

## FINGERZEIG ZUM FINGERSCAN:



\*\*\*

Ist die obligatorische Erfassung von Fingerabdrücken in Pässen und Reisedokumenten nach der Verordnung (EG) Nr. 2252/2004 des Rates der Europäischen Union vom 13. Dezember 2004 (ABl. L 385 vom 29.12.2004, S. 1) in formeller und materieller Hinsicht göltig?

\*\*\*

VON MICHAEL SCHWARZ\*

---

\* Michael Schwarz ist Rechtsanwalt in 44787 Bochum, Hellweg 21-23.

Jede Verbreitung und Veröffentlichung des Beitrags ist ohne weiteres gestattet und erwünscht!

## Gliederung

|  | Seite |
|--|-------|
| A. Zur Einleitung  | 3     |
| B. Zum Sachverhalt und Vorlagebeschluss                        | 4     |
| C. Zum Eingriff in Grundrechte                                 | 5     |
| D. Zur Rechtfertigung des Eingriffs                            | 7     |
| I. Zur gesetzlichen Grundlage                                  | 8     |
| 1. Zur Zuständigkeit des Gesetzgebers                          | 8     |
| 2. Zum Gesetzgebungsverfahren                                  | 10    |
| II. Zum festgelegten Zweck                                     | 12    |
| 1. Zum Schutz vor einer betrügerischen Verwendung              | 13    |
| 2. Zur allgemeinen Bekämpfung von Kriminalität und Terrorismus | 14    |
| 3. Zum Schutz vor Fälschungen                                  | 14    |
| III. Zur Verhältnismäßigkeit                                   | 15    |
| 1. Zur Geeignetheit  | 16    |
| a) Zur herkömmlichen Identifizierungsweise                     | 16    |
| b) Zur biometrischen Identifizierungsweise                     | 17    |
| 2. Zur Erforderlichkeit  | 20    |
| a) Zur Benennung von Handlungsalternativen                     | 21    |
| b) Zur Wirksamkeit der Handlungsalternativen                   | 22    |
| c) Zur Eingriffsintensität der Handlungsalternativen           | 23    |
| 3. Zur Angemessenheit  | 24    |
| a) Zur Schwere des Eingriffs                                   | 24    |
| b) Zum Grad der Zweckerreichung                                | 25    |
| c) Zum Abwägungsergebnis                                       | 26    |
| E. Zum Schluss   | 26    |

## A. Zur Einleitung

*„Jeder Mensch besitzt von der Wiege bis zum Grabe gewisse körperliche Merkmale, die sich nicht verändern und durch die er jederzeit identifiziert werden kann – und das ohne den geringsten Zweifel und mit untrüglicher Sicherheit. Diese Merkmale sind seine Signatur, sozusagen sein angeborenes Autogramm, und dieses Autogramm kann weder gefälscht werden, noch kann er es verstellen oder verbergen, und es kann auch nicht durch Abnutzung und den Zahn der Zeit unleserlich werden. Diese Signatur sind nicht die Gesichtszüge – sie können sich durchs Altern bis zur Unkenntlichkeit verändern; es ist nicht sein Haar, denn das kann ausfallen; es ist nicht seine Körpergröße, denn die ist nicht einmalig; es ist nicht seine Gestalt, denn davon existieren auch Ebenbilder, während diese Signatur bei jedem Menschen einzigartig ist – es gibt kein Duplikat dafür unter den Millionen, die den Erball bevölkern!*

*Dieses Autogramm besteht in den feinen Linien oder Furchen, mit denen die Natur die Handflächen und Fußsohlen zeichnet. Wenn Sie ihre Fingerbeeren betrachten, werden Sie – falls Sie scharfe Augen haben – erkennen, dass diese zarten Bogen dicht beieinander liegen, wie die Linien, die auf Seekarten die Grenzen der Ozeane bezeichnen, dass sie verschiedene klar erkennbare Muster bilden, wie zum Beispiel Bogen, Kreise, Krümmungen, Wirbel etc., und dass diese Muster auf jedem Finger verschieden sind. Die Muster der rechten Hand sind nicht identisch mit denen der linken. Finger für Finger betrachtet, unterscheiden sich Ihre Muster von denen Ihres Nachbarn. Auch die Muster der rechten Hand eines Zwillinges unterscheiden sich von denen seiner linken. Die Muster bei dem einen Zwilling sind nicht mit den Mustern beim anderen Zwilling identisch – die Geschworenen werden feststellen, dass die Muster auf den Fingerbeeren der Angeklagten da keine Ausnahme machen. Man hört oft von Zwillingen, die einander so ähneln, wenn sie gleich gekleidet sind, dass ihre eigenen Eltern sie nicht auseinanderhalten können. Aber es ist noch nie ein Zwilling auf Erden geboren worden, der nicht von seiner Geburt bis zu seinem Tod in diesem geheimnisvollen und wunderbaren Autogramm ein Mittel zur Identifikation besessen hätte. Wenn man das weiß, kann ein Zwilling sich nie für den anderen ausgeben und einen täuschen.“*

»Knallkopf Wilson« im gleichnamigen Roman von MARK TWAIN [1894]

## B. Zum Sachverhalt und Vorlagebeschluss

1. Der Verfasser hat gegen die obligatorische Erfassung von Fingerabdrücken in Reisepässen mit Schriftsatz vom 19. November 2007 eine Klage beim Verwaltungsgericht Gelsenkirchen erhoben, weil sich die Stadt Bochum am 8. November 2007 „unter Berufung auf Gesetze“ geweigert hat, ihm einen Reisepass zu erteilen, ohne Fingerabdrücke von ihm zu erfassen.
2. Das Verwaltungsgericht Gelsenkirchen hat am 15. Mai 2012 beschlossen, den Gerichtshof der Europäischen Union um Vorabentscheidung folgender Frage zu ersuchen: „Ist Art. 1 Abs. 2 der Verordnung (EG) Nr. 2252/2004 des Rates vom 13. Dezember 2004 über Normen für Sicherheitsmerkmale und biometrische Daten in von den Mitgliedstaaten ausgestellten Pässen und Reisedokumenten (ABl. L 385/1 vom 29. Dezember 2004) in der Fassung der Verordnung (EG) Nr. 444/2009 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 28. Mai 2009 zur Änderung der Verordnung (EG) Nr. 2252/2004 (ABl. L 142 vom 6. Juni 2009) gültig?“<sup>1</sup> Diese allgemeine Frage hat das Gericht in den Gründen für seinen Beschluss spezifiziert:
3. Im Hinblick auf die Ermächtigungsgrundlage fragt das Verwaltungsgericht Gelsenkirchen, „ob Art. 62 Nr. 2a) des Vertrages zur Gründung der Europäischen Gemeinschaft (EG) eine hinreichende Kompetenzvorschrift zum Erlass der Verordnung (EG) Nr. 2252/2004 ist?“<sup>2</sup>
4. Zum Gesetzgebungsverfahren fragt das Verwaltungsgericht, „ob das Europäische Parlament vor Erlass der streitigen Verordnung nach dem damals anwendbaren Art. 67 Abs. 1 EGV ordnungsgemäß angehört worden ist?“<sup>3</sup> In diesem Zusammenhang stellt es auch die Frage, „welche Bedeutung die Verordnung (EG) Nr. 444/2009 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 28. Mai 2009 zur Änderung der Verordnung (EG) Nr. 2252/2004 für einen eventuellen Verstoß gegen Art. 67 Abs. 1 EGV bei Erlass der letztgenannten Verordnung hat?“<sup>4</sup>
5. In materieller Hinsicht stellt das Verwaltungsgericht Gelsenkirchen die grundlegende Frage, „ob Art. 1 Abs. 2 der Verordnung (EG) Nr. 2252/2004 gegen Art. 8 EMRK und Art. 8 GRC im Hinblick auf das Grundrecht auf Schutz persönlicher Daten verstößt?“<sup>5</sup>

<sup>1</sup> VG Gelsenkirchen, Beschl. v. 15. Mai 2012 - 17 K 3382/2007, Tenor, unter II.

<sup>2</sup> VG Gelsenkirchen, Beschl. v. 15. Mai 2012 - 17 K 3382/2007, Rn. 16.

<sup>3</sup> VG Gelsenkirchen, Beschl. v. 15. Mai 2012 - 17 K 3382/2007, Rn. 18.

<sup>4</sup> VG Gelsenkirchen, Beschl. v. 15. Mai 2012 - 17 K 3382/2007, Rn. 19.

<sup>5</sup> VG Gelsenkirchen, Beschl. v. 15. Mai 2012 - 17 K 3382/2007, Rn. 20.

### C. Zum Eingriff in Grundrechte

6. Verordnung (EG) Nr. 2252/2004 des Rates der Europäischen Union vom 13. Dezember 2004 verpflichtet zur Speicherung von Fingerabdrücken in von den Mitgliedstaaten ausgestellten Pässen und Reisedokumenten. Damit wird in die Grundrechte der Unionsbürger eingegriffen, v.a. in das Recht auf informationelle Selbstbestimmung und Datenschutz bzw. Achtung des Privatlebens aus Art. 8 der Europäischen Menschenrechtskonvention (EMRK) und aus Art. 7 und 8 in Verbindung mit Art. 1 der Grundrechte-Charta der Europäischen Union (GRC).<sup>6</sup> Außerdem wird die Reisefreiheit aus Art. 13 Nr. 2 der Allgemeinen Erklärung der Menschenrechte (AEMR) beschränkt.
7. Art. 8 EMRK ist keine spezielle Garantie des Rechts auf informationelle Selbstbestimmung und Datenschutz. Er anerkennt vielmehr generell das Recht jeder Person auf Achtung ihres Privat- und Familienlebens, ihrer Wohnung und Korrespondenz. Der Datenschutz wird nach der ständigen Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs für Menschenrechte (EGMR) als fundamental wichtiger Teilbereich des Rechts auf Achtung des Privatlebens inbegriffen. Art. 8 EMRK umfasst daher auch die Sammlung, Speicherung und weitere Verwendung von personenbezogenen Daten und deren Weitergabe sowie das Recht auf informationelle Selbstbestimmung.<sup>7</sup> Dabei betrachtet der EGMR den Körper einer Person als intimsten Bereich deren Privatlebens,<sup>8</sup> auch im Zusammenhang mit einer erkennungsdienstlichen Behandlung.<sup>9</sup>
8. Insbesondere die Tatsache, dass Fingerabdrücke objektiv einzigartige Informationen über eine Person enthalten, die ihre genaue Identifizierung unter einer Vielzahl von Umständen ermöglichen, führte den EGMR zu der Auffassung, dass die Speicherung von Fingerabdrücken im Zusammenhang mit einer bestimmten oder bestimmbaren Person für sich genommen Anlass zu wichtigen Bedenken hinsichtlich des Privatlebens geben kann, so dass die Speicherung von Fingerabdrücken einen Eingriff in das Recht auf Achtung des Privatlebens darstellt.<sup>10</sup>

<sup>6</sup> Die Zitierweise „Art. 7 und 8 in Verbindung mit Art. 1 GRC“ soll betonen, dass „Achtung des Privatlebens“ im Hinblick auf den „Schutz personenbezogener Daten“ v.a. ein „Recht auf informationelle Selbstbestimmung“ und „Selbstbestimmung“ gleichermaßen Bestandteil der „Würde des Menschen“ wie auch „eine elementare Funktionsbedingung eines auf Handlungs- und Mitwirkungsfähigkeit seiner Bürger begründeten freiheitlichen demokratischen Gemeinwesens ist“. Grundlegend und wegweisend: BVerfGE 65, 1 (41 ff.) – Volkszählung.

<sup>7</sup> EGMR, Slg. 2000-V, Nrn. 43-44 (*Rotaru*); EGMR, Slg. 2000-II, Nrn. 65-67 (*Amann*); EGMR, Urt. v. 2. September 2010 - 35623/05 (*Uzun*) = NJW 2011, 1333, Rn. 43 ff., in. w. N.

<sup>8</sup> EGMR, Slg. 2003-IX, Nr.33 (*F.P.*).

<sup>9</sup> EGMR, Urt. v. 4. Dezember 2008 - 30562/04 und 30566/04 (*S. & Marper*) = EuGRZ 2009, 299.

<sup>10</sup> EGMR, Urt. v. 4. Dezember 2008 - 30562/04 und 30566/04, Rn. 84-86 (*S. & Marper*) = EuGRZ 2009, 299.

9. Teil des Privatlebens ist auch die Freizügigkeit, auch diejenige über Staatsgrenzen hinaus, insbesondere dann, wenn familiäre und berufliche Verbindungen zu verschiedenen Staaten bestehen.<sup>11</sup> Dieses Recht ist in der heutigen Zeit als so grundlegend anzusehen,<sup>12</sup> dass ein schwerwiegender Eingriff auch dann angenommen werden kann, wenn die gewünschte Ausreise z. B. durch die Beschlagnahme des Pusses unterbunden wird.<sup>13</sup> Gleiches muss gelten, wenn in Ausübung des Grundrechts auf informationelle Selbstbestimmung die obligatorische Erfassung von Fingerabdrücken in Pässen und Reisedokumenten verweigert wird und infolgedessen das begehrte Dokument versagt bleibt.<sup>14</sup>
10. Im Hinblick auf die Verordnung (EG) Nr. 2252/2004 des Rates der Europäischen Union vom 13. Dezember 2004 über Normen für Sicherheitsmerkmale und biometrische Daten in von den Mitgliedstaaten ausgestellten Pässen und Reisedokumenten, hat die zur Unterstützung des Europäischen Gerichtshofs berufene Generalanwaltschaft ausdrücklich darauf hingewiesen, dass diese Verordnung zu Problemen unter dem Gesichtspunkt der Grundrechte führen könne. Dies gelte vor allem im Zusammenhang mit Art. 8 EMRK und Art. 8 GRC, wie insbesondere in der deutschen Lehre hervorgehoben werde.<sup>15</sup>
11. Art. 8 GRC sichert jeder Person das Recht auf Schutz der sie betreffenden personenbezogenen Daten. Dies steht in einem engen Zusammenhang mit dem in Art. 7 GRC verankerten Recht auf Achtung des Privatlebens. Art. 7 und 8 GRC zusammen entsprechen Art. 8 EMRK.<sup>16</sup> Demnach ist zum einen davon auszugehen, dass sich die in den Art. 7 und 8 GRC anerkannte Achtung des Privatlebens hinsichtlich der Verarbeitung personenbezogener Daten auf jede Information erstreckt, die eine bestimmte oder bestimmbare natürliche Person betrifft, und zum anderen, dass Einschränkungen des Rechts auf Schutz der personenbezogenen Daten gerechtfertigt sein können, wenn sie denen entsprechen, die im Rahmen von Art. 8 EMRK geduldet werden.<sup>17</sup> Dieses Schutzniveau darf nicht unterschritten werden, vgl. Art. 53 GRC. Diese Bestimmung steht dem nicht entgegen, dass das Recht der Union einen weiter gehenden Schutz gewährt, Art. 52 Abs. 3 S. 2 GRC.<sup>18</sup>

<sup>11</sup> EGMR, Slg. 2005-XII, Rn. 50 (*Ilersig*).

<sup>12</sup> Die Vereinten Nationen haben in Artikel 13 Nr. 2 der Allgemeinen Erklärung der Menschenrechte verkündet: „Jeder hat das Recht, jedes Land, einschließlich seines eigenen, zu verlassen und in sein Land zurückzukehren.“

<sup>13</sup> EGMR, Slg. 2005-XII, Rn. 50 (*Ilersig*).

<sup>14</sup> In diesem Falle ist der Eingriff in die Reisefreiheit nicht weniger „schwerwiegend“, sondern nur „nachrangig“.

<sup>15</sup> *GA Trniovak*, Schlussantrag vom 10. Juli 2007, C-137/05, I-Einleitung (Slg. 2007, I-11593), Rn. 126.

<sup>16</sup> *Jarass*, Charta der Grundrechte der Europäischen Union, Kommentar [2010], Art. 52, Rn. 61, Fn. 190.

<sup>17</sup> EuGH, Ur. v. 9. November 2010, Rs. C-92/09 u.a., Rn. 52 (*Scheute*) – EuGRZ 2010, 707.

<sup>18</sup> In den amtlichen Erläuterungen dazu heißt es: „Auf jeden Fall darf der durch die Charta gewährleistete Schutz niemals geringer als der durch die EMRK gewährte Schutz sein.“ Vgl. Abl. C 303/02 vom 14. Dezember 2007.

## D. Zur Rechtfertigung des Eingriffs

12. Eingriffe in Grundrechte müssen nicht unzulässig sein, sie bedürfen aber der Rechtfertigung. Der Rahmen für die zulässige Verarbeitung von personenbezogenen Daten ist vorgegeben in Art. 8 Abs. 2 S. 1 und Art. 52 Abs. 1 sowie Abs. 3 S. 1 GRC i.V.m. Art. 8 Abs. 2 EMRK. Diese Vorschriften gelten kumulativ. Es setzt sich jeweils die strengere Vorgabe durch.<sup>19</sup>
13. Zum Schutz personenbezogener Daten schreibt Art. 8 Abs. 2 GRC Folgendes vor: „Diese Daten dürfen nur nach Treu und Glauben für festgelegte Zwecke und mit Einwilligung der betroffenen Person oder auf einer sonstigen gesetzlich geregelten legitimen Grundlage verarbeitet werden.“
14. Art. 52 Abs. 1 GRC lautet wie folgt: „Jede Einschränkung der Ausübung der in dieser Charta anerkannten Rechte und Freiheiten muss gesetzlich vorgesehen sein und den Wesensgehalt dieser Rechte und Freiheiten wahren. Unter Wahrung des Grundsatzes der Verhältnismäßigkeit dürfen Einschränkungen nur vorgenommen werden, wenn sie erforderlich sind und den von der Union anerkannten dem Gemeinwohl dienenden Zielsetzungen oder den Erfordernissen des Schutzes der Rechte und Freiheiten anderer tatsächlich entsprechen.“
15. Zur Achtung des Privatlebens schreibt Art. 8 Abs. 2 EMRK Folgendes vor: „Eine Behörde darf in die Ausübung dieses Rechts nur eingreifen, soweit der Eingriff gesetzlich vorgeschrieben und in einer demokratischen Gesellschaft notwendig ist für die nationale oder öffentliche Sicherheit, für das wirtschaftliche Wohl des Landes, zur Aufrechterhaltung der Ordnung, zur Verhütung von Straftaten, zum Schutz der Gesundheit oder Moral oder zum Schutz der Rechte und Freiheiten anderer.“
16. Bei Grundrechtseingriffen der EU kann indes weder dem „wirtschaftlichen Wohl des Landes“ noch der „nationalen Sicherheit“ (vgl. Art. 8 Abs. 2 EMRK) ein rechtfertigender Charakter zukommen, weil hierfür nur Ziele des europäischen Gemeinwohls heranzuziehen sind. Die Vorgaben sind also teleologisch, am Sinn und Zweck der Charta orientiert auszulegen, so dass das „wirtschaftliche Wohl des Landes“ als das „wirtschaftliche Wohl der Union“ und die „nationale Sicherheit“ als „öffentliche Sicherheit innerhalb der Union“ zu verstehen ist.<sup>20</sup>

<sup>19</sup> Javors, *Charta der Grundrechte der Europäischen Union, Kommentar* [2010], Art. 52, Rn. 25, m. w. N.

<sup>20</sup> Borowsky, in: Meyer (Hrsg.), *Charta der Grundrechte der Europäischen Union*, 3. Aufl. [2011], Art. 52, Rn. 38 m. w. N.

## I. Zur gesetzlichen Grundlage

17. Die Erfassung von Fingerabdrücken in Pässen und Reisedokumenten ist nicht gerechtfertigt, denn diese Verpflichtung beruht nicht auf einer „gesetzlich geregelten legitimen Grundlage“ im Sinne von Art. 8 Abs. 2 S. 1 GRC. Zwar handelt es sich bei der Verordnung (EG) Nr. 2252/2004 des Rates der Europäischen Union vom 13. Dezember 2004 um ein Gesetz. Allerdings war und ist die EU für den Erlass der Verordnung weder zuständig („ermächtigt“) noch wurde das Europäische Parlament ordnungsgemäß am Gesetzgebungsverfahren beteiligt, geschweige denn die nationalen Parlamente der Mitgliedstaaten der Europäischen Union.

### 1. Zur Zuständigkeit des Gesetzgebers

18. Jeder Staat verfügt über eine umfassende Hoheitsgewalt. Demgegenüber verfügt die Europäische Union nur über die Kompetenzen, die ihr von den Mitgliedstaaten übertragen wurden (Grundsatz der „begrenzten Einzelermächtigung“, vgl. Art. 5 Abs. 1 EUV, Art. 2 ff. AEUV). „Alle der Union nicht in den Verträgen übertragenen Zuständigkeiten verbleiben bei den Mitgliedstaaten“, Art. 5 Abs. 2 S. 2 EUV.
19. Verordnung (EG) Nr. 2252/2004 des Rates der Europäischen Union vom 13. Dezember 2004 wurde „gestützt auf den Vertrag zur Gründung der Europäischen Gemeinschaft, insbesondere auf Artikel 62 Absatz 2 Buchstabe a).“<sup>21</sup> Die Kompetenzbestimmung ermächtigte den Rat zu „Maßnahmen bezüglich des Überschreitens der Außengrenzen der Mitgliedstaaten, mit denen Folgendes festgelegt wird: Normen und Verfahren, die von den Mitgliedstaaten bei der Durchführung der Personenkontrollen an diesen Grenzen einzuhalten sind.“
20. Eine Befugnis zur Regelung passrechtlicher Angelegenheiten war damit nicht angesprochen.<sup>22</sup> Solch eine Kompetenz konnte zwar daraus geschlussfolgert werden, dass beim Überschreiten der Außengrenzen der Mitgliedstaaten „Personenkontrollen“ durchgeführt werden. Der Annex umfasst aber nur die „Vorlage“ von Pässen und Reisedokumenten, nicht deren inhaltliche Ausgestaltung mit personenbezogenen Daten. „Geradezu unlauter“ ist jedenfalls die Abnahme von Fingerabdrücken, „die bald alle Bürger wie Straftäter erkennungsdienstlich behandelt“.<sup>23</sup>

<sup>21</sup> Amtsblatt der Europäischen Union vom 29. Dezember 2004, L 385/1 - Prämabel.

<sup>22</sup> Weiß, in: Streinz (Hrsg.), EUV / AEUV, Kommentar, 2. Aufl. [2012], Art. 77 AEUV, Rn. 17.

<sup>23</sup> Kretschmer, in: Vedder/Heintschel von Heinegg (Hrsg.), Europäischer Verfassungsvertrag [2007], Artikel III-265, Rn. 19; Weiß, in: Streinz (Hrsg.), EUV / AEUV, 2. Aufl. [2012], Art. 77 AEUV, Rn. 22.

21. Eine derart „extensive“ Auslegung der Kompetenzbestimmung widerspricht dem Grundsatz der begrenzten („restriktiven“) Einzelermächtigung aus Art. 5 Abs. 2 EUV, mit dem Ergebnis, dass Art. 62 Abs. 2 lit. a) EGV mangels Eröffnung seines sachlichen Anwendungsbereichs nicht als Ermächtigungsgrundlage für die Verordnung (EG) Nr. 2252/2004 herhalten kann,<sup>24</sup> zumal die obligatorische Erfassung von Fingerabdrücken in Pässen und Reisedokumenten nicht nur der Durchführung von Personenkontrollen beim Überschreiten der Außengrenzen der Europäischen Union dient, sondern weltweit jeder Personenkontrolle in allen Staaten, die Pässe und Reisedokumente mit Fingerabdrücken verlangen und Zugriff darauf bekommen.<sup>25</sup> Mit welchem Reisedokument ein EU-Bürger in einen Staat außerhalb des Rechtsraums der Europäischen Union einreist, ist nach dem klaren Wortlaut der Ermächtigungsnorm jedoch keine Frage, deren Regelung von Art. 62 Abs. 2 lit. a) EGV gedeckt wäre.<sup>26</sup>
22. Auch Art. 18 Abs. 2 EGV enthielt keine entsprechende Kompetenz. Denn diese Norm fand für Reisepässe, Personalausweise, Aufenthaltstitel oder diesen gleichgestellte Dokumente ausdrücklich keine Anwendung.<sup>27</sup>
23. Erst seit Inkrafttreten des Vertrages von Lissabon am 1. Dezember 2009 kann der Rat der Europäischen Union nach Art. 77 Abs. 3 S. 1 in Verbindung mit Art. 20 Abs. 2 lit. a) AEUV ausdrücklich Bestimmungen betreffend Pässe, Personalausweise, Aufenthaltstitel oder diesen gleichgestellte Dokumente erlassen, wenn dies zur Erleichterung der Ausübung des Rechts der Unionsbürger, sich im Hoheitsgebiet der Mitgliedstaaten frei zu bewegen und aufzuhalten, erforderlich erscheint. Diese Kompetenzbestimmung ist aber weder „zeitlich“ noch „sachlich“ anwendbar auf die Verordnung (EG) Nr. 2252/2004 des Rates vom 13. Dezember 2004. Denn einerseits wurde Art. 77 Abs. 3 S. 1 AEUV erst im fünften Jahre nach der Verordnung (EG) Nr. 2252/2004 eingeführt, und andererseits ist zur Ausübung des Rechts der Unionsbürger, sich im Hoheitsgebiet der Mitgliedstaaten frei zu bewegen und aufzuhalten, überhaupt kein Reisepass erforderlich. Statt dessen genügt dazu nämlich auch ein gültiger Personalausweis<sup>28</sup>, auf den die Verordnung (EG) Nr. 2252/2004 ausdrücklich keine Anwendung findet.<sup>29</sup>

<sup>24</sup> Vgl. *Pallasch*, Datenschutz in Zeiten globaler Mobilität [2007], S. 44 (47).

<sup>25</sup> Die dafür nötigen Schlüssel zur „Extended Access Control“ (EAC) werden zwischen den Staaten in einem als „Public Key Infrastructure“ (PKI) bezeichneten Netzwerk ausgetauscht. Oberstes PKI-Institution in Deutschland ist das Bundesamt für die Sicherheit in der Informationstechnik (BSI), das „Zugriffszertifikate“ für ausländische Kontrolleure vergibt, vgl. Wissenschaftliche Dienste des Deutschen Bundestags, Nr. 17/07 vom 28. März 2007.

<sup>26</sup> *Selbmann/Zeh*, Die Speicherung von Fingerabdrücken in Reisepässen im Spannungsverhältnis zwischen Verfassungs- und Unionsrecht, *SächsVbl.* 2012, 77 (81).

<sup>27</sup> Art. 18 Abs. 3 EGV; ausführlich dazu *Pallasch*, Datenschutz in Zeiten globaler Mobilität [2007], S. 44 (47).

<sup>28</sup> Vgl. Art. 4 Abs. 1 und Art. 5 Abs. 1 sowie Art. 6 Abs. 1 und Art. 8 Abs. 3 und Abs. 5a) der RL 2004/38/EG.

<sup>29</sup> Vgl. Art. 1 Abs. 3 S. 2 der Verordnung (EG) Nr. 2252/2004 des Rates vom 13. Dezember 2004.

## 2. Zum Gesetzgebungsverfahren

24. Für das Verfahren zum Erlass der Verordnung (EG) Nr. 2252/2004 galt Art. 67 Abs. 1 EGV. Danach handelt der Rat einstimmig auf Vorschlag der Kommission oder auf Initiative eines Mitgliedstaats und nach Anhörung des Europäischen Parlaments.
25. Unter den Rechtsetzungsverfahren, an denen das Parlament beteiligt ist, ist das Anhörungsverfahren dasjenige, welches ihm die geringsten Befugnisse gibt. Dennoch ermöglicht die Anhörung dem Parlament eine wirksame Beteiligung am Gesetzgebungsverfahren der Gemeinschaft. Diese Befugnis ist für das vom Vertrag gewollte institutionelle Gleichgewicht wesentlich. Sie spiegelt auf Gemeinschaftsebene, wenn auch in beschränktem Umfang, ein grundlegendes demokratisches Prinzip wider, nach dem die Völker durch eine Versammlung ihrer Vertreter an der Ausübung der hoheitlichen Gewalt beteiligt sind. Die ordnungsgemäße Anhörung des Parlaments stellt somit eine wesentliche Formvorschrift dar.<sup>30</sup>
26. Diese Vorschrift wurde verletzt, weil der Vorschlag der Kommission vom 18. Februar 2004 („Es können Fingerabdrücke in interoperabler Form hinzugefügt werden.“)<sup>31</sup> und der vom Europäischen Parlament angenommene Text vom 2. Dezember 2004 („Die Mitgliedstaaten können Fingerabdrücke in interoperabler Form hinzufügen.“)<sup>32</sup> lediglich die fakultative Aufnahme von Fingerabdrücken vorsahen und die entsprechende Pflicht erst nach erfolgter Anhörung des Europäischen Parlaments durch den Rat eingefügt wurde („Die Mitgliedstaaten fügen auch Fingerabdrücke in interoperablen Formaten hinzu.“)<sup>33</sup> Zu der somit geänderten Verordnung fand eine Anhörung des Europäischen Parlaments nicht statt.<sup>34</sup>
27. Das Erfordernis der Anhörung des Europäischen Parlaments schließt aber das Erfordernis ein, das Europäische Parlament immer dann erneut anzuhören, wenn der endgültig verabschiedete Text als Ganzes gesehen in seinem Wesen von demjenigen abweicht, zu dem das Parlament bereits angehört worden ist, es sei denn, die Änderungen entsprechen im wesentlichen einem vom Parlament selbst geäußerten Wunsch.<sup>35</sup>

<sup>30</sup> EuGH, Slg. 1980, 3333 (3360), Rn. 33 (*Roquette Frères*); EuGH, Slg. 1995, I-1827 (I-1851), Rn. 17 (*EP/Rat*).

<sup>31</sup> Vorschlag der Kommission vom 18. Februar 2004, KOM (2004) 116, Abl. C 98/39 vom 23. April.

<sup>32</sup> Legislative Entschließung des Europäischen Parlaments vom 2. Dezember 2004, P6\_TA(2004)0073.

<sup>33</sup> Verordnung Nr. 2252/2004 des Rates vom 13. Dezember 2004, Abl. L 385/1 vom 29. Dezember 2004.

<sup>34</sup> *Selbmann/Zeh*, Die Speicherung von Fingerabdrücken in Reisepässen im Spannungsverhältnis zwischen Verfassungs- und Unionsrecht, *StchtsVbl.* 2012, 77 (81).

<sup>35</sup> EuGH, Slg. 1995, I-1827 (I-1852), Rn. 18 (*EP/Rat*).

28. Aus einem Vergleich zwischen dem der Verordnung (EG) Nr. 2252/2004 zugrunde liegenden Vorschlag der Kommission und dem Inhalt der Verordnung, wie sie vom Rat erlassen wurde, ergibt sich, dass ein Text, der lediglich die Möglichkeit zur Speicherung von Fingerabdrücken in Pässen und Reisedokumenten nach Ermessen vorsah, durch einen Text ersetzt worden ist, der die Speicherung von Fingerabdrücken in Pässen und Reisedokumenten zur Pflicht erhob. Diese Änderung ist wesentlich. Da sie keinem Wunsch des Parlaments entsprach und unmittelbar den Kern der getroffenen Regelung berührte, setzte sie im Gesetzgebungsverfahren nach Art. 67 EGV eine erneute Anhörung des Parlaments voraus. Der Umstand, dass diese Anhörung nicht stattgefunden hat, stellt die Verletzung wesentlicher Formvorschriften dar, die zur Nichtigkeitserklärung der Verordnung (EG) Nr. 2252/2004 führen muss.<sup>36</sup>
29. An diesem Zusammenhang ändert auch nichts der Umstand, dass das Europäische Parlament und der Rat gemeinsam die Verordnung (EG) Nr. 444/2009 vom 28. Mai 2009 zur Änderung der Verordnung (EG) Nr. 2252/2004 des Rates vom 13. Dezember 2004 erlassen haben.<sup>37</sup> Dies ist hier ohne jede Bedeutung allein schon deshalb, weil die geltenden und zumal die wesentlichen Formvorschriften in jedem Gesetzgebungsverfahren gesondert zu beachten sind.
30. Zudem regelt die Verordnung (EG) Nr. 444/2009 des Europäischen Parlaments und des Rates lediglich Ausnahmen von der allgemeinen Pflicht zur Abgabe von Fingerabdrücken, nämlich insbesondere für Kinder unter 12 Jahren und Personen, bei denen die Abnahme von Fingerabdrücken physisch unmöglich ist, woraus logisch nicht geschlussfolgert werden kann, dass diese Mitentscheidung des Europäischen Parlaments einer „nachträglichen“ Zustimmung zur obligatorischen Erfassung von Fingerabdrücken in Pässen und Reisedokumenten gleicht. Damit ist die mangelhafte Anhörung des Europäischen Parlaments schließlich nicht „geheilt“.
31. Ebenso stimmte vor der Ratsentscheidung vom 13. Dezember 2004 kein nationales Parlament der Speicherung von Fingerabdrücken in Reisepässen zu.<sup>38</sup> Infolgedessen fehlte zumindest der Bundesregierung die demokratische Legitimation, der Verordnung (EG) Nr. 2252/2004 im Rat zuzustimmen. Denn in Deutschland hatte sich der demokratisch legitimierte Gesetzgeber die entgeltliche Entscheidung über biometrische Merkmale in Pässen gesetzlich vorbehalten.<sup>39</sup>

<sup>36</sup> EuGH, Slg. 1980, 3333 (3360), Rn. 33 (*Roquette Frères*); EuGH, Slg. 1995, I-1827 (T-1851), Rn. 28 (*EP/Rat*).

<sup>37</sup> Abl. L 142/1 vom 6. Juni 2009.

<sup>38</sup> *Hornig*, *The European Regulation on Biometric Passports, Legislative Procedures, Political Interactions, Legal Framework and Technical Safeguards*, SCRIPT-ed 2007, S. 255.

<sup>39</sup> *Roßnagel/Hornig*, *Reisepässe mit elektronischem Gesichtsbild und Fingerabdruck*, DÖV 2005, S. 983 (989).

## II. Zum festgelegten Zweck

32. Die Verarbeitung personenbezogener Daten wie die Erfassung, Speicherung und weitere Verwendung von Fingerabdrücken in Pässen und Reisedokumenten ist kein abstrakter Vorgang, sondern kann gemäß Art. 8 Abs. 2 GRC immer nur im Hinblick auf einen rechtmäßigen, konkret definierten Zweck ausgeübt werden. Das bedeutet, dass der Zweck der Erhebung bzw. Verarbeitung bereits vor der Erhebung feststehen muss.<sup>40</sup>
33. Gewisse Zweifel bestehen allerdings, ob das Zweckerfordernis von der Generalanwaltschaft des Gerichtshofs in seiner spezifischen datenschutzrechtlichen Funktion richtig erfasst wird: Ein Eingriff in das Datenschutzgrundrecht müsse nach dem Erfordernis der Vorhersehbarkeit so genau formuliert sein, dass die Adressaten des Gesetzes ihr Verhalten danach einrichten können. Das Erfordernis der Vorhersehbarkeit habe im Datenschutzrecht mit der – in Art. 8 Abs. 2 GRC ausdrücklich genannten – Zweckbindung eine besondere Ausprägung gefunden.<sup>41</sup>
34. Richtigerweise dürfte es sich hierbei jedoch weniger um eine Ausprägung des Bestimmtheitsgebots als vielmehr um einen Mechanismus zur Begrenzung der Daten- und Informationsströme handeln. Dessen Nebeneffekt ist zwar durchaus eine erhöhte Vorhersehbarkeit von Datenverarbeitungsvorgängen. Allein unter dem Gesichtspunkt der Vorhersehbarkeit wäre jedoch nichts gegen eine Zweckänderung einzuwenden, solange der neue Zweck bloß auch ein irgendwo gesetzlich zugelassener wäre. Die Funktion der Zweckbindung reicht aber weiter. Ziel der Zweckbindung ist es, die Verarbeitung von Informationen einzugrenzen, indem diese als einem spezifischen Zweck gewidmet gelten.<sup>42</sup>
35. Das jeweilige Eingriffsziel ist – im Vorfeld der eigentlichen Verhältnismäßigkeitsprüfung<sup>43</sup> – möglichst präzise zu bestimmen, da eine Aussage zur Verhältnismäßigkeit einer bestimmten Maßnahme immer nur in Ansehung des konkreten Gemeinwohlzieles erfolgen kann, das mit ihr verfolgt wird.<sup>44</sup> Welche konkreten Ziele ein Rechtsakt verfolgt, entnimmt der Gerichtshof insbesondere den Begründungserwägungen des Rechtsakts.<sup>45</sup>

<sup>40</sup> Jochen, in: *Teutinger Stone* (Hrsg.), *Kölnner Gemeinschaftskommentar zur Europäischen Grundrechte-Charta* [2006], Art. 8, Rn. 45 f.; *Jarass*, *Charta der Grundrechte der Europäischen Union* [2010], Art. 8, Rn. 12.

<sup>41</sup> Vgl. *GA Kokott*, Schlussantrag vom 18. Juli 2007, Rs. C-275/06, Rn. 53 (*Promusticaz*).

<sup>42</sup> *Brits*, *Europäisierung des grundrechtlichen Datenschutzes?*, *EuGRZ* 2009, 1 (10) m. w. N.

<sup>43</sup> *Borowsky*, in: *Meyer* (Hrsg.), *Charta der Grundrechte der EU*, 3. Aufl. [2011], Art. 53, Rn. 21 und 22a.

<sup>44</sup> *von Danwitz*, *Der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit im Gemeinschaftsrecht*, *EWVS* 2003, S. 393 (398).

<sup>45</sup> Vgl. *EuGH*, Rs. C-435/02 und C-103/03, Rn. 50 f. (*Springer-AG*) = *ZIP* 2004, 2134 (2136); *EuGH*, Rs. C-37/02 und C-38/02, Rn. 84 (*Di Leonardo Adriano*) = *HFR* 2004, 1156 (1157).

## 1. Zum Schutz vor einer betrügerischen Verwendung

36. Die obligatorische Erfassung von Fingerabdrücken soll „eine verlässlichere Verbindung zwischen dem Inhaber und dem Pass oder Reisedokument herstellen und damit erheblich zum Schutz vor einer betrügerischen Verwendung von Pässen oder Reisedokumenten beitragen.“<sup>46</sup>
37. So soll es nicht möglich sein, dass ein Fremder mit Ihrem Reisepass eine Grenzkontrolle passiert – auch wenn er Ihnen ähnlich sieht. „Stellen sie sich vor, eine Kennerin heiratet einen EU-Bürger, erhält ihren echten von dem Mitgliedstaat ausgestellten Reisepass und schickt diesen nach Mombasa zu ihrer Schwester, die ungefähr ihr Alter und ihre Größe hat. Die kann dann ganz problemlos in die EU einreisen. Denn ihr Reisepass ist ja echt.“<sup>47</sup>
38. Aber so ähnlich sieht die Schwestern auch schon, das Muster ihrer Fingerabdrücke unterscheidet sie: In Pässen und Reisedokumenten gespeicherte Fingerabdrücke sollen deswegen sicherstellen, dass die Trägerin des Passes auch wirklich jener Person entspricht, für die das Dokument ausgestellt wurde. Das digitale und zugleich physische Vorhandensein von Fingerabdrücken soll jene Sicherheitslücke schließen, die bislang vom Augenmaß und Verstand der Grenzbeamten abhing. Der Zweck besteht in zweifelsfreier Individualisierung (der EU-Bürger), um „den/die Anderen“ (Nicht-EU-Bürger) erkennen zu können.<sup>48</sup>
39. Bei der „positiven Identifikation“ geht es darum nachzuweisen, ob eine Person diejenige ist, die sie behauptet zu sein. Das Ziel besteht hier darin, zu verhindern, dass eine einzige Identität von verschiedenen Personen verwendet werden kann. Bei der „negativen Identifikation“ hingegen soll nachgewiesen werden, wer eine Person nicht ist. Das Ziel besteht hier also darin, zu verhindern, dass von einer einzigen Person verschiedene Identitäten verwendet werden.<sup>49</sup>
40. Identifiziert werden kann eine Person aber nicht nur als Einzelperson im polizeilichen Sinne, sondern auch als Rechtssubjekt, das durch kollektiv zugewiesene Zugangs- oder Ausschlusskriterien definiert ist, insbesondere durch die Staatsangehörigkeit. Beide Identifikationsweisen überschneiden und konkretisieren sich im Reisepass.<sup>50</sup>

<sup>46</sup> Erwägungsgrund (3) der Verordnung (EG) Nr. 2252/2004 des Rates vom 15. Dezember 2004.

<sup>47</sup> Beispiel eines Polizelexperten nach *Groebner, Der Schein der Person* [2004], S. 173.

<sup>48</sup> *Lognaro, Das Projekt Biometrie und das Verschwinden der Unschuld, KrimJ* 2008, S. 179 (188).

<sup>49</sup> *Albrecht, Biometrische Verfahren im Spannungsfeld von Authentizität im elektronischen Rechtsverkehr und Persönlichkeitsschutz* [2003], S. 37, m. w. N.

<sup>50</sup> *Groebner, Der Schein der Person. Steckbrief, Ausweis und Kontrolle im Mittelalter* [2004], 176.

41. Zudem authentifiziert der Reisepass nicht nur die Identität zwischen dem Inhaber und dem vorgelegten Dokument, sondern ebenso die Authentizität der ausstellenden Behörde, was dann – da Behörden an der Authentizität anderer Behörden zu zweifeln nicht geneigt sind – als zweifelsfreie Authentifizierung des Tatsächlichen betrachtet werden kann.<sup>51</sup> Allerdings könnten allein in Frankreich eine halbe bis eine Million von rund sieben Millionen biometrischen Pässen auf falschen Geburtsurkunden beruhen.<sup>52</sup>

## 2. Zur allgemeinen Bekämpfung von Kriminalität und Terrorismus

42. Die allgemeine Bekämpfung von Kriminalität und Terrorismus ist kein Zweck, den die Verordnung (EG) Nr. 2252/2004 des Rates vom 13. Dezember 2004 zu verfolgen vorgibt. Indem nichts dergleichen in ihren Erwägungsgründen vorgesehen ist, kann die obligatorische Erfassung von Fingerabdrücken in Pässen und Reisedokumenten auch nicht unter Berufung darauf gerechtfertigt werden.
43. Allerdings gilt die Verordnung (EG) Nr. 2252/2004 „unbeschadet jeder sonstigen Nutzung oder Speicherung dieser Daten nach Maßgabe der nationalen Rechtsvorschriften der Mitgliedstaaten.“<sup>53</sup> Danach können die Fingerabdrücke in von den Mitgliedstaaten ausgestellten Pässen und Reisedokumenten auch in Datenbanken gespeichert und zu allen möglichen Vergleichen verwendet werden, beispielsweise zu kriminalistischen Fahndungszwecken, was die polizeistaatlichen Desiderate erkennen lässt.

## 3. Zum Schutz vor Fälschungen

44. Der Schutz vor Fälschungen von Pässen und Reisedokumenten ist zwar ein Zweck, den die Verordnung (EG) Nr. 2252/2004 des Rates vom 13. Dezember 2004 zu verfolgen vorgibt, allerdings einer, dem nicht die obligatorische Erfassung von Fingerabdrücken dienen soll, sondern Sicherheitsmerkmale.<sup>54</sup> Da Sicherheitsmerkmale vom Aussteller herrühren, während biometrische Daten vom Antragsteller stammen, werden beide auch funktional unterschieden:

<sup>51</sup> Legnaro, Das Projekt Biometrie und das Verschwinden der Unschuld, *KrimJ* 2008, S. 179 (185).

<sup>52</sup> Vgl. Europäisches Parlament, Pressedienst, Referenz-Nr.: 20120413ST042897.

<sup>53</sup> Vgl. Erwägungsgrund (5) der Verordnung (EG) Nr. 444/2009 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 28. Mai 2009 zur Änderung der Verordnung (EG) Nr. 2252/2004 des Rates über Normen für Sicherheitsmerkmale und biometrische Daten in von den Mitgliedstaaten ausgestellten Pässen und Reisedokumenten, Amtsblatt der Europäischen Union L 142/I vom 6. Juni 2009.

<sup>54</sup> Vgl. die „Mindestsicherheitsnormen für von den Mitgliedstaaten ausgestellte Pässe und Reisedokumente“, abgedruckt als Anhang zur Verordnung (EG) Nr. 2252/2004 des Rates vom 13. Dezember 2004.

45. „Durch eine EntschlieÙung der im Rat vereinigten Vertreter der Regierungen der Mitgliedstaaten vom 17. Oktober 2000 wurden Mindestsicherheitsnormen für Pässe eingeführt. Es ist nun angezeigt, diese EntschlieÙung durch eine Gemeinschaftsmaßnahme weiterzuentwickeln, um höhere, einheitliche Sicherheitsstandards für Pässe und Reisedokumente zum Schutz vor Fälschungen festzulegen. Zugleich sollten auch biometrische Identifikatoren in die Pässe und Reisedokumente aufgenommen werden, um eine verlässliche Verbindung zwischen dem Dokument und dessen rechtmäßigem Inhaber herzustellen.“<sup>55</sup>

### III. Zur Verhältnismäßigkeit

46. Die obligatorische Erfassung von Fingerabdrücken in von den Mitgliedstaaten ausgestellten Pässen und Reisedokumenten ist auch materiell nicht gerechtfertigt, weil diese Maßnahme dem Grundsatz der Verhältnismäßigkeit aus Art. 52 Abs. 1 S. 2 GRV widerspricht, genauer gesagt zum Schutz vor einer betrügerischen Verwendung von Pässen und Reisedokumenten nicht geeignet, nicht erforderlich und nicht angemessen ist.
47. Der Gerichtshof hat festgehalten, dass hoheitliche Maßnahmen nur verhältnismäßig sind, wenn sie „zur Erreichung der zulässigerweise mit der fraglichen Regelung verfolgten Ziele geeignet und erforderlich sind. Dabei ist, wenn mehrere geeignete Maßnahmen zur Verfügung stehen, die am wenigsten belastende zu wählen; ferner müssen die auferlegten Belastungen in angemessenem Verhältnis zu den angestrebten Zielen stehen.“<sup>56</sup> Nur dieses dreistufige Verhältnismäßigkeitskriterium garantiert, dass das letztendliche Ziel einer jeden Verhältnismäßigkeitsprüfung erreicht wird, nämlich die Herstellung eines billigen und gerechten Ausgleichs zwischen zwei oder mehreren widerstreitenden schutzwürdigen Interessen oder Rechtspositionen.<sup>57</sup>

<sup>55</sup> Erwägungsgrund (2) der Verordnung (EG) Nr. 2252/2004 des Rates vom 13. Dezember 2004.

<sup>56</sup> EuGH, Rs. 285/87 (*Schräderer*), Slg. 1989, I-2237 (2269), Rn. 21; vgl. EuGH, Rs. C-150/10 (*Beneo Orçiri*), Slg. 2011, I-0000, Rn. 75; EuGH, Rs. C-15/10 (*Femine*), Slg. 2011, I-0000, Rn. 14; EuGH, Rs. C-343/09 (*Aflon Chemical*), Slg. 2010, I-7023, Rn. 45; EuGH, Rs. C-365/08 (*Agrana Zucker*), Slg. 2010, I-4341, Rn.29; EuGH, Rs. C-45/05 (*Moatschap Schoneville-Prins*), Slg. 2007, I-3997, Rn. 45; EuGH, Rs. C-309/04 (*Spanien/Raf*), Slg. 2006, I-7285, Rn. 97; EuGH, Rs. C-96/03 (*Tempelmann und van Schaik*), Slg. 2005, I-1895, Rn. 47; EuGH, Rs. C-86/03 (*Griechenland/Kommission*), Slg. 2005, I-10979, Rn. 87; EuGH, Rs. C-189-01 (*Jippes u.a.*), Slg. 2001, I-5689, Rn. 81; EuGH, Rs. C-180/96 (*Vereinigtes Königreich/Kommission*), Slg. 1998, I-2265, Rn. 96; EuGH, Rs. C-101/98 (*Union Deutsche Lebensmittelwerke*), Slg. 1999, I-8841, Rn. 30; EuGH, Rs. C-157/96 (*National Farmers' Union u.a.*), Slg. 1998, I-2211, Rn. 60; EuGH, Rs. C-84/95 (*Bosphorus*), Slg. 1996, I-3953, Rn. 19; EuGH, Rs. C-254/94, C-255/94 und C-269/94 (*F47*), Slg. 1996, I-4235, Rn. 55; EuGH, Rs. C-133/93, C-300/93 und C-362/93 (*Crispolti u.a.*), Slg. 1994, I-4863, Rn. 41; EuGH, Rs. 8/89 (*Zardif*), Slg. 1990, I-2515, Rn. 10; EuGH, Rs. C-331/88 (*Fedesa u.a.*), Slg. 1990, I-4023, Rn.13.

<sup>57</sup> *Treterjak/Beysen*. Das Prinzip der Verhältnismäßigkeit in der Unionsrechtsordnung, EuR 2012, 265 (284).

## 1. Zur Geeignetheit

48. Nach der neueren Rechtsprechung des Gerichtshofs ist eine Maßnahme zur Verwirklichung des geltend gemachten Zieles geeignet, wenn sie tatsächlich dem Anliegen gerecht wird, es in kohärenter und systematischer Weise zu erreichen.<sup>58</sup> Bei der Kontrolle der Geeignetheit einer konkreten Unionsmaßnahme muss demnach nicht nur überprüft werden, ob diese Maßnahme das angestrebte Ziel überhaupt verfolgt und grundsätzlich geeignet ist es zu erreichen. Vielmehr ist zu untersuchen, ob die zu prüfende Unionsmaßnahme das betreffende Ziel auch kohärent und systematisch verfolgt. Damit ermöglicht die Geeignetheitsprüfung dem Gerichtshof eine inhaltliche Analyse und Bewertung der Ausgestaltung sowie der Umsetzung der zu überprüfenden Unionsmaßnahmen vor dem Hintergrund der damit verfolgten Ziele.<sup>59</sup>
49. Um zu überprüfen, ob die Erfassung von Fingerabdrücken „überhaupt“ und „grundsätzlich“ zum Schutz vor einer betrügerischen Verwendung von Pässen und Reisedokumenten beitragen kann und dieses Ziel auch „kohärent“ und „systematisch“ verfolgt, ist eine genaue Analyse der herkömmlichen und der neuartig-biometrischen Identifizierungsweise ratsam.

### a) Zur herkömmlichen Identifizierungsweise

50. Zur Identifizierung einer Person dient herkömmlich eine detaillierte Personenbeschreibung, die biographisch als „Ultrakurzgeschichte“<sup>60</sup> und identitätstheoretisch als „singuläre Merkmalkombination“<sup>61</sup> oder als ein „Satz von Fakten“<sup>62</sup> verstanden werden kann. Lichtbild, Unterschrift, Familienname, Geburtsname, Vornamen, Tag und Ort der Geburt, Geschlecht, Größe, Augenfarbe, Wohnort und Staatsangehörigkeit sind beispielsweise übliche Kriterien, anhand deren eine Person, wenn sie sich durch Vorlegen eines Reisepasses ausweist, identifiziert wird.

<sup>58</sup> EuGH, Rs. C-28/09 (*Kommission/Osterreich*), Slg. 2011, I-0000, Rn. 126; EuGH, Rs. C-137/09 (*Jucemans*), Slg. 2010, I-0000, Rn. 70; EuGH, Rs. C-384/08 (*Altanasio Group*), Slg. 2010, I-0000, Rn. 51; EuGH, Rs. C-64/08 (*Engelmann*), Slg. 2010, I-0000, Rn. 35; EuGH, Rs. C-570/07 und C-571/07 (*Blanca Pérez und Chao Gómez*), Slg. 2010, I-4629, Rn. 94; EuGH, Rs. C-169/08 (*Presidente del Consiglio dei Ministri*), Slg. 2009, I-10821, Rn. 42; EuGH, Rs. C-42/07 (*Liga Portuguesa de Futebol Profissional et Bwin International*), Slg. 2009, I-7633, Rn. 61; EuGH, Rs. C-169/07 (*Hortilaver*), Slg. 2009, I-1721, Rn. 55.

<sup>59</sup> *Trastanjak/Boysen*, Das Prinzip der Verhältnismäßigkeit in der Unionsrechtsordnung, EuR 2012, 265 (271).

<sup>60</sup> *Löhbe*, Zur Identitätsrepräsentationsfunktion der Historie, in: *Marguardt/Sitaris* (Hrsg.), Identität [1979], S. 277 (278).

<sup>61</sup> *Kollenberger*, Identitätstheorie und Menschenrechtsdiskussion. Eine Betrachtung zum Verhältnis Individuum – Gesellschaft, dargestellt am Beispiel der Identitätskarte, in: *Rühls/Wladhuber/Wille* (Hrsg.), Kleinstaat und Menschenrechte, Festgabe für *Gerhard Butler* [1993], S. 158 (175).

<sup>62</sup> *Goffman*, Stigma. Über Techniken der Bewältigung beschädigter Identität [1967], S. 74.

51. Eine Vorstellung dazu besagt: während die meisten einzelnen Fakten über ein Individuum auch auf andere zutreffen werden, kann der ganze Satz von Fakten, die über einen Vertrauten bekannt sind, als Kombination für keine andere Person in der Welt als gültig befunden werden, wodurch ein Mittel vorhanden ist, durch das er positiv von jedermann sonst unterschieden werden kann.<sup>63</sup>
52. Wenn genügend Einzelheiten der Beschreibung einer Person mit ihrer Erscheinung übereinstimmen, bestehen gute Gründe anzunehmen, dass es sich um die beschriebene Person handelt, zumal ein Lichtbild vorliegt und die Gesichtserkennung beim Menschen allgemein und insbesondere bei professionell geübten Betrachtern (Zöllnern) sehr gut ausgeprägt ist. Zum Vergleich kann auch eine Unterschrift verlangt und die Körpergröße gemessen werden. Zudem kann man die Person fragen, wie der Geburtsname ihrer Mutter lautet, wann diese geboren wurde, u.s.w. Zumeist können diese Angaben anhand von Registern geprüft werden.
53. Wenn die Identität der Person dennoch unklar ist, wenn sich herausstellt, dass der Pass gefälscht, die eigenen Angaben unrichtig sind, führen Nachforschungen *letzten Endes* dazu, Nachbarn und Kollegen, Freunde, Familienangehörige, gegebenenfalls die Eltern zu fragen, ob sie die betreffende Person *kennen*. „Allein diese Art von primärer, aus gemeinsamen Interaktionen, *letztlich* aus sozialisatorischen Interaktionen gewonnener Kenntnis erlaubt die räumzeitliche Einordnung einer Person in einen Lebenszusammenhang, dessen *soziale Räume* und *historische Zeiten* *symbolisch strukturiert* sind.“<sup>64</sup>

## b) Zur biometrischen Identifizierungsweise

54. Im übrigen können Individuen ohne jeden Bezug auf Geschichten identifiziert werden, wenn damit nur ihre zureichende Unterscheidung von anderen Individuen gemeint ist, mit denen sie verwechselt werden könnten. „Für diesen Zweck genügen solche geschichtsfreien Fakten wie der Fingerabdruck.“<sup>65</sup> Dementsprechend wird Biometrie bezeichnet als die „automatisierte Messung von natürlichen, hoch charakteristischen, physiologischen oder verhaltenstypischen Merkmalen von Menschen zum Zweck der Unterscheidung von anderen Personen.“<sup>66</sup>

<sup>63</sup> Goffman, Stigma. Über Techniken der Bewältigung beschädigter Identität [1967], S. 74.

<sup>64</sup> Habermas, Theorie des kommunikativen Handelns. Zur Kritik der funktionalistischen Vernunft, Bd. 2 [1981], S. 160.

<sup>65</sup> Henrich, Identität und Geschichte - Thesen über Gründe und Folgen einer unzulänglichen Zuordnung, in: Marguard/Stierle (Hrsg.), Identität [1979], S. 659.

<sup>66</sup> Hornung, in: Hornung/Möller (Hrsg.), Passgesetz, Personalausweisgesetz [2011], § 4 PassG, Rn. 41.

55. Dabei werden Referenzdaten des Merkmalsträgers erfasst und gespeichert („Enrolment“), die bei jeder Kontrolle mit neu erhobenen Merkmalsdaten verglichen werden („Matching“).<sup>67</sup> Im Prinzip ist jedes eindeutige biometrische Merkmal ein „individuelles Personenkennzeichen“<sup>68</sup>, dass funktional nicht begriffen werden kann als „singuläres Merkmal“ in einem wie und wo auch immer dargestellten „Satz von Fakten“, wohl aber als dessen „Identitätsaufhänger“, womit die vorhandenen und erreichbaren Daten an dem Individuum „festgemacht“ werden.<sup>69</sup>
56. Zur Eignung für ein allgemeines biometrisches Identifikationsverfahren muss ein Merkmal nicht nur bei jedem Menschen anders sein, also eine bestimmte Einzigartigkeit (Einmaligkeit) aufweisen. Vielmehr muss es ebenso auch bei jedem Individuum vorhanden sein, also eine Universalität aufweisen. Das Merkmal darf sich im Laufe der Zeit ebenso wenig verändern, muss also auch eine gewisse Permanenz (Dauerhaftigkeit) aufweisen.<sup>70</sup> Kumulativ erfüllt diese Anforderungen wohl nur die DNS bzw. DNA.
57. Jedenfalls ist die obligatorische Erfassung von Fingerabdrücken in von den Mitgliedstaaten ausgestellten Pässen und Reisedokumenten zum Schutz vor einer betrügerischen Verwendung derselben grundsätzlich und überhaupt ungeeignet, wenn beim „Enrolment“ oder „Matching“ die vorgesehenen Fingerabdrücke überhaupt nicht oder nicht in hinreichender Ausprägung vorhanden sind bzw. verfügbar gemacht werden können. Dies kann individuell bedingt sein, etwa durch Hautkrankheiten oder Verletzungen wie Brand-, Schnitt und Schürfwunden u.s.w. Es kann aber auch kollektiv veranlagt sein, indem die Fingerabdrücke bei einigen ethnischen Gruppen nicht ausgeprägt sind.<sup>71</sup> Selbst bei Mann und Frau treten Unterschiede in der Ausprägung des Fingerabdrucks auf.<sup>72</sup> Hinzu kommt, dass sich Fingerabdrücke natürlich auch durch Wachstum und Alterung verändern sowie zahllosen Umwelteinflüssen unterliegen, wodurch sie sich mitunter schlicht abnutzen, ggf. zumeist berufsbedingt. So wird der Anteil der Bevölkerung, der temporär oder dauerhaft keine ausreichenden Fingerbilder liefern kann, von Hautärzten auf 3% bis 11% geschätzt.<sup>73</sup>

<sup>67</sup> Vgl. *Hornung*, in: *Hornung/Möller* (Hrsg.), *Passgesetz, Personalmsweisgesetz* [2011], § 4 PassG, Rn. 42 f.

<sup>68</sup> *Welcher*, *Biometrie – Freund oder Feind des Datenschutzes?*, CR 1997, S. 369 (372); *Welcher*, *Die Wiederbelebung des Personenkennzeichens*, RDV 2002, S. 170 (174 f.)

<sup>69</sup> Vgl. *Goffman*, *Stigma. Über Techniken der Bewältigung beschädigter Identität* [1967], S. 74.

<sup>70</sup> Vgl. *Behrens/Roth*, in: *Behrens/Roth* (Hrsg.), *Biometrische Identifikation* [2001], S. 11.

<sup>71</sup> *Altracht*, *Biometrische Verfahren im Spannungsfeld von Authentizität im elektronischen Rechtsverkehr und Persönlichkeitsschutz* [2003], S. 36, Fn. 90.

<sup>72</sup> *Breitenstein*, *Überblick über biometrische Verfahren*, in: *Nojda/Leger* (Hrsg.), *Biometrische Verfahren* [2002], S. 40.

<sup>73</sup> *Busch*, *Stellungnahme zum Entwurf eines Gesetzes zur Änderung des Passgesetzes*, in: *Drucksache des Innenausschusses des Deutschen Bundestages*, 16(4)192 A, S. 4.

58. In jedem Falle ungeeignet ist die obligatorische Erfassung von Fingerabdrücken auch dann, wenn der Datenträger in von den Mitgliedstaaten ausgestellten Pässen und Reisedokumenten beschädigt oder zerstört wird, wobei Sachverständige davon ausgehen, dass der Datenträger aufgrund allein der mechanischen Belastung im Durchschnitt nicht länger als 4-5 Jahre hält.<sup>74</sup> Damit aber wären die Referenzdaten, ohne die eine biometrische Identifikation überhaupt nicht durchgeführt werden kann, passé.
59. Daher liegt es zur betrügerischen Verwendung von Pässen und Reisedokumenten sehr nahe, den Datenträger „vorsätzlich“ außer Funktion zu setzen, um eine biometrische Identifizierung zu umgehen, zumal der Reisepass bei Defekten des Datenträgers auch weiterhin gültig bleibt. Aus der Einführung von Fingerabdrücken im Asylverfahren sind als Ausweichreaktion zudem Manipulationen bis hin zu Selbstverstümmelungen der Finger bekannt.<sup>75</sup> Im übrigen aber gilt:
60. Da Abweichungen zwischen den ursprünglichen Referenzdaten und späteren Fingerabdrücken unvermeidlich sind und zudem immer Unterschiede der Messung und ihrer Qualität auftreten, sind zwei digitale Abbilder eines biometrischen Merkmals niemals identisch.<sup>76</sup> Deshalb müssen Fingerabdruckleser „sehr tolerant“ sein.<sup>77</sup> Die Exaktheit, die beim Wiedererkennen einer Person durch eine Maschine vielleicht herkömmlich erwartet würde, ist nicht gegeben.<sup>78</sup>
61. Biometrische Systeme arbeiten mit Wahrscheinlichkeiten: Deshalb muss ein so genannter „Schwellwert“ definiert werden, ab dem eine Akzeptanz oder Zurückweisung vorliegen soll. Die Wahrscheinlichkeit einer falschen Zurückweisung wird als „False Rejection Rate“ (FRR), die einer falschen Akzeptanz als „False Acceptance Rate“ (FAR) bezeichnet. Diese sind voneinander abhängig: Die Reduzierung einer Rate, insbesondere durch Veränderung des Schwellwerts, führt zum Anstieg der anderen Rate.<sup>79</sup> Als Ideal für möglichst wenig falsche Akzeptanzen bzw. wenig falsche Zurückweisungen gilt es, den Schwellwert so einzustellen, dass die FAR und die FRR gleich groß sind, d.h. dann „Equal Error Rate“ (EER).<sup>80</sup>

<sup>74</sup> *Grünwald*, in: Protokoll Nr. 16/37 des Bundestags-Innenausschusses vom 23. April 2007, S. 40.

<sup>75</sup> *Stokar von Neuforn*, in: Protokoll Nr. 16/37 des Bundestags-Innenausschusses vom 23. April 2007, S. 61.

<sup>76</sup> *Albrecht*, Biometrische Verfahren im Spannungsfeld von Authentizität im elektronischen Rechtsverkehr und Persönlichkeitsschutz [2003], S. 37.

<sup>77</sup> *Breitenstein*, Überblick über biometrische Verfahren, in: *Naldi/Leger* (Hrsg.), Biometrische Verfahren [2002], S. 40.

<sup>78</sup> *Knaur*, Kontrollpolitische Automatisierung der Personenidentifizierung an den Grenzen, *KrimJ* 2010, 167 (173).

<sup>79</sup> *Hornung*, in: *Hornung/Möller* (Hrsg.), Passgesetz, Personalausweisgesetz [2011], § 4 PassG, Rn. 44.

<sup>80</sup> *Knaur*, Kontrollpolitische Automatisierung der Personenidentifizierung an den Grenzen, *KrimJ* 2010, 167 (173).

62. Um das gewünschte Ziel einer Verbesserung der Sicherheit gegenüber Kontrollen durch gelübte Grenzbeamte zu erreichen, erscheinen daher in beide Richtungen (FAR und FRR) Fehlerraten von unter einem Prozent erforderlich.<sup>81</sup> Die FRR von Fingerabdrucklesern wird jedoch meist zwischen 5% und 8,5% angegeben.<sup>82</sup> Rechnet man den Anteil der Bevölkerung, der keine ausgeprägten Fingerabdrücke liefern kann, Ausfälle des Datenträgers u. a. m. hinzu, wird auch plausibel, dass ein Test der niederländischen Gemeinde Roermond ergeben hat, dass Fingerabdrücke in 21% von 448 Fällen nicht identifizierbar waren.<sup>83</sup>
63. Normativ betrachtet ist die Erfassung von Fingerabdrücken in von den Mitgliedstaaten ausgestellten Pässen und Reisedokumenten zum Schutz vor einer betrügerischen Verwendung derselben grundsätzlich ungeeignet, weil etwaige Fälle in der Fehlerhaftigkeit des Systems schlicht untergehen. Vollkommen ad absurdum geführt würde die Maßnahme schließlich, wenn Betrüger eine fremde Identität mit eigenen Fingerabdrücken im Pass verknüpfen lassen. Sollte dies nicht möglich sein, falls Personen sich ähnlich sehen, vielleicht gar verwandt sind?

## 2. Zur Erforderlichkeit

64. Weiter dürfen Einschränkungen bzw. Eingriffe gemäß Art. 52 Abs. 2 S. 1 GRCh lediglich vorgenommen werden, wenn sie zur Verfolgung des angestrebten Ziels „erforderlich“ sind: „Dabei ist, wenn mehrere geeignete Maßnahmen zur Verfügung stehen, die am wenigsten belastende zu wählen.“<sup>84</sup> Es ist das Gebot des mildesten Mittels zu beachten, welches die gerichtliche Feststellung erfordert, ob bei Erlass der Maßnahme kein gleichermaßen geeignetes, aber weniger grundrechtseinschränkendes Austauschmittel zur Verfügung stand.<sup>85</sup> Der Gerichtshof muss im Rahmen der Erforderlichkeitsprüfung Handlungsalternativen prüfen und sowohl auf ihre Eingriffsintensität als auch auf ihre Wirksamkeit hin bewerten.<sup>86</sup>

<sup>81</sup> *Roßnagel/Hornung*, Reisepässe mit elektronischem Gesichtsbild und Fingerabdruck, DÖV 2005, S. 983 (987); *Roßnagel/Hornung*, Biometrische Daten in Ausweisen, DuD 2005, S. 69 (70).

<sup>82</sup> *Breitenstein*, Überblick über biometrische Verfahren, in: *Noldo/Leger* (Hrsg.), *Biometrische Verfahren* [2002], S. 39.

<sup>83</sup> Vgl. Europäisches Parlament, Pressedienst, Referenz-Nr.: 20120413STO42897.

<sup>84</sup> EuGH, Rs. 285/87 (*Schröder*), Slg. 1989, I-2217 (2269), Rn. 21; vgl. EuGH, Rs. C-150/10 (*Beneo Draft*), Slg. 2011, I-0000, Rn. 75; EuGH, Rs. C-15/10 (*Kimins*), Slg. 2011, I-0000, Rn. 124; EuGH, Rs. C-343/09 (*Afton Chemical*), Slg. 2010, I-1023, Rn. 45; EuGH, Rs. 171/03 (J), Slg. 2004, I-10945, Rn. 51; EuGH, Rs. C-101/98 (*Union Deutsche Lebensmittelwerke*), Slg. 1999, I-8841, Rn.30; EuGH, Rs. 375/96 (J), Slg. 1998, I-6629, Rn. 63; EuGH, Rs. 296/93 (J), Slg. 1996, I-795, Rn. 41.

<sup>85</sup> *von Danwitz*, in: *Tettinger/Storn* (Hrsg.), *Kölner Gemeinschaftskommentar zur Europäischen Grundrechte-Charta* [2006], Art. 52, Rn. 41.

<sup>86</sup> *Koch*, *Der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit in der Rechtsprechung des Gerichtshofs der Europäischen Gemeinschaften* [2003], S. 214.

### a) Zur Benennung von Handlungsalternativen

65. Im Zentrum der Erforderlichkeitsprüfung steht die Frage nach alternativen Handlungsmöglichkeiten. Die Verhältnismäßigkeit unterscheidet sich von anderen Rechtsgrundsätzen gerade dadurch, dass sich die Prüfung der Rechtmäßigkeit nicht auf die zu untersuchende Maßnahme selbst beschränkt, sondern zur Einbeziehung und Analyse einer potentiell unbegrenzten Menge von Alternativmaßnahmen verpflichtet. In diesem „kreativen Prozess“ zeigt sich die Optimierungsfunktion des Verhältnismäßigkeitsprinzips in besonderem Maße.<sup>87</sup>
66. Im Bereich des vorläufigen Rechtsschutzes hat der Gerichtshof vom Betroffenen verlangt, mögliche Alternativen substantiiert darzulegen.<sup>88</sup> Die materielle Beweislast für die Rechtfertigung von Grundrechtseinschränkungen muss aber beim Grundrechtsverpflichteten liegen. Daher ist es ausreichend, wenn der Betroffene auf denkbare Alternativen hinweist.<sup>89</sup> Die vorgebrachten Alternativen müssen mitnichten „angemessen“ sein, also verhältnismäßig i.e.S. Es genügt, dass es sich um „grundrechtsschonendere“, „weniger belastende“ und mithin „mildere Mittel“ handelt, um den vorgeschenen Schutz vor einer betrügerischen Verwendung von Pässen und Reisedokumenten mindestens „ebenso wirksam“ zu erreichen.
67. Sollte der Gerichtshof die obligatorische Erfassung von Fingerabdrücken in von den Mitgliedstaaten ausgestellten Pässen und Reisedokumenten nicht bereits oder nicht allein aus rein formalen Gründen oder in Ermangelung der Geeignetheit zum Zwecke der Verhinderung einer betrügerischen Verwendung von Pässen oder Reisedokumenten für ungültig erklären, dürfte unter Erforderlichkeitsgesichtspunkten - außer besserer Schulung und Personalpolitik im Bereich der Grenzkontrollen - mindestens Folgendes zu erwägen sein:
68. Erstens könnten biometrische Merkmale wie Fingerabdrücke bei der Beantragung des Passes zwar erfasst, anschließend aber logisch getrennt von allen weiteren personenbezogenen Daten außer der Staatsangehörigkeit gespeichert werden, nämlich auf einem gesonderten Ausweis. Zweitens käme anstelle von Fingerabdrücken ein anderes biometrisches Merkmal in Betracht, nämlich die Iris oder Regenbogenhaut des Auges. Drittens ließen sich beide Alternativen auch kombinieren, also die Iris des Auges mit der bloßen Staatsangehörigkeit verknüpft speichern.

<sup>87</sup> Koch, Der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit in der Rechtsprechung des Gerichtshofs der Europäischen Gemeinschaften [2003], S. 284.

<sup>88</sup> EuGH, Rs. 317/00 (*„Invest“ Import and Export GmbH*), Slg. 2000, I-9541, Rn. 61.

<sup>89</sup> *Jarass*, *Charta der Grundrechte der Europäischen Union* [2010], Art. 52, Rn. 38.

## b) Zur Wirksamkeit der Handlungsalternativen

69. Die erstgenannte denkbare Handlungsalternative geht davon aus, dass es bei Grenzkontrollen zum Schutz vor einer betrügerischen Verwendung von Pässen und Reisedokumenten grundsätzlich nicht darauf ankommt festzustellen, ob eine Person auch wirklich diejenige ist, die sie durch Vorlage eines Passes oder Reisedokuments behauptet zu sein. Diese personale Identität interessiert den Grenzbeamten in aller Regel gar nicht; muss und soll sie auch nicht. Denn bei Grenzkontrollen werden nicht Einzelpersonen im polizeilichen Sinne identifiziert, sondern Rechtssubjekte, die durch kollektiv zugewiesene Zugangs- oder Ausschlusskriterien definiert sind, nämlich durch die Staatsangehörigkeit, die entweder zum Einreisen berechtigt oder eben nicht. Bei derartigen Zugangskontrollen genügt die Feststellung der Zugehörigkeit zu der Gruppe der Berechtigten.<sup>91</sup>
70. Angesichts dieser Möglichkeiten greift die Annahme, ein biometrisches System müsse, um ideal zu funktionieren, die Identität einer Person beweisen, zu kurz. Denn auf die Identifizierung der Person kann verzichtet werden, wo nur die Berechtigung der betreffenden Person, zu einem bestimmten Bereich oder Vorgang zugelassen zu werden, überprüft werden soll.<sup>92</sup> So könnten biometrische Merkmale einen bloßen „Staatsangehörigkeitsnachweis“ abgeben, womit die wahre Staatsangehörigkeit biometrisch festgestellt und infolgedessen das Einreisen in die Mitgliedstaaten der EU „ebenso effektiv“ gewährt oder verweigert werden könnte.
71. Wirksamer zum Schutz vor betrügerischer Verwendung von Pässen und Reisedokumenten dürfte jedoch sein, statt Fingerabdrücke die Iris oder Regenbogenhaut des Auges zu erfassen, da diese nicht nur als einzigartig/einmalig gilt, sondern im Gegensatz zu Fingerabdrücken auch bei nahezu allen Menschen vorhanden ist und sich im Laufe der Zeit seltener und weniger verändert als Fingerabdrücke, so dass die Wahrscheinlichkeit einer Fehlerkennung auf jeden Fall „sehr niedrig“ ist,<sup>93</sup> wenngleich auch noch zwischen 1% und 6% schwankend.<sup>94</sup>
72. Immerhin aber wäre die bloße Speicherung der Iris zusammen nur mit der Staatsangehörigkeit - wie dargestellt - schließlich zumindest „ebenso effektiv“ wie die fraglichen Fingerabdrücke.

<sup>91</sup> Weichert, Biometrie – Freund oder Feind des Datenschutzes?, CR 1997, S. 369 (372).

<sup>92</sup> Albrecht, Biometrische Verfahren im Spannungsfeld von Authentizität im elektronischen Rechtsverkehr und Persönlichkeitsschutz [2003], S. 57 m. w. N.

<sup>93</sup> Brattenseth, Überblick über biometrische Verfahren, in: Noido/Leger (Hrsg.), Biometrische Verfahren [2002], S. 46 ff. (49); vgl. auch Daugman, in: Behrens/Roth (Hrsg.), Biometrische Identifikation [2001], S. 132.

<sup>94</sup> Vgl. Petermann/Scherz/Sauter, Biometrie und Ausweisdokumente, Zweiter Sachstandsbericht [2003], S. 70.

### c) Zur Eingriffsintensität der Handlungsalternativen

73. Der Grundsatz der Erforderlichkeit der Datenverarbeitung verlangt allgemein/exemplarisch, die „Gestaltung und Auswahl von Datenverarbeitungssystemen an dem Ziel auszurichten, keine oder so wenig personenbezogene Daten wie möglich zu erheben, zu verarbeiten und zu nutzen. Insbesondere ist von den Möglichkeiten der Anonymisierung und Pseudonymisierung Gebrauch zu machen“.<sup>96</sup> Unter mehreren biometrischen Merkmalen ist zudem das zu wählen, das den geringsten Grundrechtseingriff mit sich bringt.<sup>95</sup>
74. Das bedeutet, dass bei der Gestaltung und Auswahl einer „Public Key Infrastructure“ (PKI) unter Einbeziehung biometrischer Verfahren sichergestellt werden muss, alle überflüssigen Dateninhalte vor der Speicherung zu entfernen.<sup>96</sup> Werden Daten über Personen anonym oder pseudonym erhoben oder nach ihrer Erhebung „anonymisiert“ oder „pseudonymisiert“ oder können die Betroffenen „anonym“ oder „pseudonym“ handeln, können Datenvermeidung und Datensparsamkeit sowie informationelle Selbstbestimmung verwirklicht werden.<sup>97</sup>
75. Die getrennte Speicherung von biometrischen und allen sonstigen personenbezogenen Daten außer der Staatsangehörigkeit bedenkt, dass die Verknüpfung biometrischer Daten mit der im Pass bestimmten natürlichen Person weit über den eigentlichen Einsatzzweck hinaus besteht und technisch auch in anderen IT Systemen verwendet werden kann,<sup>98</sup> was in besonderem Maße Datensammlungen und deren Verknüpfungen ermöglicht sowie – bei entsprechender Leistungsstärke der Verfahren – als allgemeines Personenkennzeichen geeignet ist.<sup>99</sup>
76. Die Speicherung der Iris oder Regenbogenhaut des Auges anstelle von Fingerabdrücken bedenkt zudem das „Spurenrisiko“: Hinterlassen biometrische Merkmale dauerhafte Spuren, so besteht ein erhebliches Risiko, dass diese Spuren erhoben und die so gewonnenen Daten mit den für den Pass erhobenen Daten verglichen werden.<sup>100</sup>
77. Iris und Staatsangehörigkeit kombiniert wären weniger belastend als Fingerabdrücke im Pass.

<sup>95</sup> Vgl. § 3a des deutschen Bundesdatenschutzgesetzes (BDSG), der das Kriterium der Erforderlichkeit präzisiert.

<sup>96</sup> Hornung, in: Hornung/Müller (Hrsg.), Passgesetz, Personalausweisgesetz [2011], § 4 PassG, Rn. 48.

<sup>97</sup> Bilzinger, Biometrie und Datenschutz, DuD 2005, S. 726 (728).

<sup>98</sup> Roßmager/Schoiz, Datenschutz durch Anonymität und Pseudonymität, MMR 2000, 721 (722), m. w. N.

<sup>99</sup> Bilzinger, Biometrie und Datenschutz, DuD 2005, S. 726 (731).

<sup>100</sup> Hornung, in: Hornung/Müller (Hrsg.), Passgesetz, Personalausweisgesetz [2011], § 4 PassG, Rn. 47.

<sup>100</sup> Roßmager/Hornung, Reisepässe mit elektronischem Gesichtsbild und Fingerabdruck, DÖV 2005, S. 983 (987).

### 3. Zur Angemessenheit

78. Schließlich darf der Schutz vor einer betrügerischen Verwendung von Pässen und Reisedokumenten in keinem Missverhältnis zur obligatorischen Erfassung von Fingerabdrücken stehen. Es sind die gegenläufigen „Interessen abzuwägen, und es ist anhand sämtlicher Umstände des jeweiligen Einzelfalls festzustellen, ob das rechtliche Gleichgewicht zwischen diesen Interessen gewahrt ist.“<sup>101</sup> Im Rahmen dieser gegenläufigen Prüfung ist insbesondere die Schwere des Eingriffs und der Grad der Zweckerreichung gegeneinander abzuwägen.<sup>102</sup>

#### a) Zur Schwere des Eingriffs

79. Die Schwere des Eingriffs richtet sich danach, wie oft, wie lange und wie intensiv in das betroffene Grundrecht eingegriffen wird. Bei der Überprüfung von Gesetzen ist insoweit die Beeinträchtigung für alle potentiell Betroffenen zu ermitteln.<sup>103</sup> Dabei weitet der Gerichtshof seine Verhältnismäßigkeitskontrolle um so mehr aus, je stärker der personale Bezug der Grundrechte betroffen ist,<sup>104</sup> und die grundrechtliche Aktivität im Allgemeininteresse liegt,<sup>105</sup> was bei obligatorischer Erfassung von Fingerabdrücken in Pässen offenbar beides der Fall ist.
80. Die Häufigkeit und Dauer des Eingriffs ist vor allem dadurch bestimmt, dass eine Vielzahl von ca. 500 Millionen EU-Bürgern mindestens einmal im Leben einen Reisepass beantragt, der meistens 10 Jahre gilt - mag der Datenträger auch nur halb so lange halten. Im übrigen wird bei jeder Kontrolle mit Fingerscan erneut in die Grundrechte eingegriffen. Die Intensität dieser Eingriffe ist dadurch bestimmt, dass Fingerabdrücke objektiv einzigartige Informationen über eine Person enthalten, die ihre genaue Identifizierung unter einer Vielzahl von Umständen ermöglichen, so dass die Speicherung von Fingerabdrücken im Zusammenhang mit einer bestimmten oder bestimmbarer Person für sich genommen Anlass zu wichtigen Bedenken hinsichtlich des Privatlebens geben kann.<sup>106</sup> Welches Überwachungspotential sich damit eröffnet, zeigt anschaulich das niederländische Vreemdelingendocument:

<sup>101</sup> EuGH, Rs. 112/00 (*Schmidberger*), Slg. 2003, I-5694 (I-5720), Rn. 81.

<sup>102</sup> Vgl. von Danwitz, in: *Teubner/Storn* (Hrsg.), *Kölner Gemeinschaftskommentar zur Europäischen Grundrechte-Charta* [2006], Art. 52, Rn. 42; *Michael/Morlok*, *Grundrechte* [2008], Rn. 623 ff. (625).

<sup>103</sup> *Michael/Morlok*, *Grundrechte* [2008], Rn. 625.

<sup>104</sup> *Koch*, *Der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit in der Rechtsprechung des Gerichtshofs der Europäischen Gemeinschaften* [2003], S. 412.

<sup>105</sup> *Jarass*, *Charta der Grundrechte der Europäischen Union* [2010], Art. 52, Rn. 44.

<sup>106</sup> EGMR, Urteil vom 4. Dezember 2008, Nr. 30562/04 und 30566/04 (*S. & Marper*) = EuGRZ 2009, 299 (308), Rn. 84 ff. (86).

81. Diese Chipkarte mit Speicherung eines Daumenabdrucks müssen alle Asylsuchenden mit sich führen, um ihr Wohnheim zu betreten und um Sozialleistungen erhalten zu können. Sie ist zugleich deren offizielles Ausweispapier. Auf der Karte sind außerdem Meldepflichten, Verfahrensstand, Angaben zur Arbeitserlaubnis, zuletzt erhaltene Sozialleistungen und die aktenführende Stelle gespeichert. Der Flüchtling kann bis zu viermal täglich verpflichtet werden, sich an einer vollautomatisierten Meldesäule zu melden, wobei er die Chipkarte einschieben und seinen Daumen auf ein Lesegerät legen muss. Anlässlich der Meldungen können dem Flüchtling Weisungen erteilt werden, z. B. zu einem Befragungstermin zu erscheinen oder einen Bescheid abzuholen. Unterbleibt die Meldung, so können Bußgelder verhängt werden, geschieht dies mehrmals unentschuldig, so wird das Asylverfahren automatisch beendet, die Person wird „illegal“.
82. Der Flüchtling ist nichts ohne seine biometrische Chipkarte. Er kann auf billige und rationelle Weise beliebig intensiv kontrolliert und behördlichen Maßnahmen ausgesetzt werden, ohne dass es eines menschlichen Kontaktes bedarf. Da jede Betätigung des Flüchtlings, von dem Empfang der Sozialleistung über die Essensausgabe und das Betreten des Wohnheims bis hin zur Meldung oder der Ausübung von Tätigkeiten, eine elektronische Spur hinterlässt, ermöglicht das System ein elektronisches Management des gesamten Umgangs mit den Flüchtlingen. Schnittstellen zu anderen Datenbeständen, z. B. zum Nachrichtendienst *CRI*, bestehen. Der Mensch wird zum reinen Objekt einer anonymen Verwaltung. Der Schlüssel dafür sind die auf der Chipkarte gespeicherten biometrischen Angaben.<sup>107</sup>
83. Dagegen macht die EU, die alle Pässe und Reisedokumente ihrer Bürger mit Fingerabdrücken versehen lässt, nur damit „Drittstaatsangehörige“ diese nicht betrügerisch verwenden können, die Bürger zu bloßen Objekten staatlicher Abwehrmaßnahmen.<sup>108</sup>

#### **b) Zum Grad der Zweckerreichung**

84. Die obligatorische Erfassung von Fingerabdrücken soll „erheblich“ zum Schutz vor einer betrügerischen Verwendung von Pässen oder Reisedokumenten beitragen.<sup>109</sup> Dabei ist schon fraglich, wie oft es denn vorkommt, dass Nicht-EU-Bürger mit Pässen oder Reisedokumenten von EU-Bürgern, denen sie besonders ähnlich sehen, in die Mitgliedstaaten der EU einreisen.

<sup>107</sup> *Waltcher*, *Biometrie – Freund oder Feind des Datenschutzes?*, CR 1997, 369 (373).

<sup>108</sup> Vgl. *essentiell Dürig*, *Der Grundrechtssatz von der Menschenwürde*, AöR 1956, S. 117 (129).

<sup>109</sup> Erwägungsgrund (3) der Verordnung (EG) Nr. 2252/2004 des Rates vom 13. Dezember 2004.

85. Denn es gibt doch vielfältige Möglichkeiten ganz legal in die Europäische Union einzureisen, sei es für touristische oder Besuchszwecke, sei es zum Studium oder zur Ausbildung oder befristet zur Beschäftigung, oder sei es zur Heirat oder Familienzusammenführung, usw. usf. Anders gesagt: In der Erzählung von der Kenianerin mit echtem EU-Pass und ihrer Schwester aus Mombasa, deren vermeintlich illegales Einreisen den Polizeixperten so beunruhigt hat, genügt der ihr eigene kenianische Pass nebst Visa, um EU-weit ihre Schwester zu besuchen.
86. Eine Person, die keine Möglichkeit zum legalen Einreisen in die Europäische Union hat, dürfte hingegen höchst selten über den EU-Pass einer Person verfügen, die nach Alter, Größe, Gesicht und Gestalt ihrem Ebenbild gleicht, und deren typische Sprache sie spricht, die dem Pass mit Geburts- und Wohnort mittelbar ziemlich genau entnommen werden kann. Weitaus häufiger werden Menschen ohne Pass und Reisedokument einreisen oder – wie dargestellt – legal einreisen und dann vielleicht länger bleiben als erlaubt.
87. Daher entspricht der Schutz vor einer betrügerischen Verwendung von Pässen und Reisedokumenten schon im Ansatz keinem „dringendem sozialen Bedürfnis“, welches der EGMR zur Rechtfertigung derartiger Eingriffe als „in einer demokratischen Gesellschaft notwendig“ im Sinne von Art. 8 Abs. 2 EMRK crachtet.<sup>110</sup>

### c) Zum Abwägungsergebnis

88. Der Zweck des Schutzes vor betrügerischer Verwendung von Pässen und Reisedokumenten steht krass im Missverhältnis zum Mittel der obligatorischen Erfassung von Fingerabdrücken.

## E. Zum Schluss

89. Art. 1 Abs. 2 der Verordnung (EG) Nr. 2252/2004 des Rates vom 13. Dezember 2004 über Normen für Sicherheitsmerkmale und biometrische Daten in von den Mitgliedstaaten ausgestellten Pässen und Reisedokumenten in der Fassung der Verordnung (EG) Nr. 444/2009 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 28. Mai 2009 zur Änderung der Verordnung (EG) Nr. 2252/2004 ist ungültig.

Rechtsanwalt

<sup>110</sup> EGMR, Ur. v. 4. Dezember 2008, Nr. 30562/04 u.a., Rn. 101 (*S. & Marper*) = EuGRZ 2009, 299 (311).