



Hochschule für
Wirtschaft und Recht Berlin
Berlin School of Economics and Law

**Forschungsinstitut für
öffentliche und private
Sicherheit (FÖPS Berlin)**

**Prof. Dr. Clemens Arzt
Direktor**

Alt-Friedrichsfelde 60
10315 Berlin

www.foeps-berlin.org
foeps@hwr-berlin.de

**Stellungnahme zur Anhörung des Innenausschusses
des Deutschen Bundestages
am 26. April 2017**

**Entwurf eines Gesetzes über die Verarbeitung von Fluggastdaten
zur Umsetzung der Richtlinie (EU) 2016/681
(Fluggastdatengesetz – FlugDaG)
Drs. 18/11501**

Prof. Dr. Clemens Arzt



I. Einleitung

Der Gesetzentwurf soll ausweislich der Gesetzesbegründung der Umsetzung der Richtlinie (EU) 2016/681 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 27. April 2016 über die Verwendung von Fluggastdatensätzen (PNR-Daten) dienen. Diese Richtlinie (nachfolgend PNR-RL) ist bis zum 25. Mai 2018 in nationales Recht umzusetzen.

Ziel der Richtlinie (Erwägungsgrund 7) ist, anhand einer Überprüfung von PNR-Daten Personen zu ermitteln, die vor einer solchen Überprüfung nicht im Verdacht standen, an terroristischen Straftaten oder schwerer Kriminalität beteiligt zu sein, und die von den zuständigen Behörden genauer überprüft werden sollen. Dies soll dazu dienen, PNR-Daten mit verschiedenen Datenbanken betreffend Personen und Gegenstände abzugleichen, um terroristische Straftaten und schwere Kriminalität zu verhüten, aufzudecken, zu ermitteln und zu verfolgen und damit einen Beitrag zur inneren Sicherheit zu leisten, um Beweismaterial zusammenzutragen und gegebenenfalls Komplizen von Straftätern aufzuspüren und kriminelle Netze auszuheben (Erwägungsgrund 6).

Ziel der Maßnahme ist mithin die anlass- und verdachtslose Erhebung vielfältiger personenbezogener Daten aller Flugreisenden im von der Richtlinie erfassten Bereich von Drittstaatsflügen wie auch von EU-Flügen zum Zweck der präventiv-polizeilichen Verhütung von Straftaten einerseits und der Verfolgung von Straftaten sowie darüber hinaus die Vorsorge für die Verfolgung solcher Straftaten auf der repressiv-polizeilichen Ebene andererseits. Genaue Zahlen, wie viele Fluggäste hiervon betroffen sind, liefert der Gesetzentwurf nicht. In Europa insgesamt wurden 2015 über 900 Mio. Fluggäste¹ befördert, in Deutschland waren es 2016 rund 223 Mio.² Erfasst werden sollen nach § 2 Abs. 3 FlugDaG (und damit weit über die Mindestanforderungen der PNR-RL hinausgehend) alle Flugpassagiere mit Ziel im Ausland oder aus dem Ausland einreisend, das waren nach diesseitiger Kenntnis 2015 rund 170 Mio. Passagiere, mithin rund 3 von 4 Passagiere in Flugverkehr über deutsche Flughäfen.³ Auch wenn jeder Fluggast bei jedem erfassten Flug erneut gespeichert wird und damit die Zahl der erfassten Personen unter der o.g. Zahl liegen wird, fallen mit Blick auf die vorgesehene Speicherdauer nach § 13 FlugDaG in 5 Jahren rund

¹ <http://ec.europa.eu/eurostat/documents/2995521/7680649/7-10102016-AP-DE.pdf>

² <https://de.statista.com/statistik/daten/studie/77928/umfrage/passagiere-auf-deutschen-flughaeften/>

³ <http://ec.europa.eu/eurostat/documents/2995521/7680649/7-10102016-AP-DE.pdf>



850 Mio. Fluggastdatensätze an, auf die das BKA zugreifen kann, wobei im Rahmen der Depersonalisierung nach § 5 FlugDaG gewisse Beschränkungen des Datensatzes nach Ablauf von 6 Monaten als Regelfall eintreten, für die indes die Möglichkeit der Aufhebung im Einzelfall nach § 5 Abs. 2 FlugDaG besteht.

Das **PNR-Abkommen mit Kanada** liegt derzeit dem EuGH vor. Der Generalanwalt beim EuGH, *Paolo Mengozzi*, hat in seinen Schlussanträgen vom 8. September 2016 (Gutachten 1/15) erhebliche rechtliche Bedenken geltend gemacht, die zum Teil auch mit Blick auf den vorliegenden Gesetzentwurf Relevanz haben⁴. Hinzu kommen die nachstehend ausgeführten Bedenken. Es wird daher, nicht zuletzt mit Blick auf den erheblichen Umfang von fast 600 Stellen zum Betrieb des Systems, dringend empfohlen, vor einer Umsetzung der PNR-RL in deutsches Recht den Ausgang des Verfahrens vor dem EuGH abzuwarten, weil hier zum einen Massendaten von Millionen Menschen wegen eines alltäglichen Vorgangs, der Teilnahme am Reiseverkehr polizeirechtlich anlasslos und ohne Anfangsverdacht strafprozessualer Art erhoben und genutzt werden, zum anderen die Industrie sich auf die Übermittlung dieser Daten vorbereiten muss und bei einer negativen Entscheidung des EuGH Aufwendungen zur Umsetzung des Push-Verfahrens wird umsonst gemacht haben.

II. Zum Gesetzentwurf im Einzelnen

Nachfolgend sollen die vorgeschlagenen gesetzlichen Regelungen ungeachtet einer grundsätzlichen Kritik an dem Vorhaben (s.o.) einer detaillierteren Analyse unterzogen werden, die indes im Rahmen einer Sachverständigenanhörung nicht den Umfang und die Form eines Rechtsgutachtens annehmen kann.

§ 1 (Fluggastdatenzentralstelle und Zweck des Fluggastdaten-Informationssystems)

Nach **§ 1 Abs. 1** erhält das BKA die Aufgabe als **Fluggastdatenzentralstelle** im Sinne des Gesetzes, was offenkundig von der Zentralstellenfunktion des § 2 BKAG abzugrenzen ist. Zweifelhafte

⁴ Hierzu auch Wendt, ZD-Aktuell 2016, 0520, Boehm/Cole, ZD 2014, 553/556.



erscheint bereits die **Gesetzgebungskompetenz** des Bundes, wenn die Gesetzesbegründung trotz des angegebenen Ziels der Bekämpfung des internationalen Terrorismus nicht auf Art. 73 Abs. 1 Nr. 9a GG verweist, sondern auf Art. 73 Abs. 1 Nr. 10, obgleich Nr. 9a die Kompetenz aus Nr. 10 verdrängt.⁵

Laut **§ 1 Abs. 2** dient das System der Verhütung und Verfolgung von terroristischen Straftaten und schwerer Kriminalität. Bemerkenswert ist bereits, dass in der Gesetzesbegründung (siehe: A. Problem und Ziel) von der Zielrichtung der Bekämpfung des **internationalen Terrorismus** (s.a. Art. 73 Abs. 1 Nr. 9a GG) die Rede ist, § 1 Abs. 2 dieses Ziel aber sogleich deutlich in der Norm ausgeweitet wird, nämlich auf **jede Form des Terrorismus**, einem weiterhin ungeklärten Begriff, der hier trotz der jüngst vom BVerwG⁶ geäußerten Bedenken nicht hinreichend präzisiert wird.

Der Begriff der „**Verhütung von Straftaten**“ ist denkbar weit und beinhaltet als solcher **kaum Grenzen im Sinne des Bestimmtheitsgebots**. Verhütung von Straftaten bedeutet zunächst einmal die Unterbindung eines in der Zukunft mit nicht näher dargelegter Wahrscheinlichkeit von den Polizeibehörden erwartetes Ereignis, das bei seiner Verwirklichung einen Straftatbestand erfüllen würde. Zur Verhütung solcher nicht einmal im Ansatz oder auf Grund bestimmter Tatsachen erkennbaren Straftaten dürfen nunmehr alle Passagierdaten erfasst, gespeichert und gerastert werden. Der erfasste Personenkreis wird in keiner Weise mit Blick auf den Verhältnismäßigkeitsgrundsatz eingegrenzt, es handelt sich mithin um Maßnahmen, die in ihrer „**Eingriffswirkung mit großer Streubreite**“ gleichsam die gesamte Bevölkerung betreffen⁷. Ebenso ist für die Verarbeitung durch das BKA als Fluggastdatenstelle für die Verarbeitung von Massendaten der gesamten Bevölkerung auf der **Wahrscheinlichkeitsebene keine Einschränkung** erkennbar; diese greift allenfalls bei der Übermittlung an und dem Datenaustausch mit anderen Stellen und auch nur dann, wenn nicht das BKA selbst im Rahmen einer Initiativübermittlung nach § 7 Abs. 3 Nr. 1 tätig wird.

Hinzu kommt das **Bestimmtheitsdefizit** mit Blick auf den Begriff „**schwerer Kriminalität**“. Dieser ist weder aus dem Wortsinn hinreichend bestimmt ableitbar, noch gesetzlich fixiert, noch in der Rechtsprechung klar

⁵ Uhle in Maunz-Dürig, GG, Art. 73 Rn. 253.

⁶ So zuletzt auch BVerwG 21. März 2017 - 1 VR 2.17.

⁷ Vgl. BVerfG 20. April 2016 - 1 BvR 66/09 und 1 BvR 1140/09 (BKAG), Rn. 101 zu



herausgearbeitet. Die PNR-RL kann für das deutsche Recht dieses Defizit nicht verbindlich beseitigen. Die Aufzählung in Anhang II der Richtlinie hat keine unmittelbare Geltung in Deutschland und muß zunächst im Lichte der Anforderungen des Artikel 3 Nr. 9 PNR-RL mit Blick auf das Strafmaß vom nationalen Gesetzgeber geprüft und in nationales Recht umgesetzt werden (zu den Problemen s.u. zu § 4 FlugDaG), um für die Betroffenen aber auch das BKA und die Gerichte hinreichend bestimmt festzulegen, welche Straftaten der „schweren Kriminalität“ zuzuordnen sein sollen.

Gemäß der Intention des Gesetzgebers dient die Verarbeitung umfangreicher personenbezogener Daten aller Flugpassagiere mit Ziel oder Herkunft außerhalb Deutschlands der **anlasslosen "Verdachts-" oder "Verdächtigengewinnung"**⁸ gegen jede Personen anlässlich ihrer Nutzung des Flugverkehrs, um „Personen zu identifizieren, die den Sicherheitsbehörden noch nicht bekannt waren und die mit einer terroristischen Straftat oder einer Straftat der schweren Kriminalität in Zusammenhang stehen könnten“ (Gesetzesbegründung S. 26).

Grundlage für diese **Verdachtsgenerierung** sind nicht Anhaltspunkte im Verhalten der Betroffenen, sondern „Muster“, welche das BKA aus vorhandenen Daten, die keinen Bezug zu einer bestimmten Person aufweisen, eigenständig generiert (Gesetzesbegründung S. 17 f.). Damit ist die Maßnahme keine „typische“ Maßnahme im Rahmen der Verhütung von Straftaten (Gefahrenabwehr) oder Verfolgungsvorsorge (vorgezogene Repression)⁹, sondern dient der **massenhaften präventiven Speicherung von Daten ohne rechtfertigenden Grund im Einzelfall**.

Anders als im Bereich der TK-Vorratsdatenspeicherung werden die in der **Fluggastdaten-Vorratsspeicherung** erhobenen personenbezogenen Daten im Rahmen der weiteren Verarbeitung indes nicht erst dann genutzt, wenn dies etwa zur Feststellung einer möglichen strafbaren Handlung in Bezug auf konkrete Personen und bereits begangene Straftaten oder zumindest einen Anfangsverdacht hierzu von den Polizeibehörden als sinnvoll angesehen wird, sondern das BKA selbst kann die Fluggastdaten jedes Flugreisenden einerseits mit „Mustern“ abgleichen, um hieraus (bisher nicht einmal vorhandene) **Verdachtsmomente neu zu generieren**, die dann ggf. Anschlussmaßnahmen gegen den Betroffenen begründen.

⁸ Vgl. BVerfG 4. April 2006 - 1 BvR 518/02 Rn. 107 f. (Rasterfahndung).

⁹ Vgl. BVerfG 27. Juli 2005 - 1 BvR 668/04.



Die Fluggastdaten jedes Flugreisenden werden darüber hinaus auch dazu genutzt, ständig neue „Muster“ zu erstellen (Gesetzesbegründung S. 17 f.).

Beides stellt eine **völlig neue Dimension der anlasslosen Massenüberwachung** dar, unter Nutzung vielfältigster personenbezogener Daten (vgl. § 2) von derzeit rund 170 Mio. Fluggästen/Jahr. Mit den Anforderungen des EuGH an die Vorratsdatenspeicherung¹⁰ ist dies nicht kompatibel.

Soweit **§ 1 Abs. 3** auf die **Auftragsverarbeitung** durch das Bundesverwaltungsamt verweist, wäre ein ausdrücklicher Verweis auf die einschlägigen Regelungen im BDSG zumindest vorzugswürdig¹¹, wenn nicht gar aus Gründen der Normenbestimmtheit notwendig, zumal der GE (S. 23) selbst darauf verweist, dass die weitere Ausgestaltung noch einer „Vereinbarung“ zwischen den Beteiligten unterliegt. Dabei ist zu beachten, dass das Bundesverwaltungsamt die Daten „im Auftrag und nach Weisung“ verarbeitet, die Sachhoheit also alleine beim BKA liegt.

§ 2 Datenübermittlung durch Luftfahrtunternehmen

§ 2 Abs. 1 verpflichtet Luftfahrtunternehmen zur Übermittlung der in Absatz 2 festgelegten personenbezogenen Informationen. Anders als im Bereich der TK-Vorratsdatenspeicherung geht der Grundrechtseingriff hier indes deutlich weiter und ist intensiver, weil personenbezogene Daten seitens der staatlichen Sicherheitsbehörden nicht nur im Einzelfall bei den verpflichteten Unternehmen abgerufen werden können, wenn die gesetzlichen Voraussetzungen aus StPO und TKG vorliegen, sondern **alle Daten** werden **ohne weiteren Anlass** oder in der Person des Betroffenen liegendem Grund **an das BKA übermittelt**.

Die Ausmaße der **anlasslosen Nutzung von Massendaten** durch das BKA eher „verniedlichend“ wird in der Gesetzesbegründung (S. 17, 24) darauf verwiesen, es würden nur die Daten übermittelt, die Passagiere ohnehin dem Luftfahrtunternehmen zur Verfügung gestellt hätten. Diese Zurverfügungstellung an das Luftfahrtunternehmen seitens der Passagiere geschieht indes nicht „freiwillig“ und aus gesondertem Interesse im Rahmen

¹⁰ EuGH 8. April 2014, Digital Rights Ireland u. a., verbundene Rechtssachen C-293/12 und C-594/12; s.a. EuGH 21. Dezember 2016 verbundene Rechtssachen C-203/15 und C-698/15.

¹¹ Vgl. *Petri* in Simitis, BDSG, 7. Aufl. § 11 Rn. 16.



eine „informed consent“, sondern ist notwendige Voraussetzung um überhaupt einen Beförderungsvertrag abschließen zu können. Wie auch in der TK-Vorratsdatenspeicherung werden also die **verpflichteten Unternehmen** durch den Gesetzgeber gezwungen, Daten für denselben nach Maßgabe des Gesetzgebers zu übermitteln. Andererseits werden viele Passagiere diese Daten gerade nicht an das BKA liefern wollen, allein weil sie ein Flugzeug besteigen. Es herrscht also eine „**Ablieferungspflicht**“ zu Gunsten staatlicher Interessen.

Interessanterweise hält die Bundesregierung es in ihrer Gesetzesbegründung (S. 24) für zulässig, dass die Fluggastdatenzentralstelle alle nach § 2 Abs. 1 an das BKA übermittelten personenbezogenen Daten ohne Rechtsgrundlage auch **an die Fluggastdatenzentralstellen aller Mitgliedsstaaten der EU übermitteln** darf. Hierzu wird auf eine „Auskunft der Europäischen Kommission“ verwiesen. Dies erstaunt, weil die Übermittlung von Daten nach § 78 BDSG n.F. zumindest einen gemäß Artikel 36 Absatz 3 der Richtlinie (EU) 2016/680 gefassten **Angemessenheitsbeschluss** der Kommission voraussetzt. Soll **§ 78 BDSG n.F.** hier also nicht greifen, wenn die Notwendigkeit einer Rechtsgrundlage seitens der Bundesregierung in der Begründung zum GE verneint wird?

§ 2 Abs. 2 legt im Detail fest, **welche Daten** Fluggastdaten im Sinne des Gesetzes sind. Hierunter fallen nicht nur mannigfaltige personenbezogene Informationen über den Fluggast selbst, sondern **auch über Dritte**, z.B. über Mitreisende (was deren Verhältnis zueinander offenbart) und über Reisebüros sowie deren Sachbearbeiter. In keiner Weise wird im Gesetzentwurf dargelegt, **weshalb** die insgesamt 20 unterschiedlichen Kategorien personenbezogener Daten **im Einzelnen** für den in § 1 Abs. 2 genannten Zweck **notwendig** sein sollen; deren Eignung und die Erforderlichkeit im Einzelnen ist mithin nicht dargetan. Hinzu kommt, dass in Nr. 2 unter „allgemeine Hinweise“ ein **Freitextfeld** eingefügt wird, das vom Gesetzgeber in keiner Weise näher bestimmt ist. Hier können seitens der Unternehmen mannigfaltige Hinweise gespeichert werden, die durchaus auch **sensible Daten** beinhalten, die nach § 2 Abs. 3 aber nicht Gegenstand der vom BKA festgelegten „Muster“ sein dürfen.

§ 2 Abs. 3 legt fest, für welche Flüge Fluggastdaten zu übermitteln sind. Dabei geht das FlugDaG weiter über das hinaus, was von der PNR-RL als Mindeststandard verlangt wird, nämlich nur Flüge mit **Drittstaaten**. Nach deutschen Recht sollen auch die Daten für alle EU-Flüge erhoben und



ausgewertet werden, was die Pflichten aus Art. 2 Abs. 1 PNR-RL nach sich zieht. Unzulässig ist dies nicht, indes wird in der Gesetzgebung an keiner Stelle begründet, weshalb Deutschland hier deutlich über das von der Richtlinie gebotene **Mindestmaß der zu verarbeitenden Daten** durch die Zentralstelle hinausgeht.

Unklar ist auch, weshalb der Gesetzentwurf keine **Informationspflicht der Luftfahrt-Unternehmen** analog § 31a Absatz 4 BPolG vorsieht; auch wenn hier konzediert werden muss, dass gegen diese Verpflichtung fortwährend verstoßen wird. Ein Vollzugsdefizit¹² auf der einen Seite kann aber nicht zur Begründung des Fehlens einer Transparenz staatlichen Handelns auf der anderen Seite führen.

§ 4 Voraussetzungen für die Datenverarbeitung

Hier ist zunächst herauszuarbeiten, welche Befugnisse dem BKA als Zentralstelle zuwachsen. Zulässig ist eine **Verarbeitung** aller von den Luftfahrtunternehmen übermittelten personenbezogenen Daten und ein Abgleich mit eigenen Datenbeständen des BKA sowie „Mustern“.

Unbegrenzte Verarbeitung von Daten durch das BKA

Der Begriff der **Datenverarbeitung** ist – anders als im geltenden BDSG – im BDSG n.F. nach meiner Kenntnis nicht länger definiert. Es ist daher auf den Begriff in Art. 3 Nr. 2 der **EU-Richtlinie 2016/680** vom 27. April 2016 zurück zu greifen, der mit dem der Datenschutz-Grundverordnung vom gleichen Datum identisch ist. Danach ist von der „**Verarbeitung**“ jeder mit oder ohne Hilfe automatisierter Verfahren ausgeführte Vorgang oder jede solche Vorgangsreihe im Zusammenhang mit **personenbezogenen Daten** wie das Erheben, das Erfassen, die Organisation, das Ordnen, die Speicherung, die Anpassung oder Veränderung, das Auslesen, das Abfragen, die Verwendung, die Offenlegung durch Übermittlung, Verbreitung oder eine andere Form der Bereitstellung, den Abgleich oder die Verknüpfung, die Einschränkung, das Löschen oder die Vernichtung umfasst.

Insoweit gewährt **§ 4 Abs. 1** in Abweichung von der bisherigen Grundstruktur des deutschen Rechts mit einer klaren befugnisrechtlichen

¹² Hierzu vertiefend *Arzt* in *Sicherheitsrecht des Bundes*, § 31a BPolG Rn. 17.



Trennung der verschiedenen Eingriffs“stufen“ (z.B. Erheben, Speichern, Nutzen), die jeweils einer spezifischen Eingriffsbefugnis bedürfen, gleichsam in Form einer **Blankettnorm** dem BKA **umfassende und nicht näher definierte Befugnisse** der „Verarbeitung“ personenbezogener Daten von Fluggastdaten.

Zulässigkeit der anlasslosen Rasterfahndung in Massendaten

Der so genannte **Abgleich mit Mustern** stellt faktisch eine **Rasterfahndung**¹³ in dem Sinne dar, dass Daten einer großen Menge (derzeit rund 170 Millionen mal im Jahr) „**unverdächtiger**“ **Personen** mit vom BKA vorab festgelegten Mustern abgeglichen werden, um diejenigen Personen herauszufiltern, die aus Sicht des BKA für den weiteren Verlauf weiterer Ermittlungen „interessant“ sind. „Die Rasterfahndung ist **„Verdachts-“ oder „Verdächtigengewinnungseingriff“** (...) insbesondere dann, wenn sie - wie im vorliegenden Fall - zur Aufdeckung von so genannten terroristischen Schläfern führen soll.“¹⁴

Anlass der Maßnahme ist also nicht das konkrete Verhalten einer Person, das bestimmte polizeiliche Maßnahmen hervorruft, sondern das BKA legt im Rahmen der weitgehend unbestimmten Voraussetzungen des § 4 FlugDaG Muster fest, die sodann „**verdachtsgenerierend**“ mit umfassenden Fluggastdaten abgeglichen werden.

In der Gesetzesbegründung (S. 24) wird dargelegt, dass die Bundesregierung selbst von einer „**Trefferquote**“ von ca. 0,1 % ausgeht, die anderen Daten aber auch weiterhin „retrograd“ dem Zugriff zugänglich halten will. Mit anderen Worten: gesucht werden nicht bestimmte Personen oder es wird bestimmten Anhaltspunkten für eine Gefahr oder einen Anfangsverdacht nachgegangen, sondern diese werden durch Massendatenabgleich erst noch generiert und damit zugleich für jeden die potentielle Folge erzeugt, ohne Gründe im eigenen Verhalten einem Verdacht oder polizeilichen Ermittlungsmaßnahmen ausgesetzt zu sein.¹⁵

Problematisch ist hieran bereits der Mangel einer hinreichenden **Eingriffsschwelle**. Es handelt sich bei der Fluggastdatenverarbeitung gleichsam um eine doppel funktionale Maßnahme der Verhütung von

¹³ Zum Begriff *Petri* in Lisken/Denninger, 5. Auflage, Rn 530.

¹⁴ BVerfG 4. April 2006 - 1 BvR 518/02 Rn. 107 f. (Rasterfahndung) Rn. 119.

¹⁵ Vgl. *Petri* in Lisken/Denninger, 5. Auflage, Rn 532.



Straftaten und der Verfolgungsvorsorge. Zur präventiv-polizeilichen Rasterfahndung stellte das BVerfG fest: „Eine **präventive polizeiliche Rasterfahndung** (...) ist mit dem Grundrecht auf informationelle Selbstbestimmung (Art. 2 Abs. 1 in Verbindung mit Art. 1 Abs. 1 GG) nur vereinbar, wenn eine **konkrete Gefahr für hochrangige Rechtsgüter** wie den Bestand oder die Sicherheit des Bundes oder eines Landes oder für Leib, Leben oder Freiheit einer Person gegeben ist. Im Vorfeld der Gefahrenabwehr scheidet eine solche Rasterfahndung aus. Eine allgemeine Bedrohungslage, wie sie im Hinblick auf terroristische Anschläge seit dem 11. September 2001 durchgehend bestanden hat, oder außenpolitische Spannungslagen reichen für die Anordnung der Rasterfahndung nicht aus. Vorausgesetzt ist vielmehr das Vorliegen weiterer Tatsachen, aus denen sich eine konkrete Gefahr, etwa für die Vorbereitung oder Durchführung terroristischer Anschläge, ergibt.“¹⁶

Die hier vorgesehene Maßnahme weist zudem eine hohe Eingriffsintensität mit Blick auf die automatisierte Auswertung von Massendaten auf: „Als **Fahndungsmethode** weist die **Rasterfahndung** die Vorteile auf, die automatisierte, rechnergestützte Operationen generell mit sich bringen, ermöglicht also die Verarbeitung nahezu beliebig großer und komplexer Informationsbestände in großer Schnelligkeit. Ein herkömmliches Verfahren, die nach dem Modell abgestufter Erkenntnisverdichtung erfolgende Ermittlungstätigkeit, wird hierdurch mit einer bislang unbekanntem Durchschlagskraft versehen. In grundrechtlicher Hinsicht führt die **neue Qualität der polizeilichen Ermittlungsmaßnahme** zu einer erhöhten Eingriffsintensität.“¹⁷

Einschüchternde Wirkung

Neben die TK-Vorratsdatenspeicherung als anlassloser Maßnahme der Massenüberwachung der Kommunikation von Bürgerinnen und Bürgern tritt hier als **weitere anlasslose Massenüberwachung** die **des Flugverkehrs** hinzu, wobei der Gesetzentwurf noch deutlich über die Richtlinie hinausgeht und nicht nur den Flugverkehr mit Drittstaaten der Überwachung unterwirft, sondern auch den Flugverkehr innerhalb der EU. Damit bewegt sich der Gesetzgeber immer weiter in eine Richtung, die vom **EuGH** in seinen Entscheidungen zur **TK-Vorratsdatenspeicherung** als unzulässig

¹⁶ BVerfG 4. April 2006 - 1 BvR 518/02 (Leitsätze).

¹⁷ BVerfG 4. April 2006 - 1 BvR 518/02 Rn. 122, zur Rasterfahndung 2001.



angesehen wurde¹⁸ und mit Blick auf die Häufigkeit von Flugreisen in fast allen Bevölkerungsschichten gleichsam die gesamte Bevölkerung betreffen.¹⁹ Geschaffen wird ein Instrument der massenhaften und umfassenden staatlichen Überwachung aller Bürgerinnen und Bürger die am Flugreiseverkehr teilnehmen, was aufgrund der Masse der Betroffenen und des Fehlens eines Anknüpfungspunktes im eigenen Verhalten erhebliche **einschüchternde Wirkung** erzeugt.

Neben die TK-Vorratsdatenspeicherung tritt die **Fluggastdaten-Vorratsdatenspeicherung** als **weiteres Element** einer **gesamtsellschaftlichen Überwachung**, mit erheblichen Einschüchterungswirkungen.²⁰ „Durch eine vorsorgliche Speicherung der Telekommunikationsverkehrsdaten wurde indes der Spielraum für weitere anlasslose Datensammlungen auch über den Weg der Europäischen Union erheblich geringer.“²¹ Fraglich ist, ob im Sinne einer **„Überwachungsgesamtrechnung“**²² diese Grenze mit der hier diskutierten Maßnahme und deren Umfang, also einer Kumulation anlassloser Massenüberwachungsinstrumente nicht überschritten ist, weil diese mit der Identität der bundesdeutschen Verfassung nicht vereinbar und damit **verfassungswidrig** ist.²³ Eine Vereinbarkeit mit Art. 7 und 8 der Europäische Grundrechtecharta im Lichte der Entscheidung des EuGH zur TK-Vorratsdatenspeicherung wird schwerlich zu bejahen sein.²⁴

Maßgeblich ist, „ob der Betroffene einen ihm zurechenbaren Anlass, etwa durch eine Rechtsverletzung, für die Erhebung geschaffen hat oder ob sie anlasslos erfolgt und damit praktisch jeden treffen kann. Informationserhebungen gegenüber Personen, die den Eingriff durch ihr Verhalten nicht veranlasst haben, sind grundsätzlich von höherer Eingriffsintensität als anlassbezogene. Werden Personen, die keinen Erhebungsanlass gegeben haben, in großer Zahl in den Wirkungsbereich einer Maßnahme einbezogen, können von ihr auch allgemeine **Einschüchterungseffekte** ausgehen, die zu Beeinträchtigungen bei der Ausübung von Grundrechten führen können. Die Unbefangenheit des

¹⁸ S.o. Rn. 10.

¹⁹ Kritisch zur Angemessenheit solcher Maßnahmen BVerfG 20. April 2016 - 1 BvR 66/09 und 1 BvR 1140/09 (BKAG), Rn. 101.

²⁰ Ausführlich Knieriem ZD 2011, 17.

²¹ BVerfG 2. März 2010 - 1 BvR 256/08, 1 BvR 263/08 und 586/08, Rn. 218.

²² Knieriem ZD 2011, 20 f.

²³ Dies bejaht zutreffend Knieriem S. 22 f.; so schon der BfDI 2012, vgl. ZD-Aktuell 2012, 02924

²⁴ So auch Bundesrat, Empfehlungen der Ausschüsse, BR-Drs. 161/1/17



Verhaltens wird insbesondere gefährdet, wenn die Streubreite von Ermittlungsmaßnahmen dazu beiträgt, dass Risiken des Missbrauchs und ein Gefühl des Überwachtwerdens entstehen. Das aber ist gerade bei der seriellen Erfassung von Informationen in großer Zahl der Fall.²⁵ Die Maßnahme hat mit Blick auf die Vielzahl der anlasslos erfassten Personen „eine außerordentlich hohe Streubreite“.²⁶

Heimliche Durchführung und Anschlussmaßnahmen

Hinzu kommt die **Heimlichkeit** der Durchführung der Maßnahme als weiteres die **Eingriffsintensität** steigerndes Element.²⁷ „Die Intensität des Eingriffs für den Grundrechtsträger wird [zudem] davon beeinflusst, welche **über die Informationserhebung hinausgehenden Nachteile** ihm [dem Betroffenen] aufgrund der Maßnahme drohen oder von ihm nicht ohne Grund befürchtet werden. Die Schwere des Eingriffs nimmt mit der Möglichkeit der Nutzung der Daten für Folgeeingriffe in Grundrechte der Betroffenen zu sowie mit der Möglichkeit der Verknüpfung mit anderen Daten, die wiederum andere Folgemaßnahmen auslösen können.“²⁸

In der Regel zunächst weitere heimliche **Anschlussmaßnahmen** wird jeder gegenwärtigen müssen, der unter ein vom BKA selbst geschaffenes „Muster“ fällt. Mangels **Benachrichtigung** über das Ergebnis besteht eine Möglichkeit der gerichtlichen Überprüfung der Rasterung nicht, was **mit Art. 19 Abs. 4 GG in Konflikt** steht.

Hierauf weist auch das **BVerfG** in seiner Entscheidung zur **Rasterfahndung** hin: „Auf die Intensität des Eingriffs wirken sich ferner etwaige aus der Rasterfahndung resultierende weitere Folgen für die Betroffenen aus. Das Gewicht informationsbezogener Grundrechtseingriffe richtet sich auch danach, welche Nachteile den Betroffenen aufgrund der Eingriffe drohen oder von ihnen nicht ohne Grund befürchtet werden. (...) So kann die Übermittlung und Verwendung von Daten für die Betroffenen das **Risiko begründen, Gegenstand staatlicher Ermittlungsmaßnahmen zu werden**, das über das allgemeine Risiko hinausgeht, einem unberechtigten Verdacht ausgesetzt zu werden. Auch können informationsbezogene Ermittlungsmaßnahmen im Falle ihres

²⁵ Vgl. BVerfG 11. März 2008 - 1 BvR 2074/05 und 1 BvR 1254/07 (Kfz-Kennzeichenerkennung), Rn. 78 (unter Auslassung der Verweise).

²⁶ Vgl. BVerfG 4. April 2006 - 1 BvR 518/02 Rn. 107 f. (Rasterfahndung) Rn. 121.

²⁷ Ebd. Rn. 79.

²⁸ Ebd. Rn. 80.



Bekanntwerdens eine stigmatisierende Wirkung für die Betroffenen haben und so mittelbar das Risiko erhöhen, im Alltag oder im Berufsleben diskriminiert zu werden.“²⁹

Hinzu kommt die Möglichkeit einer **stigmatisierenden Wirkung** der Maßnahme gegen bestimmte Bevölkerungsgruppen, worauf das BVerfG ebenfalls in seiner Entscheidung zur Rasterfahndung hinweist: „Ferner kann die Tatsache einer nach bestimmten Kriterien durchgeführten polizeilichen Rasterfahndung als solche - wenn sie bekannt wird - eine stigmatisierende Wirkung für diejenigen haben, die diese Kriterien erfüllen.“³⁰ Dies gilt (wie bereits bei der Rasterfahndung 2001) insbesondere wegen der Zielrichtung gegen den so genannten internationalen Terrorismus mit Blick auf Muslime und Menschen aus dem arabischen Raum, auch wenn hier die Religionszugehörigkeit kein ausdrückliches Kriterium ist. „So fällt etwa für die Rasterfahndungen, die nach dem 11. September 2001 durchgeführt wurden, im Hinblick auf deren **Eingriffsintensität** ins Gewicht, dass sie sich gegen **Ausländer bestimmter Herkunft und muslimischen Glaubens** richten, womit stets auch das Risiko verbunden ist, Vorurteile zu reproduzieren und diese Bevölkerungsgruppen in der öffentlichen Wahrnehmung zu stigmatisieren (...). Insbesondere die kaum vermeidbaren Nebeneffekte einer nach der Zugehörigkeit zu einer Religion differenzierenden und alle Angehörigen dieser Religion pauschal erfassenden Rasterfahndung erhöhen das Gewicht der mit ihr verbundenen Grundrechtseingriffe und damit die von Verfassungs wegen an ihre Rechtfertigung zu stellenden Anforderungen.“³¹

Der Staat darf und muss terroristischen Bestrebungen - etwa solchen, die die Zerstörung der freiheitlichen demokratischen Grundordnung zum Ziel haben und die planmäßige Vernichtung von Menschenleben als Mittel zur Verwirklichung dieses Vorhabens einsetzen – nach den Ausführungen des BVerfG zur Rasterfahndung mit den erforderlichen rechtsstaatlichen Mitteln wirksam entgegenzutreten. Auf die rechtsstaatlichen Mittel hat sich der Staat unter dem Grundgesetz jedoch auch zu beschränken.³²

Diese Grenzen sind hier eindeutig überschritten; hinzu kommt, dass die zulässigen Maßnahmen nicht allein der Terrorismusabwehr, sondern auch

²⁹ BVerfG 4. April 2006 - 1 BvR 518/02 Rn. 107 f. (unter Auslassung der Verweise).

³⁰ Ebd. Rn. 111.

³¹ Ebd. Rn. 112.

³² Ausführlich ebd. Rn. 126 ff.

der Abwehr der so genannten „schweren Kriminalität“ im Allgemeinen dienen sollen.

§ 4 Absatz 1

Absatz 1 legt fest, dass das BKA als Fluggastdatenzentralstelle alle Fluggastdaten **mit „Datenbeständen und Mustern“ abgleichen** kann. Datenbestände kann hier nicht meinen, dass nur mit den nach dem FlugDaG erhobenen Datenbeständen abgeglichen werden darf, sondern mit allen Datenbeständen des BKA, zumindest soweit die Voraussetzungen des § 12 BKAG n.F. vorliegen, was mit Blick, auf dessen „Weite“ der Regelfall sein dürfte. Dies bestätigt auch der Verweis in Absatz 2 Nr. 1 mit Bezug auf **Fahndungsbestände**, was mit Blick auf die Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts als nicht hinreichend bestimmt anzusehen ist³³.

Gesucht werden dabei nicht Personen, zu denen konkrete Erkenntnisse im Sinne des Satz 2 vorliegen, sondern entsprechende Erkenntnisse sollen erst noch generiert werden, „um **Personen zu identifizieren**, bei denen tatsächliche Anhaltspunkte dafür vorliegen (...), mithin eine anlasslose **"Verdachts-" oder "Verdächtigengewinnung"**³⁴. Erfasst ist ein umfangreicher Straftatenkatalog in der Form der Kettenverweisung, der deutliche Bestimmtheitsmängel aufzeigt, insbesondere in Nr. 3, 5 und 6.

§ 4 Absatz 3 bis 5

Absatz 3 formuliert die näheren Anforderungen an die vom BKA zu erstellenden **Muster**, welche die verdachts- und anlasslose **Rasterfahndung** ermöglichen sollen. Gefordert sind hier in Satz 3 zwar „Tatsachen zu bestimmten Straftaten“, nicht jedoch ein Anfangsverdacht oder die Gefahr der Begehung einer bestimmten Straftat, noch Anhaltspunkte zu bestimmten Person; vielmehr sollen diese erst im Rahmen der Auswertung gewonnen werden. Diese belegt auch Absatz 4 hinsichtlich der Auswertung aller Fluggastdaten zur Erstellung von Mustern. Allein Absatz 5 sieht eine gezielte Suche nach bestimmten Personen im Rahmen der Aufgaben aus § 1 Abs. 2 vor.

Aus den bereits ausgeführten Gründen ist dies **verfassungsrechtlich nicht akzeptabel**.

³³ BVerfG 11. März 2008 - 1 BvR 2074/05 und 1 BvR 1254/07 (Kfz-Kennzeichenerkennung), Rn. 99 ff.

³⁴ Vgl. BVerfG 4. April 2006 - 1 BvR 518/02 Rn. 107 f. (Rasterfahndung).



§ 5 Depersonalisierung

Die gespeicherten Fluggastdaten werden im Rahmen einer **Vorratsdatenspeicherung** regelmäßig frühestens nach 5 Jahren gelöscht (s.u. zu § 13); eine erheblich längere Frist als dies § 113b TKG für die vom EuGH jüngst mit Blick auf die EU-Richtlinie grundsätzlich beanstandete TK-Vorratsdatenspeicherung vorsah. Dies bedeutet, alle Fluggäste, die unter die Datenspeicherung nach diesem Gesetz fallen, bleiben mit ihren Daten für 5 Jahre erfasst, obgleich sie hierzu keinen Anlass gegeben haben.

„Abgemildert“ werden soll dies offenbar durch eine so genannte **Depersonalisierung** nach § 5, die indes nur für bestimmte Fluggastdaten greift und nach Absatz 2 wieder aufhebbar ist. Der Begriff der Depersonalisierung meint offenkundig „weniger“ als die gängigen Verfahren der **Anonymisierung** oder **Pseudonymisierung** nach dem BDSG auch in seiner neuen Fassung und nach der EU-Datenschutzgrundverordnung (2016/679). Dennoch ist das Verfahren im Gesetz nicht näher bestimmt.

Dies belegt auch Absatz 2, der offenkundig von einer jederzeitigen „**Rückholbarkeit**“ aller personenbezogenen Daten ausgeht, wobei diese Option nicht allein auf die Verfolgung einer bestimmaren Straftat oder gegen eine bestimmte Person eröffnet wird, sondern auch zur denkbar weiten „Verhütung von Straftaten“, ohne dass hier ein Bezug zu bestimmten Personen erforderlich wäre.

Zulässig ist auch eine Anordnung durch die Präsidentin oder den Präsidenten des BKA bei „**Gefahr im Verzug**“; eine genaue Frist, bis wann die gerichtliche Entscheidung nachzuholen ist, fehlt. Dies entspricht zwar den Regelungen im BKAG n.F., ist indes **unter Bestimmtheitsgrundsätzen kritisch** zu sehen.

§§ 6 bis 10 Datenübermittlungen, -austausche und gemeinsame Verfahren

Nach **§ 6 Absatz 2** dürfen die Daten nicht nur an Bundes- und Landespolizeibehörden übermittelt werden, sondern auch an die Nachrichtendienste. Der Schutzmechanismus eines **Trennungsgebotes** oder auch nur der **informationellen Trennung** wird hiermit im Anschluss an das ATDG und § 17 BKAG n.F. weiter ausgehöhlt.



§ 6 Absatz 4 macht deutlich, dass auch die das Recht auf informationelle Selbstbestimmung schützende Idee einer **Zweckbindung** von personenbezogenen Daten analog zu § 12 BKAG n.F. **beseitigt** werden soll.

Die umfassenden Möglichkeiten des **Datenaustauschs mit Mitgliedstaaten** der EU nach **§ 7** knüpfen an die „Verhütung von Straftaten“ und deren Verfolgung an; ersteres eröffnet Datenübermittlungen weit im Vorfeld konkreter Gefahren oder einem Anfangsverdacht. Während nach Absatz 3 bei Ersuchen aus dem Ausland hierfür „tatsächliche Anhaltspunkte“ verlangt werden, ist diese bei einer Übermittlung auf Initiative des BKA nicht erforderlich.

Nach **§ 8** ist die Entwicklung und Durchführung **gemeinsamer Rasterfahndungsverfahren** mit allen Mitgliedstaaten der **EU** zulässig. Ausweislich der Gesetzesbegründung (S. 33) soll dies offenbar auch im Vorfeld des Vorfelds („**vorgelagerte Sachaufklärung**“) zulässig sein. Das hierbei auch unbegrenzt **personenbezogene Daten** übermittelt werden können, belegt der Verweis in Satz 2 auf § 7, der nach Absatz 3 Nr. 1 Initiativübermittlungen des BKA gestattet, auch zur „**Erforschung von Gefährdungssachverhalten**“, mithin ohne konkreten Anlass im Einzelfall. Neben dem internationalen Terrorismus soll so zum Beispiel auch die **Bekämpfung von Fluchtbewegungen** in die EU unterstützt werden (Gesetzesbegründung S. 31 unter Verweis auf „Schleuserbanden“).

Diese Entgrenzung der Datenübermittlung findet ihre Fortsetzung in § 10, der als Maßstab wiederum auf die Verhütung von Straftaten abstellt.

§ 13 Löschung von Daten

Eine Löschung von Daten aus der Fluggastdaten-Vorratsspeicherung soll gemäß **Absatz 1 Satz 1** nach 5 Jahren erfolgen, allerdings nur, soweit diese nicht innerhalb des genannten Zeitraums nach § 6 weiter übermittelt wurden. In diesem Fall gelten die jeweiligen für diese Behörden geltenden Vorschriften, die nicht selten eine Standardspeicherdauer von 10 Jahren vorsehen. Im Ergebnis kann hieraus eine **Speicherdauer von bis zu 15 Jahren** folgen. **Absatz 4** enthält hierzu nur Einschränkungen für so genannten **Trefferfälle** (vgl. Art. 12 Abs. 5 der Richtlinie (EU) 2016/681) im Rahmen der Verarbeitung.



Im Ergebnis ist der vorgelegte Gesetzentwurf nach meiner Auffassung mit den Anforderungen der EuGrCh wie auch dem Grundgesetz nicht vereinbar.

gez. Prof. Dr. Clemens Arzt