



Ausarbeitung

**Der Betrieb von Körperscannern auf Flughäfen aufgrund der
Verordnung (EG) Nr. 272/2009**



**Der Betrieb von Körperscannern auf Flughäfen aufgrund der
Verordnung (EG) Nr. 272/2009**

Verfasser/in:

[REDACTED]

Aktenzeichen:

WD 3 - 3000 - 277/14

Abschluss der Arbeit:

3.12.2014

Fachbereich:

WD 3: Verfassung und Verwaltung

Telefon:

[REDACTED]

1. Einleitung

Diese Ausarbeitung erörtert die sich aus Sicht des innerstaatlichen Rechts stellenden Fragen im Zusammenhang mit dem Einsatz von Körperscannern auf Flughäfen aufgrund der Verordnung (EG) Nr. 272/2009 und ergänzender Verordnungen.¹

Im Einzelnen wird dargestellt, inwieweit den Mitgliedstaaten in Anbetracht der europarechtlichen Regelungen zum Körperscannereinsatz (hierzu im Überblick unter 2.) ein nationaler Gestaltungsspielraum verbleibt (hierzu unter 3.), ob für den Einsatz von Körperscannern eine innerstaatliche Rechtsgrundlage erforderlich ist (hierzu unter 4.) und inwieweit der Einsatz von Körperscannern am Maßstab der deutschen Grundrechte zu messen ist (hierzu unter 5.).

2. Europarechtliche Regelungen

Die Verordnung (EG) Nr. 300/2008 regelt den rechtlichen Rahmen und die Grundstandards für die Sicherheit im Luftverkehr. Rechtsgrundlage für den Einsatz von Körperscannern ist die Verordnung (EG) Nr. 272/2009, die durch die Verordnung (EU) Nr. 1141/2011 ergänzt wird. Dort wird in Teil A Nr. 1 lit. f des Anhangs bestimmt, dass als zulässige Kontrollmethode nach Maßgabe der nach der Verordnung (EG) Nr. 300/2008 zu erlassenden Durchführungsbestimmungen unter anderem „Sicherheitsscanner, die nicht mit ionisierender Strahlung arbeiten“, angewendet werden können. Die genannten Durchführungsbestimmungen enthält die Verordnung (EU) Nr. 185/2010, die wiederum durch die Durchführungsverordnung (EU) Nr. 1147/2011 geändert worden ist. Letztere enthält detaillierte Vorgaben für den Einsatz der durch Verordnung (EG) Nr. 272/2009 grundsätzlich zugelassenen Körperscanner.² Unter anderem sieht die durch die Durchführungsverordnung (EU) Nr. 1147/2011 geänderte Verordnung (EU) Nr. 185/2010 in Kapitel 4 des Anhangs unter Punkt 4.1.1.10 vor, dass Fluggäste das Recht haben, „die Kontrolle mit einem Sicherheitsscanner zu verweigern“.

3. Verbleibender mitgliedstaatlicher Gestaltungsspielraum

Aus diesen Bestimmungen resultiert ein beschränkter mitgliedstaatlicher Gestaltungsspielraum: Die Grundbestimmung in Verordnung (EG) Nr. 300/2008 verpflichtet die Mitgliedstaaten nicht zum Einsatz der Körperscanner, sondern erlaubt einen solchen lediglich. Die Entscheidung über das „Ob“ des Einsatzes ist nach bisheriger europarechtlicher Rechtslage eine **autonome Entscheidung der Mitgliedstaaten**.

Wenn sich die Mitgliedstaaten aber für einen Einsatz von Körperscannern an Flughäfen entscheiden, muss dieser im Einklang mit den Vorgaben der durch die Durchführungsverordnung (EU) Nr. 1147/2011 geänderten Verordnung (EU) Nr. 185/2010 erfolgen. Damit ist das „Wie“ des Körperscannereinsatzes **weitgehend determiniert**: Ziffer 12.11 stellt detaillierte technische

1 Die europarechtlichen Rechtsgrundlagen werden dargestellt in der Ausarbeitung von [REDACTED], Unionsrechtliche Voraussetzungen für einen Einsatz von Körperscannern, Deutscher Bundestag, Fachbereich Europa (PE 6 – 206/14), 2014.

2 Eine ausführliche Darstellung der ineinandergreifenden europäischen Verordnungen findet sich in der genannten Ausarbeitung von [REDACTED], Unionsrechtliche Voraussetzungen für einen Einsatz von Körperscannern, Fachbereich Europa (PE 6 – 206/14), 2014, S. 6 f.

Leistungsanforderungen und schreibt tägliche Funktionsprüfungen vor. Differenziert wird dabei zwischen einem „Sicherheitsscanner mit automatisierter Bedrohungserkennung“, der entdeckte Gegenstände anhand einer Strichfigur anzeigt, und einem „Sicherheitsscanner mit einem menschlichen Überprüfer“, bei dem der Überprüfer das generierte Bild auswertet und ggf. entdeckte Gegenstände einer Kontrollperson zur weiteren Überprüfung mitteilt. Die Mitgliedstaaten können beide Systeme verwenden.

Für den Einsatz eines Sicherheitsscanners mit einem menschlichen Überprüfer werden allerdings in Ziffer 4.1.1.10 detaillierte datenschutzrechtliche Maßgaben auferlegt: Beispielsweise

- sind erzeugte Bilder zu löschen, sobald der Fluggast die Kontrolle ohne Beanstandung passiert hat,
- muss sich der menschliche Überprüfer an einem Ort aufhalten, von dem aus er die kontrollierte Person nicht sehen kann,
- dürfen die Bilder nicht mit Daten der kontrollierten Person verknüpft werden und muss die Person anonym bleiben,
- sind die Bilder so unscharf zu machen oder abzudecken, dass eine Identifizierung des Gesichts nicht möglich ist,

um nur einige der dem Datenschutz der kontrollierten Person dienenden Maßgaben zu erwähnen.

Für beide Arten von Sicherheitsscannern schreibt Ziffer 4.1.1.10 ferner vor, dass die Fluggäste die Kontrolle mit einem Sicherheitsscanner **verweigern dürfen**. Über dieses Recht müssen die Fluggäste auch vor einer Kontrolle **unterrichtet werden**, ebenso wie über die eingesetzte Technologie und die mit ihrem Einsatz verbundenen Bedingungen.

Nach alledem verbleibt den Mitgliedstaaten **folgender Entscheidungsspielraum**: Sie können zunächst autonom über das „Ob“ des Einsatzes von Körperscannern entscheiden. Im Hinblick auf die Art und Weise des Einsatzes („Wie“) bleiben hingegen nur wenige Entscheidungsspielräume.

Diese beziehen sich zum einen auf die Auswahl der konkreten Scannertechnik: Wie ausgeführt, erlaubt die durch die Verordnung (EU) Nr. 1141/2011 geänderte Verordnung (EG) Nr. 272/2009 nur solche Sicherheitsscanner, die nicht mit ionisierender Strahlung arbeiten. Die sog. Röntgenmethode,³ eine technische Variante des Körperscanners, ist dadurch verboten. Neben Körperscannern, die mit ionisierenden Strahlen arbeiten, existieren zwei weitere Arten, die beide mit Terahertzstrahlung arbeiten. Terahertzstrahlung ist nichtionisierende Strahlung, die im elektromagnetischen Spektrum zwischen der Wärmestrahlung (Infrarot-Strahlung) und der Mikrowellenstrahlung im

3 Vertiefend Esser/Gruber, Einsatz von Körperscannern zur Terrorismusbekämpfung – im Einklang mit der Europäischen Menschenrechtskonvention?, ZIS 2011, 379, sowie Strate, Körperscanner – Aktueller Begriff Nr. 22/10, Wissenschaftliche Dienste des Deutschen Bundestages, 2010.

Frequenzbereich um 1 Terahertz angesiedelt ist.⁴ Diese Strahlung wird durch Terahertzscanner in zwei Varianten genutzt: als sog. aktive Rückstreuscanner mit Terahertzstrahlung und als passive Terahertzscanner. Letztere nutzen, da der Körper selbst Strahlung in diesen Frequenzbereichen aussendet, lediglich die natürliche elektromagnetische Strahlung des Körpers, um ein Bild zu erzeugen.⁵ Eine Bestrahlung findet nicht statt. Es entsteht allerdings auch nur ein Abbild der Körperkonturen. Bei der aktiven Variante wird zusätzlich eine künstliche Bestrahlung mit Terahertzstrahlung eingesetzt. Damit kann ein präzises dreidimensionales Bild erzeugt werden.⁶ Die Entscheidung, welche der beiden Varianten eingesetzt werden soll, obliegt den Mitgliedstaaten. Das Bundesamt für Strahlenschutz empfiehlt die passive Variante, da nur hier eine Belastung mit Strahlen ausgeschlossen werden könne.⁷ Auch die weitere technische Ausgestaltung des Betriebs liegt im Ermessen der Mitgliedstaaten, solange die genannten technischen Standards nach Ziffer 12.11. des Anhangs der durch die Durchführungsverordnung (EU) Nr. 1147/2011 geänderten Verordnung (EU) Nr. 185/2010 beachtet werden.

Zum anderen ist es den Mitgliedstaaten unbenommen, die datenschutzrechtlichen Anforderungen an den Betrieb von Körperscannern weiter zu erhöhen. Denn die erwähnten datenschutzrechtlichen Maßgaben nach Ziffer 4.1.1.10 des Anhangs der durch die Durchführungsverordnung (EU) Nr. 1147/2011 geänderten Verordnung (EU) Nr. 185/2010 sind als „Mindestbedingungen“ definiert. Die dort genannten Anforderungen erscheinen allerdings bereits vergleichsweise hoch.

Kein Entscheidungsspielraum besteht im Hinblick auf die Freiwilligkeit der Benutzung durch Fluggäste: Entscheiden sich die Mitgliedstaaten für den Einsatz von Sicherheitsscannern, muss die Benutzung für Fluggäste in jedem Fall auf **freiwilliger Basis** ausgestaltet sein. Eine nationale Regelung, die eine verpflichtende Benutzung von Sicherheitsscannern vorsähe, wäre europarechtlich unzulässig.

4. Erforderlichkeit einer innerstaatlichen Rechtsgrundlage

Zu klären ist die Frage, ob der Einsatz von Körperscannern einer innerstaatlichen Rechtsgrundlage bedarf.

Derzeit enthält das deutsche Luftsicherheitsrecht keine gesonderte Rechtsgrundlage für den Einsatz von Körperscannern. Eine allgemeine Rechtsgrundlage für Passagier- und Handgepäckkontrollen stellt hingegen § 5 Abs. 1 Luftsicherheitsgesetz (LuftSiG) dar. Danach kann die Luftsicherheitsbehörde Personen, welche die nicht allgemein zugänglichen Bereiche des Flugplatzes (sog. luftseitige Bereiche) betreten haben oder betreten wollen, durchsuchen oder in sonstiger geeigneter Weise

4 Vgl. Bundesamt für Strahlenschutz, Strahlenschutzaspekte bei Ganzkörperscannern, abrufbar unter www.bfs.de/en/elektro/hff/anwendungen/body_scanner.html (Stand: 27.11.2014).

5 Vgl. Bundesamt für Strahlenschutz, Strahlenschutzaspekte bei Ganzkörperscannern, abrufbar unter www.bfs.de/en/elektro/hff/anwendungen/body_scanner.html (Stand: 27.11.2014).

6 Vertiefend Esser/Gruber, Einsatz von Körperscannern zur Terrorismusbekämpfung – im Einklang mit der Europäischen Menschenrechtskonvention?, ZIS 2011, 379.

7 Vgl. Bundesamt für Strahlenschutz, Strahlenschutzaspekte bei Ganzkörperscannern, abrufbar unter www.bfs.de/en/elektro/hff/anwendungen/body_scanner.html (Stand: 27.11.2014).

überprüfen und Gegenstände, die in diese Bereiche verbracht wurden oder werden sollen, durchsuchen, durchleuchten oder in sonstiger geeigneter Weise überprüfen. Auf welche Weise, konkret mithilfe welcher Methoden eine Kontrolle stattfinden soll, ergibt sich aus dem Gesetz nicht.

Dies ist allerdings auch nicht notwendig, da die genannten EG- bzw. EU-Verordnungen detaillierte Vorgaben zur Art und Weise der Kontrollen enthalten, insbesondere im Hinblick auf die anwendbaren Kontrollmethoden.⁸ Verordnungen gelten in den Mitgliedstaaten unmittelbar und bedürfen zu ihrer Geltung keiner Umsetzung in nationales Recht.⁹ Sie werden mit ihrem In-Kraft-Treten Bestandteil der in den Mitgliedstaaten geltenden Rechtsordnung.¹⁰ Der EuGH hat eine Transformierung etwa durch inhaltsgleiche „Durchführungsgesetze“¹¹ sogar für unzulässig erklärt, da diese geeignet seien, die Zuständigkeit des EuGH zur Auslegung des Gemeinschaftsrechts zu beschneiden, und den Normadressaten über den Gemeinschaftsrechtscharakter der Vorschriften täuschen könnten.¹²

Von der Frage der unmittelbaren Geltung zu unterscheiden ist aber die Frage der unmittelbaren Anwendbarkeit: Voraussetzung hierfür ist, dass eine Verordnung klare und unbedingte Verpflichtungen begründet, die keiner weiteren Maßnahmen des Unions- oder nationalen Gesetzgebers bedürfen und deshalb durch staatliche Behörden bzw. Gerichte angewendet werden können.¹³ Hieran fehlt es beispielsweise bei unvollständigen Verordnungen, die bestimmte Fragen ungeregelt lassen oder lediglich Rahmenbestimmungen vorgeben.¹⁴ Offen ist regelmäßig auch, welche Behörden für den Vollzug der Regelungen der Verordnung zuständig sind. In diesen Fällen kann eine Ausfüllung durch mitgliedstaatliche Durchführungsgesetze erforderlich sein.¹⁵

Vorliegend ist ein Erfordernis der Ausfüllung des Unionsrechts durch deutsche Gesetzgebung nicht ersichtlich: Die zuständigen Luftsicherheitsbehörden werden bereits durch § 16 LuftSiG bestimmt. Nach dessen Absatz 2 werden die Aufgaben der Luftsicherheitsbehörden nach dem Luftsicherheitsgesetz und nach der Verordnung (EG) Nr. 2320/2002 von den Ländern im Auftrage des Bundes ausgeführt, soweit in den Absätzen 3 und 4 nichts anderes bestimmt ist. Die dort genannte Verordnung ist durch die Verordnung (EG) Nr. 300/2008 ersetzt worden, die nunmehr die grundlegende Verordnung für die gemeinsamen Vorschriften für die Sicherheit in der Zivilluftfahrt darstellt, auf die von den weiteren genannten Verordnungen Bezug genommen wird.

8 Vgl. Geminn, *Rechtsverträglicher Einsatz von Sicherheitsmaßnahmen im öffentlichen Verkehr*, 2014, S. 256.

9 Nettesheim, in: Grabitz/Hilf/Nettesheim, *Das Recht der Europäischen Union*, 48. Ergänzungslieferung 2012, Art. 288 AEUV Rn. 101.

10 Schroeder, in: Streinz, *EUV/AEUV*, 2. Aufl. 2012, Art. 288 AEUV Rn. 58.

11 Oppermann/Classen/Nettesheim, *Europarecht*, 6. Aufl. 2014, Rn. 79.

12 EuGH, *Urt. v. 10. Oktober 1973, Variola/Amministrazione Italiana delle Finanze*, Rs. 34-73, Rn. 11.

13 Schroeder, in: Streinz, *EUV/AEUV*, 2. Aufl. 2012, Art. 288 AEUV Rn. 61.

14 Schroeder, in: Streinz, *EUV/AEUV*, 2. Aufl. 2012, Art. 288 AEUV Rn. 61.

15 Vertiefend Hölscheidt, *Probleme bei der Durchsetzung des Unionsrechts in den Mitgliedstaaten*, DÖV 2009, 341, 343 f.

§ 16 Abs. 3 S. 2 LuftSiG bestimmt „ein anderes“ dahingehend, dass die Aufgaben der Luftsicherheitsbehörden in bundeseigener Verwaltung ausgeführt werden, wenn dies zur Gewährleistung der bundeseinheitlichen Durchführung der Sicherheitsmaßnahmen erforderlich ist. Für diesen Fall erklärt § 4 Bundespolizeigesetz (BPolG) die Bundespolizei zur zuständigen Luftsicherheitsbehörde. Die Übernahme von Aufgaben nach § 16 Abs. 3 S. 2 LuftSiG ist nach § 16 Abs. 3 S. 3 LuftSiG im Bundesanzeiger bekannt zu machen.

Auch die materiellen unionsrechtlichen Regelungen zum Einsatz von Körperscannern erscheinen hinreichend bestimmt und vollständig, so dass eine weitere Konkretisierung durch mitgliedstaatliches Recht nicht erforderlich ist. Der Einsatz von Körperscannern kann unmittelbar auf die genannten Verordnungen gestützt werden.

Der verbleibende nationale Gestaltungsspielraum, insbesondere die Frage, ob überhaupt von der Möglichkeit des Körperscannereinsatzes Gebrauch gemacht wird, erfordert ebenfalls keine gesetzliche Regelung. Ebenso wie in Fällen, in denen ein nationales Gesetz Behörden verschiedene Handlungsoptionen belässt, kann die Entscheidung über das „Ob“ des Einsatzes sowie über die Ausschöpfung der verbleibenden technischen Spielräume auf der Ebene der Verwaltung getroffen werden, beispielsweise in Gestalt einer Verwaltungsvorschrift.

Eine innerstaatliche gesetzliche Regelung des Einsatzes von Körperscannern ist nach alledem nicht erforderlich.

5. Überprüfbarkeit der Regelungen zum Körperscannereinsatz am Maßstab der deutschen Grundrechte

Das Bundesverfassungsgericht hat wiederholt entschieden, dass es Unionsrecht, solange die Europäische Union einen wirksamen Schutz der Grundrechte gewährleistet, der dem deutschen Grundrechtsschutz im Wesentlichen gleichwertig ist, nicht mehr am Maßstab der Grundrechte des Grundgesetzes überprüfen wird.¹⁶ Eine Überprüfung findet nur dort statt, wo die Mitgliedstaaten einen Gestaltungsspielraum besitzen.¹⁷ Diese primär auf Richtlinien bezogene Judikatur ist entsprechend auf Verordnungen zu übertragen, die den Mitgliedstaaten einen Gestaltungsspielraum belassen. Insbesondere in Fällen, in denen eine EU-Verordnung das Gebrauchmachen von bestimmten Maßnahmen in das Ermessen der Mitgliedstaaten stellt, stellt die Ausfüllung dieses Spielraums, sei es durch den nationalen Gesetzgeber oder die vollziehende Gewalt, eine autonome Maßnahme der nationalen Staatsgewalt dar. Derartige Entscheidungen der deutschen Staatsgewalt sind stets an den Grundrechten des Grundgesetzes zu messen (Art. 1 Abs. 3 GG).

Die vorliegende Entscheidungsmöglichkeit der Mitgliedstaaten, Körperscanner nach Maßgabe der EG- bzw. EU-Verordnungen einzusetzen oder nicht, führt dazu, dass die Entscheidung der deutschen Staatsgewalt zum Einsatz von Körperscannern am Maßstab der Grundrechte überprüft werden kann. Jedenfalls, solange der Einsatz von Körperscannern, wie es das derzeitige EU-

16 BVerfGE 73, 339, 387 – Solange II; BVerfGE 89, 155, 175 – Maastricht; BVerfGE 102, 147, 164 – Bananenmarktordnung.


17 BVerfGE 118, 79, 95 – Treibhausgas-Emissionsberechtigungen; BVerfGE 121, 1, 15 – Vorratsdatenspeicherung.

Recht vorsieht, auf freiwilliger Basis erfolgt und auch kein faktischer Zwang zur Benutzung besteht, bestehen im Hinblick auf die Vereinbarkeit mit deutschen Grundrechten jedoch keine durchgreifenden Bedenken. Eine verpflichtende Benutzung könnte nach derzeitiger Rechtslage nur durch eine Änderung des Unionsrechts erfolgen.¹⁸

6. Fazit

Die Mitgliedstaaten können aufgrund der Verordnung (EG) Nr. 272/2009 darüber entscheiden, ob sie Körperscanner an Flughäfen einsetzen wollen. Der Einsatz ist dann aber von der Einhaltung der insbesondere in der durch die Durchführungsverordnung (EU) Nr. 1147/2011 geänderten Verordnung (EU) Nr. 185/2010 enthaltenen Maßgaben abhängig. Eine nationale Einführung der verpflichtenden Benutzung von Körperscannern ist europarechtlich unzulässig. Aufgrund der unmittelbaren Geltung von Verordnungen bedarf es neben den genannten europarechtlichen Vorschriften keiner innerstaatlichen gesetzlichen Regelung.



18 Zu der sich dann stellenden Frage nach der Vereinbarkeit mit den auf europäischer Ebene gewährleisteten Grundrechten vgl. , Unionsrechtliche Voraussetzungen für einen Einsatz von Körperscannern, Fachbereich Europa (PE 6 – 206/14), 2014, S. 11.