Votum Separatum Dr. Hans G. Zeger vom 6. November 2007
betreffend ein Bundesgesetz, mit dem das Sicherheitspolizeigesetz, das Grenzkontrollgesetz und das Polizeikooperationsgesetz geändert werden (kurz: SPG-Änderung 2007)

1. Einleitung

Das Bundesministerium für Inneres hat den Entwurf betreffend das Bundesgesetz, mit dem das Sicherheitspolizeigesetz, das Grenzkontrollgesetz und das Polizeikooperationsgesetz geändert werden, zur Begutachtung vorgelegt. Aus datenschutzrechtlicher Sicht besonders relevant sind die Bestimmungen des § 53 Abs 3 a SPG, über die Weitergabe von Telekommunikationsdaten an Sicherheitsbehörden sowie die Regelung des geplanten §58d SPG bezüglich der Zentralen Analysedatei über mit beträchtlicher Strafe bedrohte Gewaltdelikte, insbesondere sexuell motivierte Strafdaten.

Ergänzend zum Mehrheitsbeschluss des Datenschutzrates werden noch einige weitere Punkte aus Sicht des Datenschutzes als äußerst problematisch angesehen.

2. Zu § 53 Abs 3 a SPG:

Auch wenn entgegen dem ersten ausgesandten Entwurf, vorerst keine Änderung dieses Paragrafen vorgesehen ist und man erst Änderungen im Telekommunikationsgesetz (TKG), Stichwort "Vorratsdatenspeicherung" abwarten möchte, bestehen eine Reihe schwerwiegender grundrechtlicher Bedenken, die sich auch in der jetzigen vorgeschlagenen Fassung wiederfinden.

2.1. Begriffsbestimmung der „Teilnehmernummer eines bestimmten Anschlusses“

Zu kritisieren ist jedenfalls, dass die Begriffsbestimmung „Teilnehmernummer eines bestimmten Anschlusses“ aufgrund der heutzutage vorliegenden technischen Rahmenbedingungen überaus unklar und undeutlich ist und nicht vorweg ersehen werden kann, welche Begriffe der Gesetzgeber unter die genannte Begriffsbestimmung subsumieren möchte. Ausgehend von der bisherigen diesbezüglichen Auffassung des Gesetzgebers bleibt aber zu befürchten, dass auch dynamische IP-Adressen unter den genannten Begriff subsumiert werden sollen.

Der Gesetzgeber unterliegt in diesem Zusammenhang regelmäßig der Fehlvorstellung, dass jemand, der mittels IP-Adresse Stammdaten des Teilnehmers wie Name und Anschrift abfrägt bereits in Kenntnis der "Adresse" des Teilnehmers im Sinne des jeweiligen "Anschlusses" agiert, somit bei der Zuordnung dynamischer IP-Adressen keine Verarbeitung von Verkehrsdaten stattfindet. Diese Fehlauffassung geht weiters davon aus, dass anhand einer IP-Adresse ein Teilnehmeranschluss bereits individualisiert ist.

Bereits mit Empfehlung *K213.000/0005-DSK/2006 vom 29.9.2006* hat sich die Datenschutzkommission der Frage angenommen, ob ein Access-Provider dynamische IP-Adressen seiner Teilnehmer speichern darf, um im gerichtlichen Auftrag später die Stammdaten der jeweiligen Teilnehmer zu ermitteln und bekannt zu geben.

Festzuhalten ist dazu jedenfalls, dass es sich bei dynamischen IP-Adressen selbstverständlich um personenbezogene Daten im Sinne des § 4 DSG handelt, da diese

eine jeweilige Person- wenn auch unter Zwischenschaltung eines weiteren Ermittlungsschrittes- identifizierbar machen. Weiters ist festzuhalten, dass ausgehend von einer vorliegenden IP- Adresse in einem ersten Schritt zunächst festgestellt werden muss, welchem konkreten Anschluss zum jeweiligen Zeitpunkt die entsprechende IP-Adresse zugeordnet war, erst von der Kenntnis des Anschlusses weg können die betreffenden Stammdaten des Teilnehmers ermittelt werden. Die Feststellung des konkreten Anschlussteilnehmers bedarf also jedenfalls der Verarbeitung von Verkehrsdaten.

Dem Kommunikationsgeheimnis nach § 93 TKG unterliegen ausdrücklich zwar nicht die Stammdaten des jeweiligen Teilnehmers, allerdings die jeweiligen Verkehrsdaten. Eine Speicherung der jeweiligen Verkehrsdaten ist ausgehend von § 99 TKG sowie den Bestimmungen der EU-Richtlinie 2002/58/EG nur zu Verrechnungszwecken bzw. unter Einwilligung des Betroffenen zulässig. Weitergehende gesetzliche Regelungen hätten jedenfalls die verfassungs- und europarechtlichen Schranken zu beachten.

Auch in ihrer neuen Entscheidung *K121.279/0017-DSK/2007* vom 3. 10. 2007 betont die DSK nochmals ihre Auffassung, dass die Ermittlung jenes Anschlusses und seines Inhabers, der Ursprung einer Telekommunikation war ein grundrechtsnaher Sachverhalt ist. Ob Art. 10a StGG auch „äußere Gesprächsdaten“, d.h. die „Verbindungs-„ oder „Verkehrsdaten“ schützt, sei zwar strittig, doch sei festzuhalten, „dass die grundsätzliche Vertraulichkeit von Kommunikationen zwischen bestimmten Personen gegenüber Dritten sich anerkanntermaßen nicht nur auf den Inhalt, sondern auch auf die Verkehrsdaten erstreckt.

Die Auffassung, dass dynamische IP-Adressen Stammdaten sind, welche nicht dem Kommunikationsgeheimnis unterliegen, ist zusammenfassend weder aus juristischer noch technischer Sicht haltbar und wird auch nicht durch die regelmäßige Judikatur bestätigt.

Letztendlich führt die Rechtsauffassung, dynamische IP-Adressen seien als "Stammdaten" zu interpretieren zu einem erheblich schlechteren Schutzniveau des jeweiligen Benutzers bei Internetdiensten gegenüber jenem bei Telefonie, insbesondere in Hinblick auf § 149 a StPO. Einmal mehr zeigt sich anhand dieses Beispiels, dass das Aufkommen neuer Technologien seitens des Gesetzgebers leider oft dazu benutzt wird, anhand technisch und juristisch unrichtiger Argumente jene Schutzmechanismen, die bei Anwendung herkömmlicher technischer Gegebenheiten erkämpft wurden, auszuhebeln.

Zusammenfassend ist jedenfalls festzuhalten, dass der vorliegende Gesetzesentwurf hinsichtlich des geplanten § 53 Abs 3 a SPG sowohl Art. 10 a StGG als auch der RL 58/2002 und dem Kommunikationsgeheimnis nach § 93 TKG, somit auch Art. 8 EMRK, widerspricht, da es sich angesichts der möglichen Eingriffe in dynamische IP-Adressen um einen Eingriff in geschützte Verkehrsdaten und nicht nur in Stammdaten von Teilnehmern handelt.

Letztlich wird hier wieder deutlich, dass neue Technologien stets die Gefahr mit sich bringen, dass versucht wird, Schutzrechten, die über Jahrzehnte hinweg aufwendig entwickelt wurden, dort die Anwendung zu versagen, wo idente Sachverhalte mit neuer Technologie verwirklicht werden.

Der Gesetzgeber ist in diesem Zusammenhang jedenfalls- zum wiederholten Male- aufzufordern, hinsichtlich der Verwendung von Kommunikationsdaten endlich klare

Regelungen zu treffen, welche auch den aktuellen technologischen Gegebenheiten entsprechen und diese berücksichtigen.

2. 2.Unklare Zweckbindung hinsichtlich der verpflichtenden Weitergabe von Daten

Festzuhalten ist weiters, dass die geplante Bestimmung keine ausreichende Zweckbindung hinsichtlich der vorgesehenen Datenverarbeitung enthält. Die entsprechende Ermächtigung wird lediglich davon abhängig gemacht, dass die Behörde entsprechende Daten als „wesentliche Voraussetzung“ für die Erfüllung der gesetzlichen Aufgaben benötigt. Wann die Verarbeitung entsprechender Daten zur „wesentlichen Voraussetzung“ für die Erfüllung der gesetzlichen Aufgaben wird, ist dabei unklar und nicht näher definiert.

Festzuhalten ist weiters, dass das Sicherheitspolizeigesetz in den Bestimmungen der Hauptstücke 1- 4 des SPG umfangreiche Aufgaben in den Gebieten "Erste allgemeine Hilfeleistungspflicht, Aufrechterhaltung der öffentlichen Sicherheit, Aufrechterhaltung der öffentlichen Ordnung sowie Besonderer Überwachungsdienst" definiert hat.

Der Sicherheitspolizei sind somit aufgrund der gesetzlichen Ermächtigungen des SPG umfangreiche Aufgaben zugewiesen, die sich zusammenfassend gegen sämtliche Störungen der öffentlichen Ordnung bzw. öffentlichen Sicherheit richten, welche allerdings in sehr unterschiedlicher Intensität auftreten können.

Gerade aus dem Grund des überaus breiten Anwendungsraumes des SPG wäre daher eine engere Zweckbindung der vorgeschlagenen Bestimmungen des § 53 Abs 3 a SPG notwendig. Zu kritisieren ist jedenfalls, dass die in der vorgeschlagenen Bestimmung genannten Sachverhalte, wann eine entsprechende Datenverwendung vorgesehen ist, nur beispielhaft aufgeführt sind und keine abschließende Aufzählung darstellen.

Aufgrund dieser Ausgangssituation ist jedenfalls zu befürchten, dass die entsprechende Bestimmung hinkünftig von den Behörden der Sicherheitspolizei als Generalermächtigung zum Zugriff auf die aufgeführten Daten interpretiert wird- dies frei nach dem Motto „Solange ein Datenzugriff nicht ausdrücklich verboten ist, ist er erlaubt.“

Zu fordern ist daher jedenfalls, dass die entsprechende Bestimmung zur Datenverwendung klar auf einzelne Sachverhalte beschränkt wird, dies unter Bezugnahme auf die jeweiligen einzelnen Bestimmungen des SPG.

3. Zu § 53 a SPG:

Überaus problematisch erweist sich hinsichtlich der geplanten Datenverarbeitung für die Abwehr krimineller Verbindungen oder gefährlicher Angriffe die umfassende Ermächtigung zur Datenverarbeitung hinsichtlich „Kontakt- oder Begleitpersonen, die nicht nur zufällig mit Verdächtigen in Verbindung stehen“.

Festzuhalten ist, dass selbst die für die Sicherheitsbehörde unmittelbar interessante Person in der Regel nicht nachweislich eine strafbare Handlung begangen hat sondern diese vorerst nur verdächtig ist. Es ist nicht einsichtig, warum jemand, der mit einem Tatverdächtigen- warum auch immer- in Verbindung steht, dazu kommt, dass seitens der Sicherheitsbehörden umfassende Datensammlungen über seine Person angelegt

werden, welche Daten über seine berufliche Situation, die private Lebenssituation sowie die finanziellen und wirtschaftlichen Verhältnisse umfassen.

Faktisch kann eine solche Bestimmung jedenfalls als Ermächtigung zur Datenerhebung und -verarbeitung hinsichtlich jeder beliebigen Person genutzt werden. Es ist darüber hinaus nicht ersichtlich, wie die Verarbeitung der Einkommensverhältnisse und der wirtschaftlichen Situation von Personen, die mit Verdächtigen in Verbindung steht, Ermittlungsaufgaben entscheidend fördern kann.

Aufgrund des großen Missbrauchspotentials und des schwerwiegenden Eingriffs in die Persönlichkeitsrechte Betroffener ist die geplante Bestimmung aus datenschutzrechtlicher Sicht jedenfalls abzulehnen.

4.Zu § 58 d SPG

Bezüglich des vorgesehenen § 58 d SPG, welcher die zu schaffende Zentrale Analysedatei über mit beträchtlicher Strafe bedrohte Gewaltdelikte, insbesondere sexuell motivierte Strafdaten, betrifft, ist vor allem zu kritisieren, dass hier nicht nur personenbezogene Daten, welche tatsächlich im unmittelbaren Zusammenhang mit einem entsprechenden Strafdelikt stehen, zur Verarbeitung vorgesehen sind, sondern sich die entsprechende zentrale Datei auch auf den Sachverhalt des sogenannten „verdächtigen Ansprechens“ beziehen soll.

Die hierzu vorgesehene Regelung ist aus mehren Gründen überaus fragwürdig:

Einerseits ist schon aus verfassungsrechtlichen Gesichtspunkten – etwa des Gleichheitsgrundsatzes- nicht einsichtig, warum sich der entsprechend gesetzesdefinierte Tatbestand des „verdächtigen Ansprechens“ nur auf Kontaktnahmen gegenüber „Frauen, Kindern und Jugendlichen“ beziehen soll.

Es ist zwar sicherlich richtig, dass sexuelle Straftaten bzw. Gewaltdelikte gegenüber volljährigen Personen männlichen Geschlechts im Verhältnis zu Gewalt- und Sexualdelikten gegenüber Personen weiblichen Geschlechts durchaus eine Ausnahme- bzw. Randerscheinung bilden mögen.

Dennoch kommt es aber auch immer wieder – wenn auch in Einzelfällen- gegenüber Personen männlichen Geschlechts zu Straftaten mit sexuellem Hintergrund, jedenfalls aber zu Gewaltdelikten. Insoferne ist kein Rechtsgrund ersichtlich, warum solche Sachverhalte durch den Gesetzgeber vorweg ausgeklammert werden sollen- aus verfassungsrechtlicher Sicht ist eine gesetzliche Regelung zur Datenverarbeitung, welche ausschließlich (potentielle) Straftaten gegen Personen bestimmten Geschlechts berücksichtigt überaus problematisch.

Darüber hinaus ist jedenfalls prinzipiell fragwürdig, wie ein entsprechendes „verdächtiges Ansprechen, bei welchem ein sexuelles Motiv vermutet werden kann“ zu definieren ist. Der Betrachter des geplanten Gesetzesvorhabens kann zwar vermuten, in welche Richtung dieses abzielen soll, die geplante Gesetzesfassung erlaubt es aber, unter den vorgesehenen Tatbestand auch Sachverhalte zu subsumieren, in Bezug auf welche überaus fragwürdig ist, ob der Gesetzgeber tatsächlich deren Einbeziehung wünscht.

Es ist zu bedenken, dass in unserer Gesellschaft in verschiedensten Situationen- Diskotheken, Lokale, etc…-laufend Kontaktaufnahmen erfolgen, welchen wohl in so gut wie jedem Fall ein sexuelles Motiv zugrunde liegen dürfte.

Auch die Einbeziehung des zweiten Tatbestandsmerkmals einer - geplanten strafbaren Handlung - schränkt derartige Sachverhalte nur in unzureichendem Ausmaß ein. Im Gegensatz zur Bezeichnung der entsprechenden Gesetzesbestimmung erfolgt im Text der Regelung keine Einschränkung auf strafbare Handlungen nach § 17 SPG („mit beträchtlicher Strafe bedrohte, strafbare Handlungen“).

Zu bedenken ist, dass die vorgesehene Bestimmung – nach deren eigenem Wortlaut- sämtliche Delikte gegen Leib und Leben sowie gegen die sexuelle Integrität und Selbstbestimmung erfasst, somit alle Delikte des 1. sowie 10. Teils des 2. Abschnitts des StgGB. Unter die entsprechenden Straftatbestände fallen somit nicht nur Delikte wie Vergewaltigungen bzw. schwere Eingriffe in die körperliche Integrität, sondern auch einfache „sexuelle Belästigungen“ nach § 218 StGB.

Wer das Umfeld und die Stimmung in bestimmten Lokalitäten kennt, wird anbetrachts der entsprechenden Bestimmung ersehen können, dass diese in der nunmehr vorgesehenen Form die Sicherheitsbehörden zur massenweisen Datenverarbeitung ermächtigt, dies auch in Bezug auf Umstände, die nicht in Verbindung mit klassischen Sexualstraftaten - zumindest nicht mit mit beträchtlicher Strafe bedrohten Gewaltdelikten, insbesondere sexuell motivierte Straftaten - stehen.

Aufgrund der vorgesehenen Bestimmung ist es jedenfalls auch nicht völlig ausgeschlossen, dass künftig möglicherweise schon ein harmloser Flirt ausreichen könnte, um zu einer entsprechenden Datenverarbeitung zu führen.

Ein Gesetzgeber, der offensichtlich glaubt, sexuelle Straftaten präventiv bekämpfen zu können, indem er – in einer liberalen und westlichen Gesellschaft nur normale und harmlose- Kontaktaufnahmen – kontrolliert und mit einer zentralen Datenverarbeitung sanktioniert, wird vorab zum Scheitern verurteilt sein.

Abschließend bleibt festzuhalten, dass diese Ausführungen nicht das Ziel verfolgen, sexuelle Belästigungen bzw. sexuelle Gewalt in irgendeiner Form zu rechtfertigen.

Es ist aber überaus fragwürdig, ob eine Bestimmung, die Datenverarbeitungen in Situationen vorsieht, die mit klassischen Sexualstraftaten keineswegs in unmittelbarer Verbindung stehen, der Realität gerecht wird- dies vor allem auch in Anbetracht der Tatsache, dass der Großteil von Sexualstraftaten im familiären Umkreis bzw. Bekanntenkreis begangen wird.