

Dirk Audörsch
Rechtsanwalt*
Bartelsstraße 9
20357 Hamburg
Tel.: 040/ 31 701 800
Fax: 040/ 32 033 757
* Fachanwalt für Sozialrecht

**Gutachterliche Stellungnahme
zur Verfassungsmäßigkeit von
§ 4 Abs. 2 HmbPoIDVG
(Gesetz der Datenverarbeitung der Polizei)**

<u>Inhalt</u>	Seite
Einleitung: Verfassungsmäßigkeit von § 4 Abs. 2 HmbPoIDVG.....	3
I. Formelle Verfassungsmäßigkeit.....	3
II. Materielle Verfassungsmäßigkeit.....	3
1. Vorbehalt des Gesetzes.....	3
a) Tragweite/ Wesentlichkeitstheorie.....	4
b) Tatbestand des § 4 Abs. 2 HmbPoIDVG.....	4
c) Rechtsdogmatik.....	5
d) Zwischenergebnis.....	6
2. Bestimmtheitsgebot.....	7
a) Adressaten und Wirkungskreis der Norm.....	8
aa) Personen in einem Gebiet des öffentlichen Raums.....	8
bb) Lagerkenntnisse.....	9
cc) Zwischenergebnis.....	11
b) Straftaten von erheblicher Bedeutung.....	11
3. Rechtsschutzgarantie und Wesensgehaltsgarantie.....	12
a) Gebot effektiven Rechtsschutzes.....	13
b) Wesensgehalt der Grundrechte.....	14
4. Grundsatz der Verhältnismäßigkeit.....	15
a) legitimer Zweck.....	15
b) Geeignetheit.....	16
c) Erforderlichkeit.....	17
aa) Befragung gemäß § 3 HmbPoIDVG/ Identitätsfeststellung	18
bb) Standardmaßnahmen.....	18
d) Angemessenheit/ Verhältnismäßigkeit i.e.S.....	20
aa) Recht auf informationelle Selbstbestimmung.....	21
(1) Befragungsrecht und Auskunftspflicht sowie Identitätsfeststellung.....	21
(2) Speicherung und Verarbeitung der Daten.....	23
(3) Zwischenergebnis.....	24
bb) Freiheit der Person.....	25
cc) Gleichheitssatz.....	27
dd) Freie Entfaltung der Persönlichkeit.....	27
e) Zwischenergebnis.....	28
5. Gesamtwürdigung.....	28

Einleitung: Verfassungsmäßigkeit von § 4 Abs. 2 HmbPoIDVG

Mit den der Polizei durch § 4 Abs. 2 HmbPoIDVG eingeräumten Befugnissen sind Beeinträchtigungen von Grundrechten verschiedener Art verbunden. Durch das Kontrollrecht wird unzweifelhaft das Recht auf informationelle Selbstbestimmung aus Art. 2 Abs. 1 i.V.m. Art. 1 Abs. 1 GG tangiert und ein Eingriff in die durch Art. 2 Abs. 2 S. 2 GG verbürgte Freiheit der Person ermöglicht.

Gemein ist den Freiheitsrechten allerdings, dass sie nicht vorbehaltlos gewährt werden, sondern durch oder auf Grund eines Gesetzes beschränkt werden können, siehe Art. 2 Abs. 1 a.E. GG und Art. 2 Abs. 2 S. 3 i.V.m. Art. 104 GG. Die rechtliche Betrachtungsweise wird daher wo immer möglich einheitlich vorgenommen.

I. Formelle Verfassungsmäßigkeit

Auf die Frage der formellen Rechtmäßigkeit soll hier nicht näher eingegangen werden. Es bestehen zwar ernstliche Zweifel an der Gesetzgebungskompetenz der Freien und Hansestadt Hamburg, doch wurden diese bislang weder von Rechtsprechung noch in der Literatur für durchschlagend erachtet (vgl. LVerfG MV in: DÖV 2000, S. 71; anstatt vieler Schnekenburger in: BayVerwBl. 2001, S. 129 (131)). Somit soll dieses Konfliktfeld an dieser Stelle nicht erneut beschritten werden.

II. Materielle Verfassungsmäßigkeit

Anders verhält es sich bei der Frage, ob § 4 Abs. 2 HmbPoIDVG in materieller Hinsicht den verfassungsrechtlichen Anforderungen genügt. Hierbei sind insbesondere die dem Rechtsstaatsprinzip zugehörigen Grundsätze zu wahren und entsprechende Verbote zu beachten.

1. Vorbehalt des Gesetzes

Wie bereits angesprochen, stehen die von § 4 Abs. 2 HmbPoIDVG potentiell betroffenen Grundrechte unter Gesetzesvorbehalt. Dies bedeutet auf der einen Seite zwar, dass das jeweilige Grundrecht beschränkt werden kann, auf der anderen Seite wurden hingegen die Reichweite des Vorbehalts und somit dessen genaue Anforderungen an entsprechende Normen vom Bundesverfassungsgericht stets betont.

a) Tragweite/ Wesentlichkeitstheorie

So hat der Gesetzgeber gemäß der sogenannten Wesentlichkeitstheorie alle essentiellen und bedeutsamen Entscheidungen selbst zu treffen und darf diese nicht der Administration überlassen (vgl. BVerfGE 98, 218 (251)). Dies gilt insbesondere im Bereich der Verwirklichung und Ausübung der Grundrechte.

Sowohl die möglichen Beschränkungen des Rechts auf informationelle Selbstbestimmung, als auch der Freiheit der Person stellen so intensive Grundrechtseingriffe dar, dass sie einer parlamentsgesetzlichen Ermächtigung bedürfen (Kastner in: VerwArch 92 (2001), S. 217 (240f.)). Dem wurde zunächst einmal formell entsprochen. Darüber hinaus stellt das Wesentlichkeitsgebot jedoch besondere Anforderungen an die Eingriffsschwelle, da diese nicht durch das alleinige Festschreiben eines Maßnahmezwecks obsolet werden dürfen (LVerfG MV, a.a.O., S. 73; Kastner, a.a.O., S. 241). Aufgaben- und Befugnisnorm sind nicht zwangsläufig gleichzusetzen und eine Ermächtigungsgrundlage für Verwaltungshandeln muss die einzelnen Voraussetzungen für eine Rechtsfolge bereits im Normtatbestand regeln. Sonst bestünde die Gefahr, dass der Einzelne beliebig zu staatlicher Zweckverfolgung vereinnahmt werden könnte (LVerfG MV, a.a.O., S. 76; Kastner, a.a.O., S. 241).

b) Tatbestand des § 4 Abs. 2 HmbPolDVG

Es ist also zu untersuchen, ob der Tatbestand der Norm den eben skizzierten verfassungsrechtlich gebotenen Anforderungen an eine Rechtsgrundlage für die durch sie legitimierten Grundrechtseingriffe genügt.

Mit Beschluss vom 07. März 1995 machte das Bundesverfassungsgericht unmissverständlich deutlich, welche Voraussetzungen eine Norm aufweisen muss, um einen Eingriff in die Freiheitssphäre des Einzelnen rechtfertigen zu können (BVerfG in: NJW 1995, S. 3110 (3111)). Zwar erging die Entscheidung zu § 163b StPO, doch ist in ihr klar herausgearbeitet worden, dass die Identität von Personen nur dann festgestellt werden darf, wenn diese einer Straftat verdächtig sind. Das Bundesverfassungsgericht äußerte diesbezüglich bereits Bedenken (BVerfG, a.a.O., S. 3111f.) und geht demzufolge davon aus, der Straftatenverdacht setze den Behörden die äußerste Grenze für Maßnahmen der Identitätsfeststellung (vgl. Stephan in: DVBl. 1998, S. 81 (82f.))

Nach § 4 Abs. 2 HmbPolDVG ist es indes der Polizei gestattet, in einem bestimmten Gebiet des öffentlichen Raumes Personenkontrollen durchzuführen, wenn auf Grund konkreter Lageerkenntnisse anzunehmen ist, dass in diesem Gebiet Straftaten von erheblicher Bedeutung begangen werden und die Maßnahme zur vorbeugenden Bekämpfung von Straftaten erforderlich ist. Der Gesetzgeber verzichtet dabei bewusst auf einen individuellen Zurechnungszusammenhang, wie er bei der ordnungsrechtlichen Gefahr gegeben ist (Bü.-Drs. 18/1487, S. 14).

Infolge der Systematik und dem Wortlaut des Gesetzes gibt also allein die Aufgabenzuweisung der vorbeugenden Bekämpfung von Straftaten i.S.d. § 1 Abs. 1 S. 2 Nr. 1 HmbPolDVG eine gesetzliche Handlungsmaxime vor. Die zu überprüfende Befugnisnorm des § 4 Abs. 2 HmbPolDVG statuiert insoweit eine Erweiterung der polizeilichen Kompetenzen auf das Gefahrenvorfeld, ohne weitere Eingriffsschwellen festzuschreiben und wird somit voraussetzunglos. Hierüber kann auch das Tatbestandsmerkmal der Erforderlichkeit nicht hinweg helfen, da dies durch die Polizei bestimmt wird (Lisken in: KJ 1992, S. 472 (476f.)). Insoweit wird die Norm dem Wesentlichkeitsgebot nicht gerecht, da maßgebliche Voraussetzungen für ein staatliches Handeln nicht vom Gesetzgeber, mithin der Legislativen, sondern von der Polizei, d.h. der Exekutiven festgelegt werden.

c) Rechtsdogmatik

Eine solche Herabsetzung der Eingriffsvoraussetzungen kann auch nicht unter Heranziehung weiterer ordnungsrechtlicher Dogmatiken kompensiert und gerechtfertigt werden.

So regelte § 10 HmbSOG bisher abschließend, unter welchen Voraussetzungen Dritte, welche gerade nicht für eine Gefahr oder Störung der öffentlichen Sicherheit oder Ordnung verantwortlich sind, für polizeiliches Einschreiten verpflichtet werden können. Diese Art von Notstandsverantwortlichkeit ist durch den nunmehrigen Wortlaut des § 4 Abs. 2 HmbPolDVG explizit außen vor gelassen und ein etwaiges polizeiliches Vorgehen weder an die besonderen Voraussetzungen des § 10 HmbSOG, noch an eine Gefahr oder Störung gebunden. Anknüpfungspunkt ist allein eine anonyme Gefahrenlage (Bü.-Drs. 18/1487, S. 14) nach Einschätzung der Polizei, mithin eine im Vorfeld der Gefahr liegende Gefährdung beziehungsweise ein Risiko (Schnekenburger, a.a.O., S. 133). Zwar ist es dem öffentlichen Recht nicht gänzlich fremd, Überwachungsmaßnahmen durchführen zu können, so etwa

beispielsweise im Straßenverkehrs- oder Umweltrecht. Eine Übertragung der rechtlichen Wertung auf den in Rede stehenden § 4 Abs. 2 HmbPolDVG und die damit legalisierten verdachtsunabhängigen Kontrollen verbietet sich jedoch gleichwohl. Tatbestandsvoraussetzung der jeweiligen Kontrollbefugnisse ist stets die Schaffung einer besonderen Gefahrenlage, welcher durch das besondere Sicherheitsrecht begegnet werden soll. So können zum Beispiel durch die Errichtung von Anlagen, den Gebrauch von Umweltmedien insgesamt oder durch die Teilnahme am Straßenverkehr Gefahren für kollektive oder individuelle Rechtsgüter entstehen, zu deren Schutz der Staat verpflichtet ist. Es ist gemäß der Systematik des jeweiligen Regelwerks indes immer ein spezifisches Risikopotential in Form einer abstrakten Gefährdung für die einzelnen Rechtsgüter durch die (Be-)Nutzer, als Gefährdungsverursacher, notwendig. In den genannten Rechtsgebieten ist also sowohl der Kreis der von den Überwachungsmaßnahmen Betroffenen klar definiert, als auch der Inhalt der Kontrollen und die Zweckrichtung, so dass es sich im eigentlichen Sinne nicht um anlass- oder verdachtsunabhängige Kontrollen handelt. (siehe zur Thematik Schnekenburger, a.a.O., S. 133)

Eine Übertragung des Instituts der Gefahrenvorsorge (diesen Begriff verwendet explizit im Zusammenhang mit der Schleierfahndung Möllers, in: NVwZ 2000, S. 382 (383)) auf das Alltagsleben der Bürgerinnen und Bürger verbietet sich bereits mangels einer besonderen Risiko- oder Gefährdungssituation (Stephan, a.a.O., S. 83). Den Gedanken einer irgendwie gearteten Solidar- oder Gemeinschaftsgebundenheit soweit auszudehnen, dass jedermann ereignisunabhängig kontrolliert werden kann hieße, die Ausnahme zur Regel zu erklären (H. Lisken in: NVwZ 1998, S. 22 (24); Lisken, a.a.O., S. 477), was mit Vorsorge nichts gemein hat.

d) Zwischenergebnis

Der Tatbestand des § 4 Abs. 2 HmbPolDVG genügt nicht den verfassungsrechtlichen Anforderungen des vom Bundesverfassungsgericht entwickelten Wesentlichkeitsgebot. Die Systematik der Regelung und ihr Wortlaut lassen lediglich die der Polizei durch das Gesetz zugewiesene Aufgabe der vorbeugenden Bekämpfung von Straftaten als Tatbestandsvoraussetzung erkennen, was, insbesondere mit Blick auf die zitierte Gerichtsentscheidung zu § 163b StPO, nicht ausreichend ist. Auch unter Hinzuziehung der dem deutschen Ordnungsrecht bekannten Rechtsgedanken der Notstandspflichtigkeit und der Gefahrenvorsorge lässt sich die Eingriffsbefugnis nicht rechtfertigen, da das Defizit an tatbeständlichen Eingriffsvoraussetzungen nicht kompensiert werden kann.

Die Norm bietet daher keine ausreichende Rechtsgrundlage im Sinne des Vorbehalts des Gesetzes für die mit ihr einhergehenden Grundrechtsbeeinträchtigungen.

2. Bestimmtheitsgebot

Eng mit der soeben erörterten Frage nach der Wesentlichkeit eines gesetzlichen Tatbestands verknüpft, ist die in der Verfassung durch Art. 20 Abs. 3 GG verankerte Bindung der Verwaltung an Gesetz und Recht. Nicht zuletzt aus diesem verfassungsrechtlichen Prinzip der Rechtsstaatlichkeit ergibt sich das Gebot der Normenklarheit, das Bestimmtheitsgebot. Dieser Grundsatz fordert klare und berechenbare Gesetze, damit der Bürger „die Rechtslage so konkret erkennen kann, dass er sein Verhalten danach auszurichten vermag“ (BVerfGE 83, 130 (145)). Die Norm muss also für den Adressaten eine nachvollziehbare Bestimmung der Rechtslage enthalten (Möllers, a.a.O., S. 384 mit zahlreichen Rechtsprechungsnachweisen).

Die Entscheidung über die Grenzen der Freiheit des Bürgers darf nicht einseitig in das Ermessen der Verwaltung gestellt sein (vgl. BVerfGE 78, 214 (226)). Dem Gesetz kommt im Hinblick auf den Handlungsspielraum der Exekutive eine begrenzende Funktion zu, die rechtmäßiges Handeln des Staates gewährleisten und dadurch auch die Freiheit der Bürger schützen soll (vgl. BVerfGE 113, 348 (376)). Dementsprechend soll der Grundsatz der Normenbestimmtheit und Normenklarheit sicherstellen, dass die gesetzesausführende Verwaltung für ihr Verhalten steuernde und begrenzende Handlungsmaßstäbe vorfindet und dass die Gerichte die Rechtskontrolle durchführen können; ferner ermöglichen die Bestimmtheit und Klarheit der Norm, dass der betroffene Bürger sich auf mögliche belastende Maßnahmen einstellen kann (vgl. BVerfGE 110, 33 (52ff.)). Der Anlass, der Zweck und die Grenzen des Eingriffs müssen in der Ermächtigung bereichsspezifisch, präzise und normenklar festgelegt werden (vgl. BVerfGE 65, 1 (44ff.); 100, 313 (359f., 372); 110, 33, (52); 113, 348 (375)). Die konkreten Anforderungen an die Bestimmtheit und Klarheit der Ermächtigung richten sich nach Art und Schwere des Eingriffs. Diese ergeben sich aus der Art der vorgesehenen Maßnahme und die von ihr für den Betroffenen ausgehenden Wirkungen (BVerfG v. 23.02.2007, Az.: 1 BvR 2368/06 (Rn. 47)).
Angesichts dieser Ausführungen begegnet § 4 Abs. 2 HmbPolDVG gleich in mehrfacher Hinsicht schwerwiegenden rechtsstaatlichen Bedenken.

a) Adressaten und Wirkungskreis der Norm

Zunächst einmal stellt sich in diesem Kontext die Frage nach dem Adressatenkreis der Norm, also wer denn überhaupt von dieser betroffen sein kann und somit sein Verhalten entsprechend ausrichten können muss.

aa) Personen in einem Gebiet des öffentlichen Raums

Insoweit spricht § 4 Abs. 2 HmbPolDVG schlechthin von Personen, ohne weitere Kriterien oder Eingrenzungen aufzustellen. Es ist allerdings durchaus denkbar, durch andere, nicht zwangsläufig personenbezogene Tatbestandsmerkmale, beispielsweise das Festschreiben eines zeitlichen und räumlichen Geltungsbereichs der Norm, Rückschlüsse auf den Adressatenkreis zu ziehen und dadurch hinreichende Bestimmtheit für die Bürgerinnen und Bürger zu erlangen. Diesbezüglich lässt sich § 4 Abs. 2 HmbPolDVG entnehmen, dass die Polizei im öffentlichen Raum in einem bestimmten Gebiet Personenkontrollen durchführen kann. Wie dieses Gebiet des öffentlichen Raumes umschrieben ist, lässt sich dem Wortlaut nicht entnehmen.

Zwar hat das Bundesverfassungsgericht deutlich gemacht, dass das notwendige Maß der Bestimmtheit auch unter Heranziehung der allgemeinen juristischen Auslegungsmethoden erreicht werden kann (BVerfGE 83, 130 (145)). Dies ist dem einfachen Umstand geschuldet, dass die Vielgestaltigkeit des Lebens und die daraus resultierende Vielfalt der staatlichen Aufgaben, insbesondere im Polizei- und Ordnungsrecht, flexible Normen notwendig macht und somit unbestimmte Rechtsbegriffe geradezu verwendet werden müssen, um den unterschiedlichen (Gefahren-)Situationen und Sachverhaltskonstellationen gerecht werden zu können (Kastner, a.a.O., S. 243; Schnekenburger, a.a.O., S. 131). Allerdings stoßen die Auslegungsmethoden im vorliegenden Fall an ihre Grenzen. Wie bereits erörtert gibt der Wortlaut des § 4 Abs. 2 HmbPolDVG keine Auskunft darüber, wer von etwaigen Personenkontrollen wo und wann betroffen sein kann. Ebenso verhält es sich mit der Systematik des Gesetzes, welche lediglich die Aufgabenzuweisung des § 1 Abs. 1 S. 2 Nr. 1 HmbPolDVG in Form der vorbeugenden Bekämpfung von Straftaten in den Blick nimmt und mithin nur die Zweckrichtung der ermöglichten Maßnahmen ersichtlich macht. Der Telos des Gesetzes gibt indes keine weiteren Auskünfte über den Adressatenkreis der in Rede stehenden Norm. Folglich bleibt ein Blick in die Gesetzesbegründung, um durch die Genese der Norm den Willen des Gesetzgebers zu ermitteln und hierdurch die notwendige Gewissheit zu erlangen. In den Materialien zur Gesetzgebung wird zunächst einmal die

Zielsetzung der Norm beschrieben. So diente die Vorschrift allen voran der Verhinderung und Bekämpfung von organisierter Bandenkriminalität in der europäischen Metropole. Weiterhin wird die infrastrukturell und geografisch günstige Lage der Stadt Hamburg betont, welche sie zu einem Knotenpunkt zwischen Nord- und Mitteleuropa, sowie zwischen Ost- und Mitteleuropa sowohl zu Land als auch zu Wasser mache (Bü.-Drs. 18/1487, S. 13f.; ausführlich s.o. I. 1. a)). Rückschlüsse darauf, welches Gebiet des öffentlichen Raumes denn nun möglicherweise von den Personenkontrollen betroffen sein könnte, lassen sich aus diesen vagen Ausführungen jedoch nicht ziehen. Auch die beispielhafte Aufzählung der Erscheinungsformen der Organisierten Kriminalität, wie etwa Schleusungskriminalität, Drogen- oder Waffenhandel (Bü.-Drs. 18/1487, S. 14), geben keine fassbaren Kriterien für eine Gebietsbestimmung. Vielmehr erweitert der Gesetzgeber selbst den örtlichen Anwendungsbereich von § 4 Abs. 2 HmbPolDVG auf ganz Hamburg, wenn er von besonderen Entwicklungen in einzelnen Stadtgebieten spricht (Bü.-Drs. 18/1487, S. 14). Zugleich wird die zu bekämpfende Kriminalität mit Beispielen wie Einbruchsserien und besonderen Ausprägungen von Gewaltdelikten angereichert (Bü.-Drs. 18/1487, S. 14). Eine Ermittlung des Personenkreises welcher potentiell betroffen ist oder eine konkrete örtliche Eingrenzung des Wirkungskreises der Norm, ist auch nach allen Mitteln der juristischen Auslegungsmöglichkeiten unmöglich.

bb) Lagerkenntnisse

Anknüpfungspunkt ist vielmehr, auch nach dem Willen des Gesetzgebers (vgl. Bü.-Drs. 18/1487, S. 14), das Tatbestandsmerkmal der konkreten Lageerkenntnisse seitens der Polizei. Die unbestimmte und auch nicht bestimmbare Formel „Personen in einem bestimmten Gebiet des öffentlichen Raums“ wird also ersetzt durch den ebenfalls unbestimmten Rechtsbegriff der Lageerkenntnisse. Über die polizeilichen Lagebilder sollen nämlich der Ort und die zu Kontrollierenden bestimmt werden (Bü.-Drs. 18/1487, S. 14). Selbstredend gibt auch hier der Normzweck der vorbeugenden Bekämpfung von Straftaten gewisse Anhaltspunkte vor, doch wie unter dem Aspekt des Wesentlichkeitsgebots fragt sich auch beim Bestimmtheitserfordernis, ob nicht der Gesetzgeber selbst nähere Konkretisierungen hätte vornehmen müssen. Denn die Verantwortung des parlamentarischen Gesetzgebers für berechenbare Staatstätigkeit darf nicht auf die Gerichte oder gar die Verwaltung abgewälzt werden (Kastner, a.a.O., S. 243).

Eine „vage Generalklausel“, die es der Exekutive überlässt, die Grenzen der Freiheit im Einzelnen zu bestimmen, ist mit dem Grundsatz der Gesetzmäßigkeit der Verwaltung nicht vereinbar (BVerfGE 8, 274 (325)).

Gleichermaßen ist von der Rechtsprechung anerkannt, dass eine Norm als hinreichend bestimmt anzusehen ist, wenn sie durch Literatur und Praxis nach Inhalt, Zweck und Ausmaß weitreichende Präzisierung erfahren hat (vgl. BVerfGE 54, 143ff.). Dieser Rechtspraxis muss Beachtung geschenkt werden und mithin ist, da es sich um eine neue Art der Normierung handelt und dementsprechend noch keine Konkretisierung erfolgen konnte, der Begriff der polizeilichen Lageerkenntnisse auf seine generelle gerichtliche Überprüfbarkeit und Präzisierbarkeit hin zu untersuchen.

Nach allgemeiner Auffassung handelt es sich bei dem Begriff der Lageerkenntnisse um ein Tatbestandsmerkmal, welches der umfassenden Kontrolle durch die Gerichte unterliegt (vgl. nur LVerfG MV, a.a.O., S. 75). So sollten die Gerichte prüfen, ob eine hinreichende Sachverhaltsaufklärung durch die Polizei stattgefunden hat und sich bei verständiger Würdigung „ex ante“ ein begründeter Verdacht ergibt, der ein polizeiliches Einschreiten erfordert (vgl. Soria in: NVwZ 1999, 270 (272)). Ausgangspunkt für eine derartige Prognoseentscheidung der Polizei ist dabei die ihr zugewiesene Aufgabe in Form der vorbeugenden Bekämpfung von Straftaten. Diese polizeiliche Tätigkeit spielt sich hingegen im Vorfeld der Straftat und der ordnungsrechtlichen Gefahr ab, also in einem Bereich der Gesellschaft, in dem ein alltägliches und ungestörtes Zusammenleben der Bürgerinnen und Bürger stattfindet (Stephan, a.a.O., S. 82). Vorbeugend tätig werden in diesem Sinne kann die Polizei jedoch jederzeit und überall, da gerade kein äußerer Anlass notwendig ist. Dies erkennt auch der Gesetzgeber, wenn er die verdachtsunabhängigen Kontrollen als solche anerkennt, um der Polizei eine Eingriffsbefugnis bei anonymen Gefahrenlagen und fehlendem individuellen Zurechnungszusammenhang an die Hand zu geben (s.o. II. 1. b) aa); Bü.-Drs. 18/1487, S. 14). Die Zielrichtung der vorbeugenden Bekämpfung von Straftaten muss also beim Handeln der Polizei nur als Handlungsmotiv vorhanden sein, nach außen erkennbar werden muss das Motiv hingegen nicht (Stephan, a.a.O., S. 82). Folglich wird der Polizei durch § 4 Abs. 2 HmbPolDVG das Recht eingeräumt, schon dann Maßnahmen zu ergreifen, wenn sie es aufgrund ihrer eigenen subjektiven Einschätzung für erforderlich hält – nach welchen Merkmalen die Örtlichkeiten und die zu kontrollierenden Personen ausgewählt werden, ist einzig und allein ihre subjektive Entscheidung (Stephan, a.a.O., S. 82 und 83).

Mithin wird der Polizei de facto eine Letztentscheidungskompetenz zugestanden, da die Einschätzungsprärogative, ob eine Kontrolle dem Gesetzeszweck dienlich ist oder nicht, der Auslegung der Polizei vorbehalten bleibt, und eben jene Verhaltensweisen von Bürgerinnen und Bürgern im Hinblick daraufhin dynamisieren kann (Möllers, a.a.O., S. 385).

Für eine solche Konzeption wäre indes wiederum eine Beurteilungsermächtigung notwendige Voraussetzung, welche § 4 Abs. 2 HmbPolDVG nicht zu entnehmen ist (Möllers, a.a.O., S. 385) und überdies wohl auch nicht verfassungskonform wäre (vgl. Wahl in: NVwZ 1991, 409 (410ff)).

Eine gerichtliche Nachprüfbarkeit ist jedenfalls nur schwer möglich, da weder für die Bürgerinnen und Bürger, noch für die Gerichte nachvollziehbar ist, ob eine zweckgerechte oder zweckentfremdete Identitätsfeststellung stattgefunden hat (Möllers, a.a.O., S. 387).

cc) Zwischenergebnis

Die der Polizeipraxis vielleicht sinnvoll erscheinende flexible Auslegung ist ohne Wert, da es für die rechtliche Beurteilung hierauf nicht ankommt. Die den Grundrechtseingriff legitimierende Norm muss inhaltlich, um von den Gerichten überprüft werden zu können, juristisch ermittelbar sein, was nicht der Fall ist, wenn die Auslegung von den Erkenntnissen der jeweiligen Behörde abhängt. Das Gesetzmäßigkeitssgebot aus Art. 20 Abs. 3 GG erschöpft sich gerade nicht darin, der Exekutive nach Maßgabe der jeweiligen politischen Mehrheit Handlungsfreiheiten zu sichern, sondern soll die öffentliche Gewalt vielmehr nach Grund, Inhalt und Ausmaß binden, soweit die ihr zugewiesene Aufgabe Grundrechtseingriffe nötig macht. Befugnisnormen ohne inhaltlich bestimmte Vorgaben, die sich also nicht an hinreichend bestimmten objektiven Kriterien orientieren, sind daher nur schwer justitiabel und insoweit auch nicht bestimmbar und stellen ein Untermaß der gebotenen Rechtsbindung der Verwaltung dar (H. Lisken, a.a.O., S. 25).

Demnach verstößt § 4 Abs. 2 HmbPolDVG gegen das Bestimmtheitsgebot.

b) Straftaten von erheblicher Bedeutung

Weitere verfassungsrechtliche Bedenken bezüglich der Normenklarheit ergeben sich aus der Formulierung Straftaten von erheblicher Bedeutung. Zwar findet sich insoweit in § 1 Abs. 4 HmbPolDVG eine Legaldefinition, doch muss auch dieser Definitionsversuch dem Bestimmtheitserfordernis genügen.

Abgestellt wird zunächst einmal auf Verbrechen. Es kommt also gemäß § 12 Abs. 1 StGB auf Straftaten, die mit einer Mindestfreiheitsstrafe von einem Jahr bedroht sind, an. Darüber hinaus werden aber auch bestimmte Vergehen davon erfasst, wenn sie im Einzelfall nach Art und Schwere geeignet sind, den Rechtsfrieden besonders zu stören, § 1 Abs. 4 Nr. 2 HS. 1 HmbPolDVG.

Wird die Ratio des Bundesverfassungsgerichts, Strafe dürfe nur als äußerstes und letztes Mittel des Rechtsgüterschutzes genutzt werden (ultima ratio des Strafrechts, BVerfGE 39, 1), zu Grunde gelegt, dann sind jedoch auch alle anderen Vergehen eine Gefahr für den Rechtsfrieden, da sie mit Sanktionen belegt werden. Die Norm ist deswegen nur so zu lesen, dass noch andere Begehungsweisen, außer denen die das Strafrecht aufstellt, relevant sein können und sollen, ja geradezu müssen. Nach der geltenden Gesetzesfassung ist die Definitionsmacht darüber, ob und wann der Rechtsfriede besonders gestört werden könnte, mangels einer konkreten Benennung von Straftatbeständen, dem jeweiligen Polizisten überlassen, was, nicht zuletzt aus den oben aufgeführten Erwägungen über die Auslegung und Prüfung von Normen, nicht mit dem Bestimmtheitsgebot zu vereinbaren ist (Lisken, a.a.O., S. 475).

Auch unter diesem Aspekt ist die Vorschrift des § 4 Abs. 2 HmbPoIDVG daher wohl verfassungswidrig.

3. Rechtsschutzgarantie und Wesensgehaltsgarantie

Die bisherigen Ausführungen gewinnen zudem im Zusammenspiel mit weiteren, im Grundgesetz verbürgten Garantien, an Bedeutung.

a) Gebot effektiven Rechtsschutzes

So wurde erörtert, dass die Vorschrift des § 4 Abs. 2 HmbPoIDVG unter anderem deswegen gegen das Bestimmtheitsgebot verstößt, weil die maßgebliche Eingriffsvoraussetzung das Merkmal der konkreten polizeilichen Lageerkenntnisse von den Gerichten nicht hinlänglich überprüft werden kann. Insofern liegt gleichfalls ein Verstoß gegen das in Art. 19 Abs. 4 S. 1 GG garantierte Gebot des effektiven Rechtsschutzes vor.

In der Gesetzesbegründung stellt der parlamentarische Gesetzgeber allerdings darauf ab, die polizeilichen Lageerkenntnisse seien vorab zu dokumentieren, um die Maßnahme im Einzelfall gerichtlich nachprüfbar zu machen (Bü.-Drs. 18/1487, S. 14). Es stellt sich also die Frage, ob denn eine entsprechende Vorabdokumentation effektiven Rechtsschutz sicherstellen kann.

Im Fokus der Untersuchung steht hierbei die Intention des Gesetzgebers, die rechtlichen Grenzen der Befugniswahrnehmung im Einzelfall näher herauszuarbeiten und somit den Gerichten Prüfungsmaßstäbe an die Hand zu geben.

So soll gemäß den zu erlassenden Verfahrensvorschriften zunächst einmal der Ort der Kontrolle sowie der Zeitpunkt festgelegt werden und sodann die zu kontrollierenden Personen ausgewählt werden (Bü.-Drs. 18/1487, S. 14). Daraus folgt, dass für die Gerichte die Auswahl von Ort, Zeit und Zielgruppe gemäß den polizeilichen Lageerkenntnissen ersichtlich sein muss und diese Maßgaben dann im Einzelfall nachvollzogen werden sollen. Mithin kann und soll die gerichtliche Prüfung darauf beschränkt sein, ob das jeweilige polizeiliche Handeln den vorab dokumentierten Erkenntnissen entsprach oder nicht. Denn überprüft wird die, freilich zu dokumentierende, kategorisierte Auswahl seitens der Polizei (vgl. Bü.-Drs. 18/1487, S. 14).

Eine derartige nachvollziehende Prüfung entspricht indes einer Ermessensüberprüfung gemäß der von den Gerichten entwickelten Fehlerlehre auf Zweckmäßigkeit und Verhältnismäßigkeit der Maßnahme. Da es sich hingegen bei den polizeilichen Lageerkenntnissen um ein, wohl gemerkt voll gerichtlich überprüfbares, Tatbestandsmerkmal handeln soll (s.o. II. 2. a) bb)), ist also eine Vorabdokumentation hierauf ohne Einfluss. Mag darin auch eine vom Gesetzgeber intendierte Schranke der Befugnisausübung gesehen werden, so vermag diese keine operablen Einschränkungen für das polizeiliche Handeln im Einzelfall zu geben (Möllers, a.a.O., S. 386). Dies gilt umso mehr bei einer „tatbestandslosen Norm“ (Waechter in: DÖV 1999, S. 138 (142)) wie dem § 4 Abs. 2 HmbPolDVG.

Es bleibt festzuhalten, dass die tatbestandliche Eingriffsschwelle wohl bewusst als reines Handlungsmotiv der Polizei ausgestaltet wurde und nun von Seiten des Normgebers versucht wird, dem Rechtsschutz einen „Rettungsanker“ zu geben. Der Versuch scheitert jedoch bereits an der Verquickung von der umfassenden Kontrolle eines unbestimmten Rechtsbegriffs und der nachvollziehenden Prüfung auf Ermessensfehler (so zum Beispiel bei Kastner, a.a.O., S. 241f., 252, der zwar bei den polizeilichen Lageerkennissen zunächst von einer vollen Überprüfbarkeit ausgeht, in der Folge hingegen von einer ermessensfehlerfreien Adressatenauswahl spricht). Die Rechtsschutzgarantie aus Art. 19 Abs. 4 S. 1 GG kann hierdurch nicht sinnvoll genutzt werden, da dem Gesetz selbst jegliches Kriterium, an welchem die Rechtmäßigkeit des Grundrechtseingriffs gemessen werden kann, fehlt und somit keine Sicherungsfunktion aufweist (H. Lisken, a.a.O., S. 25). Sind die polizeilichen Lageerkenntnisse auch zu dokumentieren, hat dies auf den Umfang der gerichtlichen Überprüfung insoweit keine Auswirkungen.

Die Norm des § 4 Abs. 2 HmbPolDVG verstößt daher ebenfalls gegen das in Art. 19 Abs. 4 S. 1 GG verankerte Gebot des effektiven Rechtsschutzes, da die Lageerkenntnisse seitens der Polizei definiert werden, ohne diesbezüglich gesetzliche Vorgaben zu haben und sich daran das weitere polizeiliche Handeln anknüpft. Sonach ist eine gerichtliche Überprüfung der Rechtmäßigkeit der Lageerkenntnisse mangels bestimmter Regelung nur schwer möglich ist.

b) Wesensgehalt der Grundrechte

Die Regelungskonstruktion des § 4 Abs. 2 HmbPolDVG hat darüber hinaus noch eine weitere Konsequenz. Nach Art. 19 Abs. 2 GG darf kein Grundrecht in seinem Wesensgehalt angetastet werden, das heißt, der von ihm gewährte Schutzbereich ausgehöhlt werden und somit die Garantien leer laufen. Das ist insbesondere dann gegeben, wenn das jeweilige Grundrecht unter den aktuell gegebenen Umständen keinerlei Spielraum mehr zu sichern vermag und seine Bedeutung für das soziale Leben durch die getroffene Einschränkung praktisch verliert (vgl. BVerfGE 2, 266 (285)).

Die Unbestimmtheit der Norm und wohl der bewusste Verzicht auf einen individuellen Zurechnungszusammenhang sorgen dafür, dass das einzige für die Bürgerinnen und Bürger erkennbare Eingriffskriterium der Aufenthalt in einem bestimmten Gebiet ist. Da dieses Gebiet von der Polizei bestimmt wird, also ihrer Auslegungsmacht unterliegt, ermöglicht die Vorschrift der Polizei insgesamt Kontrollen, sobald der Bürger vor die Haustür tritt (Möllers, a.a.O., S. 385). Ist aber das Verlassen der eigenen vier Wände jenes einzige voraussehbare Eingriffskriterium, so stehen die grungesetzlichen Verbürgungen der informationellen Selbstbestimmung und der Freiheit der Person nicht nur unter einem gesetzlich festgeschriebenen Vorbehalt zum Schutz gefährdeter Rechtsgüter (vgl. auch II. 1. b) aa)), sondern unter einem theoretisch totalen Kontrollvorbehalt der Polizei (H. Lisken, a.a.O., S. 25). Die Grundrechte, die gerade Schutz vor eben solcher grenzenlosen Exekutivmacht bieten sollten, sind negiert und der Schutzbereich geht gegen Null (H. Lisken, a.a.O., S. 25).

Die Vorschrift des § 4 Abs. 2 HmbPolDVG verstößt daher gleichfalls gegen die Wesensgehaltsgarantie aus Art. 19 Abs. 2 GG.

4. Grundsatz der Verhältnismäßigkeit

Ferner ist zu hinterfragen, ob die durch § 4 Abs. 2 HmbPolDVG ermöglichten Kontrollbefugnisse dem aus dem Rechtsstaatsprinzip und den Grundrechten herzuleitenden Grundsatz der Verhältnismäßigkeit genügen. Auch hierbei werden soweit als möglich die für die beeinträchtigten Grundrechte der informationellen Selbstbestimmung aus Art. 2 Abs. 1 i.V.m. Art. 1 Abs. 1 GG und der Freiheit der Person nach Art. 2 Abs. 2 S. 2 GG gleichermaßen geltenden Aspekte nachfolgend zusammen betrachtet werden.

a) legitimer Zweck

Zunächst einmal ist ein mit den beabsichtigten Maßnahmen zureichendes Ziel erforderlich, welches im Lichte der Verfassung, namentlich den Konstitutionsprinzipien und den Grundrechten, als billigenswert anzusehen ist.

Mit der Einführung von § 4 Abs. 2 HmbPolDVG soll der Polizei zur Erledigung der ihr zugewiesenen Aufgabe in Gestalt der vorbeugenden Bekämpfung von Straftaten eine optimierte Eingriffsbefugnis anheim gestellt werden. Die Aufgabe der vorbeugenden Bekämpfung von Straftaten ist in § 1 Abs. 1 S. 2 Nr. 1 HmbPolDVG legaldefiniert als Verhütung von Straftaten und Vorsorge für die Verfolgung künftiger Straftaten.

Wie aus der Gesetzesbegründung hervorgeht, bestehe der Sinn und Zweck des § 4 Abs. 2 HmbPolDVG in der Abwehr von Gefahren, die von kontrollierten Personen ausgingen, sowie in der Abschreckung potentieller Störer durch die Deanonymisierung im jeweiligen Gebiet (Bü.-Drs. 18/1487; s.o. I.1.b)).

Soweit der Gesetzgeber auf den Aspekt der Gefahrenabwehr hinweist geht dieses Argument ins Leere. Käme es der Bürgerschaft in erster Linie auf diese Aufgabe an, hätte dies in § 4 Abs. 2 HmbPolDVG ohne Weiteres festgeschrieben werden können, was einer Formulierung ähnlich der polizeilichen Generalklausel entsprochen hätte (vgl. § 3 Abs. 1 HmbSOG). Hierauf wurde hingegen bewusst verzichtet und nicht der traditionelle polizei- und ordnungsrechtliche Gefahrenbegriff verwendet. Vielmehr wurde der neuartige Begriff der Lageerkenntnisse eingeführt, der es der Polizei gerade ermöglichen soll, im Vorfeld von Gefahren im Sinne des Ordnungsrechts einzuschreiten (Bü.-Drs. 18/1487; s.o. I.1.c)).

Folglich erschöpft sich der Sinn und Zweck von § 4 Abs. 2 HmbPolDVG in der vom Gesetzgeber intendierten generalpräventiven Wirkung. Die abschreckende Wirkung soll hierbei durch die Tatsache erzielt werden, dass jedermann mit einer Kontrolle seiner Person im betroffenen Gebiet rechnen muss (vgl. LVerfG MV, a.a.O., S. 73). Derlei Zielsetzung stellt jedoch im Bereich der Eingriffsverwaltung keine hinreichende Legitimationsgrundlage für grundrechtsbeschränkendes staatliches Handeln dar (Waechter in: a.a.O., S. 144ff).

Sicher hat sich der Rechtsstaat, der eine verfasste Friedensordnung gewährleisten soll, der Aufgabe anzunehmen, seine Bürgerinnen und Bürger zu schützen, was auch in der Aufgabenzuweisung des § 1 Abs. 1 S. 2 Nr. 1 HmbPolDVG zum Ausdruck kommt (vgl. LVerfG MV, a.a.O., S. 73), und nach gefestigter Rechtsprechung kommt nach den Wertungen des Grundgesetzes der Verhinderung und Aufklärung von Straftaten eine hohe Bedeutung zu (BVerfGE 77, 65 (76); 80, 367 (375); BVerfG in: EuGRZ 1999, S. 389 (411)). Gleichwohl besteht keine allgemeine Bürgerpflicht, sich für Staatsinteressen aufzuopfern (s.o. II. 1. c)). Nach der vom Bundesverfassungsgericht anerkannten Objektformel (BVerfGE 1, 97, 105; BVerfG in: NJW 1982, S. 375) verstößt es gegen die Würde des Menschen, wenn durch eine Normierung es gerade Sinn und Zweck ist, den Menschen zum Objekt staatlichen Handelns zu machen (vgl. Schnekenburger, a.a.O., S. 133).

So verhält es sich hingegen bei § 4 Abs. 2 HmbPolDVG, da die einzelne Maßnahme durch die Norm zum Einen lediglich final gesteuert wird und zum Anderen durch die generalpräventive Zielsetzung die Bürgerinnen und Bürger instrumentalisiert und für staatliche Zweckverfolgung vereinnahmt werden. Insofern ist bereits der verfolgte Zweck als illegitim anzusehen.

b) Geeignetheit

Weiterhin müssten die Eingriffsbefugnisse des § 4 Abs. 2 HmbPolDVG geeignet sein, dieses Ziel zu erreichen, mit anderen Worten dem Zweck dienlich und förderlich sein (Michael in: JuS 2001, S. 654, (656)).

Hierfür werden immer wieder Fahndungserfolge und andere kriminalistische Erträge der sogenannten Schleierfahndung herangezogen. So meldete der bayerische Regierungsbezirk Oberfranken, in dem das Institut der anlassunabhängigen Identitätsfeststellung auf Bundes- und Europastraßen bereits zum 01. Januar 1995 eingeführt worden war, dass bei 20.000 überprüften Personen 635 Straftaten aufgedeckt wurden (vgl. Süddeutsche Zeitung vom 09.01.1996; Die Welt vom 09.01.1996).

Dies entspricht einer Trefferquote von gerade einmal 3 %. Der scheinbare Effizienzbeleg wird zudem noch dadurch erschüttert, dass die angeführten Statistiken keinen Aufschluss darüber geben, wie viele dieser Kontrollen nicht auch nach anderen Rechtsgrundlagen, zum Beispiel § 163b StPO oder dem herkömmlichen Polizeibefugnissen, hätten durchgeführt werden können, zumal eine exakte linieare Abgrenzung der einzelnen Eingriffsermächtigungen ohnehin schwer möglich ist und die Polizei in der aktuellen Situation einen Entscheidungsspielraum hat (vgl. Stephan, a.a.O., S. 84). Ebensowenig lässt sich den Zahlen entnehmen, um welche Art von Straftaten es sich handelt. Dies wäre aber für die Beurteilung dessen, ob die Vorschrift für die Erreichung des beabsichtigten Zwecks geeignet ist oder nicht, in Bayern ist dies die Eindämmung der grenzüberschreitenden Kriminalität, zwingend notwendig.

Dass die Zahl der Fahndungserfolge in einem proportionalen Verhältnis zur Anzahl der durchgeföhrten Kontrollen steht, versteht sich von selbst (Stephan, a.a.O., S. 84). Wieweit diese Erfolge jedoch konkret auf die Befugnisnorm, und nicht etwa schlichtweg auf einen vermehrten Einsatz von Ressourcen zu herkömmlichen Kontrollzwecken, zurückzuföhren sind, kann nicht beurteilt werden. Auch der vom Bundesverfassungsgericht aufgestellte Maßstab, nur schlechthin ungeeignete Mittel seien verfassungswidrig (BVerfGE 19, 119 (127)), hilft in der konkreten Fallgestaltung nicht weiter. Vermehrte Kontrollen sind mit Sicherheit nicht per se ungeeignet, doch lassen sich aus dieser einfachen Feststellung keine Rückschlüsse auf die Geeignetheit oder Ungeeignetheit von anlass- und verdachtsunabhängigen Kontrollen im Sinne von § 4 Abs. 2 HmbPolDVG ziehen.

Die Frage nach der Geeignetheit kann dementsprechend nicht abschließend beantwortet werden.

c) Erforderlichkeit

Ferner müsste § 4 Abs. 2 HmbPolDVG erforderlich im Sinne des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes sein. Danach ist ein Gesetz nur dann erforderlich, wenn es kein mildereres Mittel gibt, das dieselben Zwecke ebenso gut erreicht (Michael, a.a.O., S. 656).

In Betracht kommen vorliegend die Vorschriften über die Befragung und Auskunftspflicht sowie die im allgemeinen Polizei- und Ordnungsrecht vorhandenen Standardbefugnisse.

aa) Befragung gemäß § 3 HmbPolDVG/ Identitätsfeststellung

Zu aller erst drängt sich die Suche nach ebenso effektiven, aber weniger belastenden Befugnisnormen im Datenverarbeitungsgesetz auf. Die systematische Verankerung der verdachtsunabhängigen Kontrollen in der Rechtsgrundlage für Identitätsfeststellungen ist nämlich keinesfalls zwingend. Schon § 4 Abs. 2 HmbPolDVG selbst sieht verschiedene Formen der Kontrolle vor, welche sich insbesondere in ihrer Intensität des Grundrechtseingriffs unterscheiden. So dürfen Personen kurzfristig von der Polizei angehalten werden, befragt werden, ihre Identität festgestellt werden und mitgeführte Sachen in Augenschein genommen werden.

Bereits der Wortlaut der Norm deutet also auf ein qualitatives Stufenverhältnis der einzelnen Maßnahmen hin (so wohl auch Kastner, a.a.O., S. 255). Diese Annahme gilt umso mehr, wenn in den Gesetzesmaterialien zur strikten Wahrung der Verhältnismäßigkeit angemahnt wird und in der Folge davon augegangen wird, dass das Verbringen auf eine polizeiliche Dienststelle zwecks Identitätsfeststellung, die Sistierung, nur das letztmögliche Mittel sein soll (s.o. I. 2.; vgl. Bü.-Drs. 18/1487, S. 14). Wenn die Sistierung hingegen nach eigener Einschätzung nur in den seltensten Fällen angewendet werden muss (s.o. I. 2.), beziehungsweise unter rechtsstaatlichen Aspekten darf, lässt dieser Umstand den Schluss zu, dass es dieser polizeilichen Eingriffsbefugnis gar nicht für die intendierte Zweckerreichung bedarf. Dann könnte die vorbeugende Bekämpfung von Straftaten auch mittels dem in § 3 HmbPolDVG eingeräumten Befragungsrecht erreicht werden, da das gestufte Vorgehen nicht nur auf die Folgemaßnahmen zur Identitätsfeststellung angewendet werden muss, sondern dieses Verhältnis vielmehr auch zwischen den sonstigen Maßnahmen gilt. Hiervon gehen die Senatsvertreter offenbar selbst aus. Mithin ist jedenfalls die in § 4 Abs. 2 HmbPolDVG vorgesehene Möglichkeit der Identitätsfeststellung mit allen ihren Varianten nach diesseitigem Dafürhalten nicht erforderlich.

bb) Standardmaßnahmen

Ähnlich verhält es sich mit den weiteren Maßnahmen nach § 4 Abs. 2 HmbPolDVG, namentlich die Befragung von betroffenen Personen und die Inaugescheinnahme von mitgeführten Sachen. Diesbezüglich ist aber nicht nach weiteren Eingriffsbefugnissen als solchen zu suchen, sondern nach deren Tatbestandsvoraussetzungen. Hierfür können die

im Gesetz zum Schutz der öffentlichen Sicherheit und Ordnung (vom 14. März 1966, HmbGVBl. S 77) vorgesehenen Standardmaßnahmen der Feststellung der Personalien nach § 12 HmbSOG und über die Durchsuchung nach §§ 15f. HmbSOG herangezogen werden. Der Ausgangspunkt ist dabei allerdings nicht Befugnis als solche, sondern das dem Polizei- und Ordnungsrecht stets zu Grunde liegende Tatbestandsmerkmal der Gefahr. Es ist nämlich zu hinterfragen, ob es des § 4 Abs. 2 HmbPolDVG in der geltenden Form, nämlich der Legalisierung der Schleierfahndung, als solchen überhaupt bedurft hätte oder nicht. Also nicht die bereits existierenden Rechtsgrundlagen ausreichend wären.

Es wurde bereits angesprochen, dass im Hinblick auf die gerichtliche Überprüfbarkeit der einzelnen polizeilichen Maßnahme vorgeschlagen wird, die Verwaltungsgerichte sollten das konkrete Einschreiten daraufhin überprüfen, ob eine hinreichende Sachverhaltsaufklärung stattgefunden hat, aus der sich bei verständiger Würdigung „ex ante“ ein begründeter Verdacht ergibt (Kastner, a.a.O., S. 242; Soria, a.a.O., S. 271f.). Insoweit wird nicht lediglich auf das Institut des Gefahrenverdachts Bezug genommen, sondern dessen Kriterien eins zu eins übernommen. Führt man diesen Gedanken konsequent weiter, so bedeutet dies, dass schon vor Einführung der Vorschrift bei Vorliegen dieser Kriterien Gefahrerforschungseingriffe im Rahmen der Polizeibefugnisse des HmbSOG rechtlich zulässig waren. Also solche, welche von minderer Schwere für die jeweils Betroffenen sind und geeignet sind, den Verdacht entweder zu erhärten oder zu entkräften. Nach dieser Logik wären also im Falle eines Gefahrenverdachts entsprechende polizeiliche Maßnahmen durch §§ 12, 15f. HmbSOG möglich. (Vgl. nur Schnekenburger, a.a.O., S. 134 und Kastner, a.a.O., S. 254, der jedoch daran ausschließlich die Verhältnismäßigkeit im engeren Sinne festmachen will.)

Es ist folglich zu konstatieren, dass die bereits existierenden Rechtsgrundlagen, in ihren durch die Rechtspraxis gefestigten und anerkannten Ausprägungen, der Verwaltung ausreichende Handlungsspielräume eröffnen, um einem Verdacht nachzugehen und Gefahren und somit auch Straftaten zu verhüten. Des Verzichts auf einen individuellen Zurechnungszusammenhang, wie es durch § 4 Abs. 2 HmbPolDVG vorgesehen ist, hätte es hierfür nicht bedurft.

Wie es sich mit der Vorsorge für die Verfolgung künftiger Straftaten verhält, kann derzeit mangels empirischen und zugleich verwertbaren Materials nicht eindeutig beurteilt werden (s.o. II. 4. b)). Insgesamt ist aber nach der derzeitigen Einschätzung und rechtlichen Würdigung nicht davon auszugehen.

Auch in dieser Hinsicht ist § 4 Abs. 2 HmbPolDVG daher zur vorbeugenden Bekämpfung von Straftaten nicht erforderlich.

d) Angemessenheit/ Verhältnismäßigkeit i.e.S

Zudem darf die Regelung den von ihr potentiell Betroffenen nicht übermäßig belasten, das heißt nicht außer Verhältnis stehen zu dem mit ihr verfolgten Zweck. Es hat also eine Abwägung zwischen den Belangen der betroffenen Bürgerinnen und Bürger einerseits und der vom Gesetz verfolgten Zwecksetzung andererseits stattzufinden. Konkret bedeutet dies, die Freiheitsrechte der informationellen Selbstbestimmung aus Art. 2 Abs. 1 i.V.m. Art. 1 Abs. 1 GG sowie der Freiheit der Person nach Art. 2 Abs. 2 S. 2 GG der vorbeugenden Bekämpfung von Straftaten nach § 4 Abs. 2 i.V.m. § 1 Abs. 1 S. 2 Nr. 1 HmbPolDVG gegenüber zu stellen und diese einem sachgerechten Ausgleich zuzuführen. Bei dieser Bildung praktischer Konkordanzen ist es freilich notwendig, dass die mit den Grundrechten in Ausgleich zu bringenden vom Gesetzgeber verfolgten Ziele auch im Verfassungsrecht verankert sind, da es sich um eine verfassungsrechtliche Güterabwägung handelt (Kastner, a.a.O., S. 249).

Das Verfassungsgericht Mecklenburg-Vorpommern sah in seiner Entscheidung vom 21. Oktober 1999 in der vorbeugenden Bekämpfung von Straftaten einen hohen Belang für das Allgemeinwohl, da es geradezu die Verpflichtung des Rechtsstaates sei, die Bürgerinnen und Bürger zu schützen (LVerfG MV, a.a.O., S. 73). Hinsichtlich den Ausführungen zum Schutze der Bürgerinnen und Bürger ist dem Gericht zuzustimmen. Die These, wonach sich daraus zwingend ein hoher Belang für das Wohl der Allgemeinheit ergibt, lässt sich wohl eher mit dem kollektiven Bedürfnis nach „innerer Sicherheit“ beschreiben, welches jedoch keinen abstrakten Vorrang vor den individuellen Freiheitsrechten genießt (so auch Kastner, a.a.O., S. 249). Der Ausgleich muss daher zwischen den Individual- und Kollektivinteressen erst hergestellt werden. Hierbei sind die Eingriffsschwellen, die Zahl der Betroffenen und die Intensität der Beeinträchtigungen in Verhältnis zu den gesetzgeberischen Zielen zu setzen (BverfGE 100, 313 (375f.)).

Diesbezüglich ist nach den betroffenen Grundrechten und den jeweiligen Maßnahmen zu differenzieren.

aa) Recht auf informationelle Selbstbestimmung

Durch die der Polizei durch § 4 Abs. 2 HmbPolDVG eingeräumten Befugnisse wird zuvorderst das Recht auf informationelle Selbstbestimmung aus Art. 2 Abs. 1 i.V.m. Art. 1 Abs. 1 GG tangiert. Dieses vom Bundesverfassungsgericht in seiner Entscheidung zur Volkszählung entwickelte Grundrecht gewährleistet die Befugnis des Einzelnen, selbst über die Preisgabe und Verwendung persönlicher Daten zu bestimmen und schützt somit vor unbegrenzter Erhebung, Speicherung, Verwendung und Weitergabe dieser Daten (BVerfGE 65, 1, 43f.).

In dieses Recht wird durch die umfassenden Ermittlungs- und Kontrollbefugnisse unzweifelhaft eingegriffen, so dass lediglich zu untersuchen ist, ob diese Beschränkungen angemessen sind. Dabei sind zwei wesentliche Komplexe zu unterscheiden, nämlich einerseits die Kontrollbefugnisse an sich, namentlich die Ermächtigung zur Befragung und Identitätsfeststellung, und andererseits die mit dem Gesetz einhergehenden spezifischen Beeinträchtigungen des Datenschutzes.

(1) Befragungsrecht und Auskunftspflicht sowie Identitätsfeststellung

Soweit es um die primären Kontrollbefugnisse des § 4 Abs. 2 HmbPolDVG geht, werden die bereits zum Gesetzesvorbehalt und zur Bestimmtheit getroffenen Aussagen relevant (s.o. II 1. und 2.). Im Gesetz festgeschriebene Eingriffsschwelle ist lediglich der Zweck der Maßnahmen entsprechend der Aufgabenzuweisung des § 1 Abs. 1 S. 2 Nr. 1 HmbPolDVG. Weder Ort, Zeit noch der Kreis der Betroffenen ist aus dem Gesetz heraus ersichtlich, sondern liegt in der Definitionsmacht der Polizei. Diese Letztentscheidungskompetenz der Polizeibehörden ist zudem nur schwer gerichtlich nachprüfbar (s.o. II. 2. a) bb) und 3. a)) und wird somit nahezu zu einer Blankoermächtigung für die Exekutive und mithin Einfallstor zu einer polizeilichen Allmacht (vgl. LVerfG MV, a.a.O., S. 73f.). Eine Folge des Umstands, dass die polizeilichen Maßnahmen lediglich final gesteuert sind und dadurch die Vorschrift zu einer Regelbefugnis gemacht wird, was die hergebrachten rechtsstaatlichen Sicherungen auf einem weiten Feld unterläuft (LVerfG MV, a.a.O., S. 74).

Es wurde bereits die Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts zu § 163b StPO erwähnt, in der klare Aussagen über die Tatbestandsvoraussetzungen einer Norm getroffen wurden, damit ein Eingriff in die Freiheitssphäre der Bürgerinnen und Bürger überhaupt rechtmäßig sein kann(s.o.). Hieraus ergeben sich noch weitere Konsequenzen, welche für

die Verhältnismäßigkeit im engeren Sinne von Bedeutung sind.

Dem Ermittlungsverbot nach § 152 Abs. 2 StPO i.V.m. dem Schutz der Menschenwürde aus Art. 1 GG kommt Verfassungsrang zu und verbietet es in der Konsequenz, einem anderen strafbares Verhalten per se zuzuschreiben und ihn deswegen zu kontrollieren (H. Lisken, a.a.O., S. 24). Freilich ist diese auch in der EMRK verankerte Unschuldsvermutung in erster Linie im Strafverfahrensrecht von Belang. Logische Folge ist allerdings die Vermutung einer natürlichen Redlichkeit und Rechtstreue von jedermann, welche in der Systematik und Logik des Grundgesetzes Konstitutionsprinzip ist und somit auch im Ordnungsrecht gilt (Schnekenburger, a.a.O., S. 133; H. Lisken, a.a.O., S. 24; ähnlich auch Möllers, a.a.O., S. 385; Waechter, a.a.O., S. 146f.).

Der Tatbestand von § 4 Abs. 2 HmbPolDVG ist aber so ausgestaltet, dass allgemein Personen, also grundsätzlich jedermann, in einem bestimmten Gebiet kontrolliert werden darf und, dem Normzweck der Generalprävention folgend, geradezu soll, ohne dass eine Gefahr von ihm ausgeht oder nur der Verdacht einer solchen Gefahr bestehen müsste (Schnekenburger, a.a.O., S. 133). Die Redlichkeitsvermutung zugunsten des einzelnen Bürgers wird hierdurch ad absurdum geführt. Bereits durch die Befragungsbefugnis wird jeder Bürger in dem betroffenen Gebiet für hoheitliche Zwecke operationalisiert, indem eine allgemeine Polizeipflichtigkeit kreiert wird. Die Polizei soll nämlich sachbezogene Auskünfte immer schon dann verlangen können, wenn noch gar keine Pflicht im eigentlichen polizeirechtlichen Sinne, sei diese nun verkehrssicherungs- oder restitutionsrechtlicher oder anderweitiger Art, besteht (Lisken, a.a.O., S. 476).

Im Vordergrund der anlass- und verdachtsunabhängigen Personenkontrollen steht nicht zuletzt die Informationsgewinnung von Seiten der staatlichen Behörden, um der zugewiesenen Aufgabe gerecht zu werden (vgl. LVerfG MV, a.a.O., S. 74). Diese darf indes kein Selbstzweck sein (LVerfG MV, a.a.O., S. 76), zumal der Staat für den Bürger und nicht der Bürger für den Staat da ist (Schnekenburger, a.a.O., S. 133). Da § 4 Abs. 2 HmbPolDVG vollständig auf das Erfordernis der polizei- und ordnungsrechtlichen Gefahr verzichtet, ist die Norm hingegen darauf angelegt, die Kontrolle von Bürgerinnen und Bürgern insgesamt, unabhängig davon, ob ein (personenbezogener) Anlass oder ein Verdacht bestand oder nicht, als Mittel zum Zweck gegen potentielle Störer und Straftäter einzusetzen (Möllers, a.a.O., S. 385). Derlei macchiavellistische Herangehensweise hinsichtlich der Rechtmäßigkeit von Ermächtigungsgrundlagen ist dem deutschen Verfassungsrecht allerdings fremd. Nach der vom Bundesverfassungsgericht anerkannten Objektformel (BVerfGE 1, 97, 105; BVerfG, a.a.O., S. 375) verstößt dieser Umstand schon für sich genommen gegen die Menschenwürde, da durch eine solche Systematik die Bürgerinnen und Bürger zum bloßen Objekt staatlichen Handelns gemacht werden (vgl.

Schnekenburger, a.a.O., S. 133).

Solch eine Instrumentalisierung ist jedoch niemals mit dem abwägungsfesten Art. 1 Abs. 1 GG vereinbar. Überdies gilt für sämtliche Grundrechte: Das Grundgesetz will zum Schutz der Bürgerinnen und Bürger bereits die Methodenwahl der Exekutive beschneiden, so dass damit einhergehende gewisse Sicherheitsrisiken hinzunehmen sind (Lisken, a.a.O., S. 477), soweit nicht die Größe der Gefahren und die Wahrscheinlichkeit ihres Eintritts etwas anderes gebieten. Dafür existieren bei der allgemeinen Kriminalitätsbekämpfung keinerlei Anhaltspunkte.

Polizeiliche Eingriffsbefugnisse gegen jedermann sind daher verfassungswidrig. Dies gilt im konkreten Fall für alle eingeräumten Befugnisse, da schon die mit der Ermächtigung, Personen anzuhalten und zu befragen, fixierte Auskunftsverpflichtung den unmittelbar durch das Grundgesetz gewährten Schutz vor jeglicher Selbstaufgabe durch existentiellen Vertrauensbruch (BVerfGE 33, 367 (374f.)) unterlaufen wird.

(2) Speicherung und Verarbeitung der Daten

Den zweiten, das Recht auf informationelle Selbstbestimmung beeinträchtigenden, Komplex bilden die spezifischen Eingriffe in den Datenschutz der Bürgerinnen und Bürger.

Denn die Maßnahmen nach § 4 Abs. 2 HmbPoIDVG werden keineswegs isoliert eingesetzt, da sie ansonsten sinnlos und nicht dem Zweck förderlich wären (Stephan, a.a.O., S. 83). So erhebt die Polizei im Einzelfall zunächst einmal die personenbezogenen Daten mittels Anhalten, Befragung und gegebenenfalls Identitätsfeststellung. Im Anschluss daran wird die kontrollierte Person regelmäßig mit Hilfe elektronischer Datenverarbeitungssysteme überprüft, also durch einen Datenabgleich festgestellt, ob die Person in ein Ermittlungsverfahren verwickelt ist oder war und ob nach ihr gefahndet wird (Stephan, a.a.O., S. 83). Soweit behauptet wird, es handele sich hierbei um einen Eingriff mit geringer Intensität (so Kastner, a.a.O., S. 255), kann dies nicht ohne Einwände hingenommen werden. Auch in diesem Fall ist der durch die Personenkontrolle erst möglich werdende Datenabgleich nur Mittel zum Zweck, so dass die oben erläuterten Bedenken abermals greifen (s.o. II. 4. d) aa) (1)). Die Möglichkeit, jedermann, zu jedem beliebigen Zeitpunkt, ohne Grund zu kontrollieren ist nicht verfassungsgemäß (vgl. Lisken, a.a.O., S. 480). Zudem kann nicht von dem vereinfachten Standpunkt ausgegangen werden, der unbescholtene Bürger habe nichts zu verbergen und daher sei für diesen der Eingriff

hinnehmbar.

Diese Argumentation ist zirkulär, weil der Eingriff im Rahmen der Angemessenheit bagatellisiert wird und dadurch der Schutzbereich verkürzt werden soll, und überdies von der Annahme geprägt ist, dass es kein Recht auf Anonymität gebe, was schlichtweg falsch ist, wenn nur an das Post- und Fernmelde-, das Bank- oder das Beichtgeheimnis gedacht wird (vgl. H. Lisken, a.a.O., S. 25).

Noch schwerwiegenderen Bedenken begegnet die Speicherung von personenbezogenen Daten auf Grund verdachtsunabhängiger Kontrollen. Die Rechtslage macht eine Speicherung ohne weiteres möglich, da lediglich auf die rechtmäßige Erlangung der Daten abgestellt wird. Eine Datenspeicherung stellt aber unbestritten einen erheblichen Eingriff in das Recht auf informationelle Selbstbestimmung dar, welche nur zweckgebunden erfolgen darf (vgl. Kastner, a.a.O., S. 255). Der Zweck liegt nun gerade in der vorbeugeenden Bekämpfung von Straftaten, der insbesondere durch eine Anfütterung der Datenbanken zu erreichen wäre, da eine stetige Erweiterung des Informationsbestandes einen umfassenderen Datenabgleich ermöglichen und folglich auch bessere polizeiliche Erkenntnisse verschaffen kann. Diese Finalität der Maßnahme sorgt dafür, dass eine generelle Speicherung von personenbezogenen Daten nicht nur möglich ist, sondern gar für zweckdienlich erklärt wird, unabhängig davon, ob der Datenabgleich „positiv“ oder „negativ“ verlaufen ist. Im Strafverfahrensrecht ist hingegen durch § 163d StPO die Speicherung von Daten Nichtverdächtiger an strenge tatbestandliche Voraussetzungen geknüpft, welche, ähnlich den Erläuterungen zu § 163b StPO, eine äußerste Grenze ziehen. Eine vorsorgliche Datenspeicherung wie es nun durch die verdachtsunabhängigen Personenkontrollen nach § 4 Abs. 2 HmbPolDVG ermöglicht wird, genügt aber keinesfalls diesen Anforderungen (Kastner, a.a.O., S. 256). Das Bundesverfassungsgericht hat zudem schon im Volkszählungsurteil entschieden, dass eine Vorratsdatenspeicherung unverhältnismäßig und somit unzulässig ist (BverfGE 65, 1 (46)). Eben eine solche soll aber durch die Neuregelung möglich gemacht werden.

(3) Zwischenergebnis

Die mit § 4 Abs. 2 HmbPolDVG verbundenen Eingriffe in das Recht auf informationelle Selbstbestimmung aus Art. 2 Abs. 1 i.V.m. Art 1 Abs. 1 GG sind von solch hohen Nachteilen für die betroffenen Bürgerinnen und Bürger, dass sie nicht in angemessenem Verhältnis zu der verfolgten Zielsetzung der Bekämpfung der Kriminalität stehen.

Die Vorschrift verstößt sonach gegen das Übermaßverbot.

bb) Freiheit der Person

Ferner ist das in Art. 2 Abs. 2 S. 2 GG garantierte Recht auf Freiheit der Person durch die Neuregelung in zweierlei Hinsicht betroffen. Einerseits durch das kurzfristige Anhalten und andererseits durch die Möglichkeit der Verbringung auf eine Polizeidienststelle zwecks Identitätsfeststellung. Näher betrachtet werden soll hier die zwangsweise Erhebung der personenbezogenen Daten durch die Sistierung.

Zwar wird das Grundrecht der Freiheit der Person wie schon angesprochen nicht vorbehaltlos gewährleistet, doch ist gerade für Art. 2 Abs. 2 S. 2 GG mit Art. 104 GG ein klarer Rahmen gesetzt, so dass genau zu untersuchen ist, ob nicht ein Eingriff auf Grund von § 4 Abs. 2 HmbPolDVG unangemessen ist.

Auch bei dieser Betrachtung spielen die vom Bundesverfassungsgericht gemachten Aussagen hinsichtlich des Tatbestands einer Norm, durch die Maßnahmen zur Identitätsfeststellung ermöglicht werden sollen eine wichtige Rolle (s.o. II. 1. b)). Bisher konnte im Polizeirecht eine Identitätsfeststellung lediglich erfolgen, wenn eine konkrete Gefahr vorlag und das polizeiliche Vorgehen den strikten Anforderungen des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes entsprach. Schon in dieser Konstellation waren also das Festhalten oder das Verbringen auf die Dienststelle ultima ratio. Dies ist nun bis zur Unkenntlichkeit aufgeweicht worden, indem auf das Merkmal der Gefahr und somit auf einen individuellen Zurechnungszusammenhang verzichtet wurde. Die Eingriffsschwelle ist nunmehr derart herabgesetzt, dass Personenkontrollen in einem gesetzlich nicht näher definierten räumlichen Bereich, eine unbestimmte Anzahl von Bürgerinnen und Bürger treffen können (vgl. Kastner, a.a.O., S. 258), wobei das Einschreiten der Polizei lediglich von ihren eigenen Erkenntnissen abhängt und allein dem Zweck der vorbeugenden Bekämpfung von Straftaten dienen muss.

Sofern der Gesetzgeber betont, dass die Auswahl der entsprechenden Maßnahmen unter strikter Wahrung des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes erfolgen müssen (Bü.-Drs. 18/1487, S. 14), ist dies zwar nicht unbedeutlich, dennoch nicht von großem Wert für die rechtliche Würdigung. Denn die Exekutive muss bei ihrem Handeln stets für die Bürgerinnen und Bürger übermäßig belastende Eingriffe unterlassen, so dass die Ausführungen in den Gesetzesmaterialien rein deklaratorischer Natur sind.

Allein diese Begründung und die vereinfachende Annahme, dass die Sistierung wohl nur in den seltensten Fällen vorkäme (s.o. I. 2.), kann den verfassungsrechtlichen Anforderungen, dass hier die Grenze des Zulässigen überschritten werden kann, wenn auch selbstverständlich nicht darf, in keiner Weise gerecht werden.

Die Grundfesten der Verfassung verbieten es, den Einzelnen zu instrumentalisieren und eine allgemeine Aufopferungspflicht zur Aufrechterhaltung des Sicherheitswesens existiert nicht. Die Bürgerinnen und Bürger aber gleichwohl der steten Gefahr auszusetzen, zwecks Feststellung der Identität zur Polizeidienststelle verbracht zu werden konterkariert diesen Gedanken wohl bis aufs Äußerste.

Verstärkt wird der Umstand durch einen Blick ins Gesetz über Personalausweise (PersAuswG i.d.F.d.B. v. 21.04.1986 (BGBl. I S. 548), zul. geänd. durch Gesetz v. 20.07.2007 (BGBl. I S. 1566)), in dem keine allgemeine Ausweispflicht statuiert ist, sondern durch § 1 Abs. 1 S. 1 PersAuswG nur eine Vorlagepflicht (vgl. Schnekenburger, a.a.O., S. 134 m.w.N.). Eine derartige Verpflichtung, sich immer und überall ausweisen zu müssen, darf nicht durch die Hintertür des Ordnungsrechts eingeführt werden, indem ein Festhalten der Person oder gar die Verbringung auf die Wache in Aussicht gestellt wird.

In diesem Kontext ist es zumindest widersprüchlich, wenn der Gesetzgeber den Bürgerinnen und Bürgern zunächst einmal die Redlichkeit abspricht (s.o. II. 4. d) aa) (1)), dann aber davon ausgeht, die von ihnen gemachten Angaben bei einer Personenkontrolle in Form der Befragung seien richtig und vertrauenswürdig, so dass eine Sistierung grundsätzlich nicht erforderlich sei.

Weiterhin ist mit der Befugnis des § 4 Abs. 2 HmbPolDVG eine erhebliche Erweiterung der Notkompetenz der Verwaltung im Falle einer freiheitsentziehenden Maßnahme gemäß Art 104 Abs. 2 GG verbunden. In Zusammenhang mit § 13a Abs. 1 S. 2 HmbSOG wird die Polizei von der Verfassungspflicht aus Art. 104 Abs. 2 S. 1 und 2 GG, eine richterliche Entscheidung über die Zulässigkeit einer zeitlich erledigten Freiheitsentziehung durch die Polizei herbeizuführen, befreit (Lisken, a.a.O. , S. 480). Der Richtervorbehalt soll rechtssichernde Verwaltungsentscheidungen gewährleisten und ergeht ebenfalls auf Grund einer Lageeinschätzung, vermag aber durch die Befassung der richterlichen Kompetenz mit dem jeweiligen Sachverhalt, besseren Schutz für das Grundrecht des Art. 2 Abs. 2 S. 2 GG

zu gewähren (vgl. Lisken, a.a.O., S. 480f.).

Das sollte insbesondere dem hamburgischen Gesetzgeber nach den Entscheidungen zum „Hamburger Kessel“ (vgl. VG Hamburg in: NVwZ 1987, 829ff.; LG Hamburg in: NVwZ 1987, 833ff.; insbes. LG Hamburg, Urt. v. 23.10.1991 (32)4/88 Kls) bewusst sein. Ein generelles Aushebeln der Bedingung der richterlichen Befassung ist somit nicht verfassungsgemäß. Erst recht nicht unter Verzicht auf tatbestandliche Konturen und Eingriffsvoraussetzungen.

Das Recht auf Freiheit der Person wird mithin durch § 4 Abs. 2 HmbPolDVG unangemessen beeinträchtigt.

cc) Gleichheitssatz

Ferner wird der allgemeine Gleichheitssatz aus Art. 3 Abs. 1 GG übermäßig verkürzt, welcher verbietet, wesentlich Gleiches ungleich zu behandeln (BVerfGE 98, 365 (385)).

Zwangsläufige Folge von § 4 Abs. 2 HmbPolDVG ist, dass bestimmte nach den polizeilichen Lagebildern stigmatisierte Angehörige von Personengruppen den Kontrollen unterzogen werden sollen, während andere grundsätzlich verschont werden. Insofern wird Gleiches ungleich behandelt, da der maßgebliche Bezugspunkt der Mensch im öffentlichen Raum ist. Nach der neuen Formel des Bundesverfassungsgerichts bedarf es für eine solche Ungleichbehandlung aber einen sachlichen Grund von einiger Gewichtigkeit (vgl. BVerfGE 82, 126 (146); 88, 87 (97)). Bisher war ein solcher in dem Tatbestandsmerkmal der Gefahr zu sehen, welches nunmehr fehlt. Es unterliegt einzig und allein der polizeilichen Einschätzung, wer kontrolliert wird und wer unbehelligt bleibt, so dass Willkür nicht wirksam ausgeschlossen werden kann, was jedoch nicht mit dem Gleichheitssatz zu vereinbaren ist.

Folglich liegt auch ein unverhältnismäßiger Eingriff in Art. 3 Abs. 1 GG vor.

dd) Freie Entfaltung der Persönlichkeit

Zuletzt ist noch das allgemeine Persönlichkeitsrecht aus Art. 2 Abs. 1 GG zu nennen. In dieses wird durch die Befugnis der Inaugenscheinnahme von Sachen nach § 4 Abs. 2 HmbPolDVG eingegriffen. Auch ein Eingriff in die Privatsphäre des Bürgers muss verhältnismäßig sein und darf nicht durch eine lediglich finale Steuerung den Einzelnen übermäßig belasten. Diesbezüglich kann auf die Ausführungen zum Recht auf informationelle Selbstbestimmung verwiesen werden (s.o. II 4. d) aa)). Die Inaugenscheinnahme ist zwar ein Minus zur Durchsuchung, gleichwohl mehr als eine bloße

Lästigkeit und ist in der Zweck-Mittel-Relation nicht mehr angemessen.

e) Zwischenergebnis

Die Vorschrift des § 4 Abs. 2 HmbPolDVG verstößt gleich in mehrfacher Hinsicht gegen den Grundsatz der Verhältnismäßigkeit. Die mit der Norm einhergehenden Grundrechtsbeeinträchtigungen können nicht gerechtfertigt werden.

5. Gesamtwürdigung

Die Norm vermag in allen untersuchten Aspekten nicht den von Verfassungs wegen gebotenen Anforderungen genügen. Insbesondere ist § 4 Abs. 2 HmbPolDVG hochgradig unbestimmt und verstößt gegen das Übermaßverbot, zudem werden das Wesentlichkeitsgebot missachtet und der effektive Rechtsschutz gegen die legalisierten Polizeimaßnahmen nicht hinreichend gewährleistet.

Die Zahl der Verletzungen von verfassungsrechtlichen Anforderungen an Normen in materieller Hinsicht zeigt deutlich, dass der hamburgische Gesetzgeber wohl überfordert war. Unter dem Deckmantel des Effizienzgewinns bei der Polizeiarbeit sollte ein breites Netz an Informationsgewinnung ermöglicht werden, was nicht hingenommen werden kann und darf. Diesem Verlust an Rechtsstaatlichkeit muss entgegengetreten werden.

Die Norm ist wohl verfassungswidrig und müsste sonach für nichtig erklärt werden.