



**BVwG**

Bundesverwaltungsgericht  
Republik Österreich

Postadresse:

Erdbergstraße 192 – 196

1030 Wien

Tel: +43 1 601 49 – 0

Fax: +43 1 711 23 – 889 15 41

E-Mail: einlaufstelle@bvwg.gv.at

www.bvwg.gv.at

**E N T S C H E I D U N G S D A T U M**

**2 9 . 0 8 . 2 0 2 3**

**G E S C H Ä F T S Z A H L**

**W 2 1 1 2 2 7 5 0 7 0 - 1 / 6 E**

**I M N A M E N D E R R E P U B L I K !**

Das Bundesverwaltungsgericht erkennt durch die Richterin Mag.<sup>a</sup> Barbara SIMMA, LL.M. als Vorsitzende und die fachkundige Laienrichterin Margareta MAYER-HAINZ und den fachkundigen Laienrichter Dr. Ulrich E. ZELLENBERG als Beisitzerin und Beisitzer über die Beschwerde von XXXX gegen den Bescheid der Österreichischen Datenschutzbehörde vom XXXX, zu Recht:

A)

Der Beschwerde wird stattgegeben und der angefochtene Bescheid ersatzlos behoben.

B)

Die Revision ist gemäß Art. 133 Abs. 4 B-VG unzulässig.

## **Entscheidungsgründe:**

### **I. Verfahrensgang:**

Mit Schreiben vom XXXX 2023 brachte die beschwerdeführende Partei bei der belangten Behörde eine Beschwerde ein und führte darin aus, sie habe mit Fax vom XXXX 2023 die XXXX (in Folge: mitbeteiligte Partei XXXX ) ua zur Berichtigung unrichtiger personenbezogener Daten gemäß Art. 16 DSGVO, nämlich zur Änderung ihres Geschlechtseintrages von „männlich“ auf „divers“, aufgefordert. Eine entsprechende Änderung im Personenstandsregister sei bereits mit Erkenntnis des Landesverwaltungsgerichtes Wien vom XXXX , angewiesen worden. Die mitbeteiligte Partei habe auf den Antrag nicht reagiert.

Mit Schreiben vom XXXX 2023 gab die mitbeteiligte Partei im Wege ihrer Rechtsvertretung eine Stellungnahme ab und führte darin soweit wesentlich aus, dass die XXXX das Zentrale Personenstandsregister nicht führe und ihre Daten aus mehreren Quellen beziehe. Die Verarbeitung des Datums „männlich“ bezogen auf die beschwerdeführende Partei sei bislang nicht unrichtig gewesen. Die XXXX habe auf den Änderungsauftrag der beschwerdeführenden Partei reagiert und die Daten zum Geschlecht der beschwerdeführenden Partei von „männlich“ auf „unbekannt“ geändert, da die Auswahldaten des Geschlechts nur die Auswahl „männlich“, „weiblich“ oder „unbekannt“ vorsehen würden. Rechtlich sei auch nichts anderes geschuldet. Für eine andere Vorgehensweise müsste eine Neuprogrammierung des Systems der XXXX vorgenommen werden, was außerhalb jeder wirtschaftlicher Verhältnismäßigkeit stehe. Der beschwerdeführenden Partei könne dazu auch kein rechtliches Interesse zuerkannt werden.

Mit Schreiben vom XXXX 2023 stellte die belangte Behörde ein Amtshilfeersuchen an die Wiener Magistratsabteilung 63 und ersuchte diese um Auskunft darüber, ob gegen das Erkenntnis des Landesverwaltungsgerichts Wien vom XXXX , eine Revision eingebracht worden sei. Weiters ersucht sie um Bekanntgabe, ob die Geschlechtsidentität der beschwerdeführenden Partei von „männlich“ auf „divers“ abgeändert wurde, und falls dies zutreffend sein sollte, zu welchem Zeitpunkt die Umänderung erfolgt sei.

Mit Stellungnahme vom XXXX 2023 brachte die MA 63 vor, dass eine ordentliche Revision gegen das Erkenntnis erhoben worden sei. Eine aufschiebende Wirkung sei nicht beantragt

worden. Die Änderung des Geschlechtseintrages der beschwerdeführenden Partei von „männlich“ auf „divers“ sei am XXXX 2023 im Zentralen Personenstandsregister (ZPR) erfolgt.

Mit Stellungnahme vom XXXX 2023 teilte das Landesverwaltungsgericht Wien mit, dass eine Revision seitens des Bürgermeisters der Stadt Wien (MA 63) erhoben worden sei. Eine Zuerkennung der aufschiebenden Wirkung sei nicht beantragt worden.

Mit dem verfahrensgegenständlichen Bescheid vom XXXX 2023 setzte die belangte Behörde das Verfahren gemäß § 38 AVG bis zur rechtskräftigen Entscheidung durch den Gerichtshof der Europäischen Union (EuGH) in der Rechtssache C-247/23 hinsichtlich der Frage der unionsrechtlichen Auslegung von Art. 16 DSGVO in Bezug auf die Berichtigung des Geschlechtseintrages in einem Register durch eine Behörde, und ob die betroffene Person, die die Berichtigung der Daten betreffend ihres Geschlechtes beantragt, verpflichtet ist, Nachweise zur Begründung ihres Antrages zu erbringen, aus.

Die beschwerdeführende Partei brachte mit E-Mail vom XXXX 2023 fristgerecht eine Beschwerde gegen die Aussetzung durch die belangte Behörde ein und führte darin aus, das beim EuGH anhängige Vorabentscheidungsverfahren sei mit dem gegenständlichen Verfahren nicht vergleichbar und daher nicht verfahrensrelevant. Das Vorabentscheidungsverfahren betreffe eine Änderung einer Eintragung in einem staatlichen Register unter Vorlage einer ärztlichen Bescheinigung der Diagnose „Transsexualismus“ ohne Beleg einer „Geschlechtsumwandlung“. Es sei jedoch nicht Aufgabe der belangten Behörde, über den Geschlechtseintrag im Personenstandsregister zu entscheiden. Der Geschlechtseintrag der beschwerdeführenden Partei im Personenstandsregister sei bereits geändert worden. Die gegenständliche Beschwerde beziehe sich hingegen darauf, dass die mitbeteiligte Partei sich geweigert habe, diese Änderung in ihrer Datenbank umzusetzen, sodass sie unrichtige personenbezogene Daten der beschwerdeführenden Partei verarbeite. Zudem habe die beschwerdeführende Partei ein öffentliches Dokument als Nachweis der Begründung der Änderung vorgelegt. Die Frage der Nachweispflicht für eine Änderung eines Eintrags in einem staatlichen Register stelle sich im gegenständlichen Verfahren nicht.

Die gegenständliche Beschwerde und die Verwaltungsakten wurden dem Bundesverwaltungsgericht von der belangten Behörde am XXXX 2023 vorgelegt. In der beiliegenden Stellungnahme führte die belangte Behörde aus, die Sachverhalte des gegenständlichen Verfahrens und des Vorabentscheidungsverfahrens seien zwar teilweise unterschiedlich, es gehe jedoch in beiden Fällen um die Auslegung des Rechts auf Berichtigung gemäß Art. 16 DSGVO, die für das gegenständliche Verfahren von essenzieller und

gesonderter Bedeutung sei. Diesbezüglich verwies die belangte Behörde auf die Entscheidung des Verwaltungsgerichtshofs vom 24.02.2022, Ra 2020/04/0187-11. Für eine Aussetzung gemäß § 38 AVG genüge es bereits, wenn beim EuGH eine Rechtsfrage anhängig gemacht worden sei, die jener im ausgesetzten Verfahren „(bloß) ähnlich“ sei, weil sie „inhaltlich im Wesentlichen gleiche“ Bestimmungen betreffe (VwGH 19.09.2001, 2001/16/0439). Die Aussetzung des gegenständlichen Verfahrens sei daher notwendig. Das Beschwerdevorbringen werde zur Gänze bestritten.

Mit Schreiben vom XXXX 2023 schloss sich die mitbeteiligte Partei im Wege ihrer Rechtsvertretung der Stellungnahme der belangten Behörde an.

Die beschwerdeführende Partei replizierte mit Stellungnahme vom XXXX 2023 auf die Ausführungen der belangten Behörde im Zuge der Aktenvorlage zusammengefasst dahingehend, dass das Vorabentscheidungsverfahren zu C-247/23 zwar dieselbe Rechtsnorm wie das gegenständliche Verfahren betreffe, die beiden Fälle jedoch so unterschiedlich seien, dass sie in keiner Weise vergleichbar seien, und eine Entscheidung des EuGH demnach nicht verfahrensrelevant sei. Ob weitere Nachweise oder eine geschlechtsangleichende Operation zur Änderung eines Geschlechtseintrags in staatlichen Registern notwendig sei, sei nicht verfahrensgegenständlich. Der Geschlechtseintrag der beschwerdeführenden Partei sei im Personenstandsregister geändert worden, und die mitbeteiligte Partei weigere sich, diese Änderung in ihrer Datenbank umzusetzen, sodass sie unrichtige personenbezogene Daten der beschwerdeführenden Partei verarbeite. Zudem habe die beschwerdeführende Partei ein öffentliches Dokument zum Nachweis vorgelegt. Die Frage der Nachweispflicht für Änderungen in staatlichen Registern stelle sich hier nicht. Inzwischen seien der beschwerdeführenden Partei auch eine neue Geburtsurkunde und ein neuer Personalausweis ausgestellt worden.

## **II. Das Bundesverwaltungsgericht hat über die zulässige Beschwerde erwogen:**

### **1. Feststellungen:**

Mit Erkenntnis des Landesverwaltungsgerichtes Wien vom XXXX , wurde die Änderung des Geschlechtseintrags der beschwerdeführenden Partei im Personenstandsregister von „männlich“ auf „divers“ verfügt. Dieses Erkenntnis erwuchs mit XXXX 2023 in Rechtskraft. In der dagegen eingebrachten Amtsrevision wurde eine aufschiebende Wirkung nicht beantragt. In Folge wurde der Geschlechtseintrag der beschwerdeführenden Partei im Zentralen Personenstandsregister (ZPR) von „männlich“ auf „divers“ geändert. Am XXXX 2023 wurde eine Geburtsurkunde ausgestellt, auf der als Geschlecht „divers“ eingetragen ist. Weiters

wurde der beschwerdeführenden Partei am XXXX 2023 ein Personalausweis ausgestellt, auf dem als Geschlecht „X“ eingetragen ist.

Mit E-Mail vom XXXX 2023 forderte die beschwerdeführende Partei die mitbeteiligte Partei zur Berichtigung unrichtiger personenbezogener Daten gemäß Art. 16 DSGVO, nämlich zur Änderung ihres Geschlechtseintrages von „männlich“ auf „divers“, auf.

In ihrer Stellungnahme im Verfahren vor der belangten Behörde vom XXXX 2023 teilte die mitbeteiligte Partei mit, dass sie den Geschlechtseintrag der beschwerdeführenden Partei von „männlich“ auf „unbekannt“ geändert hat. Die Systeme der XXXX erlauben keine Option für die Geschlechtsbezeichnung „divers“.

Am XXXX 2023 wurde beim Gerichtshof der Europäischen Union ein Vorabentscheidungsersuchen eines ungarischen Gerichts zu folgenden Fragen eingebracht:

„1. Ist Art. 16 DSGVO dahin auszulegen, dass die Behörde, die nach dem mitgliedstaatlichen Recht die Register führt, im Hinblick auf die Ausübung der Rechte der betroffenen Person verpflichtet ist, von ihr registrierte personenbezogene Daten betreffend das Geschlecht dieser Person zu berichtigen, wenn sich diese Daten seit ihrer Eintragung in das Register geändert haben und daher nicht dem in Art. 5 Abs. 1 Buchst. d DSGVO niedergelegten Grundsatz der Richtigkeit entsprechen?

2. Falls Frage 1 bejaht wird: Ist Art. 16 DSGVO dahin auszulegen, dass die Person, die die Berichtigung von Daten betreffend ihr Geschlecht beantragt, verpflichtet ist, Nachweise zur Begründung ihres Berichtigungsantrags vorzulegen?

3. Falls Frage 2 bejaht wird: Ist Art. 16 DSGVO dahin auszulegen, dass die antragstellende Person nachweisen muss, dass sie sich einer geschlechtsangleichenden Operation unterzogen hat?“

Mit dem verfahrensgegenständlichen Bescheid vom XXXX 2023, zugestellt am XXXX 2023, setzte die belangte Behörde das Verfahren bis zur rechtskräftigen Entscheidung durch den Gerichtshof der Europäischen Union (EuGH) in der Rechtssache C-247/23 gemäß § 38 AVG aus.

## **2. Beweiswürdigung:**

Die Feststellungen ergeben sich aus dem unzweifelhaften und unstrittigen Akteninhalt, dem Vorbringen der Parteien und den von ihnen vorgelegten Dokumenten.

### **3. Rechtliche Beurteilung:**

Gemäß § 6 BVwGG entscheidet das Bundesverwaltungsgericht durch Einzelrichter:innen, sofern nicht in Bundes- oder Landesgesetzen die Entscheidung durch Senate vorgesehen ist.

Gemäß § 27 Abs. 1 DSG entscheidet das Bundesverwaltungsgericht durch Senat über Beschwerden gegen Bescheide der Datenschutzbehörde. Gegenständlich liegt somit Senatszuständigkeit vor.

Gemäß § 24 Abs. 2 Z 1 VwGVG kann die Verhandlung entfallen, wenn der das vorangegangene Verwaltungsverfahren einleitende Antrag der Partei oder die Beschwerde zurückzuweisen ist oder bereits auf Grund der Aktenlage feststeht, dass der mit Beschwerde angefochtene Bescheid aufzuheben oder die angefochtene Ausübung unmittelbarer verwaltungsbehördlicher Befehls- und Zwangsgewalt für rechtswidrig zu erklären ist. Im vorliegenden Beschwerdefall steht bereits aufgrund der Aktenlage fest, dass der angefochtene Bescheid aufzuheben ist, sodass von der Durchführung einer mündlichen Verhandlung abgesehen werden konnte.

Zu A)

Gemäß § 38 AVG ist die Behörde berechtigt, das Verfahren bis zur rechtskräftigen Entscheidung einer Vorfrage auszusetzen, wenn die Vorfrage schon den Gegenstand eines anhängigen Verfahrens bei der zuständigen Verwaltungsbehörde bzw. beim zuständigen Gericht bildet oder ein solches Verfahren gleichzeitig anhängig gemacht wird.

Nach der Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes entspricht es nach § 38 AVG dem Gesetz, im Fall von beim EuGH anhängigen Vorabentscheidungsverfahren ein Verwaltungsverfahren auszusetzen, wenn die zu entscheidende Vorlagefrage für das Verfahren präjudiziell ist (vgl. z.B. VwGH 28.10.2008, 2008/05/0129; 09.12.2010, 2009/09/0260; 26.04.2011, 2011/03/0015; 09.11.2011, 2011/22/0284; 13.12.2011, 2011/22/0316).

Nach ständiger Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofs ist unter einer Vorfrage im Sinne des § 38 AVG eine für die Entscheidung der Verwaltungsbehörde präjudizielle Rechtsfrage zu verstehen, über die als Hauptfrage von anderen Verwaltungsbehörden oder von den Gerichten oder auch von derselben Behörde, jedoch in einem anderen Verfahren, zu entscheiden ist. Präjudiziell - und damit Vorfragenentscheidung im verfahrensrechtlich relevanten Sinn - ist nur eine Entscheidung, die erstens eine Rechtsfrage betrifft, deren Beantwortung für die Hauptfragenentscheidung unabdingbar, das heißt eine notwendige

Grundlage ist, und zweitens diese in einer die Verwaltungsbehörde bindenden Weise regelt. Dass es sich bei der Vorfrage um eine Frage handeln muss, über die von der anderen Behörde als Hauptfrage zu entscheiden ist, ergibt sich daraus, dass der besondere prozessökonomische Sinn der Vorschrift des § 38 AVG nur dann erreicht werden kann, wenn die andere Entscheidung, deren Ergehen abgewartet wird, in der Folge die Behörde bindet, wobei eine solche Bindungswirkung jedoch immer nur eine Entscheidung über eine Hauptfrage entfaltet (vgl. VwGH 27.06.2019, Ra 2019/02/0017).

Gemäß Art. 16 DSGVO hat die betroffene Person das Recht, von dem:der Verantwortlichen unverzüglich die Berichtigung sie betreffender unrichtiger personenbezogener Daten zu verlangen. Unter Berücksichtigung der Zwecke der Verarbeitung hat die betroffene Person das Recht, die Vervollständigung unvollständiger personenbezogener Daten – auch mittels einer ergänzenden Erklärung – zu verlangen.

Gegenstand des beim EuGH zu C-247/23 anhängigen Vorabentscheidungsverfahrens ist die Frage, ob Art. 16 DSGVO dahingehend auszulegen ist, dass eine Behörde den Geschlechtseintrag einer betroffenen Person in einem Register auf Antrag zu ändern hat, wenn sich diese Daten seit ihrer Eintragung in das Register geändert haben und daher unrichtig sind, sowie ob die antragstellende Person diesbezüglich verpflichtet ist, Nachweise zur Begründung ihres Berichtigungsantrags, allenfalls einen Nachweis einer geschlechtsangleichenden Operation, vorzulegen. Das Vorabentscheidungsverfahren betrifft folglich die allfällige Berichtigung eines von einer Behörde geführten Registers und das Ausmaß der die antragstellende Person treffenden Beweislast.

Im gegenständlichen, von der belangten Behörde mit dem angefochtenen Bescheid ausgesetzten Verfahren ist hingegen die Rechtsfrage zu beurteilen, ob der Geschlechtseintrag „unbekannt“ in der Datenbank eines privatwirtschaftlich tätigen Unternehmens im Fall einer Person, deren Geschlechtseintrag im Personenstandsregister „divers“ lautet, als unrichtig anzusehen ist.

Weder die Frage, ob unrichtige personenbezogene Daten bezüglich des Geschlechts einer betroffenen Person in einem von einer Behörde geführten Register auf Antrag zu ändern sind, noch die Frage des Ausmaßes der die antragstellende Person treffenden Beweislast sind im vorliegenden Verfahrens präjudiziell. Insbesondere ist nicht davon auszugehen, dass eine Entscheidung des EuGH im zitierten Vorabentscheidungsverfahren eine notwendige Grundlage für die Beantwortung der im gegenständlichen Verfahren von der belangten Behörde zu klärenden Hauptfrage, nämlich der Frage der Richtigkeit des Eintrags

„unbekannt“, ist. Aus einer Entscheidung des EuGH im zitierten Vorabentscheidungsverfahren wäre für den gegenständlichen Fall nichts zu gewinnen, da die zu beantwortende Rechtsfrage unbeantwortet bleiben würde.

In Bezug auf die von der belangten Behörde ins Treffen geführte Entscheidung des Verwaltungsgerichtshofs vom 24.02.2022, Ra 2020/04/0187, mit der ein Verfahren aufgrund eines Vorabentscheidungsverfahrens ausgesetzt wurde, ist auszuführen, dass es dabei sowohl im Verfahren vor dem VwGH als auch in dem Vorabentscheidungsverfahren um die auf Art. 83 DSGVO bezogene Rechtsfrage ging, ob ein Bußgeldverfahren unmittelbar gegen eine juristische Person geführt werden kann, oder ob es die Zurechnung zu einer natürlichen Person bedarf. In beiden Verfahren war also grundsätzlich dieselbe Rechtsfrage gegenständlich. Auch die von der belangten Behörde erwähnte Entscheidung des VwGH vom 19.09.2001, 2001/16/0439, tut im gegenständlichen Fall nichts zur Sache, da diese Entscheidung sich auf das in zwei landesrechtlichen Abgabenbestimmungen normierte sogenannte „Bereicherungsverbot“ bezog, das in beiden Bestimmungen inhaltlich im Wesentlichen gleich geregelt war. Es lag demnach eindeutig ein vergleichbarer Fall und in der Folge eine präjudizielle Vorfrage vor.

Im gegenständlichen Verfahren ist ausschließlich zu beurteilen, ob die Eintragung als „unbekannt“ iSd Art. 16 DSGVO als unrichtig anzusehen ist. In Bezug auf diese Rechtsfrage ist eine Klärung durch eine Entscheidung des EuGH im herangezogenen Vorabentscheidungsverfahren jedoch nicht zu erwarten. Sofern die belangte Behörde implizit die Ansicht vertritt bzw. die Frage aufwirft, dass/ob ein von der rechtskräftigen Entscheidung einer staatlichen Behörde oder eines Gerichts abweichender Geschlechtseintrag in der Datenbank eines privatwirtschaftlich tätigen Unternehmens als unrichtig anzusehen ist, und ob es diesem freisteht, zusätzliche oder andere Nachweise (beispielsweise – wie in Frage 3 angedeutet – den Nachweis einer geschlechtsangleichenden Operation) zu verlangen, so wäre dem entgegenzuhalten, dass diese Rechtsfrage durch Beantwortung der genannten Vorlagefragen ebenfalls nicht geklärt werden würde und allenfalls Gegenstand eines eigenen Vorabentscheidungsersuchens sein müsste.

Nach der älteren Rechtsprechung des VwGH kann es sich bei einer iSd § 38 AVG präjudiziellen Vorfrage niemals um ein theoretisches Rechtsproblem handeln, das seine Beantwortung in einem generellen Rechtssatz findet. Vielmehr kann darunter nur eine Frage verstanden werden, die ein konkretes Rechtsverhältnis zum Gegenstand hat, das für die Entscheidung in der Hauptsache ein unentbehrliches Tatbestandselement bildet. Nur eine solche, auf einen individuellen Fall zugeschnittene Frage ist einer „Entscheidung“ iSd § 69 Abs. 1 Z 3 AVG

zugänglich. Schon deshalb stellt die Frage der Auslegung oder der Rechtmäßigkeit einer anzuwendenden generellen Norm keine Vorfrage iSd § 38 AVG dar. Zwar hat der VwGH in Bezug auf die Auslegung von Unionsrecht aufgrund des Auslegungsmonopols des EuGH einen weiten Vorfragenbegriff entwickelt, er hat das Vorliegen einer Vorfrage jedoch ausdrücklich davon abhängig gemacht, dass „der Tatbestand ein Element enthält“, welches für sich allein Gegenstand der bindenden Entscheidung einer anderen Behörde ist (*Hengstschläger/Leeb*, AVG § 38 Rz 14, 17).

Im gegenständlichen Verfahren liegen nicht, wie von der belangten Behörde vorgebracht, zwei „gleich gelagerte“ bzw. „ähnliche“ Fälle vor, da die einzige Parallele zwischen den beiden Verfahren darin besteht, dass beide die Auslegung von Art. 16 DSGVO im Zusammenhang mit der Berichtigung eines Geschlechtseintrags betreffen. Davon abgesehen unterscheiden sich die beiden Verfahren jedoch grundlegend – insbesondere hinsichtlich der zu beurteilenden Rechtsfrage – voneinander, sodass das Vorliegen einer die Aussetzung rechtfertigenden Vorfrage zu verneinen ist.

Da der von der belangten Behörde angenommene Aussetzungsgrund somit nicht besteht, ist der angefochtene Bescheid ersatzlos aufzuheben.

Zu B) Unzulässigkeit der Revision:

Gemäß § 25a Abs. 1 VwGG hat das Verwaltungsgericht im Spruch seines Erkenntnisses oder Beschlusses auszusprechen, ob die Revision gemäß Art. 133 Abs. 4 B-VG zulässig ist. Der Ausspruch ist kurz zu begründen.

Die Revision ist gemäß Art. 133 Abs. 4 B-VG nicht zulässig, weil die Entscheidung nicht von der Lösung einer Rechtsfrage abhängt, der grundsätzliche Bedeutung zukommt. Weder weicht die gegenständliche Entscheidung von der bisherigen Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes ab, noch fehlt es an einer Rechtsprechung; weiters ist die vorliegende Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes auch nicht als uneinheitlich zu beurteilen. Auch liegen keine sonstigen Hinweise auf eine grundsätzliche Bedeutung der zu lösenden Rechtsfrage vor.