

Dr. Stephan Briem

Rechtsanwalt

Mondscheingasse 11/22, A-1070 Wien
Tel.: + 43 (1) 990 15 45
Fax: + 43 (1) 990 15 45
E-Mail: office@sbriem.at
Web: www.sbriem.at
ADVM-Code: R134702

Via E-Mail

An das
Bundesministerium für Verkehr,
Innovation und Technologie
Abt. III/PT2

jd@bmvit.gv.at; begutachtungsverfahren@parlinkom.gv.at

Wien, am 17. Februar 2010

BMVIT-630.333/0001-III/PT2/2009**Stellungnahme zum Entwurf einer Novelle des Telekommunikationsgesetz 2003, mit der die Richtlinie 2006/24/EG über die Vorratsdatenspeicherung umgesetzt werden soll**

Sehr geehrte Damen und Herren,

Nachfolgend erlaube ich mir, Ihnen meine Stellungnahme zu diesem Gesetzesentwurf zu übermitteln:

A. Grundsätzliches

Die Erläuternden Bemerkungen zum Gesetzesentwurf halten fest, daß der Entwurf das Ziel verfolgt, die Ermittlung und Verfolgung schwerer Straftaten mittels auf Vorrat gespeicherter personenbezogener Daten zu erreichen und über legislative Vorkehrungen sicherzustellen, daß die mit der Vorratsdatenspeicherung verbundenen Grundrechtseingriffe so gering wie möglich – und damit verhältnismäßig zum verfolgten Zweck – ausfallen.

Dieses Ziel wird mit dem vorliegenden Entwurf nicht erreicht. Der Entwurf überschreitet bei weitem das für die richtlinienkonforme Umsetzung erforderliche Ausmaß des Grundrechtseingriffs. So unterläßt es der Entwurf, einen Katalog von Straftaten aufzuzählen, für deren Ermittlung, Feststellung und Verfolgung die Speicherung und Verarbeitung von Verkehrsdaten erlaubt werden soll, sondern spricht vielmehr vom Zweck der Ermittlung, Feststellung und Verfolgung „schwerer Straftaten“, ohne diese näher zu definieren. Weiters sieht der Entwurf in § 99 Abs 5 Z 2 (noch dazu als geplante Verfassungsbestimmung) eine nahezu unbeschränktes und somit unverhältnismäßiges und grundrechtswidriges Auskunftsrecht für Sicherheitsbehörden vor.

In Verkennung der Intentionen der Vorratsdatenspeicherungsrichtlinie ist es offensichtlich Ziel des Entwurfs, eine Verwendung der auf Vorrat gespeicherten Daten zu anderen

Raiffeisenlandesbank NÖ/Wien,
Konto-Nr. 10.261.907, BLZ: 32000
UID-Nr. ATU 649 276 09

Zwecken, etwa der Zivilrechtspflege, zu verhindern (Art 99 Abs 1 des Entwurfs). Diese Vorgehensweise steht nicht nur in offenem Widerspruch zu Erwägungsgrund 12¹ der Vorratsdatenspeicherungsrichtlinie 2006/24/EG, sondern würde – sollte der Entwurf so umgesetzt werden – auch eine Verletzung gemeinschafts- und völkerrechtlicher Verpflichtungen Österreichs darstellen.

Von der Problematik der richtlinienkonformen Umsetzung abgesehen ist festzuhalten, daß eine Verpflichtung zur Speicherung jeglicher Kommunikationsdaten sämtlicher Bürger eines Staates (mit Ausnahme der Inhaltsdaten) unverhältnismäßig ist und gegen das Recht auf Achtung des Privat- und Familienlebens gem Art 8 EMRK und das Recht auf Freiheit der Meinungsäußerung gem Art 10 EMRK und somit auch gegen die Grundprinzipien des Gemeinschaftsrechts verstößt und rechtswidrig ist. Auch wenn Kautelen gegen die rechtswidrige Benützung dieser Daten in der Richtlinie vorgeschrieben werden, darf doch nicht übersehen werden, daß bereits das Bewußtsein, daß sämtliche Kommunikationsdaten aller Bürger eines Staates gespeichert werden, dazu führen würde, daß eine große Anzahl von Mitbürgern dieses Recht der freien Meinungsäußerung in Hinkunft nicht mehr nutzen werden, um vermeintlichen oder tatsächlichen Nachteilen zu entgehen. Dies würde über kurz oder lang zum Ende eines demokratischen, freien Rechtsstaates führen und in einen Überwachungs- und Polizeistaat münden.

Es sollte daher überlegt werden, die Vorratsdatenspeicherungsrichtlinie nicht umzusetzen und im Vertragsverletzungsverfahren sämtliche Argumente, die gegen die Rechtmäßigkeit dieser unverhältnismäßigen Richtlinie sprechen, vorzubringen und vom EuGH bewerten zu lassen.

B. Zu den vorgeschlagenen Bestimmungen im Einzelnen

1. Strafrechtspflege

Der Entwurf sieht in § 102a und § 102b vor, daß die Speicherung und Auskunft über Vorratsdaten ausschließlich zum Zweck der Ermittlung, Feststellung und Verfolgung „schwererer Straftaten“ dienen soll. Der Begriff der „schweren Straftat“ ist der österreichischen Rechtsterminologie unbekannt und daher ein unbestimmter Gesetzesbegriff. Der Entwurf verstößt somit gegen das in Art 18 B-VG normierte Legalitätsprinzip und ist schon aus diesem Grund in der vorgeschlagenen Fassung verfassungswidrig.

Die österreichische Rechtsterminologie kennt nur den Begriff der „mit beträchtlicher Strafe bedrohten Handlung“ gem § 17 SPG (gerichtlich strafbare Handlung, die mit mehr als einjähriger Freiheitsstrafe bedroht ist) und die in § 17 StGB enthaltene Unterscheidung in „Vergehen“ (gerichtlich strafbare Handlung, die mit einer drei Jahre nicht

¹ „Artikel 15 Abs 1 der Richtlinie 2002/58/EG gilt weiterhin für Daten, einschließlich Daten in Zusammenhang mit erfolglosen Anrufversuchen, deren Vorratsdatenspeicherung nach der vorliegenden Richtlinie nicht ausdrücklich vorgeschrieben ist und die daher nicht in den Anwendungsbereich der vorliegenden Richtlinie fallen, und für die Vorratsdatenspeicherung zu anderen – einschließlich justiziellen – Zwecken als denjenigen, die durch die vorliegende Richtlinie abgedeckt werden.“

überschreitenden Freiheitsstrafe bedroht sind) und „Verbrechen“ (vorsätzliche Handlungen, die mit mehr als dreijähriger Freiheitsstrafe bedroht sind).

Aus dem Gebot der Verhältnismäßigkeit und Bestimmtheit von Grundrechtseingriffen ergibt sich, daß, außer für bestimmte Fälle der Zivilrechtspflege, eine Vorratsdatenspeicherung nur für die Ermittlung, Feststellung und Verfolgung bestimmter Verbrechen, die mit den Zielen der Bekämpfung des Terrorismus und der organisierten Kriminalität in Zusammenhang stehen, zulässig ist. Diese sollten im Gesetz im Einzelnen angeführt werden.

Die Auskunft über Verkehrsdaten zu sicherheitspolizeilichen Zwecken in § 99 Abs 5 Z 2 des Entwurf (vorgeschlagen als Verfassungsbestimmung) ist deutlich zu weit gefaßt. Sie entspricht daher nicht dem Verhältnismäßigkeitsprinzip und stellt somit einen verfassungswidrigen Eingriff in das Grundrecht auf Achtung des Privat- und Familienlebens gem Art 8 EMRK und das Recht auf Freiheit der Meinungsäußerung gem Art 10 EMRK dar. Die Auskunft über Verkehrsdaten zu sicherheitspolizeilichen Zwecken sollte auf die Zwecke der Bekämpfung des Terrorismus und der organisierten Kriminalität eingeschränkt werden und nur aufgrund einer richterlichen Bewilligung (wie bisher: § 137 Abs 1 StPO) erfolgen dürfen.

2. Zivilrechtspflege

Der Entwurf geht fälschlicherweise davon aus, daß die Speicherung von Daten auf Vorrat ausschließlich für Zwecke der Strafrechtspflege und für sicherheitspolizeiliche Maßnahmen zulässig ist. Der Entwurf schlägt daher in § 99 Abs 1 vor, daß „außer in den in diesem Gesetz geregelten Fällen“ Verkehrsdaten weder gespeichert noch verwendet werden dürfen. Dies widerspricht nicht nur der in den Erwägungsgründen 12 und 13 genannten Intention der Vorratsdatenspeicherungsrichtlinie sondern würde auch einen gravierenden Verstoß gegen geltendes Gemeinschafts- und Völkerrecht darstellen. Die im Entwurf vorgeschlagene Regelung würde eine stillschweigende Aufhebung des in § 87b Abs 3 UrhG normierten Auskunftsanspruchs bedeuten.

Gem § 87b Abs 3 UrhG hat ein Vermittler dem Verletzten auf dessen schriftliches und ausreichend begründetes Verlangen Auskunft über die Identität des Verletzers (Name und Anschrift) beziehungsweise die zur Feststellung des Verletzers erforderlichen Auskünfte zu geben. Die Verpflichtung zur Einführung dieses Auskunftsanspruchs resultiert aus Art 8 Abs 3 der Richtlinie 2001/29/EG zur Harmonisierung bestimmter Aspekte des Urheberrechts in der Informationsgesellschaft und Art 8 der Richtlinie 2004/48/EG zur Durchsetzung der Rechte des geistigen Eigentums, zu deren Umsetzung die Republik Österreich verpflichtet ist. Wenn nun der Entwurf in § 99 Abs 1 eine Verarbeitung von Verkehrsdaten „außer den in diesem Gesetz geregelten Fällen“ untersagt und keine gesonderte Bestimmung einführt, die eine Speicherung und Verarbeitung zum Zweck der Auskunft über die Identität eines Verletzers von Urheberrechten vorsieht, so würde dies einen Verstoß gegen die Verpflichtung aus Art 8 Abs 3 der Richtlinie 2001/29 und Art 8 der Richtlinie 2004/48/EG sowie eine Verletzung des Grundrechts auf Eigentums gem

Art 5 StGG und Art 1 des 1. ZP zur EMRK bedeuten². Die Formulierung in § 99 Abs 1 des Entwurfs wäre somit verfassungswidrig.

Der EuGH hat in seinen Entscheidungen RS C-275/06 – Promusicae³ und RS C-557/07 – LSG/Tele⁴ eindeutig festgehalten, daß die Richtlinie 2002/58 (Datenschutzrichtlinie für elektronische Kommunikation) die Mitgliedstaaten nicht daran hindert, eine Verpflichtung zur Weitergabe personenbezogener Verkehrsdaten an private Dritte zum Zweck der zivilgerichtlichen Verfolgung von Urheberrechtsverstößen zu normieren. Auch der OGH hat im Urteil vom 14.07.2009⁵, 4 Ob 41/09x, ausdrücklich festgehalten, daß die Mitgliedstaaten unabhängig von der Regelung über die Vorratsdatenspeicherung gemeinschaftsrechtlich nicht daran gehindert sind, die Speicherung und Verarbeitung von Verkehrsdaten für die Erteilung von Auskünften über nähere Umstände von Urheberrechtsverletzungen zu erlauben. Das Weiterbestehen der allgemeinen Ausnahmeklausel des Art 15 Abs 1 der RL 2002/58/EG (Datenschutzrichtlinie für elektronische Kommunikation) zeige, daß der Gemeinschaftsgesetzgeber die Vorratsdatenspeicherung nicht auf Fälle der RL 2006/24/EG (Vorratsdatenspeicherung) beschränken wollte.

In Erwägungsgrund 12 der Vorratsdatenspeicherungsrichtlinie heißt es: „Artikel 15 Abs 1 der Richtlinie 2002/58/EG gilt weiterhin für Daten, einschließlich Daten in Zusammenhang mit erfolglosen Anrufversuchen, deren Vorratsdatenspeicherung nach der vorliegenden Richtlinie nicht ausdrücklich vorgeschrieben ist und die daher nicht in den Anwendungsbereich der vorliegenden Richtlinie fallen, und für die Vorratsdatenspeicherung zu anderen – einschließlich justiziellen – Zwecken als denjenigen, die durch die vorliegende Richtlinie abgedeckt werden.“ Der Erwägungsgrund 13 ergänzt: „Die Vorratsdatenspeicherung von Daten sollte so erfolgen, daß vermieden wird, daß Daten mehr als einmal auf Vorrat gespeichert werden“.

Dem § 99 TKG sollte also ein Absatz 6 angefügt werden: „Anbieter von Internet-Zugangsdiensten haben jene Verkehrsdaten, die notwendig sind, um Stammdaten eines Teilnehmers festzustellen, dem eine öffentliche IP-Adresse zu einem bestimmten Zeitpunkt unter Angabe der zugrundeliegenden Zeitzone zugewiesen war, zum Zweck der Ermittlung, Feststellung und Verfolgung von Verletzungen geistigen Eigentums, die mit Hilfe von Internetzugängen erfolgen, ab dem Zeitpunkt ihres Entstehens bis sechs Mo-

² Das Grundrecht auf Achtung der Privatsphäre und des Familienlebens gem Art 8 Abs 1 EMRK kann dem nicht entgegengehalten werden, da dieses nicht schrankenlos ist, sondern vielmehr gem Art 8 Abs 2 EMRK Eingriffe erlaubt (und geboten) sind, soweit sie zum Schutz der Rechte und Freiheiten anderer notwendig sind. Das Grundrecht auf Datenschutz gem § 1 Abs 1 DSGVO unterliegt ebenso gem § 1 Abs 2 DSGVO gesetzlichen Einschränkungen, soweit diese aus den in Art 8 Abs 2 EMRK genannten Gründen notwendig sind. Die Richtlinie 95/46/EG zum Schutz natürlicher Personen bei der Verarbeitung von personenbezogenen Daten erlaubt in Art 13 Abs 1 lit g ebenso Einschränkungen, sofern diese zum Schutz der Rechte und Freiheiten anderer Personen notwendig sind.

³ Erwägungsgrund 54.

⁴ Erwägungsgrund 29.

⁵ Begründung 5.5.1.

nate nach Beendigung der Kommunikation zu speichern. Die Verarbeitung dieser Verkehrsdaten ist ausschließlich zum Zweck der Auskunft von Stammdaten auf der Grundlage einer im Urheberrechtsgesetz normierten Auskunftsbestimmung (eventuell: einer gerichtlichen Anordnung) zulässig. Auf Auskünfte nach diesem Absatz ist eine gemäß § 94 Abs 2 erlassene Verordnung zur Kostenerstattung anzuwenden.“

Der Änderung der bisherigen Fassung von § 99 Abs 1 TKG 2003: „Verkehrsdaten dürfen außer in den gesetzlich geregelten Fällen nicht gespeichert werden und sind vom Betreiber nach Beendigung der Verbindung unverzüglich zu löschen oder zu anonymisieren.“ wird ausdrücklich widersprochen. § 99 Abs 1 TKG 2003 enthält einen allgemeinen Gesetzesvorbehalt. Eine Speicherung von Verkehrsdaten allein aufgrund einer Verordnung wäre somit rechtswidrig. Aber ebenso rechtswidrig wäre es, würde sich das Bundesministerium für Verkehr, Innovation und Technologie das Recht anmaßen, für sämtliche Rechtsmaterien zuständig zu sein, die eine Auskunft von Verkehrsdaten erforderlich machen (Medienrecht, Urheberrechte, etc.).

3. Rechtsbehelfe, Haftung und Sanktionen

Die Vorratsdatenspeicherungsrichtlinie normiert in Art 13 Abs 1, daß jeder Mitgliedstaat die erforderlichen Maßnahmen ergreift, um sicherzustellen, daß die einzelstaatlichen Maßnahmen zur Umsetzung von Kapitel III der Richtlinie 95/46/EG über Rechtsbehelfe, Haftung und Sanktionen im Hinblick auf die Datenverarbeitung gemäß der vorliegenden Richtlinie in vollem Umsatz umgesetzt werden. Art 22 der Richtlinie 95/46/EG zum Schutz natürlicher Personen bei der Verarbeitung von personenbezogenen Daten verlangt, daß die Mitgliedstaaten vorsehen, daß jede Person bei der Verletzung der Rechte, die ihr durch die betreffende Verarbeitung geltenden einzelstaatlichen Rechtsvorschriften garantiert sind, bei Gericht einen Rechtsbehelf einlegen kann.

Um dieser gemeinschaftsrechtlichen Anforderung gerecht zu werden und im Sinne einer effektiven (nachträglichen) Kontrolle der Verwaltung in der Umsetzung der Befugnisse aus der Vorratsdatenspeicherung sollte nicht bloß protokolliert werden, wer im Unternehmen des Anbieters auf Vorratsdaten zugegriffen hat (Art 102c Abs 2 Z 6 des Entwurfs) sondern insbesondere auch wer, dh. welche natürliche Person, die Vorratsdaten angefordert hat. Nur so kann eine wirksame Kontrolle eines etwaigen Mißbrauchs der Befugnisse aus der Vorratsdatenspeicherung sichergestellt und gewährleistet werden, daß ein Rechtsbehelf gegen einen Mißbrauch wirksam ergriffen werden kann.

Die Vorratsdatenspeicherungsrichtlinie normiert in Art 13 Abs 2 die Verpflichtung jedes Mitgliedstaats, Maßnahmen zu ergreifen, um sicherzustellen, daß der rechtswidrige Zugang zu oder die rechtswidrige Übermittlung von auf Vorrat gespeicherten Daten mit Sanktionen, einschließlich verwaltungsrechtlicher und strafrechtlicher Sanktionen, belegt wird, die wirksam, verhältnismäßig und abschreckend sind.

Die § 118a StGB (Widerrechtlicher Zugriff auf ein Computersystem) und § 119a StGB (Mißbräuchliches Abfragen von Daten), § 126a StGB (Datenbeschädigung), § 126b StGB (Störung der Funktionsfähigkeit eines Computersystems) und § 126c StGB (Mißbrauch von Computersystemen und Zugangsdaten) entsprechen diesem Erfordernis

nicht. Eine maximale Strafdrohung von sechs Monaten Freiheitsstrafe oder Geldstrafe bis zu 360 Tagessätzen ist weder als wirksam noch als abschreckend zu bezeichnen. Wenn man bedenkt, daß die Vorratsdatenspeicherung, in der allumfassenden Form in der sie im Entwurf vorgeschlagen wird, es ermöglicht, detaillierteste Persönlichkeitsprofile mit einer Unzahl von sensiblen Daten zu erstellen und somit eine rechtswidrige Verwendung dieser Daten durchaus geeignet sein kann, das berufliche oder private Leben eines Individuums zu zerstören, ist die genannte Strafdrohung als völlig unzureichend zu bezeichnen. Auch, daß der Täter nur mit Ermächtigung des Verletzten zu verfolgen ist (§§ 118a und 119a StGB) ist geeignet, eine wirksame Verfolgung dieser Straftaten zu verhindern, zumal der in seinen Rechten Verletzte von der rechtswidrigen Auskünften über seine persönlichen Daten in aller Regel nichts erfahren wird.

Hinzu kommt, daß infolge der Einschränkung in § 90 Abs 7 des Entwurfs („soweit dies ohne Verarbeitung von Verkehrsdaten möglich ist“) in Verbindung mit § 99 Abs 5 des Entwurfs nicht einmal die Staatsanwaltschaft eine Auskunft über diesbezügliche Daten einer Nachrichtenübermittlung und den Abfragenden (§ 134 StPO) verlangen könnte, da diese gem § 135 Abs 2 Z 2 StPO nur zulässig ist, wenn zu erwarten ist, daß dadurch die Aufklärung einer vorsätzlich begangenen Straftat, die mit einer Freiheitsstrafe von mehr als sechs Monaten bedroht ist, gefördert werden kann.

4. Aussageverweigerungsrechte und berufliche Verschwiegenheitspflicht

Die in § 157 Abs 1 Z 2 (Rechtsanwälte, Patentanwälte, Notare, Wirtschaftstreuhänder) und Z 3 StPO (Fachärzte für Psychiatrie, Psychotherapeuten, Psychologen, Bewährungshelfer, Mediatoren, Mitarbeiter der psychosozialen Beratung) genannten Angehörigen bestimmter Berufsgruppen unterliegen einer besonderen beruflichen Verschwiegenheitspflicht, die mit dem besonderen Vertrauen, das diesen Personen von ihren Mandanten entgegengebracht wird, korrespondiert. Gem § 157 Abs 2 StPO darf das Aussageverweigerungsrecht der in § 157 Abs 1 Z 2 bis 5 genannten Personen bei sonstiger Nichtigkeit nicht umgangen werden, insbesondere auch nicht durch die Sicherstellung von auf Datenträgern gespeicherten Informationen⁶.

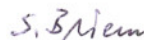
Eine Vorratsdatenspeicherung von Kommunikationsvorgängen mit den Angehörigen dieser Berufsgruppen würde nahezu unvermeidlich zu Daten führen, die Aufschluß über den Inhalt der Kommunikation geben. Derartige Daten dürfen jedoch nach Art 5 Abs 2 der Vorratsdatenspeicherungsrichtlinie nicht gespeichert werden.⁷ Auch in diesem Punkt geht also der Entwurf deutlich über das von der Vorratsdatenspeicherungsrichtlinie geforderte Ausmaß hinaus und beinhaltet eine nicht zu unterschätzende Tendenz, die Grundlage für einen Polizei- und Überwachungsstaat mit nahezu unbeschränkten Befugnissen der Sicherheitspolizei zu legen.

⁶ Außer der Angehörige der betreffenden Berufsgruppe ist gem § 144 Abs 3 StPO selbst der untersuchten Tat dringend verdächtig und es liegt eine Ermächtigung des Rechtsschutzbeauftragten vor.

⁷ Art 5 Abs 2 der Vorratsdatenspeicherungsrichtlinie lautet: „Nach dieser Richtlinie dürfen keinerlei Daten, die Aufschluß über den Inhalt einer Kommunikation geben, auf Vorrat gespeichert werden.“

Es ist zu hoffen, daß in der parlamentarischen Bearbeitung der Entwurfs den grundrechtlichen Bedenken und den Erfordernissen der Zivilrechtspflege Rechnung getragen und eine Balance zwischen dem Recht auf persönliche Freiheit und dem Bedürfnis nach individueller Sicherheit gefunden wird.⁸

Mit freundlichen Grüßen



Dr. Stephan Briem

⁸ „Wer die Freiheit aufgibt, um Sicherheit zu gewinnen, der wird am Ende beides verlieren.“ (Benjamin Franklin), zitiert nach Ilija Trojanow/Juli Zeh, *Angriff auf die Freiheit* (2009).