



## Verwaltungsgericht Hamburg

### Urteil

#### Im Namen des Volkes

In der Verwaltungsrechtssache

der Freien und Hansestadt Hamburg, vertreten durch die  
Behörde für Inneres und Sport

Verkündet am  
23.10.2019

... ,

- Klägerin -

g e g e n

den Hamburgischen Beauftragten für Datenschutz  
und Informationsfreiheit,

... ,

- Beklagter -

hat das Verwaltungsgericht Hamburg, Kammer 17, aufgrund der mündlichen Verhandlung vom 23. Oktober 2019 durch

...

#### **für Recht erkannt:**

Der Bescheid vom 18.12.2018 wird aufgehoben.

Der Beklagte trägt die Kosten des Verfahrens.

Das Urteil ist wegen der Kosten vorläufig vollstreckbar. Der Beklagte kann die Vollstreckung durch Sicherheitsleistung in Höhe der festzusetzenden Kosten abwenden, wenn nicht die Klägerin vor der Vollstreckung Sicherheit in Höhe des zu vollstreckenden Betrages leistet.

#### **Rechtsmittelbelehrung:**

Innerhalb eines Monats nach Zustellung kann gegen dieses Urteil schriftlich oder nach Maßgabe des § 55a der Verwaltungsgerichtsordnung – VwGO – in elektronischer Form die Zulassung der Berufung beantragt werden.

Der Antrag ist bei dem Verwaltungsgericht Hamburg, Lübeckertordamm 4, 20099 Hamburg, zu stellen. Er muss das angefochtene Urteil bezeichnen.

Innerhalb von zwei Monaten nach Zustellung des vollständigen Urteils sind die Gründe darzulegen, aus denen die Berufung zuzulassen ist. Die Begründung ist, soweit sie nicht bereits mit dem Antrag vorgelegt worden ist, bei dem Hamburgischen Obergerverwaltungsgericht, Lübeckertordamm 4, 20099 Hamburg, schriftlich oder in elektronischer Form (s.o.) einzureichen.

Die Berufung ist nur zuzulassen,

- wenn ernstliche Zweifel an der Richtigkeit des Urteils bestehen,
- wenn die Rechtssache besondere tatsächliche oder rechtliche Schwierigkeiten aufweist,
- wenn die Rechtssache grundsätzliche Bedeutung hat,
- wenn das Urteil von einer Entscheidung des Obergerverwaltungsgerichts, des Bundesverwaltungsgerichts, des Gemeinsamen Senats der obersten Gerichtshöfe des Bundes oder des Bundesverfassungsgerichts abweicht und auf dieser Abweichung beruht oder
- wenn ein der Beurteilung des Berufungsgerichts unterliegender Verfahrensmangel geltend gemacht wird und vorliegt, auf dem die Entscheidung beruhen kann.

Vor dem Hamburgischen Obergerverwaltungsgericht müssen sich die Beteiligten, außer im Prozesskostenhilfungsverfahren, durch Prozessbevollmächtigte vertreten lassen. Dies gilt auch für Prozesshandlungen, durch die ein Verfahren vor dem Hamburgischen Obergerverwaltungsgericht eingeleitet wird. Als Bevollmächtigte sind Rechtsanwälte oder Rechtslehrer an einer der in § 67 Abs. 2 Satz 1 VwGO genannten Hochschulen mit Befähigung zum Richteramt zugelassen. Ferner sind die in § 67 Abs. 2 Satz 2 Nr. 3 bis 7 VwGO bezeichneten Personen und Organisationen als Bevollmächtigte zugelassen. Ergänzend wird wegen der weiteren Einzelheiten auf § 67 Abs. 2 Satz 3, Abs. 4 und Abs. 5 VwGO verwiesen.

Auf die Möglichkeit der Sprungrevision nach § 134 VwGO wird hingewiesen.

### **Tatbestand:**

Die klagende Behörde für Inneres und Sport – Polizei – wendet sich gegen eine Anordnung des beklagten Hamburgischen Beauftragten für Datenschutz und Informationsfreiheit, mit welcher er die Löschung einer Referenzdatenbank mit umfangreichem biometrisch bearbeiteten Bildmaterial verfügt hat, die von der Klägerin zur Verfolgung von Straftaten im Kontext des G20-Gipfels genutzt wird.

Der Anfang Juli 2017 in Hamburg ausgerichtete G20-Gipfel hatte europaweit Menschen angezogen, die ihre kritische Haltung zu den bestehenden politischen und ökonomischen Verhältnissen in großen Aufzügen und Versammlungen bekundeten. In dem Zusammenhang wurden von Personen, die sich zunächst den Anschein friedlicher Demonstranten gaben, zahlreiche Straftaten verübt, und es kam zu teils außerordentlich schweren Ausschreitungen.

Zur strafrechtlichen Aufarbeitung dieser Vorfälle richtete die Klägerin im Juli 2017 die Sonderkommission „Schwarzer Block“ ein und beschloss, eine umfangreiche Bilddatei zusammenzustellen. Diese besteht zum einen aus von der Klägerin selbst erstelltem Bildmaterial, dann aus Aufnahmen der Videoüberwachung von bestimmten S-Bahn-

Stationen, ferner aus sonstigen im Internet zugänglichen einschlägigen Aufnahmen und schließlich aus privat erstellten Bilddateien. In deren Besitz kam die Klägerin nach entsprechendem Aufruf an die Öffentlichkeit, einschlägige Bilddateien auf ein Portal des Bundeskriminalamts (BKA) hochzuladen. Die Klägerin nahm eine Grobsichtung dieses Materials auf einen G20-Bezug vor. Die so entstandene, ca. 32.000 Bilddateien umfassende Sammlung (im folgenden „Grunddatei“) besteht aus (Video)Aufnahmen von Personen bei Versammlungen mit Bezug auf den G20-Gipfel, im Vor- und Umfeld solcher Versammlungen sowie bei der Begehung von Straftaten.

Aus der Grunddatei gewann die Klägerin unter Einsatz einer eigens beschafften Gesichtserkennungssoftware (im folgenden GAS) die streitgegenständliche Referenzdatenbank. Sie besteht aus digitalen Extrakten der von der Software auf den Bildern der Grunddatei ausgemachten Gesichtern („Templates“). Beruhend auf einer Vermessung der individuellen Abstände von Augen, Ohren, Nase und Mund durch die GAS sollen die Templates die automatisierte (Wieder)Erkennung der einzelnen Physiognomien mit hoher Wahrscheinlichkeit ermöglichen.

Die Klägerin setzt die Referenzdatenbank wie folgt ein: Sie macht die Bilder von einzelnen Tatverdächtigen mit jener Software ebenfalls dateikompatibel und speist sie in Suchläufen in die Referenzdatenbank ein. Bei erkannten Übereinstimmungen oder großer Ähnlichkeit zwischen den eingegebenen Templates mit solchen aus der Referenzdatenbank meldet die GAS „Treffer“, welche auf die zuvor wiederauffindbar gekennzeichneten Bilddateien der Grunddatei verweisen. Diese Bilddateien werden sodann von Sachbearbeitern aufgerufen und auf die Ähnlichkeit mit dem eingegebenen Suchbild abgeglichen. Die einzelnen Suchläufe finden auf Anordnung der Staatsanwaltschaft zu jeweils vergebenen Ermittlungsaktenzeichen statt.

Die Klägerin hat die Referenzdatenbank nicht mit anderen Dateien oder Erkenntnisquellen vernetzt.

Die Klägerin verspricht sich hiervon eine ermittlungstaktisch relevante Aufklärung des Vor- und Nachtatverhaltens von Verdächtigen, Erkenntnisse über etwaige weitere Straftaten von Verdächtigen sowie im Einzelfall auch die Verdächtigen entlastende Erkenntnisse.

Die Klägerin setzte den Beklagten über dieses Konzept vorab in Kenntnis. Es kam diesbezüglich zu einem schriftlichen Austausch und wiederholten Besprechungen zwischen den Beteiligten. Mit Schreiben vom 5.7.2018 wies der Beklagte die Klägerin auf seine Auf-

fassung hin, wonach die biometrische Analyse der Gesichter tausender unbeteiligter Personen einen gewichtigen Eingriff in grundrechtlich geschützte Positionen darstelle. Dieser bedürfe einer hinreichend bestimmten Eingriffsermächtigung, welche sich jedoch weder aus den Normen der Strafprozessordnung (StPO) noch des Bundesdatenschutzgesetzes (BDSG) ergebe. Die Klägerin erhielt Gelegenheit zur Stellungnahme.

Mit Schreiben vom 18.7.2018 machte die Generalstaatsanwaltschaft gegenüber dem Beklagten geltend, dass die alleinige Sachleitungsbefugnis für den Einsatz der Referenzdatenbank der Staatsanwaltschaft zustehe. Somit hätte vorrangig diese vom Beklagten über seine Bedenken unterrichtet werden müssen. Dem Schreiben beigelegt war ein Rechtsgutachten, wonach die Erstellung und Nutzung der Referenzdatenbank rechtlich unbedenklich sei.

Mit Schreiben vom 23.7.2018 erklärte die Klägerin gegenüber dem Beklagten, sie halte die Erstellung und Nutzung der Referenzdatenbank für rechtmäßig und beabsichtige daher nicht, von ihrer Nutzung abzusehen. Es sei hierin eine reine Auswerte – Unterstützung für zuvor rechtmäßig erlangte Daten zu sehen. Das vom Beklagten angenommene Eingriffsgewicht der Datenverarbeitung beruhe auf einer unangemessenen Gleichsetzung von zwar denkbaren Einsatzmöglichkeiten einer GAS, welche sie, die Klägerin, jedoch nicht praktiziere. Sie beabsichtige auch künftig nicht, die Referenzdatenbank mit sonstigen Dateien zu verknüpfen.

Mit Schreiben vom 30.8.2018 äußerte der Beklagte gegenüber der Klägerin, gestützt auf § 6 Hamburgisches Gesetz zur Aufsicht über die Anwendung der zur Umsetzung der Richtlinie (EU) 2016/680 erlassenen Rechtsvorschriften i.V.m. § 43 Abs. 1 Satz 1 Hamburgisches Gesetz zum Schutz personenbezogener Daten im Justizvollzug (Hamburgisches Justizvollzugsdatenschutzgesetz – HmbJVollzDSG), eine förmliche Beanstandung: Seine datenschutzrechtliche Prüfung sei mittlerweile abgeschlossen. Wie sich aus dem beigelegten Rechtsgutachten ergebe, sei der Einsatz der GAS nicht durch eine Rechtsgrundlage gedeckt. Daher sei die Erstellung der Referenzdatenbank und der andauernde Abgleich einzelner Personen mit dieser unzulässig. Er beanstande hiermit den Einsatz der GAS. Dieser stelle keinen lediglich geringfügigen Verstoß dar, weil hiervon eine unbestimmte Vielzahl von Personen betroffen sei. Der Verstoß sei auch nicht beseitigt, weil die Klägerin erklärtermaßen an der Nutzung festhalte. Das Gewicht des Eingriffs in Grundrechte werde noch dadurch erhöht, dass die Klägerin andernorts angekündigt habe, die GAS künftig auf weitere Einsatzbereiche auszudehnen. Nach alledem sei eine Beanstandung auszusprechen. Der Klägerin werde eine Frist zur Stellungnahme eingeräumt, in-

nerhalb derer sie die Maßnahmen darstellen möge, die aufgrund der Beanstandung von ihr getroffen worden seien. Für den Fall eines nach der Stellungnahme fortbestehenden Verstoßes könne er (im Original: „die Aufsichtsbehörde“) geeignete Maßnahmen anordnen, wenn dies zur Beseitigung eines erheblichen Verstoßes gegen datenschutzrechtliche Vorschriften erforderlich sei. Es komme der Erlass einer Anordnung in Betracht, um datenschutzkonforme Zustände wiederherzustellen.

Innerhalb der ihr gesetzten Frist erklärte die Klägerin mit Schreiben vom 29.9.2018, dass sie nach nochmaliger eingehender Prüfung an ihrer bisherigen Rechtsauffassung festhalte. Die von ihr konkret praktizierte Art der Nutzung sei trotz der Verarbeitung biometrischer Daten kein derart intensiver Eingriff in das Grundrecht auf informationelle Selbstbestimmung der abgebildeten Personen, dass er nicht durch bestehende einschlägige Vorschriften der StPO und des BDSG legitimiert werde. Die gegenteilige Bewertung des Beklagten beruhe maßgeblich auf der Betrachtung rein hypothetischer Einsatzmöglichkeiten. Wegen der Einzelheiten wird auf das Schreiben nebst dem beigefügten Rechtsgutachten Bezug genommen.

Unter dem Datum vom 18.12.2018 erließ der Beklagte sodann die streitgegenständliche, mit einer Rechtsmittelbelehrung versehene Anordnung: Die von der Klägerin durch die Sonderkommission „Schwarzer Block“ im Rahmen der Ermittlungen zur Aufklärung von Straftaten im Zusammenhang mit dem im Juli 2017 in Hamburg stattgefundenen G20-Gipfel ab November 2017 erstellte Referenzdatenbank mit mathematischen Modellen von menschlichen Gesichtern sei zu löschen.

Er, der Beklagte, sei gemäß § 4 Abs. 1 i.V.m. § 2 Abs. 1 HmbRi(EU) 2016/680 UmsAAG für die Aufsicht über die Verarbeitung personenbezogener Daten im Rahmen der Strafverfolgung zuständig. § 6 HmbRi(EU) 2016/680 UmsAAG i.V.m. § 43 Abs. 1 Satz 5 HmbJVollzDSG ermächtige ihn zu Anordnungen gegenüber der Aufsichtsbehörde zur Beseitigung von erheblichen datenschutzrechtlichen Verstößen. Die insoweit erforderliche vorgängige förmliche Beanstandung sei ausgesprochen und der Klägerin Gelegenheit zur Stellungnahme eingeräumt worden.

Die materiellen Voraussetzungen für den Erlass einer Anordnung lägen vor. Danach könne er geeignete Maßnahmen anordnen, wenn ein Verstoß bei der Verarbeitung von personenbezogenen Daten durch die öffentliche Stelle trotz Beanstandung fortbestehe und dies zur Beseitigung eines erheblichen Verstoßes gegen datenschutzrechtliche Vorschriften erforderlich sei. Die Voraussetzungen hierfür seien gegeben. Bei den von der einge-

setzten Software ausgewiesenen charakteristischen Gesichtszügen handele es sich um personenbezogene biometrische Daten nach § 46 Nr. 1 und Nr. 12 BDSG. Diese würden von der Klägerin auch datenschutzrechtlich verarbeitet. Die Abspeicherung der von der Software gebildeten Templates gehe unvermeidlich mit einer Verarbeitung von personenbezogenen biometrischen Daten einher. Das Auslesen von Gesichtszügen, die Erstellung der Templates und deren Speicherung in einer umfangreichen Datenbank von einer unbegrenzten Anzahl von Personen zum Zwecke des späteren Abgleichs stelle einen Verstoß gegen datenschutzrechtliche Vorschriften im Sinne von § 43 Abs. 1 HmbJVollzDSG dar. Es fehle im geltenden Recht an einer Rechtsgrundlage, auf die diese Datenverarbeitungsschritte gestützt werden könnten. Sie stellten einen intensiven Eingriff in das verfassungsrechtlich geschützte allgemeine Persönlichkeitsrecht der Betroffenen in seiner Ausprägung als Recht auf informationelle Selbstbestimmung bzw. in Art. 8 Abs. 1 und 2 Charta der Grundrechte der Europäischen Union dar. Ausdrücklich zu betonen sei, dass nicht die Erstellung der Grunddatei Grund für die Anordnung sei. Vielmehr gehe es um den daran anschließenden Datenverarbeitungsschritt. Es könne daher offenbleiben, ob die Erhebung der Bildsequenzen auf Bahnhöfen, bei Demonstrationen während des G20-Gipfels und durch das Hochladen privater Videos rechtmäßig erfolgt sei. Entscheidend sei allein, dass für die daran anschließende Datenverarbeitung durch die Klägerin keine Rechtsgrundlage vorliege.

Durch die beanstandete Datenverarbeitung würden Merkmale des menschlichen Körpers maschinenlesbar gemacht, wodurch sich vielfältige Nutzungsmöglichkeiten ergäben, die ohne derartige technische Neuerungen nicht möglich wären. Es würden Informationen über Personen in zeitlicher und örtlicher Hinsicht in unbegrenzter Weise auf Vorrat verfügbar und nutzbar gemacht, wie dies bloße Lichtbilder und konventionelle Datenverarbeitung durch manuelle Durchsicht nicht ermöglichten. So könne u.a. das Verhalten und die räumliche Veränderung von Beschuldigten durch Verknüpfung mit Geodaten ermittelt werden. Ferner würden Bewegungsprofile und individuelle Verhaltensweisen, etwa die Teilnahme an Versammlungen sowie soziale Kontakte, detailliert rekonstruierbar. Für derartige Eingriffe in das Grundrecht enthalte die Strafprozessordnung keine tragfähige Rechtsgrundlage. Als verfassungsmäßige Schranke sei auch § 48 BDSG zu unbestimmt. Nach der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts bedürfe es einer der Intensität des Grundrechtseingriffs entsprechenden gesetzlichen Grundlage. Je intensiver der mit der staatlichen Maßnahme verbundene Eingriff sei, desto höher seien die Anforderungen an die Bestimmtheit der Ermächtigungsnorm. Vorliegend sei die Eingriffsschwere der Maßnahme alles andere als gering. Bereits eine Videoaufzeichnung könne aufgrund des Ein-

griffscharakters nicht auf die allgemeinen Regeln für die Datenerhebung durch staatliche Stellen gestützt werden, sondern benötige spezielle Rechtsgrundlagen. Dies müsse erst recht für den Einsatz der GAS gelten. Aus der enormen Streubreite, den weitreichenden Nutzungsmöglichkeiten sowie der Beeinträchtigung für den Einzelnen folge, dass ein intensiver Grundrechtseingriff vorliege, der hohe Anforderungen an die Bestimmtheit der Norm stelle. Generalklauseln erfüllten diese Voraussetzung nicht. Der weitaus größte Teil der von der Datenverarbeitung Betroffenen habe zu der biometrischen Gesichtsanalyse, der Erhebung, Abspeicherung und der Bereithaltung überhaupt keinen Anlass gegeben, weil sie weder in einer Beziehung zu einem strafrechtlich noch ansonsten rechtlich relevanten Fehlverhalten gestanden hätten. So habe allein die Benutzung einer S-Bahn-Linie in der Zeit zwischen dem 6.7. und 10.7.2017 für Passanten zur Erfassung des Gesichtsprofils geführt. Gleiches gelte für die Teilnahme an Demonstrationen oder einfach nur für die Existenz des eigenen Gesichtes auf einer Videosequenz, die von einer Privatperson auf den Server des BKA hochgeladen worden sei. Die Schwere des Eingriffes nehme mit der Möglichkeit der Nutzung der Daten für Folgeeingriffe sowie mit der Möglichkeit der Verknüpfung mit anderen Daten, die wiederum Folgemaßnahmen auslösen könnten, zu. Die vorliegend eröffneten vielfältigen Nutzungsmöglichkeiten fänden eine Begrenzung nur in der eigenen Abwägung der Exekutive. Das sei nicht hinnehmbar. Neben der überaus großen Zahl Betroffener erhöhe sich das Eingriffsgewicht weiter, weil sie ein funktionales Äquivalent eines Eingriffs in andere grundrechtliche Freiheiten darstellten. Zum Beispiel könne die Teilnahme an Versammlungen rekonstruiert werden. Aufgrund seiner enormen Streubreite und seiner Eigenschaft als Grundstein für weitere dadurch ermöglichte Nutzungsmöglichkeiten (zum Beispiel Verhaltensinterpretationen), falle diese Datenverarbeitung somit nicht in den Anwendungsbereich der Generalklausel des § 48 BDSG. Vielmehr stelle es einen in Qualität und Quantität gänzlich neuen Ansatz zur Straftatermittlung dar. Der Bestimmtheitsgrundsatz verlange zumindest, dass der Gesetzgeber die technischen Eingriffsinstrumente zur biometrischen Erstellung wie auch die Voraussetzungen zu deren Einsatz genau benenne und an einschränkende Bedingungen knüpfe. Hierzu rechneten Anlassstraftaten, Art und Umfang des herangezogenen Materials sowie der Erfassungszeitraum. Ferner seien bestimmte prozedurale Vorgaben wie ein Richtervorbehalt erforderlich. Als „unspezifische Generalklausel“ vermöge § 48 BDSG solch intensive Grundrechtseingriffe mit derart hoher Streubreite nicht zu rechtfertigen.

Zudem sei die Datenverarbeitung nicht, wie von § 48 Abs. 1 BDSG gefordert, zur Aufgabenerfüllung unbedingt erforderlich. Eine zwingende Erforderlichkeit des Einsatzes der GAS zur Zweckerreichung sei nicht zu erkennen und von der Klägerin auch nicht darge-

legt worden. Der vorliegende Verstoß sei erheblich, weil eine große Zahl von Personen davon betroffen sei, die für derartige Maßnahmen keinen Anlass gegeben hätten, sowie durch die Speicherung der Templates weitere Nutzungsmöglichkeiten eröffnet würden, die zu einer weiteren Gefährdung des Persönlichkeitsrechts des Einzelnen beitragen. Hinzu komme, dass die Klägerin einer Ausweitung des Einsatzes der GAS auf weitere Fallkonstellationen in Zukunft beabsichtige. Insofern folge aus der Schwere der (ungerechtfertigten) Eingriffe in das Grundrecht auf informationelle Selbstbestimmung auch der erhebliche Verstoß bei der Verarbeitung von personenbezogenen Daten.

Die Klägerin sei die richtige Adressatin der Verfügung, weil sie als datenverarbeitende Stelle anzusehen sei.

Von dem ihm nach § 43 Abs. 1 Satz 5 HmbJVollzDSG eingeräumten Ermessen mache er mit der Anordnung in zulässiger Weise Gebrauch, da der festgestellte Verstoß wegen seiner Reichweite erheblich sei und die verantwortliche Stelle bzw. deren Aufsichtsbehörde keine Bereitschaft gezeigt habe, den rechtswidrigen Zustand zu beenden. Er sei gehalten, unter Berücksichtigung der Anforderungen an einen effektiven Datenschutz einerseits und den Grundsätzen der Verhältnismäßigkeit andererseits darüber zu entscheiden, ob die Anordnung geboten sei. Ausschlaggebend für die Anordnung sei, dass der Zweck seiner Ermächtigung in der Wiederherstellung eines datenschutzkonformen Zustands liege. Die Anordnung sei geeignet, diesen Zweck zu erreichen. Sie sei erforderlich, weil ein milderes Mittel nicht ersichtlich sei, welches den gleichen Erfolg mit der gleichen Sicherheit und einem vergleichbaren Aufwand herbeiführen würde. Die grundsätzlich zu beachtende Möglichkeit, gemäß § 43 Abs. 1 Satz 4 HmbJVollzDSG lediglich vorab eine Verwarnung auszusprechen, sei vom Gesetzgeber zum Zeitpunkt des Beginns des Einsatzes der GAS im November 2017 noch nicht vorgesehen gewesen. Er, der Beklagte, habe der Klägerin gleichwohl die Möglichkeit eingeräumt, von einer weiteren rechtswidrigen Datenverarbeitung freiwillig Abstand zu nehmen, was die Klägerin indes ausdrücklich abgelehnt habe. Die Anordnung sei auch angemessen, weil das mit ihr verfolgte Ziel nicht außer Verhältnis zur Intensität der Löschanordnung stehe. Der Verhütung und Aufklärung von Straftaten komme zwar eine hohe Bedeutung zu. Der Einzelne müsse aber nur solche Beschränkungen hinnehmen, die auf einer verfassungsgemäßen gesetzlichen Grundlage beruhen. Die Ausgestaltung von Eingriffsermächtigungen mit besonderer Intensität und dem Schutz vor wesentlichen Eingriffen in Grundrechten liege in den Händen der Legislative und dürfe nicht dem Ermessen der Strafverfolgungsbehörden im Rahmen von Generalklauseln überlassen bleiben. Im Übrigen stelle die Löschung der Datenbank

keinen schweren Eingriff in die strafprozessuale Aufarbeitung des G20-Gipfels dar, weil sie sich nicht auf das gesamte Videomaterial beziehe, das die Polizei nach wie vor zur Strafverfolgung auswerten könne.

Hiergegen wendet sich die Klägerin mit ihrer am 15.1.2019 erhobenen Klage. Sie rügt die formelle Rechtmäßigkeit der Anordnung, da die eigentlich zuständige Staatsanwaltschaft von dem Beklagten nur unzulänglich angehört worden sei. Allein die Staatsanwaltschaft sei richtige Adressatin der Anordnung, weil ihr im Rahmen ihrer Sachleitungsbefugnis die Kompetenz zur Nutzung der Referenzdatenbank im jeweiligen Einzelfall zustehe. Die Anordnung des Beklagten verlange von ihr, der Klägerin, somit etwas rechtlich Unmögliches, weil ausschließlich die Staatsanwaltschaft befugt sei, die Löschung der Datei anzuordnen.

In der Sache übersehe der Beklagte auf unzulässige Weise die tatsächliche Ausgestaltung des Einsatzes der Referenzdatenbank und den mit ihr verfolgten Zweck. Eine Identifizierung von Personen sei schon technisch nicht möglich, da das vorliegende System nicht mit anderen Datenbanken verknüpft sei. Die Datenverarbeitung könne ferner auf eine tragfähige rechtliche Grundlage gestützt werden. Bereits die Erstellung der Grunddatei sei gemäß §§ 94 Abs. 1, 100h StPO ohne weiteres rechtmäßig. Die Referenzdatenbank diene allein der technischen Erschließung dieses rechtmäßig gewonnenen Datenbestands. Der Einsatz der Referenzdatenbank sei zudem im Sinne von § 48 Abs. 1 BDSG unbedingt erforderlich. Abzustellen sei insoweit auf den jeweils von der Exekutive festgelegten Verwendungszweck. Bezogen darauf sei von unbedingter Erforderlichkeit im Sinne einer Unentbehrlichkeit der Nutzung der Referenzdatenbank auszugehen. Eine Auswertung der Grunddatei im Wege der Augenscheinnahme durch Sachbearbeiter würde eine nicht hinnehmbare Bearbeitungszeit von mehreren Jahren erfordern. Das Eingriffsgewicht der mit der Erstellung und Nutzung der Referenzdatenbank einhergehenden Datenverarbeitung werde vom Beklagten verkannt. Er leite es aus den von ihm gebildeten Einsatzmöglichkeiten her, die in der Wirklichkeit keine Entsprechung fänden. Insgesamt stelle die Datenverarbeitung mit der GAS keinen tiefergehenden Grundrechtseingriff dar als derjenige Eingriff, welcher durch die zuvor rechtmäßig erfolgte Datenerhebung in den vorhandenen Videos bereits realisiert worden sei.

Die Klägerin beantragt,

die Löschanordnung des Beklagten vom 18.12.2018 aufzuheben.

Der Beklagte beantragt,

die Klage abzuweisen.

Er wendet ein, die Löschanordnung sei zu Recht gegenüber der Klägerin ergangen, weil diese im datenschutzrechtlichen Sinne datenverarbeitende Stelle sei. In der Sache sei seine Anordnung aus den in seiner Beanstandung und ihr selber dargelegten Gründen rechtmäßig. Zu Unrecht halte die Klägerin ihm vor, dass er von den durch die Erstellung der Referenzdatenbank eröffneten weiteren Nutzungsmöglichkeiten ausgehe. Dass weitere Nutzungsmöglichkeiten bestünden, dürfe unbestritten sein. Es sei der Kern des vorliegenden Rechtsstreits, dass die Fragen der Zulässigkeit des Einsatzes vom Gesetzgeber zu klären seien und nicht einem Vertrauen in die Strafverfolgungsbehörden überlassen werden dürften. Nach der Wesentlichkeitstheorie sei es nicht nur das Recht des Gesetzgebers, sondern auch seine Pflicht, die Reichweite von derartigen Grundrechtseingriffen und die Voraussetzungen unter denen sie zulässig sein könnten, festzulegen.

Er teile ausdrücklich nicht die Auffassung der Klägerin, dass er sich lediglich zu den von der Klägerin angegebenen Einsatzszenarien zu äußern und diese zum ausschließlichen Gegenstand seiner Prüfung zu machen habe. Im Rahmen der automatisierten Verarbeitung personenbezogener Daten werde von der verfassungsgerichtlichen Rechtsprechung seit dem Volkszählungsurteil immer wieder auf die verschiedenen Verwendungsmöglichkeiten abgestellt. Gerade diese führten nach der Ansicht des Bundesverfassungsgerichts zu den spezifischen Gefahren für die Freiheitsrechte des Einzelnen.

Wegen der Einzelheiten des Vorbringens der Beteiligten wird ergänzend auf deren Schriftsätze Bezug genommen.

Das Gericht hat die Klägerin erfolglos gebeten, die Errichtungsanordnung für die streitgegenständliche Referenzdatenbank (§ 490 StPO) vorzulegen. Nach Mitteilung der Klägerin sei eine solche nicht erstellt worden. Man habe sich insoweit mit der im Wesentlichen inhaltsgleichen Systembeschreibung begnügt. Überdies habe der Beklagte das Fehlen einer Errichtungsanordnung nie moniert.

Im Zuge der Erörterung in der mündlichen Verhandlung hat der zuständige Abteilungsleiter der Staatsanwaltschaft erklärt, er habe der Polizei die allerdings nicht in schriftliche Form gefasste Weisung erteilt, den Einsatz der Referenzdatenbank auf die Verfolgung von Fällen mittlerer und schwerer Kriminalität zu begrenzen. Suchläufe dürften nur zu konkret geführten Ermittlungsverfahren vorgenommen werden.

Die beim Beklagten entstandene dreibändige Sachakte ist vom Gericht beigezogen worden und war Gegenstand der mündlichen Verhandlung.

### **Entscheidungsgründe:**

Die Klage ist zulässig (I.) und begründet (II.)

#### **I.**

An der Zulässigkeit der Klage bestehen keine durchgreifenden Zweifel.

1. Die Klage ist als Anfechtungsklage gemäß § 42 Abs. 1 Alternative 1 VwGO statthaft.

a) Die angegriffene Anordnung ist ein Verwaltungsakt und damit tauglicher Gegenstand der Anfechtungsklage.

Es handelt sich bei der streitgegenständlichen Anordnung um eine Verfügung, welche der Beklagte als Behörde zur Regelung eines Einzelfalls auf dem Gebiet des öffentlichen Rechts getroffen hat. Diese in § 35 Satz 1 HmbVwVfG geregelten Voraussetzungen für das Vorliegen eines Verwaltungsakts sind offenkundig erfüllt.

Die Regelung ist zudem, wie von § 35 Satz 1 Halbsatz 2 HmbVwVfG gefordert, auf unmittelbare Rechtswirkung nach außen gerichtet. Das kann zwar zweifelhaft sein, wenn, wie hier der Fall, eine interbehördliche Regelung im Streit ist, und die beteiligten Behörden demselben Rechtsträger angehören (vgl. etwa U. Stelkens in: Stelkens/Bonk/Sachs, Verwaltungsverfahrensgesetz 9. Aufl. 2018, § 35 Rn 180). Doch schließt eine solche Konstellation die Möglichkeit zum Erlass von Verwaltungsakten nicht aus. Greift nämlich ein Rechtsträger mit einem Rechtsakt in die Kompetenzen einer anderen Behörde ein, die nicht in seine Organisationsstruktur eingebunden ist, so ist dies, vorbehaltlich einer diesbezüglichen materiell-rechtlichen Ermächtigung, als Regelung mit Außenwirkung aufzufassen (vgl. U. Stelkens, a.a.O. Rn 187). So verhält es sich vorliegend. Die Klägerin ist nicht in die Organisationsstruktur des Beklagten eingebunden. Dieser ist als unabhängige Stelle ausgestaltet, der, wie unten näher auszuführen sein wird, mit § 43 Abs. 1 Satz 5 HmbJVollzDSG gesetzlich definierte Kompetenzen zur Einwirkung in den Aufgabenbereich der Klägerin zustehen. Das schließt es aus, die streitgegenständliche Anordnung als bloßes Verwaltungsinternum zu bewerten. Sie stellt vielmehr eine öffentlich-rechtliche Einzelfallreglung mit Außenwirkung und damit einen Verwaltungsakt dar.

b) Zweifel an der Zulässigkeit der Anfechtungsklage bestehen ferner nicht unter dem Gesichtspunkt der Klagbefugnis.

Allerdings setzt § 42 Abs. 2 VwGO grundsätzlich voraus, dass der jeweilige Kläger geltend macht, durch den betreffenden Verwaltungsakt in seinen Rechten verletzt zu sein. Daran würde es hier fehlen, weil die Verarbeitung von Daten zum Zwecke der Strafverfolgung kein eigenes Recht der Klägerin darstellt, sondern ihr als im öffentlichen Interesse bestehende Befugnis zugewiesen ist. Doch steht § 42 Abs. 2 VwGO unter dem Vorbehalt, dass eine Klagbefugnis durch anderweitige gesetzliche Bestimmung eingeräumt werden kann, § 42 Abs. 2 Halbsatz 1 VwGO. Nach allgemeiner Auffassung kann eine derartige Erweiterung auch durch landesrechtliche Vorschriften getroffen werden (vgl. etwa Sodan in Sodan/Ziekow, VwGO 5. Aufl. 2018, § 42 Rn 403 m.w.Nw.). § 9 Hamburgisches Gesetz zur Aufsicht über die Anwendung der zur Umsetzung der Richtlinie (EU) 2016/680 erlassenen Rechtsvorschriften ist eine solche Regelung. Danach kann jede natürliche oder juristische Person unbeschadet anderer Rechtsbehelfe gerichtlich gegen eine verbindliche Entscheidung der oder des Hamburgischen Beauftragten für den Datenschutz und Informationsfreiheit vorgehen. Somit ist die Klägerin als juristische Person des öffentlichen Rechts befugt, gegen die streitgegenständliche, an sie adressierte Anordnung des Beklagten verwaltungsgerichtlichen Rechtsschutz in Anspruch zu nehmen.

2. Es bedurfte schließlich nicht der Durchführung des nach § 68 Abs. 1 Satz 1 VwGO für die Anfechtungsklage grundsätzlich verpflichtend vorgeschriebenen Vorverfahrens. Insofern ist die in § 68 Abs. 1 Satz 2 Nr. 1 2. Alternative VwGO geregelte Ausnahme einschlägig. Der streitgegenständliche Verwaltungsakt ist nämlich von einer obersten Landesbehörde erlassen worden.

Oberste (Landes)Behörden sind alle Verwaltungseinrichtungen mit Verfassungsrang (vgl. Gies in Sodan/Ziekow, a.a.O. § 68 Rn 143, 138). Das trifft auf den Beklagten zu. Er hat Verfassungsrang, weil - neben anderem - seine Zuständigkeit, sein Status (als mit sachlicher Unabhängigkeit ausgestattete Stelle) und seine Einsetzung unmittelbar durch die Landesverfassung geregelt werden, Art. 60a Verfassung der Freien und Hansestadt Hamburg.

Wegen des bei einer solchen Stelle zu vermutenden besonderen Sachverstands ist die im Vorverfahren angesiedelte Kontrolle der Recht- und Zweckmäßigkeit eines behördlichen Handelns entbehrlich.

## II.

Die Klage ist begründet. Die Löschanordnung des Beklagten ist rechtswidrig. Sie unterliegt daher in entsprechender Anwendung des § 113 Abs. 1 Satz 1 VwGO der Aufhebung. Die vom Gesetz insoweit grundsätzlich geforderte Verletzung des Rechtsschutzsuchenden in eigenen Rechten ist im Hinblick auf die spezialgesetzlich erweiterte Klagebefugnis der Klägerin obsolet. Stattdessen wird darauf abzustellen sein, dass die angegriffene Verfügung die Befugnis der Klägerin zur Verfolgung von Straftaten rechtswidrig beeinträchtigt.

Nicht zu beanstanden ist allerdings, dass der Beklagte die Löschanordnung nicht an die Justizbehörde als Aufsichtsbehörde der Staatsanwaltschaft, sondern an die Klägerin adressiert hat (sogleich unter 1.). Doch ist der angegriffene Bescheid rechtswidrig, weil er nicht die tatbestandlichen Voraussetzungen der den Beklagten ermächtigenden Norm erfüllt sowie mit datenschutz- und verfassungsrechtlichen Vorgaben unvereinbar ist (2.) Überdies hat der Beklagte das ihm gesetzlich eingeräumte (Auswahl)Ermessen fehlerhaft betätigt (3.).

1. Der Beklagte hat die Beanstandung und die Anordnung zur Löschung der Referenzdatenbank zu Recht an die Klägerin als Aufsichtsbehörde über die Polizei gerichtet. Der Einwand der Klägerin, nicht sie, sondern die Justizbehörde als Aufsichtsbehörde der Staatsanwaltschaft sei die richtige Adressatin, verfängt nicht.

a. Der Beklagte ist in Bezug auf die Verarbeitung personenbezogener Daten zum Zwecke der Strafverfolgung tätig geworden. Die Frage der Verantwortlichkeit für diese Datenverarbeitung richtet sich somit nach datenschutzrechtlichen Kriterien. Einschlägig sind die Bestimmungen in Teil 3 des Bundesdatenschutzgesetzes, welche die Verarbeitung personenbezogener Daten zwecks Verhütung, Ermittlung, Aufdeckung, Verfolgung oder Ahndung von Straftaten (§ 45 BDSG) regeln.

Die datenschutzrechtliche Verantwortlichkeit der Klägerin ergibt sich aus § 46 Nr. 7 BDSG. Danach ist datenschutzrechtlich „Verantwortlicher“ die Behörde, die allein oder gemeinsam mit anderen über die Zwecke und Mittel der Verarbeitung von personenbezogenen Daten entscheidet. Das ist die Klägerin. Sie hat die Entscheidung über die Zusammenstellung der Grunddatei, deren anschließende Überarbeitung mit der GAS sowie über das dieser Datenverarbeitung zugrundeliegende Strafverfolgungskonzept getroffen. Bei ihr liegt zudem, worauf der Beklagte zutreffend hinweist, die unmittelbare Sachherr-

schaft über die Datenverarbeitungsinfrastruktur. Die Klägerin wäre überdies für die Erstellung der Errichtungsanordnung nach § 490 StPO zuständig gewesen. Dies alles muss nicht vertieft erörtert werden, weil es offenkundig ist und von der Klägerin nicht in Abrede gestellt wird. Die genannten Umstände begründen aber ohne weiteres die in § 46 Nr. 7 BDSG geregelte datenschutzrechtliche Verantwortlichkeit der Klägerin. Damit ist sie die richtige Adressatin der Löschanordnung.

b. Die von der Klägerin betonte Sachleitungsbefugnis der Staatsanwaltschaft, die sich insbesondere in der Anordnung der einzelnen Suchläufe und in der Kompetenz für die Anordnung zur abschließenden Löschung der Dateien nach Abschluss der Ermittlungen manifestiert, erlaubt keine andere Bewertung. Diese Sachleitungsbefugnis ist Ausprägung der Herrschaft der Staatsanwaltschaft über das strafrechtliche Ermittlungsverfahren. Sie stellt ein strafprozessuales Regime dar, das keine Implikationen für die datenschutzrechtliche Verantwortlichkeit der Klägerin enthält.

Insbesondere trägt der Einwand der Klägerin nicht, mit der Löschanordnung werde von ihr im Hinblick auf die entsprechende Befugnis der Staatsanwaltschaft etwas rechtlich Unmögliches verlangt. Rechtlich unmöglich könnte die Befolgung der Löschanordnung allenfalls dann sein, wenn sie einen rechtswidrigen Eingriff der Klägerin in eine ausschließlich der Staatsanwaltschaft zustehende gesetzliche Befugnis darstellen würde. Das ist jedoch nicht der Fall. Die allgemeine Befugnis der Staatsanwaltschaft zur Löschung und Vernichtung von Daten entspringt wiederum ihrer strafprozessualen Herrschaft über das Ermittlungsverfahren. Sie bezieht sich daher auf die strafprozessual determinierte Löschung von Daten. Diese spezifische Befugnis wird von vornherein nicht tangiert, wenn eine Löschung aus Rechtsgründen veranlasst ist, die außerhalb des Ermittlungsverfahrens bestehen. So aber würde es sich verhalten, wenn eine Löschung zu erfolgen hätte, weil die Datenverarbeitung einen rechtswidrigen Eingriff in das Recht der von ihr Betroffenen auf informationelle Selbstbestimmung darstellen würde. In der Erfüllung einer verwaltungsgerichtlich als rechtmäßig befundenen Pflicht der Klägerin zur Löschung der Referenzdatenbank wäre zudem ein rechtmäßiges Handeln und damit kein rechtswidriger Eingriff in Kompetenzen der Staatsanwaltschaft zu sehen. Überdies wäre es nicht denkbar, dass die Staatsanwaltschaft dem unter Berufung auf ihre strafprozessualen Kompetenzen widersprechen würde. Es liegt vielmehr auf der Hand, dass sie sich einer gegenüber der Klägerin ergangenen rechtmäßigen datenschutzrechtlichen Anordnung des Beklagten fügen würde, weil dies ihrer allgemeinen Bindung an Recht und Gesetz entspräche.

2. Doch ist die Löschanordnung rechtswidrig. Sie ist nicht durch die Rechtsnorm gedeckt, welche den Beklagten zum Erlass von Anordnungen gegenüber der Klägerin ermächtigt.

Maßgeblich für die Befugnisse des Beklagten ist das Hamburgische Gesetz zur Aufsicht über die Anwendung der zur Umsetzung der Richtlinie (EU) 2016/680 erlassenen Rechtsvorschriften (HmbRLUmsG), weil der Beklagte eine - tatbestandlich fraglos vorliegende - Verarbeitung personenbezogener Daten durch die Klägerin in ihrer Funktion als Strafverfolgungsbehörde beanstandet, § 2 Abs. 1 HmbRLUmsG.

Gemäß § 4 Abs. 1 HmbRLUmsG ist der Beklagte für die Aufsicht über die Verarbeitung personenbezogener Daten durch die Klägerin zuständig. Hinsichtlich seiner konkreten Befugnisse verweist § 6 HmbRLUmsG auf das Hamburgische Justizvollzugsdatenschutzgesetz (HmbJVollzDSG), dessen § 43 für entsprechend anwendbar erklärt wird.

§ 43 Abs. 1 HmbJVollzDSG räumt dem Beklagten zwei grundlegende Befugnisse ein. Nach Satz 1 verfügt er über die Befugnis, eine förmliche Beanstandung auszusprechen, wenn er bei Verarbeitungen oder Nutzungen von personenbezogenen Daten durch die mit der Strafverfolgung befassten Behörden Verstöße gegen Vorschriften über den Datenschutz feststellt. Das Gleiche gilt für „sonstige Mängel bei der Verarbeitung oder Nutzung personenbezogener Daten“. Sind die genannten Voraussetzungen erfüllt, so beanstandet er dies gegenüber der Aufsichtsbehörde und fordert diese zur Stellungnahme innerhalb einer zu bestimmenden Frist auf.

§ 43 Abs. 1 Satz 5 HmbJVollzDSG verleiht dem Beklagten ferner die Befugnis, gegenüber der zuständigen Aufsichtsbehörde regelnd tätig zu werden. Sofern nämlich der Beklagte Verstöße nach dem ersten Satz der Norm gegenüber der Aufsichtsbehörde beanstandet hat und der Verstoß nach deren Stellungnahme fortbesteht, kann er gegenüber der Aufsichtsbehörde geeignete Maßnahmen anordnen, wenn dies zur Beseitigung eines erheblichen Verstoßes gegen datenschutzrechtliche Vorschriften erforderlich ist. Die Befugnis zur förmlichen Beanstandung und die im Ermessen des Beklagten liegende Befugnis zur Anordnung stehen damit in einem gestuften Verhältnis. Durch die Beanstandung wird verbindlich festgelegt, was Gegenstand einer folgenden Anordnung ist. Der vorgängigen Beanstandung kommt folglich Tatbestandswirkung zu.

Auf § 43 Abs. 1 Satz 1 i.V.m. Satz 5 HmbJVollzDSG lässt sich die Löschanordnung jedoch nicht stützen.

Der Beklagte hat keine ihn zum Vorgehen ermächtigenden Verstöße der Klägerin bei der Verarbeitung oder Nutzung personenbezogener Daten festgestellt (sogleich unter a.). Soweit er seine Anordnung darauf stützt, die Datenverarbeitung durch die Klägerin erfülle mangels unbedingter Erforderlichkeit nicht die Voraussetzungen des § 48 BDSG als Ermächtigungsnorm, ist das aus tatsächlichen und rechtlichen Gründen unzutreffend (b.). Die weitergehende Annahme des Beklagten, ein seine Anordnung rechtfertigender Verstoß der Klägerin folge aus der mangelnden Bestimmtheit der Ermächtigungsnorm, hält einer rechtlichen Prüfung nicht stand (c.).

a. Der Beklagte hat bereits seiner Beanstandung keinen relevanten tatbestandlichen Verstoß der Klägerin zugrunde gelegt. Er ist folglich in der Löschanordnung zu Unrecht davon ausgegangen, dass ein solcher, als erheblich zu qualifizierender Verstoß fortbestehe. Bewertet hat der Beklagte nämlich einem vom Gesetz nicht vorgesehenen Gegenstand. Er hat nicht, wie vom Gesetz gefordert, die empirisch vorliegende Verarbeitung personenbezogener Daten durch die Klägerin beurteilt (sogleich unter aa.). Stattdessen hat der Beklagte auf Nutzungen der in der Referenzdatenbank vorgehaltenen biometrischen Daten abgestellt, die nicht ihrem wirklichen Gebrauch entsprechen, sondern die er lediglich für möglich hält (bb) Dementsprechend hat der Beklagte keinen einschlägigen Verstoß gegen Vorschriften über den Datenschutz durch die von der Klägerin vorgenommene Verarbeitung oder Nutzung personenbezogener Daten festgestellt (cc).

aa. Der Beklagte hat einen vom Gesetz nicht vorgesehenen Verfahrensgegenstand beanstandet.

§ 43 Abs. 1 Satz 1 HmbJVollzDSG setzt datenschutzrechtliche Verstöße der zuständigen Behörden voraus. Diese Verstöße müssen „bei der Verarbeitung oder Nutzung personenbezogener Daten“ erfolgen. Eine Auslegung des Gesetzes ergibt, dass als Gegenstand für eine Beanstandung und anschließende Anordnung des Beklagten stets nur die Verarbeitung und Nutzung von Daten in der tatsächlich vorgenommenen Art und Weise in Betracht kommt. Die Ersetzung dieses Gegenstands durch fiktive Verarbeitungen und Nutzungen ist nicht vom Gesetz umfasst und stellt damit einen rechtswidrigen Gebrauch der gesetzlichen Befugnisse des Beklagten dar.

(1) Diese Auslegung folgt aus dem Wortlaut der Norm. Durch die Präposition „bei“ betont das Gesetz das Prozesshafte, Gegenwärtige und Konkrete der jeweiligen Datenverarbeitung. Das Gesetz gibt nach seinem Wortlaut als Bezugspunkt für Maßnahmen des Beklagten somit nicht lediglich denkbare Datenverarbeitungen oder Datennutzungen durch

die zuständigen Behörden vor, sondern setzt empirisch vorliegende Datenverarbeitungen oder Datennutzungen als Gegenstand der Kontrolle durch den Beklagten voraus. Bestätigt wird dies dadurch, dass die Anordnungsbefugnis des Beklagten nach § 43 Abs. 1 Satz 5 HmbJVollzDSG auf der zentralen Voraussetzung beruht, dass zuvor beanstandete Verstöße bei der Verarbeitung oder Nutzung personenbezogener Daten „fortbestehen“. Fortbestehen können begriffsnotwendig jedoch nur als Verstoß zu bewertende Verhaltensweisen in Bezug auf die Nutzung oder Verarbeitung von Daten, deren Vorliegen empirisch feststellbar ist.

(2) Dieses Normverständnis entspricht der Regelungssystematik. Das Gesetz trifft für nicht gegenwärtig vorliegende Missstände im Zusammenhang mit der Verarbeitung und Nutzung personenbezogener Daten nämlich eine gesonderte Regelung. Es nimmt in § 43 Abs. 1 Satz 4 HmbJVollzDSG „beabsichtigte Verarbeitungsvorgänge“ von der Befugnis des Beklagten zur Beanstandung/Anordnung aus. Diesbezüglich weist das Gesetz dem Beklagten nur die Kompetenz zu, eine förmliche Warnung vor einem hierin liegenden Verstoß gegen Vorschriften über den Datenschutz auszusprechen. „Beabsichtigte Verarbeitungsvorgänge“ sind dadurch gekennzeichnet, dass sie nicht gegenwärtig vorliegen, sondern, von der datenverarbeitenden Behörde intendiert, zukünftig eintreten werden. Für nicht aktuell vorliegende Verstöße sieht das Gesetz somit keine Befugnis des Beklagten zum Erlass einer Anordnung vor.

(3) Dass der Beanstandung/Anordnung stets die empirisch vorliegende Verarbeitung oder Nutzung von personenbezogenen Daten zugrunde zu legen ist, wird schließlich auch vom Zweck der Regelung gefordert. Dieser besteht darin, durch die Anordnung geeigneter Maßnahmen einen erheblichen Verstoß gegen datenschutzrechtliche Vorschriften zu beseitigen, § 43 Abs. 1 Satz 5 a.E. HmbJVollzDSG. Zur Erreichung dieses Zweckes hat der Beklagte ein Verwaltungsverfahren durchzuführen. Ein solches ist auf die Prüfung der Voraussetzungen, die Vorbereitung und den Erlass eines Verwaltungsakts gerichtet (vgl. § 9 Halbs. 1 HmbVwVfG). Kennzeichen eines Verwaltungsakts ist seine konkrete Einzelfallbezogenheit; er dient stets und ausschließlich „der Regelung eines Einzelfalls auf dem Gebiet des öffentlichen Rechts“, § 35 Satz 1 HmbVwVfG. Das erfordert von der handelnden Behörde zwingend, sämtliche im konkreten Einzelfall gegebenen Umstände mit einer abstrakten und generellen Regelung abzugleichen, um sie mit Bindungswirkung für diesen Einzelfall als bestehend oder nicht bestehend festzustellen, zu konkretisieren oder zu individualisieren (vgl. BVerwG, Urt. v. 29.4.1988 – 9 C 54/82 – BVerwGE 79, 291, zit. n. juris Rn 7). So bewirkt die entscheidende Behörde durch den Erlass eines Verwaltungs-

akts die verbindliche Klärung einer konkreten Konfliktsituation, wodurch sie rechtliche Ordnung stiftet (U. Stelkens, a.a.O. § 35 Rn 31).

bb. Der Beklagte hat diesen durch das Gesetz vorgegebenen Verfahrensgegenstand außer Acht gelassen. Er nimmt nicht die vorliegende Datenverarbeitung durch die Klägerin in ihrer konkreten Ausgestaltung, Zweckbestimmung sowie Anwendung in den Blick. Vielmehr fragmentiert er den Verfahrensgegenstand, indem er sich allein auf die Errichtung der Referenzdatenbank und die sich hieraus seines Erachtens ergebenden (rechtswidrigen) Möglichkeiten der Datennutzung konzentriert.

Die von der Klägerin vorgenommene streitgegenständliche Verarbeitung der personenbezogenen Daten besteht aus drei Teilen, die nach dem von der Klägerin festgelegten Verarbeitungszweck und der konkret erfolgenden Nutzung aufeinander bezogen sind.

Der erste Teil ist die Errichtung der Grunddatei, an die sich, zweitens, die Herstellung der Referenzdatenbank anschließt, die wiederum, drittens, in einzelnen Suchläufen genutzt wird. Gemeinsam ist allen drei Teilen, dass jeweils die Verarbeitung und Nutzung personenbezogener Daten in Gestalt der (digitalisierten) Physiognomien der abgebildeten Personen erfolgt. Weil diese einzelnen Schritte der Verarbeitung personenbezogener Daten jedoch in einem sachlichen Bezug stehen und hierdurch ein einheitliches Konzept der Strafverfolgung unter spezifischer Nutzung personenbezogener Daten bilden, müssen sie auch in ihrem funktionalen Zusammenhang wahrgenommen und rechtlich bewertet werden. Der Beklagte indes spaltet die vorliegende zusammenhängende Verarbeitung personenbezogener Daten in einzelne Sachverhalte auf, die er isoliert betrachtet.

(1) Die Errichtung der Grunddatei beanstandet der Beklagte nicht und nimmt sie ausdrücklich von seiner Anordnung aus. Zwar lässt er deren Rechtmäßigkeit dahinstehen, unterstellt jedoch in der streitgegenständlichen Anordnung, dass sie von der Klägerin (nach Löschung der Referenzdatenbank) weiterhin genutzt werden könne. Das lässt nur den Schluss zu, dass er die Errichtung der Grunddatenbank für rechtmäßig hält.

(2) Den konkreten Einsatz der Referenzdatenbank in Form der durchgeführten Suchläufe und die hierin liegende Verarbeitung (und zugleich Nutzung) personenbezogener Daten blendet der Beklagte gänzlich aus. Eine substantiierte datenschutzrechtliche Bewertung dieser nach dem gegebenen Sachverhalt „finalen Datenverarbeitung“ unterbleibt somit vollkommen.

(3) Der Beklagte fokussiert sich ausschließlich auf die eigentliche Erstellung der Referenzdatenbank. Das geschieht ausdrücklich deshalb, weil er diesen Teil der Datenverarbeitung für besonders eingriffsintensiv und deshalb gefährlich hält. Intensität und Ausmaß des hierin liegenden Eingriffs in das Grundrecht auf informationelle Selbstbestimmung der Betroffenen bemisst der Beklagte jedoch gerade nicht an der vorstehend umschriebenen „finalen Nutzung“ in Gestalt der Suchläufe, sondern an von ihm für lediglich möglich oder denkbar gehaltenen Nutzungen oder Verarbeitungen der betreffenden Daten. Damit verfehlt er den ihm vom Gesetz vorgegebenen Prüfungsgegenstand in doppelter Hinsicht. Zum einen fragmentiert er den von ihm einheitlich zu bewertenden Sachverhalt und ersetzt zum anderen die vorliegende „finale Datenverarbeitung“ durch fiktive Verarbeitungen der in der Referenzdatenbank gespeicherten personenbezogenen Daten. Der Beklagte bewertet somit nicht das, was konkret *bei* Datenverarbeitungen erfolgt, sondern das, was möglicherweise *aus* Datenverarbeitungen folgen könnte.

Diese Betrachtungsweise des Beklagten widerspricht dem Umstand, dass die einzelnen Datenverarbeitungen nicht unverbunden nebeneinanderstehen, sondern nach Intention und Zweck funktional verbunden sind. Der hierdurch bewirkte sachliche Zusammenhang darf nicht durch isolierte Bewertung nur einzelner Teile der Datenverarbeitung ausgeblendet werden. Das verfehlt nicht allein den von der Ermächtigungsnorm des § 43 Abs. 1 Satz 1 i.V.m. Satz 5 HmbJVollzDSG dem Beklagten vorgegebenen Prüfungsgegenstand. Es liegt zudem in der Natur der Sache, bei der rechtlichen Bewertung eines in diesem Sinne komplexen Lebenssachverhalts, eben diesen Sachverhalt zugrunde zu legen. Das wird schließlich auch, wie unten noch näher ausgeführt, durch das materielle Datenschutzrecht gefordert. Dieses betont in § 47 Ziff. 2 und Ziff. 3 BDSG mit den Geboten der Zweckfestlegung und Zweckbindung bei der Verarbeitung personenbezogener Daten die rechtliche Relevanz der Finalität einer Datenverarbeitung und setzt damit die Wahrung entsprechender Zusammenhänge voraus.

(4) Zu Unrecht sieht der Beklagte sein hiervon abweichendes Vorgehen und die damit verbundene Abänderung des Gegenstands einer Prüfung nach Maßgabe von § 43 Abs. 1 Satz 1 i.V.m. Satz 5 HmbJVollzDSG als durch die Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts gedeckt an. Seine hierfür gegebene Begründung, das Bundesverfassungsgericht stelle seit dem Volkszählungsurteil regelmäßig auf *mögliche* Grundrechtsbeeinträchtigungen durch bestimmte staatliche Eingriffe ab, vermag nicht zu überzeugen. Dieses Argument beruht auf einer unzutreffenden Gleichsetzung des Modus verfassungsgerichtlicher Entscheidungen mit exekutiven Entscheidungen durch Verwaltungsakt.

(a) Das Bundesverfassungsgericht entscheidet in den von ihm als grundlegend bedeutsam angesehenen Verfahren typischerweise über mehr als über einen bestimmten, tatbestandlich begrenzten Rechtsfall. Es nimmt einen solchen vielmehr zum Anlass, die Reichweite des Grundrechtsschutzes und die Konsistenz der eigenen Rechtsprechung fortlaufend zu prüfen, zu sichern und fortzuschreiben. Dies bedingt zwangsläufig, dass das Bundesverfassungsgericht den Blick auch auf solche Beeinträchtigungen richtet, die mit einem bestimmten staatlichen Handeln einhergehen *könnten*. Ebenso ist mit diesem Vorgehen verbunden, dass das Gericht ein bestimmtes staatliches Handeln auf seine strukturelle und prinzipielle Eignung zur Beeinträchtigung von Grundrechten und der freiheitlichen Grundrechtsordnung insgesamt überprüft (vgl. aus jüngster Zeit BVerfG, Beschl. v. 18.12.2018 – 1 BvR 142/15 – BVerfGE 150, 244, zit. n. juris Rn 98, 157).

(b) Von dieser dem Bundesverfassungsgericht gestellten Aufgabe unterscheidet sich die Beanstandungs- und Anordnungsbefugnis des Beklagten grundlegend. Das ihm vom Gesetz vorgegebene Prüfungsprogramm ist nicht auf den Erlass einer auf Verallgemeinerungsfähigkeit angelegten Entscheidung gerichtet. Der Beklagte hat, wie oben dargelegt, lediglich durch Verwaltungsakt in einem konkreten Einzelfall „Ordnung zu stiften“. Daher hat er nur die Umstände in den Blick zu nehmen, welche den konkreten Einzelfall ausmachen.

(c) Anders könnte es sich im Hinblick auf die Verarbeitung und Nutzung personenbezogener Daten nur dann verhalten, wenn nicht ohne Grund zu befürchten wäre, dass bestimmte Verarbeitungsvorgänge zusätzliche konkrete Gefahren bergen (vgl. BVerfG, Beschl. v. 4.4.2006 – 1 BvR 518/02 – BVerfGE 115, 220, zit. n. juris Rn 94, 108). Erforderlich in einem solchen Fall wäre stets, dass der Beklagte Feststellungen getroffen hätte, die weitergehende Beeinträchtigungen als nicht grundlos erscheinen ließen. Dazu müsste zumindest die Eintrittswahrscheinlichkeit weiterer Verstöße belegt werden. Derartige Feststellungen fehlen jedoch in der angegriffenen Anordnung. Der Beklagte meint die von ihm gebildeten Anwendungsfälle für eine Referenzdatenbank ohnehin nicht in einem empirisch überprüfbareren Sinne. Er versteht sie vielmehr eindeutig normativ, als potentielle Beeinträchtigungen, die zu bedenken seien, wenn man den in der verfahrensgegenständlichen Referenzdatenbank angenommenen datenschutzrechtlichen Präzedenzfall in seinem Eingriffsgewicht erkennen wolle.

cc. Damit beruht die streitgegenständliche Anordnung nicht, wie es das Gesetz vorsieht, auf tragfähigen Feststellungen des Beklagten.

Grundlegende Voraussetzung für den Anordnungstatbestand des § 43 Abs. 1 Satz 5 HmbJVollzDSG ist, dass der Beklagte Verstöße gegen datenschutzrechtliche Vorschriften bei der Verarbeitung personenbezogener Daten in einer förmlichen Beanstandung „festgestellt“ hat und „der (festgestellte) Verstoß (nach Stellungnahme der Aufsichtsbehörde) fortbesteht“. Eine dem Gesetz entsprechende Feststellung hat der Beklagte jedoch gerade nicht getroffen.

(1) „Feststellung“ erfordert die präzise Umschreibung einer konkreten Gegebenheit. Die Feststellung eines normativen Defizites bei der Datenverarbeitung, nämlich eines Verstoßes gegen gesetzliche Vorschriften (über den Datenschutz), setzt begrifflich immer die Kennzeichnung eines bestimmten tatsächlichen Aspekts der konkret erfolgenden Datenverarbeitung und seine Zuordnung zu einer (datenschutzrechtlichen) Vorschrift voraus. Aus dieser Zuordnung muss sich die Bewertung der jeweiligen Datenverarbeitung als Abweichung von normativen Vorgaben und damit ihre Qualifizierung als „Verstoß“ ergeben. Das erfordert denotwendig die Darlegung, dass und warum die festgestellte jeweilige tatsächliche Ausgestaltung der Datenverarbeitung nicht in Einklang mit den jeweiligen normativen Vorgaben steht. Der Beklagte jedoch hat sich nicht einer konkreten, sondern einer fiktiven Konfliktsituation zugewandt. Eine solche ist keiner Feststellung zugänglich.

(2) Was mit ungewisser Eintrittswahrscheinlichkeit denkbar und möglich wäre, mithin (allenfalls) in der Zukunft eintreten könnte, ist schon erkenntnistheoretisch nicht feststellbar. Überhaupt liegen nicht gegenwärtig, sondern allenfalls erst in unbestimmter Zukunft erfolgende Datenverarbeitungsvorgänge außerhalb des Bereichs des durch einen Verwaltungsakt gemäß § 43 Abs. 1 Satz 5 HmbJVollzDSG verbindlich Regelbaren. Denn eine auf dieser Rechtsgrundlage zu treffende Anordnung dient gerade „der Beseitigung eines erheblichen Verstoßes (...)“. Beseitigt werden kann indes nur ein Missstand (Verstoß), der aktuell vorliegt.

(3) Soweit der Beklagte seine Anordnung darauf stützt, die Datenverarbeitung durch die Klägerin verstoße gegen die Vorgaben einer einschlägigen Ermächtigungsnorm, ist das aus rechtlichen und tatsächlichen Gründen unzutreffend.

Gemäß § 43 Abs. 1 Satz 1 i.V.m. Satz 5 HmbJVollzDSG hat der Beklagte Verstöße bei der jeweiligen Datenverarbeitung „gegen (...) Vorschriften über den Datenschutz“ zu prüfen. Zutreffend zieht der Beklagte § 48 Abs. 1 BDSG als gesetzliche Grundlage für die Datenverarbeitung heran. § 48 Abs. 1 BDSG ist fraglos eine Vorschrift über den Datenschutz. Sie ist hier anwendbar, weil keine speziellere Rechtsvorschrift für die von der Klä-

gerin vorgenommene Verarbeitung personenbezogener Daten existiert. Insbesondere findet sich keine solche Vorschrift in der Strafprozessordnung. § 48 Abs. 1 BDSG erlaubt (unter anderem) zu Zwecken der Strafverfolgung (§ 45 BDSG) die Verarbeitung besonderer Kategorien personenbezogener Daten. Hierunter fallen gemäß § 47 Ziff. 14 lit. c BDSG biometrische Daten. Solche Daten dürfen nur verarbeitet werden, wenn es zur Aufgabenerfüllung „unbedingt erforderlich ist“.

Zu Unrecht verneint der Beklagte in der streitgegenständlichen Anordnung das Vorliegen dieser Tatbestandsvoraussetzung.

(a) Es erscheint bereits als zweifelhaft, ob dieses Argument die streitgegenständliche Anordnung überhaupt trägt. In der Beanstandung, der, wie ausgeführt, für eine folgende Anordnung Tatbestandswirkung zukommt, spricht der Beklagte dies nämlich lediglich beiläufig an, lässt es jedoch im Ergebnis offen: § 48 BDSG sei ohnehin zu unbestimmt und damit als Rechtsgrundlage für eine derart eingriffsintensive Datenverarbeitung untauglich (S. 28f des der Beanstandung beigelegten Gutachtens, Bl. 75f GA). In der Löschanordnung hingegen (unter Ziff. 4) kommt der Beklagte zu dem ausdrücklichen Ergebnis, „der Einsatz der GAS“ sei nicht i.S. von § 48 Abs. 1 BDSG unbedingt erforderlich. Damit stützt der Beklagte die Löschanordnung auf einen Verstoß, den er zuvor nicht ausdrücklich beanstandet hat.

(b) Ob trotz der Divergenz zwischen Beanstandung und Löschanordnung ein fortbestehender Verstoß angenommen werden kann, mag dahinstehen, weil der Beklagte jedenfalls unzutreffend zu der Erkenntnis gelangt ist, es fehle der Datenverarbeitung an der unbedingten Erforderlichkeit. Der Beklagte legt dieser Bewertung nicht den richtigen Maßstab zugrunde.

Das Tatbestandsmerkmal „zur Aufgabenerfüllung unbedingt erforderlich“ stellt einen unbestimmten Rechtsbegriff dar. Bei seiner Ausfüllung ist stets auf den konkreten Einsatzzweck der jeweiligen Datenverarbeitung abzustellen (vgl. etwa Greve in Auernhammer, BDSG, 6. Aufl. 2018, § 48 Rn. 10). Das folgt aus der Regelungssystematik, weil § 47 Ziff. 2 BDSG die einschlägigen Datenverarbeitungen generell an eindeutige Festlegungen bindet und § 47 Ziff. 3 BDSG nur eine dem festgelegten Zweck entsprechende (und im Übrigen verhältnismäßige) Verarbeitung personenbezogener Daten gestattet. Der „festgelegte“ Zweck wird vom Beklagten nicht in Abrede gestellt. Er besteht hier in der Nutzung der (rechtmäßig errichteten) Grunddatei auf die von der Klägerin beschriebene Weise in Suchläufen zur Erlangung der von ihr genannten Erkenntnisse.

Der Beklagte hat seiner Feststellung, die in Rede stehende Datenverarbeitung sei zur Erfüllung der Aufgaben der Klägerin nicht unbedingt erforderlich, indes nicht diesen konkreten Verwendungszusammenhang zugrundegelegt. Er hat zum einen pauschal auf „den Einsatz der GAS“ und zum anderen abstrakt auf „eine wirksame Strafverfolgung und damit eine effiziente Aufklärung von Straftaten“ abgestellt. Damit verfehlt er den richtigen Anknüpfungspunkt und den richtigen Maßstab.

Nimmt man jedoch beides in den Blick, drängt es sich nach Auffassung des Gerichts auf, die konkret vorgenommene Nutzung der Referenzdatenbank für im Rechtssinne unbedingt erforderlich zu halten. Die Klägerin bringt diesbezüglich vor, eine Verarbeitung des in der Grunddatei enthaltenen Bildmaterials durch menschliche Auswerter würde den für eine effektive Strafverfolgung vorgegebenen zeitlichen Rahmen bei weitem überschreiten und Jahre in Anspruch nehmen. Die Triftigkeit dieser Erwägung wird vom Beklagten nicht in Abrede gestellt. Deshalb erübrigen sich weitere Ausführungen dazu, dass ohne den von der Klägerin praktizierten Einsatz der GAS die Gesamtdatei nicht auf die von der Klägerin für ermittlungstaktisch sinnvoll gehaltene Weise zu nutzen wäre. Damit liegt es auf der Hand, die Errichtung und Nutzung der Referenzdatenbank für unverzichtbar zu halten.

Dass die Notwendigkeit, den unbestimmten Rechtsbegriff der unbedingten Erforderlichkeit europarechtlich auszufüllen, zu einer anderen Gewichtung führen könnte, ist nicht ersichtlich. Der Begriff der Unverzichtbarkeit ist absolut und kann in seiner Reichweite auch europarechtlich nicht übertroffen werden.

b. Die weitergehende, die angegriffene Löschanordnung eigentlich tragende Annahme des Beklagten, ein ihn zum Vorgehen nach § 43 Abs. 1 Satz 3 i.V.m. Satz 5 HmbJVollzDSG ermächtigender Verstoß der Klägerin sei in der mangelnden Bestimmtheit der Ermächtigungsnorm des § 48 BDSG zu sehen, hält einer rechtlichen Prüfung nicht stand.

Mit dieser Prüfung verlässt der Beklagte den ihm durch das Gesetz vorgegebenen Prüfungsrahmen. § 43 Abs. 1 Satz 1 HmbJVollzDSG gibt dem Beklagten vor, die Vereinbarkeit der Verarbeitung/Nutzung personenbezogener Daten durch die Klägerin mit Fachrecht – „Vorschriften über den Datenschutz“ - zu prüfen. § 43 Abs. 1 Satz 5 HmbJVollzDSG stellt es in sein Ermessen, gegen festgestellte fortbestehende Verstöße (gegen datenschutzrechtliche Vorschriften) im Wege einer datenschutzrechtlichen Anordnung vorzugehen. Das Gesetz ermächtigt den Beklagten jedoch nicht dazu, unmittelbar auf die Vereinbarkeit einer fachrechtlichen Vorschrift über den Datenschutz mit höherrangigem

Recht abzustellen; dass der Landesgesetzgeber ohnehin nicht die Kompetenz hätte, ein Organ der Landesexekutive zur Prüfung der verfassungsrechtlichen Tragfähigkeit von Bundesrecht zu ermächtigen, liegt auf der Hand und muss nicht weiter erörtert werden.

Der Sache nach ist das Vorgehen des Beklagten keine Bewertung der in Rede stehenden Verarbeitung personenbezogener Daten nach Maßgabe einer datenschutzrechtlichen Vorschrift, sondern stellt eine genuin verfassungsrechtliche Überprüfung der einschlägigen datenschutzrechtlichen Vorschrift dar (sogleich unter aa). Ob und unter welchen Voraussetzungen, das Prinzip des Vorranges des Gesetzes überhaupt eine verfassungsrechtliche Überprüfung des Fachrechts durch den Beklagten zulässt, kann dahinstehen, weil jedenfalls die streitgegenständliche Anordnung nicht mit anderweitigen verfassungsrechtlichen Anforderungen vereinbar ist (bb).

aa. In der vom Beklagten angenommenen mangelnden Bestimmtheit des § 48 BDSG liegt kein Verstoß der fraglichen Datenverarbeitung gegen eine Vorschrift über den Datenschutz (1). Die mangelnde Bestimmtheit einer als Rechtsgrundlage für exekutive Eingriffe dienenden Norm beschreibt vielmehr ihrem Wesen nach ein verfassungsrechtliches Defizit (2).

(1) Die vom Beklagten angenommene mangelnde Bestimmtheit des § 48 BDSG kann nicht als Fall des Fehlens einer Rechtsgrundlage für die Verarbeitung personenbezogener Daten unter § 47 Ziff. 1 BDSG und damit unter eine Vorschrift über den Datenschutz subsumiert werden.

Nach § 47 Ziff. 1 BDSG müssen personenbezogene Daten auf rechtmäßige Weise und nach Treu und Glauben verarbeitet werden. Die Datenverarbeitung muss mithin dem Gebot der Rechtmäßigkeit (lawfulness) genügen. Nach unbestrittener Auffassung wird hiervon umfasst, dass die Datenverarbeitung auf einer gesetzlichen Grundlage beruhen muss (soweit sie nicht von den Betroffenen gewillkürt ist). Der Beklagte stützt seine Anordnung jedoch nicht auf das Fehlen einer gesetzlichen Grundlage, sondern auf die rechtliche Unzulänglichkeit einer vorhandenen Rechtsgrundlage. Der genannte Grundsatz des § 47 Ziff. 1 BDSG greift indes selbstverständlich dann nicht, wenn das Bundesdatenschutzgesetz explizit eine rechtliche Grundlage für eine bestimmte Datenverarbeitung enthält. Das aber ist der Fall, weil § 48 Abs. 1 BDSG die Verarbeitung besonderer Kategorien personenbezogener Daten (und damit auch biometrischer Daten, § 46 Ziff. 12 BDSG) für Zwecke der Strafverfolgung ausdrücklich erlaubt. Zur Überzeugung des Gerichts liegt damit

gesetzliche Grundlage für die fragliche Verarbeitung personenbezogener Daten durch die Klägerin vor.

(a) Wortlaut und systematische Stellung der Norm des § 48 BDSG lassen zunächst keinen Zweifel daran zu, dass sie als unmittelbare Rechtsgrundlage für die Verarbeitung (auch) biometrischer Daten zu verstehen ist. Sie regelt in Absatz 1, unter welchen Voraussetzungen die Verarbeitung besonderer Kategorien personenbezogener Daten zulässig ist. Damit ist der Regelungsanspruch offenkundig. Die systematische Stellung der Norm bestätigt das. Sie steht im Kapitel 2 des Teils 3. des Bundesdatenschutzgesetzes, der Bestimmungen für Datenverarbeitungen zum Zwecke der Strafverfolgung (§ 45 BDSG) enthält. Das Kapitel trägt die Überschrift „Rechtsgrundlagen der Verarbeitung personenbezogener Daten“.

(b) § 48 BDSG hat ferner einen umfassenden Regelungsanspruch und setzt nicht etwa für „besondere Fälle“ der Verarbeitung besonderer Kategorien von Daten spezielle Rechtsvorschriften voraus. Das lässt sich der Regelung des § 49 Satz 2 BDSG entnehmen. Dort heißt es, dass die Verarbeitung personenbezogener Daten zu anderen als den in § 45 BDSG geregelten Zwecken zulässig ist, wenn sie in einer Rechtsvorschrift vorgesehen ist. Im Umkehrschluss bedeutet dies, dass die Verarbeitung personenbezogener Daten für den in § 45 BDSG genannten Zweck der Verfolgung oder Ahndung von Straftaten (vorbehaltlich etwa vorhandener speziellerer Rechtsgrundlagen) in Teil 3. des Bundesdatenschutzgesetzes umfassend und abschließend geregelt ist.

(2) Indem der Beklagte die mangelnde Bestimmtheit des § 48 BDSG rügt, richtet er seine Prüfung der Verarbeitung personenbezogener Daten durch die Klägerin an einer verfassungsrechtlichen Kategorie aus: Die insoweit einschlägigen Prinzipien der Normenbestimmtheit/Normenklarheit sowie der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit kennzeichnen grundlegende verfassungsrechtliche Anforderungen an eine Ermächtigungsgrundlage (etwa BVerfG, Urt. v. 11.3.2008 – 1 BvR 2074/05 – BVerfGE 120, 378, zit. n. juris Rn 75f).

bb. Die Voraussetzungen, unter denen es dem Beklagten zustehen könnte, eine datenschutzrechtliche Anordnung auf das Ergebnis einer verfassungsrechtlichen Bewertung der Norm zu stützen, welche die von ihm beanstandete Datenverarbeitung grundsätzlich erlaubt, sind vorliegend nicht erfüllt.

Zweifelhaft ist bereits, ob es der im Rechtsstaatsprinzip wurzelnde Grundsatz des Vorranges des Gesetzes dem Beklagten nicht überhaupt verbietet, durch Verwaltungsakt über

die Anwendbarkeit eines Parlamentsgesetzes zu entscheiden (sogleich unter 1). Jedenfalls wird die vom Beklagten für die streitgegenständliche Anordnung gegebene verfassungsrechtliche Begründung dem ebenfalls aus dem Rechtsstaatsprinzip erwachsenden allgemeinen Achtungsanspruch des Gesetzes nicht gerecht (2).

(1) Die Begründung der streitgegenständlichen Anordnung berührt den im Rechtsstaatsprinzip wurzelnden und in Art. 20 Abs. 3 GG konkretisierten Grundsatz des Vorranges des Gesetzes. Dieser ist für den die gesamte Verfassung prägenden Rechtsstaatsgedanken von zentraler Bedeutung (statt vieler Schulze-Fielitz in Dreier, GG, 3. Aufl. 2015, Art. 20 Rn 93). Das Bundesverfassungsgericht hat das in seiner grundlegenden Entscheidung (unter Übernahme eines dictums von Otto Mayer) folgendermaßen gekennzeichnet:

„Es gilt der Grundsatz, dass das Gesetz nicht durch eine allgemeine Verwaltungsvorschrift außer Kraft gesetzt oder abgeändert werden kann, ebenso wie es nicht durch einen Verwaltungsakt durchbrochen (...) werden kann. Das ergibt sich unmittelbar aus dem Vorrang des Gesetzes. Der in der Form des Gesetzes geäußerte Staatswille geht rechtlich jeder anderen Willensäußerung vor.“ (BVerfG, Beschl. v. 6.5.1958 – 2 BvL 37/56 – BVerfGE 8, 155 zit. n. juris Rn 81).

Das Vorgehen des Beklagten stellt dies in Frage. Indem er die Vorschrift des § 48 BDSG für verfassungsrechtlich nicht hinreichend bestimmt erklärt, nimmt der Beklagte für sich in Anspruch, über die Reichweite und damit die Anwendbarkeit des Gesetzes zu entscheiden. Diese Entscheidung ergeht als Verwaltungsakt, was im Ergebnis bedeutet, dass der Beklagte mit einer exekutiven Einzelfallentscheidung für die Klägerin die Anwendbarkeit eines Gesetzes - des § 48 BDSG als rechtliche Grundlage für die Verarbeitung der in Rede stehenden personenbezogenen Daten - sperrt. Insofern der Beklagte durch den Erlass der Löschanordnung qua Verwaltungsakt über den, wie oben ausgeführt, unbeschränkt erhobenen Geltungsanspruch eines Parlamentsgesetzes disponiert, liegt die Annahme eines Verstoßes gegen den Grundsatz des Vorranges des Gesetzes nahe. Der vom Beklagten erlassene Verwaltungsakt negiert nämlich den Anspruch des Gesetzes, nach Maßgabe seiner Tatbestandsvoraussetzungen sämtliche Fälle der Verarbeitung besonderer Kategorien personenbezogener Daten zu regeln. Es liegt nicht fern, hierin einen Fall zu sehen, in dem das Gesetz durch einen Verwaltungsakt „außer Kraft gesetzt“ und somit „durchbrochen“ worden ist.

Das dürfte ungeachtet des Umstandes gelten, dass der Beklagte das Gesetz nicht unmittelbar anwendet, sondern lediglich seine Anwendbarkeit prüft. Denn der Vorrang des Ge-

setzes ist ein Grundsatz mit kategorischer Geltung. Die von ihm bewirkte strikte Verbindlichkeit in Form des Gebots, das Gesetz zu befolgen sowie des Verbots, von ihm abzuweichen, gilt daher prinzipiell und ausnahmslos für alle Staatsakte, die nicht dem förmlichen Gesetzgeber zuzuordnen sind (Schulze-Fielitz, a.a.O. Rn 95). Zudem beschränkt sich die Prüfung des Beklagten nicht auf die bloße Äußerung einer allein die exekutive Binnensphäre betreffenden Rechtsmeinung, sondern mündet in eine verbindliche Regelung mit unmittelbarer Außenwirkung. Das aber dürfte schwerlich vereinbar sein mit der „dem Gesetz kraft Verfassungsrechts innewohnende(n) Eigenschaft, (entgegenstehende) staatliche Willensäußerungen niedrigeren Ranges rechtlich zu hindern oder zu zerstören“ (BVerfG, a.a.O. Rn. 82).

(2) Indes bedarf diese grundlegende Frage keiner vertiefenden Erörterung und Entscheidung, weil die Lösungsanordnung jedenfalls in anderer Hinsicht mit verfassungsrechtlichen Vorgaben nicht in Einklang steht.

(a) Nach gefestigter Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts ist der gesetzgebenden Gewalt als Quelle des demokratisch legitimierten Rechts (Art. 20 Abs. 2 GG) von den übrigen Staatsgewalten ein besonderer Respekt entgegenzubringen. Daher muss es das Bestreben jeder Rechtsanwendung, aber ebenso der verfassungsrechtlichen Überprüfung durch das Bundesverfassungsgericht selbst, sein, das Maximum des vom Gesetzgeber Gewollten aufrechtzuerhalten (vgl. etwa BVerfG, Beschl. v. 3.6.1992 – 2 BvR 1041/82 – BVerfGE 86, 288, zit. n. juris Rn 102). Hieraus erwächst die Notwendigkeit, im Fall des angenommenen Konfliktes des Gesetzes mit verfassungsrechtlichen Geboten mittels methodengerechter verfassungskonformer Auslegung den Konflikt möglichst zu entschärfen (ebenda, Rn 102). Die Einhaltung methodischer Grundsätze bei der Anwendung und Auslegung des Gesetzes ist somit wesentliches Mittel, um dem verfassungsrechtlichen Gebot maximaler Aufrechterhaltung des gesetzgeberischen Regelungsziels (ebenda, Rn 105) zur Durchsetzung zu verhelfen. Es liegt auf der Hand, dass die methodengerechte Rechtsanwendung nicht nur der Lösung eines solchen Konflikts, sondern erst recht seiner Vermeidung dient. Das bedeutet, dass das Gesetz, welches einen bestimmten Lebenssachverhalt seiner Regelung unterwirft, stets und zwingend auf diesen Lebenssachverhalt anzuwenden ist, bevor die Frage aufgeworfen werden darf, ob das Ergebnis einer solchen Rechtsanwendung mit höherrangigem Recht vereinbar ist. Wer die im Gesetz aufgestellten Rechtmäßigkeitsvoraussetzungen für ein bestimmtes exekutives Handeln nicht methodengerecht geprüft hat, darf mithin die Eignung des Gesetzes, dieses exekutive Handeln zu legitimieren, nicht in Frage stellen. Dieser verfassungsrecht-

lich gebotenen Forderung nach methodengerechtem Vorgehen bei der verfassungsrechtlichen Bewertung einer Rechtsnorm wird die Löschanordnung nicht gerecht.

(aa) Wie wiederholt festgestellt, hat der Beklagte die von ihm problematisierte Verarbeitung personenbezogener Daten durch die Klägerin nicht in ihrer konkreten Ausgestaltung geprüft. Das verstößt, wie oben ausgeführt, nicht lediglich gegen die ihn insoweit ermächtigende Norm des § 43 Abs. 1 Satz i.V.m. Satz 5 HmbJVollzDSG, sondern zugleich gegen das im Bundesdatenschutzgesetz geregelte Fachrecht. Denn nach § 47 Nr. 2 BDSG dürfen personenbezogene Daten zum Zweck der Strafverfolgung nur für festgelegte, eindeutige und rechtmäßige Zwecke erhoben werden. Gemäß § 47 Nr. 3 BDSG muss die Datenverarbeitung dem (vorher) festgelegten Zweck entsprechen und verhältnismäßig sein. § 48 Abs. 1 BDSG fügt dem für die Verarbeitung besonderer Kategorien personenbezogener Daten noch das qualifizierte „Erforderlichkeitsgebot“ hinzu. Somit enthält das Fachrecht die ausdrückliche Forderung, die Frage der Legitimität einer Verarbeitung personenbezogener Daten zu den in § 45 BDSG geregelten Zwecken stets und zwingend in Bezug auf ihre jeweilig festzustellende Ausgestaltung zu prüfen. Der Beklagte hätte also die von der Klägerin vorgenommene Verarbeitung personenbezogener Daten in ihrer vorliegenden Gesamtheit unter die genannten Vorschriften über den Datenschutz subsumieren müssen. Das wäre, wie oben dargestellt, zum einen zwingende Voraussetzung, um einen etwaigen Verstoß überhaupt feststellen zu können. Zum anderen kann nur aus einer solchen Subsumtion die Erkenntnis gewonnen werden, ob die fragliche Verarbeitung personenbezogener Daten mit solchen Beeinträchtigungen für die Betroffenen einhergeht, dass sich die normative Frage stellt, ob das Gesetz, welches sie (möglicherweise) zulässt, mit höherrangigem Recht vereinbar ist.

(bb) Die verfassungsrechtlichen Anforderungen an die Ermächtigungsgrundlage richten sich nach dem Gewicht des Eingriffs, das insbesondere von der Art der erfassten Informationen, dem Anlass und den Umständen ihrer Erhebung, dem betroffenen Personenkreis und der Art der möglichen Verwertung der Daten beeinflusst wird (BVerfGE 120, 337, a.a.O. Rn 76ff). Der Beklagte erfasst jedoch mit seinem Vorgehen das Gewicht des Eingriffs von vornherein nicht, weil er gar nicht auf die konkret vorliegende Art der möglichen Verwertung der Daten abstellt. Entscheidend für die Intensität des Grundrechtseingriffs ist aber, welche über die Informationserhebung hinausgehenden Nachteile dem Grundrechtsträger aufgrund der jeweiligen Maßnahme drohen oder von ihm nicht ohne Grund befürchtet werden (BVerfG, a.a.O. Rn 80).

(cc) Der Beklagte hätte daher vor der verfassungsrechtlich begründeten Infragestellung des § 48 BDSG zwingend herausarbeiten müssen, welches Eingriffsgewicht der Verarbeitung biometrischer Daten in der vorliegenden, nicht mit anderweitigen Datensammlungen verbunden (geschlossenen) Referenzdatenbank zukommt. Er hätte dabei berücksichtigen müssen, dass die Anwendung der GAS auf der entscheidenden dritten Stufe, nämlich den einzelnen Suchläufen, die biometrischen Daten der Vielzahl Unverdächtiger gerade unterdrückt und nur jene der hinlänglich Tatverdächtigen auswirft. Er hätte ferner die Frage stellen und sie beantworten müssen, ob der in der Tat außerordentliche Umfang der Grunddatei wie der Referenzdatenbank nicht durch sachliche Gegebenheiten bedingt ist. Dafür sprächen etwa der Umstand, dass im G20 – Kontext Straftaten aus sehr großen Versammlungen heraus begangen wurden, dass sich stark besuchte Versammlungen vereinzelt zu Orten kollektiv begangener Straftaten gewandelt haben, ferner die Tatsache, dass sich die schwerer Straftaten Verdächtigen durchweg den Anschein friedlicher Versammlungsteilnehmer gegeben und sich vielfach zunächst ununterscheidbar unter solchen aufgehalten haben. Ob diese hier nur angerissenen Gegebenheiten die Einschätzung des Beklagten tragen, eine unbestimmte Vielzahl von Personen sei gänzlich anlasslos von der vorliegenden Datenverarbeitung erfasst worden und sei dem Risiko weiterer Rechtsgutbeeinträchtigungen ausgesetzt, begegnet durchgreifenden Zweifeln.

(dd) Nicht einleuchtend sind weiterhin die Parallelen, welche der Beklagte zwischen der vorliegenden Verarbeitung personenbezogener Daten zu der „KFZ-Kennzeichen-Erfassungs-Rechtsprechung“ des Bundesverfassungsgerichts herstellt. Der vom Beklagten gezogene Erst-recht-Schluss, der mit der gegenüber solchen Kennzeichen ungleich größeren Sensibilität biometrischer Daten argumentiert, überzeugt nicht. Das Bundesverfassungsgericht hat das besondere Eingriffsgewicht der automatisierten Kennzeichenerfassung darin gesehen, dass hiermit eine vom Grundrechtsträger als solche empfundene Überwachungsstruktur installiert werde, welche zu Einschüchterungen und in der Folge zu Beeinträchtigungen bei der Ausübung von Grundrechten führe. Das betreffe neben den Entfaltungschancen des Einzelnen das Gemeinwohl, weil die Selbstbestimmung eine elementare Funktionsbedingung eines auf die Handlungs- und Mitwirkungsfähigkeit seiner Bürger gegründeten freiheitlich demokratischen Gemeinwesens sei (BVerfG, Urt. v. 11.3.2008, a.a.O. juris Rn 173; vgl. a. Beschl. v. 18.12.2018, a.a.O. Rn 98).

Der Beklagte hat sich indes in der Löschanordnung nicht mit der Frage befasst, inwiefern von der konkreten Nutzung der vorliegenden Referenzdatenbank durch die Klägerin für die von der Verarbeitung ihrer biometrischen Daten Betroffenen Freiheitsbeein-

trächtigungen von einem vergleichbaren Gewicht ausgehen sollten. Die Referenzdatenbank stellt zwar einen ungewöhnlich großen Datenbestand dar. Dieser ist jedoch nach seiner Zweckbestimmung sowie nach seiner unbestritten erfolgenden Nutzung als geschlossener, nicht mit anderen Dateien verbundener Bestand zu qualifizieren. Der Beklagte legt nicht dar, inwiefern hierdurch gleichwohl tendenziell verhaltenssteuernde Wirkungen bewirkt würden, die mit denen einer in Echtzeit laufenden automatischen Datenerfassungsstruktur vergleichbar wären.

(ee) Hinzu kommt, dass die Erfassung der betroffenen Personen schwerlich in gleicher Weise zufällig determiniert ist, wie bei der Kennzeichenerfassung infolge der Nutzung einer Bundess autobahn. Letztere knüpft an ein gänzlich kontingentes Alltagsverhalten an. Vorliegend ist hingegen, wie vorstehend dargelegt, die (beabsichtigte) räumliche Nähe zu zahlreichen und teils außerordentlich schwerwiegenden Straftaten maßgeblich.

Erst aus einer Gesamtbetrachtung und Gesamtbewertung dieser (unter anderen) tatsächlichen Gegebenheiten hätte sich indes als tragfähige Schlussbewertung ergeben können, wie weitgehend die streitgegenständliche Datenverarbeitung in den Schutzbereich des Rechts auf informationelle Selbstbestimmung eingreift und ob Eingriffe von einem solchen Gewicht und einer solchen Tiefe vorliegen, dass sie durch die tatbestandlichen Vorkehrungen der Eingriffsnorm nicht angemessen berücksichtigt und abgewehrt werden können.

Der Beklagte hat dies unterlassen. Er ist deswegen nicht befugt, die verfassungsrechtliche Eignung des § 48 BDSG als rechtlicher Grundlage für die Verarbeitung der von der Klägerin erhobenen personenbezogenen Daten in Frage zu stellen und den Anspruch des Gesetzes, die rechtliche Grundlage für sämtliche Fallgestaltungen der einschlägigen Verarbeitung personenbezogener Daten zu bilden, zu verneinen.

(b) Das methodische Defizit der unterlassenen Subsumtion unter die einschlägigen Normen des Bundesdatenschutzgesetzes entwertet zudem den (fehlerhaften) Ansatz des Beklagten, die Eingriffstiefe der vorliegenden Datenverarbeitung (allein) aus den von ihm gebildeten Szenarien herzuleiten. Denn diese fiktiven Fälle exzessiver Weiterverarbeitung der in der Referenzdatenbank gespeicherten personenbezogenen Daten hätte der Beklagte ebenfalls auf ihre Vereinbarkeit mit § 48 Abs. 1 i.V.m. § 47 BDSG prüfen müssen, bevor er die verfassungsrechtliche Untauglichkeit des Gesetzes aus dem Gewicht der hiermit verbundenen Grundrechtsbeeinträchtigungen herleitet. Wenn nämlich das geltende Recht die fiktiven Anwendungen der Verarbeitung biometrischer Daten und die damit

verbundenen Rechtsgutverletzungen nicht zuließe, fehlte die sachliche Berechtigung, ihm die Eignung dafür abzusprechen, das öffentliche Interesse an einer effektiven Verfolgung von Straftaten und die Gefahren für die Grundrechte der Betroffenen zu einem angemessenen Ausgleich zu bringen.

Das Gesetz aber würde die vom Beklagten fingierten Eingriffe in das Recht auf informationelle Selbstbestimmung der Betroffenen abwehren: Eine etwaige Erhebung und Verarbeitung von biometrischen Daten in der vom Beklagten unterstellten Weise würde bereits an der Zweckfestlegung und Zweckbindung nach § 47 Nr. 2, Nr. 3 BDSG sowie der allgemeinen Verhältnismäßigkeitsprüfung nach § 47 Nr. 3 BDSG, jedenfalls aber an dem in § 48 Abs. 1 BDSG geregelten Kriterium der unbedingten Erforderlichkeit scheitern. Das ist nach Auffassung des Gerichts offenkundig und muss nicht näher ausgeführt werden.

(c) Das Gleiche gilt für die vom Beklagten vorgenommene isolierte Bewertung allein der mit der Erstellung der Referenzdatenbank einhergehenden Verarbeitung personenbezogener Daten. Unterstellt, die Klägerin hätte die Referenzdatenbank ohne jegliche Zweckbindung errichtet und würde sich etwaige künftige Nutzungen gleichsam vorbehalten, läge hierin ein offenkundiger Verstoß gegen das Erforderlichkeitsgebot in § 48 Abs. 1 BDSG und zugleich gegen das in § 47 Nr. 2 und Nr. 3 BDSG geregelte Zweckbindungsgebot. Zudem würde es gegen das grundsätzliche Verbot der Sammlung personenbezogener Daten auf Vorrat verstoßen (vgl. BVerfG, Beschl. v. 4.4.2006 – 1 BvR 518/02 – BVerfGE 15, 320, zit. n. juris Rn 105).

3. Die angegriffene Entscheidung des Beklagten erweist sich überdies als ermessensfehlerhaft.

a. § 43 Abs. 1 Satz 5 HmbJVollzDSG stellt Maßnahmen gegen nach Beanstandung fortbestehende Verstöße in das Ermessen des Beklagten. Seine Betätigung des Entschließungsermessens ist zunächst zwangsläufig ermessensfehlerhaft insofern, als der Beklagte, wie vorstehend ausgeführt, das Vorliegen der Eingriffstatbestandsvoraussetzungen nicht festgestellt hat. Ist jedoch der jeweilige Eingriffstatbestand nicht erfüllt, kann die auf der Rechtsfolgenseite angesiedelte Ermessensbetätigung denknotwendig keinen Bestand haben.

b. Über diesen prinzipiellen Mangel hinaus leidet die Ermessensbetätigung des Beklagten daran, dass er die in der Ermächtigungsnorm enthaltenen Maßgaben für die Ermessensbetätigung nicht berücksichtigt hat, § 114 Satz 1 Alt. 2 VwGO. Selbst wenn die Annahme

des Beklagten zuträfe, dass die in Betracht kommende Ermächtigungsnorm des § 48 Abs. 1 BDSG für die von der Klägerin vorgenommen Verarbeitung der biometrischen Daten zu unbestimmt ist, läge der Löschanordnung ein fehlerhafter Gebrauch des Auswahlermessens zugrunde.

aa. § 43 Abs. 1 Satz 5 HmbJVollzDSG bindet die Ermessensbetätigung auf besondere Weise an den Verhältnismäßigkeitsgrundsatz, der ohnehin bei jeglicher Ermessensausübung zu berücksichtigen ist (vgl. etwa Sachs, in Stelkens/Bonk/S., a.a.O., § 40 Rn 83 m.w.Nw.). Das Gesetz gibt dem Beklagten die Anordnung geeigneter Maßnahmen vor, wenn dies zur Beseitigung eines erheblichen Verstoßes gegen datenschutzrechtliche Vorschriften erforderlich ist. Mit diesen Kriterien werden die wesentlichen Elemente des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes benannt. Der Frage, ob der Verhältnismäßigkeitsgrundsatz als Strukturelement staatlichen Eingriffshandelns auch im Verhältnis zu anderen Behörden zu berücksichtigen ist – was unter dem Gesichtspunkt der rechtsstaatlich vorgegebenen Kompetenzwahrung naheliegt – muss daher nicht weiter erörtert werden. Die vom Beklagten in der Klagerwiderrung aufgeworfene Frage, welches subjektive Recht der Klägerin denn Raum für von ihm anzustellende Verhältnismäßigkeitserwägungen lasse, stellt sich damit nicht.

bb. Der Beklagte hat angenommen, es komme nur die Löschanordnung zur Wiederherstellung datenschutzkonformer Zustände in Betracht, da es sich bei dem angeblichen erheblichen Verstoß um ein von der Klägerin nicht heilbares normatives Defizit – das Fehlen einer tragfähigen gesetzlichen Grundlage – handle. Er sei – wie er in der Klagerwiderrung näher dargelegt hat – von Verfassungs wegen geradezu gehindert, andere Mittel in Betracht zu ziehen, weil dies allein Sache des insoweit zur spezialrechtlichen Regelung berufenen Gesetzgebers sei. Das vermag nicht zu überzeugen.

(1) Der Beklagte wäre nämlich keineswegs gehindert, etwa von ihm erkannte Defizite der Ermächtigungsgrundlage für die Verarbeitung der biometrischen Daten durch normkonkretisierende Auflagen zu kompensieren. Der Beklagte berücksichtigt bei seiner Argumentation wiederum nicht, dass es ihm allein obliegt, im Zuge eines seinem Wesen nach einzelfallbezogenen Verwaltungsverfahrens festgestellte konkrete Verstöße erforderlichenfalls durch geeignete Maßnahmen zu beseitigen. Es ist hingegen nicht seine Sache, abstrakt-generell die Grenzen der Zulässigkeit einer Verarbeitung biometrischer Daten zu Zwecken der Strafverfolgung zu markieren. In Form eines Verwaltungsakts erfolgende Maßnahmen zur Beseitigung konkreter Verstöße im Sinne von § 43 Abs. 1 Satz 5

HmbJVollzDSG stellen daher prinzipiell keinen die Gewaltenteilung verletzenden Übergriff in die Zuständigkeit des Gesetzgebers dar.

(2) Der Beklagte hat indes überhaupt keine konkreten Defizite festgestellt, weil er, wie ausgeführt, nicht die von der Klägerin praktizierte Datenverarbeitung, sondern die „massenhafte Verarbeitung“ biometrischer Daten als solche in den Blick genommen hat. Hätte der Beklagte hingegen die konkrete Datenverarbeitung durch die Klägerin geprüft, hätte es nahegelegen, der Klägerin bestimmte Maßnahmen aufzugeben. So hätte der Beklagte anordnen können, dass die Klägerin ein Konzept der Selbstvergewisserung und Selbstbindung in Gestalt einer Errichtungsanordnung, § 490 StPO, vorlegt. Es wäre dem Beklagten ferner möglich gewesen, die Angaben der Klägerin, es finde keine Vernetzung der Datei und kein Einsatz zu anderen als den von ihr angegebenen Zwecken statt, durch entsprechende Auflagen abzusichern. Ferner hätte der Beklagte darauf drängen können, dass die Vorgaben für die Suchläufe durch die Staatsanwaltschaft in schriftlicher Form gemacht und ihm bekanntgegeben werden. Darüber hinaus hätte er etwa anordnen können, dass jeder Zugriff auf das System einer automatischen Protokollierung unterliegt. Zudem hätte er fordern können, dass ihm die abschließende Löschung der Referenzdatenbank *und* der Grunddatei innerhalb eines bestimmten Zeitraumes nachzuweisen sei.

Alle diese nur beispielhaft geschilderten Handlungsmöglichkeiten hat der Beklagte indes bei der Betätigung des Auswahlermessens von vornherein nicht in Betracht gezogen. Dies macht seine Ermessensbetätigung unverhältnismäßig und stellt eine dem Zweck der Ermächtigungsnorm nicht entsprechende Ermessensbetätigung dar, § 114 Satz 1 Alt. 2 VwGO.

### III.

Als unterlegener Teil hat der Beklagte gemäß § 154 Abs. 1 VwGO die Kosten des Verfahrens zu tragen. Die sonstigen Nebenentscheidungen folgen aus §§ 167 VwGO, 708 Nr. 11, 711 ZPO.

...