

SCHRIFTENREIHE
DER STIFTUNG

DER HESSISCHEN

RECHTSANWALTSCHAFT

BAND 3

Schwimmen mit Fingerabdruck?
Die biometrischen Herausforderungen für
das Recht der Gegenwart und Zukunft

Beiträge von
Yoan Hermstrüwer
Hanjo Hamann
Rahel M.K. Diers

Bibliografische Information der Deutschen Bibliothek

Die Deutsche Bibliothek verzeichnet diese Publikation in der Deutschen Nationalbibliografie; detaillierte bibliografische Daten sind im Internet über <http://dnb.ddb.de> abrufbar.

Herausgeber: Stiftung der Hessischen Rechtsanwaltschaft
Reihe: Schriftenreihe der Stiftung der Hessischen Rechtsanwaltschaft
Band 3

Hermstrüwer, Yoan / Hamann, Hanjo / Diers, Rahel M.K.

Schwimmen mit Fingerabdruck? – Die biometrischen Herausforderungen für das Recht der Gegenwart und Zukunft

ISBN 978-3-86376-016-8

Hinweis: Die Arbeit gibt ausschließlich die persönliche Ansicht des Autors wieder.

Alle Rechte vorbehalten

1. Auflage 2012

© Optimus Verlag, Göttingen

URL: www.optimus-verlag.de

Printed in Germany

Papier ist FSC zertifiziert (holzfrei, chlorfrei und säurefrei,
sowie alterungsbeständig nach ANSI 3948 und ISO 9706)

Das Werk, einschließlich aller seiner Teile, ist urheberrechtlich geschützt. Jede Verwertung außerhalb der engen Grenzen des Urheberrechtsgesetzes in Deutschland ist ohne Zustimmung des Verlages unzulässig und strafbar. Dies gilt insbesondere für Vervielfältigungen, Übersetzungen, Mikroverfilmungen und die Einspeicherung und Verarbeitung in elektronischen Systemen.

Vorwort des Herausgebers

Die Stiftung der Hessischen Rechtsanwaltschaft hat ihren studentischen Aufsatzwettbewerb diesmal unter einen ungewöhnlichen Titel gestellt. Biometrie ist sicherlich kein Thema, mit dem sich junge Juristen in ihrer Ausbildung intensiv beschäftigen. Dennoch, oder gerade deswegen, hatte dieses Thema seinen ganz speziellen Reiz. Es gingen die unterschiedlichsten Beiträge ein, und jeder dieser Beiträge beleuchtete das Thema auf seine eigene, ganz spezielle Weise unter den verschiedensten Aspekten. Die Stiftung hat angesichts der herausragenden Qualität der eingereichten Beiträge das von ihr ausgelobte Preisgeld mehr als verdoppelt und insgesamt 5 Preise vergeben; die Beiträge, welche mit dem ersten und dem zweiten Preis ausgezeichnet wurden, möchten wir in diesem Band der interessierten Leserschaft vorstellen.

Der Rahmen des Themas wurde in den Ausschreibungsbedingungen wie folgt beschrieben:

Bundesinnenminister Wolfgang Schäuble propagierte 2008 die Speicherung ausnahmslos aller Fingerabdrücke im Zuge der Einführung des elektronischen Personalausweises. Ein Jahr zuvor verabschiedete der Bundestag das neue Passgesetz und die Schriftstellerin und Juristin Juli Zeh erhob Verfassungsbeschwerde gegen die Speicherung nur zweier Abdrücke. Biometriebasierte Identifikationsstrategien gewinnen im Bereich privater und öffentlicher Angebote grundsätzliche Bedeutung und stellen das Recht vor neue Herausforderungen. Ein Beispiel aus Hessen macht dies deutlich: Darf die Stadt Bad Orb Dauernutzungskarten für ihr Schwimmbad unter der „Auflage“ anbieten, dass die Nutzer/innen ihren Fingerabdruck zur automatisierten Zugangskontrolle zur Verfügung stellen? Reicht es außerdem für die Freiwilligkeit der Einwilligungserklärung (§ 4a BDSG) aus, dass Badegästen, die dazu nicht bereit sind, die Möglichkeit eröffnet ist an der Pforte zu klingeln und zu warten bis ein Bademeister öffnet?

Die hessische Kommunalaufsicht und der hessische Datenschutzbeauftragte haben hierzu ihre Auffassung dargetan. Wie aber stellt sich die Lage außerhalb von Bad Orb bundes- und europaweit sowie international dar, wenn private Anbieter/innen (etwa: Videotheken) privilegierte Zahlungsstrategien unter der „Auflage“ anbieten, dass der Kunde seinen Fingerabdruck preisgibt? Welche Alternativen für eine Zahlung ohne Fingerab-

druck sind hier notwendig? Was halten Sie davon, dass man in die USA überhaupt nur unter Preisgabe des Fingerabdrucks fliegen kann?

Über die Frage des „Ob“ hinaus stellt sich die Frage des „Wie“. Welche Sicherungen (§ 9 BDSG und Anlage) müssen getroffen, welche Evaluierungen vorgenommen werden, damit „der“ Nutzer gegebenenfalls seinen Fingerabdruck nicht „verliert“ und „er“ in Zukunft von vermeintlich von ihm autorisierten rechtsgeschäftlichen Erklärungen nicht eingeholt wird? Etwa, weil der Fingerabdruck gefälscht oder der Finger abgetrennt wurde?

Klärungsbedürftig ist auch,

- inwieweit der Einsatz biometrischer Identifikationsstrategien der Sicherheit, Qualität und Verfügbarkeit von Waren und Dienstleistungen dienen kann und darf (etwa im Fall Bad Orb, dass die Benutzung des Schwimmbads kostengünstiger angeboten werden kann, weil die Pforte nicht ständig besetzt sein muss);
- ob die Aufnahme des Fingerabdrucks in ein Ausweisdokument gerechtfertigt ist, weil er die Fälschungssicherheit erhöht.

Diese Fragen konnten Ausgangspunkt der Beiträge sein – mußten es aber nicht.

Die bei der Stiftung eingereichten Beiträge wurden von Frau Prof. Dr. Viola Schmid, LL.M. (Harvard) vom Fachgebiet Öffentliches Recht (Schwerpunkt Cyberlaw) der Technischen Universität Darmstadt begutachtet. Auf ihre Empfehlung wurden zwei der preisgekrönten Aufsätze für diesen Band ausgewählt.

Frankfurt am Main, den 23. Mai 2012

Für den Vorstand

Dr. Mark C. Hilgard

- Rechtsanwalt -

Vorwort des Jurymitglieds Prof. Dr. Viola Schmid

Einige Fragen und Antworten des Aufsatzwettbewerbs der Stiftung der Hessischen Rechtsanwaltschaft 2011/2012 lassen sich der Reihenfolge der termini des Themas gemäß schildern. Hervorzuheben ist, dass dieses Vorwort und die Auswahl der Beiträge die Freude am (technik)rechtlichen und-politischen Diskurs widerspiegeln will. Es geht in diesem Band und im Vorwort nicht um den Anspruch auf wissenschaftliche Vollständigkeit der Darstellung aller rechtlich vertretbaren Positionen zum Thema – bzw. um eine Bewertung unterschiedlicher Argumentationen. Im Einzelnen:

„**Schwimmen mit Fingerabdruck?**“ ist ein realitätsorientiertes Szenario, das den hessischen Datenschutzbeauftragten wie die hessische Kommunalaufsicht in 2011 beschäftigt hat. Eine hessische Stadt wollte die Nutzung von Dauerkarten für ein Schwimmbad mit Fingerprintverfahren kontrollieren. Unbestritten stellen sich grundlegende Fragen der Freiwilligkeit der Einwilligung (§ 4a BDSG) der Dauerkartenbesitzer/innen. Eine solchen Nutzung des Fingerabdrucks zur Authentifizierung im Kontext der Entgegennahme von kommunalen Leistungen der sogenannten Daseinsvorsorge ist genauso innovativ wie umstritten. Beide ausgezeichneten Beiträge greifen dieses Szenario unter unterschiedlichen Aspekten auf. Der Beitrag von Yoan Hermstrüwer und Hanjo Hamann reflektiert die Option des „Data Cash“ wenn die Verbilligung des Eintritts in ein Schwimmbad durch die Erhebung und Nutzung biometrischer Merkmale in Aussicht gestellt wird. Der Beitrag von Rahel Maria Katharina Diers betont nicht den ökonomischen, sondern den (verfassungs-) und datenschutzrechtlichen Vorder- bzw. Hintergrund, wenn die Ungeeignetheit („leichte Herstellung von Plagiaten“), die fehlende Erforderlichkeit („Einführung von Karten mit Passfoto“) und die fehlende Verhältnismäßigkeit im engeren Sinne gerügt wird. Beide Beiträge repräsentieren so ökonomische und rechtliche Perspektiven – die durchaus zu unterschiedlichen Argumentationslinien führen: ... „Der Schwimmbadbetreiber, der sich durch die Einholung einer Einwilligung eine Kostenersparnis erhofft, wird versuchen, die Verweigerung der Einwilligung als relativen Verlust erscheinen zu lassen.“ (Hermstrüwer /Hamann). Losgelöst vom Schwimmbadszenario ist beiden Arbeiten die Erkenntnis gemein, dass es

biometrische Herausforderungen für das Recht gibt. Beide Beiträge zeichnen sich durch die Analyse der differenzierten Einsatzszenarien von Biometrie aus. Insbesondere Diers unterscheidet transparent zwischen staatlichem und privatem Bereich und dort wiederum zwischen Dienstleistungs- (Convenience) und Mitarbeiterszenarien. Kennzeichnend für den Beitrag von Hermstrüwer/Hamann ist die informationstechnologische und ökonomische Analyse der Vor- und Nachteile des Einsatzes von Biometrie. Nicht überraschend kommen beide Beiträge zu dem Ergebnis, dass die Herausforderungen, die Biometrie dem Recht stellt, noch nicht gemeistert sind. Als ein Ergebnis dieses Aufsatzwettbewerbs kann festgehalten werden, dass beide Beiträge „Zuflucht“ im Recht suchen. Der Beitrag von Hermstrüwer / Hamann entwirft eine dogmatische Grundlage für eine Interpretation von § 4a BDSG (Entscheidungsforschung) und hofft auf europäisches Datenschutzrecht („Das europäische Datenschutzrecht wird darüber entscheiden, ob wir die allgegenwärtige Vermessung unseres Körpers hinnehmen ...“). Der Beitrag von Diers realisiert: „der politische Wille von heute ist das Recht von morgen“. Dies mag, muss aber nicht so sein. Jedenfalls aber soll Regulativ des Zukunftsrechts vergangenes Recht sein („Das Recht der Historie ist das Regulativ des Rechts der Zukunft“). Deutlich wird mit dem Rekurs auf Europa- bzw. Vergangenheitsrecht, dass beide Beiträge die Herausforderungen im Grundsatz anerkennen. Belegt wird diese Analyse durch die Darstellung des

Rechts der Gegenwart. Biometrierecht ist keine Materie, die nicht alle Bürger und Bürgerinnen der Bundesrepublik Deutschland unmittelbar berührt bzw. zu einem Zeitpunkt in ihrem Leben berühren wird. Die Ausstellung einer staatsbezogenen Identität erfolgt beim Reisepass nur noch unter der Bedingung der Preisgabe biometrischer Daten (§ 16a Satz 2, § 4 Abs. 3 PaßG). Dieses „Identifikations- und Verifikationsmodell“ bietet sich aus einer informationstechnologischen, sicherheitspolitischen und wettbewerbspolitischen Perspektive für das Nachdenken über das

Recht der Zukunft an. Zu prüfen wird sein – und das ist beiden Beiträgen gemein – in wie weit die Technologie fälschungssicher bzw. fehler“frei“ zu arbeiten fähig ist. (Stichwort Fehlerraten). Nach Evaluation der Chancen, Risiken und Folgen des Einsatzes von Biometrie wird der potentielle Beitrag zur Etablierung eines Raums der Freiheit, der Sicherheit und des Rechts (Art. 67 AEU) zu konturieren sein. Die Herausforderung könnte sein, dass der etwa im Flugverkehr (IATA-Modell des „Checkpoint of the Future“) gewollte, globale Einsatz an den Inhalten von Art. 67 AEU gemessen wird: „in dem die Grundrechte und die verschiedenen Rechtsordnungen und –traditionen der Mitgliedsstaaten geachtet werden“. Die Grundrechte und Rechtsordnungen könnten verlangen, dass biometrische Anwendungen außer in privaten Hochsicherheitsumgebungen dem öffentlichen Sektor vorbehalten bleiben. Und zu diesen Rechtstraditionen könnte – um den Zirkel zum Ausgangspunkt des

Themas wie dieses Vorworts zu schließen – auch die Datenschutzkultur gehören. So findet sich im aktuellen Tätigkeitsbericht des Hessischen Datenschutzbeauftragten folgender Kommentar zum Schwimmbadszenario: „Zudem widerspricht die Nutzung eines derartigen Systems nach meiner Ansicht der Datenschutzkultur! Wie soll Kindern der Grundsatz der Datensparsamkeit nahegebracht werden, wenn sie schon beim Schwimmbadbesuch Fingerabdrücke abgeben sollen?“¹ Vielleicht ist dieser Grundsatz der Datensparsamkeit (auf Bundesebene § 3a BDSG) de lege lata zugrunde zu legen, de lege ferenda in einer Welt allzeitiger und allgegenwärtiger (Informations)Technologisierung indes neu zu konturieren?

Darmstadt, im April 2012

Prof. Dr. Viola Schmid, LL.M. (Harvard)

- Technische Universität Darmstadt; Fachgebiet Öffentliches Recht -

¹Michael Ronellenfitsch (Hrsg), Vierzigster Tätigkeitsbericht vorgelegt zum 31.12.2011, S. 134.

Inhalt

BEITRAG VON YOAN HERMSTRÜWER & HANJO HAMANN

BIOMETRIE UND AUTONOMIE – DIE VERMESSUNG DER PERSON ZWISCHEN DATENSCHUTZRECHT UND ENTSCHEIDUNGSFORSCHUNG

1	Einleitung: Biometrie und Entscheidungsforschung.....	1
2	Hintergrund: Biometrie als technologische Innovation	3
2.1	Definition und technologischer Ablauf der Biometrie	3
2.2	Stochastische Natur der Biometrie als Grundprinzip	4
2.3	Vorteile der Anwendung und technische Risiken	4
2.4	Das internationale Spektrum biometrischer Anwendungen	6
3	Biometrie jenseits autonomer Entscheidung.....	7
3.1	Das Datenschutzgrundrecht als Entscheidungsschutzrecht.....	7
3.2	Drittwirkung und Entscheidungsschutz im Privatrecht.....	9
3.3	Heteronome Legitimation von Biometrie durch gesetzliche Ermächtigungen	10
3.3.1	Gesetzliche Legitimationsnormen im öffentlichen Recht.....	10
3.3.2	Gesetzliche Legitimationsnormen im Zivilrecht	12
3.4	Zwischenergebnis	13
4	Autonome Legitimation von Biometrie durch Einwilligung.....	15
4.1	Rechtsdogmatik: Die Einwilligung nach §§ 4 f. BDSG.....	15
4.2	Rechtswirklichkeit: Entscheidungsrestriktionen	16
4.2.1	Situationsbezogene Entscheidungsrestriktionen.....	16
4.2.1.1	Restriktionen aus dem wirtschaftlichen Umfeld.....	16
4.2.1.2	Restriktionen aus dem sozialen Umfeld.....	19
4.2.2	Personenbezogene Entscheidungsrestriktionen	20

4.2.2.1	Umgang mit Risiken und Unsicherheit	21
4.2.2.2	Zeitinkonsistenz von Präferenzen	23
4.3	Rechtliche Bewertung und Schlussfolgerungen	25
5	Fazit und Ausblick	29
	Literaturverzeichnis	31

BEITRAG VON RAHEL M.K. DIERS

BEDEUTUNG VON BIOMETRIE IM RECHT DER GEGENWART UND ZUKUNFT

1	Einleitung	47
1.1	Biometrie	48
1.2	Problemfelder	50
2	Datenschutz	53
2.1	Ideologischer Hintergrund des Datenschutzrechts	53
2.2	Datenschutz als Grundrecht	54
2.3	Biometrie und Datenschutz	56
2.3.1	Personenbezug biometrischer Daten	56
2.3.2	Sensitive Daten	58
2.3.3	Allgemeine Grundsätze	59
3	Anwendungsbereiche biometrischer Authentifizierungssysteme	61
3.1	Staatlicher Bereich	62
3.2	Privater Bereich	65
3.2.1	Mitarbeiter	66
3.2.2	Dienstleistung	70
4	Ausblick und Fazit	73
	Literaturverzeichnis	77