

# Dr. Kauß & Weingart

## Rechtsanwaltskanzlei

RAe Dr. Kauß & Weingart, Herrenstraße 62, 79098 Freiburg

Bayerischer Verwaltungsgerichtshof  
Postfach 34 01 48

80098 München

Rechtsanwalt Dr. Udo Kauß  
Rechtsanwältin Alexandra Weingart

Herrenstraße 62  
79098 Freiburg i. B.

Telefon: 0761/702093  
Telefax: 0761/702059

11/08/11 ka/ka  
09/001350  
(Bitte stets angeben)

In dem Verwaltungsrechtsstreit

des

Benjamin Erhart

- Berufungskläger und Kläger –

AZ: 10 BV 09.2641

gegen

den Freistaat Bayern, vertreten durch das Bayerische  
Staatsministerium des Innern, Odeonsplatz 3, 80539  
München

- Berufungsbeklagter und Beklagter –

wegen Kfz-Massenabgleich in Bayern

wird für die Anberaumung des Termins zur mündlichen Verhandlung gedankt und der Hoffnung Ausdruck verliehen, dass die bisher vom Kl. vorgebrachten verfassungsrechtlichen Bedenken gegen die gesetzliche Befugnis des KFZ-Massenabgleiches in Art. 33 Abs. 2 bayPAG den Weg zu einer Vorlage an das Bundesverfassungsgericht gemäß Art. 100 GG bereitet haben.

Der bisherigen Vortrag wird ergänzt um nachfolgende Ausführungen:

Bericht der Landesregierung an den Landtag

Am 22.10.2009 hat der Bayerische Landtag die Staatsregierung aufgefordert, dem Landtag über die bisherigen Erfahrungen bei der automatisierten Kennzeichenerfassung zu berichten und hierbei diverse Fragen zu beantworten (LT-Drs. 16/2397 und 16/2398). So fragte der Landtag:

Welche Dateien gem. Art. 33 Abs. 2 Sätze 3 und 4 PAG werden abgeglichen? Wäre es aus Rechtssicherheitsgründen nicht sinnvoll, die Dateien namentlich zu nennen? In wie vielen Fällen wurde auf eine Treffermeldung mit einem Anhalten des Fahrzeugs oder mit einer sonstigen Folgemaßnahme reagiert? In wie vielen Fällen wurde das Ziel der gemeldeten Fahndungsausschreibung erreicht (z.B. Sicherstellung, Festnahme, Identitätsfeststellung, Gefahrenabwehr)? In wie vielen Trefferfällen wurden überhaupt Folgemaßnahmen, die nicht nur auf Zufallsfunden beruhten, ergriffen? In wie vielen Fällen entfaltete die Maßnahme 2008/2009 überhaupt einen konkreten Nutzen (in Prozent)? In wie vielen Fällen entfaltet demgegenüber eine zufällige Kontrolle von Fahrzeugen (z.B. Schleierfahndung) einen Nutzen (in Prozent)? In wie vielen dieser Fälle ermöglichte die Maßnahme die Abwehr einer konkreten Gefahr?

Diese Fragen des Landtags lassen den Schluß zu, dass der Gesetzgeber als Urheber und Schöpfer der in Streit stehenden Bestimmungen selbst auch jetzt noch nicht weiß, mit welchen Dateien genau Kennzeichen abgeglichen werden können (Art. 33 Abs. 2 Sätze 3 und 4 PAG) und ob die Maßnahme einen konkreten, über zufällige Kontrollen hinaus gehenden Nutzen entfaltet. Bei dieser Sachlage dürfte der Norm nicht das Vorliegen der verfassungsrechtlich geforderten Bestimmtheit und Verhältnismäßigkeit attestiert werden.

Laut Antwort des Innenministeriums am 3. Februar 2010 im Ausschuss für Kommunale Fragen und Innere Sicherheit verfügte Bayern zum 31.12.2009 über 25 Kennzeichenerkennungsanlagen, die – nach anderer Quelle – für über 1 Mio. Euro angeschafft wurden. 19 Kfz-Massenscanner werden an zehn Standorten, davon 9 an Autobahnen und einer an einer Bundesstraße, stationär und dauerhaft betrieben. Drei weitere Anlagen sollten im Laufe des Jahres 2010 an zwei weiteren Autobahnstandorten installiert werden. Als Rechtsgrundlage des stationären Dauerbetriebs wird Art. 13 Abs. 1 Nr. 5 PAG herangezogen. Drei weitere Kfz-Massenscanner stehen für den mobilen Einsatz zur Verfügung. Nur wenn Kfz-Massenscanner zu den in Art. 13 Abs. 1 Nr. 1 bis 4 genannten Zwecken eingesetzt

würden, werde die konkrete Einsatzlage und der konkrete Einsatzzweck anhand der Lageerkenntnisse geprüft und definiert, so das Innenministerium in seiner Antwort.

Weiter hat Innenministerium verlauten lassen, dass das INPOL-Fahndungssystem beispielsweise die Kennzeichen B - T 555 und BT 555 nicht voneinander unterscheiden könne. Dies macht erneut deutlich, wie häufig es bei einem automatisierten Massenabgleich zu Fehlalarmen und falschen Verdächtigungen kommt. Der Vorsitzende des Innenausschusses Joachim Hanisch berichtete, Treffermeldungen müssten bei der Einsatzzentrale in Straubing mit „relativ hohem“ Personalaufwand manuell überprüft werden. Eine Abgeordnete bemerkte, der anlassunabhängige Kfz-Massenabgleich binde bei der Polizei Ressourcen, die anderweitig viel dringender benötigt würden. Wer einen Einbruch in seine Wohnung melde, müsse beispielsweise mit drei Stunden rechnen, bis die Polizei vor Ort angekommen sei.

Das Innenministerium gestand in seiner Antwort zu, dass Straftäter bewusst Straßen mit Kfz-Massenabgleich meiden und sich bemühten, Fahrzeugverschiebungen auf andere Routen zu verlegen. Dieses Ausweichverhalten stellt nach klägerischer Auffassung den Nutzen des Kfz-Massenabgleichs grundlegend in Frage. Auch zeigt es, dass der Widerstand des Landes gegen eine Beschilderung der Anlagen unter fachlichen Gesichtspunkten ohne Wirkung ist. Gerade die sog. organisierte Kriminalität erkennt und umgeht die Kfz-Massenscanner ohnehin.

Das Innenministerium gestand weiter zu, dass „in erster Linie“ mit polizeilichen Sachfahndungsbeständen abgeglichen werde, beispielsweise bezüglich Fahrzeugen, die wegen Diebstahls, Unterschlagung oder sonstigen Delikten ausgeschrieben seien. Nur „im Einzelfall“ gehe es um Fahrzeuge, die zur Gefahrenabwehr ausgeschrieben seien. Dies macht erneut die krasse Überschreitung der verfassungsrechtlichen Zuständigkeitstrahmens durch den Landesgesetzgeber deutlich, der für Strafverfolgungsmaßnahmen nicht zuständig ist. Mehrere Abgeordnete aus verschiedenen Fraktionen, namentlich Herr Dr. Fischer (FDP), Frau Tausendfreund (Grüne), Herr Pohl (Freie Wähler) und der Ausschussvorsitzende Herr Hanisch (Freie Wähler), erkannten in der Ausschusssitzung am 03.02.2010 die mangelnde Zuständigkeit des Landes an.

Auf die Frage nach verhinderten Straftaten und abgewehrten Gefahren konnte das Innenministerium nur Fälle nennen, in welchen Maßnahmen der Strafverfolgung (z.B.

Festnahme, Beschlagnahme) weitere Straftaten verhindert hätten. Eine Maßnahme der Strafverfolgung unterfällt aber nicht schon durch die abstrakte Möglichkeit, dadurch möglicherweise weitere Straftaten zu verhindern, der Länderkompetenz, denn solche spezialpräventive Wirkungen kann jede Strafverfolgungsmaßnahme haben.

Nach Pflichtversicherungsverstößen wird nach Angaben des Innenministeriums nicht mehr gefahndet, weil die Datensätze zum Teil „veraltet“ und „von ihrer Qualität her nicht für die Kennzeichenerkennung geeignet“ seien. Dies lässt Bedenken an der Qualität auch des übrigen Fahndungsbestands aufkommen.

Aufschlußreich ist vor allem, welche Fragen des Landtags das Innenministerium nicht beantworten konnte, weil entsprechende Erhebungen schlichtweg nicht erfolgen:

- Nicht erfasst wurde, wie viele Treffermeldungen es 2008/2009 gab.
- Nicht erfasst wurde, wie sich die Treffermeldungen zusammensetzten, aufgeschlüsselt nach den Tatbeständen des Art. 33 Abs. 2 Sätze 3 und 4 PAG.
- Nicht erfasst wurde, ob und in wie vielen Fällen auf eine Treffermeldung überhaupt mit einem Anhalten des Fahrzeugs oder mit einer sonstigen Folgemaßnahme reagiert wurde.
- Nicht erfasst wurde, ob und in wie vielen Trefferfällen Folgemaßnahmen, die nicht nur auf Zufallsfunden beruhen, ergriffen wurden.
- Nicht erfasst wurde, ob und in wie vielen Fällen das Ziel der gemeldeten Fahndungsausschreibung erreicht wurde (z.B. Sicherstellung, Festnahme, Identitätsfeststellung, Gefahrenabwehr).
- Nicht erfasst wurde, ob und in wie vielen Fällen der Kfz-Kennzeichenabgleich 2008/2009 zur Abwehr einer gegenwärtigen Gefahr führte.
- Nicht erfasst wurde, in wie vielen Fällen die Maßnahme 2008/2009 einen konkreten Nutzen entfaltete (in Prozent) und ob diese Erfolgsquote höher liegt als bei einer zufälligen Kontrolle beliebiger Fahrzeuge (z.B. Schleierfahndung).
- Nicht erfasst wurde, in durchschnittlich wie vielen Fällen am Tag eine Falschmeldung wegen Fehlerkennung erfolgte und welchen personellen Aufwand Falschmeldungen pro Tag verursachten.

Dass das Innenministerium diese Fragen weder in der Vergangenheit untersucht hat noch in Zukunft untersuchen will, erlaubt die systematische Vermutung, dass diese Antworten zu Ungunsten des Landes ausfallen würden, weil

- (fast) ausschließlich Ausschreibungen zur Strafverfolgung gemeldet werden und nie Ausschreibungen zur Gefahrenabwehr,

- auf Treffermeldungen oftmals nicht reagiert wird,
- das Ziel der gemeldeten Fahndungsausschreibungen regelmäßig verfehlt wird,
- die Maßnahme nur zu einem verschwindend geringen Anteil einen konkreten Nutzen entfaltet und diese Erfolgsquote nicht höher liegt als bei einer zufälligen Kontrolle beliebiger Fahrzeuge (z.B. Schleierfahndung),
- die Maßnahme stündlich zu Falschmeldungen wegen Fehlerkennung führt und dies einen hohen personellen Aufwand verursacht, obwohl polizeiliche Arbeitskapazitäten an anderer Stelle viel vordringlicher einzusetzen wären.

Konkrete Fahndungserfolge nannte die Landesregierung nur in folgenden zwei Bereichen: Einerseits bei der Sicherstellung gestohlener Fahrzeuge, zweitens bei der Festnahme einer Straftat Verdächtiger. Weder für die Sicherstellung von Diebesgut (§ 94 StPO) noch für die Festnahme von Beschuldigten (§ 127 StPO) ist das Land indes zuständig (Art. 74 Abs. 1 Nr. 1 GG). Der Schutz von Vermögensinteressen (Sicherstellung) rechtfertigt auch materiell nicht einen ungezielten, dauerhaften und anlasslosen Totalabgleich unverdächtigter Autofahrer ins Blaue hinein. Schwere Straftaten rechtfertigen unter den Voraussetzungen des § 111 StPO nur anlassbezogene Kontrollen und keinen dauerhaften Totalabgleich des gesamten Straßenverkehrs.

#### Situation in anderen Bundesländern

Zur Situation in anderen Ländern ist darauf hinzuweisen, dass gegenwärtig mehrere Verfassungsbeschwerden beim Bundesverfassungsgericht gegen Ermächtigungen zum Kfz-Massenabgleich anhängig sind, namentlich gegen § 32 Abs. 5 Nds. SOG (Az. 1 BvR 1443/08), § 22a PolG BaWü (Az. 1 BvR 2795/09) und § 14a Hess. SOG (Az. 1 BvR 3187/10). Diese Verfassungsbeschwerden richten sich ebenfalls gegen die mangelnde Gesetzgebungskompetenz, die mangelnde Bestimmtheit und die Unverhältnismäßigkeit der genannten Grundrechtsbeschränkungen. Bremen und Rheinland-Pfalz haben entsprechende Regelungen bereits wieder gestrichen, Gleiches sieht der saarländische Koalitionsvertrag für § 27 SPoIG vor. Schleswig-Holstein hat nach Nichtigerklärung seiner Ermächtigung zum Kfz-Massenabgleich auf eine Wiedereinführung verzichtet. Andere Länder haben nie zu einem Kfz-Massenabgleich ermächtigt.

### Replik auf die Berufungserwiderung

Zur Erwiderungsschrift des Beklagten vom 13.01.2010 wird in gebotener Kürze Stellung genommen, weil diese den weiterhin zutreffenden Ausführungen in der Berufungsbegründung nichts Erhebliches entgegenzusetzen vermag:

Der Kläger wendet sich mit der vorliegenden Klage gegen die verdeckte, automatisierte Erfassung und Abgleichung seines Kfz-Kennzeichens, weil es dieser Maßnahme an einer verfassungskonformen und damit gültigen Rechtsgrundlage mangelt. Ohne gültige Rechtsgrundlage kann der Eingriff in die Grundrechte des Klägers nicht rechtmäßig sein, gleich wie und in welchem Umfang die Polizei von den Art. 33 Abs. 2 S. 2-5, 38 Abs. 3 bayPAG tatsächlich Gebrauch macht.

In der Berufungsbegründung ist aufgezeigt worden, dass die vorbezeichneten Vorschriften in weiten Teilen (Art. 33 Abs. 2 S. 3 Nrn. 1 und 2 a-c POG) gegen Art. 74 Abs. 1 Nrn. 1 und 4 GG verstoßen. Sie sind beispielsweise mit dem ausdrücklichen Verbot des Bundesverfassungsgerichts unvereinbar, einen Abgleich mit Fahndungsdateien zuzulassen, „die im Schwerpunkt oder gar ausschließlich zu strafprozessualen Zwecken erstellt werden“ (BVerfGE 120, 378, 423, Abs. 152). Die Berufungserwiderung setzt der ausführlichen diesbezüglichen Argumentation in der Berufungsbegründung nichts Neues entgegen. Soweit das Innenministerium den Vergleich zur „herkömmlichen Identitätsfeststellung“ nach Art. 13 bayPAG zieht, gelten die Ausführungen zum Kfz-Massenabgleich entsprechend: Das Land darf wegen Art. 74 Abs. 1 Nrn. 1 und 4 GG nicht zu einem Abgleich festgestellter Identitäten mit Ausschreibungen ermächtigen, die bundesrechtlich abschließend geregelten Zwecken dienen (z.B. Strafverfolgung, Ausländerrecht).

In der Berufungsbegründung ist aufgezeigt worden, dass die Art. 33 Abs. 2 S. 2-5, 38 Abs. 3 bayPAG insgesamt gegen das verfassungsrechtliche Gebot der Normenklarheit verstoßen, weil der Gesetzgeber den Erhebungszweck, den Vergleichsdatenbestand und die Verwendung von Trefferdaten nicht mit dem verfassungsrechtlich geforderten Maß an Bestimmtheit geregelt hat. Die in der Berufungserwiderung teilweise herangezogene Begründung des zugrunde liegenden Gesetzentwurfs hilft den aufgezeigten Bestimmtheitsmängeln nicht ab; im Übrigen genügen unverbindliche Erwägungen der Landesregierung nicht den verfassungsrechtlichen Anforderungen an die Bestimmtheit eines Gesetzes selbst.

In der Berufungsbegründung ist aufgezeigt worden, dass die Art. 33 Abs. 2 S. 2-5, 38 Abs. 3 bayPAG gegen das verfassungsrechtliche Verhältnismäßigkeitsgebot verstoßen, weil die Reichweite der Ermächtigung und die Tiefe des damit verbundenen Grundrechtseingriffs außer Verhältnis zu dem Gewicht der zu schützenden Rechtsgüter und dem praktischen Nutzen der Maßnahme steht, insbesondere soweit nicht im Einzelfall aus besonderem Anlass gezielt nach einem bestimmten Fahrzeug, sondern nach bloßen prospektiven und spekulativen Nützlichkeitsabwägungen („Lageerkenntnissen“) gleichsam ins Blaue hinein gerastert wird.

Die Berufungserwiderung geht auf den größten Teil der aufgezeigten Verfassungsverstöße nicht ein und setzt den übrigen Ausführungen in der Berufungsbegründung nichts Erhebliches entgegen. Da das beklagte Land mithilfe stationärer Anlagen Monat für Monat 5 Mio. unschuldige und unverdächtige Kraftfahrer und Kraftfahrerinnen überprüft, kann von Stichproben oder einer anlassbezogenen Maßnahme keine Rede sein. Bereits am 11.03.2008 erklärte der Bayerische Landesbeauftragte für den Datenschutz, die Durchführung anlassloser automatisierter Kennzeichenerhebungen und -abgleiche sowie die Verwendung gewonnener Trefferdaten für die Abwehr allgemeiner Gefahren in Bayern halte er für verfassungswidrig (<http://www.datenschutz-bayern.de/nav/0301.html>).

In der Berufungsbegründung ist aufgezeigt worden, dass die Art. 33 Abs. 2 S. 2-5, 38 Abs. 3 bayPAG gegen Art. 19 Abs. 4 GG verstoßen. Das beklagte Land zitiert in seiner Berufungsbegründung zutreffend das Bundesverfassungsgericht, wonach aus Art. 19 Abs. 4 GG ein Benachrichtigungsanspruch folgt, wenn Datenerhebungen heimlich erfolgen, Auskunftsansprüche aber nicht eingeräumt werden oder den Rechten des Betroffenen nicht angemessen Rechnung tragen (BVerfGE 118, 168, 208). Das beklagte Land meint, eine Kenntnissgabe von der Durchführung der automatisierten Kennzeichenerfassung an die davon betroffenen Personen sei deshalb nicht notwendig, weil die damit verbundenen Eingriffe nur eine sehr geringe Eingriffsqualität hätten. So werde die im Gesetz fehlende Benachrichtigungsregelung zum einen durch das Auskunftsrecht gem. § 48 bayPAG kompensiert, zum anderen erfolgten im Trefferfall weitere polizeiliche Maßnahmen, gegen die dann Rechtsschutz in vollem Umfange gegeben sei, so dass die Kontrollmaßnahme der automatischen Kennzeichenerfassung inzident überprüft werden könne. Diese Argumentation kann nicht tragen, und zwar aus den folgenden Gründen:

Dass ein massenhafter Abgleich unverdächtiger Kraftfahrzeughalter ins Blaue hinein nach Streubreite und Folgen mitnichten einen geringfügigen, sondern vielmehr einen tiefgreifenden Eingriff in die Grundrechte Millionen rechtschaffener Autofahrer darstellt, ist in der Berufungsbegründung umfassend ausgeführt worden.

Art. 48 PAG gewährt einem Bürger zwar das Recht, auf Antrag bei Polizeibehörden über die zu seiner Person gespeicherten Daten Auskunft zu erhalten. Ein solches Auskunftsrecht unterstellt jedoch im Falle der automatischen Kennzeichenerfassung zwangsläufig, dass die Polizeibehörden des Landes Bayern sämtliche von einer solchen Kontrolle erfassten Personen auch in einer Datei zusammengefasst bzw. sonst wie vorrätig hält. Nur wenn Erfassungen in diesem Umfange bestünden, könnte überhaupt das Recht gem. Art. 48 PAG zur Anwendung kommen und die fehlende Benachrichtigungsregelung kompensieren. Dies würde aber genau das voraussetzen, was die Beklagte an anderer Stelle in Abrede stellt, dass sie weiterhin auf frühere Kontrollmaßnahmen und dabei erfasste Daten würde zugreifen können, dann müsste die Beklagte auch noch den weiteren Widerspruch erklären bzw. klären, der sich aus § 48 Abs. 1 S. 2 PAG ergibt.

Dort heißt es, dass im Auskunftsantrag die Art der personenbezogenen Daten, über die Auskunft erteilt werden soll, und der Grund des Auskunftsverlangens näher bezeichnet werden solle. Dieses zusätzliche Erfordernis lässt den Hinweis der Beklagten auf die Auskunftsrecht in Art. 48 PAG vollends als untauglich erkennen.

Auch der Verweis darauf, im Trefferfall eine Überprüfung der polizeilichen Maßnahmen herbeizuführen, trifft gerade für den überwiegenden Teil der kontrollierten Bürgerinnen und Bürger nicht zu, die, weil kein oder kein korrekter Treffer, auch nichts von der elektronisch durchgeführten Kontrolle bemerken. Das bedeutet, dass gerade die Bürger, bei denen keinerlei Auffälligkeiten welcher Art auch immer vorliegen, Gegenstand der polizeilichen Kontrollen sind, ohne dass sie jemals die Chance erhalten, solche Kontrollen auf ihre Rechtmäßigkeit überprüfen zu können. Damit wird das angegriffene Fahndungsmittel gerade für den überwiegenden Zahl der Verkehrsteilnehmer mangels Kenntnis unkontrollierbar gestellt, die sich in keiner Art und Weise etwas zu Schulden haben kommen lassen bzw. Auffälligkeiten aufweisen. Auch wer Gegenstand polizeilicher Beobachtung ist, erfährt von einem Abgleich seines Kfz-Kennzeichens nicht oder so spät, dass effektiver Rechtsschutz gegen einen rechtswidrigen Abgleich unmöglich ist.

Selbst wenn es unmittelbar nach einem Abgleich zu offenen Folgemaßnahmen kommt, ist nicht gewährleistet, dass dem Betroffenen der Kfz-Massenabgleich als Ursache der Folgemaßnahme mitgeteilt wird und dadurch Rechtsschutz gegen einen rechtswidrigen Abgleich in Anspruch genommen werden kann. Der Landtag Mecklenburg-Vorpommerns hat in § 43a Abs. 4 SOG M-V demgegenüber angeordnet, dass „das von einem Treffer betroffene Fahrzeug unmittelbar durch die Polizei anzuhalten und der betroffene Fahrzeugführer oder die betroffene Fahrzeugführerin [...] über die durchgeführte Maßnahme zu informieren“ ist. Eine in Mecklenburg-Vorpommern mögliche Benachrichtigung kann in Bayern nicht unmöglich sein.

Es wird um Berücksichtigung gebeten.

Dr. Kauß  
Rechtsanwalt

Anlage:

Bayerischer. Landtag, 22. Sitzung vom 03.02.2010 des Ausschusses für Kommunale Fragen und Innere Sicherheit, TOP 1, Bericht des Staatsministeriums des Innern über die automatisierte Kennzeichenerfassung nach Art. 33 Abs. 2 des Polizeiaufgabengesetzes, Wortprotokoll, S. 1-16