



Der Hamburgische Beauftragte für Datenschutz und Informationsfreiheit

Prof. Dr. Johannes Caspar

Hamburg, d. 3.3.2017

Stellungnahme des HmbBfDI zur öffentlichen Anhörung am 6.3.2017 im Innen- ausschuss des Bundestages

**zum Entwurf eines Gesetzes zur Verbesserung der Fahndung bei besonderen
Gefahrenlagen und zum Schutz von Beamtinnen und Beamten der
Bundespolizei durch den Einsatz von mobiler Videotechnik, Drucksache**

18/10939,

sowie

**zum Entwurf eines Gesetzes zur Änderung des Bundesdatenschutzgesetzes –
Erhöhung der Sicherheit in öffentlich zugänglichen großflächigen Anlagen
und im öffentlichen Personenverkehr durch optisch-elektronische Einrichtungen
(Videoüberwachungsverbesserungsgesetz), Drucksache 18/ 10941**

A. Drucksache 18/10939

Der Gesetzesentwurf zur Änderung des BPolG enthält Regelungen zur Einführung der Bodycam (I.), zum Kfz-Kennzeichenscanning (II.) und zur Aufzeichnung von Notrufen (III.).

I. § 27a BPolG-E – Mobile Bild- und Tonaufzeichnungsgeräte

Durch den Gesetzesentwurf soll § 27a in das BPolG eingefügt werden, der den Einsatz mobiler Bild- und Tonaufzeichnungsgeräte zu präventiven Zwecken und zur Strafverfolgungsvorsorge

www.datenschutz-hamburg.de

E-Mail: mailbox@datenschutz.hamburg.de

Klosterwall 6 - D-20095 Hamburg - Tel.: 040 - 4 28 54 - 40 40 - Fax: 040 - 4 28 54 - 40 00

Vertrauliche Informationen sollten auf elektronischem Weg nur verschlüsselt an uns übermittelt werden.

Unser öffentlicher PGP-Schlüssel ist im Internet verfügbar (Fingerprint: 0932 579B 33C1 8C21 6C9D E77D 08DD BAE4 3377 5707).



vorsieht. Die Regelung begegnet keinen durchgreifenden Bedenken. Es ist lediglich auf einige Punkte einzugehen.

1. Gesetzgebungskompetenz/Verwendungszweck

Der Bereich der Strafverfolgungsvorsorge, also die Vorsorge für die Verfolgung künftiger Straftaten, gehört zum repressiven Tätigkeitsfeld der Polizei. Er wird als Annex zum Bereich des gerichtlichen Verfahrens gezählt, für das nach Art. 74 Abs. 1 Nr. 1 GG eine konkurrierende Gesetzgebungskompetenz von Bund und Ländern besteht (BVerfGE 103, 21, 30 f.; E 113, 348, 369 ff.; *Schenke/Schenke*, in: Steiner, Bes. VerwR, 8. Aufl. 2006, Seite 179). Der Bereich des sog. Pre-Recordings, das vorab Bilder mit einer Dauer von 30 Sekunden temporär aufnimmt und die dauerhafte Datenspeicherung erst bei Aktivierung der Aufnahmefunktion durch Polizeibeamte erlaubt, bleibt daher zumindest unter dem Aspekt der Strafverfolgungsvorsorge zulässig. Bei einer rein präventiven an der Abwehr von Gefahren orientierten Regelung zur Body-Cam wäre das Pre-Recording hingegen unzulässig, da die rückwirkenden Speicherungen keinen steuernden Einfluss auf zukünftiges Verhalten entfalten können. Insoweit wird die Begründung des Gesetzentwurfs (Drucks. 18/10939, S. 13), wonach die Pre-Recording Funktion unter dem Aspekt der Eigensicherung des Beamten erforderlich ist, nicht geteilt, die Abwehr von Gefahren ist ausreichend durch das offene Aktivieren der Aufnahmefunktion zu erreichen. Zu stützen ist die Vorabaufzeichnung jedoch zumindest auf die Möglichkeit, strafrechtlich relevantes Verhalten bereits im Vorfeld zur Verfolgung von Straftaten zu dokumentieren.

Es ist positiv zu bewerten, dass die Daten 30 Tage lang gespeichert werden sollen und in dieser Zeit auch für die Überprüfung der Rechtmäßigkeit der aufgezeichneten polizeilichen Maßnahmen zur Verfügung stehen. So können auch die Rechte der Aufgezeichneten an einer Dokumentation des Geschehens gewahrt werden. Allerdings sollte insoweit eine ausdrückliche Regelung hinzugefügt werden, wonach auf Verlangen der betroffenen Personen eine Aufzeichnung anzufertigen ist (vgl. insoweit die Regelung in § 29 Abs. 5 des Bremischen Polizeigesetzes). In der Regel wird nämlich der allgemeine datenschutzrechtliche Auskunftsanspruch - soweit er denn überhaupt den Bereich von Videoaufnahmen umfasst - nur sehr schwer durchzusetzen sein und eben nicht das Recht zu einer direkten Ansicht der Videosequenzen durch den Betroffenen umfassen.



2. Geeignetheit

Eine zentrale Fragestellung für die verfassungsrechtliche Zulässigkeit polizeilicher Body Cams betrifft Eignung und Erforderlichkeit ihres Einsatzes für den Schutz von Beamtinnen oder Beamten oder für Dritte. Diese Diskussion hat mit Blick auf den auf Bundesebene möglichen Einsatz zur Verfolgung von Straftaten und Ordnungswidrigkeiten freilich nicht dieselbe Bedeutung wie in den Ländern, wo es ausschließlich um die präventive Funktion geht, die mit der Body Cam zu erzielen ist. Gleichwohl werden die präventiven Zwecke auch im Gesetzentwurf verfolgt, sodass eine Folgenabschätzung auch hierzu erforderlich ist.

Der Gesetzentwurf geht auf die bereits erfolgten Einführungen in verschiedenen Bundesländern ein (Hessen, RP, BW, Saarland und Hamburg) und stellt recht pauschal fest: *„Die Erfahrungen in den Ländern haben gezeigt, dass deren Einsatz aufgrund seiner deeskalierenden Wirkung erfolgreich die Eindämmung von Widerstandshandlungen fördern kann“*. Dem Urteil kann in dieser Allgemeinheit nur schwer gefolgt werden.

Die Ergebnisse des in Hessen erfolgten Pilotbetriebs genügen jedenfalls nicht objektivierbaren wissenschaftlichen Anforderungen, da die erhobene Zahl von insgesamt 40 Widerstandshandlungen zu niedrig ist, um einen Effekt statistisch belegen zu können. Eine Senkung der Fälle um 37,5% klingt eindrucksvoll. Zum einen ist aber unklar, ob es sich bei den bisher erfassten Fällen ausschließlich um Gewalttaten gegenüber Polizeivollzugsbediensteten handelt, da üblicherweise auch Widerstandsdelikte erfasst werden, die ohne Gewalt verübt werden können. Zum anderen beträgt der Rückgang um 37,5% in absoluten Zahlen lediglich 15 Fälle (Rückgang von 40 auf 25 Fälle, *Diehl/Schnack*, Spon v. 3.7.2015, <http://www.spiegel.de/netzwelt/gadgets/bodycams-fuer-polizisten-feldversuch-in-frankfurt-a-1041212.html>). Darüber hinaus ist ungeklärt, welchen Einfluss die erhöhten Personenstärken bei den hessischen Einsatzteams mit Body-Cams (Dreier-Teams statt Zweier-Teams) auf die Eskalationsbereitschaft von Bürgerinnen und Bürgern haben.

In Hamburg wird gerade die Evaluation beendet. Auch dort stehen die Ergebnisse unter dem Vorbehalt, dass die Polizei die Zahlen und das Datenmaterial selbst erhebt und zusammenstellt und die angewandten Methoden keinen wissenschaftlichen Ansprüchen genügen. Ein disziplinierender Effekt einer offenen Videoüberwachung erscheint nach allgemeiner Lebenserfahrung



nicht unplausibel. Dennoch sind bei Personen, die stark alkoholisiert sind oder unter Drogen- einfluss stehen, die verhaltenslenkenden Wirkungen des Einsatzes der Body Cam erheblich ein- geschränkt.

Auf der derzeitigen unsicheren Tatsachengrundlage kann nicht dazu geraten werden, direkt mit einem Regelbetrieb zu starten. Wenn man sich zu einem Einsatz von Body-Cams entschließt, so sollte zunächst eine Testphase initialisiert werden, deren Ergebnisse einer unabhängigen Evalu- ation unterworfen werden, um auf der Basis wissenschaftlich fundierter Ergebnisse die polizei- taktischen Vor- und die bürgerrechtlichen Nachteile einer solchen Einführung gegeneinander abzuwägen. Im Rahmen einer solchen Untersuchung wäre dann auch objektivierbar eine Eig- nung der Body-Cams für die polizeiliche Einsatzpraxis nachzuweisen.

3. Bestimmtheit

Als Gesetzeszweck wird die „Verfolgung von Straftaten oder Ordnungswidrigkeiten von auch im Einzelfall erheblicher Bedeutung“ angegeben. Ist dies so zu verstehen, dass es sich auf die Ver- folgung von Straftaten und Ordnungswidrigkeiten im Rahmen der Zuständigkeit der Bundespo- lizei bezieht, so bestehen gegen die Bestimmtheit der Norm keine Bedenken.

4. Tonaufzeichnungen

Die von § 27a BPolG-E vorgesehenen Tonaufnahmen sind aus Gründen der Verhältnismäßigkeit kritisch zu sehen. Der in der Gesetzesbegründung als Erfolg gewertete Praxistest der hessischen Polizei wurde ohne Tonaufnahmen durchgeführt. In der Expertenanhörung der Hamburgischen Bürgerschaft hat der Vertreter der GdP Tonaufnahmen als gefahrabwehrende Maßnahmen für nicht erforderlich befunden (Protokoll Innenausschuss Nr. 20/33, Seite 18). Zusätzlich besteht das Problem, dass bei Aufnahmen, die im Rahmen einer nachträglichen Bewertung als nicht von § 27a BPolG-E gedeckt angesehen werden, eine Strafbarkeit der Polizeivollzugsbediensteten nach § 201 StGB im Raum steht. Dies ist zum Beispiel bei der Aufzeichnung von Personen der Fall, die so alkoholisiert sind oder unter anderem Drogeneinfluss stehen, dass nicht von einer verhaltenslenkenden Wirkung der Aufzeichnung ausgegangen werden kann und auch eine Schuldfähigkeit im strafrechtlichen Sinn nicht gegeben ist (*„Es gibt Situationen, da treten Sie Bürgern gegenüber, die derartig betrunken sind oder unter Drogeneinfluss stehen, die würden nicht einmal einen Wasserwerfer neben sich bemerken.“* – Kirsch, Gewerkschaft der Polizei, Ex-



pertenanhörung der Hamburgischen Bürgerschaft, Protokoll Innenausschuss Nr. 20/33, Seite 18). Fällt eine Rechtfertigung der Tonaufnahmen durch § 27a BPolG-E weg, so wäre die Aufnahme „unbefugt“ im Sinne von § 201 Abs. 1 StGB. Die Strafbarkeit von Polizeivollzugsbediensteten hinge dann davon ab, ob das gesprochene Wort in der tatrichterlichen Würdigung als „nichtöffentlich“ angesehen wird. Nach der strafrechtlichen Kommentarliteratur ist die Rechtsprechung dazu nicht eindeutig. Der Verzicht auf Tonaufnahmen ist daher nicht zuletzt zum Schutz der Polizeivollzugsbediensteten vor Strafbarkeit angezeigt.

II. § 27b BPolG-E: Anlassbezogene automatische Kennzeichenerfassung

Die höchstrichterliche Rechtsprechung hat sich – allen voran das Bundesverfassungsgericht in seinem Urteil vom 11.03.2008 (Az.: 1 BvR 2074/05) – bereits mehrfach mit dem Thema Kfz-Kennzeichenscanning beschäftigt. Vor allem dem Punkt der Verhältnismäßigkeit wird hierbei besondere Beachtung gewidmet. So ist entscheidend, dass das Zusammenwirken verschiedener Ebenen (Aufnahme in Fahndungsbestand, Erfassung der Kennzeichen und Verwertung der gewonnenen Informationen, vgl. BVerfG a.a.O., Rn. 148) zu einer als verhältnismäßig zu bewertenden Eingriffsregelung führen kann. Die Kombination z.B. aus eng begrenzten Eingriffsvoraussetzungen und einem weit gefassten Verwendungszweck kann daher ebenfalls zu einer verhältnismäßigen und den mit dem Scanning verbundenen Eingriff rechtfertigenden Regelung führen; das Bundesverfassungsgericht verwies hierzu exemplarisch auf die entsprechende Regelung in § 36a Brandenburgisches Polizeigesetz.

Gemessen an diesen Anforderungen dürfte es sich bei der Regelung des § 27b BPolG-E um eine entsprechend verhältnismäßige Regelung handeln. Sowohl im Hinblick auf die Eingriffsvoraussetzungen als auch den Zweck der Verarbeitung bestehen Begrenzungen, die einen allzu weiten Anwendungsbereich ausschließen.

III. § 27c BPolG-E: Gesprächsaufzeichnung

Die Aufzeichnung von Telefonanrufen bei Einsatzleitstellen kann eine sinnvolle Unterstützung der polizeilichen Aufgabenerfüllung darstellen. So kann ein Anrufer z.B. wegen der eigenen Betroffenheit emotional derart belastet sein, dass ein nochmaliges Anhören des Gesprächsinhaltes erforderlich wird, um passende Maßnahmen in die Wege leiten zu können.



Die Aufzeichnung des Gesprächsinhaltes greift dabei in das informationelle Selbstbestimmungsrecht des Anrufenden ein. Eine Einwilligung zur Aufzeichnung scheidet als rechtliche Grundlage aus, so dass es folgerichtig ist, mit der vorliegenden Regelung eine gesetzliche Grundlage für die Aufzeichnung und weitere Verarbeitung zu schaffen. Grundsätzlich begegnet eine solche Regelung auch keinen datenschutzrechtlichen Bedenken.

Im Hinblick auf die konkrete Formulierung des § 27c BPolG-E ist jedoch auf folgenden Punkt hinzuweisen: Eine Speicherung über die gesetzte Höchstfrist von 30 Tage soll dann zulässig sein, wenn die Aufzeichnung im Einzelfall zur Verfolgung von Straftaten oder zur Gefahrenabwehr weiter benötigt wird. Es erscheint insoweit nicht unmittelbar plausibel, warum gerade durch die Öffnung „zur Gefahrenabwehr“ ein hierdurch vermittelter derart weiter Raum für Ausnahmen erforderlich sein soll; auch das in der Begründung genannte Beispiel der Bombendrohung führt hier nicht zu einer besseren Nachvollziehbarkeit. Insbesondere auch um eine Umkehrung des Regel-Ausnahme-Verhältnisses zwischen Löschung und weiterer Speicherung zu vermeiden, wäre hier eine Präzisierung angezeigt, aus welchen Gründen das Vorhalten der Aufzeichnung und die damit verbundene und primär beabsichtigte Möglichkeit des erneuten Anhörens notwendig ist.

B. Drucksache 18/10941: Videoüberwachungsverbesserungsgesetz

Das Ziel, die Sicherheit der Bevölkerung vor terroristischen Anschlägen an hochfrequentierten öffentlichen zugänglichen Anlagen zu erhöhen, wird auch aus aufsichtsbehördlicher Perspektive geteilt und unterstützt.

Der Entwurf eines Gesetzes zur Änderung des Bundesdatenschutzgesetzes – Erhöhung der Sicherheit in öffentlichen zugänglichen großflächigen Anlagen und im öffentlichen Personenverkehr durch optisch-elektronische Einrichtungen (Videoüberwachungsgesetz) – begegnet jedoch erheblichen rechtlichen Bedenken. Diese Gründe werden im Folgenden dargestellt:

I. Fehlende Regelungsbefugnis des deutschen Gesetzgebers angesichts der EU-DSGVO

Die Verordnung des Europäischen Parlaments und des Rates zum Schutz natürlicher Personen bei der Verarbeitung personenbezogener Daten, zum freien Datenverkehr und zur Aufhebung



der Richtlinie 95/46/EG (Datenschutz-Grundverordnung) ist anders als die zuvor geltende Datenschutzrichtlinie (RL 95/46 EG) gem. Art. 288 Abs. 2 AEUV in allen ihren Teilen verbindlich und gilt unmittelbar in jedem Mitgliedstaat. Die Datenschutz-Grundverordnung ist ein Instrument, mit dem der EU-Gesetzgeber künftig das Ziel einer Vollharmonisierung des Datenschutzrechts in der Union anstrebt. Dies wird in den Erwägungsgründen ausdrücklich und wiederholt hervorgehoben (vgl. EG 7, 9, 10, 13). Gleichzeitig enthält die Verordnung eine Reihe von Öffnungsklauseln, die dem nationalen Gesetzgeber Ausgestaltungsspielräume einräumen. Außerhalb dieser Befugnisse zur mitgliedstaatlichen Konkretisierung ist es dem nationalen Gesetzgeber versagt, eigene Rechtsvorschriften neben oder anstelle von Verordnungsrecht zu setzen, ohne dass dies in dem Sekundärrechtsakt vorgesehen ist. In diesem Sinne ist sogar eine Wiederholung des Wortlauts einer EU-Verordnung im nationalen Recht unzulässig. So urteilt der EuGH:

"Die Mitgliedstaaten dürfen aufgrund der ihnen aus dem Vertrag obliegenden Verpflichtungen nicht die unmittelbare Geltung vereiteln, die Verordnungen und sonstige Vorschriften des Gemeinschaftsrechts äußern. Die gewissenhafte Beachtung dieser Pflicht ist eine unerlässliche Voraussetzung für die gleichzeitige und einheitliche Anwendung der Gemeinschaftsverordnungen in der gesamten Gemeinschaft. Folglich dürfen die Mitgliedstaaten keine Handlungen vornehmen, durch die die gemeinschaftliche Natur einer Rechtsvorschrift und die sich daraus ergebenden Wirkungen den einzelnen verborgen würden, noch dürfen sie die Vornahme einer solchen Handlung, innerstaatlichen Körperschaften mit Rechtsetzungsmacht gestatten. Wenn auch eine einzelstaatliche Verwaltung im Falle von Auslegungsschwierigkeiten sich veranlaßt sehen kann, Maßnahmen zur Durchführung einer Gemeinschaftsverordnung zu ergreifen und bei dieser Gelegenheit entstandene Zweifel zu beheben, so ist sie dazu doch nur unter Beachtung der Gemeinschaftsbestimmungen berechtigt, ohne daß die einzelstaatlichen Behörden Auslegungsregeln mit bindender Wirkung erlassen könnten." - EuGH, Rs. C-94/77, Rn. 22/27

Mit diesen aus dem EU Primärrecht resultierenden Vorgaben ist es nicht vereinbar, wenn der Gesetzgeber eine Regelung schafft, die den aktuellen § 6b BDSG auch nach Geltung der EU-Datenschutz-Grundverordnung ab dem 25. Mai 2018 mit weiteren Modifizierungen neben dem EU-Verordnungsrecht im nationalen Recht in Kraft beließe. Dies sieht aber § 4 des Gesetzent-



wurfs der Bundesregierung zu einem Gesetz zur Anpassung des Datenschutzrechts an die Verordnung (EU) 2016/679 und zur Umsetzung der Richtlinie (EU) 2016/680, DSAnpUG-EU vor, wonach die Regelung des Videoüberwachungsgesetzes auch künftig im nationalen Datenschutzrecht enthalten bleiben soll.

Zwar findet sich keine ausdrückliche Bezugnahme auf die Videoüberwachung in der Datenschutzgrundverordnung. Eine Möglichkeit, diese Fragestellungen mit Blick auf private Stellen im nationalen Recht zu regeln, besteht indes nicht. Vielmehr ist die allgemeine Regelung in Art. 6 DSGVO über die Rechtmäßigkeit der Verarbeitung von Daten unmittelbar anwendbar, die dann auch die Videoüberwachung erfasst.

Lediglich Art. 6 Abs. 2 DSGVO enthält eine Öffnungsklausel, die es den Mitgliedstaaten ermöglicht, „spezifischere Bestimmungen zur Anpassung der Anwendung der Vorschriften der Verordnung in Bezug auf die Verarbeitung zur Erfüllung von Abs. 1 Buchstabe c und e“ beizubehalten oder einzuführen. Auf dieser Grundlage könnte eine höhere Regelungsdichte für den Bereich der Videoüberwachung im nationalen Recht geschaffen werden. Vorliegend kommt allein die Alternative in Buchstabe e in Betracht. Danach muss die Verarbeitung für die Wahrnehmung einer Aufgabe erforderlich sein, die im öffentlichen Interesse oder in Ausübung öffentlicher Gewalt erfolgt. Nur soweit vorliegend die Videoüberwachung durch öffentliche Stellen betroffen ist, kommt damit die Möglichkeit, die Videoüberwachung über die Öffnungsklausel im nationalen Recht zu konkretisieren, europarechtlich in Betracht

Das Kriterium des öffentlichen Interesses ist im Rahmen der Öffnungsklausel als eine öffentliche Aufgabe zu verstehen, deren Wahrnehmung zwar auch durch private Stellen erfolgen kann. Dieser müssten dafür jedoch durch ein Gesetz die Aufgaben „übertragen“ werden, wie dies etwa bei Beliehenen der Fall ist (*Frenzel*, in: Paal/Pauly, Datenschutzgrundverordnung, 2017, Art. 6, Rn. 24; ferner *Plath*, BDSG/DSGVO, 2. Aufl. 2016, Art. 6, Rn. 15). Eine Übertragung der Kompetenz auf alle privaten Stellen, die von ihnen betriebene Videoüberwachung auch zum Schutze von Dritten zu betreiben, stellt keine Übertragung einer öffentlichen Aufgabe im Sinne dieser Norm dar. Mit dem Gesetzentwurf wird nämlich nicht die Aufgabe, im Bereich öffentlicher Anlagen befindliche Personen zu schützen, übertragen, sondern lediglich eine Möglichkeit geschaffen, die ansonsten zu eigenen Zwecken betriebene Videoüberwachung auch zum Schutz



Dritter zu nutzen. Insoweit verlangt auch Erwägungsgrund 45 der DSGVO in diesem Zusammenhang, dass es sich bei dem Verantwortlichen, der eine Aufgabe im öffentlichen Interesse oder in Ausübung öffentlicher Gewalt wahrnimmt, um eine Behörde oder um andere unter das öffentliche Recht fallende bzw. dem öffentlichen Interesse besonders verpflichtete natürliche oder juristische Person handelt. Als Beispiel wird hier auf Berufsvereinigungen verwiesen. Bei der Vielzahl der Stellen, die ganz pauschal durch den Regelungsentwurf angesprochen werden liegen die Voraussetzungen des Art. 6 Abs. 1 Buchstabe e daher nicht vor.

Einschlägiger Maßstab für die Zulässigkeit der Videoüberwachung durch private Stellen wird daher ab Mai 2018 die Bestimmung in Art. 6 Absatz 1 Buchstabe f DSGVO sein, für die es gerade keine Öffnungsklausel zugunsten des nationalen Rechtssetzers gibt (dass diese Norm den Anwendungsbereich des § 6b BDSG betrifft ausdrücklich *Frenzel*, a.a.O, Art. 6, Rn. 31). Damit ist entscheidend, ob die Verarbeitung zur Wahrung der berechtigten Interessen des Verantwortlichen oder eines Dritten erforderlich ist und die Interessen der betroffenen Personen an der Wahrnehmung der Grundrechte, die dem Schutz der personenbezogenen Daten dienen, überwiegen. Eine Neuregelung auf der Basis von § 6b BDSG wäre daher lediglich für die Zwischenzeit bis zur Geltung des einheitlichen EU-Verordnungsrechts beachtlich. Bei einer Kollision gilt der Anwendungsvorrang des EU-Rechts: Nationale Behörden und Gerichte sind verpflichtet, die Vorschrift des Unionsrechts auch für den Fall anzuwenden, dass eine Vorschrift des nationalen Rechts dem entgegensteht (vgl. dazu etwa EuGH, Rs. C-10/97, Rn. 18 ff).

Im Ergebnis bedeutet dies: Auch im Falle einer entsprechenden Änderung des § 6b BDSG wäre nach Maßgabe der EU-DSGVO künftig allein Art. 6 Abs. 1 Buchstabe f DSGVO als Maßstab für die Beurteilung der Videoüberwachung durch private Stellen heranzuziehen (in diesem Sinne bereits die Kritik der Datenschutzbehörden der Länder an der Regelung des § 4 am DSAnpUG-EU anlässlich der 964. Sitzung des Ausschusses für Innere Angelegenheiten des Bundesrates am 23. Februar 2017).

Danach träte ab dem 25. Mai 2018 die Regelung des Videoüberwachungsverbesserungsgesetzes in Widerspruch zu den europarechtlichen Vorgaben. Das Videoüberwachungsgesetz stellte insoweit eine bundesgesetzliche Norm mit einem recht kurz befristeten Anwendungsbefehl dar.



II. Fehlende rechtliche Kompetenz zur Privatisierung der Gefahrenabwehr durch Bundesgesetz

1. Präventive Ausrichtung des Gesetzentwurfs

Mit dem Gesetz soll die innere Sicherheit verbessert werden. Als Beleg für die Erforderlichkeit wird auf den Amoklauf eines ausländerfeindlichen Täters in einem Münchner Einkaufszentrum und den Sprengstoffanschlag eines Syrers in Ansbach im Sommer 2016 verwiesen. Die Konsequenz aus diesen Vorfällen ist eine Erweiterung der Kompetenz privater Betreiber zur Videoüberwachung zum Schutz dritter Personen unter Wahrnehmung der Aufgaben der öffentlichen Sicherheit. Nach Maßgabe des Entwurfs soll die Regelung künftig dazu beitragen, „die Sicherheit der Bevölkerung präventiv zu erhöhen“ (vgl. Problem und Zielbeschreibung in Drucks. 18/10941, S. 2). Insbesondere könne der Einsatz optisch-elektronischer Sicherheitstechnologie präventiv dazu beitragen, „die Sicherheit der Bevölkerung zu erhöhen, indem potentielle Täter etwa bei der Erkundung von Örtlichkeiten im Vorfeld oder unmittelbar vor einer Tatbegehung erkannt und diese vereitelt werden kann“ (Drucks. 18/10941, S. 8). Nach einem Vorfall sollen die Sicherheitsbehörden dann die Aufzeichnungen zur Strafverfolgung nutzen dürfen.

Als Hintergrund der Neuregelung wird eine zu restriktive Aufsichtspraxis der Aufsichtsbehörden genannt. Als Beispiel benennt der Gesetzentwurf eine rechtskräftige Anordnung des Hamburgischen Beauftragten für Datenschutz und Informationsfreiheit aus dem Jahr 2011 gegenüber einem Unternehmen mit Sitz in Hamburg, das bundesweit Einkaufszentren betreibt.

Ohne auf die Auslegung des geltenden Datenschutzrechts durch die unabhängigen Datenschutzbehörden sowie auf die Einzelentscheidung meiner Behörde im konkreten Fall näher einzugehen, darf ich in diesem Zusammenhang nur auf Folgendes hinweisen: Es erscheint eher unüblich, dass ein Gesetzentwurf seine Existenz mit einem Einzelfall begründet. Dies gilt um so mehr, wenn die dem Einzelfall zugrundeliegende Anordnung bestandskräftig geworden ist, und zwar ohne dass die verantwortliche Stelle von ihrem Recht Gebrauch gemacht hat, den Rechtsakt durch die Verwaltungsgerichtsbarkeit rechtlich überprüfen zu lassen. Der Vollzug des Rechts und mögliche dagegen eingelegte Rechtsmittel sind zunächst einmal Sache der unabhängigen



Aufsichtsbehörden für den Datenschutz, der verantwortlichen Stelle und der ggfs. durch letztere angerufenen Gerichte.

Es ist Wesensmerkmal des Rechtsstaats, dass dieser gerade in Zeiten der Herausforderung seinen wesentlichen Prinzipien treu bleibt. Hierzu zählt insbesondere der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit, der dazu führt, dass der Staat auch auf Gefahren stets mit Augenmaß reagiert. Ob die rechtspolitische Kritik an einer formell rechtmäßigen verwaltungsrechtlichen Anordnung und an der Auslegung des geltenden Rechts durch europarechtlich unabhängige Behörden ohne nähere Kenntnisse des Einzelfalles eine Korrektur der Rechtslage erfordert, ist danach doch eher zweifelhaft.

2. Keine staatliche Privatisierung von Überwachungsbefugnissen

Eine Gewährleistung der inneren Sicherheit ist nach deutschem Verfassungsrecht eine fundamentale und originäre Aufgabe des Staates (*Schoch*, Die staatliche Einbeziehung Privater in die Wahrnehmung von Sicherheitsaufgaben, 2009, 3.2. m.w.N., abrufbar unter http://www.juridicainternational.eu/public/pdf/ji_2009_1_14.pdf). In Deutschland dürfen aus verfassungsrechtlichen Gründen zum Beispiel weder die Parkraumüberwachung noch die Geschwindigkeitsmessung im Straßenverkehr von Privaten vorgenommen werden. Versuche der Privatisierung sind schon in diesen Bereichen gerichtlich für unzulässig erklärt worden (Parkraumüberwachung: KG, NJW 1997, 2896; Geschwindigkeitsmessung im Straßenverkehr: BayObLG, BayVBl 1997, 413 und NJW 1999, 2200). Die Gewährleistung eines gesetzeskonformen Straßenverkehrs obliegt danach nicht privaten Dritten, sondern ausschließlich den Straßenverkehrsbehörden und der Polizei zur Nutzung der Dashcams im Straßenverkehr zur Dokumentation von Ordnungswidrigkeiten VG Göttingen, Beschluss vom 12.10.2016, 1 B 171/16, juris, Rn. 48; ferner VG Ansbach, Urteil vom 12.8.2014, AN 4K 13.01634; vgl auch Nds. OVG, Beschluss vom 23.09.2013 - LA 144/12, juris, Rn. 10; ferner zur Rechtswidrigkeit der Beweiserhebung bei der Mitwirkung von Privatunternehmen bei der Feststellung von Verkehrswidrigkeiten KG Berlin, Beschluss vom 23.19.1996, 2 Ss 171/96).

Die optisch-elektronische Überwachung auf private Unternehmen zu übertragen, die als verantwortliche Stellen künftig zum Schutz von Leben, Gesundheit und Freiheit Dritter in Grund-



rechte eingreifen dürfen, eröffnet Formen des sog. *Police Private Partnership*, die rechtsstaatlich bedenklich sind. So fehlen konkrete Vorgaben, wo und ob sowie in welchem Umfang und in welcher Qualität die Überwachung erfolgen darf und wie die Daten bei den verantwortlichen privaten Stellen gesichert werden sollen. Ohne technisch-organisatorische Regelungen, in deren Rahmen die informatorische Kompetenz zur Gefahrenabwehr ausgeübt werden darf, bleibt die Befugnis dazu dem Ermessen der privaten Stellen überlassen: Sie können dann nicht nur über Ob und Wie der Videoüberwachung, sondern auch über das Verfahren im Umgang mit dem erhobenen Datenmaterial frei entscheiden.

Dass diese Tätigkeit in der Praxis vermutlich ausschließlich unter wirtschaftlichen Gesichtspunkten durch die verantwortlichen Stellen durchgeführt wird, nimmt der Gesetzentwurf hin. Dass der wirtschaftliche Erfüllungsaufwand für die Umsetzung der Regelung lediglich mit einmaligen Kosten zur Anschaffung der Videoüberwachung und mit deren Kenntlichmachung und Auszeichnung veranschlagt wird (Drucks. 18/10941, S. 9), indiziert, dass eine personelle aufwändigere Live-Beobachtung und zeitnahe Auswertung der Videoaufzeichnungen von verantwortlichen Stellen nicht vorgesehen ist.

Die Grundidee, dass private Sicherheitskräfte die Videoaufnahmen live beobachten, potentielle Täter erkennen und dann die Tat vereiteln, wird durch diese Regelung nicht aufgegriffen und verfolgt. Dies wäre aber auch eher schwierig und wirft Fragen auf: Wie sollten Sicherheitskräfte ohne jede Ausbildung im Hinblick auf die Gewährleistung innerer Sicherheit potenzielle Täter erkennen können?. Am Aussehen? An auffälligem Verhalten? Wie sollte gewährleistet werden, dass sich dort nicht einfach hemmungslos Vorurteile Bahn brechen und Menschen mit fremdem Aussehen oder Kleidung reihenweise Gegenstand haltloser Anschuldigungen und polizeilicher Überprüfungen werden?

Diese Fragen benötigen keine Antwort, da diese Funktionen in der Praxis gar nicht durch die privaten Stellen ausgefüllt werden (s.u.III) .

3. Fehlende Kompetenz des Bundes zur Regelung gefahrenabwehrrrechtlicher Eingriffsbefugnisse über Private



Ausweislich der präventiven Ausrichtung des Videoüberwachungsverbesserungsgesetzes (dazu oben unter 1.) bleibt die Ausgestaltung einer Befugnis zur informatorischen Hilfstätigkeit privater Betreiber von Videoeinrichtungen eine dem Landesgesetzgeber zustehende Aufgabe. Die Erweiterung der Kompetenz der Überwachung zum Schutz der Allgemeinheit dahin gehend, Geschehensabläufe, von denen eine Gefahr für Menschen im Bereich öffentlich zugänglicher Anlagen ausgehen kann, frühzeitig zu erkennen und zu stoppen, stellt im Kern Polizeirecht dar, für das die Länder nach Art. 70 GG zuständig sind (vgl. etwa http://www.netzwerk-datenschutzexpertise.de/sites/default/files/dvd_g_videoueberwachung_03.pdf). Soweit der Bund für den Bereich der Bundesbehörden eigenständige Gefahrenabwehrkompetenzen in Anspruch nimmt, mag insoweit eine Bundeskompetenz bestehen. Darüber hinaus kommt bei einer Regelung über die Einschaltung von privaten Rechtssubjekten – sei es nun als Verwaltungshelfer, sei es als Beliehener – für den Bereich der Gewährleistung der öffentlichen Sicherheit, nicht die Kompetenz des Rechts der Wirtschaft nach Art. 74 Abs. Nr. 11 GG in Betracht. Das Recht der Gefahrenabwehr ist insofern zentral und begründet eine Kompetenz als Regelungsmaterie des Landesrechts.

III. Keine präventive Wirkung der Videoüberwachung

Im Gesetzesentwurf wird wiederholt die präventive Wirkung der Videoüberwachung hervorgehoben (dazu siehe oben unter II.1.). Diese ist mit Blick auf wissenschaftliche Studien grundsätzlich sehr zweifelhaft. Gerade angesichts von Amokläufern und Selbstmordattentätern durch religiös motivierten Terrorismus und geistig verwirrte Einzeltäter, die die Öffentlichkeit bewusst für ihre Taten suchen, lässt sich die These der abschreckenden Wirkung durch Videoüberwachung, nicht halten. Spätestens seitdem der Attentäter vom Berliner Weihnachtsmarkt nach dem Anschlag in die Kameras grüßte (<http://www.n-tv.de/politik/Amri-zeigt-Geste-in-Überwachungskamera-article19473926.html>), ist es offensichtlich, dass die die Hoffnung auf die präventive Wirkung von Videoüberwachung vor derartig motivierten Anschlägen nicht trägt. Auch die Begründung zum Gesetzesentwurf, die darauf abstellt, potentielle Täter könnten „bei der Erkundung von Örtlichkeiten im Vorfeld oder unmittelbar vor einer Tatbegehung erkannt“ werden, wodurch sich der Anschlag verhindern ließe, geht ins Leere: Tatsächlich zielt der Ge-



setzentwurf gar nicht darauf ab, dass die Unternehmen Personal für ein Monitoring der Kameras abstellen. Insbesondere werden die Kosten nur für die Anschaffung und Auszeichnung der Kameras, nicht für Personal zu deren Beobachtung aufgeführt (dazu bereits s.o. Drucks. 18/10941, S. 9).

Dies entspricht den gesicherten Erkenntnissen aus der Aufsichtspraxis: Videoüberwachungsanlagen werden in aller Regel nicht live beobachtet. Dies ist kostenintensiv und wird von wirtschaftlich denkenden Unternehmen zumeist nicht durchgeführt. Statt Personal einzusetzen, wird auf die günstige und in präventiver Hinsicht nahezu wirkungslose Videoaufzeichnung gesetzt. Ausnahmen gibt es in Einkaufszentren lediglich auf einzelnen Parkflächen. Dort wird bei Betätigung eines Notruftasters eine Live-Beobachtung durch ein beauftragtes Unternehmen ausgelöst.

Eine präventive Zwecksetzung, die das Videoüberwachungsverbesserungsgesetz zum Schutz von Leben, Gesundheit oder Freiheit Dritter zu verfolgen scheint, wird gerade konterkariert, wenn Unternehmen lediglich Aufzeichnungen im sog. Black-Box-Verfahren erstellen, die erst, nachdem etwas passiert ist, angeschaut und anderenfalls nach einer bestimmten Frist überschrieben werden.

Die Totalerfassung des öffentlichen Raumes lässt sich in dieser Weise sicher kostengünstig umsetzen. Eine Überwachungsregelung, die der Öffentlichkeit suggeriert, sie trage dazu bei, die Menschen vor Ort zu schützen, die aber tatsächlich erst eine nachträgliche Auswertung von Geschehensabläufen ermöglicht, ist lediglich ein Placebo in der Sicherheitsdebatte. Videoüberwachung ohne Monitoring stellt insoweit eine besondere Art der Vorratsdatenspeicherung dar, die anlasslos und undifferenziert ohne ersichtlichen Sicherheitsgewinn alles aufzeichnet, nur weil am Ende möglicherweise etwas passieren könnte. Sie dient im Wesentlichen dem staatlichen Zweck der Strafverfolgung und lässt aktuellen Gefährdungen ihren Lauf. Auch wenn das Black-Box-Verfahren in bestimmten sensiblen Bereichen, etwa im öffentlichen Nahverkehr, durchaus sinnvoll sein kann und unter der derzeit geltenden Regelung des § 6b BDSG auch in großem Umfang erfolgt, ist dies für den Zweck einer präventiven Terrorabwehr gerade in Einkaufszentren, in denen weit weniger allgemeine strafrechtliche Übergriffe auf Personen stattfinden, ein untaugliches Mittel.



IV. Einzelfallprüfung wird durch den Gesetzentwurf künftig in Frage gestellt

Im Gesetzestext des Entwurfs wird zunächst nur festgehalten, dass der „Schutz von Leben, Gesundheit und Freiheit“ besonders wichtige Interessen im Sinne der durchzuführenden Interessenabwägung nach § 6b Abs. 1 Nr. 3 BDSG sind. Das Erfordernis der Einzelfallprüfung und der Darlegung der konkret bestehenden Gefährdungslage sind ein essentieller Bestandteil jeder Prüfung der Zulässigkeit einer Videoüberwachungsanlage. Nur über eine Abwägung der Interessen lassen sich die verfassungsrechtlich geschützten Belange Betroffener in derartigen datenschutzrechtlichen Fallkonstellationen hinlänglich berücksichtigen.

Bislang sind Betreiber von Videoüberwachungsanlagen beweisbelastet für das Vorliegen einer Bedrohungslage, die deren Einsatz erforderlich macht und dadurch rechtfertigt (aktuell VG Saarland, ZD 2016, 549 ff.). Für die Bedrohung durch Vorfälle wie Körperverletzungen, Einbrüche, Sachbeschädigungen durch Graffiti und ähnliche Delikte ist der Betreiber regelmäßig auskunfts- und auch einschätzungsfähig. Hierfür gibt es gewöhnlich empirische Grundlagen, die eine entsprechende Einschätzung der Bedrohungslage auf einer konkreten Fallgrundlage rational nachvollziehbar ermöglichen.

Diese Basis wird durch den vorliegenden Gesetzentwurf aufgelöst. Die Videoüberwachung wird künftig auf Basis einer abstrakten, in ihren rechtlichen Vorgaben völlig amorphen Gefahrenvorsorge einer aufsichtsbehördlich nachvollziehbaren Einzelfallprüfung entzogen. Es ist vollkommen unklar, woher private Betreiber detaillierte, konkrete und belastbare Kenntnisse über eine allgemeine Bedrohungslage durch zu erwartende Amokläufe und Terrorakte in hochfrequentierten Anlagen haben sollten. Ein regelmäßiges Briefing durch Polizeibehörden und Nachrichtendienste dürfte wohl ausscheiden. Bei einer Orientierung an der Nachrichtenlage käme es entscheidend darauf an, welche Medien genutzt werden. Wer eher alarmistischen Medien folgt oder sich gar vollständig auf social media-Kanäle verlässt, der wird ein anderes Bild von der Bedrohungslage in Deutschland haben als jemand, der seriösen Tageszeitungen und Nachrichtensendungen vertraut.

Offenkundig bezweckt der Gesetzentwurf gar nicht, an einer Einzelfallabwägung durch die verantwortliche Stelle und die kontrollierende Aufsichtsbehörde festzuhalten. Ausgehend von den



beiden genannten Vorfällen in München und in Ansbach wird eine Art Dauergefahr konstruiert, die offenbar für alle hochfrequentierten Bereiche in Deutschland anzunehmen sei. So heißt es in der Begründung: „Dabei gibt es keine Verpflichtung des Betreibers, eine Videoüberwachung einzusetzen. Soweit der Betreiber eine Videoüberwachung einsetzen möchte und die Schutzgüter Leben, Gesundheit oder Freiheit in solchen Anlagen betroffen sein können, wird durch die Formulierung ‚gilt als...ein besonders wichtiges Interesse‘ die **Abwägungsentscheidung zugunsten der Zulässigkeit des Einsatzes der Videoüberwachungsmaßnahme geprägt**“. (Drucksache 18/10941, S. 10“, Hervorhebung nur hier).

Damit verfolgt der Entwurf nicht nur das Ziel, die besondere Bedeutung der zu diesen Zwecken betriebenen Videoüberwachung als berechtigtes Interesse hervorzuheben, sondern verhindert in letzter Konsequenz eine Abwägung mit einem anderen Ergebnis als einer Zulässigkeitsentscheidung zugunsten der jeweiligen Kameraüberwachung. Auf Basis dieser Regelung können Datenschutzaufsichtsbehörden in eine Einzelabwägung zwischen den schutzwürdigen Interessen Betroffener und der Wahrnehmung besonders wichtiger Interessen der verantwortlichen Stelle nach § 6b BDSG für den konkreten Einzelfall daher nur pro forma eintreten.

Es handelt sich bei dem neu eingeführten Begriff des besonders wichtigen Interesses um eine Vorrangklausel, deren Zweck es ist, eine offene Einzelabwägungsentscheidung eher zu unterbinden. Diese Klausel wird in der Praxis für alle öffentlich zugänglichen großflächigen Anlagen, Fahrzeuge und großflächigen Einrichtungen wie eine Rechtsnorm wirken, die die abstrakte Zulässigkeit der Videoüberwachung in diesen Bereichen umfassend anordnet.

Wenn unabhängig von der Konstellation des Einzelfalles das besonders wichtige Interesse des Betreibers an einer Videoüberwachung stets Vorrang hat, bleibt für das Recht Betroffener kein Raum. Eine derartige Klausel verstößt damit gegen den Verhältnismäßigkeitsgrundsatz und schränkt das informationellen Selbstbestimmungsrecht von Betroffenen rechtswidrig ein. Auch wenn von der einzelnen Aufnahme eine besondere belastende Wirkung nicht per se ausgehen mag, so ergibt sich doch der Schweregrad der Eingriffe in die Betroffenenrechte aus der umfassenden Anwendbarkeit der Norm: Sie ermöglicht künftig über eine zunehmende Vernetzung die Totalüberwachung des öffentlichen Raums, macht die Erstellung von Überwachungs- und Bewegungsprofilen möglich und setzt Betroffene einem Anpassungs- und Überwachungsdruck



aus, dem sie sich nicht entziehen können. Dass die Videoüberwachung vor bestimmten Einrichtungen (etwa Drogenberatungsstelle, Arztpraxis, Erotik-Shop), durchaus auch im Einzelfall eine besondere Eingriffsproblematik darstellen kann, sei hier nur erwähnt.

Zudem stellt die Begründung des Gesetzentwurfs einen Eingriff in das Recht der Aufsichtsbehörde dar, eigene exekutive Abwägungsentscheidungen über die Anwendung der Norm für den Einzelfall zu treffen. Insoweit ist der rechtsstaatliche Grundsatz der Gewaltenteilung betroffen. Obwohl die Norm eine Einzelfallprüfung vorsieht, diese aber aufgrund des Vorrangs „besonders wichtiger Interessen“ stets zugunsten der Videoüberwachung „vorgepägt“ sein soll, wird nur zum Schein ein Entscheidungs- und Abwägungsspielraum für die Behörden eingeräumt. Tatsächlich bleibt völlig unklar, in welcher Weise bzw. nach Maßgabe welcher Kriterien in den von der Norm angesprochenen hochfrequentierten öffentlich zugänglichen Bereichen eine Berücksichtigung der Interessen Betroffener künftig überhaupt noch Raum bleibt und unter welchen Voraussetzungen eine Videoüberwachung noch untersagt werden kann.

V. Fazit

Zusammenfassend ist festzustellen, dass der Begriff „Videoüberwachungsverbesserungsgesetz“ irreführend ist. Mit dieser Regelung wird nichts verbessert, sondern eine Placebo-Regelung mit europarechtlich kurzem Verfallsdatum und rechtsstaatlichen Defiziten geschaffen:

- Die ab dem 25.5.2018 geltende EU-DSGVO wird der Anwendbarkeit der Norm entgegenstehen.
- Gegen die Ausweitung der Videoüberwachung zur Privatisierung der inneren Sicherheit und die Regelung einer gefahrenabwehrrechtlichen, an sich in die Gesetzgebungskompetenz der Länder fallenden Bestimmung durch ein Bundesgesetz bestehen Bedenken.
- Die präventive Ausrichtung des Normzwecks ist, solange die verantwortlichen Stellen lediglich Videoaufzeichnungen herstellen, was durchweg dem Leitbild der Regelung entspricht, für den Bereich der Terrorismusbekämpfung nicht vorhanden. Insoweit formuliert die Norm eine Zielvorstellung, die nicht erfüllt wird.



-
- Soweit ein besonders wichtiges Interesse die Abwägung zugunsten der Zulässigkeit des Einsatzes der Videoüberwachungsmaßnahme prägen soll, verstößt dies gegen den Grundsatz der Verhältnismäßigkeit und beeinträchtigt den rechtsstaatlichen Grundsatz der Gewaltenteilung, weil damit eine Abwägungsentscheidung auf Einzelfallbasis durch die Aufsichtsbehörden letztlich nicht mehr möglich wird.