

NEOS Parlamentsklub
z. H. Herrn Douglas Hoyos-Trauttmansdorff
Abgeordneter zum Nationalrat

Mag. Sascha Jung, LL.M., LL.M.
Rechtsanwalt | Partner
Tel +43 1 513 09 13
s.jung@jankweiler.at

Wien, 15. Mai 2020

208453 - 20/NEOS/1 - SJ/RS

Gutachterliche Stellungnahme zum Österreichischen Ergänzungsregister

1. Aufbau, Sachverhalt und Fragestellungen

- 1.1 Unter **Punkt 1.2** findet sich der für diese gutachterliche Stellungnahme maßgebliche **Sachverhalt**, unter **Punkt 1.3** die **drei** vom NEOS Parlamentsklub gestellten **Fragen**. Unter **Punkt 2.** findet sich ein **Executive Summary** der gegenständlichen gutachterlichen Stellungnahme. Unter den **Punkten 3, 4. und 5.** werden die **drei** vom NEOS Parlamentsklub gestellten **Fragen** im Detail **behandelt**. Unter den **Punkten 3.5, 4.6 und 5.6** finden sich zur leichteren Fassbarkeit (dieser komplexen Materie) jeweils die **konkreten Antworten** auf die gestellten Fragen sowie kurze Zusammenfassungen der detaillierten Begründungen. Unter **Punkt 6.** finden sich die **Allgemeinen Auftragsbedingungen**.
- 1.2 Im Jahr 2009 wurde auf Basis der Ergänzungsregisterverordnung 2009¹ das Ergänzungsregister (im Folgenden kurz „ER“) eingeführt, das sich wiederum in das Ergänzungsregister für natürliche Personen (im Folgenden kurz „ERnP“) und in das Ergänzungsregister für sonstige Betroffene (im Folgenden kurz „ERsB“) gliedert. Das ER wurde ursprünglich von der Datenschutzkommission und sodann von der Datenschutzbehörde geführt, seit Anfang 2018 führt das Bundesministerium für Digitalisierung und Wirtschaftsstandort (im Folgenden kurz „BMDW“) das ER. Während das ERnP nicht öffentlich geführt wird, wurde das ERsB bislang öffentlich geführt. Seit wenigen Tagen (der genaue Zeitpunkt ließ sich bei Gutachtenserstellung nicht mehr mit Sicherheit ermitteln) ist das ERsB nicht mehr öffentlich zugänglich, bei Auswahl des Online-Zugangs über die Website des BMDW (zuletzt abgerufen am 15.5.2020, 22:18 Uhr) erscheint der Hinweis „Das Service steht zurzeit nicht zur Verfügung. Error 404“.

¹ Verordnung des Bundeskanzlers über das Ergänzungsregister (Ergänzungsregisterverordnung 2009 – ERegV 2009), BGBl. II Nr. 331/2009.

Den Autoren dieser gutachterlichen Stellungnahme liegen jene Auszüge aus dem ERsB vor, welche die epicenter.works - Plattform Grundrechtspolitik auf der von ihr betriebenen Website unter <https://epicenter.works/document/2583> (zuletzt abgerufen am 15.5.2020, 17:25 Uhr) veröffentlicht hat. Aus diesen (teilweise geschwärzten) Auszügen ergibt sich, dass betroffene natürliche Personen, die im Zentralen Melderegister eingetragen sind, mit ihren personenbezogenen Daten (insbesondere Vor- und Nachname, Geburtsdatum, private Wohnadresse, Geburtsdatum) als Einzelunternehmer im ERsB eingetragen sind.

Konkret wird in den vorliegenden Auszügen unter der Rubrik „BEZEICHNUNG des BETROFFENEN“ stets der Nachname, gefolgt vom Vornamen und allfälligen Titeln/akademischen Graden, unter der Rubrik „RECHTSCHARAKTER/ORGANISATIONSFORM“ stets „Einzelunternehmen“ und unter der Rubrik „INHABER/IN“ stets derselbe Name, jedoch in umgekehrter Reihenfolge (allfällige Titel/akademische Grade, Vorname, Nachname) zusammen mit dem Geburtsdatum und einem Datum, seit wann die Inhaberschaft besteht, angeführt. Unter der Rubrik „Eintragungsstelle“ wird in allen den Autoren vorliegenden Auszügen ausschließlich oder auch „Steuer“ angeführt. Der gutachterlichen Stellungnahme ist ein solcher geschwärzter Auszug aus dem ERsB, den die epicenter.works - Plattform Grundrechtspolitik auf ihrer Website veröffentlicht hat, beispielhaft als Anhang ./1 angefügt.

1.3 Der NEOS Parlamentsklub hat in diesem Zusammenhang folgende **drei Rechtsfragen** an die Autoren herangetragen, deren Beantwortung Gegenstand dieser gutachterlichen Stellungnahme ist:

- Ist es auf Basis der geltenden Rechtslage zulässig, einen Menschen, der bereits im Zentralen Melderegister eingetragen ist, mit seinen personenbezogenen Daten als Betroffenen in das Ergänzungsregister (ER) einzutragen?
- Ist die erste Frage auf Basis der geltenden Rechtslage anders zu beurteilen, wenn ein Mensch, der bereits im Zentralen Melderegister eingetragen ist oder nicht, in Österreich als Einzelunternehmer ein Unternehmen betreibt?
- Welche datenschutzrechtlichen Implikationen ergeben sich aus den Antworten auf die ersten beiden Gutachtensfragen?

2. **Executive Summary**

2.1 Das (auf Basis des 2. und 4. Abschnitts und insbesondere des § 6 Abs 4 E-GovernmentG² in Verbindung mit der Ergänzungsregisterverordnung 2009 eingerichtete) Ergänzungsregister besteht aus dem Ergänzungsregister für natürliche Personen und dem (gemäß § 14 Abs 1

² Bundesgesetz über Regelungen zur Erleichterung des elektronischen Verkehrs mit öffentlichen Stellen (E-Government-Gesetz – E-GovG), BGBl. I Nr. 10/2004, zuletzt geändert mit BGBl. I Nr. 104/2018.

Ergänzungsregisterverordnung 2009) öffentlich zu führenden Ergänzungsregister für sonstige Betroffene.

Ein Mensch, der bereits im Zentralen Melderegister eingetragen ist, darf auf Basis der geltenden Rechtslage mit seinen personenbezogenen Daten als Betroffener nicht in das Ergänzungsregister (weder in das Ergänzungsregister für natürliche Personen, noch in das Ergänzungsregister für sonstige Betroffene) eingetragen werden.

Selbst wenn ein Mensch, der bereits im Zentralen Melderegister eingetragen ist und als Einzelunternehmer in Österreich tatsächlich unternehmerisch tätig ist, darf dieser nach Ansicht der Autoren aus den weit überzeugenderen Gründen ebenfalls nicht in das Ergänzungsregister (weder in das Ergänzungsregister für natürliche Personen, noch ins das Ergänzungsregister für sonstige Betroffene) eingetragen werden.

Ein Mensch, der nicht im Zentralen Melderegister eingetragen ist und als Einzelunternehmer in Österreich tatsächlich unternehmerisch tätig ist, darf nach Ansicht der Autoren aus den weit überzeugenderen Gründen nur in das (nicht öffentlich zugängliche) Ergänzungsregister für natürliche Personen und somit nicht in das (öffentlich zugängliche) Ergänzungsregister für sonstige Betroffene eingetragen werden.

Eine Eintragung personenbezogener Daten von Menschen entgegen den vorstehenden Vorgaben in das Ergänzungsregister stellt nach Ansicht der Autoren eine widerrechtliche Datenverarbeitung und eine Verletzung des Grundrechts auf Datenschutz dar, womit die betroffenen Menschen die ihnen nach der Datenschutzgrundverordnung sowie dem Datenschutzgesetz zustehenden Ansprüche (insbesondere auf Löschung) gegenüber dem datenschutzrechtlich Verantwortlichen geltend machen können.

3. Zur rechtlichen Beurteilung der ersten Gutachtensfrage (Ist es auf Basis der geltenden Rechtslage zulässig, einen Menschen, der bereits im Zentralen Melderegister eingetragen ist, mit seinen personenbezogenen Daten als Betroffenen in das Ergänzungsregister (ER) einzutragen?)

- 3.1 Nach § 6 Abs 4 E-GovernmentG (E-GovG; in der aktuellen Fassung sowie in der Fassung des Bundesgesetzes BGBl. I Nr. 7/2008 und der Kundmachung BGBl. I Nr. 59/2008) sind Betroffene, die weder im Melderegister eingetragen sind, noch im Firmenbuch oder im Vereinsregister eingetragen sein müssen, auf ihren eigenen Antrag oder unter bestimmten Voraussetzungen auf Antrag des Verantwortlichen der Datenverarbeitung (zuvor „des Auftraggebers der Datenanwendung“) im ER einzutragen, wobei das ER getrennt nach natürlichen Personen und sonstigen Betroffenen zu führen ist.

Demgemäß bestimmt § 1 der gemäß ihrer Promulgationsklausel auf Basis des 2. bis 4. Abschnitts und insbesondere des § 6 Abs 4 E-GovG erlassenen Ergänzungsregisterverordnung 2009 (ERegV), dass die Stammzahlenregisterbehörde für Betroffene ein Ergänzungsregister (ER) führt, die weder im Zentralen Melderegister eingetragen sind, noch im Firmenbuch oder im Vereinsregister eingetragen sein müssen. Der zweite Satz des § 1 ERegV gibt vor, dass betroffene natürliche Personen im ERnP zu führen sind, während alle anderen Betroffenen im ERsB zu führen sind.

Zur Festlegung, was unter einem „Betroffenen“ zu verstehen ist, verweist § 1 ERegV auf die in § 2 Z 7. E-GovG enthaltene (und seit Inkrafttreten des E-GovG unveränderte) Legaldefinition. Demnach ist „Betroffener“ jede natürliche Person, juristische Person sowie sonstige Personenmehrheit oder Einrichtung, der bei ihrer Teilnahme am Rechts- oder Wirtschaftsverkehr eine eigene Identität zukommt. Der Begriff der „Identität“ ist gemäß dem (seit Inkrafttreten des E-GovG ebenfalls unveränderten) § 2 Z 1. E-GovG als die Bezeichnung der Nämlichkeit von Betroffenen durch Merkmale, die geeignet sind, ihre Unterscheidbarkeit von anderen zu ermöglichen, definiert, wobei solche Merkmale insbesondere der Name und das Geburtsdatum, aber auch etwa die Firma oder (alpha)numerische Bezeichnungen sind.

3.2 Da das ER, wie bereits erwähnt, in das ERnP (für betroffene natürliche Personen) und in das ERsB (für alle anderen Betroffenen) gegliedert ist, ist eine Eintragung eines Menschen, der bereits im Zentralen Melderegister eingetragen ist, in das ER dann zur Gänze ausgeschlossen, wenn er

- als betroffene natürliche Personen gilt (womit eine Eintragung in das ERnP ausgeschlossen wäre) UND
- auch nicht als anderer bzw. sonstiger Betroffener einzustufen ist (womit auch eine Eintragung in das ERsB ausgeschlossen wäre).

3.3 Ist ein Mensch eine betroffene natürliche Person iSd E-GovG bzw. der ERegV?

3.3.1 Ein Mensch ist dann als betroffene natürliche Person iSd § 2 Z 7. E-GovG bzw. § 1 ERegV einzustufen, wenn der Begriff natürliche Person (auch) Menschen erfasst und wenn ihnen als solche eine eigene Identität zukommt.

Der Begriff der natürlichen Person ist weder in der ERegV noch im E-GovG legaldefiniert. Nach der Literatur³ versteht man unter einer natürlichen Person jedoch zweifelsfrei und ausschließlich den Menschen bzw. das Rechtssubjekt Mensch. Der Rechtsbegriff der natürlichen Person dient dabei auch der Abgrenzung zu anderen Gebilden, denen

³ Koch in KBB⁵ § 16 Rz 1 f.; Koziol – Welser/Kletečka, Bürgerliches Recht I¹⁵, Rz 172; Koch in KBB⁵ § 16 Rz 1 f.

Rechtsfähigkeit nur infolge gesetzlicher Einräumung zukommt und die als juristische Personen bezeichnet werden⁴, bzw. zu sonstigen Rechtssubjekten⁵.

Als Identität des Menschen dient primär sein Name gemäß § 43 ABGB sowie sein Geburtsdatum. Beide Identitätsmerkmale sind auch ausdrücklich in § 2 Z 1. E-GovG angeführt.

3.3.2 Die erste Zwischenfrage ist somit eindeutig mit Ja zu beantworten, da

- nur jene betroffenen natürlichen Personen, die nicht im Zentralen Melderegister eingetragen sind, nach dem insofern klaren und unmissverständlichen Wortlaut des § 6 Abs 4 E-GovG und des § 1 ERegV überhaupt in das ER eingetragen werden dürfen,
- zu den „Betroffenen“ iSd § 2 Z 7. E-GovG insbesondere natürliche Personen zählen,
- unter natürlichen Personen Menschen zu verstehen sind,
- Menschen ihr Name sowie ihr Geburtsdatum als Identitätsmerkmal dient und
- diese Identitätsmerkmale ausdrücklich in § 2 Z 1. E-GovG angeführt sind.

Folglich darf ein Mensch, der bereits im Zentralen Melderegister eingetragen ist, auf Basis der geltenden Rechtslage als betroffene natürliche Person nicht in das ERnP eingetragen werden.

3.4 Kann ein Mensch anderer bzw. sonstiger Betroffener iSd E-GovG bzw. der ERegV sein?

3.4.1 Gemäß § 6 Abs 4 iVm § 2 Z 7. E-GovG bzw. § 1 ERegV kommen als andere bzw. sonstige Betroffene juristische Personen, sonstige Personenmehrheiten und Einrichtungen in Frage, denen bei ihrer Teilnahme am Rechts- oder Wirtschaftsverkehr eine eigene Identität zukommt.

Ein Mensch selbst ist natürliche Person und somit nicht juristische Person.⁶ Schon aus sprach- und denkllogischen Gründen kann ein einzelner Mensch auch keine Personenmehrheit darstellen. Ebenfalls schon aus sprachlogischen Gründen und weil der Begriff der Einrichtung weder im E-GovG noch im der ERegV in einer Weise legaldefiniert bzw. verwendet wird, die ein gegensätzliches Verständnis nahelegen könnte, ist ein Mensch auch nicht als Einrichtung anzusehen.

3.4.2 Die zweite Zwischenfrage ist somit eindeutig mit Nein zu beantworten, da ein Mensch weder juristische Person, noch Personenmehrheit oder Einrichtung iSd § 2 Z 7. E-GovG ist.

⁴ Ebenda, Rz 173.

⁵ Wie etwa die Offene Gesellschaft gemäß § 105 UGB und die Kommanditgesellschaft gemäß § 161 UGB.

⁶ Vgl. FN 3.

Folglich darf ein Mensch auf Basis der geltenden Rechtslage nicht als anderer bzw. sonstiger Betroffener in das ERsB eingetragen werden.

3.5 Beantwortung der ersten Gutachtensfrage / Zusammenfassung

Aus den dargelegten Gründen ist es auf Basis der geltenden Rechtslage nach Ansicht der Autoren nicht zulässig, einen Menschen, der bereits im Zentralen Melderegister eingetragen ist, mit seinen personenbezogenen Daten als Betroffenen in das Ergänzungsregister (ER) einzutragen. Für das Ergänzungsregister für natürliche Personen (ERnP) ist dies dem insofern klaren Gesetzes- und Verordnungswortlaut geschuldet, wonach das ERnP nur für natürliche Personen (= Menschen) zu führen ist, die nicht im Zentralen Melderegister eingetragen sind. Für das Ergänzungsregister für sonstige Betroffene (ERsB) ist dies dem Umstand geschuldet, dass dieses nur für juristische Personen, Personenmehrheiten und Einrichtungen zu führen ist und ein Mensch weder juristische Personen, noch Personenmehrheit oder Einrichtung ist.

4. Zur rechtlichen Beurteilung der zweiten Gutachtensfrage (Ist die erste Frage auf Basis der geltenden Rechtslage anders zu beurteilen, wenn ein Mensch, der bereits im Zentralen Melderegister eingetragen ist oder nicht, in Österreich als Einzelunternehmer ein Unternehmen betreibt?)

4.1 An dieser Stelle ist zunächst hervorzuheben, dass die nachstehenden Ausführungen voraussetzen, dass ein Mensch tatsächlich unternehmerisch tätig ist.

Dabei sind zunächst zwei Punkte zu beachten: Die österreichische Rechtsordnung kennt keinen einheitlichen Unternehmerbegriff, sondern nutzt den Begriff des Unternehmers in verschiedenen Gesetzen (etwa dem UGB, dem KSchG, dem UStG, dem HVertrG, dem PHG, dem KartG oder dem UWG), wobei der Unternehmerbegriff sodann entsprechend dem jeweiligen Gesetzeszweck auszulegen ist.⁷ In den vorliegenden Auszügen aus dem ERsB wird zwar der Begriff des „Einzelunternehmers“ verwendet, es erfolgt jedoch kein konkreter Hinweis, welcher gesetzliche Unternehmerbegriff dem zugrunde liegen soll.

Da einerseits mit dem UGB der Unternehmerbegriff des KSchG übernommen werden sollte⁸ und dem Unternehmerbegriff des UGB ohnedies eine gewisse Leitbildwirkung⁹ zuerkannt ist und andererseits in den gutachtensgegenständlichen Auszügen aus dem ERsB als Eintragungsstelle (auch) „Steuer“ angeführt ist, scheint es angebracht, sich in weiterer Folge auf die Unternehmerbegriffe des UGB und des UStG zu beschränken.

⁷ Artmann/Herda in Artmann, UGB I³, Rz 23 zu § 1 mwN.

⁸ EBRV 1058 BlgNR 22. GP 6.

⁹ Dehn in Krejci, RK UGB, Rz 3 zu § 1.

Ob ein Mensch als Einzelunternehmer tatsächlich unternehmerisch tätig ist, hängt von den sowohl nach dem UGB wie auch dem UStG von faktischen Umständen ab, nämlich ob er (gemäß § 1 UGB) ein Unternehmen, somit jede auf Dauer angelegte Organisation selbständiger wirtschaftlicher Tätigkeit, mag sie auch nicht auf Gewinn gerichtet sein, tatsächlich betreibt¹⁰ oder ob er (gemäß § 2 UStG) tatsächlich eine gewerbliche oder berufliche Tätigkeit selbständig ausübt.

Soweit es an einer solchen unternehmerischen Tätigkeit fehlt, mangelt es schon an einem von Menschen als Einzelunternehmer betriebenen Unternehmen, womit die Ausführungen des Punkts 3. gelten.

Nach dem UGB und dem UStG mangelt es an einer unternehmerischen Tätigkeit insbesondere im Rahmen der bloßen Verwaltung des eigenen Vermögens.¹¹ Es entspricht auch der Rechtsprechung des OGH zum UGB und KSchG, dass die Vermietung von nicht mehr als fünf Mietgegenständen im Regelfall keine unternehmerische Tätigkeit darstellt.¹²

4.2 Auch als Einzelunternehmer bleibt der das Unternehmen betreibende Mensch immer Mensch und sofern er bereits im Zentralen Melderegister eingetragen ist, gelten die Ausführungen unter Punkt 3. und eine Eintragung mit seinen personenbezogenen Daten als Betroffener in das ER darf nicht erfolgen. Etwas Anderes kann nur gelten, wenn das vom Menschen (als Einzelunternehmer) betriebene Unternehmen Betroffener iSd E-GovG bzw. der ERegV sein kann.

Da ein Betroffener iSd § 2 Z 7. E-GovG jede natürliche Person, juristische Person sowie sonstige Personenmehrheit oder Einrichtung ist, der bei ihrer Teilnahme am Rechts- oder Wirtschaftsverkehr eine eigene Identität zukommt, ist eine Eintragung eines Menschen, der bereits im Zentralen Melderegister eingetragen ist und als Einzelunternehmer tätig ist, in das ER dann zur Gänze ausgeschlossen, wenn

- das Unternehmen eines Einzelunternehmers unter keinen der Begriffe „natürliche Person“, „juristische Person“, „Personenmehrheit“ oder „Einrichtung“ gemäß § 2 Z 7. E-GovG subsumierbar ist UND/ODER

¹⁰ Personen, die zu Unrecht ins Firmenbuch eingetragen sind und unter ihrer Firma handeln, gelten gemäß § 3 UGB als Unternehmer kraft Eintragung. Personen, die durch Erklärungen oder sonstige der Allgemeinheit erkennbare Handlungen den fälschlichen Anschein erwecken, sie seien Unternehmer, müssen sich nach der ständigen Rechtsprechung des OGH von gutgläubigen Dritten, die auf diesen Anschein vertrauen, als Unternehmer behandeln lassen. In beiden Fällen betreiben diese Personen aber dennoch kein Unternehmen.

¹¹ *Artmann/Herda* in *Jabornegg/Artmann*, UGB I², Rz 27 zu § 1 mwN; *Straube/Ratka/Jost* in *Straube*, UGB I⁴, Rz 60 zu § 1 mwN; *Windsteig* in *Melhardt/Tumpel*, UStG², Rz 182 zu § 2.

¹² Vgl. OGH 3 Ob 547/93; OGH 2 Ob 154/12d.

- dem Unternehmen eines Einzelunternehmers keine eigene Identität iSd § 2 Z 1. E-GovG zukommt UND/ODER
- weitere Argumente/Gründe gegen eine Qualifikation des Unternehmens als Betroffener iSd E-GovG bzw. der ERegV sprechen.

4.3 Lässt sich das Unternehmen eines Einzelunternehmers unter einen der Begriffe „natürliche Person“, „juristische Person“, „Personenmehrheit“ oder „Einrichtung“ gemäß § 2 Z 7. E-GovG subsumieren?

4.3.1 Das von einer natürlichen Person als Einzelunternehmer betriebene Unternehmen ist nach der hL¹³ und höchstgerichtlichen Rechtsprechung¹⁴ niemals Rechtssubjekt und kann somit weder eine natürliche Person, noch eine juristische Person sein.¹⁵ Ein solches Einzelunternehmen kann darüber hinaus auch schon sprach- und denklogisch keine Personenmehrheit darstellen.

4.3.2 Es verbleibt somit die Frage, ob das Einzelunternehmen einer natürlichen Person eine Einrichtung iSd § 2 Z 7. E-GovG darstellen kann.

Das E-GovG nutzt den Begriff der „Einrichtung“, definiert diesen jedoch nicht. Auch den Erläuterungen zum E-GovG sind keine konkreten Informationen zu entnehmen, was unter einer „Einrichtung“ zu verstehen ist.

Betrachtet man den Begriff der „Einrichtung“ im Rahmen einer grammatikalisch-logischen Auslegung, so ist klar, dass der Einrichtung ein Einrichtungs- bzw. Errichtungsprozess vorangehen muss („es wird etwas eingerichtet“) und die Errichtung von jemanden oder etwas (Einrichtenden bzw. Errichtenden) eingerichtet bzw. errichtet wird.¹⁶ Ziel der Einrichtung ist stets eine bestimmte Nutzung und daher ein durch die Einrichtung verfolgtes Ziel.¹⁷ Dieses Ziel wird freilich erst mit der Errichtung durch die Einrichtung selbst und nicht durch deren Einrichtenden bzw. Errichtenden verfolgt. Zusammenfassend setzt der Begriff der Einrichtung daher den Einrichtungs- bzw. Errichtungsprozess, die Bestimmung der zukünftigen Nutzung und selbständige Zielverfolgung sowie die Errichtung von jemandem oder etwas (Einrichtenden bzw. Errichtenden) voraus. Sind diese Kriterien erfüllt, so besteht

¹³ Anstatt vieler *Straube/Ratka/Jost* in *Straube*, UGB I⁴, Rz 51 zu § 1 mwN; *Krejci/Haberer* in *Zib/Dellinger*, UGB, Rz 89 zu § 1 mwN; *Artmann/Herda* in *Artmann*, UGB I³, Rz 23 zu § 1 mwN.

¹⁴ OGH 5 Ob 219/09f.

¹⁵ Dies steht auch in Übereinstimmung mit dem umsatzsteuerrechtlichen Unternehmensbegriff, bei dem es auf die zivilrechtliche Rechts- oder Geschäftsfähigkeit gar nicht erst ankommt – vgl. Rz 181 der Umsatzsteuerrichtlinien 2000, abrufbar unter <https://findok.bmf.gv.at>.

¹⁶ So beispielsweise eine Einrichtung, welche von einem Unternehmen, einer Institution oder etwas Ähnlichem eingerichtet wird; siehe auch Definition „Einrichtung“ laut Duden⁶ Seite 467.

¹⁷ So verfolgt etwa eine Behörde selbstständig auf Grundlage der Gesetze ein bestimmtes Ziel.

bzw. existiert die Einrichtung. Nach Ansicht der Autoren mangelt es einem Unternehmen an der vom Errichter losgelösten bzw. durch die Einrichtung verfolgten Zielverfolgung. Das Unternehmen selbst ist nie von seinem Errichter (Einzelunternehmer) losgelöst und verfolgt daher keine selbständigen Ziele.¹⁸

Systematisch betrachtet, zeigt sich, dass der Begriff „Einrichtung“ im E-GovG neben den Begriffen natürliche Person, juristische Person und Personenmehrheit genannt wird. Natürliche und juristische Personen sind unzweifelhaft Rechtssubjekte und als solche Träger von Rechten und Pflichten. Auch „die Personenmehrheit“ als Zusammenschluss mehrerer Personen kann Träger von Rechten und Pflichten sein. Überträgt man diese Überlegung auf den Begriff der „Einrichtung“ so liegt der Schluss nahe, dass auch die Einrichtung in dieser Systematik Träger von Rechten und Pflichten sein muss, was auf ein Unternehmen jedoch gerade nicht zutrifft.

Auch wenn die Einordnung des Unternehmens in den Begriff der Einrichtung nach der grammatikalisch-logischen Interpretation noch denkbar wäre, so sprechen im Rahmen einer systematischen Interpretation doch die überzeugenderen Gründe dafür, dass ein bloßes Rechtsobjekt als Gegenstand des Rechtsverkehrs, wie das Unternehmen, neben den genannten natürlichen Personen sowie auch juristischen Personen des Privatrechts (etwa GmbH, AG, SE, Vereine, Privatstiftungen etc.) und Personenmehrheiten als Träger von Rechten und Pflichten wohl systemwidrig ist.¹⁹

- 4.3.3. Schließlich verweisen sowohl das E-GovG als auch die ERegV auf das DSGVO und somit das im DSGVO verankerte verfassungsrechtliche Grundrecht auf Datenschutz. § 1 DSGVO²⁰ besagt: „Jedermann hat, insbesondere auch im Hinblick auf die Achtung seines Privat- und Familienlebens, Anspruch auf Geheimhaltung der ihn betreffenden personenbezogenen Daten, soweit ein schutzwürdiges Interesse daran besteht.“

Personenbezogene Daten sind alle Informationen, die sich auf eine identifizierte oder identifizierbare natürliche 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, physiologischen, genetischen, psychischen, wirtschaftlichen, kulturellen oder sozialen Identität dieser natürlichen Person sind, identifiziert werden kann. Unzweifelhaft handelt es sich auch bei den im ERSB veröffentlichten Daten im Zusammenhang mit Einzelunternehmen um personenbezogene Daten der natürlichen Personen (Einzelunternehmer) als Rechtsträger.

¹⁸ Vgl. Definition „Einrichtung“ laut Duden⁶ Seite 467.

¹⁹ Vgl. auch *Dohr/Pollirer/Weis*, E-GovG, Anmerkung 7 zu § 2, wonach die OHG als Einrichtung zu qualifizieren sei.

²⁰ Sowohl in der Fassung des DSGVO 2000 als auch des aktuell geltenden DSGVO.

Im Lichte einer verfassungskonformen Interpretation²¹, wonach einfache Gesetze im Einklang mit der Verfassung und daher auch mit § 1 DSG (verfassungsrechtliches Grundrecht auf Datenschutz) auszulegen sind, erscheint es mehr als fragwürdig, dass der Begriff des Betroffenen sowie der sonstigen Betroffenen iSd E-GovG (und der ERegV) in einer Weise auszulegen wäre, die zu einer faktischen Aushebelung des Grundrechts auf Datenschutz durch die Eintragung von Einzelunternehmen und den damit einhergehenden personenbezogenen Daten ihrer Rechtsträger im ERsB als öffentlich frei zugänglichen Register kommen würde. Dies auch vor dem Hintergrund, dass ein solcher Grundrechtseingriff wohl auch an der fehlenden Rechtfertigung nach § 1 Abs 2 DSG iVm Art 8 Abs 2 EMRK²² scheitern würde. Man stelle sich vor, der Staat könnte das Grundrecht auf Datenschutz natürlicher Personen schlicht durch deren Umbenennung oder neu Klassifizierung und nachträgliche Einbeziehung natürlicher Personen umgehen. Ergänzend ist festzuhalten, dass die exzessive Auslegungsmöglichkeit in Form der Subsumtion der (von Einzelunternehmen betriebenen) Unternehmen unter die Rechtsbegriffe des Betroffenen bzw. des sonstigen Betroffenen bzw. der Einrichtung durch Verwaltungsbehörden wohl auch dem differenzierten Legalitätsprinzip²³ nach Art 18 B-VG widersprechen würde.²⁴

4.3.4 Die erste Zwischenfrage ist somit nach Ansicht der Autoren aus den überzeugenderen Gründen mit Nein zu beantworten, da

- das Unternehmen eines Einzelunternehmers keinesfalls natürliche Person, juristische Person oder Personenmehrheit ist und
- nicht erkennbar ist, warum ein Unternehmen als Einrichtung iSd § 2 Z 7. E-GovG zu qualifizieren ist.

²¹ Mayer/Muzak, B-VG⁵, Art 139 II.1. ff und Art 140 II.1. ff.

²² Der Eingriff einer öffentlichen Behörde in die Ausübung dieses Rechts ist nur statthaft, insoweit der Eingriff gesetzlich vorgesehen ist und eine Maßnahme darstellt, die in einer demokratischen Gesellschaft für die nationale Sicherheit, die öffentliche Ruhe und Ordnung, das wirtschaftliche Wohl des Landes, die Verteidigung der Ordnung und zur Verhinderung von strafbaren Handlungen, zum Schutz der Gesundheit und der Moral oder zum Schutz der Rechte und Freiheiten anderer notwendig ist. §1 DSG enthält einen materiellen Gesetzesvorbehalt, der die Grenzen für Eingriffe in das Grundrecht noch enger als Art 8 Abs 2 EMRK zieht. Abgesehen von der Verwendung von personenbezogenen Daten im lebenswichtigen Interesse des Betroffenen oder mit seiner Zustimmung, sind Beschränkungen des Anspruchs auf Geheimhaltung nur zur Wahrung überwiegender berechtigter Interessen - welche bei der Eintragung im ERsB nach Ansicht der Autoren jedenfalls nicht gegen sind - eines anderen zulässig.

²³ Das Legalitätsprinzip ist abhängig vom Sachgebiet sowie dem jeweiligen Rechtsschutzbedürfnis zu beurteilen („differenziertes Legalitätsprinzip“). Im Falle eines Grundrechtseingriffs ist von einer strengen Determinierungspflicht des Gesetzgebers auszugehen, insbesondere muss dem Gesetz mit hinlänglicher Genauigkeit der vom Gesetzgeber gewollte Inhalt derart entnommen werden können, dass das Verhalten der Behörde vom Adressaten vorausberechenbar und von den Gerichtshöfen des öffentlichen Rechtes nachprüfbar ist – siehe hierzu VfGH G138/87 und G47/2012.

²⁴ Mayer/Muzak, B-VG⁵, Art 18 Abs 1 II.1. f; Öhlinger/Eberhard, Verfassungsrecht¹² Rz 604 f.

4.4 Kommt dem Unternehmen eines Einzelunternehmers eine eigene Identität iSd § 2 Z 1. E-GovG zu?

4.4.1 Ein Unternehmen selbst kann, mangels Rechtspersönlichkeit bzw. Rechtssubjektivität, nicht Träger einer Firma bzw. eines Namens sein. In diesem Sinn normiert auch § 17 Abs 1 UGB die Firma als den in das Firmenbuch eingetragenen Namen eines Unternehmers (und nicht des Unternehmens), unter dem dieser seine Geschäfte betreibt und die Unterschrift abgibt. Auch die differenzierte Rechtsprechung zu § 43 ABGB sieht als Träger des Namensrechts die natürlichen Personen, juristischen Personen, Vereine, Körperschaften des öffentlichen Rechts, politische Parteien, Stiftungen, Personengesellschaften oder Gesellschafter einer GesbR.²⁵

Schlussendlich kann auch die Heranziehung besonderer Geschäfts- oder Unternehmensbezeichnungen nach § 9 Abs 1 UWG nicht sinnvoll sein, insbesondere wenn bzw. sofern diese sich nicht vom Namen des Rechtsträgers des Unternehmens unterscheiden, weil in diesem Fall die in § 2 Z 1. E-GovG geforderte Möglichkeit der Unterscheidbarkeit nicht gegeben wäre. Dies zeigt sich auch anhand der vorgelegten Auszüge aus dem ERsB, in denen (wie bereits unter Punkt 1.2 dargelegt) die eingetragenen Einzelunternehmen natürlicher Personen stets mit dem Namen der jeweiligen natürlichen Person geführt werden (wenngleich der Nach- vor den Vornamen gestellt wird – dazu im Detail auch unter Punkt 4.5.4 dieser gutachterlichen Stellungnahme).

4.4.2 Die zweite Zwischenfrage ist somit nach Ansicht der Autoren aus den überzeugenderen Gründen mit Nein zu beantworten, da ein Unternehmen selbst nicht Träger einer Firma bzw. eines Namens sein kann und eine besondere Geschäfts- oder Unternehmensbezeichnung insbesondere bei Gleichnamigkeit zum Einzelunternehmer nicht die notwendige Unterscheidbarkeit gewährleisten kann.

4.5 Sprechen weitere Argumente gegen eine Qualifikation des Unternehmens als Betroffener iSd E-GovG bzw. der ERegV?

Nach Ansicht der Autoren sprechen auch folgende fünf Gründe in überzeugender Weise gegen die Annahme, die von Einzelunternehmern betriebenen Unternehmen seien als Betroffene iSd E-GovG bzw. der ERegV einzustufen:

4.5.1 Die notwendigen Eintragsdaten für das ERsB

Nach § 11 Abs 1 Z 5. ERegV sind bei einer (gemäß § 10 Abs. 1 Z 1 und 2 ERegV vorzunehmenden) Eintragung sonstiger Betroffener (wozu die „Einrichtungen“ zählen) in das

²⁵ Faber in *Fenyves/Kerschner/Vonkilch*, Großkommentar zum ABGB – Klang-Kommentar - §§ 1-43 ABGB, Methodenlehre und Personenrecht³, Rz 5 ff. zu § 43; E. Wagner in *Kletečka/Schauer*, ABGB-ON^{1.04}, Rz 12 ff. zu § 43 mwN.

ERsB (soweit vorhanden) Angaben über die eindeutige Identität der Personen, die für den sonstigen Betroffene vertretungsbefugt sind, sowie über den Umfang der Vertretungsbefugnis zu erfassen. Dieses zwingend zu erfassende Eintragungsdatum ergibt im Verhältnis zum Unternehmen eines Einzelunternehmers jedoch keinen Sinn, da das Unternehmen des Einzelunternehmers, welches für sich ja gar nicht Rechtssubjekt ist, nicht durch diesen vertreten, sondern von diesem betrieben wird.

4.5.2 Der notwendige Nachweis des rechtlichen Bestands

Der Bestand des von einem Einzelunternehmer betriebenen Unternehmens²⁶ hängt von zahlreichen faktischen Umständen ab, deren Nachweise im Einzelfall umfassend und kompliziert sein können. Nach Ansicht der Autoren ist nicht davon auszugehen, dass der historische Gesetzgeber des E-GovG vor Augen gehabt hätte, die Vorlage solch umfassender Dokumentation zwecks Nachweises des Bestehens des Unternehmens eines Einzelunternehmers zu fordern, was ja auch mit erheblichen praktischen und beweistechnischen Problemen verbunden wäre.

4.5.3 Sonstige Unternehmensinhaber

Neben natürlichen Personen können insbesondere auch juristische Personen des Privatrechts (etwa GmbH, AG, SE, Vereine, Privatstiftungen etc.) und Personengesellschaften (etwa OG, KG etc.) ein Unternehmen betreiben und tun dies im Regelfall auch. Dies hätte dann aber zur Konsequenz, dass trotz zwingender Eintragung dieser Gesellschaften im Firmenbuch bzw. Vereinsregister (womit diese Gesellschaften nicht im ER geführt werden dürfen), dennoch eine Eintragung der von diesen Gesellschaften betriebenen Unternehmen in das ERsB zu erfolgen hätte.

Ogleich den Autoren, wie eingangs unter Punkt 1.2 erwähnt, das ERsB nicht zugänglich ist, bezweifeln diese, dass sämtliche Unternehmen, die von juristischen Personen des Privatrechts und Personengesellschaften, die im Firmenbuch bzw. Vereinsregister eingetragen sein müssen, betrieben werden, aktuell im ERsB eingetragen sind. Vielmehr gehen die Autoren davon aus, dass diese Unternehmen nicht im ERsB eingetragen sind und für die erwähnten juristischen Personen des Privatrechts und Personengesellschaften und auch die von ihnen betriebenen Unternehmen als Stammzahl die jeweilige Firmenbuchnummer bzw. Vereinsregisterzahl verwendet wird (wenngleich sich das, zumindest aktuell, mangels Zugriff auf das ERsB nicht verifizieren lässt). Sollte sich diese Annahme der Autoren bestätigen, würde dies belegen, dass auch die das ERsB (ehemals) führenden Institution(en) nicht davon ausgegangen sind bzw. ausgehen, dass ein Unternehmen eine „Einrichtung“ iSd Art 2 Z 7. E-GovG darstellt.

²⁶ Zu den einzelnen Unternehmensbegriffen und den jeweiligen Tatbestandsvoraussetzungen siehe im Detail unter Punkt 4.1 dieser gutachterlichen Stellungnahme.

4.5.4 Die im ERsB gewählten Bezeichnungen der Betroffenen

Auch aus den im ERsB gewählten Bezeichnungen der Betroffenen ergibt sich für die Autoren, dass der Gesetzgeber wohl nicht vor Augen hatte, Unternehmen von Einzelunternehmen als „Einrichtungen“ bzw. „Betroffene“ im ER zu führen. Wie unter Punkt 1.2 dargelegt, werden in den (den Autoren vorliegenden) Auszügen aus dem ERsB die dort als Betroffene angeführten Einzelunternehmen mit dem Namen der natürlichen Person veröffentlicht, die Rechtsträger des Einzelunternehmens ist. Hierbei wird jedoch stets der Nachname vor den Vornamen gestellt. Die jeweilige natürliche Person als Inhaber wird sodann ebenfalls namentlich angeführt, wobei jedoch stets der Vorname vor den Nachnamen gestellt wird. Diese Vorgehensweise ist ganz offensichtlich dem Umstand geschuldet, zu vermeiden, dass unter der Rubrik „BEZEICHNUNG des BETROFFENER“ sowie unter der Rubrik „INHABER/IN“ exakt derselbe Name angeführt wird.

Nach Ansicht der Autoren ist es jedoch lebensfremd, anzunehmen, dass die Bezeichnungen der Einzelunternehmen im geschäftlichen Verkehr stets (und ausschließlich) in der Weise Nachname vor Vorname erfolgt. Vielmehr ist anzunehmen, dass die Einzelunternehmen, in Ermangelung einer anderen, differenzierteren Bezeichnung mit Vor- und Nachname und auch in dieser Reihenfolge (und nicht Nach- vor Vorname) bezeichnet werden. Hierbei kann auch nicht entgegnet werden, dass es ausschließlich auf die Art der Bezeichnung der Unternehmen ankäme, wie sie von der für die Eintragung in das ERsB zuständige Behörde vorgenommen wird. Denn sofern man Unternehmen überhaupt eine Bezeichnung zuordnen möge, dann kann es dabei nur auf jene Bezeichnung ankommen, die für sie im geschäftlichen Verkehr tatsächlich geführt wird und nicht auf die von einer Behörde nach eigenem Ermessen gewählte Bezeichnung.

Wenn man daher richtigerweise das Unternehmen ausschließlich mit dem Namen seines Rechtsträgers (mit Vor- und Nachnamen in derselben Reihenfolge) bezeichnete, hätte das dann aber zur Folge, dass (wie auch bereits unter Punkt 4.4.1 ausgeführt) das Unternehmen selbst keine Identität aufweisen würde, die geeignet wäre, es von seinem Rechtsträger zu unterscheiden, denn im ERsB müsste dann sowohl unter der Rubrik „BEZEICHNUNG des BETROFFENER“ als auch unter der Rubrik „INHABER/IN“ exakt derselbe Name (Vor- und Nachname oder Nach- und Vorname) angeführt werden.

Aus den vorstehenden Überlegungen und faktischen Handhabungen iZm dem ERsB zeigt sich somit verstärkt, dass Einzelunternehmen nicht als von ihrem Rechtsträger unterschiedliche Betroffene in das ER bzw. konkret in das ERsB aufzunehmen sind.

4.5.5 Abgabenrechtliche Geheimhaltungspflicht

Zuletzt erscheint auch vor dem Hintergrund der abgabenrechtlichen Geheimhaltungspflicht eine Aufnahme von Unternehmen von Einzelunternehmen als „Einrichtungen“ bzw. „Betroffene“ zumindest in das öffentlich zugängliche ERsB unzulässig.

§ 48a Bundesabgabenordnung (BAO) normiert eine umfassende abgabenrechtliche Geheimhaltungsverpflichtung insbesondere hinsichtlich der Öffentlichkeit unbekannte Verhältnisse oder Umstände, die sich aus einem Abgabenverfahren ergeben. Es sind nun Fälle denkbar, in denen eine natürliche Person unternehmerisch tätig ist, dies jedoch nicht der Öffentlichkeit bekannt ist. Sofern Menschen gemäß § 2 Abs 3 Z 6. Einkommensteuergesetz 1988 (EStG) Einkünfte aus Vermietung erzielen, sind sie in solchen Fällen im Regelfall (gemäß § 2 UStG) unternehmerisch tätig, doch bedarf es dabei keiner Beteiligung am allgemeinen wirtschaftlichen Verkehr²⁷. Anders ausgedrückt: Der Vermieter wäre somit zwar dem Mieter bekannt, jedoch mangels Beteiligung am allgemeinen wirtschaftlichen Verkehr nicht der Allgemeinheit bzw. Öffentlichkeit.²⁸ Sofern die Information über ein solches Einzelunternehmen und somit die Person des Vermieters durch die Abgabenbehörden an das BMDW (als Betreiberin des ER) erfolgt (wovon die Autoren angesichts der in den vorliegenden Auszügen aus dem ERsB enthaltenen Rubrik „Eintragungsstelle: Steuer“ ausgehen) und folglich eine Eintragung in das öffentlich zugängliche ERsB erfolgt, würden somit an sich nicht öffentlich bekannte Informationen (der Umstand, dass eine bestimmte Person unternehmerisch tätig ist und allenfalls die Privatadresse, soweit diese sonst der Allgemeinheit nicht bereits bekannt ist) veröffentlicht werden.

Daran kann nach Ansicht der Autoren auch die Ausnahmebestimmung des § 48a Abs 4 lit d) BAO nichts ändern, da dies (soweit hier relevant) nur die Übermittlung des bei der Stammzahlenregisterbehörde gemäß § 10 Abs. 2 des E-GovG angeforderten verschlüsselten bereichsspezifischen Personenkennzeichens umfasst, nicht jedoch die hier relevanten abgabenrechtlichen Informationen über eine natürliche Person zur Eintragung in das ERsB.

4.6 Beantwortung der zweiten Gutachtensfrage / Zusammenfassung

Aus den dargelegten Gründen ist es auf Basis der geltenden Rechtslage nach Ansicht der Autoren (zumindest aus den weit überzeugenderen Gründen) nicht zulässig, einen Menschen, der bereits im Zentralen Melderegister eingetragen ist und als Einzelunternehmer in Österreich unternehmerisch tätig ist, mit seinen personenbezogenen Daten in das Ergänzungsregister (ER) einzutragen. Sofern in einem solchen Fall derselbe Mensch (noch)

²⁷ Windsteig in Melhardt/Tumpel, UStG², Rz 75 zu § 2

²⁸ Dies könnte (wenngleich dies nicht notwendig wäre) sogar noch durch die Aufnahme entsprechender Verschwiegenheitsverpflichtungen zur Person des Vermieters in den Mietvertrag verstärkt werden.

nicht im Zentralen Melderegister eingetragen ist, ist eine Eintragung in das Ergänzungsregister (ER) zulässig, allerdings muss die Eintragung in das (nicht öffentliche) Ergänzungsregister für natürliche Personen erfolgen.

Dies ist dem Umstand geschuldet, dass für das Ergänzungsregister (ER) nur natürliche Personen, juristische Personen, Personenmehrheiten und Einrichtungen in Frage kommen, denen darüber hinaus eine eigene Identität zukommt. Das von einem Menschen betriebene Einzelunternehmen ist weder natürliche Person, noch juristische Person oder Personenmehrheit und lässt sich wohl auch nicht als „Einrichtung“ qualifizieren. Die Aufnahme von Einzelunternehmen insbesondere in das öffentlich zugängliche Ergänzungsregister für sonstige Betroffene ist auch aus weiteren Gründen zu verneinen.

Erstens sind in das Ergänzungsregister für sonstige Betroffene (ERsB) auch zwingend die Vertretungsbefugten einzutragen. Ein Einzelunternehmer vertritt sein Unternehmen jedoch nicht, sondern betreibt dieses. Zweitens muss der rechtliche Bestand von jedem, der in das Ergänzungsregister einzutragen ist, nachgewiesen werden, was bei einem Unternehmen jedoch nur durch zahlreiche Dokumente, aus denen sich die tatsächliche Teilnahme am Wirtschaftsleben ergibt, möglich wäre und weder anzunehmen ist, dass der Gesetzgeber eine solche Nachweispflicht vor Augen hatte, noch, dass die Behörden solche Nachweise überhaupt anfordern. Drittens können nicht nur Menschen, sondern auch alle im Firmenbuch/Vereinsregister registrierten Gesellschaften (insbesondere GmbH, AG, Vereine, Privatstiftungen, OG, KG) Unternehmen betreiben (und tun dies wohl auch), womit auch diese Unternehmen im Ergänzungsregister für sonstige Betroffene (ERsB) einzutragen wären, was jedoch wohl nicht der Fall ist (dies lässt sich mangels Zugänglichkeit des ERsB jedoch aktuell nicht prüfen). Viertens müssten die Unternehmen der Einzelunternehmer stets eine eigene Bezeichnung aufweisen, die sich von deren Namen unterscheidet. Fünftens steht die Veröffentlichung von Einzelunternehmern, deren Tätigkeit nicht allgemein bekannt ist, wohl im Konflikt mit der abgabenrechtlichen Geheimhaltungspflicht.

5. Zu den datenschutzrechtlichen Implikationen aus den Beantwortungen der beiden Gutachtensfragen

- 5.1 Jede Verarbeitung personenbezogener Daten ist für deren Rechtmäßigkeit zwingend auf einen der in Art 6 Abs 1 DSGVO festgelegten Erlaubnistatbestände (Einwilligung, Vertragserfüllung, rechtliche Verpflichtung, Schutz lebenswichtiger Interessen, Wahrnehmung von Aufgaben im öffentlichen Interesse, berechnigte Interessen) zu stützen. Dies gilt gemäß § 4 Abs 1 DSG für Österreich auch für Verarbeitungen personenbezogener Daten, die nicht in den Anwendungsbereich des Unionsrechts fallen.

Im vorliegenden Fall kommen mangels Vertragsverhältnisses zum Betroffenen und mangels zu schützender lebenswichtiger Interessen von den genannten Rechtfertigungsgründen

lediglich die Einwilligung, die rechtliche Verpflichtung, die Wahrnehmung von Aufgaben im öffentlichen Interesse und berechnigte Interessen in Frage.

Eine Einwilligung setzt nach der Rechtsprechung des EuGH²⁹ stets eine vollständige Information zur Datenverarbeitung nach Art 13 oder 14 DSGVO voraus, die vor Beginn der Datenverarbeitung erteilt werden muss. Eine solche umfassende Information zur Datenverarbeitung vor einer etwaigen Einwilligung zur Eintragung in das ERSB ist weder dem E-GovG, noch der ERegV zu entnehmen und liegt den Autoren auch sonst nicht vor und wäre diesen auch sonst nicht bekannt. Abgesehen davon ist dabei auch zu beachten, dass eine wirksame Einwilligung natürlich nur jene Datenverarbeitung rechtfertigen würde, die auch tatsächlich auf Basis dieser Einwilligung durchgeführt werden, und nicht jene Datenverarbeitungen, welche Behörden ohne vorliegende Einwilligung vornehmen.

Eine Verarbeitung auf Grundlage berechtigter Interessen scheidet im konkreten Fall am verfassungsrechtlichen Legalitätsprinzip in Form der Bindung der Verwaltung an die Gesetze sowie der fehlenden Ausformulierung solcher Interessen im konkreten Fall.³⁰

Die Erfüllung einer rechtlichen Verpflichtung (nach den Vorgaben des E-GovG sowie der ERegV) kann nach Ansicht der Autoren im vorliegenden Fall aufgrund der bereits in den Punkten 3. und 4. dieser gutachterlichen Stellungnahme im Detail dargelegten Gründen keine taugliche Rechtfertigungsgrundlage bilden.

Auch die Wahrnehmung von Aufgaben im öffentlichen Interessen als Erlaubnistatbestand scheidet nach Ansicht der Autoren im vorliegenden Fall an der notwendigen klaren Benennung des (zu verfolgenden) öffentlichen Interesses sowie abermals (wie bereits dargelegt) am verfassungsrechtlichen Legalitätsprinzip.³¹

- 5.2 Unabhängig vom anzuwendenden – vom Gesetzgeber des E-GovG auch nicht näher beschriebenen – datenschutzrechtlichen Erlaubnistatbestand, stellt die Offenlegung von personenbezogenen Daten der Einzelunternehmer durch Eintragung in ein öffentlich frei zugängliches Register (ERSB) durch die Verwaltung jedenfalls einen Eingriff in deren verfassungsrechtliches Grundrecht auf Datenschutz dar. Ein solcher Eingriff ist nach § 1 Abs 2 DSG iVm Art 8 Abs 2 EMRK nur zulässig, sofern die Maßnahme – hier die Veröffentlichung – in einer demokratischen Gesellschaft für die nationale Sicherheit, die öffentliche Ruhe und Ordnung, das wirtschaftliche Wohl des Landes, die Verteidigung der Ordnung und zur Verhinderung von strafbaren Handlungen, zum Schutz der Gesundheit und der Moral oder zum Schutz der Rechte und Freiheiten anderer notwendig ist. Diese

²⁹ EuGH C-673/17; Artikel-29-Datenschutzgruppe, Leitlinien in Bezug auf die Einwilligung gemäß Verordnung 2016/679 (WP259) 5 ff und 15 ff.

³⁰ Vgl. Mayer/Muzak, B-VG⁵ Art 18 Abs 1 II.1. f.; Öhlinger/Eberhard, Verfassungsrecht¹², Rz 604 f.

³¹ Artikel-29-Datenschutzgruppe, Stellungnahme zum Begriff des berechtigten Interesses (WP217) 24 und 27 ff (zu Art 7 DS-RL); Frenzel in Paal/Pauly, DS-GVO/BDSG² Art 6 Rz 16 und 23.

Zulässigkeitsvoraussetzungen liegen bei den gutachtensgegenständlichen Eintragungen (der Unternehmen von natürlichen Personen als Einzelunternehmer) im ERsB nach Ansicht der Autoren jedenfalls nicht vor, weswegen die Datenverarbeitung durch Eintragung und Veröffentlichung im ER auch in diesem Zusammenhang unzulässig erscheint.³²

- 5.3 Der in § 1 DSG normierte materielle Gesetzesvorbehalt zieht die Grenzen für Eingriffe in das Grundrecht sogar noch enger als Art 8 Abs 2 EMRK. Abgesehen von der Verwendung personenbezogener Daten im lebenswichtigen Interesse des Betroffenen oder mit seiner Zustimmung, sind Beschränkungen des Anspruchs auf Geheimhaltung nur zur Wahrung überwiegender berechtigter Interessen eines anderen zulässig.³³ Insbesondere müssen gleichzeitig angemessene Garantien für den Schutz der Geheimhaltungsinteressen der Betroffenen festgelegt werden. Auch im Falle zulässiger Beschränkungen darf der Eingriff in das Grundrecht jeweils nur in der gelindesten, zum Ziel führenden Art vorgenommen werden.³⁴

Ohne Zweifel bestehen daher neben dem unzulässigen Grundrechtseingriff im Fall der Eintragung von Einzelunternehmern in das öffentlich frei zugängliche ERsB keine angemessenen Garantien für den Schutz der Geheimhaltungsinteressen. Auch ist anzuzweifeln, dass der Grundrechtseingriff nur in der gelindesten, zum Ziel führenden Art vorgenommen wurde, wäre doch auch (wenn denn tatsächlich nötig) eine Eintragung der Einzelunternehmer im nicht öffentlich zugänglichen ERnB oder ein nicht öffentliches Führen des ERsB möglich.

Der nach § 1 DSG mögliche Grundrechtseingriff durch Einwilligung scheidet im konkreten Fall wiederum an der informierten und freiwilligen Einwilligung (vgl. dazu bereits Punkt 5.1 dieser gutachterlichen Stellungnahme).

- 5.5 Wo es einer Datenverarbeitung an einer Rechtfertigungsgrundlage mangelt (und darüber hinaus aus guten Gründen ein Grundrechtseingriff vorliegt), steht es den von dieser Datenverarbeitung betroffenen Personen frei, die ihnen nach der DSGVO sowie dem DSG zustehenden Ansprüche (insbesondere auf Löschung) gegen den datenschutzrechtlich Verantwortlichen geltend zu machen.

³² RIS-Rechtssatz VfGH G47/12 ua; Im Falle eines Grundrechtseingriffs ist von einer strengen Determinierungspflicht des Gesetzgebers auszugehen (differenziertes Legalitätsprinzip), insbesondere muss dem Gesetz mit hinlänglicher Genauigkeit der vom Gesetzgeber gewollte Inhalt derart entnommen werden können, dass das Verhalten der Behörde vom Adressaten vorausberechenbar und von den Gerichtshöfen des öffentlichen Rechtes nachprüfbar ist – siehe hierzu auch VfGH G138/87 und G47/2012.

³³ Siehe § 1 Abs 2 DSG: Bei Eingriffen einer staatlichen Behörde nur auf Grund von Gesetzen, die aus den in Art. 8 Abs. 2 der Europäischen Konvention zum Schutze der Menschenrechte und Grundfreiheiten (EMRK), BGBl. Nr. 210/1958, genannten Gründen notwendig sind.

³⁴ RIS-Rechtssatz VfGH G47/12 ua – zwar zur Rechtslage DSG 2000, aufgrund des heutigen identen Wortlauts aber weiterhin anwendbar.

5.6 Datenschutzrechtliche Implikationen zusammengefasst

5.6.1 Weder das E-GovG noch die ERegV bilden nach Ansicht der Autoren eine taugliche Rechtsgrundlage, die es aus datenschutzrechtlicher Sicht rechtfertigen würde, personenbezogene Daten von Menschen, die im Zentralen Melderegister eingetragen sind und als Einzelunternehmer unternehmerisch tätig sind, in das Ergänzungsregister (ER) einzutragen. Dies gilt umso mehr für das als Teil des Ergänzungsregisters geführte öffentliche Ergänzungsregister für sonstige Betroffene (ERsB). Die von den betroffenen Einzelunternehmern nicht beantragte Offenlegung ihrer personenbezogenen Daten im öffentlich frei zugänglichen Ergänzungsregister für sonstige Betroffene Register (ERsB) stellt einen Eingriff in deren verfassungsrechtliches Grundrecht auf Datenschutz dar. Gründe, die diesen Eingriff zu rechtfertigen vermögen, sind nicht zu erkennen. Konsequenterweise steht es den betroffenen Einzelunternehmern frei, ihre datenschutzrechtlichen Ansprüche (insbesondere auf Löschung) gegen die verantwortliche Stelle geltend zu machen.

6. Allgemeine Auftragsbedingungen

- 6.1 Unsere gutachterliche Stellungnahme wurde mit der notwendigen Sorgfalt und nach bestem Wissen und Gewissen auf Basis der zum Zeitpunkt der Gutachtenserstellung geltenden Rechtslage sowie der uns vorgelegten bzw. zugänglichen Informationen aus dem ER erstellt. Angesichts der bei Gutachtenserstellung nicht gegebenen Zugänglichkeit des ERsB, der teilweise unbestimmten Gesetzesbegriffe und in Ermangelung konkreter (höchst)gerichtlicher Rechtsprechung zu den gutachtensrelevanten Fragestellungen können wir natürlich nicht ausschließen, dass (Höchst)Gerichte bzw. Behörden zu anderen Ergebnissen gelangen könnten.
- 6.2 Eine Weitergabe dieser gutachterlichen Stellungnahme an Dritte ist zulässig. Eine bloß teilweise Weitergabe bzw. Zitierung oder sonstige Zusammenfassung, welche die beauftragten gutachterlichen Fragestellungen und/oder die dazu getroffenen gutachterlichen Ausführungen in irreführender Weise verkürzen oder sonst geeignet sind, deren objektiven Aussagegehalt zu verzerren, ist untersagt. Darauf sind auch die empfangenden Dritten hinzuweisen.
- 6.3 Soweit in dieser gutachterlichen Stellungnahme auf natürliche Personen bezogene Bezeichnungen der leichten Lesbarkeit nur in männlicher Form angeführt sind, beziehen sie sich auf Frauen und Männer in gleicher Weise.

Für Rückfragen stehen wir jederzeit gerne zur Verfügung. Primärer Ansprechpartner ist Sascha Jung.



RA Mag. Sascha Jung, LL.M. LL.M.
Jank Weiler Operenyi Rechtsanwälte |
Deloitte Legal



RAA Randolph Schwab, LL.M.
Jank Weiler Operenyi Rechtsanwälte |
Deloitte Legal



ERGÄNZUNGSREGISTER FÜR SONSTIGE BETROFFENE

Stichtag: 07.05.2020 Auszug mit aktuellen Daten

Hinweis: Der Eintrag hat keine konstitutive Wirkung !

Letzte Eintragung am [REDACTED] mit Eintragsnummer 9.

ORDNUNGSNUMMER: [REDACTED]
SEKUNDÄR ID: [REDACTED]
KENNZIPFER DES UNTERNEHMENSREGISTERS: [REDACTED]

6 BEZEICHNUNG des BETROFFENEN
 Van der Bellen Alexander Dr.

9 RECHTSCHARAKTER/ORGANISATIONSFORM
 Einzelunternehmen

8 SITZ in
 [REDACTED]
 1030 Wien

8 GESCHÄFTSANSCHRIFT
 [REDACTED]
 1030 Wien

1 BESTANDSZEITRAUM - VERWALTUNGSTECHNISCH
 von 06.09.2012

3 INHABER/IN
 A Dr. Alexander Van der Bellen, geb.18.01.1944
 seit [REDACTED]

----- PERSONEN -----

9 A Dr. Alexander Van der Bellen, geb.18.01.1944
8 [REDACTED]
 1030 Wien

----- VOLLZUGSUBERSICHT -----

Eintragungsstelle: Steuer

1	eingetragen am [REDACTED]	
	Wurde vollzogen	eingelangt am [REDACTED]
2	eingetragen am [REDACTED]	
	Wurde vollzogen	eingelangt am [REDACTED]
3	eingetragen am [REDACTED]	
	Wurde vollzogen	eingelangt am [REDACTED]
4	eingetragen am [REDACTED]	
	Wurde vollzogen	eingelangt am [REDACTED]
5	eingetragen am [REDACTED]	
	Wurde vollzogen	eingelangt am [REDACTED]
6	eingetragen am [REDACTED]	
	Wurde vollzogen	eingelangt am [REDACTED]
7	eingetragen am [REDACTED]	
	Wurde vollzogen	eingelangt am [REDACTED]

8 eingetragen am [REDACTED]
 Wurde vollzogen eingelangt am [REDACTED]
 9 eingetragen am [REDACTED]
 Wurde vollzogen eingelangt am [REDACTED]

Für das Dokumentende ist die Amtssignatur vorgesehen. Sollte auf Grund eines technischen Fehlers die Amtssignatur nicht ausgewiesen werden, erstellen Sie bitte zu einem späteren Zeitpunkt erneut den Auszug aus dem Register.

	Untersigner	Bundesministerium für Digitalisierung und Wirtschaftsstandort
	Datum/Zeit	2020-05-07T11:10:25+02:00
	Aussteller-Zertifikat	C:\ms-sign-corporate-ight-02.OU=ms-sign-corporate-ight-02.D=AT Trust Ges. 1. Sicherheitssysteme im elektr. Datenverkehr GmbH/CA1
	Serien-Nr.	1237897311
	Hinweis	Dieses Dokument wurde amtssigniert.
	Prüfinformation	Informationen zur Prüfung des elektronischen Siegels bzw. der elektronischen Signatur finden Sie unter: https://www.signaturprüfung.gv.at/ . Die Bildmarke und Hinweise zur Verifikation eines Papierausdrucks sind auf https://www.bmdw.gv.at/amtssignatur oder http://www.help.gv.at/ veröffentlicht.