

Mariahilfer Straße 37-39, 5. OG
1060 Wien

Datum: 21. Mai 2007

Bearbeiter: Mag. Ute Rabussay
Sekretariat: Claudia Pohl

Tel.: 01/588 39 DW 30

Fax: 01/586 69 71

E-Mail: rabussay@vat.at

DVR 0043257

ZVR 271669473

An das Bundesministerium für Verkehr, Innovation und Transport
Sektion III, Abteilung PT 2,
Ghegastrasse 1
1030 Wien

jd@bmvit.gv.at

GZ BMVIT-630.333/0001-III/PT2/2007

VAT-Position zur Novelle des Telekommunikationsgesetz 2003 (Umsetzung der RL 2006/24/EG - Vorratsdatenspeicherung)

Sehr geehrte Damen und Herren!

Der Verband Alternativer Telekom-Netzbetreiber (VAT) nimmt zum Entwurf einer Novelle des Telekommunikationsgesetz 2003 (Umsetzung der RL 2006/24/EG – Vorratsdatenspeicherung; GZ BMVIT-630.333/0001-III/PT2/2007) wie folgt Stellung:

Der VAT unterstützt eine sinnvolle Bekämpfung der grenzüberschreitenden organisierten Kriminalität und des Terrorismus in Form von sachgerechten Lösungen. Folgende Grundsätze müssen hierbei jedoch eingehalten werden:

- ein angemessenes Kosten-Nutzen-Verhältnis (Abwägung zwischen den Belastungen für die betroffenen Unternehmen und dem erzielbaren Nutzen für die Allgemeinheit) unter der Beachtung der technischen und wirtschaftlichen Machbarkeit der Datenspeicherung
- voller Kostenersatz für die betroffenen Unternehmen durch den Staat
- geringstmöglicher Eingriff in die Grundrechte der Bürger, Wahrung des Datenschutzes und des Kommunikationsgeheimnisses,
- Wahrung des Vertrauens der Bürger in die Sicherheit von Telekommunikationsleistungen und die Sicherheit der Privatsphäre
- Beachtung des Grundsatzes der Verhältnismäßigkeit

1. Keine Regelungen für Internet-Daten bis zum 15.03.2009.

Die Republik Österreich hat eine Erklärung abgegeben, die Anwendung der Richtlinie zur Speicherung von Daten aus Internet und Internet-Telefonie gemäß Art 15 Abs 3 RL bis zum 15.3.2009 aufzuschieben. Bis zu diesem Zeitpunkt sollen aus Gründen der Rechtssicherheit keinerlei Regelungen hinsichtlich Internet-Daten im TKG enthalten sein, um die technischen

und wirtschaftlichen Folgen einer Speicherung dieser Daten evaluieren zu können und eine verhältnismäßige Implementierung zu ermöglichen.

- In § 92 Abs 3 Z 2a wird unter die Definition von Telefondienst auch E-Mail subsumiert. Der VAT fordert die Streichung dieser Definition, da sie im Bezug auf E-Mail zu Widersprüchen führt und im übrigen die allgemeine Definition des Telefondiensts ausreichend ist.
- Die Definition der Benutzerkennung in § 92 Abs 3 Z 2b ist unklar. Es handelt sich dabei wohl im wesentlichen um eine Kundennummer, die als Stammdatum sowieso gespeichert wird. Daher ist auch diese Definition entbehrlich und kann gestrichen werden.
- Die erläuternden Bemerkungen begründen die Einführung eines Teils der Maßnahmen im Zusammenhang mit dem Internet mit der vorliegenden Novelle damit, dass Rechtssicherheit im Zusammenhang mit der Beauskunftung von IP-Adressen durch Internet Service Provider geschaffen würde. Der VAT widerspricht dieser Ansicht aus folgenden Gründen:

Einerseits würde es zu diesem Zweck jedenfalls ausreichen, diejenigen Daten gemäß § 92 Abs 4a lit a sublit bb zu speichern, die den Internetzugang betreffen. Daher wäre die Wortfolge „Internet-E-Mail und Internet-Zugang“ zu streichen, da die relevanten Daten zur Beauskunftung einer IP-Adresse nur beim Zugangs-(Access-)Provider vorhanden sind.

Andererseits ist die Rechtsnatur die IP-Adresse durch den vorliegenden Entwurf keineswegs geklärt. Es müsste zu diesem Zweck ausdrücklich klargelegt werden, dass es sich bei der IP-Adresse um ein Verkehrsdatum im Sinne des § 92 Abs 4 handelt und dass diese sowie ihre Verknüpfung mit den Stammdaten (insbesondere über den Zeitpunkt der Zuordnung der IP-Adresse zu einem bestimmten Endgerät) daher nur (als Ausnahme zu § 99) im Rahmen der Data Retention gespeichert und gemäß § 149a StPO iVm § 102a TKG 2003 in der Fassung des Entwurfs an das Strafgericht beauskunftet werden darf.

Der VAT spricht sich daher für eine Änderung der Bestimmungen aus.

2. Grundsätze der Datenspeicherung

Der VAT begrüßt, dass die österreichische Umsetzung der Data Retention Richtlinie die niedrigstmögliche Speicherdauer von 6 Monaten vorsieht. Um Unklarheiten zu vermeiden, ist klarzustellen, dass die Daten 6 Monate ab dem Zeitpunkt der Beendigung der Verbindung gespeichert werden müssen.

Problematisch ist die im Entwurf vorgesehene Neufassung des Begriffs „Stammdaten“. Diese ist aus Sicht des VAT nicht notwendig, da die bisherige Fassung mit der Data Retention Richtlinie im Einklang steht. Gänzlich abzulehnen ist die vorgesehene Vermischung von Stamm- und Vorratsdaten (Verweis auf Daten gemäß Z 4a lit a in § 92 Abs 3 Z 3), da sie zu Unklarheiten führt. Da Vorratsdaten nach 6 Monaten zu löschen sind, wären im Ergebnis auch die Stammdaten (die dann per definitionem auch Vorratsdaten wären) gemäß § 102a Abs. 1 TKG ebenfalls binnen 6 Monaten zu löschen. Weiters würde die im Gesetzesentwurf vorgeschlagenen Formulierung den Zugriff auf bestimmte Arten von Vorratsdaten ohne die Voraussetzungen des § 149a StPO iVm § 102a TKG 2003 in der Fassung des Entwurfs erlauben, was jedenfalls vermieden werden muss.

Erwägungsgrund 13 RL 2006/24/EG lautet: „... Diese Richtlinie bezieht sich nur auf Daten, die als Folge einer Kommunikation oder eines Kommunikationsdienstes erzeugt oder verarbeitet werden; sie bezieht sich nicht auf Daten, die Inhalt der übermittelten Information sind. Die Vorratsspeicherung von Daten soll so erfolgen, dass vermieden wird, dass Daten mehr als einmal auf Vorrat gespeichert werden. Daten, die im Zuge der Bereitstellung des entsprechenden Kommunikationsdienstes erzeugt oder verarbeitet wurden, beziehen sich auf Daten, die zugänglich sind. Insbesondere bei der Vorratsspeicherung von Daten im Zusammenhang mit Internet-E-mail und Internet-Telefonie kann die Verpflichtung zu Vorratsspeicherung nur für Daten aus den eigenen Diensten des Anbieter oder Netzbetreiber gelten.“

Die Datenspeicherung soll daher unter Beachtung folgender Grundsätze erfolgen:

1. Vermeidung von Doppelspeicherung;
2. Vorratsspeicherung nur für Daten aus eigenen Diensten;
3. keine Speicherung von Daten, die als Folge einer Kommunikation oder eines Kommunikationsdienstes erzeugt oder verarbeitet werden

Diese Grundsätze sollen im Gesetzestext ausdrücklich genannt und verankert werden.

3. Kostenersatz für Investitions- und Betriebskosten

Eine sinnvolle Verbrechensbekämpfung liegt im Interesse der Allgemeinheit und darf nicht auf Kosten der Betreiber erfolgen. Hoheitliche Aufgaben, die der Gewährleistung der öffentlichen Sicherheit dienen sollen von der öffentlichen Hand zur Gänze finanziert werden. Sämtliche Kosten, die im Zusammenhang mit der Vorratsdatenspeicherung entstehen, sind daher zu Gänze von der Republik Österreich zu tragen.

Im Vorblatt zum Gesetzesentwurf wird festgehalten, dass die vorgesehene Speicherverpflichtung „ausschließlich Daten betrifft, die bereits derzeit für Verrechnungszwecke gespeichert werden.“ Dies ist weitgehend unzutreffend: Tatsächlich müssten Daten gespeichert werden, die derzeit noch nicht gespeichert werden. Weiters fallen Investitionskosten, etwa für sichere Systeme bzw. Schnittstellen an. Die Höhe dieser Kosten ist nicht abschätzbar.

- Darüber hinaus sieht das Gesetz Verpflichtungen vor, die die Kosten der Vorratsdatenspeicherung unnötigerweise erhöhen. Die Protokollierung von Zugriffen und Übermittlungen durch Betreiber gemäß § 102a Abs 4 sowie die Auskunftspflichten gemäß § 102b sind nicht notwendig, da diese Informationen auch bei den Gerichten vorhanden sind. Den Betreibern würde ein ungerechtfertigter und erheblicher Zusatzaufwand entstehen. Daher sollten diese Auskunftspflichten gestrichen werden.
- § 102 Abs 3 gibt lediglich Art 7 lit a-c wieder. Inhaltlich ist die Regelung unklar und der allfällige Implementierungsaufwand nicht abschätzbar. Aus Sicht des VAT sind in § 14 DSGVO 2000 schon ausreichende Maßnahmen im Zusammenhang mit Datenschutz und Datensicherheit vorgesehen, sodass § 102 Abs 3 entfallen sollte.
- Bei der Vorratsdatenspeicherung handelt es sich um eine Maßnahme, die ausschließlich der Strafverfolgung, also zur Erfüllung einer staatlichen Aufgabe dient. Die zu speichernden Daten haben für die Betreiber *keinerlei wirtschaftlichen Wert*. Den

Betreibern sind daher sowohl die *laufenden als auch die Einrichtungskosten* der Speicherung und Bereitstellung der Daten zeitnahe mit der technischen Umsetzung *zu ersetzen*. Der Ersatz der Investitionskosten könnte auch in Form einer steuerlichen Absetzbarkeit der Investitionen ausgestaltet werden.

- In diesem Zusammenhang sei auch auf das Erkenntnis des VfGH vom 27.2.2003 (G 37/02 ua) verwiesen, nach welchem die Republik zur Kostenabgeltung an Betreiber hinsichtlich der Telekommunikationsüberwachung verpflichtet ist.

Eine Kostentragung durch die Kommunikationsbetreiber würde insgesamt zu einer Kostenexplosion bei der Mobil- und Festnetzkommunikation sowie bei Internetdiensten führen. Diese Kosten hätte jedoch letztendlich der Nutzer der Kommunikationsdienste zu tragen, während die staatliche Aufgabe der Verbrechensbekämpfung der Allgemeinheit dient. Eine Verteuerung dieser Technologien würde Arbeitsplätze in bestehenden Betrieben gefährden und für neue Betriebe den Technologiestandort jedenfalls nachhaltig unattraktiv machen.

Bei der derzeit in Österreich geltenden Regelung der Telefonie-Überwachung gibt es trotz des Erkenntnisses des VfGH vom 27.2.2003 (G 37/02 u.a.), dass hinsichtlich der von den Netzbetreibern getätigten Investitionen eine Kostenabgeltung seitens der Republik Österreich zu erfolgen hat, keinen solchen Ersatz. Die gesetzliche Regelung in § 89 Abs. 1 TKG 1997, wonach die Netzbetreiber diese Kosten zu tragen hätten, wurde seitens des VfGH mit diesem Erkenntnis im Hinblick auf den Verhältnismäßigkeitsgrundsatz als verfassungswidrig aufgehoben. Dem Gesetzgeber wurde aufgetragen, binnen eines Jahres eine angemessene Ersatzregelung zu treffen. Diese Ersatzregelung ist bis dato noch immer nicht getroffen worden. Die Kosten der Investitionen in die Überwachungseinrichtungen werden mangels Ersatzregelung derzeit noch immer von den Netzbetreibern getragen.

Der VAT fordert daher aus den oben genannten Gründen eine klare gesetzliche Regelung zur Tragung der Vollkosten (Investitions- und Betriebskosten) durch die öffentliche Hand. Hierzu muss im Zuge der Umsetzung der Vorratsdatenspeicherung auch die Anpassung der Überwachungskostenverordnung vorgenommen werden, um einen reibungslosen Ersatz der Kosten für die Mitwirkung der Unternehmen bei der Überwachung zu gewährleisten.

Insbesondere ist auch zu beachten, dass die Art der Speicherung der Vorratsdaten von den Unternehmen nicht in der bisherigen Art weitergeführt werden können, sondern die Betreiber werden verpflichtet, die Daten qualifiziert zu speichern. Diese besondere, gesetzlich begründete Sorgfaltspflicht begründet sehr wohl Tragung der Vorratsspeicherungskosten durch die öffentliche Hand.

4. Speicherung von Vorratsdaten – geringstmöglicher Eingriff in Grundrechte

Der VAT unterstützt eine sinnvolle Bekämpfung der grenzüberschreitenden organisierten Kriminalität und des Terrorismus in Form von sachgerechten Lösungen. Die Vorratsdatenspeicherung stellt einen massiven Eingriff in das Grundrecht auf Achtung des Privat- und Familienlebens (Art 8 EMRK), auf Datenschutz (§ 1 DSGVO 2000) sowie in das Fernmeldegeheimnis (Art 10a StGG) dar. Unter geringstmöglichem Eingriff in die Grundrechte der Bürger ist in Folge auch den Datenschutz und das Kommunikationsgeheimnis zu wahren.

Unter Beachtung des Grundsatzes der Verhältnismäßigkeit müssen die Interessen der Bürger und die Interessen der Terrorismusbekämpfung ausgeglichen werden. Hierbei vertritt der VAT die Position, dass das Vertrauen der Bürger in die Sicherheit von Telekommunikationsleistungen und die Sicherheit der Privatsphäre jedenfalls aufrechterhalten werden muss, da dieses Vertrauen der Motor des Wachstums der Informationsgesellschaft ist. Würde das Vertrauen der Bürger in die Sicherheit von Telekommunikationsleistungen und die Sicherheit der Privatsphäre verloren gehen, so würde die Akzeptanz der Dienste sinken und das Wachstum der Informationsgesellschaft stagnieren. Last, not least sind es die Grundrechte, die das Wachstum des Wirtschaftsstandortes Österreich ermöglichen.

Der VAT fordert daher, dass die Vorratsspeicherung von Daten ausschließlich zum Zweck der Ermittlung, Feststellung und Verfolgung von schweren Straftaten erfolgen soll, was einer engen – und somit im Hinblick auf die Grundrechte der Bürger - verhältnismäßigen Auslegung des Art 1 Abs. 1 der RL 2006/24/EG entspricht. Dies bedeutet:

1. ein Zugriff auf die Daten darf nur bei Vorliegen eines Verbrechens gemäß § 17 Abs. 1 StGB und hier eingeschränkt auf Officialdelikte erfolgen
2. die Beauskunftung hat ausschließlich auf Grund einer gerichtlichen Anordnung oder Bewilligung zu erfolgen
3. der gerichtliche Akt muss in schriftlicher Form vorliegen, um den betroffenen Unternehmen die nötige Rechtssicherheit zu schaffen

Aus Sicht des VAT entspricht die Gleichsetzung der "schweren Straftat" mit dem Begriff der „mit beträchtlicher Strafe bedrohten Handlung“ des § 17 SPG dieser Anforderung in keiner Weise, da von dieser Definition auch Fahrlässigkeitsdelikte umfasst sind. Aus Sicht des VAT muss der Zugriff auf die Daten auf Verbrechen (§ 17 StGB; vorsätzliche Handlungen, die mit lebenslanger oder mit mehr als dreijähriger Freiheitsstrafe bedroht sind), soweit sie Officialdelikte sind, beschränkt sein. Darüber hinaus müssen Regelungen in anderen Gesetzen (etwa § 87b Abs 3 UrhG, § 53 Abs 3a SPG) so angepasst werden, dass unmissverständlich klar ist, dass die Vorratsdaten nur im Strafverfahren auf schriftlichen richterlichen Beschluss und nicht etwa im Verwaltungsverfahren oder gar in zivilrechtlichen Angelegenheiten verwertet werden dürfen. Nur durch die Entscheidung eines Richters kann sichergestellt werden, dass der Eingriff in das Grundrecht auf Datenschutz sowie in Art 8 EMRK gerechtfertigt ist und der Betreiber nicht allfälligen Schadenersatzansprüchen der Betroffenen ausgesetzt ist.

Gegen eine allfällig angedachte Erhöhung des Strafrahmens für urheberrechtliche Delikte, um über diese Hintertür einen Tatbestand zu schaffen, der ein Auskunftsbegehren rechtfertigen könnte, spricht sich der VAT entschieden aus.

Weiters fordert der VAT folgende Ergänzungen des neuen § 102a TKG:

- § 102a Abs 1: Umformulierung des Wortlautes im Entwurf von "...erzeugt **oder** verarbeitet" auf "erzeugt **und** verarbeitet". Die Verpflichtung zur Speicherung von Vorratsdaten sollte nur insoweit bestehen, als diese erzeugt **und** verarbeitet (zB gespeichert, etc.) werden. Würde der Formulierung des Entwurfs gefolgt, müssten beispielsweise auch bloß kurzfristig erzeugte (Stamm-), Verkehrs und Standortdaten auf Vorrat gespeichert werden, was für die Betreiber auf Grund des damit verbundenen erheblichen Aufwandes unzumutbar ist. Ebenso wird in den Erläuterungen zum Entwurf

(§ 92 Abs 3 Z 4) der Grundsatz festgehalten, dass nur jene Daten zu speichern sind, die im Rahmen der Dienstleistung bzw des Netzbetriebes ohnedies gespeichert und verarbeitet werden. Insofern wäre eine Verpflichtung zur Speicherung von Daten, die derzeit nicht verarbeitet und gespeichert werden sinnwidrig und überflüssig. Anzumerken ist weiters, dass von der datenschutzrechtlichen Definition des "Verarbeitens"(§ 4 Z 9 DSGVO) ausgegangen werden muss, die das "Speichern" mitumfasst, Eine Differenzierung zwischen diesen Begriffen würde weitere Unklarheiten schaffen.

- § 102a Abs 2: „... Die Daten sind so zu speichern, dass sie und alle sonstigen damit zusammenhängenden erforderlichen Informationen unverzüglich an die für die Durchführung einer Überwachung einer Telekommunikation zuständigen Behörden weitergeleitet werden können. **Eine Beauskunftung erfolgt ausschließlich auf Grund einer schriftlichen gerichtlichen Anordnung oder Bewilligung.**“
- § 102a Abs 3: Klarstellung hinsichtlich des Umfangs der Bestimmungen (um Schadenersatzansprüche gegen die Unternehmen zu vermeiden) und hinsichtlich des Zugangs zu den Daten (Bekanntgabe welche Maßnahmen die Unternehmen zu treffen haben).
- § 102a Abs 4: Eine Auskunftsverpflichtung sowohl an die Behörden als auch an die Datenschutzkommission durch die Unternehmen wird vom VAT strikt abgelehnt, da eine Übertragung von hoheitlichen Aufgaben an die Wirtschaft weder erforderlich noch verhältnismäßig ist und überdies durch die hoheitlichen Behörden selbst wahrgenommen werden könnte. Auch der Umfang der Lösungsverpflichtung ist klar zu definieren.

5. Zu weiteren Bestimmungen des Gesetzesentwurfs:

- § 92 Abs 3 Zi 2c Standortkennung: Die Speicherverpflichtung besteht laut Definition auch für die Kennung der Funkzelle, aus der die Mobilfunkverbindung endet. Dies ist zu streichen, da dies technisch nicht speicherbar ist und überdies könnte nur die Speicherung der Kennung der Funkzelle von der aus die Mobilfunkverbindung hergestellt wird gespeichert werden. Die Definition in § 92 Abs 3 Zi 2c hat daher zu lauten: „... und zwar die Kennung der Funkzelle, von der aus eine Mobilfunkverbindung hergestellt wird.“
- § 92 Abs 3 Z 3 Stammdaten: Hier wird in die Definition der Stammdaten ein Verweis auf die Vorratsdaten vorgenommen, der schwerwiegende Folgen nach sich zieht:
 - Vorratsdaten sind nach 6 Monaten zu löschen - diese „Vermischung“ der Definitionen von Vorratsdaten und Stammdaten führt dazu, dass Stammdaten nach 6 Monaten zu löschen wären;
 - Dynamische IP-Adressen werden zu Stammdaten;
 - Der akademische Grad und die Bonität werden zu Vorratsdaten;
 - Der neu definierte Begriff der „Anschrift“ kann vom auskunftspflichtigen Unternehmen in dieser Form nie mit Sicherheit ordnungsgemäß beauskunftet werden, da man keine Garantie hat die hier definierten Daten auch wirklich zu besitzen;
 - Durch die Erweiterung der Definition des Begriffs Stammdaten führt dies zu einer Rechtsunsicherheit bei der Beauskunftung von Daten (Stammdaten werden nach dem SPG beauskunftet, Vorratsdaten nach der STPO);
 - § 98 TKG (Auskünfte an Betreiber von Notrufdiensten) würde nun eine sehr viel weiter gehende Auskunftsverpflichtung vorsehen als dies nach der bisherigen Rechtslage der Fall ist.

Der VAT fordert daher eine strikte Trennung zwischen den Begriffen „Stammdaten“ und „Vorratsdaten“ im Gesetz zu verankern, um so Rechtssicherheit und Klarheit zu schaffen. Eine Vermischung dieser Begriffe ist nach unserer Rechtsansicht nicht erforderlich. Insbesondere soll die Definition der Stammdaten in der derzeit geltenden Rechtslage beibehalten werden.

- § 92 Abs 4a Vorratsdaten (richtigerweise § 92 Abs 3 Z 4a): Die Definition des Begriffs Vorratsdaten erscheint unklar zu sein. Denn der in den Erläuterungen festgehaltene Grundsatz, dass nur jene Daten zu speichern sind, welche im Rahmen der Dienstleistungsbrought bzw des Netzbetriebes ohnedies gespeichert oder verarbeitet werden, wird in der Definition nicht umgesetzt. Weiters werden hier auch die Daten aus Internet und Internet-Telefonie definiert, welche jedoch erst 2009 umzusetzen sind. Wir fordern daher die Definition an diesen festgelegten Grundsatz anzupassen und wie folgt zu ändern:
„Vorratsdaten sind jene Stamm-, Verkehrs- und Standortdaten, die beim Zugang eines Teilnehmers zu einem öffentlichen Kommunikationsnetz oder zum Zweck der Fakturierung dieses Vorganges erzeugt und verarbeitet werden, einschließlich der Daten erfolgloser Anrufversuche. Vorratsdaten sind Daten, welche anlässlich der Erbringung von Telefondiensten gespeichert werden.“
- Streichung der lit bb, da die Umsetzung erst 2009 zu erfolgen hat (siehe oben);
- Lit b) lautet: *die angewählte(n) Nummer(n) (die Rufnummer(n) des angerufenen Anschlusses) und bei Zusatzdiensten wie Rufweiterleitung oder Rufumleitung die Nummer(n), an die der Anruf geleitet wird*: da die genannten Zusatzdienste nicht gespeichert werden und auch nicht bekannt sind, ist der 2. Satzteil zu streichen. Lit b) lautet daher: *die angewählte(n) Nummer(n) (die Rufnummer(n) des angerufenen Anschlusses)*
- Lit e) bb) wir weisen darauf hin, dass die IMEI Daten nicht von allen Betreibern gespeichert werden können bzw nicht allen Betreibern bekannt sind. Daher ist es erforderlich, wie bereits unter Pkt 2.1.3 gefordert, eine Passage einzuführen, wonach nur jene Daten zu beauskunften sind, welche auch tatsächlich vorliegen.
- Es ist eine generelle Klarstellung erforderlich, dass ausschließlich die aktiven Gesprächsdaten zu speichern sind, da die passiven Gesprächsdaten nicht gespeichert werden (können).

Der VAT ersucht um Berücksichtigung seiner Stellungnahme im Begutachtungsverfahren und steht für Rückfragen und weitere Informationen jederzeit gerne zur Verfügung.

Mit freundlichen Grüßen

VAT – VERBAND ALTERNATIVER TELEKOM-NETZBETREIBER

Mag. Ute Rabussay

