

### VUT Sachverständige - Ihr starker Partner in Sachen Verkehrsmesstechnik

Geschwindigkeits- und Abstandsmessungen • Güter- und Personenverkehr • Fahrererkennung • Atemalkohol • Seminare



#### 54. VGT in Goslar:

#### **Kein standardisiertes Messverfahren nach neuem Eichrecht ?**

Auf unserer Internetseite können Sie dieses Dokument kostenlos downloaden.

Der 54. Verkehrsgerichtstag in Goslar ist nun einen Monat her.

Die Konsequenzen, die sich nach Ansicht des dort im Arbeitskreis V versammelten Plenums aus der gesetzlichen Neuregelung des Mess- und Eichwesens ergeben, sind an praktischer Bedeutung für den Verteidiger im OWi-Verfahren nicht zu unterschätzen.

#### **I. Die Empfehlungen des AK V im Einzelnen:**

**1. Der AK stellt fest, dass mit der Gesetzesänderung des Mess- und Eichrechts begrüßenswerte Verbesserungen unter anderem im Bereich der Dokumentations- und Verwendpflichten erzielt wurden. Um eine höhere Akzeptanz der Verkehrsmessungen zu erreichen, bedarf es jedoch weitergehender Regelungen.**

Es wird deutlich, dass aus Sicht der am Verfahren Beteiligten (es waren Behörden, Hersteller, Richter, Rechtsanwälte und Sachverständige im AK vertreten) der Weg zu einem transparenten System der Verkehrsüberwachung (von der Zulassung eines Messgeräts bis zum Tatvorwurf) noch nicht zu Ende gegangen ist.

**2. Bei Inverkehrbringen neuer oder veränderter Geschwindigkeitsmessgeräte ist die Rechtsprechung zum „standardisierten Messverfahren“ vorerst nicht anzuwenden.**

Die Diskussion im Plenum hat eindeutig gezeigt, dass die Veränderungen, die die neuen gesetzlichen Regelungen mit sich gebracht haben, als solche erkannt wurden. Die PTB ist nicht mehr als *staatliche technische Oberbehörde* tätig, sondern privatwirtschaftlich. Eine Konformität nach neuem Recht kann daher nicht unmittelbar das gleiche Vertrauen erwarten wie eine Gerätezulassung nach altem Recht.

Die Rechtsprechung zum standardisierten Messverfahren beruht aber eben auf diesem Vertrauensvorschuss. Fällt dieses Vertrauen nun (vorerst) weg, kann auch keine Vermutungswirkung für „richtige Ergebnisse“ mehr greifen. Dem Betroffenen muss also über seinen Verteidiger in jedem einzelnen Fall die Möglichkeit gegeben sein, etwa mittels Sachverständigengutachten, die Messung zu überprüfen und nicht wie bisher nur beim Vorliegen konkreter Zweifel.

Ganz klar herauszustellen ist auch, dass der Passus „veränderter Geschwindigkeitsmessgeräte“ auch und vor allem Messgeräte meint, *an denen Softwareänderungen durchgeführt wurden*.

Dass sich auch neue, bzw. veränderte Messverfahren mit der Zeit als „standardisiert“ erweisen können, ist nicht ausgeschlossen. Dafür muss aber geklärt sein, worauf diese neue Verlässlichkeit

gründet. Das kann eben nur dann der Fall sein, wenn über einen unbestimmten Zeitraum die Ergebnisse dieser Messverfahren in der Praxis vollständig und wissenschaftlich überprüfbar sind (in den einzelnen OWi-Verfahren) und sich dann als (in den allermeisten Fällen) verlässlich erwiesen haben.

Eine solche Überprüfbarkeit muss die bei aktuellen Messgeräten faktisch (nicht) vorliegende jedoch weit übersteigen. Denn hier sind in den allermeisten Fällen allenfalls Plausibilitätsprüfungen möglich. Es wird also der Anschein der Richtigkeit der Ergebnisse geprüft und nicht wissenschaftlich die Richtigkeit der Messergebnisse belegt.

Insofern muss im Rahmen eines „fair trial“ der aktuelle Umfang des Akteneinsichtsrechts der Verteidigung noch einmal hinterfragt werden. Das Stichwort dabei einmal mehr: Rohmessdaten.

Auch der Bereich der Geschwindigkeitsmessungen ist längst im digitalen Zeitalter angekommen. So wie früher der Nassfilm (als Abbildung der zum Tatzeitpunkt abgelaufenen Wirklichkeit) das originäre Beweismittel war, sind es heute die Rohmessdaten.

Die Aufzeichnung dieser Daten ist das, was dem tatsächlichen Geschehensablauf zum Tatzeitpunkt am nächsten kommt. Jedes Filtern, Kürzen, Wegschneiden, Verrechnen oder sonstige Verändern dieser Daten stellt eine Interpretation der aufgezeichneten „Wirklichkeit“ zum Tatzeitpunkt dar. Um nun die Verlässlichkeit eines Messergebnisses überprüfen zu können, brauchen der Betroffene und sein Sachverständiger eben diese Rohmessdaten. Denn nur, wenn der Sachverständige die gleichen „Ausgangsdaten“ hat wie das Messgerät, kann er in einer eigenen Berechnung zu einem Messwert gelangen und diesen mit dem Messwert, den das Gerät ausgeworfen hat, vergleichen.

Der immer wieder vorgebrachte Hinweis auf Geschäftsgeheimnisse (seitens PTB und mancher Hersteller) geht bezüglich der Rohmessdaten also schon von Grund auf ins Leere. Denn die Aufzeichnung eines Geschehensablaufs kann kein Geschäftsgeheimnis darstellen.

Allenfalls könnte der Rechenweg bzw. Algorithmus der genutzt wird, um von diesen Rohmessdaten zu einem Geschwindigkeitswert zu gelangen, ein Geschäftsgeheimnis darstellen. Und auch dann könnte man immer noch trefflich darüber streiten, ob allgemein bekannte Rechenarten (wie etwa die Korrelationsrechnung) Geschäftsgeheimnisse sein können.

*Aber auch wenn man davon ausginge, dass es sich um Geschäftsgeheimnisse handelte und zwar bezogen sowohl auf die Rohmessdaten, als auch auf die verwendeten Algorithmen, so steht dem Einwand von PTB und Hersteller die Rechtsprechung des BGH entgegen. Namentlich im Beschluss vom 04.10.2007 (Az.: KRB 59/07) hat der BGH entschieden:*

*Während im zivilgerichtlichen und verwaltungsgerichtlichen Verfahren ein Zeugnisverweigerungsrecht anerkannt ist, wenn der Zeuge ein Geschäftsgeheimnis offenbaren müsste (§384 Nr.3 ZPO i.V.m. §98 VwGO), gilt dies im Straf- und Bußgeldverfahren nicht. Dies zeigt den im Verhältnis zum Aufklärungsinteresse geringeren Schutz auf, den Geschäftsgeheimnisse im Straf- und Bußgeldverfahren genießen. Dort sind sie grundsätzlich immer dann zu offenbaren, wenn es die Ermittlung einer Straftat oder Ordnungswidrigkeit gebietet.*

Der BGH ist in seiner Formulierung eindeutig und lässt keine Zweifel zu: Will man eine Ordnungswidrigkeit im Sinne einer Geschwindigkeitsüberschreitung aufklären, braucht man dafür die Aufzeichnung des tatsächlichen Geschehensablaufs (mithin die Rohmessdaten). Entgegenstehende Geschäftsgeheimnisse haben grundsätzlich hinter dem Aufklärungsinteresse zurück zu stehen.

Nun kommt es bei manchen Messgeräten vor, dass die Hersteller die Rohmessdaten entweder nicht abspeichern oder nach Erfassung und Ermittlung des Geschwindigkeitswertes löschen. Im

Rahmen des gerade Gesagten muss man hier wohl über *Vernichtung oder Unterdrückung von Beweismitteln* nachdenken.

**3. Der Arbeitskreis fordert erneut bundeseinheitliche, ausführliche Messprotokolle. Diese verbindlichen Vorgaben für die Messprotokolle müssen Bestandteil der Gebrauchsanweisung werden.**

Dies ist begrüßenswert, auch wenn hier Umfang und Inhalt der Messprotokolle noch viel Diskussionspotential bergen. Berücksichtigt werden sollte hier vor allem auch die Meinung der Sachverständigen. Denn letzten Endes werden sie es sein, die mit der Überprüfung der Richtigkeit eines Messwertes beauftragt werden und insofern am besten beurteilen können, welche Angaben für eine solche Überprüfung notwendig sind.

**4. Die den Verwender treffende Pflicht zum Führen einer Geräteakte ist in die Gebrauchsanweisung aufzunehmen.**

Diese Pflicht trifft den Verwender schon nach § 32 Abs. 2, Nr. 4 MessEG. Eine Beschränkung auf konformitätsbewertete Messgeräte ist hier nicht ersichtlich. Die Pflicht zum Führen dieser Akte trifft also *seit dem 01.01.2015 alle Verwender* von Messgeräten. Die Aufnahme dieser Pflicht auch in die Gebrauchsanweisung kann also nur der Verdeutlichung dienen, ist insofern aber mit Sicherheit ebenfalls begrüßenswert.

**5. Der Gesetzgeber wird aufgefordert sicherzustellen, dass alle für die Überprüfung des Messergebnisses erforderlichen Daten gespeichert und dem Betroffenen im Einzelfall auf Antrag zur Verfügung gestellt werden.**

Diese Empfehlung brachte den meisten Diskussionsbedarf mit sich. Denn der Gesetzgeber kann sich mit dem Nachkommen einer solchen Aufforderung eigentlich nur an einen Adressatenkreis richten: *die Hersteller*. Nur der Hersteller kann gewährleisten, dass alle Daten (die bereits oben erwähnten Rohmessdaten) gespeichert und zur Verfügung gestellt werden.

Die Frage was zur Überprüfung des Messergebnisses erforderlich ist, kann eigentlich auch nur auf eine Art beantwortet werden:

Zur Überprüfung ist alles erforderlich, was zur Ermittlung des vorgeworfenen Messwertes ursprünglich erfasst wurde. Also das erwähnte „Abbild der Realität“ zum Tatzeitpunkt mit so vielen Informationen wie möglich.

Das hat mehrere Gründe:

1) Es stellt technisch überhaupt kein Problem dar, alle erfassten Daten und Signale auch abzuspeichern. Sie werden ohnehin erfasst. Kein Hersteller wird dazu verpflichtet neue Sensoren oder sonstiges in sein Gerät einzubauen. Er soll lediglich alles, was seine verbauten Sensoren zum Tatzeitpunkt erfassen, auch aufzeichnen und abspeichern lassen. Diese Forderung verpflichtet den Hersteller also nicht über Gebühr.

2) Der Betroffene und damit sein Sachverständiger, genauso wie ein gerichtlicher Sachverständiger muss von diesen Ausgangsdaten eine eigene Überprüfung des Messwertes vornehmen. Ansonsten kommt er schnell in die Gefahr schlicht den Rechenweg des Herstellers zu wiederholen. Dass dabei in aller Regel das gleiche Ergebnis herauskommen wird wie bei der „Erstellung“ des Messwertes liegt auf der Hand.

Folgt man dieser Argumentation ist klar, dass die Rohmessdaten als Abbild der Realität abgespeichert werden müssen. Insofern ist also kein Raum mehr für die Praxis mancher

Hersteller diese Daten nicht vollständig abzuspeichern oder zu löschen.

In einem zweiten Schritt müssen diese Daten aber auch dem Betroffenen und seinem Sachverständigen zur Verfügung gestellt werden. Das gebietet an sich schon der Grundsatz des fairen Verfahrens. Der Betroffene kann sich nur gegen einen Vorwurf wehren, wenn er die Möglichkeit hat, den ihm vorgeworfenen Sachverhalt umfassend zu prüfen. Diese Problematik wurde bereits in der Vergangenheit unzählige Male in Rechtsprechung und Literatur diskutiert. Leider häufig auch mit unterschiedlichen Ergebnisse (hier sei an die Vorlagepflicht der OLG erinnert, *siehe weiter unten*). Eine gesetzliche Regelung ist also auch dahingehend unabdingbar.

Die Forderung betrifft aber noch einen weiteren Punkt: die Praxis anderer Hersteller die Rohmessdaten zwar abzuspeichern, aber sie gegen einen Zugriff des Betroffenen und seines Sachverständigen zu verschlüsseln. Sogar gegenüber Gerichten wird diese Praxis „durchgezogen“, eine Herausgabe der „Rohmessdaten“ erfolgt nur durch den Hersteller in aufbereiteter Form oder über Nutzung von ihm angebotener Portale.

Wie bereits dargelegt **muss** der Sachverständige (egal ob gerichtlich oder privat) jedoch eine eigene Überprüfung vornehmen. Das geht nur (auch und vor allem aus informationstechnischer Sicht) wenn er seine Auswertung mit dem originiären Beweismittel, also den Rohmessdaten in ihrer ursprünglichen Form (direkt nach der Erfassung), vornehmen kann.

Insofern ist eine Entschlüsselung durch den Hersteller also nicht zweckmäßig, denn der Sachverständige kann eine Veränderung der Daten (und damit ist keine wissentliche Manipulation gemeint) dann eventuell garnicht mehr feststellen. Vielmehr muss dem Sachverständigen der Verschlüsselungsalgorithmus offen gelegt werden, so dass er die Messdatei selbst entschlüsseln kann.

Den Einwänden des Herstellers und der PTB gegenüber einem solchen Vorgehen, nämlich dass so Betriebsgeheimnisse verletzt würden, muss wieder entschieden mit der bereits oben dargelegten Rechtsprechung des BGH entgegen getreten werden:

*„[Betriebsgeheimnisse sind] grundsätzlich immer dann zu offenbaren, wenn es die Ermittlung einer Straftat oder Ordnungswidrigkeit gebietet.“*

Eine Verpflichtung zur Verschwiegenheit über den Verschlüsselungsalgorithmus besteht ohnehin wohl schon aus den gesetzlichen Regelungen der Sachverständigenordnung.

## II. Weitere Diskussionspunkte des AK V

Abschließend noch andere Diskussionspunkte aus dem AK V, die sich jedoch nicht in den Empfehlungen nieder geschlagen haben:

### 1. Vorlagepflicht der Oberlandesgerichte

Mittlerweile gibt es in manchen Bereichen des OWi-Verfahrens unterschiedliche, teils offen konträre Rechtsprechung der Oberlandesgerichte. Namentlich im Bezug auf Rohmessdaten, Signalauswertung, etc. Dass dieser Zustand unbefriedigend und nicht hinnehmbar ist, leuchtet jedem ein. Denn eine Verurteilung, evtl. sogar eine so schwer wiegende Sanktion wie ein Fahrverbot, an das sich unter Umständen Existenz bedrohende Konsequenzen anschließen können, kann vom Zufall abhängen, ob man bspw. in Hessen oder irgendwo sonst in der Republik unterwegs ist. Gerade um einer solchen Zufälligkeit und bundesweit uneinheitlichen Rechtsprechung entgegen zu wirken, gibt es die Vorlagepflicht der OLG zum BGH (Divergenzvorlage nach § 121 GVG).

Bei einem Verstoß gegen diese Vorlagepflicht wird dem Betroffenen also vielleicht sogar sein gesetzlicher Richter vorenthalten. Dann sollte ihm aber auf jeden Fall der Weg zum

Bundesverfassungsgericht offen stehen.

## 2. Befundprüfung und Nachstellen der Messsituation

Die Sichtweise der PTB, man könne bei Zweifeln an der korrekten Funktionsweise eines Messgerätes im Rahmen der Befundprüfung die konkrete Messsituation nachstellen und so das Messergebnis überprüfen scheitert nicht nur an jeglicher praktischer Umsetzbarkeit.

Unabhängig davon, dass man weder alle äußeren Umstände zum Zeitpunkt der Messung kennt, könnte man sie keinesfalls ansatzweise nachstellen. Würde man weiterhin den Betroffenen, der vermeintlich mit 100 km/h gemessen wurde, anweisen erneut bei gleichen Bedingungen mit 100 km/h an der Messstelle vorbeizufahren, so ist unwahrscheinlich, dass das Messgerät einen anderen Wert anzeigte. Davon abgesehen würde einer solche Verfahrensweise (wohl auch aus Gründen der praktischen Nichtumsetzbarkeit) wohl ein richterliches Rekonstruktionsverbot entgegenstehen.

## III. Ausblick

Der Rechtsanwalt im OWi-Verfahren muss seine Verteidigung an diesen neuen Erkenntnissen ausrichten. Zwar sind die Empfehlungen des VGT in Goslar nur Aufforderungen an den Gesetzgeber entsprechend tätig zu werden. Sie bergen jedoch in nicht unerheblichem Maße die Meinungen und Rechtsansichten der Verfahrensbeteiligten. Insofern ist davon auszugehen, dass ein gewisser Teil (wenn auch nicht alle) der mit dem Verfahren Beschäftigten sich diesen Ansichten/Argumentationen auch anschließen wird.

Am Ende bleibt zu hoffen, dass entweder der Gesetzgeber eine eindeutige Rechtslage schafft, oder die OLG endlich ihrer Vorlagepflicht nachkommen, so dass der BGH für Klarheit und Rechtssicherheit sorgen kann.