

Dr. Udo Kauß
Rechtsanwalt

Abschrift

RA Dr. Udo Kauß, Herrenstraße 62, 79098 Freiburg

Herrenstraße 62
79098 Freiburg i. B.

Bundesverwaltungsgericht
Simsonplatz 1

Telefon: 0761/702093
Telefax: 0761/702059

04107 Leipzig

03/05/13 ka/pf
09/001350
(Bitte stets angeben)

In der Verwaltungsrechtssache

Benjamin Erhart

- Berufungskläger und Kläger -

AZ: BVerwG 6 C 7.13 g e g e n

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

- Berufungsbeklagter und Beklagter -

wegen Kfz-Massenabgleich in Bayern

beantragen wir,

1. das Verfahren dem Bundesverfassungsgericht nach Art. 100 GG vorzulegen zur
Entscheidung über die Vereinbarkeit der Art. 33 Abs. 2 S. 2-5, 38 Abs. 3 bayPAG
mit den Artikeln 2 Abs. 1, 1 Abs. 1, 19, 74 GG,

2. das beklagte Land in Abänderung des Urteils des Verwaltungsgerichtshofs München vom 23.09.2009 (Az. M 7 K 08.3052) und des Urteils des Verwaltungsgerichtshofs München vom 17.12.2012 (Az. 10 BV 09.2641) zu verurteilen, es zu unterlassen, durch den verdeckten Einsatz automatisierter Kennzeichenerkennungssysteme Kennzeichen von Kraftfahrzeugen, die auf den Kläger zugelassen sind, zu erfassen und mit polizeilichen Dateien abzugleichen.

Begründung:

1 Rechtliche Würdigung

1.1 Zulässigkeit

Die Revision ist statthaft, weil vom Verwaltungsgerichtshof zugelassen worden. Sie ist frist- und formgerecht eingelegt worden und ist fristgerecht begründet.

1.2 Begründetheit

Die zulässige Revision ist begründet.

Das Urteil des Verwaltungsgerichtshofs beruht auf der Verletzung der Art. 2 Abs. 1, Art. 1 Abs. 1, 19 Abs. 4 und 74 GG. Aus den Art. 2 Abs. 1, Art. 1 Abs. 1 GG hat der Kläger einen Anspruch darauf, dass das beklagte Land es unterlässt, durch den verdeckten Einsatz automatisierter Kennzeichenerkennungssysteme Kennzeichen von Kraftfahrzeugen, die auf den Kläger zugelassen sind, zu erfassen und mit polizeilichen Dateien abzugleichen. Dieser Maßnahme fehlt es an einer wirksamen Rechtsgrundlage, weil die Art. 33 Abs. 2 S. 2-5, 38 Abs. 3 bayPAG mit den Artikeln 2 Abs. 1, 1 Abs. 1, 19, 74 GG unvereinbar und nichtig ist.

Das Urteil des Verwaltungsgerichtshofs beruht ferner auf der Versagung rechtlichen Gehörs (§ 138 VwGO). Der Kläger ist nicht wie geboten darauf hingewiesen und dazu gehört worden, dass der Verwaltungsgerichtshof eine Teilverfassungswidrigkeit der Art. 33 Abs. 2 S. 2-5, 38 Abs. 3 bayPAG im Hinblick auf die Fassung des Klageantrags für unerheblich hält.

1.2.1 Grundrechtseingriff

Der Verwaltungsgerichtshof hat rechtsirrig einen Grundrechtseingriff in so.g. Nichttrefferfällen verneint.

1.2.1.1 Allgemeines Persönlichkeitsrecht

Folgt man der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts, so greift der automatisierte Abgleich des klägerischen Kfz-Kennzeichens in das allgemeine

Persönlichkeitsrecht des Klägers ein. Der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts zufolge ist Betroffener einer Überwachung jeder, in dessen Persönlichkeitsrechte durch die Maßnahme eingegriffen wird.¹ Dies ist im Fall des Kfz-Kennzeichenabgleichs bei jeder Person der Fall, die eingetragene Halterin ihres Pkw ist und mit ihm regelmäßig auf Straßen in dem jeweiligen Bundesland unterwegs ist.² Dies ist bei dem Kläger der Fall.

Der Verwaltungsgerichtshof vertritt in dem angefochtenen Urteil die Auffassung, an einem Eingriff in die Grundrechte des Klägers fehle es, wenn die von ihm erhobenen und abgeglichenen Daten sogleich wieder spurlos gelöscht würden. Zur Begründung hat er auf die Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts Bezug genommen.³ Diese Interpretation ist jedoch rechtsfehlerhaft:

Mit Urteil vom 11.03.2008 hat das Bundesverfassungsgericht lediglich die Auffassung vertreten, im Nichttrefferfall könne es an einem „*Eingriff in den Schutzbereich des Rechts auf informationelle Selbstbestimmung*“ fehlen.⁴ Der Anwendungsbereich des allgemeinen Persönlichkeitsrechts geht demgegenüber sehr viel weiter als der Schutzbereich des Rechts auf informationelle Selbstbestimmung. Das Bundesverfassungsgericht hat in dem Kfz-Massenabgleich – also in der Erhebung und Verarbeitung von Kfz-Kennzeichen, Ort, Datum, Uhrzeit und Fahrtrichtung des Betroffenen – durchaus einen Eingriff in das allgemeine Persönlichkeitsrecht sämtlicher betroffener Halter gesehen. In seinem Urteil hat es ausgeführt: „*Betroffener einer Überwachung ist jeder, in dessen Persönlichkeitsrechte durch die Maßnahme eingegriffen wird (vgl. BVerfGE 109, 279 <308>; 113, 348 <363>).*“⁵ Entgegen der Annahme des Verwaltungsgerichts ist hier nicht nur von der Betroffenheit, sondern von einem Eingriff die Rede. Wenn der Kfz-Massenabgleich jeden Autofahrer betrifft,⁶ so liegt nach der Formulierung des Bundesverfassungsgerichts auch ein Eingriff „in dessen Persönlichkeitsrechte“ vor. Nur weil das Bundesverfassungsgericht schon in der Erhebung und dem Abgleich des Kennzeichens einen Grundrechtseingriff gesehen hat, konnte es sich in seinem Urteil überhaupt dazu äußern, unter welchen Voraussetzungen ein Kfz-Massenabgleich – und nicht erst die Verwendung der gewonnenen Trefferdaten – gesetzlich zugelassen werden darf.⁷ Stellten die Erfassung und der Abgleich noch keine Grundrechtseingriffe dar, wären sie einschränkungslos zulässig. Eben dies ist nach dem Urteil des Bundesverfassungsgerichts aber nicht der Fall.

Auch in der Sache greift die Auffassung des Verwaltungsgerichtshofs, die unverzügliche Löschung der „Nichttreffer“ bedeute, dass die Betroffenen durch die Maßnahme in ihren Rechten nicht beeinträchtigt seien, zu kurz. Die Betroffenen wissen nämlich eben nicht, ob ihr Kennzeichen im Fahndungsbestand verzeichnet ist und ob ihre Bewegungen

1 BVerfGE 120, 378 (396 f.), Abs. 60.
2 BVerfGE 120, 378 (396 f.), Abs. 60.
3 VGH München, 10 BV 09.2641 vom 17.12.2012, Abs. 70.
4 BVerfGE 120, 378 (399), Abs. 68.
5 BVerfGE 120, 378 (396 f.), Abs. 60.
6 BVerfGE 120, 378 (396 f.), Abs. 60.
7 BVerfGE 120, 378 (430 ff.), Abs. 171 ff.

gespeichert werden oder nicht. Wegen der Existenz einer bayerischen Ermächtigung zum Kfz-Massenabgleich muss jeder Fahrzeugführer auf bayerischen Straßen damit rechnen, dass sein Fahrverhalten aufgrund einer ihm unbekannten Ausschreibung zur Beobachtung erfasst und gespeichert wird. Den Betroffenen droht nicht nur ein Aufgreifen durch die Polizei. Vielmehr sehen die maßgeblichen Fahndungsdateien auch eine Ausschreibung „zur Beobachtung“ vor. In diesem Fall werden die Bewegungen der Betroffenen dauerhaft aufgezeichnet und beobachtet. Eine Ausschreibung zur Beobachtung wird einer davon betroffenen Person in aller Regel nicht mitgeteilt. Es besteht keine Möglichkeit für eine betroffene Person, eine gegebenenfalls bestehende Ausschreibung auf ihre Rechtmäßigkeit zu überprüfen. Im Ergebnis müssen alle Benutzer bayerischer Straßen mit der Erstellung von Bewegungsprofilen rechnen, und zwar auch über lange Zeiträume hinweg, ohne dass sie von der Profilerstellung und der dieser vorausgehenden Erfassung erfahren.

Im Rahmen der grundrechtlichen Würdigung sind nicht nur die den Betroffenen tatsächlich drohenden Nachteile zu berücksichtigen, sondern auch die Nachteile, die von den Betroffenen nicht ohne Grund befürchtet werden.⁸ Wer wegen Art. 33 Abs. 2 S. 2-5 bayPAG damit rechnen muss, dass sein gesamtes Fahrverhalten aufgezeichnet und nachvollzogen werden kann, der wird sein Bewegungsverhalten entsprechend anpassen. Der durch Art. 33 Abs. 2 S. 2-5 bayPAG erzeugte psychische Druck führt mittelbar zu Störungen der Handlungs- und Bewegungsfreiheit.

Die grundlegenden Ausführungen des Bundesverfassungsgerichts im Volkszählungsurteil treffen auf das Kfz-Kennzeichenscanning in besonderer Weise zu:

„Wer unsicher ist, ob abweichende Verhaltensweisen jederzeit notiert und als Information dauerhaft gespeichert, verwendet oder weitergegeben werden, wird versuchen, nicht durch solche Verhaltensweisen aufzufallen. Wer damit rechnet, daß etwa die Teilnahme an einer Versammlung oder einer Bürgerinitiative behördlich registriert wird und daß ihm dadurch Risiken entstehen können, wird möglicherweise auf eine Ausübung seiner entsprechenden Grundrechte (Art. 8, 9 GG) verzichten. Dies würde nicht nur die individuellen Entfaltungschancen des Einzelnen beeinträchtigen, sondern auch das Gemeinwohl, weil Selbstbestimmung eine elementare Funktionsbedingung eines auf Handlungsfähigkeit und Mitwirkungsfähigkeit seiner Bürger begründeten freiheitlichen demokratischen Gemeinwesens ist.“⁹

Wer alleine die Auswirkungen des Kennzeichenabgleichs auf den einzelnen Betroffenen betrachtet, verkennet mithin die abschreckende Wirkung, die ein zeitlich unbegrenzter, dauerhafter Massenabgleich von Kfz-Kennzeichen auf unsere Gesellschaft insgesamt hat.

Dementsprechend sehen die Zivilgerichte bereits in dem Aufstellen einer Kameraattrappe einen Eingriff in das allgemeine Persönlichkeitsrecht.¹⁰ Denn die freie Entfaltung der

⁸ BVerfGE 100, 313 (376).

⁹ BVerfGE 65, 1 (43).

¹⁰ LG Bonn, NJW-RR 2005, 1067; LG Berlin, GE 1991, 405; AG Charlottenburg, MM 2004, 77; AG Aachen, NZM 2004, 339; AG Berlin-Wedding, WuM 1998, 342.

Persönlichkeit ist bereits dann beeinträchtigt, wenn der Anschein einer Aufzeichnung und Kontrolle des eigenen Verhaltens erweckt wird. Die abschreckende Wirkung eines solchen Anscheins beeinträchtigt die unbefangene, freie Entfaltung der Persönlichkeit. Selbst, wenn tatsächlich nur eine Attrappe vorliegt, kann sich der Betroffene nicht sicher sein, ob dies so ist und bleibt. Er muss vielmehr damit rechnen, dass tatsächlich eine Aufzeichnung und Auswertung erfolgen könnte.

Nicht anders verhält es sich bei Einrichtungen zum Einlesen von Kfz-Kennzeichen. Auch hier kann niemand sicher sein, von der Maßnahme nicht betroffen zu sein. Was mit den erfassten Daten geschieht, ist nicht erkennbar. Ebenso wenig ist erkennbar, ob das Kennzeichen des Klägers in einer polizeilichen Datei ausgeschrieben ist oder wird. Dies kann auch ohne Veranlassung erfolgen, beispielsweise aufgrund eines Fehlers. Der Kläger besucht mitunter Demonstrationen, so dass nicht ausgeschlossen ist, dass eine Speicherung in diesem Zusammenhang erfolgt ist oder erfolgen wird. Der Kläger wird von einer etwaigen Speicherung auch nicht benachrichtigt. Selbst, wenn sein Kfz-Kennzeichen gegenwärtig nicht gespeichert ist und auch künftig nicht eingespeichert wird – was unsicher ist –, muss der Kläger befürchten, aufgrund des Kfz-Massenabgleichs irrtümlich angehalten und kontrolliert zu werden. Denn nicht selten werden von der Technik nicht gesuchte Fahrzeuge fälschlich gemeldet. Dies kommt nach den eigenen Angaben des beklagten Landes 40.000-50.000mal im Monat (56-69mal pro Stunde) vor. Falschmeldungen durch eine menschliche Nachprüfung zu korrigieren, wird nicht immer gelingen. Außerdem kann bereits die Ausschreibung zu Unrecht oder irrtümlich erfolgt sein. Sachkundige Stimmen gehen davon aus, dass dies bei den meisten Ausschreibungen der Fall sei,¹¹ was in Anbetracht der strafrechtlichen Einstellungsquote durchaus plausibel erscheint.

1.2.1.2 Recht auf informationelle Selbstbestimmung

Daneben greift die Maßnahme auch in das Grundrecht des Klägers auf informationelle Selbstbestimmung ein. Dieses Grundrecht schützt vor jeglicher Erhebung, Speicherung, Verwendung und Weitergabe persönlicher Lebenssachverhalte ohne den Willen des Betroffenen.¹²

Die automatisierte Erfassung von Kfz-Kennzeichen und ihr Abgleich mit Suchlisten stellt zweifellos eine Erhebung und Verwendung personenbeziehbarer Lebenssachverhalte dar. Nach bislang ständiger Rechtsprechung liegt schon in der Erfassung personenbezogener Daten ein Grundrechtseingriff, weil die Datenerhebung die Grundlage für eine etwa nachfolgende Datenverarbeitung schafft. An einem Eingriff fehlt es nur, soweit Daten ungezielt und allein technikbedingt miterfasst, unmittelbar nach der Erfassung aber technisch wieder spurlos, anonym und ohne die Möglichkeit, einen

11 So Roggan, APr. des sächsischen Landtags 4/60540 (Fn. 11), 38.

12 St. Rspr. seit BVerfGE 65, 1 (42 f.); in neuerer Zeit etwa BVerfGE 103, 21 (32 f.).

Personenbezug herzustellen, ausgesondert werden.¹³ In einem solchen Fall des bloßen „Durchflusses“ kann der Tatbestand der Datenerhebung verneint werden.

Im Fall des Kfz-Massenabgleichs werden die Kennzeichendaten indes nicht ungezielt und allein technikbedingt miterfasst, um unmittelbar nach der Erfassung technisch wieder spurlos ausgesondert zu werden. Ziel der Erfassung der Kennzeichendaten ist es vielmehr, diese Daten für die staatlichen Datenverarbeitungssysteme verfügbar zu machen, um sie mit dem „Fahndungsbestand“ abgleichen zu können. Die Löschung der Daten erfolgt nicht unmittelbar nach ihrer Erfassung, sondern erst nach ihrem Abgleich mit dem Fahndungsbestand. Die spätere Löschung kann den voran gegangenen Grundrechtseingriff nicht wieder ungeschehen machen. Grundrechtsdogmatisch und aus Gründen der Rechtssicherheit überzeugt es nicht, die Eingriffsqualität einer Maßnahme von zeitlich nachgelagerten, noch nicht feststehenden Schritten abhängig zu machen. Einen „aufschiebend bedingten Grundrechtseingriff“, abhängig von der weiteren Behandlung der erhobenen Daten, gibt es nicht.

Auch der Schutzzweck des Rechts auf informationelle Selbstbestimmung spricht für die Annahme eines Eingriffs in dieses Grundrecht. Das Grundrecht soll die unbefangene Inanspruchnahme der grundrechtlich geschützten Freiheiten der Betroffenen gewährleisten.¹⁴ Im Fall der Erhebung eines Kfz-Kennzeichens ist für den Betroffenen nicht vorhersehbar, ob und inwieweit seine Daten weiter verarbeitet werden. Der Betroffene sieht der Kamera, falls er sie überhaupt wahrnimmt, nicht an, mit welchen Daten abgeglichen wird, ob seine Daten nach dem Abgleich wieder gelöscht werden oder ob nachteilige Meldungen oder Registrierungen erfolgen.

Das Verwaltungsgericht hatte anerkannt, dass im Nichttrefferfall eine „Grundrechtsbeeinträchtigung“ vorliegt.¹⁵ Eine Grundrechtsbeeinträchtigung ist nichts anderes als ein Grundrechtseingriff;¹⁶ es handelt sich um zwei Begriffe derselben Bedeutung. Dementsprechend ist die Differenzierung des Verwaltungsgerichts, im Nichttrefferfall liege „lediglich eine Grundrechtsbeeinträchtigung und kein Grundrechtseingriff vor“, in sich widersprüchlich.

Nicht zu folgen ist der vom Verwaltungsgerichtshof vertretenen Ansicht, eine automatisierte Erfassung von Kraftfahrzeugkennzeichen zwecks Abgleichs mit dem Fahndungsbestand greife nicht in das Grundrecht auf informationelle Selbstbestimmung ein, wenn das betroffene Kennzeichen nach dem Abgleich mit dem Fahndungsbestand ohne weitere Auswertung sofort und spurlos wieder gelöscht werde.¹⁷ Vielmehr greift die Erfassung und Erhebung von Kfz-Kennzeichen (Bildaufnahme, Erkennung des Kennzeichentextes) nach allgemeinen Grundsätzen ebenso in die Grundrechte der

13 BVerfGE 100, 313 (366); BVerfGE 107, 299 (328); BVerfGE 115, 320 (343); BVerfG, 1 BvR 2074/05 vom 11.3.2008, Absatz-Nr. 68.

14 BVerfG, 1 BvR 1550/03 vom 13.6.2007, Absatz-Nr. 133, http://www.bverfg.de/entscheidungen/rs20070613_1bvr155003.html; vgl. auch BVerfGE 100, 313 (376); BVerfG, 1 BvR 668/04 vom 27.7.2005, Absatz-Nr. 136, http://www.bverfg.de/entscheidungen/rs20050727_1bvr066804.html.

15 VG München, M 7 K 08.3052 vom 23.09.2009, Abs. 22.

16 Jarass/Pieroth⁵, Vorb. vor Art. 1 GG, Rn. 16; Erichsen/Ehlers, § 35 II, Rn. 3.

Betroffenen ein wie der anschließende Abgleich der erhobenen Daten mit dem Vergleichsdatenbestand.¹⁸

Selbst wenn man der Auffassung des Bundesverfassungsgerichts folgen wollte, liegt ein Grundrechtseingriff vor, weil Art. 38 Abs. 3 bayPAG nicht vorschreibt, die Daten der nicht im Fahndungsbestand ausgeschriebenen Fahrzeuge „sofort spurenlos und ohne die Möglichkeit, einen Personenbezug herzustellen“, zu löschen, wie es das Bundesverfassungsgericht voraus setzt.¹⁹ Art. 38 Abs. 3 bayPAG fordert lediglich, die „nach Art. 33 Abs. 2 Satz 2 erfassten Kennzeichen [...] nach Durchführung des Datenabgleichs unverzüglich zu löschen“. Erstens fordert diese Norm damit nur eine „unverzügliche“ Löschung, also eine Löschung „ohne schuldhaftes Zögern“, ohne dass eine sofortige Löschung vorgeschrieben wäre. Zweitens ist nicht vorgeschrieben, dass die Löschung spurenlos zu erfolgen habe.

Welche Spannweite die gesetzliche Anordnung „unverzüglicher“ Löschung zudem haben kann, zeigt die Regelung des rheinland-pfälzischen Polizeigesetzes zum automatischen Kennzeichenabgleich. In einer Art Legaldefinition schrieb der dortige Gesetzgeber vor, dass die in diesem Zusammenhang gespeicherten Daten „unverzüglich, spätestens nach zwei Monaten zu löschen oder vernichten“ seien (§ 27 Abs. 6 POG Rheinland-Pfalz a.F.). In Kenntnis dieser Vorgängerregelung hat sich der bayerische Gesetzgeber ausdrücklich zu solch einer unbestimmten und weiten Spielraum lassenden Regelung entschlossen. Er hat die Regelung auch im Zuge der Änderung der maßgeblichen Vorschriften insoweit nicht anders gefasst.

Unabhängig hiervon liegt zumindest – wie oben gezeigt – ein Eingriff in das allgemeine Persönlichkeitsrecht vor.

1.2.1.2.1 Annahme der Spurenlosigkeit

Das angegriffene Urteil hat in eigener Überzeugungsbildung die vom Kl. vorgetragene Bedenken gegen eine Spurenlosigkeit des Eingriffs sowohl im Nicht-Trefferfall als auch bei einer (unechten) Treffermeldung zurückgewiesen. Der Kl. ist Informatiker von Beruf und besitzt die zur Beurteilung solcher Sachverhalte notwendige berufliche Kompetenz. Der Bekl. selbst hat diesen Sachverstand nicht. Er hatte hierzu den Vertreter der Herstellerfirma Vitronic der Lesegeräte und der Software, Herrn Preußner, in die mündliche Verhandlung mitgebracht. Dieser wurde vom Gericht umfänglich, wie das Protokoll der mündlichen Verhandlung dies auch wiedergibt, zu den Bedenken des Kl. gehört, die von dem Bekl. selbst hatten nicht ausgeräumt werden können.

17 So auch BVerfGE 120, 378 (397 ff.), Abs. 62 ff.

18 Soria, DÖV 2007, 779 (782 f.); Hornmann, NVwZ 2007, 669 (670); Arzt, DÖV 2005, 56 (57); Schieder, NVwZ 2004, 778 (780 f.); Bundesregierung, BT-Drs. 15/4725, 39.

19 BVerfGE 120, 378 (399), Abs. 68.

Der Kl. hat vorgetragen, es sei mit vergleichsweise geringen Aufwand sowohl an Hard- als auch an Software möglich, durch Eingabe aller möglichen Kennzeichenkombinationen herauszubekommen, bei welchen Kennzeichen es zur konkreten MD5-Quersumme komm. Eine Deanonymisierung eines solchen MD5-Codes sei mit einer zumindest 90 bis 95% Sicherheit möglich. (Prot. S. 6).

Dies wurde vom Vertreter der Herstellerfirma bestritten und erklärt, auch das Bundesamt für Sicherheit in der Informationstechnik gehe davon aus, dass eine Authentifizierung im Umkehrweg „nicht sicher“ erfolgen könne. In der anschließenden Diskussion dieser Problematik wurde der als sachverständiger Zeuge anwesende Bayerische Landesdatenschutzbeauftragte Dr. Petri befragt. Dieser führte aus, dass bei der verwendeten Technik „nicht mit einem zumutbaren Aufwand von der Bestimmbarkeit (der Identität) ausgegangen werden könne. Dies wäre aus seiner Sicht ein Verstoss gegen das Datenschutzrecht: „Davon ist bei der derzeit verwendeten Technik derzeit meines Erachtens aber wohl noch nicht auszugehen. Ein anderes Problem ist jedoch die Frage der Spurenlosigkeit, da diese MD5-Codes eben dauerhaft im System bleiben“ (Prot. 7).

Damit hat der Datenschutzbeauftragte die Bedenken des Kl. und Auffassung der Möglichkeit der Deanonymisierung letztlich bestätigt, wenn er die Möglichkeit der Deanonymisierung von dem zumutbar zu treibenden Aufwand abhängig macht, und diesen Aufwand „derzeit“ als noch nicht zumutbar beschreibt. Und er hat weiter die Auffassung des Kl. bestätigt, dass die MD5-Codes dauerhaft im System bestehen bleiben, also gerade keine Spurenlosigkeit auch in den nicht echten Trefferfällen (Var. 2) gegeben ist. Und schließlich bekommt vor diesem Hintergrund die von dem Bekl. zitierte Aussage des Bundessicherheitsamts die ihm zukommende Bedeutung, dass nämlich eine Authentifizierung möglich sei, wenn auch „nicht sicher“, also nicht voller mit 100%iger Sicherheit. Bei solchem Authentifizierungsgrad ist immer von einer Personenbeziehbarkeit auszugehen.

Diese Ausführungen treffen in gleicher Weise auch für die sog. Nicht-Treffer-Fälle (Var. 1) zu, da und wenn die sog. Transaktionslog-Dateien auch für kurze Zeit oder nur wenige Tage verfügbar seien (Kl.-Vortrag Prot S. 5). Der Landesdatenschutzbeauftragte hat hierzu eingeräumt, dass er bei der Durchführung des Datenabgleichs „bisher (!) allerdings keine verfassungsrechtlichen Probleme gesehen“ habe.

Von Seiten des Bekl. wurde die bei gegebener Technik herstellbare Personenbeziehbarkeit mit dem Argument zurückgewiesen, dass durch Dienstvorschriften für die betreffenden Beamten rechtlich gesichert, dass hier ein denkbarer Missbrauch ausgeschlossen werde (Prot. S 7), und damit allerdings die Bedenken des Kl. bestätigt. Denn wenn etwas objektiv unmöglich, dann muß man nicht auf Dienstvorschriften verweisen, die eben das als unmöglich Behauptete verbieten.

Auch der Landesdatenschutzbeauftragte Dr. Petri hat dieses von dem Bekl. vorgebrachte Argument für eine zureichende Sicherung von „Spurenlosigkeit“ und Unzumutbarkeit der Deanonymisierung zurückgewiesen mit dem Hinweis, es sei für die Personenbeziehbarkeit von Sachverhalten als dem wesentlichen datenschutzrechtlichen

Kriterium nicht ausschlaggebend, „ob diese Personenbeziehbarkeit im konkreten Falle tatsächlich verfolgt wird“ (Prot. S. 8), also gewollt hergestellt werden könne und deshalb unter dienstrechliches Verbot zu stellen sei.

Das angegriffene Urteil hat diese Problematik in unzulässig verkürzter Weise dargestellt und festgestellt, dass es gemäß § 108 Abs. 1 VwGO zur Überzeugung des Gerichts feststehe, dass in diesem Fall „keine realistische Möglichkeit des Missbrauchs“ bestehe und durch die vom Bekl. dargelegte Handhabung der streitgegenständlichen polizeilichen Massnahmen, die vom Senat nicht angezweifelt werde, die Anonymität der Daten, ihre spurlose Löschung und die Unmöglichkeit, einen Personenbezug herzustellen, technisch gesichert sei (US 18).

Es hat sich zur Begründung seiner Auffassung auf Aussagen des Beklagten bezogen, die im Termin von einem Mitarbeiter der in der Sache ohne Zweifel interessierten Herstellerfirma dargelegt worden waren, die das Gericht hierzu befragt und deren Aussagen protokolliert hat.

Tatsächlich, wie oben dargelegt, ist eine Deanonymisierung technisch möglich und liegt objektiv gerade keine Spurenlosigkeit vor. Das Urteil ist fehlerhaft, weil es einen Sachverhalt seiner Überzeugungsbildung zugrunde gelegt hat, der so nicht gegeben ist. Und es hat zum Mittel der Überzeugungsbildung in einem Fall Zuflucht genommen hat, der dem objektiven Sachbeweis zugänglich ist, ohne den Sachverhalt einer solchen objektiven Beurteilung durch Einholung von unabhängigem gutachterlichen Sachverstand zuzuführen.

1.2.2 Verfassungsrechtliche Rechtfertigung

Der Eingriff in die Grundrechte des Klägers ist unzulässig, weil er einer verfassungsmäßigen gesetzlichen Grundlage entbehrt.

Beschränkungen des allgemeinen Persönlichkeitsrechts bedürfen nach Art. 2 Abs. 1 GG einer (verfassungsmäßigen) gesetzlichen Grundlage.²⁰ Als Grundlage des hier streitgegenständlichen Eingriffs kommen nur Art. 33 Abs. 2 S. 2-5 sowie Art. 38 Abs. 3 bayPAG in Frage. Diese Normen sind jedoch nicht verfassungsgemäß und nichtig.

1.2.2.1 Verstoß gegen Art. 74 Abs. 1 Nrn. 1 und 4 GG

Die Art. 33 Abs. 2 S. 2-5, 38 Abs. 3 bayPAG verletzen Art. 74 Abs. 1 Nrn. 1 und 4 GG:

1.2.2.1.1 Reichweite der Art. 74 Abs. 1 Nrn. 1 und 4 GG

Art. 74 Abs. 1 Nr. 1 GG begründet eine konkurrierende Gesetzgebungskompetenz des Bundes auf dem Gebiet des gerichtlichen Verfahrens. Zum gerichtlichen Verfahren zählen auch strafrechtliche Ermittlungsverfahren, weil diese der „Vorbereitung der

20 BVerfGE 65, 1 (44), Abs. 157.

öffentlichen Klage" dienen (so der Titel des Zweiten Abschnitts des Zweiten Buches der Strafprozessordnung). Nach der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts erstreckt sich die konkurrierende Gesetzgebungskompetenz des Bundes auch auf die Vorsorge zur Verfolgung von Straftaten.²¹ An der Bundeskompetenz für die Strafverfolgung ändert sich nichts, wenn der Staat ohne Tatverdacht tätig wird (vgl. etwa § 81 StPO).²² Die Vorsorge zur Verfolgung von Straftaten erfolgt begrifflich in Abwesenheit eines konkreten Tatverdachts und ist gleichwohl der Kompetenz der Bundesgesetzgebers zugeordnet. Deswegen ist auch die Entscheidung des Bayerischen Verfassungsgerichtshofs zur Schleierfahndung²³ von der neueren Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts²⁴ überholt, wenn sie nicht schon damals der früheren Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts²⁵ widersprach. Offensichtlich rechtsfehlerhaft und mit der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts²⁶ unvereinbar ist die Annahme des Verwaltungsgerichts, Vorfeldbefugnisse seien allgemein der Gefahrenabwehr und nicht der Strafverfolgung zuzurechnen.²⁷ Selbstverständlich kann der Staat schon im Vorfeld eines Tatverdachts repressiv tätig werden, etwa im Rahmen der Verfolgungsvorsorge.

Soweit der Bund nach Art. 74 Abs. 1 Nr. 1 GG über eine konkurrierende Gesetzgebungskompetenz des Bundes auf dem Gebiet der Strafverfolgung verfügt, hat er die Befugnisse zur Verfolgung von Straftaten unter Einschluss von Fahndungsmaßnahmen (vgl. etwa § 111 StPO) in der Strafprozessordnung abschließend geregelt.²⁸ Die Länder dürfen den abschließenden Charakter der Strafprozessordnung nicht durch eigene Normen, die ebenfalls der Strafverfolgung einschließlich der Verfolgungsvorsorge dienen, unterlaufen, indem sie zusätzliche Befugnisse zur Verfolgung von Straftaten begründen.

Art. 74 Abs. 1 Nr. 4 GG begründet eine konkurrierende Gesetzgebungskompetenz des Bundes auf dem Gebiet des Aufenthalts- und Niederlassungsrechts der Ausländer. Die Kompetenz erstreckt sich auch auf die Durchsetzung des Ausländerrechts im Wege ausländerrechtlicher Maßnahmen. Nach Art. 74 Abs. 1 Nr. 4 GG kann der Bund die Fahndung nach Personen, die zur Durchführung ausländerrechtlicher Maßnahmen (z.B. Beendigung unerlaubten Aufenthalts) ausgeschieden sind, regeln.

Die polizeirechtliche Gesetzgebungskompetenz der Länder, die der konkurrierenden Gesetzgebungskompetenz des Bundes entzogen ist, definiert das Bundesverfassungsgericht wie folgt:

„Nur solche Regelungen, bei denen die Aufrechterhaltung der öffentlichen Sicherheit und Ordnung den alleinigen und unmittelbaren Gesetzeszweck bildet, können einem

21 BVerfGE 113, 348 (368), Abs. 92; BVerfGE 120, 378 (421), Abs. 149.

22 BVerfG a.a.O.

23 BayVerfGH, NVwZ 2003, 1375 ff.

24 BVerfGE 113, 348 (368), Abs. 92; BVerfGE 120, 378 (421), Abs. 149.

25 BVerfGE 8, 143 (150); BVerfGE 109, 190 (215).

26 BVerfGE 113, 348 (368), Abs. 92; BVerfGE 120, 378 (421), Abs. 149.

27 VG München, M 7 K 08.3052 vom 23.09.2009, Abs. 24.

28 Hommann, NVwZ 2007, 669 (669).

selbständigen Sachbereich zugerechnet werden, der als Polizeirecht im engeren Sinne bezeichnet wird und in die Zuständigkeit der Landesgesetzgebung fällt.“²⁹

Dient eine Norm also der Aufrechterhaltung der öffentlichen Sicherheit und Ordnung, fällt sie aber in einen Sachbereich des Art. 74 Abs. 1 GG (z.B. Strafverfolgung, Ausländerrecht), so ist die konkurrierende Gesetzgebungskompetenz des Bundes einschlägig („Annexkompetenz“). Der präventive Charakter einer Norm steht einer Bundeskompetenz dann nicht entgegen. Beispielsweise hat die Verfolgung von Straftaten general- und spezialpräventive Wirkungen (z.B. wo eine gestohlene Sache ihrem Eigentümer zurückgegeben werden kann), ohne dass dies etwas an der konkurrierenden Gesetzgebungskompetenz des Bundes zu ändern vermag. Soweit das Bundesverfassungsgericht ausführt, Ausschreibungen zwecks Eigentumssicherung und wegen Verstößen gegen das Pflichtversicherungsgesetz verfolgten „jedenfalls auch einen präventiven Zweck“³⁰, bedeutet dies nicht, dass der auch präventive Zweck die konkurrierende Gesetzgebungskompetenz des Bundes ausschliesse. Auch ausländerrechtliche Maßnahmen dienen der Aufrechterhaltung der öffentlichen Sicherheit und Ordnung, ohne dass deswegen die konkurrierende Gesetzgebungskompetenz des Bundes in diesem Bereich entfiele.

1.2.2.1.2 Zwecke der Art. 33 Abs. 2 S. 2-5, Art. 38 Abs. 3 bayPAG

Welchem Kompetenzbereich eine gesetzliche Regelung zuzuordnen ist, bestimmt sich nach dem Gesetzeszweck.³¹ Bei der Bestimmung des Gesetzeszwecks ist einerseits die subjektive Intention des Gesetzgebers zu berücksichtigen, soweit sie Ausdruck in Gesetz und Gesetzgebungsverfahren gefunden hat. Zum anderen ist maßgeblich, welchen Zwecken die Regelung objektiv dient. Steht die Vorstellung des Gesetzgebers über den Gesetzeszweck im Widerspruch zu dem Inhalt des Gesetzes und den Zwecken, denen es objektiv dient, so ist der objektive Gesetzeszweck maßgeblich. Mit der Kompetenzordnung des Grundgesetzes wäre es unvereinbar, wenn die Länder ihrer Gesetzgebungskompetenz entzogene Zwecke verfolgen könnten, indem sie in den Materialien oder in dem Gesetz selbst behaupten, das Gesetz diene anderen Zwecken als sie es tatsächlich tut. Eine solche „Umetikettierung“ von Gesetzen würde die Kompetenzordnung des Grundgesetzes unzulässig untergraben und umgehen.

1.2.2.1.2.1 Wortlaut

Dem Wortlaut des Art. 33 Abs. 2 S. 2 bayPAG fehlt eine Zweckbestimmung gänzlich.³² Art. 33 Abs. 2 S. 2 bayPAG ermächtigt lapidar zum Erfassen von Kennzeichen, ohne zu bestimmen, zu welchem Zweck die Datenerhebung erfolgen soll.

²⁹ BVerfGE 8, 143 (150); BVerfGE 109, 190 (215).

³⁰ BVerfGE 120, 378 (423), Abs. 152.

³¹ BVerfGE 8, 143 (150); BVerfGE 109, 190 (215).

³² Roßnagel, NJW 2008, 2548 (2550 f.).

Allerdings verweist die Norm auf Art. 13 Abs. 1 Nrn. 1 bis 5 bayPAG, um zu regeln, unter welchen Voraussetzungen ein Kfz-Massenabgleich zulässig sein soll. Teilweise enthält der Wortlaut dieser Bezugsnormen eine Zweckbestimmung. Art. 13 Abs. 1 Nr. 1 bayPAG etwa soll der Abwehr einer Gefahr dienen. Art. 13 Abs. 1 Nrn. 2-4 bayPAG sehen keine Zweckbestimmung vor. Die Umschreibung bestimmter Situationen als Voraussetzung von Grundrechtseingriffen ersetzt die normenklare Bestimmung ihres Zwecks nicht. In Art. 13 Abs. 1 Nr. 5 bayPAG ist wiederum eine Zweckbestimmung enthalten („zur Verhütung oder Unterbindung der unerlaubten Überschreitung der Landesgrenze oder des unerlaubten Aufenthalts und zur Bekämpfung der grenzüberschreitenden Kriminalität“).

Einen Hinweis auf den Zweck der Art. 33 Abs. 2 S. 2-5, Art. 38 Abs. 3 bayPAG gibt schließlich der Wortlaut des Art. 33 Abs. 2 S. 3 bayPAG. Diese Bestimmung regelt, nach welchen Ausschreibungen im Wege des Kfz-Massenabgleichs gesucht werden darf. Art. 33 Abs. 2 Sätze 3 und 4 bayPAG enthalten teilweise eine Zweckbestimmung. Art. 33 Abs. 2 S. 3 Nr. 1 bayPAG dient der Suche nach abhanden gekommenen Kraftfahrzeugen und Kennzeichen. Art. 33 Abs. 2 S. 3 Nr. 2a bayPAG enthält keine Zweckbestimmung; die polizeiliche Beobachtung, Kontrolle und Registrierung kann repressiven wie präventiven Zwecken dienen.³³ Art. 33 Abs. 2 S. 3 Nr. 2b bayPAG regelt repressive Zwecke. Art. 33 Abs. 2 S. 3 Nr. 2c bayPAG dient dem Vollzug des Ausländerrechts. Art. 33 Abs. 2 S. 3 Nr. 2d sowie S. 4 bayPAG dienen unmittelbar und ausschließlich der Gefahrenabwehr.

1.2.2.1.2.2 Materialien

Den Zweck des Kfz-Massenabgleichs beschreibt der Gesetzentwurf der ursprünglichen Ermächtigung wie folgt:

„Zwar trifft es zu, dass insbesondere ein verdachtsunabhängiger Kennzeichenabgleich in den Fällen des Art. 13 Abs. 1 Nr. 5 wie die Schleierfahndung in seiner praktischen Anwendung auch Ergebnisse bringt, die dem repressiv-polizeilichen Sektor zuzurechnen sind, was sich beispielsweise dann zeigt, wenn der Kennzeichenabgleich zur Festnahme eines gesuchten Straftäters führt, der sich ins Ausland absetzen wollte. Dies ändert aber nichts an der vom Grundsatz her präventiven Zweckbestimmung der Maßnahme. Sie dient ohne konkretes Anlassverfahren der Vorsorge zur Verfolgung von bzw. der Verhütung von Straftaten.“³⁴

Auch das Verwaltungsgericht ist davon ausgegangen, Zweck der Maßnahme sei „die vorbeugende Bekämpfung von Straftaten“, also die „Vorsorge zur Verfolgung von bzw. Verhütung von Straftaten“.³⁵ Der Verwaltungsgerichtshof nimmt demgegenüber an, die Vorschrift diene der Gefahrenvorsorge; als solche sei auch die Verhütung von Straftaten einzuordnen.³⁶

33 Vgl. BVerfGE 120, 378 (422), Abs. 150.

34 LT-Dr. 15/2096, 16.

35 VG München, M 7 K 08.3052 vom 23.09.2009, Abs. 24.

1.2.2.1.2.3 Stellungnahme

Richtigerweise wird man den Zweck der Art. 33 Abs. 2 S. 2-5, Art. 38 Abs. 3 bayPAG differenziert betrachten müssen. Der dort geregelte Kfz-Massenabgleich dient teils repressiven, teils ausländerrechtlichen und teils präventiven Zwecken.

Maßgeblich für die Bestimmung des Zwecks des Kfz-Massenabgleichs muss – entgegen der Auffassung des Verwaltungsgerichtshofs – der Zweck der Ausschreibungen sein, nach denen gefahndet wird. Da die automatisierte Kennzeichenerkennung dem Auffinden ausgeschriebener Kennzeichen dient, entspricht der Zweck der Kennzeichenerkennung dem Zweck der Fahndungslisten, mit denen abgeglichen wird.

Die Fahndung mittels des polizeilichen Informationssystems „INPOL“ hat der Gesetzgeber dementsprechend wie folgt geregelt: Nach den §§ 11 Abs. 2 S. 2, 9 Abs. 1 S. 1 BKAG kann eine Behörde *„personenbezogene Daten in Dateien speichern, verändern und nutzen, soweit dies erforderlich ist zur Fahndung und polizeilichen Beobachtung, wenn das Bundeskriminalamt oder die die Ausschreibung veranlassende Stelle nach dem für sie geltenden Recht befugt ist, die mit der Ausschreibung für Zwecke der Strafverfolgung, des Strafvollzugs, der Strafvollstreckung oder der Abwehr erheblicher Gefahren vorgesehene Maßnahme vorzunehmen oder durch eine Polizeibehörde vornehmen zu lassen.“* Nach dem Willen des Bundesgesetzgebers soll also die „mit der Ausschreibung [...] vorgesehene Maßnahme“ die Zuständigkeit determinieren. Der Zweck von Fahndungsmaßnahmen entspricht dementsprechend allgemein dem Zweck der mit der Fahndung bezweckte Maßnahme. Zielt eine Ausschreibung z.B. auf die Identifizierung und Überführung eines Straftäters, so dient die Fahndung nach der ausgeschriebenen Person der Strafverfolgung.

Der Verwaltungsgerichtshof meint zwar zunächst, der Kfz-Massenabgleich könne einem anderen (präventiven) Zweck dienen als die dazu genutzten Fahndungsdaten. Dann erkennt er aber an, durch Normierung des Verwendungszwecks der Strafverfolgung „könnte der Landesgesetzgeber die automatisierte Kennzeichenerfassung auch zu strafverfolgenden, repressiven Zwecken zugelassen haben“.37 Hier erkennt der Verwaltungsgerichtshof mithin an, dass sich der Zweck der Kennzeichenerfassung nach dem normierten Verwendungszweck richtet.

Bestimmt sich der Zweck des Kfz-Massenabgleichs mithin nach dem Zweck der Ausschreibungen, mit denen abgeglichen wird, so dienen die Art. 33 Abs. 2 S. 2-5, Art. 38 Abs. 3 bayPAG teils repressiven, teils ausländerrechtlichen und teils präventiven Zwecken.

Soweit der Verwaltungsgerichtshof meint, die Befugnis diene der Gefahrenabwehrvorsorge, so trifft dies nur auf einen Teilbereich zu. Vorsorge ist nur eine Vorkehrung im Hinblick auf noch ungewisse, zukünftige Situationen. Zielt eine Fahndung ausschließlich auf eine unmittelbar durchzuführende Maßnahme (z.B. Festnahme, Kontrolle, Durchsuchung), so handelt es sich nicht um Vorsorge im Hinblick auf noch

ungewisse, zukünftige Situationen. Nur, wo die Suche nach einem Kfz-Kennzeichen der Sammlung von Informationen für zukünftige Zwecke dient (z.B. verdeckte Registrierung), lässt sich von Vorsorge sprechen.

Der Kfz-Massenabgleich richtet sich zwar regelmäßig gegen Nichtstörer und Nichtverdächtige. Dies macht ihn jedoch noch nicht zu einer Vorsorgemaßnahme. Die Jedermannkontrolle im Wege des Kfz-Massenabgleichs dient nur teilweise der Informationsvorsorge, größtenteils aber der unmittelbaren Durchführung von Maßnahmen der Strafverfolgung, des Ausländerrechts oder der Gefahrenabwehr nach Antreffen des ausgeschriebenen Kennzeichens.

Auch dass der Kfz-Massenabgleich ohne konkreten Anlass („vorsorglich“) vorgenommen wird, macht ihn nicht zu einer Vorsorgemaßnahme. Der Kfz-Massenabgleich erfolgt auch nicht durchweg im Vorfeld eines Tatverdachts oder einer konkreten Gefahr. Vielmehr liegt Ausschreibungen zur Strafverfolgung oder Gefahrenabwehr meist durchaus der Verdacht einer Straftat oder eine konkrete Gefahr zugrunde. Die Suche nach einer solche Ausschreibung ist keine Vorsorgemaßnahme, weil ein Tatverdacht bzw. eine Gefahr besteht.

Der Einordnung als Vorsorgemaßnahme kann mithin nicht gefolgt werden.

1.2.2.1.2.4 Gewichtung der Zwecke

Dient der Kfz-Massenabgleich mithin teils repressiven, teils ausländerrechtlichen und teils präventiven Zwecken, so bildet das Auffinden gestohlener Kennzeichen und Fahrzeuge den Schwerpunkt unter diesen Zwecken.

Erstens besteht der „Fahndungsbestand“, mit dem abgeglichen wird, in Form der INPOL-Sachfahndungsdatei zu 87% aus abhanden gekommenen – also gestohlenen – Fahrzeugen und Kennzeichen, zu 9% aus säumigen Versicherungszahlern³⁸ und nur zu 2% aus sonstigen Ausschreibungen. Allein der Schlüssel 11 des Datenfeldes „N24“ („Anlass der Ausschreibung-Sachfahndung“) erfasst Fälle der „Gefahrenabwehr“. Ausweislich der Aufschlüsselung der INPOL-Sachfahndungsdatei durch die Hessische Staatskanzlei findet sich jedoch keine einzige Ausschreibung unter diesem Schlüssel.³⁹ Das bayerische Innenministerium hat am 3. Februar 2010 im Landtagsausschuss für Kommunale Fragen und Innere Sicherheit eingeräumt, 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.⁴⁰

37 VGH München, 10 BV 09.2641 vom 17.12.2012, Abs. 86.

38 Schriftsatz der Hessischen Staatskanzlei vom 23.10.2007, www.datenspeicherung.de/data/Hessen_Antworten_2007-10-23.pdf, 10 f.

39 Schriftsatz der Hessischen Staatskanzlei vom 23.10.2007, www.datenspeicherung.de/data/Hessen_Antworten_2007-10-23.pdf, S. 10 f.

40 Anlage zum Schriftsatz vom August 2011.

Zweitens hat der bayerische Projektleiter mitgeteilt, die Zusammensetzung der Treffermeldungen entspreche etwa der Zusammensetzung des Abgleichs-Datenbestandes.⁴¹ Besteht der Abgleichs-Datenbestand in Form der INPOL-Sachfahndungsdatei zu 87% aus abhanden gekommenen – also gestohlenen – Fahrzeugen und Kennzeichen, so werden diese auch am häufigsten gefunden werden. Im Rahmen des bayerischen Pilotprojekts wurden überwiegend säumige Versicherungszahler (40%), Fahrzeuge mit verlorenem oder gestohlenem Kennzeichen (20%), Ausschreibungen von Personen zur Beobachtung oder Festnahme (15%) und sonstige Ausschreibungen einschließlich Ausschreibungen gestohlener Pkw (25%) gemeldet.⁴² Da die aktuelle Fassung des Art. 33 bayPAG die Suche nach säumigen Versicherungszahlern nicht mehr erlaubt, werden aktuell zu 33% Fahrzeuge mit verlorenem oder gestohlenem Kennzeichen, zu 25% Personen, die zur Beobachtung oder Festnahme ausgeschrieben sind, und zu 42% sonst aus geschriebene Kennzeichen einschließlich Ausschreibungen gestohlener Pkw gemeldet werden. Danach würden zu 75% (33% + 42%) gestohlene Kennzeichen und Fahrzeuge gemeldet. An konkreten Erfolgen wurde die Sicherstellung von vier gestohlenen Fahrzeugen berichtet⁴³, was diesen Befund bestätigt. Auch Ergebnisse aus dem neueren Einsatz der Maßnahme betreffen ganz überwiegend den Bereich der Strafverfolgung.⁴⁴

Konkrete Fahndungserfolge nannte die Landesregierung gegenüber dem Innenausschuss nur in folgenden zwei Bereichen: Einerseits bei der Sicherstellung gestohlener Fahrzeuge, zweitens bei der Festnahme einer Straftat Verdächtiger.⁴⁵ 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 unverdächtiger Autofahrer ins Blaue hinein. Schwere Straftaten rechtfertigen unter den Voraussetzungen des § 111 StPO nur anlassbezogene Kontrollen und keinen dauerhaften Totalabgleich des gesamten Straßenverkehrs.

Auf die Frage nach verhinderten Straftaten und abgewehrten Gefahren konnte das bayerische 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.

41 Schmelzer, APr. des sächsischen Landtags 4/60540 (Fn. 41), 26.

42 ADAC a.a.O.

43 Pressemitteilung Nr. 80/04 vom 03.03.2004, www.stmi.bayern.de/presse/archiv/2004/80.php.

44 Näher Roßnagel, Verfassungsrechtliche Bewertung der automatisierten Erfassung von Kraftfahrzeugkennzeichen nach dem Urteil des Bundesverfassungsgerichts vom 11. März 2008 (2009), 30.

45 Anlage zum Schriftsatz vom August 2011.

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.⁴⁶

1.2.2.1.2.5 Ergebnis

Die Art. 33 Abs. 2 S. 2-5, Art. 38 Abs. 3 bayPAG dienen teils dem Auffinden abhanden gekommener Sachen, teils der Sammlung von Informationen, teils der Strafverfolgung, teils der Durchführung ausländerrechtlicher Maßnahmen und teils der Gefahrenabwehr. In der Praxis überwiegt der Zweck des Auffindens abhanden gekommener Sachen bei weitem (87% der Ausschreibungen), während Ausschreibungen zur Gefahrenabwehr im Fahndungsbestand nicht festzustellen sind.

1.2.2.1.3 Kompetenzwidrige Fahndung nach Kraftfahrzeugen oder Kennzeichen, die durch Straftat abhanden gekommen sind (Art. 33 Abs. 2 S. 3 Nr. 1 Var. 1 bayPAG)

Der Verwaltungsgerichtshof meint, auch der Abgleich mit zur Strafverfolgung erstellten Fahndungsdateien könnte der Gefahrenabwehr dienen, etwa der Beendigung rechtswidriger Zustände (z.B. durch Rückgabe gestohlener Sachen) oder der Verhinderung der Begehung weiterer Straftaten (z.B. durch Festnahme eines Beschuldigten). Dies trifft zu, begründet aber keine Gesetzgebungskompetenz der Länder für die Fahndung nach Kraftfahrzeugen oder Kennzeichen, die durch Straftat abhanden gekommen sind.

Die Fahndung nach Kraftfahrzeugen oder Kennzeichen, die durch Straftat abhanden gekommen sind, ist dem strafrechtlichen Ermittlungsverfahren und damit der konkurrierenden Gesetzgebungskompetenz des Bundes nach Art. 74 Abs. 1 Nr. 1 GG zuzuordnen.

Die Fahndung nach Kraftfahrzeugen oder Kennzeichen, die durch Straftat abhanden gekommen sind, dient in erster Linie der strafrechtlichen Verfolgung des Täters. Wird ein gestohlenes Fahrzeug angetroffen, so wird regelmäßig untersucht werden, ob der Fahrer das Fahrzeug im Wege einer Straftat erlangt hat. Zugleich wird das Fahrzeug beschlagnahmt werden (§ 94 StPO), um es auf Spuren zur Ermittlung und Überführung des Diebes zu untersuchen. Die Beschlagnahme beendet zugleich die Verletzung der Rechtsordnung, die darin liegt, dass dem Eigentümer der Besitz seiner Sache unerlaubt vorenthalten wird (§ 858 BGB). Da die öffentliche Sicherheit den Schutz privater Güter und Rechte einschließt, beseitigt die Beschlagnahme eine Störung der öffentlichen Sicherheit. Nach Abschluss der strafrechtlichen Untersuchung wird das Fahrzeug seinem rechtmäßigen Eigentümer zurückgegeben (§ 111k StPO).

⁴⁶ 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.

Die Fahndung nach gestohlenen Sachen dient mithin sowohl der Strafverfolgung wie auch der Gefahrenabwehr. Die Gesetzgebungskompetenz ist in derartigen Fällen nach der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts wie folgt zu bestimmen:

„Nur solche Regelungen, bei denen die Aufrechterhaltung der öffentlichen Sicherheit und Ordnung den alleinigen und unmittelbaren Gesetzeszweck bildet, können einem selbständigen Sachbereich zugerechnet werden, der als Polizeirecht im engeren Sinne bezeichnet wird und in die Zuständigkeit der Landesgesetzgebung fällt.“⁴⁷

Die Anwendung dieses Abgrenzungskriteriums ergibt, dass die Fahndung nach gestohlenen Sachen nicht dem Polizeirecht im engeren Sinne zuzuordnen ist, sondern dem Strafverfahren und damit der konkurrierenden Kompetenz des Bundes nach Art. 74 Abs. 1 Nr. 1 GG. Die Fahndung nach gestohlenen Sachen dient nämlich nicht „allein und unmittelbar“ der Aufrechterhaltung der öffentlichen Sicherheit, sondern unzweifelhaft zumindest auch der Strafverfolgung. Macht der Bund von seiner Regelungskompetenz Gebrauch, so sind die Länder von eigenen Regelungen ausgeschlossen.

Selbst wenn man entgegen der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts auf den Schwerpunkt und das Hauptziel der Fahndung nach gestohlenen Sachen abstellen wollte, weil es sich um eine doppelfunktionale Maßnahme handelt,⁴⁸ ist der Bund zuständig, weil die Fahndung nach gestohlenen Fahrzeugen und Kennzeichen in erster Linie der Strafverfolgung dient.⁴⁹ Kraft Bundesrechts ist die Polizei nach der Beschlagnahme oder Sicherstellung eines (tatsächlich oder vermutlich) gestohlenen Fahrzeugs verpflichtet, Maßnahmen zur Ermittlung und Überführung des Täters einzuleiten (§§ 152 Abs. 2, 163 Abs. 1 S. 1 StPO), etwa Fingerabdrücke oder andere Spuren an dem Kraftfahrzeug abzunehmen. Erst, wenn das Fahrzeug „für Zwecke des Strafverfahrens nicht mehr benötigt“ wird, darf es an den Eigentümer herausgegeben werden (so ausdrücklich § 111k StPO). Der Vorrang der Strafverfolgung vor der Restitution ist folglich sowohl bundesgesetzlich angeordnet wie auch in zeitlicher Hinsicht tatsächlich gegeben, weswegen die Beendigung der Eigentumsverletzung nicht als Hauptzweck der Suche nach gestohlenen Sachen anzusehen ist. Außerdem unterfällt die Rückgabe gestohlener Sachen, nachdem sie zur Strafverfolgung nicht mehr benötigt werden, der Bundeskompetenz des Art. 74 Abs. 1 GG, von welcher der Bundesgesetzgeber auch Gebrauch gemacht hat (§ 111k StPO). Dementsprechend stellt die Beschlagnahme oder Sicherstellung eines als gestohlen ausgeschrieben Kraftfahrzeugs wie auch die Fahndung nach gestohlenen Kraftfahrzeugen⁵⁰ eine in der Strafprozessordnung des Bundes abschließend geregelte Maßnahme dar. Die Strafprozessordnung regelt die Befugnisse zur Verfolgung von Straftaten unter Einschluss von Fahndungsmaßnahmen allgemein abschließend (vgl. etwa § 111 StPO).⁵¹ Speziell

47 BVerfGE 8, 143 (150); BVerfGE 109, 190 (215).

48 Arzt, DÖV 2005, 56 (59).

49 Braun, APr. des sächsischen Landtags 4/60540 (Fn. 186), 7.

50 Soiné, NSTZ 1997, 321 (322); vgl. auch Nr. 39 Abs. 1 der Richtlinien für das Strafverfahren und das Bußgeldverfahren; vgl. ferner KK-Schoreit, § 163e, Rn. 8: „Polizeirecht kann nicht zur Lückenfüllung herangezogen und vermengt mit Strafverfahrensrecht angewendet werden (zust. SK-Wolter RdNr. 2).“

51 Hornmann, NVwZ 2007, 669 (669).

der Einsatz der automatisierten Erfassung von Kraftfahrzeugkennzeichen ist im Deutschen Bundestag auf Antrag der CDU/CSU-Fraktion⁵² bereits erörtert und aus Gründen der fraglichen Effizienz und der Datenschutzproblematik⁵³ vom Bundestag am 15.04.2005 bewusst abgelehnt worden.⁵⁴ Die Länder sind deswegen auch im Rahmen der konkurrierenden Gesetzgebung nicht zur Regelung der automatisierten Erfassung der Kraftfahrzeugkennzeichen befugt.

Dementsprechend hat das Bundesverfassungsgericht an einer Regelung zum Kfz-Massenscanning zutreffend moniert:

„Jedenfalls schließt die gesetzliche Regelung es nicht aus, künftig auch Fahndungsdateien einzubeziehen, die im Schwerpunkt oder gar ausschließlich zu strafprozessualen Zwecken erstellt werden und die Kennzeichenerfassung dabei auch zu repressiven Zwecken zu nutzen.“⁵⁵

Eben dies tut Art. 33 Abs. 2 S. 3 Nr. 1 Var. 1 bayPAG. Diese Norm sieht die Einbeziehung von Fahndungsdateien vor, die im Schwerpunkt zu strafprozessualen Zwecken erstellt wurden. Sachfahndungsdateien werden in erster Linie zu strafprozessualen Zwecken erstellt, wie oben dargelegt worden ist. Art. 38 bayPAG erlaubt es sodann, die Treffermeldung zum Zweck der Ausschreibung und damit auch zu repressiven Zwecken zu nutzen.

Der Verwaltungsgerichtshof hält dies für unerheblich, weil sich die Klage nicht gegen die Nutzung von Treffermeldungen richtet. Er erkennt, dass dem Land schon für die Suche nach strafprozessualen Ausschreibungen die Gesetzgebungskompetenz fehlt. Dem Land fehlt die Gesetzgebungskompetenz dafür, die Verwendung strafprozessualer Treffermeldungen zu strafprozessualen Zwecken auszuschließen. Der Bundesgesetzgeber ordnet an, dass strafprozessuale Maßnahmen zwingend zu ergreifen sind, wenn eine zur Strafverfolgung ausgeschriebene Person oder Sache angetroffen wird (Legalitätsprinzip). Eine landesgesetzliche Regelung, welche zur Suche nach strafprozessualen Ausschreibungen von Kfz-Kennzeichen ermächtigt, kann die Nutzung der Ergebnisse zu repressiven Zwecken wegen des bundesrechtlichen Legalitätsprinzips nicht ausschließen. Die einzige Möglichkeit des Landesgesetzgebers, eine Kennzeichenerfassung zu repressiven Zwecken auszuschließen, besteht darin, den zulässigen Vergleichsdatenbestand auf Ausschreibungen zu beschränken, die der Durchführung von Maßnahmen der Gefahrenabwehr dienen.

Soweit das Bundesverfassungsgericht an anderer Stelle aufgeführt hat, eine Ermächtigung zum Zugriff auf Dateien, die sowohl strafprozessualen als auch präventiven Zwecken dienen, widerspreche dem Gebot der Normenbestimmtheit und Normenklarheit nicht, sofern die Zugriffszwecke bestimmt seien,⁵⁶ bezieht sich diese Aussage ausdrücklich nur auf das Gebot der Normenklarheit und nicht auf die Frage der

52 BT-Drs. 15/3713.

53 BT-Drs. 15/5266.

54 Plenärprotokoll 15/170.

55 BVerfGE 120, 378 (423), Abs. 152.

56 BVerfGE 120, 378 (422), Abs. 151.

Gesetzgebungskompetenz. Die Gesetzgebungskompetenz ist im Fall doppelfunktionaler Ausschreibungen eine konkurrierende, von welcher der Bund für die Rückgabe gestohlener Sachen abschließend Gebrauch gemacht hat. Im Übrigen erlaubt Bayern nicht nur den Abgleich mit Dateien, die sowohl strafprozessualen als auch präventiven Zwecken dienen, sondern auch den Abgleich mit Dateien, die „im Schwerpunkt oder gar ausschließlich zu strafprozessualen Zwecken erstellt“ wurden.⁵⁷

Der Bundeskompetenz steht nicht entgegen, dass die Rückgabe gestohlener Sachen auch der Beendigung der Eigentumsverletzung dient. Dass die Beendigung der Eigentumsverletzung durch Rückgabe einer gestohlenen Sache nicht „den alleinigen und unmittelbaren Gesetzeszweck“ der Fahndung nach gestohlenen Sachen oder auch nur ihren überwiegenden Hauptzweck bildet, ist bereits ausgeführt worden.

Auch die Verhinderung von Anschlussstraftaten oder die Abschreckung von Straftaten durch Erhöhung des Entdeckungsrisikos bildet weder den „alleinigen und unmittelbaren Gesetzeszweck“ der Fahndung nach gestohlenen Sachen noch auch nur ihren Hauptzweck. Die Verhütung von Straftaten – etwa durch Störung der Nutzung von Durchgangsstraßen durch Straftäter⁵⁸ – kann eine Länderkompetenz jedenfalls dann nicht begründen, wenn als Präventionsmittel lediglich die Verfolgung bereits begangener Straftaten eingesetzt wird. Andernfalls wäre jede Maßnahme der Strafverfolgung zugleich als Verhütung von Straftaten anzusehen. Dadurch würde die Unterscheidung von Strafverfolgung und Gefahrenabwehr obsolet, was mit Art. 74 Abs. 1 Nr. 1 GG nicht in Einklang zu bringen ist. Die bundesrechtliche Kompetenz für Strafverfolgungsmaßnahmen besteht unabhängig davon, welche Zwecke mit der Strafverfolgungsmaßnahme verfolgt werden. Strafverfolgung dient stets auch spezial- und generalpräventiven Zwecken, ohne dass sie deswegen der Bundeskompetenz des Art. 74 Abs. 1 Nr. 1 GG entzogen wäre.

Durch einen Abgleich mit Ausschreibungen gestohlener Fahrzeuge werden nicht nur im Einzelfall auch für das Gebiet der Strafverfolgung relevante Ergebnisse erzielt. Vielmehr ist die Polizei nach der Meldung eines (tatsächlich oder vermutlich) gestohlenen Fahrzeugs kraft Bundesrechts stets und zwingend verpflichtet, Maßnahmen zur Ermittlung und Überführung des Diebes einzuleiten (§§ 152 Abs. 2, 163 Abs. 1 S. 1 StPO).

Der Bundeskompetenz lässt sich daher nicht entgegen halten, der Abgleich mit repressiven Fahndungsdaten ändere nichts daran, dass die Erhebung der Kfz-Kennzeichen zu präventiven Zwecken erfolgt sei. Nach dieser Argumentation sollen strafverfolungsrelevante Treffer Zufallsfunde sein, wie sie aus jeder polizeirechtlichen Maßnahme resultieren können. Die Nutzung der Daten zur Strafverfolgung soll eine „Umwidmung“ und Zweckänderung darstellen. Dieser Betrachtungsweise kann nicht gefolgt werden. Die Erhebung von Daten ist kein Selbstzweck, sondern dient immer deren späterer Verwendung. Werden Daten primär zur Verfolgung strafbarer Handlungen und nicht zur Gefahrenabwehr verwendet, so dient schon ihre Erhebung

⁵⁷ Vgl. BVerfGE 120, 378 (423), Abs. 152.

schwerpunktmäßig dem Zweck der Strafverfolgung. Die grundgesetzliche Kompetenzordnung würde umgangen, würde man den Ländern das Recht geben, eine Maßnahme beliebig zu „etikettieren“, nur um sie tatsächlich zu anderen, ihrer Gesetzgebungskompetenz entzogenen Zwecken einzusetzen. Eine Zweckänderung kann nur angenommen werden, wenn die Daten primär einem anderen Zweck gedient haben, nicht aber, wenn von vornherein schwerpunktmäßig der landesrechtlich nicht regelbare Zweck verfolgt wird. Strafverfolgungsrelevante Treffer sind danach keine Zufallsfunde, weil der Abgleich mit Ausschreibungen gestohlener Fahrzeuge zwingend und stets strafprozessuale Maßnahmen nach sich zieht (§§ 152 Abs. 2, 163 Abs. 1 S. 1 StPO).⁵⁹

Eine Maßnahme, die der Strafverfolgung dient, ist auch nicht deswegen mit der Zuständigkeitsordnung des Grundgesetzes vereinbar, weil die Länder zur Anwendung der Maßnahme in ihren Polizeigesetzen ermächtigen und sie den Polizeibehörden übertragen. Die allgemeine präventive Aufgabenbestimmung in den Polizeigesetzen bestimmt nicht den Hauptzweck jedweder polizeilichen Befugnis. Vielmehr wird die Polizei oftmals auch als Ermittlungsperson der Staatsanwaltschaft tätig (§ 152 GVG) oder führt sonstiges Bundesrecht aus. Abzustellen ist daher – wie bereits ausgeführt – auf den tatsächlichen Hauptzweck der Maßnahme. Nicht die Bezeichnung oder Begründung einer Vorschrift ist für die Abgrenzung maßgeblich, sondern ihr tatsächlicher Hauptzweck.

Der Bundeskompetenz steht auch nicht entgegen, dass zur Fahndung ausgeschriebene Kfz-Kennzeichen in polizeilichen Dateien gespeichert sind. Für die Bestimmung der Gesetzgebungskompetenz entscheidend ist der Zweck der einzelnen Maßnahme, nicht aber, bei welcher Stelle die hierfür genutzten Daten gespeichert sind.

Auch § 483 Abs. 3 StPO ändert an der Kompetenz des Bundes für die Fahndung nach gestohlenen Sachen nichts. Diese Norm ordnet an, dass sich die Verarbeitung (Definition § 3 BDSG: Speicherung, Übermittlung, Sperrung, Löschung) und Nutzung personenbezogener Daten in Mischdateien nach dem Recht derjenigen Stelle richtet, welche die jeweiligen Daten eingespeichert hat. Wird etwa auf der Grundlage des § 163e Abs. 2 StPO ein Kfz-Kennzeichen ausgeschrieben, um einen mutmaßlichen Mörder zu finden, so bleibt die Strafprozessordnung die Rechtsgrundlage der Ausschreibung und der Fahndung. Die Ausschreibung darf für Zwecke des Strafverfahrens gegen den Täter gespeichert und genutzt werden (§ 483 Abs. 1 StPO) und ist mit Erledigung des Strafverfahrens wieder zu löschen (§ 489 Abs. 2 S. 2 Nr. 1 StPO). Eine Anwendung von Polizeirecht auf die Ausschreibung würde keinen Sinn machen, weil die polizeirechtlichen Regelungen an die Gefahrenabwehr anknüpfen und nicht an die Erforderlichkeit der Daten zur Strafverfolgung. Dementsprechend kann § 483 Abs. 3 StPO keineswegs entnommen werden, dass Fahndungsausschreibungen zur Strafverfolgung dem Polizeirecht unterstellt werden sollten.

58 Gesetzesbegründung, LT-Drs. 13/36, 4.
59 Roggan, APr. des sächsischen Landtags 4/60540 (Fn. 186), 23.

Die Entscheidung des Bayerischen Verfassungsgerichtshofs zur Schleierfahndung⁶⁰ ändert an der aufgezeigten Kompetenzverteilung des Grundgesetzes nichts. Die Entscheidung ist durch die spätere Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts zur Strafverfolgungsvorsorge⁶¹ überholt, wenn sie nicht schon damals der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts widersprach, wonach eine Landeskompentenz nur dort besteht, wo ausschließlich Gefahren für die öffentliche Sicherheit abgewehrt werden. Im Übrigen kann bei der aktuellen Ermächtigung zum Kfz-Massenabgleich von einer „schon im Tatbestand [...] verankerten präventiv-polizeilichen Zweckbestimmung der Norm“⁶² keine Rede sein, da der Norm jede Zweckbestimmung fehlt.

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 „neben der Gefahrenabwehr gleichrangig der Strafverfolgungsvorsorge“ dienen.⁶³ Die vom Bundesverwaltungsgericht gewürdigte Norm erlaubt damit keine Videoüberwachung, die schwerpunktmäßig oder gar ausschließlich der Verfolgung bereits begangener 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 Verfolgung begangener Straftaten 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“.⁶⁴ 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. Anders als bei einer ungezielten Videobeobachtung lässt sich im Fall eines gezielten Abgleichs mit bestimmten Fahndungsdateien der Vergleichsdatenbestand und damit das Ziel der Maßnahme steuern und begrenzen.

Entgegen der Auffassung des Verwaltungsgerichtshofs sind die Länder für einen Abgleich mit repressiven Fahndungsdaten selbst dann nicht zuständig, wenn die gesetzliche Regelung ausdrücklich auf den Zweck der Abwehr von Gefahren beschränkt wird (was bei der bayerischen Regelung im Übrigen nicht der Fall ist). Maßnahmen der Strafverfolgung sind trotz etwaiger präventiver Wirkungen abschließend in der Strafprozessordnung geregelt. Wegen des bundesrechtlichen Legalitätsprinzips (§ 152

60 BayVerfGH, NVwZ 2003, 1375 ff.

61 BVerfGE 113, 348 (368), Abs. 92; BVerfGE 120, 378 (421), Abs. 149.

62 BayVerfGH, NVwZ 2003, 1375 ff.

63 BVerwG, 6 C 9.11 vom 25.01.2012, Abs. 37.

64 BVerfGE 120, 378, 423, Abs. 152.

Abs. 2, § 163 Abs. 1 Satz 1 StPO) ist es rechtlich unmöglich, Ausschreibungen zur Strafverfolgung ausschließlich zu präventiven Zwecken zu nutzen. Denn sobald Anhaltspunkte einer Straftat vorliegen, ist die Polizei verpflichtet, Strafverfolgungsmaßnahmen einzuleiten. Die bloße Vorenthaltung des Fahrzeugs begründet keine Gefahr, welche eine Gesetzgebungszuständigkeit der Länder eröffnen könnte.⁶⁵

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.⁶⁶ 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.

1.2.2.1.4 Kompetenzwidrige Fahndung nach Kraftfahrzeugen oder Kennzeichen, die nicht durch Straftaten abhanden gekommen sind (Art. 33 Abs. 2 S. 3 Nr. 1 Var. 2 bayPAG)

Die Suche nach Kraftfahrzeugen oder Kennzeichen, die anders als durch Straftaten abhanden gekommen sind (Art. 33 Abs. 2 S. 3 Nr. 1 Var. 2 bayPAG), begründet ebenfalls keine landesrechtliche Gesetzgebungskompetenz. Erstens wird bestritten, dass überhaupt polizeiliche Fahndungsbestände existieren, in denen abhanden gekommene Sachen geführt werden, obwohl nicht einmal der Verdacht einer Straftat besteht. Die Polizei ist kein Fundbüro. Jedenfalls wenn ein abhanden gekommenes Fahrzeug auf öffentlichen Straßen benutzt und gesichtet wird, begründet dies stets den Verdacht einer strafbaren Zueignung. Zweitens ist die Herausgabe von Fundsachen bereits im bürgerlichen Recht geregelt (§§ 965 ff. BGB). Die Länder haben auf diesem Gebiet keine Gesetzgebungskompetenz (Art. 74 Abs. 1 Nr. 1 GG). Schließlich ist es auch materiell mit dem Verhältnismäßigkeitsgebot nicht ansatzweise zu vereinbaren, zum Auffinden verlorener Kraftfahrzeuge, also zur Wahrung privater Vermögensinteressen, den gesamten Fahrzeugverkehr zu rastern.

In den polizeilichen Sachfahndungsdateien ist im Übrigen nicht vermerkt, ob eine abhanden gekommene Sache wegen des Verdachts einer Straftat ausgeschrieben ist oder aus anderem Grund. Ein Abgleich nur mit Ausschreibungen, denen kein Tatverdacht zugrunde liegt, wäre deswegen schon technisch nicht zu realisieren.

⁶⁵ Vgl. Hornmann, NVwZ 2007, 669 (669 f.); vgl. auch OVG Lüneburg, NJW 1980, 855 zur Einordnung von Fahndungsmaßnahmen.

⁶⁶ Max-Planck-Institut für internationales und ausländisches Strafrecht, Recht und Praxis der anlassbezogenen automatischen Kennzeichenfahndung, Verkehrsdatenabfrage und Mobilfunkortung zur

1.2.2.1.5 Kompetenzwidrige Fahndung in weiteren Fällen (Art. 33 Abs. 2 S. 3 Nr. 2 Buchst. a-c bayPAG)

Die Suche nach Personen, die zur polizeilichen Beobachtung, gezielten Kontrolle oder verdeckten Registrierung ausgeschrieben worden sind (Art. 33 Abs. 2 S. 3 Nr. 2a bayPAG), fällt nur zu einem geringen Teil in die Gesetzgebungskompetenz des Landes, nämlich nur dort, wo die Ausschreibungen der Abwehr einer Gefahr dienen.⁶⁷ Ein Abgleich mit Ausschreibungen nach § 163e StPO etwa fällt dagegen nicht in die Gesetzgebungskompetenz des Landes, weil diese Ausschreibungen der Strafverfolgung dienen. Da Art. 33 Abs. 2 S. 3 Nr. 2a bayPAG den Abgleich mit Dateien, die ausschließlich oder überwiegend Zwecken einer Bundeskompetenz dienen, nicht ausschließt, verstößt die Regelung gegen Art. 74 GG.⁶⁸

Offensichtlich ist der Verstoß gegen Art. 74 Abs. 1 Nr. 1 GG, wo ein Abgleich mit Ausschreibungen „aus Gründen der Strafverfolgung, Strafvollstreckung, Auslieferung oder Überstellung“ zugelassen wird (Art. 33 Abs. 2 S. 3 Nr. 2b bayPAG).⁶⁹ Dieser Tatbestand erlaubt es, selbst solche Fahndungsdateien in den Vergleichsbestand einzubeziehen, die im Schwerpunkt oder gar ausschließlich zu strafprozessualen Zwecken erstellt wurden und die Kennzeichenerfassung dabei zum Zweck der Errichtung der Datei, also zu repressiven Zwecken, zu nutzen. Eben dies hat das Bundesverfassungsgericht an der schleswig-holsteinischen Regelung ausdrücklich beanstandet.⁷⁰ Da sich der Art. 33 Abs. 2 S. 3 Nr. 2b bayPAG nicht auf Mischdateien und auch nicht auf doppelfunktionale Ausschreibungen beschränkt, sondern die Einbeziehung ausschließlich repressiver Ausschreibungen erlaubt, stellen sich die zu Art. 33 Abs. 2 S. 3 Nr. 1 bayPAG erörterten Abgrenzungsprobleme hier nicht und ist Art. 74 Abs. 1 Nr. 1 GG ohne weiteres einschlägig.

Der Verwaltungsgerichtshof meint, auch der Abgleich mit zur Strafverfolgung erstellten Fahndungsdateien könnte der Gefahrenabwehr dienen, etwa der Beendigung rechtswidriger Zustände oder der Verhinderung der Begehung weiterer Straftaten (z.B. durch Festnahme eines Beschuldigten).⁷¹ Dies trifft zu, begründet aber keine Gesetzgebungskompetenz der Länder für die Fahndung nach Straftätern. Dass die Strafprozessordnung die Fahndung zum Zwecke der Strafverfolgung abschließend regelt

Gefahrenabwehr in Brandenburg (2010), <http://info.publicintelligence.net/MaxPlanckInstitute-Report.pdf>, 129.

67 Vgl. BVerfGE 120, 378 (422), Abs. 150.

68 BVerfGE 120, 378 (423), Abs. 152: „Jedenfalls schließt die gesetzliche Regelung es nicht aus, künftig auch Fahndungsdateien einzubeziehen, die im Schwerpunkt oder gar ausschließlich zu strafprozessualen Zwecken erstellt werden und die Kennzeichenerfassung dabei auch zu repressiven Zwecken zu nutzen. § 184 Abs. 5 Satz 4 in Verbindung mit § 184 Abs. 4 Satz 3 LVwG sieht sogar ausdrücklich vor, dass Kraftfahrzeugkennzeichen, für die eine Fahndungsnotierung besteht, nicht gelöscht werden, wenn sie zur Verfolgung von Straftaten oder Ordnungswidrigkeiten benötigt werden.“

69 Ebenso für den vergleichbaren sächsischen Gesetzentwurf Kugelman, APr. des sächsischen Landtags 4/60540 (Fn. 186), 16; Braun, APr. des sächsischen Landtags 4/60540 (Fn. 186), 8.

70 BVerfGE 120, 378 (423), Abs. 152.

71 VGH München, 10 BV 09.2641 vom 17.12.2012, Abs. 84.

und für repressive Regelungen im Landesrecht keinen Raum lässt, ist bereits ausgeführt worden.⁷²

Die Zulassung eines Abgleichs „zum Zweck der Durchführung ausländerrechtlicher Maßnahmen“ (Art. 33 Abs. 2 S. 3 Nr. 2c bayPAG) verstößt gegen Art. 74 Abs. 1 Nr. 4 GG.⁷³ Der Bund hat die möglichen ausländerrechtlichen Maßnahmen in Bundesgesetzen abschließend geregelt. Den Einsatz eines Kfz-Kennzeichenabgleichs zu ihrer Durchsetzung hat er dabei nicht zugelassen. Der Verstoß gegen Art. 74 Abs. 1 Nr. 4 GG ist nicht deswegen unerheblich, weil der Kläger als Deutscher von ausländerrechtlichen Maßnahmen nicht betroffen sein könne.⁷⁴ Mit erheblicher Wahrscheinlichkeit kann infolge eines Erkennungsfehlers zu Unrecht gemeldet werden, das Fahrzeug des Klägers sei zur Durchführung ausländerrechtlicher Maßnahmen ausgeschrieben („unechter Treffer“). Davon ist der Kläger durchaus betroffen.

Art. 33 Abs. 2 S. 3 Nr. 2d bayPAG ist von der Gesetzgebungskompetenz des Landes gedeckt. In der Praxis sind solche Ausschreibungen aber selten. Es wird bestritten, dass im Wege des Kfz-Massenabgleichs jemals eine zur polizeilichen Gefahrenabwehr ausgeschriebene Person gefunden worden sei.

Art. 33 Abs. 2 S. 4 bayPAG ist von der Gesetzgebungskompetenz des Landes gedeckt.

1.2.2.1.6 Ergebnis

Eine Gesetzgebungszuständigkeit des beklagten Landes für die Maßnahme des Kfz-Massenabgleichs ist zusammenfassend nur gegeben, wenn der Abgleich gesetzlich auf Ausschreibungen beschränkt wird, die „allein und unmittelbar“ der Abwehr von Gefahren einschließlich der Verhinderung von Straftaten dienen. Art. 33 Abs. 2 bayPAG sieht keine solche Beschränkung vor. Präventiv sind etwa vorfallsbezogene Fahndungsdaten, etwa bei der Suche nach einem psychisch kranken Autofahrer oder wenn die unmittelbar bevorstehende Begehung einer schweren Straftat verhindert werden soll. Es kann sich zweitens auch um allgemeine polizeiliche Störerdaten handeln, wenn diese einem präventiven Zweck dienen. Als verfassungskonforme Vorlage kann die vom Bundesverfassungsgericht angeführte brandenburgische Regelung heran gezogen werden, die einen Abgleich ausschließlich „mit zur Abwehr der Gefahr nach Absatz 1 gespeicherten polizeilichen Dateien“ zulässt (§ 36a bbgPolG).

Von der Gesetzgebungskompetenz des Landes nicht gedeckt ist hingegen Art. 33 Abs. 2 S. 3 bayPAG, weil er einen Abgleich mit praktisch dem gesamten Fahndungsbestand –

⁷² BVerwG, 6 C 9.11 vom 25.01.2012, Abs. 36; Hornmann, NVwZ 2007, 669 (669); Soiné, NStZ 1997, 321 (322); vgl. auch Nr. 39 Abs. 1 der Richtlinien für das Strafverfahren und das Bußgeldverfahren; vgl. ferner KK-Schoreit, § 163e, Rn. 8: „Polizeirecht kann nicht zur Lückenfüllung herangezogen und vermengt mit Strafverfahrensrecht angewendet werden (zust. SK-Wolter RdNr. 2).“

⁷³ Ludovisy, APr. des sächsischen Landtags 4/60540 (Fn. 186), 20.

⁷⁴ Vgl. VGH München, 10 BV 09.2641 vom 17.12.2012, Abs. 89.

also auch mit Ausschreibungen zu Strafverfolgungszwecken und zu ausländerrechtlichen Zwecken – zulässt.⁷⁵

In seiner mündlichen Urteilsbegründung hatte der Vorsitzende des Verwaltungsgerichts anerkannt, dass der Kfz-Massenabgleich schwerpunktmäßig repressiven Zwecken dient. Er hat aber die Auffassung vertreten, eine Landeskompetenz bestehe gleichwohl, weil die Maßnahme zumindest auch – zu einem nicht unerheblichen Anteil – präventiven Zwecken diene. Dieser Auffassung kann nicht gefolgt werden. Mit der Kompetenzordnung des Grundgesetzes und der zitierten Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts unvereinbar wäre es, aus der Länderkompetenz für die Suche nach zur Gefahrenabwehr ausgeschriebenen Kennzeichen auf eine Kompetenz auch zur Suche nach allein oder überwiegend zu repressiven Zwecken ausgeschriebenen Kennzeichen zu schließen.

Soweit der Bundesgesetzgeber die Polizei ermächtigen will, bei Gelegenheit präventiver Maßnahmen oder sonst repressiv tätig zu werden, hat er dies in der Strafprozessordnung getan. Das Polizeirecht im engeren Sinne kennt keine Annexkompetenz der Länder für repressive Maßnahmen bei Gelegenheit von Maßnahmen der Gefahrenabwehr. Zu einem repressiven Kfz-Massenabgleich bei Gelegenheit einer entsprechenden Präventivmaßnahme befugt die Strafprozessordnung nicht. Dies hat der Landesgesetzgeber zu respektieren.

Ist Art. 33 Abs. 2 S. 3 bayPAG danach jedenfalls teilweise mit den Art. 74 Abs. 1 Nrn. 1 und 4 GG unvereinbar, so lässt sich eine Klageabweisung nicht damit begründen, dass sich die Klage gegen den Kfz-Massenabgleich insgesamt richte.⁷⁶ Zwar wendet sich der Kläger mit seiner Klage ohne Einschränkung gegen Erhebung und Abgleich seines Kennzeichens „mit polizeilichen Dateien“. Es liegt aber auf der Hand, dass als Minus von dieser Begehr umfasst ist, wenigstens den Abgleich seines Kennzeichens mit bestimmten polizeilichen Dateien verhindern zu können. Das beklagte Land wäre dementsprechend gegebenenfalls zu verurteilen, es zu unterlassen, durch den verdeckten Einsatz automatisierter Kennzeichenerkennungssysteme Kennzeichen von Kraftfahrzeugen, die auf den Kläger zugelassen sind, mit polizeilichen Dateien abzugleichen, die erstellt wurden zur polizeilichen Fahndung nach

1. Kraftfahrzeugen oder Kennzeichen, die durch Straftaten oder sonst abhanden gekommen sind,
2. Personen, die ausgeschrieben sind
 - a) zur polizeilichen Beobachtung, gezielten Kontrolle oder verdeckten Registrierung,
 - b) aus Gründen der Strafverfolgung, Strafvollstreckung, Auslieferung oder Überstellung oder
 - c) zum Zweck der Durchführung ausländerrechtlicher Maßnahmen.

⁷⁵ Roßnagel, Verfassungsrechtliche Bewertung der automatisierten Erfassung von Kraftfahrzeugkennzeichen nach dem Urteil des Bundesverfassungsgerichts vom 11. März 2008 (2009), 56.

Sollte sich das Gericht zu einer entsprechend eingeschränkten Verurteilung nicht befugt sehen, wäre dem Kläger durch einen Hinweis nach § 86 Abs. 3 VwGO Gelegenheit zu einer sachdienlichen Antragstellung zu geben. Im Fall eines entsprechenden Hinweises würde der Kläger hilfsweise den obigen Antrag stellen. Diese Klageänderung wäre sachdienlich, weil sie die Verfahrensdauer nicht erhöht und einen weiteren Prozess vermeidet.

3.4.2.2 Bestimmtheitsgebot

Art. 33 Abs. 2 S. 2-5, Art. 38 Abs. 3 bayPAG verstoßen entgegen der Auffassung des Verwaltungsgerichtshofs in mehrfacher Hinsicht gegen das verfassungsrechtliche Bestimmtheitsgebot.

3.4.2.2.1 Erhebungs- und Verwendungszweck

Um den Anforderungen des Bestimmtheitsgebots zu genügen, muss eine Ermächtigung zur Vornahme eines Kfz-Massenabgleichs erstens den Zweck, dem die Erhebung und der Abgleich letztlich dienen soll, bereichsspezifisch und präzise festlegen.⁷⁷ Schon daran fehlt es der bayerischen Regelung, wie bereits oben zur Gesetzgebungskompetenz ausgeführt worden ist.⁷⁸ Hinreichend bestimmt ist der Verwendungszweck etwa in der brandenburgischen Regelung, die unter anderem den Zweck der Abwehr einer gegenwärtigen Gefahr nennt. Der bayerische Landesgesetzgeber hat sich hingegen dafür entschieden, den Zweck der Maßnahme in Art. 33 Abs. 2 bayPAG überhaupt nicht zu bestimmen. Dies verstößt gegen das Bestimmtheitsgebot.

Zwar enthält die bayerische Regelung nicht die vom Bundesverfassungsgericht als unzureichend beanstandete hessische Zweckbestimmung („zum Zwecke des Abgleichs mit dem Fahndungsbestand“). Wenn aber schon diese Formulierung keine hinreichend präzise Zweckbestimmung darstellte, so genügt es erst Recht nicht, von einer Zweckbestimmung überhaupt abzusehen, wie es der bayerische Gesetzgeber getan hat. Als Zweck der Kennzeichenerhebung lässt sich der bayerischen Regelung nichts anderes entnehmen, als dass ein Abgleich mit dem Fahndungsbestand erfolgen soll. Eben dies genügt nach der eindeutigen Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts den grundrechtlichen Anforderungen nicht.

Dass auch die in Bezug genommenen Fälle des Art. 13 bayPAG vielfach keine Zweckbestimmung enthalten, ist bereits ausgeführt worden.⁷⁹ Der Verwaltungsgerichtshof meint, der Zweck der „Gefahrenprävention“ ergebe sich aus dem Verweis auf die in Art. 13 Abs. 1 bayPAG genannten Voraussetzungen, die im Wesentlichen „den jeweiligen Anlass umschreiben, der Maßnahmen zur Gefahrenabwehr

76 Vgl. VGH München, 10 BV 09.2641 vom 17.12.2012, Abs. 87.

77 BVerfGE 120, 378 (409), Abs. 98.

78 Punkt 1.2.2.1.2.1 oben.

79 Punkt 1.2.2.1.2.1 oben.

erforderlich macht“. Das Bundesverfassungsgericht fordert neben einer hinreichenden Bestimmung des Anlasses aber ausdrücklich auch eine hinreichend bereichsspezifische und normenklare Bestimmung des Ermittlungszwecks, dem sowohl die Erhebung als auch der Abgleich letztlich dienen sollen.⁸⁰ Die Umschreibung der Voraussetzungen der Maßnahme ohne normenklare Regelung ihres Zwecks genügt nicht.

Zwar kann eine hinreichende Zweckbestimmung darin liegen, dass der Gesetzgeber sicher stellt, dass die Aufnahme in den Fahndungsbestand nur aufgrund eines gesetzlich umschriebenen Anlasses erfolgt, der zugleich automatisierte Informationserhebungen und -verwertungen rechtfertigt, und dass dieser Anlass fortbesteht.⁸¹ Art. 33 Abs. 2 S. 2-5 bayPAG bestimmen aber gerade nicht, dass die Aufnahme in die aufgeführten Arten von Dateien einen bestimmten Anlass voraussetzen soll und welchen. Sie nehmen auch nicht auf andere gesetzliche Bestimmungen über die Ausschreibung zur Fahndung Bezug. Dies wäre im Übrigen auch unzureichend, weil die allgemeinen Bestimmungen über die Ausschreibung zur Fahndung so weit sind, dass sie keine automatisierten Informationserhebungen und -verwertungen rechtfertigen. Nach dem Wortlaut des Art. 33 Abs. 2 S. 3 bayPAG ist selbst der Abgleich mit ausländischen Fahndungsbeständen, die ohne besonderen Anlass erstellt wurden, möglich. Dies genügt dem Gebot der Normenklarheit nicht.

Im Fall der Einbeziehung von Mischdateien in den Vergleichsdatenbestand, wie sie in Bayern offenbar zugelassen werden soll, hat das Bundesverfassungsgericht gefordert, dass wenigstens die Zugriffszwecke bestimmt sein müssten. Es müsse erkennbar sein, ob der Zugriff ausschließlich oder im Schwerpunkt präventiven oder repressiven Zwecken oder beiden diene.⁸² Auch diesem Erfordernis genügt die bayerische Regelung nicht. Sie bestimmt nicht, welchen Zwecken der Zugriff auf die in Art. 33 Abs. 2 S. 3 bayPAG beschriebenen Dateien dienen soll.

Nach dem Urteil des Bundesverfassungsgerichts⁸³ ist es auch ausdrücklich unzureichend, die Verwendung der erlangten Daten nur an den Fahndungszweck der jeweiligen Ausschreibung zu binden, wie es Art. 38 Abs. 3 S. 2 bayPAG offenbar tun soll. Tatsächlich sieht die Vorschrift keine Bindung der Datenverwendung an den „Fahndungszweck der jeweiligen Ausschreibung“⁸⁴ vor, sondern bloß eine Bindung an die „Zwecke, zu denen die Fahndungsbestände erstellt oder die Dateien errichtet wurden“. Da Dateien wie die INPOL-Sachfahndungsdatei zu vielfältigsten Zwecken errichtet wurden, wird damit in keinem Fall bereichsspezifisch und präzise bestimmt, zu welchem Zweck die einzelne Treffermeldung weiterverarbeitet werden darf.

3.4.2.2.2 Vergleichsdatenbestand

Art. 33 Abs. 2 S. 3 bayPAG bestimmt in seiner aktuellen Fassung präziser, mit welchen Daten die erhobenen Kfz-Kennzeichen abgeglichen werden dürfen. Allerdings muss die

⁸⁰ BVerfGE 120, 378 (409), Abs. 98 f.

⁸¹ BVerfGE 120, 378 (409), Abs. 99.

⁸² BVerfGE 120, 378 (422 f.), Abs. 151.

⁸³ BVerfGE 120, 378 (415 f.), Abs. 135.

⁸⁴ BVerfGE 120, 378 (415 f.), Abs. 135.

Definition der zugelassenen Vergleichsdaten ausschließen, dass sich der Umfang der einbezogenen Vergleichsdatenbestände laufend und in gegenwärtig nicht vorhersehbarer Weise verändert,⁸⁵ was Art. 33 Abs. 2 S. 3 und 4 bayPAG mit seiner dynamischen Bezugnahme auf bestimmte Arten von Dateien nicht gewährleistet.⁸⁶ Erforderlich wäre zumindest die Nennung der Rechtsgrundlage der Ausschreibungen, mit denen ein Abgleich zugelassen werden soll, also etwa „mit Fahndungsausschreibungen nach § 163e der Strafprozessordnung“ usw. Ohne die Angabe der Rechtsgrundlage könnten sogar ausländische Fahndungsdateien, die in Deutschland nicht rechtmäßig hätten erstellt werden dürfen, zum Abgleich herangezogen werden.

Soweit der Verwaltungsgerichtshof befürchtet, der Inhalt der Rechtsgrundlagen könne sich im Fall einer Bezugnahme jederzeit ändern, würde die Bezugnahme auf einen bestimmten Gesetzesstand (statische Verweisung) dies ausschließen. Im Übrigen ist die Veränderungsgefahr bei einer dynamischen Verweisung weit geringer als wenn überhaupt keine Rechtsgrundlage in Bezug genommen wird.

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.⁸⁷ 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.

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.

Der Verwaltungsgerichtshof 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

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

86 Ebenso für den vergleichbaren sächsischen Gesetzentwurf Kugelmann, APr. des sächsischen Landtags 4/60540 (Fn. 186), 16.

87 BVerfGE 120, 378 (414), Abs. 132.

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.⁸⁸ Dass die Art. 33 Abs. 2 S. 2-5, 38 Abs. 3 bayPAG eine solche Vorhersehbarkeit nicht gewährleisten, zeigen die Fragen des Senats.

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

Unzutreffend ist die Annahme des Verwaltungsgerichtshofs, es verstehe sich von selbst, dass nur Ausschreibungen unter Angabe des Kfz-Kennzeichens herangezogen werden dürften.⁸⁹ Über die Halterdatei ist es möglich, zunächst den Halter eines erfassten Kraftfahrzeugs zu ermitteln und sodann anhand dessen Personalien zu überprüfen, ob er zur Fahndung ausgeschrieben ist. Die gesetzliche Grundlage schließt eine solche Vorgehensweise keineswegs aus.

3.4.2.2.3 Verwendung

Nicht bereicherspezifisch und präzise geregelt ist schließlich der weitere Umgang mit den erhobenen und den durch Abgleich gewonnenen Daten in Trefferfällen. Der Verweis des Art. 38 Abs. 3 S. 2 bayPAG auf allgemeine Vorschriften genügt nicht. Insbesondere fehlt die Beschränkung der Datennutzung auf das Anhalten der gemeldeten Fahrzeuge, wie sie bei einer derart weit gefassten Befugnis mindestens erforderlich wäre.⁹⁰

Unerheblich ist in diesem Zusammenhang die Argumentation des Verwaltungsgerichtshofs, die Klage richte sich nicht gegen die Datenverwendung. Hat der Gesetzgeber keine verfassungskonforme Regelung über die Verwendung der erhobenen Daten getroffen, so ist schon die Ermächtigung zur Erhebung der Daten verfassungswidrig und nichtig. Es ist mit den Grundrechten unvereinbar, personenbezogene Daten zu erheben, wenn es an einer wirksamen Ermächtigung zu ihrer Verwendung fehlt. Die Erhebung von Daten, die nicht genutzt werden dürfen, ist nicht erforderlich.

Die Mängel der Verwendungsregelung lassen sich auch nicht mit der Begründung übergehen, eine zu weite Verwendungsregelung sei nur teilweise verfassungswidrig. Es ist nicht Aufgabe der Gerichte, eine zu weite Verwendungsregelung auf das verfassungsrechtlich gerade noch zulässige Maß zu beschränken, zumal sich dafür kein Ansatzpunkt im Wortlaut der Norm findet.

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

89 VGH München, 10 BV 09.2641 vom 17.12.2012, Abs. 96.

90 BVerfGE 120, 378 (403 ff.), Abs. 82, 174, 183.

3.4.2.3 Verhältnismäßigkeitsgebot

Art. 33 Abs. 2 S. 2-5, 38 Abs. 3 bayPAG verstoßen vor allem gegen das Verhältnismäßigkeitsgebot. Dem Verhältnismäßigkeitsgebot zufolge dürfen die Grundrechte nur eingeschränkt werden, soweit dies im überwiegenden Allgemeininteresse erforderlich ist.⁹¹

3.4.2.3.1 Gewicht der geförderten Gemeinwohlinteressen; Nutzen des Grundrechtseingriffs

Auf Seiten der Gemeinwohlinteressen ist für die Abwägung das Gewicht der Ziele und Belange maßgeblich, denen die Grundrechtsbeschränkung dient. Bei deren Gewichtung kommt es unter anderem darauf an, wie groß die Gefahren sind, denen mit Hilfe der Eingriffe begegnet werden soll, und wie wahrscheinlich deren Eintritt ist.⁹² Außerdem ist maßgeblich zu berücksichtigen, wie wahrscheinlich es ist, dass den Gefahren mit Hilfe der grundrechtsbeschränkenden Norm begegnet werden kann.

Was das Gewicht der Allgemeininteressen angeht, welchen der Kfz-Massenabgleich dienen soll, so geht die Anzahl von Fahrzeugdiebstählen seit Jahren zurück, und zwar unabhängig davon, ob in einem Bundesland ein Kfz-Massenabgleich praktiziert wird oder nicht. Während 1993 noch 230.000 Diebstähle von Kraftfahrzeugen registriert wurden, ist die Zahl der Fälle seither rückläufig, zuletzt konstant.⁹³ 2011 wurden bundesweit nur noch rund 40.000 Diebstähle von Kraftfahrzeugen registriert.⁹⁴ Dieser Rückgang der Fallzahlen um 83% ist unabhängig von dem Einsatz von Kennzeichenlesegeräten erfolgt. An dieser Entwicklung der registrierten Kriminalität wird deutlich, dass ein Bedürfnis nach einem – zumal dauerhaften und massenhaften – Einsatz automatischer Kennzeichenlesegeräte nicht gegeben ist, zumal viele Bundesländer und auch andere EU-Staaten problemlos ohne dieses Mittel auskommen.

Dass die Art. 33 Abs. 2 S. 2-5, 38 Abs. 3 bayPAG Gemeinwohlinteressen dienen können, ist nicht zu bestreiten. Dass die Normen – wie im Grunde alle Eingriffsermächtigungen von Gefahrenabwehrbehörden – im Einzelfall der Abwehr selbst schwerer Gefahren dienen können, liegt auf der Hand. Im Regelfall geht es bei dem Kennzeichenabgleich jedoch um Ziele und Belange von geringem Gewicht. Den Ergebnissen entsprechender Feldversuche zufolge ist davon auszugehen, dass der Massenabgleich von Kfz-Kennzeichen regelmäßig nur in wenig bedeutenden Einzelfällen den Schutz von Rechtsgütern fördern kann, etwa wenn im Bereich von Kfz-Diebstählen ein Fahrzeug seinem Eigentümer zurückgegeben werden kann. In Bayern etwa resultiert der Einsatz

91 BVerfGE 65, 1 (44, 46); BVerfGE 100, 313 (375 f.).

92 BVerfGE 100, 313 (376).

93 Polizeiliche Kriminalitätsstatistik 2011, 195.

94 Polizeiliche Kriminalitätsstatistik 2011, 196.

von Kennzeichenlesegeräten zwar in etlichen Treffermeldungen.⁹⁵ Eine Treffermeldung bewirkt für sich genommen jedoch noch keinen Rechtsgüterschutz. Dies kann erst nach einer erfolgreichen polizeilichen Reaktion auf die Meldung der Fall sein. An konkreten Resultaten hatte der erste bayerische Feldversuch gerade einmal die Sicherstellung von vier Fahrzeugen zur Folge!⁹⁶ Dabei ist nach allgemeinen Erfahrungen davon auszugehen, dass Kriminelle nach einiger Zeit Umgehungsstrategien einsetzen, was die mittel- und langfristige Erfolgsquote im Vergleich zu den Resultaten kurzer Feldversuche erheblich mindert. Im Jahr 2007 wurde eine mobile Anlage zum Kfz-Massenabgleich eingesetzt, um eine mutmaßliche Diebesbande zu ermitteln und um Gewalttätigkeiten im Vorfeld eines „Rockertreffens“ zu verhindern; in beiden Fällen blieb der Einsatz vollkommen ergebnislos.⁹⁷

Aus Bayern sind auch die Resultate eines regulären Einsatzes von 35 Lesegeräten im Jahr 2006 bekannt. Jeden Monat werden 5 Mio. Kfz-Kennzeichen abgeglichen.⁹⁸ Nach einigen Monaten waren im Untersuchungszeitraum 1.500 Treffer zusammen gekommen, was einer Trefferquote von 0,03% entspricht.⁹⁹ Unter den Treffern befanden sich 40% säumige Versicherungszahler, 20% Fahrzeuge mit verlorenem oder gestohlenem Kennzeichen, 15% Ausschreibungen von Personen zur Beobachtung oder Festnahme und 25% sonstige Ausschreibungen (z.B. Ausschreibungen gestohlener Pkw).¹⁰⁰ Konkrete Gefahren für Leib oder Leben wurden in keinem Fall abgewehrt; nicht eine Straftat wurde verhindert. Stattdessen wird deutlich, dass die Maßnahme ihren Schwerpunkt im Bagatelldbereich hat und nur dem Schutz von Eigentumsrechten und Vermögensinteressen dienen kann. Die Ergebnisse zeigen, dass sich bei 4.998.500 der monatlich überprüften Autofahrer oder 99,97% der Betroffenen keinerlei Anhaltspunkte für eine Gefahr oder Straftat ergeben haben.

Nach Angaben des Landes vor dem Verwaltungsgerichtshof 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

95 Roßnagel, Verfassungsrechtliche Bewertung der automatisierten Erfassung von Kraftfahrzeugkennzeichen nach dem Urteil des Bundesverfassungsgerichts vom 11. März 2008 (2009), 30.

96 Pressemitteilung Nr. 80/04 vom 03.03.2004, www.stmi.bayern.de/presse/archiv/2004/80.php.

97 Roßnagel, Verfassungsrechtliche Bewertung der automatisierten Erfassung von Kraftfahrzeugkennzeichen nach dem Urteil des Bundesverfassungsgerichts vom 11. März 2008 (2009), 30.

98 ADAC, Gläserner Autofahrer unter Generalverdacht? (28.09.2006), www.adac.de/images/Bericht-ADAC-Fachgespr%C3%A4ch-Gl%C3%A4serner-Autofahrer-Sept06_tcm8-166496.pdf.

99 ADAC a.a.O.

100 ADAC a.a.O.

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 vor dem Verwaltungsgerichtshof 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.

Für Hessen hat die Staatskanzlei ebenfalls die Resultate eines regulären Einsatzes von Kennzeichenlesegeräten offengelegt. Von Januar bis April 2007 sind 360.000 Kfz-Kennzeichen abgeglichen worden.¹⁰¹ Die Zahl der Treffer belief sich auf 123, was einer Trefferquote von 0,03% entspricht.¹⁰² Im Umkehrschluss bestätigt sich, dass hunderttausende Autofahrer oder 99,97% der Betroffenen ohne jeden Grund abgeglichen wurden. Unter den Treffern befanden sich 67% säumige Versicherungszahler, 19% Fahrzeuge mit verlorenem oder gestohlenem Kennzeichen und 14% Ausschreibungen von Personen zur Beobachtung oder Festnahme.¹⁰³ Nicht ein konkreter Erfolg aufgrund einer „Treffermeldung“ wurde dargelegt. Gefahren für Leib oder Leben wurden in keinem Fall abgewehrt; nicht eine Straftat wurde verhindert. Stattdessen wird deutlich, dass die Maßnahme ihren Schwerpunkt im Bagatellbereich hat und ganz regelmäßig nur dem Schutz von Eigentumsrechten und Vermögensinteressen dienen kann. Vermögensinteressen Einzelner sind ein Rechtsgut von vergleichsweise geringem Gewicht.

Im Zeitraum 02. Dezember 2010 bis 31. März 2012 glich Hessen 2,3 Mio. Kfz-Kennzeichen ab. Die Zahl der Treffer belief sich auf 693, was wiederum einer Trefferquote von 0,03% entspricht. Im Umkehrschluss bestätigt sich, dass Millionen von Autofahrern oder 99,97% der Betroffenen ohne jeden Grund abgeglichen wurden. 13.223 Fahrzeuge wurden zu Unrecht als ausgeschrieben gemeldet, so dass nur jede 20. Treffermeldung überhaupt zutreffend war. Unter den Treffern befanden sich 58% säumige Versicherungszahler, 10% Fahrzeuge mit verlorenem oder gestohlenem Kennzeichen, 5% Ausschreibungen von Personen zur Beobachtung oder Festnahme und 2% „sonstige“ Ausschreibungen (Gefahrenabwehr?). An konkreten Ergebnissen wird einzig die Sicherstellung von 19 Fahrzeugen mitgeteilt.¹⁰⁴

In Schleswig-Holstein wurden für 50.000 Euro zwei Lesegeräte angeschafft.¹⁰⁵ Über mehrere Monate hinweg wurden 131.000 Kennzeichen abgeglichen, jedoch einzig 26 säumige Versicherungszahler ermittelt. Gestohlene Fahrzeuge wurden keine gemeldet

101 Schriftsatz der Staatskanzlei vom 31.05.2007, http://www.datenspeicherung.de/data/Schriftsatz_Staatskanzlei_2007-06-01.pdf, 8.

102 Schriftsatz der Staatskanzlei vom 31.05.2007, http://www.datenspeicherung.de/data/Schriftsatz_Staatskanzlei_2007-06-01.pdf, 8.

103 Schriftsatz der Staatskanzlei vom 31.05.2007, http://www.datenspeicherung.de/data/Schriftsatz_Staatskanzlei_2007-06-01.pdf, 9.

104 LT-Drs. 18/5512.

oder sichergestellt. Der schleswig-holsteinische Innenminister erklärte nach der Nichtigerklärung der Regelung seines Landes durch das Bundesverfassungsgericht, er werde keine Ermächtigung zum Kfz-Massenscanning mehr auf den Weg bringen.¹⁰⁶ Die Maßnahme weise nach den gewonnenen Erfahrungen „ein Missverhältnis zwischen Aufwand und Ertrag“ auf und „binde Personal, das an anderen Stellen sinnvoller für operative Polizeiarbeit eingesetzt werden könne“.

In Mecklenburg-Vorpommern wurden für € 139.194,30 Kennzeichenlesesysteme angeschafft.¹⁰⁷ Neben eines Pilotprojekts vom 15.12.2008 bis 15.06.2009 wurde ein Kfz-Abgleich ausschließlich während der Proteste gegen den G8-Gipfel in Heiligendamm vorgenommen, und zwar mit polizeilichen Störerddateien.¹⁰⁸ Dies führte zu vier Treffermeldungen, die eine Beschlagnahme zur Beweissicherung, eine Identitätsfeststellung und zwei Aufenthaltsermittlungen nach sich zogen; ein konkretes Ergebnis dieser Maßnahmen ist nicht bekannt.¹⁰⁹

In Sachsen wurden zum Preis von € 150.000,00 sechs Kfz-Massenscanner erworben.¹¹⁰ Seit Dezember 2012 wurde gerade einmal ein mutmaßlich unterschlagenes Kraftfahrzeug sichergestellt und zwei Fahrzeuge ohne Versicherung festgestellt.¹¹¹ Im Vorjahr wurden gerade einmal zwei unversicherte Fahrzeuge entstempelt.¹¹²

Die Eignung zur Erleichterung der Strafverfolgung hat vorliegend von vornherein außer Betracht zu bleiben, weil Bayern die Kennzeichenerfassung zum Zweck der Strafverfolgung nicht anordnen darf. Selbst wenn man den Nutzen der Maßnahme zur Erleichterung der Strafverfolgung mit einbeziehen wollte, wäre dieser gering. Eine dauerhafte Senkung des Kriminalitätsniveaus ist selbst im Bereich der Kfz-Kriminalität nicht zu erwarten, weil die Maßnahme in zu wenigen Fällen von Nutzen ist als dass sie insgesamt ins Gewicht fallen würde. Dies beruht unter anderem darauf, dass es im Regelfall geraume Zeit dauern wird, bis ein Fahndungseintrag vorgenommen wird. Zu diesem Zeitpunkt wird eine Kennzeichenüberwachung im Regelfall bereits zu spät erfolgen. Zudem existiert eine Vielzahl von Umgehungsmöglichkeiten, wie noch zu zeigen sein wird.

Eine Gefährdung der Allgemeinheit oder der physischen Sicherheit einzelner Bürger wird mittels einer Kennzeichenüberwachung nur in seltenen Ausnahmefällen abgewehrt werden können. In Fällen dringender Gefahren würde es aber genügen, anlassbezogen eine Kfz-Kennzeichenüberwachung durchzuführen (vgl. § 36a bbgPolG), ohne dass dies

105 Zum Folgenden: Pressemitteilung des Innenministeriums vom 11.03.2008, <http://snipurl.com/22v5f>.

106 Zum Folgenden vgl. Fn. 105.

107 LT-Drs. 6/337.

108 Zum Folgenden: Landesbeauftragter für den Datenschutz in Mecklenburg-Vorpommern, Dokumente vom 25.06.2007 und vom 04.09.2007, <http://www.lfd.m-v.de/dschutz/presse/G8-Kontrolle-20-Juni.pdf> und <http://www.lfd.m-v.de/dschutz/presse/G8-Innenausschuss.pdf>.

109 LT-Drs. 6/337, 5.

110 LT-Drs. 5/9793, 4.

111 LT-Drs. 5/11492, 4.

112 LT-Drs. 5/9793, 6.

zur dauerhaften Standardmaßnahme gemacht werden muss, wie es die angefochtene Norm ermöglicht.

Die vielfältigen Möglichkeiten zur Verhinderung einer erfolgreichen Zuordnung, von denen nach Einführung einer verdachtslosen Kennzeichenüberwachung erfahrungsgemäß verstärkt Gebrauch gemacht wird, stellen den möglichen Nutzen der Maßnahme zudem grundlegend in Frage.¹¹³ Personen, die sich der Überwachung entziehen wollen, können beispielsweise ein Kraftfahrzeug eigens für ihre Zwecke stehlen. Dieses ist dann im Fahndungsbestand noch nicht verzeichnet, so dass ein Abgleich zu keinem Ergebnis führt. Weiter kommt ein Auswechseln der Kennzeichen in Betracht, das sich schnell durchführen lässt. Schließlich kann auch die Nutzung von Straßen vermieden werden, auf denen eine Kennzeichenerfassung durchgeführt wird. Gerade ernsthafte Kriminelle werden von solchen Ausweichmöglichkeiten Gebrauch machen. Das Innenministerium hat im Innenausschuss des bayerischen Landtags zugestanden, dass Straftäter bewusst Straßen mit Kfz-Massenabgleich meiden und sich bemühen, Fahrzeugverschiebungen auf andere Routen zu verlegen – und zwar trotz der verdeckten Durchführung der Maßnahme (beispielsweise anhand des verwendeten Infrarotblitzes können professionell agierende Straftäter auch verdeckte Geräte erkennen, indem sie ihre Routen zuvor mit einem nicht zur Fahndung ausgeschriebenen und entsprechend ausgestatteten Fahrzeug „abfahren“).

Die Eignung der Maßnahme zur nachhaltigen Bekämpfung organisierter Kriminalität ist folglich als äußerst gering bis nicht gegeben einzuschätzen.¹¹⁴ Die Maßnahme führt vielmehr zu einer verstärkten Bindung der verfügbaren Ressourcen an die Verfolgung leicht aufzudeckender und oft auftretender Bagatelldelicten. Sie beeinträchtigt dadurch letztlich das gezielte Vorgehen gegen schwere und organisierte Kriminalität.

Der Verwaltungsgerichtshof meint, der Kfz-Massenabgleich ermögliche eine „verstärkte Abwehr von ganz erheblichen Gefahren z.B. durch Terrorismus, grenzüberschreitende und Bandenkriminalität, die zu einer Gefährdung von hohen Rechtsgütern wie Leib und Leben der Bürger führen können“.¹¹⁵ Dieser Annahme fehlt aber jede tatsächliche Grundlage. Es fehlt an jeglicher Feststellung eines Zusammenhangs zwischen einem Kfz-Massenabgleich und der Verhinderung terroristischer Straftaten. Grenzüberschreitende Bandenkriminalität, die sich auf Kraftfahrzeuge bezieht, gefährdet das Eigentum und nicht Leib oder Leben. Autodiebstähle sind der Alltagskriminalität zuzuordnen und rechtfertigen keinen Totalabgleich aller Verkehrsteilnehmer, zumal ihre Zahl dramatisch zurückgegangen ist.

Zusammenfassend stellt der Verwaltungsgerichtshof zutreffend fest, „dass die Kosten für die Anschaffung und den Unterhalt der Erfassungssysteme hoch und demgegenüber die

113 Ebenso Weichert, Stellungnahme zu den Gesetzentwürfen zur Novellierung des Bayerischen Polizeiaufgabengesetzes, 17.03.2005, <http://www.datenschutzzentrum.de/material/themen/polizei/bay-pag.htm>, Punkt III.

114 Ebenso Weichert, Stellungnahme zu den Gesetzentwürfen zur Novellierung des Bayerischen Polizeiaufgabengesetzes, 17.03.2005, <http://www.datenschutzzentrum.de/material/themen/polizei/bay-pag.htm>, Punkt III.

115 VGH München, 10 BV 09.2641 vom 17.12.2012, Abs. 125.

Erfolge des massenhaften Abgleichs nur relativ gering sind". Wenngleich dies nicht schon die abstrakte Eignung der Eingriffsermächtigung in Frage stellt, ist es für die Frage der Verhältnismäßigkeit im engeren Sinne und der Angemessenheit des Grundrechtseingriffs von entscheidender Bedeutung.

3.4.2.3.2 Gewicht der Freiheitsinteressen; schädliche Folgen des Grundrechtseingriffs

Das Gewicht des Grundrechtseingriffs ist der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts zufolge danach zu bemessen, unter welchen Voraussetzungen Eingriffe zulässig sind, welche und wie viele Grundrechtsträger von ihnen betroffen sind und wie intensiv die Grundrechtsträger beeinträchtigt werden.¹¹⁶ Zu berücksichtigen ist auch, ob und in welcher Zahl Personen mitbetroffen werden, die für den Eingriff keinen Anlass gegeben haben.¹¹⁷ Die Eingriffsintensität hängt bei Informationseingriffen unter anderem von Art, Umfang und denkbaren Verwendungen der erhobenen Daten sowie von der Gefahr ihres Missbrauchs ab.¹¹⁸ Bei der Feststellung der Möglichkeiten zur Verwendung erlangter Daten ist zu berücksichtigen, ob die Betroffenen anonym bleiben und welche Nachteile ihnen aufgrund der Maßnahmen drohen oder von ihnen nicht ohne Grund befürchtet werden.¹¹⁹ Bei der Gewichtung möglicher Nachteile ist die Nutzbarkeit und Verwendungsmöglichkeit der Daten maßgeblich, und zwar unter besonderer Berücksichtigung der Möglichkeit, dass die Daten mit anderen Daten kombiniert und dadurch weitergehende Kenntnisse gewonnen werden können.¹²⁰

Die hohe Eingriffsintensität des Kfz-Massenabgleichs ergibt sich aus den folgenden Umständen:

- Nicht nur einzelne Personen, sondern grundsätzlich jeder Fahrzeughalter und -fahrer ist von dem Abgleich seiner Daten betroffen. Abhängig von Anzahl und Positionierung der Erfassungsgeräte können in einer Stunde Tausende von Personen erfasst und automatisch kontrolliert werden.¹²¹
- In vielen Fällen können Personen die Nutzung von Kraftfahrzeugen nicht oder nur unter unzumutbaren Nachteilen meiden. Dementsprechend kann im Fall einer generellen Kennzeichenüberwachung einer Erfassung des eigenen Bewegungsverhaltens oft nicht entgangen werden.
- Nicht nur vermutete Straftäter oder Störer oder deren vermutete Kontaktpersonen sind betroffen, sondern jeder Fahrzeughalter, ohne dass er einen Grund für die Überwachung geliefert hat oder in einer besonderen Nähebeziehung zu kriminellen Verhalten steht. Verdachtslose Eingriffe mit großer Streubreite, bei denen zahlreiche Personen in den

116 BVerfGE 109, 279 (353).

117 BVerfGE 109, 279 (353).

118 BVerfGE 65, 1 (46).

119 BVerfGE 100, 313 (376).

120 BVerfGE 65, 1 (45).

121 Arzt, DÖV 2005, 56 (62).

Wirkungsbereich einer Maßnahme einbezogen werden, die in keiner Beziehung zu einem konkreten Fehlverhalten stehen und den Eingriff durch ihr Verhalten nicht veranlasst haben, weisen eine hohe Eingriffsintensität auf.¹²² Anders als bisher bekannte Vorfeldbefugnisse ist die Kennzeichenerfassung weder sachlich auf gefahrenträchtige Situationen noch zeitlich auf Sondersituationen noch auf Fälle begrenzt, in denen Anhaltspunkte für das Vorliegen oder Bestehen einer konkreten Straftat oder Gefahr gegeben sind. Anlassunabhängige Kontrollen können allenfalls in Sondersituationen verhältnismäßig sein, wie es Bundesgesetze bisher vorsehen, nie aber als generelle und lageunabhängige Massenüberwachung der den öffentlichen Verkehrsraum benutzenden Bevölkerung.

- Jede Kfz-Nutzung auf einer überwachten Straße wird automatisch erfasst, ohne dass es eine Eingriffsschwelle gibt. Eine Einzelfallprüfung mit Verhältnismäßigkeitskontrolle findet nicht statt. Entsprechend der fehlenden Eingriffsschwelle wird nur ein verschwindend geringer Teil der erfassten Daten später tatsächlich benötigt. Auf den überwachten Straßen gibt es im Wesentlichen keinen unbeobachteten Fahrzeugverkehr mehr.

- Erfasst werden nicht etwa nur öffentlich zugängliche Daten oder Adressdaten, sondern Daten über das Bewegungsverhalten des Einzelnen. Die Aussagekraft der Daten ist hoch. Eine missbräuchliche Auswertung würde großen Schaden anrichten.

- Die Kennzeichendaten werden nicht etwa als Akten, sondern in maschineller Form gespeichert. Sie könnten daher potenziell unbegrenzt gespeichert, abgerufen, übermittelt, vervielfältigt oder mit anderen Daten verknüpft werden.

- Kennzeichendaten werden nicht anonym oder nur zur statistischen Nutzung gespeichert, sondern sie sind dazu bestimmt, für polizeiliche Maßnahmen eingesetzt zu werden. Ihre Speicherung und staatliche Verwendung könnte daher einschneidende Folgen für die Betroffenen haben, unter Umständen auch zu Unrecht aufgrund eines falschen Verdachts.

- Die Daten werden nicht etwa durch die Betroffenen persönlich angegeben, sondern unabhängig von deren Willen und deren Kenntnis automatisch aufgezeichnet und abgeglichen.

- Im Gegensatz zum früheren Rechtszustand werden nicht nur ursprünglich zu einem anderen Zweck erhobene Daten abgeglichen, bei denen wegen des ursprünglichen Anlasses ihrer Erhebung eine erhöhte Trefferwahrscheinlichkeit besteht. Vielmehr erfolgt im Fall des Kfz-Massenabgleichs die Erhebung des Kennzeichens und der Abgleich mit dem „Fahndungsbestand“ ohne jeden konkreten Anlass. Der Bürger wird also rein vorsorglich ins Blaue hinein kontrolliert.

- Aufgrund des Kfz-Massenabgleichs sind Änderungen und Einschränkungen des Bewegungsverhaltens zu befürchten, etwa auf Seiten von als regierungskritisch angesehenen Personen bei der Anreise bzw. im Vorfeld von öffentlichen Versammlungen,

¹²² BVerfG, 1 BvR 2368/06 vom 23.2.2007, Abs. 51,
http://www.bverfg.de/entscheidungen/rk20070223_1bvr236806.html.

die damit von dem demokratischen Muttergrundrecht der Versammlungsfreiheit Gebrauch machen und dessen unbehinderte Inanspruchnahme in einer Demokratie besonders wichtig und damit elementar ist. Diese Personen müssen infolge einer etwaigen Ausschreibung zur Beobachtung eine staatliche Überwachung ihres Bewegungsverhaltens befürchten. Tatsächlich hatten 14% der Treffer in der hessischen Praxis Ausschreibungen zur „polizeilichen Beobachtung und Insassenfeststellung“ zum Gegenstand.¹²³ Insoweit kann ein Eingriff in die Versammlungsfreiheit (Art. 8 GG) vorliegen. Wer damit rechnen muss, dass sein Kraftfahrzeug auf dem Weg zu einer Demonstration erfasst wird, wird unter Umständen darauf verzichten, von seinem Grundrecht auf Versammlungsfreiheit Gebrauch zu machen.

Die Anwendung des Kfz-Massenabgleichs im Vorfeld von Demonstrationen und Versammlungen ist gängige Praxis. Ein Kennzeichen-Massenabgleich ist im Vorfeld der Proteste anlässlich des G8-Gipfels in Heiligendamm vorgenommen worden.¹²⁴ Drei AKLS-Geräte wurden in der Zeit vom 01. bis 04. Juni 2007 entlang zweier nahe gelegener Autobahnen eingesetzt. Die erhobenen Kfz-Kennzeichen wurden mit den Dateien „Störer“ (lokale Datei der BAO KAVALA), PB 07 (verdeckte polizeiliche Registrierung) und Gewalttäter links (INPOL-Datei) abgeglichen. Insgesamt wurden vier Treffer gemeldet. Die betroffenen Fahrzeuge wurden jedoch weder angehalten, noch wurden sonstige Folgemaßnahmen ergriffen.

Da die Kennzeichenlesegeräte optisch einem Radargerät ähneln, dürfte eine abschreckende Wirkung auf die Inanspruchnahme der Versammlungsfreiheit im Juni 2007 noch nicht entfaltet worden sein. Mit dem zunehmenden Bekanntwerden der Maßnahme und insbesondere, sobald die Erstellung von Bewegungsprofilen oder die Ergreifung sonstiger konkreter Maßnahmen infolge des Kfz-Massenabgleichs bekannt wird, droht die Maßnahme jedoch eine abschreckende Wirkung zu entfalten. Schon heute lehnen viele Menschen die Teilnahme an Demonstrationen mit der Begründung ab, sie würden dadurch in polizeilichen oder geheimdienstlichen Dateien „landen“. Diese Befürchtung ist nicht unbegründet. Bei den großen Demonstrationen gegen Kernkraft etwa ist massenhaft die Speicherung und Herausfilterung von Demonstranten praktiziert worden. 2007 sind umfangreiche Überwachungsmaßnahmen gegen – inzwischen erwiesenermaßen – sich gesetzestreu verhaltende unschuldige Globalisierungskritiker bekannt geworden. Der Einsatz eines Kfz-Massenscannings wird diese Befürchtungen weiter verstärken und die unbefangene Mitwirkung der Bürger an der politischen Willensbildung weiter beeinträchtigen.

Aufgrund dieser Maßnahme müssen gerade politisch aktive, regierungskritische Bürger damit rechnen, dass ihr Bewegungsverhalten beobachtet und aufgezeichnet wird, ohne dass sie jemals davon erfahren. Solche Bewegungsdaten können ihnen dann im Rahmen von Ermittlungsverfahren vorgehalten oder – wie es 2007 etwa im Fall eines Berliner

123 Schriftsatz der Staatskanzlei vom 31.05.2007, http://www.datenspeicherung.de/data/Schriftsatz_Staatskanzlei_2007-06-01.pdf, 9.

124 Zum folgenden: Landesbeauftragter für den Datenschutz in Mecklenburg-Vorpommern, Dokumente vom 25.06.2007 und vom 04.09.2007, <http://www.lfd.m-v.de/dschutz/presse/G8-Kontrolle-20-Juni.pdf> und <http://www.lfd.m-v.de/dschutz/presse/G8-Innenausschuss.pdf>.

Soziologen in ähnlicher Form geschah – zur Begründung eines Haftbefehls herangezogen werden. Insgesamt trägt ein Kfz-Massenabgleich zum allgemeinen gesellschaftlichen Klima einer zunehmenden staatlichen Kontrolle bei und schreckt von einem unbefangenen Gebrauchmachen von Grundrechten ab.

Aus Großbritannien ist bekannt, dass im Jahr 2005 ein Fahrzeug zur Fahndung ausgeschrieben wurde, nachdem es auf drei Friedensdemonstrationen gesichtet worden war.¹²⁵ Zur Begründung hieß es, das Fahrzeug sei im Zusammenhang mit Demonstrationen gesichtet worden, die „Straftaten, Unordnung und den Einsatz erheblicher Ressourcen“ nach sich gezogen hätten.¹²⁶ Infolge der Ausschreibung wurden die strafrechtlich nie in Erscheinung getretenen Fahrer unter Anwendung eines Kfz-Massenabgleichs ermittelt, angehalten und durchsucht. Ihnen wurde ein Fragenkatalog vorgelegt verbunden mit der Drohung, sie im Fall der Nichtbeantwortung zu verhaften. Auch in anderen Fällen hat die Ausschreibung der Kennzeichen von Demonstrationsteilnehmern in Großbritannien dazu geführt, dass die Betroffenen infolge eines elektronischen Abgleichs angehalten und durchsucht wurden.¹²⁷ Ein Betroffener wurde im Verlauf von zweieinhalb Jahren über 25 mal von der Polizei angehalten, darunter einmal auf dem Weg zu einem Abendessen mit seiner Ehefrau.¹²⁸ Sein Fahrzeug war zur Kontrolle ausgeschrieben worden, nachdem er an einer friedlichen Demonstration gegen Enten- und Fasanenjagd teilgenommen hatte.¹²⁹ Auch im Umfeld einer britischen Anti-Atomkraft-Demonstration im Jahr 2008 kam der Kfz-Massenabgleich zum Einsatz.¹³⁰

Dem sehr beschränkten Nutzen einer allgemeinen Kennzeichenüberwachung steht aufgrund der Vielzahl betroffener Personen und wegen der fehlenden Verdachtsschwelle ein schwerwiegender Eingriff in die Freiheit der Bürger gegenüber. Deshalb ist die Behauptung, es handele sich nur um einen „geringfügigen Grundrechtseingriff“ im „Minimalbereich“ und um eine Maßnahme mit „denkbar geringer Eingriffsintensität“, unzutreffend.¹³¹ Es ist zwar richtig, dass ein automatisierter Datenabgleich mit dem Fahndungsbestand die Handlungs- und Bewegungsfreiheit der Betroffenen nicht unmittelbar beeinträchtigt und für sie meist folgenlos bleibt. Dies trifft aber auf jede automatisierte Datenverarbeitung zu einschließlich etwa der Rasterfahndung, der Videoüberwachung und der Telefonüberwachung. Dass derartige Eingriffe gleichwohl nicht „belanglos“ sind, ist spätestens seit dem Volkszählungsurteil allgemein anerkannt. Maßgeblich ist im vorliegenden Zusammenhang die Beeinträchtigung des Rechts auf informationelle Selbstbestimmung und nicht die Frage, ob die Handlungs- und Bewegungsfreiheit der Betroffenen unmittelbar beeinträchtigt wird.

¹²⁵ Lewis/Evans, Activists repeatedly stopped and searched as police officers 'mark' cars, <http://www.guardian.co.uk/uk/2009/oct/25/surveillance-police-number-plate-recognition>.

¹²⁶ Lewis/Evans a.a.O.

¹²⁷ Lewis/Evans a.a.O.

¹²⁸ Lewis/Evans a.a.O.

¹²⁹ Lewis/Evans a.a.O.

¹³⁰ Lewis/Evans a.a.O.

¹³¹ Schieder, NVwZ 2004, 780 f.

Soweit das Verwaltungsgericht darauf verwiesen hat, eine Suche nur nach gestohlenen Fahrzeugen und unversicherten Fahrzeugen weise eine vergleichsweise geringe Persönlichkeitsrelevanz auf,¹³² verkannte es, dass Art. 33 Abs. 2 S. 2-5 bayPAG gerade nicht auf eine solche Suche beschränkt ist, sondern beispielsweise auch die verdeckte Registrierung von Fahrzeugen zu unbestimmten Zwecken einschließlich der geheimen Erstellung von Bewegungsprofilen erlaubt (Art. 38 Abs. 3 S. 3 bayPAG). Von einer geringen Eingriffsintensität kann vor diesem Hintergrund keine Rede sein. Das Bundesverfassungsgericht hält den Eingriff in Anhaltefällen auch nur im Hinblick auf den „konkret Betroffenen“ und „für sich genommen“ für „nicht besonders intensiv“.¹³³ Bezieht man dagegen die abschreckende Wirkung eines Kfz-Massenabgleichs auf die ohne Anlass, dauerhaft Betroffenen mit ein – die gerade nicht wissen können, was mit ihren Daten geschieht –, so ergibt sich eine hohe Eingriffsintensität selbst dann, wenn die Verwendung der erhobenen Kennzeichen gesetzlich auf das Anhalten des Fahrzeugs beschränkt wäre – was sie in Bayern nicht ist.

Soweit das Verwaltungsgericht ausführte, die Beschränkung der Maßnahme auf Fälle des Art. 13 bayPAG reduziere die Eingriffsintensität,¹³⁴ sind die in Bezug genommenen Fälle des Art. 13 bayPAG so umfassend, dass weite Teile des Straßennetzes überwacht werden können und der Maßnahme in weiten Teilen Bayerns nicht ausgewichen werden kann. So können das gesamte bayerische Autobahnnetz bestehend aus 21 Bundesautobahnen sowie 15 Europa- und zugleich Bundesstraßen in Bayern¹³⁵ überwacht werden, ebenso der gesamte Grenzbereich selbst zu Baden-Württemberg, Hessen, Thüringen und Sachsen (Art. 13 Abs. 1 Nr. 5 bayPAG). Die in Art. 13 bayPAG liegende Einschränkung kann in dieser Situation allenfalls dem Effektivitätsinteresse des Staates dienen, nicht aber nennenswert die Eingriffsintensität für den Bürger begrenzen.

Nicht stichhaltig ist ferner das Argument, es würde lediglich eine bereits vorhandene Praxis automatisiert.¹³⁶ Bislang war ein Kennzeichenabgleich mit Fahndungsdaten nur zulässig, wenn eine Polizeibehörde ein Kfz-Kennzeichen „im Rahmen ihrer Aufgabenerfüllung erlangt“ hatte. Da die anlasslose Erhebung von Kfz-Kennzeichen nicht zu den Aufgaben der Polizei gehörte, war ein allgemeiner Datenabgleich also bislang nicht zulässig. Kontrollen waren vielmehr nur unter bestimmten Voraussetzungen zulässig und konnten auch aus personellen Gründen nur stichprobenartig durchgeführt werden. Auch § 36 Abs. 5 StVO ist nicht für automatisierte Formen der Massendatenerhebung sondern lediglich für die Vornahme von Stichproben konzipiert.¹³⁷ Gleiches gilt für Kontrollen im Lebensmittel-, Arbeitsschutz- und Umweltrecht, die überdies nur eng umgrenzte Personengruppen betreffen.

Keine Einschränkung liegt darin, dass die Ermächtigungsgrundlage den „flächendeckenden Einsatz“ des Kennzeichenabgleichs ausschließt. Eine

132 VG München, M 7 K 08.3052 vom 23.09.2009, Abs. 26.

133 BVerfGE 120, 378 (404), Abs. 83.

134 VG München, M 7 K 08.3052 vom 23.09.2009, Abs. 26.

135 <http://autobahn.wikia.com/wiki/Bayern>.

136 Schieder, NVwZ 2004, 780 f.

137 Schieder, NVwZ 2004, 784.

„flächendeckende“ Erfassung aller Straßen ist ohnehin faktisch und finanziell unmöglich. Zulässig soll nach dem Gesetz jedenfalls der dauerhafte, routinemäßige Kennzeichenabgleich in weiten Teilen des Straßennetzes sein. Das Verbot eines flächendeckenden Einsatzes schließt weder einen routinemäßiger Einsatz einer anlasslosen Kennzeichenerfassung noch deren gezielten Einsatz zur Beobachtung bestimmter Fahrzeuge, etwa auf bestimmten Strecken, aus.¹³⁸

Eine automatisierte, lückenlose und permanente Massenkontrolle ist mit bisherigen Maßnahmen vor allem quantitativ nicht vergleichbar. Automatische Kennzeichenlesegeräte sind in der Lage, 7.000 Kfz-Kennzeichen pro Stunde zu erkennen. Deswegen ist die automatisierte Kennzeichenerkennung auch zur Identitätsfeststellung kein „minus“, sondern ein quantitatives und qualitatives „allud“. ¹³⁹ Auch verglichen mit der Videoüberwachung des öffentlichen Raums durch die Polizei ist der Kennzeichenabgleich ungleich eingriffsintensiver. Denn bei dem Kennzeichenabgleich wird ein Personenbezug zum Fahrzeughalter hergestellt (oder kann jedenfalls unschwer hergestellt werden) und anschließend ein Datenbankabgleich durchgeführt.

Der Verwaltungsgerichtshof hat das Gewicht des mit einem Kfz-Massenabgleich verbundenen Grundrechtseingriffs grundlegend verkannt. Er sieht die „grundrechtsrelevante Streubreite, auf die es hier maßgeblich ankomm[e]“, als gering an, weil nur bei 40.000-50.000 Fahrzeugen monatlich eine Treffermeldung ausgegeben werde.¹⁴⁰ „Eigentlich betroffen“ von der Maßnahme seien nur Personen, deren Fahrzeug tatsächlich ausgeschrieben sei.¹⁴¹ Unzutreffend ist bereits die Annahme, in einem ergebnislosen Abgleich mit sofortiger Löschung liege kein Grundrechtseingriff. Selbst wenn man aber einen Grundrechtseingriff verneinen wollte, ist die grundrechtsrelevante Streubreite einer Maßnahme eine andere Frage als die des Vorliegens eines Grundrechtseingriffs. Dementsprechend hat das Bundesverfassungsgericht in der „seriellen Erfassung von Informationen in großer Zahl“ eine Gefährdung der Unbefangenheit des Verhaltens infolge eines Gefühls des Überwachtwerdens gesehen und dies als Kriterium bei der Bemessung der Eingriffsintensität erörtert.¹⁴² An anderer Stelle anerkennt der Verwaltungsgerichtshof selbst ein Gefühl des Überwachtwerdens infolge der heimlichen Erfassung, ohne dass man weiß, was und ob das eigene Verhalten überwacht, aufgezeichnet oder weiter verarbeitet wird.¹⁴³ Die Grundrechtsrelevanz dieser entscheidenden, charakteristischen Wirkung eines automatisierten Massenabgleichs beliebiger Verkehrsteilnehmer hat der Verwaltungsgerichtshof verkannt und deshalb unzutreffend die Verhältnismäßigkeit der Eingriffsermächtigung angenommen.

Auch wenn eine Kennzeichenregistrierung mit anschließender Löschung der Nicht-Treffer für sich genommen harmlos erscheinen mag, stellt sie im Kern einen Präzedenzfall einer

138 Vgl. BVerfGE 120, 378 (420), Abs. 146.

139 Schieder, NVwZ 2004, 783.

140 VGH München, 10 BV 09.2641 vom 17.12.2012, Abs. 115 und 125.

141 VGH München, 10 BV 09.2641 vom 17.12.2012, Abs. 124.

142 BVerfGE 120, 378 (402), Abs. 78.

143 VGH München, 10 BV 09.2641 vom 17.12.2012, Abs. 118.

allgemeinen, vorsorglichen Überwachung der Bevölkerung dar. Das Gewicht des Eingriffs wird deutlich, wenn man sich die Konsequenzen verdeutlicht, die seine Zulassung hätte: Erlaubte man eine so weit reichende, anlasslose Kennzeichenüberwachung, mit welcher Begründung wollte man dann einer sonstigen generellen, verdachtslosen Überwachung der Bevölkerung zwecks „Abgleichs mit dem Fahndungsbestand“ entgegen treten, etwa einem automatischen Abgleich aller Inhaber eingeschalteter Mobiltelefone, einer permanenten, kontaktlosen Fahndung anhand von RFID-Chips in mitgeführten Ausweispapieren oder einer generellen biometrischen Gesichtserkennung an jeder Straßenecke? Schließlich ist auch das Gesicht und die Iris von Personen „für jedermann wahrnehmbar“.

Der Aufbau eines Systems zur Videoüberwachung der Straßen schafft außerdem bereits die Infrastruktur für eine generelle Bewegungsüberwachung. Die Erfahrung zeigt, dass eine einmal vorhandene Überwachungsinfrastruktur schon bald immer intensiver und von immer mehr Stellen genutzt wird. Auch im vorliegenden Fall bedarf es nur kleiner technischer Änderungen, um alle erfassten Kennzeichendaten dauerhaft zu speichern und damit Bewegungsprofile zu erstellen, wie es in einigen ausländischen Staaten bereits praktiziert wird.

Unsere Rechtsordnung kennt Ermächtigungen zur systematischen, automatisierten Kontrolle beliebiger Personen bislang nicht. Deswegen ist der automatisierte Kennzeichenabgleich ein Präzedenzfall für einen automatisierten Massenabgleich der Bevölkerung mit Fahndungsdatenbanken. In Mainz hat das Bundeskriminalamt schon den biometrischen Abgleich von Gesichtern mit Fahndungsdaten getestet.¹⁴⁴ Vor kurzem wurde ein Online-Abruf von Reisepass- und Personalausweisfotos eingerichtet (§ 22a PassG, § 2c PersAuswG), der in Zukunft zur biometrischen Identifizierung beliebiger Passanten eingesetzt werden kann. Bereits heute definiert die Passmusterverordnung detaillierte Anforderungen an Passbilder mit der Begründung: *„Es ist dringend erforderlich, die hier beschriebenen Anforderungen zu beachten, da sonst eine biometrische Erkennung des Antragstellers [...] nicht gewährleistet“* ist (Anlage 3 zu § 3 PassMusterV).

Die verfassungsrechtlichen Grenzen, die im Fall des Kennzeichenscannings definiert werden, werden auch in diesen anderen Bereichen der verdachtslosen, maschinellen Massenkontrolle von Menschen herangezogen werden. Hielte man etwa den zeitlich unbegrenzten Einsatz von Lesegeräten an Kontrollstellen für verfassungskonform, so könnten künftig alle Passanten an Kontrollstellen automatisiert systematisch mit dem „Fahndungsbestand“ abgeglichen werden, sei es im Wege der biometrischen Gesichtsfeldererkennung oder unter Einsatz der kontaktlosen Funkchips, deren Aufnahme in Personalausweise bereits vorbereitet wird. Dies aber würde in einen Überwachungsstaat führen, wie er bisher nur aus Sciencefiction-Filmen bekannt ist.¹⁴⁵

Inwieweit von der angefochtenen Norm in Bayern Gebrauch gemacht wird, ist für die Beurteilung der Eingriffsintensität unerheblich. Die derzeitige Einsatzpraxis der Kfz-

¹⁴⁴ <http://www.bka.de/kriminalwissenschaften/fotofahndung/index.html>.

Kennzeichenlesegeräte in Bayern darf nicht über die grundsätzliche Bedeutung der vorliegenden verfassungsrechtlichen Frage hinweg täuschen. Es mag sein, dass Bayern Kennzeichenlesegeräte bislang nur an 12 Standorten einsetzt. Erkenntnisse über die überdurchschnittlich häufige Nutzung öffentlicher Straßen auch durch Straftäter oder Gefährder dürften aber an allen Durchgangsstraßen vorliegen. Fakt ist, dass die Ermächtigungsgrundlage – schöpfte man ihren Anwendungsbereich aus – zu einer allgemeinen, dauerhaften Kennzeichenüberwachung in weiten Teilen des Landes ermächtigt. Mit diesem Inhalt muss sie sich an den verfassungsrechtlichen Vorgaben messen lassen. Auf die Frage, inwieweit von einer gesetzlichen Eingriffsermächtigung tatsächlich Gebrauch gemacht wird, kann es bei der Beurteilung der Eingriffsintensität deswegen nicht ankommen, weil eine Vollzugspraxis jederzeit geändert werden kann und weil der Gesetzgeber verpflichtet ist, die wesentlichen Eingriffsgrenzen selbst zu regeln. Eine Verwaltungspraxis ist für die Betroffenen zudem regelmäßig nicht vorhersehbar.¹⁴⁵ Prüfungsgegenstand ist die Verfassungsmäßigkeit der Art. 33 Abs. 2 S. 2-5 sowie Art. 38 Abs. 3 bayPAG und nicht die Verfassungsmäßigkeit der bayerischen Verwaltungspraxis. Diese Praxis kann sich jederzeit ändern und wird dies mit dem zunehmenden technischen Fortschritt auch tun.

So hat auf der britischen Insel Bermuda bereits heute jeder Fahrzeughalter einen RFID-Funkchip an der Windschutzscheibe anzubringen. Der Chip kann auf mehrere hundert Meter Entfernung kontaktlos ausgelesen werden.¹⁴⁷ Auch in Malaysia wird jedes Kfz-Kennzeichen bereits mit einem solchen weit reichenden („long range“) RFID-Chip ausgestattet.¹⁴⁸ In Europa sind entsprechende Forderungen bereits diskutiert worden und können jederzeit umgesetzt werden.

RFID-Lesegeräte sind sehr viel preisgünstiger und akkurater als die in Bayern zurzeit eingesetzten optischen Kennzeichenlesesysteme, die eine Fehlerquote von bis zu 40% aufweisen.¹⁴⁹ RFID-Lesegeräte ermöglichen in technischer und finanzieller Hinsicht tatsächlich eine weitgehend flächendeckende Verkehrsüberwachung. Der verfassungsrechtlichen Beurteilung kann daher nicht die bayerische Praxis des Jahres 2009 zugrunde gelegt werden. Vielmehr ist zu berücksichtigen, dass gesetzliche Ermächtigungen schon in wenigen Jahren voll ausgeschöpft werden können und technische Kapazitätsgrenzen gerade im EDV-Bereich immer nur einer Frage der Zeit sind.

Art. 33 Abs. 2 S. 2-5 bayPAG deckt den Einsatz etwa von RFID-gestützten Kennzeichenlesegeräten bereits jetzt ab. Die Norm ist nicht darauf beschränkt, Kennzeichenschilder im Wege des gegenwärtigen optisch-elektronischen Verfahrens auszulesen. Vielmehr erlaubt sie umfassend „den verdeckten Einsatz automatisierter

145 Im Film „Minority Report“ wird ein allgemeines Irisscanning dargestellt.

146 Näher P. Breyer, Vorratsspeicherung (2005), 143 m.w.N.

147 heise online vom 09.05.2007, <http://www.heise.de/newsticker/meldung/89504>.

148 heise online vom 13.12.2006, <http://www.heise.de/newsticker/meldung/82486>.

149 Polizeirat Bernd Ricker von der Hessischen Polizeischule, zitiert im hr3-Bericht vom 25.01.2007, http://www.hr-online.de/website/fernsehen/sendungen/-index.jsp?rubrik=3058&key=standard_document_29087392&msg=15662.

Kennzeichenerkennungssysteme“. Diese Regelung deckt durchaus den Einsatz elektronischer Lesegeräte zum kontaktlosen Auslesen von Kfz-Kennzeichen ab, sobald die Kennzeichen neben dem Nummernschild auch auf einem RFID-Chip gespeichert sind. Aufbau und Beschaffenheit von Kfz-Kennzeichen sind in der Fahrzeug-Zulassungsverordnung vom 25. April 2006 (BGBl. I S. 988) geregelt (FZV). Gegenwärtig ist dort zwar nicht vorgesehen, dass Kennzeichenschilder (§ 10 FZV) mit einem RFID-Chip zu versehen sind, auf dem das Kennzeichen gespeichert ist. Die zuständigen Ministerien können diese Verordnung aber jederzeit ändern. § 6 StVG ermächtigt umfassend zum Erlass von Verordnungen über die „Kennzeichnung der Fahrzeuge“, würde die Einführung von RFID-Kennzeichen im Verordnungswege also bereits heute abdecken.

In Großbritannien gibt es schon heute tausende von Kennzeichenlesegeräten, die die meisten Autobahnen und Durchfahrtsstraßen, Stadtzentren, Häfen und Tankstellen des Landes abdecken. Täglich werden 25.000 ausgeschriebene Fahrzeuge gemeldet.¹⁵⁰

In einer zentralen Datenbank in London wird inzwischen für die Dauer von mindestens zwei Jahren auf Vorrat gespeichert, welches Kfz-Kennzeichen wann an welchem Ort gesichtet worden ist. Jeden Tag werden 8 Mio. gesichtete Fahrzeuge in die nationale Datenbank aufgenommen¹⁵¹, was 3 Mrd. gespeicherten Fahrzeugbewegungen pro Jahr entspricht.¹⁵² Die Daten werden in Echtzeit gespeichert, so dass die Bewegungen jedes Fahrzeugs auf britischen Straßen in Echtzeit verfolgt werden können. Zugriff auf die Daten erhalten alle Sicherheitsbehörden einschließlich des Nachrichtendienstes.¹⁵³

Nach einem Bericht der New York Times¹⁵⁴ sollen im New Yorker Stadtteil Manhattan 100 Videokameras errichtet werden, um Kfz-Kennzeichen zu erfassen und abzugleichen. New York erwäge ferner, 3.000 öffentliche und private Videokameras an ein System zu koppeln, welches die Gesichter von Passanten mit dem Fahndungsbestand abgleichen soll.

Im Süden Chinas werde bereits gegenwärtig ein System zum biometrischen Abgleich von Passanten mit dem Fahndungsbestand installiert. Dazu sollten mindestens 20.000 polizeiliche Überwachungskameras auf öffentlichen Straßen installiert und mit einem Computersystem verbunden werden, das zur Fahndung ausgeschriebene Personen sowie „ungewöhnliches Verhalten“ erkennen und melden soll. Was die Fahndung und Überwachung anhand von Mobiltelefonen anbelangt, bestehe der Verdacht, dass dies in China schon seit längerer Zeit praktiziert werde. Jedenfalls für Polizeibeamte sei bestätigt worden, dass ihr Standort anhand von Satellitentechnik und ihres Mobiltelefons ständig von einer Zentralstelle beobachtet werde.

150 National Policing Improvement Agency, Annual Report and Accounts 2008/09, <http://www.official-documents.gov.uk/document/hc0809/hc07/0738/0738.pdf>, 10.

151 National Policing Improvement Agency, Annual Report and Accounts 2008/09, <http://www.official-documents.gov.uk/document/hc0809/hc07/0738/0738.pdf>, 50.

152 Campbell, Antwort vom 01.06.2009, <http://www.theyworkforyou.com/wrans/?id=2009-06-01d.265736.h>: Gegenwärtig sind 1,3 Mrd. Fahrzeugbewegungen gespeichert.

153 National Policing Improvement Agency, Annual Report and Accounts 2008/09, <http://www.official-documents.gov.uk/document/hc0809/hc07/0738/0738.pdf>, 50.

In Großbritannien will das Innenministerium bis 2009 eine Nationale Datei mit Fahndungsfotos (FIND) einsatzbereit haben, die an sämtliche Videoüberwachungskameras angeschlossen werden soll.¹⁵⁵ Mithilfe biometrischer Gesichtserkennung soll dann eine permanente automatisierte Fahndung erfolgen.

Es zeigt sich, dass der Kfz-Massenabgleich nicht ohne Grund als Präzedenzfall für eine immer weiter reichende Kontrolle unbescholtener Bürger und Beobachtung ihres Verhaltens angesehen und auf juristischem Weg immer wieder angefochten wird.

Nur angedeutet werden sollen auch die schon nach der angefochtenen Norm gegebenen Missbrauchs- und Irrtumsgefahren einer automatisierten Kennzeichenüberwachung. Eine generelle, einzelfallunabhängige, rein vorsorgliche Kontrolle der Bürger birgt stets die Gefahr von Fehlern und Missbräuchen.¹⁵⁶ Die Kennzeichenerkennung ist in besonderem Maße fehlerträchtig, denn aus technischen Gründen wird bei einer Fehlerquote von 4% jedes 25. Kennzeichen nicht oder falsch erkannt. Im praktischen Einsatz ist sogar eine Fehlerquote von bis zu 40% festzustellen.¹⁵⁷ Dies kann zu falschen Verdächtigungen führen mit entsprechenden Folgen (z.B. Verhaftung, Festnahme, Durchsuchung). Die Fehleranfälligkeit des Kfz-Kennzeichenabgleichs geht über das allgemeine Risiko, zu Unrecht einer Straftat verdächtig zu werden, hinaus. Denn bei einem Massenscanning treten Irrtümer nicht nur vereinzelt in Folge gezielter Ermittlungen auf. Durch den ungezielten Massenabgleich kommt es häufig zu Fehlern.

Schließlich soll auch auf die niedrige Eingriffsschwelle zur Aufnahme in den „Fahndungsbestand“ hingewiesen werden: Nach Art. 100 des Schengener Übereinkommens genügt es zur Aufnahme eines Kennzeichens in den Fahndungsbestand des Schengener Informationssystems SIS bereits, dass ein Kraftfahrzeug zur Sicherstellung oder zur Beweissicherung in einem beliebigen Strafverfahren gesucht wird, also etwa auch in einem Verfahren wegen geringfügiger Sachbeschädigung mittels eines Kraftfahrzeugs. Auf der Grundlage von Art. 100 SÜ sind derzeit mehr als 10 Millionen Datensätze über gesuchte Sachen gespeichert.

Wenn der Verwaltungsgerichtshof in einem automatisierten Abgleich einen weniger schweren Grundrechtseingriff sieht als im Anhalten von Fahrzeugen zwecks manuellen Abgleichs,¹⁵⁸ verkennt er die neue Qualität eines automatisierten Massenabgleichs, der – anders als beim Anhalten – weder auf einzelne Stichproben beschränkt ist, noch offen erfolgt, noch die Folgen der Maßnahme erkennen lässt. Wird der Betroffene nicht angehalten, kann er keineswegs davon ausgehen, dass die Maßnahme für ihn ohne Folgen bleiben werde. Denkbar ist etwa, dass im Rahmen einer Ausschreibung zur

154 Bradsher: China Enacting a High-Tech Plan to Track People (12.08.2007).

155 Luyken: Big Brother ist wirklich ein Brite (11.01.2007), <http://www.zeit.de/2007/03/Big-Brother?page=all>.

156 Zu einem Fall des missbräuchlichen Verkaufs polizeilicher Kfz-Kennzeichendaten durch einen Polizeibeamten OVG Lüneburg, Urteil vom 14.04.2005, Az. 1 NDH L 3/04 – Juris.

157 Polizeirat Bernd Ricker von der Hessischen Polizeischule, zitiert im hr3-Bericht vom 25.01.2007, http://www.hr-online.de/website/fernsehen/sendungen/-index.jsp?rubrik=3058&key=standard_document_29087392&msg=15662.

158 VGH München, 10 BV 09.2641 vom 17.12.2012, Abs. 119.

Beobachtung das Antreffen registriert und später zu einem Bewegungsbild zusammengefügt wird.

3.4.2.3.3 Abwägung

Wägt man die verfassungsrechtlichen Interessen auf der Grundlage dieser Umstände gegeneinander ab, so ergibt sich, dass der praktische Nutzen eines dauerhaften Kfz-Massenabgleichs in einem deutlichen Missverhältnis zu den damit verbundenen Nachteilen für die Betroffenen und die Gesellschaft insgesamt steht.¹⁵⁹ Während der drohende Schaden für unser demokratisches Gemeinwesen groß ist, ist der Zusatznutzen einer allgemeinen Kennzeichenüberwachung insgesamt gering. Ein permanenter Kfz-Massenabgleich ermöglicht den Schutz von Rechtsgütern nur in regelmäßig wenig bedeutenden Einzelfällen, ohne dass eine dauerhaften Stärkung des Sicherheitsniveaus, also Senkung der Kriminalitätsrate erreicht wird. Erfolge in Einzelfällen genügen nicht zur Legitimation des schwerwiegenden Grundrechtseingriffs, der mit einer Generalkontrolle von Kennzeichen verbunden ist. Etwas anderes lässt sich auf der Grundlage der gegenwärtigen Erkenntnisse nicht vertretbar annehmen, so dass der bayerische Gesetzgeber seinen Beurteilungsspielraum in verfassungswidriger Weise überschritt, als er gleichwohl zu einer dauerhaften und verdachtsunabhängigen Kennzeichenüberwachung ermächtigte. Eine allgemeine, verdachtslose Überwachung der Bürger beeinträchtigt ihre Unbefangenheit und damit die Funktionsfähigkeit unseres demokratischen Staatssystems. Ein Staat, der im Sinne der Rechtsordnung unverdächtige Bürger den polizeilichen Kontrollen unterwirft oder unterwerfen will, die nur gegenüber verdächtigen Bürgern zulässig sind, stellt pointiert gesagt den Bürger unter Generalverdacht, und ist damit ein Polizeistaat, der mit der freiheitlichen, demokratischen Grundordnung unserer Verfassung unvereinbar ist. Selbst der Schutz „überragend wichtiger Gemeinwohlbelange“ kann eine allgemeine Massenüberwachung nicht rechtfertigen. Wäre zur Aufdeckung von Gefahren und Straftaten eine allgemeine Überwachung und Kontrolle der Bürger zulässig, wären die Grundrechte obsolet.

3.4.2.3.4 Gesetzliche Voraussetzungen des Kfz-Massenabgleichs

Dass öffentliche Interessen den Anspruch des Bürgers auf unbeobachtete Fahrt im Fall der bayerischen Regelung nicht überwiegen, ergibt sich aus der Kombination von drei Faktoren: Erstens den gesetzlichen Voraussetzungen des Kfz-Massenscannings, zweitens dem Umfang des zum Abgleich heran gezogenen Vergleichsdatenbestands und drittens der Ausgestaltung der weiteren Verwertung der gewonnenen Informationen.¹⁶⁰

Was die Voraussetzungen eines Kfz-Massenabgleichs anbelangt, macht die bayerische Regelung schon nicht einen bestimmten Anlass zur Voraussetzung der Maßnahme, wie

159 Ebenso Arzt, DÖV 2005, 56 (64).

160 Vgl. BVerfGE 120, 378 (432 f.), Abs. 182.

es grundrechtlich geboten ist.¹⁶¹ Das Verwaltungsgericht hat zugestanden, vorgesehen sei eine „präventive Datenerhebung ohne konkreten Anlass“.¹⁶² Auch der Verwaltungsgerichtshof äußert Bedenken „wegen des Fehlens einer zeitlichen Begrenzung“¹⁶³, also wegen des permanenten, anlasslosen Kfz-Massenabgleichs.

Nicht die Abwehr einer jeden Gefahr oder die Verhinderung einer jeden Straftat rechtfertigt den massenhaften Abgleich von Kfz-Kennzeichen (entgegen Art. 22 Abs. 2 S. 2, Art. 13 Abs. 1 Nr. 1 bayPAG); es muss sich vielmehr um schwere Fälle handeln.¹⁶⁴ Der Hinweis des Bundesverfassungsgerichts, der Anlass müsste gerade „automatisierte Informationserhebungen und -verwertungen rechtfertigen“,¹⁶⁵ macht deutlich, dass die Eingriffsvoraussetzungen nicht-automatisierter Maßnahmen wie der Identitätsfeststellung nach Art. 13 bayPAG gerade nicht übernommen werden dürfen. Anders als jene Maßnahme greift der Kfz-Massenabgleich lückenlos in die Grundrechte einer Vielzahl von Personen ein.

Mit der Identitätsfeststellung nimmt § 33 Abs. 2 S. 2 bayPAG auf die weiteste denkbare Norm Bezug.¹⁶⁶ Dies ist unverhältnismäßig.¹⁶⁷

Die Anknüpfung an die Ermächtigung zur Identitätsfeststellung ist schon deswegen verfehlt, weil der Kfz-Massenabgleich nicht der Identitätsfeststellung dient.¹⁶⁸ Nur hierauf sind aber die gesetzlichen Voraussetzungen dieser Maßnahme zugeschnitten.¹⁶⁹ Die individuelle Kontrolle einer Person kann nicht mit einer Massenkontrolle des gesamten Straßenverkehrs gleichgesetzt werden.¹⁷⁰ Die Identitätsfeststellung ist schon durch die personellen Kapazitäten auf Stichprobenkontrollen begrenzt. Überträgt man die Voraussetzungen einer Identitätsfeststellung auf eine automatisierte Maßnahme wie den Kfz-Massenabgleich, so entfällt diese Begrenzung. Die unscharfen und weiten Voraussetzungen des Art. 13 bayPAG erlauben ein Kfz-Massenscanning letztendlich nahezu überall.¹⁷¹

Während in sog. kriminogenen Zonen oder wo der Prostitution nachgegangen wird eine Razzia mit Identitätsfeststellungen noch eine präventive Wirkung entfalten mag (Art. 13 bayPAG), lässt sich der Kfz-Kennzeichenabgleich für solche Razzien offenkundig nicht einsetzen.¹⁷² Er kann auch sonst schon deswegen nicht abschreckend wirken, weil er verdeckt eingesetzt wird (Art. 38 Abs. 2 S. 2 bayPAG). Wenn die Begründung des

¹⁶¹ Vgl. BVerfGE 120, 378 (430), Abs. 172.

¹⁶² VG München, M 7 K 08.3052 vom 23.09.2009, Abs. 24.

¹⁶³ VGH München, 10 BV 09.2641 vom 17.12.2012, Abs. 125.

¹⁶⁴ Roßnagel, Kennzeichenscanning (2008), 69.

¹⁶⁵ BVerfGE 120, 378 (409), Abs. 99.

¹⁶⁶ Ebenso für den vergleichbaren sächsischen Gesetzentwurf Kugelmann, APr. des sächsischen Landtags 4/60540 (Fn. 186), 16.

¹⁶⁷ Ebenso für den vergleichbaren sächsischen Gesetzentwurf Kugelmann, APr. des sächsischen Landtags 4/60540 (Fn. 186), 16; Bergemann, APr. des sächsischen Landtags 4/60540 (Fn. 186), 3; für die Bezugnahme auf Art. 13 Abs. 1 Nr. 5 bayPAG auch Roßnagel, NJW 2008, 2548 (2550).

¹⁶⁸ Garstka, APr. des sächsischen Landtags 4/60540 (Fn. 186), 9 f.; Ludovisy, APr. des sächsischen Landtags 4/60540 (Fn. 186), 19; Roggan, APr. des sächsischen Landtags 4/60540 (Fn. 186), 23.

¹⁶⁹ Garstka, APr. des sächsischen Landtags 4/60540 (Fn. 186), 9 f.

¹⁷⁰ Kauß, APr. des sächsischen Landtags 4/60540 (Fn. 186), 12.

¹⁷¹ Kauß, APr. des sächsischen Landtags 4/60540 (Fn. 186), 12.

¹⁷² Garstka, APr. des sächsischen Landtags 4/60540 (Fn. 186), 10 und 43.

Gesetzentwurfs im Zusammenhang mit Art. 13 Abs. 1 Nr. 2 bayPAG von Fällen ausgeht, in denen nach polizeilichen Erkenntnissen der gefährliche Ort gerade mit Kraftfahrzeugen aufgesucht wird,¹⁷³ so hat der Gesetzgeber versäumt, ein solches Erfordernis in den Tatbestand seiner Regelung aufzunehmen. Die uneingeschränkte Inbezugnahme von Art. 13 Abs. 1 Nr. 2 bayPAG ist unverhältnismäßig.¹⁷⁴

Die Einfügung des Merkmals „bei Vorliegen entsprechender Lageerkenntnisse“ in Art. 33 Abs. 2 S. 2 bayPAG ändert nichts daran, dass die ausufernden Erlaubnistatbestände des Art. 13 bayPAG unzulässig auf die andersartige Maßnahme des Kfz-Massenabgleichs übertragen werden. Das beklagte Land erkennt selbst an, dass die Voraussetzung des Vorliegens entsprechender Lageerkenntnisse im Wege der verfassungskonformen Auslegung schon bisher in Art. 13 Abs. 1 Nr. 5 bayPAG hineinzulesen war, so dass hierin keine sachliche Änderung liegt. Im Übrigen ist die Voraussetzung „entsprechender Lageerkenntnisse“ so unbestimmt, dass sie nicht geeignet ist, die Verhältnismäßigkeit der Norm herzustellen. Selbständige Bedeutung kommt ihr nur in Verbindung mit Art. 13 Abs. 1 Nr. 5 bayPAG zu. Hier werden Erkenntnisse gefordert, denen zufolge am Ort der Kontrolle unerlaubte Überschreitungen der Landesgrenze, unerlaubter Aufenthalt von Personen oder grenzüberschreitende Kriminalität anzutreffen sind. Dies ist allerdings immer und überall der Fall, insbesondere auf öffentlichen Straßen und Plätzen. Es wird nicht einmal gefordert, dass es sich um einen Kriminalitätsschwerpunkt handeln muss. Auch wird der Einsatz des Kfz-Massenscanning unter solch geringen Voraussetzungen nicht strikt auf das Anhalten von Fahrzeugen beschränkt, wie es das Bundesverfassungsgericht gefordert hat.¹⁷⁵

Im Übrigen kann bei der verfassungsrechtlichen Würdigung keineswegs davon ausgegangen werden, dass Art. 13 bayPAG selbst verfassungskonform sei. Hierüber hat das Bundesverfassungsgericht bislang nicht entschieden.

Die Art. 13 Abs. 1 Nr. 4 bayPAG vergleichbare Vorschrift des § 18 Abs. 2 Nr. 5 HSOG ist als Voraussetzung eines Kfz-Massenabgleichs zutreffend wie folgt kritisiert worden:¹⁷⁶

¹⁷³ LT-Dr. 15/10522, 2.

¹⁷⁴ Vgl. Heckmann, Ausschussvorlage INA 17/3 des hessischen Landtags, <http://starweb.hessen.de/cache/AV/17/INA/INA-AV-003-T1.pdf>, 78 f.: „Die Verweisung auf § 18 Abs. 2 Nr. 1 HSOG erscheint dagegen verfassungsrechtlich bedenklich. Eine Kennzeichenerkennung betreffend erscheinen die dort beschriebenen 'gefährlichen' Orte unzureichend beschrieben, die erforderlichen Eingriffsschwellen nicht erreicht. Nach § 14 Abs. 5 Nr. 2 HSOG-E i.V.m. § 18 Abs. 2 Nr. 1 a) aa) HSOG wäre etwa der Einsatz automatisierter Kennzeichenerfassungssysteme statthaft, wenn tatsächliche Anhaltspunkte bestehen, dass an einem Ort Personen Straftaten (egal welche!) verabreden, vorbereiten oder verüben. Eine nähere Eingrenzung erfolgt nicht. [...] Daneben erscheint auch eine Kennzeichenerfassung nach § 14 Abs. 5 Nr. 2 HSOG-E i.V.m. § 18 Abs. 2 Nr. 1 b) HSOG – also an Orten, an denen Personen der Prostitution nachgehen (Anm.: eine entsprechende Regelung enthält die brandenburgische Parallelvorschrift nicht) – als unverhältnismäßig. Die zu erwartenden geringen Erfolge bei der Verhinderung spezifischer Straftaten aus dem Rotlichtmilieu können kaum in Relation mit dem Einschüchterungseffekt gegenüber 'unbescholtenen' Bürgern gebracht werden, der sich dadurch ergibt, dass ihr Aufenthalt an 'verrufenen' Orten von staatlichen Stellen erfasst wird.“

¹⁷⁵ BVerfGE 120, 378 (403 ff.), Abs. 82, 174.

¹⁷⁶ Heckmann, Ausschussvorlage INA 17/3 des hessischen Landtags, <http://starweb.hessen.de/cache/AV/17/INA/INA-AV-003-T1.pdf>, 79 f.

„Ebenfalls verfassungsrechtlich fragwürdig ist der Einsatz automatisierter Kennzeichenerfassungssysteme an Kontrollstellen unter den Voraussetzungen des § 18 Abs. 2 Nr. 5 HSOG [...] Dafür müssen aber die in Bezug genommenen Straftaten auch typischerweise geeignet sein, mit Hilfe einer automatisierten Kennzeichenerkennung wirksam verhindert werden zu können. [...] Dies ist vorliegend allerdings nicht der Fall. Aus der uninspirierten Inbezugnahme des Straftatenkatalogs des § 100a StPO (der erst kürzlich wieder erweitert wurde) resultiert eine nicht mehr zu rechtfertigende 'Beliebigkeit'. Zwar werden nur erhebliche Straftaten in Bezug genommen. Es ist aber nicht ersichtlich, warum Straftaten, zu deren Aufklärung eine Telekommunikationsüberwachung statthaft ist, gerade auch durch den Einsatz von Kennzeichenerfassungssystemen verhindert werden können. Den in § 18 Abs. 2 Nr. 5 HSOG i.V.m. § 100a StPO aufgeführten Straftaten ist schon kein auf die Besonderheiten des Einsatzes von Kennzeichenerkennungssystemen zugeschnittenes gesetzgeberisches Konzept zu entnehmen. Es ist unerklärlich, welchen Beitrag eine Kennzeichenerfassung etwa zur Verhinderung einer Abgeordnetenbestechung, einer Geldwäsche, eines Bankrotts oder einer Steuerhinterziehung leisten soll. [...]

Zusammenfassend kann festgestellt werden: Soweit die Befugnis an die Vorschriften zur Identitätsfeststellung anknüpft, fehlt es an einem Regelungskonzept, das den rechtsstaatlichen Bindungen, die das BVerfG in seiner Entscheidung vom 11. März 2008 formuliert hat, vollumfassend gerecht wird. Angesichts der Weite der in Bezug genommenen Regelungen zur Identitätsfeststellung und dem Fehlen eines auf die Besonderheiten des Einsatzes von Kennzeichenerkennungssystemen zugeschnittenen Konzepts zur Straftatenverhinderung gelingt kaum ein verhältnismäßiger Ausgleich der Freiheitsinteressen der Bürger und der Sicherheitsinteressen der Gemeinschaft. Will man weiter an die polizeiliche Identitätsfeststellung anknüpfen, bedürfte es einer eingrenzenden, enumerativen Beschreibung der Anlassfälle in der Befugnisregelung selbst sowie der Regelung spezifischer funktionaler, räumlicher und zeitlicher Begrenzungen des Eingriffsinstrumentariums.“

Die Ermächtigung zu einem stichprobenhaften Abgleich ohne einzelfallbezogenen Anlass kann nur zulässig sein, wenn sowohl der Vergleichsdatenbestand wie auch die Nutzung der gewonnenen Daten strikt auf das Anhalten gestohlener Fahrzeuge beschränkt werden¹⁷⁷ und eine Sammlung oder Weiterverarbeitung der gewonnenen Informationen ausgeschlossen wird.¹⁷⁸ Zeitlich impliziert der Begriff „stichprobenhaft“, dass keine Dauerkontrollen vorgenommen werden dürfen und auch nicht gezielt bestimmte Fahrzeuge, etwa auf bestimmten Strecken, beobachtet werden dürfen.¹⁷⁹ Auch bei der Zulassung stichprobenartiger Kontrollen muss ausgeschlossen werden, dass die Maßnahme flächendeckend quasi an jedem Ort¹⁸⁰ oder jedenfalls bei allen sonst anfallenden Kontrollen eingesetzt werden darf.¹⁸¹

177 BVerfGE 120, 378 (430 f.), Abs. 174.

178 Vgl. BVerfGE 120, 378 (403 f.), Abs. 82.

179 Vgl. BVerfGE 120, 378 (420), Abs. 146.

180 BVerfGE 120, 378 (430), Abs. 172.

181 Vgl. BVerfGE 120, 378 (420), Abs. 146.

Das Bundesverfassungsgericht hat in seiner Entscheidung beanstandet:

*„Unterblieben ist ebenfalls eine Begrenzung auf eine stichprobenhafte Durchführung der Maßnahme, die zur Ermöglichung von Eingriffen lediglich geringerer Intensität, etwa zur Erfassung der Kennzeichen gestohlener Kraftfahrzeuge, zulässig wäre; allerdings hätte dann zugleich vorgesorgt sein müssen, dass der für die Erfassung herangezogene Datenbestand sich auf diesen Anlass, im Beispiel die Ermittlung gestohlener Kraftfahrzeuge, beschränkt.“*¹⁸²

„Eingriffe lediglich geringerer Intensität“ sieht das Bundesverfassungsgericht in den folgenden Fällen:

*„Dient die Kennzeichenerfassung allein dem Zweck, gestohlene Fahrzeuge ausfindig zu machen und deren Fahrer – die mutmaßlichen Diebe – zu 'stellen', insbesondere auch um Anschlussstaten zu verhindern, oder die Weiterfahrt von Fahrzeugen ohne ausreichenden Versicherungsschutz auszuschließen, weist die Informationserhebung für den konkret Betroffenen eine vergleichsweise geringe Persönlichkeitsrelevanz auf. [...] Soll die automatisierte Kennzeichenerfassung dazu dienen, die gewonnenen Informationen für weitere Zwecke zu nutzen, etwa um Aufschlüsse über das Verhalten des Fahrers zu erhalten, so wandelt sich die Grundrechtsrelevanz der Maßnahme.“*¹⁸³

Art. 33 Abs. 2 bayPAG ist nicht auf stichprobenartige Kontrollen beschränkt, sondern wird von dem beklagten Land zum Einsatz permanenter, ortsfester Kontrollgeräte genutzt. Außerdem ist die Norm auch nicht strikt auf das Anhalten gestohlener Fahrzeuge beschränkt, sondern erlaubt die Sammlung und Verwendung von Trefferdaten im Rahmen der „Erforderlichkeit“ im Grunde zu allen denkbaren Zwecken (Art. 38 Abs. 3 bayPAG).

Das Verwaltungsgericht hat gemeint, im Fall der bayerischen Regelung liege eine stichprobenhafte Durchführung darin, dass ein Fall des Art. 13 Abs. 1 Nr. 1-5 bayPAG vorliegen müsse und die Vergleichsdatenbestände beschränkt seien. Selbst Dauerkontrollen stellten nur Stichproben dar, weil die Anlagen jederzeit abgebaut werden könnten.¹⁸⁴ Dies verkennt den Begriff des „stichprobenhaften Abgleichs“ grundlegend. Das Wort „Stichprobe“ ist definiert als „die Überprüfung eines beliebigen Teiles einer größeren Menge, um daraus auf das Ganze zu schließen“.¹⁸⁵ Wenn man auf einer Straße den gesamten Fahrzeugverkehr dauerhaft abgleicht, liegt keinesfalls eine Stichprobe, sondern eine Totalerfassung vor. Der Verweis auf Art. 13 bayPAG und die Begrenzung des Abgleichsbestandes gewährleisten keinen nur stichprobenhaften Abgleich, weil sie einen großflächigen und längerwährenden, sogar dauerhaften Massenabgleich von Kraftfahrzeugen ermöglichen, wie er auch praktiziert wird. Wenn das Verwaltungsgericht von einem „Einsatz stationärer Anlagen an Kriminalitätsschwerpunkten“ spricht, verkennt es, dass Art. 33 Abs. 2 bayPAG den Einsatz stationärer Anlagen keineswegs auf Kriminalitätsschwerpunkte beschränkt. Im

182 BVerfGE 120, 378 (430 f.), Abs. 174.

183 BVerfGE 120, 378 (403 f.), Abs. 82 und 85.

184 VG München, M 7 K 08.3052 vom 23.09.2009, Abs. 33.

185 <http://www.dwds.de/?kompakt=1&qu=stichprobe>.

Übrigen übergeht das Verwaltungsgericht, dass auch stichprobenhafte Kontrollen nur zum Zwecke des Anhaltens gestohlener Fahrzeuge zugelassen werden dürfen und eine Aufbewahrung der gewonnenen Informationen ausgeschlossen werden muss.¹⁸⁶ Die bayerische Regelung ist weder auf das Anhalten gestohlener Fahrzeuge beschränkt, noch schließt sie die Aufbewahrung der gewonnenen Informationen aus (Art. 38 Abs. 3 bayPAG).

In seiner mündlichen Urteilsbegründung führte der Vorsitzende des Verwaltungsgerichts aus, es liege ein bloß stichprobenhafter Abgleich vor, weil in Bayern zurzeit nur wenige Geräte zum Abgleich von Kfz-Kennzeichen im Einsatz seien. Diese Erwägung ist rechtsfehlerhaft. Für das vorliegende Verfahren ist nicht maßgeblich, ob die aktuelle bayerische Verwaltungspraxis, die sich jederzeit ändern kann, mit der Verfassung im Einklang steht. Maßgeblich ist, ob die bayerische Ermächtigung zum Kfz-Massenabgleich dem Grundgesetz genügt. Ist die Eingriffsermächtigung verfassungswidrig, so ist der Kfz-Massenabgleich – würde er auch äußerst zurückhaltend praktiziert – schon in Ermangelung einer wirksamen gesetzlichen Grundlage unzulässig.

Die Begründung des Gesetzentwurfs von Mecklenburg-Vorpommern bekräftigt:

„Mit Blick auf den Freiheitsanspruch des Einzelnen ist dieser vor polizeilichen Maßnahmen zu verschonen, die nicht durch eine hinreichende Beziehung zwischen ihm und einer Gefährdung eines zu schützenden Rechtsguts oder eine entsprechende Gefahrennähe legitimiert ist. Vor diesem Hintergrund verbietet sich ein genereller anlassunabhängiger Einsatz von AKLS zum Zwecke des Datenabgleichs (z.B. im Rahmen einer allgemeinen Verkehrskontrolle nach § 36 Abs. 5 StVO). In diesem Zusammenhang scheidet regelmäßig eine auf Dauer installierte Anlage aus.“¹⁸⁷

Art. 33 Abs. 2 bayPAG ermächtigt dagegen gerade zu einem generellen, anlassunabhängigen Kfz-Massenabgleich unter Verwendung auf Dauer installierter Anlagen.

Dem Verhältnismäßigkeitsgebot genügen kann eine Begrenzung des Kfz-Massenabgleichs auf Fälle konkreter Gefahrenlagen oder allgemein gesteigerter Risiken von Rechtsgutgefährdungen oder -verletzungen.¹⁸⁸ So können das Fahren auf Straßen in Bereichen nahe der Bundesgrenze (nicht Landesgrenze) oder dokumentierte Lageerkenntnisse über Kriminalitätsschwerpunkte als Anknüpfungspunkt genügen.¹⁸⁹ Da der Kennzeichenabgleich in diesen Fällen letztlich ebenfalls ohne einzelfallbezogenen Anlass vorgenommen wird, ist allerdings wiederum eine strikte Begrenzung der Datenverwendung auf das Anhalten gesuchter Fahrzeuge erforderlich.

Der uneingeschränkte Verweis des Art. 33 Abs. 2 S. 2 auf Art. 13 Abs. 1 Nr. 1 bayPAG ist danach unverhältnismäßig. Erstens soll danach jegliche Bagatelldgefahr, sei sie auch noch so entfernt, zum Anlass eines Kfz-Massenabgleichs gemacht werden können und nicht

186 BVerfGE 120, 378 (430 f.), Abs. 174.

187 LT-Drs. Mecklenburg-Vorpommern 4/2116, 37.

188 BVerfGE 120, 378 (431), Abs. 175.

189 BVerfGE 120, 378 (431), Abs. 175.

nur erhebliche Gefahren für wichtige Rechtsgüter, wie es bei einem Kfz-Kennzeichenscanning zur Voraussetzung für anlasslose, permanenter Massenkontrollen gemacht werden muss.¹⁹⁰ Der uneingeschränkte Verweis auf Art. 13 Abs. 1 Nr. 1 bayPAG erlaubt es beispielsweise, einen Massenabgleich des Fahrzeugverkehrs vorzunehmen, nur weil ein Fahrzeug mit ausgefallener Heizung aus dem Verkehr gezogen werden soll (§§ 16, 35c StVZO). Die hiervon ausgehende Bagatellgefahr kann einen massenhaften Abgleich des gesamten Fahrzeugverkehrs offensichtlich nicht rechtfertigen. Demgegenüber setzt etwa die brandenburgische Regelung in ihrer ersten Alternative eine gegenwärtige Gefahr für Leib oder Leben einer Person voraus (§ 36a bbgPolG), was dem Verhältnismäßigkeitsgebot genügt.

Zweitens fehlt der bayerischen Regelung eine Beschränkung des Vergleichsdatenbestands auf Ausschreibungen, die der Abwehr der Anlassgefahr dienen. Die bayerische Regelung schließt ein Verständnis nicht aus, nach dem die Suche nach der Quelle einer konkreten Gefahr zum Anlass genommen werden kann, bei dieser Gelegenheit mit der Kennzeichenerfassung auch alle sonst in Betracht kommenden Fahndungszwecke zu verfolgen, was den verfassungsrechtlichen Anforderungen nicht genügt.¹⁹¹

Der Verweis des Art. 33 Abs. 2 S. 2 auf Art. 13 Abs. 1 Nr. 2 bayPAG genügt dem Verhältnismäßigkeitsgebot ebenfalls nicht. Erstens soll danach jegliche Art von Straftaten als Anknüpfungspunkt genügen und nicht nur besonders schwere Straftaten, wie es bei einem Kfz-Massenscanning zur Voraussetzung für anlasslose, permanenter Kontrollen gemacht werden muss.¹⁹² Zweitens ist eine Beziehung zwischen der Maßnahme und dem verfolgten Ziel nicht gesichert. Nach der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts können örtlich gesteigerte Risiken einen Kfz-Massenabgleich nur rechtfertigen, wenn hinreichend wahrscheinlich ist, dass diesen Risiken mit Hilfe der automatisierten Kennzeichenerfassung begegnet werden kann.¹⁹³

Im Fall des Art. 13 Abs. 1 Nr. 2 bayPAG mag es zwar sein, dass an einem Ort gehäuft Ladendiebstähle oder Trunkenheitsfahrten oder Prostitution auftreten. Der Kfz-Massenabgleich ist aber nicht geeignet, derartigen Gefahren zu begegnen, weil im Fahndungsbestand im Wesentlichen nur gestohlene und unversicherte Kraftfahrzeuge ausgeschrieben sind. Die Bezugnahme auf Art. 13 Abs. 1 Nr. 2 bayPAG erlaubt es letztendlich, an einem „gefährlichen Ort“ eine Maßnahme einzusetzen, die mit der Abwehr entsprechender Gefahren nichts zu tun hat. Drittens fehlt der bayerischen Regelung eine Beschränkung des Vergleichsdatenbestands auf solche Ausschreibungen, die der Abwehr der örtlich gesteigerten Gefahren dienen.

Werden an einem Ort beispielsweise gehäuft gestohlene Fahrzeuge umgeschlagen, so muss der Vergleichsdatenbestand auch auf Ausschreibungen gestohlener Fahrzeuge beschränkt werden. Die bayerische Regelung schließt dagegen ein Verständnis nicht

190 Roßnagel, Kennzeichenscanning (2008), 69.

191 Vgl. BVerfGE 120, 378 (419), Abs. 145.

192 Roßnagel, Kennzeichenscanning (2008), 69.

193 BVerfGE 120, 378 (431), Abs. 175.

aus, nach dem ein „gefährlicher Ort“ zum Anlass genommen werden kann, bei dieser Gelegenheit mit der Kennzeichenerfassung auch alle sonst in Betracht kommenden Fahndungszwecke zu verfolgen, was den verfassungsrechtlichen Anforderungen nicht genügt.¹⁹⁴ Will der Gesetzgeber bestimmte Orte überhaupt ohne besonderen Anlass als Anknüpfungspunkt für die generelle, permanente Zulassung eines Kfz-Massenscannings nehmen, so muss es sich zumindest um Orte handeln, an denen gehäuft erhebliche Gefahren für wichtige Rechtsgüter auftreten, die von zur Fahndung ausgeschriebenen Kraftfahrzeugen ausgehen, und muss der Abgleich auf die einschlägigen Ausschreibungen beschränkt werden. Nur dadurch wäre die erforderliche Beziehung zu dem konkreten Fahndungsinstrument hergestellt, welche eine solche Regelung noch als verhältnismäßig erscheinen lassen könnte.

Auch der Verweis auf Art. 13 Abs. 1 Nr. 3 bayPAG genügt dem Verhältnismäßigkeitsgebot nicht, weil den dort beschriebenen Situationen wiederum jeglicher Bezug zum Kfz-Massenabgleich fehlt. Insoweit gelten die obigen Ausführungen zu Nr. 2 entsprechend.

Die Bezugnahme auf Art. 13 Abs. 1 Nr. 4 Var. 1 bayPAG verstößt gegen Art. 74 GG. Der Bundesgesetzgeber hat den Einsatz eines Kfz-Massenabgleichs für Zwecke der in Bezug genommenen Kontrollen nach der Strafprozessordnung gerade nicht zugelassen. Selbst, wenn er diese Entscheidung revidieren würde, könnte er das Instrument nicht allgemein bei Gelegenheit einer solchen Kontrolle zu lassen, wie es Art. 13 Abs. 1 Nr. 4 bayPAG tut. Insbesondere dürfte der Abgleich nicht mit dem gesamten Fahndungsbestand erfolgen, sondern nur zur gezielten Suche nach denjenigen Personen, die mithilfe der Kontrollstelle gefunden werden sollen.

Im Hinblick auf Art. 13 Abs. 1 Nr. 4 Var. 2 bayPAG ist bereits ausgeführt worden, dass ein Massenabgleich von Versammlungsteilnehmern tief in die grundrechtliche geschützte Versammlungsfreiheit (Art. 8 GG) eingreift, weil sie geeignet ist, potenzielle friedliche Versammlungsteilnehmer schon im Vorfeld einzuschüchtern und von einer Teilnahme an der Versammlung abzuhalten.¹⁹⁵ Versammlungsteilnehmer wissen nämlich nicht, was mit den erfassten Kennzeichen geschieht, ob sie vielleicht zur Beobachtung ausgeschrieben sind oder ob ihnen durch ihre Erfassung als Versammlungsteilnehmer sonstige Nachteile drohen. Die Maßnahme begründet für Teilnehmer an einer Versammlung das Bewusstsein, dass ihre Teilnahme unabhängig von einem zu verantwortenden Anlass festgehalten werden können und die so gewonnenen Daten über die konkrete Versammlung hinaus verfügbar bleiben.¹⁹⁶ Das Interesse an der Gewährleistung der Versammlungsfreiheit überwiegt das Interesse an der Verhinderung von Straftaten, die lediglich mit Freiheitsstrafe von bis zu zwei Jahren bedroht sind (Art. 20 bayVersG), bei weitem, zumal die Verhinderung solcher Straftaten gerade mithilfe eines Kfz-Massenabgleichs kaum einmal gelingen kann. Besonders unverhältnismäßig ist, dass eine Kontrollstelle und damit auch ein Kfz-Massenabgleich im Umfeld jeder harmlosen Kleinstdemonstration zugelassen wird, ohne dass wenigstens konkrete

194 Vgl. BVerfGE 120, 378 (419), Abs. 145.

195 Vgl. BVerfG, 1 BvR 2492/08 vom 17.2.2009, Abs. 131.

196 Vgl. BVerfG, 1 BvR 2492/08 vom 17.2.2009, Abs. 131.

Tatsachen festgestellt sein müssen, aus denen sich ergibt, dass Teilnehmer derartige Straftaten anstreben. Es fehlt völlig an einer Eingriffsschwelle für die Maßnahme. Besonders unverhältnismäßig ist auch, dass bei Gelegenheit einer Versammlung ein Abgleich mit dem gesamten Fahndungsbestand zugelassen wird und nicht nur mit Ausschreibungen zur Verhinderung der entsprechenden Straftaten.

Der Verweis auf Art. 13 Abs. 1 Nr. 5 bayPAG ist ebenfalls verfassungswidrig.¹⁹⁷ Erstens verstößt er gegen Art. 74 GG. Die Verhütung oder Unterbindung der unerlaubten Überschreitung der Landesgrenze oder des unerlaubten Aufenthalts ist als Vollziehung von Ausländerrecht anzusehen, welche der Bund abschließend geregelt hat. Die „Bekämpfung der grenzüberschreitenden Kriminalität“ ist jedenfalls in der Variante der Verfolgungsvorsorge nicht Ländersache. Zweitens liegt ein Verstoß gegen das Verhältnismäßigkeitsgebot vor. Es soll jeder unerlaubte Aufenthalt und jegliche grenzüberschreitende Straftat als Anknüpfungspunkt genügen und nicht nur besonders schwere Straftaten, wie es bei einem Kfz-Massenscanning zur Voraussetzung für anlasslose, permanenter Kontrollen gemacht werden muss.¹⁹⁸ Drittens liegt ein Verstoß gegen das Verhältnismäßigkeitsgebot darin, dass die automatisierte Kennzeichenerfassung nicht auf Situationen begrenzt wird, in denen Umstände der konkreten Örtlichkeit oder dokumentierte Lageerkenntnisse über Kriminalitätsschwerpunkte einen Anknüpfungspunkt geben, der auf gesteigerte Risiken der Rechtsgutgefährdung oder -verletzung hinweist.

Entgegen der Vorgaben des Bundesverfassungsgerichts¹⁹⁹ ist der Kfz-Massenabgleich nicht auf die Bundesgrenze beschränkt, sondern erfasst auch die Grenze zu anderen Bundesländern, an der eine gesteigerte Gefahrenlage offenkundig nicht gegeben ist. Davon abgesehen, dass der Landesgesetzgeber hierfür nicht zuständig ist, kann eine gesteigerte Wahrscheinlichkeit, im Wege des Kfz-Massenabgleichs gestohlene Fahrzeuge zu finden, allenfalls an der Bundesgrenze nach Osteuropa angenommen werden. Es ist auch keineswegs erforderlich, jenseits der Grenze noch ein Gebiet von weiteren 30 km im Landesinnern zu erfassen. Um das Verbringen von Fahrzeugen über die Grenze zu verhindern, genügt es vollauf, sie an der Bundesgrenze anzuhalten. Es kann keine Rede davon sein, dass im gesamten (auch Binnen-)Grenzgebiet, auf dem gesamten Autobahn- und Europastraßennetz sowie Verkehrseinrichtungen wie Raststätten und Rastplätze gesteigerte Risiken der Rechtsgutgefährdung oder -verletzung bestünden. Es ist unverhältnismäßig, einen Kfz-Massenabgleich an Durchgangsstraßen und Verkehrseinrichtungen im gesamten Land zuzulassen.²⁰⁰

Viertens ist eine Beziehung zwischen der Maßnahme und dem verfolgten Ziel nicht gegeben. Nach der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts können örtlich

197 So auch Roßnagel, Verfassungsrechtliche Bewertung der automatisierten Erfassung von Kraftfahrzeugkennzeichen nach dem Urteil des Bundesverfassungsgerichts vom 11. März 2008 (2009), 57.

198 Roßnagel, Verfassungsrechtliche Bewertung der automatisierten Erfassung von Kraftfahrzeugkennzeichen nach dem Urteil des Bundesverfassungsgerichts vom 11. März 2008 (2009), 57.

199 BVerfGE 120, 378 (431), Abs. 175.

gesteigerte Risiken einen Kfz-Massenabgleich nur rechtfertigen, wenn hinreichend wahrscheinlich ist, dass diesen Risiken mit Hilfe der automatisierten Kennzeichenerfassung begegnet werden kann.²⁰¹ Zum Auffinden gesuchter Ausländer ist der Kfz-Massenabgleich von vornherein untauglich, weil diese Personen nicht mit einem auf ihren Namen registrierten Kraftfahrzeug unterwegs sind. Fünftens fehlt der bayerischen Regelung eine Beschränkung des Vergleichsdatenbestands auf solche Ausschreibungen, die der Abwehr der vermeintlich örtlich gesteigerten Gefahren dienen (unerlaubter Aufenthalt und grenzüberschreitende Straftaten). Werden beispielsweise gehäuft gestohlene Fahrzeuge über einen Grenzübergang verbracht, so muss der Vergleichsdatenbestand auch auf Ausschreibungen gestohlener Fahrzeuge beschränkt werden.

Die bayerische Regelung schließt dagegen ein Verständnis nicht aus, nach dem ein vermeintlich „gefährlicher Ort“ zum Anlass genommen werden kann, bei dieser Gelegenheit mit der Kennzeichenerfassung auch alle sonst in Betracht kommenden Fahndungszwecke zu verfolgen, was den verfassungsrechtlichen Anforderungen nicht genügt.²⁰² Will der Gesetzgeber bestimmte Orte überhaupt ohne besonderen Anlass als Anknüpfungspunkt für die generelle, permanente Zulassung eines Kfz-Massenscannings nehmen, so muss es sich zumindest um Orte handeln, an denen gehäuft erhebliche Gefahren für wichtige Rechtsgüter auftreten, die von zur Fahndung ausgeschriebenen Kraftfahrzeugen ausgehen, und muss der Abgleich auf die einschlägigen Ausschreibungen beschränkt werden. Nur dadurch wäre die erforderliche Beziehung zu dem konkreten Fahndungseinsatz hergestellt, welche eine solche Regelung noch als verhältnismäßig erscheinen lassen könnte.

Wie bereits dargelegt, krankt die gesamte Regelung der Art. 33 Abs. 2 S. 2-5, 38 Abs. 3 bayPAG darüber hinaus daran, dass weit im Vorfeld jeglichen Anlasses, letztlich in vollkommener Abwesenheit einer Gefahr operiert wird, ohne dass die Verwendung der Trefferdaten strikt auf das Anhalten von Fahrzeugen beschränkt wird. Wird die Verwendung der Trefferdaten nicht auf das Anhalten von Fahrzeugen beschränkt, müssen zum Ausgleich die Eingriffsvoraussetzungen eng begrenzt werden, wie es etwa in Brandenburg der Fall ist.²⁰³ Dort ist eine gegenwärtige Gefahr oder eine unmittelbar bevor stehende Straftat Voraussetzung eines Kfz-Massenabgleichs, und gesucht werden darf nur nach dem Verursacher dieser Gefahr, nicht nach dem gesamten Fahndungsbestand. Die bayerische Regelung sieht weder diese hohe Eingriffsschwelle noch eine strikte Begrenzung von Vergleichsdatenbestand und Datennutzung auf das Anhalten von Fahrzeugen vor, die zu einem bestimmten Zweck gesucht werden. Dies ist mit dem Verhältnismäßigkeitsgebot unvereinbar.

200 Roßnagel, Kennzeichenscanning (2008), 71f.

201 BVerfGE 120, 378 (431), Abs. 175.

202 Vgl. BVerfGE 120, 378 (419), Abs. 145.

203 BVerfGE 120, 378 (433), Abs. 183.

3.4.2.3.5 Vergleichsdatenbestand

Da ein Kfz-Massenabgleich nur zu bestimmten Zwecken zugelassen werden darf, muss der Vergleichsdatenbestand auf die zur Erreichung des Zwecks der jeweiligen Kontrolle erforderlichen Daten beschränkt werden. Unzulässig ist es, bei Gelegenheit der Kontrolle einen Abgleich auch mit Ausschreibungen zu anderen Zwecken zuzulassen, etwa mit dem gesamten Fahndungsbestand.²⁰⁴ Eben dies tut aber die bayerische Regelung.

Sie schließt auch nicht die Verwendung unvollständiger Vergleichsdaten („Jokersuche“) aus, die aber wegen der höheren Eingriffsintensität nur unter erhöhten Voraussetzungen zugelassen werden darf.²⁰⁵ Unerheblich ist, ob die Ausschreibung von Teilkennzeichen im INPOL-Sachfahndungsbestand zurzeit möglich ist, weil sich dies jederzeit ändern kann. Unerheblich ist auch der vom Verwaltungsgerichtshof hervorgehobene Gesichtspunkt, dass unvollständige Vergleichsdaten in Bayern derzeit nicht zum Einsatz kämen. Entscheidend für die Verletzung des Verhältnismäßigkeitsgebots ist, dass der Gesetzgeber zu einer Jokersuche ermächtigt, ohne erhöhte Anforderungen zu stellen.

Ebenso greift der Abgleich mit den Vorfelddateien des Art. 33 Abs. 2 S. 3 bayPAG, in denen nicht nur Tatverdächtige und Störer gespeichert sind, in gesteigertem Maße in die Grundrechte ein.²⁰⁶ Eine entsprechende Ermächtigung kann daher nur unter besonderen Voraussetzungen verhältnismäßig sein. In keinem Fall genügt hierzu die Anknüpfung an eine beliebige Gefahr in Art. 33 Abs. 2 S. 3 bayPAG und eine bloße Bezugnahme auf das allgemeine, ohnehin geltende Erforderlichkeitsgebot.

3.4.2.3.6 Datenverwendung

Die Verwendung der gewonnenen Informationen darf nur zu dem Zweck zugelassen werden, zu dem die jeweilige Kontrolle eingerichtet worden ist (Zweckbindung).²⁰⁷ Art. 38 Abs. 3 bayPAG bindet die Verwendung der erhobenen Daten nicht klar an den Zweck, zu dem sie erhoben wurden, wie es verfassungsrechtlich geboten wäre. Eine Bindung an die Zwecke, zu denen die Ausschreibungsdatei errichtet wurde, genügt nicht, weil es sich dabei um ganz unterschiedliche und allgemein gehaltene Zwecke handelt. Erforderlich wäre eine Bindung der Datenverwendung an den „Fahndungszweck der jeweiligen Ausschreibung“²⁰⁸. Die allgemeinen Zweckbindungsvorschriften des Art. 38 Abs. 1 und 2 bayPAG, die vielfach durchbrochen sind, werden der Eingriffsintensität des Kfz-Massenabgleichs nicht gerecht. Eine enge und konkrete Zweckbindung von Trefferdaten aus dem Kfz-Massenabgleich sieht Art. 38 Abs. 3 bayPAG nicht vor.

Um die Zweckbindung länger gespeicherter Daten zu gewährleisten, muss zudem der Zweck der Speicherung festgehalten werden, was die bayerische Regelung nicht gewährleistet. Entfällt der Zweck der zugrunde liegenden Fahndungsausschreibung,

204 Roßnagel, Kennzeichenscanning (2008), 78.

205 BVerfGE 120, 378 (431), Abs. 176.

206 BVerfGE 120, 378 (410 f.), Abs. 102.

207 BVerfGE 120, 378 (431), Abs. 177.

208 BVerfGE 120, 378 (415 f.), Abs. 135.

müssen auch die dazu erhobenen Daten gelöscht werden.²⁰⁹ Auch dies ist in Bayern nicht präzise geregelt. Die vorgesehene Speicherung der Bewegungsdaten für bis zu zehn Jahre²¹⁰ (Art. 38 Abs. 2 S. 3 bayPAG) und im Einzelfall sogar lebenslänglich (vgl. Art. 38 Abs. 2 S. 6 bayPAG) ist offensichtlich unverhältnismäßig, insbesondere bei den sensiblen Bewegungsdaten.

Eine neue Qualität des Grundrechtseingriffs liegt darin, dass Art. 38 Abs. 3 bayPAG die Nutzung der Trefferdaten nicht nur zum Anhalten gesuchter Fahrzeuge, sondern zur polizeilichen Beobachtung und Erstellung von Bewegungsprofilen zulässt.²¹¹ Müssen die Bürger mit der Erstellung von Bewegungsprofilen rechnen, wirkt der Kfz-Massenabgleich besonders abschreckend.²¹² Eine polizeiliche Beobachtung mithilfe automatisierter Kennzeichenlesegeräte ist daher im Regelfall unverhältnismäßig. In keinem Fall darf die Erstellung von Bewegungsprofilen unter denselben niedrigen Voraussetzungen zugelassen werden wie die gezielte Fahndung zum Zwecke des Anhaltens. Auch in diesem Punkt ist die bayerische Regelung somit grob unverhältnismäßig.

Die Belastungswirkungen einer systematischen und dauerhaften Aufzeichnung der Fahrten bestimmter Personen sind auch nicht allein in denjenigen Normen begründet, die eine Ausschreibung zur Beobachtung zulassen. Die Ausschreibung einer Person „zur Beobachtung“ stellt zunächst einmal lediglich eine punktuelle Datenspeicherung dar. Jede weitere Verwendung der Daten und jede Erhebung weiterer Daten von der Zielperson stellt einen eigenständigen Grundrechtseingriff dar und bedarf gesonderter Rechtfertigung. Im Übrigen konnte der Gesetzgeber bei dem Erlass von Ermächtigungen zur Ausschreibung von Personen zur Beobachtung nicht wissen, dass die Beobachtung in Zukunft im Wege einer automatisierten, dauerhaften, systematischen, geheimen und massenhaften Kfz-Kennzeichenerfassung erfolgen würde.

Dass bei jeglicher Ausschreibung zur polizeilichen Beobachtung, zur gezielten Kontrolle oder zur verdeckten Registrierung, die Erstellung von Bewegungsbildern erlaubt wird (Art. 38 Abs. 3 S. 3 bayPAG), geht unverhältnismäßig weit. Die Voraussetzungen solcher Ausschreibungen nach Polizeigesetzen, Strafprozessordnung und Schengener Übereinkommen (Art. 99 SDÜ) sind auf menschliche Stichprobenkontrollen zugeschnitten und tragen einer automatisierten Dauerüberwachung keine Rechnung. Die automatisierte Erstellung von Bewegungsbildern kann vielleicht zur Abwehr einer Lebensgefahr verhältnismäßig sein, keineswegs aber unter den geringen Voraussetzungen, die allgemein für eine Ausschreibung zur Beobachtung gelten. Eine polizeiliche Beobachtung kann etwa erforderlich sein, um den Aufenthaltsort einer entführten Person festzustellen. In solchen Fällen ist aber keineswegs immer die Erstellung eines Bewegungsbildes erforderlich. Dies darf dementsprechend auch nicht unterschiedslos zugelassen werden. Ausschreibungen „zur gezielten Kontrolle“ dienen von vornherein nicht der Erstellung von Bewegungsbildern, sondern der gezielten Kontrolle der Person. Es ist nicht

209 BVerfGE 120, 378 (431), Abs. 177.

210 VG München, M 7 K 08.3052 vom 23.09.2009, Abs. 29.

211 Vgl. BVerfGE 120, 378 (416 und 418 f.), Abs. 136 und 141 ff.

verhältnismäßig, dass Art. 38 Abs. 3 S. 3 bayPAG auch in diesem Fall die Erstellung von Bewegungsprofilen erlaubt.

Der Verwaltungsgerichtshof lehnt es ab, die Verhältnismäßigkeit der Regelungen über die Datenverwendung zu prüfen, weil sich die Klage dagegen nicht richte. Dies ist rechtsfehlerhaft. Sind die Vorschriften über die Verwendung der erhobenen Daten verfassungswidrig, so kann auch die Ermächtigung zu ihrer Erhebung vor der Verfassung keinen Bestand haben. Der Gesetzgeber kann und darf nicht zur Erhebung von Daten ermächtigen, die mangels wirksamer gesetzlicher Grundlage nicht verwendet werden dürfen.

3.4.2.4 Verstoß gegen Art. 19 Abs. 4 GG

Ferner müssen die Betroffenen von dem Kfz-Massenabgleich in Kenntnis gesetzt werden, damit sie sich gegen unzulässige Kontrollen zur Wehr setzen können (Art. 19 Abs. 4 GG).²¹³ Dazu sind entsprechende Hinweisschilder erforderlich, die hinter der Kontrollstelle aufgestellt werden können, um den Zweck der Maßnahme nicht zu gefährden. Eine bloß offene Datenerhebung (wie sie Art. 33 bayPAG nicht gewährleistet) genügt nicht, weil die Betroffenen die entsprechenden Geräte von bloßen Geschwindigkeitsmessungen nicht unterscheiden können. Eine nachträgliche individuelle Benachrichtigung der Betroffenen wird regelmäßig nicht zu leisten sein.

Art. 33 Abs. 2 bayPAG versäumt nicht nur, eine Kenntniserlangung effektiv zu gewährleisten. Er sieht vielmehr sogar einen generellen verdeckten Einsatz der Maßnahme vor. Eine verdeckte Überwachung kann allenfalls in Ausnahmefällen gerechtfertigt sein, wenn besondere Gründe im Einzelfall den grundrechtlichen Anspruch auf Kenntniserlangung überwiegen.²¹⁴ Dass Art. 38 Abs. 2 S. 2 bayPAG demgegenüber unterschiedslos eine unbemerkbare, verdeckte Datenerhebung vorsieht und auch eine Kenntniserlangung der Betroffenen nach der Kontrolle nicht gewährleistet, ist verfassungswidrig.²¹⁵ Die allgemeine Erwägung des Gesetzgebers, durch die Erzeugung von Ungewissheit bei potentiellen Störern darüber, ob die Polizei möglicherweise verdeckt agiert, lasse sich eine abschreckende Wirkung erzielen,²¹⁶ überwiegt keineswegs generell den Anspruch der Betroffenen auf Kenntniserlangung. Dieser verfassungsrechtlich gewährleistete Anspruch sichert, dass die Betroffenen gegen rechtswidrige Abgleiche gerichtlichen Rechtsschutz in Anspruch nehmen können (Art. 19 Abs. 4 GG). Nach der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts kann eine Einschränkung dieses Anspruchs auf Kenntniserlangung allenfalls in Ausnahmefällen gerechtfertigt sein, wenn besondere Gründe im Einzelfall den grundrechtlichen Anspruch auf Kenntniserlangung

212 Vgl. BVerfGE 120, 378 (430), Abs. 173.

213 Vgl. BVerfGE 100, 313 (397 f.); BVerfGE 109, 279 (366).

214 Vgl. BVerfGE 100, 313 (397 f.); BVerfGE 109, 279 (366).

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

216 LT-Dr. 15/2096, 16.

überwiegen.²¹⁷ Tatsächlich gibt es aber im Fall des Kfz-Massenabgleichs keine überwiegenden Interessen der Allgemeinheit, die der Aufstellung einer Informationstafel hinter der Kontrollstelle entgegen stehen könnten. Davon abgesehen, dass ein messbarer generalpräventiver Effekt des Kfz-Massenscanning ohnehin nicht gegeben ist, ließe sich ein solcher jedenfalls nicht durch unsichtbare Anlagen erzielen, sondern noch am ehesten durch offene Kontrollen.

Der Verwaltungsgerichtshof meint irrig, eine Benachrichtigung setze voraus, persönliche Daten des Betroffenen zu erfassen und zu speichern.²¹⁸ Tatsächlich ist die Benachrichtigung durch ein hinter dem Gerät aufgestelltes Hinweisschild ohne Datenerhebung möglich.

Wie der Verwaltungsgerichtshof ausführt, gewährt Art. 48 PAG einem Bürger zwar das Recht, auf Antrag bei Polizeibehörden über die zu seiner Person gespeicherten Daten Auskunft zu erhalten. Ein solches Auskunftsrecht setzt jedoch im Falle der automatischen Kennzeichenerfassung voraus, 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 in Abrede stellt, dass sie weiterhin auf frühere Kontrollmaßnahmen und dabei erfasste Daten würde zugreifen können. Wegen der Löschungspraxis der Beklagten kann der Kläger durch Anfragen nach Art. 48 PAG nicht in Erfahrung bringen, ob, wann und wo sein Kfz-Kennzeichen erhoben und automatisiert abgeglichen worden ist und ob eine Treffermeldung erfolgt ist. Ohne diese Kenntnis kann er keinen Rechtsschutz gegen einen rechtswidrigen Abgleich, etwa ohne Vorliegen der gesetzlichen Voraussetzungen, in Anspruch nehmen.

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.

3 Ergebnis

Da Art. 33 Abs. 2 S. 2-5 sowie Art. 38 Abs. 3 bayPAG kompetenzwidrig, unbestimmt und unverhältnismäßig und damit nach nicht nur vom Kläger vertretenen Auffassung verfassungswidrig sind, sollte sich für das angerufene Gericht hinreichender Anlass bestehen, das Verfahren nach Art. 100 GG dem Bundesverfassungsgericht zur

²¹⁷ Vgl. BVerfGE 100, 313 (397 f.); BVerfGE 109, 279 (366).

²¹⁸ VGH München, 10 BV 09.2641 vom 17.12.2012, Abs. 120.

Entscheidung über die Vereinbarkeit der diesem Rechtsstreit zugrunde liegenden Vorschriften des bayPAG mit dem Grundgesetz vorzulegen.

Für den Fall der Nichtigklärung dieser Vorschriften wird der Klage in Abänderung der Urteile des Verwaltungsgerichts und des Verwaltungsgerichtshofs stattzugeben sein.

Dr. Kauß
Rechtsanwalt