (Richtlinie 2006/73/EG) und einer Durchführungsverordnung (Verordnung (EG) Nr. 1287/2006).
5. Die MiFID bildet den Rechtsrahmen für die Erbringung von Wertpapierdienstleistungen im Zusammenhang mit Finanzinstrumenten (wie Vermittlung, Beratung, Handel, Portfolioverwaltung, Übernahme von Emissionen usw.) durch Banken und Wertpapierfirmen sowie für den Betrieb geregelter Märkte durch Marktbetreiber. Ferner legt sie Befugnisse und Pflichten der zuständigen nationalen Behörden in Bezug auf diese Tätigkeiten fest. So können die Mitgliedstaaten seit Inkrafttreten der Richtlinie nicht mehr verlangen, dass der gesamte Handel mit Finanzinstrumenten an speziellen Börsen stattfindet, und ein europaweiter Wettbewerb zwischen traditionellen Börsen und alternativen Handelsplätzen wurde möglich.
6. Mehr als drei Jahre nach Inkrafttreten ist ein stärkerer Wettbewerb zwischen den Handelsplätzen beim Handel mit Finanzinstrumenten zu verzeichnen und die Anleger können aus einem breiten Spektrum von Dienstleistungsanbietern und Finanzinstrumenten auswählen. Es sind allerdings auch einige Probleme aufgetreten. So sind beispielsweise die durch den intensiveren Wettbewerb entstandenen Vorteile nicht allen Marktteilnehmern gleichermaßen zugutegekommen und nicht immer an die Endanleger (Kleinanleger oder Großhandel) weitergegeben worden, waren die Entwicklungen auf den Märkten und bei Technologien verschiedenen Bestimmungen der MiFID voraus und hat die Finanzkrise Schwächen in der Regulierung bestimmter Instrumente hervortreten lassen.
7. Mit der Überarbeitung der MiFID sollen die derzeitigen Vorschriften der Marktentwicklung sowie der Finanzkrise und technologischen Entwicklungen angepasst und aktualisiert und ihre Wirksamkeit verbessert werden.

1.3 Ziel der Stellungnahme des EDSB

8. Mehrere Aspekte der Vorschläge haben Auswirkungen auf die Rechte betroffener Personen bei der Verarbeitung ihrer personenbezogenen Daten. Dazu gehören: 1. Die Pflicht zur Führung von Aufzeichnungen und zur Meldung von Geschäften, 2. die Befugnisse zuständiger Behörden (einschließlich Ermittlungsbefugnis und Befugnis zur Anforderung von Telefon- und Datenverkehrsufzeichnungen), 3. die Veröffentlichung von Sanktionen, 4. die Meldung von Verstößen und insbesondere Bestimmungen über interne Verfahren zur Meldung mutmaßlicher Missstände, 5. die Zusammenarbeit zwischen den zuständigen Behörden der Mitgliedstaaten und der ESMA.

2. ANALYSE DER VORSCHLÄGE

2.1 Anwendbarkeit der Datenschutzvorschriften

9. In mehrerer Erwägungsgründen⁽⁵⁾ der Vorschläge werden die Charta der Grundrechte, die Richtlinie 95/46/EG und die Verordnung (EG) Nr. 45/2001 erwähnt. Dennoch sollte ein Verweis auf die anzuwendenden Datenschutzvorschriften auch in den verfügbaren Teil der Vorschläge aufgenommen werden.
10. Ein gutes Beispiel für eine solche Bestimmung ist Artikel 22 des Vorschlags für eine Verordnung des Europäischen Parlaments und des Rates über Insider-Geschäfte und Marktmanipulation⁽⁶⁾, der ausdrücklich generell vorsieht, dass in Bezug auf die Verarbeitung personenbezogener Daten im Rahmen des Vorschlags die Richtlinie 95/46/EG und die Verordnung (EG) Nr. 45/2001 anzuwenden sind. Der EDSB hat vor Kurzem eine Stellungnahme zu diesem Vorschlag angenommen, in der er diese übergreifende Bestimmung nachdrücklich begrüßt. Der EDSB schlägt jedoch vor, im Verweis auf die Richtlinie 95/46/EG klarer zum Ausdruck zu bringen, dass die Bestimmungen im Einklang mit den einzelstaatlichen Rechtsvorschriften zur Umsetzung der Richtlinie 95/46/EG anzuwenden sind.
11. Der EDSB schlägt daher vor, eine Artikel 22 des Vorschlags für eine Verordnung des Europäischen Parlaments und des Rates über Insider-Geschäfte und Marktmanipulation⁽⁷⁾, ähnliche Bestimmung aufzunehmen und dabei seine Anregungen zu diesem Vorschlag⁽⁸⁾, aufzugreifen, also die Anwendbarkeit bestehender Datenschutzvorschriften zu unterstreichen und in dem Verweis auf die Richtlinie 95/46/EG deutlich zum Ausdruck zu bringen, dass die Bestimmungen im Einklang mit den einzelstaatlichen Rechtsvorschriften zur Umsetzung der Richtlinie 95/46/EG anzuwenden sind.

⁽⁵⁾ Siehe Erwägungsgründe 20, 30 und 45 der vorgeschlagenen Verordnung und Erwägungsgründe 41, 43, 69 und 103 der vorgeschlagenen Richtlinie.

⁽⁶⁾ KOM(2011) 651.

⁽⁷⁾ Vorschlag der Kommission für eine Verordnung des Europäischen Parlaments und des Rates über Insider-Geschäfte und Marktmanipulation, KOM(2011) 651.

⁽⁸⁾ Siehe Stellungnahme des EDSB vom 10. Februar 2012 zum Vorschlag für eine Verordnung des Europäischen Parlaments und des Rates über Insider-Geschäfte und Marktmanipulation, KOM(2011) 651.

12. In den Erwägungsgründen sollte es durchgehend heißen, dass die Mitgliedstaaten die einschlägigen Datenschutzvorschriften „anwenden“ und nicht nur „anwenden sollten“, da diese Vorschriften ja in Kraft sind und bezüglich ihrer Anwendbarkeit kein Ermessensspielraum besteht.

2.2 Pflicht zur Führung von Aufzeichnungen und Meldung von Geschäften

2.2.1 Pflicht nach der vorgeschlagenen Verordnung

13. Erwägungsgrund 27 sowie Artikel 21 bis 23 des Verordnungsvorschlags führen den Grundsatz ein, dem zufolge die von der ESMA koordinierten zuständigen Behörden die Tätigkeiten von Wertpapierfirmen überwachen, um sicherzustellen, dass diese redlich, professionell und in einer Weise handeln, die die Integrität des Marktes fördert. Hierzu sollten die Behörden die Person identifizieren können, die die Anlageentscheidung getroffen hat, sowie die Personen, die für die Ausführung des Geschäfts verantwortlich sind (Erwägungsgrund 28).
14. Zur Durchführung dieser Überwachung sind Wertpapierfirmen gemäß Artikel 22 verpflichtet, den zuständigen Behörden mindestens fünf Jahre die einschlägigen Daten über alle von ihnen durchgeführten Geschäfte mit Finanzinstrumenten zur Verfügung zu halten. Diese Aufzeichnungen enthalten sämtliche Angaben zur Identität des Kunden. Die Einzelheiten der Geschäfte mit Finanzinstrumenten sind den zuständigen Behörden zu melden, um diese in die Lage zu versetzen, potenzielle Fälle eines Marktmissbrauchs aufzudecken und zu untersuchen sowie das faire und ordnungsgemäße Funktionieren der Märkte und die Tätigkeiten von Wertpapierfirmen zu überwachen. Auch die ESMA kann Zugriff auf diese Daten verlangen.
15. Wertpapierfirmen haben die Einzelheiten dieser Geschäfte einschließlich der Identität der Kunden so schnell wie möglich den zuständigen Behörden zu melden (Artikel 23). Handelt es sich bei den Kunden um natürliche Personen, umfassen diese Vorgänge die Verarbeitung personenbezogener Daten im Sinne der Richtlinie 95/46/EG und der Verordnung (EG) Nr. 45/2001 und möglicherweise auch den Aufbau allgemeiner Datenbanken.
16. In der Folgenabschätzung wird auf die fünfjährige Aufbewahrungsfrist für Meldungen von Geschäften nicht näher eingegangen. Gemäß Artikel 6 Absatz 1 Buchstabe e der Richtlinie 95/46/EG dürfen personenbezogene Daten nicht länger, als es für die Realisierung der Zwecke, für die sie erhoben wurden, erforderlich ist, aufbewahrt werden. Damit dieser Anforderung Genüge getan wird, schlägt der EDSB vor, die Mindestaufbewahrungsdauer von fünf Jahren durch eine Höchstaufbewahrungsdauer zu ersetzen. Der ausgewählte Zeitraum sollte erforderlich sein und dem Zweck angemessen sein, für den die Daten erhoben wurden.

2.2.2 Pflicht nach der vorgeschlagenen Richtlinie

17. Artikel 16 der Richtlinie enthält organisatorische Anforderungen an Wertpapierfirmen. So haben die Firmen insbesondere dafür zu sorgen, dass Aufzeichnungen über alle ihre Dienstleistungen und Geschäfte geführt werden, die ausreichen, um der zuständigen Behörde zu ermöglichen, die Einhaltung der Anforderungen dieser Richtlinie zu überprüfen. Anhand solcher Aufzeichnungen könnte überprüft werden, ob die Wertpapierfirma den Verpflichtungen gegenüber Kunden oder potenziellen Kunden nachgekommen ist. Es wird im Wortlaut zwar nicht ausdrücklich erwähnt, doch ist davon auszugehen, dass derartige Daten auch personenbezogene Daten von Kunden und Beschäftigten umfassen.
18. Gemäß Artikel 16 Absatz 12 ist die Kommission ermächtigt, mittels delegierter Rechtsakte die in dem Artikel aufgeführten konkreten organisatorischen Anforderungen zu präzisieren. In diesem Zusammenhang lädt der EDSB die Kommission ein, ihn bei der Annahme der delegierten Rechtsakte zu konsultieren. Solche Maßnahmen sollten auf jeden Fall darauf abheben, die Aufbewahrung und Verarbeitung der von den Wertpapierfirmen aufzuzeichnenden personenbezogenen Daten auf ein Mindestmaß zu reduzieren. Wie bereits mit Blick auf die Verordnung angemerkt, sollte die Kommission ebenfalls gründlich prüfen, welcher Aufbewahrungszeitraum für solche Daten eingeführt werden sollte, damit er angemessen und verhältnismäßig ist.

2.3 Pflicht zur Aufzeichnung von Telefongesprächen oder elektronischen Mitteilungen

19. Der Richtlinienvorschlag sieht die Aufzeichnung von Telefongesprächen oder elektronischen Mitteilungen vor.
20. Aufzeichnungen von Telefongesprächen oder elektronischen Mitteilungen enthalten normalerweise personenbezogene Daten der am Gespräch oder der Mitteilung Beteiligten, auch wenn sie im Zusammenhang mit Finanzgeschäften oder beruflichen Tätigkeiten stehen. Daten zu elektronischen Mitteilungen können sehr vielfältige personenbezogene Informationen einschließlich Verkehrsdaten, aber auch Inhalte enthalten. Des Weiteren impliziert die Verwendung des Begriffs „Gespräch“, dass der Inhalt des Gesprächs aufgezeichnet wird.

21. Bezüglich personenbezogener Daten im Sinne der Richtlinie 95/46/EG und der Verordnung (EG) Nr. 45/2001 sind die wichtigsten Datenschutzvorschriften und insbesondere die Grundsätze der Zweckbindung, der Notwendigkeit und Verhältnismäßigkeit sowie die Verpflichtung einzuhalten, die Daten nicht länger als erforderlich aufzubewahren.

Zweckbindung

22. Artikel 6 Absatz 1 Buchstabe b der Richtlinie 95/46/EG besagt, dass personenbezogene Daten nur für festgelegte eindeutige und rechtmäßige Zwecke erhoben und nicht in einer mit diesen Zweckbestimmungen nicht zu vereinbarenden Weise weiterverarbeitet werden dürfen.
23. Artikel 16 Absatz 7 der vorgeschlagenen Richtlinie enthält keine näheren Angaben zum Zweck der Aufzeichnung von Telefongesprächen und elektronischen Mitteilungen. Einige Zweckbestimmungen werden jedoch in Erwägungsgrund 42 und in Artikel 16 Absatz 6 des Richtlinienentwurfs, in der Stellungnahme des Ausschusses der europäischen Wertpapierregulierungsbehörden (CESR) sowie in der Folgenabschätzung genannt.
24. Gemäß Artikel 16 Absatz 6 der vorgeschlagenen Richtlinie sorgt eine Wertpapierfirma dafür, dass Aufzeichnungen über alle ihre Dienstleistungen und Geschäfte geführt werden, „um der zuständigen Behörde zu ermöglichen, die Einhaltung der Anforderungen dieser Richtlinie zu überprüfen und sich vor allem zu vergewissern, dass die Wertpapierfirma sämtlichen Verpflichtungen gegenüber den Kunden oder potenziellen Kunden nachgekommen ist“.
25. In Erwägungsgrund 42 der vorgeschlagenen Richtlinie heißt es: „Die Aufzeichnung von Telefongesprächen oder elektronischen Mitteilungen in Bezug auf Kundenaufträge (...) ist gerechtfertigt, um den Anlegerschutz zu stärken, die Marktüberwachung zu verbessern und die Rechtssicherheit im Interesse von Wertpapierfirmen und ihrer Kunden zu erhöhen“. Der Erwägungsgrund erwähnt ferner die technische Stellungnahme, die der Ausschuss der europäischen Wertpapierregulierungsbehörden (CESR) der Europäischen Kommission am 29. Juli 2010 zur Bedeutung solcher Aufzeichnungen vorgelegt hat⁽⁹⁾.
26. Der CESR unterstreicht in seiner Stellungnahme, dass nach Auffassung der zuständigen Behörden die Aufzeichnung von Gesprächen erforderlich wäre, um i) zu gewährleisten, dass zur Beilegung von Streitigkeiten zwischen einer Wertpapierfirma und ihren Kunden über die Geschäftsbedingungen Beweise vorliegen, ii) die Beaufsichtigung von Wohlverhaltensregeln zu unterstützen und iii) von Marktmissbrauch abzuhalten, bei der Aufdeckung von Marktmissbrauch zu helfen und die Durchsetzung in diesem Bereich zu erleichtern. Die Aufzeichnung wäre nicht die einzige Möglichkeit, die behördliche Aufsicht zu gewährleisten, „kann“ aber einer zuständigen Behörde dabei „helfen“, beispielsweise die Einhaltung der Anforderungen der MiFID bezüglich der Information von Kunden und potenziellen Kunden, bezüglich der bestmöglichen Ausführung oder der Bearbeitung von Kundenaufträgen zu kontrollieren.
27. In der Folgenabschätzung heißt es, dass „zuständige Behörden diese Information (d. h. Aufzeichnungen von Telefongesprächen und elektronischen Mitteilungen) benötigen, um die Integrität der Märkte und die Durchsetzung der Einhaltung der Wohlverhaltensregeln zu gewährleisten“⁽¹⁰⁾.
28. Die in Erwägungsgrund 42, Artikel 16 Absatz 6 der vorgeschlagenen Richtlinie, der technischen Stellungnahme des CESR und der Folgenabschätzung genannten Zweckbestimmungen werden nicht logisch und kohärent dargestellt, sondern finden sich an verschiedenen Stellen der Vorschläge und der Begleitdokumente. Gemäß Artikel 6 Absatz 1 der Richtlinie 95/46/EG müssen die Daten für festgelegte eindeutige und rechtmäßige Zwecke erhoben werden. Der EDSB fordert daher den Gesetzgeber nachdrücklich auf, in Artikel 16 Absatz 7 der vorgeschlagenen Richtlinie den Zweck der Aufzeichnung von Telefongesprächen und elektronischen Mitteilungen eindeutig und genau festzulegen.

Notwendigkeit und Verhältnismäßigkeit

29. Gemäß Artikel 6 Absatz 1 Buchstabe c der Richtlinie 95/46/EG müssen personenbezogene Daten den Zwecken entsprechen, für die sie erhoben und/oder weiterverarbeitet werden, d. h., die erhobenen Daten müssen auf das begrenzt sein, was zur Realisierung des angestrebten Ziels angemessen ist und dürfen nicht über das hinausgehen, was dazu erforderlich ist.

⁽⁹⁾ Technische Stellungnahme des CESR für die Europäische Kommission im Zusammenhang mit der Überarbeitung der MiFID — Anlegerschutz und Zwischenhändler, 29. Juli 2010, CESR/10-417, S. 7, http://www.esma.europa.eu/system/files/10_417.pdf

⁽¹⁰⁾ Folgenabschätzung, S. 150.

30. Artikel 16 Absatz 7 bezieht sich auf die Aufzeichnung von Telefongesprächen oder elektronischen Mitteilungen in Bezug auf zumindest die beim Handel für eigene Rechnung getätigten Geschäfte und die Kundenaufträge, bei denen die Dienstleistungen der Entgegennahme und Weiterleitung von Aufträgen und die Ausführung von Aufträgen im Namen der Kunden erbracht werden.
31. Erstens wird in Artikel 16 Absatz 7 abgesehen von den ausdrücklich erwähnten Geschäften nicht darauf eingegangen, welche Aufzeichnungen von Telefongesprächen und elektronischen Mitteilungen gemeint sind. Nach Auffassung des EDSB geht es um Gespräche und Mitteilungen im Zusammenhang mit den von einer Wertpapierfirma erbrachten Dienstleistungen und getätigten Geschäften. Dies sollte jedoch klar zum Ausdruck gebracht werden. Weiter lässt der Ausdruck „zumindest“ Spielraum für die Aufzeichnung verschiedener Reihen von Telefongesprächen oder elektronischen Mitteilungen. In dieser Bestimmung sollten vielmehr klar die aufzuzeichnenden Gespräche und Mitteilungen definiert und auf diejenigen begrenzt werden, die für den Zweck der Aufzeichnung erforderlich sind.
32. Zweitens werden in der Bestimmung nicht genau die Datenkategorien bestimmt, die aufbewahrt werden sollen. Wie bereits erwähnt, können Daten in Zusammenhang mit der Verwendung elektronischer Kommunikationsmittel sehr unterschiedliche personenbezogene Informationen enthalten, wie die Identität des Anrufers und des Angerufenen, Zeitpunkt und Dauer des Gesprächs, das benutzte Netz, den geografischen Standort des Nutzers bei tragbaren elektronischen Geräten usw. Dies impliziert auch möglichen Zugang zu den Inhalten von Gesprächen und Mitteilungen. Des Weiteren impliziert die Verwendung des Begriffs „Gespräch“, dass der Inhalt des Gesprächs aufgezeichnet wird. Gemäß dem Grundsatz der Verhältnismäßigkeit sind personenbezogene Daten in Aufzeichnungen von Telefongesprächen und elektronischen Mitteilungen auf das zu begrenzen, was für den Zweck erforderlich ist, für den sie erhoben wurden.
33. Sollte zum Beispiel der Zweck der Aufzeichnung von Gesprächen und Mitteilungen darin bestehen, einen Nachweis für die Geschäfte zu erhalten, dürfte zur Aufzeichnung des Inhalts von Gesprächen und Mitteilungen keine Alternative bestehen, damit ein Nachweis für die Geschäfte gegeben ist. Ein Aufzeichnen des Inhalts von Gesprächen und Mitteilungen zum Zweck der Aufdeckung von Marktmissbrauch oder zur allgemeinen Überwachung der Einhaltung der Anforderungen des Richtlinienvorschlags wäre hingegen übertrieben und unverhältnismäßig. Hier schließt Artikel 71 Absatz 2 Buchstabe d der vorgeschlagenen Richtlinie, dem zufolge die zuständige Behörde befugt ist, Aufzeichnungen von Telefon- und Verkehrsdaten im Besitz einer Wertpapierfirma anzufordern, wenn der begründete Verdacht besteht, dass ein Verstoß gegen die vorgeschlagene Richtlinie vorliegt, den Inhalt des Gesprächs oder der Mitteilung ausdrücklich aus. Auch Artikel 17 Absatz 2 Buchstabe f des Vorschlags für eine Verordnung des Europäischen Parlaments und des Rates über Insider-Geschäfte und Marktmanipulation⁽¹⁾, der der zuständigen Behörde die gleiche Ermittlungsbefugnis zum Nachweis von Insiderhandel oder Marktmanipulation gewährt, schließt den Inhalt des Gesprächs oder der Mitteilung ausdrücklich aus.
34. Der EDSB empfiehlt daher nachdrücklich, in Artikel 16 Absatz 7 des Richtlinienvorschlags genau festzulegen, welche Arten von Telefongespräch oder elektronischer Mitteilung sowie welche Kategorien von Daten im Zusammenhang mit Gesprächen und Mitteilungen aufgezeichnet werden sollen. Solche Daten müssen dem Zweck entsprechen, für den sie abgerufen und verarbeitet werden, dafür erheblich sein und nicht darüber hinausgehen.

Aufbewahrungsfrist der Daten

35. Gemäß Artikel 6 Absatz 1 Buchstabe e der Richtlinie 95/46/EG dürfen personenbezogene Daten nicht länger als es für die Realisierung der Zwecke, für die sie erhoben werden, erforderlich ist, in einer Form aufbewahrt werden, die die Identifizierung der betroffenen Personen ermöglicht⁽²⁾. In Artikel 16 Absatz 7 ist ein Aufbewahrungszeitraum von drei Jahren angegeben. In der Folgenabschätzung wird unterstrichen, dass bei allen Maßnahmen in diesem Bereich die EU-Datenschutzvorschriften der Richtlinie 95/46/EG einzuhalten sind. Sie weist aber auch darauf hin, dass bei der Festlegung des Aufbewahrungszeitraums den bestehenden EU-Rechtsvorschriften über die Aufbewahrung von Daten Rechnung zu tragen ist, die im Zusammenhang mit der Bereitstellung öffentlich zugänglicher Kommunikationsmittel zur Bekämpfung schwerer Straftaten erzeugt oder verarbeitet werden. Sie kommt zu dem Schluss, dass daher ein Höchstzeitraum von drei Jahren als mit den Grundsätzen der Notwendigkeit und Verhältnismäßigkeit vereinbar gelten kann, die eingehalten werden müssen, um den rechtmäßigen Umgang mit einem Grundrecht zu gewährleisten⁽³⁾.

⁽¹⁾ KOM(2011) 651 endg.

⁽²⁾ Artikel 6 Absatz 1 Buchstabe e der Richtlinie 95/46/EG.

⁽³⁾ Folgenabschätzung, S. 150.

36. Nach Auffassung des EDSB ist die Analyse der Notwendigkeit und Verhältnismäßigkeit der Maßnahme nicht angemessen. Bei keiner der in Artikel 16 Absatz 6, in Erwägungsgrund 42, in der Folgenabschätzung oder der Stellungnahme des CESR genannten (und in gewissem Maße unklaren) Zweckbestimmungen der Aufzeichnung von Telefongesprächen und elektronischen Mitteilungen ist von der Bekämpfung schwerer Straftaten die Rede.
37. Die Bewertung ist im Einklang mit den Zweckbestimmungen der Aufzeichnung im Rahmen der vorgeschlagenen Richtlinie vorzunehmen. Liegt der Zweck beispielsweise darin, „zu gewährleisten, dass ein Nachweis zur Beilegung von Streitigkeiten zwischen einer Wertpapierfirma und ihren Kunden über die Geschäftsbedingungen vorliegt“⁽¹⁴⁾, sollte die Folgenabschätzung der Frage nachgehen, wie lange Daten aufbewahrt werden müssen in Bezug auf den Status von Einschränkungen von Rechten, aufgrund derer solche Streitigkeiten entstehen können.
38. Der EDSB fordert den Gesetzgeber daher auf, gründlich zu prüfen, welcher Aufbewahrungszeitraum für den Zweck der Aufzeichnung von Telefongesprächen und elektronischen Mitteilungen im spezifischen Anwendungsbereich des Vorschlags erforderlich ist.

2.4 Befugnisse der zuständigen Behörden

39. In Artikel 71 der Richtlinie sind die Überwachungs- und Ermittlungsbefugnisse der zuständigen Behörden aufgelistet.
40. Artikel 71 Absatz 4 verweist auf die Richtlinie 95/46/EG und besagt, dass die Verarbeitung personenbezogener Daten, die bei der Ausübung der Überwachungs- und Ermittlungsbefugnisse erhoben werden, auf jeden Fall unter Wahrung der Grundrechte auf Schutz der Privatsphäre und Datenschutz zu erfolgen hat. Der EDSB begrüßt diese Bestimmung, die sich besonders mit der Verbindung zwischen der Rolle von Behörden als Ermittler und der Verarbeitung personenbezogener Daten im Zuge ihrer Tätigkeiten befasst.

2.4.1 Befugnis zur Durchführung von Ermittlungen vor Ort

41. Artikel 71 Absatz 2 Buchstabe c gibt den zuständigen Behörden die Befugnis, Ermittlungen vor Ort durchzuführen. Anders als der Vorschlag für eine Verordnung des Europäischen Parlaments und des Rates über Insider-Geschäfte und Marktmanipulation⁽¹⁵⁾ enthält diese Bestimmung keinen Verweis auf die Befugnis der zuständigen Behörden, „Privaträume zur Beschlagnahme von Dokumenten zu betreten“. Dies könnte darauf hindeuten, dass die Ermittlungsbefugnis auf die Räumlichkeiten der Wertpapierfirmen beschränkt ist und Privaträume nicht abdeckt. Der Klarheit halber sollte diese Beschränkung im Wortlaut ausdrücklich klargestellt werden. Sollte die Kommission hingegen beabsichtigen, Ermittlungen in Privaträumen zuzulassen, verweist der EDSB auf eine Anmerkung zu dieser Frage in seiner Stellungnahme zu dem oben genannten Vorschlag⁽¹⁶⁾; er vertritt dort die Ansicht, dass das allgemeine Erfordernis einer vorherigen gerichtlichen Genehmigung unabhängig davon, ob diese im nationalen Recht gefordert wird, im Hinblick auf den potenziell erheblichen Eingriff in die Privatsphäre durch diese Befugnis gerechtfertigt ist.

2.4.2 Befugnis zur Anforderung von Telefon- und Datenverkehrsaufzeichnungen

42. Gemäß Artikel 71 Absatz 2 Buchstabe d des Richtlinienvorschlages sind die zuständigen Behörden befugt, „bereits existierende Aufzeichnungen von Telefongesprächen und Datenübermittlungen anzufordern, die sich im Besitz von Wertpapierfirmen befinden“. Es ist klargestellt, dass ein solches Ersuchen davon abhängig ist, dass ein „begründeter Verdacht“ besteht, dass derlei Aufzeichnungen „für den Nachweis eines Verstoßes der Wertpapierfirma gegen die Verpflichtungen aus dieser Richtlinie von Belang sein könnten“. Diese Aufzeichnungen dürfen jedoch keinesfalls „den Inhalt des Gesprächs betreffen, auf das sie sich beziehen“. Der EDSB begrüßt, dass im Wortlaut die Befugnisse der zuständigen Behörden genau bestimmt werden, denn als Bedingung für den Zugang zu den Aufzeichnungen muss ein begründeter Verdacht auf einen Verstoß vorliegen, und der Zugriff der zuständigen Behörden auf den Inhalt der Gespräche und Mitteilungen ist ausgeschlossen.
43. Der Richtlinienvorschlag enthält jedoch keine Definition der Begriffe „Telefon- und Datenverkehrsaufzeichnungen“. Die Richtlinie 2002/58/EG (Datenschutzrichtlinie für elektronische Kommunikation) spricht lediglich von „Verkehrsdaten“, nicht jedoch von „Telefon- und Datenverkehrsaufzeichnungen“. Es liegt auf der Hand, dass die genaue Bedeutung dieser Begriffe darüber entscheidet, in welchem Maße sich die Ermittlungsbefugnis auf die Privatsphäre und den Schutz der Daten der betroffenen Personen auswirkt. Der EDSB regt an, die bereits in der Begriffsbestimmung von „Verkehrsdaten“ in der Richtlinie 2002/58/EG verwendete Terminologie heranzuziehen.

⁽¹⁴⁾ Siehe die unter Punkt 26 genannte CESR-Stellungnahme.

⁽¹⁵⁾ KOM(2011) 651.

⁽¹⁶⁾ Siehe die jüngst angenommene Stellungnahme des EDSB vom 10. Februar 2012 zum Vorschlag für eine Verordnung des Europäischen Parlaments und des Rates über Insider-Geschäfte und Marktmanipulation.

44. Daten in Zusammenhang mit der Verwendung elektronischer Kommunikationsmittel können sehr unterschiedliche personenbezogene Informationen enthalten, wie die Identität des Anrufers und des Angerufenen, Zeitpunkt und Dauer des Gesprächs, das benutzte Netz, den geografischen Standort des Nutzers bei tragbaren elektronischen Geräten usw. Einige Verkehrsdaten in Zusammenhang mit der Nutzung des Internets oder von E-Mails (beispielsweise die Liste der aufgesuchten Websites) können darüber hinaus wichtige Einzelheiten des Inhalts der Nachricht enthüllen. Des Weiteren steht die Verarbeitung von Verkehrsdaten im Widerspruch zum Briefgeheimnis. In Anbetracht dessen ist in der Richtlinie 2002/58/EG der Grundsatz verankert, dass Verkehrsdaten zu löschen oder zu anonymisieren sind, sobald sie für die Übertragung einer Nachricht nicht mehr benötigt werden⁽¹⁷⁾. Gemäß Artikel 15 Absatz 1 dieser Richtlinie können die Mitgliedstaaten in ihren Rechtsvorschriften Ausnahmen für spezifische legitime Zwecke vorsehen, doch müssen diese in einer demokratischen Gesellschaft für das Erreichen dieser Ziele notwendig, angemessen und verhältnismäßig sein⁽¹⁸⁾.
45. Der EDSB räumt ein, dass die von der Kommission in der Verordnung über Ratingagenturen verfolgten Ziele rechtmäßig sind. Er hat auch Verständnis für die Notwendigkeit von Initiativen, mit denen die Aufsicht über die Finanzmärkte verstärkt werden soll, damit sie ihre Solidität erhalten und Anleger sowie Volkswirtschaften insgesamt besser geschützt werden. Ermittlungsbefugnisse, die in unmittelbarem Zusammenhang mit Verkehrsdaten stehen, müssen jedoch aufgrund ihres möglicherweise in die Privatsphäre eindringenden Charakters den Erfordernissen der Notwendigkeit und Verhältnismäßigkeit entsprechen, d. h. sie müssen zur Erreichung des verfolgten Ziels geeignet sein und dürfen nicht über das dazu Erforderliche hinausgehen⁽¹⁹⁾. Diesbezüglich kommt es also darauf an, dass die Bestimmungen im Hinblick auf ihren persönlichen und materiellen Geltungsbereich sowie auf die Umstände und Bedingungen, unter denen sie genutzt werden können, eindeutig formuliert sind. Gegen die Gefahr des Missbrauchs sind darüber hinaus angemessene Garantien vorzusehen.
46. Bei den betreffenden Telefon- und Datenverkehrsaufzeichnungen geht es natürlich auch um personenbezogene Daten im Sinne der Richtlinie 95/46/EG, der Richtlinie 2002/58/EG und der Verordnung (EG) Nr. 45/2001. Es sollte daher sichergestellt werden, dass die Bedingungen für eine nach Treu und Glauben erfolgende und rechtmäßige Verarbeitung personenbezogener Daten, wie sie in den Richtlinien und der Verordnung niedergelegt sind, in vollem Umfang eingehalten werden.
47. Der EDSB hält fest, dass nach Artikel 71 Absatz 3 eine gerichtliche Genehmigung erforderlich ist, sofern diese nach nationalem Recht erteilt werden muss. Nach Auffassung des EDSB wäre jedoch ein allgemeines Erfordernis einer vorherigen gerichtlichen Genehmigung in allen Fällen durchaus gerechtfertigt — unabhängig davon, ob diese im nationalen Recht gefordert wird —, da die fragliche Befugnis unter Umständen ein Eindringen in die Privatsphäre bedeuten kann; ferner läge sie im Interesse einer harmonisierten Anwendung von Rechtsvorschriften in allen EU-Mitgliedstaaten. Es sollte ferner bedacht werden, dass die Rechtsordnungen verschiedener Mitgliedstaaten besondere Garantien für die Unverletzlichkeit der Wohnung gegen unverhältnismäßige und nicht sorgfältig geregelte Kontrollen, Durchsuchungen oder Beschlagnahmen insbesondere durch Verwaltungseinrichtungen enthalten.
48. Der EDSB empfiehlt ferner die Aufnahme einer Anforderung an die ESMA, Aufzeichnungen von Telefongesprächen und Datenübermittlungen mit einem offiziellen Beschluss anzufordern, in dem die Rechtsgrundlage und der Zweck des Ersuchens angegeben sind und gesagt wird, welche Informationen angefordert werden, bis wann die Information vorliegen muss und ob der Adressat das Recht hat, den Beschluss durch den Gerichtshof überprüfen zu lassen.
49. Der Ausdruck „bestehende Aufzeichnungen von Telefongesprächen und Datenübermittlungen“ scheint nicht hinreichend deutlich zu sein. Aufzeichnungen von Telefongesprächen und Datenübermittlungen werden nicht definiert, wenn auch Artikel 71 Absatz 2 zweiter Unterabsatz des MiFID-Vorschlags besagt, dass es sich nur um diejenigen handelt, die „im Besitz einer Wertpapierfirma“ sind. Daten im Besitz von Wertpapierfirmen sind vermutlich die in den bereits kommentierten Absätzen 6 und 7 von Artikel 16 genannten. Das würde bedeuten, dass der Wortlaut Aufzeichnungen im Besitz von Anbietern elektronischer Kommunikationsdienste ausschließt, die einen Liefervertrag mit der betreffenden Wertpapierfirma haben. Der EDSB empfiehlt, der Klarheit halber klarzustellen, was unter Aufzeichnungen von Telefongesprächen und Datenübermittlungen im Besitz von Wertpapierfirmen zu verstehen ist.

⁽¹⁷⁾ Siehe Artikel 6 Absatz 1 der Richtlinie 2002/58/EG (ABl. L 201 vom 31.7.2002, S. 37).

⁽¹⁸⁾ Artikel 15 Absatz 1 der Richtlinie 2002/58/EG besagt, dass eine solche Beschränkung gemäß Artikel 13 Absatz 1 der Richtlinie 95/46/EG für die nationale Sicherheit (d. h. die Sicherheit des Staates), die Landesverteidigung, die öffentliche Sicherheit sowie die Verhütung, Ermittlung, Feststellung und Verfolgung von Straftaten oder des unzulässigen Gebrauchs von elektronischen Kommunikationssystemen in einer demokratischen Gesellschaft notwendig, angemessen und verhältnismäßig zu sein hat. Zu diesem Zweck können die Mitgliedstaaten unter anderem durch Rechtsvorschriften vorsehen, dass Daten aus den in diesem Absatz aufgeführten Gründen während einer begrenzten Zeit aufbewahrt werden (...).

⁽¹⁹⁾ Vgl. z. B. verbundene Rechtssachen C-92/09 und C-93/09, *Volker und Markus Schecke GbR (C-92/09), Hartmut Eifert (C-93/09)* gegen *Land Hessen*, noch nicht in der Sammlung der Rechtsprechung veröffentlicht, Randnr. 74.

2.5 Veröffentlichung von Sanktionen oder anderen Maßnahmen

2.5.1 Pflicht zur Veröffentlichung von Sanktionen

50. Gemäß Artikel 74 des Richtlinienvorschlags sorgen die Mitgliedstaaten dafür, dass die zuständigen Behörden *alle* Sanktionen oder Maßnahmen, die sie wegen eines Verstoßes gegen die Bestimmungen der vorgeschlagenen Verordnung oder die zur Umsetzung dieser Richtlinie erlassenen innerstaatlichen Vorschriften verhängen, umgehend öffentlich bekannt machen und dabei auch Informationen zu Art und Charakter des Verstoßes und zu den verantwortlichen Personen liefern, es sei denn, eine solche Bekanntmachung würde die Finanzmärkte ernsthaft gefährden. Diese Verpflichtung wird nur dort abgeschwächt, wo eine Bekanntmachung den Beteiligten einen „unverhältnismäßig großen Schaden“ zufügen würde; in einem solchen Fall geben die zuständigen Behörden die Maßnahmen und Sanktionen auf anonymer Basis bekannt.
51. Mit der Veröffentlichung von Sanktionen ließe sich die abschreckende Wirkung steigern, da derzeitige und potenzielle Täter von der Begehung von Straftaten abgehalten würden, um eine erhebliche Beschädigung ihres Rufes zu vermeiden. Außerdem herrschte mehr Transparenz, da die Marktteilnehmer wüssten, dass eine bestimmte Person gegen die Vorschriften verstoßen hat⁽²⁰⁾. Diese Verpflichtung wird nur dort abgeschwächt, wo eine Bekanntmachung den Beteiligten einen unverhältnismäßig großen Schaden zufügen würde; in einem solchen Fall geben die zuständigen Behörden die Maßnahmen und Sanktionen auf anonymer Basis bekannt. Des Weiteren wird in der Folgenabschätzung zwar eingeräumt, dass die Einführung einer Sanktionsregelung (ob nun durch Mindestharmonisierung oder vollständige Harmonisierung) Auswirkungen auf Grundrechte hätte, die in der EU-Charta verankert sind, wie in Artikel 7 (Achtung des Privat- und Familienlebens) und Artikel 8 (Schutz personenbezogener Daten), möglicherweise auch in Artikel 47 (Recht auf einen wirksamen Rechtsbehelf und ein unparteiisches Gericht) und Artikel 48 (Unschuldsvermutung und Verteidigungsrechte)⁽²¹⁾, doch geht sie den möglichen Auswirkungen der Veröffentlichung von Sanktionen auf diese Rechte praktisch nicht nach.
52. Gemäß Artikel 75 Absatz 2 Buchstabe a haben die zuständigen Behörden im Rahmen ihrer Sanktionierungsbefugnisse bereits die Befugnis, die natürliche oder juristische Person und die Art des Verstoßes öffentlich bekannt zu geben⁽²²⁾. Es ist jedoch noch unklar, wie sich die Pflicht zur Veröffentlichung nach Artikel 74 mit der Befugnis vereinbaren lässt, nach Artikel 75 Absatz 2 Buchstabe a eine öffentliche Bekanntgabe vorzunehmen. Die Aufnahme der Befugnis zur Vornahme einer öffentlichen Bekanntgabe in Artikel 75 Absatz 2 Buchstabe a beweist, dass die Veröffentlichung selber schon eine Sanktion ist, die fallweise anhand der in Artikel 76 festgelegten Verhältnismäßigkeitskriterien zu bewerten ist⁽²³⁾.
53. Der EDSB ist jedoch nicht davon überzeugt, dass die Verpflichtung zur Veröffentlichung von Sanktionen in ihrer jetzigen Form den Anforderungen der Datenschutzvorschriften gerecht wird, wie sie der Gerichtshof im Urteil *Schecke* formuliert hat⁽²⁴⁾. Er ist vielmehr der Auffassung, dass Zweck, Notwendigkeit und Verhältnismäßigkeit der Maßnahme nicht hinreichend nachgewiesen sind und dass auf jeden Fall angemessene Garantien gegen die Risiken für die Rechte der betroffenen Person hätten vorgesehen werden müssen.

⁽²⁰⁾ Siehe Folgenabschätzung, S. 42ff.

⁽²¹⁾ Siehe S. 43 — Beurteilung der Auswirkungen der Option „Mindestharmonisierung“ auf Grundrechte: „Die Option kollidiert mit Artikel 7 (Achtung des Privat- und Familienlebens) und Artikel 8 (Schutz personenbezogener Daten) sowie möglicherweise auch mit Artikel 47 (Recht auf wirksamen Rechtsbehelf und ein unparteiisches Gericht) und Artikel 48 (Unschuldsvermutung und Verteidigungsrechte) der EU-Charta. Die Option sieht eine Einschränkung dieser Rechte im Gesetz vor, wahrt jedoch den Kern dieser Rechte. Eine Einschränkung dieser Rechte ist erforderlich, um das im allgemeinen Interesse liegende Ziel zu erreichen, im Sinne eines fairen und ordnungsgemäßen Handels und des Anlegerschutzes die Einhaltung der Vorschriften der MiFID zu gewährleisten. Damit die verhängten Verwaltungsmaßnahmen und Sanktionen rechtmäßig sind, müssen sie in einem angemessenen Verhältnis zum Verstoß stehen, das Recht wahren, nicht zweimal wegen derselben Straftat vor Gericht gestellt oder bestraft zu werden, sowie die Unschuldsvermutung, das Recht auf Verteidigung und das Recht auf einen wirksamen Rechtsbehelf und ein unparteiisches Gericht unter allen Umständen wahren [...]“.

⁽²²⁾ Siehe die jüngst angenommene Stellungnahme des EDSB vom 10. Februar 2012 zu dem Vorschlag für eine Richtlinie über den Zugang zur Tätigkeit von Kreditinstituten und die Beaufsichtigung von Kreditinstituten und Wertpapierfirmen und zu einem Vorschlag für eine Verordnung über Aufsichtsanforderungen an Kreditinstitute und Wertpapierfirmen.

⁽²³⁾ „Die Mitgliedstaaten sorgen dafür, dass die zuständigen Behörden bei der Bestimmung der Art der Verwaltungsmaßnahmen oder -maßnahmen und der Höhe der Verwaltungsgeldstrafen allen maßgeblichen Umständen Rechnung tragen. Dazu zählen: a) die Schwere und Dauer des Verstoßes, b) der Grad an Verantwortung der verantwortlichen natürlichen oder juristischen Person, c) die Finanzkraft der verantwortlichen natürlichen oder juristischen Person, wie sie sich aus dem Gesamtumsatz der verantwortlichen juristischen Person oder den Jahreseinkünften der verantwortlichen natürlichen Person ablesen lässt, d) die Höhe der von der verantwortlichen natürlichen oder juristischen Person erzielten Gewinne oder verhinderten Verluste, sofern diese sich beziffern lassen, e) die Verluste, die Dritten durch den Verstoß entstanden sind, sofern diese sich beziffern lassen, f) die Bereitschaft der verantwortlichen natürlichen oder juristischen Person zur Zusammenarbeit mit der zuständigen Behörde, g) frühere Verstöße der verantwortlichen natürlichen oder juristischen Person [...]“.

⁽²⁴⁾ Verbundene Rechtssachen C-92/09 und C-93/09, *Schecke*, Randnrn. 56 bis 64.

2.5.2 Notwendigkeit und Verhältnismäßigkeit der Veröffentlichung

54. Im Urteil *Schecke* erklärte der Gerichtshof die Bestimmungen einer Verordnung des Rates und einer Verordnung der Kommission für nichtig, in denen die obligatorische Veröffentlichung von Informationen über Empfänger von Mitteln aus den Agrarfonds einschließlich der Identität der Empfänger und der erhaltenen Beträge vorgesehen ist. Der Gerichtshof vertrat die Auffassung, dass eine derartige Veröffentlichung eine Verarbeitung personenbezogener Daten darstellt, die unter Artikel 8 Absatz 2 der Charta der Grundrechte der Europäischen Union („Charta“) fällt, und damit eine Verletzung der in den Artikeln 7 und 8 der Charta anerkannten Rechte darstellt.
55. Zunächst stellte der Gerichtshof fest, dass sich „die Ausnahmen und Einschränkungen in Bezug auf den Schutz der personenbezogenen Daten auf das absolute Notwendige beschränken müssen“, und prüfte dann den Zweck der Veröffentlichung und ihre Verhältnismäßigkeit. Er schlussfolgerte, dass es keinen Hinweis darauf gäbe, dass der Rat und die Kommission beim Erlass der betreffenden Rechtsvorschriften Modalitäten der Veröffentlichung von Informationen über die betroffenen Empfänger erwogen hätten, die im Einklang mit dem Zweck einer solchen Veröffentlichung gestanden hätten, zugleich aber auch in die Rechte dieser Empfänger weniger stark eingegriffen hätten.
56. Artikel 74 des Richtlinienvorschlags scheint mit den gleichen Mängeln behaftet zu sein, wie sie der EuGH im Urteil *Schecke* hervorgehoben hat. Es sollte bedacht werden, dass es bei der Bewertung der Frage, ob eine Bestimmung, die die Offenlegung personenbezogener Daten fordert, die Datenschutzvorschriften einhält, entscheidend darauf ankommt, einen eindeutigen und klar definierten Zweck zu haben, dem die vorgesehene Veröffentlichung dient. Nur mit einem eindeutigen und klar definierten Zweck kann die Frage beantwortet werden, ob die Veröffentlichung von personenbezogenen Informationen tatsächlich erforderlich und verhältnismäßig ist ⁽²⁵⁾.
57. Nach Lektüre des Vorschlags und der Begleitdokumente (also der Folgenabschätzung) hat der EDSB den Eindruck, dass der Zweck und damit auch die Notwendigkeit dieser Maßnahme nicht klar feststehen. Die Erwägungsgründe der Vorschläge schweigen sich zu diesen Fragen aus, und in der Folgenabschätzung heißt es lediglich, dass „die Veröffentlichung von Sanktionen wesentlich dazu beitragen soll, dass Sanktionen abschreckend auf ihre Adressaten wirken, und sie ist erforderlich, um zu gewährleisten, dass Sanktionen auch auf die Öffentlichkeit abschreckend wirken“ ⁽²⁶⁾. Eine so allgemein gehaltene Aussage dürfte als Nachweis der Notwendigkeit der vorgeschlagenen Maßnahme kaum ausreichen. Sollte allgemeiner Zweck eine größere Abschreckung sein, hätte die Kommission insbesondere erläutern müssen, warum höhere Geldstrafen (oder andere Sanktionen, bei denen nicht Ross und Reiter genannt werden) nicht ausgereicht hätten.
58. Weiter scheint die Folgenabschätzung weniger in die Privatsphäre eingreifende Methoden wie eine auf Kreditinstitute begrenzte Veröffentlichung oder eine fallweise Veröffentlichung nicht hinreichend in Erwägung zu ziehen. Insbesondere letztere Option wäre auf den ersten Blick eine verhältnismäßigere Lösung, vor allem, wenn man bedenkt, dass — wie in Artikel 75 Absatz 2 Buchstabe a anerkannt — die Veröffentlichung eine Sanktion darstellt, die daher im Einzelfall unter Berücksichtigung der jeweiligen Umstände wie der Schwere des Verstoßes, dem Maß an persönlicher Verantwortung, der Frage, ob es sich um einen Rückfall handelt, Verlusten für Dritte usw. zu prüfen ist ⁽²⁷⁾.
59. Nach Auffassung des EDSB ist die Möglichkeit einer Prüfung des Falls unter Berücksichtigung der jeweiligen Umstände verhältnismäßiger und wäre damit als Option der vorgeschriebenen Veröffentlichung in allen Fällen vorzuziehen. Dieser Ermessensspielraum würde beispielsweise der zuständigen Behörde die Möglichkeit geben, eine Veröffentlichung in Fällen zu vermeiden, in denen der Verstoß keinen ernsthaften Schaden verursacht hat, sich die Partei als kooperativ erwiesen hat usw.
60. Gegenstand von Artikel 35 Absatz 6 des Verordnungsvorschlags ist die Bekanntgabe jedes Beschlusses zur Verhängung oder Verlängerung einer Beschränkung der Möglichkeit einer Person, einen Warenderivatkontrakt abzuschließen, auf der Website der ESMA. Es wird also die Identität von Personen bekannt gegeben, deren Verhandlungsfähigkeit von der ESMA eingeschränkt wurde, zusammen mit den anwendbaren Finanzinstrumenten, den einschlägigen quantitativen Maßnahmen wie der Höchstzahl der Kontrakte, die eine Person oder Kategorie von Personen abschließen kann/können, und den entsprechenden Gründen. Das Inkrafttreten einer Maßnahme ist an die Veröffentlichung der Bekanntmachung geknüpft (Artikel 35 Absatz 7). Gestützt auf die Argumente, die im Zusammenhang mit den Bestimmungen der Richtlinie entwickelt wurden, fordert der EDSB den Gesetzgeber auf, die Frage zu prüfen, ob eine Veröffentlichung wirklich erforderlich ist und ob nicht andere, weniger restriktive Mittel in Fällen bestehen, in denen natürliche Personen betroffen sind.

⁽²⁵⁾ Siehe hierzu auch die Stellungnahme des EDSB vom 15. April 2011 zur Haushaltsordnung für den Jahreshaushaltsplan der Europäischen Union (ABl. C 215 vom 21.7.2011, S. 13).

⁽²⁶⁾ Vgl. Fußnote 11.

⁽²⁷⁾ Nämlich im Einklang mit Artikel 74 der vorgeschlagenen Richtlinie mit den Kriterien für die Bestimmung der Sanktionen.

2.5.3 Bedarf an angemessenen Garantien

61. Der Richtlinienvorschlag hätte angemessene Garantien für eine Abwägung der Interessen, die auf dem Spiel stehen, vorsehen müssen. Erstens sind Garantien im Zusammenhang mit dem Recht der Beschuldigten auf Anfechtung einer Entscheidung vor Gericht und mit der Unschuldsvermutung erforderlich. In den Wortlaut von Artikel 74 hätte hierzu eine Formulierung aufgenommen werden müssen, der zufolge die zuständigen Behörden verpflichtet sind, sowohl im Hinblick auf ein Rechtsmittel gegen eine Entscheidung als auch auf eine eventuelle Nichtigkeitserklärung der Entscheidung durch ein Gericht angemessene Maßnahmen zu ergreifen⁽²⁸⁾.
62. Zweitens sollte der Richtlinienvorschlag gewährleisten, dass die Rechte der betroffenen Personen proaktiv gewahrt werden. Der EDSB begrüßt, dass die endgültige Fassung des Vorschlags die Möglichkeit vorsieht, die Veröffentlichung in Fällen auszuschließen, in denen unverhältnismäßig großer Schaden verursacht würde. Ein proaktiver Ansatz sollte jedoch darin bestehen, dass den betroffenen Personen im Voraus mitgeteilt wird, dass die Entscheidung über die Verhängung einer Sanktion gegen sie veröffentlicht wird und dass sie gemäß Artikel 14 der Richtlinie 95/46/EG das Recht auf Widerspruch aus zwingenden, berechtigten Gründen haben⁽²⁹⁾.
63. Drittens wird im Richtlinienvorschlag nichts Näheres zum Medium gesagt, in dem die Informationen veröffentlicht werden sollen; in der Praxis ist es jedoch durchaus vorstellbar, dass in den meisten Mitgliedstaaten die Veröffentlichung im Internet erfolgt. Veröffentlichungen im Internet werfen besondere Probleme und Risiken auf; so muss insbesondere gewährleistet sein, dass die Informationen nicht länger als erforderlich online sind und dass die Daten nicht manipuliert oder geändert werden können. Die Nutzung externer Suchmaschinen birgt auch die Gefahr in sich, dass Informationen aus ihrem Zusammenhang gerissen werden und nur schwer kontrollierbar innerhalb und außerhalb des Internets kursieren können⁽³⁰⁾.
64. In Anbetracht dessen müssen die Mitgliedstaaten dazu verpflichtet werden, zu gewährleisten, dass personenbezogene Daten der betreffenden Personen nur für einen bestimmten Zeitraum im Internet stehen, nach dessen Ablauf sie systematisch gelöscht werden⁽³¹⁾. Weiter sollte von den Mitgliedstaaten verlangt werden, zu gewährleisten, dass angemessene Sicherheitsvorkehrungen und Garantien geschaffen werden, um vor allem vor den Risiken zu schützen, die sich aus der Nutzung externer Suchmaschinen ergeben⁽³²⁾.

2.5.4 Schlussfolgerungen zum Thema „Veröffentlichung“

65. Nach Auffassung des EDSB steht die Bestimmung über die obligatorische Veröffentlichung von Sanktionen in ihrer jetzigen Formulierung nicht im Einklang mit den Grundrechten auf Schutz der Privatsphäre und Datenschutz. Der Gesetzgeber sollte die Notwendigkeit des vorgeschlagenen Systems noch einmal sorgfältig bewerten und prüfen, ob die Veröffentlichungspflicht nicht über das hinausgeht, was zum Erreichen des angestrebten Ziels im öffentlichen Interesse erforderlich ist und ob sich dasselbe Ziel nicht mit weniger restriktiven Maßnahmen erreichen lässt. Vorbehaltlich des Ergebnisses dieses Verhältnismäßigkeits-tests sollte die Veröffentlichungspflicht auf jeden Fall mit angemessenen Garantien einhergehen, mit denen die Einhaltung der Unschuldsvermutung, das Widerspruchsrecht der betroffenen Personen, die Sicherheit/Richtigkeit der Daten und ihre Löschung nach einer angemessenen Frist gewährleistet werden.

2.6 Meldung von Verstößen

66. In Artikel 77 der vorgeschlagenen Richtlinie geht es um Mechanismen zur Meldung von Verstößen, auch als interne Verfahren zur Meldung mutmaßlicher Missstände (Whistleblowing) bekannt. Diese Systeme können zwar ein wirksames Instrument für die Einhaltung von Vorschriften sein, doch werfen sie eine Reihe erheblicher Datenschutzprobleme auf⁽³³⁾. Der EDSB begrüßt, dass der Richtlinienvorschlag auf

⁽²⁸⁾ So könnten nationale Behörden beispielsweise folgende Maßnahmen in Erwägung ziehen: Verschiebung der Veröffentlichung bis zur Abweisung des Rechtsmittels oder, wie in der Folgenabschätzung vorgeschlagen, eindeutiger Hinweis darauf, dass gegen die Entscheidung Rechtsmittel eingelegt wurden und dass bis zu einer endgültigen Entscheidung die Person als unschuldig zu gelten hat, Veröffentlichung einer Berichtigung in Fällen, in denen ein Gericht die Entscheidung für nichtig erklärt.

⁽²⁹⁾ Siehe Stellungnahme des EDSB vom 10. April 2007 zur Finanzierung der Gemeinsamen Agrarpolitik (ABl. C 134 vom 16.6.2007, S. 1).

⁽³⁰⁾ Siehe hierzu ein Dokument der italienischen Datenschutzbehörde „Personenbezogene Daten in Aufzeichnungen und Dokumenten von Verwaltungseinrichtungen: Leitlinien für ihre Verarbeitung durch öffentliche Einrichtungen in Verbindung mit Kommunikation und Verbreitung über das Internet“, abrufbar auf der Website der italienischen Datenschutzbehörde, <http://www.garanteprivacy.it/garante/doc.jsp?ID=1803707>

⁽³¹⁾ Diese Bedenken sind auch im Zusammenhang mit dem eher allgemeinen „Recht auf Vergessenwerden“ zu sehen, dessen Aufnahme in den neuen Datenschutzrechtsrahmen derzeit diskutiert wird.

⁽³²⁾ Bei diesen Maßnahmen und Garantien könnte es sich beispielsweise um den Ausschluss der Datenindexierung durch externe Suchmaschinen handeln.

⁽³³⁾ Die Artikel 29-Datenschutzgruppe hat 2006 eine Stellungnahme zu derartigen Regelungen angenommen, die sich mit den datenschutzrechtlichen Aspekten dieses Phänomens befasst: Stellungnahme 1/2006 zur Anwendung der EU-Datenschutzvorschriften auf interne Meldeverfahren mutmaßlicher Missstände in den Bereichen Rechnungslegung, interne Rechnungslegungskontrollen, Fragen der Wirtschaftsprüfung, Bekämpfung von Korruption, Banken- und Finanzkriminalität, WP 117, Stellungnahme zu internen Meldeverfahren mutmaßlicher Missstände). Die Stellungnahme kann von der Website der Artikel 29-Datenschutzgruppe abgerufen werden: http://ec.europa.eu/justice/policies/privacy/workinggroup/index_de.htm

nationaler Ebene weiter auszubauende besondere Garantien für den Schutz von Personen vorsieht, die einen mutmaßlichen Verstoß melden, und generell auf den Datenschutz eingeht. Die Folgenabschätzung erwähnt Whistleblowing-Regelungen als Teil der Optionen, bei denen Sanktionen in die Grundrechtsbeurteilung aufgenommen werden⁽³⁴⁾, und unterstreicht erneut, dass Durchführungsrechtsvorschriften die Datenschutzgrundsätze und die von Datenschutzbehörden festgelegten Kriterien einzuhalten haben. Der EDSB ist sich der Tatsache bewusst, dass in der Richtlinie die von den Mitgliedstaaten umzusetzende Regelung nur in groben Zügen festgelegt ist. Dessen ungeachtet möchte er noch auf folgende Punkte hinweisen.

67. Wie schon in anderen Stellungnahmen⁽³⁵⁾ unterstreicht der EDSB die Notwendigkeit, die erforderliche Geheimhaltung der Identität von Hinweisgebern und Informanten ausdrücklich zu erwähnen. Der EDSB unterstreicht die sensible Stellung interner Hinweisgeber. Personen, die derartige Informationen liefern, sollte zugesichert werden, dass ihre Identität geheim bleibt, vor allem gegenüber der Person, deren mutmaßliches Fehlverhalten gemeldet wurde⁽³⁶⁾. Die Vertraulichkeit der Identität des internen Hinweisgebers sollte in allen Phasen des Verfahrens gewährleistet sein, solange dies nicht gegen nationale Strafprozessordnungen verstößt. So kann die Offenlegung der Identität des Informanten insbesondere bei weiteren Untersuchungen oder anschließenden Gerichtsverfahren erforderlich sein, die als Ergebnis der Untersuchungen eingeleitet werden (auch wenn sich herausstellt, dass er vorsätzlich Falschaussagen gemacht hat)⁽³⁷⁾. In Anbetracht dessen empfiehlt der EDSB, in Artikel 77 Absatz 1 Buchstabe b folgende Bestimmung hinzuzufügen: „Die Identität dieser Personen ist in allen Phasen des Verfahrens unbedingt geheim zu halten, sofern nicht ihre Offenlegung im Rahmen weiterer Untersuchungen oder anschließender Gerichtsverfahren nach nationalem Recht erforderlich ist“.
68. Der EDSB unterstreicht ferner die Bedeutung angemessener Vorschriften, mit denen die Auskunftsrechte von Personen, auf die sich die Meldung bezieht, gewährleistet werden, die eng mit den Verteidigungsrechten verknüpft sind⁽³⁸⁾. Die in Artikel 77 Absatz 1 Buchstabe a erwähnten Verfahren für den Empfang der Meldungen und deren Folgemaßnahmen sollten gewährleisten, dass die Verteidigungsrechte der Personen, auf die sich die Meldungen beziehen, wie das Informationsrecht, das Recht auf Einsicht in die Untersuchungsakte und die Unschuldsvermutung angemessen gewahrt und nur im erforderlichen Umfang eingeschränkt werden⁽³⁹⁾. In diesem Zusammenhang schlägt der EDSB vor, auch in den Richtlinienvorschlag die Bestimmung von Artikel 29 Buchstabe d des Vorschlags der Kommission für eine Verordnung des Europäischen Parlaments und des Rates über Insider-Geschäfte und Marktmanipulation aufzunehmen, der zufolge von den Mitgliedstaaten verlangt wird, „angemessene Verfahren zur Gewährleistung des Rechts der Person, auf die sich die Meldung bezieht, auf Verteidigung und Anhörung vor dem Erlass einer Entscheidung in Bezug auf diese Person und des Rechts, einen wirksamen gerichtlichen Rechtsbehelf gegen die diese Person betreffenden Entscheidungen und Maßnahmen einzulegen“ einzurichten.
69. Schließlich stellt der EDSB mit Zufriedenheit fest, dass Artikel 77 Absatz 1 Buchstabe c von den Mitgliedstaaten verlangt, den Schutz personenbezogener Daten gemäß den Grundsätzen der Richtlinie 95/46/EG sowohl hinsichtlich der Person, die die Meldung macht, als auch der Person, auf die sich die Meldung bezieht, zu gewährleisten. Er schlägt dennoch vor, den Satzteil „gemäß den Grundsätzen“ zu streichen, damit der Verweis auf die Richtlinie umfassender und verbindlicher wird. Im Hinblick auf das Erfordernis, bei der praktischen Umsetzung der Regelungen die Datenschutzvorschriften einzuhalten, weist der EDSB insbesondere auf die Empfehlungen der Artikel 29-Datenschutzgruppe in ihrer Stellungnahme zu internen Meldeverfahren mutmaßlicher Missstände aus dem Jahr 2006 hin. Bei der Umsetzung nationaler Regelungen sollten die entsprechenden Stellen Folgendes bedenken: Es muss die

⁽³⁴⁾ Siehe Folgenabschätzung, S. 137f. „Im Zusammenhang mit der Einführung von Whistleblowing-Regelungen treten Probleme beim Datenschutz (Artikel 8 der EU-Charta und Artikel 16 AEUV) sowie bei der Unschuldsvermutung und dem Recht auf Verteidigung (Artikel 48 der EU-Charta) auf. Sollten Whistleblowing-Regelungen angewandt werden, haben diese daher den Datenschutzgrundsätzen und den von den EU-Datenschutzbehörden festgelegten Kriterien zu entsprechen und sind Garantien im Einklang mit der Grundrechte-Charta vorzusehen“.

⁽³⁵⁾ Siehe beispielsweise die Stellungnahme zur Haushaltsordnung für den Jahreshaushaltsplan der Union vom 15. April 2011 und die Stellungnahme zu Untersuchungen des OLAF vom 1. Juni 2011, beide abrufbar unter <http://www.edps.europa.eu>

⁽³⁶⁾ Die Bedeutung der Geheimhaltung der Identität des internen Hinweisgebers ist bereits in einem Schreiben des EDSB an den Europäischen Bürgerbeauftragten vom 30. Juli 2010 im Fall 2010-0458 unterstrichen worden, das von der Website des EDSB abgerufen werden kann (<http://www.edps.europa.eu>). Vgl. ferner die Stellungnahmen des EDSB zu Vorabkontrollen vom 23. Juni 2006 von internen Untersuchungen des OLAF (Fall 2005-0418) und vom 4. Oktober 2007 von externen Untersuchungen des OLAF (Fälle 2007-47, 2007-48, 2007-49, 2007-50, 2007-72).

⁽³⁷⁾ Vgl. Stellungnahme über auf den Jahreshaushaltsplan der Union anzuwendende Finanzregeln vom 15. April 2011, abrufbar unter <http://www.edps.europa.eu>

⁽³⁸⁾ Siehe hierzu die Leitlinien des EDSB zur Verarbeitung personenbezogener Daten bei Verwaltungsuntersuchungen und Disziplinarverfahren durch europäische Organe und Einrichtungen, in denen auf die enge Beziehung zwischen dem Auskunftsrechts betroffener Personen und dem Recht Beschuldigter auf Verteidigung hingewiesen wird (siehe S. 8f) http://www.edps.europa.eu/EDPSWEB/webdav/site/mySite/shared/Documents/Supervision/Guidelines/10-04-23_Guidelines_inquiries_EN.pdf

⁽³⁹⁾ Siehe Stellungnahme der Artikel 29-Datenschutzgruppe zu internen Verfahren der Meldung mutmaßlicher Missstände, S. 13f.

Verhältnismäßigkeit gewahrt werden, indem, soweit möglich, die Kategorien von Meldebefugten, die Kategorien von möglicherweise beschuldigten Personen und von Verstößen, wegen derer die Meldung erfolgen kann, eingeschränkt werden; es muss vertraulichen, nicht anonymen Meldungen Vorrang vor anonymen Meldungen eingeräumt werden; es muss die Offenlegung der Identität des Informanten vorgesehen werden, sofern dieser vorsätzlich Falschaussagen gemacht hat, und es müssen strenge Fristen für die Datenaufbewahrung eingehalten werden.

2.7 Zusammenarbeit zwischen den zuständigen Behörden der Mitgliedstaaten und der ESMA

2.7.1 Zusammenarbeit nach der vorgeschlagenen Richtlinie

70. Artikel 83 führt die Pflicht zur Zusammenarbeit zwischen den zuständigen Behörden der Mitgliedstaaten sowie zwischen diesen und der ESMA ein. So sieht insbesondere Artikel 83 Absatz 5 eine Pflicht für die zuständigen Behörden vor, die ESMA und andere Behörden über die Einzelheiten a) etwaiger Aufforderungen gemäß Artikel 72 Absatz 1 Buchstabe f, das Volumen einer Position oder Forderung zu verringern, und b) etwaiger Einschränkungen gemäß Artikel 72 Absatz 1 Buchstabe g der Möglichkeiten von Personen, Positionen in einem Instrument einzugehen, zu unterrichten. Die Unterrichtung beinhaltet Einzelheiten bezüglich der Identität der Person, an die derartige Maßnahmen gerichtet sind, sowie den Umfang der Einschränkungen, die jeweiligen Finanzinstrumente und andere Informationen.
71. Ferner ist vorgesehen, dass die zuständige Behörde eines Mitgliedstaats, die gemäß diesem Absatz unterrichtet wird, „Maßnahmen nach Artikel 72 Absatz 1 Buchstabe f oder g ergreifen kann, wenn sie überzeugt ist, dass die Maßnahme notwendig ist, um das Ziel der anderen zuständigen Behörde zu erreichen“. Der EDSB weist darauf hin, dass eine derartige Entscheidung der zuständigen Behörde dahingehend gedeutet werden kann, dass sie die in Artikel 15 der Richtlinie 95/46/EG aufgeführten Kriterien einer „automatisierten Einzelentscheidung“ erfüllt. Diese Auslegung wird durch die Tatsache ausgelöst, dass Artikel 72 von der empfangenden zuständigen Behörde verlangt, zu überprüfen, ob die fragliche Maßnahme das Ziel der anderen zuständigen Behörde erreichen kann. Die zuständige Behörde des unterrichteten Mitgliedstaats hat daher nicht ausdrücklich eine — auch auf personenbezogenen Daten der betroffenen Person fußende — unabhängige Analyse der näheren Umstände des Falls vorzunehmen, um eine Maßnahme zu ergreifen, die die Rechte der betroffenen Person einschränkt. Artikel 15 der Richtlinie 95/46/EG räumt jeder Person das Recht ein, keiner für sie rechtliche Folgen nach sich ziehenden und keiner sie erheblich beeinträchtigenden Entscheidung unterworfen zu werden, die ausschließlich aufgrund einer automatisierten Verarbeitung von Daten zum Zwecke der Bewertung einzelner Aspekte ihrer Person ergeht, wie beispielsweise ihrer beruflichen Leistungsfähigkeit, ihrer Kreditwürdigkeit, ihrer Zuverlässigkeit usw. Für den hier zu prüfenden Sachverhalt ist Artikel 15 Absatz 2 der Richtlinie 95/46/EG erheblich. Er bestimmt, dass eine Person einer der vorstehend beschriebenen Entscheidungen unterworfen werden kann, sofern diese „durch ein Gesetz zugelassen ist“, das Garantien zur Wahrung der berechtigten Interessen der betroffenen Person festlegt. Die nationalen Gesetze zur Umsetzung der Richtlinie wären die Rechtsgrundlage für die Ausnahme von Artikel 15 Absatz 2 der Richtlinie 95/46/EG, doch sind keine besonderen Garantien für den Schutz berechtigter Interessen der betroffenen Personen vorgesehen.
72. Der Wortlaut der vorgeschlagenen Richtlinie scheint daher die Möglichkeit einer automatisierten Entscheidung über die Vertragsfähigkeit aufgrund einer Entscheidung einer Behörde mit Sitz in einem anderen Mitgliedstaat als dem, in dem die Sanktion ursprünglich verhängt wurde, vorzusehen. In Anbetracht der Auswirkungen, die eine solche Entscheidung auf die Rechte einer professionell im Anlagegeschäft tätigen Person haben kann, betont der EDSB nachdrücklich, dass im Wortlaut ausdrücklich auf das Recht, gegen automatisierten Einzelentscheidungen gemäß Artikel 15 der Richtlinie 95/46/EG Einspruch einzulegen, hingewiesen werden sollte. Es sollte ausdrückliche Garantien dafür geben, dass die betroffene Person über die Übermittlung und die Tatsache, dass von der empfangenden zuständigen Behörde ein Verfahren zur Annahme einer solchen Entscheidung eingeleitet wurde, unterrichtet wird, damit sie in der Lage ist, ihr Einspruchsrecht wirksam wahrzunehmen.
- ### 2.7.2 Zusammenarbeit nach der vorgeschlagenen Verordnung
73. Artikel 34 Absatz 2 der Verordnung bestimmt, dass die ESMA nach Eingang der Meldung einer Maßnahme gemäß Artikel 83 Absatz 5 der Richtlinie die Maßnahme sowie ihre Gründe verzeichnet und dass sie auf ihrer Website öffentlich eine Datenbank mit Zusammenfassungen der geltenden Maßnahmen „einschließlich Einzelheiten zur Person oder Kategorie der betreffenden Personen“ führt.
74. Eine derartige Veröffentlichung stellt eine weitere Verarbeitung personenbezogener Daten dar. Es gelten auch für diesen Fall die Bemerkungen im Zusammenhang mit der Veröffentlichung von Sanktionen in Kapitel 2.5. Die Folgenabschätzung nimmt keine Bewertung der Auswirkungen dieser Art von Veröffentlichung im Internet auf Grundrechte vor. Der EDSB fordert daher den Gesetzgeber auf, sich zu überlegen, ob diese Maßnahme wirklich erforderlich und verhältnismäßig ist.

2.8 Informationsaustausch mit Drittländern

75. Der EDSB stellt fest, dass in Artikel 92 der vorgeschlagenen Richtlinie auf die Richtlinie 95/46/EG, und hier vor allem auf deren Kapitel 4, sowie auf die Verordnung (EG) Nr. 45/2001 verwiesen wird.
76. Mit Blick auf die bei derartigen Übermittlungen bestehenden Risiken empfiehlt der EDSB jedoch, besondere Garantien wie die fallweise Beurteilung, die Gewährleistung der Notwendigkeit der Übermittlung, das Erfordernis einer vorherigen ausdrücklichen Genehmigung der zuständigen Behörde für eine Weitergabe von Daten an ein Drittland und durch ein Drittland und das Vorhandensein eines angemessenen Datenschutzniveaus im die Daten empfangenden Drittland vorzusehen.
77. Ein gutes Beispiel für eine solche Bestimmung mit angemessenen Garantien findet sich in Artikel 23 des Vorschlags für eine Verordnung des Europäischen Parlaments und des Rates über Insider-Geschäfte und Marktmanipulation⁽⁴⁰⁾.

3. SCHLUSSFOLGERUNGEN

78. Der EDSB spricht folgende Empfehlungen aus:
- In den verfügbaren Teil der Vorschläge sollte eine Bestimmung mit folgendem Wortlaut aufgenommen werden: „Bei der Verarbeitung personenbezogener Daten durch die Mitgliedstaaten im Rahmen dieser Verordnung wenden die zuständigen Behörden die nationalen Rechtsvorschriften zur Umsetzung der Richtlinie 95/46/EG an. Bei der Verarbeitung personenbezogener Daten durch die ESMA im Rahmen dieser Verordnung beachtet die ESMA die Bestimmungen der Verordnung (EG) Nr. 45/2001.“;
 - in Artikel 22 der vorgeschlagenen Verordnung sollte die Mindestaufbewahrungsfrist von fünf Jahren durch eine Höchstaufbewahrungsfrist ersetzt werden;
 - in Artikel 16 Absatz 7 der vorgeschlagenen Richtlinie sollte i) der Zweck der Aufzeichnung von Telefongesprächen und elektronischen Mitteilungen näher bezeichnet werden und ii) angegeben werden, welche Arten von Telefongesprächen und elektronischen Mitteilungen gemeint sind und welche Kategorien von Daten aus den Gesprächen und Mitteilungen aufgezeichnet werden sollen;
 - in Artikel 71 Absatz 2 Buchstabe c der vorgeschlagenen Richtlinie sollte klargestellt werden, dass die Ermittlungsbefugnis auf die Räumlichkeiten von Wertpapierfirmen beschränkt ist und nicht für Privaträume gilt;
 - in Artikel 71 Absatz 2 Buchstabe d ist mit Blick auf die Befugnis zur Anforderung von Telefon- und Datenverkehrsaufzeichnungen generell eine vorherige gerichtliche Genehmigung sowie eine formelle Entscheidung zu fordern, in der Folgendes angegeben ist: i) die Rechtsgrundlage, ii) der Zweck der Anforderung, iii) welche Informationen werden angefordert, iv) innerhalb welcher Frist ist die Information bereitzustellen, und v) das Recht des Adressaten, die Entscheidung vom Gerichtshof überprüfen zu lassen;
 - es ist klarzustellen, welche Telefon- und Datenverkehrsaufzeichnungen in Artikel 71 Absatz 2 Buchstabe d gemeint sind;
 - in Anbetracht der in der vorliegenden Stellungnahme geäußerten Zweifel sollte die Notwendigkeit und Verhältnismäßigkeit des vorgeschlagenen Systems der obligatorischen Veröffentlichung von Sanktionen neu bewertet werden. Vorbehaltlich des Ergebnisses dieser Überprüfung der Notwendigkeit und Verhältnismäßigkeit sollten auf jeden Fall angemessene Garantien vorgesehen werden, mit denen die Einhaltung der Unschuldsvermutung, das Widerspruchsrecht der betroffenen Personen, die Sicherheit/Richtigkeit der Daten und ihre Löschung nach einer angemessenen Frist gewährleistet werden;

⁽⁴⁰⁾ Artikel 23 des Vorschlags für eine Verordnung des Europäischen Parlaments und des Rates über Insider-Geschäfte und Marktmanipulation, KOM(2011) 651, lautet:

„1. Die zuständige Behörde eines Mitgliedstaats darf personenbezogene Daten nur im Einzelfall in Drittstaaten übermitteln, wobei die Anforderungen der Richtlinie, insbesondere der Artikel 25 oder 26, erfüllt sein müssen. Die zuständige Behörde des Mitgliedstaats muss sicherstellen, dass die Übermittlung für die Zwecke dieser Verordnung notwendig ist. Sie muss ferner sicherstellen, dass der Drittstaat die Daten nicht an einen weiteren Drittstaat übermittelt, außer wenn dies ausdrücklich schriftlich genehmigt wurde und die von der zuständigen Behörde des Mitgliedstaates festgelegten Bedingungen erfüllt sind. Personenbezogene Daten dürfen nur an solche Drittstaaten übermittelt werden, die einen angemessenen Schutz dieser Daten gewährleisten.“

2. Die zuständige Behörde eines Mitgliedstaats legt die von einer zuständigen Behörde eines anderen Mitgliedstaats übermittelten Informationen nur dann einer zuständigen Behörde eines Drittstaats offen, wenn sie die ausdrückliche Zustimmung der zuständigen Behörde erhalten hat, von der die Informationen stammen, und die Informationen gegebenenfalls nur zu den Zwecken offengelegt werden, für die die zuständige Behörde ihre Zustimmung erteilt hat.

3. Sieht eine Kooperationsvereinbarung den Austausch personenbezogener Daten vor, ist die Richtlinie 95/46/EG einzuhalten.“

- in Artikel 77 Absatz 1 sollte Folgendes geändert werden: i) In Buchstabe b sollte eine Bestimmung mit folgendem Wortlaut eingefügt werden: „Die Identität dieser Personen ist in allen Phasen des Verfahrens unbedingt geheim zu halten, sofern nicht ihre Offenlegung im Rahmen weiterer Untersuchungen oder anschließender Gerichtsverfahren nach nationalem Recht erforderlich ist“; ii) in Buchstabe d sollte von den Mitgliedstaaten verlangt werden, „angemessene Verfahren zur Gewährleistung des Rechts der Person, auf die sich die Meldung bezieht, auf Verteidigung und Anhörung vor dem Erlass einer Entscheidung in Bezug auf diese Person und des Rechts, einen wirksamen gerichtlichen Rechtsbehelf gegen die diese Person betreffenden Entscheidungen und Maßnahmen einzulegen“, einzurichten; iii) in Buchstabe c dieser Bestimmung sollten die beiden Wörter „den Grundsätzen“ gestrichen werden.

Brüssel, den 10. Februar 2012

Giovanni BUTTARELLI
*Stellvertretender Europäischer
Datenschutzbeauftragter*
