

# Dr. Kauß & Weingart

## Rechtsanwaltskanzlei

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

Bayerischer Verwaltungs-  
gerichtshof  
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

05/03/12 ka/ka  
09/001350  
(Bitte stets angeben)

In der Verwaltungsrechtssache des

Benjamin Erhart

– Berufungskläger und Kläger –

AZ: 10 BV 09.2641

gegen

den Freistaat Bayern, vertreten durch das Bayerische  
Staatsministerium des Innern,

-Berufungskläger und Berufungsbeklagter-

wegen Kfz-Massenabgleich in Bayern

nehmen wir zu den Ausführungen des beklagten Landes im Verhandlungstermin  
am 17.10.2011 und mit Schriftsatz vom 02.01.2012 wie folgt Stellung:

## 1. Tatbestand

Der in der Klageschrift genannte Pkw mit dem Kennzeichen KEH-BE 529 ist seit September 2011 in der Tat nicht mehr auf den Kläger zugelassen. Der Kläger ist gleichwohl weiterhin von dem Kfz-Massenabgleich durch das beklagte Land betroffen:

So benutzt der Kläger nunmehr einen Pkw mit österreichischem Kennzeichen ( [REDACTED] ), der wiederum auf den Kläger zugelassen ist. Es liegt auf der Hand, dass es auch insoweit zu Treffermeldungen zulasten des Klägers auf bayerischen Straßen kommen kann, entweder weil das Kennzeichen tatsächlich (zu Recht oder irrtümlich) zur Fahndung ausgeschrieben ist (z.B. im SIS-Sachfahndungsbestand) oder weil das Kennzeichen des Klägers wegen eines „Syntaxfehlers“ fälschlich als „Treffer“ gemeldet wird.

Des Weiteren ist auf den Kläger in Deutschland weiterhin ein Motorrad zugelassen (Kennzeichen [REDACTED]), welches der Kläger gleichfalls in Bayern nutzt.

Das in der Klageschrift geschilderte Fahrverhalten des Klägers besteht im Wesentlichen fort. Der Kläger ist weiterhin sehr oft privat und geschäftlich auf bayerischen Straßen unterwegs und fährt z.B. nach Abensberg, nach Regensburg oder nach München.

## 2. Verletzung der Gesetzgebungskompetenz

Inzwischen ist bekannt geworden, dass das Land Brandenburg den Massenabgleich von Kfz-Kennzeichen zur Suche nach entwendeten Fahrzeugen ausdrücklich auf der Grundlage der Strafprozessordnung durchführt.<sup>1</sup> Dass die Brandenburgische Polizei die Suche nach entwendeten Fahrzeugen als in der Strafprozessordnung geregelte Maßnahme ansieht, bestätigt die Rechtsauffassung des Klägers, wonach das beklagte Land nicht ohne Verstoß gegen die Kompetenzverteilung des Grundgesetzes zur Vornahme eines Kfz-Massenabgleichs in Fällen der Fahrzeugentwendung ermächtigen durfte.

---

<sup>1</sup> Max-Planck-Institut für internationales und ausländisches Strafrecht, Recht und Praxis der anlassbezogenen automatischen Kennzeichenfahndung, Verkehrsdatenabfrage und Mobilfunkortung zur Gefahrenabwehr in Brandenburg (2010), <http://info.publicintelligence.net/MaxPlanckInstitute-Report.pdf>, 129.

Eine in Brandenburg durchgeführte Studie des Max-Planck-Instituts hat ergeben, dass gerade einmal 5% der durchgeführten Kfz-Massenabgleiche der Gefahrenabwehr dienen, hingegen 95% der Strafverfolgung.<sup>2</sup> Dies belegt gleichfalls die mangelnde Gesetzgebungskompetenz der beklagten Landes für den Großteil der Art. 33 Abs. 2 S. 2-5, 38 Abs. 3 bayPAG.

Soweit das Bundesverwaltungsgericht neuerdings die Gesetzgebungskompetenz der Länder für eine Ermächtigung zur Videoüberwachung des öffentlichen Raums angenommen hat, unterscheiden sich solche Normen wesentlich von der streitgegenständlichen Ermächtigung zum Kfz-Massenabgleich: Die anlasslose polizeiliche Videoüberwachung des öffentlichen Raums nach Polizeirecht soll (jedenfalls auch) der Abwehr von Gefahren dienen. Die vom Bundesverwaltungsgericht gewürdigte Norm erlaubt keine Videoüberwachung, die schwerpunktmäßig oder gar ausschließlich der Verfolgung von Straftaten dient (z.B. Observation des Beschuldigten einer beendeten Straftat). Die Art. 33 Abs. 2 S. 2-5, 38 Abs. 3 bayPAG hingegen ermächtigen zu einem Kfz-Massenabgleich auch dann, wenn er schwerpunktmäßig oder gar ausschließlich der Strafverfolgung dient, etwa wenn im Wege eines mobilen Kfz-Massenabgleichs ausschließlich nach dem Kennzeichen eines Beschuldigten zur Vollstreckung eines strafprozessualen Haftbefehls gesucht wird. Damit ist die Gesetzgebungskompetenz der Länder eindeutig überschritten. Laut Bundesverfassungsgericht ist es den Ländern untersagt, die Heranziehung von Dateien zu erlauben, „die im Schwerpunkt oder gar ausschließlich zu strafprozessualen Zwecken erstellt werden“.<sup>3</sup> Auch wenn ein Kfz-Massenabgleich der Gefahrenabwehr dient, darf das Land nicht bei Gelegenheit der Gefahrenabwehrmaßnahme gleichzeitig zur Verfolgung von Straftaten ermächtigen, die mit der Anlassgefahr nichts zu tun haben. Aus dem Urteil des Bundesverwaltungsgerichts ergibt sich nichts anderes.

Dass im Übrigen auch die Suche nach gestohlenen Fahrzeugen schwerpunktmäßig der Strafverfolgung zuzuordnen ist, ist bereits in den vorangegangenen Schriftsätzen ausführlich erläutert worden.

---

<sup>2</sup> Max-Planck-Institut für internationales und ausländisches Strafrecht, Recht und Praxis der anlassbezogenen automatischen Kennzeichenfahndung, Verkehrsdatenabfrage und Mobilfunkortung zur Gefahrenabwehr in Brandenburg (2010), <http://info.publicintelligence.net/MaxPlanckInstitute-Report.pdf>, 136.

<sup>3</sup> BVerfGE 120, 378, 423, Abs. 152.

### 3. Verletzung des verfassungsrechtlichen Bestimmtheitsgebots

Der Senat hat das Land gefragt, aus welchen einzelnen Dateien in INPOL/SIS Kennzeichen extrahiert werden, zu welchem Zweck die jeweiligen Dateien geführt werden und auf welcher Rechtsgrundlage die Daten gespeichert werden. Schon alleine die Tatsache, dass man nach dem herangezogenen Vergleichsdatenbestand, seinem Zweck und seiner Rechtsgrundlage fragen muss, belegt, dass die Art. 33 Abs. 2 S. 2-5, 38 Abs. 3 bayPAG den zulässigen Vergleichsdatenbestand nicht mit der verfassungsrechtlich gebotenen Präzision und Vorhersehbarkeit regeln. Laut Bundesverfassungsgericht muss die gesetzliche Beschreibung der zugelassenen Vergleichsdaten ausschließen, dass sich der Umfang der einbezogenen Vergleichsdatenbestände laufend und in gegenwärtig nicht vorhersehbarer Weise verändert.<sup>4</sup> Dass die Art. 33 Abs. 2 S. 2-5, 38 Abs. 3 bayPAG eine solche Vorhersehbarkeit nicht gewährleisten, zeigen die Fragen des Senats.

Insbesondere kann der Bürger den Normen nicht entnehmen, dass ein Abgleich etwa mit der Datei „Gewalttäter Sport“ zulässig sein soll. Dabei handelt es sich nicht um eine Fahndungsdatei, denn nach den darin verzeichneten Personen wird nicht gefahndet oder gesucht.

Verfassungsrechtlich geboten ist zumindest die Nennung der Rechtsgrundlage der Ausschreibungen, mit denen ein Abgleich zugelassen werden soll, also etwa „mit Fahndungsausschreibungen nach § 163e Strafprozessordnung“ usw. Ohne die Angabe der Rechtsgrundlage könnten sogar ausländische Fahndungsdateien, die in Deutschland nicht rechtmäßig hätten erstellt werden dürfen, zum Abgleich herangezogen werden.

Das Bundesverfassungsgericht hat bemängelt, den damals angefochtenen Ermächtigungen zur automatisierten Kennzeichenerfassung sei insbesondere nicht zu entnehmen, dass zum Fahndungsbestand lediglich die INPOL-Verbunddateien „Sachfahndung“ und Sachfahndung nach dem Nationalen Schengener Informationssystem („NSIS-Sachfahndung“) beim Bundeskriminalamt gehören sollten.<sup>5</sup> Auch Art. 33 bayPAG regelt nicht, welche Dateien zum Abgleich herangezogen werden sollen und ob es sich um beim Bundeskriminalamt oder bei andernorts gespeicherte Dateien handeln soll.

---

4 BVerfGE 120, 378 (414), Abs. 131.

Die bayerische Formulierung gewährleistet in ihrer aktuellen Fassung nicht, dass sich der Gesetzgeber darüber im klaren war, welche Dateien er im Einzelnen einbezieht und welche Regelungen für die Aufnahme in diese Dateien gelten. Ferner ist nicht gewährleistet, dass die Polizei eindeutig bestimmen kann, welche Dateien sie für den Abgleich heranziehen darf. Dies können deswegen auch die Gerichte nicht dem Gesetz entnehmen. Schließlich kann der Bürger aus Art. 33 Abs. 2 S. 3 und 4 bayPAG nicht ersehen, mit welchen Daten sein Kennzeichen im Einzelnen abgeglichen werden darf, unter welchen Voraussetzungen er in den Fahndungsbestand aufgenommen werden kann und welche Regelungen dafür sonst gelten. Dies genügt dem Gebot der Normenklarheit nicht und führt zur Verfassungswidrigkeit der Norm.

#### **4. Verletzung des verfassungsrechtlichen Verhältnismäßigkeitsgebots**

Wie tief ein massenhafter Abgleich beliebiger Kfz-Kennzeichen in Grundrechte eingreift, welche Risiken und Nachteile die Maßnahme nach sich zieht, ist bereits umfassend ausgeführt worden. Neu ist allerdings die diesen Nachteilen gegenüberstehende, in der mündlichen Verhandlung offenbar gewordene Ineffizienz, welche selbst die schlimmsten Befürchtungen des Klägers noch in den Schatten stellt:

Nach Angaben des Landes werden Monat für Monat 8 Mio. Fahrer ohne jeden Anlass darauf überprüft, ob ihr Fahrzeug zur Fahndung, zur „polizeilichen Registrierung“ oder „polizeilichen Beobachtung“ ausgeschrieben ist (entspricht 185 Fahrzeugen pro Minute). 40.000-50.000mal im Monat (56-69mal pro Stunde) melden die Geräte das Antreffen eines gesuchten Fahrzeugs. Nur 500-600mal monatlich (also zu maximal 1,5%) liegt aber tatsächlich ein Treffer vor.

Treffermeldungen sind demnach nur in einem von 100 Fällen korrekt. Zu fast 99% geben die Geräte Fehlalarm, im Wesentlichen bedingt durch „Syntaxfehler des Systems“. Im statistischen Mittel muss sich die bayerische Polizei wegen des Kfz-Massenabgleichs nahezu jede Minute mit einer falschen Treffermeldung beschäftigen. Praktisch eine gesamte Einsatzkraft der Polizei muss rund um die

Uhr nur mit dem Verwerfen falscher Kfz-Treffermeldungen beschäftigt sein. Diese Ineffizienz übertrifft die schlimmsten Befürchtungen der Kritiker des Kfz-Massenabgleichs noch und belegt die Unverhältnismäßigkeit der bayerischen Norm.

An konkreten Ergebnissen nennt das Land einzig die Sicherstellung von 30-35 abhanden gekommenen Fahrzeugen pro Monat. Dieser Nutzen dürfte deutlich hinter den Kosten der Anschaffung und Unterhaltung der vielen Kfz-Scanner und dem Personalaufwand, den diese ständig nach sich ziehen, zurückbleiben. Dementsprechend hat der ehemalige schleswig-holsteinische Innenministers Hay erklärt, dass ein Kfz-Massenabgleich Ressourcen bindet, die „an anderen Stellen sinnvoller für operative Polizeiarbeit eingesetzt werden“ können.

Die Aussage des Landes, eine Benachrichtigung der Betroffenen finde selbst im Trefferfall nicht statt, belegt, dass die Art. 33 Abs. 2 S. 2-5, 38 Abs. 3 bayPAG eine solche Benachrichtigung nicht gewährleisten. Nach der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts ist dies verfassungswidrig. Aus dem informationellen Selbstbestimmungsrecht und dem Recht auf effektiven Rechtsschutz gegen rechtswidrige Eingriffe folgt ein Benachrichtigungsanspruch der Eingriffsbetroffenen. Einschränkungen dieses Benachrichtigungsrechts sind nur im Rahmen der Verhältnismäßigkeit zulässig.<sup>6</sup> Keineswegs darf von einer Benachrichtigung generell abgesehen werden,<sup>7</sup> wie es die Art. 33 Abs. 2 S. 2-5, 38 Abs. 3 tun. Wenn ein Kennzeichen als Treffer gemeldet, ein Bild und nähere Informationen gespeichert werden, womöglich auch Folgemaßnahmen eingeleitet werden, so hat der betroffene Bürger einen Anspruch darauf, zu erfahren, dass er infolge eines Kfz-Massenabgleichs angehalten, überprüft oder überwacht wurde. Nur so steht ihm effektiver Rechtsschutz gegen den Abgleich, der ihn möglicherweise in seinen gesetzlichen oder verfassungsrechtlichen Rechten verletzt, offen. Das vom Land pauschal angeführte Argument, eine Benachrichtigung könne den Zweck der Maßnahme gefährden, rechtfertigt keinesfalls einen generellen Ausschluss der Benachrichtigung. Dies ist bereits in der Berufungsbegründung umfassend erläutert worden, worauf Bezug genommen wird.

---

<sup>6</sup> Vgl. BVerfGE 100, 313 (397 f.); BVerfGE 109, 279 (366).

<sup>7</sup> Roßnagel, NJW 2008, 2548 (2550); ders., Verfassungsrechtliche Bewertung der automatisierten Erfassung von Kraftfahrzeugkennzeichen nach dem Urteil des Bundesverfassungsgerichts vom 11. März 2008 (2009), 57.

Die Bekl. hat in der mündlichen Verhandlung in ihrer Antwort zu Frage 20 des Gerichtes bestätigt, dass die vorhandenen stationären Geräte „rund um die Uhr“ in Betrieb sind. Bei einem Betrieb rund um die Uhr wird jedoch diese polizeiliche Maßnahme nicht mehr bei Vorliegen einer konkreten, im einzelnen Fall vorliegenden Gefahr eingesetzt bzw. aus einem konkreten Anlass. Deshalb ist ein allgemeiner, anlassunabhängiger Abgleich mit „INPOL-, Schengen- und anderen allgemeinen Fahndungsbeständen ausdrücklich nicht zulässig. Im Land Brandenburg liegt deshalb ausdrücklich eine Rahmenrichtlinie zur automatischen Kennzeichenfahndung vor, die den anlasslosen bzw. ohne Bestehen einer Gefahrensituation vorgenommenen Einsatz der automatischen Kennzeichenfahndung verbietet.<sup>8</sup>

#### „Erfolg“-quote

Angesichts der einzigen Angabe des Bekl., die eine polizeiliche Massnahme als Folge eines Treffers erkennen läßt, die angegebene Sicherstellung von 30 bis 35 abhanden gekommenen Fahrzeugen im Monat, drängt sich die Frage auf, welche sonstige Erfolgshaftigkeit bei den weiteren dem Gericht mitgeteilten 500 bis 600 nach Fehlerbereinigung vermeldeten Treffern tatsächlich gegeben ist. Das beklagte Land hat auf entsprechende Nachfrage nach dem weiteren Schicksal der „echten“ Treffermeldungen, also welche Maßnahmen sich hieran angeschlossen haben und welcher polizeiliche Erfolg ermöglicht worden ist, mitgeteilt, dass hierzu keine weiteren Aussagen vorgenommen werden könnten. Das verwundert, wenn man davon ausgeht, dass jeder Treffer auch sogleich vollzugspolizeiliche Maßnahmen der den jeweiligen Kontrollpunkten nachgeordneten Polizeibeamten auszulösen geeignet ist, und sei es nur die der einfachen Personalienfeststellung von Fahrer und Insassen.

Es drängt sich daher die Vermutung auf, dass in den restlichen 95% der Fälle keine unmittelbaren polizeilichen Maßnahmen getroffen werden und die Aussage in der mündlichen Verhandlung vom 17.10.2011 zu Frage 13 (S.5), dass zu veranlassende unmittelbare weitere Maßnahmen wie Sicherstellung, Identitätsfeststellung ect. „nur im Ausnahmefall zurückgestellt“ würden, „z.B. wenn aktuell nicht genügend Einsatzkräfte verfügbar seien“, den Regelfall meint. Nach gegebener Auskunft ist mit anderen Worten davon auszugehen, dass 95% der bereinigten polizeilichen Trefferquote nicht zu Maßnahmen vor Ort führen und es damit einem konkreten Zusammenhang zu einem bestimmten Anlass bzw.

---

<sup>8</sup> Vgl. Max-Planck-Institut aaO. S. 105.

Gefahrensituation fehlt oder aber 95 % der Treffer sich nur in beobachtender Weise realisieren. Wäre dies anders, dann könnte die Polizei entsprechende Aufgriffserfolge auch als solche mitteilen.

## **5. Rechtswidrige Durchführung des Kfz-Massenabgleichs**

Die bayerische Polizei wendet die Art. 33 Abs. 2 S. 2-5, 38 Abs. 3 bayPAG zudem nicht gesetzeskonform an. Entgegen der gesetzlichen und verfassungsrechtlichen Vorgaben werden die Daten von Fahrzeugen, die nicht zur Fahndung ausgeschrieben sind, keineswegs „sofort und spurenlos“ gelöscht. Vielmehr bleiben die erfassten Kfz-Kennzeichen in verschleierter Form in einer Protokolldatei gespeichert.

Das angewandte MD5-Verfahren stellt entgegen den Angaben des Landes (siehe Antworten 1, 4, 9 und 16 des Beklagten) keineswegs eine Anonymisierung dar, sondern nur eine Pseudonymisierung. Aus dem verschleierte Kennzeichen lässt sich mit wenig Aufwand auf den Klartext des Kennzeichens rückschließen, und zwar in nahezu allen Fällen eindeutig. Dies beruht darauf, dass die Polizei über die eingesetzte Verschlüsselungsfunktion verfügt. Um ein Kennzeichen zu entschlüsseln, genügt es, sämtliche denkbare Kfz-Kennzeichen unter Verwendung dieser Funktion zu verschlüsseln, solange bis eine Übereinstimmung vorliegt (sog. Brute-Force-Verfahren). Bei dem heutigen Stand der Computertechnik kann die Polizei so innerhalb kürzester Zeit jedes verschlüsselt protokollierte Kennzeichen wieder rekonstruieren. In vielen Fällen genügt bereits eine Google-Suche nach dem MD5-Code, um den zugehörigen Klartext zu ermitteln.

Zum Beweis beziehen wir uns auf das sachverständige Zeugnis des Landesdatenschutzbeauftragten, den das Gericht ohnehin anhören wollte. Der Landesdatenschutzbeauftragte wird bestätigen können, dass das vom Land eingesetzte MD5-Verfahren keine Anonymisierung, sondern lediglich eine umkehrbare Pseudonymisierung darstellt, die den Personenbezug des verschleierte Kennzeichens nicht entfallen lässt.

Der Landesdatenschutzbeauftragte sollte auch Gelegenheit haben, seine auch gegen die jetzige geltende Regelung geäußerten verfassungsrechtlichen Bedenken



darzulegen. Im 23. Tätigkeitsbericht vom 01.12.2009<sup>9</sup> hat der Datenschutzbeauftragte ausdrücklich bedauert, dass der Bekl. die automatisierte Kennzeichenerfassung nicht ausdrücklich auf Stichprobenkontrollen beschränkt hat. Des Weiteren hat der Datenschutzbeauftragte moniert, dass nicht vorgesehen sei, Lageerkennnisse, auf die sich die Maßnahme stützt, gemäß dem Urteil des Bundesverfassungsgerichtes vom 11.03.2008 zu dokumentieren. Auch hält der Datenschutzbeauftragte die Umschreibung mit „anderen polizeilichen Dateien“, mit denen ein Abgleich der Kfz-Kennzeichen möglich sei, für wenig präzise, weil dadurch ein Abgleich mit nahezu allen polizeilichen Dateien ermöglicht werde. Auch diesem vom Bundesverfassungsgericht aufgestellten Gebot entspricht die gesetzliche Regelung nicht. Auch hierzu sollte der Datenschutzbeauftragte gehört werden.

## **6. Weiterer Vortrag**

Was die weiteren Angaben des Landes angeht, ändern diese nichts an unseren Ausführungen in vorangegangenen Schriftsätzen, auf die Bezug genommen wird. Es wird weiterhin Vorlage an das Bundesverfassungsgericht beantragt.

Die in Betracht gezogene Beteiligung des Landesdatenschutzbeauftragten, gerade zur Frage der Verfassungsmäßigkeit der Art. 33 Abs. 2 S. 2-5, 38 Abs. 3 bayPAG nach Maßgabe der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichtes, würde der Kläger begrüßen.

Dr. Kauß  
Rechtsanwalt

---

<sup>9</sup> 23. Tätigkeitsbericht der Bayerischen Landesdatenschutzbeauftragten, Lt.-Drs. 16/2100, S. 25

# Dr. Kauß & Weingart

## Rechtsanwaltskanzlei

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

Per Telefax 089/2130-230  
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

06/03/12 ka/pf  
09/001350  
(Bitte stets angeben)

In der Verwaltungsrechtssache

Benjamin Erhart

**AZ: 10 BV 09.2641**

g e g e n

Freistaat Bayern

wird im Nachgang zum Schriftsatz vom 05.03.2011 ergänzend ausgeführt:

Zur Beurteilung der Frage, ob die angegriffene Gesetzesfassung mit ihrem Hinweis auf die zulässiger Weise nur abgleichbaren „polizeilichen Fahndungsdateien“ zu nachfolgend genannten einzelnen Zwecken eine zureichende Spezifizierung im Sinne der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts ist, sollte die Bekl. die geltende Fassung der Polizeidienstvorschrift „PDV 384.1 – Fahndung“ in der jetzt gültigen Fassung vorlegen. Hierbei handelt es sich um die zentrale polizeiliche Dienstvorschrift für die Fahndung nach Sachen und Personen.

Bei der für das Jahr 2005 geltenden Fassung der PDV 384.1, die seinerzeit auch dem Bundesverfassungsgericht in den dort erfolgreich durchgeführten Verfassungsbeschwerden gegen das hessische und das schleswig-holsteinische Polizeigesetz vorgelegt worden ist, hat sich ergeben, dass dort noch keine präzise Trennung zwischen Gefahrenabwehr und Strafverfolgung vorgenommen worden ist. Allein die Tatsache, dass unter den gespeicherten Daten sich auch Kfz-Daten und

hierbei insbesondere die als selbstständige Suchbegriffe gespeicherte amtliche Kennzeichen befanden, konnte so unabhängig von der Frage des Ausschreibungsanlasses und Ausschreibungszweckes (vgl. Anlage 3 zur PDV 348.1 für die nationale Sachfahndung und Anlage 4 für die Schengenweite Sachfahndung- SIS) das Kennzeichen zum Gegenstand des automatisierten Abgleiches machen.

Der Bekl. wird um Vorlage der PDV an das Gericht gebeten.

Dr. Kauß  
Rechtsanwalt