

An den SPÖ Landtagsklub NÖ

Landhausplatz 1
3109 St. Pölten

Per E-Mail an:

Wien, am 05. Jänner 2023

Sehr geehrter Herr [REDACTED]!

Ich beziehe mich auf Ihr E-Mail vom 20.12.2022 sowie auf die mir übermittelten Unterlagen.

Sie haben mich um eine rechtliche Beurteilung von Berichten des Landesrechnungshofes NÖ zur Inseratenvergabe zahlreicher Unternehmen, an denen das Land NÖ zum Teil zu 100%, zum Teil mehrheitlich beteiligt ist, gebeten.

Ich erstatte nachstehendes

RECHTSGUTACHTEN.

I. Sachverhalt und Fragestellungen

Mir wurde folgender Sachverhalt mitgeteilt:

Mit Datum vom 28.04.2022 haben 26 Landtagsabgeordnete der SPÖ, FPÖ, NEOS und der Grünen gem Art 51 Abs 3 lit c NÖ Landesverfassung 1979 insgesamt 12 Prüfaufträge an den niederösterreichischen Landesrechnungshof zur Prüfung von ausgewählten Rechtsträgern, an denen das Land Niederösterreich beteiligt ist, gestellt. An neun der ausgewählten Rechtsträger ist das Land Niederösterreich mit 100 % beteiligt, an den drei anderen Rechtsträgern mehrheitlich (51 % bzw. 83 %).

Die Prüfaufträge sind im Wesentlichen gleichlautend und umfassen verschiedene Fragestellungen. Gegenstand dieses Rechtsgutachtens ist folgende – in allen Prüfaufträgen enthaltene – Frage:

„In welchen Print -, Online – und Rundfunkmedien wurden vom geprüften Unternehmen Inserate und Werbung geschaltet und wie hoch waren die jeweiligen Auftragswerte bzw. Kosten?“.

Die bislang vom niederösterreichischen Landesrechnungshof erstatteten Prüfberichte enthalten zu dieser Frage eine Aufstellung der Ausgaben insgesamt für Inserate in Printmedien, Inserate in Onlinemedien sowie Werbung. Eine präzise Aufteilung auf konkrete Medien enthalten die Prüfberichte nicht. Nach meinen Informationen wird dies vom Landesrechnungshof mit der Pflicht zur Wahrung von Geschäfts- und Betriebsgeheimnissen bei den Auftragnehmern begründet.

In der Sitzung des NÖ Landtages vom 15.12.2022, in der die vorgelegten Berichte behandelt wurden, wurde ein Aufforderungsantrag von Abgeordneten von SPÖ, FPÖ, NEOS und Grünen an den Landesrechnungshof eingebracht, mit dem die Vorlage von „vertraulichen Zusatzberichten“ (Art 56 Abs 1 2. Satz NÖ Landesverfassung 1979)

verlangt wurde. Dieser Antrag wurde vom vorsitzführenden Präsidenten des Landtages aus formellen Gründen nicht zur Abstimmung zugelassen.

Dieses Rechtsgutachten hat folgende Fragen zu beantworten:

1. Kann Artikel 56 Abs 1 NÖ Landesverfassung 1979 so interpretiert werden, dass die gewählte Vorgangsweise des Landesrechnungshofes als verfassungskonform angesehen werden kann?
2. Kann ein Drittel der Abgeordneten des Landtages, die dem Landesrechnungshof einen Prüfauftrag erteilen können, auch bei Vorliegen eines Prüfberichtes einen Zusatzauftrag wegen unvollständiger Vorlage (fehlender Zusatzbericht über Geschäfts-, Betriebs- oder Amtsgeheimnisse) erteilen?

II. Die Rechtslage im Allgemeinen

Die Finanzkontrolle des Landes ist im Abschnitt IX der Niederösterreichischen Landesverfassung 1979 in den Artikeln 51 bis 56 geregelt. Gem Art 51 Abs 1 hat sich die Finanzkontrolle „auf Richtigkeit, Sparsamkeit, Wirtschaftlichkeit und Zweckmäßigkeit“ zu beziehen. Der Landesrechnungshof ist ein Organ des Landtages und nur diesem gegenüber verantwortlich. Er hat seine Aufgaben im Wesentlichen von Amts wegen zu erfüllen, kann jedoch gem § 51 Abs 3 NÖ Landesverfassung auch Prüfaufträge vom Landtag, vom Rechnungshofausschuss sowie von einem Drittel der Abgeordneten des Landtages erhalten.

Gem Art 54 Abs 4 hat sich die Überprüfung auf die ziffernmäßige Richtigkeit, die Übereinstimmung mit den bestehenden Rechtsvorschriften sowie auf die Sparsamkeit, Wirtschaftlichkeit und Zweckmäßigkeit der Gebarung zu erstrecken. Die Überprüfung hat gem Art 54 Abs 5 so zu erfolgen, „dass keine Geschäfts- oder Betriebsgeheimnisse verletzt werden.“

Gem Art 56 Abs 1 hat der Landesrechnungshof über die Ergebnisse seiner Überprüfungen schriftliche Berichte zu verfassen. Gem Art 56 Abs 1 2. Satz hat der Landesrechnungshof einen vertraulichen Zusatzbericht zu erstatten, soweit durch einen Bericht Geschäfts-, Betriebs- oder Amtsgeheimnisse berührt werden. Schriftliche Berichte und vertrauliche Zusatzberichte sind dem Rechnungshofausschuss zu erstatten. Gem Art 56 Abs 5 ist der Landtag mit Berichten mindestens zweimal jährlich, mit vertraulichen Zusatzberichten aber gar nicht zu befassen. An den Sitzungen des Rechnungshofausschusses dürfen gem der Verfassungsbestimmung des § 48 LGO nur Mitglieder und Ersatzmitglieder des Ausschusses, der Landrechnungshofdirektor sowie die namhaft gemachten Bediensteten des Landrechnungshofes teilnehmen. Der Rechnungshofausschuss ist aber befugt eine Teilnahme von bestimmten Organen und Sachverständigen zu verlangen.

Sitzungen des Rechnungshofausschusses sind vertraulich; gem § 45 Abs 6 LGO kann der Ausschuss beschließen, dass einem Mitglied des Rechnungshofausschusses, das mehrmals die Vertraulichkeit verletzt, durch schriftliche Verfügung des Präsidenten des Landtages das Ausschussmandat entzogen wird.

III. Zur Beantwortung der Frage 1

Unter I. wurde ausgeführt, dass der Landesrechnungshof die Auffassung vertritt, dass eine präzise Aufteilung von Ausgaben für Inserate etc auf konkrete Medien auch in einem vertraulichen Zusatzbericht nicht dargestellt werden kann, weil ein vertraulicher Zusatzbericht Geschäfts-, Betriebs- oder Amtsgeheimnisse dann nicht zu legen ist, wenn es sich nicht um Geheimnisse der geprüften Institution, sondern um solche von Dritten (Auftragnehmern) handelt.

Dazu ist zunächst zu sagen, dass diese Rechtsauffassung in den Bestimmungen der Landesverfassung keine Deckung findet; der Wortlaut des Art 56 Abs 1 sieht eine solche Einschränkung nicht vor. Auch in der LGO findet sich keine Deckung für die vom Landesrechnungshof vertretene Auffassung.

Darüber hinaus ist diese Rechtsauffassung auch deshalb verfehlt, weil Ausgaben für konkrete Inserate - wenn überhaupt - Geheimnisse sowohl bei der überprüften Institution, wie auch beim Auftragnehmer darstellen. Die Rechtsauffassung des Landesrechnungshofes führt dazu, dass der Landtag oder der Rechnungshofausschuss keine Information darüber enthalten, welche konkreten Ausgaben die überprüfte Institution für welche in Anspruch genommenen Leistungen getätigt hat. Diese Rechtsauffassung des Landrechnungshofes führt damit dazu, dass eine Gebarungsüberprüfung wertlos ist, weil deren Ergebnisse nur das Kontrollorgan selbst kennt. Zutreffend schreibt *Hengstschläger* (Rechnungshofkontrolle [2000] 38f) zur Gebarungsüberprüfung und zu der damit verbundenen Berichtspflicht des Rechnungshofes:

„Eine Gebarungsüberprüfung, deren Ergebnisse nur das Kontrollorgan selbst kennt und die nicht auch jenen Organen mitgeteilt werden, die die Verantwortung tragen und Konsequenzen ziehen können, hat keinen Wert. Der Rechnungshof hat in seine Berichte alles das aufzunehmen, was erforderlich ist, damit sich der Adressat ein hinreichendes Bild über die Rechtmäßigkeit, Wirtschaftlichkeit, Sparsamkeit und Zweckmäßigkeit der Gebarungsprüfung machen kann, wobei aber Geschäfts- und Betriebsgeheimnisse besonders sensibel zu behandeln sind.“

Geheimnisse sind also nach *Hengstschläger* nicht gänzlich auszuschließen, sondern sorgfältig abzuwägen.

Die Überlegungen von *Hengstschläger* für den Rechnungshof als Organ des Nationalrates gelten auch für Landesrechnungshöfe. Auch Landesrechnungshöfe sind so zu organisieren, dass sie dem Rechnungshof „gleichartig“ sind. Dies gilt auch nach der B-VG

Novelle BGBl I 2012/51, weil der Verfassungsgesetzgeber bei der Neufassung des Art 127 Abs c in diesem Punkt keine Änderung der Rechtslage vornehmen wollte. Für den Schutz von Geheimnissen durch den Landesrechnungshof gilt also nichts anderes als für den Rechnungshof des Nationalrates (BlgNR 1187/A 24. GP 5; AB 989 BlgNR 24. GP 2; vgl auch *Mayer*, Der Rechnungshof im Verfassungsgefüge im KWG [Hrsg] Controlling und Kontrolle [2011] 17, hier: 22). Wäre die Auffassung des Landesrechnungshofes im gegenwärtigen Zusammenhang zutreffend, so wäre eine Gleichartigkeit nicht gegeben, weil der Landesrechnungshof dazu berufen wäre, „wertlose“ Berichte zu erstatten. Eine effektive Kontrolle der Gebarung wäre daher in einem solchen Fall für den Landtag bzw. den Rechnungshofausschuss nicht mehr möglich.

Die vom Landesrechnungshof vertretene Rechtsauffassung ist daher nicht nur nach dem Wortlaut der Landesverfassung nicht begründbar, sondern würde auch bedeuten, dass der Landesrechnungshof dem Rechnungshof nicht „gleichartig“ und damit verfassungswidrig wäre.

Zusammenfassend ist zur Frage 1 festzuhalten:

Geschäfts-, Betriebs- oder Amtsgeheimnisse sind vom Landesrechnungshof in einem vertraulichen Zusatzbericht zu behandeln, der als solcher den Rechnungshofausschuss des Landtages zu übermitteln ist. Vertrauliche Zusatzberichte sind vom Rechnungshofausschuss, dessen Sitzungen vertraulich sind (§ 45 Abs 6 LGO) zu behandeln; vertrauliche Zusatzberichte sind dem Landtag nicht zuzuleiten (Art 56 Abs 5 NÖ Landesverfassung). Mit der Erstattung eines vertraulichen Zusatzberichtes geht die Verantwortung für die Geheimhaltung von Geheimnissen vom Landesrechnungshof auf den Rechnungshofausschuss des Landtages über. Dieser hat sicherzustellen, dass Geheimnisse nicht an die Öffentlichkeit gelangen. Diesem Ziel dient auch die klare Regelung des letzten Satzes des Art 56 Abs 5 NÖ Landesverfassung: „Mit vertraulichen Zusatzberichten ist der Landtag jedoch nicht zu befassen.“

Die im vorliegenden Zusammenhang vom Landesrechnungshof vertretene Rechtsauffassung ist unvertretbar; sie führt – um mit *Hengstschläger* zu sprechen (Rechnungshofkontrolle 39) – zur Wertlosigkeit der Gebarungsprüfung. Zum Umgang des Rechnungshofes mit Geheimnissen vergleiche auch *Hengstschläger*, Die Geheimhaltungspflichten des Rechnungshofes (1990) 80f; zu beachten ist, dass die Rechtslage betreffend den Schutz von Geheimnissen für den Rechnungshof weniger klar ist als für den NÖ Landesrechnungshof.

IV. Im Einzelnen: zum Begriff „Geschäfts– und Betriebsgeheimnis“; Schutz von juristischen Personen

Im Gegensatz zur Auffassung des Landesrechnungshofes ist nochmals festzuhalten, dass das Vorliegen von Geschäfts und Betriebsgeheimnissen den Landesrechnungshof nicht berechtigt, dem Rechnungshofausschuss des niederösterreichischen Landtages diese Informationen vorzuenthalten. Diese sind jedenfalls dem Rechnungshofausschuss des nÖ Landtages in einem vertraulichen Zusatzbericht (Art 56 Abs 1) zu zuleiten.

Stellt man zunächst die Frage, was der Begriff „Geschäfts– und Betriebsgeheimnis“ umfasst so findet man eine relativ einhellige Lehre und Rechtsprechung. *Hengstschläger* (Die Geheimhaltungspflichten des Rechnungshofes [1990] 77) fasst dies so zusammen:

„Unter Geschäfts– und Betriebsgeheimnissen sind unternehmensbezogene Tatsachen kommerzieller oder technischer Art zu verstehen, die bloß einer bestimmten und begrenzten Zahl von Personen bekannt und anderen nicht oder nur schwer zugänglich sind, die nach dem Willen des Berechtigten nicht über den Kreis

der Eingeweihten hinaus dringen sollen und an deren Nichtoffenbarung der Geschäfts- oder Betriebsinhaber ein wirtschaftliches Interesse hat.“

Derartige Geheimnisse sind von § 1 DSG erfasst; Grundrechtsträger sind auch juristische Personen.

Auch der Schutz von Wirtschaftsdaten juristischer Personen ist durch den § 1 Abs 2 DSG begrenzt. Eingriffe in den Datenschutz sind gemäß § 1 Abs 2 DSG „zur Wahrung überwiegender berechtigter Interessen eines anderen zulässig“, soweit solche Eingriffe aus den in Art 8 Abs 2 MRK „genannten Gründen notwendig sind“ (vgl VfSlg 19673). Damit zeigt sich vor dem Hintergrund des vorliegenden Sachverhaltes folgendes Bild:

Die NÖ Landesverfassung beruft den Landesrechnungshof zur Kontrolle der Finanzgebarung auf „Richtigkeit, Sparsamkeit, Wirtschaftlichkeit und Zweckmäßigkeit“ (Art 51 Abs 1, Art 54 Abs 4). Der vom Landesrechnungshof zu erstattende Bericht hat dem Landtag seine Prüfungsergebnisse im Hinblick auf diese Kriterien zu erstatten. Zeigen sich im Laufe der Prüfung des Landesrechnungshofes Anzeichen für das Vorliegen eines „Geschäfts- und Betriebsgeheimnisses“ so hat der Landesrechnungshof zu beurteilen, ob er den Schutz dieser Geheimnisse unter allen Umständen zu wahren hat oder ob er auf Grund des Eingriffsvorbehaltes des Art 8 Abs 2 MRK dem Landtag diese Informationen zur Verfügung zu stellen hat. Die zitierten Bestimmungen der niederösterreichischen Landesverfassung sind vor dem Hintergrund des §1 Abs 2 DSG und des Art 8 Abs 2 MRK auszulegen. Ein Anspruch auf Geheimhaltung besteht dann nicht, wenn berechtigte Interessen eines anderen überwiegen. Dabei sind die Gründe des Art 8

Abs 2 MRK anzuwenden. Gem Art 8 Abs 2 MRK ist ein Eingriff in den Geheimnisschutz unter anderem dann zulässig, wenn dies zum „wirtschaftlichen Wohl des Landes“ notwendig ist. Im bereits zitierten Erkenntnis des Verfassungsgerichtshofes VfSlg 19673 hat der VfGH diesen Eingriffstatbestand des Art 8 Abs 2 MRK weit ausgelegt und einen weitergehenden Gestaltungsspielraum des Staates angenommen.

Hengstschläger (Rechnungshofkontrolle 38f) hat klargestellt, dass diese Vorgaben nicht nur für die Überprüfung, sondern auch für die Berichtspflichten maßgeblich sind:

„Auch sie sind für die Effektivität der Kontrolle der Gebarung mit staatlichen Mitteln unerlässlich und daher für das wirtschaftliche Wohl des Landes erforderlich. Eine Gebarungsprüfung, deren Ergebnisse nur das Kontrollorgan selbst kennt und die nicht auch jenen Organen mitgeteilt werden, die die Verantwortung tragen und die Konsequenzen ziehen können, hat keinen Wert ...“ (vgl auch 164). Hengstschläger betont nochmals klar, dass sich diese Verpflichtung des Rechnungshofes nur auf gebarungsrelevante Daten bezieht (zB 61f) und dass „Geschäfts- und Betriebsgeheimnisse besonders sensibel zu behandeln sind“ (39); dies dadurch, dass auf eine „Vertraulichkeit der Beratungen“ hingewirkt wird (insb 60f, 163f).

Sowohl §1 Abs 2 DSG wie auch Art 8 Abs 2 MRK gestatten Eingriffe nur dann, wenn dies im Hinblick auf die im Art 8 Abs 2 MRK festgelegten legitimen Interessen **notwendig** ist. Damit ist dem Landesrechnungshof eine Abwägung der Geheimhaltungsinteressen der betreffenden Unternehmen mit dem Interesse an einer ausreichenden Information des Landtages über die Verwendung öffentlicher Mittel aufgetragen.

Dazu hat der EuGH (Urteil vom 09.11.2010, verbundene Rechtsachen C-92/09 und C-93/09) folgendes ausgeführt:

„Die Verletzung des Rechts auf Schutz der personenbezogenen Daten hat nämlich bei juristischen Personen ein anderes Gewicht als bei natürlichen Personen, unterliegen erstere doch einer erweiterten Veröffentlichungspflicht“ (Rz 87). Mehrfach hat der EuGH in diesem Urteil ausgesprochen, dass die „bestmögliche Verwendung öffentlicher Mittel“ eine besondere Bedeutung hat und daher eine weitgehende Veröffentlichungspflicht anzunehmen ist.

Das besondere öffentliche Interesse an einer transparenten Gebarung mit öffentlichen Mitteln dient dem wirtschaftlichen Wohl des Landes iS des Art 8 Abs 2 MRK und ist nicht nur europäischer Standard, sondern findet auch in der österreichischen Rechtsordnung ihren Niederschlag; dies kommt vor allem im sogenannten Medientransparenzgesetz (MedKF-TG) zum Ausdruck. Nach § 2 Abs 1 dieses Gesetzes haben Rechtsträger, die der Rechnungshofkontrolle unterworfen sind „über entgeltliche Veröffentlichungen an Medieninhaber eines periodischen Druckwerks oder sonst an Medieninhaber eines periodischen elektronischen Mediums“ eine Bekanntgabepflicht; diese umfasst die Namen des jeweiligen Mediums sowie die Gesamthöhe des geleisteten Entgelts. Diese Informationen sind der KommAustria vierteljährlich mitzuteilen. Die KommAustria hat diese Information auf ihrer Website zu veröffentlichen (§3 Abs 3).

Auch vor dem Hintergrund des MedKF-TG zeigt sich, dass die vom Landesrechnungshof vertretene Rechtsauffassung schlechthin unvertretbar ist. Der Landesrechnungshof hat nicht einmal die Daten, die schon nach dem MedKF-TG zu

veröffentlichen sind, in seinen Bericht aufgenommen. Daraus muss abgeleitet werden, dass der Landesrechnungshof die Reichweite des Geheimnisschutzes in keiner Weise geprüft hat und keine Abwägung zwischen seiner Berichtspflicht und dem gebotenen Geheimnisschutz vorgenommen hat.

Er hat einen Bericht erstattet, der weder dem Rechnungshofausschuss noch dem Landtag eine klare Information über die Verwendung öffentlicher Mittel bietet. Die unreflektierte Annahme eines umfassenden und undifferenzierten Schutzes von „Geschäfts- und Betriebsgeheimnissen“ bewirkt, dass niemandem die Beurteilung der „Richtigkeit Sparsamkeit, Wirtschaftlichkeit und Zweckmäßigkeit „der Verwendung öffentlicher Mittel möglich ist. Wenn der Landesrechnungshof die Höhe eines Entgelts für ein bestimmtes Inserat in einem bestimmten Medium nicht bekannt gibt, macht er es dem Berichtsadressaten unmöglich, die „Sparsamkeit, Wirtschaftlichkeit und Zweckmäßigkeit der Gebarung“ zu beurteilen; ein solcher Bericht ist wertlos.

V. Zur Beantwortung der Frage 2

Mit der Frage 2. soll geklärt werden, ob – vereinfacht gesprochen – ein Drittel der Abgeordneten des Landtages dem Landesrechnungshof auch bei Vorliegen eines Prüfberichtes einen Zusatzauftrag wegen unvollständiger Erledigung des Prüfungsauftrages geben kann.

Diese Frage ist zu verneinen.

Es gibt keine Bestimmung der Landesverfassung, die es gestattet, dem Landesrechnungshof zu einem Prüfungsbericht einen Zusatzauftrag zu erteilen. Das schließt aber nicht aus, dass ein Drittel der Abgeordneten einen neuerlichen Prüfungsauftrag erteilt, mit dem gezielt bestimmte Informationen verlangt werden. Dabei kann es sich selbstverständlich auch um Informationen handeln, die der Landesrechnungshof in seinem ersten Prüfbericht gar nicht oder nur unvollständig erteilt hat. Da der Landesrechnungshof bei der Prüfung der Gebarung als Organ des Landtages tätig wird, ist es Sache des Landtages unvollständige Berichte des Landesrechnungshofes zum Anlass zu nehmen auch andere Kontrollinstrumente, wie zum Beispiel die Einsetzung eines Untersuchungsausschusses zu nützen, um die gewünschten Informationen zu erhalten.

frü Meyer