

Abschrift

22 Qs 40/19 Landgericht Frankfurt (Oder)

45 Gs 770/19 Amtsgericht Frankfurt (Oder)

62/19 Verfassungsgericht des Landes Brandenburg



Landgericht Frankfurt (Oder)

Beschluss

In dem Verfahren

betreffend den Antrag auf gerichtliche Überprüfung der Rechtmäßigkeit von verdeckten Maßnahmen – hier: Einsatz von automatischen Kennzeichenerkennungssystemen auf der BAB 11 –

des Antragstellers:

[REDACTED]
[REDACTED]
[REDACTED]

hat die 2. Strafkammer des Landgerichts Frankfurt (Oder) – als Beschwerdekammer –
durch

die Vorsitzende Richterin am Landgericht Cottäus,
die Richterin am Landgericht Sobe und
den Richter Dr. Jaleesi

am 22. Juli 2022

beschlossen:

Auf die Beschwerde des Antragstellers vom 26.06.2019 wird der Beschluss des Amtsgerichts Frankfurt (Oder) vom 24.06.2019 – Az.: 45 Gs 770/19 – aufgehoben.

Es wird festgestellt, dass die durch den Betrieb von zwei Anlagen des automatischen Kraftfahrzeug-Kennzeichenerfassungssystems „KESY“ auf der BAB 11 im Aufzeichnungsmodus erfolgten Erfassungen und Speicherungen des Kennzeichens und des Bildes des auf den Antragssteller zugelassenen Fahrzeuges mit dem amtlichen Kennzeichen [REDACTED] im Zeitraum der Dauer der Maßnahme von 2017 bis Ende Juni 2021 rechtswidrig waren. Im Übrigen wird die Beschwerde zurückgewiesen.

Die Kosten des Verfahrens und des Beschwerdeverfahrens sowie die dem Antragssteller jeweils entstandenen notwendigen Auslagen werden der Staatskasse auferlegt.

Gründe:

I.

Der Beschwerdeführer hat mit Schreiben vom 10.06.2019 beim Amtsgericht Frankfurt (Oder) die gerichtliche Entscheidung über die Rechtmäßigkeit des automatischen Kraftfahrzeug-Kennzeichenerfassungssystems („KESY“) auf der Bundesautobahn 11 (BAB 11) beantragt. Er begehrt die Überprüfung der Rechtmäßigkeit der strafprozessual angeordneten Herstellung und Speicherung von Bildaufnahmen aller passierenden Fahrzeuge. Der Antrag – so hat er weiter dargelegt – beziehe sich dabei auf sämtliche Maßnahmen, Anordnungen und Zeiträume, soweit das Gericht zur Entscheidung darüber berufen sei.

Der Beschwerdeführer hat hierzu ausgeführt, dass er die BAB 11 regelmäßig von seinem Wohnort in [REDACTED] bis nach Berlin und zurück befahre. An der BAB 11 seien auf dieser Strecke – was zutreffend ist – zwei Anlagen des KESY-Systems installiert, die die Polizei in Brandenburg betreibe und unter anderem in strafrechtlichen

Ermittlungsverfahren einsetze. Er habe durch einen Zeitungsartikel vom 06.06.2019 von der automatischen Kennzeichenerfassung auf der BAB 11 erfahren, die alle passierenden Kraftfahrzeuge unterschiedslos erfasse. Rechtsgrundlage seines Begehrens sei § 101 Abs. 7 S. 2 StPO. Er habe die Zweiwochenfrist für den Antrag eingehalten. Sein Antrag beziehe sich auf die gerichtliche Überprüfung der Rechtmäßigkeit sämtlicher erfolgter Erfassungen und Speicherungen des Kennzeichens und des Bildes seines Fahrzeugs im Zeitraum der Dauer der jeweiligen Maßnahmen durch die auf der BAB 11 stationierten KESY-Anlagen, die durch die Staatsanwaltschaft Frankfurt (Oder) veranlasst und die gegebenenfalls durch das Amtsgericht angeordnet oder bestätigt worden seien. Die automatische Kennzeichenerfassung verletze sein Grundrecht auf informationelle Selbstbestimmung. Er sei eine von der automatischen Kennzeichenerfassung erheblich betroffene Person im Sinne des § 101 Abs. 4 S. 1 Nr. 7 StPO und nicht nur zufällig mitbetroffene Person und könne daher die gerichtliche Entscheidung, d. h. die gerichtliche Überprüfung der Ermittlungsmaßnahme auf ihre Rechtmäßigkeit gemäß § 101 Abs. 7 S. 2 StPO verlangen. Die automatische Kennzeichenerfassung sei darauf angelegt, auch seine Daten zu erfassen und zu speichern. Dieser Grundrechtseingriff sei nicht von der Strafprozessordnung, insbesondere § 100h StPO, gedeckt. Aufgrund des Gebots der Normenklarheit und des Parlamentsvorbehalts könne § 100h StPO auch nicht so weit ausgelegt werden, dass die automatische Kennzeichenerfassung darauf zu stützen sei. KESY sei auch keine Kontrollstelle im Sinne der Strafprozessordnung. Auf die Generalklausel des § 161 StPO lasse sich die automatische Kennzeichenerfassung erst recht nicht stützen. Gegen die automatische Kennzeichenerfassung müsse aufgrund der Rechtsschutzgarantie des Art. 19 Abs. 4 GG Rechtsschutz gemäß § 101 Abs. 7 S. 2, Abs. 4 S. 1 Nr. 7 StPO oder zumindest analog § 98 Abs. 2 S. 2 StPO möglich sein. Die Grundrechtsverletzungen drohten sich fortzusetzen beziehungsweise zu wiederholen. Die flächendeckende Totalerfassung des Straßenverkehrs und die Kfz-Daten-Massenspeicherung auf Vorrat, die mit wechselnder Begründung vorgenommen würden, griffen tief in Grundrechte ein. Die Maßnahme richte sich gezielt und unterschiedslos gegen sämtliche Verkehrsteilnehmer. Es würden auch Bewegungsprofile gespeichert. Dies mache das Bewegungsverhalten unzähliger Personen nachvollziehbar, die dafür keinerlei Anlass gegeben hätten. Eine solche Vorratsspeicherung von Bewegungsdaten könne die Bewegungsfreiheit und die Ausübung anderer Grundrechte, wie zum Beispiel der Versammlungsfreiheit und der Pressefreiheit, wesentlich einschränken, wenn die

Verkehrsteilnehmer ihr Verhalten aufgrund der Überwachung änderten. Es werde ein ständiger Beobachtungsdruck erzeugt, der mit herkömmlichen Ermittlungsmaßnahmen nicht zu vergleichen sei. Dies sei übermäßig und könne auch nicht durch die Hoffnung gerechtfertigt werden, dass sich die Daten später als nützlich erweisen könnten, um Straftaten aufzuklären (vgl. entsprechende Ausführungen des Verfassungsgerichts des Landes Brandenburg – Beschl. v. 19.03.2021 – 62/19 –, Rn. 1–6 – juris).

Das Amtsgericht Frankfurt (Oder) legte den Antrag dahingehend aus, dass der Beschwerdeführer sowohl strafprozessuale Anordnungen als auch deren Umsetzung gerichtlich überprüfen lassen wolle, und lehnte den Antrag mit Beschluss vom 24.06.2019 – 45 Gs 770/19 – als unzulässig ab, weil der Beschwerdeführer nicht antragsberechtigt sei. Er sei ersichtlich weder Zielperson noch Person, deren personenbezogene Daten gemeldet worden seien, noch erheblich mitbetroffene Person gemäß § 101 Abs. 7 S. 2, Abs. 4 Nr. 11 i. V. m. §§ 100h, 163e StPO und auch nicht Betroffener analog § 98 Abs. 2 StPO. Für Personen, deren Daten nur zufällig miterfasst würden, gelte weder eine Benachrichtigungspflicht noch sehe der Gesetzgeber ein Rechtsschutzbedürfnis.

Die gegen diesen Beschluss am 28.06.2019 erhobene Beschwerde, mit der der Beschwerdeführer seine Argumentation vertiefte, verwarf die hiesige Kammer mit Beschluss vom 09.07.2019 – 22 Qs 40/19 – als unbegründet. Die Kammer machte sich die Begründung der angefochtenen Entscheidung zu eigen und führte ergänzend aus, dass der Beschwerdeführer weder Zielperson noch erheblich mitbetroffene Person im Sinne des § 101 Abs. 4 S. 1 Nr. 7 StPO einer konkreten strafprozessualen Maßnahme nach § 100h StPO sei. Beim Einsatz der automatischen Kennzeichenerfassung lasse sich funktionsbedingt nicht ausschließen, dass Daten unbeteiligter Dritter erhoben würden. Für den nachträglichen Rechtsschutz gegen den in der Vergangenheit erfolgten Einsatz der Anlagen wie auch für den Rechtsschutz gegen deren weiteren Betrieb sei allein der Verwaltungsrechtsweg eröffnet. Im Rechtsmittelverfahren könnten eine Überprüfung des Rechtswegs und eine Verweisung gemäß § 17a Abs. 5 GVG nicht mehr erfolgen, wenn – so sinngemäß – die Zulässigkeit des Rechtswegs nicht gemäß § 17a Abs. 3 S. 2 GVG vorab gerügt worden sei.

Gegen diesen Beschluss erhob der Beschwerdeführer Gehörsrüge gemäß § 33a StPO. Da das Landgericht angenommen habe, dass nur die Verwaltungsgerichte entscheiden könnten, habe es sein Antragsvorbringen in der Sache nicht in Erwägung gezogen. Es seien aktuell drei Ermittlungsverfahren der Staatsanwaltschaft Frankfurt (Oder) bekannt geworden, bei denen kürzlich automatische Kennzeichenerfassungen im Aufzeichnungsmodus auf der BAB 11 auf Grundlage von § 163f StPO und § 100h Abs. 1 Nr. 2 StPO angeordnet worden seien. Über die Rechtmäßigkeit dieser staatsanwaltschaftlichen Anordnungen könne allein die ordentliche Gerichtsbarkeit entscheiden. Auch gegen die strafprozessual angeordnete Herstellung und Speicherung von Bildaufnahmen könne nur der Rechtsweg zu den ordentlichen Gerichten gegeben sein.

Die Kammer verwarf die Gehörsrüge mit Beschluss vom 18.07.2019 als unzulässig. Dazu führte sie aus, sämtliche Schriftsätze des Beschwerdeführers seien zur Kenntnis genommen und inhaltlich geprüft worden.

Der Beschwerdeführer erhob am 06.08.2019 Verfassungsbeschwerde zum Verfassungsgericht des Landes Brandenburg. Er trug vor, die angegriffenen Beschlüsse verletzen sein Recht auf die Gewährung effektiven Rechtsschutzes, weil sie auf der Verkennung seines Rechts auf informationelle Selbstbestimmung beruhten.

Mit Beschluss vom 19.03.2021 – Az.: VfG Bbg 62/19 – hob das Verfassungsgericht den Beschluss der Kammer vom 09.07.2019 auf und verwies die Sache zur erneuten Entscheidung an die Kammer zurück, da der Beschluss den Beschwerdeführer in seinem Grundrecht auf effektiven Rechtsschutz aus Art. 6 Abs. 1 Verfassung des Landes Brandenburg (LV) verletze. Wegen der Begründung im Einzelnen wird auf den Beschluss vom 19.03.2021 Bezug genommen.

Mit dem Gesetz zur Fortentwicklung der Strafprozessordnung und zur Änderung weiterer Vorschriften vom 25.06.2021 (BGBl. I, S. 2099) wurde in § 163g StPO eine spezialgesetzliche Befugnis der Strafverfolgungsbehörden zur automatischen Kennzeichenerfassung im öffentlichen Verkehrsraum zu Fahndungszwecken eingefügt. Die Neuregelung trat zum 01.07.2021 in Kraft. Absatz 1 der Vorschrift bestimmt, dass örtlich begrenzt im öffentlichen Verkehrsraum ohne das Wissen der betroffenen

Personen Kennzeichen von Kraftfahrzeugen sowie Ort, Datum, Uhrzeit und Fahrtrichtung durch den Einsatz technischer Mittel automatisch erhoben werden dürfen, wenn zureichende tatsächliche Anhaltspunkte dafür vorliegen, dass eine Straftat von erheblicher Bedeutung begangen worden ist, und die Annahme gerechtfertigt ist, dass diese Maßnahme zur Ermittlung der Identität oder des Aufenthaltsorts des Beschuldigten führen kann, sofern die automatische Datenerhebung nur vorübergehend und nicht flächendeckend erfolgt. Nach Absatz 2 der Vorschrift dürfen die nach Absatz 1 erhobenen Kennzeichen von Kraftfahrzeugen automatisch mit Kennzeichen von Kraftfahrzeugen abgeglichen werden, die auf den Beschuldigten zugelassen sind, von ihm genutzt werden oder die auf andere Personen als den Beschuldigten zugelassen sind oder von ihnen genutzt werden, wenn aufgrund bestimmter Tatsachen anzunehmen ist, dass sie mit dem Beschuldigten in Verbindung stehen oder eine solche Verbindung hergestellt wird, und die Ermittlung des Aufenthaltsortes des Beschuldigten auf andere Weise erheblich weniger erfolgversprechend oder wesentlich erschwert wäre. Der automatische Abgleich hat unverzüglich nach der automatischen Datenerhebung nach Absatz 1 zu erfolgen. Im Trefferfall ist unverzüglich die Übereinstimmung zwischen den abgeglichenen Kennzeichen manuell zu überprüfen. Wenn kein Treffer vorliegt oder die manuelle Überprüfung den Treffer nicht bestätigt, sind die nach Absatz 1 erhobenen Daten sofort und spurlos zu löschen.

Mit Inkrafttreten des Gesetzes am 01.07.2021 hat die Polizei Brandenburg den Betrieb von KESY im Aufzeichnungsmodus eingestellt. Den Fahndungsmodus betreibt sie – laut Presseberichterstattung – nach Maßgabe des § 163g StPO fort.

Die Staatsanwaltschaft Frankfurt (Oder) hatte am 11.01.2022 Gelegenheit zur Stellungnahme. Sie vertritt die Auffassung, die Beschwerde sei zulässig, aber unbegründet. Zur Begründung führt sie aus, Eingriffe in den – nicht vorbehaltlos gewährleisteten – Schutzbereich des Grundrechts auf informationelle Selbstbestimmung seien gerechtfertigt. § 100h Abs. 1 S. 1 Nr. 2 StPO stelle eine taugliche Ermächtigung für den Betrieb der KESY-Anlagen zu Ermittlungszwecken dar. Der Gesetzgeber habe bewusst das Merkmal „besondere für Observationszwecke bestimmte technische Mittel“ eingeführt und davon abgesehen, die einzelnen technischen Geräte, die für die Observation in Betracht kommen, näher zu benennen, um technischem Fortschritt Raum zu lassen und auch die Verwendung von zum Zeitpunkt des Erlasses der Vorschrift

noch nicht zur Strafverfolgung eingesetzter Systeme zu ermöglichen. Vor diesem Hintergrund sei die Vorschrift hinreichend bestimmt. Zudem sei der Eingriff durch grundrechtsschützende Verfahrensregelungen in § 101 StPO flankiert. Vor dem Hintergrund der begrenzenden Tatbestandsmerkmale, insbesondere des Subsidiaritätserfordernisses („wenn die Erforschung des Sachverhalts oder die Ermittlung des Aufenthaltsortes eines Beschuldigten auf andere Weise weniger erfolgversprechend oder erschwert wäre“) und der Beschränkung auf „Straftaten von erheblicher Bedeutung“ sei sie auch verhältnismäßig. Auch die Anordnung des Einsatzes der KESY-Anlagen zu Ermittlungszwecken im Rahmen konkreter Ermittlungsverfahren (mit den staatsanwaltlichen Az. 228 Js 29241/17 und 228 Js 12081/19) habe auf die Vorschrift des § 100h Abs. 1 S. 1 Nr. 2 (i.V.m. § 163f) StPO gestützt werden können. Die Voraussetzungen hätten in diesen Fällen vorgelegen. Die Maßnahmen richteten sich nur gegen die jeweiligen Beschuldigten in diesen Verfahren – als Zielobjekte –, indessen nicht gegen den Beschwerdeführer. Es sei insofern eine unvermeidbare Folge und gemäß § 100h Abs. 3 StPO zulässig gewesen, den Beschwerdeführer mitzuerfassen. Die Maßnahmen seien zudem verhältnismäßig gewesen, insbesondere hätten sie nicht außer Verhältnis zur Bedeutung der Sache und der Stärke des Tatverdachts gestanden, da es sich um Fälle mehrfachen schweren Bandendiebstahls (§ 244a StGB) gehandelt habe. Dies gelte auch im Hinblick auf die große Anzahl von Personen, die miterfasst worden seien, da es sich für diesen Personenkreis um Eingriffe geringer Intensität gehandelt habe und ohne einen Anlass keine Folgemaßnahmen ergriffen worden seien. Im Übrigen sei auch die Speicherung verhältnismäßig gewesen, da dies in komplexen Verfahren aus Gründen der effektiven Strafverfolgung notwendig gewesen sei. Auch Bedenken im Hinblick auf das verfassungsrechtliche Transparenzgebot bestünden nicht, da die Anordnungen der Maßnahmen dokumentiert und nicht mehr erforderliche Daten gelöscht worden seien. Zwar habe die Art und Weise des Vollzugs Bedenken aufgeworfen, da seit Anfang 2017 praktisch durchgehend Kfz-Kennzeichen erfasst und gespeichert worden seien und diese unter den Voraussetzungen des § 477 StPO auch in anderen Verfahren hätten genutzt werden können. Dies sei jedoch zumindest für die Übergangszeit bis zur gesetzlichen Regelung hinnehmbar gewesen. Dies gelte jedenfalls vor dem Hintergrund der Maßgaben zum Vollzug, die von der Generalstaatsanwältin des Landes Brandenburg aufgestellt worden seien. Wegen der weiteren Einzelheiten des Vorbringens der

Staatsanwaltschaft wird auf die Stellungnahme vom 11.01.2022 (Bl. 80-90/R d. A.) verwiesen.

Mit seiner Stellungnahme vom 07.02.2022 hat sich der Beschwerdeführer gegen die staatsanwaltliche Stellungnahme vom 11.01.2022 gewandt und seinen vorherigen Vortrag vertieft. Hierzu führt er im Wesentlichen aus, dass § 100h StPO die Totalerfassung des Straßenverkehrs auf Vorrat nicht abzudecken vermöge. Eine unvermeidbare Mitbetroffenheit i.S.d. § 100h Abs. 3 scheitere zudem daran, dass der Abgleichsmodus hätte angeordnet werden können. Auch die Begründung des inzwischen neu eingeführten §163g StPO (BT-Drs. 19/27654, 84) bestätige, dass der Gesetzgeber §100h StPO nicht für anwendbar gehalten habe. Auch handele es sich beim Aufzeichnungsmodus um keine Maßnahme einer Observation eines Verdächtigen mehr. Aus der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts ergäben sich vielmehr konkrete gesetzgeberische Anforderungen an automatische Kennzeichenlesesysteme im Hinblick auf den Verwendungszweck der Maßnahme, den Umfang der erhobenen Daten sowie die Verwendungsmöglichkeiten der generierten Daten. Zudem habe es sich um einen unverhältnismäßigen Eingriff in das Recht auf informationelle Selbstbestimmung gehandelt, da die Daten sämtlicher, zudem an etwaigen Straftaten völlig unbeteiligter Verkehrsteilnehmer erfasst und gespeichert worden seien. Wenn die Staatsanwaltschaft dem Grundrechtseingriff einer allgemeinen Autofahrer-Datenbank geringes Gewicht zumesse, so sei dies nicht mit der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts in Einklang zu bringen, das derartige Eingriffe zur Fahndung ausdrücklich als Eingriffe von erheblichem Gewicht ansehe. Zu den weiteren Einzelheiten des Vorbringens des Beschwerdeführers wird auf seine Stellungnahme Bl. 92-94 d.A. verwiesen, in der er ergänzend auf die im (früheren) Verfahren vor dem Verfassungsgericht des Landes Brandenburg (VfG Bbg 62/19) eingereichte Stellungnahme der Landesbeauftragten für Datenschutz und Akteneinsicht des Landes Brandenburg (LDA) vom 24.09.2019 Bezug nimmt.

Darin hat die Landesbeauftragte für Datenschutz und Akteneinsicht des Landes Brandenburg die Auffassung vertreten, dass eine automatische Kennzeichenerfassung zu Ermittlungszwecken nicht von der Befugnisnorm des § 100h Abs. 1 S. 1 Nr. 2 erfasst werde. Zwar handele es sich um ein technisches Mittel. In den relevanten Fällen habe es sich auch um Straftaten von erheblicher Bedeutung gehandelt und auch die

Anforderungen der Subsidiaritätsklausel dürften häufig erfüllt gewesen sein, so dass die Voraussetzungen der Norm insoweit regelmäßig vorliegen würden. Die Maßnahme dürfe sich jedoch nur gegen Zielpersonen und Kontaktpersonen richten. Vorliegend könne jedoch nicht davon ausgegangen werden, dass gegen alle Halter und Fahrzeugführer der aufgezeichneten Fahrzeuge der Verdacht begründet sei, dass sie mit einem jeweiligen Beschuldigten in Verbindung stehen oder eine Verbindung hergestellt werde. Dies sei aus kriminalistischer Sicht sinnlos und denklogisch unmöglich. Auch eine unvermeidbare Drittbetroffenheit (§ 100h Abs. 3 StPO) läge nicht vor, da jedenfalls im Aufzeichnungsmodus jedes Fahrzeug Zielobjekt sei, da sich das polizeiliche Interesse gerade darauf richte, alle vorbeifahrenden Kennzeichen gezielt zu erfassen und zu speichern, um sie gegebenenfalls dem konkreten Ermittlungsvorgang zuzuordnen und weitere Personen identifizieren zu können. Die Mitbetroffenheit sei nicht lediglich ein Begleiteffekt der Datenerhebung. Zudem bestünden erhebliche Zweifel, ob die auf dem Betrieb beruhenden Grundrechtseingriffe unter Verhältnismäßigkeitsgesichtspunkten von der Norm getragen würden. Denn die Tragweite des Eingriffs decke sich nicht mit den Voraussetzungen der Rechtsgrundlage. Dies ergebe sich aus den vergleichsweise niedrighschwelligen Voraussetzungen. So sei lediglich der Verdachtsgrad eines Anfangsverdachts vorausgesetzt. Zeitliche Begrenzungen ergäben sich zwar aus dem Zusammenspiel der Voraussetzungen des § 163f StPO, wonach Observationen lediglich für bis zu drei Monate angeordnet werden können, die Verlängerung sei bei Vorliegen der Voraussetzungen jedoch unbegrenzt oft möglich. Zudem könne der gesamte Verkehr wegen eines einzigen Ermittlungsverfahrens über Monate und Jahre aufgezeichnet werden. Dabei nähmen die tatsächlich Tatverdächtigen einen prozentual verschwindend geringen Anteil ein. Die Maßnahme erstrecke sich in ihrem weitaus größeren Teil auf Betroffene, gegen die jedenfalls im Zeitpunkt der Anordnung der Maßnahme keinerlei Anfangsverdacht einer Straftat bestehe. Problematisch sei zudem, dass die Anwendungspraxis mangels konkretisierender Festlegungen der Rechtsgrundlage stark variere. Der Betrieb im Aufzeichnungsmodus berge ferner die Gefahr einer systematischen und flächendeckenden Erfassung der Verkehrsteilnehmer. Aufgrund der Möglichkeit, den gespeicherten Datenpool gemäß §§ 483 Abs. 2, 487 StPO zweckändernd für andere Strafverfahren zu nutzen, könne bei einem sich erst später entwickelnden Tatverdacht gegen einen zum Aufzeichnungszeitpunkt unbeteiligten Verkehrsteilnehmer auf alle gespeicherten Daten „rückwirkend“ zugegriffen werden. Wegen der weiteren

Einzelheiten wird auf die Stellungnahme vom 24.09.2019 (Bl. 114-125 d. A.) Bezug genommen.

Die Vorsitzende wies den Beschwerdeführer mit Schreiben vom 07.04.2022 darauf hin, dass nach dem Verständnis der Kammer der Antrag vom 10.06.2019 auf die gerichtliche Prüfung der Rechtmäßigkeit der durch die stationierten KESY-Anlagen im Aufzeichnungsmodus - und nicht auch im Fahndungsmodus - erfolgten Erfassungen und Speicherungen der Kennzeichen und Bilder von allen die BAB 11 befahrenden Kraftfahrzeugen - und nicht nur seines Pkws - im Zeitraum der Dauer der jeweiligen Maßnahmen von 2017 bis zum 30.06.2021 gerichtet sei. Eine Stellungnahme des Beschwerdeführers erfolgte hierzu nicht.

II.

Die Beschwerde ist im aus dem Tenor ersichtlichen Umfang zulässig und in diesem Umfang auch begründet.

Das Begehren des Beschwerdeführers, verstanden als Antrag auf Feststellung der Rechtswidrigkeit automatischer Kennzeichenerfassung auf der BAB 11 im Land Brandenburg im sog. Aufzeichnungsmodus zu Zwecken der Strafverfolgung – infolge des entsprechenden Betriebs der KESY-Anlagen – im Zeitraum von 2017 bis zum Ende Juni 2021 ist zulässig und begründet, soweit es sich auf die Person des Beschwerdeführers bezieht. Soweit sich das Antragsbegehren auf alle die BAB 11 befahrenden Kraftfahrzeuge und Kraftfahrer bezieht, ist es bereits unzulässig.

1. Der Antrag auf gerichtliche Entscheidung ist teilweise zulässig.

a) aa) Das Begehren ist gemäß § 300 StPO als Antrag auf Feststellung der Rechtswidrigkeit zu verstehen. Mit seinem Antrag vom 10.06.2019 beehrte der Beschwerdeführer die „Überprüfung der Rechtmäßigkeit“ der der KESY-Kennzeichenerfassung zugrundeliegenden Anordnungen.

Dass auch die Einstellung der Kennzeichenerfassungspraxis verlangt wird, ist aus dem Antrag nicht erkennbar, sodass das Begehren als Feststellungsantrag zu verstehen ist. Im Übrigen wäre ein dahingehend weites Verständnis infolge der Einstellung des

Betriebs im Aufzeichnungsmodus prozessual überholt. Damit kommt lediglich die Feststellung der Rechtswidrigkeit der Kennzeichenerfassung – der Praxis bis zum 30.06.2021 – als Rechtsschutzziel in Betracht.

bb) In zeitlicher Hinsicht ist der Antrag so zu verstehen, dass er sich auch auf die Jahre vor der Antragsstellung (vgl. Verfassungsgericht des Landes Brandenburg, Beschl. v. 19.03.2021 – VfGBbg 62/19 –, Rn. 30 – juris), im Konkreten, auf die Zeit seit dem Jahr 2017 bis zum Zeitpunkt der prozessualen Überholung Ende Juni 2021 bezieht. Eine konkrete zeitliche Eingrenzung seitens des Antragsstellers, der keine nähere Kenntnis über die Dauer des entsprechenden Betriebs der KESY-Anlagen hat, war dem Beschwerdeführer nicht zuzumuten, und ist für das auf Feststellung gerichtete Rechtsschutzbegehren auch von untergeordneter Bedeutung (vgl. Verfassungsgericht des Landes Brandenburg, Beschl. v. 19.03.2021 – VfGBbg 62/19 –, Rn. 30 – juris).

cc) In inhaltlicher Hinsicht bezieht sich der Beschwerdeführer auf die KESY-Kennzeichenerfassung – allein – im Aufzeichnungsmodus, wobei der Beschwerdeführer seinen Antrag dahingehend beschränkt hat, dass er ihn auf strafprozessuale – und damit nicht auf gefahrenabwehrrechtliche – Zwecke bezogen wissen will. Anders als im Rahmen des landesverfassungsrechtlichen Verfahrens vom Verfassungsgericht des Landes Brandenburg angenommen (vgl. Verfassungsgericht des Landes Brandenburg, Beschl. v. 19.03.2021 – VfGBbg 62/19 –, Rn. 6 – juris) hat er seinen Antrag nicht auch auf den Fahndungsmodus erstreckt. So bezieht sich der Beschwerdeführer in seiner Stellungnahme vom 07.02.2022 ausdrücklich auf den Aufzeichnungsmodus (Bl. 92 d.A.) und verweist auch in seiner Begründung auf „[d]ie hier in Rede stehende unterschiedslose Vorratsspeicherung sämtlicher Fahrzeuge“ – die lediglich im Aufzeichnungsmodus stattfand. Weiter heißt es dort, dass dies „zu unterscheiden [ist] von einem gezielten Kfz-Kennzeichenabgleich mit sofortiger automatisierter Löschung der ‚Nichttreffer‘“ (Bl. 92 d.A.) – womit der Beschwerdeführer sein Begehren ausdrücklich vom inhaltlich in Bezug genommenen Fahndungsmodus abgrenzt. Auch in seinem ursprünglichen Antrag vom 10.06.2019 und den weiteren Rechtsbehelfen und Stellungnahmen verwendet der Beschwerdeführer Worte wie „unterschiedslose Speicherung“, „Massenspeicherung“, „Vorratsspeicherung“, „Bewegungs-Vorratsdatenspeicherung“, „flächendeckende Datenerhebung auf Vorrat“, die allesamt lediglich auf den Betrieb im Aufzeichnungsmodus zutreffen. Die Erfassung des

Fahndungsmodus erwähnt er indessen zu keinem Zeitpunkt. Zudem hat der Beschwerdeführer auf die Mitteilung der Kammer mit Schreiben vom 07.04.2022, dass der Antrag als auf den Aufzeichnungsmodus beschränkt angesehen wird, bei gleichzeitiger Einräumung der Möglichkeit zur Stellungnahme, nicht reagiert, was darauf hindeutet, dass er keine Einwände gegen die von der Kammer in Aussicht gestellte Auslegung hat. Nur ergänzend sei erwähnt, dass im Übrigen keine Erkenntnisse bestehen, dass die KESY-Anlagen vor dem 30. Juni 2021 überhaupt im Fahndungsmodus betrieben wurden. Durch den Dauerbetrieb im Aufzeichnungsmodus seit dem Jahr 2017 bestand kein Raum für einen Betrieb (nur) im Fahndungsmodus, der gegenüber dem Aufzeichnungsmodus ein „Minus“ darstellt und von ihm lediglich mit umfasst wurde.

dd) In personeller Hinsicht bezieht sich der Antrag ausdrücklich auf die Feststellung der Rechtswidrigkeit *aller* die BAB 11 befahrenden Fahrzeuge (vgl. Bl. 1. d.A.). Aufgrund der eindeutigen Wortwahl des Beschwerdeführers sah sich die Kammer nicht dazu in der Lage, gemäß § 300 StPO eine dahingehend restriktive Auslegung vorzunehmen, die das Begehren auf das Fahrzeug des Beschwerdeführers beschränkt (so jedoch Verfassungsgericht des Landes Brandenburg, Beschl. v. 19.03.2021 – VfGBbG 62/19 –, Rn. 30 – juris), auch wenn dies den Umständen nach im Zentrum seines Interesses steht. Zudem hat der Beschwerdeführer auch diesbezüglich auf die Mitteilung der entsprechenden Einschätzung der Kammer mit Schreiben vom 08.04.2022 nicht reagiert.

b) Das Begehren ist als (Feststellungs-)Antrag auf gerichtliche Entscheidung analog § 101 Abs. 7 S. 2 StPO statthaft.

aa) Eine direkte Anwendung des § 101 Abs. 7 S. 2 StPO scheidet aus. Nach der maßgeblichen Rechtslage der Norm bis zum 30.06.2021 bezog sich das Recht auf gerichtliche Entscheidung des § 101 Abs. 7 S. 2 StPO allein auf die in § 101 Abs. 4 S. 2 Nr. 1-12 StPO a.F. enumerativ gelisteten Maßnahmen. Die automatische Kennzeichenerfassung war dort nicht erfasst, da diese bis zum 30.06.2021 nicht ausdrücklich in der StPO geregelt war. Zum 01.07.2021 wurde eine Ermächtigung für die Kennzeichenerfassung in § 163g StPO geschaffen, die § 101 Abs. 4 S. 2 Nr. 13 StPO n.F. nunmehr in Bezug nimmt. Ein Antrag auf gerichtliche Entscheidung in

direkter Anwendung des § 101 Abs. 7 S. 2 StPO ist folglich erst seit der Reform möglich, nicht hingegen für den Zeitraum, der für die Beurteilung der Sach- und Rechtslage maßgeblich ist.

Auch die Anwendung von § 101 Abs. 7 S. 2 StPO i.V.m. einer anderen der in § 101 Abs. 4 S. 2 Nr. 1-12 StPO a.F. gelisteten Maßnahmen kommt nicht in Betracht. Die Kennzeichenerfassung konnte zum damaligen Zeitpunkt auf keine andere dieser Maßnahmen gestützt werden, insbesondere nicht auf § 100h StPO (weitere Maßnahmen außerhalb von Wohnraum) oder § 163f StPO (längerfristige Observation) (dazu im Einzelnen nachfolgend unter 2. c)).

bb) § 101 Abs. 7 S. 2 StPO ist jedoch analog anzuwenden. Eine Norm ist dann analog anzuwenden, wenn eine planwidrige Regelungslücke gegeben ist und die Interessenlage vergleichbar ist.

(1) Vorliegend ergibt sich eine Regelungslücke daraus, dass Rechtsschutz gegen Kennzeichenerfassungen nach der maßgeblichen Fassung der StPO – insbesondere § 101 StPO – nicht vorgesehen war.

(2) Die Planwidrigkeit dieser Regelungslücke ist verfassungsrechtlich determiniert. Denn gegen Akte der öffentlichen Gewalt, die in Grundrechte eingreifen, ist Rechtsschutz gemäß Art. 19 Abs. 4 GG und Art. 6 Abs. 1 LV garantiert. Beim Betrieb von KESY wird in das Grundrecht auf Datenschutz gemäß Art. 11 Abs. 1 LV und das Grundrecht auf informationelle Selbstbestimmung gemäß Art. 2 Abs. 1 i.V.m. Art. 1 Abs. 1 GG eingegriffen, da personenbezogene Daten erhoben, gespeichert und verarbeitet werden. Im Aufzeichnungsmodus werden vergrößerte Bilder von Kennzeichen und Bildaufnahmen der rückwärtigen Gesamtansicht von Kraftfahrzeugen, verbunden mit Ort, Datum, Uhrzeit und Fahrtrichtung gespeichert sowie die Ziffernfolge von Kennzeichen erfasst und gespeichert (Verfassungsgericht des Landes Brandenburg, Beschl. v. 19.03.2021 – VfGBbG 62/19 –, Rn. 44 – juris). Zudem stünde es der Qualifikation als personenbezogene Daten – als Voraussetzung der Betroffenheit der genannten Grundrechte – nicht entgegen, sollten die KESY-Anlagen keine Abbildungen der Fahrzeuginsassen anfertigen und verarbeiten. Denn dies folgt bereits daraus, dass sich die Kennzeichen eindeutig Fahrzeughaltern zuordnen lassen und damit

personenbezogene Daten vermitteln (BVerfG, Beschl. v. 18.12.2018 – 1 BvR 142/15, Rn. 40 – juris).

(3) Auch die Interessenlage ist vergleichbar. Die Vergleichbarkeit der Interessenlage mit § 101 StPO beruht darauf, dass diese Vorschrift Verfahrensregelungen für heimliche Ermittlungsmaßnahmen – wie bei KESY der Fall –, und in Abs. 7 S. 2 StPO speziell die Möglichkeit einer gerichtlichen Überprüfung derselben, vorsieht. Dass ein Teil des Regelungsgehalts des § 101 StPO möglicherweise nicht auf die Kennzeichenerfassung analog angewendet werden kann – denn durch die ständigen Speicherungen (bei Vielfahrern) sind die Absätze der Norm betreffend der Benachrichtigung kaum umsetzbar – ist insofern bedeutungslos, als dass vorliegend allein die gerichtliche Überprüfungsmöglichkeit des § 101 Abs. 7 S. 2 StPO, nicht hingegen die Benachrichtigungspflicht des § 101 Abs. 4 StPO, analog angewandt wird. Nur am Rande sei bemerkt, dass es aus verfassungsrechtlicher Sicht allein entscheidend ist, *dass* effektiver Rechtsschutz gewährt wird. Ob hierzu auf § 101 Abs. 7 S. 2 StPO oder § 98 Abs. 2 S. 2 StPO (wie bei erledigten Ermittlungsmaßnahmen der Strafverfolgungsbehörden regelmäßig der Fall, vgl. BGHSt 28, 57; 160; 206; 37, 79, 82; 44, 171) oder auf eine andere Norm in analoger Weise zurückgegriffen wird, ist indes verfassungsrechtlich bedeutungslos.

c) Der Beschwerdeführer ist teilweise beschwert und hat seine Beschwer in diesem Umfang hinreichend dargelegt.

Eine Beschwer besteht im Falle einer unmittelbaren Beeinträchtigung der Rechte oder schutzwürdigen Interessen eines Beschwerdeführers (Köhler, in: Meyer-Goßner/Schmitt vor § 296 Rn. 8 f. m.w.N).

Beruht die vorgetragene Rechtsverletzung auf einer staatlichen Praxis, von deren Vollzugsakten der Beschwerdeführer keine Kenntnis hat, genügt es, wenn der Beschwerdeführer es darlegt, mit einiger Wahrscheinlichkeit von diesen Vollzugsakten betroffen zu sein (insoweit ähnlich BVerfG, Beschl. v. 18.12.2018 – 1 BvR 2795/09, Rn. 39 – juris; BVerfGE 120, 378, 396 f.).

aa) Das ist vorliegend in Bezug auf seine eigene Person der Fall.

Der Beschwerdeführer hat nachvollziehbar vorgetragen, dass er die nahezu gesamte Fahrstrecke der BAB 11 regelmäßig befuhr und die KESY-Anlagen damit in einer Vielzahl von Fällen passierte – im Jahr 2018 sei dies schätzungsweise 30 bis 40 Mal der Fall gewesen. Gründe, an diesen Angaben zu zweifeln, sind nicht ersichtlich, zumal bereits ein einmaliges Passieren einer KESY-Anlage während des mutmaßlichen Betriebs für die Beschwer genügt (s. auch Roggan, NVwZ 2019, 344. 345 f.). Auch steht das Fehlen eines Vortrags zu den konkreten Zeitpunkten, zu denen der Beschwerdeführer die KESY-Anlagen passierte, seiner Beschwer nicht entgegen. Zum einen kann der Beschwerdeführer nicht zur Offenbarung derjenigen Daten seiner persönlichen Lebensführung gezwungen werden, gegen deren Erhebung durch den Staat er sich gerade wehrt (vgl. Verfassungsgericht des Landes Brandenburg, Beschl. v. 19.03.2021 – VfgBbG 62/19 –, Rn. 30 – juris). Zum anderen muss bei der Überprüfung der Rechtmäßigkeit der automatischen Kennzeichenerfassung gegenüber dem Beschwerdeführer nicht auf konkrete Einzelfälle abgestellt werden. Denn das Begehren richtet sich auf die Feststellung, ob er generell von den einzelnen Ermittlungsmaßnahmen erfasst werden durfte (vgl. Verfassungsgericht des Landes Brandenburg, Beschl. v. 19.03.2021 – VfgBbG 62/19 –, Rn. 30 – juris).

bb) Soweit der Antrag des Beschwerdeführers sich auf weitere Kraftfahrzeuge und damit zugleich auf weitere Kraftfahrer bezieht, ist der Beschwerdeführer nicht beschwert, da seine eigene Betroffenheit weder dargelegt wurde noch ersichtlich ist. Insoweit fehlt seinem Antrag das erforderliche Rechtsschutzbedürfnis.

d) Der Beschwerdeführer ist im Umfang seiner Beschwer zudem beschwerdebefugt analog § 101 Abs. 7 S. 2 i.V.m. § 101 Abs. 4 S. 1 StPO.

Nach dem Wortlaut des § 101 Abs. 7 S. 2 StPO ist der in § 101 Abs. 4 S. 1 StPO in den jeweiligen Ziffern gelistete Personenkreis – die Personen, die von der gegen sie gerichteten heimlichen Maßnahme zu benachrichtigen sind – befugt, einen Antrag auf gerichtliche Entscheidung zu stellen. Bei „weiteren Maßnahmen außerhalb von Wohnraum“ i.S.d. § 100h StPO oder der längerfristigen Observation gemäß § 163f StPO – auf die die Kennzeichenerfassung bis zum 30.06.2021 überwiegend gestützt wurde – sind Zielpersonen und erhebliche mitbetroffene Personen zu benachrichtigen und damit zugleich antragsbefugt (§ 101 Abs. 4 S. 1 Nr. 7 bzw. 12, § 101 Abs. 7 S. 2

StPO). Im Übrigen sind nach der nunmehr geltenden Fassung des § 101 Abs. 4 S. 1 StPO in Fällen der Kennzeichenerfassung (§ 101 Abs. 4 S. 1 Nr. 13 StPO n.F. i.V.m. § 163g, § 101 Abs. 7 S. 2 StPO) allein die Zielperson benachrichtigungspflichtig und antragsbefugt.

aa) Stellt man auf § 100h bzw. § 163f StPO ab, die Ermächtigungsgrundlagen der Kennzeichenerfassung noch am nächsten kamen, müsste es sich bei dem Beschwerdeführer um die Zielperson oder eine erheblich mitbetroffene Person handeln. Dies ist vorliegend der Fall.

Alle Fahrzeugführer, die von KESY erfasst wurden, sind jedenfalls als erheblich mitbetroffene Personen zu qualifizieren (so auch BT-Drs. 19/27654, S. 84 f. [ohne Begründung]). Dies indiziert bereits der Umstand, dass die Kennzeichenerfassung in nicht unerheblicher Weise in das Grundrecht auf Datenschutz (Art. 6 Abs. 2 LV) und das Grundrecht auf informationelle Selbstbestimmung (Art. 2 Abs. 1 i.V.m. Art. 1 Abs. 1 GG) eingreift (so tendenziell BVerfG, Beschl. v. 18.12.2018 – 1 BvR 142/15, Rn. 45, 51).

Hinzu kommt, dass der Zweck der Maßnahmen darin liegt, alle passierenden Fahrzeuge zu erfassen, abzugleichen und zu speichern. Die Einbeziehung und Speicherung der Daten auch von Personen, die nicht Zielpersonen sind, erfolgt nicht ungezielt und allein technikbedingt, sondern ist notwendiger und gewollter Teil der Kontrolle. Es besteht ein spezifisch verdichtetes Interesse daran, die Kennzeichen aller an der Kennzeichenerfassungsanlage vorbeifahrenden Kraftfahrern zu erfassen, weil es gerade um deren Kontrolle selbst geht. Das schließt es aus, den Beschwerdeführer als nicht erheblich mitbetroffene Person anzusehen, wenn er zum erfassten Personenkreis gehören kann, was hier der Fall ist (Verfassungsgericht des Landes Brandenburg, Beschl. v. 19.03.2021 – VfgBbG 62/19 –, Rn. 51 – juris – dort auch in Bezug auf den Fahndungsmodus). Indem sich die Kennzeichenkontrolle mit den Kraftfahrzeugkennzeichen auf personenbezogene Daten erstreckt, unterscheidet sie sich von Kontrollen, die gegenüber einer unbestimmten Vielzahl von Personen ohne Erfassung personenbezogener Daten durchgeführt werden und erst im Fall eines Treffers Daten zu einzelnen Personen erfassen. Dies ist etwa bei Geschwindigkeits- oder Rotlichtkontrollen im Straßenverkehr der Fall. Dort wird das Fahrverhalten

zunächst ohne Erfassen des Kennzeichens und damit unabhängig von einer persönlichen Zuordenbarkeit der Kraftfahrzeuge kontrolliert. Personenbezogene Daten werden erst dann erhoben, wenn eine Übertretung gemessen und hierdurch ausgelöst ein Lichtbild erstellt wird. Dass dort ein Grundrechtseingriff nur im Trefferfall anzunehmen ist, lässt sich auf die Kennzeichenkontrolle nicht übertragen (BVerfG, Beschluss vom 18.12.2018 - 1 BvR 142/15 -, Rn. 52 – juris).

bb) Im Übrigen gebietet die verfassungskonforme Auslegung – unabhängig von der analog angewandten Ziffer des § 101 Abs. 4 S. 2 i.V.m. Abs. 7 S. 2 und dem darin in Bezug genommenen Personenkreis – die Annahme der Beschwerdebefugnis des Beschwerdeführers. Denn § 101 Abs. 7 S. 2 StPO ist im Hinblick auf das Gebot effektiven Rechtsschutzes gemäß Art. 19 Abs. 4 GG, Art. 6 Abs. 1 LV dahingehend weit auszulegen, dass diejenigen Personen antrags- und damit beschwerdebefugt sind, in deren Grundrechte durch eine repressive Maßnahme eingegriffen wird; bei heimlichen Maßnahmen liegt es nahe, dies auf § 101 Abs. 7 S. 2 StPO analog zu stützen. Es sei klargestellt, dass sich diese weite Auslegung allein auf die gerichtliche Überprüfungsmöglichkeit (§ 101 Abs. 7 S. 2 StPO) bezieht, ihr jedoch nicht zwangsläufig eine Benachrichtigungspflicht (§ 101 Abs. 4 S. 1, 4, Abs. 5, 6 StPO) der durch die heimliche Maßnahme in ihren Grundrechten betroffenen Personen folgt. Insofern ist es – der gesetzlichen Systematik des § 101 StPO zuwider – möglich, dass § 101 Abs. 4 S. 1 und § 101 Abs. 7 S. 2 StPO voneinander entkoppelt sind. Denn anders als im Hinblick auf die gerichtliche Überprüfungsmöglichkeit, ist eine nachträgliche Benachrichtigung von einer Kennzeichenerfassung unter Verhältnismäßigkeitsgesichtspunkten nicht zwingend erforderlich (BVerfG, Beschl. v. 18.12.2018 – 1 BvR 142/15, Rn. 154 – juris; danach jedoch bezogen auf präventiv-polizeiliche Kennzeichenerfassungen) und damit einer verfassungskonform weiten Auslegung im Regelfall nicht zugänglich.

f) Der Antrag auf gerichtliche Entscheidung ist zudem fristgerecht i.S.d. § 101 Abs. 7 S. 2 StPO gestellt. Da der Beschwerdeführer die zweiwöchige Antragsfrist jedenfalls gewahrt hat, kann es dahinstehen, ob der – nach der Norm – durch „Benachrichtigung“ beginnende Fristlauf überhaupt in Gang gesetzt wurde und die Frist im Falle der verfassungskonform analogen Anwendung überhaupt Anwendung findet. Denn auch weit verstanden, durch ein Abstellen auf die Kenntniserlangung des Beschwerdeführers

von KESY aufgrund des Zeitungsartikels der „Potsdamer Neuen Nachrichten“ vom 06.06.2019, wäre die Zweiwochenfrist bei Stellung des Antrags vom 10.06.2019, eingegangen beim Amtsgericht Frankfurt/Oder am 13.06.2019, gewahrt.

e) Der Beschwerdeführer ist im Umfang seiner Beschwer auch rechtsschutzbefugt.

aa) Zwar dienen strafprozessuale Rechtsmittel grundsätzlich nur der Beseitigung einer gegenwärtigen, fortdauernden Beschwer und damit der Aufhebung einer den Beschwerdeführer beeinträchtigenden Maßnahme. Eine Maßnahme die aus tatsächlichen oder rechtlichen Gründen nicht mehr ungeschehen gemacht werden kann, ist daher grundsätzlich nicht mehr anfechtbar (BGH NJW 1973, 2035; Köhler, in: Meyer-Goßner/Schmitt, 64. Aufl., Vor § 296 StPO, Rn. 17).

Es kann jedoch trotz Erledigung des ursprünglichen Rechtsschutzziels ein Bedürfnis nach gerichtlicher Entscheidung fortbestehen, wenn das Interesse des Betroffenen an der Feststellung der Rechtslage in besonderer Weise schutzwürdig ist (BVerfG NJW 2002, 2456). In diesen Fällen ist aus Art. 19 Abs. 4 GG, Art. 6 Abs. 1 LV ein Anspruch auf wirksame gerichtliche Kontrolle – also Feststellung der Rechtswidrigkeit – trotz prozessualer Überholung abzuleiten (grundlegend BVerfG NJW 1997, 2163; dazu BeckOK StPO/Cirener, 41. Ed. 1.10.2021, StPO § 296 Rn. 12).

bb) Die gegenständlichen Kennzeichenerfassungen wirkten bis zum 30.06.2021 teilweise fort, da die Daten des Beschwerdeführers, die im Rahmen des Aufzeichnungsmodus aufgenommen wurden – ebenso wie die aller weiteren Passanten der KESY-Anlagen –, noch gespeichert waren. Im Übrigen bestand Wiederholungsgefahr, indem durch den fortwährenden Betrieb der KESY-Anlagen neue Grundrechtseingriffe gegen den Beschwerdeführer, der die Strecke regelmäßig befuhr, erfolgen konnten.

cc) Dies ist aktuell jedoch nicht mehr der Fall. Denn der Betrieb im Aufzeichnungsmodus wurde eingestellt. Im Übrigen wurde für den – hier nicht beschwerdegegenständlichen – Fahndungsmodus mit der Einführung des § 163g StPO eine Ermächtigung geschaffen.

Das Rechtsschutzbedürfnis bzw. das fortwährende Interesse an der Feststellung der Rechtswidrigkeit der Maßnahmen folgt jedoch daraus, dass es sich bei den monierten Maßnahmen um gewichtige Grundrechtseingriffe handelte und dem Beschwerdeführer Rechtsschutz (Art. 19 Abs. 4 GG, Art. 6 Abs. 1 LV) durch eine gerichtliche Überprüfung ansonsten verwehrt wäre.

(1) Der Betrieb der KESY-Anlagen im Aufzeichnungsmodus als gewichtiger Grundrechtseingriff zu qualifizieren. Dabei wurden das rückwärtige Kennzeichen digitalisiert, ein vergrößertes Bild des Kennzeichens und eine Bildaufnahme der rückwärtigen Gesamtansicht eines jeden passierenden Kraftfahrzeugs verbunden mit Ort, Datum, Uhrzeit und Fahrtrichtung in einer zentralen Datenbank gespeichert (näher zur Funktionsweise Bl. 81 f. d.A.). Das besondere Gewicht der Maßnahme beruht auch darauf, dass diese Daten – dem Grunde nach zeitlich unbegrenzt – vorgehalten wurden, solange die Maßnahme in einem beliebigen Ermittlungsverfahren gegen eine beliebige Person „aktiv“ war. Hierdurch konnte über Jahre, ohne transparente Begrenzungen durch den demokratisch legitimierten Gesetzgeber, das Bewegungsverhalten von Kraftfahrzeugen – und damit in der Regel der Fahrzeughalter – weiter Teile der Bevölkerung, die auf der betreffenden Brandenburger Autobahn verkehrten, akkurat nachvollzogen werden; so fand eine fortwährende Speicherung seit dem 01.04.2017 bis zur Einstellung des Betriebs des Aufzeichnungsmodus am 30.06.2021 statt (Bl. 81 d.A.). Dabei fällt belastend ins Gewicht, dass die Maßnahmen verdeckt – zudem ohne entsprechende Benachrichtigungen oder transparente Einsichtnahmemöglichkeiten – vollzogen wurden und die jeweiligen Kraftfahrzeugführer kein Fehlverhalten oder sonstigen (auch nur mittelbaren) Anlass für die Überwachung setzen mussten, also auch ein niedrigschwelliger Tatverdacht gegen sie oder dritte ihnen verbundene Personen dementsprechend nicht vorausgesetzt war (vgl. Verfassungsgericht des Landes Brandenburg, Beschl. v. 19.03.2021 – VfGBbG 62/19 –, Rn. 47 – juris). Bei Ermittlungsmaßnahmen mit großer Streubreite, wie hier, der im öffentlichen Raum stattfindenden seriellen Kontrolle von Personen in großer Zahl zu Fahndungszwecken kann dadurch zudem ein Gefühl des Überwachtwerdens entstehen (vgl. BVerfG, Beschl. v. 18.12.2018 – 1 BvR 142/15, Rn. 98 – juris). Auch unter Berücksichtigung der Umstände, die das Eingriffsgewicht mindern, insbesondere, dass dem Beschwerdeführer – soweit ersichtlich – keine unmittelbaren Folgemaßnahmen und sonstigen

Konsequenzen erwachsen und er die Kontrollen über geraume Zeit nicht bemerkt haben dürfte, ist vorliegend von einem gewichtigen Eingriff in die Grundrechte auszugehen.

2. Der Antrag hat – im Umfange seiner Zulässigkeit – auch in der Sache Erfolg.

Der Betrieb des Kennzeichenerfassungssystems KESY bis zum 30.06.2021 im Aufzeichnungsmodus war rechtswidrig. Aufgrund der Wesentlichkeitslehre des Bundesverfassungsgerichts als Ausprägung des Vorbehalts des Gesetzes gemäß Art. 20 Abs. 1-3 GG bedurfte er einer speziellen gesetzlichen Ermächtigungsgrundlage, die sowohl seinerzeit als auch in der Gegenwart nicht existiert bzw. existierte. Die seit dem 01.07.2021 geschaffene Ermächtigungsgrundlage (§ 163g StPO) gilt lediglich für den Fahndungsmodus.

a) Aufgrund des Demokratie- und Rechtsstaatsprinzip (Art. 20 Abs. 1-3 GG) hat der Gesetzgeber – als demokratisch legitimates Organ – in allen grundlegenden normativen Bereichen die wesentlichen Entscheidungen selbst zu treffen (vgl. BVerfGE 49, 89, 126; 77, 170, 230 f.; 98, 218, 251; 136, 69, 114, Rn. 102). Damit soll gewährleistet werden, dass Entscheidungen von besonderer Tragweite aus einem Verfahren hervorgehen, das der Öffentlichkeit Gelegenheit bietet, ihre Auffassungen auszubilden und zu vertreten, und das die Volksvertretung dazu anhält, Notwendigkeit und Ausmaß von Grundrechtseingriffen in öffentlicher Debatte zu klären. „Wesentlich“ bedeutet danach zum einen „wesentlich für die Verwirklichung der Grundrechte“, zum anderen sind solche Fragen erfasst, „die für Staat und Gesellschaft von erheblicher Bedeutung sind.“ (vgl. BVerfGE 47, 46, 79; 98, 218, 251; 139, 19, 45, Rn. 52 – juris). Eine wesentliche Entscheidung setzt im Übrigen auch eine hinreichende Regelungsdichte und in der Regel eine nach Inhalt, Zweck und Ausmaß hinreichend bestimmte Ermächtigung voraus (vgl. BVerfGE 58, 257, 274, 277; 83, 130, 151 f.; 91, 148, 162 ff.).

b) Gemessen an diesen Maßstäben bedurfte die KESY-Kennzeichenerfassung eines speziellen Gesetzes, da es sowohl wesentlich für die Verwirklichung der Grundrechte – namentlich des Rechts auf informationelle Selbstbestimmung (Art. 2 Abs. 1 i.V.m. Art. 1 Abs. 1 GG) und dem damit übereinstimmenden brandenburgischen Grundrecht auf Datenschutz (Art. 11 Abs. 1 LV) – einer enormen Anzahl von Personen war und zudem erhebliche Bedeutung für Staat und Gesellschaft hatte.

aa) Das Recht auf informationelle Selbstbestimmung trägt Gefährdungen und Verletzungen der Persönlichkeit Rechnung, die sich unter den Bedingungen moderner Datenverarbeitung aus informationsbezogenen Maßnahmen ergeben (vgl. BVerfGE 65, 1, 42; 113, 29, 46; 115, 166, 188; 115, 320, 341 f.; 118, 168, 184; 120, 378, 397; 130, 151, Rn. 121 – juris). Die freie Entfaltung der Persönlichkeit setzt den Schutz des Einzelnen gegen unbegrenzte Erhebung, Speicherung, Verwendung und Weitergabe seiner persönlichen Daten voraus. Das Grundrecht gewährleistet insoweit die Befugnis des Einzelnen, grundsätzlich selbst über die Preisgabe und Verwendung seiner persönlichen Daten zu bestimmen (BVerfGE 65, 1, 43; 113, 29, 46). Die Gewährleistung des Grundrechts greift insbesondere ein, wenn die Entfaltung der Persönlichkeit dadurch gefährdet wird, dass personenbezogene Informationen von staatlichen Behörden in einer Art und Weise genutzt und verknüpft werden, die Betroffene weder überschauen noch beherrschen können (vgl. BVerfGE 118, 168, 184; BVerfGE 130, 151, Rn. 122 – juris). Das Recht flankiert und erweitert insofern den grundrechtlichen Schutz von Verhaltensfreiheit und Privatheit; es lässt ihn schon auf der Stufe der Gefährdung des Persönlichkeitsrechts beginnen. Eine derartige Gefährdungslage kann bereits im Vorfeld konkreter Bedrohungen von Rechtsgütern entstehen. Mittels elektronischer Datenverarbeitung sind Einzelangaben über persönliche oder sachliche Verhältnisse einer Person unbegrenzt speicherbar und jederzeit und ohne Rücksicht auf Entfernungen in Sekundenschnelle abrufbar. Sie können darüber hinaus mit anderen Datensammlungen zusammengefügt werden, wodurch vielfältige Nutzungs- und Verknüpfungsmöglichkeiten entstehen. Dadurch können weitere Informationen erzeugt und so Schlüsse gezogen werden, die sowohl die grundrechtlich geschützten Geheimhaltungsinteressen des Betroffenen beeinträchtigen als auch anschließende Eingriffe in seine Verhaltensfreiheit nach sich ziehen können. Eine weitere Besonderheit des Eingriffspotentials von Maßnahmen der elektronischen Datenverarbeitung liegt in der Menge der verarbeitbaren Daten, die auf konventionellem Wege gar nicht bewältigt werden könnte. Der mit solchen technischen Möglichkeiten einhergehenden gesteigerten Gefährdungslage entspricht der hierauf bezogene Grundrechtsschutz (st. Rspr. vgl. BVerfGE 120, 378, 397 f. m.w.N.; BVerfGE 150, 244-309, Rn. 37 – juris). Das Grundrecht dient dabei auch dem Schutz vor Einschüchterungseffekten, die zu Beeinträchtigungen bei der Ausübung anderer Grundrechte führen können, wenn für den Einzelnen nicht mehr erkennbar ist, wer was wann und bei welcher Gelegenheit über ihn weiß. Die Freiheit des Einzelnen, aus

eigener Selbstbestimmung zu planen und zu entscheiden, kann dadurch wesentlich gehemmt werden. Ein von der Grundrechtsausübung abschreckender Effekt fremden Geheimwissens muss nicht nur im Interesse der betroffenen Einzelnen vermieden werden. Auch das Gemeinwohl wird hierdurch beeinträchtigt, weil Selbstbestimmung eine elementare Funktionsbedingung eines auf Handlungs- und Mitwirkungsfähigkeit seiner Bürger gegründeten freiheitlichen demokratischen Gemeinwesens ist (vgl. BVerfGE 65, 1, 43; BVerfGE 115, 166, Rn. 88 – juris).

Der Schutzzumfang des Rechts auf informationelle Selbstbestimmung beschränkt sich nicht auf Informationen, die bereits ihrer Art nach sensibel sind und schon deshalb grundrechtlich geschützt werden. Auch der Umgang mit personenbezogenen Daten, die für sich genommen nur geringen Informationsgehalt haben, kann, je nach seinem Ziel und den bestehenden Verarbeitungs- und Verknüpfungsmöglichkeiten, grundrechtserhebliche Auswirkungen auf die Privatheit und Verhaltensfreiheit des Betroffenen haben. Insofern gibt es unter den Bedingungen der elektronischen Datenverarbeitung keine schlechthin, also ungeachtet des Verwendungskontextes, belanglosen personenbezogenen Daten mehr (vgl. BVerfGE 65, 1 45; 118, 168, 185; 120, 378, 398 f.; 150, 244, Rn. 37 – juris). Vorschriften, die zum Umgang mit personenbezogenen Daten durch staatliche Behörden ermächtigen, begründen in der Regel verschiedene, aufeinander aufbauende Eingriffe. Insbesondere ist insoweit zwischen der Erhebung, Speicherung und Verwendung von Daten zu unterscheiden (vgl. BVerfGE 100, 313, 366 f.; 115, 320, 343 f.; 120, 378, 400 f.; 125, 260, 310; 130, 151, Rn. 123 – juris).

bb) (1) Wie bereits im Rahmen des Rechtsschutzbedürfnisses – trotz legislativer bzw. prozessualer Überholung – ausgeführt, greift die automatische Kennzeichenerfassung (Datenerhebung), der Datenbankabgleich (Datenverwendung), die anschließende Einspeisung der generierten Daten in einen Datenpool (Datenspeicherung) sowie die etwaige Ausleitung der Daten im Hinblick auf konkrete Strafverfahren (weitergehende Datenverwendung) in erheblicher Weise in das Recht auf informationelle Selbstbestimmung ein.

(2) Die Grundrechtseingriffe werden durch die Begleitumstände zudem deutlich erhöht, namentlich den Umstand, dass die Maßnahmen eine beträchtliche Streubreite hatten,

indem jeder passierende Verkehrsteilnehmer erfasst wurde, der Großteil dieser Personen in keiner Weise einen Anlass für eine gegen sie gerichtete Maßnahme veranlasst hat und die Maßnahmen heimlicher Natur waren (vgl. BVerfG, Beschl. v. 18.12.2018 – 1 BvR 142/15, Rn. 98 – juris). Zudem dient die Kennzeichenerfassung in einem begrenzten Umfang auch der Erstellung eines Bewegungsbildes (vgl. BVerfG, aaO, Rn. 166 – juris [zum Fahndungsmodus zu präventiv-polizeilichen Zwecken]). Dies kann zu einem Gefühl des Überwachtwerdens, zu Einschüchterungseffekten und damit zu Beeinträchtigungen bei der Ausübung von Grundrechten führen (BVerfG, Ur. v. 11.03.2008 – 1 BvR 2074/05, Rn. 173 – juris [ebenfalls zum Fahndungsmodus zu präventiv-polizeilichen Zwecken]).

(3) Zudem halten die Bundesregierung (explizit) als auch das Bundesverfassungsgericht (implizit) eine gesetzliche Regelung für verfassungsrechtlich zwingend. Bereits durch die Einführung einer Ermächtigungsgrundlage für die Kennzeichenerfassung in § 163g StPO – die den gegenüber dem Aufzeichnungsmodus weniger eingriffsintensiven Fahndungsmodus betrifft – lässt die Bundesregierung erkennen, dass sie eine spezielle Ermächtigungsgrundlage für notwendig und die zuvor existenten Ermächtigungsgrundlagen nicht für ausreichend erachtete. Insbesondere aber heißt es im Regierungsentwurf: „Gerechtfertigt ist dieser Eingriff nur, so das Bundesverfassungsgericht weiter, wenn spezialgesetzliche Ermächtigungsgrundlagen den Einsatz von AKLS [Abk. für Automatisierte Kennzeichenlesesysteme] unter Beachtung des Grundsatzes der Verhältnismäßigkeit in den erforderlichen Einzelheiten regeln.“ (BT-Drs. 19/27654, S. 84 f.). Wie die Bundesregierung – zu Recht – annimmt, ergibt sich das Erfordernis einer (hinreichend bestimmten) gesetzlichen Regelung insbesondere aus den Beschlüssen des Bundesverfassungsgerichts vom 18.12.2018 (Az.: 1 BvR 142/15 und 1 BvR 2795/09). Gegenstand dieser Entscheidungen waren Gesetze der (präventiv-polizeilichen) Kennzeichenerfassung, sodass sich die Judikate freilich nicht zu der Frage verhalten, ob eine gesetzliche Regelung – da in diesen Fällen existent – notwendig ist. Wie auch die zuvor zitierte Einschätzung der Bundesregierung erkennen lässt, kann aus den Ausführungen zur notwendigen Bestimmtheit gesetzlicher Regelungen der Kennzeichenerfassung – im Wege eines Erst-Recht-Schlusses – derweil gefolgert werden, dass eine solche als verfassungsrechtlich zwingend geboten erachtet wird. Dies ergibt sich daraus, dass die entsprechenden Normen für verfassungswidrig und nichtig erklärt wurden, da sie bestimmte verfassungsrechtlich gebotene Vorgaben

nicht vorweisen konnten (vgl. BVerfG, Beschl. v. 18.12.2018 – 1 BvR 142/15, Tenor Ziff. 2a und 2b – juris).

(4) Darüber hinaus ist die Grundrechtssensibilität im Aufzeichnungsmodus noch signifikant höher. Über die stetige und flächendeckende Generierung von Daten über weite Teile der Bevölkerung und deren fortwährende jahrelange Einspeisung in einen umfangreichen Datenpool hinaus, behielten sich die Strafverfolgungsbehörden vor, auf die Daten – potentiell zeitlich unbegrenzt, faktisch über einen mehr als dreijährigen Zeitraum – zurückzugreifen, sofern sich gegen den betreffenden Verkehrsteilnehmer oder eine Kontaktperson (i.S.d. § 100h Abs. 2 Nr. 2 StPO) zu einem Zeitpunkt ein Anfangsverdacht ergeben sollte (sowie die weiteren Voraussetzungen vorliegen). Aufgrund der Massenspeicherung der Daten von Menschen, die hierzu keinen Anlass gegeben haben („auf Vorrat“), unter dem Vorbehalt, zukünftig auf diese zurückzugreifen, ist die Maßnahme als (Kennzeichen-)Vorratsdatenspeicherung zu qualifizieren, die zwar nicht per se verfassungs- oder europarechtswidrig ist (zu Telekommunikationsdaten: grundlegend BVerfGE 125, 260; die vorherige europarechtliche Rechtsprechung in Bezug auf Art. 15 Abs. 1 RL 2002/58 des Europäischen Parlaments und des Rates v. 12.07.2002 [Datenschutz-RL für elektronische Kommunikation] in der durch die RL 2009/136 des Europäischen Parlaments und des Rates v. 25.11.2009 geänderten Fassung im Lichte der Art. 7, 8 und 11 sowie Art. 52 Abs. 1 GRCh konkretisierend EuGH NJW 2021, 531), die Grundrechtssensibilität jedoch signifikant steigert. Insbesondere kann dies noch in weiterem Maße zu Einschüchterungseffekten, dem Gefühl des Überwachtwerdens führen. Sofern die Einsichtnahme und Nutzung nicht durch klare (gesetzgeberisch determinierte) Regeln begrenzt wird – wie vorliegend –, birgt die Maßnahme ferner die Gefahr des Missbrauchs.

c) Die bis zum 30.06.2021 existierenden Ermächtigungsgrundlagen waren für die Grundrechtseingriffe durch die KESY-Kennzeichenerfassung im Aufzeichnungsmodus nicht tauglich; insbesondere ließen sie sich weder auf strafprozessuale Standardbefugnisse (insb. §§ 100h, 163f StPO) oder die Ermittlungsgeneralklausel (§§ 161 Abs. 1 S.1, 163 Abs. 1 S. 2 StPO), noch auf Polizeirecht (§ 36a BbgPolG) stützen.

aa) Der Betrieb im Aufzeichnungsmodus lässt sich zwar unter den Wortlaut des § 100h Abs. 1 Nr. 2 StPO fassen und harmoniert mit dem Auffangcharakter der Ermächtigung. Die Anwendung verbietet sich indes vor dem Hintergrund der Gesetzeshistorie, Systematik und insbesondere der verfassungsrechtlichen Dimension. Aufgrund der zwingenden verfassungsrechtlich-restriktiven Auslegung konnten die Maßnahmen in Gestalt der damaligen KESY-Anwendungspraxis nicht auf § 100h Abs. 1 Nr. 2 StPO gestützt werden.

Nach § 100h Abs. 1 Nr. 2 StPO dürfen auch ohne das Wissen der betroffenen Personen außerhalb von Wohnungen technische Mittel für sonstige besondere Observationszwecke (als die Herstellung von Bildaufnahmen) verwendet werden, wenn die Sachverhaltserforschung (oder Aufenthaltsortsermittlung) einer wegen einer Straftat erheblicher Bedeutung beschuldigten Person auf andere Weise weniger erfolgversprechend oder erschwert wäre. Gegen andere als einen Beschuldigten darf sich die Maßnahme derweil nur richten, wenn auf Grund bestimmter Tatsachen anzunehmen ist, dass diese Person mit einem Beschuldigten in Verbindung steht oder eine solche Verbindung hergestellt wird, die Maßnahme zur Sachverhaltserforschung oder Aufenthaltsortsermittlung eines Beschuldigten führen wird und dies auf andere Weise aussichtslos oder wesentlich erschwert wäre (vgl. § 100h Abs. 2 Nr. 2 StPO).

(1) Unzweifelhaft dienten die beschwerdegegenständlichen Maßnahmen der Sachverhaltserforschung (oder Aufenthaltsortsermittlung) außerhalb von Wohnungen ohne das Wissen der betroffenen Personen. In den betreffenden Strafverfahren (soweit bekannt) lag den Maßnahmen zudem ein – implizit vorausgesetzter (vgl. etwa KK-StPO, Bruns, 8. Aufl., § 100h StPO, Rn. 4) – Anfangsverdacht zugrunde.

Die KESY-Maßnahmen dienten zudem auch Observationszwecken. Bei einer Observation handelt es sich um eine planmäßig angelegte Beobachtung (vgl. die Legaldefinition der längerfristigen Observation, § 163f Abs. 1 StPO). Der Begriff der Observationszwecke reicht jedoch weiter und umfasst über die einfache optische – rein visuelle – Überwachung hinaus etwa Peilsender (BT-Drs. 12/989, S. 39) und die Verwendung von Global Positioning Systemen (GPS) (BVerfG NJW 2005, 1338, 1340). Nach dem Gesetzentwurf des Bundesrates (bzgl. der Vorgängernorm) „regelt [der relevante Teil der Vorschrift] die Verwendung von technischen Mitteln, die keine

Aufnahme oder Aufzeichnung von Wort und Bild ermöglichen, sondern *lediglich Signale aussenden* (z. B. Peilsender)“ (BT-Drs. 12/989, S. 39; Hervorhebung *nicht* im Original; s. hierzu auch die Stellungnahme der Landebeauftragten für Datenschutz, Bl. 110 d.A.). Nach dem BVerfG „geht [es] um Ortung und Aufenthaltsbestimmung durch Beobachtung mit technischen Mitteln“ (BVerfG NJW 2005, 1338, 1340). Die gegenständliche Erfassung und etwaige Speicherung der Bilder von Kennzeichen und der rückwärtigen Gesamtansicht der Kraftfahrzeuge, verbunden mit Ort, Datum, Uhrzeit und der Fahrtrichtung sowie der Ziffernfolge der Kennzeichen gehen sowohl über das Aussenden von Signalen als auch über Ortung und Aufenthaltsbestimmung hinaus. Sie dienen vielmehr der Aufenthaltsbestimmung, umfassen aber auch visuelle Elemente. Allerdings ergibt sich aus der Stellungnahme der Bundesregierung (vgl. BT-Drs. 12/989, S. 52 ff.), dass sie den Begriff weiter versteht und etwa auch Nachtsichtgeräte als erfasst ansieht (BT-Drs. 12/989, S. 58). Vor diesem Hintergrund ist ein allzu restriktives Verständnis abzulehnen (Hauck in: Löwe-Rosenberg, StPO, 27. Aufl., § 100h StPO, Rn. 8); die Anwendung wird insbesondere nicht durch die visuellen Elemente einer Maßnahme (diesbezüglich ggf. unter ergänzendem Rückgriff auf § 100h Abs. 1 Nr. 1 StPO; allg. kritisch ggü. der Kombination strafprozessualer Ermächtigungsgrundlagen Nadeborn/Albrecht, NZWiSt 2021, 420) gesperrt. Prägend ist vielmehr die Ergänzungs- und Unterstützungsfunktion für Observationen (s. Singelnstein, NStZ 2014, 305, 308), aus der sich eine kategoriale Begrenzung eingesetzter Mittel nicht herleiten lässt.

Es bestehen jedoch durchgreifende Zweifel, dass der Betrieb der KESY-Anlagen im maßgeblichen Zeitraum als *technische Mittel* i.S.d. Norm anzusehen war. Der Wortlaut lässt ein solches Verständnis zwar zu. Zudem hat § 100h Abs. 1 Nr. 2 StPO im Hinblick auf die Gesetzesformulierung, die sich auf „sonstige [...] technische Mittel“ bezieht, Auffangcharakter und ist daher im Hinblick auf die fortschreitende technische Entwicklung grundsätzlich entwicklungsoffen (BGHSt 46, 266, 272; OLG Düsseldorf JR 1999, 255, 257; zur Verfassungsmäßigkeit BVerfGE 87, 287, 317 f.; zum gleichlautenden Merkmal in § 100i Abs. 1 StPO zudem: BGHSt 63, 82) – wie die Staatsanwaltschaft in ihrer Stellungnahme zu Recht betont (Bl. 86, 86R d.A.). Gegen die Annahme, dass – im Hinblick auf den Organisationsgrad und Grundrechtssensibilität – derart weitreichende Maßnahmen wie KESY erfasst werden, streiten jedoch historische und systematische Gründe.

Die in den Gesetzgebungsmaterialien genannten Maßnahmen und hierzu verwandten technischen Geräte – wie Peilsender, Nachtsichtgeräte (BT-Drs. 12/989, S. 39, 58) –, aber auch die seitens der Wissenschaft (teils ehemals) diskutierten Fälle – Alarmkoffer, Bewegungsmelder, GPS-Tracking, Stille SMS, Drohnen (s. etwa Köhler, Meyer-Goßner/Schmitt, StPO, 64. Aufl., Rn. 2 m.N.) – beziehen sich ausschließlich auf Einzelpersonen zentrierte technische Maßnahmen, die im Einzelfall in Stellung gebracht oder appliziert werden müssen. Dies folgt auch daraus, dass dem Auffangtatbestand im Hinblick auf Observationen eine Ergänzungs- und Unterstützungsfunktion zukommt. Demgegenüber verfolgen die KESY-Anlagen einen umfassenden Ansatz, der alle Verkehrsteilnehmer auf den betreffenden Strecken erfasst. Insbesondere handelt es sich nicht um ein einzelnes, individuell einsetzbares Instrument, sondern um ein elaboriertes Gesamtsystem, das sich aus einer Mehrzahl stationärer und mobiler Vorrichtungen zusammensetzt und die Daten in einem landesweiten Datenpool zusammenführt. Insofern stellen sich Fragen der Datensicherheit und Datenverwendung in besonderem Maße (BVerfGE 125, 260, Rn. 221 – juris), sodass es im Falle der Intention eines weiten Verständnisses, nahegelegen hätte, den Datenumgang näher zu regeln (wie nunmehr in § 163g Abs. 2 S. 2–4 StPO für den Fahndungsmodus der Fall). Der Umfang der erfassten Verkehrsvorgänge im betreffenden Zeitraum dürfte sich – nach vorsichtigen Schätzungen – im zweistelligen Millionenbereich bewegen (dazu und zu Berechnungsgrundlagen LG Frankfurt (Oder), Beschl. v. 22.10.2019 – 22 Qs 56/19, Rn. 6 – juris).

Systematische Brüche ergeben sich auch im Hinblick auf die Verfahrensregelungen des § 101 StPO. Nach dessen Abs. 4 Nr. 7 bedarf es bei Maßnahmen gemäß § 100h Abs. 1 StPO einer (nach Abs. 5 regelmäßig nachträglichen) Benachrichtigung von Zielpersonen und erheblich Mitbetroffener. Erheblich mitbetroffen sind alle erfassten Verkehrsteilnehmer (Verfassungsgericht des Landes Brandenburg, Beschl. v. 19.03.2021 – 62/19 –, Rn. 51 – juris). Konsequenterweise angewandt hätte dies zu einer (mehrmals) täglichen Benachrichtigung von einzelnen Verkehrsteilnehmern (über den beschwerdegegenständlichen Zeitraum hinweg im millionenfachen Umfang) geführt, die die betreffenden Strecken regelmäßig befahren. Dies ist und war jedoch weder durchführbar (BR-Drs. 57/21, S. 76), wurde im Übrigen seinerzeit auch nicht praktiziert (Bl. 89 d.A.), noch ist es verfassungsrechtlich geboten (vgl. BVerfG, Beschl. v. 18.12.2018 – 1 BvR 142/15, Rn. 154 – juris). Dementsprechend hat der Gesetzgeber im

Zuge der Schaffung der Ermächtigung des § 163g StPO (betreffend den Fahndungsmodus) die diesbezügliche Benachrichtigungspflicht (in Abs. 4 Nr. 13) auf Zielpersonen begrenzt (BT-Drs. 19/27654, S. 72).

Weitere systematische Bedenken ergeben sich aus § 100h Abs. 3 StPO, wonach „Maßnahmen auch durchgeführt werden [dürfen], wenn Dritte unvermeidbar mitbetroffen werden“ (entsprechende Regelungen finden sich im Übrigen auch in §§ 100b Abs. 3 S. 3 [Online-Durchsuchung], 100c Abs. 3 S. 3 [Wohnraumüberwachung], 100f Abs. 3 [Akustische Überwachung außerhalb von Wohnraum], 163f Abs. 2 S. 1 [Längerfristige Observation], § 100i Abs. 2 S. 1 StPO [Technische Ermittlungsmaßnahmen bei Mobilfunkendgeräten]). Die Klausel soll einerseits sicherstellen, dass Maßnahmen gegen Zielpersonen nicht unterlassen werden müssen, weil zwangsläufig in die Grundrechte Dritter eingegriffen wird (BT-Drs. 12/989, S. 40; Köhler, in: Meyer-Goßner, StPO, 64. Aufl., § 100h, Rn. 9; zu § 100c StPO explizit Hauck in: Löwe-Rosenberg, StPO, 27. Aufl. 2018, § 100c, Rn. 101). Als Ausprägung des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes hält sie die Strafverfolgungsbehörden andererseits dazu an, Dritte so weit wie möglich vor Grundrechtseingriffen zu verschonen (Erb in: Löwe-Rosenberg, StPO, 27. Aufl. 2018, § 163f, Rn. 10; Zöller, in: Heidelberger Kommentar, 6. Aufl. 2019, § 100h, Rn. 5). Dieser Zweck läuft im Falle der Kennzeichenerfassung – trotz der enormen Streubreite Drittbetroffener – indes vollständig leer. Denn die Erlaubnis „die Maßnahmen“ auch durchzuführen, wenn Dritte unvermeidbar mitbetroffen werden, setzt (im syntaktischen Zusammenhang) implizit voraus, dass die zu schützenden Grundrechtseingriffe (ungewollte) Nebeneffekte und nicht – wie jedoch vorliegend – selbst Teil der Maßnahme bzw. deren Zweck sind (auch wenn sie dies nicht zu Zielpersonen macht, wie die Staatsanwaltschaft insofern treffend ausführt, Bl. 87 d.A.); vorliegend war die Erfassung sämtlicher passierender Verkehrsteilnehmer integraler und konstitutiver Bestandteil der (Gesamt-)Maßnahme, mithin mitbezweckt. Die Gestalt der Maßnahme unterläuft damit die Schutz- und Begrenzungsfunktion des § 100h Abs. 3 StPO und fügt sich auch insofern nicht in die Gesetzessystematik ein.

(2) Unabhängig von diesen Bedenken, verbietet es jedenfalls die verfassungskonforme Auslegung des § 100h Abs. 1 Nr. 2 StPO die automatische Kennzeichenerfassung im Aufzeichnungsmodus hierauf zu stützen. Es hätte vielmehr spezieller auf die

automatische Kennzeichenerfassung zugeschnittener Ermächtigungsgrundlagen (mit verschärften Voraussetzungen und höherer Regelungsdichte) bedurft.

In Anbetracht der dargestellten hohen Grundrechtssensibilität der Maßnahme – auch im Hinblick auf die damit verbundene Vorratsdatenspeicherung – weist § 100h Abs. 1 StPO keine hinreichenden Begrenzungen, etwa in räumlicher Hinsicht, insbesondere jedoch keine ausreichenden prozessualen Verfahrenssicherungen auf; es fehlte an Regelungen zur Datenspeicherung, -löschung und -sicherheit sowie den Zugriffsmöglichkeiten, einem effektiven Richtervorbehalt, und an der Gewährleistung effektiven individuellen Rechtsschutzes und hinreichender Transparenz.

Im Hinblick auf die Streubreite und Anlasslosigkeit der automatischen Kennzeichenerfassung verbietet sich grundsätzlich eine flächendeckende Erfassung von Fahrzeugen. Wie das Bundesverfassungsgericht in seiner Entscheidung zum präventiv-polizeilichen Fahndungsmodus entschied, bedarf es als verfassungsrechtliche Mindestanforderung der zeitlichen und räumlichen Begrenzung durch den Gesetzgeber (BVerfG, Beschl. v. 18.12.2018 – 1 BvR 142/15, Rn. 115). Dies hat sich im neu geschaffenen § 163g Abs. 1 StPO darin niedergeschlagen, dass die Datenerhebung nur „vorübergehend“ und „nicht flächendeckend“ erfolgen darf. Im noch weitergehend grundrechtssensiblen Aufzeichnungsmodus gilt dies erst recht. Daher dürfte, auch wenn die Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts die Kriterien (bisher) nicht näher konkretisierte (s. BVerfG, aaO), verfassungsrechtlich zu verlangen sein, dass ex-ante mit hinreichender Wahrscheinlichkeit angenommen werden kann, dass eine Zielperson die betreffenden Kontrollpunkte im öffentlichen Verkehrsraum in absehbarer Zeit passieren wird (so das überzeugende Verständnis der Bundesregierung bezüglich des aufgrund dieser Rechtsprechung geschaffenen Tatbestandsmerkmals in § 163g Abs. 1 S. 2 StPO, vgl. BT-Drs. 19/27654, S. 87). Dies entsprach jedoch nicht der Anwendungspraxis, da die KESY-Anlagen dauerhaft und – soweit bekannt – allesamt gleichzeitig betrieben wurden. Erst recht hielten weder § 100h StPO, noch die regelmäßig gleichzeitig angeordnete längerfristige Observation (§ 163f StPO), dahingehende Regelungen vor.

Wegen des enormen Umfangs der langfristig auf Vorrat – in einem einheitlichen Datenpool – gespeicherten und recherchierbaren Daten über weite Teile der

Landesbevölkerung und der darauf beruhenden Möglichkeit der Erstellung von Bewegungsprofilen, sowie der Gefahren des Missbrauchs, ist die Gewährleistung eines hinreichend klaren und sicheren Datenumgangs von enormer Bedeutung (BVerfG, Urt. v. 02.03.2010 – 1 BvR 256/08, Rn 221 ff – juris). Die Anforderungen an die Regelungsdichte der Datenerhebung, -verarbeitung und -verwendung sind insofern signifikant höher als beim Fahndungsmodus, der nur im Trefferfall Daten speichert und die Daten andernfalls unverzüglich löscht. An Regelungen hierzu fehlt es im Rahmen des § 100h Abs. 1 StPO gänzlich. Diesbezüglich deutet die Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts – in seiner Entscheidung zur präventiv-polizeilichen Kennzeichenerfassung – gar darauf hin, dass eine unverzügliche Löschung zwingend erforderlich ist, sodass sich die anlasslose Speicherung grundsätzlich verbieten würde; so heißt es, „[die betreffende Norm] stellt [...] sicher, dass die erfassten Kraftfahrzeugkennzeichen nach dem Abgleich unverzüglich zu löschen sind. Dies entspricht den verfassungsrechtlichen Anforderungen [...]“ (BVerfG, Beschluss vom 18.12.2018 – 1 BvR 142/15, Rn. 160 – juris). Mag sich die Speicherung entsprechender Daten verfassungsrechtlich auch nicht grundsätzlich verbieten, so ist die Festlegung begrenzender und transparenter Regeln zur Datenspeicherung, -löschung und zum übrigen Datenumgang – wie beim (deutlich datenschonenderen) § 163g StPO nunmehr der Fall – verfassungsrechtlich jedenfalls im Falle einer anlasslosen Massendatenerhebung der beschwerdegegenständlichen Tragweite als unverzichtbar anzusehen. Aus § 100h Abs. 1 StPO ist indes weder ersichtlich welche der Daten eines Fahrzeugs erfasst werden dürfen (Kennzeichen, Ort, Datum, Uhrzeit und Fahrtrichtung), noch mit welchen Daten ein Abgleich stattfinden darf, ob und wie die Daten zusammengeführt und gespeichert werden und welcher Personenkreis und welchen Voraussetzungen hierauf zugreifen nehmen kann.

Vor dem Hintergrund, dass keine vorbeugende Kontrolle durch einen Richtervorbehalt (zum Zweck BVerfGE 57, 346, 355; 76, 83, 91) vorgesehen ist, ist dieser gewichtige Mangel umso schwerwiegender. So sieht § 100h StPO selbst keinen Richtervorbehalt vor. Zwar fußte die Anordnung des KESY-Aufzeichnungsmodus regelmäßig auf vorherigen Anordnungen längerfristiger Observationen, die ihrerseits der richterlichen Anordnung (oder nachträglichen Bestätigung) bedürfen (§ 163f Abs. 3 StPO). Bei einer nur kurzfristigen Observation (auf Grundlage der Generalklauseln der §§ 161 Abs. 1 S. 1, 163 Abs. 1 S. 2 StPO) – unter 24 Stunden bzw. mit Unterbrechung an zwei Tagen

(vgl. § 163f Abs. 1 S. 1 Nr. 1 StPO) – bedurfte es dessen jedoch nicht. Aber auch für den Regelfall einer zugrunde liegenden längerfristigen Observation, erstreckte sich die richterliche Entscheidung nicht auch auf die KESY-Anordnung. Diese konnte – und so wurde es auch praktiziert – vielmehr durch die Strafverfolgungsbehörden allein (im Nachgang) angeordnet werden. Dies ist auch vor dem Hintergrund höchstbedenklich, dass das betreffende Gericht mit der Anordnung der Observation zugleich deutlich weitreichendere Maßnahmen – die massenhafte Kennzeichenerfassung – ermöglichte, ohne jedoch hiervon Kenntnis haben zu müssen. Die Auswirkungen und (enorme) Tragweite der richterlichen Entscheidung blieben insofern ungewiss, sodass der Zweck des Richtervorbehalts weitgehend leer lief.

In verfassungswidriger Weise intransparent ist zudem, dass unklar blieb und vom Zufall abhing, welche Tragweite die Anordnung der längerfristigen Observation und des Aufzeichnungsmodus im Einzelfall hatte. Im Falle anderer aktiver Aufzeichnungsanordnungen war die Tragweite geringer, da eine Aufzeichnung ohnehin stattfand; wurde jedoch die Brücke von einer Anordnung zur anderen gespannt, konnte dies die Löschung des gesamten landesweiten Datenpools der vergangenen Jahre verhindern. Der mit der Dauer der Datensammlung steigenden Grundrechtssensibilität und verfassungsrechtlichen Rechtfertigungsbedürftigkeit standen damit keinerlei prozedurale Kontroll- oder Sicherungsmechanismen gegenüber. Vor diesem Hintergrund haben die zuständigen Ausschüsse des Bundesrats im Rahmen des Gesetzgebungsverfahrens (Gesetz zur Fortentwicklung der Strafprozessordnung und zur Änderung weiterer Vorschriften) in ihrer Hauptempfehlung an das Plenum des Bundesrats eine einzelfallbezogene Datentrennung vorgesehen (BR-Drs. 57/1/21, S. 7, 10). Zur Begründung heißt es: „Um eine nicht allein unverhältnismäßige, sondern auch unter datenschutzrechtlichen Gesichtspunkten nicht hinnehmbare Kumulation von Daten in einer bei einander zeitlich überlappenden Anordnungen stets wachsenden und der Löschung nach § 101 Absatz 8 StPO praktisch nicht zugänglichen Datensammlung über lange Zeiträume auszuschließen, hat die Speicherung einzelfallbezogen getrennt von anderen durch das AKLS gespeicherten Daten zu erfolgen.“ (BR-Drs. 57/1/21, S. 10). Doch auch dieser Vorschlag vermochte es nicht, sich gegen eine deutlich restriktivere Hilfsempfehlung zum Aufzeichnungsmodus (BR-Drs. 57/1/21, S. 18, BR-Drs. 57/21, S. 8 f.) im Plenum des Bundesrats durchzusetzen (BR-Plenarprotokoll, 1001. Sitzung, 05.03.2021 S. 76 f.). Letztlich nahm die Bundesregierung auch den

restriktiveren Vorschlag des Bundesrats nicht in das Reformgesetz (BGBl. I 2021, S. 2099) auf, sodass es in der gesetzlichen Regelung des Fahndungsmodus (§ 163g StPO) sein Bewenden hatte.

Auch das Fehlen gesetzlich-determinierter Dokumentationspflichten verbietet eine verfassungskonforme Auslegung nach der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts. So hat das Gericht es als verfassungswidrig angesehen, „dass das Gesetz keine Pflicht zur Dokumentation der Entscheidungsgrundlagen für den Einsatz von automatisierten Kennzeichenkontrollen vorsieht.“ (BVerfG, Beschluss vom 18.12.2018 – 1 BvR 142/15, Rn. 156 f. mit näherer Begründung – juris). Auf dieser verfassungsrechtlichen Vorgabe dürften die qualifizierten Anforderungen an die Begründung und Schriftlichkeit von Anordnungen im neu geschaffenen § 163g Abs. 3 StPO beruhen. Hinzukommt, dass die Staatsanwaltschaft ihrer (einfachgesetzlich) statuierten Benachrichtigungspflicht (§ 101 Abs. 4 Nr. 7 StPO) nach der ihrerseits angewandten Norm des § 100h StPO in der Praxis nicht nachkam, sodass der Rechtsschutz (aufgrund von Unkenntnis, jedenfalls bis zum Zeitpunkt der medialen Berichterstattung Mitte des Jahres 2019) praktisch ausfiel. Dies ist im Hinblick auf das Verfassungsgebot effektiven Rechtsschutzes (Art. 19 Abs. 4 GG) mindestens höchstbedenklich.

Der Umstand, dass die Praxis der (repressiven) Kennzeichenerfassung der breiten Öffentlichkeit über geraume Zeit gänzlich unbekannt war, weckt zudem erhebliche verfassungsrechtliche Zweifel und verdeutlicht das Bedürfnis spezialgesetzlicher Regelung. Obwohl die Grundrechtseingriffe weite Teile der (insbesondere brandenburgischen) Bevölkerung betrafen und ihnen damit gesamtgesellschaftliche Bedeutung zukam, war es unmöglich von den Maßnahmen (jedenfalls in ihrer strafprozessualen Zielrichtung) Notiz zu nehmen. Dies offenbart in frappierender Weise die Bedeutung der Wesentlichkeitslehre, die es – neben der demokratischen Legitimierung – gerade gewährleisten soll, dass Fragen, die die gesamte Gesellschaft betreffen und interessieren, aus einem Verfahren hervorgehen, das der Öffentlichkeit Gelegenheit bietet, ihre Auffassungen auszubilden und zu vertreten, und das die Volksvertretung dazu anhält, Notwendigkeit und Ausmaß von Grundrechtseingriffen in öffentlicher Debatte zu klären (vgl. BVerfGE 47, 46, 79; 98, 218, 251; 139, 19, 45, Rn. 52 – juris). Hierzu bestand aufgrund des Unwissens in der Bevölkerung vorliegend in

besonderem Maße Bedarf. Der weit gefasste § 100h StPO war vor diesem Hintergrund bereits im Ansatz ungeeignet, dem demokratischen Bedürfnis an Transparenz und gesellschaftlicher Teilhabe Genüge zu tun.

Vor dem Hintergrund dieser verfassungsrechtlichen Defizite konnte der Aufzeichnungsmodus – jedenfalls in der Gesamtschau dieser Umstände – nicht in rechtmäßiger Weise auf § 100h StPO gestützt werden. Es kann im Übrigen dahinstehen, ob bzw. unter welchen Voraussetzungen eine verfassungskonforme gesetzliche Regelung geschaffen werden könnte.

bb) Aufgrund der dargestellten Anforderungen an eine Ermächtigungsgrundlage kann die automatische Kennzeichenerfassung im Aufzeichnungsmodus nicht – auch nicht ergänzend zu § 100h StPO – auf § 163f StPO (längerfristige Observation) oder § 98c StPO (maschineller Abgleich vorhandener Daten; ablehnend auch BT-Drs. 19/27654, S. 84, dazu Hornung/Schindler, ZD 2017, 203, 208) gestützt werden.

cc) Erst recht ist ein Rückgriff auf die polizeiliche oder staatsanwaltliche Ermittlungsgeneralklausel (§§ 161 Abs. 1 S.1 bzw. 163 Abs. 1 S. 2 StPO) nicht möglich. Diese ermächtigen lediglich zu Maßnahmen, die mit weniger intensiven Grundrechtseingriffen als sonstige gesetzliche Befugnisse verbunden sind (BGHSt 51, 211, 218; Köhler, in: Meyer-Goßner, StPO, 64. Aufl., § 161 StPO, Rn. 1), was hier angesichts der aufgezeigten Eingriffsintensität nicht der Fall ist.

Sofern vereinzelt auch Grundrechtseingriffe höherer Intensität als von der (repressiven bzw. gefahrenabwehrrechtlichen) Generalklausel gedeckt angesehen werden – es kann letztlich dahinstehen, ob dies auch bei dem vorliegenden Intensitätsgrad angenommen werden kann –, so wird dies jedoch nur für eine Übergangszeit als verfassungsrechtlich zulässig angesehen (BGH NStZ 1992, 44, 45; vgl. auch etwa Möstl/Weiner, BeckOK POR Niedersachsen, Systematische und begriffliche Vorbemerkungen zum Polizeirecht in Deutschland, Rn. 101a m.w.N.). Dem liegt der Gedanke zugrunde, dass der Gesetzgeber nicht sämtliche künftige Gefahren und alle ihnen gegenüber zu treffenden Maßnahmen im Einzelnen voraussehen und detailliert regeln kann, sodass Generalklauseln eine Auffangfunktion zukomme. Danach seien diese auch für atypische Gefahrenlagen heranzuziehen, insbesondere wenn diesen neue, nach Art und Ausmaß

bislang nicht bekannte Gefahren zugrunde liegen (OVG Bremen, Urt. v. 24.03.1998 – 1 BA 27/97 –, Rn. 27 – juris).

Ein solcher Fall liegt angesichts der langjährigen Praxis der Kennzeichenerfassung in Deutschland und im Land Brandenburg jedenfalls nicht vor. § 36a BbgPolG als Ermächtigungsgrundlage für die präventive Kennzeichenerfassung beruht auf der identischen Technik und ist bereits seit dem 21.12.2006 in Kraft (Gesetz v. 18.12.2006, GVBl. I S. 188). Der Probelauf der Kennzeichenerfassung im Land Brandenburg reicht zurück in das Jahr 2003 (vgl. Arzt SVR 2004, 312, 322 unter Verweis auf die Pressemitteilung des Innenministeriums Brandenburg, vom 06.03.2004).

dd) Zudem ist die Praxis zu repressiven Zwecken nicht von § 36a BbgPolG gedeckt, da dieser – bereits aus Kompetenzgründen, vgl. Art. 74 Abs. 1 Nr. 1 GG – nur die Kennzeichenerfassung zu gefahrenabwehrrechtlichen Zwecken erfasst. Dies ergibt sich auch aus dem eindeutigen Wortlaut der Vorschrift.

ee) Vor dem Hintergrund, dass ein formelles Gesetz erforderlich war und ein solches seinerzeit nicht existierte, ist es bedeutungslos, sollten die Strafverfolgungsbehörden aufgrund von Weisungen durch die Generalstaatsanwaltschaft gegenüber den Landesstaatsanwaltschaften bzw. entsprechenden Abstimmungen mit dem Polizeipräsidium Brandenburg (Bl. 27R f. d.A.) materiell die zwingenden (Verfassungs-)Rechtsmaßstäbe eingehalten haben.

3. Die Kosten des Verfahrens und des Beschwerdeverfahrens sowie die jeweils notwendigen Auslagen des Beschwerdeführers trägt gemäß § 473a StPO, § 473 Abs. 4 StPO analog die Staatskasse, da die Maßnahmen teilweise für rechtswidrig erklärt wurden und die Kostentragung im Übrigen der Billigkeit entspricht. Die Billigkeitsentscheidung beruht insbesondere darauf, dass die nochmalige Überprüfung des aufgehobenen Beschlusses nicht veranlasst gewesen wäre, wenn die Entscheidung bereits vor der verfassungsrechtlichen Überprüfung in dieser Form getroffen worden wäre (s. dazu Köhler, in: Meyer-Goßner, StPO, 64. Aufl., § 473, Rn. 26 m.w.N.).