

Prof. Dr. Matthias Bäcker, LL.M.

Mainz, den 16. März 2017

Johannes Gutenberg-Universität Mainz
Abt. Rechtswissenschaft

Jakob-Welder-Weg 9
55128 Mainz

Stellungnahme

zu dem Entwurf eines Gesetzes zur Neustrukturierung des Bundeskriminalamtgesetzes

(BT-Drs. 18/11163)

Gliederung

Ergebnisse

I. Konzeptionelle Defizite der Weiterverarbeitungsregelungen

1. Reichweite und Anforderungen von § 16 Abs. 1 BKAG-E als eigenständiger Verarbeitungsermächtigung
2. Verhältnis der Verarbeitungsermächtigungen in § 18 und § 19 BKAG-E zu § 16 Abs. 1 und § 12 BKAG-E
3. Fazit

II. Weitere verfassungsrechtliche und praktische Probleme der Weiterverarbeitungsregelungen

1. Zweckbindung und hypothetische Datenneuerhebung (§ 12 BKAG-E)
 - a) Abgrenzung von weiterer Nutzung (§ 12 Abs. 1 BKAG-E) und Zweckänderung (§ 12 Abs. 2 BKAG-E)
 - b) Zweckänderung bei Daten aus „Online-Durchsuchungen“ (§ 12 Abs. 3 BKAG-E)
2. Voraussetzungen einer Speicherung (§ 18 und § 19 BKAG-E)
3. Speicherung ermittlungunterstützender Hinweise (§ 16 Abs. 6 BKAG-E)
4. Beginn der Aussonderungsprüffrist (§ 77 Abs. 3 BKAG-E)

Ergebnisse

1. Die geplanten Ermächtigungen zur Weiterarbeitung erhobener Daten in § 16 Abs. 1, § 18 und § 19 BKAG-E weisen grundlegende konzeptionelle Defizite auf. Der Gehalt dieser Normen ist in wesentlichen Punkten unklar. Je nach Interpretation geben sie die Bevorratung erhobener Daten und deren weitere Nutzung in verfassungswidrig großem Ausmaß frei, sie könnten jedoch – gerade umgekehrt – auch zu einer verfassungsrechtlich nicht erforderlichen und kaum praktikablen Einschränkung der Informationsverwaltung bei dem Bundeskriminalamt führen.
2. Diese Defizite lassen sich nicht durch punktuelle Anpassungen beheben. Vielmehr bedarf es einer weitaus differenzierteren Regulierung unterschiedlicher Verarbeitungsphasen (insb. weitere Nutzung erhobener Daten im unmittelbaren Anschluss an das Ausgangsverfahren, Bevorratung erhobener Daten über das Ausgangsverfahren hinaus, Verwertung bevorrateter Daten) und unterschiedlicher Personenkategorien, als sie der Entwurf vorsieht.
3. Der Entwurf droht sein Ziel, die durch Dateien strukturierte Informationsordnung bei dem Bundeskriminalamt auf einen einheitlichen Informationsbestand umzustellen, sowohl in verfassungsrechtlicher als auch in polizeipraktischer Perspektive zu verfehlen. Die rechtliche Strukturierung des vorgesehenen einheitlichen Informationsbestands ist als überaus komplexe, bislang nicht bewältigte Aufgabe anzusehen. Ich rate daher dringend dazu, diesen Teil des Entwurfs vorerst zurückzustellen und zunächst eine die praktischen Bedürfnisse, verfassungsrechtlichen Anforderungen und gesetzgebungstechnischen Regelungsoptionen eingehend zu analysieren.
4. Darüber hinaus weisen die Regelungen über die Weiterverarbeitung von Daten weitere weniger grundlegende, aber gleichwohl erhebliche praktische und verfassungsrechtliche Defizite auf.
 - a) § 12 BKAG-E beschränkt die weitere Nutzung erhobener Daten sowie die Zweckänderung von Daten, die mit „Online-Durchsuchungen“ gewonnen wurden, über das verfassungsrechtlich erforderliche Maß hinaus. Insbesondere die Einschränkung der weiteren Nutzung dürfte schwierig zu handhaben sein und sollte behoben werden.
 - b) Die Ermächtigungen zu Datenbevorratungen in § 18 und § 19 BKAG-E lehnen sich an § 8 BKAG an und sind ebenso wie diese Norm teils zu unbestimmt und unverhältnismäßig.
 - c) Die neue Ermächtigung zur anlasslosen Hinzuspeicherung ermittlungsunterstützender Hinweise in § 16 Abs. 6 Nr. 2 BKAG-E steht so mit dem Verhältnismäßigkeitsgrundsatz nicht in Einklang.
 - d) Die Regelung über die Aussonderungsprüffrist in § 77 Abs. 3 BKAG-E ermöglicht dem Bundeskriminalamt, einmal erhobene Daten ohne Prüfung über sehr lange Zeiträume gespeichert zu halten. Ein rechtfertigender Grund hierfür ist nicht erkennbar.

Stellungnahme

Eine umfassende Stellungnahme zu einem 131 Seiten umfassenden, inhaltlich sehr komplexen Gesetzentwurf erfordert mehr Zeit, als den Sachverständigen zur Verfügung gestellt wurde. Meine Stellungnahme beschränkt sich daher – ohne dass damit eine Aussage zur Praktikabilität oder zur Verfassungskonformität des Entwurfs im Übrigen verbunden wäre – auf einen kleinen, allerdings bedeutsamen Teil des Entwurfs:¹ die Regelungen über die Weiterverarbeitung erhobener Daten in §§ 12 ff. BKAG-E, die sowohl dem in § 13 BKAG-E vorgesehenen Informationssystem des Bundeskriminalamts als auch dem durch §§ 29 ff. BKAG-E errichteten polizeilichen Informationsverbund² zugrunde liegen. Diese Regelungen stellen den wohl anspruchsvollsten Teil des Entwurfs dar, da sie die Informationsordnung bei dem Bundeskriminalamt grundlegend umgestalten sollen.³ Jedoch werden sie dieses Ziel aufgrund konzeptioneller Defizite nicht erreichen (unten I). Darüber hinaus werfen die vorgesehenen Regelungen zur Weiterverarbeitung erhobener Daten weitere weniger fundamentale, aber gleichwohl erhebliche verfassungsrechtliche und praktische Probleme auf (unten II).

I. Konzeptionelle Defizite der Weiterverarbeitungsregelungen

Von zentraler Bedeutung für das Informationssystem und den polizeilichen Informationsverbund sind die Weiterverarbeitungsermächtigungen in § 16, § 18 und § 19 BKAG-E. Diese Regelungen weisen grundlegende konzeptionelle Mängel auf und drohen schwerwiegende Fehlsteuerungen zu bewirken: Die allgemeine Weiterverarbeitungsermächtigung in § 16 Abs. 1 BKAG-E ist viel zu weit gefasst und so verfassungsrechtlich nicht haltbar (unten 1). Die besonderen Ermächtigungen in § 18 und § 19 BKAG-E sind unklar. Sie können einerseits so verstanden werden, dass sie gleichfalls zu weit reichen und Grundrechte verletzen. Andererseits ist auch eine Interpretation möglich und naheliegend, nach der diese Normen für die Informationsordnung des Bundeskriminalamts praktisch nicht umsetzbare und verfassungsrechtlich nicht geforderte Hürden errichten (unten 2). Die Mängel dieser Regelungen lassen sich nicht mit punktuellen Änderungen des Entwurfs abstellen. Dieser Befund berührt allerdings die beabsichtigte Neugliederung der Informationsordnung des Bundeskriminalamts fundamental. Dieses Vorhaben sollte daher zurückgestellt werden, bis die derzeit offene Frage geklärt ist, ob sich hierfür grundrechtskonforme und praktikable Rechtsgrundlagen finden lassen (unten 3).

1. Reichweite und Anforderungen von § 16 Abs. 1 BKAG-E als eigenständiger Verarbeitungsermächtigung

Die allgemeine Ermächtigung zur Weiterverarbeitung erhobener Daten in § 16 Abs. 1 BKAG-E wirft Fragen hinsichtlich ihrer genauen Reichweite und der in ihr enthaltenen Anforderungen auf.

Nach der Entwurfsbegründung soll § 16 Abs. 1 BKAG-E der bisherigen Rechtslage entsprechen. Die Begründung verweist auf die derzeitigen Regelungen in § 7 Abs. 10 und § 13 Abs. 1,

¹ Vgl. zu den vorgesehenen Befugnissen zur Terrorismusabwehr die Stellungnahme von Ulf Buermeyer.

² Vgl. § 29 Abs. 4 Satz 2 BKAG-E.

³ Vgl. zu diesem Ziel des Entwurfs BT-Drs. 18/11163, S. 73.

Abs. 4 BKAG, die es erlauben, Daten zwischen der Zentralstellenaufgabe und den anderen Aufgaben des Bundeskriminalamts zu verschieben.⁴

Der Anwendungsbereich von § 16 Abs. 1 BKAG reicht jedoch über diese spezifischen Zweckänderungen nach dem Wortlaut der vorgesehenen Norm weit hinaus. Insbesondere erwähnt die Begründung nicht, dass das Bundeskriminalamt auf der Grundlage dieser Regelung personenbezogene Daten auch im Rahmen der ursprünglichen Aufgabe weiterverarbeiten kann. Diese Verarbeitungsbefugnis reicht potenziell sehr weit, wie im Folgenden anhand der Aufgabe zur Terrorismusabwehr (§ 5 BKAG-E) gezeigt werden soll.

Im Rahmen dieser Aufgabe handelt das Bundeskriminalamt durchweg zur Verhütung und Abwehr von Gefahren für besonders gewichtige Rechtsgüter. Ist die Aufgabe des § 5 BKAG-E eröffnet, sind daher zumindest in aller Regel die Rechtsgüter bedroht, die in den Ermächtigungen zu eingriffsintensiven Datenerhebungsmaßnahmen (wie Telekommunikationsüberwachungen oder Bild- und Tonaufzeichnungen außerhalb von Wohnungen) genannt werden.⁵ Will das Bundeskriminalamt Daten weiterverarbeiten, die es zur Erfüllung dieser Aufgabe erhoben hat, unterfällt die Weiterverarbeitung deshalb grundsätzlich⁶ § 12 Abs. 1 Satz 1 BKAG-E.⁷ Die Weiterverarbeitung hängt also nicht davon ab, dass ein konkreter Ermittlungsansatz i.S.v. § 12 Abs. 2 BKAG vorliegt. § 16 Abs. 1 BKAG-E verlangt darüber hinaus lediglich, dass die Weiterverarbeitung für die Erfüllung der Aufgabe aus § 5 BKAG erforderlich ist. Dies ist eine niedrighschwellige Voraussetzung.⁸

Auf der Grundlage von § 16 Abs. 1 BKAG-E könnte das Bundeskriminalamt daher insbesondere nahezu alle personenbezogenen Daten, die es im Rahmen seiner Aufgabe zur Terrorismusabwehr erhoben hat, dauerhaft bevorraten, um sie später einmal im Rahmen dieser Aufgabe zu verwerten. Lediglich hinsichtlich der Frage, welche Daten genau das Bundeskriminalamt speichern darf, wären einschränkende Vorgaben in der von § 20 BKAG-E vorgesehenen Verordnung zu regeln.⁹ Einen besonderen Speicherungsanlass, der über die – praktisch in der Regel bejahbare – Erforderlichkeit zur Aufgabenerfüllung hinausginge, sieht der Entwurf hingegen nicht vor. So könnte das Bundeskriminalamt neben Daten über „Gefährder“ auch Daten über Dritte ohne besonderen Anlass und in weitem Umfang bevorraten, soweit dies zur Aufgabenerfüllung beizutragen verspricht. Die aus § 79 Abs. 1 Satz 1 BKAG-E folgende Vorgabe, dass die im Rahmen der Terrorismusabwehr erhobenen Daten nach Zweckerreichung grundsätzlich zu löschen sind, stünde der Bevorratung nicht entgegen, da hiervon Daten ausgenommen sind, die nach den Vorschriften des Abschnitts 1 Unterabschnitt 2, also auch nach § 16 Abs. 1 BKAG-E, weiterverarbeitet werden. Schließlich wäre auch die Verwertung der bevorrateten

⁴ BT-Drs. 18/11163, S. 94.

⁵ Vgl. zum geltenden Recht BVerfG, Urteil vom 20. April 2016 – 1 BvR 966/09, 1140/09 –, Rn. 299 f.

⁶ Eine Ausnahme bilden die unter § 12 Abs. 1 Satz 2 BKAG-E fallenden besonders eingriffsintensiven Datenerhebungsmaßnahmen, die in diesem Abschnitt außer Betracht bleiben.

⁷ Vgl. zu der missverständlichen, aber leicht korrigierbaren Formulierung dieser Norm unten II. 1. a).

⁸ Vgl. zur problematischen Interpretation dieses Eingriffstatbestands Bäcker, Kriminalpräventionsrecht, 2015, S. 233 f., 508.

⁹ Der Erlass dieser Verordnung ist daher als Voraussetzung der Datenweiterverarbeitung anzusehen, vgl. für das geltende Recht BVerfG, Urteil vom 9. Juni 2010 – 6 C 5/09 –, juris, Rn. 20.

Daten, die wiederum auf § 16 Abs. 1 BKAG-E zu stützen wäre, dem Bundeskriminalamt weitgehend freigestellt.

Eine so weitreichende Bevorratungsbefugnis steht mit den Grundrechten nicht in Einklang. Sie lässt sich insbesondere nicht auf das BKAG-Urteil des Bundesverfassungsgerichts stützen. Das Bundesverfassungsgericht hat zwar die mit § 16 Abs. 1 BKAG-E vergleichbare Vorschrift des § 20v Abs. 4 Satz 2 Nr. 1 BKAG grundsätzlich für verfassungskonform gehalten.¹⁰ Das Gericht hatte jedoch bei der Prüfung dieser Norm ersichtlich nicht die hier erörterte Datenbevorratung, sondern allein eine Nutzung im Rahmen derselben Aufgabe vor Augen, die unmittelbar an die Datenerhebung oder zumindest an das dieser Datenerhebung zugrundeliegende polizeiliche Verfahren anschließt. Es ging dem Gericht also in gebräuchlicher Terminologie im Wesentlichen um Zufallsfunde. Ob das Gericht damit den Regelungsgehalt von § 20v Abs. 4 Satz 2 Nr. 1 BKAG zutreffend bzw. vollständig erfasst hat, ist insofern unerheblich.

Dass das Bundesverfassungsgericht sich lediglich mit der unmittelbaren Anschlussnutzung befasst hat, ergibt sich zum einen daraus, dass es den in § 20v Abs. 4 Satz 2 Nr. 1 BKAG vorgesehenen Datenumgang als weitere Nutzung bezeichnet hat.¹¹ Nach der damit in Bezug genommenen Terminologie des noch geltenden Datenschutzrechts ist eine Datenspeicherung gerade keine Datennutzung.¹² Zum anderen betont das Bundesverfassungsgericht, dass von der Befugnis zur weiteren Nutzung der Daten die Pflicht unberührt bleibe, die Daten nach Erreichung des mit der Erhebung verfolgten Zwecks zu löschen.¹³ Dieser Hinweis ergäbe keinen Sinn, wenn das Gericht § 20v Abs. 4 Satz 2 Nr. 1 BKAG als Ermächtigung zur Datenspeicherung verstanden hätte, da dann die Norm gerade eine Datenbevorratung über den Erhebungszweck hinaus vorsähe. Dementsprechend heißt es an anderer Stelle in dem Urteil, dass von der Löschung erhobener Daten über den unmittelbaren Anlassfall hinaus nur dann abgesehen werden kann, wenn sich aus den Daten konkrete Ermittlungsansätze ergeben.¹⁴

Stattdessen ist § 16 Abs. 1 BKAG-E als Bevorratungsermächtigung an den Maßstäben zu messen, die sich aus der Rechtsprechung zur Bevorratung von Daten für sicherheitsbehördliche Zwecke ergeben. Die Eingriffsintensität der durch die vorgesehene Norm ermöglichten Datenbevorratung ist als hoch anzusehen, da die Bevorratungsermächtigung sachlich sehr weit reicht und Daten aus eingriffsintensiven Ermittlungsmaßnahmen einschließt. Die Daten können somit weitreichende Schlüsse über die betroffenen Personen ermöglichen und Einblicke in besonders schutzwürdige Rückzugsbereiche der Privatheit eröffnen.¹⁵ Die Datenbevorratung bedarf daher eines hinreichenden Anlasses,¹⁶ zudem muss dem Eingriffsgewicht der Bevorratung auf der

¹⁰ BVerfG, Urteil vom 20. April 2016 – 1 BvR 966/09, 1140/09 –, Rn. 294 ff.

¹¹ BVerfG, Urteil vom 20. April 2016 – 1 BvR 966/09, 1140/09 –, Rn. 296.

¹² Vgl. § 3 Abs. 4 Satz 1, Abs. 5 BDSG.

¹³ BVerfG, Urteil vom 20. April 2016 – 1 BvR 966/09, 1140/09 –, Rn. 301.

¹⁴ BVerfG, Urteil vom 20. April 2016 – 1 BvR 966/09, 1140/09 –, Rn. 270.

¹⁵ Vgl. zu den maßgeblichen Intensitätskriterien BVerfGE 125, 260 (318 ff.); 130, 151 (188 ff.).

¹⁶ Vgl. BVerfGE 133, 277 (339 ff.); EuGH, Urteil vom 21. Dezember 2016, Rs. C-203/15 und C-698/15 – Tele2 Sverige u.a., Rn. 96 ff.; EGMR, Urteil vom 4. Dezember 2008, No. 30562/04 und 30566/04 – S. und Marper gegen Vereinigtes Königreich, §§ 101 ff.

Ebene der Datenverwertung Rechnung getragen werden.¹⁷ Die vorgesehene Regelung in § 16 Abs. 1 BKAG-E, welche sowohl die Datenspeicherung als auch die Datenverwertung weitgehend freigibt, leistet dies nicht ansatzweise.¹⁸

2. Verhältnis der Verarbeitungsermächtigungen in § 18 und § 19 BKAG-E zu § 16 Abs. 1 und § 12 BKAG-E

In § 18 und § 19 BKAG-E finden sich Ermächtigungen zur Weiterverarbeitung von Daten im Rahmen der Zentralstellenaufgabe des Bundeskriminalamts sowie (aufgrund des Verweises aus § 16 Abs. 3 BKAG-E) zur Vorsorge für die Verfolgung von Straftaten. Inhaltlich lehnen sich diese Ermächtigungen an § 8 BKAG an, so dass auf den ersten Blick ihr Gehalt klar zu sein scheint, wenngleich damit auch die rechtsstaatlichen Bedenken bestehen bleiben, die gegen einige der Regelungen in § 8 BKAG seit geraumer Zeit erhoben werden.¹⁹

Bei näherer Betrachtung werfen § 18 und § 19 BKAG-E allerdings erhebliche neue Auslegungsprobleme auf. Unmittelbarer gesetzssystematischer Grund hierfür ist, dass das Verhältnis dieser Normen zu § 16 Abs. 1 und mittelbar zu § 12 BKAG-E unklar ist. Die Unklarheiten von § 18 und § 19 BKAG-E verweisen zugleich auf das tiefer liegende Problem, dass sich die von dem Bundesverfassungsgericht erarbeiteten Anforderungen an die zweckändernde Weiterverarbeitung von Daten nicht bruchlos auf die längerfristige Bevorratung von Daten übertragen lassen, wie es der Gesetzentwurf versucht. Zur rechtlichen Steuerung eines über längere Zeit bevorrateten Informationsbestands bedarf es vielmehr differenzierterer Regelungen.

Die in § 16 Abs. 1 BKAG-E enthaltenen Tatbestandsvoraussetzungen für eine Weiterverarbeitung von Daten sind zu beachten, „soweit dieses Gesetz keine zusätzlichen besonderen Voraussetzungen vorsieht.“ Aus § 18 und § 19 BKAG-E ergeben sich für die Weiterverarbeitung von Daten spezifische Anforderungen, die über die Anforderungen aus § 16 Abs. 1 BKAG-E insoweit hinausgehen, als die Erforderlichkeit für die Aufgabenerfüllung nicht ausreicht, um die Weiterverarbeitung zu legitimieren. Vielmehr enthalten diese Regelungen ein Gefüge von Anlässen für eine Weiterverarbeitung im Informationssystem bzw. im Informationsverbund. Insofern enthalten § 18 und § 19 BKAG-E im Vergleich mit § 16 Abs. 1 BKAG-E eindeutig „zusätzliche besondere Voraussetzungen“.

Allerdings verweist § 16 Abs. 1 BKAG-E wegen der Voraussetzungen einer Datenweiterverarbeitung auch auf § 12 BKAG-E, während § 18 und § 19 BKAG-E keinen solchen Verweis enthalten. Da eine Weiterverarbeitung im Rahmen der Zentralstellenaufgabe in aller Regel eine Zweckänderung bewirkt,²⁰ stellt sich insbesondere die Frage, ob diese Weiterverarbeitung an das Erfordernis einer hypothetischen Datenneuerhebung gemäß § 12 Abs. 2 BKAG-E geknüpft ist. Der Wortlaut von § 16 Abs. 1 BKAG, demzufolge diese Norm nur insoweit als subsidiär zurücktritt, als eine andere Regelung *zusätzliche* Voraussetzungen errichtet, spricht eher dafür,

¹⁷ Vgl. die hinsichtlich des konkreten Referenzfalls der Bevorratung von Telekommunikations-Verkehrsdaten mittlerweile überholten Ausführungen in BVerfGE 125, 260 (327 ff.).

¹⁸ Vgl. zur Speicherung in der Antiterrordatei BVerfGE 133, 277 (340).

¹⁹ Zu ihnen unten II. 2.

²⁰ Eine Ausnahme bildet die Weiterverarbeitung von Daten, die das Bundeskriminalamt auf der Grundlage von § 9 Abs. 1 oder § 10 BKAG-E von vornherein im Rahmen seiner Zentralstellenaufgabe erhoben hat – jedenfalls wenn man die Zentralstellenaufgabe als *eine* einheitliche Aufgabe des Bundeskriminalamts begreift.

dass § 12 BKAG-E auch im Rahmen von § 18 und § 19 BKAG-E zu prüfen ist. Die Entwurfsbegründung scheint eher vom Gegenteil auszugehen. Zu § 16 Abs. 1 BKAG-E heißt es dort, „dass speziellere Weiterverarbeitungsbefugnisse der Norm vorgehen.“²¹ In den Ausführungen zu § 18 und § 19 BKAG-E wird § 12 BKAG-E nicht erwähnt.

Damit sind aufgrund von Wortlaut und Systematik des Gesetzentwurfs zwei Auslegungsvarianten denkbar: In der ersten Variante sind bei jeder Weiterverarbeitung auf der Grundlage von § 18 und § 19 BKAG-E zusätzlich zu den Tatbestandsvoraussetzungen dieser Normen auch die Voraussetzungen von § 12 BKAG-E zu prüfen. In der zweiten Variante ist § 12 BKAG-E in den Fällen der § 18 und § 19 BKAG-E nicht zu prüfen.

Misslich ist, dass keine der beiden Auslegungsvarianten zu befriedigenden Ergebnissen führt. Die gesetzlichen Weiterverarbeitungsermächtigungen sind in der ersten Auslegungsvariante nicht praxisgerecht, in der zweiten Auslegungsvariante sind sie verfassungswidrig.

Auslegungsvariante 1: Anwendung von § 16 Abs. 1 i.V.m. § 12 BKAG-E

Kaum praktikabel sind § 18 und § 19 BKAG-E, wenn die Weiterverarbeitung von Daten durchweg von der Prüfung einer hypothetischen Datenneuerhebung gem. § 12 Abs. 2 BKAG-E abhängig gemacht wird. Denn § 18 und § 19 BKAG-E dienen – ebenso wie der heutige § 8 BKAG – dazu, dass das Bundeskriminalamt im Rahmen seiner Zentralstellenfunktion Datenbestände für zukünftige, noch nicht konkret absehbare soziale Konflikte und daran anknüpfende polizeiliche Verfahren anlegen kann. Dementsprechend knüpfen diese Regelungen die Weiterverarbeitung an die strafprozessuale Stellung der betroffenen Person als Verurteilte oder Beschuldigte oder an ein prognostisches Urteil über die betroffene Person. Hingegen verlangen sie keine situationsbezogene Schadensprognose im Einzelfall.

Demgegenüber setzt nach § 12 Abs. 2 BKAG-E die zweckändernde Weiterverarbeitung von Daten einen konkreten Ermittlungsansatz voraus. Dies steht im Einklang mit dem BKAG-Urteil des Bundesverfassungsgerichts. Das Bundesverfassungsgericht führt zwar nicht näher aus, was genau ein konkreter Ermittlungsansatz ist. Aus dem Urteil geht jedoch hervor, dass dazu über einen „potenziellen Informationsgehalt“ bestimmter Daten hinaus ein einzelfallbezogener tatsächlicher Anlass für die Weiterverarbeitung vorliegen muss.²² Tragfähig erscheint insoweit die Entwurfsbegründung, nach der ein konkreter Ermittlungsansatz vorliegt, wenn „sich eine Gefahr für mindestens vergleichbar bedeutsame Rechtsgüter, zu deren Schutz die ursprüngliche Datenerhebung vorgenommen wurde, nicht nur abstrakt, sondern vielmehr als eine in ersten Umrissen absehbare und konkretisierte Möglichkeit eines Schadenseintrittes für ein solches Rechtsgut darstellt.“²³

Ein konkreter Ermittlungsansatz müsste bei einer Anwendung von § 16 Abs. 1 i.V.m. § 12 BKAG-E auf § 18 und § 19 BKAG-E, die allgemein die Weiterverarbeitung von Daten im Rahmen der Zentralstellenaufgabe regeln, bei jeder einzelnen Weiterverarbeitungshandlung

²¹ BT-Drs. 18-11163, S. 94.

²² Vgl. BVerfG, Urteil vom 20. April 2016 – 1 BvR 966/09, 1140/09 –, Rn. 313.

²³ BT-Drs. 18/11163, S. 91.

und damit *bereits bei der Datenspeicherung* vorliegen. Die von § 18 und § 19 BKAG-E teilweise geforderten personenbezogenen Prognosen stellen für sich genommen nicht sicher, dass ein konkreter Ermittlungsansatz vorliegt. Erst recht folgt ein konkreter Ermittlungsansatz für die Zukunft nicht schon daraus, dass die betroffene Person einmal wegen einer Straftat verurteilt oder einer Straftat beschuldigt wurde. Die Datenspeicherung hinge also über die tatbestandlichen Voraussetzungen von § 18 und § 19 BKAG-E hinaus von einer situationsbezogenen Schadensprognose ab.

Daten, die durch eine Wohnraumüberwachung oder durch eine „Online-Durchsuchung“ erlangt wurden, dürften darüber hinaus gem. § 12 Abs. 3 BKAG-E sogar nur gespeichert werden, wenn bereits zum Zeitpunkt der Speicherung eine konkrete Gefahr vorliegt.

Damit würden insgesamt die Speichervoraussetzungen gegenüber der heutigen Rechtslage deutlich verschärft. In der Sache erscheint es kontraproduktiv, eine situationsbezogene Schadensprognose in Form eines konkreten Ermittlungsansatzes oder sogar einer konkreten Gefahr bereits zum Zeitpunkt der Datenspeicherung zu verlangen. Hierdurch würde das Ziel verfehlt, einen verfahrensübergreifenden Informationsbestand für noch nicht zwangsläufig absehbare zukünftige soziale Konflikte anzulegen. Die Zentralstellenaufgabe des Bundeskriminalamts würde erheblich beeinträchtigt.

Auslegungsvariante 2: Keine Anwendung von § 16 Abs. 1 i.V.m. § 12 BKAG-E

Andererseits sind § 18 und § 19 BKAG-E verfassungswidrig, wenn davon ausgegangen wird, dass sie § 16 Abs. 1 BKAG-E vollständig verdrängen, so dass auch § 12 BKAG-E nie zu prüfen ist.

In diesem Fall käme es bei der Weiterverarbeitung von Daten im Rahmen der Zentralstellenaufgabe überhaupt nicht auf die Voraussetzungen einer hypothetischen Datenneuerhebung an. Nicht nur die Speicherung, sondern auch die Verwertung der gespeicherten Daten hinge allein von den in § 18 und § 19 BKAG-E geregelten personenbezogenen Prognosen ab. Im Ergebnis dürften Daten, die einmal gespeichert werden dürfen, ohne weiteren Anlass in beliebiger Weise miteinander verknüpft und ausgewertet werden.

Wenn das Bundesverfassungsgericht aber für eine Datennutzung, die unmittelbar an die Erhebung anschließt, die Prüfung einer hypothetischen Datenneuerhebung verlangt,²⁴ muss dies (erst recht) auch für eine Nutzung gelten, die an eine zwischenzeitliche Datenspeicherung anschließt.

Keine dritte Auslegungsvariante

Nicht möglich ist es, § 18 und § 19 BKAG-E so auszulegen, dass eine hypothetische Datenneuerhebung nicht schon bei der Speicherung erhobener Daten, sondern erst bei der Verwertung der gespeicherten Daten zu prüfen ist. Dies wäre zwar am ehesten ein sinnvolles Regelungsmodell, das im Gesetzentwurf jedoch nicht angelegt ist, da die vorgesehenen Normen unterschiedslos die Weiterverarbeitung von Daten²⁵ und nicht lediglich ihre Speicherung oder Verwertung

²⁴ Vgl. BVerfG, Urteil vom 20. April 2016 – 1 BvR 966/09, 1140/09 –, Rn. 285, 303.

²⁵ Vgl. zur Definition dieses Begriffs BT-Drs. 18/11163, S. 87 f.

regeln. Dementsprechend kann für § 18 und § 19 BKAG-E nur einheitlich bestimmt werden, ob für die Weiterverarbeitung die Voraussetzungen auch von § 12 BKAG vorliegen müssen oder nicht.

3. Fazit

Die aufgezeigten Mängel von § 16, § 18 und § 19 BKAG-E sind struktureller Art und lassen sich nicht mit punktuellen Änderungen oder Ergänzungen des Entwurfs beheben. Vielmehr bedürfen die Weiterverarbeitungsermächtigungen einer Entflechtung und stärkeren Differenzierung.

Zunächst muss der Anwendungsbereich der in § 12 Abs. 1 BKAG-E geregelten weiteren Nutzung verkleinert werden. Als weitere Nutzung können nur solche Weiterverarbeitungen (nach bisheriger datenschutzrechtlicher Terminologie neben Nutzungen i.e.S. auch Datenveränderungen) zugelassen werden, die unmittelbar an das polizeiliche Verfahren anschließen, in dessen Rahmen die Daten erhoben wurden. Nach Abschluss dieses Verfahrens sind die erhobenen Daten hingegen zu löschen, wenn bis dahin kein konkreter Anlass für eine weitere Nutzung entstanden ist. Längerfristige, über den Zeitraum des Ausgangsverfahrens hinausgehende Datenspeicherungen im Informationssystem für die Zwecke zukünftiger Verfahren sind daher nicht als weitere Nutzung darstellbar.

Darüber hinaus müssen die Regelungen über die Datenbevorratung im Rahmen der Zentralstellenaufgabe stärker differenzieren. Datenspeicherung und Datenverwertung im Informationssystem lassen sich nicht einheitlich regeln, da sonst entweder praktische Erfordernisse oder verfassungsrechtliche Vorgaben verfehlt werden. Geboten ist eine getrennte Regulierung beider Verarbeitungsphasen:

Die Datenspeicherung ist danach an eine personenbezogene Prognose zu binden. Eines situationsbezogenen konkreten Ermittlungsansatzes bedarf es hingegen nicht. So hat das Bundesverfassungsgericht noch in jüngerer Zeit die Speicherungsregelungen des ATDG im Grundsatz akzeptiert, ohne als Grundlage der Datenspeicherung einen solchen Ermittlungsansatz zu fordern.²⁶

Der Grundsatz der hypothetischen Datenneuerhebung ist jedoch bei der Verwertung der gespeicherten Daten zu beachten. Die personenbezogene Prognose, die der Datenspeicherung zugrunde liegt, legitimiert daher noch nicht die nachgelagerte Verwertung. Es bedarf hierfür vielmehr einer eigenständigen Ermächtigung, die einen von den Speichervoraussetzungen unabhängigen Verwertungsanlass normiert.

Speicherungs- und Verwertungsermächtigung bedingen einander.²⁷ Je niedriger die gesetzlichen Anforderungen an die Datenspeicherung ausfallen, desto enger ist die Datenverwertung zu begrenzen.²⁸ Umgekehrt führen hohe Anforderungen an die Datenspeicherung dazu, dass

²⁶ Vgl. BVerfGE 133, 277 (339 ff.).

²⁷ Näher Bäcker, Kriminalpräventionsrecht, 2015, S. 502 ff.

²⁸ Vgl. zum Extremfall der anlasslosen und flächendeckenden Datenbevorratung BVerfGE 125, 260 (325 ff.).

die Datenverwertung in größerem Ausmaß erlaubt werden darf. Allerdings sind auf beiden Ebenen Minimalanforderungen zu beachten.²⁹

Auch wegen dieser Wechselwirkung von Speicherung und Verwertung liegt es nahe, dass sich einheitliche Speicherungs- und Verwertungsermächtigungen für alle Aufgaben des Bundeskriminalamts (in ihren unterschiedlichen Facetten) und alle betroffenen Personenkreise nicht finden lassen. Dieser Befund stellt den grundlegenden konzeptionellen Ansatz des Gesetzentwurfs in Frage, die hergebrachte Gliederung des Informationsbestands in Dateien aufzugeben und durch ein einheitliches Informationssystem bzw. einen einheitlichen Informationsverbund zu ersetzen, in die alle polizeilich relevanten Daten einfließen und die rechtlich primär durch den Grundsatz der hypothetischen Datenneuerhebung gesteuert werden. Für mich ist derzeit nicht absehbar, ob und wie sich diese Neugliederung erreichen lässt, ohne entweder Grundrechte zu verletzen oder polizeipraktisch unerwünschte, verfassungsrechtlich nicht gebotene Verarbeitungsbarrieren zu errichten.

Abweichend von meiner Gewohnheit, meine Stellungnahmen für parlamentarische Anhörungen auf die verfassungsrechtliche Würdigung der vorgesehenen Neuregelungen zu beschränken, möchte ich daher dringend empfehlen, die Neugliederung der Informationsordnung des Bundeskriminalamts zurückzustellen, da eine tragfähige rechtliche Fundierung ersichtlich zumindest bislang nicht gefunden wurde. Stattdessen sollte der Entwurf auf die Regelungen zur Neuordnung der Terrorismusabwehr reduziert werden, die allein unmittelbar durch das BKAG-Urteil des Bundesverfassungsgerichts berührt werden. Alle weiteren Vorhaben, die der Entwurf verfolgt, lassen sich gegebenenfalls noch in der nächsten Legislaturperiode abarbeiten. Insbesondere trifft die in der Entwurfsbegründung vertretene Auffassung nicht zu, aufgrund des BKAG-Urteils des Bundesverfassungsgerichts müsse die hergebrachte Informationsordnung des Bundeskriminalamts zwingend aufgelöst und neu strukturiert werden.³⁰ Die Begründung nennt keine konkrete Passage des Urteils, aus der sich eine so weitreichende Aussage ableiten ließe; eine solche Passage gibt es auch nicht. Zutreffend ist, dass die gegenwärtigen Regelungen über die Informationsordnung des Bundeskriminalamts nicht in jeder Hinsicht den grundrechtlichen Anforderungen genügen. Sie müssen an die jüngere Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts wie auch anderer Höchstgerichte angepasst werden. Diese Aufgabe könnte aber auch im Rahmen der bisherigen Dateistruktur gelöst werden. Welcher Weg vorzugswürdig ist, sollte in einer vertieften Analyse geklärt werden, die polizeipraktische, verfassungsrechtliche und gesetzgebungstechnische Aspekte umfassend einbezieht.

²⁹ So lässt sich eine anlasslose und flächendeckende Bevorratung sensibler Daten entgegen dem BVerfG auch durch strenge Verwertungsvoraussetzungen nicht rechtfertigen, so nunmehr EuGH, Urteil vom 21. Dezember 2016, Rs. C-203/15 und C-698/15 – Tele2 Sverige u.a., Rn. 97 ff.

³⁰ BT-Drs. 18/11163, S. 2.

II. Weitere verfassungsrechtliche und praktische Probleme der Weiterverarbeitungsregelungen

Über ihre grundlegenden konzeptionellen Mängel hinaus werfen die vorgesehenen Regelungen zur Weiterverarbeitung erhobener Daten weitere, eher punktuelle verfassungsrechtliche und praktische Probleme auf. Diese Probleme betreffen die Vorgaben für weitere Nutzung und Zweckänderung (unten 1), die Voraussetzungen einer Datenspeicherung im Rahmen der Zentralstellenaufgabe des Bundeskriminalamts (unten 2), die Ermächtigung zur Speicherung sogenannter ermittlungsunterstützender Hinweise (unten 3) sowie die Regelung über den Beginn der Frist zur Löschung gespeicherter Daten (unten 4).

1. Zweckbindung und hypothetische Datenneuerhebung (§ 12 BKAG-E)

Die Regelungen in § 12 BKAG-E sind ersichtlich an das BKAG-Urteil des Bundesverfassungsgerichts angelehnt. In zweifacher Hinsicht sind sie jedoch restriktiver, als es das Bundesverfassungsgericht fordert: Erstens fasst § 12 Abs. 1 BKAG die sogenannte weitere Nutzung erhobener Daten sehr eng und unterwirft damit die Weiterverarbeitung dieser Daten in weiterem Umfang als nötig den Anforderungen an eine Zweckänderung. Daraus dürften sich auch praktische Anwendungsprobleme ergeben. Zweitens beschränkt die Norm die Zweckänderung von Daten, die durch „Online-Durchsuchungen“ gewonnen wurden, über das verfassungsrechtlich gebotene Maß hinaus, indem sie eine strafprozessuale Verwertung solcher Daten vollständig ausschließt. Diese Restriktion ist verfassungsrechtlich zulässig und praktikabel, aber nach meiner Vermutung nicht intendiert.

a) Abgrenzung von weiterer Nutzung (§ 12 Abs. 1 BKAG-E) und Zweckänderung (§ 12 Abs. 2 BKAG-E)

Der Gesetzentwurf unterscheidet zwischen der weiteren Nutzung erhobener Daten (§ 12 Abs. 1 BKAG-E) und ihrer zweckändernden Weiterverarbeitung (§ 12 Abs. 2 BKAG-E). Dieser Unterschied ist bedeutsam, weil danach – im Einklang mit dem BKAG-Urteil des Bundesverfassungsgerichts³¹ – die weitere Nutzung von Daten grundsätzlich ohne besonderen Anlass zulässig ist, während es für die Zweckänderung eines konkreten Ermittlungsansatzes bedarf.

Nach § 12 Abs. 1 BKAG-E besteht die weitere Nutzung in der Weiterverarbeitung erhobener Daten „zur Erfüllung derselben Aufgabe und zum Schutz derselben Rechtsgüter oder zur Verfolgung oder Verhütung derselben Straftaten“. Diese Formulierung wirft die Frage auf, worauf sich das Wort „derselben“ jeweils bezieht.

Nach dem Wortlaut der vorgesehenen Norm läge es am nächsten, dass nur die Weiterverarbeitung im Rahmen des konkreten polizeilichen Verfahrens erlaubt wird, in dem die Daten erhoben wurden. Diese Auslegung liegt allerdings sachlich fern, da § 12 Abs. 1 BKAG-E so leerliefe, weil diese Weiterverarbeitung schon von der Ermächtigung zur Datenerhebung gedeckt wird.

Eine durchaus sinnvolle und nach dem Wortlaut naheliegende Interpretation ginge hingegen dahin, dass eine weitere Nutzung (nur) dann vorliegt, wenn das Bundeskriminalamt erhobene Daten zum Schutz von Rechtsgütern oder zur Bekämpfung von Straftaten weiterverarbeitet, die ihrer Art nach mit den Rechtsgütern oder Straftaten identisch sind, die den Anlass der Datener-

³¹ BVerfG, Urteil vom 20. April 2016 – 1 BvR 966/09, 1140/09 –, Rn. 276 ff.

hebung gebildet haben. Dies lässt sich an dem in der Gesetzesbegründung enthaltenen Fallbeispiel veranschaulichen:³² Erhebt das Bundeskriminalamt im Rahmen seiner Aufgabe zur Terrorismusabwehr (§ 5 BKAG-E) durch eine Telekommunikationsüberwachung Daten, um eine Gefahr für das Leben von Menschen abzuwehren, so handelt es sich um eine weitere Nutzung, wenn das Amt die erhobenen Daten weiterverarbeitet, um im Rahmen derselben Aufgabe eine an einem anderen Ort, zu einer anderen Zeit und durch andere Personen drohende Gefahr für das Leben anderer Menschen abzuwehren. Hingegen handelt es sich um eine Zweckänderung, wenn die Daten ebenfalls im Rahmen der Terrorismusabwehr weiterverarbeitet werden sollen, um eine an einem anderen Ort, zu einer anderen Zeit und durch andere Personen drohende Gefahr für die Freiheit von Menschen abzuwehren. Diese Zweckänderung bedarf daher gemäß § 12 Abs. 2 BKAG-E eines konkreten Ermittlungsansatzes.

Diese Konzeption der weiteren Nutzung ist restriktiver, als es das Bundesverfassungsgericht verlangt. § 12 BKAG-E unterwirft also Datenverarbeitungen dem Erfordernis einer hypothetischen Datenneuerhebung, die von Verfassungs wegen als weitere Nutzung zugelassen werden könnten. Grund hierfür ist eine Auslassung im Gesetzentwurf. Nach dem Urteil des Bundesverfassungsgerichts ist eine weitere Nutzung die Nutzung „seitens derselben Behörde im Rahmen derselben Aufgabe und für den Schutz derselben Rechtsgüter [...] *wie für die Datenerhebung maßgeblich*“ (Hervorhebung nur hier). Das Gericht fügt konkretisierend an: „Ist [die Datenerhebung] nur zum Schutz bestimmter Rechtsgüter oder zur Verhütung bestimmter Straftaten erlaubt, so begrenzt dies deren unmittelbare sowie weitere Verwendung auch in derselben Behörde, soweit keine gesetzliche Grundlage für eine zulässige Zweckänderung eine weitergehende Nutzung erlaubt.“³³ Aus dem Zusatz und der anschließenden Konkretisierung ergibt sich, dass es nach dem Bundesverfassungsgericht nicht darauf ankommt, ob die Schutzgüter der Datenerhebung und der weiteren Nutzung identisch sind, sondern ob beide Schutzgüter (zulässigerweise) in der Ermächtigung für die Datenerhebung aufgeführt sind. In dem Beispielfall läge also in beiden Varianten eine weitere Nutzung im verfassungsrechtlichen Sinne vor, da § 51 Abs. 1 Satz 1 Nr. 1 BKAG-E eine Telekommunikationsüberwachung zur Abwehr sowohl einer Lebens- als auch einer Freiheitsgefahr zulässt.

Es liegt nahe, den gesetzlichen Begriff der weiteren Nutzung an den verfassungsrechtlichen Begriff heranzuführen, um Wertungswidersprüche und Rechtsunsicherheit zu vermeiden. Dies bereitet auch keine Schwierigkeiten, da lediglich der bislang ausgelassene Zusatz aus dem Urteil des Bundesverfassungsgerichts in den Gesetzestext aufgenommen werden muss.

b) Zweckänderung bei Daten aus „Online-Durchsuchungen“ (§ 12 Abs. 3 BKAG-E)

Restriktiver als verfassungsrechtlich erforderlich fällt auch die in § 12 Abs. 3 BKAG-E enthaltene Regelung über die Zweckänderung von Daten aus, die mittels „Online-Durchsuchungen“ oder Wohnraumüberwachungen gewonnen wurden. Eine solche Regelung ist erforderlich, da nach dem Bundesverfassungsgericht Daten, die mit diesen besonders eingriffsintensiven Überwachungsmaßnahmen gewonnen wurden, nur unter den Voraussetzungen weiterverarbeitet werden dürfen, unter denen sie von Verfassungs wegen auch erhoben werden dürften. Daher muss zum einen die Weiterverarbeitung dem Schutz besonders bedeutsamer Rechtsgüter oder

³² BT-Drs. 18/11163, S. 91.

³³ BVerfG, Urteil vom 20. April 2016 – 1 BvR 966/09, 1140/09 –, Rn. 279.

der Verhütung oder Verfolgung besonders schwerer Straftaten dienen.³⁴ Zum anderen muss als Verarbeitungsanlass eine konkrete Gefahr oder ein konkreter Tatverdacht bestehen.³⁵ Ein unterhalb dieser Eingriffsschwellen anzusiedelnder konkreter Ermittlungsansatz reicht hier – anders als ansonsten für eine zweckändernde Weiterverarbeitung – nicht aus. Aufgrund von Art. 13 Abs. 3 GG dürfen schließlich Bilddaten, die bei einer optischen Wohnraumüberwachung gewonnen wurden, nicht für Zwecke eines Strafverfahrens weiterverarbeitet werden.³⁶

Um diese verfassungsrechtlichen Vorgaben umzusetzen, verweist § 12 Abs. 3 Satz 1 BKAG-E wegen der Voraussetzungen der Zweckänderung auf § 12 Abs. 2 Satz 1 Nr. 2 lit. b BKAG-E und modifiziert diese Regelung durch ein Gefahrerfordernis. Damit enthält die Norm eine positive Regelung nur für die Weiterverarbeitung zu präventiven Zwecken der Gefahrenabwehr. Eine Regelung für die Weiterverarbeitung zu Strafverfolgungszwecken fehlt. Eine positive Regelung wird jedoch auch hierzu benötigt, um die Weiterverarbeitung als eigenständigen Grundrechtseingriff zu rechtfertigen.³⁷

Eine positive Weiterverarbeitungsermächtigung für diese Daten findet sich im Gesetzentwurf auch nicht an anderer Stelle. Für Daten, die aus akustischen Wohnraumüberwachungen stammen, kann allerdings auf § 100d Abs. 5 Nr. 3 StPO zurückgegriffen werden. Hingegen fehlt es an einer Weiterverarbeitungsermächtigung für Daten, die das Bundeskriminalamt mit „Online-Durchsuchungen“ erlangt hat. Insbesondere kann die Weiterverarbeitung nicht auf § 161 Abs. 2 Satz 1 StPO gestützt werden. Diese Norm beschränkt lediglich die Weiterverarbeitung zu Beweis Zwecken und erlaubt eine Weiterverarbeitung als Spurenansatz einschränkungslos.³⁸ Sie genügt damit nicht den vom Bundesverfassungsgericht errichteten Anforderungen an die Weiterverarbeitung von Daten aus besonders eingriffsintensiven Ermittlungsmaßnahmen.³⁹

Damit darf das Bundeskriminalamt nach der vorgesehenen Regelung Daten, die es durch eine „Online-Durchsuchung“ erlangt hat, nicht zu Strafverfolgungszwecken weiterverarbeiten. Verfassungsrechtlich geboten ist diese strenge Beschränkung nicht. Die Daten dürften vielmehr unter denselben Voraussetzungen wie Daten, die durch eine akustische Wohnraumüberwachung erlangt wurden, zur strafprozessualen Weiterverarbeitung freigegeben werden.⁴⁰ Sollte dies gewünscht sein, so sollte § 12 Abs. 3 Satz 1 BKAG-E als eigenständige Zweckänderungsermächtigung ausgestaltet werden, die statt des – ohnehin schwer zu lesenden – Verweises auf

³⁴ Vgl. BVerfG, Urteil vom 20. April 2016 – 1 BvR 966/09, 1140/09 –, Rn. 316.

³⁵ Missverständlich insoweit BVerfG, Urteil vom 20. April 2016 – 1 BvR 966/09, 1140/09 –, Rn. 291, wo nur Zweckänderungen zur Gefahrenabwehr angesprochen werden. Dass eine Änderung des Verarbeitungszwecks zur Verfolgung von Straftaten grundsätzlich zulässig sein kann, ergibt sich aber aus Rn. 316 f.

³⁶ BVerfG, Urteil vom 20. April 2016 – 1 BvR 966/09, 1140/09 –, Rn. 317.

³⁷ BVerfG, Urteil vom 20. April 2016 – 1 BvR 966/09, 1140/09 –, Rn. 284.

³⁸ Vgl. etwa Sackreuther, in: BeckOK StPO, § 161 Rn. 12; Griesbaum, in: KK-StPO, § 161 Rn. 36.

³⁹ So ausdrücklich BVerfG, Urteil vom 20. April 2016 – 1 BvR 966/09, 1140/09 –, Rn. 283: „Das außerordentliche Eingriffsgewicht solcher Datenerhebungen spiegelt sich hier auch in einer besonders engen Bindung jeder weiteren Nutzung der gewonnenen Daten an die Voraussetzungen und damit Zwecke der Datenerhebung. Eine Nutzung der Erkenntnisse als bloßer Spuren- oder Ermittlungsansatz unabhängig von einer dringenden oder im Einzelfall drohenden Gefahr kommt hier nicht in Betracht.“

⁴⁰ Vgl. BVerfG, Urteil vom 20. April 2016 – 1 BvR 966/09, 1140/09 –, Rn. 316.

§ 12 Abs. 2 BKAG-E die Anforderungen an die zweckändernde Weiterverarbeitung von Daten aus Wohnraumüberwachungen und Online-Durchsuchungen abschließend regelt.

2. Voraussetzungen einer Speicherung (§ 18 und § 19 BKAG-E)

Es wurde bereits dargelegt, dass eine längerfristige Speicherung im Informationssystem eines hinreichenden Anlasses bedarf. Für Datenbevorratungen im Rahmen der Zentralstellenaufgabe enthalten § 18 und § 19 BKAG-E Anlässe, die weitgehend dem heutigen § 8 BKAG entsprechen. Generell können diese Regelungen nur die Datenspeicherung, nicht aber die gleichfalls erfasste Datenverwertung legitimieren.⁴¹ Einige von ihnen werfen darüber hinaus auch in ihrer Funktion als Bevorratungsermächtigungen grundrechtliche Probleme auf.⁴²

Problematisch ist die Ermächtigung in § 18 Abs. 1 Nr. 2, Abs. 2 Nr. 1 BKAG-E, über einen Beschuldigten bestimmte Identifikationsdaten sowie Angaben zu der ihm vorgeworfenen Straftat zu bevorraten. Diese Bevorratungsermächtigung erfordert keine personenbezogene Prognose zukünftiger Straftaten, sondern errichtet eine gesetzliche Vermutung, dass diese Daten allein aufgrund der Beschuldigtenstellung der betroffenen Person für die Zentralstellenaufgabe nützlich sind. Diese Vermutung lässt sich in der Praxis in der Regel kaum widerlegen. Insbesondere ist weitgehend irrelevant, ob die betroffene Person zu Recht beschuldigt wurde. Nicht einmal ein festzustellender kriminalistischer Restverdacht wird gefordert, um die Bevorratung zu legitimieren. Vielmehr ist umgekehrt die (weitere) Bevorratung nach § 18 Abs. 5 BKAG-E nur dann unzulässig, wenn das Verfahren gegen die betroffene Person mit einer Entscheidung geendet hat, aus der sich positiv ergibt, dass sie die Tat nicht oder nicht rechtswidrig begangen hat.⁴³ Eine solche Entscheidung ergeht jedoch allenfalls in Ausnahmefällen, da es nicht Aufgabe des Strafverfahrens ist, die Unschuld einer Person zu erweisen.⁴⁴ Eine Grenze der Speicherbefugnis ergibt sich damit in aller Regel lediglich aus einer normativ nicht weiter angeleiteten Verhältnismäßigkeitsprüfung.⁴⁵

Diese sehr weitreichende Bevorratungsermächtigung ist grundrechtlich allenfalls dann hinnehmbar, wenn die Verwertung der gespeicherten Daten eng begrenzt wird. Akzeptabel ist § 18 Abs. 1 Nr. 2, Abs. 2 Nr. 1 BKAG-E, soweit die Beschuldigtendaten nur zu dem Zweck bevorratet werden, polizeiliche Kriminalakten zu erschließen. Der Datenabruf muss dementsprechend voraussetzen, dass gegen die betroffene Person Verdachtsmomente bestehen, die es angezeigt erscheinen lassen, die über sie geführten Kriminalakten einzusehen. Nicht mehr hinnehmbar ist es hingegen, wenn die Daten auch genutzt werden können, um einen personengerechten Verdacht erst zu gewinnen, etwa im Rahmen einer Analyse von Tatzusammenhängen oder anlässlich eines Ereignisses wie einer Demonstration oder eines Fußballspiels. Im Kontext einer solchen Nutzung wird die gesetzliche Nützlichkeits- zu einer Gefährlichkeitsvermutung

⁴¹ Siehe oben I. 3.

⁴² Vgl. zur Beurteilung von § 8 BKAG im Einzelnen Bäcker, *Kriminalpräventionsrecht*, 2015, S. 508 ff.

⁴³ Vgl. zu § 8 BKAG BVerwG, Urteil vom 22. Oktober 2003 – 6 C 3/03 –, juris, Rn. 13 ff.; Urteil vom 9. Juni 2010 – 6 C 5/09 –, juris, Rn. 25 ff.

⁴⁴ Ähnlich Spiecker gen. Döhm/Kehr, DVBl 2011, S. 930 (934 f.); Henseler, NWVBl 2015, S. 53 (60 f.); kritisch auch Eisenberg/Singelstein, GA 2006, S. 168 (177 ff.); ansatzweise Kritik auch bei Graulich, in: Schenke/ders./Ruthig, *Sicherheitsrecht des Bundes*, 2014, § 8 BKAG Rn. 33 f.; Kugelmann, BKAG, 2014, § 8 Rn. 9.

⁴⁵ Vgl. zu dem weitgehend gleichlautenden § 484 Abs. 1 StPO Gieg, in: KK-StPO, § 484 Rn. 3; Wittig, in: BeckOK StPO, § 484 Rn. 1; beide m.w.N.

über den früheren Beschuldigten, ohne dass die betroffene Person dem etwas entgegensetzen könnte.⁴⁶

Offen ist daneben die Grundrechtskonformität von § 18 Abs. 1 Nr. 2 und Nr. 3, Abs. 2 Nr. 2 und Nr. 3 BKAG-E. Diese Regelungen ermöglichen weitreichende Datenspeicherungen über Beschuldigte und Tatverdächtige, wenn von ihnen in Zukunft Straftaten erwartet werden. Damit knüpfen sie zwar an eine Kriminalprognose an, deren Grundlagen jedoch unsicher bleiben, weil eine positive Feststellung bereits begangener Straftaten nicht gefordert wird. Ausreichend ist ein kriminalistischer Restverdacht gegen die betroffene Person, aus dem auf zukünftiges Fehlverhalten geschlossen wird.⁴⁷

Das Bundesverfassungsgericht hat diesen Regelungsansatz im Rahmen verschiedener Bevorratungsermächtigungen grundsätzlich akzeptiert.⁴⁸ Fraglich ist allerdings, ob er auch Art. 6 RL 2016/680 i.V.m. Art. 7 und Art. 8 GRCh genügt. Für die Auslegung dieser Normen ist nach Art. 52 Abs. 3 GRCh die Rechtsprechung zu Art. 8 EMRK bedeutsam. Der Europäische Gerichtshof für Menschenrechte hat jedoch die Bevorratung sensibler Daten von Tatverdächtigen, die nicht verurteilt wurden, für konventionswidrig gehalten.⁴⁹ Es ist denkbar, dass auch die Bevorratungsermächtigungen in § 18 Abs. 1 Nr. 2 und Nr. 3, Abs. 2 Nr. 2 und Nr. 3 BKAG-E, die sich gleichfalls auf sensible und aussagekräftige Daten erstrecken, die konventionsrechtlichen Anforderungen und letztlich auch die unionsgrundrechtlichen Maßstäbe verfehlen.

Schließlich ist die in § 18 Abs. 1 Nr. 4, Abs. 2 Nr. 3 BKAG-E vorgesehene weitreichende Ermächtigung zur Datenspeicherung über „Anlasspersonen“ bedenklich. „Anlasspersonen“ zeichnen sich dadurch aus, dass sie bisher nicht einmal als Beschuldigte oder Tatverdächtige strafrechtlich in Erscheinung getreten sind. Die Datenspeicherung beruht bei ihnen damit auf einer Tatprognose, für die das Gesetz keine Anknüpfungspunkte benennt und die in weitem Umfang etwa auf zulässiges Verhalten oder von der betroffenen Person nicht zu verantwortende äußere Umstände gestützt werden kann. Beispielsweise kann es ausreichen, dass eine Person in räumlichem und zeitlichem Zusammenhang mit einer Gewalttat bei einer Demonstration oder einem Fußballspiel angetroffen und deshalb gegen sie ein Platzverweis ausgesprochen wurde.⁵⁰

⁴⁶ Vgl. beispielhaft zur praktischen Verwendung der gegenwärtig geführten Gewalttäterdateien die Rechtsprechungsanalyse von Trute, Die Verwaltung 46 (2013), S. 537 (539 ff.), sowie die Sachverhalte von OVG Bremen, Beschluss vom 10. Februar 2010 – 1 B 30/10 –, juris; VG Hamburg, Urteil vom 2. Oktober 2012 – 5 K 1236/11 –, juris: Polizeiliche Platzverweise und Aufenthaltsverbote, die im Wesentlichen auf eine Speicherung der betroffenen Personen in polizeilichen Datenbanken als „Gewalttäter Sport“ beziehungsweise „Straftäterin links motiviert“ gestützt wurden.

⁴⁷ Näher und mit Nachweisen zur Rechtsprechung Bäcker, Kriminalpräventionsrecht, 2015, S. 510 ff.

⁴⁸ Vgl. etwa zu § 81g StPO BVerfGE 103, 21; zur Datenspeicherung in einer Kriminalakte BVerfG, Beschluss der 1. Kammer des Ersten Senats vom 16. Mai 2002 – 1 BvR 2257/01 –, juris; zur Aufbewahrung erkennungsdienstlicher Unterlagen BVerfG, Beschluss der 1. Kammer des Ersten Senats vom 1. Juni 2006 – 1 BvR 2293/03 –, juris, Rn. 11 f.

⁴⁹ EGMR (Große Kammer), Urteil vom 4. Dezember 2008, S. und Marper gegen Vereinigtes Königreich, No. 30562/04 und 30566/04, §§ 105 ff.; auf derselben Linie EGMR (V. Sektion), Urteil vom 18. April 2013, M.K. gegen Frankreich, No. 19522/09, §§ 35 ff. Demgegenüber hat der Gerichtshof zwar in einem Fall gegen § 81g StPO keine Bedenken erhoben, dort waren die Beschwerdeführer jedoch wegen bestimmter Anlasstaten der Bevorratung verurteilt worden, so dass diese Entscheidung nichts über die Bevorratung von Daten über bloße Beschuldigte oder Verdächtige aussagt, vgl. EGMR (V. Sektion), Entscheidung vom 4. Juni 2013, Peruzzo und Martens gegen Deutschland, No. 7841/08, 57900/12, §§ 43 ff.

⁵⁰ Beispiel von Arzt/Eier, DVBl 2010, S. 816 (818).

Eine so weitreichende Bevorratungsermächtigung ist mit den Grundrechten nicht mehr zu vereinbaren,⁵¹ zumal die vorgesehene Regelung im Vergleich zum heutigen § 8 Abs. 5 BKAG als Grundlage für die Tatprognose nurmehr „tatsächliche Anhaltspunkte“ statt wie bisher „bestimmte Tatsachen“ fordert.⁵²

3. Speicherung ermittlungsunterstützender Hinweise (§ 16 Abs. 6 BKAG-E)

Die vorgesehene Ermächtigung in § 16 Abs. 6 BKAG-E zur Speicherung sogenannter ermittlungsunterstützender Hinweise erweitert die heutige Regelung in § 7 Abs. 8 BKAG um weitere Hinweise, die bislang nur in der auf der Grundlage von § 7 Abs. 11 BKAG erlassenen BKADV erwähnt wurden.

Insbesondere die in § 16 Abs. 6 Nr. 2 BKAG-E genannten ermittlungsunterstützenden Hinweise können sensible Informationen zum Gegenstand haben, die das Persönlichkeitsrecht der betroffenen Person in erheblichem Ausmaß beeinträchtigen und das Verhalten der Polizei ihr gegenüber prägen können. So nennt § 2 Abs. 1 Nr. 16 BKADV beispielhaft für solche Hinweise die Angaben „Sexualstraftäter“, „Straftäter politisch links motiviert“ oder „Straftäter politisch rechts motiviert“.

Es ist daher grundrechtlich bedenklich, dass § 16 Abs. 6 Nr. 2 BKAG-E die Speicherung und Verwertung solcher Hinweise an keine besonderen Anforderungen knüpft. Insbesondere schlägt sich die in der Entwurfsbegründung enthaltene Maßgabe, ermittlungsunterstützende Hinweise müssten „auf der Grundlage von objektiven Erkenntnissen und von möglichst umfassenden Informationen zur betreffenden Person gewonnen werden“,⁵³ im Wortlaut der vorgesehenen Norm nicht nieder. Diese Regelung stellt vielmehr die Speicherung solcher Wertungen ohne besondere Anforderungen weitgehend ins Belieben des jeweils handelnden Sachbearbeiters.

Die Bedenken verschärfen sich noch dadurch, dass § 16 Abs. 6 Nr. 2 BKAG-E die Speicherung und Nutzung ermittlungsunterstützender Hinweise zu allen Personen erlaubt, zu denen bereits Daten vorhanden sind. Dies schließt insbesondere Beschuldigte ein, deren Grunddaten gemäß § 18 Abs. 1 Nr. 2, Abs. 2 Nr. 1 BKAG-E ohne weitere Voraussetzungen gespeichert werden können. Damit fordert der Entwurf keine individuelle Kriminalprognose, um potenziell sehr sensible Daten über diese Personen zu bevorraten. Jedenfalls insoweit ist die Bevorratungsermächtigung grundrechtlich nicht haltbar.

§ 16 Abs. 6 Nr. 2 BKAG-E sollte daher um einen besonderen Speicherungsanlass ergänzt werden. Zumindest aber müssen – wie es derzeit § 2 Abs. 1 Nr. 16 BKADV vorsieht – bloß Beschuldigte, hinsichtlich derer die Voraussetzungen von § 18 Abs. 2 Nr. 2 BKAG-E nicht festgestellt wurden, von der Bevorratungsermächtigung ausgenommen werden.

⁵¹ Wie hier zu § 8 Abs. 5 BKAG Arzt/Eier, DVBl 2010, S. 816 (823); kritisch zu dieser Regelung auch Graulich, in: Schenke/ders./Ruthig, Sicherheitsrecht des Bundes, 2014, § 8 BKAG Rn. 52, 55 f.

⁵² Diese Differenzierung ist in der Gesetzgebung verbreitet, wenngleich ihre Handhabbarkeit bezweifelt werden kann, vgl. für das Strafverfahrensrecht Bäcker, Kriminalpräventionsrecht, 2015, S. 133 ff.

⁵³ BT-Drs. 18/11163, S. 95.

4. Beginn der Aussonderungsprüffrist (§ 77 Abs. 3 BKAG-E)

Bedenklich ist schließlich § 77 Abs. 3 BKAG-E, der den Beginn der Frist regelt, nach der das Bundeskriminalamt zu prüfen hat, ob gespeicherte Daten zu berichtigen oder zu löschen sind. Die in dieser Regelung enthaltene „Mitführungsklausel“⁵⁴ verschiebt den Fristbeginn hinsichtlich aller über eine Person gespeicherter Daten auf den Zeitpunkt des letzten Speicherungsanlasses. Gerade für das Informationssystem des Bundeskriminalamts und den polizeilichen Informationsverbund kann dies zu sehr langen Datenspeicherungen ohne hinreichenden Anlass führen, da mit der beabsichtigten Neugliederung der Informationsordnung des Bundeskriminalamts die dort vorhandenen Datenbestände nicht mehr nach inhaltlichen Gesichtspunkten untergliedert werden.⁵⁵

Ein rechtfertigender Grund hierfür ist nicht ersichtlich. Die vorgesehene Regelung verletzt daher sowohl die Grundrechte des Grundgesetzes als auch Art. 5 RL 2016/680, den sie in erheblichem Maße leerlaufen lässt. Soweit sie sich auch auf den polizeilichen Informationsverbund erstreckt, steht sie darüber hinaus mit Art. 7 Abs. 2 RL 2016/680 nicht in Einklang.

Insbesondere die von der Entwurfsbegründung angeführte „polizeifachlich erforderliche Abbildung der Entwicklung einer betroffenen Person in kriminalistischer Hinsicht über aussagekräftige Zeiträume hinweg“⁵⁶ kann diese Regelung nicht legitimieren. Der Ablauf der Aussonderungsprüffrist verpflichtet gemäß § 77 Abs. 1 BKAG-E i.V.m. § 75 Abs. 4 BDSG-E das Bundeskriminalamt nicht automatisch zur Datenlöschung, sondern lediglich zur Prüfung, ob eine Löschungspflicht besteht. Es ist nicht erkennbar, warum diese Prüfpflicht berechtigten Dokumentationsanliegen des Bundeskriminalamts zuwiderlaufen soll. Wenn sich bei Fristablauf herausstellt, dass bestimmte Daten gelöscht werden müssen, so ergibt sich die Löschungspflicht gerade daraus, dass berechtigte Dokumentationsanliegen nicht mehr bestehen.

⁵⁴ Vgl. zum gleichartigen, praktisch allerdings irrelevanten § 489 Abs. 6 StPO Wittig, in: BeckOK StPO § 489 Rn. 4.

⁵⁵ Vgl. hierzu das von der Bundesbeauftragten für den Datenschutz und die Informationsfreiheit im Anhang ihres Schreibens vom 22. Februar 2017 gebildete Fallbeispiel.

⁵⁶ BT-Drs. 18/11163, S. 126.