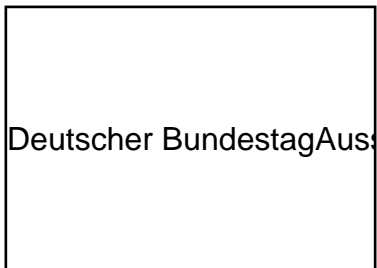


20. Februar 2019

Dr. iur. Malte Engeler



Schleswig-Holsteinisches Verwaltungsgericht
Brockdorff-Rantzeau-Straße 13
24837 Schleswig
Telefon: 04621/86-0
E-Mail: malte.engeler@ovg.landsh.de

Deutscher Bundestag
Ausschuss für Verkehr und digitale Infrastruktur
Platz der Republik 1
11011 Berlin
Nur per E-Mail an: verkehrs-ausschuss@bundestag.de

Stellungnahme

im Rahmen der öffentlichen Anhörung
des Ausschusses für Verkehr und digitale Infrastruktur
des Deutschen Bundestages
am 20. Februar 2019

zum

Gesetzentwurf der Bundesregierung
Entwurf eines Neunten Gesetzes zur Änderung des Straßenverkehrsgesetzes
(Drucksache 19/6334)

vorgelegt von

Dr. Malte Engeler
Richter beim Schleswig-Holsteinischen Verwaltungsgericht

Um die datenschutzrechtliche Qualität des Gesetzesentwurfs beurteilen zu können, muss das mit ihm verfolgte Ziel ins Verhältnis gesetzt werden zu dem von ihm ausgelösten Grundrechtseingriff. Die automatisierte Kennzeichenkontrolle ist ein Eingriff von erheblichem Gewicht und kann nur zum Schutz von Rechtsgütern von zumindest erheblichem Gewicht gerechtfertigt sein, entschied das Bundesverfassungsgericht in den Beschlüssen zu den Polizeigesetzen in Bayern bzw. Baden-Württemberg und Hessen.¹

WELCHES GESETZGEBERISCHE ZIEL VERFOLGT DER ENTWURF?

Die Frage ist also zunächst, welches Ziel die im Entwurf geplante Kennzeichenerfassung überhaupt verfolgt. Die ursprüngliche Gesetzesbegründung² ist insoweit interpretationsoffen. In Frage kommen

- erstens der konkrete Schutz der Gesundheit der Menschen vor Ort,
- zweitens die Ahndung von Fahrverboten zur Bekämpfung abstrakter Gesundheitsgefahren und
- drittens die Gewährleistung eines Weiterbetrieb außerhalb der Fahrverbotszonen für jene Fahrzeuge, die die Abgasmesswerte im Realbetrieb nicht erreichen.

Welches dieser Ziele der Entwurf tatsächlich verfolgt und erreicht, ist maßgeblich dafür, ob es gewichtig genug ist, um den Eingriff zu rechtfertigen.

GEEIGNETHEIT

Im Rahmen der Geeignetheitsprüfung fällt zunächst auf, dass der Entwurf die Art der automatisierten Erfassung nicht konkretisiert. Er spricht im neuen § 36 Abs. 2i StVG-E lediglich von „Anlagen zum Abruf“. Die Äußerungen der Bundesregierung lesen sich diesbezüglich so, dass bisher keine näheren Erkenntnisse über die Fehlerraten vorliegen.³ Die schwierige Wahl der technischen Mittel wird stattdessen den Ländern und Kommunen überlassen. Der Entwurf vermutet die Geeignetheit also lediglich, er setzt sie jedoch nicht verlässlich voraus.

Zudem ist zu berücksichtigen, dass auch ein korrekt erfasstes Fahrzeug in der konkreten Situation bereits Schadstoffe ausgestoßen hat. Die Kennzeichenerfassung wäre also – wenn überhaupt – nur mittelbar geeignet, das Ziel des Schutzes der Gesundheit zu erreichen, nämlich im Rahmen einer potentiellen Abschreckungswirkung und das auch nur bezüglich jener Fahrzeuge, die überhaupt im Zentralregister gespeichert sind. Geeignet ist der Entwurf also weniger für die Durchsetzung eines Fahrverbots, als

¹ BVerfG, Beschluss des Ersten Senats vom 18. Dezember 2018, - 1 BvR 2795/09 -, Rn. 73.

² Deutscher Bundestag Drucksache 19/6334 19 vom 07.12.2018, Gesetzesentwurf der Bundesregierung Entwurf eines Neunten Gesetzes zur Änderung des Straßenverkehrsgesetzes, S. 3

³ Bundestagsdrucksache 19/7491 vom 01.02.2019, S. 9.

vielmehr für die Ermöglichung des plakettenlosen Weiterbetriebs der Fahrzeuge im Übrigen.

ERFORDERLICHKEIT

Es spricht auch Vieles dafür, dass mildere Mittel existieren, die automatisierte Erfassung also nicht erforderlich ist.

Gemessen an dem Ziel mit dem höchsten Gewicht, die tatsächliche Begrenzung konkreter Gesundheitsbeeinträchtigungen, erscheint als milderer Mittel zunächst, insgesamt den Ausstoß der entsprechenden Gase zu reduzieren und Fahrverbote sowie die zur Verbotskontrolle durchgeführte Kennzeichenerfassung schlicht zu vermeiden. Denn die wenigsten Städte hätten nach Auskunft des Umweltbundesamtes⁴ überhaupt ein Problem, wenn die Messwerte der Fahrzeuge auch im Realbetrieb eingehalten würden.

Dieses Mittel erscheint auch nicht weniger geeignet, denn mittlerweile anerkennen die Gerichte Ansprüche auf Umtausch⁵ und volle Rückerstattung⁶, so dass Kosten und Aufwand weder bei den Fahrerinnen noch den Kommunen anfallen würden. Das ist durchaus relevant, denn während etwa das VG Gelsenkirchen im November 2018⁷ bei der Wirkung der reinen Softwareupdates noch skeptisch sein musste, könnte der Austausch eines erheblichen Teils der betroffenen PKW ein rechtlich relevanter Faktor sein.

Dass daneben auch sonstige Maßnahmen zur Senkung der Werte Wirkung entfalten können, zeigt ein aktueller Fall aus Wiesbaden, wo eine Klage kürzlich für erledigt erklärt werden konnte,⁸ weil die Werte (mit viel Aufwand) letztlich doch in angemessener Zeit eingehalten werden konnten. Dahingehende Unterstützung war auch der vorrangige Wunsch der Kommunen in der Konsultation zum „Sofortprogramm Saubere Luft“.⁹

Das Bundesverwaltungsgericht schließlich hat in seiner maßgeblichen Entscheidung aus Februar 2018 vorrangig auf neue Plaketten abgestellt. Diese vereinfachen die Überwachung des Verkehrs und ermöglichen zudem eine Gleichbehandlung aller Fahrzeuge aus allen EU-Mitgliedstaaten.¹⁰

⁴ Interview mit der Chefin des Umweltbundesamtes, Maria Krautzberger, Süddeutsche Zeitung vom 06.03.2018, online abrufbar unter: <https://www.sueddeutsche.de/auto/interview-am-morgen-diesel-urteil-das-verkehrsministerium-fuehlt-sich-der-autoindustrie-verbunden-1.3893058>.

⁵ OLG Köln, Beschluss vom 28. Mai 2018 – I-27 U 13/17 –, juris.

⁶ LG Augsburg, Urteil vom 14.11.2018 – 021 O4310/16.

⁷ VG Gelsenkirchen, Urteil vom 15.11.2018 – 8 K 5068/15 –, juris Rn. 218 ff.

⁸ VG Wiesbaden, Erledigung vom 13.02.2019, 4 K 1765/15.WI, juris.

⁹ Bundestag Drucksache 19/523719 vom 23.10.2018, S. 18.

¹⁰ Bundesverwaltungsgericht, Urteil vom 27. Februar 2018 – 7 C 30/17 –, juris Rn. 62.

Bisher ist eine neue (blaue) Plakette von der Bundesregierung mit dem Hinweis als nicht erforderlich verworfen worden,¹¹ dass gerade zu ihrer Vermeidung ein Abruf der Daten aus dem Zentralregister ermöglicht wird. Diese Feststellung ergäbe jedoch juristisch nur dann Sinn, wenn eine neue blaue Plakette tatsächlich für geeignet, aber nicht für milderes Mittel gehalten würde. Dabei ist es evident, dass eine neue – manuell kontrollierbare – Plakette weniger in die Rechte der Betroffenen auf Schutz ihrer Daten eingreift. Sie erscheint auch nicht weniger geeignet. In der neuen Fassung des Entwurfs werden nur noch stichprobenartige Kontrollen für zulässig erklärt und eine manuelle Kontrolle ausdrücklich ebenfalls geregelt. Die unmittelbare Prüfung im Einzelfall, z.B. im Rahmen von Verkehrs- oder Parkkontrollen, ist also auch nach Ansicht des Gesetzes offensichtlich eine geeignete Maßnahme. Besonders angesichts der wohl nötigen manuellen Nachkorrektur bei Fehlern ist der Effektivitätsgewinn und die Personalentlastung durch das Kennzeichenscannen damit gering.

Dass im Übrigen die verkehrsrechtliche Haftung es erforderlich machen soll, die Fahrerinnen persönlich zu identifizieren¹² erscheint fernliegend. Auch die Ahndung von Parkverstößen wird trotz fehlender Halterhaftung mit den Beweislastregeln des Verwaltungsprozesses bewältigt und war bisher nicht Anlass dafür, eine flächendeckende Videoüberwachung im öffentlichen Straßenraum einzuführen.

VERHÄLTNISMÄßIGKEIT

Letztlich stellt sich die Kennzeichenerfassung aber auch als unverhältnismäßig dar. Sie wird insbesondere dem Maßstab des Bundesverfassungsgerichts aus seinen Entscheidungen aus Dezember 2018 nicht gerecht. Diese Beschlüsse sind aus mehreren Gründen relevant.

Erstens hat das Bundesverfassungsgericht seine Ansicht aufgegeben, dass das kurzzeitige Speichern von Daten nicht datenschutzrelevant wäre. Stattdessen ist jetzt klargestellt, dass das Erfassen von Fahrerinnen selbst bei sofortigem Löschen nach Nichttreffern eine Datenverarbeitung ist, die in Grundrechte eingreift und einer gesetzlichen Rechtfertigung bedarf.

Zweitens hat das Bundesverfassungsgericht wiederholt, dass die automatisierte Erfassung von Kennzeichen zwar nicht kategorisch unzulässig ist, als Eingriff mit erheblichem Gewicht aber nur zulässig zum Schutz von Rechtsgütern mit ebenfalls erheblichem Gewicht ist.

¹¹ Bundestag Drucksache 19/523719 vom 23.10.2018, S. 2.

¹² Gesetzesbegründung zum ersten Entwurf aus November 2018, Entwurf eines Neunten Gesetzes zur Änderung des Straßenverkehrsgesetzes vom 07.11.2018.

In diesem Zusammenhang wird abermals die Frage relevant, welches Ziel der Gesetzesentwurf verfolgt, welches Gewicht man ihm also zubilligt. Der Entwurf scheint insoweit rein formell das Ziel zu verfolgen, die abstrakte Umsetzung von Fahrverboten zu kontrollieren, denn jedenfalls bei Zonenverboten (im Gegensatz zu lokalen Streckenverboten) fehlt der konkrete Bezug zu Gesundheitsgefährdungen. Es wird jedenfalls bei Zonenverboten nur auf die Überschreitung der gemittelten Grenzwerte reagiert, nicht auf eine konkrete Abgasbelastung und konkrete Gefährdungen von Menschen am Ort der Kennzeichenerfassung. Damit bleibt als geschütztes Rechtsgut nur die abstrakte Durchsetzung der Rechtsordnung mit mittelbarem Bezug zu Gesundheitsschäden. Das wäre zwar ein legitimes Ziel, allerdings ein weniger gewichtiges als die Verhinderung konkreter Gesundheitsbeeinträchtigungen.

Der entscheidende Punkt des Urteils ist hierbei der Aspekt des örtlichen Bezugs. Das BVerfG hat z.B. bzgl. des PolG BW verlangt, dass Kontrollen mit Grenzbezug auch nur an Orten mit klarem Grenzbezug stattfinden. Unwirksam ist etwa die Kontrolle allein auf Grund von Lageerkenntnissen oder polizeilicher Erfahrung in Hessen. Erforderlich sind vielmehr Anhaltspunkte dafür, dass eine konkrete Gefahr vorliegt.¹³

Gemessen an diesem Maßstab geht die derzeitige Regelung zu weit, da sie in § 63c Abs. 1 Nr. 1 StVG-E ohne Bezug zu konkreten Umständen vor Ort allein das Befahren von Gebieten mit Fahrverboten ausreichen lässt. Man müsste das Gesetz also bereits jetzt verfassungskonform reduziert dahingehend auslegen, dass eine Kennzeichenerfassung nur zulässig ist, wo wegen der konkreten Überschreitung der Messwerte eine konkrete Gefahr für Leib und Leben besteht und eine Kennzeichenkontrolle dann nur im Einzelfall erlaubt ist, solange dort eine solche konkrete Gefahr auch besteht. Daraus würde sich ableiten, dass der Entwurf einzig mobile, keine stationären Einrichtungen erlaubt. Dies folgt aus dem Entwurfswortlaut derzeit aber nicht.

Das BVerfG hat ähnliche Fehler im Polizeigesetz z.B. bzgl. der Fahndungsdatenbestände zwar durch eine verfassungskonforme Auslegung gerettet, aber derartige Fehler sollten im vorliegenden Entwurf nicht sehenden Auges wiederholt werden. Zudem scheiterten einzelne der durch das Bundesverfassungsgericht kontrollierten Normen trotz einer Auslegung teilweise am Bestimmtheitsgrundsatz.¹⁴ So stünde es auch hier, weil bzgl. Ort und Gefahrengrad jede Konkretisierung fehlt.

¹³ BVerfG, Beschluss des Ersten Senats vom 18. Dezember 2018, - 1 BvR 2795/09 -, Rn. 74 bezüglich des fehlenden „Grenzbezugs“ im nichtigen § 22a Abs. 1, Abs. 2, § 26 Abs. 1 Nr. 6 PolG BW.

¹⁴ BVerfG, Beschluss des Ersten Senats vom 18. Dezember 2018, - 1 BvR 2795/09 -, Rn. 96.

VERBESSERUNGEN DURCH DIE GEGENÄUßERUNG AUF DIE KRITIK DES BUNDESRATES

Der neue Entwurf¹⁵ ist aus datenschutzrechtlicher Sicht durchaus eine Verbesserung. Geändert wurde der Entwurf vor allem hinsichtlich der folgenden Aspekte:

- Nur noch Stichproben sind zulässig.
- Eine verdeckte Erfassung ist ausgeschlossen.
- Die Löschfrist ist von 6 Monaten auf 2 Wochen verkürzt worden.
- Eine strengere Zweckbindung wurde eingeführt.

Während all dies sicherlich der Verhältnismäßigkeit dient, bleiben zentrale Kritikpunkte erhalten. So erlaubt der Entwurf weiterhin nach seinem Wortlaut die Errichtung stationärer Anlagen. Unabhängig davon, ob diese nur zu Stichproben-Zwecken genutzt werden, wären die die Kameras grundsätzlich vorhanden und erzeugen ein Gefühl der Überwachung, so dass unabhängig davon, ob sie in Betrieb sind, in das Allgemeine Persönlichkeitsrecht eingegriffen wird. Es fehlt zudem weiterhin eine Beschränkung auf konkrete Orte und Zeiten, an und zu denen konkrete Gesundheitsgefahren drohen.

VEREINBARKEIT MIT DER DATENSCHUTZ-GRUNDVERORDNUNG

Auch verwundert es, dass der Gesetzesentwurf lediglich knapp darauf verweist, dass der Entwurf mit der DSGVO vereinbar sei. Eine Begründung dafür fehlt. Der Entwurf prüft zudem auch lediglich die Vereinbarkeit mit deutschem Verfassungsrecht, nicht mit dem selbstständigen Datenschutzgrundrecht des Art. 8 Abs. 1 der Grundrechtecharta der Europäischen Union. Das wäre aber insbesondere deshalb angezeigt, um nicht allein auf Aspekte wie Privatleben und informationelle Selbstbestimmung einzugehen, sondern auf eben jene strukturellen Aspekte des Datenschutzes, die durch Überwachungsstrukturen in einer Weise berührt sind, die über die Summe der Privatsphäreneingriffe der Einzelnen hinausgehen.

Daneben gibt es auch konkrete offene Fragen:

Der Entwurf setzt im Wesentlichen Art. 6 Abs. 1 S. 1 lit. e) DSGVO um und muss daher die Reichweite der Öffnungsklausel des Abs. 3 beachten, also insbesondere erforderlich zur Aufgabenerfüllung sein und Modalitäten der Datenverarbeitung regeln, etwa die eingesetzten Verarbeitungsverfahren. In Fachkreisen ist zwar noch nicht endgültig geklärt, welcher Grad an Detailliertheit eine „muss“ und welcher eine „kann“-Vorgabe ist, aber der deutsche Bestimmtheitsgrundsatz legt hier sehr nahe, dass es nicht genügt, nur

¹⁵ Entwurf eines Neunten Gesetzes zur Änderung des Straßenverkehrsgesetzes – Drucksache 19/6334 –, Stellungnahme des Bundesrates und Gegenäußerung der Bundesregierung, Drucksache 19/6926.

auf „Anlagen zum Abruf“ zu verweisen und die Maßnahmen nicht an konkretere Umstände am Ort der Erfassung zu knüpfen.

Zudem geht der Entwurf nicht auf Art. 9 Abs. 1 und Abs. 2 DSGVO ein, die biometrischen Daten unter besonderen Schutz stellen. § 63c Abs. 1 Nr. 3 StVG-E rechtfertigt die Erstellung von Bildern der Fahrerinnen. Zwar ist auch nach der DSGVO nicht jedes Bild ein Datum im Sinne des Art. 9 Abs. 1 DSGVO. Dies ist nur dann der Fall, wenn es mit speziellen technischen Mitteln verarbeitet wird, die die eindeutige Identifizierung oder Authentifizierung einer natürlichen Person ermöglichen.¹⁶ Genau das ist laut der Begründung zum ersten Entwurf allerdings bezweckt.¹⁷ Ob und welche technischen Verfahren dazu zulässig sind, lässt der Entwurf offen und ist damit ein mögliches Einfallstor für biometrische Gesichtserfassung, um nicht nur Kennzeichen, sondern auch Gesichter automatisiert erfassen zu können. Zwar ist das Gesicht bisher nicht Teil des Datenbestandes nach § 33 StVG im Zentralregister, so dass diesbezüglich kein automatisierter Abgleich möglich ist. Der Entwurf lässt aber offen, inwiefern zur späteren Identifizierung zu Beweis Zwecken ein automatisierter Abgleich zulässig sein könnte und schafft vor allem innerhalb der zweiwöchigen Löschfrist jedenfalls die technische Möglichkeit des weiteren Abgleichs mit anderen Datenbanken.

VERGLEICH MIT DEM LKW-MAUTSYSTEM

Der Entwurf selbst orientiert sich bewusst an der Diktion des § 7 und § 9 des Bundesfernstraßenmautgesetzes.¹⁸ Grundsätzlich begegnet natürlich auch das System, das zur Kontrolle der Maut errichtet wurde, Bedenken, weil es zunächst anlasslos alle Fahrzeuge fotografiert und so technisch jedenfalls zu erheblichen Überwachungsmaßnahmen in der Lage wäre. Die diversen Versuche, die „herumliegenden Daten“ der LKW-Maut zur Verbrechensbekämpfung zu nutzen, sind bereits Warnzeichen hinsichtlich der nun geplanten weiteren Legalisierung von Kennzeichenscans. Und natürlich stellt sich die Frage, ob die Durchsetzung einer Maut ein Rechtsgut von erheblichem Gewicht im Sinne der neueren Rechtsprechung des BVerfG ist.

Ohne die Erforderlichkeit und Verhältnismäßigkeit des Mautsystems zu bejahen, ist es jedenfalls gegenüber dem jetzigen Entwurf zur Erfassung von Kennzeichen zur Kontrolle von Fahrverboten in einigen Punkten tatsächlich weniger invasiv.

¹⁶ Erwägungsgrund 51 S. 3 DSGVO.

¹⁷ Deutscher Bundestag Drucksache 19/6334 19 vom 07.12.2018, Gesetzentwurf der Bundesregierung Entwurf eines Neunten Gesetzes zur Änderung des Straßenverkehrsgesetzes, S. 13.

¹⁸ Deutscher Bundestag Drucksache 19/6334 19 vom 07.12.2018, Gesetzentwurf der Bundesregierung Entwurf eines Neunten Gesetzes zur Änderung des Straßenverkehrsgesetzes, S. 13.

Die LKW-Maut-Kontrollanlagen fotografiert zwar zunächst alle Fahrzeuge, prüfen dann aber lokal anhand von 3D-Modellen die mautpflichtigen Fahrzeuge und löschen nicht Maut-pflichtige PKW sodann. Damit findet nicht in jedem Fall eine Übermittlung an zentrale Datenbestände statt und es gibt keinen zentralen Ort an dem das Wissen darüber, welche Fahrzeuge sich wo aufhalten, gesammelt wird. Dieses Wissen ist nur kurzfristig dezentral verfügbar. Kennzeichen, die Achszahl und die Schadstoffklasse werden zudem von dem OBU per Infrarot übermittelt und nicht beim KBA abgefragt. Das ist auch ein Faktor, der im jetzigen Gesetzgebungsverfahren noch nicht als milderes Mittel erwogen wurde: Die nötigen Daten auf einem RFID-Chip (ähnlich EZ Pass in den USA) zu speichern und ohne Foto und Kennzeichenerfassung per Funk zu übertragen. Das bestehende Mautsystem ist daher ein praktischer Beweis dafür, dass es mildere technische Mittel vorhanden sind.

GESAMTABWÄGUNG

In die Gesamtabwägung einzustellen, ist schließlich nicht allein eine gesetzeskonforme Nutzung etwaiger Anlagen, sondern auch die mit ihr einhergehende weitergehende Reduzierung von überwachungsfreien öffentlichen Räumen und eine mögliche Nutzung zu – jetzt noch ausgeschlossenen – weiteren Zwecken.

Überwachungsinfrastrukturen werden, sofern sie erst einmal etabliert sind, auch genutzt. Sie werden in den seltensten Fällen später reduziert, sondern erhöhen den „Meeresspiegel der Überwachung“ dauerhaft. Missbrauch und Zweckänderung sind nur eine Gesetzesänderung entfernt. Insoweit äußerten Vertreter der Datenschutzaufsichtsbehörden bereits die Befürchtung, der Ruf nach anderweitiger Nutzung sei so sicher, wie das Amen in der Kirche.¹⁹

Zudem führt der Entwurf zu einer Benachteiligung jener Kommunen, die sich anderweitige Maßnahmen nicht leisten können. Das Gesetz führt also dazu, dass sich wirtschaftlich leistungsfähigere Städte und Kommunen zusätzlich zu einer besseren Luftqualität auch mehr Grundrechtsschutz leisten können. Der Entwurf begünstigt damit die Entstehung von Eliten, die sich Datenschutz leisten können und sozialen Gruppen, die es nicht können; Eine Entwicklung, die aktuell bei vielen Regulierungsansätzen im Datenschutzbereich zu beobachten ist.

Der Grundsatz muss daher lauten, Überwachungsmaßnahmen gar nicht erst technisch zu ermöglichen, sondern nur ausnahmsweise und unter strenger Prüfung mildere Mittel zu

¹⁹ Interview mit dem Landesbeauftragten für Datenschutz Baden-Württemberg vom 20.11.2018, Stuttgarter Zeitung, online abrufbar unter: <https://www.stuttgarter-zeitung.de/inhalt.kameraueberwachung-der-beginn-einer-verhaengnisvollen-entwicklung.e287fc75-e487-452e-b839-c80c564383fd.html>.

erwägen. Denn letztlich verhindert nur die Nichterrichtung der technischen Anlagen späteren Missbrauch effektiv.

ERGEBNIS

Es ist daher meine Auffassung, dass die Kennzeichenerfassung in dieser Form unverhältnismäßig und vor allem unnötig ist.

Wenn es aber nicht notwendig ist, ein Gesetz zu machen, dann ist es notwendig, kein Gesetz zu machen.

Dr. Malte Engeler