

# Dr. Udo Kauß

## Rechtsanwalt

RA Dr. Udo Kauß, Herrenstraße 62, 79098 Freiburg

Per Fax  
Bayerischer Verwaltungsgerichtshof  
Postfach 34 01 48

80098 München

Herrenstraße 62  
79098 Freiburg i. B.

Telefon: 0761/702093  
Telefax: 0761/702059

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

In dem Rechtsstreit  
des Benjamin Erhardt  
**AZ: 10 BV 09.2641** g e g e n  
den Freistaat Bayern  
wg. Unterlassung

wird in Vorbereitung der mündlichen Verhandlung ergänzend vorgetragen:

Was den neuerlichen Vortrag der Landesadvokatur im Schriftsatz vom 04.12.2012 zur Frage der Zulässigkeit der Berufung betrifft, sollte einem Vortrag, der eine Rechtsstreitigkeit deshalb als verfassungsrechtliche Rechtsstreitigkeit der Zuständigkeit der allgemeinen Gerichtsbarkeit (ordentliche Gerichtsbarkeit, Verwaltungsgerichtsbarkeit etc-) entziehen will, weil es hierbei um die abgeleitete Frage geht, ob ein Gesetz verfassungsgemäß ist oder nicht, kein Erfolg beschieden sein. Es geht dem Kläger dieses Verfahrens um die Unterlassung der automatischen Kennzeichenüberwachung durch die bayerische Polizei. Für den Fall, dass das Gericht die Verfassungswidrigkeit der zugrunde liegenden Norm des PAG als gegeben sieht, wie dies Auffassung des Kl. ist, dann hat das Gericht von der im Grundgesetz in Art. 100 GG vorgesehenen Möglichkeit Gebrauch zu machen, den Rechtsstreit dem Bundesverfassungsgericht vorzulegen. Aber deshalb würde das zugrunde liegende Verfahren nicht etwa unzulässig, wie die Landesadvokatur meint. Das gilt in

gleicher Weise auch dann, wenn das Gericht entgegen der Auffassung des Kl. von der Verfassungsgemäßheit der Norm ausgeht. Auch dann bleibt das Gericht materiell zuständig und hat das Vorliegen der gesetzlichen Voraussetzungen für ein Tun bzw. Unterlassen in eigener Kompetenz zu überprüfen.

Was die bisherigen sonstigen Ausführungen der Landesadvokatur betrifft, wird auf die vorausgegangenen Schriftsätze Bezug genommen, an deren Inhalt festgehalten wird, und ergänzend vorgetragen:

Wenn die Landesadvokatur sinngemäß ausführt, Polizeibeamte seien gleichfalls nicht nur stichprobenhaft im Dienst, verkennt sie, dass Polizeibeamte nicht ständig und massenhaft Kfz-Kennzeichen abgleichen. Streifenfahrten sind von der Eingriffsintensität her mit einem automatisierten Kfz-Massenabgleich nicht zu vergleichen.

Soweit der Freistaat ausschließlich von ihr sogenannte "Trefferdaten" protokolliert, so ist dieser Begriff irreführend und nur im technischen Sinn zu verstehen. Denn tatsächlich handelt es sich fast durchweg um zufällige Datensätze Unschuldiger. Die Notierung eines Treffers bedeutet also nicht, dass dem gemeldeten Treffer eine vorherige Erfassung bzw. Notierung der betroffenen Person bzw. des entsprechenden KFZ's in polizeilichen Dateien entspricht.

Wenn, wie eingeräumt wird, bei 99% der als "Treffer" gemeldeten Fahrzeuge eine Fehlerkennung vorliegt, kann von "Treffern" im Sinne des Wortes keine Rede sein. Dementsprechend ist es auch unzulässig, die Fehltreffer zu protokollieren, sei es pseudonymisiert.

Entgegen der Darstellung der Landesadvokatur ist ein Brute-Force-Angriff bei dem heutigen Stand der Technik nicht mit erheblichem Aufwand verbunden, insbesondere nicht bei Nutzung vorberechneter Tabellen ("Rainbow-Tables"), was der Herr Landesdatenschutzbeauftragte in seine Anhörung bestätigen wird.

Beweis: Sachverständiges Zeugnis des Landesdatenschutzbeauftragten"

Dabei wird als Problem der Datensicherheit auch die Frage zu erörtern sein, wie sicher die im Rechner vor Ort gespeicherten und abzugleichenden Dateien gegen

unbefugten Zugriff geschützt sind, und wie es um die Übertragungssicherheit zur Einsatzzentrale des jeweils zuständigen Polizeipräsidiums bestellt ist.

Soweit der Vortrag der Landesadvokatur die Ergebnisse des Forschungsvorhabens des Max-Planck-Instituts zur geringen Bedeutung einer gefahrenabwehrenden automatischen Kennzeichenüberwachung in Abrede stellen will (S.3.), um die es hier im Rechtsstreit geht, dann geschieht mit der Unterstellung absichtsvoller statistischer Bearbeitung. Dies ist wenig sachgerecht, auch wenn die Landesadvokatur meint, sich hierzu auf das MPI-Gutachten berufen zu können.

Besonders problematisch ist es, wenn die Landesadvokatur die Legitimation nichtstrafprozessualen exekutiv-präventivpolizeilichen Zugriffs letztlich daraus ableitet, dass das Interesse der Bürger in erster Linie nicht auf das strafprozessuale Ergebnis einer Verurteilung eines Rechtsbrechers geht, sondern auf die Wiedererlangung z.B. des gestohlenen Eigentums. Über diesen Umweg schrumpft das strafprozessuale Suchen nach dem Täter und die damit verbundene Regelungen und Beschränkungen nach der Strafprozessordnung zu einer rechtstaatlichen Restkategorie, während die präventivpolizeiliche Handlungsvariante den Zugriff gerade auf die Unschuldigen, die Unverdächtigen zum systematischen Bestandteil ihres Sicherheitskonzepts macht. Die präventivpolizeiliche Handlungsvariante der Polizei ist seiner Systematik nach unendlich, denn Recht gebrochen wird immer und überall, und damit und in dieser Logik der Zugriff in die Rechte Einzelner und Nichtbetroffener erlaubt. Ganz anders die strafprozessuale Handlungsvariante, die durch Straftat und Straftatsverdacht gegenüber dem Einzelnen demgegenüber tendenziell restringierend wirkt.

Soweit der Bekl. ausführen lässt, dass jeder „Echt-Treffer“ (es gibt sie also, die „Unecht-Treffer“) eine polizeiliche Maßnahme nach sich folgen lässt (S. 12), also keine in diesem Sinne Vorratsspeicherung erfolgt, so ist diese Argumentation irreführend. Der Bekl. verweist darauf, dass die Präsidien und Dienststellen der Bayerischen Polizei, in deren Bereich sich eine AKE-Anlage befindet, sich auf deren Existenz eingerichtet hätten und diese seien daher in der Lage, die anfallenden Treffer auch abzuarbeiten. Die Fälle, in denen keine Anhaltung erfolgt, weil keine oder nicht ausreichende Kräfte zur Verfügung stehen, seien äußerst selten und stellen die „absolute Ausnahme“ dar (S.12).

Das ist nicht nachvollziehbar, bzw. wäre nur dann nachvollziehbar, wenn belegt sein würde, dass an jeder AKE-Anlage im unmittelbar nachfolgenden Straßenbereich

stationäre oder mobile Polizeiposten stünden, die – nach Ausscheiden der „Nicht-Echt-Treffer“ die „Echt-Treffer“ anhielten und einer polizeilichen Kontrolle unterzögen. Genau das passiert aber nicht, und ist auch der bayerischen Polizei schon personalmäßig gar nicht möglich, weshalb ein schon erklecklicher Teil von Bundesländern, voran Schleswig-Holstein, auf die Einführung dieser Befugnis generell verzichtet haben. Entgegen den Ausführungen des Bekl. dürfte die „absolute Ausnahme“ die alltägliche Regel sein. Die nur datenmäßige weitere Bearbeitung von „Echt-Treffern“, die eigentlich eine Anhaltung erforderten, in den Dienststellen und Präsidien ist keine Abarbeitung im Sinne des Gesetzeszweckes, sondern und belegt aufs Eindringlichste die verfassungsrechtliche Kritik an dieser Kontrollmethode als eine unverhältnismäßige vornehmlich datengestützte Überwachung der Bürger. Dadurch wird aus einer Kennzeichenfahndung eine nicht vom Gesetzeszweck gedeckte Kennzeichenerfassung.

Die MPI-Untersuchung kritisiert, dass der bayerische Gesetzestext nicht die sofortige Löschung der sog. Nicht-Treffer-Daten vorsieht. Dass nach dem Vortrag des Bekl. die Praxis anders aussehe, wird von Klägerseite angesichts der technischen Gegebenheiten der Rückverfolgung als nicht stichhaltig angesehen und mehr als ein darauf gerichteten Wunschenken gewertet, denn als Realität. Wesentlicher und jenseits dieser Technik-Problematik ist, dass das Gesetz nicht der vom Verfassungsgericht vorausgesetzten spurenlosen Erfassung folgt, sondern über den subjektiven Begriff der „Unverzüglichkeit“ zur Löschung eine gar Monate lange Vorhaltung von Nicht-Treffer-Daten erlaubt (vgl. Rheinland-Pfalz und seine bereits zitierte Gesetzgebung, die von einem Zeitraum von zwei Monaten noch als einer unverzüglichen Löschung ausgeht). Dann handelt es sich auch nicht mehr, wie ob dargelegt, um eine Kennzeichen“fahndung“, sondern im rechtstechnischen Sinne um eine Kennzeichen“erfassung“, die aber gerade von dem Bekl. in Abrede gestellt wird. An diese sind höhere Anforderungen zu stellen, als sie im PAG gegeben sind, weil sie eine veränderte höhere Eingriffsqualität beinhaltet.

Die Erstellung von Bewegungsprofilen, als einer dem von Gesetz mitbenannten Zwecke der automatischen Kennzeichenüberwachung, folgt den Anordnungen in den sog. polizeilichen „Fahndungsdateien“. Diese sehen aber selbst keine hinreichende Trennung in präventive und strafverfolgerische Zwecke vor.

Zum Begriff des „Fahndungsbestandes“ in § 28 Abs. 1 S. 2 BKAG heißt es in der Begründung des entsprechenden Gesetzentwurfs der Bundesregierung vom 31.05.1995: *„Der Datenabgleich mit dem Fahndungsbestand, d.h. mit den Dateien ‚Personenfahndung‘ und ‚Sachfahndung‘, ist stets zulässig, ohne daß die Voraussetzungen des Satzes 1 vorliegen müssen.“* (BT-Drs. 13/1550, S. 36, <http://dip.bundestag.de/btd/13/015/1301550.pdf>.) In der mündlichen Verhandlung am 11.03.2012 vor dem Bundesverfassungsgericht mussten die Vertreter der Beschwerdegegner zugestehen, dass diese Definition nicht abschließend ist. Nach Ansicht des Landes Hessen seien zum Begriff des „Fahndungsbestandes“ zwischenzeitlich zumindest auch die Dateien „SIS-Personenfahndung“ und „SIS-Sachfahndung“ zu zählen (vgl. PDV 384.1 Anlage 4). Das Land Schleswig-Holstein vertrat weiterhin die Auffassung, dass alle polizeilichen Dateien zur Suche nach Personen und Sachen gemeint seien. Die Polizei sei berechtigt, die INPOL-Fahndungsdaten im Einzelfall um eigene Ausschreibungen zur Gefahrenabwehr zu ergänzen. Auch solche Ergänzungen sollen offenbar dem „Fahndungsbestand“ zuzuordnen sein, der nach § 184 LVwG allein zum Abgleich heran gezogen werden darf. All dies macht deutlich, dass der Gesetzgeber zumindest vor dem Hintergrund der besonderen Eingriffstiefe eines massenhaften Fahrzeugabgleichs verfassungsrechtlich nach wie vor gehalten ist, selbst festzulegen, mit welchen Daten genau der Abgleich zugelassen werden soll. Der Begriff des „Fahndungsbestandes“ ist nicht hinreichend präzise und er wird nicht dadurch präziser, dass einzelne Teile die einzelnen Zweckrichtungen der Fahndungsdateien in einer Weise aufgeführt werden, wie dies in Art. 33 Abs. 2 S. 1- PAG der Fall ist. Nur die Bestimmung in S.4 dieser Vorschrift betrifft im eigentlichen den polizeirechtlichen landeskompetenziellen Bereich.

Vor dem Hintergrund der Eingriffstiefe der Maßnahme wäre stattdessen eine präzise Regelung verfassungsrechtlich geboten gewesen.

Diese Bedenken kumulieren in den heute durchgängig verwandten operativen polizeilichen Dateien, die in der PDV 384.1 unter Punkt 6.2 als sog. „interne Fahndungshilfsmittel“ und unter Punkt 6.3. als sog. „externe Fahndungshilfsmittel“ aufgeführt sind, und die von dem Bekl. bisher nicht vorgelegt worden sind.

Nicht ausreichend ist, dass die – ebenfalls bisher nicht vorgelegten – Errichtungsanordnungen der entsprechenden INPOL-Fahndungsdateien unvollständige Einträge bisher nicht zulassen sollen. Die Errichtungsanordnungen

können sehr schnell geändert werden, gerade vor dem Hintergrund des zunehmenden Einsatzes automatisierter Kennzeichenlesegeräte.

Abschließend

Bei den gegebenen Mängeln sollte es dem Bekl. untersagt werden, diese Fahndungsmethode solange anzuwenden, bis eine verfassungskonforme Regelung, soweit dies bei dieser Fahndungsmethode überhaupt machbar ist, gefunden ist.

Dr. Kauß  
Rechtsanwalt