

Öffentliches Begutachtungsverfahren

betreffend den "Ministerialentwurf betreffend Bundesgesetz, mit dem das Bundes-Verfassungsgesetz, das Rechnungshofgesetz 1948 und das Verfassungsgerichtshofgesetz 1953 geändert und ein Informationsfreiheitsgesetz erlassen werden" (im Folgenden kurz: Entwurf)

5 Bezugszahlen:

Parlament: 95/ME

Bundeskanzleramt: ELAK-GZ: 2021-0.130.157

Stellungnahme

von Michael Suda

10 I Vorbemerkung

Diese Stellungnahme beschränkt sich auf Art. 2 § 15 des Entwurfs (Einbeziehung der Datenschutzbehörde) und einige Anmerkungen zum Verhältnis des Grundrechts auf Datenschutz (Art. 8 EU-GRC, § 1 DSG) zum vorgeschlagenen Grundrecht auf Informationsfreiheit (Art. 1 Art. 22a Abs. 2 und 3 des Entwurfs). Die Randzahlen sind Zeilennummern.

15 Ich lege offen, dass ich Mitarbeiter der Datenschutzbehörde bin. Diese Stellungnahme ist jedoch in meiner Freizeit und ohne Auftrag der oder Absprache mit der Behördenleitung entstanden. Sie stellt lediglich meine persönliche Meinung dar.

Ich bin bestrebt, mich einer klaren und auch ohne juristisches Fachwissen verständlichen Sprache zu bedienen. Unvermeidliche Abweichungen von diesem Vorsatz bitte ich die Leserinnen und Leser
20 vorab zu entschuldigen.

II Verhältnis der Grundrechte auf Datenschutz und Informationsfreiheit

Beide Grundrechte stehen in einem schwer aufzulösenden Gegensatz. Der von den Verfasserinnen und Verfassern des Entwurfs angestrebte und vielzitierte "*Paradigmenwechsel*" (Erläuterungen, Seite 1, erster Absatz) ist weniger grundlegend, als es auf den ersten Blick scheint. Denn die geltende
25 Pflicht zur Wahrung der Amtsverschwiegenheit (Art. 20 Abs. 3 des Bundes-Verfassungsgesetzes in der geltenden Fassung, kurz: B-VG) ist nicht absolut. Sie gilt nur für Tatsachen "*deren Geheimhaltung im Interesse der Aufrechterhaltung der öffentlichen Ruhe, Ordnung und Sicherheit, der umfassenden Landesverteidigung, der auswärtigen Beziehungen, im wirtschaftlichen Interesse einer Körperschaft des öffentlichen Rechts, zur Vorbereitung einer Entscheidung oder im überwiegenden Interesse der Parteien geboten ist*". Die in der unterstrichenen Passage genannten Interessen werden
30 in der Praxis aus meiner Sicht fast ausnahmslos durch das Grundrecht auf Geheimhaltung personenbezogener Daten (§ 1 des Datenschutzgesetzes, kurz: DSG) repräsentiert. Dies ist auch den Verfasserinnen und Verfassern des Entwurfs bewusst gewesen (Erläuterungen, Seiten 2, 3 und 9). Für diesen Fall ist auch ein konkreter Weigerungsgrund im vorgeschlagenen Informationsfreiheitsgesetz
35 vorgesehen (Art. 2 § 6 Abs. 1 Z 7 lit. a des Entwurfs).

Das nationale Grundrecht auf Datenschutz gilt, was oft übersehen wird, auch für juristische Personen. Es schützt also auch die wirtschaftlich begründeten Geheimhaltungsinteressen von Unternehmensträgern wie Aktiengesellschaften, Gesellschaften mit beschränkter Haftung und Privatstiftungen.

40 Eine Einschränkung des nationalen Grundrechts auf Datenschutz auf natürliche Personen ist nicht Gegenstand des vorliegenden Entwurfs. Das nationale Grundrecht soll weiterhin einen weiteren Schutzbereich bieten als das Grundrecht auf Datenschutz der Grundrechtscharta der Europäischen

Union (Art. 8 EU-GRC).

Das Grundrecht auf Datenschutz steht aus meiner Sicht im Zeichen eines sozialen Grundkonsenses des Misstrauens. Im Zeichen dieses Grundkonsenses soll es dem einzelnen Menschen das Recht verleihen, jeden Aspekt seiner Persönlichkeit und seines Lebens vor jedermann, dem Staat wie Unternehmen, geheim zu halten. Ein Grundrecht auf Information bedingt dagegen einen sozialen Grundkonsens des Vertrauens, der besagt, dass jeder Empfänger mit den Daten, die ihm zugänglich gemacht werden, verantwortungsvoll umgehen wird.

Ein derartiger, weitreichender, echter Paradigmenwechsel von Misstrauen zu Vertrauen ist nicht absehbar und kann meiner Meinung nach auch nicht durch den vorgeschlagenen Gesetzgebungsakt bewirkt werden.

Es sind daher, auch weil der vorliegende Entwurf eine Vielzahl von Auslegungsfragen offen lässt, zahlreiche Streitfälle absehbar, in denen beide Grundrechte gegeneinander abgewogen werden müssen.

III Muster eines Prozessablaufs nach Art. 2 §§ 7-15 des Entwurfs

Ich nehme folgendes, rein fiktives Beispiel an:

Die Bürgerin E*** richtet an die österreichische Ortsgemeinde F***, genauer: an den Bürgermeister von F*** als Baubehörde erster Instanz, das Informationsbegehren, ihr alle aufliegenden Dokumente betreffend ein bestimmtes Bauvorhaben (nach Adresse und Grundstücksnummer) zur Verfügung zu stellen. Inhaberin der Baubewilligung und Eigentümerin der Liegenschaft ist die O*** Gesellschaft m.b.H., die im Bereich Wetten und Glücksspiel tätig ist. Diese Gesellschaft ist in den vergangenen Jahren in den Fokus der öffentlichen Diskussion geraten, wird vielfach kritisiert und gilt als *"korrupt"*, insbesondere wegen eines ihrer Gesellschafter, der im Ausland wegen Verbindungen zur organisierten Kriminalität rechtskräftig verurteilt worden ist.

Der Bürgermeister ersucht die Datenschutzbehörde gemäß Art. 2 § 15 Abs. 1 des Entwurfs unter kurzer Schilderung des Sachverhalts um Beratung und Unterstützung. Die Datenschutzbehörde gibt nach einer Woche die Stellungnahme ab, dass keine datenschutzrechtlichen Gründe dafür vorliegen, dem Informationsbegehren nicht nachzukommen.

Der Bürgermeister übermittelt daraufhin der Informationswerberin eine Kopie der Bauakten, darunter auch die eingereichten Plandokumente. E*** berichtet darüber in sozialen Medien (Facebook, Twitter sowie in ihrem Blog *"Die Glücksspielmafia und ihre Lakaien"*) und führt dabei u.a. aus: *"Als Haus- und Hofarchitekt der einschlägig bekannten O*** Ges.m.b.H. ist neuerdings Dipl.Ing, A*** tätig, der sich seine Tätigkeit für den moralisch verkommenen Konzern sicher teuer bezahlen hat lassen!"* Diese Information hat sie den Bauplänen entnommen, die Dipl.Ing. A*** und das Architektenbüro A*** & Partner KG als Planverfasser angeben.

Dipl.Ing. A*** und die A*** & Partner KG reichen daraufhin eine auf § 24 DSG (hinsichtlich von Dipl.Ing. A*** persönlich auch auf Art. 77 DSGVO) gestützte Datenschutzbeschwerde ein und beantragen, die Datenschutzbehörde möge feststellen, dass der Bürgermeister der Gemeinde F*** sie durch die Übermittlung ihrer Daten (in Form einer Kopie der Baupläne, ohne dass darin ihr Name bzw. Ihre Firma geschwärzt wurden) im Grundrecht auf Geheimhaltung ihrer Daten gemäß § 1 Abs. 1 DSG verletzt hat (siehe dazu Erläuterungen, Seite 9). Zur Begründung führen Sie an, dass sie durch das Bekanntwerden ihrer Geschäftsverbindung zur O**** Ges.m.b.H. ihren guten Ruf und ihre wirtschaftlichen Interessen gefährdet sehen, was schwerer wiege als die bloße Neugier der Frau E*** und deren öffentlich bekundete Abneigung gegen Glücksspielunternehmen.

Die Datenschutzbehörde müsste hier in einer Sache entscheiden, in der sie zuvor als gesetzlich bestellte Beraterin des als Beschwerdegegner belangten Bürgermeisters tätig war und zur Hauptfrage der Beschwerde (= Ist die Datenübermittlung zulässig?) bereits eine Rechtsmeinung geäußert hat, die der Bürgermeister wohl sicher in seiner Rechtfertigung (Stellungnahme zur Beschwerde) erwäh-

90 nen, wenn nicht sogar ausführlich zitieren wird. Sie müsste sich also entweder im zu erlassenden Bescheid selbst widerlegen, oder die gegenüber dem Bürgermeister geäußerte Meinung bestätigen. Was beides, wie man so schön sagt, nicht unbedingt einen schlanken Fuß machen aber den klaren Vorgaben des Gesetzgebers entsprechen würde..

Erst in der nächsten Instanz (nach einer Bescheidbeschwerde gemäß Art. 133 Abs. 1 Z 1 B-VG)
95 wäre mit dem Bundesverwaltungsgericht eine unparteiische und unbefangene Stelle mit dem Verfahren befasst.

Würde die Datenschutzbehörde dagegen gegenüber dem Bürgermeister von F*** den Daumen senken, das heißt, ihm als informationspflichtigem Organ gegenüber die Empfehlung erteilen, dass Datenschutzbedenken gegen eine (unbeschränkte, ungeschwärzte) Informationsweitergabe sprechen,
100 würde das folgende Verfahren eine ganz andere Richtung nehmen. In diesem Fall müsste der Bürgermeister einen Bescheid erlassen (Art. 2 § 11 Abs. 1 des Entwurfs, eventuell auch nur betreffend einen Teil des Informationsbegehrens), der beim Landesverwaltungsgericht Niederösterreich angefochten werden könnte. Die Datenschutzbehörde wäre am weiteren Verfahren nicht beteiligt.

IV Art. 2 § 15 des Entwurfs, Rollenzuweisung für die DSB

105 Die vorgeschlagene Verfassungsbestimmung des Art. 2 § 15 Abs. 1 des Entwurfs würde die Datenschutzbehörde verpflichten, Organe, Stiftungen, Fonds, Anstalten und Unternehmungen in datenschutzrechtlichen Belangen der Vollziehung der Informationsfreiheit zu beraten und zu unterstützen. Oder, um es mit den Worten der Verfasserinnen und Verfasser des Entwurfs zu sagen, sie zu "*beraten und*" zu "*servicieren*" (Erläuterungen, Seite 11).

110 Diese Bestimmung zwingt die Datenschutzbehörde daher in eine parteiische Rolle. Sie hat an die Seite der Informationspflichtigen zu treten. Wohlgemerkt: die Datenschutzbehörde wäre nicht dazu berufen, in Rechtsfällen, in denen das Grundrecht auf Information gegen das Grundrecht auf Datenschutz abzuwägen ist, zu entscheiden. Ihr wäre in solchen Fällen vielmehr die Rolle einer Beraterin jener Seite zugedacht, die selbst über den Zugang zu Informationen entscheiden muss (siehe Art. 2
115 §§ 11 und 13 des Entwurfs).

Meines Erachtens würde der Bundesverfassungsgesetzgeber durch eine solche Bestimmung gegen zwingende Vorgaben des Rechts der Europäischen Union verstoßen.

V Vorgaben des Rechts der Europäischen Union

120 Die Materialien zum Entwurf (Vorblatt und Wirkungsorientierte Folgenabschätzung, Seite 2) halten fest: "*Die vorgesehenen Regelungen fallen nicht in den Anwendungsbereich des Rechts der Europäischen Union.*"

Dies trifft aus meiner Sicht zwar abstrakt auf das Ziel der Schaffung eines verfassungsgesetzlichen Informationsrechts im Ganzen, nicht jedoch konkret auf Art. 2 § 15 des Entwurfs zu.

125 Art. 8 Abs. 3 EU-GRC besagt, dass die Einhaltung der von der Union erlassenen Datenschutzvorschriften von einer "*unabhängigen Stelle*" überwacht werden muss.

Österreich ist der Europäischen Kommission bereits einmal in einem Rechtsstreit um die Unabhängigkeit der Datenschutzbehörde, damals noch der Datenschutzkommission, unterlegen (Urteil des Gerichtshofs der Europäischen Union [EuGH] vom 16. Oktober 2012, C-614/10, Kommission/Österreich).

130 Die Datenschutzbehörde ist also eine nationale Behörde, deren grundsätzliches Bestehen und deren Unabhängigkeit durch Unionsrecht garantiert wird. Der nationale Gesetzgeber ist daher nicht befugt, Rechtsvorschriften zu erlassen, die die Unabhängigkeit der Datenschutzbehörde aufheben oder substantiell beeinträchtigen.

Artikel 52 der Datenschutz-Grundverordnung der Europäischen Union (DSGVO) legt die Unabhän-

- 135 gigkeit der Aufsichtsbehörden für Datenschutz näher fest. Gemäß Absatz 1 handelt jede Aufsichts-
 behörde bei der Erfüllung ihrer Aufgaben und bei der Ausübung ihrer Befugnisse gemäß dieser Ver-
 ordnung völlig unabhängig.

Erwägungsgrund 117, Satz 1, zur DSGVO besagt: *"Die Errichtung von Aufsichtsbehörden in den
 140 Mitgliedstaaten, die befugt sind, ihre Aufgaben und Befugnisse völlig unabhängig wahrzunehmen,
 ist ein wesentlicher Bestandteil des Schutzes natürlicher Personen bei der Verarbeitung personen-
 bezogener Daten"* (Unterstreichung von mir; die Formulierung ist an einen Satz aus dem Urteil des
 EuGH vom 9. März 2010, C-518/07, Kommission/Deutschland, angelehnt).

Artikel 86 DSGVO legt fest, dass personenbezogene Daten in amtlichen Dokumenten, die sich im
 Besitz einer Behörde oder einer öffentlichen Einrichtung oder einer privaten Einrichtung zur Erfül-
 145 lung einer im öffentlichen Interesse liegenden Aufgabe befinden, von der Aufsichtsbehörde für Da-
 tenschutz oder der Einrichtung gemäß dem Unionsrecht oder dem Recht des Mitgliedstaats, dem die
 Behörde oder Einrichtung unterliegt, offengelegt werden können, um den Zugang der Öffentlichkeit
 zu amtlichen Dokumenten mit dem Recht auf Schutz personenbezogener Daten gemäß dieser Ver-
 ordnung in Einklang zu bringen.

150 Einen weiteren Bezug zu Vorschriften, die sich mit der Informationsfreiheit und dem Zugang zu
 Dokumenten der öffentlichen Verwaltung (im weiteren Sinne) beschäftigen, enthält der Erwägungs-
 grund 154, Sätze 1 bis 3, zur DSGVO. Die entsprechenden Passagen lauten: *"Diese Verordnung er-
 möglicht es, dass bei ihrer Anwendung der Grundsatz des Zugangs der Öffentlichkeit zu amtlichen
 155 Dokumenten berücksichtigt wird. Der Zugang der Öffentlichkeit zu amtlichen Dokumenten kann als
 öffentliches Interesse betrachtet werden. Personenbezogene Daten in Dokumenten, die sich im Be-
 sitz einer Behörde oder einer öffentlichen Stelle befinden, sollten von dieser Behörde oder Stelle öf-
 fentlich offengelegt werden können, sofern dies im Unionsrecht oder im Recht der Mitgliedstaaten,
 denen sie unterliegt, vorgesehen ist. Diese Rechtsvorschriften sollten den Zugang der Öffentlichkeit
 zu amtlichen Dokumenten und die Weiterverwendung von Informationen des öffentlichen Sektors
 160 mit dem Recht auf Schutz personenbezogener Daten in Einklang bringen und können daher die not-
 wendige Übereinstimmung mit dem Recht auf Schutz personenbezogener Daten gemäß dieser Ver-
 ordnung regeln. Die Bezugnahme auf Behörden und öffentliche Stellen sollte in diesem Kontext
 sämtliche Behörden oder sonstigen Stellen beinhalten, die vom Recht des jeweiligen Mitgliedstaats
 über den Zugang der Öffentlichkeit zu Dokumenten erfasst werden."*

165 Aus den zuletzt zitierten Anordnungen und Erwägungen der Gesetzgeber der EU wird praktisch ein-
 hellig geschlossen, dass eine Aufsichtsbehörde für Datenschutz auch mit Aufgaben auf dem Gebiet
 der Informationsfreiheit betraut werden kann. Dies ist etwa in Deutschland, auf Bundes- wie auf
 Landesebene, weitverbreitet üblich. Eine Datenschutzbehörde kann etwa mit der Aufgabe einer
 "Beauftragten für Informationsfreiheit" betraut werden, wenn – dies ist jedenfalls meine Überzeu-
 170 gung –, sie in dieser Rolle von Gesetzes wegen unabhängig und unparteiisch vorgehen muss.

In weiterer Konsequenz verbietet es das Unionsrecht, die Datenschutzbehörde mit Aufgaben zu be-
 trauen, die die unabhängige und unparteiische Stellung der Behörde beeinträchtigen. Es ist richtig,
 dass auch die DSGVO ein gewisses Maß an Ungleichbehandlung zwischen den möglichen Parteien
 eines Beschwerdeverfahrens vorsieht. So muss die Datenschutzbehörde Verantwortliche und Auf-
 175 tragsverarbeiter lediglich für ihre Pflichten „sensibilisieren“ (Art. 57 Abs. 1 lit. d DSGVO), wäh-
 rend sie einer von einer Datenverarbeitung betroffenen Person auf Anfrage konkrete „*Informatio-
 nen über die Ausübung ihrer Rechte*“ schuldet (Art. 57 Abs. 1 lit. e DSGVO). Keine dieser Bestim-
 mungen, die das erklärte Ziel verfolgen, die Rechte betroffener Personen zu stärken, geht aber so-
 weit, der Datenschutzbehörde eine Form der Parteinahme aufzutragen, die jener in Art. 2 § 15 des
 180 Entwurfs auch nur nahekommt.

Bestimmungen des Rechts der Europäischen Union gehen ihnen entgegenstehenden Bestimmungen
 des nationalen Rechts vor. Dieser Anwendungsvorrang bewirkt, dass alle Verwaltungsbehörden und
 Gerichte nationale Rechtsvorschriften ganz oder teilweise unangewendet zu lassen haben, die mit
 den Vorgaben des Unionsrechts unvereinbar sind. Nach herrschender rechtswissenschaftlicher Mei-

185 nung „sticht“ somit das Unionsrecht Rechtsvorschriften sämtlicher Stufen im Stufenbau der österreichischen Rechtsordnung jedenfalls bis eine Ebene unterhalb der Stufe der grundlegenden Prinzipien (Baugesetze) der österreichischen Bundesverfassung. Der Anwendungsvorrang gilt auch, wenn das entgegenstehende nationale Recht ein Verfassungsgesetz ist (vgl. das Erkenntnis des Verfassungsgerichtshofs vom 24.2.1999, VfSlg 15427/1999). In einfachen Gesetzen enthaltene Verfassungsbestimmungen vom Typ des Art. 2 § 15 des Entwurfs müssten jedenfalls im Kollisionsfall dem Unionsrecht weichen bzw. müssten so ausgelegt werden, dass ihre Wirkungen die Rechtsordnung der EU nicht beeinträchtigen.

Es wäre daher, sollte Art. 2 § 15 des Entwurfs Teil der österreichischen Rechtsordnung werden, Aufgabe der Leitung der Datenschutzbehörde, eine Entscheidung darüber zu treffen, ob und wie weit diese Bestimmung angewendet werden kann, ohne die vom Unionsrecht geforderte völlige Unabhängigkeit der Datenschutzbehörde zu beeinträchtigen. Dies könnte etwa dazu führen, dass die Datenschutzbehörde sich darauf beschränkt, allgemeine Informationen zum Verhältnis der Grundrechte auf Informationsfreiheit und auf Datenschutz zur Verfügung zu stellen, sich jedoch weigert, informationspflichtige Organe im Einzelfall zu beraten. Dies würde in etwa der derzeitigen praktischen Vorgehensweise der Datenschutzbehörde in Fragen des Auskunftsrechts (§ 2 des Auskunftspflichtgesetzes) entsprechen. Hier weigert sich die Datenschutzbehörde regelmäßig, Fragen zu beantworten, die auf die Beurteilung einer abstrakten oder konkreten Rechtsfrage hinauslaufen („*Ich habe da ein datenschutzrechtliches Problem....darf der Verantwortliche das?*“; siehe die Hinweise auf der Website der Datenschutzbehörde unter <https://www.dsb.gv.at/aufgaben-taetigkeiten/information-zu-rechtsauskunften.html>).

Dies geschieht in Übereinstimmung mit der Rechtsprechung des österreichischen Verwaltungsgerichtshofs, wonach § 2 des Auskunftspflichtgesetzes kein Recht auf ein Rechtsgutachten einer Behörde einräumt. Lediglich im Fall einer bereits geklärten Rechtsfrage wird ein Hinweis auf vorliegende Entscheidungen (und deren Fundstellen) gegeben.

210 VI Unabhängigkeit und Unbefangenheit

Wie bereits dargestellt, würde Art. 2 § 15 des Entwurfs die Datenschutzbehörde zu einer beratenden Tätigkeit auf Seiten einer Partei eines möglicherweise folgenden Beschwerdeverfahrens verpflichten. Würde man die im innerstaatlichen Verfahrensrecht geltenden Maßstäbe für Beamte auf eine als Staatsorgan handelnde Organisation anwenden, so wäre die Behörde als Ganzes damit befangen.

215 Nach geltender Rechtslage ist die Unbefangenheit der leitenden Organe der Datenschutzbehörde ein integraler Teil jener Regelungen, die die Unabhängigkeit der Behörde sichern sollen (siehe dazu etwa die Überschrift „*Unabhängigkeit*“ vor § 19 DSG).

§ 7 Abs. 1 des Allgemeinen Verwaltungsverfahrensgesetzes 1991 (AVG) legt fest, wann einzelne für eine Behörde tätige Menschen (Organe) befangen sind. Verwaltungsorgane haben sich der Ausübung ihres Amtes zu enthalten und ihre Vertretung zu veranlassen: in Sachen, an denen sie selbst, einer ihrer Angehörigen oder eine von ihnen vertretene schutzberechtigte Person beteiligt sind (Ziffer 1); in Sachen, in denen sie als Bevollmächtigte einer Partei bestellt waren oder noch bestellt sind (Ziffer 2); und wenn sonstige wichtige Gründe vorliegen, die geeignet sind, ihre volle Unbefangenheit in Zweifel zu ziehen (Ziffer 3).

225 Nach der Rechtsprechung des österreichischen Verwaltungsgerichtshofs (VwGH) besteht das Wesen der Befangenheit in der *"Hemmung einer unparteiischen Entschließung durch unsachliche psychologische Motive"* (ständige Rechtsprechung des VwGH seit dem Beschluss vom 25.9.1965, VwSlg 6772 A/1965). Nach dieser Rechtsprechung genügt es weiters, dass eine Befangenheit mit Grund befürchtet werden muss - auch wenn der Entscheidungsträger tatsächlich unbefangen sein sollte -, oder dass bei objektiver Betrachtungsweise auch nur der Anschein einer Voreingenommenheit entstehen könnte (z.B. VwGH, Erkenntnis vom 11. Juli 2019, Ro 2019/03/0015).

Eine Befangenheit ganzer Staatsorgane kann faktisch etwa dann eintreten, wenn jeder zu einer Ent-

235 scheidung berufene Organwalter (Beamtin oder Beamter, Richterin oder Richter) befangen ist. Dies war insbesondere früher bei kleinen Bezirksgerichten (so genannten "einspännigen" Gerichten, bei denen nur eine Richterin oder ein Richter tätig ist) immer wieder der Fall.

240 § 7 Abs. 1 AVG gilt unmittelbar nur für in der Verwaltung tätige Menschen, nicht für ganze Behörden bzw. Staatsorgane. Die Bestimmung verdeutlicht aber, welche Tätigkeiten der Gesetzgeber des AVG als miteinander unvereinbar sieht. Der entscheidende Punkt ist, dass tatsächliche oder auch nur anscheinmäßige Voreingenommenheit verhindert werden soll. Beispielsweise ist ein Richter in all jenen Fällen befangen, in deren er eine Partei einer Streitsache im Vorfeld eines Zivilprozesses in seinem früheren Beruf als Rechtsanwalt beraten und vertreten hat. Die Stellung eines Amtssachverständigen in einem verwaltungsgerichtlichen Verfahren ist mit der Rolle eines Vertreters der vor dem Verwaltungsgericht belangten Behörde in diesem Verfahren nicht vereinbar (so der VwGH im jüngsten Erkenntnis vom 24. März 2020, Ra 2019/09/0159).

245 Die Situation gemäß Ziffer 3, eventuell auch nach Ziffer 1, wäre meiner Meinung nach jedenfalls sinngemäß dann gegeben, wenn die Datenschutzbehörde im Vorfeld einer Datenschutzbeschwerde, über die sie entscheiden muss, einen Informationspflichtigen beraten hat.

Man könnte hier von einer vom Gesetzgeber bewusst angeordneten, institutionellen Befangenheit eines ganzen Staatsorgans sprechen.

250 § 19 DSG Abs. 2 Z 1 DSG lege in konsequenter Umsetzung des Ziels der Vermeidung auch nur des Anscheins einer institutionellen Befangenheit unter der Überschrift „Unabhängigkeit“ fest, dass die Leiterin der der Leiter der Datenschutzbehörde für die Dauer seines Amtes keine Tätigkeit ausüben darf, die Zweifel an der unabhängigen Ausübung ihres/seines Amtes oder ihrer/seiner Unbefangenheit hervorrufen könnte.

255 Aus dieser Bestimmung ist daher in logisch-systematischer Auslegung des Gesetzes zu folgern, dass der nationale Gesetzgeber in einer Befangenheit der Leitung der Datenschutzbehörde eine Form der Gefährdung der Unabhängigkeit der Behörde sieht.

260 Der vorliegende Entwurf sieht jedoch keine Vorkehrungen vor, wie durch die interne Organisation der Datenschutzbehörde die Unbefangenheit der handelnden Mitarbeiter zu sichern wäre. Bei realistischer Betrachtung müsste eine völlig getrennte Abteilung für Fragen der Informationsfreiheit geschaffen werden. Weiters dürfte kein zu Weisungen in Fragen der Informationsfreiheit berechtigtes Organ berechtigt sein, auch in Datenschutzsachen Weisungen zu erteilen, und umgekehrt. Es müsste also eine Art von zweiter Führungsspitze geschaffen werden, da derzeit das Weisungsrecht allein bei der Leiterin oder beim Leiter der Datenschutzbehörde liegt. Dies würde eine komplizierte Organisationsstruktur erfordern, für die es meines Wissens in der österreichischen Verwaltung kein unmittelbares Vorbild gibt.

VII Fehlender Beratungsbedarf

270 Im Zusammenhang mit der Einführung eines Grundrechts auf Information wird immer wieder die Behauptung aufgestellt, vor allem gewählte Bürgermeister kleiner Ortsgemeinden wären mit den rechtlichen Anforderungen, die der vorliegende Entwurf mit sich bringen würde, heillos überfordert. Es bestünde daher Beratungsbedarf, und die Datenschutzbehörde wäre eine bereits bestehende, geeignete und kompetente Stelle für diese Aufgabe (Stichwort „Synergie“).

275 Ich weise dazu nachdrücklich darauf hin, dass bereits jetzt jede auch noch so kleine Ortsgemeinde als Trägerin behördlicher Aufgaben gesetzlich dazu verpflichtet ist, einen Datenschutzbeauftragten zu benennen (Art. 37 Abs. 1 lit a DSGVO). Dieser muss in der Lage sein, die Gemeinde und alle ihre Organe in Fragen des Datenschutzes zu beraten (Art. 39 Abs. 1 lit a DSGVO).

Es bleibt aus meiner Sicht unerklärlich, warum eine solche Beratung nicht ausreichend sein sollte, um auch Fragen der Abwägung zwischen den Grundrechten auf Datenschutz und Informationsfreiheit zu lösen. Falls im Einzelfall keine Beratung in ausreichender Qualität zur Verfügung steht, kann

- 280 eine Ortsgemeinde den Datenschutzbeauftragten auch jederzeit wechseln, da dessen organisatorische Stellung und Person nicht gesetzlich festgelegt ist. Die Benennung externer Datenschutzbeauftragter (etwa Beratungsunternehmen, Techniker oder Rechtsanwälte, jeweils mit entsprechender Zusatzqualifikation) ist in diesem Bereich meines Wissens ohnehin eine weit verbreitete Praxis.
- Die Organisation und die finanzielle und personelle Ausstattung von Ortsgemeinden zu regeln, fällt im System der österreichischen Bundesverfassung im Übrigen in die Zuständigkeit der Landesgesetzgebung und -vollziehung. Ein finanzieller Ausgleich für Lasten, die Gemeinden durch Maßnahmen der Bundesgesetzgebung erwachsen, wäre im Rahmen des Finanzausgleichs vorzusehen und nicht durch Schaffung zusätzlicher Planstellen bei einer Verwaltungsbehörde, die zum Ressort der Bundesministerin für Justiz gehört.
- 285
- 290 Der Informationspflicht unterliegende Unternehmungen, auch wenn sie keiner Pflicht zur Benennung eines Datenschutzbeauftragten unterliegen, sollten ohnehin in der Lage sein, entsprechende Beratungsleistungen bei Bedarf zu Marktkonditionen einzukaufen, wie dies etwa bei rechtlichem oder wirtschaftlichem Beratungsbedarf laufend geschieht (unter Umständen besteht auch die Möglichkeit, Beratung und Vertretung durch die Finanzprokurator zu erhalten, siehe § 3 Abs. 3 des Finanzprokuratorgesetzes) Es ist daher kein überzeugender Grund sichtbar, warum für solche Rechtsträger auf diesem Spezialgebiet eine kostenlose Beratungsstelle geschaffen werden muss.
- 295

VIII Zusammenfassung und Schlussfolgerung

- Das Ergebnis einer Gesetzwerdung des vorliegenden Entwurfs wäre jedenfalls die Notwendigkeit einer Umstrukturierung und Neuorganisation der Datenschutzbehörde, ohne dass dabei nennenswerte Synergien zu nutzen wären. Es würde ein bedeutender Bedarf an zusätzlichem Personal entstehen. Dennoch würde damit selbst im günstigsten Fall nicht mehr erreicht werden als die Schaffung einer Beratungsstelle für informationspflichtige Stellen, die selbst jedoch keine Entscheidungen treffen kann.
- 300
- Im ungünstigsten Fall, etwa bei Unterlassung der notwendigen Verstärkung des Personals der Datenschutzbehörde, würde das Funktionieren der Datenschutzbehörde als Aufsichtsbehörde gemäß Art. 8 Abs. 3 EU-GRC nachhaltig beeinträchtigt werden. Die bereits an der äußersten Grenze ihrer Kapazität arbeitende Datenschutzbehörde würde in diesem Fall geradezu mutwillig durch die Schaffung zusätzlicher Aufgaben daran gehindert, ihre Kernaufgaben zu erfüllen.
- 305
- Unionsrechtliche Bedenken könnten die Leitung der Datenschutzbehörde überdies dazu zwingen, sich jeder Parteinahme bei der vorgesehenen Beratungstätigkeit zu enthalten. Dies könnte die Erwartungen, die insbesondere Gemeindeorgane mit Art. 2 § 15 des Entwurfs zu verbinden scheinen, bitter enttäuschen.
- 310
- Die Bestimmung sollte daher gestrichen werden und jede Gestaltung eines Grundrechts auf Informationsfreiheit ohne Einbeziehung der Datenschutzbehörde erfolgen.

315

Wien, am 19. April 2021

Michael Suda