

PER E-MAIL:

heidrun.zanetta@bmf.gv.at

Bundesministerium für Finanzen
zHdn. Frau Mag. Heidrun Zanetta
Johannesgasse 5
1010 Wien

RA Dr. Rainer Knyrim
RA Dr. Gerald Trieb, LL.M.

RAA Mag. Alexander Czadilek
RAA Jennifer Salomon, LL.M.

Knyrim Trieb Rechtsanwälte OG
Mariahilfer Straße 89a
A-1060 Wien

T: +43 1 9093070
F: +43 1 9093639
E: kt@kt.at
W: www.kt.at

ERSTE BANK
BIC: GIBAATWWXXX
IBAN: AT652011182937766501
UID ATU71661837
FN 462250f HG Wien

29. Juni 2021
BMF/IbizaUA/IA/GT/BT/JD/6B

Auftrag vom 23.6.2021

Datenschutzrechtliche Beurteilung zur Vorlage von E-Mail-Postfächern und E-Mails vom Finanzministerium an den Untersuchungsausschuss

Sehr geehrte Frau Magistra Zanetta!

Wir nehmen Bezug auf Ihren Auftrag um Übermittlung einer datenschutzrechtlichen Beurteilung der Frage, weshalb der Bundesminister für Finanzen („Finanzminister“) in Folge des Auftrags des Verfassungsgerichtshofes mit Erkenntnis vom 3.3.2021, UA1/2021-13 („Erkenntnis“), und des Beschluss des VfGH vom 5.5.2021, UA 1/2021-39 nicht schlicht das Bundesrechenzentrum als IT-Dienstleister des Bundesministerium für Finanzen („Finanzministerium“) anweisen konnte, insbesondere die E-Mail-Postfächer sowie lokal oder serverseitig gespeicherte Daten der drei in Spruchpunkt I. des Erkenntnisses bezeichneten Bediensteten des Finanzministeriums in elektronischer Form an den Untersuchungsausschuss „betreffend mutmaßliche Käuflichkeit der türkis-blauen Bundesregierung (Ibiza-Untersuchungsausschuss)“ („Ibiza-Untersuchungsausschuss“) zu übermitteln, bzw. nach Namensuche in allen E-Mail-Postfächern von Bediensteten des Finanzministeriums die von fünf ebendort bezeichneten Personen erhaltenen E-Mails in elektronischer Form zur Verfügung zu stellen, sondern zuvor eine Sichtung zwecks Bereinigung von privaten Dateien und Kommunikation durch diese Bedienstete erfolgen musste und eine Vorlage auf Papier erforderlich war.

Diesbezüglich haben wir folgende Dokumente erhalten:

1. Verlangen gem. §25 Abs.2 VO-UA vom 30.9.2020 und 11.11.2020
2. Aufforderung gem. §27 Abs. 4 VO-UA vom 13.1.2021
3. Mitteilung des VfGH an das BMF vom 11.2.2021
4. Gegenäußerung des BMF an den VfGH
5. Mitteilung des VfGH vom 22.3.2021
6. Gegenäußerung zum Exekutionsantrag des BMF an den VfGH vom 6.4.2021
7. Mitteilung des BMF an den VfGH vom 21.6.2021

Zudem haben Sie uns mitgeteilt, dass die in Spruchpunkt I. des Erkenntnisses genannten E-Mail-Postfächer sowie lokal oder serverseitig gespeicherten Daten bzw. die von Bediensteten des Finanzministeriums von den bezeichneten Personen erhaltenen E-Mails der Klassifizierungsstufe 3 („geheim“) zugeordnet wurden und Einwilligungserklärungen der betroffenen Bediensteten für die Übermittlung privater Dateien und Kommunikation an den Ibiza-Untersuchungsausschuss nicht vorliegen.

Auf Grundlage dieser Informationen gelangen wir zu folgender datenschutzrechtlicher Beurteilung:

1. Zusammenfassung der Ergebnisse:

- 1.1. Das Erkenntnis des Verfassungsgerichtshofs schränkt in seinem Spruchpunkt II. die Vorlagepflicht der E-Mail-Postfächer dreier Bediensteter des Finanzministeriums sowie der E-Mails, die die Bediensteten des Finanzministeriums von fünf bestimmten Personen erhalten haben, um private Dateien und Kommunikation ein. Da somit private Dateien und Kommunikation, zu denen auch die E-Mail-Postfächer und erhaltenen E-Mails laut Spruchpunkt I. zählen, nicht von der Vorlagepflicht erfasst sind, war es dem Finanzminister nicht möglich, das Bundesrechnungszentrum anzuweisen, die vollständigen E-Mail-Postfächer sowie lokal und serverseitig gespeicherte Daten der angeführten Bediensteten wie auch die von den Bediensteten des Finanzministeriums von bestimmten Personen erhaltenen

E-Mails inklusive privater Dateien und Kommunikation dem Ibiza-Untersuchungsausschuss zu übermitteln. Vielmehr war es vor dem Hintergrund des Erkenntnisses und aus datenschutzrechtlichen und kommunikationsrechtlichen Gründen sowie zur Wahrung des Fernmeldegeheimnisses dem Finanzminister als für die Verarbeitung der personenbezogenen Daten der Bediensteten des Finanzministeriums datenschutzrechtlich Verantwortlichem iSd der DSGVO geboten, eine Durchsicht durch die betroffenen Bediensteten zum Zweck des Aussortierens privater Dateien und Kommunikation vornehmen zu lassen, bevor die E-Mail-Postfächer bzw. die von den bestimmten Personen erhaltenen E-Mails dem Ibiza-Untersuchungsausschuss übermittelt werden. Für eine Zulässigkeit der Übermittlung dieser Akten und Unterlagen bedürfte es einer Zustimmung / Einwilligung der betroffenen Personen, auf die kein Anspruch besteht.

- 1.2. Vor dem Hintergrund der Klassifizierung der nach dem Erkenntnis des Verfassungsgerichtshofs vom Finanzminister dem Ibiza-Untersuchungsausschuss vorzulegenden Akten und Unterlagen mit der Klassifizierungsstufe 3 („geheim“) war zudem dem Finanzminister eine elektronische Vorlage dieser Akten und Unterlagen an den Ibiza-Untersuchungsausschuss vor dem Hintergrund informationsschutzrechtlicher Bestimmungen verwehrt; diese Bestimmungen verpflichten zur Klassifizierung von Akten und Unterlagen sowie entsprechender Übermittlung an das Parlament. Vielmehr war daher eine Übermittlung auf Papier geboten.

2. Keine Vorlagepflicht von „privaten Dateien und Kommunikation“:

- 2.1. Der Verfassungsgerichtshof hat mit Erkenntnis vom 3.3.2021, UA1/2021-13, zu Recht erkannt:

I. „Der Bundesminister für Finanzen ist verpflichtet, dem Untersuchungsausschuss betreffend mutmaßliche Käuflichkeit der türkis-blauen Bundesregierung (Ibiza-Untersuchungsausschuss) die E-Mail-Postfächer sowie lokal oder serverseitig gespeicherten Dateien der Bediensteten der Abteilung I/5 E. G., A., M und G. B. sowie von Bediensteten des Finanzministeriums für Finanzen empfangene E-Mails von T. S., E. H.-S., N. K., B. P. und M. L. aus dem Untersuchungszeitraum vorzulegen.“

II. *„Der Antrag wird zurückgewiesen, soweit er sich auf die Feststellung der Verpflichtung des Bundesministeriums für Finanzen zur Vorlage rein privater Dateien und Kommunikation sowie von E-Mails und elektronischen Dateien der Abteilung I/5 bezieht, die dem Ibiza-Untersuchungsausschuss bereits vorgelegt worden sind.“*

2.2. Spruchpunkt II des Erkenntnisses wird in Rz 86 (Pkt 1.9., Seite 38) wie folgt begründet: *„Hingegen gehen die Einschreiter in der Begründung ihres Antrags erstmals – und im Unterschied zu ihrem Verlangen vom 30.9.2020 und 11.11.2020 sowie ihrer Aufforderung gemäß § 27 Abs 4 VO-UA – davon aus, es könne ausgeschlossen werden, dass sich in dienstlichen E-Mail-Postfächern reine Privatangelegenheiten finden würden, und begehren die Feststellung der Verpflichtung des Bundesministers für Finanzen zur Vorlage von „vollständigen E-Mail-Postfächern sowie lokal oder serverseitig gespeicherte[n] Dateien“ näher bezeichneter Bediensteter der Abteilung I/5. Über dieses neue Rechtsverständnis im Hinblick auf rein private Dateien und Kommunikation, das bislang dem Bundesminister für Finanzen gegenüber nicht zur Kenntnis gebracht wurde und den Umfang seiner Vorlageverpflichtung erweitert, besteht allerdings keine aktuelle Meinungsverschiedenheit zwischen diesem und einem Viertel der Mitglieder des Ibiza-Untersuchungsausschusses (vgl. VfSlg.19.910/2014 zu einem Verfahren nach Art.126a B/VG).“*

2.3. Auch wenn Spruchpunkt II. des Erkenntnisses von *„rein privaten Dateien und Kommunikation“* spricht, während Spruchpunkt I – entsprechend den Verlangen nach § 25 Abs 2 VO-UA vom 30.9. und 11.11.2020 und der Aufforderung gemäß § 27 Abs 4 VO-UA vom 13.1.2021 (teilweise) folgend – von *„E-Mail-Postfächer sowie lokal oder serverseitig gespeicherten Dateien“* spricht, kann Spruchpunkt II. dieses Erkenntnisses nur als Einschränkung der mit Spruchpunkt I. ausgesprochenen, bestimmte E-Mail-Postfächer und E-Mails von Bediensteten des Finanzministeriums betreffenden Vorlagepflicht des Finanzministers verstanden werden:

2.3.1. Aus der unter Pkt 2.2. wiedergegebenen Begründung von Spruchpunkt II. des Erkenntnisses wird ersichtlich, dass Spruchpunkt I. des Erkenntnisses den Finanzminister nicht zur Vorlage *„rein privater Dateien und Kommunikation“* an den Ibiza-Untersuchungsausschuss verpflichtet. Dies deswegen, weil der Verfassungsgerichtshof durch diese Begründung zu erkennen gibt, dass er weder den

Verlangen nach § 25 Abs 2 VO-UA vom 30.9. und 11.11.2020 noch der Aufforderung gemäß § 27 Abs 4 VO-UA vom 13.1.2021 entnommen hat, dass sich diese auch auf rein private Dateien und Kommunikation bezogen hätten. Andernfalls könnte der Verfassungsgerichtshof nicht zur Ansicht gelangen, dass der Antrag, soweit er sich auf die Vorlage „*privater Dateien und Kommunikation*“ bezieht, zurückzuweisen ist, weil er gegenüber den Verlangen und der Aufforderung eine Erweiterung der Vorlagepflicht des Finanzministers bedeutete und daher darüber gar keine Meinungsverschiedenheit bestehen konnte, über die er erkennen hätte können.

- 2.3.2. Zu dieser Ansicht gelangt der Verfassungsgerichtshof obgleich weder den Verlangen noch der Aufforderung eine entsprechende Einschränkung entnommen werden kann, diese vielmehr und im Gegensatz zu Spruchpunkt I. des Erkenntnisses (!) die Vorlage „vollständiger“ E-Mail-Postfächer sowie lokal oder serverseitig gespeicherter Dateien zum Gegenstand haben. Spruchpunkt I. ist „nur“ die Verpflichtung des Finanzministers zur Vorlage der „*E-Mail-Postfächer sowie lokal oder serverseitig gespeicherten Dateien*“ zu entnehmen; eine „vollständige“ Vorlageverpflichtung – wie in den Verlangen und der Aufforderung begehrt – wird hingegen gerade nicht erkannt.
- 2.3.3. Dieses Verständnis der Verlangen und der Aufforderung durch den Verfassungsgerichtshof ist nicht zuletzt deswegen folgerichtig, weil rein private Dateien und Kommunikation nicht Gegenstand eines Verlangens gemäß § 25 Abs 2 VO-UA bzw. einer Aufforderung gemäß § 27 Abs 4 VO-UA des Ibiza-Untersuchungsausschusses sein können, ist es doch denkunmöglich, dass sie auch nur abstrakt für dessen Untersuchungsgegenstand relevant sein können. Nur insoweit ist jedoch der Finanzminister nach dem Erkenntnis des Verfassungsgerichtshofs nach Art 53 Abs 3 B-VG zur Vorlage von Akten und Unterlagen verpflichtet.
- 2.4. Dessen ungeachtet, stünden aber auch datenschutzrechtliche Bestimmungen einer Vorlage rein privater Dateien und Kommunikation von Bediensteten des Finanzministeriums an einen Untersuchungsausschuss entgegen:

2.4.1. In E-Mail-Postfächern von Bediensteten des Finanzministeriums werden den Bediensteten namentlich und organisatorisch zugeordnete Daten verarbeitet,¹ die als personenbezogene Daten iSd DSGVO zu qualifizieren sind, der im Übrigen auch dann Anwendungsvorrang vor mitgliedstaatlichem Verfassungsrecht zukommt,² wenn das vorlagepflichtige Organ seiner Begründungspflicht nicht nachkommen sollte, weshalb nach § 27 Abs 4 VO-UA gestellte Informationsanforderungen nicht oder nicht vollständig nachgekommen werden kann.³ Nach Art 4 Z 1 DSGVO sind „personenbezogene Daten“ alle Informationen, die sich auf eine identifizierte oder identifizierbare natürliche Person (im Folgenden „betroffene Person“) beziehen; als identifizierbar wird eine natürliche Person angesehen, die direkt oder indirekt, insbesondere mittels Zuordnung zu einer Kennung wie einem Namen, zu einer Kennnummer, zu Standortdaten, zu einer Online-Kennung oder zu einem oder mehreren besonderen Merkmalen, die Ausdruck der physischen, psychologischen, genetischen, physischen, wirtschaftlichen, kulturellen oder sozialen Identität dieser natürlichen Person sind, identifiziert werden kann. Daten, die in einem – wenn auch zu beruflichen Zwecken genutzten – einer bestimmten natürlichen Person zugeordneten E-Mail-Postfach verarbeitet werden, wie es auch hinsichtlich der in den oben angeführten Verlangen bzw. der Aufforderung jeweils in Pkt 4. bzw. 7. angeführten E-Mail-Postfächern bzw. E-Mails der Fall ist, sind daher als personenbezogene Daten dieser Bediensteten zu qualifizieren; die Bediensteten sind somit betroffene Personen der diesbezüglichen Datenverarbeitung.

2.4.2. Für die Verarbeitung dieser personenbezogenen Daten ist der Finanzminister datenschutzrechtlich verantwortlich; er ist iSd Art 4 Z 7 DSGVO die natürliche oder juristische Person, Behörde, Einrichtung oder andere Stelle, die allein oder gemeinsam mit anderen über die Zwecke und Mittel der Verarbeitung von personenbezogenen Daten – unter Beachtung anwendbarer gesetzlicher Vorschriften

¹ Siehe zum Begriff der „Verarbeitung“ von Daten Art 4 Z 2 DSGVO nach der dieser Ausdruck „jeden mit oder ohne Hilfe automatisierter Verfahren ausgeführten Vorgang oder jede solche Vorgangsreihe im Zusammenhang mit personenbezogenen Daten wie das Erheben, das Erfassen, die Organisation, das Ordnen, die Speicherung, die Anpassung oder Veränderung das Auslesen, Abfragen, die Verwendung, die Offenlegung durch Übermittlung, Verbreitung oder eine andere Form der Bereitstellung, dem Abgleich oder die Verknüpfung, die Einschränkung, das Löschen oder die Vernichtung“ bezeichnet.

² Z.B.: EuGH 15.11.1970, Rs 11/70, Internationale Handelsgesellschaft mbH.

³ Die eine Berücksichtigung des Grundrechts auf Datenschutz für diesen Fall unter Verweis auf die Geheimhaltungsbestimmungen des InfOG ablehnende Judikatur des VfGH (siehe VfGH 18.6.2015, UA 2/2015, UA 4/2015, Rz 64 f.) sollte nicht nur und nicht zuletzt wegen fundierter Berichte über jüngste, diese Bestimmungen mutmaßlich verletzende Veröffentlichungen von dem Ibiza-Untersuchungsausschuss vorgelegter, klassifizierter Informationen überdacht werden. Zur Beachtlichkeit von Grundrechten und Vertraulichkeitspflichten siehe die überzeugenden Ausführungen von *Jedlicka*, Die Vorlagepflicht gemäß Art 53 Abs 3 B-VG im Lichte der aktuellen Judikatur des Verfassungsgerichtshofs, in Jahrbuch Öffentliches Recht 2016, 149, 170 ff.

(siehe dazu auch unten Pkt. 2.6.) – entscheidet, weil Verlangen nach § 25 Abs VO-UA bzw. Aufforderungen nach § 27 Abs 4 VO-UA an den Finanzminister als informationspflichtiges Organ gerichtet sind. Eine Ausnahme von ihrem sachlichen Anwendungsbereich in Bezug auf die Verarbeitung personenbezogener Daten von Bediensteten durch Organe der Bundesregierung wie dem Finanzminister ist Art 2 Abs 2 DSGVO nicht zu entnehmen. Die Verarbeitung personenbezogener Daten der Bediensteten unterliegt somit der DSGVO.

- 2.4.3. Informationsanforderndes Organ ist ein Untersuchungsausschuss des Nationalrats. Auch die Verarbeitung personenbezogener Daten eines Untersuchungsausschusses unterliegt mangels anwendbarer Ausnahmebestimmung vom Anwendungsbereich der DSGVO den datenschutzrechtlichen Bestimmungen (siehe auch BVwG vom 23.11.2020, W211 2227144-1). Auch der Untersuchungsausschuss hat somit die Vorgaben der DSGVO bei der Verarbeitung personenbezogener Daten als Verantwortlicher zu beachten. Er entscheidet – unter Beachtung anwendbarer gesetzlicher Vorschriften (siehe dazu auch unten Pkt. 2.6.) – über Mittel und Zweck der Verarbeitung.
- 2.4.4. Für die Übermittlung personenbezogener Daten an einen anderen Verantwortlichen für die Verarbeitung sind nicht nur die Grundsätze für die Verarbeitung personenbezogener Daten nach Art 5 DSGVO zu beachten, sondern hat auch eine der in Art 6 DSGVO taxativ angeführten Rechtsgrundlagen vorzuliegen. An Rechtsgrundlagen für die Übermittlung „*privater Dateien und Kommunikation*“ kommt lediglich – wie in Pkt. 2.4.6. noch näher ausgeführt werden wird – die Einwilligung der jeweils betroffenen Bediensteten nach Art 6 Abs 1 lit a DSGVO in Betracht. Dafür spricht auch schon, dass der jedermann verpflichtende § 93 Abs 3 TKG⁴ ausdrücklich die Einwilligung aller Benutzer (und somit auch der Absender oder Adressaten der E-Mails, die Bedienstete des Finanzministeriums erhalten oder versendet haben!) für die Weitergabe von Informationen über aufgezeichnete Nachrichten erfordert, die Befugnis zur Weitergabe solcher Nachrichten somit an das Vorliegen entsprechender Einwilligungen knüpft.
- 2.4.5. Solche Einwilligungserklärungen liegen nicht vor; zudem besteht auch kein Anspruch des vorlagepflichtigen Organs auf Abgabe entsprechender Einwilligungserklärungen durch die betroffenen Bediensteten. Dies ergibt sich schon daraus,

⁴ Wessely in Riesz/Schilchegger [Hrsg], TKG § 93 Rz 2 und 10 (unter Berufung auf RS 0116693).

dass nach Art 7 Abs 4 DSGVO eine Einwilligung freiwillig erfolgen muss. Hätte der Finanzminister als vorlagepflichtiges Organ einen Anspruch auf Erteilung einer entsprechenden Einwilligung, läge jedenfalls keine freiwillige und somit auch keine wirksame Einwilligungserklärung vor. Dazu kommt noch, dass die Freiwilligkeit von Einwilligungserklärungen von Dienstnehmern gegenüber dem Dienstgeber generell in Zweifel gezogen wird und deren Wirksamkeit daher gesondert begründet dargelegt werden muss.⁵

2.4.6. Auch die weiteren, in Betracht kommenden Rechtsgrundlagen des Art 6 DSGVO kommen nicht in Frage:

2.4.6.1. So liegt zwischen den betroffenen Bediensteten und dem Ibiza-Untersuchungsausschuss kein Vertrag vor, zu dessen Erfüllung (oder Anbahnung) die Daten übermittelt werden soll(t)en (Art 6 Abs 1 lit b DSGVO).

2.4.6.2. Auch kann weder in Art 53 Abs 3 B-VG noch in den Bestimmungen über die Beweisanforderung von Untersuchungsausschüssen in den §§ 24 ff VO-UA eine rechtliche Verpflichtung iSd Art 6 Abs 1 lit c DSGVO erblickt werden, die den diesbezüglichen Anforderungen des Art 6 Abs 3 DSGVO genügen könnte⁶ und zu deren Erfüllung das informationspflichtige Organ verpflichtet wäre.

2.4.6.3. Schließlich kann auch an einer Übermittlung privater E-Mails und Kommunikation von Bediensteten des Finanzministeriums weder ein berechtigtes Interesse im Sinne des Art 6 Abs 1 lit f DSGVO des Finanzministers noch ein solches des Untersuchungsausschusses erkannt werden, dem nicht die Interessen oder Grundrechte und Grundfreiheiten der betroffenen Personen überwiegen, die den Schutz personenbezogener Daten erfordern. Dies muss umso mehr vor dem Hintergrund gelten, dass eine (wenn auch eingeschränkte) private Nutzung der IKT-Infrastruktur und insbesondere des E-Mail-Programms nach der IKT-Nutzungsverordnung (IKT-NV) für Bedienstete zulässig ist (siehe dazu ausführlich unten in Pkt. 2.4.9.) und nach § 5 Abs 3 IKT-NV der Dienstgeber (somit der Finanzminister) private E-Mails (ausschließlich) in einem für die Abwehr von Schäden an der IKT-Infrastruktur oder zur Gewährleistung ihrer konkreten Funktionsfähigkeit

⁵ Siehe z.B.: EDSA, Leitlinien 05/2020 zur Einwilligung gemäß Verordnung 2016/679 (V1.1), Rz 21 ff., abrufbar unter: https://edpb.europa.eu/sites/default/files/files/file1/edpb_guidelines_202005_consent_de.pdf, abgerufen am 24.6.2021.

⁶ Siehe dazu *Jedlicka*, in Jahrbuch Öffentliches Recht, 149, 173.

notwendigen Ausmaß auf Schadsoftware und Spam scannen darf. Auch wenn nach § 3 letzter Satz IKT-NV die Bediensteten keinen Anspruch auf private Nutzung der für den Dienstbetrieb zur Verfügung gestellten IKT-Infrastruktur haben, müssen sie doch davon ausgehen können, dass eine Verarbeitung ihrer privaten Kommunikation, die über die IKT-Infrastruktur des Finanzministeriums erfolgt, über das in § 5 Abs 3 IKT-NV angeführte Scannen zur Erkennung von Schadsoftware nicht hinausgeht. Gerade dies wäre jedoch im Fall einer Übermittlung dieser Daten an Dritte wie den Ibiza-Untersuchungsausschuss der Fall. Vor diesem Hintergrund überwiegen jedenfalls die berechtigten Interessen der betroffenen Bediensteten jenen des Finanzministers und des Ibiza-Untersuchungsausschusses an einer Übermittlung bzw. einem Erhalt privater Kommunikation der Bediensteten.

- 2.4.7. Schon mangels Vorliegens einer Rechtsgrundlage iSd Art 6 DSGVO für die Übermittlung wäre eine Vorlage von „*privaten E-Mails und Kommunikation*“ von Bediensteten des Finanzministeriums an den Ibiza-Untersuchungsausschuss aus datenschutzrechtlicher Sicht unzulässig.
- 2.4.8. Ungeachtet dessen mangelt es dem Ibiza-Untersuchungsausschuss als Verantwortlichem für die Verarbeitung privater Dateien und Kommunikation auch an einem diesbezüglichen legitimen Verarbeitungszweck iSd Art 5 Abs 1 lit b DSGVO. Dies deswegen, weil private Dateien und Kommunikation notwendigerweise außerhalb des Untersuchungsgegenstandes liegen. Der Untersuchungsgegenstand muss jedoch den Umfang der Befugnis des Untersuchungsausschusses zur Verarbeitung personenbezogener Daten determinieren ebenso wie dies für den Umfang der Vorlageverpflichtung gilt.⁷ Hat somit eine Verarbeitung personenbezogener Daten keine abstrakte Relevanz für den Untersuchungsgegenstand, kann sie für keinen legitimen Zweck erfolgen. Dies hätte zudem zur Folge, dass auch der Grundsatz der Rechtmäßigkeit der Verarbeitung nach Art 5 Abs 1 lit a DSGVO verletzt würde.
- 2.4.9. Dass private Dateien und Kommunikation in den angeforderten E-Mail-Postfächern von Bediensteten enthalten sind, kann schon deswegen nicht ausgeschlossen werden, weil nach § 79d BDG die IKT-Infrastruktur zwar „*von den Beamten*

⁷ VfGH 18.6.2015, UA 2/2015, UA 4/2015, Rz 64 und 66.

grundsätzlich nur für dienstliche Zwecke genutzt werden [darf]. In einem eingeschränkten Ausmaß ist auch die private Nutzung der für den Dienstbetrieb zur Verfügung stehenden IKT-Infrastruktur erlaubt, sofern sie nicht missbräuchlich erfolgt, dem Ansehen des öffentlichen Dienstes nicht schadet, der Aufrechterhaltung eines geordneten Dienstbetriebs nicht entgegensteht und sie die Sicherheit und die Leistungsfähigkeit der IKT-Infrastruktur nicht gefährdet." Dementsprechend ist auch nach § 3 der auf Grundlage des § 79d BDG erlassenen IKT-NV die *„Nutzung der für den Dienstbetrieb zur Verfügung stehenden IKT-Infrastruktur für private Zwecke [...] im eingeschränkten Ausmaß zulässig."* Unter der „IKT-Infrastruktur“ sind zweifelsfrei auch die den Bediensteten für die Verarbeitung von Daten zur Verfügung gestellten lokalen Speichermedien sowie die Server zu verstehen. Zudem dürfen nach dem mit „E-Mail“ überschriebenen § 5 IKT-NV die Bediensteten *„die vom Dienstgeber bereitgestellten E-Mail-Dienste für private Zwecke nur unter den für die Internutzung angeführten Bedingungen verwenden“*. Eine private Verwendung der dienstlichen IKT-Infrastruktur sowie der dienstlichen E-Mail-Postfächer ist den Bediensteten des Finanzministeriums somit erlaubt. Vor Übermittlung der *„E-Mail-Postfächer sowie von lokal oder serverseitig gespeicherten Dateien"* hat daher eine Sichtung zu erfolgen, um sicherzustellen, dass personenbezogene Daten der Bediensteten nicht in Verletzung der Bestimmungen der DSGVO an einen Untersuchungsausschuss übermittelt werden.

- 2.4.10. Hinzu kommt noch, dass sich auch besondere Kategorien personenbezogener Daten iSd Art 9 Abs 1 DSGVO („sensible Daten“), wie etwa Gesundheitsdaten, befinden können, für deren rechtmäßige Übermittlung über die oben angeführten Rechtsgrundlagen des Art 6 Abs 1 DSGVO hinausgehend eine Ausnahme des Verarbeitungsverbots nach Art 9 Abs 2 DSGVO vorliegen muss. Auch eine entsprechende Ausnahme liegt für eine Übermittlung entsprechender Daten an den Ibiza-Untersuchungsausschuss nicht vor.
- 2.4.11. Schließlich steht einer Übermittlung privater Kommunikation auch das Fernmeldegeheimnis des Art 10a StGG entgegen, das auch nach Art 8 EMRK geschützt ist, womit der materielle Gesetzesvorbehalt des Art 8 Abs 2 EMRK anwendbar ist. Unter dem Schutz des Fernmeldegeheimnisses stehen jedenfalls die Inhaltsdaten einer geschlossenen Kommunikation zwischen bestimmten Teilnehmern, somit auch jene in E-Mails. Eingriffe in das Fernmeldegeheimnis bedürfen einer gesetz-

lichen Ermächtigung und eines richterlichen Befehls.⁸ Die Bezug habenden Bestimmungen der VO-UA können keine gesetzliche Ermächtigung begründen, da sie dem Untersuchungsausschuss nur im Umfang des Untersuchungsgegenstandes ein Informationsrecht gewähren; dass das Erkenntnis des VfGH private Kommunikation ausdrücklich nicht erfasst, wurde bereits unter Pkt. 2.3. begründet. Der Übermittlung privater Kommunikation der Bediensteten des Finanzministeriums an den Ibiza-Untersuchungsausschuss steht somit mangels gesetzlicher Ermächtigung und richterlichen Befehls auch das Fernmeldegeheimnis entgegen.

2.5. Aus all diesen Gründen war es dem Finanzminister nicht möglich, das Bundesrechenzentrum anzuweisen, die vollständigen E-Mail-Postfächer sowie lokal und serverseitig gespeicherte Daten der angeführten Bediensteten wie auch die von den Bediensteten des Finanzministeriums von bestimmten Personen erhaltenen E-Mails inklusive privater Dateien und Kommunikation dem Ibiza-Untersuchungsausschuss zu übermitteln. Vielmehr war es vor dem Hintergrund des Erkenntnisses und aus datenschutzrechtlichen Gründen dem Finanzminister als für die Verarbeitung der personenbezogenen Daten der Bediensteten des Finanzministeriums datenschutzrechtlich Verantwortlichem iSd der DSGVO geboten, eine Durchsicht durch die betroffenen Bediensteten zum Zweck des Aussortierens privater Dateien und Kommunikation vornehmen zu lassen, bevor die E-Mail-Postfächer bzw. die von bestimmten Personen erhaltenen E-Mails dem Ibiza-Untersuchungsausschuss übermittelt werden.

2.6. Da die mit den Verlangen bzw. der Aufforderung angeforderten Akten und Unterlagen vom Finanzminister aktiv zur Verfügung zu stellen sind, liegt bei der Erfüllung der Vorlageverpflichtung keine bloße Duldung, sondern eine aktive Handlungspflicht vor. Die Vorlagepflicht des Bundesministers ist daher wohl eine unvertretbare Handlung iSd § 354 EO, die vom Finanzminister persönlich (bzw. in seinem Auftrag) vorgenommen werden muss. Er ist aufgrund des Erkenntnisses verpflichtet, dem Untersuchungsausschuss die angeforderten Akten und Unterlagen vorzulegen. Eine „Ersatzvornahme“ durch einen Dritten ist nicht ohne rechtlichen Unterschied für den Berechtigten, den Ibiza-Untersuchungsausschuss, möglich. Da es für eine Vollstreckbarkeit einer solchen unvertretbaren Handlung jedoch erforderlich ist, dass die Vornahme ausschließlich vom Willen des Verpflichteten abhängt, ist eine Exekution in die Vorlage von privaten E-Mails

⁸ Mayer/Muzak, B-VG⁵ (2015) Art 10a StGG, I.f.

und Unterlagen durch den Finanzminister nicht möglich.⁹ Er hat keinen Anspruch darauf, dass eine notwendige Mitwirkung Dritter in Form der Erteilung der Einwilligung durch die Bediensteten erfolgt (siehe dazu im Detail oben Pkt. 2.4.4.).

3. Bindung des Finanzministers an informationsschutzrechtliche Vorgaben:

3.1. Eine elektronische Vorlage der drei E-Mail-Postfächer sowie der E-Mails, die alle Bediensteten des Finanzministeriums von den in der Informationsanfrage namentlich genannten Personen erhalten haben, scheitert aber auch an den Vorgaben der VO-UA sowie den Bestimmungen des InfOG bzw. der Informationsverordnung (InfoVO).

3.2. Art 20 Abs 3 B-VG lautet: *„Alle mit Aufgaben der Bundes-, Landes- und Gemeindeverwaltung betrauten Organe sowie die Organe anderer Körperschaften des öffentlichen Rechts sind, soweit gesetzlich nicht anderes bestimmt ist, zur Verschwiegenheit über alle ihnen ausschließlich aus ihrer amtlichen Tätigkeit bekannt gewordenen Tatsachen verpflichtet, 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 (Amtsverschwiegenheit). Die Amtsverschwiegenheit besteht für die von einem allgemeinen Vertretungskörper bestellten Funktionäre nicht gegenüber diesem Vertretungskörper, wenn er derartige Auskünfte ausdrücklich verlangt.“* Die auf Grundlage des § 12 BMG erlassene Geheimnisschutzordnung des Bundes (GehSO) nimmt auf diese Bestimmung der Bundesverfassung Bezug und hält fest, dass *„Art. 20 Abs. 3 B-VG [...] alle mit Aufgaben der Bundes-, Landes- und Gemeindeverwaltung betrauten Organe, soweit gesetzlich nicht anderes bestimmt ist, zur Verschwiegenheit über alle ihnen ausschließlich aus ihrer amtlichen Tätigkeit bekannt gewordenen Tatsachen (Amtsverschwiegenheit) [verpflichtet].“* Sie trifft zudem nach § 1 Abs 2 nähere Regelungen über die Amtsverschwiegenheit und regelt darüber hinaus den Umgang mit Informationen, die einer besonderen Geheimhaltung unterliegen (klassifizierte Informationen). Nach Abs 3 leg cit gibt sie zudem einen verbindlichen Mindeststandard für die einheitliche Behandlung klassifizierter Information vor, der aus Anlass der Umsetzung eine Ergänzung

⁹ Höllwerth in *Deixler-Hübner* (Hrsg), Exekutionsordnung (31. Lfg 2020) zu § 354 EO; *Klicka* in *Angst/Oberhammer*, EO³, § 354, I, RZ 1.

oder Präzisierung durch ressortspezifische Bestimmungen erfahren kann, welche sich im Inhalt und Aufbau an das System der GehSO halten. Ihr Ziel ist das Erreichen eines Sicherheitsniveaus, das national klassifizierte Informationen bei moderaten Zusatzkosten adäquat schützt, sich an internationalen Bestimmungen und Begriffen orientiert und eine praktikable Handhabung von national klassifizierten Informationen ermöglicht. Wegen des mit der Klassifizierung von Informationen verbundenen Aufwandes ist streng darauf zu achten, dass nur solche Informationen klassifiziert werden, bei denen dies unabdingbar notwendig ist. Sie findet auf die Zentralstellen der Bundesministerien Anwendung.

- 3.3. Nach § 4 Abs 2 GehSO hat die Zuordnung von Informationen zu einer Klassifizierungsstufe durch die Urheber der Information und deren Vorgesetzte zu erfolgen. Wenngleich das Verständnis des Urhebers leicht von jenem des InfOG¹⁰ abweichen dürfte, decken sich jedoch das Verständnis von klassifizierten Informationen und die Klassifizierungsstufen der GehSO mit jenen des InfOG. So sind nach § 3 Abs 1 InfOG und § 3 Abs 1 GehSO klassifizierte Informationen *„materielle und immaterielle Informationen, unabhängig von Darstellungsform und Datenträger, die aufgrund ihres Inhalts eines besonderen Schutzes bedürfen und die daher nur einen begrenzten Personenkreis zugänglich gemacht werden sollen.“* Nach § 4 Abs 1 InfOG und nach § 3 Abs 2 GehSO sind klassifizierte Informationen folgenden Klassifizierungsstufen zuzuordnen: Stufe 1: eingeschränkt, Stufe 2: vertraulich, Stufe 3: geheim, Stufe 4: streng geheim.
- 3.4. Aus § 27 Abs 6 VO-UA, nach dem der Untersuchungsausschuss über den Zeitpunkt und die Gründe der Klassifizierung schriftlich zu unterrichten ist, wenn klassifizierte Akten oder Unterlagen vorgelegt werden, folgt, dass über die Klassifizierung von einem Untersuchungsausschuss vorgelegter Akten und Unterlagen (jedenfalls vorerst – siehe § 6 InfOG) das vorlagepflichtige Organ entscheidet, im gegenständlichen Fall somit der Finanzminister. Der Nationalrat, und somit auch der Ibiza-Untersuchungsausschuss, hat nach § 5 Abs 1 InfOG die Klassifizierung von ihnen zugeleiteten Informationen zu beachten und für einen sicheren Umgang mit klassifizierten Informationen zu sorgen. Das trifft auch auf vom Finanzminister an den Ibiza-Untersuchungsausschuss entsprechend der Verpflichtung des § 4 Abs 2 GehSO klassifizierte Informationen zu.

¹⁰ Nach § 3 Abs 5 InfOG ist „Urheber“ das Organ, unter dessen Aufsicht und Verantwortung klassifizierte Informationen erstellt oder dem Nationalrat zugeleitet wurden.

- 3.5. Ergänzende Vorschriften über die Sicherheitsbelehrung sowie die Kennzeichnung, Registrierung, Aufbewahrung und Bearbeitung, Verteilung und Beförderung, elektronische Verarbeitung und Vernichtung von klassifizierten Informationen iSd InfoVO sind in der gemäß § 26 InfoVO erlassenen Informationsverordnung (InfoVO) enthalten. Nach dem mit „elektronische Verarbeitung“ überschriebenen § 9 InfoVO sollte bei elektronischer Verarbeitung klassifizierter Informationen sichergestellt werden, dass die im InfoVO und in der Maßnahmenbeschreibung gemäß Abs 2 beschriebenen Sicherheitsstandards eingehalten werden, damit klassifizierte Informationen nicht an Personen gelangen, die über keine Berechtigung gemäß den §§ 12-16 InfoVO verfügen (die §§ 12-16 InfoVO regeln den Zugang zu nicht öffentlichen Informationen und klassifizierten Informationen des Nationalrates und des Bundesrates). Dazu dienen gemäß § 9 InfoVO entsprechende Belehrungen der berechtigten Personen. Klassifizierte Informationen der Stufe 2 oder höher, also der Stufen „vertraulich“, „geheim“ und „streng geheim“ dürfen – ausgenommen zum Zweck der Erstellung von Protokollen und auszugsweisen Darstellungen sowie zur Anfertigung von Kopien durch die Registratur – nicht elektronisch – verarbeitet werden.
- 3.6. Sind jene Akten und Unterlagen, zu deren Vorlage der Finanzminister nach dem Erkenntnis des Verfassungsgerichtshofs verpflichtet ist, klassifizierte Informationen der Stufen 2 bis 4, ist demnach eine elektronische Übermittlung dieser Akten und Unterlagen an den Untersuchungsausschuss unzulässig. Die Übermittlung der angefragten Akten und Unterlagen vom vorlagepflichtigen Organ an den Untersuchungsausschuss dient weder dem Zweck der Erstellung von Protokollen und auszugsweisen Darstellungen noch zur Anfertigung von Kopien durch die Registratur. Lediglich für diese Vorgänge ist jedoch nach § 9 Abs 1, letzter Satz InfoVO eine elektronische Verarbeitung entsprechend klassifizierter Informationen zulässig.
- 3.7. Analog zu § 1 Abs 4 GehSO soll auch eine Klassifizierung von dem Nationalrat zugeleiteten Informationen nach § 5 InfoVO nur in dem Ausmaß und Umfang erfolgen, als dies unbedingt notwendig ist. Stimmt ein Mitglied des Nationalrates oder einer seiner Ausschüsse nicht mit der Zuordnung zu einer bestimmten Klassifikationsstufe von dem Nationalrat zugeleiteten Informationen wie den E-Mail-Postfächern und E-Mails, die dem Ibiza-Untersuchungsausschuss nach dem Erkenntnis zu übermitteln sind, überein, so steht es diesem frei, nach § 6 InfoVO dem Präsidenten des Nationalrats einen begründeten Vorschlag zur Umstufung

der Informationen schriftlich zu unterbreiten, der über diesen Vorschlag entscheidet.

- 3.8. Vor dem Hintergrund der Klassifizierung der nach dem Erkenntnis des Verfassungsgerichtshofs vom Finanzminister dem Ibiza-Untersuchungsausschuss vorzulegenden Akten und Unterlagen mit der Klassifizierungsstufe 3 („geheim“) war dem Finanzminister eine elektronische Vorlage dieser Akten und Unterlagen an den Ibiza-Untersuchungsausschuss verwehrt. Vielmehr war eine Übermittlung auf Papier geboten.

Für alle Fragen zu dieser datenschutzrechtlichen Begutachtung stehen wir gerne zur Verfügung!

Mit freundlichen Grüßen
Gerald Trieb