



Verwaltungsgericht Hamburg

Urteil

Im Namen des Volkes

In der Verwaltungsrechtssache

- Kläger -

Prozessbevollmächtigte:

An Verkündungs
statt zugestellt.

g e g e n

die Freie und Hansestadt Hamburg,
vertreten durch die Behörde für Inneres und Sport
-Polizei-
Justizariat (J),
Bruno-Georges-Platz 1,
22297 Hamburg,

- Beklagte -

hat das Verwaltungsgericht Hamburg, Kammer 13, aufgrund der mündlichen Verhandlung vom 27. November 2013 durch

für Recht erkannt:

Die Beklagte wird verurteilt, es zu unterlassen, die seit dem ... durchgeführte Observation einschließlich des Einsatzes von technischen Mitteln zur Ermittlung des Aufenthaltes des Klägers (Bewegungsmelder vor dem Schlafzimmerfenster des Klägers) durchzuführen.

Die Beklagte trägt die Kosten des Verfahrens.

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

Die Berufung wird zugelassen.

Rechtsmittelbelehrung:

Gegen dieses Urteil steht den Beteiligten die Berufung an das Oberverwaltungsgericht zu. Sie ist innerhalb eines Monats nach Zustellung des vollständigen Urteils bei dem Verwaltungsgericht Hamburg, Lübeckertordamm 4, 20099 Hamburg, einzulegen. Die Berufung muss das angefochtene Urteil bezeichnen.

Die Berufung ist innerhalb von zwei Monaten nach Zustellung des vollständigen Urteils zu begründen. Die Begründung ist, sofern sie nicht zugleich mit der Einlegung der Berufung erfolgt, bei dem Hamburgischen Oberverwaltungsgericht, Lübeckertordamm 4, 20099 Hamburg, einzureichen. Die Begründungsfrist kann auf einen vor ihrem Ablauf gestellten Antrag von dem Vorsitzenden des Senats verlängert werden. Die Begründung muss einen bestimmten Antrag enthalten sowie die im Einzelnen anzuführenden Gründe der Anfechtung (Berufungsgründe).

Vor dem Oberverwaltungsgericht müssen sich die Beteiligten, außer im Prozesskostenhilfverfahren, durch Prozessbevollmächtigte vertreten lassen. Dies gilt auch für Prozesshandlungen, durch die ein Verfahren vor dem Oberverwaltungsgericht eingeleitet wird. Als Bevollmächtigte sind Rechtsanwälte oder Rechtslehrer an einer der in § 67 Abs. 2 Satz 1 der Verwaltungsgerichtsordnung (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:

Der Kläger wendet sich gegen die Fortdauer seiner Observation.

Der am ... in Hamburg geborene Kläger wurde durch Urteil des Bezirksjugendgerichtes des Amtsgerichtes Hamburg vom ... wegen sexueller Nötigung in Tateinheit mit versuchter sexueller Nötigung und in weiterer Tateinheit mit Freiheitsberaubung in zwei Fällen, der Vergewaltigung in Tateinheit mit Freiheitsberaubung, des Diebstahls, der versuchten sexuellen Nötigung sowie der sexuellen Nötigung in Tateinheit mit versuchter sexueller Nötigung sowie in weiterer Tateinheit mit sexuellem Missbrauch und versuchtem sexuellem Missbrauch von Kindern zu einer Jugendstrafe von zwei Jahren und drei Monaten verurteilt. Den Urteilsfeststellungen nach hatte der Kläger am 21. April 1979 ein 13-jähriges Mädchen sexuell genötigt und zugleich versucht, ein 14-jähriges Mädchen sexuell zu nötigen. Einen Tag später hatte er ein 15-jähriges Mädchen vergewaltigt, welches er zuvor mit einem Küchenmesser bedroht und mit ihren Kleidungsstücken gefesselt hatte. Einen weiteren Tag später hatte der Kläger den Entschluss gefasst, ein 13-jähriges Mädchen zu bedrohen und anschließend sexuell zu berühren. Hierzu kam es wegen der Gegenwehr des Mädchens aber nicht. Etwa zwei Monate später hatte er ein 10- und ein 11-jähriges Mädchen mit demselben Messer bedroht und versucht, die 11-Jährige sexuell zu nötigen und zu missbrauchen sowie die 10-Jährige sexuell genötigt und missbraucht. Die Haftstrafe verbüßte er bis zu seiner vorzeitigen Entlassung am 9. Januar 1981.

Durch Urteil des Bezirksjugendgerichtes des Amtsgerichtes Hamburg vom ... wurde der Kläger wegen Vergewaltigung in Tateinheit mit sexueller Nötigung und Freiheitsberaubung unter Einbeziehung des vorangegangenen Urteils zu einer Jugendstrafe von vier Jahren verurteilt. Nach den Urteilsfeststellungen hatte der Kläger am Abend des 29. März 1981 ein 16-jähriges Mädchen mit einem Messer bedroht, sie geknebelt und gefesselt und schließlich oral und vaginal vergewaltigt.

Durch Urteil des Amtsgerichtes Hamburg-Blankenese vom ... wurde der Kläger wegen versuchten Diebstahls in einem besonders schweren Fall sowie vorsätzlicher

Körperverletzung zu einer Gesamtfreiheitsstrafe von zehn Monaten verurteilt. Die Vollstreckung der Freiheitsstrafe blieb zur Bewährung ausgesetzt. Nach den Feststellungen des Urteils hatte der Kläger während eines Hafturlaubes die Mutter eines Mitgefangenen überfallen, nachdem er in ihr Haus eingebrochen war.

Durch Urteil des Landgerichtes Göttingen vom ... wurde der Kläger wegen versuchter Vergewaltigung, Vergewaltigung in Tateinheit mit sexueller Nötigung und versuchten Mordes zu einer Gesamtfreiheitsstrafe von fünfzehn Jahren verurteilt. Seine Unterbringung in der Sicherheitsverwahrung wurde angeordnet. Nach den Urteilsfeststellungen hatte der Kläger am 17. Juli 1985 anlässlich eines Spazierganges versucht, zwei junge Frauen zu vergewaltigen, die einen Waldlauf machten. Hierbei hatte er zur Drohung ein Messer verwendet. Die Vergewaltigung scheiterte an der erheblichen Gegenwehr der jungen Frauen. Am 18. Juli 1985 war der Kläger erneut spazieren gegangen. Er hatte dabei die spätere Geschädigte, die sich zu landwirtschaftlichen Studienzwecken längere Zeit auf einem Feld aufhielt, entdeckt. Der Kläger hatte die Frau zunächst fast zwei Stunden beobachtet, wobei sein Wunsch nach einer Vergewaltigung immer größer geworden war und er sich sein mögliches Vorgehen, darunter auch die Fesselung und Knebelung des Opfers, gedanklich im Einzelnen vorgestellt hatte. Nachdem die Geschädigte nach Abschluss ihrer Beschäftigung auf einen angrenzenden Feldweg zurückgekehrt war, bedrohte der Kläger sie mit einem Taschenmesser, fesselte ihre Hände und zwang sie, ihn in ein nahes Waldstück zu begleiten. Dort verband er ihr zunächst die Augen, fesselte sie an einen Baum, entkleidete sie und vergewaltigte sie oral und vaginal. Danach fügte er ihr in der Absicht, sie zu töten, insgesamt neun Messerstiche im Bereich des Halses und des Oberkörpers zu. Als der Kläger die Geschädigte bereits für tot gehalten hatte, riss diese sich von ihren Fesseln los und stürzte sich schreiend auf den Kläger. Der Kläger schlug der Geschädigten zunächst mit einem morschen Ast auf den Kopf, was allerdings ohne Wirkung blieb, und floh sodann. Der lebensgefährlich verletzten Geschädigten gelang es, in der Nähe befindliche Radfahrer auf sich aufmerksam zu machen. Ihr Leben konnte durch eine Notoperation gerettet werden. Die Kammer des Landgerichtes Göttingen ging damals von einer verminderten Schuldfähigkeit des Klägers aus, da nicht ausgeschlossen werden könne, dass der Kläger in seiner Steuerungsfähigkeit deshalb erheblich eingeschränkt gewesen

sei, weil er aufgrund einer vorangegangenen narzistischen Kränkung, die er wegen einer vorliegenden neurotischen Störung nicht sozial angemessen verarbeiten konnte, unter narzistischer Spannung sowie Druck gestanden habe und daher infolge einer anderen seelischen Abartigkeit im Sinne der §§ 20, 21 StGB zur Verwirklichung seines Tatplanes geschritten sei. Die Sicherungsverwahrung wurde angeordnet, da beide Sachverständige ausgeführt hatten, dass die Rückfallgefahr des Klägers äußerst hoch sei.

Der Kläger befand sich seit dem 19. Juli 1985 in Strafhaft, seit dem 20. Mai 2001 wurde die Sicherungsverwahrung vollzogen. Während des Vollzugsverlaufes wurden mehrfach über den Kläger sich zum Teil widersprechende psychiatrische und psychologische Gutachten erstattet. Während die Sachverständige ... in ihrem psychiatrischen Schuldfähigkeitsgutachten vom 20. Januar 1986 und der ... in dem psychologischen Gutachten vom 3. Januar 1986 das Vorliegen einer sadistischen Triebdeviation bei dem Kläger noch nicht zweifelsfrei diagnostizieren konnten, wurde in dem psychiatrischen Gutachten des Sachverständigen ... vom 11. Mai 1994 das Vorliegen eines Sadismus sodann festgestellt. ... schlug zur Minderung der Gefährlichkeit des Klägers eine chirurgische Kastration vor. Auf eigenen Wunsch des Klägers erfolgte die Kastration sodann am 24. Juli 1996. Die letzten psychiatrischen Prognosegutachten wurden am 7. November 2011 von ... sowie am 21. November 2011 von ... erstellt. Beide kommen zu dem Ergebnis, dass die 1996 durchgeführte Kastration sowie das fortgeschrittene Alter des Klägers von entscheidender Bedeutung für eine günstige Legalprognose seien. ... führte dazu aus, dass nach heutiger wissenschaftlicher Auffassung der wesentliche Effekt des Geschlechtshormons Testosteron weniger mit der Ausrichtung bzw. Zielrichtung sexueller Impulse zu tun habe, als vielmehr mit deren Dranghaftigkeit, die bekanntlich auch altersbedingt und parallel zur Abnahme des Testosteronspiegels beim alternden Mann deutlich abnehme. Beide Sachverständige gingen davon aus, dass das Risiko neuerlicher Sexualstraftaten durch die regelmäßige Kontrolle des Testosteronspiegels geringgehalten werden könne und betonten, dass durch die Kastration zwar nicht die sexuelle Ausrichtung beeinflusst werden könne, es aber bei einer antihormonellen Behandlung nicht primär um die Ausschaltung der sexuellen Phantasien gehe, sondern deren sexueller Dranghaftigkeit. Insgesamt gelangt ... zu dem Ergebnis, dass eine hochgradige Gefahr schwerster Gewalt- und Sexualstraftaten nicht mehr anzunehmen

sei. Die Wahrscheinlichkeit, dass der Kläger erneut Straftaten begehe, habe sich im letzten Jahr neuerlich deutlich reduziert. Nach ... sei bei Entlassung des Klägers eine Übersiedlung in eine geeignete betreute Einrichtung dringend erforderlich, um das Risiko künftiger Straftaten weiter zu verringern. Das Rückfallrisiko liege aber erheblich unter dem Wert, der sich aus dem Static-99-Verfahren ergebe und der für die nächsten fünf Jahre bei 33% liege.

Als Reaktion auf die Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofes für Menschenrechte zur Unzulässigkeit der nachträglichen Verlängerung der Sicherungsverwahrung (Urt. v. 17.12.2009, 19359/04, NJW 2010, 2495 ff.) erklärte das Landgericht Hamburg mit Beschluss ... die Sicherungsverwahrung für erledigt, setzte die Dauer der Führungsaufsicht auf fünf Jahre fest und unterstellte den Kläger einer Bewährungshelferin. Für die weiteren Weisungen wird auf den Beschluss Bezug genommen. Diese Entscheidung wurde durch Beschluss des Hanseatischen Oberlandesgerichtes ... bestätigt. Daraufhin wurde der Kläger am 3. Februar 2012 entlassen.

Er zog zunächst in eine betreute Einrichtung für entlassene Sicherheitsverwahrte. Er wird seit dem ... von der Polizei an sieben Tagen die Woche, 24 Stunden am Tag, observiert. Innerhalb seiner Wohnung ist der Kläger unbeobachtet. Außerhalb seiner Wohnung folgen dem Kläger jeweils vier Polizisten in zivil. Seit dem ... lebt der Kläger in einem Haus in einer abgeschlossenen Wohnung in der ersten Etage. Im Erdgeschoss befinden sich u.a. Räume für die ihn observierenden Polizeibeamten.

Am ... ordnete die Beklagte erstmals als besondere Maßnahme der Datenerhebung eine längerfristige Observation für einen Zeitraum von einem Monat gemäß § 9 Abs. 1 und 5 des Gesetzes über die Datenverarbeitung der Polizei (PoIDVG) an. Diese Anordnung wird seither monatlich verlängert, zuletzt am In der Begründung bezog sich die Beklagte insbesondere auf die Risikoeinschätzung für das Projekt TOP (Täterorientierte Prävention) vom ... und verwies zunächst darauf, dass sich zeigen müsse, ob der Kläger sich an die ihm auferlegten Weisungen halte. Sodann wurde die Begründung hinsichtlich der Betreuungs- und Arbeitssituation jeweils aktualisiert, zuletzt am Seitdem heißt es

in den Anordnungen insbesondere: „Zwar nimmt der Kläger seine Termine (u.a. Bewährungshilfe, ..., Facharzt) weiterhin regelmäßig wahr, einer sozialversicherungspflichtigen oder anderweitig tagesstrukturierenden Beschäftigung geht er aber immer noch nicht nach.“

Am ... ordnete die Beklagte erstmalig zusätzlich den verdeckten Einsatz technischer Mittel gemäß § 10 Abs. 1 PoIDVG außerhalb der Wohnung zur Ermittlung des Aufenthaltes an. Es bestehe die Möglichkeit, dass der Kläger aus einem anderweitig nicht einsehbares Fenster über ein Dach unbemerkt aus seiner Wohnung gelangen könne. Dies solle mittels eines Bewegungsmelders verhindert werden. Diese Anordnung wird ebenfalls fortlaufend verlängert, zuletzt am

Seit seiner Entlassung nimmt der Kläger entsprechend der ihm von der Strafvollstreckungskammer erteilten Weisungen einmal wöchentlich einen Termin bei seiner Bewährungshelferin wahr. Er besucht zudem wöchentlich die forensische Ambulanz ... und nimmt Termine bei seinem Therapeuten ... bei ... wahr. In der Ambulanz lässt er zudem alle vier Wochen seinen Hormonstatus kontrollieren. Während seiner Inhaftierung hatte er bereits am Gruppentherapieprogramm für Sexualstraftäter teilgenommen. Einen Arbeitsplatz fand der Kläger bislang trotz Einschaltung des Jobcenters nicht.

Nach einem erfolglos gebliebenen Eilverfahren (...) hat der Kläger am 2. Mai 2013 Klage erhoben. Er ist der Auffassung, es fehle an einer Rechtsgrundlage für seine dauerhafte Observation. Jedenfalls aber sei der Tatbestand des § 9 Abs. 1 Satz 1 Nr. 2 PoIDVG nicht erfüllt, denn es lägen keine Tatsachen vor, die die Annahme der Begehung von erheblichen Straftaten rechtfertigten.

Der Kläger beantragt,

die Beklagte zu verurteilen, es zu unterlassen, die seit dem ... andauernde längerfristige Observation einschließlich des Einsatzes von technischen Mitteln zur Ermittlung des Aufenthaltes des Klägers (Bewegungsmelder vor dem Schlafzimmerfenster des Klägers) durchzuführen,

Die Beklagte beantragt,

die Klage abzuweisen.

Sie ist der Auffassung, § 9 Abs. 1 Satz 1 Nr. 2 PolDVG sei als Rechtsgrundlage verfassungsgemäß und die Voraussetzungen seien erfüllt. Jedenfalls aber lasse sich die Maßnahme derzeit noch auf § 3 des Gesetzes zum Schutze der öffentlichen Sicherheit und Ordnung (SOG) stützen. Es sei weiter anzunehmen, dass von dem Kläger eine Gefahr ausgehe. Zwar erfülle der Kläger die ihm auferlegten Weisungen. Dennoch habe er weiterhin mangels eines Arbeitsplatzes keinen strukturierten Tagesablauf. Am ... sei er um 1.40 Uhr zu einer 60-Km-Radtour aufgebrochen. Am ... habe er den Sado-Maso-Bestseller „...“ erworben. Am ... habe er den observierenden Beamten mitgeteilt, er wolle am Silvesterabend mit Gästen trinken. Falls keine Gäste erscheinen sollten, würde er für Gäste bezahlen. Daraufhin hätten die Beamten angenommen, der Kläger könne ein Treffen mit einer Prostituierten vereinbart haben. Es sei eine Gefährderansprache vorbereitet worden.

Die Sachakte der Beklagten lag vor und war Gegenstand der mündlichen Verhandlung. Im Übrigen wird auf die eingereichten Schriftsätze nebst Anlagen verwiesen.

Entscheidungsgründe:

I.

Die Klage ist als allgemeine Leistungsklage in Gestalt der Unterlassungsklage zulässig.
Die Klage ist auch begründet.

Der Kläger hat einen Anspruch auf Unterlassung der längerfristigen Observation einschließlich des Einsatzes technischer Mittel. Zum maßgeblichen Zeitpunkt der mündlichen Verhandlung besteht keine Rechtsgrundlage mehr für die dauerhafte polizeiliche Beobachtung des Klägers zur Gefahrenabwehr (1). Gleiches gilt für die mittels Bewegungsmelder durchgeführte Überwachung des Schlafzimmerfensters des Klägers (2).

1. Als Rechtsgrundlage für eine dauerhafte Observation eines ehemals Sicherheitsverwahrten als Maßnahme der Gefahrenabwehr scheidet § 9 Abs. 1 Satz 1 Nr. 2 PolDVG aus (a). Es kann dahinstehen, ob die Generalklausel des § 3 Abs. 1 SOG eine geeignete Rechtsgrundlage für eine derartige Maßnahme – zumindest in einer Übergangszeit – darstellt. Jedenfalls ist eine solche Übergangszeit abgelaufen (b).

a) § 9 Abs. 1 Satz 1 Nr. 2 PolDVG bildet keine taugliche Rechtsgrundlage für eine dauerhafte Observation ehemals Sicherheitsverwahrter zur Gefahrenabwehr. § 9 Abs. 1 Satz 1 PolDVG regelt eine planmäßig angelegte Beobachtung, die innerhalb einer Woche länger als 24 Stunden oder über den Zeitraum einer Woche hinaus vorgesehen ist oder tatsächlich durchgeführt wird (längerfristige Observation). Nach § 9 Abs. 1 Satz 1 Nr. 1 PolDVG darf die Polizei personenbezogene Daten über Personen im Sinne der §§ 8-10 SOG (Störer und Dritte) erheben, wenn dies zur Abwehr einer Gefahr für den Bestand oder die Sicherheit des Bundes oder eines Landes oder für Leib, Leben oder Freiheit einer Person erforderlich ist. § 9 Abs. 1 Satz 1 Nr. 2 PolDVG ermächtigt zudem zur Datenerhebung über Personen, soweit Tatsachen die Annahme rechtfertigen, dass diese Personen Straftaten von erheblicher Bedeutung begehen werden, wenn die Datenerhebung zur Verhütung dieser Straftaten erforderlich ist, sowie über deren Kontakt- oder Begleitpersonen, wenn die Aufklärung des Sachverhaltes auf andere Weise

aussichtslos wäre. Welche Straftaten als Straftaten von erheblicher Bedeutung anzusehen sind, regelt § 1 Abs. 4 PoIDVG. Nach Satz § 9 Abs. 1 Satz 2 PoIDVG ist die längerfristige Observation auch gestattet, wenn Dritte unvermeidbar von ihr betroffen werden.

Es erscheint bereits fraglich, ob die hier durchgeführte offene Observation unter den Begriff der längerfristigen Observation im Sinne des § 9 Abs. 1 Satz 1 PoIDVG zu fassen ist (aa). Jedenfalls ergibt sich aus Historie, Systematik sowie Sinn und Zweck der Vorschrift, dass die hier durchgeführte dauerhafte offene Observation des Klägers nicht von § 9 Abs. 1 Satz 1 Nr. 2 PoIDVG gedeckt ist (bb). Es handelt sich vielmehr um eine eigene Maßnahme, die einer gesonderten gesetzlichen Grundlage bedarf (cc).

aa) Die offene längerfristige Observation eines ehemals Sicherheitsverwahrten dürfte bereits vom Wortlaut des § 9 Abs. 1 Satz 1 PoIDVG nicht erfasst sein. Observation ist die planmäßige verdeckte Beobachtung einer Person (Brockhaus Wahrig, Deutsches Wörterbuch in sechs Bänden, Viertes Band, Ausgabe 1982 „observieren“; Tilich, Münchener Rechts-Lexikon, Band 2, Ausgabe 1987, „Observation von Personen“; Alberts/Merten, Gesetz über die Datenverarbeitung der Polizei, Kommentar, 3. Auflage, § 9 Rn. 1 f.; a.A.: Rachor in Lisken/Denninger, Handbuch des Polizeirechts, 5. Aufl., E Rn. 279; Beaucamp/Ettemeyer/Rogosch/Stammer, Homburger Sicherheits- und Ordnungsrecht – SOG/PoIDVG – 2. Aufl., § 9 PoIDVG Rn. 1). Hiervon dürfte auch der Gesetzgeber ausgegangen sein. Denn er hat die längerfristige Observation mit der verfahrensrechtlichen Sicherung des § 9 Abs. 3 PoIDVG versehen, wonach der Observierte nach Beendigung der Maßnahme über die Datenerhebung zu unterrichten ist.

bb) Selbst wenn man aber der Auffassung folgt, die offene längerfristige Observation sei vom Wortlaut noch von § 9 Abs. 1 Satz 1 PoIDVG erfasst, bildet diese Vorschrift dennoch keine taugliche Rechtsgrundlage für die hier erfolgende dauerhafte offene Observation des Klägers zur Gefahrenabwehr. Aus Historie, Systematik und Sinn und Zweck der Vorschrift folgt vielmehr, dass § 9 Abs. 1 PoIDVG nicht auf die hier in Rede stehende Fallkonstellation anwendbar ist. Denn die längerfristige Observation im Sinne des § 9

Abs. 1 PolDVG gestattet lediglich eine Observation als Maßnahme zur Datenerhebung. Eine solche ist im vorliegenden Fall aber nicht Zweck der Observation.

Die Vorschrift des § 9 PolDVG steht im zweiten Abschnitt des Gesetzes über die Datenverarbeitung der Polizei, wo die „Besonderen Befugnisse zur Datenerhebung“ geregelt sind. Die Überschrift des § 9 PolDVG lautet „Datenerhebung durch Observation“. Dieser Bezug zur Datenerhebung findet auch im Wortlaut der Norm deutlichen Niederschlag. Die Entstehungsgeschichte bestätigt dieses Ergebnis. Das Gesetz über die Datenverarbeitung der Polizei wurde im Jahr 1991 geschaffen, um den durch das sog. Volkszählungsurteil des Bundesverfassungsgerichtes (BVerfG, Ur. v. 15.12.1983, 1 BvR 209/83, BVerfGE 65, 1 ff.) aufgestellten Anforderungen an gesetzliche Grundlagen für Eingriffe in das Grundrecht auf informationelle Selbstbestimmung Rechnung zu tragen (vgl. Bü-Drs. 13/5422 S. 15, 20.). § 9 PolDVG verstand der Gesetzgeber als spezielle Maßnahme der Datenerhebung (vgl. Bü-Drs. 13/5422 S. 25). Der Polizei sollte mit Schaffung des § 9 Abs. 1 Satz 1 Nr. 2 PolDVG eine Datenerhebung im Vorfeld einer geplanten Straftat ermöglicht werden (vgl. Bü-Drs. 13/5422 S. 26). Im Jahr 2005 erfolgte eine Novellierung des Gesetzes zum Schutze des öffentlichen Sicherheit und Ordnung sowie des Gesetzes über die Datenverarbeitung der Polizei. Die Neufassung diente einer Anpassung der polizeilichen Befugnisse an neuere Erscheinungsformen schwerer Kriminalität wie internationalem Terrorismus und organisierter Kriminalität (vgl. Bü-Drs. 18/1487 S. 7). Gerade auch die Einfügung des § 9 Abs. 5 PolDVG (i.d.F. des Gesetzes vom 16.6.2005, HmbGVBl. S. 233 ff.) diente der Ermöglichung des Einsatzes bestimmter technischer Mittel zur Ermittlung des Aufenthaltsortes im Bereich der Vorfeldermittlungen hinsichtlich des internationalen Terrorismus sowie der organisierten Kriminalität (vgl. Bü-Drs. 18/1487 S. 16). Mit der Änderung des Gesetzes über die Datenverarbeitung der Polizei vom 30. Mai 2012 (HmbGVBl. S. 204 ff.) sollte insbesondere eine Neuordnung der §§ 9 ff. PolDVG erfolgen, da dies angesichts einer Entscheidung des Bundesverfassungsgerichtes hinsichtlich des Kernbereichsschutzes im Zusammenhang mit Wohnraum- und Telekommunikationsüberwachung notwendig schien (vgl. Bü-Drs. 20/1923 S. 9 f.). In diesem Zuge wurde zudem die Gefahrenschwelle des § 9 Abs. 1 Satz 1 Nr. 1 PolDVG von einer unmittelbar bevorstehenden Gefahr zu einer konkreten Gefahr herabgestuft. Dies erfolgte vor dem Hintergrund, dass sich Observationen zu

einem wichtigen Instrument zur Verhütung von Straftaten entwickelt hätten (vgl. Bü-Drs. 20/1923 S. 14).

Insgesamt ergeben sich aus der oben aufgezeigten Entstehungsgeschichte keine Hinweise darauf, dass der Gesetzgeber auch eine dauerhafte Observation ehemals Sicherheitsverwahrter zur Gefahrenabwehr bei Erlass oder Änderung des § 9 Abs. 1 PolDVG vor Augen gehabt hätte. Sinn und Zweck des § 9 Abs. 1 PolDVG ist vielmehr seit Schaffung dieser Vorschrift lediglich die Ermöglichung einer Observation zur Datenerhebung. Die erhobenen Daten sollen sodann verwendet werden, um Straftaten, insbesondere im Bereich der organisierten Kriminalität, abzuwenden. Es geht um Maßnahmen im Bereich der Gefahrenvorsorge. Der Kläger wird aber nicht observiert, um aus zu erhebenden Daten schließlich Schlussfolgerungen auf möglicherweise bevorstehende Straftaten zu ziehen. Vielmehr wird der Kläger offen observiert, um ihn stetig im Auge zu behalten. Es findet eine engmaschige Bewachung des Klägers statt, die gleichsam als Ersatz für eine aus Rechtsgründen nicht mehr zulässige Sicherheitsverwahrung dient. Es sollen keine Erkenntnisse über den Kläger gewonnen werden, sondern es soll durch die ständige Begleitung von Polizeibeamten von vornherein verhindert werden, dass der Kläger rückfällig wird und erneut Straftaten begeht. Die Observation ist hier mithin ein Mittel direkter Gefahrenabwehr (vgl. OVG Saarlouis, Urt. v. 6.9.2013, 3 A 13/13, juris, Rachor in Lisken/Denninger, Handbuch des Polizeirechts, 5. Aufl., E Rn. 279, 282). Dass bei dieser Gelegenheit möglicherweise nebenbei auch Daten des Klägers erhoben werden, ändert nichts an dieser Beurteilung, denn es handelt sich bei diesen Daten lediglich um ein Nebenprodukt (so auch OVG Saarlouis, Urt. v. 6.9.2013, 3 A 13/13, juris; OVG Münster, Urt. v. 5.7.2013, 5 A 607/11, DVBl 2013, 1267 ff.; VG Freiburg, Urt. v. 14.2.2013, 4 K 1115/12, VBIBW 2013, 350 ff.; Linke, DVBl 2013, 559 (561); wohl auch Eisenbarth/Ringhof, DVBl 213, 566 (568); jedenfalls zweifelnd: Greve/von Lucius, DÖV 2012, 97 (100)).

cc) Die hier durchgeführte Dauerobservation des Klägers stellt vielmehr eine neue Maßnahme zur Gefahrenabwehr dar, die einer gesonderten gesetzlichen Grundlage bedarf (in diesem Sinne vgl. BVerfG, Beschl. v. 8.11.2012, 1 BvR 22/12, BayVBl 2013, 398 ff.). Dementsprechend fehlt es an einer erforderlichen Abwägung aufgrund des

besonderen Eingriffscharakters einer solchen Maßnahme zwischen dem Persönlichkeitsrecht des Betroffenen und Rechten potentieller Opfer an ihrer körperlichen Unversehrtheit durch den Gesetzgeber.

Nach dem Grundsatz des Vorbehaltes des Gesetzes ergibt sich aus dem Zusammenspiel von Demokratieprinzip und Rechtsstaatsgebot die Verpflichtung des Gesetzgebers, wesentliche Entscheidungen selbst zu treffen. Diese dürfen nicht der Verwaltung überlassen werden. Der demokratisch legitimierte Gesetzgeber muss die wesentlichen Entscheidungen über Grundrechtseingriffe und deren Reichweite selbst treffen und dafür Sorge tragen, dass die Verwaltung im Gesetz selbst steuernde und begrenzende Handlungsmaßstäbe vorfindet. Den Gerichten wird so eine wirksame Kontrolle ermöglicht. Das Bestimmtheitsgebot verlangt zudem, dass der Bürger bei seinen Handlungen erkennen kann, welche ihn belastenden staatlichen Maßnahmen dies nach sich ziehen kann (vgl. hierzu bspw. BVerfG, Urt. v. 27.2.2008, 1 BvR 370/07, BVerfGE 120, 274 ff. m.w.N.). Die konkreten Anforderungen an Normenklarheit und –bestimmtheit richten sich dabei nach der Art und Schwere des Grundrechtseingriffes. Diese ergibt sich aus der Art der vorgesehenen Maßnahme und der von ihr für den Betroffenen ausgelösten Wirkungen (BVerfG, Beschl. v. 3.3.2004, 1 BvF 3/92, BVerfGE 110, 33 ff.).

In der über nunmehr seit 1 $\frac{3}{4}$ Jahr andauernden Überwachung des Klägers, sobald er seine Wohnung verlässt, liegt ein Eingriff in das allgemeine Persönlichkeitsrecht (Art. 2 Abs. 1 i.V.m. Art. 1 Abs. 1 GG). Das Recht des Einzelnen auf freie Entfaltung der Persönlichkeit und die Menschenwürde sichern jedem Einzelnen einen autonomen Bereich privater Lebensgestaltung, in dem er seine Individualität entwickeln und wahren kann. Dabei ist die vom allgemeinen Persönlichkeitsrecht geschützte Privatsphäre nicht auf den häuslichen Bereich beschränkt (BVerfG, Beschl. v. 8.11.2012, a.a.O.). Durch die dauerhafte Beobachtung des Klägers wird schwerwiegend in sein allgemeines Persönlichkeitsrecht eingegriffen. Zwar mögen die ihm in Zivil folgenden Beamten nicht stets und für jedermann auf den ersten Blick zu erkennen sein. Dennoch geht von ihrer Begleitung in allen Lebensbereichen eine erhebliche Belastung des Klägers aus. Gerade in den grundlegenden Bereichen der privaten Lebensgestaltung wie der Wohnungs- und Arbeitsplatzsuche erschwert die Begleitung die Suche ganz erheblich, da potenzielle

Vermieter und Arbeitgeber keinen unbefangenen Eindruck vom Kläger erlangen können. Sie werden stets nach dem Anlass der Begleitung fragen. Das allgemeine Persönlichkeitsrecht erfasst aber auch das Recht eines Straftäters auf Resozialisierung (BVerfG, Urt. v. 5.6.1973, 1 BvR 536/72, BVerGE 35, 202 ff.). Eine solche wird dem Kläger hier wesentlich erschwert. Das Knüpfen neuer privater Kontakte kann dem Kläger derzeit kaum gelingen. Die Besuche bei Familienangehörigen sind ebenfalls für den Kläger durch die ständige Begleitung von vier Polizeibeamten belastet. Da damit alle wesentlichen Lebensbereiche starken Beeinträchtigungen unterliegen, liegt ein besonders schwerwiegender Eingriff in das allgemeine Persönlichkeitsrecht des Klägers vor. Dementsprechend muss der Gesetzgeber eine möglichst detaillierte gesetzliche Grundlage schaffen (insbesondere Voraussetzungen und Höchstdauer) und verfahrensrechtliche Absicherungen wie beispielsweise Überprüfungsfristen oder einen Richtervorbehalt vorsehen. Bislang liegt eine derartige Rechtsgrundlage nicht vor. Der Bundesgesetzgeber hat bislang als Reaktion auf mehrere im Bundesgebiet nach der Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofes für Menschenrechte vom 17. Dezember 2009 (a.a.O.) entlassene vormals Sicherheitsverwahrte mit dem Gesetz zur Neuordnung des Rechtes der Sicherungsverwahrung und zu begleitenden Regelungen vom 22. Dezember 2010 (BGBl. I S. 2300 ff.) lediglich die Möglichkeit der elektronischen Überwachung als Weisung im Rahmen der Führungsaufsicht nach § 68b Abs. 1 Satz 1 Nr. 12 StGB geschaffen.

b) Die polizeiliche Generalklausel ist nicht geeignet, die zur Zeit durchgeführte Observation des Klägers zu legitimieren. Es kann dahinstehen, ob § 3 Abs. 1 SOG grundsätzlich geeignet ist, eine Rechtsgrundlage für diese Maßnahme zu bilden. Dies erscheint angesichts der Geltung der Wesentlichkeitstheorie (s.o.) schon sehr zweifelhaft. Selbst wenn man die Anwendung der Generalklausel zumindest für eine Übergangszeit für zulässig erachtet, ist diese Übergangszeit inzwischen jedoch abgelaufen. Denn nach Ablauf einer Übergangsfrist von – im maßgeblichen Zeitpunkt der mündlichen Verhandlung – mehr als einem Jahr seit dem Beschluss des Bundesverfassungsgerichtes vom 8. November 2012, mit dem dem Gesetzgeber ein Handlungsbedarf deutlich geworden sein musste, kann die Maßnahme nicht länger auf § 3 Abs. 1 SOG gestützt werden.

Das Bundesverfassungsgericht hat es mit Beschluss vom 8. November 2012 (a.a.O.) zwar grundsätzlich für denkbar erachtet, dass eine Observation ehemals Sicherheitsverwahrter zur Gefahrenabwehr auf Grundlage der polizeilichen Generalklausel zumindest im Rahmen des einstweiligen Rechtsschutzverfahrens nicht zu beanstanden sei. Es begegne keinen durchgreifenden verfassungsrechtlichen Bedenken, wenn die Gerichte angesichts des Gewichts der in Frage stehenden Rechtsgüter die vorhandene polizeiliche Generalklausel im vorläufigen Rechtsschutzverfahren als noch tragfähig ansehen und die Frage der Rechtsgrundlage erst im Hauptsacheverfahren einer abschließenden Klärung zuführen. Der Sache nach ermögliche es die polizeiliche Generalklausel den Behörden, auf unvorhergesehene Gefahrensituationen auch mit im Grunde genommen näher regelungsbedürftigen Maßnahmen vorläufig zu reagieren, und ermögliche es so dem Gesetzgeber, eventuelle Regelungslücken zu schließen. Dies sei - bei Beachtung strenger Verhältnismäßigkeitsanforderungen - verfassungsrechtlich nicht zu beanstanden. Es liege dann in der Verantwortung des Gesetzgebers, hierauf zu reagieren oder in Kauf zu nehmen, dass solche Maßnahmen von den Gerichten auf Dauer als von der geltenden Rechtslage nicht als gedeckt angesehen werden. Diese dem Gesetzgeber eingeräumte Übergangsfrist erachtet das Gericht als nunmehr verstrichen.

Die Übergangsfrist begann nach Auffassung des Gerichtes allerdings erst mit der Entscheidung des Bundesverfassungsgerichtes am 8. November 2012 zu laufen. Zwar waren bereits deutlich früher in der Rechtsprechung Zweifel aufgeworfen worden, ob eine tragfähige Rechtsgrundlage für die Bewachung ehemals Sicherheitsverwahrter bestehe und ob die polizeiliche Generalklausel eine geeignete Rechtsgrundlage sein könne (vgl. VG Saarlouis, Beschl. v. 15.9.2010, 6 L 746/10, juris; VG Freiburg, Beschl. v. 29.12.2010, 4 K 2629/10, VBIBW 2011, 239 ff.; VG Freiburg, Beschl. v. 16.8.2011, 4 K 917/11, n.V.; VGH Mannheim, Beschl. v. 8.11.2011, 1 S 2538/11, n.V.). Allerdings gab es in der Rechtsprechung auch gegenläufige Tendenzen (vgl. VG Aachen, Ur. v. 24.1.2011, 6 K 140/10, juris; zweifelnd aber mit dem Ergebnis, dass eine verfassungskonforme Auslegung der spezialgesetzlichen Regelung zur Observation möglich sei: VG Aachen, Beschl. v. 18.3.2010, 6 L 28/10, juris; OVG Saarlouis, Beschl. v. 16.12.2010, 3 B 284/10, juris). Auch in der Literatur wurde schon früh Kritik laut (vgl. Guckelberger in VBIBW 2011,

209 ff). Zudem hat der Bundesgesetzgeber angesichts der Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofes für Menschenrechte bereits am 22. Dezember 2010 das Gesetz zur Neuordnung des Rechtes der Sicherungsverwahrung und zu begleitenden Regelungen (BGBl. I S. 2300 ff.) erlassen. Allerdings musste der Hamburger Gesetzgeber all dies noch nicht zwingend zum Anlass nehmen, eine gesetzliche Neuregelung einzuführen. Denn im vorangegangenen Eilverfahren war die erkennende Kammer im Beschluss vom ... noch davon ausgegangen, dass eine verfassungskonforme Auslegung des § 9 Abs. 1 Satz 1 Nr. 2 PoIDVG möglich sei. Diese Entscheidung erging allerdings vor dem Beschluss des Bundesverfassungsgerichtes vom 8. November 2012. Die hierin enthaltene Aufforderung an den Gesetzgeber war sodann hinreichend deutlich formuliert. Dies war der Bürgerschaft auch bekannt, wie daraus deutlich wird, dass bereits in der Bürgerschaftssitzung am 13. Februar 2013 (Plenarprotokoll 20/52) ein Abgeordneter auf die Entscheidung des Bundesverfassungsgerichtes hinwies und die Fraktionen die Angelegenheit anschließend in den Innenausschuss verwiesen haben.

Die dem Gesetzgeber einzuräumende Frist ist im vorliegenden Fall bereits verstrichen. Hierbei ist die Schwere des Eingriffes in das Allgemeine Persönlichkeitsrecht des Überwachten in den Blick zu nehmen (so wohl auch VG Freiburg, Ur. v. 14.2.2013, 4 K 1115/12, VBIBW 2013, 350 ff.). Soweit das Bundesverfassungsgericht in der Vergangenheit trotz Verfassungswidrigkeit eines Gesetzes dessen Anwendung für einen Übergangszeitraum erlaubt hat, hat es regelmäßig einen Zeitraum von etwa 1,5 Jahren als Übergangsfrist festgelegt (vgl. bspw. zum Erfordernis eines Jugendstrafvollzugsgesetzes: BVerfG, Ur. v. 31.5.2006, 2 BvR 1673/04, BVerfGE 116, 69 ff.; zum gleichheitswidrigen Begünstigungsausschluss im Rahmen des Nichtraucherschutzes Baden-Württemberg: BVerfG, Ur. v. 30.7.2008, 1 BvR 3262/07, BVerfGE 121, 317 ff.; zur Unvereinbarkeit der Legehennenhaltung mit Art. 20a GG: BVerfG, Beschl. v. 12.10.2010, BVerfGE 127, 293 ff. sowie zu einem Eingriff in das Recht auf informationelle Selbstbestimmung durch das manuelle Auskunftsverfahren des § 113 Abs. 1 Satz 2 TKG a.F.: BVerfG, Beschl. v. 24.1.2012, 1 BvR 1299/05, BVerfGE 130, 151 ff.). Dieser Zeitraum erscheint hier aber angesichts der Schwere des Eingriffes in das Allgemeine Persönlichkeitsrecht des Klägers zu lang. Dies gilt auch vor dem Hintergrund, dass bereits in der Bürgerschaftssitzung am 13. Februar 2013 (Plenarprotokoll 20/52)

ernstliche Bedenken aufgeworfen wurden, ob angesichts der Entscheidung des Bundesverfassungsgerichtes eine gesetzliche Neuregelung erforderlich sei. Seit Überweisung der Angelegenheit in den Innenausschuss mag es auf Ministerialebene Bestrebungen gegeben haben, eine Regelung zu finden. Dabei ist dem Gericht zudem bewusst, dass die Gesetzgebungskompetenz für diesen Bereich nicht auf den ersten Blick eindeutig und zweifelsfrei zu bestimmen sein mag. Denn der Bundesgesetzgeber hat möglicherweise mit dem Gesetz zur Neuordnung des Rechtes der Sicherungsverwahrung und zu begleitenden Regelungen vom 22. Dezember 2010 (BGBl. I S. 2300 ff.) von seinem im Bereich des Strafrechts gemäß Art. 72 Abs. 1 i.V.m. Art. 74 Abs. 1 Nr. 1 GG bestehenden Recht der konkurrierenden Gesetzgebung abschließend Gebrauch gemacht (vgl. hierzu auch VG Freiburg, Urt. v. 14.2.2013, 4 K 1115/12, VBIBW 2013, 350 ff.). Die hierin enthaltenen Regelungen im Rahmen der Führungsaufsicht über die Möglichkeit der elektronischen Überwachung des Aufenthaltsortes (sog. elektronische Fußfessel, vgl. § 68b Abs. 1 Satz 1 Nr. 12 StGB) und dem Gesetz zur Therapie und Unterbringung psychisch gestörter Gewalttäter vom 22. Dezember 2010 (BGBl. I S. 2300 [2305 ff.]) könnten sowohl als abschließende Regelung verstanden werden als auch nur als Regelung eines Teilbereiches. Für letzteres spricht die Formulierung in der Gesetzesbegründung: „Zum anderen könnte die elektronische Überwachung auch eine enge polizeiliche Überwachung in Form einer fortwährenden unmittelbaren Begleitung des Betroffenen durch Polizeibeamte entbehrlich machen, wie sie derzeit zum Teil bei als gefährlich eingestuften Entlassenen praktiziert wird. Die mit dieser Begleitung zwangsläufig verbundene Stigmatisierung der verurteilten Person und ihr negativer Effekt auf deren Reintegration würden durch eine unauffällige, nach außen nicht erkennbare elektronische Überwachung vermieden.“ (vgl. Bt-Drs. 17/3403 S. 19). Dies bedarf im Rahmen dieses Verfahrens aber keiner abschließenden Entscheidung. Auch wenn man berücksichtigt, dass im Hinblick auf die Bundestagswahl am 22. September 2013 zeitliche Verzögerungen in der Umsetzung etwaiger Gesetzesinitiativen zu verzeichnen gewesen sind, kann dies nicht zu Lasten des Klägers gehen. Nach gut einem Jahr muss der Kläger einen derart schwerwiegenden Eingriff in sein allgemeines Persönlichkeitsrecht nicht mehr ohne eine spezielle Rechtsgrundlage dulden.

2. Auch hinsichtlich der durch den Einsatz eines Bewegungsmelders durchgeführten Überwachung des Schlafzimmerfensters des Klägers fehlt es an einer Rechtsgrundlage. Sie kann weder auf § 10 Abs. 1 Satz 2 PoIDVG noch auf § 3 SOG gestützt werden.

Nach § 10 Abs. 1 Satz 2 PoIDVG darf die Polizei besondere für Observationszwecke bestimmte technische Mittel zur Ermittlung des Aufenthaltsortes des Betroffenen verwenden, wenn diese entweder zur Abwehr einer Gefahr für den Bestand oder die Sicherheit des Bundes oder eines Landes oder für Leib, Leben oder Freiheit einer Person erforderlich ist (§ 10 Abs. 1 Satz 1 Nr. 1 PoIDVG) oder soweit Tatsachen die dringende Annahme rechtfertigen, dass diese Personen Straftaten von erheblicher Bedeutung begehen werden, wenn die Datenerhebung zur Verhütung dieser Straftaten erforderlich ist, sowie über deren Kontakt- und Begleitpersonen, wenn die Aufklärung des Sachverhalts auf andere Weise aussichtslos wäre (§ 10 Abs. 1 Satz 1 Nr. 2 PoIDVG).

Die streitgegenständliche Überwachung des Schlafzimmerfensters des Klägers dient nicht der Ermittlung des Aufenthaltsortes für Observationszwecke. Dies ergibt sich aus der Systematik, der Historie und Sinn und Zweck des Gesetzes. Ebenso wie § 9 PoIDVG ist auch § 10 Abs. 1 PoIDVG als besondere Maßnahme der Datenerhebung konzipiert. Es wird die Datenerhebung über den Aufenthaltsort ermöglicht. Die Vorgängerregelung des § 9 Abs. 5 PoIDVG wurde mit der Novellierung des hamburgischen Polizeirechtes im Jahr 2005 eingeführt (HmbGVBl. 2005 S. 233 ff.). Hintergrund war, dass der Gesetzgeber es insbesondere im Bereich des internationalen Terrorismus sowie der organisierten Kriminalität für notwendig erachtete, der Polizei die Möglichkeit zu eröffnen, über Verdächtige bereits im Vorfeld derartiger Straftaten – vom Verdächtigen unbemerkt – ein Bewegungsmuster zu erstellen (vgl. Bü-Drs. 18/1487 S. 16). Mit Gesetz vom 30. Mai 2012 (HmbGVBl. 2012 S. 203 ff.) wurde § 9 Abs. 5 PoIDVG a.F. durch § 10 Abs. 1 PoIDVG ersetzt. Hinweise darauf, dass der Gesetzgeber hierdurch den Anwendungsbereich verändern wollte (Bü-Drs. 20/1923 S. 14), gibt es nicht. Die hier erfolgende Überwachung des Klägers durch einen Bewegungsmelder vor seinem Schlafzimmerfenster dient als zusätzliche Maßnahme zur oben beschriebenen offenen Observation der direkten Gefahrenabwehr. Es soll verhindert werden, dass der Kläger – unbemerkt von den ihn observierenden Beamten – das Gebäude verlässt. Ein derartiger Einsatz technischer

Mittel ist vom Sinn und Zweck der Regelung aber nicht erfasst. Denn es handelt sich gerade nicht um eine Maßnahme, die als Vorfeldermittlung dazu dient, sich einen Überblick darüber zu verschaffen, wann sich ein Verdächtiger an welchem Ort aufhält, sondern hat allein Überwachungsfunktion.

Aus den oben genannten Gründen kann diese Maßnahme auch nicht mehr auf § 3 Abs. 1 SOG gestützt werden.

II.

Die Kostenentscheidung folgt aus § 154 Abs. 1 VwGO. Die Entscheidung über die vorläufige Vollstreckbarkeit ergibt sich aus § 167 Abs. 1 Satz 1 VwGO i.V.m. §§ 708 Nr. 11, 711 ZPO. Die Berufung wird nach § 124 Abs. 2 Nr. 3 VwGO wegen grundsätzlicher Bedeutung der Rechtssache zugelassen.