

# TE Vwgh Erkenntnis 2006/9/19 2005/06/0018

JUSLINE Entscheidung

⌚ Veröffentlicht am 19.09.2006

## Index

001 Verwaltungsrecht allgemein;  
10/01 Bundes-Verfassungsgesetz (B-VG);  
10/07 Verwaltungsgerichtshof;  
10/10 Datenschutz;  
40/01 Verwaltungsverfahren;  
41/01 Sicherheitsrecht;  
82/02 Gesundheitsrecht allgemein;

## Norm

AVG §67a Abs1 Z2;  
B-VG Art129a Abs1 Z2 idF 1988/685;  
DSG 2000 §27 Abs1 Z1;  
SMG 1997 §27 Abs1;  
SMG 1997 §28 Abs2;  
SPG 1991 §16 Abs2 idF 1997/I/112;  
SPG 1991 §2;  
SPG 1991 §22 Abs2;  
SPG 1991 §22 Abs3;  
SPG 1991 §57;  
SPG 1991 §58;  
SPG 1991 §64 Abs3;  
SPG 1991 §65 Abs1 idF 2002/I/104;  
SPG 1991 §65 Abs4 idF 2002/I/104;  
SPG 1991 §65 idF 2002/I/104;  
SPG 1991 §67 idF 1999/I/146;  
SPG 1991 §77 Abs2;  
SPG 1991 §77 Abs4;  
SPG 1991 §77;  
SPG 1991 §78 idF 1999/I/146;  
SPG 1991 §88 Abs1;  
SPG 1991 §88 Abs2;  
SPG 1991 §90 Abs1 idF 1999/I/146;

SPG 1991 §90 idF 2002/I/104;

VwGG §42 Abs2 Z1;

VwRallg;

### **Betreff**

Der Verwaltungsgerichtshof hat durch die Vorsitzende Senatspräsidentin Dr. Giendl und die Hofräte Dr. Kail, Dr. Bernegger, Dr. Waldstätten und Dr. Bayjones als Richter, im Beisein der Schriftführerin Mag. Fritz, über die Beschwerde des DK in H, vertreten durch die Winkler - Heinze Rechtsanwaltspartnerschaft in 6900 Bregenz, Gerberstraße 4, gegen den Bescheid der Datenschutzkommission vom 26. November 2004, Zl. K120.922/0012-DSK/2004, betreffend die erkennungsdienstliche Behandlung und Löschung von Daten, zu Recht erkannt:

### **Spruch**

Der angefochtene Bescheid wird im Hinblick auf Punkt 1 wegen Rechtswidrigkeit seines Inhaltes aufgehoben, im Übrigen wird die Beschwerde als unbegründet abgewiesen.

Der Bund hat dem Beschwerdeführer Aufwendungen in der Höhe von EUR 1.171,20 binnen zwei Wochen bei sonstiger Exekution zu ersetzen.

### **Begründung**

I.

Der Beschwerdeführer wurde mit Urteil des Landesgerichtes Feldkirch vom 20. Jänner 2004 schuldig erkannt,

I) in Vorarlberg ein Suchtgift in einer (mehrfach) großen Menge durch Verkäufe an den abgesondert verfolgten A.F. in Verkehr gesetzt zu haben, und zwar

- 1.) im Zeitraum Mitte 1998 bis Anfang 2001 ca. 900 g Marihuana (enthaltend insgesamt minimal 60 g reines THC) und
- 2.) im Zeitraum Anfang 2002 bis Ende 2002 ca. 1800 g Marihuana (enthaltend insgesamt minimal 120 g reines THC) sowie

II) im Zeitraum Mitte 1998 bis Oktober 2003 im Raum Bregenz ca. 500 g bis 600 g Marihuana und Haschisch konsumiert sowie fallweise geringe Mengen unentgeltlich an verschiedene Drogenkonsumenten zum Konsum übergeben zu haben.

Er habe hierdurch zu I) 1.) und 2.) die Verbrechen nach § 28 Abs. 2 4. Fall SuchtmittelG (SMG) (drei- bzw. sechsfach) und zu II) die Vergehen nach § 27 Abs. 1, 1., 2. und 6. Fall SMG (in unbestimmter Zahl) begangen. Nach § 28 Abs. 2 SMG wurde er deshalb zu einer Freiheitsstrafe in der Dauer von drei Monaten sowie zu einer Geldstrafe von 300 Tagessätzen (im Falle der Uneinbringlichkeit zu 150 Tagen Ersatzfreiheitsstrafe) verurteilt. Gemäß § 43a Abs. 2 StGB wurde die Freiheitsstrafe unter Bestimmung einer Probezeit von 3 Jahren bedingt nachgesehen.

Infolge des zur genannten Verurteilung führenden Verdachtes war der Beschwerdeführer auf Grund der Anordnung des Landesgerichtes Feldkirch vom 29. September 2003 auf vorläufige Verwahrung und Hausdurchsuchung bzw. Beschlagnahme wegen Verdunkelungsgefahr gemäß § 175 Abs. 1 StPO am 6. Oktober 2003 von Beamten des Gendarmeriepostens H. festgenommen worden. Im Zuge seiner Verwahrung wurde er einer erkennungsdienstlichen Behandlung unterzogen. Diese hat neben der Aufnahme der Personendaten die Anfertigung von Abbildungen (Fotografien), die Abnahme von Papillarlinienabdrücken (Fingerabdrücken) und die Vornahme eines Mundhöhlenabstrichs zur Gewinnung von DNA-Probenmaterial umfasst.

Mit Schriftsatz vom 17. November 2003 (eingelangt beim Unabhängigen Verwaltungssenat des Landes Vorarlberg am 18. November 2003) erhob der Beschwerdeführer an den Unabhängigen Verwaltungssenat des Landes Vorarlberg im Hinblick auf die angeführte erkennungsdienstliche Behandlung Beschwerde. In dieser Beschwerde wird dazu ausgeführt, dass der Beschwerdeführer im Zuge der Anhaltung, nachdem er zugegeben habe, seinem ehemaligen Arbeitskollegen A.F. eine große Menge Cannabiskraut verkauft zu haben, er aber seinen Lieferanten nicht bekannt gegeben habe, einer erkennungsdienstlichen Behandlung unterzogen worden sei. Er sei zu diesem Zweck zum Bezirksgendarmeriekmando Bregenz gebracht worden. Dort seien von ihm Lichtbilder angefertigt und Fingerabdrücke genommen worden. Die Beamten hätten erklärt, es sei auch erforderlich, dass er dulde, dass von ihm ein Mundhöhlenabstrich hergestellt werde, was der Beschwerdeführer auf Grund der Anordnung über sich ergehen habe lassen. Der Beschwerdeführer stellte den Antrag, die Vornahme seiner erkennungsdienstlichen Behandlung am

6. Oktober 2003 für rechtswidrig zu erklären, in eventu, die Vornahme des Mundhöhlenabstriches "am 06.11.2003" (gemeint wohl 6.10.2003) für rechtswidrig zu erklären.

In der Stellungnahme dazu vom 16. Dezember 2003 verwies die Bezirkshauptmannschaft Bregenz darauf, dass der Beschwerdeführer freiwillig an der erkennungsdienstlichen Behandlung mitgewirkt habe. Eine Aufforderung nach § 77 Abs. 1 SPG und die Verständigung der Bezirkshauptmannschaft Bregenz darüber habe somit unterbleiben können. Wörtlich wurde ausgeführt:

"(Der Beschwerdeführer) ist verdächtig und teilweise auch geständig, "gefährliche Angriffe" im Sinne des § 16 Abs 2 SPG, nämlich das Verbrechen nach§ 28 Abs 2 SMG und das Vergehen nach§ 27 Abs 1 SMG begangen zu haben. Gerade im Suchtgiftbereich zeigt die Erfahrung, daß oft Straftaten nur durch Vorlage von Lichtbildern geklärt werden können, da sich die in diesem Milieu verkehrenden Personen oft nur unter Vor- oder Spitznamen kennen. Somit ist die Kenntnis des Betroffenen darüber, daß von ihm Lichtbilder angefertigt wurden, welche im Bedarfsfalle vorgezeigt und zu seiner Identifizierung führen können, ein wirksames Mittel ihn davon abzuhalten, mit Suchtmitteln zu dealen. Aufgrund des langen Tatzeitraumes und der bei der Einvernahme offensichtlich teilweise gezeigten Uneinsichtigkeit konnte mit Grund angenommen werden, daß (der Beschwerdeführer) weiterhin mit Suchtmitteln dealen werde. Somit erscheint die Maßnahme der erkennungsdienstlichen Behandlung unter Berücksichtigung des angeführten Umstandes der Wiedererkennung ein geeignetes Mittel, (den Beschwerdeführer) von der Begehung weiterer Tathandlungen abzuhalten.

Weiters werden im Zuge der Weitergabe von Suchtmitteln durch den Täter immer wieder Fingerabdruckspuren sowie DNA-Spuren auf den Verpackungseinheiten hinterlassen. Somit stellt das Wissen um die Abnahme der Fingerabdrücke und des Mundhöhlenabstriches für den DNA-Abgleich für den Täter klar, dass er in Zukunft durch diese Spuren überführt werden könnte. Dieses Wissen trägt dazu bei, den Täter von der Begehung weiterer gefährlicher Angriffe, in diesem Falle Suchtmitteldelikte, abzuhalten."

Mit Schriftsatz vom 7. Jänner 2004 leitete der Unabhängige Verwaltungssenat des Landes Vorarlberg die Beschwerde gemäß § 6 AVG an die Datenschutzkommission zuständigkeitsshalber weiter, da vom Vorliegen einer Datenermittlung durch die Ausübung verwaltungsbehördlicher Befehls- und Zwangsgewalt gemäß § 90 Abs. 1 erster Satz SPG nicht ausgingen werden könne.

Die belangte Behörde erachtete ihre Zuständigkeit auf der Grundlage von § 90 SPG als gegeben und leitete das Ermittlungsverfahren ein. Es erging zunächst ein Mängelbehebungsauftrag, das Recht gemäß DSG 2000 anzugeben, in dem sich der Beschwerdeführer als verletzt erachtete, und ein Begehren zu stellen, über das die Datenschutzkommission gemäß § 31 DSG 2000 entscheiden könne.

Der Beschwerdeführer machte mit dem Schriftsatz vom 5. März 2004 (eingelangt bei der belangten Behörde am 10. März 2004) in der Folge geltend, dass er durch die Vornahme der erkennungsdienstlichen Behandlung am 6. Oktober 2003 (Anfertigung von Lichtbildern, Abnahme der Fingerabdrücke sowie Vornahme eines Mundhöhlenabstrichs zwecks Ermittlung der DNA) in seinem Recht auf Geheimhaltung schutzwürdiger personenbezogener Daten sowie in seinem Recht auf Löschung unzulässig verarbeiteter Daten verletzt worden sei. Der Beschwerdeführer beantragte, die Durchführung der erkennungsdienstlichen Behandlung beim Beschwerdeführer am 6. Oktober 2003 durch die Bezirkshauptmannschaft Bregenz für rechtswidrig zu erklären, da die Voraussetzungen der §§ 65 Abs. 1, § 67 Abs. 1 SPG nicht vorgelegen seien und der Beschwerdeführer daher im Recht auf Geheimhaltung schutzwürdiger personenbezogener Daten und auf Löschung unrechtmäßig verarbeiteter Daten verletzt sei.

Der Beschwerdeführer führte auch aus, dass ein Antrag auf Löschung erkennungsdienstlicher Daten gemäß § 74 Abs. 1 SPG nicht gestellt worden sei, da dies nach dem klaren Wortlaut dieser Bestimmung nur für jene Fälle vorgesehen sei, in welchen sich ein Verdacht im Nachhinein nicht bestätigt oder die Tat sich als nicht rechtswidrig erweise.

Im weiteren Verfahren erstattete die Bezirkshauptmannschaft Bregenz am 14. Mai 2004 eine Stellungnahme, in der sie ihre früheren Sachangaben wiederholte. Dazu führte der Beschwerdeführer in seiner Stellungnahme vom 3. Juni 2004 aus, er habe nicht freiwillig an der erkennungsdienstlichen Behandlung mitgewirkt, sondern er sei gemäß § 77 Abs. 2 zweiter Satz SPG zur Mitwirkung verhalten gewesen, ohne dass er eine Möglichkeit gehabt hätte, dies zu verhindern. Mit näherer Begründung bestritt er die oben wiedergegebenen Sachangaben der Bezirkshauptmannschaft.

Mit dem angefochtenen Bescheid wies die belangte Behörde die Beschwerde vom 17. November 2003 (ergänzt nach Aufforderung mit Schriftsatz vom 5. März 2004) gegen die Bezirkshauptmannschaft Bregenz, soweit sie sich

1.) auf die behauptete Verletzung im Recht auf Geheimhaltung schutzwürdiger personenbezogener Daten durch die beschriebene erkennungsdienstliche Behandlung vom 6. Oktober 2003 bezog, zurück,

und soweit sie sich

2.) auf die behauptete Verletzung im Recht auf Löschung dieser Daten bezog, gemäß § 27 Abs. 1 und 4 i.V.m. § 31 Abs. 2 Datenschutzgesetz 2000 (DSG 2000), BGBI. I Nr. 265/1999, i. V.m. § 90 erster Satz Sicherheitspolizeigesetz (SPG), BGBI. Nr. 566/1991 idF BGBI. I Nr. 104/2002, als unbegründet ab.

Die belangte Behörde stellte folgenden Sachverhalt fest:

"Der Beschwerdeführer wurde als Verdächtiger (Verbrechen nach § 28 Abs 2 SMG, Besitz und Inverkehrbringen von Suchtmitteln in großer Menge) am 6. Oktober 2003 auf Grund des Befehls des Landesgerichts Feldkirch zur vorläufigen Verwahrung und Hausdurchsuchung vom 29. September 2003, AZ: ..., von Beamten des Gendarmeriepostens H verhaftet und auf den Gendarmerieposten gebracht. Dort wurde er niederschriftlich einvernommen und wurden seine Personendaten aufgenommen. Zwischen 14.00 Uhr und 15.40 wurde der Beschwerdeführer dem Bezirksgendarmeriekommando in Bregenz vorgeführt und dort erkennungsdienstlich behandelt. Diese erkennungsdienstliche Behandlung umfasste 1. die Anfertigung von Abbildungen (Fotografien), 2. die Abnahme von Papillarlinienabdrücken (Fingerabdrücken) und 3. die Vornahme eines Mundhöhlenabstriches (MHA). Ergänzt wurde die erkennungsdienstliche Behandlung durch Ermittlung der erkennungsdienstlichen Identitätsdaten (Namen, Geschlecht, frühere und Aliasnamen, Geburtsdatum, Geburtsort, Elternnamen).

In der Einvernahme durch die Gendarmeriebeamten gestand der Beschwerdeführer den Eigenkonsum von Cannabisprodukten sowie den Verkauf in näher spezifizierter Menge an einen namentlich bereits bekannten Abnehmer. Den Lieferanten des Suchtmittels wollte der Beschwerdeführer nicht nennen, wobei er "Angst" als Motiv angab. Noch am selben Tag um 21.10 Uhr wurde der Beschwerdeführer freigelassen."

Die belangte Behörde führte zu Punkt 1.) unter Berufung auf § 88 Abs. 1 und § 90 SPG im Wesentlichen aus, dass der Beschluss des Landesgerichtes Feldkirch vom 29. September 2003 auf vorläufige Verwahrung und Hausdurchsuchung keine wie immer geartete Anweisung zur Durchführung erkennungsdienstlicher oder sonstiger Maßnahmen nach dem SPG erfasst habe. Das Verhalten des für die Bezirkshauptmannschaft Bregenz tätig gewordenen Bezirksgendarmeriepostenkommandos könne daher nicht als Akt der Gerichtsbarkeit qualifiziert werden.

Gemäß Art. 129a Abs. 1 Z. 2 B-VG i.d.F. der Novelle BGBI. Nr. 685/1988 hätten die unabhängigen Verwaltungssenate über Beschwerden von Personen zu entscheiden, die behaupten, durch die Ausübung unmittelbarer verwaltungsbehördlicher Befehls- und Zwangsgewalt in ihren Rechten verletzt zu sein. § 88 Abs. 1 SPG komme daher keine eigenständige normative Kraft zu. Bei der Auslegung des Begriffes der unmittelbaren behördlichen Befehls- und Zwangsgewalt könne daher auf die Lehre und Rechtsprechung zu dieser Verfassungsnorm zurückgegriffen werden. Eine Ausübung unmittelbarer Befehls- und Zwangsgewalt liege nur dann vor, wenn einseitig in subjektive Rechte des Betroffenen eingegriffen würde. Ein derartiger Eingriff liege im Allgemeinen nur dann vor, wenn physischer Zwang ausgeübt werde oder die unmittelbare Ausübung physischen Zwanges bei Nichtbefolgung eines Befehles drohe (Hinweis auf das hg. Erkenntnis vom 16. Februar 2000, VwSlg. Nr. 15.344/A, und auf Walter - Mayer, Grundriss des österreichischen Bundesverfassungsrechts7, Rz. 610). Im vorliegenden Fall sei der Beschwerdeführer im Rahmen einer aufrechten Anhaltung (richterlicher Haftbefehl) einer erkennungsdienstlichen Behandlung unterworfen worden.

Gemäß § 77 Abs. 1 SPG habe die Behörde einen Menschen, den sie einer erkennungsdienstlichen Behandlung zu unterziehen habe, unter Bekanntgabe des maßgeblichen Grundes formlos hiezu aufzufordern (Abs. 1). Komme der Betroffene dieser Aufforderung nicht nach, so sei ihm die Verpflichtung gemäß § 65 Abs. 4 SPG bescheidmäßig aufzuerlegen. Eines Bescheides bedürfe es dann nicht, wenn der Betroffene auch aus dem für die erkennungsdienstliche Behandlung maßgeblichen Grunde angehalten werde (§ 77 Abs. 2 SPG). Diese Voraussetzung liege im Gegenstande vor, da die Anhaltung unter Hinweis auf den Verdacht des Verbrechens nach § 28 Abs. 2 SMG und der Vergehen nach § 27 Abs. 1 SMG durch richterlichen Befehl erfolgt sei und die Sicherheitsbehörden nach § 65 Abs. 1 SPG ermächtigt seien, einen Menschen, der im Verdacht stehe, eine mit Strafe bedrohte Handlung begangen zu haben, bei Vorliegen der in dieser Bestimmung genannten Voraussetzungen erkennungsdienstlich zu behandeln.

Soweit man nicht schon auf Grund der gegebenen Sach- und Rechtslage (Haft, Vorführung und unmittelbare Gesetzesbefolgung vorgesehen) davon ausgehen könne, dass eine Zustimmung des Beschwerdeführers zu den erkennungsdienstlichen Maßnahmen nicht gegeben gewesen sei, zumal er auch keine Wahlmöglichkeit gehabt habe, diese Maßnahmen zu verhindern, würde für die Annahme der Freiwilligkeit jeder ausreichende Beweis fehlen. Die bloße Behauptung der Bezirkshauptmannschaft Bregenz, der Beschwerdeführer hätte sich freiwillig den erkennungsdienstlichen Maßnahmen unterzogen, könnte die belangte Behörde in Anbetracht der gegebenen Umstände nicht überzeugen.

Es sei zunächst darauf hinzuweisen, dass § 65 Abs. 4 SPG nicht nur zur Duldung, sondern sogar zur Mitwirkung an einer gesetzmäßig angeordneten erkennungsdienstlichen Behandlung verpflichtete. Wo das Gesetz aber eine Verpflichtung auferlege, bleibe für die in § 8 Abs. 1 Z. 2 DSG 2000 vorausgesetzte freie Willensbildung kein Raum. Bei einem behördlich angehaltenen Betroffenen entfalle überdies gemäß § 77 Abs. 2 zweiter Satz SPG das Bescheidverfahren. Dies wohl offensichtlich nicht deshalb, weil in solchen Fällen von der Freiwilligkeit der Handlung des Betroffenen ausgegangen werden müsse, sondern deshalb, weil es in Anhaltefällen a priori keine Freiwilligkeit geben könne und die während der Anhaltung vorgenommenen Maßnahmen in dieser "aufgehen". Nach herrschender Meinung der Lehre (Hinweis auf Walter - Mayer, Verwaltungsverfahrensrecht8 (2003), Rz. 16) liege ein verfahrensfreier Verwaltungsakt "dann vor, wenn ein Verwaltungsorgan unmittelbar auf Grund von Gesetzen einen Zwangsakt setzen kann, ohne dass sich zwischen Gesetz und Setzung des Zwangsaktes ein Verfahren zur Festlegung der behördlichen Pflichten einschiebt ('sofortiger Polizeizwang'; 'Akt unmittelbarer verwaltungsbehördlicher Befehls- und Zwangsgewalt')". Im Beschwerdefall sei die Pflicht des Beschwerdeführers, sich gemäß § 65 Abs. 4 SPG einer erkennungsdienstlichen Behandlung zu unterziehen, durch einen Akt direkter Befehlsgewalt (Vorführung gemäß § 77 Abs. 4 SPG) konkretisiert worden, und es sei davon auszugehen, dass die erkennungsdienstliche Behandlung bei Weigerung sofort als Akt unmittelbarer verwaltungsbehördlicher Zwangsgewalt gemäß § 78 SPG auch gegen den Willen und Widerstand des Beschwerdeführers vorgenommen worden wäre. Dies beweise auch die Stellungnahme der belangten Behörde vom 14. Mai 2004, in der wörtlich ausgeführt werde, dass dann, wenn der Beschwerdeführer nicht freiwillig mitgewirkt hätte, "die Ermittlung der Daten durch die Ausübung verwaltungsbehördlicher Befehls- und Zwangsgewalt erfolgt" wäre.

Abgesehen von der Diktion des Gesetzes (Ermächtigung zur erkennungsdienstlichen Behandlung gemäß § 65 Abs. 1 SPG, zwingende Mitwirkungspflicht - § 65 Abs. 4 SPG, kein Bescheid bei Anhaltung aus Gründen, die auch zur erkennungsdienstlichen Behandlung ermächtigen - § 77 Abs. 2 SPG, die Möglichkeit der Vorführung zur erkennungsdienstlichen Behandlung - § 77 Abs. 4 SPG-) müsse davon ausgegangen werden, dass ein in Haft genommener Mensch sich grundsätzlich nicht "freiwillig" einer erkennungsdienstlichen Behandlung unterziehe, es sei denn, es gebe ausreichend Beweise für das Gegenteil. Den Maßstab hiefür, in welchen Fällen die Beweise als ausreichend angesehen werden könnten, bilde nach Ansicht der belangten Behörde die mit der zu beurteilenden Maßnahme verbundene Eingriffsintensität. Je intensiver in Persönlichkeitsrechte eingegriffen werde, desto strenger der Maßstab, der an den Beweis der Freiwilligkeit gelegt werden müsse. Im vorliegenden Fall sei auf Grund der der Bezirkshauptmannschaft Bregenz vorliegenden Sachlage die bloße Behauptung der Bezirkshauptmannschaft Bregenz, die Maßnahmen seien "freiwillig" erfolgt, - auch in Anbetracht der gegenteiligen Behauptungen des Beschwerdeführers - nicht ausreichend dafür, diese behauptete Freiwilligkeit als erwiesen anzunehmen.

Die erkennungsdienstlichen Daten seien somit durch Ausübung bzw. Androhung unmittelbarer verwaltungsbehördlicher Befehlsgewalt ermittelt worden, sodass die Zuständigkeit der Datenschutzkommission gemäß § 90 zweiter Satz SPG zu verneinen sei. Daran ändere auch die Verfassungsbestimmung des § 1 Abs. 5 DSG 2000 nichts, zumal sich Art. 129a Abs. 1 Z. 2 B-VG als lex specialis zur erstgenannten Verfassungsbestimmung darstelle. Würden Daten in Ausübung unmittelbarer Befehls- und Zwangsgewalt erhoben, sei diese Erhebung Teil der unmittelbaren Befehls- und Zwangsgewalt und als solche vom unabhängigen Verwaltungssenat zu beurteilen (Hinweis auf das Erkenntnis des Verfassungsgerichtshofes vom 6. März 2001, VfSlg. Nr. 16.109).

Zu Punkt 2.) der Beschwerde sei - mangels Löschungsantrages des Beschwerdeführers - nur die Frage wesentlich, ob eine Pflicht zur amtswegigen Löschung der in Rede stehenden Daten gemäß § 27 Abs. 1 Z. 1 DSG 2000 bestanden habe. Gemäß § 27 Abs. 1 Z. 1 DSG 2000 habe jeder Auftraggeber u.a. entgegen den Bestimmungen dieses Bundesgesetzes verarbeitete Daten zu löschen, und zwar

"1. aus eigenem, sobald ihm die Unrichtigkeit von Daten oder die Unzulässigkeit ihrer Verarbeitung bekannt geworden

sei".

Nach § 7 Abs. 1 DSG 2000 dürften Daten auch nur verarbeitet werden, soweit Zweck und Inhalt der Datenanwendung von den gesetzlichen Zuständigkeiten und rechtlichen Befugnissen des jeweiligen Auftraggebers gedeckt seien und die schutzwürdigen Geheimhaltungsinteressen der Betroffenen nicht verletzt würden.

Die Frage, ob diese datenschutzrechtlichen Normen von der Bezirkshauptmannschaft Bregenz im Zusammenhang mit den im vorliegenden Fall verwendeten personenbezogenen Daten eingehalten worden seien, sei an Hand der einschlägigen sicherheitspolizeilichen Vorschriften zu beurteilen. Soweit die Zulässigkeit einer Maßnahme nach dem 3. Hauptstück des 4. Teiles des SPG - dazu gehöre auch § 65 leg. cit. - vom Verdacht abhänge, der Betroffene habe einen gefährlichen Angriff begangen, bleibe diese Voraussetzung auch nach einer rechtskräftigen Verurteilung wegen der entsprechenden gerichtlich strafbaren Handlung (§ 16 Abs. 2) bestehen (§ 64 Abs. 6 SPG). Der Beschwerdeführer führe selbst aus, dass er vom Landesgericht Feldkirch wegen Verstoßes gegen § 28 Abs. 2 SMG rechtskräftig verurteilt worden sei. Auch seine Verurteilung gemäß § 27 Abs. 1 erster, zweiter und sechster Fall SMG sei unwidersprochen geblieben. Deshalb komme auch keine amtswegige Löschung der erkennungsdienstlich ermittelten personenbezogenen Daten des Beschwerdeführers gemäß § 73 Abs. 1 Z. 4 SPG in Betracht.

Dem Argument des Beschwerdeführers, die Tatsache, dass das Gericht bei der Strafbemessung gemäß § 43a Abs. 2 StGB die Freiheitsstrafe bedingt nachgesehen und im Übrigen eine Geldstrafe spezialpräventiv für ausreichend erachtet habe, sei ein klares Indiz dafür davon auszugehen, dass er nicht weiter solche gefährlichen Angriffe begehen werde, weshalb die Nichtlöschung der in Rede stehenden Daten rechtswidrig gewesen wäre, könne jedenfalls nicht gefolgt werden. Schließlich sei doch jede Strafe, bedingt oder unbedingt ausgesprochen, so zu bemessen, dass sie geeignet sei, den Täter von weiteren strafbaren Handlungen abzuhalten. Die auf § 65 Abs. 1 SPG gestützte erkennungsdienstliche Behandlung sei als zusätzliches Instrument der Kriminalitätsbekämpfung zu sehen und auf Grund der Art der vom Beschwerdeführer begangenen strafbaren Handlungen (Suchtgiftdelikte) von wesentlicher Bedeutung für eine wirksame Bekämpfung der Suchtgiftkriminalität.

Analoges gelte für die DNA-Daten des Beschwerdeführers. Die DNA eines Menschen dürfe gemäß § 67 Abs. 1 erster Satz SPG im Rahmen seiner erkennungsdienstlichen Behandlung ermittelt werden, wenn der Betroffene im Verdacht stehe, einen gefährlichen Angriff begangen zu haben, und wenn im Hinblick auf diese Tat oder die Persönlichkeit des Betroffenen erwartet werden könnte, dieser werde bei Begehung weiterer gefährlicher Angriffe Spuren hinterlassen, die seine Wiedererkennung auf Grund der ermittelten genetischen Informationen ermöglichen würden.

Die Argumente der Bezirkshauptmannschaft Bregenz als im vorliegenden Fall betroffener öffentlicher Auftraggeber erschienen der belagten Behörde plausibel. Sie habe vertreten, gerade im Suchtgiftbereich zeige die Erfahrung, dass oft Straftaten nur durch Vorlage von Lichtbildern geklärt werden könnten, zumal sich die in diesem Milieu verkehrenden Personen oft nur unter Vor- und Spitznamen kannten, weiters sei auf Grund des (dargestellten) langen Tatzeitraumes und des Vorlebens die Annahme berechtigt, dass der Beschwerdeführer weiterhin mit Suchtmitteln handeln werde (er habe angegeben, dass über ihn bereits in der Schweiz eine Geldstrafe wegen eines vergleichbaren Deliktes verhängt worden sei), und dass Fingerabdrücke und DNA-Spuren auf Verpackungseinheiten vorzufinden seien, die zur Aufklärung strafbarer Handlungen nach dem SMG beitragen könnten. In Anbetracht des öffentlichen Interesses an einer wirksamen Bekämpfung der Suchtgiftkriminalität sei somit das weitere Speichern bzw. Aufbewahren der den Beschwerdeführer betreffenden erkennungsdienstlichen Daten rechtmäßig erfolgt.

Die belagte Behörde verkenne dabei nicht, dass die Frage der Rechtmäßigkeit der Ermittlung von personenbezogenen Daten im Rahmen einer erkennungsdienstlichen Behandlung (§ 64 Abs. 3 SPG) auch für die Frage der Zulässigkeit der Weiterverwendung dieser Daten bzw. die Frage einer allfälligen Löschungsverpflichtung von entscheidender Bedeutung sein könne (vgl. § 27 Abs. 1 Z. 1 DSG 2000). Diese Frage sei nach den zu Beschwerdepunkt 1. gemachten Ausführungen nicht von der belagten Behörde, sondern vom Unabhängigen Verwaltungssenat des Landes Vorarlberg zu beantworten. Diese Frage könnte an sich eine Vorfrage im Sinn des § 38 AVG darstellen. Der Frage der Rechtmäßigkeit der Ermittlung komme jedoch im vorliegenden Fall keine entscheidungswesentliche Bedeutung zu, zumal auf Grund des § 64 Abs. 6 SPG mit der rechtskräftigen Verurteilung des Beschwerdeführers die Datenverwendung auf Grund der dort vorgesehenen Verdachtsfiktion jedenfalls als zulässig angesehen werden müsse.

Gegen diesen Bescheid richtet sich die vorliegende Beschwerde, in der inhaltliche Rechtswidrigkeit sowie

Rechtswidrigkeit infolge Verletzung von Verfahrensvorschriften geltend gemacht werden. Der Beschwerdeführer erachtet sich in seinem Recht auf Entscheidung durch die zuständige Behörde, im Recht auf Geheimhaltung schutzwürdiger personenbezogener Daten und auf Nichtermittlung und Nichtverarbeitung erkennungsdienstlicher Daten bei Fehlen der gesetzlichen Voraussetzungen sowie weiters im Recht auf Löschung dieser Daten verletzt.

Die belangte Behörde hat die Akten des Verwaltungsverfahrens vorgelegt und in ihrer Gegenschrift die kostenpflichtige Abweisung der Beschwerde als unbegründet beantragt.

Der Beschwerdeführer hat eine Replik erstattet.

II.

Der Verwaltungsgerichtshof hat erwogen:

1. Zu Spruchpunkt 1. des angefochtenen Bescheides:

Gemäß der Verfassungsbestimmung des § 1 Datenschutzgesetz 2000, DSG 2000, BGBl. Nr. 165/1999, hat jedermann, 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 (Abs. 1 erster Satz).

Nach Abs. 5 dieser Bestimmung ist gegen Rechtsträger, die in Formen des Privatrechts eingerichtet sind, soweit sie nicht in Vollziehung der Gesetze tätig werden, das Grundrecht auf Datenschutz mit Ausnahme des Rechtes auf Auskunft auf dem Zivilrechtsweg geltend zu machen. In allen übrigen Fällen ist die Datenschutzkommission zur Entscheidung zuständig, es sei denn, dass Akte der Gesetzgebung oder der Gerichtsbarkeit betroffen sind.

Gemäß Art. 129a Abs. 1 Z. 2 B-VG i.d.F. BGBl. Nr. 685/1988 erkennen die unabhängigen Verwaltungssenate nach Erschöpfung des administrativen Instanzenzuges, sofern ein solcher in Betracht kommt,

"über Beschwerden von Personen, die behaupten, durch die Ausübung unmittelbarer verwaltungsbehördlicher Befehls- und Zwangsgewalt in ihren Rechten verletzt zu sein, ausgenommen Finanzstrafsachen des Bundes".

Nach § 88 Abs. 1 Sicherheitspolizeigesetz, BGBl. Nr. 566/1991 (SPG), der auf Art. 129a Abs. 1 Z. 2 B-VG verweist, erkennen die unabhängigen Verwaltungssenate über Beschwerden von Menschen, die behaupten, durch die Ausübung unmittelbarer sicherheitsbehördlicher Befehls- und Zwangsgewalt in ihren Rechten verletzt worden zu sein.

Gemäß § 90 Abs. 1 SPG i.d.F. BGBl. I Nr. 104/2002 entscheidet die Datenkommission gemäß § 31 Datenschutzgesetz 2000 über Beschwerden wegen Verletzung von Rechten durch Verwenden personenbezogener Daten in Angelegenheiten der Sicherheitsverwaltung entgegen den Bestimmungen des Datenschutzgesetzes. Davon ausgenommen ist die Beurteilung der Rechtmäßigkeit der Ermittlung von Daten durch die Ausübung verwaltungsbehördlicher Befehls- und Zwangsgewalt.

In § 16 Abs. 2 und Abs. 3 SPG i.d.F. BGBl. I Nr. 112/1997 ist ein gefährlicher Angriff im Sinne des SPG - wie folgt - definiert:

"(2) Ein gefährlicher Angriff ist die Bedrohung eines Rechtsgutes durch die rechtswidrige Verwirklichung des Tatbestandes einer gerichtlich strafbaren Handlung, die vorsätzlich begangen und nicht bloß auf Begehr eines Beteiligten verfolgt wird, sofern es sich um einen Straftatbestand

1. nach dem Strafgesetzbuch (StGB), BGBl. Nr. 60/1974, ausgenommen die Tatbestände nach den §§ 278 und 278a Abs. 1 StGB, oder

2.

nach dem Verbotsgezetz, StGBl. Nr. 13/1945, oder

3.

nach dem Suchtmittelgesetz (SMG), BGBl. I Nr. 112/1997,

handelt, es sei denn um den Erwerb oder Besitz eines Suchtmittels zum eigenen Gebrauch."

(3) Ein gefährlicher Angriff ist auch ein Verhalten, das darauf abzielt und geeignet ist, eine solche Bedrohung (Abs. 2) vorzubereiten, sofern dieses Verhalten in engem zeitlichen Zusammenhang mit der angestrebten Tatbestandsverwirklichung gesetzt wird."

Zu den Aufgaben der Sicherheitsbehörden (u.a. Aufrechterhaltung der öffentlichen Sicherheit) sieht § 20 SPG Folgendes vor:

"Aufgaben im Rahmen der Aufrechterhaltung der öffentlichen Sicherheit

§ 20. Die Aufrechterhaltung der öffentlichen Sicherheit umfasst die Gefahrenabwehr, den vorbeugenden Schutz von Rechtsgütern, die Fahndung, die kriminalpolizeiliche Beratung und die Streitschlichtung."

§ 21 Abs. 1 und Abs. 2 SPG regeln betreffend die Gefahrenabwehr Folgendes:

"Gefahrenabwehr

§ 21. (1) Den Sicherheitsbehörden obliegt die Abwehr allgemeiner Gefahren.

(2) Die Sicherheitsbehörden haben gefährlichen Angriffen unverzüglich ein Ende zu setzen, Hiefür ist dieses Bundesgesetz auch dann maßgeblich, wenn bereits ein bestimmter Mensch der strafbaren Handlung verdächtig ist."

§ 22 Abs. 1 und 3 SPG betreffend den vorbeugenden Schutz von Rechtsgütern lautet:

"(2) Die Sicherheitsbehörden haben gefährlichen Angriffen auf Leben, Gesundheit, Freiheit, Sittlichkeit, Vermögen oder Umwelt vorzubeugen, sofern solche Angriffe wahrscheinlich sind.

(3) Nach einem gefährlichen Angriff haben die Sicherheitsbehörden, unbeschadet ihrer Aufgaben nach der Strafprozeßordnung 1975 (StPO), BGBl. Nr. 631/1975, die maßgebenden Umstände, einschließlich der Identität des dafür Verantwortlichen, zu klären, soweit dies zur Vorbeugung weiterer gefährlicher Angriffe erforderlich ist. Sobald ein bestimmter Mensch der strafbaren Handlung verdächtig ist, gelten ausschließlich die Bestimmungen der StPO; die §§ 57 und 58 sowie die Bestimmungen über den Erkennungsdienst bleiben jedoch unberührt."

Gemäß § 64 Abs. 1 SPG i.d.F. BGBl. I Nr. 104/2002 ist Erkennungsdienst das Ermitteln personenbezogener Daten durch erkennungsdienstliche Maßnahmen sowie das weitere Verarbeiten und übermitteln dieser Daten.

Gemäß Abs. 2 dieser Bestimmung i.d.F. BGBl. I Nr. 146/1999 sind erkennungsdienstliche Maßnahmen technische Verfahren zur Feststellung von Merkmalen eines Menschen, die seine Wiedererkennung ermöglichen, wie insbesondere die Abnahme von Papillarlinienabdrücken, die Vornahme von Mundhöhlenabstrichen, die Herstellung von Abbildungen, die Feststellung äußerlicher körperlicher Merkmale, die Vornahme von Messungen oder die Erhebung von Stimm- oder Schriftproben.

Gemäß Abs. 3 dieser Bestimmung ist unter erkennungsdienstlicher Behandlung das Ermitteln personenbezogener Daten durch erkennungsdienstliche Maßnahmen, an dem der Betroffene mitzuwirken hat, zu verstehen.

§ 65 SPG i.d.F. BGBl. I Nr. 104/2002 ordnet, soweit es beschwerderelevant ist, über die erkennungsdienstliche Behandlung Folgendes an:

"(1) Die Sicherheitsbehörden sind ermächtigt, einen Menschen, der im Verdacht steht, eine mit Strafe bedrohte Handlung begangen zu haben, erkennungsdienstlich zu behandeln, wenn er im Rahmen einer kriminellen Verbindung tätig wurde oder dies sonst auf Grund von Umständen in der Person des Betroffenen oder nach der Art der begangenen mit Strafe bedrohten Handlung zur Vorbeugung gefährlicher Angriffe des Betroffenen erforderlich scheint."

(2) ...

(4) Wer erkennungsdienstlich zu behandeln ist, hat an den dafür erforderlichen Handlungen mitzuwirken.

(5) Die Sicherheitsbehörden haben jeden, den sie erkennungsdienstlich behandeln, schriftlich darüber in Kenntnis zu setzen, wie lange erkennungsdienstliche Daten aufbewahrt werden und welche Möglichkeiten vorzeitiger Löschung (§§ 73 und 74) bestehen. In den Fällen des Abs. 1 ist der Betroffene außerdem darauf hinzuweisen, dass die erkennungsdienstliche Behandlung deshalb erfolgte, um der Begehung gefährlicher Angriffe durch sein Wissen um die Möglichkeit seiner Wiedererkennung entgegenzuwirken.

(6) Die Sicherheitsbehörden sind ermächtigt, Namen, Geschlecht, frühere Namen, Geburtsdatum, Geburtsort, Namen der Eltern und Aliasdaten eines Menschen (erkennungsdienstliche Identitätsdaten), den sie erkennungsdienstlich behandelt haben, zu ermitteln und zusammen mit den erkennungsdienstlichen Daten und mit dem für die Ermittlung

maßgeblichen Grund zu verarbeiten. In den Fällen des Abs. 1 sind die Sicherheitsbehörden ermächtigt, eine Personfeststellung vorzunehmen."

§ 77 SPG sieht betreffend das Verfahren anlässlich der

erkennungsdienstlichen Behandlung Folgendes vor:

"Verfahren

§ 77. (1) Die Behörde hat einen Menschen, den sie einer erkennungsdienstlichen Behandlung zu unterziehen hat, unter Bekanntgabe des maßgeblichen Grundes formlos hiezu aufzufordern.

(2) Kommt der Betroffene der Aufforderung gemäß Abs. 1 nicht nach, so ist ihm die Verpflichtung gemäß § 65 Abs. 4 bescheidmäßig aufzuerlegen; dagegen ist eine Berufung nicht zulässig. Eines Bescheides bedarf es dann nicht, wenn der Betroffene auch aus dem für die erkennungsdienstliche Behandlung maßgeblichen Grunde angehalten wird.

(3) Wurde wegen des für die erkennungsdienstliche Behandlung maßgeblichen Verdachtes eine Anzeige an die Staatsanwaltschaft erstattet, so gelten die im Dienste der Strafjustiz geführten Erhebungen als Ermittlungsverfahren (§ 39 AVG) zur Erlassung des Bescheides. Dieser kann in solchen Fällen mit einer Ladung (§ 19 AVG) zur erkennungsdienstlichen Behandlung verbunden werden.

(4) Stehe die Verpflichtung zur Mitwirkung gemäß § 65 Abs. 4 fest, so kann der Betroffene, wenn er angehalten wird, zur erkennungsdienstlichen Behandlung vorgeführt werden."

Gemäß § 78 SPG i.d.F. BGBI. I Nr. 146/1999 (betreffend "Ausübung unmittelbarer Zwangsgewalt") kann die erkennungsdienstliche Behandlung, soweit es tatsächlich möglich ist und damit kein Eingriff in die körperliche Integrität verbunden ist, durch Ausübung unmittelbarer Zwangsgewalt durchgesetzt werden.

Auf der Grundlage der wiedergegebenen Stellungnahme der Bezirkshauptmannschaft Bregenz und des von der belangten Behörde festgestellten Sachverhaltes ist davon auszugehen, dass die Verwaltungsorgane bei der verfahrensgegenständlichen erkennungsdienstlichen Behandlung des Beschwerdeführers, auch wenn sie im Zuge einer gerichtlich angeordneten vorläufigen Verwahrung im Zusammenhang mit dem Verdacht, dass der Beschwerdeführer eine gerichtlich strafbare Handlung begangen hat, erfolgt ist, nicht im Dienste der Strafjustiz gehandelt haben, sondern im Rahmen der Sicherheitsverwaltung für die Bezirkshauptmannschaft Bregenz als Sicherheitsbehörde. Diese erkennungsdienstliche Behandlung hatte den Zweck des vorbeugenden Schutzes von Rechtsgütern vor gefährlichen Angriffen (siehe § 22 Abs. 2 und 3 i.V.m. § 16 Ab. 2 SPG; siehe dazu auch Wiederin, Sicherheitspolizeirecht 1998, S. 142, Rz. 649). Sie hatte nicht den Zweck im Sinne des gerichtlichen Haftbefehles, dabei an der Aufklärung der konkret vom Gericht verfolgten strafbaren Handlungen mitzuwirken (in diesem Fall hätten die Verwaltungsorgane im Dienste der Strafjustiz gehandelt; vgl. Hauer - Keplinger, Sicherheitspolizeigesetz2, S. 61, unter Punkt B.7. zu § 2 SPG).

Diese Qualifikation des Handelns der mit der erkennungsdienstlichen Behandlung des Beschwerdeführers befassten Verwaltungsorgane steht auch im Einklang mit § 22 Abs. 3 zweiter Satz SPG, der zwar anordnet, dass, sobald ein bestimmter Mensch der strafbaren Handlung verdächtig ist, ausschließlich die Bestimmungen der StPO gelten. Die §§ 57 und 58 SPG sowie die Bestimmungen des SPG über den Erkennungsdienst bleiben nach dieser Bestimmung jedoch unberührt (implizit ergibt sich eine gleichartige Qualifikation des betreffenden Verwaltungshandelns auch aus dem hg. Erkenntnis vom 9. Juli 2002, Zi. 2000/01/0423, und dem Erkenntnis des Verfassungsgerichtshofes vom 26. Juni 1997, B 1565/96, VfSlg. Nr. 14.887).

Der Beschwerdeführer wendet sich gegen die Ansicht der belangten Behörde, seine erkennungsdienstliche Behandlung sei ein Akt direkter Befehlsgewalt gewesen und falle daher in die Zuständigkeit des Unabhängigen Verwaltungsenates des Landes Vorarlberg gemäß § 90 Abs. 1 zweiter Satz SPG. Der Gesetzgeber habe in § 90 Abs. 2 zweiter Satz SPG jene Fälle der erkennungsdienstlichen Behandlung gemeint, die durch unmittelbare Befehls- und Zwangsgewalt im Sinne der Befugnisse der Sicherheitsbehörden gemäß § 50 Abs. 1 und Abs. 2 SPG erzwungen werden könnten (der Beschwerdeführer verweist auf die Erläuterungen zu § 90 SPG in der Stammfassung und auf Hauer - Keplinger, SPG2, zu § 90 A). Eine solche Befugnisausübung der Sicherheitsbehörden sei im vorliegenden Fall nicht vorgelegen.

§ 90 Abs. 1 zweiter Satz SPG erfasse nicht jene zahlreichen Fälle, in denen es zur Androhung und Ausübung

unmittelbarer Zwangsgewalt nicht kommen habe müssen, weil die Rechtsunterworfenen die Anordnungen bereits Kraft der den Organen des öffentlichen Sicherheitsdienstes eigenen Autorität befolgt hätten. Wenn die belangte Behörde auf S. 9 ihres Bescheides die Ansicht vertrete, dass die erkennungsdienstliche Behandlung bei Weigerung sofort als Akt unmittelbarer verwaltungsbehördlicher Zwangsgewalt gemäß § 78 SPG auch gegen den Willen und Widerstand des Beschwerdeführers vorgenommen worden wäre, verstöße sie gegen das Überraschungsverbot und bringe einen bislang im Verfahren gar nicht zur Diskussion gestandenen tatsächlichen Aspekt ein.

Im vorliegenden Fall sei der Beschwerdeführer angehalten worden. Hätte er gegenüber den Beamten erklärt, dass er nicht bereit sei, an der erkennungsdienstlichen Behandlung mitzuwirken, so sei als lebensnahe Reaktion der Beamten anzunehmen, dass diese sich zunächst an höherer Stelle erkundigt hätten, ob sie die erkennungsdienstliche Behandlung erzwingen sollten. Es habe ja kein unmittelbarer zeitlicher Handlungsdruck bestanden, da der Beschwerdeführer ohnehin angehalten gewesen sei. Es stehe keineswegs fest, dass die vorgesetzte Dienststelle die Anweisung erteilt hätte, einen Mundhöhlenabstrich gegen den Widerstand des Beschwerdeführers abzunehmen. Es sei unbestritten, dass im vorliegenden Fall keine Androhung oder Ankündigung unmittelbaren Zwanges zur Duldung der erkennungsdienstlichen Maßnahmen stattgefunden habe. Vielmehr habe der Beschwerdeführer auf Grund der Aufforderung durch die Sicherheitsbeamten an der erkennungsdienstlichen Behandlung in dem ihm aufgetragenen Maße mitgewirkt. Der Beschwerdeführer teile die Ansicht der belangten Behörde, dass darin keine Freiwilligkeit im Sinne des § 8 DSG gelegen sei. Es liege aber auch kein Akt der Ausübung unmittelbarer sicherheitsbehördlicher Befehls- und Zwangsgewalt vor, sodass die als lex specialis zu § 88 Abs. 2 SPG zu verstehende Zuständigkeit der belangten Behörde nach § 90 Abs. 1 erster Satz SPG gegeben sei.

Dem Vorbringen kommt im Ergebnis Berechtigung zu:

Die maßgebliche Frage zu diesem Spruchpunkt ist, ob die belangte Behörde die Vorgangsweise der Beamten des Bezirksgendarmeriekommandos Bregenz bei der am 6. Oktober 2003 am Beschwerdeführer vorgenommenen erkennungsdienstlichen Behandlung zu Recht als Ausübung unmittelbarer Befehls- und Zwangsgewalt qualifiziert hat.

Die eingangs wiedergegebenen Sachverhaltsfeststellungen der belangten Behörde enthalten keinen Hinweis darauf, dass sich der Beschwerdeführer nach Aufforderung zur erkennungsdienstlichen Behandlung geweigert hätte, diese vornehmen zu lassen. Der Beschwerdeführer selbst führte in seiner Beschwerde an den Unabhängigen Verwaltungssenat vom 17. November 2003 zum Mundhöhlenabstrich aus, die Beamten hätten erklärt, es sei auch erforderlich, dass er dulde, dass von ihm ein Mundhöhlenabstrich hergestellt werde, was er dann auf Grund der Anordnung über sich ergehen habe lassen.

In der Beschwerde führt der Beschwerdeführer dazu aus, es sei unbestritten dass Gegenstand des vorliegenden Verfahrens keine Androhung oder Ankündigung unmittelbaren Zwanges zur Duldung erkennungsdienstlicher Maßnahmen gewesen sei. Vielmehr habe der Beschwerdeführer auf Grund der Aufforderung durch die Sicherheitsbeamten an der erkennungsdienstlichen Behandlung in dem ihm aufgetragenen Maße mitgewirkt. Darin liege seiner Meinung nach keine Freiwilligkeit. Es liege aber auch kein Akt der Ausübung unmittelbarer sicherheitsbehördlicher Befehls- und Zwangsgewalt vor, sodass die als lex specialis zu § 88 Abs. 2 SPG zu verstehende Zuständigkeit der belangten Behörde nach § 90 Abs. 1 erster Satz SPG gegeben sei.

Die belangte Behörde begründete das Vorliegen der Ausübung einer unmittelbaren verwaltungsbehördlichen Befehls- und Zwangsgewalt insbesondere damit, dass das SPG in § 65 Abs. 4 nicht nur zur Duldung, sondern sogar zur Mitwirkung an einer gesetzmäßig angeordneten erkennungsdienstlichen Behandlung verpflichte. Wo das Gesetz eine Verpflichtung auferlege, bleibe nach Ansicht der belangten Behörde für eine freie Willensbildung kein Raum. Bei einem behördlich Angehaltenen entfalle überdies gemäß § 77 Abs. 2 zweiter Satz SPG die bescheidmäßige Auferlegung der Verpflichtung zur Mitwirkung gemäß § 65 Abs. 4 SPG. Dies offensichtlich deshalb, weil es in Anhaltefällen a priori keine Freiwilligkeit geben könne und die während der Anhaltung vorgenommenen Maßnahmen in dieser aufgingen. Nach Ansicht der belangten Behörde sei im Beschwerdefall die Pflicht des Beschwerdeführers, sich gemäß § 65 Abs. 4 SPG einer erkennungsdienstlichen Behandlung zu unterziehen, durch einen Akt direkter Befehlsgewalt (Vorführung gemäß § 77 Abs. 4 SPG) konkretisiert worden. Nach Ansicht der belangten Behörde sei davon auszugehen, dass die erkennungsdienstliche Behandlung bei Weigerung sofort als Akt unmittelbarer verwaltungsbehördlicher Zwangsgewalt gemäß § 78 SPG auch gegen den Willen und Widerstand des Beschwerdeführers vorgenommen worden wäre. Dies beweise auch die Stellungnahme der belangten Behörde vom 14. Mai 2004, in der wörtlich ausgeführt werde, dass

dann, wenn der Beschwerdeführer nicht freiwillig mitgewirkt hätte, die Ermittlung der Daten durch die Ausübung verwaltungsbehördlicher Befehls- und Zwangsgewalt erfolgt wäre. Ausgehend von der Diktion des Gesetzes (§ 65 Abs. 1 SPG, § 65 Abs. 4, § 77 Abs. 2 und § 77 Abs. 4 SPG) müsste nach Ansicht der belangten Behörde davon ausgegangen werden, dass ein in Haft genommener Mensch sich grundsätzlich nicht freiwillig einer erkennungsdienstlichen Behandlung unterziehe, es sei denn es gebe ausreichende Beweise dafür, die das Gegenteil bewiesen.

Eine Ausübung unmittelbarer Befehls- und Zwangsgewalt liegt nur dann vor, wenn einseitig in subjektive Rechte des Betroffenen eingegriffen wird. Ein derartiger Eingriff liegt im Allgemeinen dann vor, wenn physischer Zwang ausgeübt wird oder die unmittelbare Ausübung physischen Zwanges bei Nichtbefolgung eines Befehls droht (vgl. Walter - Mayer, Bundesverfassungsrecht9, S. 272, Rz. 610). Es muss ein Verhalten vorliegen, das als "Zwangsgewalt", zumindest aber als - spezifisch verstandene - Ausübung von "Befehlsgewalt" gedeutet werden kann. Weil das Gesetz auf Befehle, also auf normative Anordnungen abstellt, sind behördliche Einladungen zu einem bestimmten Verhalten auch dann nicht tatbildlich, wenn der Einladung Folge geleistet wird (vgl. Hauer - Keplinger, Sicherheitspolizeigesetz2, Kommentar, S. 669, Punkt B.6.4. zu § 88 SPG und die dort angeführte hg. Judikatur). Die subjektive Annahme einer Gehorsampflicht ändert noch nichts am Charakter einer Aufforderung zum freiwilligen Mitwirken (vgl. das bereits zitierte Erkenntnis des Verfassungsgerichtshofes vom 26. Juni 1997, das eine erkennungsdienstliche Behandlung in der Form betroffen hat, dass die minderjährige Beschwerdeführerin der Aufforderung zur Abnahme der Fingerabdrücke und zur Erstellung von Fotografien gefolgt ist, weil sie annahm, sie sei dazu verpflichtet). Als unverzichtbares Merkmal eines Verwaltungsaktes in der Form eines Befehls gilt nach ständiger Rechtsprechung, "dass dem Befehlsadressaten eine bei Nichtbefolgung unverzüglich einsetzende physische Sanktion angedroht wird" (vgl. dazu die in Hauer - Keplinger, Sicherheitspolizeigesetz2, S. 669 unter Punkt B.6.4. angeführte hg. Judikatur).

Gerade die zuletzt angeführte Voraussetzung ist nach dem Vorbringen des Beschwerdeführers im Verwaltungsverfahren und in der Beschwerde, aber auch nach der Stellungnahme der Bezirkshauptmannschaft Bregenz im Verwaltungsverfahren und im verwaltungsgerichtlichen Verfahren nicht vorgelegen. Die belangte Behörde hatte zur konkreten Vorgangsweise der Verwaltungsorgane des Bezirksgendarmeriekommandos Bregenz nicht näher ermittelt, was angesichts der nunmehr vorliegenden Stellungnahmen des Beschwerdeführers und der betroffenen Behörde nicht mehr von Relevanz für eine allfällige Aufhebung des angefochtenen Bescheides aus diesem Grund ist. Der Beschwerdeführer nahm vielmehr - wie die Beschwerdeführerin in dem Verfahren, das zu dem Erkenntnis des Verfassungsgerichtshofes vom 26. Juni 1997 geführt hat - an, er müsse der Aufforderung der Beamten zur erkennungsdienstlichen Behandlung Folge leisten.

Es kann auch keine Rede davon sein, dass im vorliegenden Fall eine Vorführung des Beschwerdeführers im Sinne des § 77 Abs. 4 SPG vorgenommen wurde, auch wenn die Bezirkshauptmannschaft Bregenz in der Stellungnahme den Ausdruck "vorgeführt" in der Darstellung des Sachverhaltes verwendet hat. Dabei ist das System des § 77 SPG im Falle der Vornahme einer erkennungsdienstlichen Behandlung zu berücksichtigen. Nach Abs. 1 dieser Bestimmung ist der betreffende Mensch, der einer erkennungsdienstlichen Behandlung unterzogen werden soll, unter Bekanntgabe des maßgeblichen Grundes formlos dazu aufzufordern (Abs. 1). Kommt der Betroffene der Aufforderung nach Abs. 1 nicht nach, so ist ihm die Verpflichtung gemäß § 65 Abs. 4 bescheidmäßig aufzuerlegen, wogegen keine Berufung zulässig ist. Eines Bescheides bedarf es aber - wie im vorliegenden Fall - dann nicht, wenn der Betroffene auch aus dem für die erkennungsdienstliche Behandlung maßgeblichen Grunde angehalten wird (§ 77 Abs. 2 SPG). Kommt der Betroffene in letzterem Falle der Aufforderung gemäß Abs. 1 nicht nach, steht der Behörde die Möglichkeit offen, die gesetzliche Mitwirkungsverpflichtung (§ 65 Abs. 4 SPG) gegen den Betroffenen allenfalls mittels Ausübung einer unmittelbaren verwaltungsbehördlichen Befehls- und Zwangsgewalt gemäß § 77 Abs. 4 i.V.m. § 78 SPG durchzusetzen. Der Behörde steht danach nach Weigerung des Betroffenen, die erkennungsdienstliche Behandlung durchführen zu lassen, die Möglichkeit offen, ihm anzudrohen, dass er gemäß § 77 Abs. 4 SPG zur erkennungsdienstlichen Behandlung vorgeführt werde. Schon die Androhung von physischer Gewalt im Fall, dass der Aufforderung nicht Folge geleistet werde, stellt die Ausübung unmittelbarer Befehlsgewalt dar. Eine derartige Androhung physischer Gewalt ist von den amtshandelnden Organen im vorliegenden Fall nicht ausgesprochen worden.

Es kann somit die Ansicht der belangten Behörde nicht geteilt werden, dass die verfahrensgegenständliche erkennungsdienstliche Behandlung im Rahmen der Ausübung einer unmittelbaren verwaltungsbehördlichen Befehls- und Zwangsgewalt vorgenommen worden wäre. Soweit sich die belangte Behörde auch auf das hg. Erkenntnis vom

16. Februar 2000, Zl. 96/01/0570, VwSlg. Nr. 15.344/A, berufen hat, ist festzustellen, dass der in diesem Beschwerdefall maßgebliche Sachverhalt mit dem vorliegenden nicht vergleichbar ist. Es kann nach Ansicht des Verwaltungsgerichtshofes im vorliegenden Fall nicht von einer Aufforderung an den Beschwerdeführer zu einem bestimmten Verhalten gesprochen werden, die mit einer - wenn auch unausgesprochenen, aber nach der gesamten Situation als gegeben anzunehmenden - Drohung allfälliger Gewaltanwendung verbunden war, was vom Verwaltungsgerichtshof in dem verwiesenen Beschwerdefall wie eine ausdrückliche Androhung einer physischen Sanktion im Falle der Nichtbefolgung eines Befehls gewertet wurde.

Der Beschwerdeführer ist zu Recht der Ansicht, dass sich § 90 Abs. 1 SPG in der Fassung BGBl. I Nr. 146/1999 als lex specialis zu § 88 Abs. 2 SPG darstellt, weshalb im Anwendungsbereich des § 90 Abs. 1 SPG in der angeführten Fassung § 88 Abs. 2 SPG nicht zum Tragen kommt (vgl. das hg. Erkenntnis vom 9. Juli 2002, Zl. 2000/01/0423), sowie, die SPG-Novelle 2002 berücksichtigend, das hg. Erkenntnis vom 9. Mai 2006, Zl. 2004/01/0086).

Die belangte Behörde ist daher zu Unrecht davon ausgegangen, dass sie für die verfahrensgegenständliche Beschwerde wegen Verletzung im Recht auf Geheimhaltung schutzwürdiger personenbezogener Daten durch die erkundungsdienstliche Behandlung des Beschwerdeführers am 6. Oktober 2003 gemäß § 90 Abs. 1 SPG nicht zuständig sei. Spruchpunkt 1. des angefochtenen Bescheides erweist sich somit als inhaltlich rechtswidrig.

## 2. Zu Spruchpunkt 2. (Recht auf Löschung):

Gemäß § 27 Abs. 1 erster, vierter und fünfter Satz Datenschutzgesetz 2000 - DSG 2000, BGBl. I Nr. 165/1999, hat jeder Auftraggeber unrichtige oder entgegen den Bestimmungen dieses Bundesgesetzes verarbeitete Daten richtig zu stellen oder zu löschen, und zwar

1. aus eigenem, sobald ihm die Unrichtigkeit von Daten oder die Unzulässigkeit ihrer Verarbeitung bekannt geworden ist, oder

2. auf begründeten Antrag des Betroffenen.

Sobald Daten für den Zweck der Datenanwendung nicht mehr benötigt werden, gelten sie als unzulässig verarbeitete Daten und sind zu löschen, es sei denn, dass ihre Archivierung rechtlich zulässig ist und dass der Zugang zu diesen Daten besonders geschützt ist. Die Weiterverwendung von Daten für einen anderen Zweck ist nur zulässig, wenn eine Übermittlung der Daten für diesen Zweck zulässig ist; die Zulässigkeit der Weiterverwendung für wissenschaftliche oder statistische Zwecke ergibt sich aus den §§ 46 und 47.

Gemäß § 31 Abs. 2 DSG 2000 ist die Datenschutzkommission zur Entscheidung über behauptete Verletzungen der Rechte eines Betroffenen u.a. auf Löschung nach diesem Bundesgesetz dann zuständig, wenn der Betroffene seine Beschwerde gegen einen Auftraggeber des öffentlichen Bereichs richtet, der nicht als Organ der Gesetzgebung oder der Gerichtsbarkeit tätig ist.

Gemäß § 7 Abs. 1 DSG 2000 dürfen Daten nur verarbeitet werden, soweit Zweck und Inhalt der Datenanwendung von den gesetzlichen Zuständigkeiten oder rechtlichen Befugnissen des jeweiligen Auftraggebers gedeckt sind und die schutzwürdigen Geheimhaltungsinteressen der Betroffenen nicht verletzen.

Gemäß Abs. 3 dieser Bestimmung setzt die Zulässigkeit einer Datenverwendung voraus, dass die dadurch verursachten Eingriffe in das Grundrecht auf Datenschutz nur im erforderlichen Ausmaß und mit den gelindesten zur Verfügung stehenden Mitteln erfolgen und dass die Grundsätze des § 6 eingehalten werden.

Für die Frage der Gesetzmäßigkeit der verfahrensgegenständlichen erkundungsdienstlichen Behandlung des Beschwerdeführers und der Ermittlung der daraus gewonnenen personenbezogenen Daten sind die diesbezüglichen Bestimmungen des SPG, die §§ 64 ff, maßgeblich. Die §§ 64, 65 und 77 SPG wurden bereits zu Punkt 1. wiedergegeben.

Darüber hinaus ist folgende Anordnung des SPG im vorliegenden Zusammenhang von Bedeutung:

§ 67 SPG i.d.F. BGBl. I Nr. 146/1999 sieht betreffend die Zulässigkeit von DNA-Untersuchungen Folgendes vor:

"DNA-Untersuchungen

§ 67. (1) Die DNA eines Menschen darf im Rahmen seiner erkundungsdienstlichen Behandlung ermittelt werden, wenn der Betroffene in Verdacht steht, einen gefährlichen Angriff begangen zu haben, und wenn in Hinblick auf diese Tat oder die Persönlichkeit des Betroffenen erwartet werden kann, dieser werde bei Begehung weiterer gefährlicher

Angriffe Spuren hinterlassen, die seine Wiedererkennung auf Grund der ermittelten genetischen Information ermöglichen würden. ...

(1a) ...

(2) Genetische Information, die durch erkennungsdienstliche Maßnahmen ermittelt wurde, darf ausschließlich für Zwecke des Erkennungsdienstes ausgewertet werden. Die molekulargenetische Untersuchung hat durch einen Dienstleister zu erfolgen, dem zwar das gesa

**Quelle:** Verwaltungsgerichtshof VwGH, <http://www.vwgh.gv.at>

© 2026 JUSLINE

JUSLINE® ist eine Marke der ADVOKAT Unternehmensberatung Greiter & Greiter GmbH.

[www.jusline.at](http://www.jusline.at)