

Geschäftszeichen:

LVwG-2024/12/2131-5

Ort, Datum:

Innsbruck, 03.12.2024

IM NAMEN DER REPUBLIK

Das Landesverwaltungsgericht Tirol erkennt durch seine Richterin Dr.ⁱⁿ Kroker über die Beschwerde des AA, geb. am xx.xx.xxxx, vertreten durch Rechtsanwalt BB, Adresse 1, **** Z, wegen Ausübung unmittelbarer verwaltungsbehördlicher Befehls- und Zwangsgewalt im Zusammenhang mit einer erkennungsdienstlichen Behandlung am 14.08.2024 in der Landespolizeidirektion Tirol, LKA Tirol, Adresse 2, **** Z, durch ein - der belangten Behörde Landespolizeidirektion Tirol zurechenbares - Organ des öffentlichen Sicherheitsdienstes, nach Durchführung einer mündlichen Verhandlung

zu Recht:

1. Der Maßnahmenbeschwerde wird **Folge gegeben** und es wird **festgestellt**, dass die **Androhung der zwangsweisen Durchsetzung** der erkennungsdienstlichen Behandlung vom 14.08.2024 um 10:10 Uhr und die von Organen der belangten Behörde zwischen 10:10 Uhr und 10:30 Uhr gegen den Willen des Beschwerdeführers durchgeführte **erkennungsdienstliche Behandlung samt DNA-Untersuchung** in der LPD Tirol, LKA Tirol, Adresse 2 in Z **rechtswidrig** sind.
2. Der **Antrag auf Anordnung**, dass die ermittelten erkennungsdienstlichen Daten unverzüglich **zu löschen** sind und der Beschwerdeführer von dieser Löschung zu verständigen ist, wird wegen Unzuständigkeit **zurückgewiesen**.
3. Gemäß § 35 Abs 2, 4 und 7 VwGVG in Verbindung mit § 1 Z 1 und Z 2 der VwG-Aufwandersatzverordnung, BGBl II Nr 517/2013, wird dem Antrag des Beschwerdeführers auf Ersatz seiner Aufwendungen **Folge gegeben**. Die belangte Behörde Landespolizeidirektion Tirol (Rechtsträger Bund) hat dem Beschwerdeführer als Ersatz für den Schriftsatzaufwand Euro 737,60, als Ersatz für den Verhandlungsaufwand Euro 922,00, als Ersatz für die Eingabegebühr Euro 30,00 - sohin gesamt Euro 1.689,60 - binnen zwei Wochen nach Zustellung dieses Erkenntnisses **zu ersetzen**.

4. Die **ordentliche Revision** ist gemäß Art 133 Abs 4 B-VG **nicht zulässig**.

Entscheidungsgründe

I. Verfahrensgang, Beschwerdevorbringen, mündliche Verhandlung:

In seiner Maßnahmenbeschwerde vom 14.08.2024 erachtet sich der Beschwerdeführer zusammengefasst durch die von einem Organ des öffentlichen Sicherheitsdienstes auf der LPD Tirol, LKA Tirol, Adresse 2 in Z, getätigte Aufforderung zur erkennungsdienstlichen Behandlung und die tatsächliche Durchführung samt DNA-Abstrich in seinen Grundrechten auf körperliche Integrität, Privatsphäre und Datenschutz verletzt.

Der Beschwerdeführer sei für den 14.08.2024 zur Vornahme einer Beschuldigteneinvernahme auf die LPD Tirol geladen worden. Vor der Beschuldigtenvernehmung sei dem Beschwerdeführer durch einen Beamten mitgeteilt worden, dass gegen ihn der Verdacht eines Vergehens nach § 27 SMG bestehe. Durch Observationsmaßnahmen im Zuge eines anderen Verfahrens sei dieser beobachtet worden, wie er mehrfach zum Haus der observierten Person gefahren sei. Folglich bestehe der Verdacht, dass der Beschwerdeführer zum Abnehmerkreis gehöre und er zum persönlichen Gebrauch Suchtgift erworben und besessen habe. Der Beschwerdeführer habe bezüglich den Vorwürfen von seinem Recht Gebrauch gemacht, sich nicht zu äußern.

In weiterer Folge sei dem Beschwerdeführer mitgeteilt worden, dass er nun erkennungsdienstlich behandelt werde. Dieser habe sich daraufhin ausdrücklich gegen diese Behandlung ausgesprochen. Daraufhin sei ihm vom Beamten mitgeteilt worden, dass bei Nichtbefolgung die Maßnahme zwangsweise durchgesetzt werden könne. Eine konkrete Rechtsgrundlage für die Durchführung der erkennungsdienstlichen Behandlung sei dem Beschwerdeführer trotz Nachfrage nicht mitgeteilt worden. Im Zuge der erkennungsdienstlichen Behandlung sei auch die Abnahme eines DNA-Abstriches erfolgt. Die von dem Beamten angekündigten Informationsblätter betreffend die erkennungsdienstliche Behandlung seien dem Beschwerdeführer erst nach Beendigung der Maßnahme ausgehändigt worden.

Die gegenständliche Aufforderung zur Mitwirkung an einer erkennungsdienstlichen Behandlung und die tatsächliche Durchführung samt DNA-Abstrich gegen den Willen des Beschwerdeführers könne sich nicht auf das Sicherheitspolizeigesetz stützen. Der Beschwerdeführer habe weder Suchtgift erworben noch besessen. Folglich habe er auch keine strafbare Handlung begangen. Weiters hätte dem Beschwerdeführer vor der Durchführung einer erkennungsdienstlichen Behandlung ein Bescheid mit der Ladung gemäß § 77 SPG übermittelt werden müssen, da dieser sich gegen die Maßnahme ausgesprochen habe. Ebenso hätten ihm die maßgeblichen Gründe mitgeteilt werden müssen, auf die sich die Durchführung der erkennungsdienstlichen Behandlung stütze. Eine Ladung zur erkennungsdienstlichen Behandlung samt den maßgeblichen Gründen, sei nicht nur aufgrund der Anwesenheit des Beschwerdeführers in der Dienststelle obsolet. Der Beschwerdeführer habe keine mit gerichtlicher Strafe bedrohte Handlung begangen. Auch

liege kein begründeter Tatverdacht vor, nur weil er sich mit einer strafgerichtlich verdächtigen Person getroffen habe.

Aber auch wenn davon ausgegangen werde, der Beschwerdeführer habe eine mit gerichtlicher Strafe bedrohte Handlung begangen, würden die weiteren Voraussetzungen nicht vorliegen: Der Beschwerdeführer sei offenkundig nicht im Rahmen einer kriminellen Verbindung tätig geworden. Eine erkennungsdienstliche Behandlung aufgrund der Art oder Ausführung der Tat oder der Persönlichkeit des Betroffenen zur Vorbeugung weiterer gefährlicher Angriffe sei ebenso wenig erforderlich gewesen. Der Erwerb oder Besitz von Suchtmitteln zum ausschließlichen persönlichen Gebrauch sei vom Begriff des gefährlichen Angriffs nach § 16 Abs 2 Z 4 SPG ausgenommen. Betreffend die erkennungsdienstliche Behandlung nach § 67 Abs 1 SPG sei seitens der belangten Behörde keine Prognose dahingehend vorgenommen worden, inwiefern der unbescholtene Beschwerdeführer bei angeblichen (zukünftigen) Taten Spuren hinterlassen werde, die seine Wiedererkennung aufgrund der ermittelten genetischen Informationen ermöglichen würde.

Abschließend beantragte der Beschwerdeführer, dass der Beschwerde Folge gegeben und festgestellt werden solle, dass der Beschwerdeführer durch die Androhung und Durchführung der erkennungsdienstlichen Behandlung, insbesondere durch die durchgeführte DNA-Untersuchung, in seinen Rechten verletzt worden sei. Weiters wurde beantragt, dass die erhobenen Daten unverzüglich zu löschen seien und der Beschwerdeführer von der Löschung zu verständigen sei sowie Kostenersatz (Schriftsatz- und allfälliger Verhandlungsaufwand sowie Eingabegebühr).

In der Gegenschrift der belangten Behörde vom 03.09.2024 führte diese zusammengefasst aus, der Beschwerdeführer sei infolge einer telefonischen Terminvereinbarung mit seinem Vertreter am 14.08.2024 zum Zwecke der Durchführung einer Beschuldigtenvernehmung im LKA Tirol erschienen. Sowohl im Vorgespräch als auch im Rahmen der Rechtsbelehrung zur förmlichen Vernehmung sei dem Beschwerdeführer vorgehalten worden, dass er nicht wegen des Verdachts des § 27 Abs 2 SMG vernommen werden solle, sondern wegen eines Verstoßes gegen § 27 Abs 1 SMG. Aufgrund optischer Überwachungsmaßnahmen gegen einen Dritten sei festgestellt worden, dass der Beschwerdeführer insgesamt 22-mal im Zeitraum vom 17.05.2024 – 29.07.2024 die Adresse des Überwachten aufgesucht habe. In beinahe allen Fällen habe er die überwachte Adresse nach wenigen Minuten wieder verlassen. Nach kriminalpolizeilichen Erfahrungen handle es sich dabei um szenetypische Verhaltensweisen, wobei aufgrund der Häufigkeit des Kontaktes und der kurzen Dauer der Besuche der begründete Verdacht bestehe, dass der Beschwerdeführer Suchtgift in Mengen erworben habe, die deutlich über den persönlichen Bedarf hinausgehen. Somit sei das Erfordernis des § 65 Abs 1 SPG sowie § 67 Abs 1 SPG, wonach der Beschuldigte einer gerichtlich strafbaren Vorsatztat verdächtig sein müsse, wobei für eine DNA-Untersuchung diese mit mindestens einjähriger Freiheitsstrafe bedroht sein müsse, zweifelsohne erfüllt. Im gegenständlichen Fall sei bei Bedachtnahme auf die deliktsspezifische Rückfallgefahr als auch bei Betrachtung der Ausführung der Tat und die Persönlichkeit des Beschwerdeführers der Schluss zulässig, dass dieser weitere gefährliche Angriffe begehen werde. Auch die erfolgte DNA-Abnahme sei zulässig, da davon auszugehen sei, dass genetisches Vergleichsmaterial an tatrelevanten Spurentägern wie etwa Verpackungsmaterial von Suchtgift oder übergebenen Bargeld zu finden sei. Ohne die

durchgeführte Maßnahme sei die Wiedererkennbarkeit des Beschuldigten bei neuerlicher Tatbegehung massiv erschwert.

Es haben keine Zweifel für den Beschwerdeführer bestehen können, dass er als Tatverdächtiger gemäß § 65 Abs 1 SPG behandelt worden sei und nicht als „unverdächtiger“ Spurenverursacher iSd § 65 Abs 2 SPG. Betreffend die Ausführungen des Beschuldigten dahingehend, dass er nicht erkennungsdienstlich behandelt werden hätte dürfen, weil ihm keine Ladung übergeben worden sei, welcher die maßgeblichen Gründe zu entnehmen gewesen seien, verkenne dieser, dass § 77 Abs 2 SPG keine Ladung voraussetze. Entscheidend sei vielmehr, dass der Beschuldigte unter Bekanntgabe des für die erkennungsdienstliche Behandlung maßgeblichen Grundes zur ED-Behandlung formlos aufgefordert wurde. Dass es eine solche gegeben habe, wurde bereits hinreichend ausgeführt. Es wurde daher beantragt, der Beschwerde als unbegründet oder unzulässig nicht zu folgen und die Kosten nach der VWG-Aufwandersatzverordnung für Vorlage-, Schriftsatz- und allenfalls Verhandlungsaufwand zuzusprechen.

Mit 10.10.2024 replizierte der rechtsfreundlich vertretene Beschwerdeführer auf diese Gegenschrift und brachte zusammengefasst vor, dass dem Beschwerdeführer im Rahmen der Einvernahme vom 14.08.2024 nur informell mitgeteilt wurde, dass er verdächtigt sei, Konsument zu sein und zu seinem Gebrauch Suchtmittel in Y erworben zu haben. Es sei ausdrücklich darauf hingewiesen worden, dass ein darüberhinausgehender Verdacht nicht bestehe. Weiters sei es falsch, dass der Beschwerdeführer im Zeitraum vom 17.05.2024 bis 29.07.2024 die observierte Adresse 22 Mal aufgesucht habe. Es sei der belangten Behörde bekannt, dass der Beschwerdeführer nicht 22 Mal an der observierten Adresse war. Der Beschwerdeführer habe nach Vornahme der Akteneinsicht vom 20.08.2024 daraufhin gewiesen, dass eine andere Person als er auf der Lichtbildbeilage abgebildet sei. Der Beschwerdeführer selbst sei nur auf drei der vorgehaltenen 22 Bilder zu sehen. Weiters leben an dieser Adresse auch andere Personen als der Observierte. Folglich sei von Anfang an kein substantiierter Tatverdacht zu einer Straftat vorgelegen.

Das Landesverwaltungsgericht Tirol führte am 13.11.2024 eine mündliche Verhandlung durch, anlässlich derer der Zeuge CC einvernommen worden ist. Der Beschwerdeführer nahm an der mündlichen Verhandlung nicht teil und ließ sich durch seinen Rechtsanwalt vertreten.

II. Sachverhalt

Der Beschwerdeführer wurde telefonisch für den 14.08.2024 zu einer Einvernahme zum Landeskriminalamt in Z geladen. Der Beschwerdeführer erschien im Beisein seines Rechtsvertreters gegen 09.50 Uhr und wurde vom Polizeibeamten CC als Beschuldigter einvernommen.

Der Beschwerdeführer wurde anlässlich der Vernehmung darüber informiert, dass der Wohnort einer näher genannten dritten Person über einen zweimonatigen Zeitraum in Zusammenhang mit dem Handel von Suchtmittel observiert worden sei und der Beschwerdeführer 22 Mal beobachtet worden sei, das gegenständliche Haus für einen

kurzen Zeitraum betreten zu haben. Aus diesem Grunde bestehe gegenüber dem Beschwerdeführer der Verdacht einer Übertretung des § 27 Abs 1 Suchtmittelgesetz betreffend Erwerb, Besitz und Weitergabe von Suchtmitteln.

Dem Beschwerdeführer wurden allerdings die Fotos, wo er beim Betreten des Mehrparteienhauses festgestellt worden sein soll, nicht vorgelegt.

Der Beschwerdeführer wurde über seine Rechte als Beschuldigter und über den ihm gegenüber bestehenden Verdacht in Kenntnis gesetzt und hat dieser in weiterer Folge von seinem Recht, nicht auszusagen, Gebrauch gemacht.

Dem Beschwerdeführer wurde zudem vom Polizeibeamten mitgeteilt, dass er im Anschluss der Vernehmung erkennungsdienstlich behandelt wird. Über Frage, auf welcher Rechtsgrundlage diese erkennungsdienstliche Behandlung durchgeführt werden soll, wurde dem Beschwerdeführer nur der § 65 SPG ohne nähere Angaben genannt und auf ein Informationsblatt verwiesen, dass dem Beschwerdeführer dann erst am Ende der Amtshandlung ausgehändigt worden ist.

Der Beschwerdeführer teilte durch seinen Rechtsvertreter mit, dass er mit erkennungsdienstlichen Behandlung nicht einverstanden ist, woraufhin der Polizeibeamte klarstellte, dass diese erkennungsdienstliche Behandlung in diesem Falle zwangsweise durchgeführt wird.

Nach Ende der Vernehmung um 10.10 Uhr wurde von Beamten der Tatortgruppe gegen den ausdrücklich geäußerten Willen des Beschwerdeführers die erkennungsdienstliche Behandlung durchgeführt. Ausübung von körperlichen Zwang war dabei nicht erforderlich. Im Zuge dessen erfolgte auch die Abnahme eines DNA-Abstriches.

Nach Durchführung wurden dem Beschwerdeführer das Informationsblatt für erkennungsdienstlich behandelte Personen ausgehändigt.

Bei der observierten Adresse handelt es sich um ein Mehrparteienhaus mit 4 bis 6 Wohnungen. Es wurde im Rahmen der verdeckten Ermittlungen nicht festgestellt, welche Wohnung der Beschwerdeführer aufgesucht hat. Der Beschwerdeführer wurde ausschließlich vor dem Haus beobachtet. Der Beschwerdeführer wurde auch nicht dabei wahrgenommen, dass er Suchtmittel besessen, erworben oder an andere Personen weitergegeben hat. Der Beschwerdeführer wurde weder von der observierten Person noch von anderen Abnehmern belastet.

Zum Zeitpunkt der erkennungsdienstlichen Behandlung ist der Beamte davon ausgegangen, dass der Beschwerdeführer 22 Mal die observierte Adresse aufgesucht hat.

Aufgrund späterer Ermittlungen hat sich ergeben, dass der Beschwerdeführer nur dreimal an der überwachten Adresse war und auf den übrigen 19 Lichtbildern eine andere Person abgebildet ist.

III. Beweiswürdigung

Der festgestellte Sachverhalt ist weitestgehend unstrittig. So gründen sich die Feststellungen auf der Stellungnahme des CC vom 26.08.2024 sowie dessen Einvernahme im Rahmen der mündlichen Verhandlung am 13.11.2024 vor dem Landesverwaltungsgericht Tirol.

Die Feststellung, dass der Beschwerdeführer über den gegen ihn bestehenden Tatverdacht nach § 27 Abs 1 SMG informiert wurde, ergibt sich insbesondere aus dem im Behördenakt einliegenden und vom Beschwerdeführer unterschriebenen Protokoll über die Beschuldigtenvernehmung vom 14.08.2024. Ebenfalls aus diesem Protokoll ist die Feststellung zu entnehmen, dass dem Beschwerdeführer als Rechtsgrundlage für die erkennungsdienstliche Behandlung der § 65 SPG mitgeteilt wurde. Das ausgehändigte Informationsblatt wurde mit der Beschwerde vorgelegt.

Dass dem Beschwerdeführer anlässlich der Einvernahme die auch zwangsweise Durchführung der erkennungsdienstlichen Behandlung angedroht worden ist, ergibt sich zweifelsfrei aus der Aussage des Zeugen CC:

„Im Zuge dessen haben wir ihm mitgeteilt, dass dann, wenn die Einvernahme abgeschlossen ist, eine erkennungsdienstliche Behandlung durchgeführt wird - das heißt: Fotos, Fingerabdrücke und DNA. ... Der Rechtsvertreter hat dann sofort gesagt: „Das wird nicht gemacht“ und er möchte die Rechtsgrundlage dafür wissen. Ich habe ihm dann mitgeteilt: „Das wird sehr wohl gemacht, ob er will oder nicht.“ Für mich war schon klar, dass es schon erzwungen wird, falls er nicht will. ...“

Die Feststellungen betreffend die Ermittlungen gegen den Beschwerdeführer ergeben sich aus der Zeugeneinvernahme des CC im Rahmen der mündlichen Verhandlung am 13.11.2024, sowie aus der Stellungnahme des Beschwerdeführers vom 10.10.2024. Ebenso aus diesen Beweismitteln, aber insbesondere auch aus der Lichtbildbeilage vom 16.08.2024, ergibt sich die festgestellte Verwechslung des Beschwerdeführers und die daraus folgende tatsächliche Anzahl der Besuche des Beschwerdeführers an der observierten Adresse, zumal auch für einen Laien bei genauerem Hinschauen erkennbar ist, dass es sich um zwei unterschiedliche Personen handelt.

Die Durchführung der erkennungsdienstlichen Behandlung einschließlich der DNA-Abnahme wurde weder seitens der Behörde noch des Beschwerdeführers bestritten und geht zudem aus der Aussage des CC hervor.

IV. Rechtslage

Zur Klärung der vorliegenden Rechtsfragen sind folgende Rechtsvorschriften maßgeblich:

Sicherheitspolizeigesetz (SPG, BGBl I Nr 566/1991 idF BGBl I Nr 206/2021)

*„Begriffsbestimmungen
§ 64*

(1) Erkennungsdienst ist das Ermitteln personenbezogener Daten durch erkennungsdienstliche Maßnahmen sowie das weitere Verarbeiten und Übermitteln dieser Daten.

(2) Erkennungsdienstliche Maßnahmen sind technische Verfahren zur Feststellung von biometrischen oder genetischen Daten (§ 36 Abs 2 Z 12 und 13 DSGVO), wie insbesondere die Abnahme von Papillarlinienabdrücken, die Vornahme von Mundhöhlenabstrichen, die Herstellung von Abbildungen, die Vornahme von Messungen oder die Erhebung von Stimmproben, sowie die Feststellung äußerlicher körperlicher Merkmale und die Erhebung von Schriftproben eines Menschen zum Zweck der Wiedererkennung.

(3) Erkennungsdienstliche Behandlung ist das Ermitteln personenbezogener Daten durch erkennungsdienstliche Maßnahmen, an dem der Betroffene mitzuwirken hat.

(4) Erkennungsdienstliche Daten sind personenbezogene Daten, die durch erkennungsdienstliche Maßnahmen ermittelt worden sind.

(5) Personfeststellung ist eine abgesicherte und plausible Zuordnung erkennungsdienstlicher Daten zu Namen, Geschlecht, Geburtsdatum, Geburtsort und Namen der Eltern eines Menschen.

(6) Soweit die Zulässigkeit einer Maßnahme nach diesem Hauptstück vom Verdacht abhängt, der Betroffene habe eine mit gerichtlicher Strafe bedrohte vorsätzliche Handlung begangen, bleibt diese Voraussetzung auch nach einer rechtskräftigen Verurteilung wegen der entsprechenden gerichtlich strafbaren Handlung (§ 16 Abs 2) bestehen."

„Erkennungsdienstliche Behandlung

§ 65

(1) Die Sicherheitsbehörden sind ermächtigt, einen Menschen, der im Verdacht steht, eine mit gerichtlicher Strafe bedrohte vorsätzliche Handlung begangen zu haben, erkennungsdienstlich zu behandeln, wenn er im Rahmen einer kriminellen Verbindung tätig wurde oder dies wegen der Art oder Ausführung der Tat oder der Persönlichkeit des Betroffenen zur Vorbeugung gefährlicher Angriffe erforderlich scheint.

(2) Die Sicherheitsbehörden sind ermächtigt, im Zusammenhang mit der Klärung der Umstände einer mit gerichtlicher Strafe bedrohten vorsätzlichen Handlung Menschen erkennungsdienstlich zu behandeln, wenn diese nicht im Verdacht stehen, diese Handlung begangen zu haben, aber Gelegenheit hatten, Spuren zu hinterlassen, soweit dies zur Auswertung vorhandener Spuren notwendig ist.

(3) Die Sicherheitsbehörden sind ermächtigt, Menschen erkennungsdienstlich zu behandeln, deren Identität gemäß § 35 Abs 1 festgestellt werden muss, sofern eine Anknüpfung an andere Umstände nicht möglich ist oder unverhältnismäßig wäre.

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

(Anm.: Abs 5 aufgehoben durch Art 1 Z 59, BGBl I Nr 29/2018)

(6) Die Sicherheitsbehörden sind ermächtigt, Namen, Geschlecht, frühere Namen, Geburtsdatum, Geburtsort, Staatsangehörigkeit, Namen der Eltern, Ausstellungsbehörde, Ausstellungsdatum, Nummer sowie eine Kopie mitgeführter Dokumente, allfällige Hinweise über die Gefährlichkeit beim Einschreiten einschließlich besonderer Kategorien personenbezogener Daten, soweit deren Verarbeitung zur Wahrung lebenswichtiger Interessen erforderlich ist, 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 Personsfeststellung vorzunehmen."

„DNA-Untersuchungen

§67

(1) Eine erkennungsdienstliche Behandlung, bei der die DNA eines Menschen ermittelt werden soll, ist zulässig, wenn der Betroffene im Verdacht steht, eine strafbare Handlung gegen die sexuelle Integrität und Selbstbestimmung oder eine mit mindestens einjähriger Freiheitsstrafe bedrohte vorsätzliche gerichtlich strafbare Handlung begangen zu haben und wegen der Art oder Ausführung der Tat oder der Persönlichkeit des Betroffenen zu befürchten ist, er werde gefährliche Angriffe begehen und dabei Spuren hinterlassen, die seine Wiedererkennung auf Grund der ermittelten genetischen Daten im Sinne des § 36 Abs 2 Z 12 DSG ermöglichen würden. Soweit dies zur Auswertung vorhandener DNA-Spuren erforderlich ist, darf eine solche erkennungsdienstliche Behandlung auch bei Menschen im Sinne des § 65 Abs 2 erfolgen. Im Übrigen gilt § 65 Abs 4 bis 6.

(1a) ...

(2) Genetische Daten, die durch erkennungsdienstliche Maßnahmen ermittelt wurden, dürfen ausschließlich für Zwecke des Erkennungsdienstes ausgewertet werden. Die molekulargenetische Untersuchung hat durch einen Auftragsverarbeiter zu erfolgen, dem zwar das gesamte Untersuchungsmaterial auszufolgen, nicht aber erkennungsdienstliche Identitätsdaten des Betroffenen zu übermitteln sind.

(3) Die Sicherheitsbehörden haben vertraglich dafür vorzusorgen, dass der Auftragsverarbeiter nur jene Bereiche in der DNA untersucht, die der Wiedererkennung dienen, sowie dafür, dass er das Untersuchungsmaterial vernichtet, wenn die Sicherheitsbehörde zur Löschung der erkennungsdienstlichen Daten verpflichtet ist."

„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. Eines Bescheides bedarf es dann nicht, wenn der Betroffene auch aus dem für die erkennungsdienstliche Behandlung maßgeblichen Grunde angehalten wird oder zur Vernehmung nach der StPO bereits in der Dienststelle anwesend ist.

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

„Ausübung unmittelbarer Zwangsgewalt

§ 78

Die erkenntnisdienliche Behandlung kann, soweit es tatsächlich möglich ist und damit kein Eingriff in die körperliche Integrität verbunden ist, durch Ausübung unmittelbarer Zwangsgewalt durchgesetzt werden.“

V. Erwägungen

A) Zur Zulässigkeit:

Die den Gegenstand der vorliegenden Maßnahmenbeschwerde bildende Amtshandlung erfolgte am 14.08.2024 in Z. Die Beschwerde wurde am selben Tag per E-Mail beim Landesverwaltungsgericht Tirol eingebracht und ist folglich rechtzeitig erhoben.

Im gegenständlichen Fall wurde die erkenntnisdienliche Behandlung auf Grundlage des § 65 Abs 1 und § 67 Abs 1 SPG durchgeführt. Diese Bestimmungen ermächtigen die Sicherheitsbehörden, Menschen, die im Verdacht stehen, eine (mit mindestens einjähriger Freiheitsstrafe bedrohte) vorsätzliche gerichtlich strafbare Handlung begangen zu haben, unter weiteren Voraussetzungen erkenntnisdienlich zu behandeln. Dieses Befugnis dient sicherheitspolizeilichen Zielsetzungen, nämlich der Begehung weiterer gefährlicher Angriffe vorzubeugen (vgl. VwGH 28.01.2020, Ra 2019/01/0480, mwN, 07.09.2020, Ro 2020/01/0010). Im vorliegenden Fall hat das Beweisverfahren in keinsten Weise ergeben, dass die Abnahme der Fingerabdrücke bzw. die Durchführung eines DNA-Abstrichs im Dienste der Strafjustiz allein mit dem Zweck erfolgt ist, an der Aufklärung einer (gerichtlich) strafbaren Handlung mitzuwirken. Es ist daher von einem Handeln im Rahmen der Sicherheitspolizei auszugehen.

Nach ständiger Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofs liegt ein Verwaltungsakt in Ausübung unmittelbarer Befehls- und Zwangsgewalt vor, wenn Verwaltungsorgane im Rahmen der Hoheitsverwaltung einseitig gegen individuell bestimmte Adressaten einen Befehl erteilen oder Zwang ausüben und damit unmittelbar – somit ohne vorangegangenen Bescheid – in subjektive Rechte des Betroffenen eingreifen. Das ist im Allgemeinen der Fall, wenn physischer Zwang ausgeübt wird oder die unmittelbare Ausübung physischen Zwanges bei Nichtbefolgung eines Befehls droht (vgl. VwGH 20.11.2006, 2006/09/0188; 22.2.2007, 2006/11/0154). 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. Die subjektive Annahme einer Gehorsamspflicht ändert noch nichts am Charakter einer Aufforderung zum freiwilligen Mitwirken. 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. Liegt ein Befolgungsanspruch aus einer solchen, dem Befehlsadressaten bei Nichtbefolgung des

Befehls unverzüglich drohenden physischen Sanktion (objektiv) nicht vor, so kommt es darauf an, ob bei objektiver Betrachtungsweise aus dem Blickwinkel des Betroffenen bei Beurteilung des behördlichen Vorgehens in seiner Gesamtheit der Eindruck entstehen musste, dass bei Nichtbefolgung der behördlichen Anordnung mit ihrer unmittelbaren zwangsweisen Durchsetzung zu rechnen ist (dazu VwGH 29.11.2018, Ra 2016/06/0124; 1.3.2016, Ra 2016/18/0008; 29.7.2009, 2008/18/0687 mwN).

Im gegenständlichen Fall wurde der Beschwerdeführer zunächst zur Mitwirkung an der erkennungsdienstlichen Behandlung aufgefordert. Nachdem sich der rechtsfreundlich vertretene Beschwerdeführer ausdrücklich dagegen ausgesprochen hat, wurde ihm bei Nichtbefolgung die zwangsweise Durchsetzung angedroht. Unabhängig von der – im Folgenden zu beurteilenden – Rechtmäßigkeit dieser Aussage liegt objektiv ein Befehl vor, auf den bei Nichtbefolgung unmittelbar die Durchsetzung mittels Zwangsgewalt folgen würde, wozu auch die Rechtsgrundlage im § 78 SPG zu finden ist, wonach die erkennungsdienstliche Behandlung, soweit es tatsächlich möglich ist und damit kein Eingriff in die körperliche Integrität verbunden ist, gemäß § 78 SPG durch Ausübung unmittelbarer Zwangsgewalt durchgesetzt werden kann. Somit liegt aus objektiver Sicht eine dem Beschwerdeführer als Befehlsadressat bei Nichtbefolgung des Befehls zur Mitwirkung an der erkennungsdienstlichen Behandlung drohende unverzügliche physische Sanktion vor. Deshalb handelt es sich um einen Akt unmittelbarer verwaltungsbehördlicher Befehls- und Zwangsgewalt und die dagegen erhobene Maßnahmenbeschwerde an das Landesverwaltungsgericht ist daher zulässig.

Im gegenständlichen Fall erfolgte die Aufforderung und tatsächliche Durchführung der erkennungsdienstlichen Behandlung samt DNA-Untersuchung durch Polizeibeamte des Landeskriminalamtes im Rahmen eines sicherheitspolizeilichen Handels, sodass die örtlich zuständige Landespolizeidirektion Tirol als belangte Behörde gemäß § 9 Abs 2 Z 2 VwGVG heranzuziehen ist.

B) In der Sache:

§ 65 Abs 1 und § 67 Abs 1 SPG regeln die (materiellen) Voraussetzungen für eine erkennungsdienstliche Behandlung Tatverdächtiger, wobei §67 als *lex specialis* die Zulässigkeit der erkennungsdienstlichen Behandlung durch DNA-Untersuchung regelt. Zur Verwirklichung der erkennungsdienstlichen Behandlung ist der Betroffene gemäß § 77 Abs 1 SPG unter Bekanntgabe des maßgeblichen Grundes zunächst formlos zur erkennungsdienstlichen Behandlung aufzufordern. Kommt er der Aufforderung nicht nach, ist ihm die Verpflichtung zur Mitwirkung an der erkennungsdienstlichen Behandlung (vgl § 65 Abs 4 SPG) bescheidmäßig aufzuerlegen, es sei denn, der Betroffene wird aus dem für die erkennungsdienstliche Behandlung maßgeblichen Grund angehalten oder ist – wie im vorliegenden Fall – zur Vernehmung nach der StPO bereits in der Dienststelle anwesend (§ 77 Abs 2 SPG). Diesfalls ist die erkennungsdienstliche Behandlung mittels Befehls- und Zwangsgewalt (vgl §78 SPG) unmittelbar ohne die Erlassung eines Bescheides durchzusetzen (vgl auch VfGH 26.02.2024, E 3481/2022).

Im vorliegenden Fall wurde dem Beschwerdeführer anlässlich seiner Einvernahme beim Landeskriminalamt als Beschuldigter, nachdem sich sein Rechtsvertreter gegen die mündlich angekündigte erkennungsdienstliche Behandlung ausdrücklich ausgesprochen hat, deren zwangsweise Durchführung angedroht.

§ 65 Abs 1 SPG ermächtigt die Sicherheitsbehörden zu erkennungsdienstlichen Maßnahmen, wenn ein Mensch im Verdacht steht, eine mit gerichtlicher Strafe bedrohte vorsätzliche Handlung begangen zu haben, wenn dies wegen der Art oder Ausführung der Tat oder der Persönlichkeit des Betroffenen zur Vorbeugung gefährlicher Angriffe erforderlich scheint. An die Zulässigkeit einer seit der SPG-Novelle BGBl I 146/1999 in §67 SPG gesondert geregelten erkennungsdienstlichen Behandlung, bei der die DNA eines Menschen ermittelt werden soll, stellt der Gesetzgeber gegenüber § 65 Abs 1 SPG zusätzliche Anforderungen. Eine DNA-Untersuchung ist – soweit hier relevant – zulässig, wenn der Betroffene im Verdacht steht, eine mit mindestens einjähriger Freiheitsstrafe bedrohte vorsätzliche gerichtlich strafbare Handlung begangen zu haben und wegen der Art oder Ausführung der Tat oder der Persönlichkeit des Betroffenen zu befürchten ist, er werde gefährliche Angriffe begehen und dabei Spuren hinterlassen, die seine Wiedererkennung auf Grund der ermittelten genetischen Daten im Sinne des § 36 Abs 2 Z12 DSG ermöglichen würden.

Die (vorsätzliche) Anlasstat muss demnach mit einer zumindest einjährigen Freiheitsstrafe bedroht sein und die geforderte Prognose betreffend die Gefahr künftiger gefährlicher Angriffe, die sich aus der Art oder Ausführung der (Verdachts-)Tat oder der Persönlichkeit des Betroffenen ergeben muss (vgl zur Prognoseentscheidung VfGH 07.12.2023, G 590/2023), muss (auch) im Hinblick darauf erfolgen, dass der Betroffene bei der Begehung gefährlicher Angriffe Spuren hinterlassen werde, die seine Wiedererkennung auf Grund der ihm abgenommenen DNA ermöglicht. Diese speziellen, der besonderen Sensibilität von durch DNA-Untersuchungen gewonnenen Informationen (vgl die EB zur RV 1479 BlgNR 20. GP, 21; VfSlg 19.738/2013 und VwGH 18.02.2003, 2001/01/0098) Rechnung tragenden Anforderungen an die Zulässigkeit einer DNA-Untersuchung müssen im Zeitpunkt der DNA-Abnahme vorgelegen sein bzw sich bei Überprüfung der Zulässigkeit der erkennungsdienstlichen Maßnahme – wie im vorliegenden Fall – aus einer auf den Einzelfall bezogenen Begründung hervorgehen (vgl zum Verbot einer systematischen und generellen Erhebung biometrischer und genetischer Daten EuGH 26.01.2023, C-205/21, V.S.; vgl dazu insbesondere VfGH 26.02.2024, E 3481/2022).

Gegenstand der verwaltungsgerichtlichen Überprüfung im Maßnahmebeschwerdeverfahren ist, ob für das Organ des öffentlichen Sicherheitsdienstes auf Grund des sich ihm bietenden Gesamtbildes und ausgehend vom Wissensstand des Beamten im Zeitpunkt des Einschreitens hinreichende Gründe für das Vorliegen der Voraussetzungen für eine erkennungsdienstliche Behandlung nach § 65 Abs 1 und § 67 Abs 1 SPG im obigen Sinne bestanden haben.

Im Rahmen der nachprüfenden Kontrolle dieser faktischen Amtshandlung ist entscheidend, ob der Beamte vertretbar annehmen konnte, dass die oben angeführten Voraussetzungen für die Durchführung einer erkennungsdienstlichen Behandlung nach § 65 Abs 1 iVm § 67 Abs 1 SPG vorliegen, unter anderem der Verdacht einer mit mindestens einjähriger Freiheitsstrafe bedrohten vorsätzlichen gerichtlich strafbare Handlung. Dabei hat das

Verwaltungsgericht nicht seine eigene Beurteilung des sich den einschreitenden Organen bietenden Gesamtbildes und seinen eigenen Wissensstand an die Stelle des Blickwinkels der Beamten zu setzen.

Es kommt also nicht darauf an, dass eine Person tatsächlich eine gerichtlich strafbare Handlung begangen hat. Vielmehr ist entscheidend, ob das einschreitende Organ ein Verhalten wahrnimmt, das von ihm in vertretbarer Weise als einen strafbaren Tatbestand erfüllend qualifiziert werden kann. Demnach kann zwar ex ante nicht das Wissen um die Erfüllung sämtlicher Tatbestandsmerkmale verlangt werden (zum Vorliegen einer "großen Menge" an Suchtgift vgl VwGH 08.03.1999, 98/01/0096), es wird aber eine Subsumtion des wahrgenommenen Sachverhalts unter die Tatbestandsmerkmale konkreter Delikte verlangt (vgl zum Verdacht iZm dem Waffengebrauch VwGH 18.11.2010, 2006/01/0083). Verdacht ist die Kenntnis von Tatsachen, aus denen nach der Lebenserfahrung auf die Begehung einer Straftat geschlossen werden kann (vgl etwa das Urteil des OGH 15.04.1997, 11 Os 54/97).

Im vorliegende Fall stand der Beschwerdeführer im Zeitpunkt der Durchführung der erkennungsdienstlichen Behandlung im Verdacht im Zeitraum von 17.05.2024 bis 29.07.2024 bei gesamt 22 Treffen Suchtmittel erworben, dieses in weiterer Folge besessen und auch weitergegeben zu haben und daher eine strafbare Handlung gemäß § 27 Abs 1 SMG begangen zu haben. Dieser Tatverdacht gründete sich insbesondere auf dem über die observierte Adresse erstellten Video. Auf Grund der zum damaligen Zeitpunkt (fälschlicherweise) angenommenen 22 Besuche des Beschwerdeführers ging die Kriminalpolizei davon aus, dass aufgrund der Häufigkeit der Besuche in einem relativ kurzen Beobachtungszeitraum der Beschwerdeführer Mengen an Suchtgift erworben haben muss, welche über den persönlichen Gebrauch hinausgehen. Zur Person des Beschwerdeführers war dem einschreitenden Organ bekannt, dass bereits in den Jahren 2019 oder 2020 eine erkennungsdienstliche Behandlung nach § 65 Abs 1 SPG durchgeführt worden ist. Bekannt war zudem, dass keine einschlägige Strafvormerkung nach dem Suchtmittelgesetz beim Beschwerdeführer aufscheint und es somit zu keiner Verurteilung des Beschwerdeführers gekommen ist. Weiters ist der Beschwerdeführer nach Auskunft des einschreitenden Polizeibeamten auf der Polizeiinspektion Y wegen einem Suchtmitteldelikt „aufgefallen“. Der Zeuge konnte aber nichts Näheres dazu angeben, insbesondere nicht, ob es sich dabei um ein Delikt nach § 27 Abs 1 oder Abs 2 Suchtmittelgesetz gehandelt hat.

Da es sich um einen Mehrparteienhaus gehandelt hat, war im Zeitpunkt der erkennungsdienstlichen Behandlung des Beschwerdeführers dem Beamten allerdings nicht bekannt, ob dieser überhaupt die observierte Person, die des Suchtmittelhandels verdächtig war, aufgesucht hat. Der Beschwerdeführer wurde weder von dieser dritten Person noch von den ca 100 anderen dort beobachteten Personen anlässlich deren Einvernahmen belastet. Der Beschwerdeführer wurde auch nicht dabei betreten, dass er Suchtgift bei der observierten Person erworben hat. Weiters wurde er in diesem Zusammenhang nicht im Besitz von Suchtmitteln angetroffen und konnte auch nicht bei der Weitergabe von Suchtmitteln beobachtet werden. Es gab sohin keinerlei konkrete Beweismittel dafür, ob der Beschwerdeführer Suchtmittel erworben und weitergegeben hat und auch nicht in welcher Menge.

Aufgrund der bloßen Tatsache, dass eine Person angeblich 22 Mal in zwei Monaten vor einem Mehrparteienhaus beobachtet worden ist, in dem eine dritte Person wohnt, die dringend tatverdächtig ist, mit Suchtmitteln zu handeln, erscheint die Annahme des Verdachts der Begehung einer mit mindestens einjähriger Freiheitsstrafe bedrohten vorsätzlichen gerichtlich strafbare Handlung (konkret: Verdacht auf Erwerb, Besitz und Weitergabe von Suchtmitteln nach § 27 Abs 1 Suchtmittelgesetz) und insgesamt der Begehung einer vorsätzlichen gerichtlich strafbaren Handlung durch den Beschwerdeführer – ohne Vorliegen weiterer Beweisergebnisse - nicht vertretbar. Es handelt sich bei einem bloßen Aufenthalt vor einem Mehrparteienhaus, wo eine des Suchtmittelhandels verdächtige Person wohnt, nicht um Tatsachen, aus denen nach der Lebenserfahrung bereits auf die Begehung einer solchen Straftat geschlossen werden kann.

Hinzu kommt im vorliegenden Fall, dass sich im Nachhinein herausgestellt hat, dass der Beschwerdeführer lediglich drei Mal tatsächlich vor dem Haus beobachtet worden ist, und auf den übrigen 19 im Akt befindlichen Fotos erkennbar eine andere Person abgelichtet ist. Im Rahmen des Maßnahmenbeschwerdeverfahrens ist zwar auf den Wissensstand des Beamten im Zeitpunkt der faktischen Amtshandlung abzustellen, aber ist dem Organ ein derart eklatanter Ermittlungsfehler und daraus resultierender offensichtlich falscher „Wissensstand“ zuzurechnen.

Der Verwaltungsgerichtshof hat zum Gegenstand der Überprüfung einer faktischen Amtshandlung durch das Verwaltungsgericht klargestellt, dass vom Wissensstand des Beamten zum Zeitpunkt des Einschreitens auszugehen und Prognosen anhand des sich dem eingeschrittenen Beamten gebotenen Gesamtbildes zum Zeitpunkt seines Einschreitens zu treffen sind. Wesentlich sind somit jene "Tatsachen", die sich dem Polizeibeamten zum Zeitpunkt seines Einschreitens geboten haben, nicht jedoch (vermeintliche) "Tatsachen", die er im Zeitpunkt seines Einschreitens zu Unrecht angenommen hat (vgl zum Betretungs- und Annäherungsverbot nach § 38a SPG 1991 VwGH 25.09.2023, Ro 2022/01/0011).

Zu berücksichtigen ist in diesem Zusammenhang jedenfalls, dass es sich bei einer erkennungsdienstlichen Behandlung um einen sehr grundrechtsnahen Bereich handelt und daher auch ein hoher Prüfungsmaßstab an das Organverhalten anzulegen ist, insbesondere dann, wenn die erkennungsdienstliche Behandlung nicht bescheidmäßig auferlegt wird und bereits vorab in einem verwaltungsgerichtlichen Verfahren überprüft werden kann. Nach der Rechtsprechung des Verfassungsgerichtshofes stellt die Speicherung von Daten, die das Privatleben einer Person betreffen, einen Eingriff in Art 8 EMRK sowie in das Grundrecht auf Datenschutz; allenfalls bei einem entsprechenden Unionsrechtsbezug darüber hinaus auch einen Eingriff in Art 8 GRC (vgl VfGH 28.11.2012, G 47/12 ua.). Dies gilt im Besonderen für DNA-Daten (vgl hinsichtlich Art 8 EMRK vor allem EGMR 04.12.2008 [GK], Fall S. und Marper, Appl. 30.562/04 ua., EuGRZ2009, 299, vgl weiters VfGH 12.03.2013, G 76/12). Zu beachten ist weiters, dass – im Gegensatz zu anderen faktischen Amtshandlung, wo das Verwaltungsorgan häufig ad hoc gefordert ist, eine Beurteilung der Situation vorzunehmen – in diesem Fall vom Organ bzw der Behörde der Zeitpunkt für die Durchführung der erkennungsdienstlichen Behandlung festgelegt wurde, in dem der Beschwerdeführer zur Einvernahme ins Landeskriminalamt vorgeladen wurde und sohin an den Wissensstand ebenfalls höhere Anforderungen gestellt werden können.

Da das Video über den Eingangsbereich der observierten Adresse das einzige Verdachtsmaterial ist, welches den Beschwerdeführer belastet, hätte dieses im Vorfeld der erkennungsdienstlichen Behandlung in einer Art und Weise gesichtet werden müssen, welche eine solche erkennbare Verwechslung ausschließen lässt. Dies gilt auch, wenn auf dem Observationsvideo ca 100 verdächtige Personen zu unterschiedlichen Zeiten zu erkennen sind. Die belangte Behörde leitete weitere Ermittlungsschritte erst ein, nachdem der Beschwerdeführer nach erfolgter Einsicht in die Lichtbilder am 20. August 2024 auf die Verwechslung aufmerksam machte. Die im Zuge der Ermittlungen erfolgte Verwechslung des Beschwerdeführers ist daher vorwerfbar. Dies gilt umso mehr, wenn bereits erkennungsdienstliche Daten des Beschwerdeführers aus dem Jahr 2020 vorliegen, mit welchen das Video hätte abgeglichen werden können.

Das eingeschrittene Organ ist folglich nicht vertretbar und daher zu Unrecht von einem Verdacht nach § 27 Abs 1 Suchtmittelgesetz ausgegangen. Die Voraussetzungen für eine Durchführung der erkennungsdienstlichen Behandlung nach § 65 Abs 1 und § 67 Abs 1 SMG lagen nicht vor. Es erübrigt sich sohin, die weiteren Voraussetzungen zu prüfen, und ist daher festzustellen, dass die Aufforderung zur Mitwirkung an der erkennungsdienstlichen Behandlung unter Androhung von Zwangsgewalt sowie die Durchführung der erkennungsdienstlichen Behandlung gegen den ausdrücklichen Willen des Beschwerdeführers rechtswidrig waren.

Wie der Verwaltungsgerichtshof etwa bei einer Beschwerde gegen die Ausübung unmittelbarer Befehls- und Zwangsgewalt im Zusammenhang mit dem "Austausch" eines Festnahmegrundes bereits ausgesprochen hat, geht es im Maßnahmebeschwerdeverfahren nicht darum, die abstrakte Zulässigkeit einer Maßnahme zu prüfen, sondern darum, ob der ganz konkret vorgenommene Zwangsakt rechtmäßig war oder nicht (vgl VwGH 22.10.2002, 2000/01/0527, 12.09.2006, 2005/03/0068 ua). Es erübrigt sich daher zu prüfen, ob eine erkennungsdienstliche Behandlung bei Verdacht eines Delikts nach § 27 Abs 1 iVm § 27 Abs 2 SMG (Erwerb und Besitz von Suchtmitteln ausschließlich zum persönlichen Gebrauch) zulässig gewesen wäre. Kurz angemerkt wird, dass für eine Abnahme der DNA nach § 67 Abs 1 SPG der Verdacht einer mit mindestens einjähriger Freiheitsstrafe bedrohten vorsätzlichen gerichtlich strafbaren Handlung nicht vorgelegen wäre, zumal bei § 27 Abs 2 SMG der Strafraum für eine Freiheitsstrafe nur bis zu sechs Monaten vorgesehen ist. Abgesehen davon, dass die für eine erkennungsdienstliche Behandlung nach § 65 Abs 1 SPG erforderliche Vorbeugung eines gefährlichen Angriffs bei einem Tatbestand nach § 27 Abs 2 SMG, der selbst ausdrücklich keinen gefährlichen Angriff darstellt (§ 16 Abs 2 Z 4 SMG), besonders begründet werden müsste, ist im vorliegenden Fall auch zu berücksichtigen, dass diese Daten ohnehin bereits im Rahmen einer erkennungsdienstlichen Behandlung im Jahr 2020 ermittelt worden sind.

C) Zum Antrag auf Löschung der ermittelten personenbezogenen Daten:

In der gegenständlichen Maßnahmenbeschwerde wurde auch beantragt anzuordnen, dass die ermittelten erkennungsdienstlichen Daten unverzüglich zu löschen sind und von dieser Löschung der Beschwerdeführer zu verständigen ist.

Ist im Verfahren wegen Ausübung unmittelbarer verwaltungsbehördlicher Befehls- und Zwangsgewalt gemäß Art 130 Abs 1 Z 2 B-VG eine Beschwerde nicht zurückzuweisen oder abzuweisen, so hat das Verwaltungsgericht gemäß § 28 Abs 6 VwGVG die Ausübung unmittelbarer verwaltungsbehördlicher Befehls- und Zwangsgewalt für rechtswidrig zu erklären und gegebenenfalls aufzuheben. Dauert die für rechtswidrig erklärte Ausübung unmittelbarer verwaltungsbehördlicher Befehls- und Zwangsgewalt noch an, so hat die belangte Behörde unverzüglich den der Rechtsanschauung des Verwaltungsgerichtes entsprechenden Zustand herzustellen.

Gemäß § 64 Abs 3 SPG ist eine erkennungsdienstliche Behandlung das Ermitteln personenbezogener Daten durch erkennungsdienstliche Maßnahmen, an dem der Betroffene mitzuwirken hat. Unter erkennungsdienstlichen Maßnahmen versteht man wiederum technische Verfahren zur Feststellung von biometrischen oder genetischen Daten (vgl § 64 Abs 2 SPG). Dieses Ermitteln von personenbezogener Daten ist von einer darüber hinausgehenden Verarbeitung dieser Daten zu unterscheiden, wie zB dem Speichern, dem Übermitteln (§ 71 SPG) und dem Löschen (§ 73 SPG) solcher Daten. Gegenstand des Maßnahmebeschwerdeverfahrens ist ausschließlich das Ermitteln von personenbezogenen Daten gegen den ausdrücklichen Willen des Beschwerdeführers im Rahmen einer erkennungsdienstlichen Behandlung und die damit in Zusammenhang stehende Androhung oder Ausübung von Zwangsgewalt.

Erkennungsdienstliche Daten, die gemäß § 65 oder § 67 ermittelt wurden, sind gemäß § 73 Abs 1 Z 4 SPG von Amts wegen zu löschen, wenn gegen den Betroffenen kein Verdacht mehr besteht, die mit gerichtlicher Strafe bedrohte vorsätzliche Handlung begangen zu haben, es sei denn, weiteres Verarbeiten wäre deshalb erforderlich, weil auf Grund konkreter Umstände zu befürchten ist, der Betroffene werde gefährliche Angriffe begehen. Ein Antrag des Beschwerdeführers auf Löschung dieser gemäß § 65 oder § 67 ermittelten Daten ist nach dem SPG nicht vorgesehen.

Allerdings entscheidet die Datenschutzbehörde gemäß § 32 Abs 1 Z 4 DSG über Beschwerden wegen Verletzung von Rechten durch Verarbeiten personenbezogener Daten in Angelegenheiten der Sicherheitsverwaltung entgegen den Bestimmungen des DSG. Davon ausgenommen ist lediglich die Beurteilung der Rechtmäßigkeit der Ermittlung von Daten durch die Ausübung verwaltungsbehördlicher Befehls- und Zwangsgewalt.

Aus einer Zusammenschau dieser Bestimmungen ergibt sich, dass das Landesverwaltungsgericht nicht zuständig ist, über den Antrag auf Löschung solcher Daten zu entscheiden, zumal ausschließlich die Beurteilung der Rechtmäßigkeit der Ermittlung von Daten in Angelegenheiten der Sicherheitsverwaltung durch die Ausübung verwaltungsbehördlicher Befehls- und Zwangsgewalt in den landesverwaltungsgerichtlichen Zuständigkeitsbereich fällt. Der Antrag auf Löschung dieser Daten ist daher wegen Unzuständigkeit zurückzuweisen.

In weiterer Folge hat die zuständige Sicherheitsbehörde gemäß § 73 Abs 1 Z 4 SPG von Amts wegen zu prüfen, ob wegen Wegfalls des in § 65 Abs 1 und § 67 Abs 1 angeführten Verdachts gegenüber dem Beschwerdeführer eine Löschung von Amts wegen durchzuführen ist. Von einer Löschung ist der Betroffene zu verständigen. Dem Beschwerdeführer steht – sollte die zuständige Sicherheitsbehörde zu einem anderen Ergebnis kommen – eine Beschwerde an die Datenschutzbehörde gemäß § 90 SPG offen,

wenn dadurch eine Verletzung von Rechten durch Verarbeiten personenbezogener Daten in Angelegenheiten der Sicherheitsverwaltung entgegen den Bestimmungen des DSGVO vorliegt.

D) Verfahrenskosten:

Gemäß § 35 VwGVG hat die im Verfahren über Maßnahmenbeschwerden obsiegende Partei Anspruch auf Ersatz ihrer Aufwendungen durch die unterlegene Partei. Als Aufwendungen gelten (Z 1) Kommissionsgebühren und Barauslagen, (Z 2) Fahrtkosten sowie (Z 3) durch die VwG-AufwandersatzVO festgesetzte Pauschalbeträge (§ 35 Abs 4 VwGVG). Dieser Aufwandersatz ist gemäß § 35 Abs 7 VwGVG auf Antrag der Partei zu leisten.

Demnach sind dem Beschwerdeführer – wie in seiner Maßnahmenbeschwerde und der mündlichen Verhandlung beantragt – der Ersatz des Schriftsatzaufwandes gemäß § 1 Z 1 VwG-AufwandersatzVO von € 737,60, der Ersatz des Verhandlungsaufwandes gemäß § 1 Z 2 VwG-AufwandersatzVO von € 922, sowie die Eingabegebühr von € 30, somit gesamt € 1689,60, zuzusprechen.

Es ist daher spruchgemäß zu entscheiden.

VI. Unzulässigkeit der ordentlichen Revision:

Die ordentliche Revision ist unzulässig, da keine Rechtsfrage iSd Art 133 Abs 4 B-VG zu beurteilen war, der grundsätzliche Bedeutung zukommt. Weder weicht die gegenständliche Entscheidung von der bisherigen Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes ab, noch fehlt es an einer Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes. Weiters ist die dazu vorliegende Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes auch nicht als uneinheitlich zu beurteilen. Ebenfalls liegen keine sonstigen Hinweise auf eine grundsätzliche Bedeutung der zu lösenden Rechtsfrage vor.

Die in der gegenständlichen Beschwerdesache zu lösenden Rechtsfragen konnten anhand der in der vorliegenden Beschwerdeentscheidung zitierten Judikatur des Verwaltungsgerichtshofes einwandfrei einer Beantwortung zugeführt werden. Eine außerhalb dieser Judikatur des Verwaltungsgerichtshofes liegende Rechtsfrage ist für das erkennende Gericht im Gegenstandsfall nicht hervorgekommen.

R e c h t s m i t t e l b e l e h r u n g

Gegen diese Entscheidung kann binnen sechs Wochen ab der Zustellung Beschwerde an den Verfassungsgerichtshof, Freyung 8, 1010 Wien, oder ordentliche Revision an den Verwaltungsgerichtshof erhoben werden. Die Beschwerde an den Verfassungsgerichtshof ist direkt bei diesem, die ordentliche Revision an den Verwaltungsgerichtshof ist beim Landesverwaltungsgericht Tirol einzubringen.

Die genannten Rechtsmittel sind von einem bevollmächtigten Rechtsanwalt bzw einer bevollmächtigten Rechtsanwältin abzufassen und einzubringen und es ist eine Eingabegebühr von € 240 zu entrichten.

Es besteht die Möglichkeit, auf die Revision beim Verwaltungsgerichtshof und die Beschwerde beim Verfassungsgerichtshof zu verzichten. Ein solcher Verzicht hat zur Folge, dass eine Revision an den Verwaltungsgerichtshof und eine Beschwerde an den Verfassungsgerichtshof nicht mehr erhoben werden können.

Landesverwaltungsgericht Tirol

Dr.ⁱⁿ Kroker
(Richterin)