

1100 Wien, Am Hauptbahnhof 2

**An das
Bundeskanzleramt**

**Ballhausplatz 2
1010 Wien**

per E-Mail: verfassungsdienst@bka.gv.at

cc: begutachtungsverfahren@parlament.gv.at

schienenbahnen@wko.at

rp@iv.at

ÖBB-Holding AG

Dr. Katharina Schelberger
Leiterin Konzernrecht
und Vorstandssekretariat

Tel. +43/664/2865900

E-Mail: katharina.schelberger@oebb.at

Wien, am 25.03.2021

GZ 2021-0-130.157

**Entwurf eines Bundesgesetzes, mit dem das Bundes-Verfassungsgesetz, das
Rechnungshofgesetz 1948 und das Verfassungsgerichtshofgesetz 1953
geändert und ein Informationsfreiheitsgesetz erlassen werden
ÖBB-Konzernstellungnahme**

Sehr geehrte Damen und Herren,

zu der im Betreff näher bezeichneten Angelegenheit ergeht folgende Stellungnahme des ÖBB-Konzerns:

1) Aufwände:

Ganz allgemein entstehen den informationspflichtigen Unternehmen Aufwände durch die Vorhaltung einer Organisation, durch die Aufwendungen im Zuge der Beantwortung jeder einzelnen Anfrage und möglicherweise durch die offenzulegenden Informationen selbst, dies zumindest dann, wenn deren Relevanz im Zuge der Offenlegung unterschätzt wird. Durch diese Aufwände entsteht ein Wettbewerbsnachteil gegenüber Mitbewerbern, die diesen Ansprüchen nicht ausgesetzt sind und daher diese Aufwände nicht zu tragen haben.

Jedenfalls entstehen Unternehmen Kosten für die Vorhaltung von Ressourcen für den Fall, dass entsprechende Anfragen gestellt werden. Dazu muss Personal vorgehalten und geschult werden. Auch müssen entsprechende Prozesse vorsehen, dass Geheimhaltungsinteressen der unterschiedlichen Einheiten im Unternehmen berücksichtigt werden. In jedem Einzelfall muss geprüft werden muss, ob die Voraussetzungen vorliegen oder ob eine Ausnahme von der Verpflichtung vorliegt.

2) Erheblichkeit:

Nach § 6 rechtfertigt nur die Abwehr eines *erheblichen*¹ wirtschaftlichen oder finanziellen Schadens die Verweigerung.

Das bedeutet aber, dass „unerhebliche“ Schäden in Kauf zu nehmen sind. Dies mag man beurteilen können, wenn es um abgeschlossene Vorgänge geht, ist aber für Ereignisse, deren Wirkung erst in der Zukunft liegen, schwer abzuschätzen. Dennoch liegt die Beweislast für die „Erheblichkeit“ beim offenlegenden Unternehmen.

¹ Die EB verweisen auf § 118(3) AktG: diese Norm regelt aber nur das Recht auf Informationszugang eines Aktionärs (= Inhaber eines Vermögensrechtes an der Gesellschaft) im Rahmen dessen, wie es vernünftigerweise benötigt wird, um einen Tagesordnungspunkt in der HV beurteilen zu können. Die Norm regelt eben nicht den Zugang zu beliebigen Informationen zu einem beliebigen Zeitpunkt.

Unklar ist weiter, ob sich die „Erheblichkeit“ im Einzelfall oder als Summe aller Aufwände aus allen (aktuellen und zukünftigen) Begehren berechnet. Jedenfalls können viele einzelne jeweils unerhebliche Aufwände sehr wohl zu einem erheblichen Gesamtaufwand und damit zu einer Beeinträchtigung der Wettbewerbssituation führen.

Schließlich sollte zur Beurteilung der Erheblichkeit des möglichen Schadens und auch zur Beurteilung eines allfälligen Missbrauches der Anfrage zu unlauteren Zwecken auch offenzulegen sein, wer der Anfragende ist.

3) Antrag:

Ein Begehren ist „möglichst präzise“ zu formulieren. Unklar ist, ob das „Weiterleitungsgebot“ (§ 7 Abs. 3 - eine unzuständige Stelle hat Begehren aktiv an zuständige Stelle weiterzuleiten) auch für Unternehmen gilt.

Ebenfalls unklar ist, wie global ein Antrag gestellt werden darf/kann bzw. ab welcher „Allgemeinheit“ von einer Unbestimmtheit auszugehen ist. Sinnvollerweise sollte ein Antrag nur dann als solcher gelten, wenn er sich ausdrücklich auf das IFG bezieht.

Nach § 7 können Anträge bei „Organen“ einlangen. Der Organbegriff ist im privatrechtlichen Kontext ein anderer als der des Verwaltungsorgans. Es sollte daher klargestellt werden, wer in einem Unternehmen adressiert werden muss, damit der Antrag auch tatsächlich eine Verpflichtung auslöst. § 13 Abs. 4 weist die Haftung für die Beantwortung den außenvertretungsbefugten Organen in Unternehmen zu – doch dies lässt wohl kaum den Schluss zu, dass auch tatsächlich diese (direkt) zu adressieren sind? Andererseits kann wohl auch nicht jede/r beliebige MitarbeiterIn angesprochen werden.

4) Umfang:

Widersprüchlich ist, dass § 6 Abs. 2 offenbar davon ausgeht, dass auch nur „Teile einer Information“ herauszugeben sind und daher offenbar auch aktiv „geteilt“ werden müssen. Offenbar können bzw. müssen Teile auch geschwärzt werden.

Andererseits scheinen die Ausnahmen auch die „Tätigkeit“ betreffen zu können.

5) Fehlen einer Missbrauchsklausel analog DSGVO:

In der DSGVO gibt es für Verantwortliche, die „offenkundig unbegründeten oder — insbesondere im Fall von häufiger Wiederholung — exzessiven Anträgen“² ausgesetzt sind, die Möglichkeit, entweder ein angemessenes Entgelt zu verlangen oder den Anspruch abzulehnen. Im vorliegenden Entwurf ist nur pauschal von missbräuchlichen Anträgen die Rede, ohne darauf einzugehen, worin dieser Missbrauch liegen könnte oder welche Faktoren darauf hindeuten.

6) Sonderfall Vergabeverfahren:

Angemerkt wird, dass durch das IFG die Gefahr besteht, dass der Anspruch genützt wird, um zu Informationen zu gelangen, die für eine Anfechtung in Vergabeverfahren missbraucht werden können. Konkret geht es um nachträgliche Vertragsanpassungen im Rahmen der Bestimmungen des BVergG, die oft Gegenstand von Streitigkeiten sind.

Konkret sollten die Informationen, die unterlegenen Bietern und auch der Öffentlichkeit über Vergabeverfahren zustehen, sich abschließend aus dem Materiengesetz (BVergG) ergeben, damit der Anspruch aus dem IFG nicht zur Beschaffung von zusätzlichen Informationen missbraucht werden kann, auf deren Kenntnis aus dem BVergG eben kein Anspruch besteht.

² Art 12 (5) DSGVO

Nota bene: Dazu ist auf die Judikatur der Datenschutzbehörden zu verweisen, dass das datenschutzrechtliche Auskunftsrecht (Art 15 DSGVO, davor § 26 DSG 2000) eben nicht der Informationsbeschaffung zur Sammlung von Beweismitteln für gerichtliche Auseinandersetzungen dient.

7) weitere Unklarheiten:

Unklar ist ob andere Konzernunternehmen auch als „Dritte“ gelten, deren Interessen durch die Herausgabe beeinträchtigt werden.

Weiters unklar ist, welches Verhältnis zwischen dem IWG und dem IFG besteht. Während das IWG die kommerzielle und nicht-kommerzielle Weiterverwendung der „Dokumente“, die Gegenstand des Anspruches sind, gestattet, fehlt im IFG eine Bestimmung über die weitere Verwendbarkeit der im Wege der Herausgabe erlangten Informationen.

8) Exkurs: bestehende Offenlegungspflichten im ÖBB-Konzern:

Öffentliche Unternehmen allgemein und die ÖBB im Besonderen unterliegen einer ganzen Reihe von Offenlegungspflichten.

Transparenzvorgaben, welchen der ÖBB-Konzern unterliegt:

Der ÖBB-Konzern wendet in Erfüllung einer Eigentümerweisung den Public Corporate Governance Kodex des Bundes (PCGK) an.

Der PCGK statuiert in den Kapiteln 12 Corporate Governance Bericht und 13 Transparenz umfangreiche Offenlegungspflichten, die im Wesentlichen jenen des Österreichischen Corporate Governance Kodex, den börsennotierte Gesellschaften anzuwenden haben, entsprechen.

Insbesondere sind im jährlich zu erstellenden Corporate Governance Bericht offenzulegen:

- Abweichungen von Regelungen/Empfehlungen des PCGK
- Zusammensetzung und Arbeitsweise der Geschäftsleitung
- Vergütungen der Geschäftsleitung und des Überwachungsorgans
- Berücksichtigung von Genderaspekten in der Geschäftsleitung und im Überwachungsorgan
- Kompetenzverteilung in der Geschäftsleitung
- Mitgliedschaft der Geschäftsleiter in Überwachungsorganen anderer Unternehmen

Darüber hinaus ist mindestens alle fünf Jahre eine externe Überprüfung der Einhaltung der Regeln des PCGK durchzuführen und das Ergebnis im Corporate Governance Bericht auszuweisen.

Weiters sollen vom Unternehmen veröffentlichte Informationen, die das Unternehmen betreffen, über dessen Internetseite zugänglich sein.

Angemerkt wird, dass diese Offenlegungspflichten die MitbewerberInnen bei den ÖBB-Absatzgesellschaften (außer bei Börsennotierung) nicht treffen.

Ebenso ist festzuhalten, dass den ÖBB-Konzern diverse zusätzliche Veröffentlichungspflichten, welche für Eisenbahnverkehrs- und Eisenbahninfrastrukturunternehmen gelten, treffen. Diese finden sich u.a. im Eisenbahngesetz (z.B. §§ 22 Abs. 2, 22b, 55 Abs. 2 & 3, 55b Abs. 4, 57b, 59 Abs. 4, 6 & 8, 64a Abs. 4, 67d Abs. 4 & 7), im Eisenbahnbeförderungsgesetz (z.B. §§ 4 Abs. 3, 12 Abs. 1, 26 Abs. 3), in der Eisenbahnverordnung (§ 7 Abs. 5), in der Verordnung (EG) 1371/2007 (Art. 7, Art. 27 Abs. 3, Art. 28 Abs. 2).

Auskunftspflichten von Eisenbahnunternehmen sind zudem in

- der Verordnung (EG) Nr. 91/2003 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 16. Dezember 2002 über die Statistik des Eisenbahnverkehrs und
- dem Straßen- und Schienenverkehrsstatistikgesetz

festgelegt.

Auch ergeben sich Veröffentlichungspflichten aufgrund des Bundesvergabegesetzes und des Medientransparenzgesetzes.

Zusammenfassend ist festzuhalten, dass der ÖBB-Konzern umfassenden Transparenzvorschriften unterliegt, durch welche sichergestellt wird, dass die Öffentlichkeit und die Kunden Zugang zu Informationen erhalten. Die optimale Information der Kunden über die angebotenen Leistungen ist im Übrigen eines der ureigenen Interessen des ÖBB-Konzerns als privatwirtschaftlich agierendes Unternehmen.

Um entsprechende Berücksichtigung dieser Stellungnahme wird im Zuge des weiteren Gesetzwerdungsprozesses ersucht.

Mit freundlichen Grüßen
Für die ÖBB-Holding AG:

Dr. Katharina Schelberger e.h.
Leiterin Konzernrecht & Vorstandssekretariat