

„Junges Publizieren“

Seminararbeit von

David Heger

Big Data und die Unschuldsvermutung

Inhaltsverzeichnis

I. Einleitung	39
II. Unschuldsvermutung	39
III. Big Data	40
IV. Big Data in der (vorsorgenden) Strafverfolgung	41
1. <i>Vorratsdatenspeicherung</i>	42
2. <i>Videoüberwachung</i>	42
3. <i>Zwischenfazit</i>	43
IV. Big Data in der Gefahrenabwehr	43
1. <i>Predictive Policing</i>	44
2. <i>Bestrafung zukünftiger Täter</i>	45
3. <i>Zwischenfazit</i>	45
V. Nutzung von Big Data im Gerichtsverfahren	46
VI. Ausblick: Der Präventionsstaat ohne Unschuldsvermutung	46
VII. Fazit	48

I. Einleitung

Die neuen digitalen Datensammlungs- und Auswertungsmöglichkeiten ermöglichen eine breite Überwachung und die Anwendung von ausgefeilten Prognosetechniken schon weit vor der Straftatbegehung, wie auch im Gerichtsprozess. Im Namen der Sicherheit der Allgemeinheit geraten dabei immer mehr Menschen ins Visier der Strafverfolgungsbehörden. Dieser Tendenz steht die strafprozessrechtliche Unschuldsvermutung gegenüber. Die Seminararbeit untersucht, ob und inwieweit der wichtige strafprozessuale Grundsatz durch die Einsatzmöglichkeiten von Big Data erstens in der (vorsorgenden) Strafverfolgung, zweitens in der Gefahrenabwehr und drittens im Gerichtsverfahren gefährdet ist. Darüber hinaus wird die Frage gestellt, ob die Unschuldsvermutung, neben einer rein formal-rechtlichen, auch eine übergeordnete gesellschaftliche Bedeutung hat. Dieser Aspekt der Unschuldsvermutung wird viertens in der Beobachtung einer tendenziellen Verschiebung des Rechtsstaates in Richtung eines proaktiven Präventivstaates relevant.

II. Unschuldsvermutung

Eine Normierung der Unschuldsvermutung findet sich etwa in Art. 6 Abs. 2 EMRK: „Jede Person, die einer Straftat angeklagt ist, gilt bis zum gesetzlichen Beweis ihrer Schuld als unschuldig.“

Verfassungsrechtlich wird die Unschuldsvermutung unterschiedlich abgeleitet: So wird die Unschuldsvermutung als Ausprägung der Menschenwürde, Art. 1 Abs. 1 GG und dem darin enthaltenen Schuldprinzip gesehen.¹ Andere sehen in der Unschuldsvermutung eine Spezifikation des Persönlichkeitsrechts aus Art. 2 Abs. 1 i.V.m. Art. 1 Abs. 1 GG.² Nach dem *BVerfG* ergibt sich die Unschuldsvermutung aus dem Rechtsstaatsprinzip, Art. 20 Abs. 3 GG i.V.m. Art. 28 Abs. 1 S. 1 GG.³ Diese Ansicht lässt sich auch mit anderen Grundrechtstheorien in Einklang bringen.⁴ Zusätzlich wird in der Unschuldsvermutung eine Sicherung des Systems gesehen: Die Grundvorstellung eines Rechtsstaates beinhaltet das grundsätzliche Vertrauen des Staates in die Rechtsbefolgung der Bürger im Gegensatz zum Polizeistaat, der als zentrales Element Misstrauen gegen die Bürger pflegt.⁵

Umstritten ist die Rolle der Unschuldsvermutung außerhalb des Gerichtsprozesses, also etwa in Ermittlungs- und Gefahrenabwehrmaßnahmen. So wird vertreten, dass die Unschuldsvermutung als ein rein menschliches Problem ausschließlich ein Pol bei der richterlichen Überzeugungsbildung sei, der gegenüber dem Tatverdacht stehe. Nur wenn der Tatverdacht die Unschuldsvermutung verdrängen würde, könnte das Urteil gesprochen werden. Dies gebiete zu einer „vornehmen Verhandlungsführung“ im Gerichtsprozess.⁶ Anders wird die Unschuldsvermutung als ein rein rhetorisches Kuriosum interpretiert, denn wenn jemand vor Gericht angeklagt ist, wird eben nicht vermutet, dass diese Person unschuldig ist.⁷ Das Spektrum der Meinungen reicht bis zu der Ansicht, nach der die Unschuldsvermutung als fundamental für das neuzeitliche Zusammenleben steht. Demnach sei die Unschuldsvermutung eine Kanalisierung von abweichendem Verhalten und umfasse somit alle Aspekte des gesellschaftlichen Zusammenlebens.⁸ Da etwa im Ermittlungsverfahren die öffentliche Sicherheit ein legitimes Ziel sei, das mit der

¹ Sax, in: Bettermann/Nipperdey/Scheuner, Die Grundrechte, Band HI/2, 1959, S. 987.

² Kühl, Unschuldsvermutung, Freispruch und Einstellung, 1983, S. 20; Lindner, AöR 2008, 235 (253).

³ Creifelds, Rechtswörterbuch, 23. Auflage (2019), Unschuldsvermutung; BVerfGE 35, 311 (320); BVerfGE 82, 106 (114).

⁴ Stuckenberg, Untersuchungen zur Unschuldsvermutung, 1998, S. 50.

⁵ Weßlau, Vorfelddermittlungen, 1989, S. 300.

⁶ Sax, S. 971.

⁷ Fletcher, UCLA Law Review 1968, 1203 (1203, 1222).

⁸ Marxen, GA 1980, 365 (373 f.).

Unschuldsvermutung in Einklang gebracht werden müsse, sei eine relative Unschuldsvermutung dadurch gegeben, dass durch die Verhältnismäßigkeit bereits eine Steuerungsfunktion gegeben sei.⁹ Nach einer anderen Ansicht soll eine Grundrechtsschonung nur aus dem Verhältnismäßigkeitsprinzip, dem Fair-Trial-Prinzip und dem Teilhaberecht des Beschuldigten entspringen und eben nicht aus der Unschuldsvermutung geboten sein.¹⁰

Das *BVerfG* will keine Konkretisierung der aus der Unschuldsvermutung folgenden Verbote und Pflichten vornehmen. Dies sei vielmehr Aufgabe des Gesetzgebers, in Einbeziehung der sachlichen Gegebenheiten.¹¹ Es bezieht aber in Fällen, in denen die Unschuldsvermutung Strafverfolgungsinteressen gegenübersteht, die Unschuldsvermutung im Rahmen der praktischen Konkordanz in die Abwägung mit ein.¹² Derweil sieht das *BVerwG* keine Anwendung der Unschuldsvermutung in der Gefahrenabwehr, wenn die Maßnahme keine (repressive) Strafe darstellt oder eine individuelle Schuldzuweisung enthält, sondern ausschließlich (präventiv) der Abwehr spezifischer Gefahren dient.¹³ Für eine solche Auslegung spricht, dass es in der Gefahrenabwehr nicht um die Schuldfrage geht, sondern um Präventivmaßnahmen, für die auch ein komplett unverantwortlicher Nichtstörer herangezogen werden könnte.¹⁴ Die Unschuldsvermutung schützt den Beschuldigten auch vor Maßnahmen, die Schuldpruch oder Strafe gleichkommen, denen aber kein rechtstaatlich prozessordnungsgemäßes Verfahren zur Schuldfeststellung vorausgegangen ist.¹⁵ Die Unschuldsvermutung hat also einen formalen Anwendungsbefehl im Strafprozess, darüber hinaus aber auch einen materiell-grundrechtlichen Schutz. Daraus wird auch das Abstandsgebot von präventiv- zu strafrechtlichen Rechtsfolgen abgeleitet.¹⁶

Im Ergebnis ist die Unschuldsvermutung eine Konkretisierung des Übermaßverbotes in der Verhältnismäßigkeit. Sprachlich nähern sich daher *Roxin/Schünemann* treffenderweise an die Unschuldsvermutung an: Was einem Unschuldigen schlechterdings nicht als Aufopferung im öffentlichen Interesse zugemutet werden könne, dürfe auch einem noch so dringend Tatverdächtigen nicht zugeführt werden.¹⁷ Des Weiteren darf auch ein Verdächtiger nicht willkürlich ungleich gegenüber einem Nichtverdächtigen behandelt werden, allein ein über den Tatverdacht hinausgehender Grund könne die besondere Belastung begründen.¹⁸ In der Gefahrenabwehr gilt die Unschuldsvermutung grundsätzlich nicht, es sei denn, sie erreicht einen, mit einer Strafe gleichwertigen, pönalen Charakter.

III. Big Data

Die Definition von Big Data besteht aus zwei Elementen: Es geht erstens um große Datensätze, die zweitens von einer Technologie ausgelesen werden.¹⁹ Einerseits lässt sich durch Big Data ein Mensch in Echtzeit nahezu vollständig überwachen und sein psychisches Befinden aus diesen Daten ablesen.²⁰ Andererseits kann Big Data durch

⁹ Lindner, AöR 2008, 235 (253, 259).

¹⁰ Wolter, in: Eser, Strafrechtsreform in Polen und Deutschland, Untersuchungshaft, Hilfeleistungspflicht und Unfallflucht, 1991, S. 89.

¹¹ BVerfGE 82, 106 (115); Vgl. Stuckenberg, ZStW 1999, 422 (428 f.).

¹² Vgl. BVerfG, NJW 1966, 243 (244); Lindner, AöR 2008, 235 (251, 253 f.).

¹³ Vgl. BVerwG, BeckRS 2016, 42102.

¹⁴ Staudinger, Welche Folgen hat die Unschuldsvermutung im Strafprozess?, 2015, S. 133.

¹⁵ BVerfGE 74, 358 (370 f.).

¹⁶ Vgl. BVerfGE 109, 133 (157 f.).

¹⁷ *Roxin/Schünemann*, Strafverfahrensrecht, 29. Auflage (2017), § 11 Rn. 3; BVerfGE 74, 358 (373 f.); Vgl. auch *Frister*, Schuldprinzip, Verbot der Verdachtsstrafe und Unschuldsvermutung als materielle Grundprinzipien des Strafrechts, 1998, S. 108; *Gropp*, JZ 1991, 804 (804, 807 f.).

¹⁸ *Gropp*, JZ 1991, 804 (807 f.).

¹⁹ *Ward/Barker*, Undefined By Data: A Survey of Big Data Definitions, 2013, S. 2, abrufbar unter: <https://arxiv.org/pdf/1309.5821.pdf> (zuletzt abgerufen am 27.5.2020).

²⁰ Frankfurter Allgemeine Zeitung: Der Gläserne Mensch, 9.6.2013, abrufbar unter: <https://www.faz.net/aktuell/wirtschaft/internet-der-glaserne-mensch-12214568.html> (zuletzt abgerufen am 27.5.2020).

Korrelationen von vergangenem Verhalten mit statistischen Wahrscheinlichkeiten auch eine Prognose für zukünftiges Verhalten abgeben²¹, oder die Gefährlichkeit von Orten bewerten.²² Relevant für die rechtliche Betrachtung werden also zwei Prozesse: erstens die Sammlung von Daten und zweitens die Verwertung der gesammelten Daten.

IV. Big Data in der (vorsorgenden) Strafverfolgung

Für Big-Data-Anwendungen in der Strafverfolgung muss der Staat zwingend auf Daten zugreifen, die durch Kommunikations-²³ und Freiheitsgrundrechte²⁴ geschützt werden. Durch eine zu expansive Überwachung kann die Verhaltensweise der Bürger beeinflusst werden und somit würde insbesondere das Freiheitsgrundrecht aus Art. 2 Abs. 1 GG beeinträchtigt.²⁵ So können beispielsweise psychische Krankheiten als Folge von ständiger Überwachung auftreten.²⁶ Dem gegenüber steht eine aktive Strafverfolgung, die im Sinne des Rechtsguts Sicherheit gewährleistet werden muss.²⁷ Unter dem Stichwort „Strafverfolgungsvorsorge“ werden immer neue, umstrittene Maßnahmen auch gegenüber Unverdächtigen eingeführt, um (zukünftige) Straftaten besser aufklären zu können.²⁸ Auch greift die Polizei gerade in den USA bisweilen auf Daten Privater zurück, um Big-Data-Programme „zu füttern“.²⁹ In Konflikt mit der Unschuldsvermutung geraten diese Rechte insbesondere dann, wenn das Interesse des Betroffenen wesentlich höher ist als das Strafverfolgungsinteresse³⁰ und damit ein ungerechtfertigtes Sonderopfer erbracht wird. Dabei sind dann höhere Eingriffsbedingungen für die Informationsbeschaffung zu stellen, je weiter die Maßnahme in das Vorfeld möglicher Rechtsgutsbeeinträchtigungen vorverlagert ist³¹ und je nach Rang des Rechtsguts.³² Bei verdachtslosen, aber individualisierbaren überwachungstechnischen Maßnahmen wäre die Rechtsgutbeeinträchtigung entsprechend sehr groß. Bei expansiver Anwendung dessen kehrt sich die Unschuldsvermutung in eine generelle Schuldvermutung um, da jeder behandelt werden würde, als wäre er potenziell Verdächtiger, und nicht grundsätzlich als Unschuldiger gelten würde. Die gebotene Zurückhaltung widerspricht gerade dem Prinzip von Big Data, bei dem – wie der Name schon sagt – erst durch Quantität eine Qualität der Daten geschaffen wird. Dagegen wird mit einer umgedrehten Logik argumentiert: Aufgrund der Unschuldsvermutung unterschieden sich Nichtverdächtige und Verdächtige nicht wesentlich – beide würden als unschuldig gelten und dürfen Adressat gleicher Maßnahmen sein.³³ Jedoch entgeht dieser Meinung, dass nicht die Verdächtigen damit den Unverdächtigen gleichgestellt werden würden, sondern Unverdächtigen willkürlich und massenhaft

²¹ *Shapiro*, Bauwelt Nr. 6 2007, 48 (49).

²² *Shapiro*, Bauwelt Nr. 6 2007, 48 (50).

²³ Insbesondere das Fernmeldegeheimnis, Art. 10 GG.

²⁴ Insbesondere das allgemeine Freiheitsgrundrecht, Art. 2 Abs. 1 GG, sowie das aus Art. 2 Abs. 1 i.V.m. Art. 1 GG entwickelte Recht auf informationelle Selbstbestimmung. Zu diesem betont das *BVerfG* in seinem Volkszählurteil die Wichtigkeit von Transparenz und begrenzter Datensammlung und -nutzung für die Entfaltung der Persönlichkeit: „Mit dem Recht auf informationelle Selbstbestimmung wären eine Gesellschaftsordnung [...] nicht vereinbar, in der Bürger nicht mehr wissen können, wer was wann und bei welcher Gelegenheit über sie weiß. Wer unsicher ist, ob abweichende Verhaltensweisen jederzeit notiert und als Information dauerhaft gespeichert, verwendet oder weitergegeben werden, wird versuchen, nicht durch solche Verhaltensweisen aufzufallen. [...] Freie Entfaltung der Persönlichkeit setzt unter den modernen Bedingungen der Datenverarbeitung den Schutz des Einzelnen gegen unbegrenzte Erhebung, Speicherung, Verwendung und Weitergabe seiner persönlichen Daten voraus.“ (BVerfGE 65, 1 [43 f.]).

²⁵ *Eschelbach*, in: Institut für Kirche und Gesellschaft, *Gefährdet Big Data unsere Demokratie?*, 2007, S. 5, abrufbar unter: https://vdw-ev.de/wp-content/uploads/2016/11/2016.10_bigdata_vortrag_eschelbach.pdf (zuletzt abgerufen am 27.5.2020).

²⁶ *Eschelbach*, S. 5.

²⁷ *Staudinger*, S. 132 f.

²⁸ Neben den klassischen erkennungsdienstlichen Behandlungen nach § 81b StPO derweil teils umstrittene Gesetze erlassen, wie etwa die Speicherung von „genetischen Fingerabdrücken“ in der DNA-Analysedatei nach § 81g StPO oder die weiter unten benannte Diskussionen um die Vorratsdatenspeicherung. Auch werden bereits vorhandene Befugnisse der Polizei stärker genutzt werden, etwa beim Ausbau von Videohardware (Antwort des Ministeriums Inneres und Heimat vom 3.9.2018 – hib 638/2018).

²⁹ *Singelstein*, NStZ 2018, 1 (2).

³⁰ *Frister*, S. 108; vgl. auch *Roxin/Schünemann*, § 11 Rn. 3.

³¹ *Singelstein*, NStZ 2018, 1 (6).

³² BVerfGE 115, 320 (345 ff.); *BVerfG* NJW 2010, 833 (841).

³³ Vgl. *Rogall*, Fachtagung zur Vorratsdatenspeicherung am 17.9.2007 in Berlin.

ein gewisser Verdachtsgrad auferlegt würde, und sich damit ohne Grund von – dann fiktionalen – Unverdächtigen abhebt. Die aus der Unschuldsvermutung abgeleitete grundsätzliche Gleichbehandlungspflicht von Unverdächtigen und Verdächtigen wird bei einem Generalverdacht durch die de facto Auflösung der Kategorie des Unverdächtigen ausgehöhlt. Damit würde auch die Pflicht, Maßnahmen nicht alleine auf den Verdacht zu stützen, sondern weitere Gründe hinzuzuziehen³⁴, umgangen werden. Somit sind Maßnahmen, die einen Generalverdacht verkörpern, nicht mit der Unschuldsvermutung vereinbar.

1. Vorratsdatenspeicherung

Besonders gut lässt sich das Zerren zwischen den Freiheitsrechten des Bürgers, der als unschuldig gilt, und dem Sicherheitsbedürfnis bei der Vorratsdatenspeicherung beobachten. Gemeint sind dabei Gesetze, die private Firmen zwingen, die Daten ihrer Nutzer für eine gewisse Zeit zu speichern, um diese potentiell für die Strafverfolgung nutzen zu können. In Rumänien hat das Verfassungsgericht das Vorratsdatenspeicherungsgesetz annulliert, da es alle Bürger als potenzielle Straftäter sieht und dadurch zu „exzessiv“ sei. Es wurde für nicht mit der Unschuldsvermutung vereinbar erklärt.³⁵ In anderen Urteilen wird zwar nicht die Unschuldsvermutung direkt angesprochen, jedoch werden die weiten Grundrechtseinschränkungen in der Verhältnismäßigkeit mit den sicherheitspolitischen Zielen kritisch gesehen. So urteilte der *EuGH*, dass die Vorratsdatenspeicherung zu einem Grundrechtseingriff bei fast der gesamten europäischen Bevölkerung führen würde.³⁶ Das *BVerfG* sieht als Voraussetzung einer unmittelbaren Nutzung der Daten, dass genau gesetzlich spezifizierte Fälle schwerster Kriminalität vorliegen müssen.³⁷ Sonst sei der Schaden, der durch die Überwachung der Bürger entstehe, nicht mit dem Nutzen für die Sicherheit aufgewogen.³⁸ Im Ergebnis entschieden die Gerichte gegen die Verhältnismäßigkeit.³⁹ Eine europarechtliche Überprüfung des Nachfolgegesetzes steht noch aus.⁴⁰ Neben dem Eingriff in die Rechte vieler Bürger wird auch kritisiert, dass auf der anderen Seite die Erfolgsrate der Vorratsdatenspeicherung als alleinige Maßnahme äußerst gering ist: Nur eine Hand voll zusätzlicher Fälle könnten so aufgeklärt werden.⁴¹

2. Videoüberwachung

Auch der Ausbau von staatlicher und privater Videoüberwachung hat in den vergangenen Jahren immer weiter zugenommen. Mancherorts kann man die Bewegung eines Menschen komplett nachvollziehen, da es keine blinden Orte mehr gibt.⁴² Während es bei bloßen Übersichtsaufnahmen weiterhin umstritten ist, ob diese einen Grund-

³⁴ *Gropp*, JZ 1991, 804 (807 f.).

³⁵ Rumänisches Verfassungsgericht, Entscheidung Nr. 158, 298/2008, deutsche Übersetzung aufrufbar unter: <http://www.vorratsdatenspeicherung.de/content/view/342/1/lang.de/#Urteil> (zuletzt abgerufen am 27.5.2020).

³⁶ *EuGH* NJW 2014, 2169 (2172 f.) zur Beurteilung der Richtlinie 2006/24, die der Vereinheitlichung der Vorratsdatenspeicherung dienen sollte. Das Gericht sah dies als ein Verstoß gegen Art. 7 EuGrdRCh (Achtung des Privatlebens) und Art. 8 EuGrdRCh (Schutz personenbezogener Daten), da die Richtlinie hinsichtlich dieser Rechte nicht auf das Notwendigste beschränkt wurde, *EuGH* NJW 2014, 2169 (2170 ff.).

³⁷ *BVerfG*, NJW 2010, 833 (841 f.).

³⁸ A.a.O.

³⁹ *BVerfG*, NJW 2010, 833 (837 ff.); *EuGH*, NJW 2014, 2169 (2172 ff.).

⁴⁰ Pressemitteilung des BVerwG Nr. 66/2019 vom 25.9.2019; <https://netzpolitik.org/Bundesverwaltungsgericht-Die-Vorratsdatenspeicherung-bleibt-weiter-ausgesetzt/> (zuletzt abgerufen am 27.5.2020).

⁴¹ Süddeutsche Zeitung: Studie schürt Zweifel an Vorratsdatenspeicherung, vom 27.2.2012, abrufbar unter: <https://www.sueddeutsche.de/digital/streit-um-ueberwachung-studie-zweifelt-am-nutzen-der-vorratsdatenspeicherung-1.1268529> (zuletzt abgerufen am 27.5.2020).

⁴² *Szuba*, Vorratsdatenspeicherung, 2011, S. 180.

rechtseingriff darstellen, wird bei Aufnahmen, die eine Identifikation möglich machen oder genau auf die Identifikation abzielen, in das Recht auf informationelle Selbstbestimmung eingegriffen.⁴³ Gerade eine uneingeschränkte, umfassende videotechnische Überwachung, die einen *gläsernen Menschen* zur Folge hätte, ist – im Gegensatz zu den USA – in Deutschland schon nicht mit dem Verhältnismäßigkeitsgrundsatz zu vereinbaren.⁴⁴ Ein konkretes Beispiel, wie Videoüberwachung im öffentlichen Raum genutzt wurde, ist die Strafverfolgung im Nachgang zu den G20 Protesten in Hamburg. Die Hamburger Polizei nutzte die Bilder von öffentlichen Kameras sowie privater Smartphone- und Kameraaufnahmen, um anhand von biometrischen Profilen Täter zu identifizieren. Die Datenmenge belief sich dabei auf über 100 TB. Es wurden zum Großteil Aufnahmen friedlicher Demonstranten, aber auch am normalen Stadtverkehr teilnehmender Personen analysiert. Die Erfolgsquote fiel mit gerade einmal drei namentlich identifizierten Verdächtigen sehr gering aus.⁴⁵ Der Datenschutzbeauftragte Hamburgs stoppte darauf die Auswertung – wegen fehlender Rechtsgrundlage und dem Einschnitt in die Grundrechte von zu vielen Personen.⁴⁶

3. Zwischenfazit

Bei der Datensammlung ist die Unschuldsvermutung insofern relevant, als dass sich plötzlich viele Unschuldige – Verdächtige wie Unverdächtige – in Ihren Grundrechten beschnitten sehen, teilweise ohne etwas von der Maßnahme zu wissen. Dabei gebietet die Unschuldsvermutung, dass nur aus einem konkreten Grund eingeschritten werden darf. Besonders kritisch muss also eine extensive Überwachung Unverdächtigter betrachtet werden, wenn eine Individualisierbarkeit gegeben ist. Im Falle der Videoüberwachung muss dem Unschuldigen ein Grad an *überwachungstechnischer Unsichtbarkeit* zustehen, um nicht zum dauerüberwachten gläsernen Menschen zu werden. Die Vorratsdatenspeicherung und ähnliche Maßnahmen müssen eine hohe Eingriffsschwelle bei der Abrufung garantieren, dass nicht alle Bürger unter einen Generalverdacht gestellt werden.

IV. Big Data in der Gefahrenabwehr

Anders als in den Ermittlungsmaßnahmen, ist in der Gefahrenabwehr nicht vergangenes, sondern die Prognose für zukünftiges Verhalten einschlägig. Traditionell orientiert sich dafür das Gefahrenabwehrrecht an der „konkreten Gefahr“⁴⁷, die konkrete Tatsachen für einen Eingriff voraussetzt. Werden anhand eines solchen Verfahrens präventive Maßnahmen ergriffen, entziehen sich solche dem Anwendungsbereich der Unschuldsvermutung. Erst wenn diese Maßnahmen einen bestrafenden Charakter haben und somit die Frage nach zukünftiger Schuld stellen, wird die Unschuldsvermutung ausgehöhlt.

⁴³ Bartsch, Rechtsvergleichende Betrachtung präventiv-polizeilicher Videoüberwachung öffentlich zugänglicher Orte in Deutschland und in den USA, 2004, S. 102.

⁴⁴ Vgl. Bartsch, S. 261.

⁴⁵ Süddeutsche Zeitung: Streit um Gesichtserkennung: Innenbehörde reicht Klage ein, 15.1.2019, abrufbar unter: <https://www.sueddeutsche.de/politik/datenschutz-hamburg-streit-um-gesichtserkennung-innenbehoerde-reicht-klage-ein-dpa.urn-newsml-dpa-com-20090101-190115-99-574653> (zuletzt abgerufen am 27.5.2020).

⁴⁶ Der Hamburgische Beauftragte für Datenschutz und Informationsfreiheit, Datenschutzrechtliche Prüfung des Einsatzes einer Gesichtserkennungssoftware zur Aufklärung von Straftaten im Zusammenhang mit dem G20-Gipfel durch die Polizei Hamburg, 2019, S. 23 ff.: Bzgl. dem quantitativen Einschnitten in die Rechte wird auf § 48 BDSG verwiesen: „Eine Strafverfolgung um jeden Preis, die in die Grundrechte einer unbestimmten Vielzahl von Personen eingreift und eine umfassende Kontrolle von Menschen durch Profilbildung ermöglicht, ist jedoch mit Blick auf den Grundsatz der Verhältnismäßigkeit [...] nicht zulässig.“ Außerdem fehle der Bezug zur Tat.

⁴⁷ Vgl. Ebert, LKV 2017, 10 (12); Schenke, JuS 2018, 505 (505).

1. Predictive Policing

Das bedeutendste Beispiel, bei dem sich die Polizei Big Data zur Gefahrenabwehr zunutze macht, ist Predictive Policing. Dabei analysiert ein Algorithmus die Daten von Orten oder Personen, um herauszufinden, welcher Ort am wahrscheinlichsten von einer Straftat betroffen sein wird bzw. welche Person diese wahrscheinlich ausführen wird.⁴⁸ In Deutschland sind die Erfahrungswerte mit ortsbasiertem Predictive Policing noch relativ neu, es wird aber immer öfter eingesetzt.⁴⁹ Derweil ist Predictive Policing in den USA schon ein fester Bestandteil der Sicherheitspolitik mit weiten Befugnissen.⁵⁰ Darüber hinaus wird dort die Gefahr mittlerweile auch nicht nur örtlich, sondern auch personenbezogen analysiert.⁵¹ In der Gefahrenabwehr ist eine computergenerierte Prognose grundsätzlich ähnlich einer Prognose, die von einem Polizeibeamten erstellt wurde, und damit nicht im Anwendungsbereich der Unschuldsvermutung.⁵² Jedoch bedarf es im Gefahrenabwehrrecht dafür einer konkreten Sachlage,⁵³ die ein Algorithmus nicht liefern kann, da sie nur eine abstrakte Risikobewertung aufstellt.⁵⁴ Prognoseentscheidungen mit Predictive Policing bedürfen somit immer eines zweistufigen Einschreitens der Polizei: Die Polizei muss bei der Person oder dem Ort, die/der von Predictive Policing ermittelt wurde, erst nach einer konkreten Gefahr, also einer diese begründenden Tatsache, suchen, bevor sie Maßnahmen ergreifen darf.⁵⁵ Würde man die Gefahrenprognose nur auf Predictive Policing stützen, wüsste man nicht, auf welchen konkreten Daten diese basiert.⁵⁶

Problematisch ist dabei die Vermassung der Daten in einer statistischen Wahrscheinlichkeit: Dadurch, dass die Polizei schon vor der Tat eingreift, ist ein *false positive*, also ein bei Predictive Policing recht häufig auftretender statistischer Ausfall, als Adressat der vorverlagerten polizeilichen Intervention möglich, lediglich, weil die betroffene Person zu einer statistisch *wahrscheinlichen* Gruppe gehört.⁵⁷ Dies kann aufgrund von reproduzierten und sich teilweise noch verstärkenden, diskriminierenden Tendenzen von Big Data dazu führen, dass bestimmte Bevölkerungsgruppen ungleich öfter als potenzielle, zukünftige Täter gelten.⁵⁸ Soweit ein rein personenbezogenes Predictive Policing zum Einsatz kommen sollte, ohne dass die Prognose durch weitere verdachtsbegründende Tatsachen ergänzt werden, könnte ein wegen der Unschuldsvermutung unzulässiges Sonderopfer einer Gruppe begründet werden, sollten grob unverhältnismäßige Rechtsfolgen daran anknüpfen. Die Maßnahme hätte mangels einer konkreten Tatsache einen repressiven Charakter. Denn sie würde auf einer für eine Gefahrenprognose unerheblichen, abweichenden Eigenschaften oder vergangenem Verhalten basieren, und wäre dabei keine qualifizierte

⁴⁸ *Shapiro*, Bauwelt Nr. 6 2007, 48 (49 f.).

⁴⁹ In Bayern und Baden-Württemberg wird etwa ein System namens PRECOBS eingesetzt, das den Ort von Wohnungseinbrüchen vorherzusagen soll, *Shapiro* Bauwelt Nr. 6 2007, 48 (51); *Knobloch*, Vor die Lage kommen: Predictive Policing in Deutschland, 2018, S. 11 f. In Nordrhein-Westfalen gibt es das Pilotprojekt *Skala*, das auch weitere Verbrechensorte vorherzusagen soll, und dabei größere Datenmengen benutzt, *Shapiro* Bauwelt Nr. 6 2007, 48 (51). Hessen und Hamburg haben bereits Gesetze verabschiedet, die den Einsatz von Programmen der Firma Palantir zulässt, und diese teils schon mit der Entwicklung von Software beauftragt hat. Die Firma ist u.a. wegen Verbindungen zu US-Geheimdiensten wie der NSA umstritten, dazu Netzpolitik.org: Hamburg: Juristinnen kritisieren „Palantir-Paragraf“ im geplanten Polizeigesetz, 24.9.2019, abrufbar unter: <https://netzpolitik.org/2019/hamburg-juristinnen-kritisieren-palantir-paragraf-im-geplanten-polizeigesetz/> (zuletzt abgerufen am 27.5.2020). Ähnliche Entwicklungen sind in den meisten Bundesländern zu beobachten, vgl. *Knobloch*, S. 14 f.

⁵⁰ Vgl. *Singelstein*, NStZ 2018, 1 (2): Die Polizeibehörden nutzen dort unterschiedliche Daten, wie etwa Social Media, Wetter, sozioökonomische Daten, Wohnorte vorbestrafter Straftäter u.a. um eine genauere Standortbestimmung als Prognose zu erhalten.

⁵¹ So experimentiert zum Beispiel die Polizeibehörde in Boston mit Algorithmen, die die Social Media Auftritte von Verdächtigen auswerten und diese dann auf Beobachtungslisten setzen oder priorisieren, *Perry/McInnis/Price/Smith/Hollywood*, Predictive Policing, 2013, S. 99 ff.

⁵² Vgl. *Knobloch*, S. 7.

⁵³ Vgl. *Trurnit* in: Möstl/Trurnit, BeckOK-PolRBW, 17. Edition (2020), PolG § 1 Rn. 18.

⁵⁴ *Singelstein*, NStZ 2018, 1 (8 f.).

⁵⁵ Vgl. *Singelstein*, NStZ 2018, 1 (8).

⁵⁶ *Gless*, in: Bayamlioğlu/Baliuc/Janssens/Hildebrandt, Being Profiled, 2018, Teil 3, S. 3.

⁵⁷ Vgl. *Singelstein*, NStZ 2018, 1 (5); *Ostermeier*, in: Puschke/Singelstein, Der Staat und die Sicherheitsgesellschaft, 2018, S. 103 ff.; *Martini*, DVBl 2014, 1481 (1488).

⁵⁸ *Singelstein*, NStZ 2018, 1 (4); *Shapiro*, Bauwelt Nr. 6 2007, 48 (50 f.).

Prognose einer zukünftigen Straftat.

2. Bestrafung zukünftiger Täter

Schließen sich an solche Prognosen auch noch Maßnahmen, die Straffählichkeit haben, an, wird der Gerichtsprozess umgangen und somit die Schuldfrage der Tat vorangestellt. Dadurch wird gegen die Unschuldsvermutung verstoßen. Leichte Tendenzen gibt es in diese Richtung: So wurde etwa in der Neuordnung des Bayerischen Polizeirechts die Schwelle für Präventivgewahrsam gesenkt und die mögliche Dauer auf drei Monate erhöht, die theoretisch ins Unendliche erweitert werden könnte.⁵⁹ Eine zu lange Präventivhaft hätte einen pönalen Charakter und hinterginge so die Unschuldsvermutung, da diese eine Verurteilung ohne Schuldspruch nicht zulässt. Ein sozial-ethisches Werturteil entsteht etwa bei Haftmaßnahmen unabhängig davon, ob die Straftat verhindert wurde oder man ihrer verdächtig ist.⁶⁰ Eine zu lange Haft wäre ein mit der Unschuldsvermutung unvereinbares Sonderopfer.⁶¹ Die Schwelle, an der eine Maßnahme präventiven Charakter hat und dabei subjektiv als Strafe angesehen wird, ist fließend.⁶² Eine konkrete Bestimmung würde jedoch das Format dieses Aufsatzes übersteigen. Eine Bestrafung vor Tatbegehung würde auf einem deterministischen Menschenbild beruhen. Die Freiheit des Menschen, über sein Handeln selbst zu entscheiden, sei die Kehrseite menschlicher Verantwortlichkeit.⁶³ Freier Wille ist nur durch persönliche Schuld erreichbar. Wenn man sich nicht mehr entscheiden könne, ob man sich schuldig mache, könne man auch keine Schuld mehr haben.⁶⁴ Mit der Abkehr vom Schuldprinzip entfällt auch die Unschuldsvermutung. Der Bürger würde somit vom Rechtssubjekt zum Rechtsobjekt werden.⁶⁵ Auch würde eine Präventivhaft, die aufgrund einer Big-Data-Analyse angeordnet wurde, sich eher an einer Krisenfiktion als an einem konkreten Gefahrenpotential orientieren.⁶⁶ Somit ist ein Schuldspruch aufgrund von Prognosen sowie eine Präventivhaft, die durch ihre Länge bestrafenden Charakter erlangt, nicht mit der Unschuldsvermutung in Einklang zu bringen.

3. Zwischenfazit

In der Gefahrenabwehr kann Big Data neue Erkenntnisse für die Polizei liefern. Jedoch muss diese im Sinne der Unschuldsvermutung nach einem Verdacht begründenden, konkreten Tatsachen suchen, bevor sie präventiv einschreiten darf. Es bedarf also immer noch einer menschlichen Interpretation der Gefahrenlage anhand der konkreten Tatsachen.⁶⁷ Die Präventivhaft darf nur zeitlich begrenzt erfolgen, da sie sonst einer Strafe ohne Tat gleichkäme. Sorgen diesbezüglich bereiten die neuen Entwicklungen im Polizeirecht, da die Eingriffsschwelle in Richtung eines abstrakten Begriffs von Gefährdungslagen herabgesetzt wird, wodurch das Verdachtsmoment zwingend nach vorne verlegt wird.⁶⁸ Ein Beispiel ist die Einführung des Begriffs der drohende Gefahr im Bayerischen PAG.⁶⁹ Gleichzeitig wird die Präventivhaft ausgeweitet. Erreicht diese Entwicklung Strafcharakter, käme eine Bestrafung aufgrund einer vom Computer berechneten Krisenfiktion infrage. Eine damit begründete Haft würde

⁵⁹ Vgl. Art. 18, 20 Nr. 3 BayPAG.

⁶⁰ Vgl. Lindner, AöR 2008, 235 (246, 255, 259): Zur Untersuchungshaft als ethisch-moralisches Unwerturteil. Diese knüpft zwar wiederum an vergangenes Verhalten, hat aber als Haft die gleiche Außenwirkung wie eine Präventivhaft.

⁶¹ Vgl. Wolter, ZStW 1981, 452 (455) zur Haftdauer bei der Untersuchungshaft.

⁶² Mayer-Schönberger, Big Data – Chancen und Risiken der Prävention, in: Marks/Steffen, Prävention braucht Praxis, Politik und Wissenschaft, 2015, S. 383.

⁶³ Mayer-Schönberger, in: Marks/Steffen, S. 383.

⁶⁴ Mayer-Schönberger, in: Marks/Steffen, S. 383.

⁶⁵ Vgl. etwa Eschelbach, S. 16.

⁶⁶ Vgl. Legnaro, in: Brunhöber, Strafrecht im Präventionsstaat, 2014, S. 31.

⁶⁷ Vgl. auch Martini, DVBI 2014, 1481 (1488 f.).

⁶⁸ Waechter, NVwZ 2018, 458 (359).

⁶⁹ Vgl. Art. 11 Abs. 3 BayPAG.

die Schwelle der Unschuldsvermutung überschreiten.

V. Nutzung von Big Data im Gerichtsverfahren

Unumstritten ist die Anwendung der Unschuldsvermutung im Gerichtsverfahren. Dort wird die Schuldfrage direkt gestellt. Wenn der Richter Zweifel an der Schuld des Angeklagten hat, hat er die Unschuldsvermutung anzuwenden, die besagt, dass der Angeklagte freizusprechen sei.⁷⁰ Jedoch ist hier die Unschuldsvermutung von der richterlichen Beweiswürdigung zu trennen: In dem Schritt, in dem aus Big Data gewonnene Erkenntnisse eine Rolle spielen könnten – wie etwa vom Computer durch Algorithmen generiertes Scoring – fließen diese als Indizien oder Beweise ein. Daraus leitet der Richter Tatsachen ab, wobei er nur seiner persönlichen, subjektiven Gewissheit unterworfen ist.⁷¹ Aus den gewonnenen Tatsachen wird in einem zweiten Schritt die Schuldfrage gestellt. Nur in diesem zweiten Schritt gilt die Unschuldsvermutung.⁷²

Auf den ersten Blick kommt die Unschuldsvermutung mit aus Big Data gewonnenen Beweisen und Indizien überhaupt nicht in Kontakt. Die richterliche Beweiswürdigung unterliegt jedoch gewissen Einschränkungen hinsichtlich Logikgesetzen und gesicherten wissenschaftlichen Erkenntnissen.⁷³ Problematisch könnten etwa aus Algorithmen gewonnene Scorings sein, also die Analyse von Daten über einen Menschen und computergenerierte Einschätzungen, etwa über dessen Gefahrenpotential. Richter denken in menschlicher Logik, also in einer Ursache-Wirkung-Relation. Dem gegenüber steht die Maschine, die nur eine korrelative Logik beherrscht. Dies könnte zu Missverständnissen führen und damit zu falschen Tatsachenerkenntnissen.⁷⁴ Würden diese als Urteilsgrundlage dienen, wäre die Unschuldsvermutung verletzt. Obwohl der Algorithmus an sich neutral ist, sind Computer nicht zwingend objektiver als menschliche Gutachter. Auch sie sind nicht frei von Überverdächtigung, Sexismus, Rassismus und anderen Formen der Diskriminierung.⁷⁵ Für den Richter bleiben die Gründe des Scorings aus dem Algorithmus oft verborgen.⁷⁶ So ist die wissenschaftliche Validität bisher nur unzureichend erforscht.⁷⁷ Problematisch für die Unschuldsvermutung können Scorings also dann sein, wenn sie dem Richter eine falsche Objektivität vermitteln, aufgrund derer ein Richter schuldig spricht. Etwa in der Strafzumessung kann aber ein solches Scoring – wenn es richtig von Sachverständigen eingeordnet wird – zusätzliche Erkenntnisse bringen, ohne dass die Unschuldsvermutung verletzt wird.⁷⁸

VI. Ausblick: Der Präventionsstaat ohne Unschuldsvermutung

Sind die einzelnen Maßnahmen für sich genommen nicht im Anwendungsbereich der Unschuldsvermutung oder erreichen nicht eine strafähnliche Qualität im Eingriff, um gegen die Unschuldsvermutung zu verstoßen, könnte eine Kumulierung und Verschränkung von neuen (technischen) Ermittlungs- oder Gefahrenabwehrmaßnahmen im

⁷⁰ Eisenberg, Beweisrecht der StPO, 10. Auflage (2017), Rn. 90.

⁷¹ Ott, in: KK-StPO, 8. Auflage (2019), § 261 Rn. 2.

⁷² Eisenberg, Rn. 90.

⁷³ Ott, in: KK-StPO, § 261 Rn. 49; Eisenberg, Rn. 91.

⁷⁴ Vgl. Ostermeier, S. 103.

⁷⁵ Dressel/Farid, Science Advances, 2018, 1 (1 ff.).

⁷⁶ Vgl. Ostermeier, S. 103.

⁷⁷ Der in den USA beliebte Algorithmus COMPAS hat in der Genauigkeit keine Vorteile im Vergleich zu Sachverständigen oder zum Teil sogar juristischen Laien, (Dressel/Farid, S. 3 f.).

⁷⁸ Martini, DVBI 2014, 1481 (1489).

Tatbestand und weitergehenden Befugnissen in der Rechtsfolge eine Vorverlagerung von strafähnlichen Maßnahmen in die Gefahrenabwehr bedeuten.⁷⁹ Perspektivisch kann befürchtet werden, dass der Staat hauptsächlich proaktiv und nicht mehr reaktiv agieren könnte. Dadurch würde sich die Abkehr vom Rechtsstaat in der heutigen Form abzeichnen⁸⁰ und ein Präventivstaat an dessen Stelle treten. Der Staat könnte nicht mehr versuchen, solche Taten aufzuklären, sondern zukünftige Täter im Vorhinein zu bestrafen.⁸¹ In einen solchen Staat würden Mechanismen mithilfe von Big Data etabliert, in der der einfache Bürger nicht mehr unter der Prämisse der individuellen Unschuldsvermutung betrachtet werden würde, sondern stets unter einem kollektiven Schuldverdacht stehen würde.⁸² So würde eine Doppelbödigkeit in dem Sinne entstehen, dass grundsätzlich alle Gesellschaftsmitglieder sowohl als mögliche Täterinnen und Täter, gleichzeitig aber auch potenzielle Opfer gesehen werden.⁸³ In Extremfällen wird befürchtet, dass Bürger sogar ihre Unschuld beweisen müssten,⁸⁴ was eine Beweislastumkehrung von der Unschuldsvermutung wäre.

Auch auf politischer Ebene hat dies Folgen: Durch die Ausweitung der Befugnisse könnte die Akzeptanz für ein allgemeines Lebensrisiko in der Politik immer weiter sinken und somit das Verhältnis von Freiheit und Sicherheit immer weiter auf die Seite von präventiver Sicherheit kippen – bis dies systemgefährdend werden könnte.⁸⁵ Die Aufgabe des Staates würde sich ändern: Der Staat wäre nicht mehr für die Sicherung von Rechtsgütern zuständig, sondern würde das Rechtsgut Sicherheit selbst produzieren, indem er andere Freiheiten beschneiden würde.⁸⁶ Dies kann auch ein demokratisches Problem werden: Wer sich nicht im Mainstream befindet, könnte zunehmend Adressat von Repressionen werden.⁸⁷ Somit wäre auch die Idee einer streitbaren Demokratie am Ende.⁸⁸ Die Unschuldsvermutung hat hier neben der individuellen eine systemsichernde Funktion zur Abgrenzung vom Rechts- zum Polizeistaat.⁸⁹

Die Rechtsprechung hält sich dagegen mit einer gesamtsystematischen Betrachtung zurück. Eine Verfassungsbeschwerde forderte eine besondere gesetzliche Regelung für mehrere Ermittlungsmaßnahmen. Das *BVerfG* lehnte dies ab, forderte jedoch insbesondere bei verborgenen Ermittlungsmethoden eine erhöhte Anforderung an das Verfahren und eine umfassende Informiertheit der Staatsanwaltschaft.⁹⁰ Bei dieser Rechtsprechung wird kritisiert, dass sie nicht der Realität entspreche und durch Idealisierung das enorme Potential von Big Data verkenne.⁹¹ Einer richterlichen Überprüfung würde es sich jedenfalls entziehen, da der Richtervorbehalt nur punktuell gilt.⁹² Außerdem wäre eine Sensibilisierung auch von der Legislative für das Potential von verschränkten Maßnahmen für die Eingriffsintensität im Gesamtsystem wünschenswert. Dagegen wird die aktuelle Entwicklung in ihrer Gesamtheit weniger kritisch gesehen und vor einer freiheitspolitischen Dramatisierung gewarnt.⁹³ Sicherheit sei gerade eine Voraussetzung für Freiheit und könne dadurch nicht mit dieser abgewogen werden.⁹⁴ So wird den Kritikern des

⁷⁹ Vgl. Knobloch, S. 34.

⁸⁰ Denninger, KJ 1988, 1 (3).

⁸¹ Legnaro, S. 31.

⁸² Legnaro, S. 31; vgl. Denninger, KJ 1988, 1 (3).

⁸³ Legnaro, S. 31.

⁸⁴ Hofmann/Zängerling, in: Kloepfer/Meßerschmidt, Anmerkungen zum Katastrophenrecht, 2009, S. 5.

⁸⁵ Legnaro, S. 32.

⁸⁶ Vgl. Denninger, KJ 1988, 1 (12 f., 14).

⁸⁷ Vgl. Denninger, KJ 1988, 1 (12).

⁸⁸ Vgl. Denninger, KJ 1988, 1 (12).

⁸⁹ Weßlau, S. 300; Vgl. auch Volkman, JZ 2004, 696 (702 f.).

⁹⁰ BVerfGE 112, 304 (319 f.); BVerfGE 130, 1 (24).

⁹¹ Vgl. Eschelbach, S. 8.

⁹² Eschelbach, S. 8.

⁹³ Bull, NGJFH No. 4 2009, 77 (78).

⁹⁴ A.a.O.

aktuellen Kurses vorgeworfen, dass die freiheitspolitische Panikmache in Sicherheitsaspekten eine Verabschiedung vom seriösen Diskurs sei.⁹⁵ Ein Blick auf subjektive Sicherheitsbedürfnis der Bürger und die stetig sinkenden Kriminalitätsraten, die in einem Missverhältnis stehen⁹⁶, unterstreichen dagegen die Befürchtungen der öffentlichen und politischen Akzeptanz eines ausufernden Sicherheitsstaates, der die Freiheiten Einzelner weniger stark gewichtet. Als eine Lösung wird eine Erweiterung der liberalen Grundrechte des 19. und 20. Jahrhunderts verlangt, die eine Limitierung der Möglichkeiten von Big Data veranlasst, um das Schuldprinzip und die Freiheitsgarantie der heutigen Zeit zu festigen.⁹⁷ Momentan kann man noch nicht von Deutschland als Präventivstaat reden, auch wenn es eine Entwicklungstendenz in diese Richtung gibt.⁹⁸

VII. Fazit

Die Unschuldsvermutung limitiert die Einsatzmöglichkeiten von Big Data in der Quantität der Überwachung und in der Qualität des Eingriffs. Predictive-Policing-Programme und Scoring bedürfen außerdem einer menschlichen Überprüfung bzw. Einordnung. Der Ausruf eines Präventivstaates mag aus heutiger Sicht zwar noch nach einer fernen Dystopie klingen, doch zeigen viele einzelne Entwicklungen in diese Richtung. Durch die Verschränkung der technischen Maßnahmen könnte die Unschuldsvermutung durch immer stärkere präventive Maßnahmen ausgehöhlt werden. Daher sollten nicht nur die Maßnahmen für sich, sondern stärker auch eine Gesamtbeurteilung des Systems in den Blick der juristischen und politischen Debatte um die Unschuldsvermutung genommen werden.

Die Kriminalpolitische Zeitschrift (KriPoZ) darf dieses Werk unter den Bedingungen der Digital Peer Publishing Lizenz (DPPL) elektronisch übermitteln und zum Download bereitstellen. Der Lizenztext ist im Internet abrufbar unter der Adresse <http://nbn-resolving.de/urn:nbn:de:0009-dppl-v3-de0>.

⁹⁵ Vgl. *Bull.* NG|FH No. 4 2009, 77 (79).

⁹⁶ Frankfurter Allgemeine Zeitung: Kluft zwischen realer und gefühlter Kriminalität, 17.9.2018, abrufbar unter: <https://www.faz.net/aktuell/gesellschaft/kriminalitaet/aengste-und-statistiken-zwischen-realer-und-gefuehler-kriminalitaet-15791728.html> (zuletzt abgerufen am 27.5.2020).

⁹⁷ Vgl. *Mayer-Schönberger*, S. 384.

⁹⁸ *Hofmann/Zängerling*, S. 14.