

WIEN / 15. Mai 2018

Stellungnahme

Ministerialentwurf betreffend Bundesgesetz, mit dem das Niederlassungs- und Aufenthaltsgesetz, das Fremdenpolizeigesetz 2005, das Asylgesetz 2005, das BFA-Verfahrensgesetz, das BFA-Einrichtungsgesetz, das Grundversorgungsgesetz – Bund 2005, das Staatsbürgerschaftsgesetz 1985, das Universitätsgesetz 2002 und das Ausländerbeschäftigungsgesetz geändert werden (Fremdenrechtsänderungsgesetz 2018 – FrÄG 2018 – 38/ME, XXVI. GP)

Für epicenter.works

Mag.^a Angelika Adensamer, MSc

Alina Hanel, BA

Dipl.-Ing. Lukas Daniel Klausner, BSc

Mag. Dr. Heinrich Rene Pecina



Inhaltsverzeichnis

Einschränkung der ärztlichen Schweigepflicht.....	2
Abnahme und Auswertung von Datenträgern.....	3
Digitale Hausdurchsuchung.....	3
Fehlende Löschpflichten.....	4
Fehlende Aussagekraft als Beweismittel.....	4
Übermittlung von Daten zum Zweck der Strafverfolgung.....	4
Gleichheitswidrigkeit.....	5
Kosten und Erfahrungen in Deutschland.....	5
Datenschutz und Privatsphäre: Menschenrechte für alle.....	6

Epicenter.works nimmt zum Ministerialentwurf Fremdenrechtsänderungsgesetz – FrÄG 2018 (38/ME)¹ wie folgt Stellung:

EINSCHRÄNKUNG DER ÄRZTLICHEN SCHWEIGEPFLICHT

Zu Artikel 2 Z 18 (§ 46 Abs 7 FPG)

Ärztinnen und Ärzte einer Krankenanstalt sollen dazu verpflichtet werden, dem Bundesamt für Fremdenwesen und Asyl (BFA) auf Anfrage Auskunft über einen feststehenden oder voraussichtlichen Zeitpunkt der Entlassung ihrer Patientinnen und Patienten zu geben, wenn deren Abschiebung zeitnah bevorsteht.

Diese Bestimmung ist unverhältnismäßig und verletzt daher das Grundrecht auf Achtung der Privatsphäre nach Art 8 EMRK und Art 7 GRC, das Recht auf Datenschutz nach § 1 DSG und Art 8 GRC. Dadurch, dass damit Asylwerberinnen und Asylwerber schlechter gestellt werden als andere Personen, wird auch das Verbot der Benachteiligung nach Art 8 i. V. m. 14 EMRK verletzt.

Jede Verpflichtung, die sich an Ärztinnen und Ärzte richtet, Daten ihrer Patientinnen und Patienten weiterzugeben, erschüttert das Funktionieren der Gesundheitsversorgung und das Vertrauen in den medizinischen Berufsstand. Es ist wichtig, mit einer Vertrauensperson offen und ehrlich über den eigenen gesundheitlichen Zustand sprechen zu können. Die vorliegende Bestimmung würde dazu führen, dass Patientinnen und Patienten, die Angst vor einer Abschiebung haben, die Krankenanstalt zu früh verlassen oder sie gar nicht erst aufsuchen. Dadurch ist auch das Recht auf Leben gem. Art 2 EMRK berührt.

Nach den Erläuterungen geht der Gesetzgeber wohl davon aus, dass die Regelung mit der Verschwiegenheitspflicht von Ärztinnen und Ärzten aufgrund des § 54 Abs 3 Z 4 lit b ÄrzteG

¹ https://www.parlament.gv.at/PAKT/VHG/XXVI/ME/ME_00038/index.shtml.

(Interessenabwägung aus Gründen der Rechtspflege) vereinbar sei (vgl. Erläuterungen 38/ME XXVI. GP S. 13).² Dieser Ansicht ist nicht zuzustimmen, da bei einer Interessenabwägung zwischen der Verschwiegenheitspflicht von Ärztinnen und Ärzten einerseits und materiellen bzw. organisatorischen Aufwendungen des Staates zur Durchführung einer Abschiebung andererseits, zweiterem nicht der Vorrang gegeben werden kann.

In diesem Kontext ist auf eine Stellungnahme der Ärztekammer zu ihrem Berufsgeheimnis zu verweisen:

„Zu beachten ist dabei, dass das ärztliche Berufsgeheimnis nicht nur die Privatsphäre der Patientin bzw. des Patienten schützt, sondern vor allem auch dem Schutz von Leib und Leben dient. Ein höherwertigeres Interesse, das eine Durchbrechung des Berufsgeheimnisses rechtfertigt, kann daher nicht im Schutz materieller Güter liegen, sondern nur dann gegeben sein, wenn die Wahrung des Berufsgeheimnisses ebenfalls Leib und Leben von Personen gefährdet. Die Gefahr für Leib und Leben von Menschen muss auch ähnlich wahrscheinlich, das heißt sehr konkret sein. Schließlich ist auch Voraussetzung für die Offenbarung des Berufsgeheimnisses, dass sie einziges Mittel ist, die Gefahr abzuwenden.“³

Da in diesem Fall die Wahrung des Berufsgeheimnisses keine Gefahr für Leib und Leben von Menschen darstellt, ist eine Einschränkung abzulehnen.

ABNAHME UND AUSWERTUNG VON DATENTRÄGERN

Zu Artikel 4 Z 9 – 1 6 (§§ 35a, 38 und 39a BFA-VG)

Diese Bestimmungen sehen vor, dass Asylwerberinnen und Asylwerber durchsucht werden dürfen (§ 38 BFA-VG) und ihnen Datenträger als Beweismittel über die Identität der betroffenen Person, ihre Staatsangehörigkeit, ihre Reiseroute oder ihre Fluchtgründe durch Organe des öffentlichen Sicherheitsdienstes abgenommen werden dürfen (§ 39 Abs 1 BFA-VG). Gem. § 39a BFA-VG sollen die Daten, die sich auf einem sichergestellten Datenträger befinden, ausgewertet und kopiert werden dürfen.

Es ist keine Einschränkung auf bestimmte Arten von Datenträgern vorgesehen, darunter können also Mobiltelefone genauso wie USB-Sticks, Fotoapparate usw. fallen.⁴ Die Abnahme und Auswertung von Datenträgern soll als Ultima Ratio zum Zweck der Feststellung der Identität und der Reiseroute möglich sein. Weiters sollen die Daten zum Zweck der Strafverfolgung den Strafverfolgungsbehörden übermittelt werden können.

Diese Bestimmung stellen eine Verletzung des Rechts auf ein faires Verfahren nach Art 6 EMRK und des Rechts auf Achtung der Privatsphäre nach Art 8 EMRK und Art 7 GRC sowie des Rechts auf Datenschutz nach § 1 DSG und Art 8 GRC dar.

Digitale Hausdurchsuchung

Nach dieser Bestimmung könnten jegliche Daten ohne Einschränkung nach ihrer Art oder ihrem (vermuteten) Inhalt verarbeitet werden. Es darf eine komplette Sicherungskopie erstellt werden, ohne eine Pflicht, Daten wieder zu löschen, die offensichtlich nicht den gesetzlich vorgesehenen Zwecken,

2 https://www.parlament.gv.at/PAKT/VHG/XXVI/ME/ME_00038/fname_690126.pdf.

3 Müller Dieter, Wann darf die ärztliche Schweigepflicht durchbrochen werden? <https://www.aekstmk.or.at/507?articleId=5598>.

4 Vgl. dazu auch die Erläuterungen, S. 29.

also der Feststellung der Identität und der Feststellung der Fluchtroute, dienen. Auch eine Interessenabwägung ist nicht vorgesehen. Somit geht diese Befugnis weit über das notwendige Maß hinaus und ist unverhältnismäßig und überschießend.⁵

Auf Mobiltelefonen sind oft Fotos, Notizen, Gesprächsinhalte, Browser-Chroniken, Geodaten, Rufnummern, Apps, Anruflisten, u. v. m. gespeichert. Aus diesen Daten ergibt sich potenziell ein komplettes Persönlichkeitsprofil. Die Verarbeitung dieser Daten greift damit besonders intensiv in den Persönlichkeitsbereich von Menschen ein. Das Ziel, die Identität bzw. Reiseroute festzustellen, kann einen derartigen Eingriff – Kopie aller Daten ohne Unterschied und die Abnahme des Gerätes zum Zweck der Speicherung – nicht rechtfertigen.

Fehlende Löschpflichten

In § 39a Abs 3 BFA-VG ist vorgesehen, dass dem oder der Fremden die Datenträger unverzüglich zurückzustellen sind, sobald sie für die Auswertung nicht mehr erforderlich sind. Das greift jedoch insofern zu kurz, als die Sicherungskopie des Datenträgers bei der Behörde verbleibt. Es fehlt eine besondere Bestimmung darüber, unter welchen Voraussetzungen die Sicherungskopie gelöscht werden muss und wann der oder die Fremde eine Löschung der durchgeführten Sicherungskopie verlangen darf.

Fehlende Aussagekraft als Beweismittel

Die Maßnahme scheint außerdem ungeeignet, um die Reiseroute von Geflüchteten zu belegen, da Mobiltelefone leicht weitergegeben werden können. Auch der UNHCR stellt in seiner Stellungnahme fest, dass während einer langen Flucht Mobiltelefone oft von mehreren Menschen verwendet werden.⁶ Selbst wenn sich also auf einem Smartphone Geodaten aus einem Dublin-Ersteinreiseland befinden, kann daraus nicht geschlossen werden, dass das Handy zu diesem Zeitpunkt schon im Besitz der antragstellenden Person war. Es ist daher auch fraglich, ob jene Staaten, in die die Dublin-Abschiebung erfolgen soll, die ausgewerteten Handydaten überhaupt als ausreichenden Beweis anerkennen würden.

Übermittlung von Daten zum Zweck der Strafverfolgung

Besonders problematisch ist auch die geplante Befugnis in § 39a Abs 4 BFA-VG, nach der auch die Weitergabe der erhobenen Daten zum Zweck der Strafverfolgung an die für die Strafverfolgung zuständigen Behörden erlaubt werden soll. Damit werden die Regeln des Ermittlungsverfahrens nach der StPO umgangen.⁷ Grundsätzlich müssen die Ermittlungsbefugnisse der StPO nach dem Prinzip der Verhältnismäßigkeit eingesetzt werden. Das bedeutet z. B., dass beim Verdacht auf weniger schwer wiegende Straftaten besonders eingriffsintensive Ermittlungsbefugnisse nicht zulässig sind. Darüber hinaus gibt es in § 140 StPO Beweisverwertungsverbote, die es verbieten, Beweise zum Nachweis von Straftaten zu verwenden, deretwegen die Ermittlungsmaßnahme nicht angeordnet hätte werden dürfen. Ohne ein solches Beweisverwertungsverbot ist die vorliegende Bestimmung eine Umgehung

5 Siehe dazu auch die Stellungnahme des UNHCR, S. 17, http://www.unhcr.org/dach/wp-content/uploads/sites/27/2018/05/AT_UNHCR_FrAEG_2018.pdf.

6 Stellungnahme des UNHCR, S. 19, http://www.unhcr.org/dach/wp-content/uploads/sites/27/2018/05/AT_UNHCR_FrAEG_2018.pdf.

7 Siehe dazu auch die Stellungnahme des UNHCR, S. 19, http://www.unhcr.org/dach/wp-content/uploads/sites/27/2018/05/AT_UNHCR_FrAEG_2018.pdf.

der Grundsätze der Strafprozessordnung und stellt eine Verletzung des Rechts auf ein faires Verfahren nach Art 6 EMRK dar.

Gleichheitswidrigkeit

Der verfassungsrechtlich in Art 7 B-VG iVm Art 2 StGG verankerte Grundsatz der Gleichheit verbietet willkürliche und unsachliche Differenzierungen (vgl. VfSlg 3197 u. a.). Demnach muss Gleiches gleich und Ungleiches ungleich behandelt werden. Der vorliegende Entwurf widerspricht dem insofern, als ein Wertungswiderspruch im Vergleich zwischen der Behandlung von einer Straftat Verdächtigen mit der Behandlung von Asylwerberinnen und Asylwerbern vorliegt. Während im kriminalpolizeilichen Ermittlungsverfahren strenge Voraussetzungen für die Verarbeitung höchstpersönlicher Daten vorliegen müssen, soll dies im Asylverfahren schon einfacher möglich sein, und das obwohl die davon Betroffenen weder Verdächtige noch Beschuldigte sind noch auf sonstige Weise mit Verbrechen in Verbindung stehen.

Kosten und Erfahrungen in Deutschland

In Deutschland hat das Bundesamt für Migration und Flüchtlinge (BAMF) seit 2017 die rechtliche Möglichkeit, Mobiltelefone von Geflüchteten im Bedarfsfall auszuwerten, um so Hinweise auf Herkunftsland oder Identität zu erhalten, insbesondere in Ermangelung entsprechender Dokumente. Im Gesetz ist hierfür eine Mitwirkungspflicht der Geflüchteten vorgesehen, sie müssen ihre Handys also für die deutschen Behörden entsperren und zur Verfügung stellen.

Der tatsächliche Nutzen dieses schwerwiegenden Eingriffs in die Privatsphäre der Geflüchteten wird auch in Deutschland als mehr als fragwürdig empfunden und auch die Kosten sind bedeutend höher als ursprünglich projiziert. Bislang wurde in knapp unter 9.000 Fällen ein Mobiltelefon oder vergleichbares Gerät ausgelesen, aber nur in rund 900 Fällen wurden die resultierenden Daten als aktenrelevant erachtet und im Asylverfahren auch tatsächlich genutzt. Die ursprünglich projizierten Kosten für den Zeitraum 2017–2020 betragen 3,2 Millionen Euro, auf Nachfrage des FOCUS Online gab das BAMF aber Anfang 2018 an, nun bereits mit tatsächlichen Kosten von mindestens 9,4 Millionen Euro für diesen Zeitraum zu rechnen.⁸ Bei aliquoter Fortschreibung der Fallzahlen bis 2020 käme man auf 3.600 verfahrensrelevante Auswertungen, was Fallzahlkosten von € 2.600 ergibt.

Vor dem Hintergrund dieser Vergleichswerte erscheint auch die Darstellung der finanziellen Auswirkungen in der wirkungsorientierten Folgenabschätzung des Gesetzes als sehr zweifelhaft. Einerseits werden schon die generell anzunehmenden Kosten mit 1,3 Millionen Euro deutlich zu gering eingeschätzt,⁹ andererseits wird in keiner Form berücksichtigt, dass das Auslesen von Mobiltelefonen und anderen Datenträgern jährlichen Programmieraufwand bedeutet, um auf dem Stand der Technik zu bleiben – sofern dies im Zuge weiterer Verbesserungen in der Sicherheitsarchitektur und Verschlüsselung solcher Geräte überhaupt möglich ist.

8 https://www.focus.de/politik/deutschland/obwohl-technik-selten-eingesetzt-wird-kritik-am-bamf-auslesen-von-fluechtlingshandys-kostet-doppelt-so-viel-wie-gedacht_id_8789030.html.

9 Siehe dazu das Vorblatt und die WFA, S. 12 ff.

DATENSCHUTZ UND PRIVATSPHÄRE: MENSCHENRECHTE FÜR ALLE

Das Recht auf Achtung der Privatsphäre und das Recht auf Datenschutz sind Rechte, die für alle Menschen gelten, egal woher sie sind, und welchen Aufenthaltsstatus sie haben. Gerade für Menschen auf der Flucht ist die Wahrung dieser Rechte besonders wichtig. Wer in seinem Heimatstaat verfolgt wird, hat ein besonderes Interesse daran, dass Details über die Flucht, oder auch über das Verhalten, das die Verfolgung ausgelöst hat (sei es politische Betätigung, Religionszugehörigkeit, aber auch sexuelle Orientierung) geheim bleibt. Gelangen solche sensiblen Informationen wieder zurück in das Heimatland, kann dies für Angehörige, die sich noch dort befinden, oder auch im Fall einer Abschiebung für die Person selbst lebensgefährliche Konsequenzen haben. Das Recht auf informationelle Selbstbestimmung kann hier über Leben und Tod entscheiden. Gerade im Bereich der Grundrechte darf es nicht zu einer Zwei-Klassen-Gesellschaft kommen.