

VOLKSANWALTSCHAFT



An das
Bundeskanzleramt - Verfassungsdienst

Der Vorsitzende

Ballhausplatz 2
1010 Wien

Sachbearbeiter/-in:
MR Dr. Adelheid Pacher

Geschäftszahl:
VA-6100/0005-V/1/2014

Datum: 3. J. APR. 2014

Betr.: Entwurf eines Bundesverfassungsgesetzes, mit dem das Bundes-Verfassungsgesetz geändert wird

Stellungnahme der Volksanwaltschaft
zu GZ BKA601.999/0001-V/1/2014

Sehr geehrte Damen und Herren!

Die Volksanwaltschaft nimmt zum vorliegenden Entwurf eines Bundesverfassungsgesetzes, mit dem das Bundes-Verfassungsgesetz geändert wird, wie folgt Stellung:

Zufolge des Begutachtungsentwurfs sollen die bisherigen verfassungsgesetzlichen Regelungen über die Amtsverschwiegenheit mit Ablauf des 31.12.2015 aufgehoben werden. An ihre Stelle soll ab 1.1.2016 ein neuer Art 22a B-VG treten, der in seinem Abs. 1 das Öffentlichkeitsprinzip von Informationen allgemeinen Interesses festschreibt und im Abs. 2 ein verfassungsgesetzlich gewährleistetes Recht auf Zugang zu Informationen vorsieht, soweit deren Geheimhaltung nicht aus dem im Verfassungstext selbst näher ausgeführten Interessen gesetzlich angeordnet ist. Wie den Erläuternden Bemerkungen zu entnehmen ist, folgt der vorliegende Entwurf der Intention des Arbeitsprogramms der Bundesregierung, wonach staatliches Handeln transparenter und offener gestaltet werden soll.

Tatsächlich ist Österreich mittlerweile das einzige Land in der EU, welches Regelungen über die Amtsverschwiegenheit verfassungsgesetzlich verankert hat. Das soll mit dem gegenständlichen Entwurf geändert werden. Dennoch muss festgehalten werden, dass der Volksanwaltschaft eine abschließende Beurteilung der Novelle des B-VG ohne Kenntnis der einfachgesetzlichen Rege-

lungen, welche insbesondere die Anordnung der Geheimhaltung und der Gewährleistung des gerichtlichen und außergerichtlichen Rechtsschutzes des verfassungsgesetzlichen Entwurfes vorsehen, nicht möglich ist. Da die neue Rechtslage *expressis verbis* ausdrücklich auch für die Volksanwaltschaft maßgeblich sein soll, beschränkt sich die Stellungnahme deshalb primär auf jene Aspekte, die für die Arbeit der Volksanwaltschaft unmittelbar maßgeblich sind.

Als einziges Staatsorgan gibt es für die Volksanwaltschaft eine bereits auf einfachgesetzlicher Ebene verankerte gesetzliche Verpflichtung zur Kooperation mit Wissenschaft und Lehre, schulischen und sonstigen Bildungseinrichtungen sowie eine Verpflichtung zur Information der Öffentlichkeit über ihre Tätigkeit (§ 7 Abs. 3 VolksanwG). Diesem –der Intention des Art. 21 Abs.1 B-VG des Entwurfs entsprechenden - Gesetzauftrag nach Transparenz ihres Handelns kommt die Volksanwaltschaft in vielfältiger Weise nach (Sendung „Bürgeranwalt“, Veröffentlichung aller Berichte an gesetzgebende Körperschaften, Veröffentlichung kollegialer Missstandsfeststellungen und Empfehlungen, Sprechtag, eigene Publikationen, Medienarbeit, Versendung zielgruppenorientierter Newsletter, Vorträge und Einladungen etc.). Schülerinnen und Schüler, Studierende, Lehrende und andere Personengruppen aus ganz Österreich sind – wie der Homepage zu entnehmen ist – herzlichst eingeladen, die Volksanwaltschaft zu besuchen und sich über ihre Tätigkeit auch persönlich informieren zu lassen (<http://volksanwaltschaft.gv.at/service/besuche-in-der-volksanwaltschaft>).

Dass die Volksanwaltschaft durch ihre Prüftätigkeit niederschweligen außergerichtlichen Rechtsschutz sicherstellen soll und *„als eine sinnvolle Ergänzung zum hochentwickelten System des herkömmlichen Rechtsschutzes“* etabliert worden ist, blieb im gegenständlichen Entwurf im Übrigen aber unberücksichtigt (vgl. Kucsko-Stadlmayer in Korinek/Holubek Österreichisches Bundesverfassungsrecht, Band III/2, zu Art. 148a B-VG RZ 5). Art. 22a Abs. 2 des Entwurfs sieht – ohne dass sich in den Erläuternden Bemerkungen dafür eine Begründung findet – einen Ausschluss des ohne Darlegung eines berechtigten Interesses beruhenden Zugangs zu Informationen ausschließlich für die Organe der ordentlichen Gerichtsbarkeit und der Verwaltungsgerichtsbarkeit vor.

Gemäß Art. 148a Abs. 1 B-VG kann sich jedermann bei der Volksanwaltschaft wegen behaupteter Missstände in der Verwaltung des Bundes einschließlich dessen Tätigkeit als Träger von Privatrechten, insbesondere wegen einer behaupteten Verletzung in Menschenrechten, beschweren, sofern er von diesen Missständen betroffen ist und soweit ihm ein Rechtsmittel nicht oder nicht mehr zur Verfügung steht. Jede solche Beschwerde ist von der Volksanwaltschaft zu prüfen. Jede Beschwerdeführerin und jeder Beschwerdeführer hat das in Art. 148a Abs. 1 letzter Satz B-VG

verfassungsgesetzlich gewährleitete Recht darauf, dass die Volksanwaltschaft ihr/ihm das Ergebnis der Prüfung sowie die allenfalls getroffenen Veranlassungen mitzuteilen hat. Gemäß Abs. 2 dieser Bestimmung kann die Volksanwaltschaft bei Vorliegen einer Missstandsvermutung auch von Amts wegen Prüfungsverfahren einleiten. Sie ist – mit Ausnahme der bei ihr angelagerten Verwaltungstätigkeiten - weder zur Setzung von Zwangsakten noch zur Erlassung von Bescheiden befugt.

Die über die Jahre stetig steigenden Beschwerden spiegeln das hohe Vertrauen, welches in die Volksanwaltschaft gesetzt wird, wider. Dieses Vertrauen wurde nicht zuletzt auch durch die von der Volksanwaltschaft beachtete und gewährte Vertraulichkeit sowie die Möglichkeit auch vermittelnd tätig zu werden, erworben. Die Volksanwaltschaft wird gerade im Sozial- und Gesundheitsbereich mit höchstpersönlichen Daten und der oft emotionalen Schilderungen von Lebensverhältnissen, die den Kernbereich der Privatsphäre betreffen, befasst. Wie jede Ombudsman – Einrichtung erhält sie zudem auch Hinweise auf mögliche Missstände und Eingriffe in Menschenrechte ua. von Seiten der NGO's, welche es im Zuge von Prüfverfahren erst zu verifizieren oder falsifizieren gilt. Informantenschutz und die Zusicherung absoluter Geheimhaltung was den Inhalt von Mitteilungen und Vermutungen betrifft ist der Volksanwaltschaft in solchen Fallkonstellationen möglich, obwohl sie keine „*offizielle Whistleblowerstelle*“ ist. Dies deshalb, weil deren Unabhängigkeit gem. Art 148a Abs. 6 B-VG in Ausübung ihres Amtes ua. auch Anonymität und die Vertraulichkeit der Behandlung von Informationen gewährleistet und eine sinngemäße Anwendung des §17 AVG im Hinblick auf die Sonderstellung der Volksanwaltschaft gesetzlich ausgeschlossen ist. Sihin besteht seit 1977 kein Recht auf Akteneinsicht in Prüfsakten der Volksanwaltschaft (§ 5 VolksanwG).

Der VfGH hat im Verfahren zu G152/96 in seiner Entscheidung vom 11.03.1998 die Zurückweisung eines Individualantrags auf Aufhebung des § 5 VolksanwG betreffend die Nichtanwendung der Bestimmungen über die Akteneinsicht für das Verfahren vor der Volksanwaltschaft unter Bezugnahme auf ihre Sonderstellung als parlamentarische Ombudsman-Einrichtung, die kein imperium ausübt, ausdrücklich als verfassungskonform bestätigt. In der genannten Entscheidung heißt es deshalb wörtlich:

„Vor diesem Hintergrund finden sich keine Anhaltspunkte für eine Rechtssphäre des an die Volksanwaltschaft Herantretenden, in die durch das Fehlen von Vorschriften über die Akteneinsicht bei dieser eingegriffen werden könnte“.

Eine so weitgehende Vertraulichkeit und Geheimhaltung lässt sich mit jenen Geheimhaltungsinteressen, welche der Entwurf zu Art 22a Abs 2 B-VG zur Rechtfertigung einer Geheimhaltungsverpflichtung anerkennt, wohl nicht mehr rechtfertigen. Gegenstand der Prüfung und Kontrolle der

Volksanwaltschaft sind aber nicht nur den Verfahrensparteien zustehende subjektiv öffentliche Rechte. Auch und gerade die Nichteinhaltung von Rechtsvorschriften, deren Geltendmachung den Verfahrensparteien materiell rechtlich verwehrt ist, ist vielfach Inhalt der Beschwerden. Die Volksanwaltschaft fungiert dabei immer als ein Organ der objektiven Rechtskontrolle und quasi als Ventil für den Mangel der Geltendmachung eines subjektiven Rechts auf eine Gesetzmäßigkeit der Verwaltung. Gerade auch Personen, Bürgerinitiativen oder Personen(gruppen), die im Verwaltungsverfahren keine Parteistellung haben, denen aber eine Betroffenheit im Sinne des Art. 148a Abs. 1 B-VG nicht abzusprechen ist (vgl. zu Bürgerinitiativen und Petitionen auch Art. 148a Abs. 5 B-VG) wenden sich an die Volksanwaltschaft. Gleichzeitig und unabhängig davon können sich in derselben causa aber auch Projektwerber, Gewerbetreibenden etc. mit aus ihrer Sicht berechtigten Beschwerden an die Volksanwaltschaft wenden. Anders als beim Rechnungshof, dessen Tätigkeit sich nicht auf Individualbeschwerden stützt, muss die Volksanwaltschaft immer berücksichtigen, dass jedermann im Sinne des Art. 148a Abs. 1 B-VG ein Beschwerderecht und entsprechend dieser Bestimmung auch ein Recht auf Mitteilung des Ergebnisses der Prüfung und der allenfalls getroffenen Veranlassungen hat. Nicht selten stehen hinter authentischen und im guten Glauben eingebrachten Beschwerde oder Hinweisen über behauptetes rechtswidriges oder gar menschenrechtsverletzendes Verhalten spezielle Eigeninteressen oder langjährige persönliche Konflikte, weshalb allfällige Informationsweitergaben an Dritte weder zur Entschärfung der Situation noch zur Durchführung einer objektiven Prüfung hilfreich wären.

In ihrer EntschlieÙung 1729 (2010) über „den Schutz von Informanten“ unterstrich die Parlamentarische Versammlung des Europarats die Bedeutung des „Whistleblowing“ (bei dem betroffene Personen Alarm schlagen, um ein Fehlverhalten zu beenden, das andere Personen gefährdet) als Möglichkeit zur Stärkung der Verantwortlichkeit und des Kampfes gegen Korruption und Missmanagement im öffentlichen und privaten Sektor. Sie forderte alle Mitgliedstaaten dazu auf, ihre gesetzlichen Bestimmungen über den Schutz von „Whistleblowern“ unter Berücksichtigung der nur auszugsweise skizzierten Grundsätze zu überprüfen:

- 6.1.1. *Die Definition geschützter Enthüllungen umfasst alle in gutem Glauben geäußerten Warnungen vor verschiedenen Arten rechtswidriger Handlungen, u. a. sämtliche schweren Menschenrechtsverletzungen, die das Leben, die Gesundheit, die Freiheit oder sonstige berechnigte Interessen Einzelner als Subjekte der öffentlichen Verwaltung oder als Steuerzahler, Anteilseigner, Arbeitnehmer oder Kunden von Privatunternehmen beeinträchtigen oder bedrohen;*
- 6.1.2. *die gesetzlichen Bestimmungen sollten daher für Whistleblower im öffentlichen und im privaten Sektor gelten ..., und*

6.1.3. *sie sollten relevante Fragen aus folgenden Rechtsbereichen kodifizieren:*

6.1.3.1. *Arbeitsrecht – insbesondere der Schutz vor ungerechtfertigten Kündigungen und anderen Arten arbeitsbezogener Vergeltungsmaßnahmen; ...*

6.2.4. *Es wird bei jedem Whistleblower davon ausgegangen, dass er in gutem Glauben gehandelt hat, soweit er vernünftige Gründe für die Annahme hatte, dass die offengelegten Informationen wahr waren, selbst wenn sich später herausstellt, dass dies nicht der Fall war, und vorausgesetzt, dass er keine rechtswidrigen oder unethischen Ziele verfolgt hat.*

Auf die oben genannten Leitlinien wurde auch in der Entschließung 1916 (2010) der Parlamentarischen Versammlung erneut Bezug genommen.

Die Novelle des Volksanwaltschaftsgesetzes BGBl. I Nr. 1/2012 sieht überdies für die Volksanwaltschaft und die von ihr eingesetzten Kommissionen eine besondere Verschwiegenheitspflicht im Rahmen der (verfassungs)gesetzlichen Amtsverschwiegenheit und der Auskunftspflicht vor (vgl. § 11 Abs. 6 und § 19 VolksanwG) vor. Wie die Erl. RV 1515 der Beilagen XXIV. GP zu § 19 VolksanwG ausführen, entspricht dies in Anbetracht der Ratifikation des Fakultativprotokolls zum Übereinkommen gegen Folter und andere grausame, unmenschliche oder erniedrigende Behandlung oder Strafe vom 18. Dezember 2002 (OPCAT) unmittelbar einer völkerrechtlichen Verpflichtung, die es in Österreich umzusetzen galt.

In den zitierten Erl. RV heißt es dazu wörtlich:

„Die vorgeschlagene Bestimmung entspricht Art. 21 Abs. 2 OPCAT. Der Schutz der Vertraulichkeit von Informationen soll den (verfassungs)gesetzlichen Regelungen der Amtsverschwiegenheit und der Auskunftspflicht (vgl. Art. 20 Abs. 3 und 4 B-VG) und der dazu ergangenen Ausführungsgesetze unterliegen“...

Mit dem vorgeschlagenen Entfall des Art. 20 Abs.3 und 4 B-VG und dem Art. 22a Abs. 2 B-VG (neu) würde die innerstaatliche Rechtslage mit dieser durch die Ratifikation des OPCAT übernommenen völkerrechtlichen Verpflichtung kollidieren. Die Verlässlichkeit der Rechtsordnung ist aber eine Grundbedingung freiheitlicher Verfassungen. Es ist daher erforderlich, die Volksanwaltschaft sowie die gleichartigen Einrichtungen der Länder (Landesvolksanwaltschaften) von der Auskunftserteilung im Sinne des vorgeschlagenen Art. 22a Abs. 2 B-VG gänzlich auszunehmen. Es kann nicht im Interesse des Verfassungsgesetzgebers gelegen sein, unter Bruch völkerrechtlich übernommener Pflichten die Arbeit der Volksanwaltschaft nachhaltig behindern zu wollen.

Die Volksanwaltschaft regt daher an, vom Anwendungsbereich des Art 22 a Abs. 2 B-VG zur Gänze ausgenommen zu werden.

Zu dem im Vorblatt zur B-VG Novelle ausgeführten Satz zu den finanziellen Auswirkungen auf den Bundeshaushalt und andere öffentlichen Haushalte und zur wirkungsorientierten Folgenabschätzung (WFA) merkt die Volksanwaltschaft ausdrücklich an, dass die vom Bundeskanzleramt vertretene Auffassung, dass „durch dieses Vorhaben keine wesentlichen finanziellen Auswirkungen“ auf den Bundeshaushalt gegeben sind, nicht nachvollzogen werden kann. Die Prognose entspricht vor allem nicht einmal ansatzweise der gesetzlich vorgesehenen Qualität einer wirkungsorientierten Folgenabschätzung.

Eine „proaktive Informationspolitik aller staatlichen Stellen“ und „ein verfassungsgesetzlich gewährtes Recht auf Zugang zu Informationen“ muss jedenfalls in der Phase der Etablierung mit einem Mehraufwand verbunden sein. Es geht dabei nicht nur um bloßes internetbasiertes Bürgerservice, welches auf Bundesebene jetzt schon größtenteils stattfindet. Von „*allgemeinem Interesse im Sinne des Art. 22 a B-VG*“ sind Informationen, wenn sie Belange von öffentlichem Interesse betreffen und für die Meinungsbildung und zur Wahrung der rechtsstaatlichen und demokratischen Rechte von Bedeutung sind. Dem Internet kommt in diesem Zusammenhang die Bedeutung eines zum Teil technisch geeigneten Hilfsmittels zu, jedoch erfordert Art. 22a Abs. 1 und 2 B-VG wohl implizit auch, dass es intelligent und diskriminierungsfrei eingesetzt sowie mit einem kompetenten Back-Office-Bereich unterfüttert wird. Informationsfreiheit ist kein Selbstzweck. Transparenz fördert die Rationalität von Verwaltungs- und Regierungsentscheidungen, erschwert unsachliche Einflussnahmen und kann insbesondere Korruption verhindern. Transparentes Verwaltungs- und Regierungshandeln stärkt daher das Vertrauen der Bevölkerung und der Fachöffentlichkeit und ermutigt diese, sich wieder aktiv für das Gemeinwesen einzusetzen. Informationsfreiheit braucht daher auch eine begleitende Öffentlichkeitsoffensive. Menschen können erfahrungsgemäß nur jene Rechte in Anspruch nehmen, die sie auch kennen. Als „*Nebeneffekt*“ können sich mit der Aufbereitung öffentlicher unlizenzierter Datenbestände neue Geschäftsfelder öffnen. So bezeichnet die EU-Kommissarin für die Digitale Agenda, Neelie KROES, diese als „*Gold des digitalen Zeitalters*“, auf deren Basis neue, wertschaffende Inhalte entstehen und deren Vorteile sich auf alle Bereiche der Gesellschaft auswirken können (<http://europa.eu/rapid/press-release-IP-11-1524-de.htm>). Dies allerdings wohl nur dann, wenn die Gesetzgeber in Bund und Ländern flächendeckend harmonisierte Regelungen für den Informationszugang schaffen.

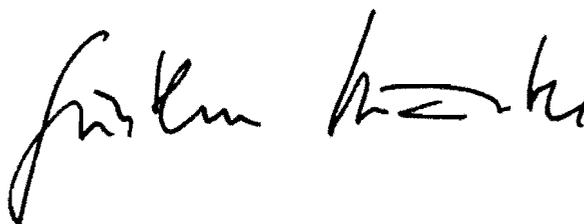
Im Sinne des Grundsatzes der Budgetwahrheit wird daher eine Überarbeitung und detaillierte Aufstellung der tatsächlich zu erwartenden Auszahlungen und Aufwendungen für Personal- und Sachleistungen im Finanzierungshaushalt und im Ergebnishaushalt dringend angeregt. Die Volksanwaltschaft ist der Überzeugung, dass die für dieses verfassungsgesetzliche Vorhaben

nötigen zusätzlichen Budgetmittel den haushaltsleitenden Organen zur Verfügung gestellt werden müssen, um nicht das an sich zu begrüßende verfassungsgesetzliche Vorhaben der Sicherstellung von Transparenz staatlichen Handelns von Anfang an als „Totgeburt“ zu planen. Zusätzlich muss geklärt werden, welche speziellen Verfahrensvorschriften Anwendung finden bzw. wie der gerichtliche und außergerichtliche Rechtsschutz ausgestaltet wird. Allein die Lektüre des zuletzt publizierten Informationsfreiheitsberichts des in Deutschland parlamentarisch bestellten Bundesbeauftragten für Datenschutz und Informationsfreiheit und des Evaluationsberichtes zum Informationsfreiheitsgesetz führt vor Augen, wie diffizil Probleme und Rechtsfragen dabei sein können (http://www.bfdi.bund.de/IFG/GrundsatzlicheszurInformationsfreiheit/Grundsatzliches_zur_Informationfreiheit_node.html).

Durch neue technische Möglichkeiten, steigt aber auch die Missbrauchsgefahr im Umgang mit öffentlichen Daten. Das sollte man nicht aus dem Blickfeld verlieren. Die Zahl der Fälle, in denen aus Unachtsamkeit oder durch kriminelle Energie öffentliche und private Daten öffentlich werden, erhöht sich Jahr um Jahr. Für den deutschen Bundesbeauftragten für den Datenschutz und die Informationsfreiheit bilden Datenschutz und Informationsfreiheit „zwei Seiten einer Medaille.“ Es gilt auch dabei der allgemeine Rechtsgrundsatz, dass die Freiheit des Einzelnen dort endet, wo die Rechte anderer verletzt werden.

Mit vorzüglicher Hochachtung

Der Vorsitzende

A handwritten signature in black ink, appearing to read 'Günther Kräuter', written in a cursive style.

Volksanwalt Dr. Günther KRÄUTER