

REPUBLIK ÖSTERREICH ■ DATENSCHUTZRAT

BALLHAUSPLATZ 2, A-1014 WIEN
GZ • BKA-817.453/0002-DSR/2015
TELEFON • (+43 1) 53115/2527
FAX • (+43 1) 53115/2702
E-MAIL • DSRPOST@BKA.GV.AT
DVR: 0000019

An das
Bundesministerium für Finanzen

Per E-Mail:
Ben-Benedict.Hruby@bmf.gv.at

Betrifft: Entwurf eines Bundesgesetzes, mit dem das Bundesgesetz über das Wirksamwerden der Verordnung (EU) Nr. 909/2014 zur Verbesserung der Wertpapierlieferungen und -abrechnungen in der Europäischen Union und über Zentralverwahrer sowie zur Änderung der Richtlinien 98/26/EG und 2014/65/EU und der Verordnung (EU) Nr. 236/2012 (Zentralverwahrer-Vollzugsgesetz – ZvVG) erlassen wird sowie das Finanzmarktaufsichtsbehördengesetz, das Bankwesengesetz, das Wertpapieraufsichtsgesetz 2007, das Börsegesetz 1989, das Zentrale Gegenparteien-Vollzugsgesetz, das Depotgesetz, das Aktiengesetz und das Finalitätsgesetz geändert werden

Stellungnahme des Datenschutzrates

Der **Datenschutzrat** hat in seiner **223. Sitzung am 16. März 2015 einstimmig** beschlossen, zu der im Betreff genannten Thematik folgende Stellungnahme abzugeben:

1) Allgemeines

Die **Verordnung (EU) Nr. 909/2014** zur Verbesserung der Wertpapierlieferungen und -abrechnungen in der Europäischen Union und über Zentralverwahrer sowie zur Änderung der Richtlinien 98/26/EG und 2014/65/EU und der Verordnung (EU) Nr. 236/2012, ABI. Nr. L 257 vom 28.08.2014 S. 1, soll den derzeit stark fragmentierten Markt der europäischen Zentralverwahrer harmonisieren und damit die Sicherheit und Effizienz der Wertpapierabwicklung erhöhen.

Der vorliegende Gesetzesentwurf soll jene Bestimmungen in das österreichische Recht einfügen, die notwendig sind, damit die Verordnung (EU) Nr. 909/2014 in Österreich wirksam werden kann. Dementsprechend muss insbesondere eine **zuständige Behörde**, die die in der Verordnung (EU) Nr. 909/2014 vorgesehenen Aufgaben hinsichtlich der Zulassung und Beaufsichtigung der Zentralverwahrer mit Sitz in Österreich wahrnimmt, benannt werden. Überdies müssen gesetzliche Vorschriften betreffend **Sanktionen für Verstöße gegen die Verordnung (EU) Nr. 909/2014**, die **Erteilung einer „beschränkten“ Bankkonzession** gemäß Art. 54 der Verordnung (EU) Nr. 909/2014 und die für einen wirkungsvollen Vollzug notwendigen sonstigen begleitenden Verfahrens- und Aufsichtsvorschriften vorgesehen werden.

2) Datenschutzrechtlich relevante Bestimmungen

I. Artikel 2 (Bundesgesetz über das Wirksamwerden der Verordnung (EU) Nr. 909/2014 zur Verbesserung der Wertpapierlieferungen und –abrechnungen in der Europäischen Union und über Zentralverwahrer sowie zur Änderung der Richtlinien 98/26/EG und 2014/65/EU und der Verordnung (EU) Nr. 236/2012 (Zentralverwahrer-Vollzugsgesetz – ZvVG))

Datenschutzrechtliche Vorbemerkungen:

Nachdem mehrfach (etwa in § 2 Abs. 1 sowie in § 10 Abs. 1) auf die Vorschriften/Bestimmungen dieses Bundesgesetzes **und** bzw. **oder** auf die Verordnung (EU) Nr. 909/2014 verwiesen wird und die betreffenden Regelungen nur vergleichsweise vage erläutert sind, stellt sich einleitend die Frage, ob im vorliegenden Gesetzesentwurf Datenanwendungen geregelt werden, die über die Vorgaben der Verordnung (EU) Nr. 909/2014 hinausgehen oder zum Teil auch unter diesen Vorgaben liegen. Dies sollte zumindest in den Erläuterungen klarer dargestellt werden.

Zu den §§ 1 und 2:

a.) Nach § 2 Abs. 1 ist die **FMA** im Rahmen der **Überwachung der Einhaltung der Vorschriften dieses Bundesgesetzes und der Verordnung (EU) Nr. 909/2014** durch Zentralverwahrer jederzeit **berechtigt**:

1. in die **Bücher, Schriftstücke und Datenträger** eines Zentralverwahrers Einsicht zu nehmen und Kopien von ihnen zu erhalten,
2. von einem Zentralverwahrer und seinen Organen **Auskünfte** zu verlangen, Personen vorzuladen und zu befragen,
3. durch Wirtschaftsprüfer und Wirtschaftsprüfungsgesellschaften oder durch sonstige Sachverständige **Vor-Ort-Prüfungen** durchzuführen,
4. die **Oesterreichische Nationalbank** mit der Prüfung eines Zentralverwahrers zu beauftragen; die Kompetenz der Oesterreichischen Nationalbank zur Vor-Ort-Prüfung im Bereich der Aufsicht über Zentralverwahrer erstreckt sich dabei umfassend auf die Prüfung aller Geschäftsfelder und aller Risikoarten; die Oesterreichische Nationalbank hat dafür zu sorgen, dass sie über ausreichende personelle und organisatorische Ressourcen zur Durchführung der genannten Prüfungen verfügt; **die FMA ist berechtigt, eigene Mitarbeiter an Prüfungen der Oesterreichischen Nationalbank teilnehmen zu lassen,**
5. von einem Zentralverwahrer bereits **existierende Aufzeichnungen von Telefongesprächen und Datenübermittlungen** anzufordern oder
6. von den Abschlussprüfern eines Zentralverwahrers **Auskünfte** einzuholen.

Nach § 2 Abs. 9 kann die **FMA mit Behörden und Zentralbanken aus Drittstaaten zusammenarbeiten**, die eine Aufgabe wahrnehmen, die derjenigen einer zuständigen Behörde gemäß Art. 10 der Verordnung (EU) Nr. 909/2014 oder derjenigen einer betreffenden Behörde gemäß Art. 12 der Verordnung (EU) Nr. 909/2014 entspricht. Die FMA kann ausschließlich für die Zwecke der Zusammenarbeit nach diesem Absatz von ihren Befugnissen Gebrauch machen; dies gilt auch dann, wenn der Zusammenarbeit ein **Ermittlungsverfahren im Drittstaat** wegen eines Verhaltens zugrunde liegt, das **keinen Verstoß** gegen eine in **Österreich** geltende Vorschrift darstellt.

§ 2 setzt nach den **Erläuterungen** zu dieser Bestimmung Art. 11 Abs. 3 der Verordnung (EU) Nr. 909/2014 um und wurde § 3 Zentrale Gegenparteien-

Vollzugsgesetz (ZGVG), BGBI. I Nr. 97/2012, nachgebildet. Die Regelung in Abs. 9 ist § 3 Abs. 2 Ratingagenturenvollzugsgesetz (RAVG), BGBI. I Nr. 68/2010, nachgebildet und sieht eine Ermächtigung vor, die der FMA den **Informationsaustausch mit Drittland-Behörden** ermöglicht. ESMA hat gemäß Art. 25 Abs. 10 der Verordnung (EU) Nr. 909/2014 Kooperationsvereinbarungen mit verantwortlichen Behörden in Drittländern zu schließen, die auch den Informationsaustausch zwischen der FMA als zuständiger Behörde des Aufnahmemitgliedstaates und verantwortlichen Drittland-Behörden umfassen.

b.) Es wird angemerkt, dass weder aus dem Gesetzeswortlaut der §§ 1 und 2 noch aus den zugehörigen Erläuterungen ausreichend deutlich hervorgeht, welche **datenschutzrechtliche Rolle** (insbesondere **Auftraggeber** nach § 4 Z 4 DSG 2000 oder **Dienstleister** nach § 4 Z 5 DSG 2000) jeweils die **FMA** und die **Oesterreichische Nationalbank** einnehmen. Insbesondere stellt sich vor dem Hintergrund des § 2 Abs. 1 Z 4 die Frage, ob die Oesterreichische Nationalbank allenfalls als Dienstleister der FMA tätig werden soll. Auch sollte näher dargelegt werden, wie die „**Zusammenarbeit**“ nach § 1 Abs. 2 und § 2 Abs. 2 zwischen der FMA und der Oesterreichischen Nationalbank im Hinblick auf allfällige **Datenübermittlungen zwischen den genannten Institutionen** ausgestaltet ist.

Die Frage nach der datenschutzrechtlichen Rollenverteilung stellt sich im Übrigen auch für den **Regierungskommissär** und für seinen **Stellvertreter**.

Weiters geht der Datenschutzrat davon aus, dass in der FMA und der Oesterreichischen Nationalbank für die Verwendung dieser und anderer Daten entsprechende Datensicherheitsmaßnahmen gemäß § 14 DSG 2000 festgelegt wurden und diese auch über ausreichende Datensicherheitskonzepte verfügen, die den internationalen Standards entsprechen.

c.) Aufgrund des **Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes** dürfen nur solche Daten nach § 2 Abs. 1 eingesehen werden, die für die Erreichung des Zwecks erforderlich sind. Dies betrifft insbesondere auch die **Einsichtnahme in Schriftstücke und Datenträger** sowie das Anfordern von **Aufzeichnungen von Telefongesprächen**.

Unklar ist zudem, was unter „**Datenübermittlungen**“ nach § 2 Abs. 1 Z 5 zu verstehen ist. Dies sollte in den Erläuterungen näher ausgeführt werden.

d.) Vorweg wird bemerkt, dass gemäß § 13 Abs. 1 DSG 2000, soweit der **Datenverkehr mit dem Ausland** nicht gemäß § 12 genehmigungsfrei ist, der Auftraggeber vor der Übermittlung oder Überlassung von Daten in das Ausland eine Genehmigung der Datenschutzbehörde (§§ 35 ff) einzuholen hat.

Gemäß § 12 Abs. 2 bedarf es keiner Genehmigung gemäß § 13 bei Datenverkehr mit Empfängern in Drittstaaten mit angemessenem Datenschutz. Welche Drittstaaten angemessenen Datenschutz gewährleisten, wird durch eine Verordnung des Bundeskanzlers festgestellt.

Zu § 2 Abs. 9 ist daher anzumerken, dass die **Übermittlung von Daten in Drittstaaten** ohne angemessenes Datenschutzniveau unter den Voraussetzungen der §§ 12 und 13 DSG 2000 einer **Genehmigungspflicht** unterliegen kann. Die Genehmigungspflicht entfällt etwa nach § 12 Abs. 3 Z 3 DSG 2000 dann, wenn die Übermittlung oder Überlassung von Daten ins Ausland in **Rechtsvorschriften** vorgesehen ist, die im innerstaatlichen Recht den Rang eines Gesetzes haben und unmittelbar anwendbar sind. Derartige Gesetze müssen jedoch ausreichend konkret und präzise festlegen, **welche Daten, zu welchem Zweck, an welchen Auftraggeber** übermittelt bzw. an welchen Dienstleister überlassen werden. Diesbezüglich wäre § 2 Abs. 9 zu präzisieren.

Zu § 7:

a.) Nach § 7 Abs. 1 haben Zentralverwahrer über **angemessene Verfahren** zu verfügen, die es ihren Mitarbeitern **unter Wahrung der Vertraulichkeit ihrer Identität** ermöglichen, **betriebsinterne Verstöße** gegen die Bestimmungen dieses Bundesgesetzes oder gegen auf Grund dieses Bundesgesetzes erlassene Verordnungen oder Bescheide, gegen die Bestimmungen der Verordnung (EU) Nr. 909/2014 oder eines auf Basis dieser Verordnung erlassenen **Bescheides an eine geeignete Stelle zu melden**. Die Verfahren müssen den Anforderungen von Art. 65 Abs. 2 lit. b, c und d der Verordnung (EU) Nr. 909/2014 entsprechen.

Die FMA hat nach § 7 Abs. 2 über die in Art. 65 Abs. 2 der Verordnung (EU) Nr. 909/2014 genannten wirksamen Mechanismen zu verfügen, die dazu **ermutigen, Verstöße oder den Verdacht eines Verstoßes** gegen die Bestimmungen dieses Bundesgesetzes oder gegen auf Grund dieses Bundesgesetzes erlassene Verordnungen oder Bescheide, gegen die Bestimmungen der Verordnung (EU)

Nr. 909/2014 oder eines auf Basis dieser Verordnung erlassenen Bescheides anzugeben.

b.) Zu § 7 Abs. 1 wird angemerkt, dass eine Regelung für **Whistleblowing** besondere datenschutzrechtliche Vorgaben enthalten muss, um dem **Verhältnismäßigkeitsgrundsatz** nach § 1 Abs. 2 DSG 2000 gerecht zu werden, so etwa hinsichtlich der **Festlegung detaillierter Voraussetzungen für erlaubtes Whistleblowing**, insbesondere dem Vorliegen einer Verdachtslage, dem Schutz des Meldenden einerseits und der Verantwortung bei haltlosen Anschuldigungen andererseits sowie dem Schutz der Rechte der gemeldeten Person.

Auch Art. 65 Abs. 2 lit. c der Verordnung (EU) Nr. 909/2014 legt fest, dass **Mechanismen** eingerichtet werden sollen, die den Schutz personenbezogener Daten gemäß den Grundsätzen der Richtlinie 95/46/EG (**Datenschutz-Richtlinie**) sowohl für die Person, die den potenziellen oder tatsächlichen Verstoß meldet, als auch für die natürliche Person, die mutmaßlich für einen Verstoß verantwortlich ist, umfassen.

Vor diesem Hintergrund erscheint die Regelung des § 7 Abs. 1 zu kurSORisch und müsste detaillierter ausgestaltet werden.

So ist hinsichtlich der **Meldung von betriebsinternen Verstößen** fraglich, wie die vorgesehene „**Wahrung der Vertraulichkeit [der] Identität**“ des meldenden Mitarbeiters gewährleistet werden soll.

Wesentlich ist aus Sicht des Datenschutzrates, dass die Kommunikation mit dem Hinweisgeber in anonymer Form stattfinden kann.

Weiters ist aus Sicht des Datenschutzrates ungeklärt, **welche Stelle** für die Entgegennahme der Meldung über betriebsinterne Verstöße „**geeignet**“ ist und ob es sich hierbei um eine **interne Stelle (zB interne Revision, Vorstand)** und/oder auch um eine **externe Stelle (zB die Zentrale Staatsanwaltschaft zur Verfolgung von Wirtschaftsstrafsachen und Korruption)** handeln kann.

Zudem sollten zumindest die **Eckpunkte für die datenschutzrechtlich geforderte Verhältnismäßigkeitsabwägung** zwischen dem Interesse des Meldenden und dem Interesse der gemeldeten Person vorgegeben werden.

Daraus ergibt sich für den Datenschutzrat, dass detailliertere Vorgaben für das von den Zentralverwahrern vorzusehende „angemessene“ Verfahren zur Meldung von Verstößen gesetzlich zu reglementieren sind.

Hinsichtlich der von § 7 Abs. 2 vorgesehenen „**Ermutigung**“ durch die FMA, Verstöße oder den Verdacht eines Verstoßes anzuseigen, sollte geregelt werden, wie nach einer (**allenfalls auch absichtlich**) falschen **Meldung eines Verstoßes** vorgegangen werden und welche Konsequenzen getroffen werden sollen.

Zu § 10:

a.) Nach § 10 Abs. 1 hat die FMA bei von ihr getroffenen Maßnahmen sowie Sanktionen wegen Verstößen gegen Bestimmungen dieses Bundesgesetzes oder der Verordnung (EU) Nr. 909/2014 den **Namen** der natürlichen Person, des Zentralverwahrers oder der sonstigen juristischen Personen, an die oder den sich die getroffenen **Maßnahmen sowie Sanktionen** richten, unter Anführung der **Art und des Charakters des zu Grunde liegenden Verstoßes im Internet** bekannt zu machen (Veröffentlichung). Die Veröffentlichung ist auch um jede gerichtliche dem Grunde nach bestätigende Entscheidung zu ergänzen.

Ist die FMA **nach einer fallbezogenen Bewertung der Verhältnismäßigkeit** der Bekanntmachung der betreffenden Angaben zu der Ansicht gelangt, dass die Bekanntmachung der Identität der juristischen Personen oder der personenbezogenen Daten der natürlichen Personen **unverhältnismäßig** wäre, oder würde die Bekanntmachung die **Stabilität der Finanzmärkte oder laufende Ermittlungen gefährden**, so kann die FMA nach § 10 Abs. 2 entweder

1. die Entscheidung, mit der die Sanktion oder andere Maßnahme verhängt wird, **erst dann bekanntmachen, wenn die Gründe für ihre Nichtbekanntmachung weggefallen sind**, oder
2. die Entscheidung, mit der die Sanktion oder andere Maßnahme verhängt wird, im Einklang mit dem nationalen Recht **in anonymisierter Form bekanntmachen**, wenn diese anonymisierte Bekanntmachung einen wirksamen Schutz der personenbezogenen Daten gewährleistet, oder
3. davon **absehen**, die Entscheidung, mit der die Sanktion oder andere Maßnahme verhängt wird, bekanntzumachen, wenn die Möglichkeiten

gemäß Z 1 oder 2 ihrer Ansicht nach nicht ausreichen, um zu gewährleisten, dass

- a) die **Stabilität der Finanzmärkte** nicht gefährdet wird,
- b) bei Maßnahmen, die als geringfügig angesehen werden, bei einer Bekanntmachung solcher Entscheidungen die **Verhältnismäßigkeit** gewahrt ist.

Wird entschieden, eine Sanktion oder eine andere Maßnahme **in anonymisierter Form** bekanntzumachen, kann die Bekanntmachung der einschlägigen Angaben **um einen angemessenen Zeitraum aufgeschoben werden**, wenn davon auszugehen ist, dass die Gründe für eine anonymisierte Bekanntmachung im Laufe dieses Zeitraums wegfallen werden.

b.) Die vorgeschlagene Bestimmung soll im wesentlichen Art. 62 der Verordnung (EU) Nr. 909/2014 umsetzen und sieht **weitgehende Veröffentlichungspflichten von Maßnahmen und Sanktionen** vor. Der Datenschutzrat weist daraufhin, dass die **namensbezogene Veröffentlichung von diesen Unternehmensdaten** einen nach österreichischer Rechtslage nicht unerheblichen Eingriff in das Grundrecht auf Datenschutz gem. § 1 Abs. 2 DSG 2000 darstellt.

Aus Sicht des Datenschutzrates wird aber mit dieser Bestimmung in einigen Punkten den Vorgaben der gegenständlichen Verordnung nicht Rechnung getragen. Es fällt auf, dass sich die **vorgeschlagene Bestimmung** in einigen wesentlichen Punkten **von Art. 62 der Verordnung unterscheidet**.

So etwa sieht die unionsrechtliche Vorgabe in Art. 62 Abs. 2 vor, dass die **Veröffentlichung** erst dann vorzunehmen ist, nachdem die betreffende Person über diese **Entscheidung unterrichtet worden ist**. § 10 Abs. 1 legt diese Einschränkung hingegen **nicht** fest.

Im Hinblick auf die **Anonymisierung** nach § 10 Abs. 2 Z 2 ist anzumerken, dass sich **selbst ohne Nennung des Namens** ein (indirekter) Personenbezug aus der Art und dem Charakter des Verstoßes ergeben kann. **Vollständig anonymisierte Daten unterliegen aber nicht dem Anwendungsbereich des DSG 2000.**

Art. 62 Abs. 2 der Verordnung sieht **Aufbewahrungs- und Löschungspflichten** vor, die in § 10 des Entwurfes **nicht** zu finden sind. **Der Datenschutzrat regt an, zu**

prüfen, inwiefern im Sinne der Rechtssicherheit und -klarheit auch die in der Verordnung vorgesehenen Fristen im Gesetzestext angeführt werden sollten.

II. Artikel 7 (Änderung des Zentrale Gegenparteien-Vollzugsgesetzes)

Zu Z 3 (§ 4):

Hinsichtlich der in § 4 Abs. 2 vorgesehenen **Zusammenarbeit der FMA mit Behörden und Zentralbanken aus Drittstaaten** wird sinngemäß auf die datenschutzrechtlichen Anmerkungen zu Art. 2 § 2 Abs. 9 verwiesen.

18. März 2015
Für den Datenschutzrat
Der Vorsitzende:
MAIER

Elektronisch gefertigt