

Kopie

LANDESANWALTSCHAFT BAYERN



Landes-anwaltschaft Bayern • Postfach 34 01 48 • 80098 München

Bundesverwaltungsgericht
– 6. Senat –
Simsonplatz 1
04107 Leipzig

Vorab per Fax:
0341 / 2007 - 1000

Ihr Zeichen /
Ihre Nachricht vom
BVerwG 6 C 7.13
8.5.2013

Bitte bei Antwort angeben
Unser Zeichen
09/02641/10 – 10

Telefon / Fax
089 2130 -
369/399

München,
01.08.2013

Verwaltungsstreitsache (Revision)

Erhart, Benjamin gegen Freistaat Bayern

wegen **automatisierter Kennzeichenerfassung**
Revisionskläger: Kläger

Anlagen
3 Kopien dieses Schriftsatzes

Die Landes-anwaltschaft Bayern stellt für den Freistaat Bayern folgenden

Antrag:

Die Revision wird zurückgewiesen.

Begründung:

Die Revision ist unbegründet. Das angegriffene Berufungsurteil lässt keine Verletzung revisiblen Rechts i.S.v. § 137 Abs. 1 VwGO erkennen. Im Einzelnen ist auf die in der Revisionsbegründung vom 3.5.2013 vorgetragenen Rügen (in der dort vorgegebenen Reihenfolge) wie folgt zu erwidern:

Zu 1.2.1.1 Allgemeines Persönlichkeitsrecht

Nach ständiger Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts genügt für die Klagebefugnis eine gewisse Wahrscheinlichkeit einer Grundrechtsbeeinträchtigung. Der „Grad der Wahrscheinlichkeit wird davon beeinflusst, welche Möglichkeiten der Beschwerdeführer hat, seine Betroffenheit darzulegen“ (BVerfG, U.v. 11.3.2008, 1 BvR 2074/05 und 1 BvR 1254/07 – juris Rn. 59). Das Bundesverfassungsgericht verzichtet auf einen konkreten Nachweis der Betroffenheit, wenn sich der Beschwerdeführer sonst selbst möglicherweise einer Straftat bezichtigen müsste, weil er darlegt, warum er in einem polizeilichen Datenbestand geführt wird oder geführt werden könnte. Hieraus kann aber entgegen der Ansicht der Klagepartei keinesfalls geschlossen werden, dass bereits ein Nichttreffer einen Eingriff darstellt. Dies wird im Urteil vom 11.3.2008 ausdrücklich klargestellt (1 BvR 2074/05 und 1 BvR 1254/07 – juris Rn.68; Hervorhebung durch den Unterfertigten):

„Zu einem Eingriff in den Schutzbereich des Rechts auf informationelle Selbstbestimmung kommt es daher in den Fällen der elektronischen Kennzeichenerfassung **dann nicht, wenn der Abgleich mit dem Fahndungsbestand unverzüglich vorgenommen wird und negativ ausfällt (sogenannter Nichttrefferfall)** sowie zusätzlich rechtlich und technisch gesichert ist, dass die Daten anonym bleiben und sofort spurenlos und ohne die Möglichkeit, einen Personenbezug herzustellen, gelöscht werden.“

Ergänzend wird auf die Berufungserwidern vom 4.1.2010 (S. 3) Bezug genommen.

Zu 1.2.1.1 Annahme der Spurenlosigkeit

Soweit der Revisionskläger einen Verfahrensfehler dergestalt rügt, dass das Berufungsurteil bei der Frage nach der Möglichkeit einer Deanonymisierung von MD5-Codes „den Sachverhalt einer solchen objektiven Beurteilung durch Einholung von

unabhängigem gutachterlichen Sachverstand“ zuführen hätte müssen (s. Revisionsbegründung vom 3.5.2013, S. 9 Mitte), ist dem entgegenzuhalten, dass er in der mündlichen Verhandlung vom 10.12.2012 – obwohl der Kläger nach eigenem Bekunden selbst sachverständig ist (s. Revisionsbegründung vom 3.5.2013, S. 7 unten) und zudem anwaltlich vertreten war – keinen Beweisantrag auf Einholung eines solchen Sachverständigengutachtens gestellt hat. Es entspricht ständiger Rechtsprechung, dass ein Tatsachengericht seine Aufklärungspflicht (§ 86 Abs. 1 VwGO) grundsätzlich dann nicht verletzt, wenn es von einer Beweiserhebung absieht, die eine anwaltlich vertretene Partei nicht beantragt hat. Nichts anderes hat dann zu gelten, wenn vom Gericht angeordnete Beweise aus der Sicht der Partei unzureichend oder unvollständig erhoben werden. Indem ein Beteiligter im Termin zur mündlichen Verhandlung auf Einholung eines Sachverständigengutachtens verzichtet, gibt er zu erkennen, dass er keinen Bedarf für eine derartige Aufklärung sieht (§ 173 Satz 1 VwGO, §§ 556, 295 ZPO; BVerwG, B.v. 1.3.2001 – 6 B 6.01 – NVwZ 2001, 922/923 f. m.w.N.). Die Aufklärungsrüge stellt kein Mittel dar, um Versäumnisse eines Verfahrensbeteiligten in der Tatsacheninstanz, vor allem das Unterlassen der Stellung von Beweisanträgen, zu kompensieren (s. BVerwG, B.v. 31.5.2010, 4 BN 15.10 – juris Rn. 6).

Zudem ergeben sich alle vom Kläger nunmehr als durch Sachverständigengutachten für beweisbedürftig gehaltenen Tatsachen bereits aus den Ausführungen des Klägers selbst, des Beklagtenvertreters, des beigezogenen technischen Leiters der Herstellerfirma und des Landesbeauftragten für Datenschutz (s. Niederschrift vom 10.12.2012, S. 3 ff.). Zieht das Berufungsgericht aber – nach Ansicht des Revisionsklägers – falsche Schlüsse aus den zutreffend festgestellten Tatsachen, kann daraus (vorbehaltlich der hier nicht einschlägigen Fälle einer aktenwidrigen, gegen die Denkgesetze verstoßenden oder sonst von objektiver Willkür geprägten Sachverhaltenswürdigung) regelmäßig kein Verfahrensfehler hergeleitet werden (stRspr BVerwG, B.v. 11.2.2008 – 9 B 75.07 – Buchholz 310 § 96 VwGO Nr. 56 Rn. 8 m.w.N.).

Zu 1.2.1.2 Recht auf informationelle Selbstbestimmung

Soweit der Revisionskläger einen Widerspruch des Gesetzeswortlauts zur o.g. Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts sieht, weil nach Art. 38 Abs. 3 Satz 1 PAG die Löschung „unverzüglich“ statt „sofort und spurenlos“ erfolgt, ist dem nicht zu fol-

gen. Art. 38 Abs. 3 S. 1 PAG ist nach dem Willen des Gesetzgebers (s. LT-Drs. 15/10522, S. 1 f.) so auszulegen, dass eine sofortige und spurlose Löschung gemeint ist (vgl. Schmidbauer/Steiner, PAG und POG, 3. Aufl. 2011, Art. 33 Rn. 9).

Im Fall des Nichttreffers werden die Daten umgehend und unwiederbringlich gelöscht. Es findet auch keine Protokollierung des Ereignisses statt (Art. 46 Abs. 2 Satz 4 PAG). In den übrigen Fällen erfolgt eine verschlüsselte Speicherung. Wie bei jedem Sicherheitsmechanismus ist auch hier theoretisch eine Umgehung denkbar, da eine absolute Sicherheit nicht realisierbar ist. Die Wahrscheinlichkeit eines Überwindens der Sicherheitsmaßnahmen ist jedoch denkbar gering. Auf die weitergehenden Ausführungen im Schriftsatz vom 2.5.2012 (S. 12 f.) wird hingewiesen.

Dem Urteil des Berufungsgerichts wurde daher der zutreffende Sachverhalt zugrunde gelegt.

Zu 1.2.2.1.2 Zwecke der Art. 33 Abs. 2 Satz 2 - 5, Art. 38 Abs. 3 PAG

Die Regelung zur automatisierten Kennzeichenerkennung dient der Gefahrenabwehr. Art. 33 Abs. 2 Satz 2 PAG setzt einen Fall des Art. 13 Abs. 1 Nr. 1 - 5 PAG voraus. Zweck des in Bezug genommenen Art. 13 Abs. 1 Nr. 1 - 5 PAG ist wiederum die Gefahrenabwehr (s. Schmidbauer/Steiner, PAG und POG, 3. Aufl. 2011, Art. 13 Rn. 3). Dazu zählt auch die Gefahrenvorsorge, also das Handeln, um das Entstehen einer konkreten Gefahr (z.B. auch einer Straftat) zu verhindern (s. BVerfG, U.v. 27.7.2005, 1 BVR 668/04 – juris Rn. 94; BVerwG, U.v. 25.1.2012, 6 C 9.11 – juris Rn. 29). Der Zweck ergibt sich zumindest mittelbar aus Art. 13 Abs. 1 Nr. 1 - 5 PAG, jedenfalls aber aus Art. 2 PAG, der vorgibt, zu welchen Zwecken die Polizei nach dem PAG tätig werden darf. Selbst wenn gerade bei Art. 13 Abs. 1 Nr. 5 PAG zahlreiche Funde zutage treten, die im Rahmen der repressiven Tätigkeit der Polizei verwendet werden, ändert dies nichts an dem präventiven Charakter der Norm (s. BayVerfGH, E.v. 28.3.2003, Vf. 7-VII-00 und Vf. 8-VIII-00 – juris Rn. 98). Nichts anderes gilt für Art. 33 Abs. 2 PAG.

Allein die Tatsache, dass die Kennzeichen mit Fahndungsdaten zu Straftätern abgeglichen werden, führt nicht dazu, dass es sich um eine repressive Maßnahme han-

delt. So besteht etwa bei einer wegen Handels mit Betäubungsmitteln gesuchten Person, deren PKW auf einer Autobahn Richtung Tschechische Republik nahe der Grenze entdeckt wird, die Gefahr, dass sie weitere Betäubungsmittel erwerben und mit ihnen in Deutschland Handel treiben will. Ausschlaggebend dafür, ob es sich um eine präventive oder repressive Maßnahme handelt, kann daher nicht sein, welche Datenbestände herangezogen werden, sondern zu welchem Zweck dies geschieht. Auch nach dem Urteil des Bundesverfassungsgerichts vom 11.3.2008 (1 BvR 2074/05 und 1 BvR 1254/07 – juris Rn. 151 f.) ist die Nutzung von Fahndungsdateien gestattet, die präventiven und repressiven Zwecken dienen (sog. Mischdateien), solange die Kennzeichenerfassung nicht repressiven Zwecken dient. Aus Art. 33 Abs. 2 Satz 2, Art. 13 Abs. 1 Nr. 1 - 5 PAG i.V.m. Art. 2 PAG ergibt sich, dass die Strafverfolgung kein zulässiger Zweck der automatischen Kennzeichenerfassung in Bayern ist. Der Zweck der Fahndungsdatei, mit der ein Kennzeichen abgeglichen wird, ist mithin nicht entscheidend für den Zweck des Abgleichs. Ergänzend wird auf die Berufungserwiderung vom 4.1.2010 (S. 11 f.) Bezug genommen.

Zur Würdigung des Gutachtens des Max-Planck-Instituts wird auf die Ausführungen im Schriftsatz vom 2.5.2012 (S. 2 f.) verwiesen.

Zu 1.2.2.1.3 Kompetenzwidrige Fahndung nach Kfz oder Kennzeichen, die durch eine Straftat abhandengekommen sind

Ein wichtiger Aspekt bei der automatisierten Kennzeichenerkennung ist die Entdeckung gestohlener Kraftfahrzeuge. Der Revisionskläger beruft sich darauf, dass die Rückgewinnungshilfe bereits in der StPO geregelt sei und verkennt dabei, dass dieselbe Maßnahme im Einzelfall sowohl auf das PAG als auch auf die StPO gestützt werden kann und in einem solchen Fall die handelnden Beamten durch die Bestimmung des Zwecks der Maßnahme entscheiden, auf welche Rechtsgrundlage sie ihre Maßnahme stützen (vgl. Schenke, Polizei- und Ordnungsrecht, § 8 II 2). Denkbar ist auch, dass die Polizei die Maßnahme auf beide Rechtsgrundlagen stützt. Entscheidend für die Gesetzgebungskompetenz ist jedoch nicht, ob es in der StPO bereits eine Norm gibt, die zu demselben Ergebnis führt, sondern welcher Zweck hinter der automatisierten Kennzeichenerkennung im PAG steht. Während ein gestohlenes Kfz nach der StPO entweder zur Führung des Tatnachweises (§ 94 StPO) oder zur Ab-

schöpfung des Gewinns beim Straftäter (§ 111b StPO) beschlagnahmt werden kann, dient die Kennzeichenerkennung weder der Strafverfolgung noch der Gewinnabschöpfung, sondern dem Schutz des Eigentums im Rahmen der Rechtsordnung. Dies fällt nicht unter den Begriff „Strafrecht“ im Sinne des Art. 74 Abs. 1 Satz 1 GG. Eine Kompetenz des Bundesgesetzgebers ergibt sich auch nicht aus dem Sachzusammenhang. Nach dem der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts (U.v. 10.2.2004, 2 BvR 834/02 und 2 BvR 1588/02 – juris Rn. 102) besteht „kein die Kompetenz des Strafgesetzgebers begründender Sachzusammenhang, wenn Maßnahmen nicht nur gegenüber Straftätern, sondern auch gegenüber anderen Personen ergriffen werden können oder die Anlasstat nicht notwendige Bedingung einer Präventivmaßnahme ist.“ Bei der Rückführung eines abhandengekommenen Fahrzeugs handelt es sich nicht um eine speziell gegenüber Straftätern anzuwendende Maßnahme. Die Beendigung des fehlerhaften Besitzes (vgl. § 858 Abs. 2 Satz 1 BGB) kann nach § 861 Abs. 1 BGB gegenüber jedermann verlangt werden, auch wenn das Abhandenkommen nicht auf einer Straftat beruht. Der Schutz dieses Rechts durch die Polizei fällt daher nicht in die konkurrierende Gesetzgebungskompetenz gemäß Art. 74 Abs. 1 Nr. 1 GG. Ergänzend wird auf die Berufungserwiderung vom 4.1.2010 (S. 6 ff.) Bezug genommen.

Unzutreffend ist die Auffassung des Revisionsklägers, das Bundesverfassungsgericht habe in seiner Entscheidung vom 11.3.2008 die Nutzung von Fahndungsdateien untersagt, die ausschließlich oder im Schwerpunkt strafprozessualen Zwecken dienen. Die Ausführungen des Bundesverfassungsgerichts besagen lediglich, dass landesgesetzliche Regelungen nicht repressive Maßnahmen regeln dürfen. Wenn sich der Zweck der Kennzeichenerkennung – anders als im PAG – nicht aus dem Gesetz selbst ergibt, kann der Zweck der abzugleichenden Fahndungsdatei auf den Zweck der Kennzeichenerkennung durchschlagen. Nur in diesem Fall, der auf die bayerische Regelung nicht übertragbar ist, da hier gerade das PAG selbst den Zweck fest schreibt, gilt das vom Revisionskläger Vorgebrachte. Aufgrund der Zweckbestimmung im PAG darf in Bayern auch auf Fahndungsdateien zugegriffen werden, die zu repressiven Zwecken dienen, solange der Zweck des Zugriffs selbst präventiv ist (vgl. BVerfG, U.v. 11.3.2008, 1 BvR 2074/05 und 1 BvR 1254/07 – juris Rn. 151).

Zu 1.2.2.1.4 Kompetenzwidrige Fahndung nach Kfz oder Kennzeichen, die nicht durch Straftaten abhandengekommen sind

Denkbar ist hier etwa der Fall, dass ein Zehnjähriger mit dem PKW der Eltern von Zuhause verschwinden möchte. Mangels Strafmündigkeit liegt offensichtlich keine Straftat vor, sodass polizeiliches Handeln allein dem Zweck dient, den Minderjährigen sowie die anderen Verkehrsteilnehmer zu schützen. Die Verhältnismäßigkeit einer Maßnahme nach Art. 33 Abs. 2 Satz 3 Nr. 1 PAG wäre dann im Einzelfall zu prüfen. Der pauschale Hinweis des Revisionsklägers, es fehle an der Verhältnismäßigkeit in jedem vorstellbaren Fall, ist nicht nachvollziehbar.

Zu 1.2.2.1.5 Kompetenzwidrige Fahndung in weiteren Fällen

Zum Abgleich der Fahndungsdateien wird auf die Ausführungen zu 1.2.2.1.2 Bezug genommen.

Zu Unrecht rügt der Revisionskläger die besonderen Gefahren, die aus Erfassungsfehlern resultieren können. Die Fehlerfassungsquote beträgt nur ca. 5,5% auf der ersten Stufe. Die hier auftretenden Fehler der automatisierten Erfassung werden durch die Überprüfung eines Polizeibeamten erkannt, bevor weitere Maßnahmen ergriffen werden können. Sollte auch dem kontrollierenden Polizeibeamten ein Fehler unterlaufen, wäre die Folge, dass der Betroffene zu Unrecht angehalten wird, denn spätestens dann wird der Fehler festgestellt. Menschliche Fehler – z.B. Zahlendreher – sind jedoch bei keiner polizeilichen Maßnahme vollständig auszuschließen, sodass dies keine Besonderheit der automatisierten Erfassung darstellt.

1.2.2.1.6 Ergebnis

Eine Klageänderung ist in der Revisionsinstanz gemäß § 142 Abs. 1 Satz 1 VwGO unzulässig.

Zu 3.4.2.2.1 Erhebungs- und Verwendungszweck

Auf die Ausführungen zu 1.2.2.1.2 wird Bezug genommen.

Ein Abgleich mit unbestimmten ausländischen Fahndungsdateien ist nach Art. 33 Abs. 2 Satz 3 PAG entgegen den Ausführungen des Revisionsklägers nicht gestattet.

Dieser erlaubt den Abgleich mit „polizeilichen Fahndungsbeständen“, wobei die Polizei gemäß Art. 1 PAG die im Vollzugsdienst tätigen Dienstkräfte der Polizei des Freistaates Bayern umfasst. Die „polizeilichen Fahndungsbestände“ sind mithin ausschließlich Bestände, auf die der bayerischen Polizei der Zugriff eingeräumt wurde.

Die Verwendung der Daten im Trefferfall ist jedenfalls zur Gefahrenabwehr zulässig. Ob eine Verwendung daneben auch für Zwecke, zu denen die Fahndungsbestände erstellt oder die Dateien errichtet wurden, zulässig ist, kann letztlich offen bleiben, da in jedem Fall die Erhebung und der Abgleich hiervon unberührt bleiben. Da sich die Klage nur gegen die Erhebung und den Abgleich wendet, kann sie nicht auf eine teilweise unzulässige Verwendung gestützt werden. Im Übrigen ist nicht davon auszugehen, dass die Regelung in Art. 38 Abs. 3 Satz 2 PAG der Landesgesetzgebungskompetenz entzogen ist. Angeordnet wird, dass Abs. 1 und 2 sowie die Vorschriften der StPO gelten. Aus dem Sinn und Zweck ergibt sich, dass sich die Speicherung und Nutzung für Gefahrenabwehrmaßnahmen nach Art. 38 Abs. 1 und 2 PAG richtet, während für repressive Maßnahmen die StPO gilt. Der Verweis auf die StPO ist deklaratorisch (s. Schmidbauer/Steiner, PAG und POG, 3. Aufl. 2011, Art. 38 Rn. 31). Da Art. 38 Abs. 3 Satz 2 PAG somit im repressiven Bereich keine Regelung trifft (weder zur Speicherung noch zur Nutzung), sondern hierzu auf die Normen der StPO verweist, liegt kein Verstoß gegen die Gesetzgebungskompetenz vor.

Zu 3.4.2.2 Vergleichsdatenbestand

Zum Aspekt der Verweisung auf die Fahndungsdateien wird auf die Ausführungen im Schriftsatz vom 2.5.2012 (S. 6 ff.) Bezug genommen.

Nach Art. 33 Abs. 2 Satz 3 PAG ist lediglich der „Abgleich der Kennzeichen mit polizeilichen Fahndungsbeständen“ zulässig. Dies deckt entgegen der Ansicht des Revisionsklägers weder einen Abgleich des Kennzeichens mit der Halterdatei noch einen Abgleich des so ermittelten Halters mit den Fahndungsdateien ab.

Zu 3.4.2.3 Verwendung

Entgegen den Ausführungen des Revisionsklägers kann dem Urteil des Bundesverfassungsgerichts vom 11.3.2008 nicht entnommen werden, dass die Daten aus-

schließlich zum Anhalten des Betroffenen genutzt werden dürften (1 BvR 2074/05 und 1 BvR 1254/07 – juris Rn. 74, 82). Die vom Bundesverfassungsgericht kritisierten Regelungen (§ 14 Abs. 5 HSOG und § 184 Abs. 5 LVwG) weisen weder Beschränkungen des Anlasses der Kennzeichenerkennung noch des Fahndungsbestandes auf, mit dem die erfassten Kennzeichen abgeglichen werden sollen. In Art. 33 Abs. 2 PAG ist beides beschränkt. Nach Art. 38 Abs. 3 Satz 2 sind zudem auch die Verwendungszwecke beschränkt. Nach Ansicht des Bundesverfassungsgerichts (U.v. 11.3.2008, 1 BvR 2074/05 und 1 BvR 1254/07 – juris Rn. 182) sind für die Frage der Verhältnismäßigkeit die Ebenen Anlass, Abgleich und Nutzung im Zusammenhang zu sehen. In Bayern sind auf allen drei Ebenen Einschränkungen zum Schutz der informationellen Selbstbestimmung vorgesehen, sodass die Anforderungen des Bundesverfassungsgerichts erfüllt sind.

Zu 3.4.2.3.1 Gewicht der geförderten Gemeinwohlinteressen; Nutzen des Grundrechtseingriffs

Der Revisionskläger geht davon aus, dass Kriminelle Umgehungsstrategien einsetzen werden und will mit diesem Argument den Nutzen der automatisierten Kennzeichenerkennung in Zweifel ziehen. Selbstverständlich ist davon auszugehen, dass es zu „Umgehungen“ kommen wird. Wenn dies allerdings Auswirkungen auf die polizeiliche Tätigkeit haben sollte, dann könnte die Polizei nahezu ihre gesamte Tätigkeit einstellen. Mit dieser Argumentation könnte man auf eine Strafverfolgung verzichten, da es immer Mittel und Wege gibt, keine Spuren zu hinterlassen (z.B. Handschuhe zur Vermeidung von Fingerprints, Skimaske zur Vermeidung einer Identifizierung durch Zeugen etc.). Auch präventive Maßnahmen wie z.B. bei der Sicherheitskonferenz in München können umgangen werden, etwa indem ein Terroranschlag nach der Vorgehensweise der Terroristen am 11.09.2011 durchgeführt wird. Sämtliche Absperrungen und Personenkontrollen wären in einem solchen Szenario bedeutungslos. Gleichwohl sind Absperrungen und Kontrollen wichtig, um den viel wahrscheinlicheren Fall eines leicht bewaffneten Terroristen, der sich zu Fuß Zugang verschaffen will, zu verhindern. Die vom Revisionskläger gezogene Schlussfolgerung, eine Befugnis zu polizeilichen Maßnahmen sei unverhältnismäßig, wenn Umgehungsmöglichkeiten bestehen, kann daher nicht überzeugen. Der polizeiliche Erfolg bei der Verfolgung von Straftaten und bei der Abwehr von Gefahren, die vorsätzlich von Menschen herbeigeführt wer-

den, hängt regelmäßig entscheidend davon ab, dass der Täter/Störer einen „Fehler“ macht. Der Polizei müssen daher technische Mittel an die Hand gegeben werden, um diese Fehler aufzudecken und den Täter/Störer zu ermitteln. Ein derartiges Mittel ist im Rahmen der Gefahrenabwehr die automatisierte Kennzeichenerkennung gemäß Art. 33 Abs. 2 PAG.

Wenn der Revisionskläger bemängelt, dass durch die automatisierte Kennzeichenerkennung bislang keine konkreten Gefahren für Leib oder Leben abgewendet werden konnten, verkennt er den Zweck der Maßnahme. Die Abwehr von konkreten Gefahren für Leib oder Leben ist lediglich ein Sonderfall. Die automatisierte Kennzeichenerkennung ist vor allem ein Mittel der Gefahrenvorsorge. Demnach soll bereits das Entstehen einer konkreten Gefahr verhindert werden. Entsteht die Gefahr erst gar nicht, kann sie auch nicht abgewendet werden, sodass die Zahl der durch die automatisierte Kennzeichenerkennung abgewendeten konkreten Gefahren keinen Aufschluss über den Erfolg der Maßnahme insgesamt gibt. Ebenso geht daher der Hinweis des Revisionsklägers fehl, in dringenden Fällen würde eine anlassbezogene Überwachung genügen. Dies setzt voraus, dass der Polizei ein konkreter Anlass bekannt ist, erfasst aber gerade nicht die weitergehende Gefahrenvorsorge.

Entgegen der Auffassung des Revisionsklägers ist die automatisierte Kennzeichenerkennung durchaus effizient. So können einige Polizeibeamte anderweitig eingesetzt werden, die andernfalls an den Örtlichkeiten, wo eine Kennzeichenüberprüfung geboten ist, postiert werden müssten (vgl. Schriftsatz vom 2.5.2012, S. 9). Im Übrigen obliegt es dem Gesetzgeber, Kosten und Nutzen abzuwägen.

Zu 3.4.2.3.2 Gewicht der Freiheitsinteressen; schädliche Folgen des Grundrechtseingriffs

Die Behauptung des Revisionsklägers, die automatisierte Kennzeichenerkennung sei weder sachlich noch zeitlich begrenzt, mithin eine Kontrolle „ins Blaue“, ist falsch. Die sachliche Beschränkung folgt aus Art. 13 Abs. 1 Nr. 1 - 5 PAG, die zeitliche aus Art. 33 Abs. 2 Satz 2 PAG, wonach eine Erfassung nur zulässig ist, wenn und solange entsprechende Lageerkenntnisse vorliegen.

Entgegen der Behauptung des Revisionsklägers handelt es sich um öffentlich zugängliche Daten (so auch BVerfG, U.v. 11.3.2008, 1 BvR 2074/05 und 1 BvR 1254/07 – juris Rn. 67, 83).

Der Revisionskläger behauptet, es seien „Änderungen und Einschränkungen des Bewegungsverhaltens zu befürchten“ (Revisionsbegründung vom 3.5.2013, S. 36 unten). Später (S. 46 unten) meint der Revisionskläger, der Kennzeichenabgleich könne „auch sonst schon deswegen nicht abschreckend wirken, weil er verdeckt eingesetzt wird“. Je nach Argumentationsbedarf im Schriftsatz geht der Revisionskläger mithin an einer Stelle davon aus, dass der Kennzeichenabgleich von der Nutzung der überwachten Straße abschreckt, an anderer Stelle behauptet er genau das Gegenteil.

Falsch ist ferner die Auffassung des Revisionsklägers, Art. 13 Abs. 1 Nr. 5 PAG erfasse auch die Grenzen Bayerns zu anderen deutschen Bundesländern. Die Norm befasst sich mit dem „internationalen Verkehr“ und der „unerlaubten Überschreitung der Landesgrenze“, sodass offensichtlich ausschließlich die Grenze der Bundesrepublik Deutschland gemeint ist (s. Schmidbauer/Steiner, PAG und POG, 3. Aufl. 2011, Art. 13 Rn. 15 ff.).

Der Revisionskläger beruft sich zu Unrecht auf das Bundesverfassungsgericht, wenn er behauptet, nach dessen Urteil seien für die „Streubreite“ der Maßnahme im Rahmen der Eingriffsintensität auch die Nichttrefferfälle von Bedeutung. Nach dem Urteil vom 11.3.2008 (1 BvR 2074/05 und 1 BvR 1254/07 – juris Rn. 78), erhöht die „serielle Erfassung von Informationen in großer Zahl“ die Eingriffsintensität. Bei einem Nichttreffer liegt jedoch kein Eingriff vor (s.o.), sodass sich die Frage der Eingriffsintensität nicht stellt. Das Bundesverfassungsgericht führt aus, dass es letztlich um die „Risiken des Missbrauchs und ein Gefühl des Überwachtwerdens“ (ebd.) gehe. Bei einem Nichttreffer erfolgt lediglich ein automatisierter Abgleich, ohne dass ein Mensch auf die Daten zugreifen kann. Missbrauch und Überwachung scheiden somit aus. Die Zahl der Nichttreffer spielt daher für die Eingriffsintensität keine Rolle.

Mit den Ausführungen zu künftig weitergehenden Kontrollen und den Vergleichen zu Maßnahmen anderenorts in der Welt unterstellt der Revisionskläger dem Landesge-

setzgeber, den Weg zu einem „orwellischen Überwachungsstaat“ zu beschreiten. Diese fiktiven Szenarien sind nicht Gegenstand der Klage und entbehren im Übrigen jeglicher Grundlage (vgl. Berufungserwiderung vom 4.1.2010, S. 26 f.).

Zu den Erfassungsfehlern wird auf die Ausführungen zu 1.2.2.1.5 Bezug genommen.

Zu 3.4.2.3.3 Abwägung (siehe Ausführungen zu 3.4.2.3.2)

Zu 3.4.2.3.4 Gesetzliche Voraussetzungen des Kfz-Massenabgleichs

Selbstverständlich bedarf die automatisierte Kennzeichenerkennung als eigenständiger Grundrechtseingriff auch einer eigenständigen Rechtfertigung. Da jedoch die Zwecksetzung vergleichbar ist mit Art. 13 Abs. 1 PAG, ist kein Grund ersichtlich, warum sich die Rechtfertigung nicht an Art. 13 Abs. 1 PAG anlehnen sollte. Auch dem Urteil des Bundesverfassungsgerichts vom 11.3.2008 ist Gegenteiliges nicht zu entnehmen.

Zu den Ausführungen der Revisionsschrift hinsichtlich der Verwendung der Daten wird auf die Erwiderung zu 3.4.2.2.3 Bezug genommen

Zur Beschränkung auf Stichproben kann auf die Berufungserwiderung vom 4.1.2010 (S. 23) und den Schriftsatz vom 2.5.2012 (S. 13 f.) verwiesen werden.

Soweit der Revisionskläger ausführt, aufgrund der Bezugnahme auf Art. 13 Abs. 1 Nr. 1 PAG reiche in diesen Fällen eine Bagatellgefahr, ist dem grundsätzlich zuzustimmen. Entgegen der Auffassung des Revisionsklägers genügt jedoch nicht jede entfernte Möglichkeit, erforderlich ist nach der Definition des Art. 11 Abs. 1 PAG vielmehr eine konkrete (im Einzelfall bestehende) Gefahr. Ob eine automatisierte Kennzeichenerkennung an einer bestimmten Örtlichkeit dann verhältnismäßig ist, ist eine Frage der Einzelfallabwägung, die wie bei jeder anderen polizeilichen Maßnahme erforderlich ist. Selbstverständlich kann nicht jede Bagatellgefahr den Kennzeichenabgleich an einem Autobahnkreuz rechtfertigen. Anders ist der Fall aber zu beurteilen, wenn der Kennzeichenabgleich nur auf einer kleinen Dorfstraße erfolgen soll, sodass nur sehr wenige Kfz erfasst werden und angesichts der statistischen Fehler-

wahrscheinlichkeit davon auszugehen ist, dass lediglich das gesuchte Kfz als Treffer gemeldet wird. Eine derartige Abwägungsmöglichkeit im Einzelfall ist daher erforderlich und auch verfassungsrechtlich unbedenklich. Im Rahmen der Einzelfallabwägung – nicht aber im Rahmen der Prüfung der Verfassungsmäßigkeit der Norm – ist zu prüfen, ob die automatisierte Kennzeichenerkennung in der konkreten Situation (Örtlichkeit, zu erwartender Verkehr, Fehlerwahrscheinlichkeit, Dauer etc.) in einem angemessenen Verhältnis zum verfolgten Zweck steht.

Richtig ist, dass hinsichtlich der Verweisung auf Art. 13 Abs. 1 Nr. 1 - 5 PAG nur solche Vergleichsdatenbestände herangezogen werden dürfen, die zur jeweiligen Gefahrenabwehr bzw. Gefahrenvorsorge im Einzelfall in Zusammenhang stehen. Eine grundsätzliche Beschränkung auf möglicherweise relevante Fahndungsdateien ist in Art. 33 Abs. 2 Satz 3 PAG geregelt. Eine weitergehende Beschränkung für den Einzelfall ist jedoch nicht gesondert zu normieren, sondern ergibt sich aus dem allgemeinen Erfordernis der Geeignetheit, die einzelfallabhängig zu prüfen ist. Ebenso ist es ein Aspekt der Geeignetheit im Einzelfall, ob die automatisierte Kennzeichenerkennung in der jeweiligen Situation erfolgversprechend ist. Dies kann nicht pauschaliert gesetzlich geregelt werden.

Soweit die Revisionsschrift kritisiert, dass bei der Verweisung auf Art. 13 Abs. 1 Nr. 2 PAG jegliche Art von Straftat als Anknüpfungspunkt genügt, lässt sie erneut die Einzelfallabwägung außer Acht (vgl. die obigen Ausführungen zu Art. 13 Abs. 1 Nr. 1 PAG). Um den Anforderungen in der Praxis begegnen zu können, muss der Polizei ein gewisser Spielraum zugestanden werden.

Bei Art. 13 Abs. 1 Nr. 3 PAG gelten die obigen Ausführungen entsprechend.

Wenn der Revisionskläger – wie es den Anschein hat – davon ausgeht, dass jede Norm, die das Wort „Straftat“ enthält, zwangsläufig unter den Begriff Strafrecht im Sinne des Art. 74 Abs. 1 Nr. 1 GG fällt, irrt er. Nach dem eindeutigen Wortlaut des Art. 13 Abs. 1 Nr. 4 Var. 1 PAG geht es ausschließlich um die Abwehr von schweren Straftaten. Dies hat nichts mit Strafverfolgung zu tun. Zu Recht geht der Revisionskläger davon aus, dass eine Kennzeichenerkennung im Vorfeld einer Versammlung die

Entscheidung über die Teilnahme an dieser beeinflussen kann. Es ist gerade eines der Ziele der Maßnahme, es gar nicht erst zu Störungen der Versammlung kommen zu lassen, sondern diese bereits im Vorfeld zu verhindern. Auch hier ist es eine Frage der Einzelfallabwägung, ob ein etwaiger Eingriff in Art. 8 GG aufgrund der Vorfeldmaßnahme verhältnismäßig ist.

Im Rahmen der Verweisung auf Art. 13 Abs. 1 Nr. 5 PAG stellt die Verhütung ausländerrechtswidriger Handlungen eine Maßnahme der Gefahrenabwehr dar und nicht des Vollzugs des Ausländerrechts dar. Unabhängig davon, dass das Ausländerrecht auch dem Sicherheitsrecht zugeordnet ist und damit der Gefahrenabwehr dient, können ausländerrechtliche Maßnahmen nicht vollzogen werden, bevor eine ausländerrechtswidrige Handlung begangen wird; es handelt sich allein um Prävention. Auch hier lässt die Revisionsschrift die Einzelfallabwägung außer Acht, wenn die Verhältnismäßigkeit angezweifelt wird, weil jede Tat im Sinne des Art. 13 Abs. 1 Nr. 5 PAG ausreichend ist. Es wird auf die entsprechend geltenden Ausführungen zu Art. 13 Abs. 1 Nr. 1 PAG Bezug genommen. Entgegen den – den Gesetzeswortlaut ignorierenden – Ausführungen in der Revisionsschrift setzt Art. 33 Abs. 2 Satz 2 PAG ausdrücklich voraus, dass sich konkrete Anhaltspunkte aus den Lageerkenntnissen ergeben.

Zu 3.4.2.3.5 Vergleichsdatenbestand

Zur sog. „Jokersuche“ wird auf die Berufungserwiderung vom 4.1.2010 (S. 24) Bezug genommen.

Zu 3.4.2.3.6 Datenverwendung

Art. 38 Abs. 3 Satz 2 PAG sieht eine eindeutige Zweckbindung vor, entweder zur Gefahrenabwehr oder für Zwecke, zu denen die Fahndungsbestände erstellt oder die Dateien errichtet wurden. Die Zwecke der Fahndungsbestände ergeben sich aus Art. 33 Abs. 2 Satz 3 PAG, die der Dateien aus Art. 33 Abs. 2 Satz 4 PAG. Ergänzend wird auf die Berufungserwiderung vom 4.1.2010 (S. 14 f., 24 f.) sowie auf die Erwiderung zu 3.4.2.2.1 Bezug genommen. Anders als die Ausführungen des Revisionsklägers vermuten lassen, ist die Erstellung eines Bewegungsbildes bis auf einen Ausnahmefall nach Art. 38 Abs. 3 Satz 3 PAG nicht gestattet.

Zu 3.4.2.4 Verstoß gegen Art. 19 Abs. 4 GG

Insoweit wird auf die Berufungserwiderung vom 4.1.2010 (S. 27 f.) und auf den Schriftsatz vom 2.5.2012 (S. 10 f.) Bezug genommen.

Dr. Unterreitmeier
Landesanwalt