

# RACIAL PROFILING IM LICHT DER RECHTSPRECHUNG

Zugleich ein Beitrag zur Auslegung von Art. 3 Abs. 3 S. 1 GG  
im europäischen Grundrechtsraum

Von Aqilah Sandhu, Augsburg\*

## I. Problemstellung

Rassismus prägt die Bundesrepublik seit ihren Anfängen in unterschiedlichsten Formen,<sup>1</sup> doch das Diskriminierungsverbot wegen der Rasse in Art. 3 Abs. 3 S. 1 GG wurde erst vor Kurzem aus seinem Dornröschenschlaf erweckt.<sup>2</sup> Zunehmend rückt Rassismus auch als verfassungsrechtliches Problem in den Fokus der Rechtswissenschaft.<sup>3</sup> Grund hierfür sind vor allem das Phänomen des Racial Profiling und der Vorwurf des strukturellen Rassismus<sup>4</sup> bei Polizei- und Strafverfolgungsbehörden. Aber auch die mangelhafte Aufklärung rassistischer Attentate in der jüngeren Vergangenheit (NSU-Komplex, München, Halle, Hanau), wiederkehrende Fälle exzessiver Polizeigewalt sowie Skandale um polizeiinterne rechte Netzwerke beschenken der Thematik politisch,<sup>5</sup> medial,<sup>6</sup> zivilgesellschaftlich und internatio-

---

\* Dr. iur., Akademische Rätin a.Z. (Universität Augsburg) am Lehrstuhl für Staats- und Verwaltungsrecht, Europarecht und Gesetzgebungslehre (Prof. Dr. Matthias Rossi); Visiting Fellow, Europäisches Hochschulinstitut, Florenz.

<sup>1</sup> s. *Rommelspacher*, Dominanzkultur. Texte zur Fremdheit und Macht, 1995, S. 39 ff. zur „Vielfalt von Rassismen“; zum Verständnis i. S. e. strukturellen Phänomens *Barskanmaz*, Recht und Rassismus, 2019, S. 19 f.

<sup>2</sup> Zum langjährigen „Schattendasein“ (abw. Meinung des Richters *Simon* BVerfGE 63, 266 [303]) dieses Grundrechts sowie dem problematischen Umgang in der Rechtspraxis *Tabbara*, Der Staat 60 (2021), S. 577 (589); *Sachs*, in: Froese/Thym (Hrsg.), Grundgesetz und Rassismus, 2022, S. 31 ff.

<sup>3</sup> s. nur *Payandeh*, JuS 2015, S. 695; *Franke/Schlenzka*, ZAR 2019, S. 179; Froese/Thym (Hrsg.), Grundgesetz und Rassismus, 2022; *Geulen*, RuP 56 (2020), S. 252; *Kischel*, AöR 145 (2020), S. 227; *Liebscher*, AöR 146 (2021), S. 87; *Kaneza*, ZAR 2021, S. 395; *Ludyga*, NJW 2021, S. 911; *Majer/Pautsch*, NJ 2021, S. 149; *Kluth*, NVwZ 2022, S. 1847; monographisch *Barskanmaz*, Rassismus (Fn. 1); *Liebscher*, Rasse im Recht – Recht gegen Rassismus, 2021.

<sup>4</sup> Zu diesem *Kopke*, APuZ 2019, S. 42; *Hunold/Wegner*, APuZ 2020, S. 32; Hunold/Singelstein (Hrsg.), Rassismus in der Polizei. Eine wissenschaftliche Bestandsaufnahme, 2022; *Kluth*, NVwZ 2022, S. 1847; aus kriminologischer Perspektive *Abdul-Rahman/Grau/Singelstein*, Rassismus und Diskriminierungserfahrungen im Kontext polizeilicher Gewaltausübung, 2020; Ansätze einer beamtenrechtlichen Würdigung des strukturellen Rassismus bei *Nitschke*, ZRP 2022, S. 91; zum Begriff *Baer/Markard*, in: von Mangoldt/Klein/Stark, GG, 7. Aufl. 2018, Art. 3 GG Rn. 421.

<sup>5</sup> Seit dem 1.1.2022 läuft eine vom Bundesministerium des Inneren und für Heimat in Auftrag gegebene Studie zu Rassismus in Behörden auf Bundes-, Landes- und Kommunalebene und seinem Gefährdungspotenzial für den gesellschaftlichen Zusammenhalt, die sich auch der polizeilichen Kontrollpraxis gegenüber Menschen mit Migrationsgeschichte widmet, <https://www.fgz-risc.de/forschung/inra-studie>. Der von der Bundesregierung eingerichtete Kabinettsausschuss zur Bekämpfung

nal<sup>7</sup> ungebrochene Aufmerksamkeit. Von Racial Profiling wird gesprochen, wenn verdachtsunabhängige Polizeikontrollen unter (Mit-)Anknüpfung<sup>8</sup> an die ethnische Herkunft, vermeintliche Rasse oder Hautfarbe erfolgen, wobei diese Gründe nicht allein ausschlaggebend sein müssen – wenn kurzum „der Phänotyp zum Kürzel für eine Gefährlichkeit im polizeirechtlichen Sinne und damit zum Auswahlkriterium in der Polizeiarbeit“ wird.<sup>9</sup> Was für den oberflächlichen Betrachter eine reine Alltagslästigkeit sein mag, ist für die Betroffenen auf Grund der gesellschaftlich aussondernden Effekte<sup>10</sup> sichtbarster „Ausdruck eines gewaltförmigen, strukturellen Rassismus“<sup>11</sup>. Trotz seiner schlagwortartigen Verkürzung auf „race“ hat die Problematik des Racial Profiling eine intersektionale Dimension, da sie vorwiegend Männer betrifft und oftmals mit dem Fokus auf die vermutete Religionszugehörigkeit erfolgt.<sup>12</sup> In den zeitgenössischen Versionen des „kulturellen Rassismus“ wird nicht

---

fung von Rechtsextremismus und Rassismus beschloss am 25. 11. 2020 einen „Maßnahmenkatalog zur Bekämpfung von Rechtsextremismus und Rassismus“, abrufbar unter <https://www.bmi.bund.de/SharedDocs/downloads/DE/veroeffentlichungen/themen/sicherheit/massnahmenpaket-kabinettsausschuss-rechtsextremismus.html>, zu diesem näher *Kluth*, NVwZ 2022, S. 1847 (1852). Auf Landesebene führte Sachsen-Anhalt 2020 eine neue Staatszielbestimmung in Art. 37a Sächs. Verf. ein („Nichtverbreitung nationalsozialistischen, rassistischen und antisemitischen Gedankenguts“, Gesetz v. 20. 3. 2020, GVBl. LSA S. 64) und plant Berlin die Verankerung eines Verbots von Racial Profiling im Allgemeinen Sicherheits- und Ordnungsgesetz (ASOG), Zukunftshauptstadt Berlin. Koalitionsvertrag für die Legislaturperiode 2021 – 2026, S. 84.

<sup>6</sup> Vgl. anlässlich des Todes von vier Menschen innerhalb weniger Tage im August 2022 durch Polizeigewalt *Loick/Thompson*, Die Polizei erschießt Menschen, die Mehrheit schweigt, Zeit Online v. 24. 9. 2022, abrufbar unter <https://www.zeit.de/gesellschaft/2022-09/polizeigewalt-diskriminierung-rassismus-sicherheitsbehoerden-kritik>. In allen Fällen handelte es sich um schwarze oder migrantische Personen; s. ferner die Recherchen v. *Fischhaber/Kampf/Schlicht* u. a., Tödlicher Einsatz, Süddeutsche Zeitung v. 19. 11. 2022, S. 11.

<sup>7</sup> Erst im September 2022 hatte die beim Europarat angesiedelte Europäische Kommission gegen Rassismus und Intoleranz (ECRI) Deutschland erneut gerügt, weil es der Empfehlung bisher nicht gefolgt sei, eine umfassende Studie zu Racial Profiling durch Polizeibehörden auf Bund- und Länderebene durchzuführen, ECRI Conclusions on the implementation of the recommendations in respect of Germany subject to interim follow-up, 20. 9. 2022, CRI(2022)32.

<sup>8</sup> Zur Kausalitätsproblematik unten unter IV. 2.

<sup>9</sup> *Tischbirek*, in: Mangold/Payandeh (Hrsg.), Handbuch Antidiskriminierungsrecht, 2022, § 26 Rn. 23; vgl. ferner *Cremer*, „Racial Profiling“ – Menschenrechtswidrige Personenkontrollen nach § 22 Abs. 1a Bundespolizeigesetz, Empfehlungen an den Gesetzgeber, Gerichte und Polizei. Studie für das Deutsche Institut für Menschenrechte, 2013, S. 11; *Petterson*, ZAR 2019, S. 301 (304); zur Differenzierung zwischen „predictive“ und „descriptive“ Profiling *Hettrich*, ZEuS 1 (2018), S. 111 (113).

<sup>10</sup> *Petterson*, ZAR 2019, S. 301 (305); OVG Rheinland-Pfalz, Urt. v. 21. 4. 2016 – 7 A 11108/14.

<sup>11</sup> *Wa Baile/Dankwa/Naguib* u. a., in: dies (Hrsg.), Racial Profiling. Struktureller Rassismus und antirassistischer Widerstand, 2019, S. 9; vgl. auch *Espahangizi/Jain/Naguib* u. a., Racial/Ethnic Profiling. Institutioneller Rassismus – kein Einzelfallproblem. Öffentliche Stellungnahme zur institutionellen Verantwortung für diskriminierende Polizeikontrollen, März 2016, abrufbar unter [https://www.humanrights.ch/cms/upload/pdf/160602\\_rac\\_profiling\\_stellungnahme\\_wissenschaftler\\_innen.pdf](https://www.humanrights.ch/cms/upload/pdf/160602_rac_profiling_stellungnahme_wissenschaftler_innen.pdf); vgl. auch die klägerischen Ausführungen im Fall des VG Bayreuth Urt. v. 24. 9. 2013 – B 1 K 12.834: polizeiliche Durchsuchung im Zug als „zum Zwecke seiner öffentlichen Subordination vorgenommene autoritäre Machtdemonstration“.

<sup>12</sup> Exemplarisch hierfür der Fall des OVG Nordrhein-Westfalen, Urt. v. 7. 8. 2018, 5 A 294/16, in dem eine dunkelhäutige Person mit längerem Kinnbart auch wegen ihrer vermuteten islamischen Religionszugehörigkeit in die Störerauswahl fiel. Insofern wird von „Rassifizierung der Religion“ gesprochen, vgl. *Samour*, in: Kulick/Goldhammer (Hrsg.), Der Terrorist als Feind? Personalisierung im

mehr unmittelbar an eine biologistisch konstruierte Rasse, sondern in codierter Form an die Religion, Ethnien oder „fremde“ Kulturkreise angeknüpft.<sup>13</sup> Das Verbot der Diskriminierung wegen der Rasse umfasst deshalb nicht nur die Abwertung auf Grund phänotypischer Merkmale wie der Hautfarbe, ethnischer Herkunft oder Sprache, sondern auch wegen anti-semitischer oder antimuslimischer Einstellungen.<sup>14</sup>

## 1. Racial Profiling vor den Gerichten

Geht es nach EGMR-Richter *Darian Pavli* fängt die Gerichtspraxis mit der Erfassung der Problematik des Racial Profiling gerade erst an.<sup>15</sup> Im Oktober 2022 entschied der EGMR über zwei Beschwerden dunkelhäutiger Personen aus Deutschland und Spanien, die sich gegen diskriminierende Polizeikontrollen richteten, wobei er nur im Fall *Basu v. Germany* einen Konventionsverstoß – allerdings nur aus Verfahrensgründen – feststellte.<sup>16</sup> In Deutschland ist die gerichtliche Auseinandersetzung indes schon länger im Gange. Vor über einem Jahrzehnt erging – soweit ersichtlich – die erste verwaltungsgerichtliche Entscheidung zum Racial Profiling.<sup>17</sup> Der Fall endete mit einer Entschuldigung der Bundespolizei beim Kläger, nachdem das OVG Rheinland-Pfalz seine Rechtsauffassung signalisiert hatte, eine hautfarbenbezogene Adressatenauswahl als Verstoß gegen Art. 3 Abs. 3 S. 1 GG zu missbilligen.<sup>18</sup> Mittlerweile liegt eine ganze Reihe oberverwaltungsgerichtlicher Entscheidungen vor,<sup>19</sup> die der rechtswissenschaftlichen Auseinandersetzung mit der Thematik neuen Aufwind gegeben haben.<sup>20</sup> In zwei von ihnen stellten die Gerichte rechtskräftig einen Ver-

---

Polizei- und Völkerrecht, 2020, S. 49 (63); *Barskanmaz*, in: Mangold/Payandeh (Hrsg.), Handbuch Antidiskriminierungsrecht, 2022, § 7 Rn. 21 ff.

<sup>13</sup> *Baer/Markard*, in: von Mangoldt/Klein/Stark (Fn. 4), Rn. 474; *Schoomann*, „... weil ihre Kultur so ist“. Narrative des antimuslimischen Rassismus, 2014, S. 54 ff.

<sup>14</sup> Vgl. auch *Wagner/Ellrich*, in: Hunold/Singelstein (Hrsg.), Rassismus in der Polizei. Eine wissenschaftliche Bestandsaufnahme, 2022, S. 107 (112).

<sup>15</sup> *Pavli*, Partly Dissenting Opinion v. 18.10.2022 –215/19 (*Basu v. Germany*), Rn. 19; s. aber EGMR, Entsch. v. 13.12.2005 – 55762/00 und 55974/00 (*Timishev v. Russia*).

<sup>16</sup> EGMR, Entsch. v. 18.10.2022 – 215/19 (*Basu v. Germany*) = NJW 2023, S. 138 [nicht-amtliche Übersetzung] und Entsch. v. 18.10.2022 – 34085/17 (*Muhammad v. Spain*) m. Anm. *Barskanmaz*, NVwZ 2022, S. 1887; *ders.*, VerfBlog 2022/10/21, DOI: 10.17176/20221021-192059-0; *Siegel*, VerfBlog 2022/10/24, DOI: 10.17176/20221024-230058-0; *Payandeh*, NJW 2023, S. 123.

<sup>17</sup> VG Koblenz, Urt. v. 28.2.2012 – 5 K 1026/11.KO. In einem weiteren Sinne war bereits die Rasterfahndung eine Form des Racial bzw. Religious Profiling, wurde aber damals nur im Hinblick auf das Recht auf informationelle Selbstbestimmung problematisiert, BVerfGE 115, 320.

<sup>18</sup> OVG Rheinland-Pfalz, Beschl. v. 29.10.2012 – 7 A 10532/12.OVG, Pressemitteilung Nr. 30/2012; hierzu krit. *Drohla*, ZAR 2012, S. 411.

<sup>19</sup> OVG Rheinland-Pfalz, 27.3.2014 – 7 A 10993/13.OVG; OVG Baden-Württemberg, Urt. v. 13.2.2018 – 1 S 1469/17; OVG Nordrhein-Westfalen, Urt. v. 7.8.2018 – 5 A 294/16; OVG Saarland, Urt. v. 21.2.2019 – 2 A 806/17 und Urt. v. 22.2.2022 – 2 A 60/20 sowie BVerwG, Beschl. v. 13.12.2019 – 6 B 30/19; VGH Bayern, Urt. v. 8.4.2019 – 10 B 18.483; OVG Hamburg, Urt. v. 31.1.2022 – 4 Bf 10/21.

<sup>20</sup> *Cremer*, Racial Profiling (Fn. 9), S. 11; *Tischbirek/Wihl*, JZ 2013, S. 219; *Wagner*, DÖV 2013, S. 113; *Liebscher*, NJW 2016, S. 2779; *Hunold*, in: Möllers/van Ooyen (Hrsg.), Jahrbuch Öffentliche Sicherheit 2016/2017, 2017, S. 470 ff.; *Liu*, „Racial Profiling“: Eine rechtsvergleichende Untersuchung des Rassendiskriminierungsverbotes, 2018; *Hettrich*, ZEuS 1 (2018), S. 111; *Seckelmann*, in: Kugelmann (Hrsg.), Polizei und Menschenrechte, 2019, S. 343; *Waldhoff*, JuS 2019, S. 95; *Bramow/Kahn*, Die Polizei 2021, S. 327; *Boysen*, JURA 2020, S. 1192; *Tabbara*, Der Staat 60 (2021), S. 577 (589); *Krieger*,

stoß gegen das Verbot der Diskriminierung „wegen der Rasse“ (Art. 3 Abs. 3 S. 1 GG) bei polizeilichen Kontrollen fest.<sup>21</sup> Eine bundesverfassungsgerichtliche Entscheidung zur Problematik liegt bisher nicht vor. Die obergerichtlichen Entscheidungen sind – trotz ihrer grundsätzlich nur begrenzten Wirkung *inter partes* (§ 121 VwGO) – wegweisend für die Verwaltungsgerichte. Ihre Maßstäbe zugrunde legend, erkannte jüngst das VG Dresden einen Verstoß gegen Art. 3 Abs. 3 S. 1 GG in einer auf § 22 Abs. 1a BPolG gestützten bundespolizeilichen Kontrolle.<sup>22</sup> Diese Entscheidung bietet den Anlass, die bisherigen Rechtsprechungslinien und zentralen Rechtsfragen rund um das Racial Profiling und das Diskriminierungsverbot wegen der Rasse und ethnischen Herkunft nachzuzeichnen.

## 2. Grund- und menschenrechtlicher Rahmen

Die Problematik erfährt vor dem Hintergrund der Europa- und Völkerrechtsfreundlichkeit des Grundgesetzes eine signifikante Einrahmung durch menschenrechtlichen Determinanten, insbesondere die GRCh, die EMRK und das Internationale Übereinkommen zur Beseitigung jeder Form von Rassendiskriminierung (ICERD).<sup>23</sup> Der Beitrag beleuchtet Art. 3 Abs. 3 S. 1 GG im Lichte dieser Garantien, die durch die Scharniervorschriften des Art. 53 EMRK, Art. 6 Abs. 3 EUV und Art. 52 Abs. 3 und 4 GRCh mit dem Ziel des „inhaltlich-funktionalen Gleichklang[s]“<sup>24</sup> auf unterschiedliche Weise bei der Auslegung der Grundrechte des Grundgesetzes einwirken.<sup>25</sup> Durch die wechselseitige Inbezugnahme der Grund- und Menschenrechtsgerichte wird eine „weitgehende Deckungsgleichheit“ erreicht, wobei die EMRK zwar weitreichender als die GRCh innerstaatlich bindend ist, andererseits aber nur einen gemeinsamen Mindeststandard bildet.<sup>26</sup> Allerdings greift Art. 14 EMRK als akzessorisches Diskriminierungsverbot nur, wenn der Regelungsbereich eines Freiheitsrechts eröffnet ist.<sup>27</sup> Das mit dem Protokoll Nr. 12 geschaffene und 2005 in Kraft getretene selbstständige Diskriminierungsverbot wurde von Deutschland bisher nicht ratifiziert, geht aber über die unionsrechtlichen Diskriminierungsverbote inhaltlich nicht hinaus.<sup>28</sup> Für die Auslegung der ICERD sind die Empfehlungen des UN-Ausschusses zur Beseitigung der Ras-

---

in: Schmidt-Bleibtreu/Hofmann/Henneke (Hrsg.), GG-Kommentar, 15. Aufl. 2022, Art. 3 GG Rn. 63; aus der strafrechtlichen Literatur *Ricker*, Anfangsverdacht und Vorurteil, 2021, dort auch zum Racial Profiling ab S. 173 ff. Hervorzuheben ist der gerichtspraktisch besonders informierte Beitrag von *Tischbirek*, in: Mangold/Payandeh (Fn. 9), § 26.

<sup>21</sup> OVG Koblenz, Urt. v. 21.4.2016 – 7 A 11108/14; OVG Münster, Urt. v. 7.8.2018 – 5 A 294/16.

<sup>22</sup> VG Dresden, Urt. v. 18.1.2022 – 6 K 438/19.

<sup>23</sup> Zu den menschenrechtlichen Grundlagen *Barskanmaz*, Rassismus (Fn. 1), S. 183 ff. und 251 ff. Auch die UN-Menschenrechtserklärung (AEMR) und der UN-Pakt über bürgerliche und politische Rechte (IPbPR) enthalten antidiskriminierungsrechtliche Bestimmungen, zu diesem im Kontext des Racial Profiling *Hettrich*, ZEuS 1 (2018), S. 111 (118f.).

<sup>24</sup> *Ruffert*, JuS 2022, S. 180 (181).

<sup>25</sup> Jüngst wieder BVerfG, NVwZ 2021, S. 1211 Rn. 67; zur Ausstrahlungswirkung der EMRK grundlegend BVerfGE 111, 307 (321); zur unmittelbaren Anwendung der GRCh bei unionsrechtlich vollständig vereinheitlichten Materien BVerfGE 152, 216 (233); BVerfG, NJW 2021, S. 1518 (1519).

<sup>26</sup> s. nur BVerfG, NVwZ 2021, S. 1211 Rn. 67 m. w. N.

<sup>27</sup> *Peters/Altwicker*, in: Dörr/Grote/Marauhn (Hrsg.), EMRK/GG Konkordanzkommentar, 3. Aufl. 2022, Kap. 21 Rn. 11.

<sup>28</sup> Ebd., Rn. 49.

sendiskriminierung (CERD) besonders relevant, auf die nachfolgend auch Bezug genommen wird.

Das supranationale Spannungsfeld verdient eine besondere Betrachtung, denn Racial Profiling-Maßnahmen finden sprichwörtlich im Grenzraum und in Reibung mit zwei Postulaten statt: Zwischen der für Unionsbürger garantierten Freizügigkeit im Raum der Freiheit, der Sicherheit und des Rechts einerseits und dem mitgliedstaatlichen Souveränitätsanspruch im Bereich der inneren Sicherheit andererseits gerät das Gleichheitspostulat für nicht phänotypisch „weiß-europäisch“ aussehende Menschen sprichwörtlich zwischen die Räder des Mehrebenensystems. Dieser Beitrag spricht insofern unter V. von der Supranationalitätsfälle für Angehörige ethnischer Minderheiten in den Mitgliedstaaten, die überproportional von polizeilichen Stichprobenkontrollen im Grenzgebiet betroffen sind.

Ausgehend von der insofern recht typischen Sachverhaltskonstellation des VG Dresden (II.), behandelt dieser Beitrag zunächst die prozessrechtlichen Fragestellungen (III.) und sodann die offene Frage der Vereinbarkeit von § 22 Abs. 1a BPolG mit Verfassungs- (IV.) und Europarecht (V.). Diese Vorschrift steht ebenso wie die Befugnisse zur Schleierfahndung in dem Verdacht, den Charakter von Ersatzgrenzkontrollen zu haben. Verschärft wird die Problematik vor dem Hintergrund der unionsrechtlichen Grundrechte auf Freizügigkeit (Art. 45 GRCh) und Gleichheit (Art. 21 Abs. 1 GRCh). Angesichts ihrer expliziten Kompensationsfunktion im Schengenraum und der einschränkenden Vorgaben des Schengener Grenzkodex<sup>29</sup> (SGK) unterliegen die anlasslosen (Bundes-)Polizeikontrollen im Grenzgebiet einer hinreichenden unionsrechtlichen Determinierung im Sinne des Art. 51 Abs. 1 GRCh, ohne jedoch die nationalen Schutzstandards zu verdrängen (Art. 53 GRCh).

## II. Ausgangsfall

Dem Urteil des VG Dresden lag eine für das Racial Profiling typische Sachverhaltskonstellation zu Grunde, die jedoch insofern über die Standardfälle hinaus ging, als die bundespolizeiliche Befragung und Aufforderung zur Aushändigung der Ausweise gewaltsame Begleit- bzw. Folgemaßnahmen auslöste. Geklagt hatte ein aus Guinea stammender Praktikant, der seit knapp einem Jahr als rechtmäßig anerkannter Asylbewerber in Deutschland lebte und sich mit seinem ebenfalls aus Guinea stammenden Freund am Hauptbahnhof einer sächsischen Stadt aufgehalten hatte. Auf die Aufforderung von Bundespolizisten hin sich auszuweisen, kam es zunächst (wohl auch auf Grund mangelnder Sprachkenntnisse<sup>30</sup>) zu Verständnisschwierigkeiten und einer verbalen Auseinandersetzung. Da der Kläger die Ausweisvorlage verweigerte, setzten die Beamten körperlichen Zwang ein – wobei sich das Ausmaß der Gewalt im weiteren Verlauf durch das Gericht nicht abschließend aufklären ließ. Die Polizeibediensteten rangen den Kläger zu Boden, fixierten ihn an den Händen und

---

<sup>29</sup> Verordnung (EU) 2016/399 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 9. 3. 2016 über einen Gemeinschaftskodex für das Überschreiten der Grenzen durch Personen (Schengener Grenzkodex), ABl. L 77 S. 1.

<sup>30</sup> Anzumerken ist, dass in vielen Fällen auch dunkelhäutige Personen mit makellosen Deutschkenntnissen unverhältnismäßigen Folgemaßnahmen unterzogen werden, vgl. nur OVG Rheinland-Pfalz, Urt. v. 21.4.2016 – 7 A 11108/14.

verbrachten ihn auf die Dienststelle. Dort fesselten sie ihn an den Händen und Füßen und durchsuchten seine mitgeführten Sachen, ehe die Ausweiskontrolle erfolgen konnte.<sup>31</sup>

### III. Prozessuale Fragestellungen

Die zunehmende „Grenzverwischung“<sup>32</sup> zwischen repressiven und präventiven Praktiken wirft zunächst die unter 1. zu behandelnde Frage des eröffneten Rechtswegs auf. Als zulässiger Rechtsbehelf kommt regelmäßig die Fortsetzungsfeststellungsklage nach § 113 Abs. 1 S. 1 VwGO analog in Betracht, da sich die Kontrollmaßnahmen innerhalb kurzer Zeit vorprozessual erledigen. Auf die entscheidende Hürde des berechtigten Feststellungsinteresses wird unter 2. eingegangen.

#### 1. Polizeiarbeit zwischen Prävention und Repression

Bei der Beurteilung des Verwaltungsrechtswegs (§ 40 Abs. 1 VwGO) sind Justizverwaltungsakte (§ 23 Abs. 1 EGGVG; § 98 Abs. 2 StPO analog) auf dem Gebiet der repressiven Strafverfolgung von gefahrenabwehrrechtlichen polizeilichen Maßnahmen abzugrenzen. Wie unter II. dargestellt, lösen die umstrittenen Kontrollmaßnahmen zuweilen Gegenreaktionen und eine Dynamik der Gewalt aus. Es stellt sich dann die Frage, ob bereits die Schwelle zur Strafverfolgung überschritten wurde (v.a. mit Blick auf Widerstand gegen Vollstreckungsbeamte oder etwaige Beleidigungsdelikte). Nicht selten lassen sich Betroffene angesichts der emotional aufgeladenen Situation zu zynischen Bemerkungen gegenüber den handelnden Polizeibeamten hinreißen.<sup>33</sup> Die Maßnahmen lassen sich dann entweder der Gefahrenabwehr oder der Strafverfolgung zuordnen. Dies ist der Fall, wenn sie sich sowohl auf polizeirechtliche als auch strafprozessuale Befugnisnormen stützen ließen, also „doppelfunktional ausgerichtet“ sind.<sup>34</sup> Maßgeblich für die Abgrenzung ist der Schwerpunkt der Zielsetzung und die Zweckrichtung einer polizeilichen Maßnahme, wobei der Sachverhalt grundsätzlich einheitlich zu betrachten ist.<sup>35</sup> Entscheidend ist, „wie sich der konkrete Sachverhalt einem verständigen Bürger in der Lage des Betroffenen bei natürlicher Betrachtungsweise darstellt.“<sup>36</sup> Im Ausgangsfall gab der Polizeibedienstete absichernd vor, die Identitätsfeststellung sei wegen der klägerischen Beleidigung als „Rassisten“ auch auf Grund eines strafrechtlichen Anfangsverdachts erfolgt (§ 163b StPO).<sup>37</sup> Die Kammer sah jedoch aus tatsächlichen Gründen keinen Übergang zum repressiv-polizeilichen Handeln. Weder ließ sich die Eröffnung des Tatvorwurfs durch einen der handelnden Polizeibe-

---

<sup>31</sup> Sachverhalt nach VG Dresden, Urt. v. 18. 1. 2022 – 6 K 438/19.

<sup>32</sup> *Brodowski*, JZ 2017, S. 1124 (1125).

<sup>33</sup> So erstatten im Fall des VG Koblenz, Urt. v. 28. 2. 2012 – 5 K 1026/11.KO die Polizeibeamten gegen den Betroffenen Strafanzeige wegen dessen Kritik des Vorgehens als „SS-Methoden“.

<sup>34</sup> OVG Sachsen, Beschl. v. 23. 12. 2021 – 6 A 680/19, Rn. 11; vgl. auch BVerfG, Beschl. v. 18. 12. 2018 – 1 BvR 142/15, Rn. 72.

<sup>35</sup> BVerfG, Beschl. v. 18. 12. 2018 – 1 BvR 142/15, Rn. 72; OVG Sachsen, Beschl. v. 23. 12. 2021 – 6 A 680/19, Rn. 12; VG Dresden, Urt. v. 18. 1. 2022 – 6 K 438/19, Rn. 19.

<sup>36</sup> OVG Sachsen, Beschl. v. 23. 12. 2021 – 6 A 680/19, Rn. 12.

<sup>37</sup> VG Dresden, Urt. v. 18. 1. 2022 – 6 K 438/19, Rn. 20.

amten beweisen, noch war eine Belehrung als Beschuldigter nach §§ 163a Abs. 4, 136 StPO aktenkundig. Sämtliche Maßnahmen erfolgten ausschließlich zur Gefahrenabwehr, so dass es auf die Problematik der doppelfunktionalen Maßnahmen nicht ankam.<sup>38</sup>

## 2. Berechtigtes Feststellungsinteresse

Die polizeilichen Verwaltungsakte in Racial Profiling-Fällen erledigen sich typischerweise innerhalb kurzer Zeit bereits mit ihrer Vollziehung bzw. Zweckerreichung. Die Garantie des effektiven Rechtsschutzes (Art. 19 Abs. 4 GG) gebietet, dass die Überprüfung belastender Verwaltungsakte in einem gerichtlichen Hauptsacheverfahren auch dann noch möglich ist, wenn sie sich vorprozessual erledigt haben.<sup>39</sup> Allerdings bedarf es des Nachweises eines berechtigten Interesses an der nachträglichen Feststellung. Hierfür kommen neben der Wiederholungsgefahr<sup>40</sup> in der Gerichtspraxis vor allem das Rehabilitierungsinteresse ([a]) und die Kategorie des tiefgreifenden Grundrechtseingriffs ([b]) in Betracht. Beide Fallgruppen sind bei der Verletzung der speziellen Diskriminierungsverbote des Art. 3 Abs. 3 S. 1 GG insbesondere im Lichte der EMRK und des Art. 47 GRCh weit auszulegen.

### a) Rehabilitierungsinteresse

Das Rehabilitierungsinteresse dürfte regelmäßig vorliegen, wenn die polizeiliche Kontrollmaßnahme öffentlich erfolgt ist und eine herabwürdigende und diskriminierende Wirkung gezeitigt hat. So lag im geschilderten Ausgangsfall ein berechtigtes Rehabilitierungsinteresse unzweifelhaft vor, da der Kläger in der Öffentlichkeit an einem Hauptbahnhof gewaltsam niedergedrungen und zur Dienststelle verbracht wurde, was auch körperliche Beschwerden verursacht haben dürfte.<sup>41</sup> Das Rehabilitierungsinteresse setzt voraus, dass die Maßnahme eine stigmatisierende Wirkung durch Außenwirkung erlangt hat, die noch in der Gegenwart andauert.<sup>42</sup> In Fällen, die sich auf Identitätskontrollen oder Befragungen beschränken, sind die Gerichte bei der Anerkennung des Rehabilitierungsinteresses zuweilen zurückhaltend und verneinen das Vorliegen stigmatisierender Folgewirkungen. Dabei werden sowohl der Begriff der Außenwirkung als auch die Intensität der Nachwirkungen zu restriktiv gehandhabt und überzogene Anforderungen an die herabsetzende Wirkung gestellt. Verneint wird das Interesse, wenn die Kontrolle in einem geschlossenen Abteil erfolgt ist<sup>43</sup> oder weil die beobachtende Öffentlichkeit als zu flüchtig eingeschätzt wird.<sup>44</sup> Es genügt nicht, wenn der Kläger die Maßnahme als diskriminierend empfunden habe, verlangt wer-

---

<sup>38</sup> VG Dresden, Urt. v. 18.1.2022 – 6 K 438/19, Rn. 18; eingehend zur „präventiv-repressiven Gemengelage“ im Rahmen der polizeilichen Befragungen und der Schleierfahndung *Schumann*, GA 2020, S. 281. Zum Phänomen der legendierten Kontrollen in der Strafverfolgungspraxis BGH, Urt. v. 26.4.2017 – 2 StR 247/16, Rn. 20 m. Anm. *Brodowski*, JZ 2017, S. 1124 (1125).

<sup>39</sup> Statt vieler BVerwG, NVwZ 2021, S. 411, Rn. 12 ff.; zur Kompensationsfunktion *Lindner*, NVwZ 2014, S. 180.

<sup>40</sup> VG Bayreuth, Urt. v. 24.9.2013 – B 1 K 12.834.

<sup>41</sup> VG Dresden, Urt. v. 18.1.2022 – 6 K 438/19, Rn. 25.

<sup>42</sup> Statt vieler BVerwGE 156, 272 (277); BVerwGE 146, 303 (307 f.).

<sup>43</sup> OVG Sachsen, Beschl. v. 17.11.2015 – 3 A 440/15, Rn. 9 im Fall *Basu*, der später dem EGMR vorlag.

<sup>44</sup> So im Fall OVG Sachsen, Urt. v. 19.12.2019 – 3 A 851/18, Rn. 18.

den „objektiv beeinträchtigende Nachwirkungen“<sup>45</sup>. Wird das Rehabilitierungsinteresse allzu vorschnell unter Verweis auf die nicht mehr andauernde Stigmatisierungswirkung verneint und eine entsprechende Klage ohne Beweiserhebung als unzulässig zurückgewiesen, verstößt dies gegen Art. 14 i. V. m. Art. 8 EMRK. Der EGMR verweist insofern auf die Gefahren die von rassistischer Diskriminierung bei Polizeimaßnahmen ausgehen und stärkt die subjektive Perspektive.<sup>46</sup> Für die betroffenen Personen sind sie entwürdigend und entfremdend, in der Gesellschaft verfestigen sie ein stereotypes Täterbild.<sup>47</sup> Die stigmatisierenden Kontrollen lassen sich auch nicht durch gesetzestreu Verhalten vermeiden, was das Rehabilitierungsbedürfnis intensiviert.<sup>48</sup> Racial Profiling gefährdet auf Seiten der Betroffenen schließlich das vom Bundesverfassungsgericht in anderem Kontext besonders als Verfassungsgut hervorgehobene „gesellschaftliche Vertrauen in die Justiz insgesamt“, das für die Funktionsfähigkeit des Rechtsstaats fundamental ist.<sup>49</sup> So stellte die Europäische Grundrechtsagentur in ihrer Studie zu Auswirkungen von diskriminierenden Polizeikontrollen bei den betroffenen Bevölkerungsgruppen einen im Vergleich zur nicht betroffenen Mehrheitsgesellschaft signifikanten Vertrauensverlust in die Polizei fest.<sup>50</sup> Das vom Bundesverfassungsgericht in den Verfassungsrang erhobene staatliche Optimierungsgebot gilt nicht nur für das gesamtgesellschaftliche Vertrauen, sondern mit Blick auf die Zielsetzung des Art. 3 Abs. 3 S. 1 GG, „Angehörige strukturell diskriminierungsgefährdeter Gruppen vor Benachteiligung zu schützen“,<sup>51</sup> ganz besonders für das Vertrauen der von Diskriminierung besonders betroffenen ethnischen Minderheiten. Ihrem Vertrauensverlust in den Rechtsstaat ist im Sinne der gesellschaftlichen Kohäsion entschieden entgegenzuwirken. Dem Prozessrecht kommt dabei eine herausgehobene Bedeutung zu.

#### *b) Tiefgreifender Grundrechtseingriff*

Zudem liegt in Racial Profiling-Fällen regelmäßig ein berechtigtes Interesse wegen eines tiefgreifenden Grundrechtseingriffs vor. Das VG Dresden bejahte den gewichtigen Grundrechtseingriff eigenständig mit Verweis auf die mögliche rassistische Diskriminierung und damit unabhängig von den einschneidenden Folgemaßnahmen.<sup>52</sup> Liegen solche jedoch nicht vor und beschränken sich die Maßnahmen auf die Ausweiskontrolle und den Datenabgleich, gehen die Gerichte oftmals von einem nur flüchtigen, punktuellen oder geringfü-

---

<sup>45</sup> OVG Sachsen, Urt. v. 19.12.2019 – 3 A 851/18, Rn. 18; dagegen auf die diskriminierende Wirkung für den Betroffenen abstellend VG Bayreuth, Urt. v. 24.9.2013 – B 1 K 12.834.

<sup>46</sup> EGMR, NJW 2023, S. 139 (142).

<sup>47</sup> EGMR, NJW 2023, S. 139 (140); *Payandeh*, NJW 2023, S. 123 (124f.); *Liebscher*, NJW 2016, S. 2779 (2781).

<sup>48</sup> Zur erhöhten Belastung durch anlasslose Maßnahmen BVerfGE 150, 244 (283).

<sup>49</sup> BVerfGE 153, 1 (40).

<sup>50</sup> EU-Grundrechtsagentur, Fundamental Rights Survey. Your Rights Matter: Police Stops, 2021, S. 24 ff. abrufbar unter [https://fra.europa.eu/sites/default/files/fra\\_uploads/fra-2021-fundamental-rights-survey-police-stops\\_en.pdf](https://fra.europa.eu/sites/default/files/fra_uploads/fra-2021-fundamental-rights-survey-police-stops_en.pdf) (Survey).

<sup>51</sup> BVerfGE 146, 1 (28); aus Art. 3 Abs. 3 S. 2 GG konkrete staatliche Handlungspflichten „in Situationen struktureller Ungleichheit“ ableitend BVerfG, NJW 2022, S. 380 (384). Auf diese strukturelle Dimension hinweisend *Payandeh*, NJW 2023, S. 123 (125).

<sup>52</sup> VG Dresden, Urt. v. 18.1.2022 – 6 K 438/19, Rn. 25; ähnl. OVG Saarland, Urt. v. 21.2.2019 – 2 A 806/17, Rn. 20, das den tiefgreifenden Grundrechtseingriff unter Verweis auf Art. 3 Abs. 3 S. 1 GG bejahte.

gigen Eingriff aus, der „nur wenige Minuten“ angedauert habe, nicht heimlich erfolgt und von geringer Persönlichkeitsrelevanz sei.<sup>53</sup> Mit der Freiheitsbeschränkung (Art. 2 Abs. 2 S. 2 GG, Art. 104 Abs. 1 GG), dem Eingriff in die allgemeine Handlungsfreiheit (Art. 2 Abs. 1 GG) und falls personenbezogene Daten ausgelesen werden, dem Recht auf informationelle Selbstbestimmung (Art. 2 Abs. 1 i. V. m. Art. 1 Abs. 1 GG und Art. 8 GRCh), entfaltet die Maßnahme indes eine nicht zu vernachlässigende<sup>54</sup> freiheitsrechtliche Relevanz. Die datenschutzrechtliche Rechtsprechung des BVerfG zur geringen Eingriffsintensität der Kfz-Kennzeichenerfassung verleitet oftmals zu der Fehlannahme, dass eine offen stattfindende Datenverarbeitung im Gegensatz zur heimlichen Datenabfrage *per se* weniger eingriffsintensiv sei.<sup>55</sup> Dabei nahm das BVerfG deshalb eine geringere Eingriffsintensität an, weil sich die Kfz-Kennzeichenkontrolle gerade *nicht* „unmittelbar auf persönliche Merkmale oder Eigenschaften einer Person“ bezieht.<sup>56</sup> Mithin entfaltet auch die offen stattfindende, willkürliche und selektive Datenabfrage eine hohe Grundrechtsrelevanz. Art. 3 Abs. 3 S. 1 GG kennt keine „Bagatellgrenze“<sup>57</sup>. Verfassungsrechtlich werden auch niedrigschwellige Ausgrenzungsformen verboten.<sup>58</sup> Die fallrechtlich entwickelten Fortsetzungsfeststellungskategorien sind bereits nach dem deutschen Grundrechtsverständnis im Lichte des Art. 19 Abs. 4 GG im Sinne des lückenlosen Rechtsschutzes auszulegen.<sup>59</sup> Verstärkt wird dies nun durch die insofern klaren EGMR-Vorgaben. Liegen Indizien für eine rassistische Diskriminierung vor, ist die erhöhte Eingriffsintensität bei bloßen Befragungen und Identitätskontrollen unabhängig von tiefgreifenden Folgemaßnahmen angesichts der vom EGMR hervorgehobenen Stigmatisierungswirkung stets gegeben. Der EGMR verurteilt die rassistische Diskriminierung als „eine besonders scheußliche Form von Diskriminierung“<sup>60</sup>. Bei vorschneller Zurückweisung der Klage wegen Unzulässigkeit steht die prozessuale Vereitelung der staatlichen Aufklärungspflicht diskriminierender Polizeimaßnahmen im Raum.<sup>61</sup> Diese aus Art. 14 i. V. m. Art. 8 EMRK folgende Pflicht kommt in Deutschland neben den unabhängigen Polizeibeauftragten<sup>62</sup> maßgeblich den Verwaltungsgerichten zu.<sup>63</sup>

---

<sup>53</sup> OVG Sachsen, Beschl. v. 17.11.2015 – 3 A 440/15, Rn. 7; OVG Sachsen, Urt. v. 19.12.2019 – 3 A 851/18, Rn. 23; OVG Hamburg, Urt. v. 31.1.2022 – 4 Bf 10/21, Rn. 60; krit. auch *Tomerius*, DVBl. 2017, S. 1399 (1403 f.) angesichts der hohen Streubreite, Verdachtsunabhängigkeit und stigmatisierenden Wirkung; ferner *Brockmann/Lücke*, NVwZ 2022, S. 1189 (1190).

<sup>54</sup> Nach *Lisken*, NVwZ 1998, S. 22 (25) sogar ein Antasten des Wesensgehalts i. S. v. Art. 19 Abs. 2 GG.

<sup>55</sup> So verneint das BVerfG in den Beschl. v. 26.9.2022 – 6 B 10.22, Rn. 12 und v. 13.12.2019 – 6 B 30/19, Rn. 20 eine Dokumentationspflicht in Bezug auf § 23 Abs. 1 Nr. 3 BPolG mit Verweis auf den Unterschied zur heimlichen Kfz-Kennzeichenerfassung in BVerfGE 150, 244.

<sup>56</sup> BVerfGE 150, 244 (283).

<sup>57</sup> *Baer/Markard*, in: von Mangoldt/Klein/Stark (Fn. 4), Rn. 420.

<sup>58</sup> Ebd.

<sup>59</sup> *Lindner*, NVwZ 2014, S. 180 (184).

<sup>60</sup> EGMR, NJW 2023, S. 139 (I. Leitsatz).

<sup>61</sup> So auch *Barskanmaz*, NVwZ 2022, S. 1883 (1887).

<sup>62</sup> Zu diesen *Botta*, JZ 2022, S. 664.

<sup>63</sup> EGMR, NJW 2023, S. 139 (142).

## IV. Diskriminierungsanfällige Gefahrenvorsorge

An der Vereinbarkeit der Befugnisnorm mit Verfassungs- und Unionsrecht (zu diesem sogleich unter V.) hat das VG Dresden im Ergebnis keine Zweifel (1.). Erst die konkrete Vollzugsmaßnahme erachtete es als mittelbare Diskriminierung wegen der Rasse (2.) die sich nicht rechtfertigen lässt (3.). Die Fokussierung der Gerichtspraxis auf einzelne Vollzugsmaßnahmen verkennt indes die bereits in der gesetzlichen Ausgestaltung angelegte strukturelle Diskriminierung wegen der Rasse und ethnischen Herkunft bei polizeilichen Befugnissen zu anlass- und verdachtsunabhängigen Kontrollen im Grenzgebiet.

### 1. Verfassungsmäßigkeit des § 22 Abs. 1a BPolG

Die Gerichte beschäftigten bisher vor allem bundespolizeiliche Maßnahmen auf Grundlage von § 22 Abs. 1a BPolG und § 23 Abs. 1 Nr. 3 BPolG. Im Zeitraum von Januar bis Oktober 2022 machte die Bundespolizei von diesen nach ihren eigenen Erhebungen insgesamt in 1.782.898 Fällen Gebrauch (im Vorjahr: 2.312.806 Kontrollen).<sup>64</sup> Im Fall des VG Dresden ging es primär um eine auf § 22 Abs. 1a BPolG gestützte Befragung. Entsprechend beschränkt sich dieser Beitrag im Wesentlichen auf die Analyse des § 22 Abs. 1a BPolG. Ob schon die Kontrollbefugnis an sich oder erst ihr Vollzug eine mittelbare Benachteiligung wegen der Rasse oder ethnischen Herkunft nach Art. 3 Abs. 3 S. 1 GG sind, ist umstritten.

#### *a) Mittelbare Diskriminierung wegen der Rasse und ethnischen Herkunft*

Eine mittelbare Diskriminierung liegt vor, wenn der gesetzliche Anknüpfungspunkt „in der gesellschaftlichen Wirklichkeit weitgehend nur für eine Gruppe zutrifft“ oder „die differenzierende Regelung sich weitgehend nur auf eine Gruppe im Sinne einer faktischen Benachteiligung auswirkt, deren Ungleichbehandlung nach Art. 3 Abs. 3 GG strikt verboten ist“.<sup>65</sup> Danach ist auch die Anwendung neutraler Differenzierungsmerkmale untersagt, wenn diese faktisch auf die verbotenen Merkmale abzielen und zu einer Diskriminierung wegen der Rasse oder ethnischen Herkunft führen.<sup>66</sup> Die verdachtsunabhängigen Befugnisnormen knüpfen nicht unmittelbar an ein verbotenes Merkmal, sondern an gefährliche Orte<sup>67</sup>, grenzpolizeiliche Erfahrung<sup>68</sup> oder Gefahrgebiete<sup>69</sup> an. Um zu ermitteln, ob diese Tat-

---

<sup>64</sup> Antwort der Bundesregierung auf die Kleine Anfrage der Abgeordneten Clara Bünger, Nicole Gohlke, Gökay Akbulut, weiterer Abgeordneter und der Fraktion Die Linke, 14. 12. 2022, BT-Drs. 20/4961, S. 3.

<sup>65</sup> BVerfG, Beschl. v. 18. 6. 2008 – 2 BvL 6/07, Rn. 49 (zur Geschlechtsdiskriminierung); *Baer/Markard*, in: von Mangoldt/Klein/Stark (Fn. 4), Rn. 429 ff.; zum Begriff im Unionsrecht *Rossi*, in: Kluth/Heusch (Hrsg.), BeckOK Ausländerrecht, 4/2022, Art. 18 AEUV Rn. 28a.

<sup>66</sup> OVG Rheinland-Pfalz, Urt. v. 21. 4. 2016, 7 A 11108/14, Rn. 66; *Cremer*, AnwBl 2013, S. 896 (897); *Nußberger*, in: Sachs (Hrsg.), Grundgesetz, 9. Aufl. 2021, Art. 3 GG Rn. 248 ff.

<sup>67</sup> Vgl. auch § 13 Abs. 1 Nr. 2 PolDVG Hmbg; § 21 Abs. 2 S. 1 Nr. 1 ASOG Bln; § 19 Abs. 1 SächsPolG; zu gefährlichen Orten im Polizeirecht *Brockmann/Lücke*, NVwZ 2022, S. 1189; *Tomerius*, DVBl. 2017, S. 1399.

<sup>68</sup> § 22 Abs. 1a BPolG.

<sup>69</sup> § 23 Abs. 1 Nr. 3 BPolG nach dem Vorbild der landespolizeilichen Befugnisse zur Identitätskontrolle im Rahmen der Schleierfahndung, Art. 13 Abs. 1 Nr. 5 BayPAG; § 27 Abs. 1 Nr. 7 PolG

bestände einer voreingenommenen, diskriminierenden Vollzugspraxis Vorschub leisten, sind die tatsächlichen Wirkungen des Vollzugs der dem Anschein nach neutralen polizeilichen Regelungen in den Blick zu nehmen.<sup>70</sup> Es handelt sich um denkbar weite Tatbestände im Bereich der Gefahrenvorsorge, die Raum für einen instinktgeleiteten Vollzug bieten. § 22 Abs. 1a BPolG ermöglicht in Zügen und auf Bundesbahnanlagen, „soweit auf Grund von Lageerkenntnissen oder grenzpolizeilicher Erfahrung anzunehmen ist, daß diese zur unerlaubten Einreise genutzt werden“ das anlasslose Anhalten, Befragen und Aushändigen von Ausweispapieren sowie die Inaugenscheinnahme mitgeführter Sachen grundsätzlich jeder Person, ohne dass eine konkrete polizeiliche Gefahr vorliegen muss. Die Befragung muss lagebildabhängig und nur auf die Unterbindung und Verhinderung unerlaubter Einreisen gerichtet sein.<sup>71</sup> § 22 Abs. 1a BPolG ist keine Generalklausel für die anlasslose Identitätsfeststellung, eine solche darf vielmehr nur zur Plausibilisierung der gemachten Angaben nach einer Befragung erfolgen.<sup>72</sup> In der Literatur wird die Unbestimmtheit der verdachtsunabhängigen polizeilichen Kontrollbefugnisse bemängelt,<sup>73</sup> sie seien gar konzeptionell auf Diskriminierung angelegt.<sup>74</sup> Auf internationaler Ebene drückte der UN-Ausschuss für die Beseitigung der Rassendiskriminierung in Bezug auf § 22 Abs. 1a BPolG die Sorge aus, dass sie „de facto zu rassistischer Diskriminierung führt“ und verlangt ihre Änderung oder Aufhebung.<sup>75</sup>

#### *b) Abgrenzung zur zulässigen Diskriminierung wegen der Staatsangehörigkeit*

Die Schwierigkeit in der rechtlichen Auseinandersetzung besteht darin, die staats- und völkerrechtlich zulässige Differenzierung zwischen Staatsangehörigen mit dem Verbot der mittelbaren Diskriminierung wegen der Rasse oder ethnischen Herkunft in Einklang zu bringen. Diese Komplexität darf indes nicht dazu verleiten, die Kategorie der mittelbaren Diskriminierung für die speziellen Kategorien der Rasse und ethnischen Herkunft in Art. 3 Abs. 3 S. 1 GG gänzlich zu verwerfen.<sup>76</sup> Nicht nur ist diese Auffassung als positivistisch zurückzuweisen, weil sie sich zu sehr an der Normstruktur des Art. 3 GG orientiert. Sie steht

---

BaWü, § 12 Abs. 1 Nr. 5, 6 BbgPolG; § 14 Abs. 1 Nr. 5 ThüPAG; § 19 Abs. 1 Nr. 5 SächsPolG; § 18 Abs. 2 Nr. 6 HSOG.

<sup>70</sup> Insofern von „informal“ im Unterschied zu „formal“ Racial Profiling sprechend *Hettrich*, ZEuS 1 (2018), S. 111 (117).

<sup>71</sup> Zu den tatbestandlichen Voraussetzungen *Wehr*, BPolG Kommentar, 3. Aufl. 2021, § 22 BPolG Rn. 13; *Riegner/Schnitzer*, JuS 2014, S. 1003 (1006).

<sup>72</sup> VG Köln, Urt. v. 13.6.2013 – 20 K 4683/12, Rn. 33.

<sup>73</sup> *Wehr*, BPolG (Fn.71), Rn. 13; *Lisken*, NVwZ 1998, S. 22 (24): „Methode aus dem Arsenal des permanenten Ausnahmezustandes“ und „Blankettvollmacht“ (ebd., S. 25).

<sup>74</sup> *Cremer*, AnwBl 2013, S. 896 (897); *Liebscher*, NJW 2016, S. 2779 (2780); *Niemz/Singelstein*, in: Hunold/Singelstein (Hrsg.), Rassismus in der Polizei. Eine wissenschaftliche Bestandsaufnahme, 2022, S. 337 (343); krit. ferner *Wehr*, BPolG (Fn. 71), Rn. 15; *Hettrich*, ZEuS 1 (2018), S. 111 (131): der offene Tatbestand begünstige die diskriminierende Praxis. Dagegen *Drohla*, ZAR 2012, S. 411 (416); *Graulich*, in: Lisken/Denninger (Hrsg.), Handbuch des Polizeirechts, 7. Aufl. 2021, E. Rn. 317 m. w. N.

<sup>75</sup> CERD, Schlussbemerkungen zu den 19. bis 22. Staatenberichten der Bundesrepublik Deutschland, CERD/C/DEU/CO/19–22 v. 30.6.2015, Nr. 11; *Tischbirek*, in: Mangold/Payandeh (Fn. 9), Rn. 36.

<sup>76</sup> So aber *Kischel*, in: Epping/Hillgruber (Hrsg.), BeckOK GG-Kommentar, 53. Ed.2022, Art. 3 GG Rn. 215; *Langenfeld*, in: Dürig/Herzog/Scholz (Hrsg.), GG-Kommentar, 74. EL 2015, Art. 3 Abs. 3 GG Rn. 38; krit. ferner *Reimer*, Sonstige besondere Gleichheitssätze, in: Stern/Sodan/Möstl (Hrsg.), Das Staatsrecht der Bundesrepublik Deutschland IV, 2. Aufl. 2022, § 130 Rn. 38 f.

zum einen im Widerspruch zum insofern eindeutigen Unionsrecht, das in der Antirassismus-Richtlinie die mittelbare Diskriminierung wegen der Rasse legaldefiniert.<sup>77</sup> Zum anderen ist sie mit den völkerrechtlichen Verpflichtungen unvereinbar, da die ICERD die Vertragsstaaten zur Beseitigung jeder Form von rassistischer Diskriminierung, „einschließlich indirekter Diskriminierung“ verpflichtet.<sup>78</sup> Bei Anerkennung der mittelbaren Diskriminierung erweist sich schließlich die Diskussion, ob Art. 3 Abs. 3 S. 1 GG ein Anknüpfungs- und Begründungsverbot wegen der Rasse statuiert,<sup>79</sup> als nicht zielführende Scheindebatte. Im Kern geht es vielmehr darum, inwiefern vermeintlich neutrale oder den des Art. 3 Abs. 3 S. 1 GG nahe stehende Merkmale als mittelbare Diskriminierung wegen eines besonderen Diskriminierungsmerkmals erfasst werden.<sup>80</sup>

Die Verwaltungsgerichte prüften bisher die mittelbare Diskriminierung zwar, doch sowohl das OVG Rheinland-Pfalz als auch das ihm insoweit folgende VG Dresden erkannten in § 22 Abs. 1a BPolG „keinen strukturell angelegten Verstoß gegen das Diskriminierungsverbot aus Art. 3 Abs. 3 Satz 1 GG“<sup>81</sup> und gegen das rechtsstaatliche Bestimmtheitsgebot. Trotz ihrer „Konturarmut“ und Ausfüllungsbedürftigkeit ließen sich die Tatbestandsmerkmale der „Lageerkenntnisse“ und „grenzpolizeilichen Erfahrung“ hinreichend bestimmen.<sup>82</sup> Dieser offene Tatbestand sei auch nicht mittelbar diskriminierend wegen der Rasse oder ethnischen Herkunft. Denn die Vermutung der unerlaubten Einreise nach § 22 Abs. 1a BPolG ließe sich ebenso auf unverdächtige Kriterien, wie das Verhalten, die Kleidung, auffälliges Gepäck oder erkennbar fremde Ausweispapiere stützen.<sup>83</sup> § 22 Abs. 1a BPolG führe allenfalls zu einer allein nach Art. 3 Abs. 1 GG rechtfertigungsbedürftigen „Sonderbehandlung von Ausländern“<sup>84</sup>, die aber auf Grund ihrer „Nähe zu den besonderen Diskriminierungsverboten des Art. 3 Abs. 3 Satz 1 GG“ strengen Rechtfertigungsanforderungen unterliege.<sup>85</sup> Dies gilt umso mehr, als die Definition der „Rassendiskriminierung“ in Art. 1 Abs. 1 ICERD auch die Differenzierung wegen „dem nationalen Ursprung“ miteinbezieht.

---

<sup>77</sup> Art. 2 Abs. 2 lit. b RL 2000/43/EG des Rates vom 29.6.2000 zur Anwendung des Gleichbehandlungsgrundsatzes ohne Unterschied der Rasse oder ethnischen Herkunft, ABl. L 180 S. 22; Umsetzung in § 3 Abs. 2 AGG.

<sup>78</sup> CERD, Schlussbemerkungen zu den 19. bis 22. Staatenberichten der Bundesrepublik Deutschland, CERD/C/DEU/CO/19–22 v. 30.6.2015, Nr. 8.

<sup>79</sup> Nach dem Anknüpfungsverbot dürfen die Diskriminierungsmerkmale nicht zur tatbestandlichen Voraussetzung gemacht werden. Die Theorie des Begründungsverbots untersagt hingegen solche Ungleichbehandlungen, die zwar nicht direkt auf ein verbotenes Merkmal abstellen, aber nur unter Rekurs auf ein in Art. 3 Abs. 3 S. 1 GG genanntes Merkmal begründet werden können, näher *Boysen*, in: von Münch/Kunig (Begr.), GG-Kommentar, 7. Aufl. 2021, Art. 3 GG Rn. 125 ff.

<sup>80</sup> Den Meinungsstreit insofern relativierend *Baer/Markard*, in: von Mangoldt/Klein/Stark (Fn. 4), Rn. 128; krit. ferner *Tischbirek*, in: Mangoldt/Payandeh (Fn. 9), Rn. 40 mit Blick auf die „Vergessenheit gegenüber mittelbaren Diskriminierungen“.

<sup>81</sup> VG Dresden, Urt. v. 18.1.2022 – 6 K 438/19, Rn. 41; OVG Rheinland-Pfalz, Urt. v. 21.4.2016 – 7 A 11108/14, Rn. 62.

<sup>82</sup> VG Dresden, Urt. v. 18.1.2022 – 6 K 438/19, Rn. 41.

<sup>83</sup> OVG Rheinland-Pfalz, Urt. v. 21.4.2016 – 7 A 11108/14, Rn. 60; *Froese*, DVBl. 2017, S. 293 (294).

<sup>84</sup> OVG Rheinland-Pfalz, Urt. v. 21.4.2016 – 7 A 11108/14, Rn. 65.

<sup>85</sup> Ebd. Rn. 66; BVerfG, Beschl. v. 19.10.2022 – 1 BvL 3/21, Rn. 65: „verschärften verfassungsrechtlichen Rechtfertigungsanforderungen“; *Britz*, ZAR 2014, S. 56 (58).

c) *Begünstigung rassistischer Diskriminierung durch gesetzliche Ausgestaltung*

Auch wenn § 22 Abs. 1a BPolG dem Wortlaut nach „jede Person“ unterfällt, trifft ihre praktische Anwendung überwiegend ethnische Minderheiten und ergeht die Auswahl zwangsläufig unter Anknüpfung an verbotene oder diesen jedenfalls verdächtig nahestehenden Kriterien.<sup>86</sup> In den ersten Verwaltungsprozessen hatten die Polizeibeamten noch relativ offen vor Gericht angegeben, die betroffenen Personen wegen ihrer Hautfarbe,<sup>87</sup> dem äußeren Erscheinungsbild oder vermutetem Migrationshintergrund<sup>88</sup> angesprochen zu haben. Diese begründen nach polizeilicher Erfahrung eine erhöhte Wahrscheinlichkeit aufenthaltsrechtlicher Verstöße. Mittlerweile wird vor Gericht eher auf auffälliges Verhalten rekurriert. Dass das weniger auf eine gesteigerte Sensibilität bei der polizeilichen Störerauswahl zurückzuführen, sondern vielmehr prozesstaktisch bedingt ist, liegt nahe. Oftmals ist das ebenfalls von Art. 3 Abs. 3 S. 1 GG, Art. 14 EMRK und Art. 21 GRCh besonders geschützte Merkmal der Sprache ausschlaggebend für eine Kontrolle. Obwohl dieses Merkmal mit der Diskriminierung wegen der Rasse und ethnischen Herkunft eng verschränkt ist,<sup>89</sup> wird eine Auswahlentscheidung wegen der Sprache als unverfänglich erachtet.<sup>90</sup> So wies auch das VG Dresden darauf hin, dass die von den kontrollierten Personen gesprochene Sprache (Fulla oder Französisch) ein zulässiges Indiz sei, eine Person als potenziell unerlaubt Eingereiste zu identifizieren, sich im Fall aber nicht feststellen ließ, inwiefern diese ausschlaggebend gewesen ist.<sup>91</sup>

Erhebungen legen nahe, dass die Vollzugspraxis systematisch zu Lasten von Menschen dunkler Hautfarbe oder vermeintlich fremder ethnischer oder religiöser Zugehörigkeit geht.<sup>92</sup> Auch die bisherige Fallpraxis zeigt, dass die Polizei bei Menschen dunkler Hautfarbe oftmals zusätzlich zu Befragung nach § 22 Abs. 1a BPolG die Aushändigung des Ausweisdokuments verlangt, obwohl bereits die erste Ansprache jeglichen Verdacht illegaler Einreise zerstreuen müsste.<sup>93</sup> Selbst wenn Betroffene höflich aber bestimmt ihre Rechtskenntnisse

---

<sup>86</sup> Vgl. schon *Cremer*, AnwBl 2013, S. 896 (897); zur Einbeziehung der gesellschaftlichen Wirklichkeit *Drohla*, ZAR 2012, S. 411 (417).

<sup>87</sup> So bspw. im Fall VG Koblenz, Urt. v. 28.2.2012 – 5 K 1026/11.KO.

<sup>88</sup> VG Köln, Urt. v. 13.6.2013 – 20 K 4683/12, Rn. 13.

<sup>89</sup> *Barskanmaz*, in: Mangold/Payandeh (Fn. 12), Rn. 26.

<sup>90</sup> OVG Rheinland-Pfalz, Urt. v. 21.4.2016 – 7 A 11108/14, Rn. 119.

<sup>91</sup> VG Dresden, Urt. v. 18.1.2022 – 6 K 438/19, Rn. 49.

<sup>92</sup> Vgl. Dritter Gemeinsamer Bericht der Antidiskriminierungsstelle des Bundes und der in ihrem Zuständigkeitsbereich betroffenen Beauftragten der Bundesregierung und des Deutschen Bundestags. Diskriminierung in Deutschland, Unterrichtung BT-Drs. 18/13060, 30.6.2017, S. 265. Seither haben mehrere Länder unabhängige Rassismusstudien in Auftrag gegeben, s. die Übersicht von *Bauer/Hasselmann*, Rassismus und Antisemitismus bei der Polizei, 4.8.2022, abrufbar unter <https://mediendienst-integration.de/artikel/rassismus-und-antisemitismus-bei-der-polizei.html>. Die von Berliner Senatsverwaltung in Auftrag gegebene Rassismusstudie zeigt, dass aus Betroffenenperspektive schwarze oder arabisch gelesene sowie männliche Jugendliche häufiger anlasslos im öffentlichen Raum angehalten und kontrolliert werden, *Howe/Decker/Knobloch* u. a., Bericht zur Berliner Polizeistudie. Eine diskriminierungskritische, qualitative Untersuchung ausgewählter Dienstbereiche der Polizei Berlin, 2022, S. 45.

<sup>93</sup> Vgl. nur VG Köln, Urt. v. 13.6.2013 – 20 K 4683/12, in dem selbst die Vorlage des Rechtsanwaltsausweises durch den iranisch-stämmigen Betroffenen für die kontrollierenden Beamten den Verdacht der unerlaubten Einreise nicht entkräftete; ferner OVG Rheinland-Pfalz, Urt. v. 21.4.2016 – 7 A 11108/14.

artikulieren, folgen der polizeilichen Befragung zuweilen unverhältnismäßige Durchsuchungsmaßnahmen mitgeführter Sachen.<sup>94</sup> Dies deckt sich mit sozialpsychologischen Erkenntnissen, wonach Angehörigen ethnischer oder religiöser Minderheiten bei Polizei und Justiz tendenziell misstraut wird: Ihre Angaben werden eher angezweifelt, als unglaubwürdig erachtet oder gar nicht erst näher berücksichtigt.<sup>95</sup> Mit zunehmender negativer Polizeierfahrung verfestigt sich das gegenseitige Misstrauen, so dass Angehörige ethnischer Minderheiten wiederum nicht selten ein ausweichendes Verhalten gegenüber Polizeibeamten an den Tag legen oder ihr harmloses Verhalten entsprechend (fehl)interpretiert wird.<sup>96</sup> Eingriffsintensive Vollzugsmaßnahmen sind oftmals Ausdruck einer grundsätzlichen Misstrauensvermutung und einer unterbewusst von phänotypischen Merkmalen geleiteten Gefährlichkeitsvermutung der Polizei. Somit liegt – unabhängig von der Erheblichkeitsschwelle in den Einzelfällen – bereits normativ eine nach Art. 3 Abs. 3 S. 1 GG verbotene mittelbare Diskriminierung wegen der Rasse vor. Die Diskriminierung muss vom Gesetzgeber nicht intendiert sein,<sup>97</sup> entscheidend sind die tatsächlichen Wirkungen einer Maßnahme.<sup>98</sup> Schon bei der Einführung der verdachtsunabhängigen Kontrollbefugnisse warnten Sachverständige vor der innewohnenden Gefahr einer an phänotypischen Merkmalen orientierten Ermessensauswahl.<sup>99</sup> Weder die gesetzgeberische Zweckrichtung („Verhinderung oder Unterbindung unerlaubter Einreise“) noch die Eingrenzung auf Züge, Bahnhöfe und Flughäfen, die auf Grund von Lageerkennnissen oder grenzpolizeilicher Erfahrung zur unerlaubten Einreise genutzt werden, bieten objektiv vorhersehbare Kriterien für die diskriminierungsfreie Handhabung. Die gerichtliche Überprüfung einer polizeilichen Kontrollmaß-

---

<sup>94</sup> Im Fall des VG Bayreuth, Urt. v. 24.9.2013 – B 1 K 12.834 war der Kläger so eloquent und einwandfrei über die BayVerfGH-Rechtsprechung zur Schleierfahndung informiert, dass die kontrollierenden Beamten dies wiederum zum Anlass für die Annahme einer erhöhten abstrakten Gefahrenlage nahmen. Dabei lag das daran, dass der Betroffene bereits routinierter Adressat von Schleierfahndungsmaßnahmen war.

<sup>95</sup> *Ruch*, in: Hunold/Singelstein (Hrsg.), *Rassismus in der Polizei. Eine wissenschaftliche Bestandsaufnahme*, 2022, S. 83 (88); *Howe/Decker/Knobloch* u. a., *Berliner Polizeistudie* (Fn 92), S. 46: „Die beschriebenen Herabsetzungen erfolgen aus dem Vergleich zwischen Anerkennung und Nichtanerkennung, zwischen Sprachfähigkeit und vermeintlicher Nicht-Sprachfähigkeit, zwischen Gehörtwerden und Ungehörtverbleiben (sic).“

<sup>96</sup> So zeigen Studien, dass von Rassismus besonders betroffene Menschen auf Grund traumatisierender, stigmatisierender oder sonstiger negativen Erfahrungen im Umgang mit Uniformierten oftmals ausweichende Verhaltensweisen an den Tag legen, wie das Vermeiden von Augenkontakt. In der Berliner Polizeistudie gaben Betroffene an, der Umgang von Polizeibeamten mit ihnen sei von Respektlosigkeit, latenter Aggressivität und einer niedrigen Hemmschwelle zu körperlichen Übergriffen geprägt, so dass sich eine „Allergie“ gegenüber offiziellen Uniformen entwickelt habe. Besondere Nervosität an Grenzübergängen oder Flughäfen legen migrantische Personen zuweilen auf Grund vergangener Fluchterfahrung oder Unterdrückung in ihren Ursprungsländern an den Tag, vgl. die Berichte bei *Howe/Decker/Knobloch* u. a., *Berliner Polizeistudie* (Fn. 92), S. 45 f.

<sup>97</sup> *Cremer*, *AnwBl* 2013, S. 896 (897); *Payandeh*, *JuS* 2015, S. 695 (696); missverständlich insofern EGMR, *Entsch. v. 18. 10. 2022 – 34085/17* (Muhammad v. Spain), wonach die Maßnahme „rassistisch motiviert“ („motivated by racism“) gewesen sein (ebd. Rn. 100) oder eine „rassistische Einstellung“ („racist attitudes“) vorgelegen haben müsse (ebd. Rn. 102), krit. insofern auch *Payandeh*, *NJW* 2023, S. 123 (125).

<sup>98</sup> *Baer/Markard*, in: von Mangoldt/Klein/Stark (Fn. 4), Rn. 421 m. w. N.

<sup>99</sup> s. die Darstellung bei *Cremer*, *Racial Profiling* (Fn. 9), S. 17 und dort insb. die Kritik des Polizeipräsidenten a. D. *Lisken* im Innenausschuss, 87. Sitzung des Innenausschusses, 15. 6. 1998, Öffentliche Anhörung von Sachverständigen zu dem Entwurf eines Ersten Gesetzes zur Änderung des Bundesgrenzschutzes, BT-Drs. 13/10790, S. 200 ff.

nahme wird dadurch erschwert. Zwar besteht seit dem 7.3.2016 ein ermessenslenkender Erlass des BMI, allerdings gilt dieser nur für die Schleierfahndung nach § 23 Abs. 1 Nr. 3 BPolG.<sup>100</sup> Solche normkonkretisierenden Verwaltungserlasse können zu einem verfassungskonformen Vollzug nur beitragen, wenn sie die Kontrollbefugnisse auch substantiell eingrenzen und transparent sind. Das BVerwG stellte klar, dass interne Verwaltungsvorschriften und polizeilichen Informationen auf entsprechenden Beweisantrag hin durch das Gericht beigezogen werden (§ 86 Abs. 1 VwGO) und im Prozess in ungeschwärtzter Form zu den Gerichtsakten gereicht werden müssen.<sup>101</sup> Insofern stehen die Gerichte, auch um einen Verstoß gegen Art. 8 EMRK i. V.m Art. 14 EMRK zu vermeiden,<sup>102</sup> unter einer besonderen Aufklärungs- und Beweiserhebungspflicht. Doch die bloße nachträgliche Transparenz genügt nicht für einen vorhersehbaren, rechtsstaatlichen Gesetzesrahmen.

Es ist dem Gesetzgeber grundsätzlich nicht verwehrt zu typisieren, also „bestimmte in wesentlichen Elementen gleich geartete Lebenssachverhalte normativ zusammenzufassen“<sup>103</sup>. Insofern handelt es sich auch bei § 22 Abs. 1a BPolG faktisch um eine typisierende, generalisierende und pauschalierende Regelung, liegt ihr doch bereits normativ die Annahme zu Grunde, dass an den genannten Orten insbesondere solche Personen angehalten, befragt und kontrolliert werden dürfen, die sich durch nicht näher definierte Merkmale augenscheinlich von der Mehrheitsgesellschaft abheben und den Verdacht der illegalen Einreise nahelegen. Die tatsächliche Besonderheit, dass mindestens ein Viertel der deutschen Bevölkerung einen sog. Migrationshintergrund hat und damit kein homogenes Erscheinungsbild einer sich rechtmäßig in Deutschland aufhaltigen Person oder eines deutschen Staatsbürgers existiert, wird dabei vernachlässigt. Insofern liegt faktisch eine typisierende Gruppenbildung vor (illegal Aufhältige heben sich äußerlich erkennbar von ethnisch homogenisierten Deutschen ab). Je stärker und zahlenmäßiger solche Typisierungen sich an den verbotenen Anknüpfungsmerkmalen des Art. 3 Abs. 3 S. 1 GG orientieren, desto höher sind die Anforderungen an ihre verfassungsrechtliche Rechtfertigung.<sup>104</sup> Wie sich unter IV. 3. zeigen wird, stehen die bezweckten Vorteile (effektive Unterbindung illegaler Einreise) der Typisierung in keinem Verhältnis zu den Nachteilen.

#### d) Flankierende Schutzpflicht

Art. 3 Abs. 3 S. 1 GG als „individualisierter Minderheitenschutz“<sup>105</sup> ist zugleich eine weitergehende staatliche Schutzpflicht im Einklang mit den Vorgaben der UN-Antirassismuskonvention zu entnehmen.<sup>106</sup> Diese verpflichtet den parlamentarischen Gesetzgeber zur

<sup>100</sup> GMBI. 2016, 203.

<sup>101</sup> BVerwG, Beschl. v. 13.12.2019 – 6 B 30/19, Rn. 24; OVG Saarland, Ur. v. 22.2.2022 – 2 A 60/20, Rn. 26.

<sup>102</sup> EGMR, NJW 2023, S. 139 (142).

<sup>103</sup> BVerfGE 133, 377 (412).

<sup>104</sup> Soweit überhaupt noch gesetzgeberischer Spielraum besteht, vgl. BVerfGE 133, 377 (412 Rn. 88) m. w. N.; Jarass, in: ders./Pieroth (Hrsg.), GG Kommentar, 17. Aufl. 2022, Art. 3 GG Rn. 153.

<sup>105</sup> Baer/Markard, von Mangoldt/Klein/Stark (Fn. 4), Rn. 474.

<sup>106</sup> Zu einem entspr. Verständnis des Art. 2 Abs. 1 lit. d ICERD Kluth, NVwZ 2022, S. 1847 (1851); eine Schutzpflicht bejahend auch Krieger, in: Schmidt-Bleibtreu/Hofmann/Henneke (Fn. 20), Rn. 14; Jarass, in: ders./Pieroth (Fn. 104), Rn. 150; insb. vor dem Hintergrund des Triage-Beschluss des BVerfG (BVerfGE 160, 79): Barskammaz, in: Bäcker/Burchard (Hrsg.), Strafverfassungsrecht, 2022, S. 281 (282 f.) zurückhaltend indes Nußberger, in: Sachs (Fn. 66), Rn. 235 f.

stärkeren Steuerung polizei- und sicherheitsrechtlicher Befugnisse, insbesondere durch die Anknüpfung an hinreichend konkrete Verdachtsmomente und Schaffung transparenter Eingriffstatbestände. Die gegenwärtige Ausgestaltung der verdachtsunabhängigen Kontrollbefugnis in § 22 Abs. 1a BPolG leistet der systematischen Diskriminierung wegen der Rasse und ethnischen Herkunft erheblichen Vorschub. Selbst wenn eine mittelbare Diskriminierung darin nicht erkannt werden mag, muss jedenfalls an die gesetzgeberische Beobachtungspflicht<sup>107</sup> appelliert und die Schutzpflichtdimension des speziellen Diskriminierungsverbots ernstgenommen werden. Noch viel mehr aber bedarf es einer umfassenden Datengrundlage, aus welcher sich die ethnische Zugehörigkeit der von § 22 Abs. 1a BPolG betroffenen Personen ergibt.<sup>108</sup> Diese darf sich nicht an einem staatlich definierten Migrationshintergrund orientieren, maßgeblich ist vielmehr die Selbstbeschreibung der Betroffenen.

## 2. Diskriminierende Vollzugsmaßnahme

Entgegen der hier vertretenen Auffassung bringen die Verwaltungsgerichte bisher keine Zweifel an der Verfassungsmäßigkeit der Befugnisnorm selbst an. Eine Diskriminierung wegen der Rasse wird vielmehr nur in konkreten Einzelmaßnahmen erkannt. So sah es das VG Dresden unter Berücksichtigung der nach § 114 VwGO nur beschränkten Überprüfbarkeit von Ermessensentscheidungen im konkreten Fall als erwiesen an, dass die Adressatenauswahl durch die Bundespolizeibediensteten unter Verstoß gegen Art. 3 Abs. 3 S. 1 GG getroffen worden war ([a]). Für den Nachweis des „Racial“ Profiling, also der rassistisch diskriminierenden Auswahlentscheidung, kommt den Betroffenen zwar keine Beweislastumkehr, wohl aber eine oberverwaltungsgerichtlich entwickelte Beweiserleichterung zugute ([b]).

### a) Anknüpfung an ein Merkmal nach Art. 3 Abs. 3 S. 1 GG

Mangels Vorliegens entsprechender interner Kontrollschemata oder -muster<sup>109</sup>, handelten die Polizeibediensteten nach ihrem freien Ermessen auf Grund der vorhandenen Lageerkenntnisse und ihrer grenzpolizeilichen Erfahrung. Bei der Adressatenauswahl mussten diese „ausblenden, dass der Kläger dunkler Hautfarbe ist und deshalb innerhalb einer hellhäutigen Mehrheitsgesellschaft möglicherweise Ausländer sein könnte“ und gleichzeitig vorzugsweise solche Personen befragen, die Anhaltspunkte für den Verstoß gegen Einreise- und Aufenthaltsvorschriften boten.<sup>110</sup> Die Ausführungen des Verwaltungsgerichts verdienen eine wörtliche Wiedergabe, bringen sie doch das vom Gesetzgeber geschaffene Dilemma deutlich zum Ausdruck. So sollten die Polizeibediensteten „Ausländer und unter ihnen vorzugsweise unerlaubt eingereiste oder aufenthältliche [sic!] identifizieren, ohne dass hierbei äußerlich erkennbare Merkmale (Geschlecht, Abstammung, Rasse, ggf. Sprache, Heimat

---

<sup>107</sup> So angesichts der „erheblichen Diskriminierungsrisiken“ *Tischbirek*, in: Mangold/Payandeh (Fn. 9), Rn. 37, der eine gesetzgeberische Beobachtungs- und Handlungspflicht und die Schaffung kompensatorischer Regelungen fordert.

<sup>108</sup> s. zu dieser Forderung schon CERD, Schlussbemerkungen zu den 19. bis 22. Staatenberichten der Bundesrepublik Deutschland, CERD/C/DEU/CO/19–22 v. 30.6.2015, Nr. 11.

<sup>109</sup> Ein Negativbeispiel wäre die verwaltungsinterne Anweisung der Polizei NRW in der Silvesternacht 2017 „Nafris“ zu untersuchen, hierzu näher *Froese*, DVBl. 2017, S. 293.

<sup>110</sup> VG Dresden, Urt. v. 18.1.2022 – 6 K 438/19, Rn. 45.

und Herkunft) oder innere Merkmale (Glauben, religiöse oder politische Anschauungen) eine Rolle spielen durften.<sup>111</sup> Da die Beweisaufnahme keinen konkreten Anlass und genaue Motivation für die Auswahl der beiden Ghanaer ergab, kam die Kammer zu dem Schluss, dass die Hautfarbe „zumindest ein mitentscheidendes Kriterium“ für die Kontrolle gewesen sein müsse.<sup>112</sup> Die Polizeibeamten hatten vorgebracht, die Betroffenen hätten sich abgewandt und desorientiert gewirkt. Das überzeugte das VG Dresden zu Recht nicht. So könne „kontrollvermeidendes Verhalten“<sup>113</sup> zwar grundsätzlich nach polizeilicher Erfahrung Anlass für eine Kontrolle geben, die Betroffenen hätten hierfür aber keinen Grund gehabt. Sie haben sich lediglich passiv verhalten und auf den Bänken in der Bahnhofshalle mit ihren Mobiltelefonen beschäftigt. Auch verdächtige Begleitumstände, wie auffällige mitgeführte Gegenstände oder Kleidung lagen nicht vor. Da die Hautfarbe des Betroffenen nach Überzeugung der Kammer zumindest „mitursächlich“ für die Kontrolle gewesen sei und sich nicht feststellen ließ, dass die Maßnahme auch ohne diesen Aspekt in gleicher Weise durchgeführt worden wäre, nahm es im Anschluss an die „Motivbündel“-Rechtsprechung<sup>114</sup> einen Verstoß gegen Art. 3 Abs. 3 S. 1 GG an. Nach dieser genügt es, wenn die vermeintliche Rasse oder ethnische Herkunft zumindest eines von vielen Auswahlkriterien der Polizeibeamten war, wobei die Hautfarbe „als etwaiges Merkmal einer Rasse i. S. v. Art. 3 Abs. 3 Satz 1 GG“ anzusehen ist.<sup>115</sup>

Während sich die Bundesregierung bisher auf den Standpunkt stellte, nur die alleinige Anknüpfung an ein verbotenes Merkmal unterfalle dem Diskriminierungsverbot,<sup>116</sup> kann nach der oberverwaltungsgerichtlichen Rechtsprechung im Einklang mit der überwiegenden Auffassung in der Literatur als gefestigt gelten, dass die Rasse oder ethnische Herkunft in keiner Weise kausal für die Differenzierung gewesen sein dürfen.<sup>117</sup> Einen reaktionären Ausreißer stellt insofern die Entscheidung des OVG Hamburg dar, das sich in einem *obiter dictum* zur „Klarstellung“ veranlasst sah, die Merkmale des Art. 3 Abs. 3 S. 1 GG würden „kein Totalverbot“ für die präventive Polizeiarbeit statuieren, es sei vielmehr „sachgerecht und typisch, in bestimmten Situationen das äußere Erscheinungsbild von Personen zu be-

<sup>111</sup> Ebd.

<sup>112</sup> Ebd. Rn. 46.

<sup>113</sup> Ebd. Rn. 47. Angesichts der unter Fn. 96 geschilderten Befunde der jüngsten Berliner Polizeistudie ist dieser Anknüpfungsgrund jedoch nicht unproblematisch.

<sup>114</sup> OVG Nordrhein-Westfalen, Urt. v. 7.8.2018 – 5 A 294/16, Rn. 38; OVG Rheinland-Pfalz, Urt. v. 21.4.2016 – 7 A 11108/14, Rn. 107 unter Verweis auf EGMR, Entsch. v. 13.12.2005 – 55762/00 (Timishev/Russland), Rn. 56: „exclusively or to a decisive extent“; EGMR (D.H. ua/Tschechien), NVwZ 2008, S. 533 (534): „ausschließlich oder wesentlich“; enger offenbar OVG Hamburg, Urt. v. 31.1.2022 – 4 Bf 10/21, Rn. 65: „nur die bezweckte Benachteiligung“ werde verboten.

<sup>115</sup> VG Dresden, Urt. v. 18.1.2022 – 6 K 438/19, Rn. 51 f.; *Barskanmaz*, in: Mangold/Payandeh (Fn. 12), Rn. 20: Hautfarbe als „die rassische Kategorie par excellence“.

<sup>116</sup> BT-Drs. 18/11.058, S. 2 f.

<sup>117</sup> Zusammenfassend *Boysen*, JURA 2020, S. 1192 (1196 f.) m. w. N.; *Pettersson*, ZAR 2019, S. 301 (302); *Niemz/Singelstein*, in: Hunold/Singelstein (Fn. 74), S. 337 (340): „alleine oder neben anderen Aspekten“; vgl. ferner die Darstellung in der Ausarbeitung des Wissenschaftlichen Dienstes des Bundestags, Einzelfragen zu „Racial Profiling“ und zur „Ausländerkriminalität“, WD 7 – 3000 – 108/21, 2021, S. 6–9; UN-Menschenrechtsrat, Mitteilung Nr. 1493/2006, CCRP/C/96/D/1493/2006, Ziff. 7.4: „decisive factor“; EU-Grundrechtsagentur, Unrechtmäßiges Profiling heute und in Zukunft vermeiden – ein Leitfaden, 2019, S. 68 abrufbar unter: [https://fra.europa.eu/sites/default/files/fra\\_uploads/fra-2018-preventing-unlawful-profiling-guide\\_de.pdf](https://fra.europa.eu/sites/default/files/fra_uploads/fra-2018-preventing-unlawful-profiling-guide_de.pdf): „nicht der einzige oder wesentliche Grund“.

rücksichtigen“.<sup>118</sup> Dies ist jedoch eher als Bestätigung der auch in der Literatur<sup>119</sup> weitgehend für zulässig erachteten Täterbeschreibungen in Fahndungsprofilen zu verstehen, denn als nennenswerter Rechtsprechungswandel.

### b) Beweiserleichterung

In Racial Profiling-Fällen erweist sich der Nachweis, dass phänotypische Merkmale für die Auswahlentscheidung der Polizeibediensteten zumindest mitentscheidend waren, als besonders schwierig. Das VG Dresden löst die *Non liquet*-Problematik im Einklang mit der oberverwaltungsgerichtlich entwickelten Beweiserleichterung. Liegt neben den äußerlichen Erscheinungsmerkmalen kein weiteres schlüssiges Auswahlkriterien vor, trifft die staatlichen Behörde die sekundäre Darlegungs- und Beweislast dafür, dass kein verbotenes Merkmal maßgeblich für die Auswahlentscheidung gewesen ist.<sup>120</sup> Dem Kläger obliegt die Darlegung und Glaubhaftmachung der Tatsachen, die eine Diskriminierung plausibilisieren. Die Polizei muss diesen Vorwurf entkräften und schlüssig darlegen, welche zulässigen Kriterien ihrer Auswahlentscheidung stattdessen zu Grunde lagen.<sup>121</sup> Diese Beweiserleichterung ist nicht nur Richterrecht, sondern folgt unmittelbar aus Art. 19 Abs. 4 GG, der Garantie effektiven Rechtsschutzes sowie aus dem grundrechtsgleichen Recht „prozessualer Waffengleichheit“<sup>122</sup> (Art. 3 Abs. 1 i. V. m. Art. 20 Abs. 3 GG). Landesrechtliche Beweiserleichterungsvorschriften wie § 7 LADG Berlin sind insofern nur Ausdruck eines verfassungsrechtlich verankerten Rechtsgedankens zum Ausgleich von Wissensasymmetrien im Verfahren.<sup>123</sup> In der bundesverfassungsgerichtlichen Judikatur zum Prüfungs-, Zulassungs- oder Disziplinarmaßnahmenrecht werden die Defizite ausfüllungsbedürftiger Normbegriffe und Generalklauseln durch das Verfahren kompensiert. Bei Auswahlentscheidungen in Verteilungsverfahren, denen eine „Ungleichbehandlung an sich Gleichberechtigter“ immanent ist, ist für die Beurteilung ausfüllungsbedürftiger materiell-rechtlicher Tatbestände die gerichtliche Überprüfbarkeit der wesentlichen Entscheidungsfaktoren notwendig.<sup>124</sup> Je mehr die internen Entscheidungsgrundlagen dem Kläger entzogen sind und sich nicht aufklären lassen, weil die Verwaltungspraxis nicht einsehbar ist, desto stärker verlangt die Verfahrensgerechtigkeit eine entsprechende sachgerechte Modifizierung der Darlegungs- und Beweislast.<sup>125</sup> Nach der Rechtsprechung folgt dies für Teilhabeansprüche unmittelbar aus Art. 19 Abs. 4 S. 1 GG i. V. m. der Anspruchsgrundlage: Dem Betroffenen kann danach „nicht die Beweislast für diejenigen zur Beurteilung des hypothetischen Kausalverlaufs er-

---

<sup>118</sup> OVG Hamburg, Urt. v. 31. 1. 2022 – 4 Bf 10/21, Rn. 70.

<sup>119</sup> Das Gericht verweist an dieser Stelle u. a. auf *Tischbirek/Wihl*, JZ 2013, S. 219 (222).

<sup>120</sup> VG Dresden, Urt. v. 18. 1. 2022 – 6 K 438/19, Rn. 51; OVG Rheinland-Pfalz, Urt. v. 21. 4. 2016 – 7 A 11108/14, Rn. 119; OVG Nordrhein-Westfalen, Urt. v. 7. 8. 2018 – 5 A 294/16, Rn. 64 ff.

<sup>121</sup> OVG Rheinland-Pfalz, Urt. v. 21. 4. 2016 – 7 A 11108/14 OVG Rn. 113.

<sup>122</sup> Nur zu diesem: BVerfGE 70, 180 (188).

<sup>123</sup> *Tischbirek*, in: Mangold/Payandeh (Fn. 9), Rn. 31 ff.; zum Transparenzcharakter der Kodifizierung *Ruch*, in: Hunold/Singelstein (Fn. 95), S. 98.

<sup>124</sup> BVerfGE 33, 303 (341), wobei in dieser „Numerus Clausus“-Entscheidung allein das derivative Teilhaberecht aus Art. 12 Abs. 1 GG den Prüfungsmaßstab bildete, die Vereinbarkeit mit Art. 3 Abs. 3 GG ließ das Gericht offen (ebd. S. 356 Rn. 106).

<sup>125</sup> Zum Bewerbungsverfahrenanspruch *Wollenschläger*, Verteilungsverfahren, 2010, S. 321 f. m. w. N. aus der Rspr.; zur situativen Vergleichbarkeit *Tischbirek*, in: Mangold/Payandeh (Fn. 9), Rn. 52.

forderlichen Tatsachen auferlegt werden, deren Ermittlung ihm aus tatsächlichen Gründen unmöglich ist. [...] Insofern trifft die Behörden eine Darlegungspflicht (§ 86 VwGO) und findet im Falle der Nichterweislichkeit dieser Tatsachen eine Umkehr der materiellen Beweislast zu Lasten des Dienstherrn statt.“<sup>126</sup>

Bei der Überprüfung der Rechtmäßigkeit bundespolizeilicher Kontrollen auf Grund polizeilicher Lagerkenntnisse und grenzpolizeilicher Erfahrung stehen die Betroffenen vor einer ähnlichen Interessenlage. Die polizeiliche Auswahlentscheidungen wird nicht dokumentiert, die Gründe für die Adressatenauswahl bleiben ihnen oft verborgen. Die gebotene Beweiserleichterung folgt insofern aus Art. 19 Abs. 4 S. 1 GG i. V. m. Art. 3 Abs. 3 S. 1 GG. Sie wird verstärkt durch die mit Blick auf die Völker- und Europarechtsrechtsfreundlichkeit des Grundgesetzes zu berücksichtigenden Vorgaben der UN-Antirassismuskonvention,<sup>127</sup> der EMRK sowie des unionsrechtlichen Antidiskriminierungsrechts.<sup>128</sup> Im Unionsrecht entwickelte der EuGH auf dem Gebiet der sekundärrechtlich verbürgten Entgeltgleichheit für Arbeitnehmerinnen<sup>129</sup> die Beweislastumkehr aus dem Grundsatz des effektiven Rechtsschutzes, der heute in Art. 47 GRCh verankert ist.<sup>130</sup> Dieser wirkt auf das nationale Verfahrens- und Beweisrecht zunehmend unabhängig von der Durchsetzung unionsrechtlich gewährleisteter subjektive Rechte ein.<sup>131</sup> Unter Rekurs auf die Werteklausel des Art. 2 EUV wendet der EuGH das Grundrecht auf effektiven Rechtsschutz aus Art. 47 GRCh i. V. m. Art. 19 Abs. 1 EUV auch auf rein innerstaatliche Sachverhalte an. Da die Nichtdiskriminierung nicht nur ein Grundrecht (Art. 21 Abs. 1 GRCh) sondern zugleich ein Wert i. S. v. Art. 2 EUV ist, liegt eine weitergehende innerstaatliche Ausstrahlung der aus Art. 47 GRCh abgeleiteten rechtsstaatlichen Grundsätze auf Fälle staatlich veranlasster Diskriminierung wegen der vermeintlichen Rasse oder ethnischen Herkunft nahe.

Eine weitere Verstärkung erfährt die Beweiserleichterung aus der EMRK. Der EGMR entnimmt Art. 8 i. V. m. Art. 14 EMRK zwar keine Beweislastumkehr in Fällen rassistischer Diskriminierung, wohl aber die Pflicht der staatlichen Behörden, alles unter den Umständen an-

---

<sup>126</sup> BVerwGE 124, 99 (108 f.).

<sup>127</sup> Vgl. ECRI, Allgemeine Politikempfehlung Nr. 11, Bekämpfung von Rassismus und Rassen-diskriminierung in der Polizeiarbeit, 29. 6. 2007, Ziff. II.50 und Allgemeine Politik-Empfehlung Nr. 7 über nationale Gesetzgebung zur Bekämpfung von Rassismus und Rassendiskriminierung, 13. 12. 2002, Ziff. III.11: „Wenn Personen, die sich aufgrund von Diskriminierung ungerecht behandelt fühlen, vor einem Gericht oder einer anderen zuständigen Behörde einen Sachverhalt vortragen, der vermuten lässt, dass eine direkte oder indirekte Diskriminierung stattgefunden hat, sollte das Gesetz sicherstellen, dass es dem Beklagten obliegt zu beweisen, dass keine Diskriminierung stattgefunden hat.“

<sup>128</sup> Die Beweislastumkehr in Art. 8 RL 2000/43/EG (§ 22 AGG) gilt zwar grundsätzlich einheitlich für den öffentlichen und privaten Sektor, die Richtlinie ist aber auf Polizeikontrollen nicht anwendbar, *Tischbirek*, in: Mangold/Payandeh (Fn. 9), Rn. 47 ff.; *Payandeh*, NJW 2023, S. 123 (126).

<sup>129</sup> EuGH, Urt. v. 17. 10. 1989, Rs. 109/88, Rn. 13 ff.

<sup>130</sup> Eingehend zur Einwirkung auf die Beweislast im Antidiskriminierungsrecht *Gutman*, in: Bonellii/Eliantonio/Gentile (Hrsg.), Article 47 of the EU Charter and Effective Judicial Protection, Volume 1, 2022, S. 121 (130 f.).

<sup>131</sup> Vgl. zur Entkoppelung von Art. 51 Abs. 1 GRCh EuGH, Urt. v. 27. 2. 2018, Rs. C-64/16, Rn. 29; *Gentile*, European Law Open (2022), S. 1 (4): „the principle appears to be detaching itself from its original nature of entitlement in favour of individuals who seek to enforce EU-derived rights“; s. aber *Schmidt-Aßmann*, in: Dürig/Herzog/Scholz (Hrsg.), GG-Kommentar, 92. EL 2020, Art. 19 Abs. 4 GG Rn. 40 zur Anbindung an Art. 51 Abs. 1 GRCh.

gemessen Mögliche zu tun, um Beweis zu erheben, zur Wahrheitsfindung beizutragen und eine vollständig begründete, unparteiische und objektive Entscheidung herbeizuführen.<sup>132</sup>

### 3. Rechtfertigung von Racial Profiling

Wurde eine diskriminierende Ermessensauswahl gerichtlich festgestellt, ließ sich eine solche bisher soweit ersichtlich in keinem Fall rechtfertigen. Zwar unterliegt Art. 3 Abs. 3 S. 1 GG keinem absoluten Anknüpfungsverbot. Ist jedoch – wie im Fall des VG Dresden – ein pönalisiertes Merkmal mitursächlich für die Auswahlentscheidung, kommt allenfalls eine Rechtfertigung durch kollidierendes Verfassungsrecht in Betracht ([a]), wobei eine strenge Verhältnismäßigkeitsprüfung vorgenommen wird ([b]). Die Parameter der gerichtlichen Rechtfertigungsdogmatik verdienen jedoch eine kritische Würdigung, da sie bei entsprechender Datengrundlage einem Kollektivverdacht gegenüber bestimmten Bevölkerungsgruppen Vorschub leisten ([c]).

#### a) Kollidierendes Verfassungsrecht

Während sich die ausschließliche Anknüpfung an ein nach Art. 3 Abs. 3 S. 1 GG verbotenes Diskriminierungsmerkmal bei Polizeikontrollen nach überwiegender Auffassung nicht rechtfertigen lässt,<sup>133</sup> da damit zugleich ein Verstoß gegen die Menschenwürde (Art. 1 Abs. 1 GG) einhergeht,<sup>134</sup> gilt dies für die Anknüpfung im Rahmen eines Motivbündels nach wohl derzeit herrschender Ansicht nicht.<sup>135</sup> War die Rasse oder ethnische Herkunft nur eines von vielen Entscheidungskriterien, ist eine Rechtfertigung grundsätzlich möglich, auch um die Einbeziehung der mittelbaren Diskriminierung verfassungsrechtlich aufzufangen. Als Rechtfertigungsgrund für die Ungleichbehandlung wegen der Rasse oder ethnischen Herkunft kommt jedoch nur kollidierendes Verfassungsrecht in Betracht.<sup>136</sup> Die Rechtsprechung tendiert an dieser Stelle allerdings dazu, selbst einfachgesetzliche migrationsrechtliche Ziele in den Rang kollidierendem Verfassungsrecht zu erheben.<sup>137</sup> Unter wortgleicher Zitierung des OVG Rheinland-Pfalz lässt das VG Dresden die Durchsetzung des Verbots der unerlaubten Einreise (§ 95 Abs. 1 Nr. 3 AufenthG) und die Verhinderung von Schleuserkriminalität (§ 96 AufenthG) als „Begleiterscheinung“ der unerlaubten Ein-

<sup>132</sup> EGMR, NJW 2023, S. 139 (142).

<sup>133</sup> OVG Nordrhein-Westfalen, Urt. v. 7.8.2018 – 5 A 294/16, Rn. 58; *Langenfeld*, in: Dürig/Herzog/Scholz (Fn. 76), Rn. 46; *Payandeh*, JuS 2015, S. 695 (697); *Ruch*, in: Hunold/Singelstein (Fn. 95), S. 89; *Boysen*, JURA 2020, S. 1198; *Goldhammer*, in: BeckOK PolR Bayern, 20. Ed. 2022, Art. 5 PAG Rn. 34a; anderes gilt für konkrete Fahndungsbeschreibungen, vgl. *Pettersson*, ZAR 2019, S. 301 (304).

<sup>134</sup> Vgl. zum Menschenwürdegehalt des Diskriminierungsverbots wegen der Rasse BVerfGE 144, 20 (207 f.); BVerfG, NZA 2020, S. 1704 (1706); *Hong*, Der Menschenwürdegehalt der Grundrechte, 2019, S. 357 ff.

<sup>135</sup> Vgl. nur *Boysen*, in: von Münch/Kunig (Fn. 79), Rn. 132; *Krieger*, in: Schmidt-Bleibtreu/Hofmann/Henneke (Fn. 20), Rn. 61; *Baer/Markard*, in: von Mangoldt/Klein/Stark (Fn. 4), Rn. 432; dagegen *Ruch*, in: Hunold/Singelstein (Fn. 95), S. 92; *Cremer*, Racial Profiling (Fn. 9), S. 30; *Barskanmaz*, in: Mangoldt/Payandeh (Fn. 12), Rn. 58; krit. auch *Tomerius*, DVBl. 2019, S. 1581 (1587).

<sup>136</sup> OVG Rheinland-Pfalz, Urt. v. 21.4.2016 – 7 A 11108/14, Rn. 132; BVerfG, NJW 2004, S. 1095 (1096); *Boysen*, in: von Münch/Kunig (Fn. 79), Rn. 132; *Payandeh*, JuS 2015, S. 695 (697).

<sup>137</sup> Krit. schon *Tischbirek*, in: Mangoldt/Payandeh (Fn. 9), Rn. 56; allg. krit. mit Blick auf „Blankettformeln“ *Boysen*, in: von Münch/Kunig (Fn. 79), Rn. 102.

reise als kollidierendes Verfassungsrecht genügen.<sup>138</sup> Im Unterschied hierzu hatte das OVG Nordrhein-Westfalen etwas enger nur die staatliche Schutzpflicht für „Leib und Leben sowie das Eigentum der Bürger“ als legitime Rechtfertigungsgründe für die rassistische Diskriminierung herangezogen.<sup>139</sup> In der Entscheidung zur anlass- und verdachtsunabhängigen Kfz-Kennzeichenkontrolle<sup>140</sup> erklärt das BVerfG Kompensationsmaßnahmen für den Wegfall der innereuropäischen Grenzkontrollen zu einem grundsätzlich legitimen Rechtfertigungsgrund.<sup>141</sup> Der EuGH legt jedoch für pauschale und anlasslose informatorische Eingriffe einen strengeren Maßstab an. In seiner Rechtsprechung zur Vorratsdatenspeicherung und zur Passagierdatenübermittlung nimmt er eine Abstufung zwischen einfacher Kriminalität, schwerer Kriminalität und ernststen Bedrohungen der öffentlichen Sicherheit sowie akuten Bedrohungen für die nationale Sicherheit vor.<sup>142</sup> Nur letztere können eingriffsintensive anlasslose Überwachungsmaßnahmen rechtfertigen. Zwar haben verdachtsunabhängige Bundespolizeikontrollen keine vergleichbare Streubreite. Doch steigt ihre Eingriffsintensität durch die Anknüpfung an verbotene Diskriminierungsmerkmale, die zugleich in der Regel sensible Datenkategorien betreffen (Art. 10 RL (EU) 2016/680) und prinzipiell nicht die Grundlage für Profilbildung bilden dürfen.<sup>143</sup> Mit Blick auf die menschenwürderechtliche Relevanz einer Diskriminierung wegen der Rasse sind höchste Anforderungen an das kollidierende Verfassungsrecht zu stellen. Weder einfachrechtliche migrationspolitische Erwägungen noch der pauschale Verweis auf die Territorialhoheit und den Schutz der inneren Sicherheit genügen für eine Rechtfertigung. Im Lichte der unionsrechtlichen Grundrechtsdogmatik können nur erheblich gewichtige Rechtsgüter, wie Leib, Leben und Freiheit der Person sowie der Bestand und die Sicherheit des Bundes und der Länder<sup>144</sup> herangezogen werden, die überdies gegenwärtig und konkret<sup>145</sup> gefährdet sein müssen, um eine Diskriminierung zu rechtfertigen.

### *b) Strenge Verhältnismäßigkeit*

Eine Diskriminierung wegen der Rasse oder ethnischen Herkunft unterliegt zudem einer strengen Verhältnismäßigkeitsprüfung.<sup>146</sup> Das VG Dresden führte unter Zugrundelegung eines freiheitsrechtlichen Schemas aus, dass „die Einbußen an grundrechtlich geschützter Freiheit nicht in einem unangemessenen Verhältnis zu den legitimen Gemeinwohlzwecken

---

<sup>138</sup> VG Dresden, Urt. v. 18. 1. 2022 – 6 K 438/19, Rn. 52; OVG Rheinland-Pfalz, Urt. v. 21. 4. 2016 – 7 A 11108/14, Rn. 132.

<sup>139</sup> OVG Nordrhein-Westfalen, Urt. v. 7. 8. 2018 – 5 A 294/16, Rn. 44.

<sup>140</sup> Art. 33 Abs. 2 S. 2 – 5, Art. 13 Abs. 1 Nr. 5 BayPAG.

<sup>141</sup> BVerfGE 150, 244 (297 f.), Rn. 143 f.

<sup>142</sup> Zu dieser „Hierarchie“ bei informatorischen Eingriffen EuGH, EuZW 2022, S. 958 (963), Rn. 71 ff. m. w. N.

<sup>143</sup> So gilt für die automatisierte Entscheidungsfindung und Data Mining gem. Art. 11 Abs. 3 RL (EU) 2016/680: „Profiling, das zur Folge hat, dass natürliche Personen auf Grundlage von besonderen Datenkategorien nach Artikel 10 diskriminiert werden, ist nach dem Unionsrecht verboten.“

<sup>144</sup> Vgl. zur anlasslosen Kennzeichenkontrolle BVerfGE 150, 244 (284) m. w. N.

<sup>145</sup> Bzw. „real und aktuell“, EuGH, EuZW 2022, S. 958 (966), Rn. 93.

<sup>146</sup> Allg. zu polizeilichen Vorfeldbefugnissen, die unbeteiligte Dritte betreffen, BVerfGE 115, 320 (335): „besonders strenge Beachtung des Übermaßverbots“; s. ferner *Jarass*, in: ders./Pieroth (Fn. 104), Rn. 153; *Boysen*, in: von Münch/Kunig (Fn. 79), Rn. 183: „strengsten Anforderungen“.

stehen<sup>147</sup> dürfen. Im Ergebnis erachtete es die Mitanknüpfung an die Hautfarbe als unverhältnismäßig. Schon die Erfolgsquote sei bezogen auf das Eingriffsgewicht äußerst gering. Tatsächlich sei § 22 Abs. 1a BPolG für den Schutz der genannten Verfassungsziele zu unbedeutend, als dass ihr Vollzug eine Ungleichbehandlung wegen der Hautfarbe rechtfertigen könne.<sup>148</sup> Die generalpräventive Wirkung von § 22 Abs. 1a BPolG werde auch durch weniger zielgerichtete Stichprobenkontrollen erreicht. Da die Befragung und das Anhalten gegen Art. 3 Abs. 3 S. 1 GG verstieß und der Kläger nicht zur Vorlage seiner Ausweispapiere verpflichtet war, erklärte es auch die Folgeentscheidungen (Fixierung, Verbringung zur Dienststelle unter Anwendung unmittelbaren Zwangs und körperliche Durchsuchung) für rechtswidrig.

### c) Kritik

Zweifel an der Eignung von § 22 Abs. 1a BPolG sind nicht nur im Einzelfall, sondern ganz grundsätzlich angebracht, zeigen doch die Zahlen seit Jahren, dass der Kollateralschaden durch die Diskriminierung in keinem Verhältnis zum verfolgten Zweck der Kontrollen steht. Von Januar bis Oktober 2022 kam es in nur 0,4% der Kontrollen nach § 22 Abs. 1a BPolG zur Feststellung unerlaubter Einreise, 0,1% betrafen Feststellungen wegen unerlaubten Aufenthalts, der aber vom Gesetzeszweck nicht umfasst ist.<sup>149</sup> Inwiefern mit § 22 Abs. 1a BPolG die spezialpräventiven Zwecke erreicht werden können ist fraglich, da mit dem Grenzübertritt auf dem Landweg die unerlaubte Einreise in der Regel bereits vollendet ist.<sup>150</sup>

Wie schon die in Bezug genommenen Oberverwaltungsgerichte zieht auch das VG Dresden zur Überprüfung der Verhältnismäßigkeit der Ungleichbehandlung Statistiken heran. Dies legt den Schluss nahe, dass – bei Vorliegen valider Daten – zulässigerweise von der (vermuteten bzw. zugeschriebenen) Herkunft und Hautfarbe auf das Vorliegen erhöhter Kriminalitätsgefahr geschlossen werden könne.<sup>151</sup> Würden die Kontrollen auf Grundlage von § 22 Abs. 1a BPolG nach rassistischem Muster eine signifikante Erfolgsquote bei der Bekämpfung der unerlaubten Einreise und Schleuserkriminalität aufweisen, käme eine Rechtfertigung der Ungleichbehandlung danach in Betracht. Diese Argumentation ist äußerst kritikwürdig. In der kriminologischen Forschung gilt es als gesichert, dass für migrantische Personen und bestimmte ethnische Minderheiten schon die Kriminalisierungswahrscheinlichkeit durch die Polizei erhöht ist.<sup>152</sup> Dies wiederum zum Ausgangs-

<sup>147</sup> VG Dresden, Urt. v. 18.1.2022 – 6 K 438/19, Rn. 52.

<sup>148</sup> Ebd.; vgl. auch schon OVG Rheinland-Pfalz, Urt. v. 21.4.2016 – 7 A 11108/14, Rn. 133.

<sup>149</sup> 2021 betrug die Erfolgsquote der Feststellungen wegen unerlaubter Einreise bei Kontrollen nach § 22 Abs. 1a BPolG 0,9%; s. die Zahlen in der Antwort der Bundesregierung auf die Kleine Anfrage, BT-Drs. 20/4961 (Fn. 64); zu den konstant geringen Erfolgsquoten der Vorjahre s. *Tischbirek*, in: Mangold/Payandeh (Fn. 9), Rn. 32. Die Bundespolizei stellte 2021 insgesamt 57.637 unerlaubte Einreisen fest, Bundespolizei, Jahresbericht 2021, S. 48. Im Jahr 2022 waren es insgesamt 91.986 Feststellungen, s. die Meldung v. 17.1.2023, abrufbar unter [https://www.bundespolizei.de/Web/DE/04Aktuelles/01Meldungen/2023/01/23011\\_unerlaubte-einreisen\\_bp.html](https://www.bundespolizei.de/Web/DE/04Aktuelles/01Meldungen/2023/01/23011_unerlaubte-einreisen_bp.html).

<sup>150</sup> *Wehr*, BPolG (Fn. 71), Rn. 10.

<sup>151</sup> OVG Nordrhein-Westfalen, Urt. v. 7.8.2018 – 5 A 294/16, Rn. 58 (auf die Örtlichkeit oder Situation bezogene Lagebilder); OVG Rheinland-Pfalz, Urt. v. 21.4.2016 – 7 A 11108/14, Rn. 133 (bundespolizeiliche Erfolgsquoten der Schleierfahndung).

<sup>152</sup> *Behr*, in: Howe/Ostermeier (Hrsg.), *Polizei und Gesellschaft*, 2019, S. 17 ff. Unter Verweis auf die die Statistik verzerrende Fokussierung der Kontrollpraxis auf migrantisch geprägte Viertel und

punkt für die stärkere Kontrolle dieser Personengruppen zu nehmen, folgt dem Muster der „Self-Fulfilling Prophecy“, so dass es ein „stigmatisierender Selektionsprozess“<sup>153</sup> ausgelöst wird: „Die Ergebnisse dieser als erfolgreich empfundenen Polizeiarbeit wirken anschließend auf die stereotype Profilbildung zurück.“<sup>154</sup> Im schlimmsten Fall hat dies zur Folge, dass naheliegende Ermittlungsansätze nicht mehr gesehen werden – und, wie der NSU-Skandal gezeigt hat – im „ausländischen“ Milieu, das zugleich Opfer rassistischer Straftaten ist, anstatt im rechtsextremen Milieu ermittelt wird.<sup>155</sup> Das OVG Nordrhein-Westfalen verweist zwar einerseits darauf, die Statistiken müssten eine höhere Gefährdung durch bestimmte Zielgruppen belegen, andererseits aber erkennt es, dass Vorurteile bei der Erstellung der Statistik „reproduzierende Verzerrungseffekte“ haben könnten.<sup>156</sup>

Dogmatisch ist zudem die schematische Heranziehung des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes bei der Rechtfertigung der Ungleichbehandlung wegen der Rasse und ethnischen Herkunft verfehlt.<sup>157</sup> Stattdessen ist eine modifizierte Verhältnismäßigkeitsprüfung vorzunehmen und zu prüfen, ob gewichtige Gründe von Verfassungsrang (an die erhöhte Anforderungen zu stellen sind, s. bereits unter [a]) für die Ungleichbehandlung bestehen.<sup>158</sup> Zwischen dem Unterscheidungsmerkmal der Rasse oder ethnischen Herkunft einerseits und dem verfolgten Regelungsziel muss ein objektiver Zusammenhang<sup>159</sup> bestehen. Ein solcher kann im Gefahrenabwehrrecht nur dann vorliegen, wenn von einer entsprechend äußerlich markierten Personengruppe ein aktueller, konkreter Gefahrenverdacht auf Grund hinreichender Anhaltspunkte<sup>160</sup> ausgeht.<sup>161</sup> Dies kann allenfalls im extremen Einzelfall situationsabhängig der Fall sein, etwa bei polizeilichem Einschreiten auf Grund konkreter gewaltsamer Auseinandersetzungen zwischen phänotypisch abgrenzbaren Gruppen oder bei entsprechender homogener Mob-Bildung. Dann liegt aber regelmäßig auch eine konkrete Ge-

---

Personen auch krit. *Tischbirek*, in: Mangold/Payandeh (Fn. 9), Rn. 60; *Niemz/Singelstein*, in: Hunold/Singelstein (Fn. 74), S. 337 (344) m. w. N.; zum einseitigen Fokus aus kriminologischer Perspektive und den sozialpsychologischen Folgewirkungen s. die Nachw. bei Wissenschaftlicher Dienst des Bundestags, Einzelfragen zu „Racial Profiling“ und zur „Ausländerkriminalität“, WD 7 – 3000 – 108/21, S. 11 m.w.N.

<sup>153</sup> *Niemz/Singelstein*, in: Hunold/Singelstein (Fn. 74), S. 337 (345, 347); *Markard*, in: Froese/Thym (Hrsg.), Grundgesetz und Rassismus, 2022, S. 160 (172); *Pettersson*, ZAR 2019, S. 301 (305); OVG Rheinland-Pfalz, Urt. v. 21.4.2016 – 7 A 11108/14, Rn. 132.

<sup>154</sup> *Niemz/Singelstein*, in: Hunold/Singelstein (Fn. 74), S. 337 (348).

<sup>155</sup> Ausführlich zum skandalösen Ermittlungsverhalten, das von kulturellem Rassismus geprägt war, *Rammelsberger/Schultz/Stadler* u. a., Der NSU-Prozess. Das Protokoll, 2018. Dies als Ausdruck von institutionellem Rassismus einordnend *Markard*, in: Froese/Thym (Fn. 153), S. 170 f.

<sup>156</sup> OVG Nordrhein-Westfalen, Urt. v. 7.8.2018 – 5 A 294/16, Rn. 68.

<sup>157</sup> s. auch *Wollenschläger*, in: v. Mangoldt/Klein/Starck, GG, 7. Aufl. 2018, Art. 3 Abs 1 Rn. 105, wonach das BVerfG bei Art. 3 GG nur selten auf den klassischen Verhältnismäßigkeitsgrundsatz rekurriert.

<sup>158</sup> Vgl. BVerfGE 133, 377 (415 Rn. 92); zur zweistufigen Prüfung *Wollenschläger*, in: v. Mangoldt/Klein/Starck (Fn. 157), Rn. 106.

<sup>159</sup> ECRI, Allgemeine Politikempfehlung Nr. 11 (Fn. 127), Ziff. I.1.; EU-Grundrechtsagentur, Leitfaden (Fn. 117), S. 31: „angemessene Gründe für einen Verdacht“.

<sup>160</sup> Zum Begriff der konkreten Gefahr BVerfGE 115, 320 (364); BVerfGE 141, 220 (271); BVerfGE 116, 347 (351); zur realen und aktuellen Bedrohungslage EuGH, EuZW 2022, S. 958 (966), Rn. 93.

<sup>161</sup> *Kischel*, in: Epping/Hillgruber (Fn. 76), Rn. 223c–223d.

fahr im polizeirechtlichen Sinne vor.<sup>162</sup> Bei verdachtsunabhängigen, anlasslosen Maßnahmen mit generalpräventiver Ausrichtung hingegen rechtfertigt die Gefahrenvorsorge auf Grundlage polizeilicher Lageerkenntnisse nicht die Ungleichbehandlung wegen der Rasse. Lageerkenntnisse und grenzpolizeiliche Erfahrung bilden Erfahrungssätze *ex post* ab. Diese wiederum systematisch zur Grundlage für die *ex ante*-Gefährdungsbeurteilung zu nehmen hieße, die Vorverurteilung auf Grund vergangener Erfahrungssätze zu perpetuieren. Die Annahme, wonach rassische Merkmale objektiv eine Vorstufe zum Verdacht im migrationsrechtlichen Sinne darstellen können, ist mit der als oberster Verfassungswert verankerten Menschenwürde, der das politische Konzept einer „ethnischen Volksgemeinschaft“ fundamental widerspricht,<sup>163</sup> schlicht nicht in Einklang zu bringen.<sup>164</sup>

## V. Ersatzgrenzkontrollcharakter

Eine besondere Betrachtung verdient schließlich die vom VG Dresden immerhin in zwei langen Randnummern<sup>165</sup> ausführlich behandelte Frage der Vereinbarkeit von § 22 Abs. 1a BPolG mit Unionsrecht, insbesondere dem SGK. Als Kompensation für den Wegfall der Binnengrenzkontrollen dienen § 22 Abs. 1a und § 23 Abs. 1 Nr. 3 BPolG der Verhinderung und Unterbindung unrechtmäßiger Sekundärmigration innerhalb der Europäischen Union und der Einhaltung nationaler ausländerrechtlicher Bestimmungen.<sup>166</sup> Im Lichte der EuGH-Rechtsprechung zur Schleierfahndung fehlt für § 22 Abs. 1a BPolG bereits ein eingrenzender Rechtsrahmen (1.). Wird überdies die abschreckende Wirkung auf die uniongrundrechtlich geschützte Freizügigkeit von Angehörigen ethnischer Minderheiten berücksichtigt, erweist sich die Kontrollbefugnis als unverhältnismäßiger Eingriff in die unionsrechtlichen Diskriminierungsverbote (2.).

### 1. Vereinbarkeit mit dem SGK

Nach Art. 22 SGK („Überschreiten der Binnengrenzen“) und Art. 23 SGK („Kontrollen innerhalb des Hoheitsgebiets“) dürfen die Mitgliedstaaten auch keine Ersatzgrenzkontrollen an den Binnengrenzen einführen. Die Ausübung der polizeilichen Kontrollbefugnisse ist zulässig, wenn diese „nicht die gleiche Wirkung wie Grenzübertrittskontrollen“ haben (Art. 23 lit. a SGK). Einen Verstoß gegen diese Vorgaben sah das VG Dresden in § 22 Abs. 1a BPolG nicht. Anders als zur Schleierfahndung nach § 23 Abs. 1 Nr. 3 BPolG ([a]) liegt zur Unionsrechtskonformität von § 22 Abs. 1a BPolG bisher keine höchstrichterliche Entscheidung vor. Es stellt sich die Frage der Übertragbarkeit der EuGH-Maßstäbe auf diese Befugnis ([b]).

---

<sup>162</sup> Vgl. zu dieser Abgrenzung *Froese*, DVBl. 2017, S. 293.

<sup>163</sup> BVerfG, Urteil vom 17. 1. 2017 – 2 BvB 1/13 (9. Leitsatz).

<sup>164</sup> *Barskanmaz*, in: Mangold/Payandeh (Fn. 12), Rn. 58.

<sup>165</sup> VG Dresden, Urt. v. 18. 1. 2022 – 6 K 438/19, Rn. 42–43.

<sup>166</sup> BT-Drs. 13/10790, S. 4.; krit. *Lisken*, NVwZ 1998, S. 22 (23).

### a) Unionsrechtskonformität der Schleierfahndung

§ 23 Abs. 1 Nr. 3 BPolG wurde erstmals vom VG Stuttgart und dieses bestätigend vom VGH Baden-Württemberg<sup>167</sup> für unvereinbar mit dem SGK und Art. 67 Abs. 2 AEUV erklärt. Insbesondere genügten die normkonkretisierenden internen Verwaltungsvorschriften „BRAS 120“ weder der Form noch dem Inhalt für einen vorhersehbaren Rahmen, der die unionsrechtlich gebotene „Kontrolle der Kontrollen“ ermöglichen würde.<sup>168</sup> Der EuGH hatte mit Blick auf §§ 22 Abs. 1a, 23 Abs. 1 Nr. 3 BPolG das Fehlen eines rechtlichen Rahmens, der die Intensität, Häufigkeit und Selektivität der Kontrollen ermessenslenkend einschränken würde, bemängelt.<sup>169</sup> In früheren Entscheidungen zu den französischen und niederländischen Regelungen hatte der EuGH verdachtsunabhängige Identitätskontrollen im Grenzgebiet zwar nicht grundsätzlich für unvereinbar mit Unionsrecht erklärt. Allerdings dürfen die Kontrollen nicht dasselbe Ziel wie Grenzkontrollen haben und müssen die Befugnisse „hinreichend genau und detailliert sein, um sowohl die Notwendigkeit der Kontrollen als auch die konkret gestatteten Kontrollmaßnahmen selbst Kontrollen unterziehen zu können“.<sup>170</sup>

Vor diesem Hintergrund erließ das Bundesministerium des Inneren am 7.3.2016 ein Dekret zur Einschränkung von § 23 Abs. 1 Nr. 3 BPolG. Danach dürfen Maßnahmen zur Identitätsfeststellung im Grenzgebiet nur „unregelmäßig zu unterschiedlichen Zeiten, an unterschiedlichen Orten und stichprobenartig“ erfolgen. Über den Wortlaut von Art. 23 lit. a SGK und § 23 Abs. 1 Nr. 3 BPolG geht er kaum präzisierend hinaus. Doch nach Auffassung des BVerwG genügt dieser Rechtsrahmen den Vorgaben des SGK und Art. 67 Abs. 2 AEUV.<sup>171</sup> Bei der erneuten Vorlage des § 23 Abs. 1 Nr. 3 BPolG – nun im Lichte des ministeriellen Erlasses<sup>172</sup> – zeigte sich der EuGH mit wenig zufrieden.<sup>173</sup> Wenig überzeugend begnügt er sich mit dem Erlass. Zum einen bezwecke § 23 Abs. 1 Nr. 3 BPolG nicht nur die Bekämpfung unerlaubter Einreise, sondern auch anderer Vergehen, insbesondere der grenzüberschreitenden Kriminalität. Zum anderen verwies er auf die Zuständigkeit der Mitgliedstaaten für die Bekämpfung illegaler Einwanderung (Art. 79 Abs. 1, 2 lit. c AEUV). Schließlich erfolgten die Kontrollen nicht allein auf Grund des Grenzüberttritts, sondern auf der Grundlage ständig aktualisierter Lagekenntnisse und grenzpolizeilicher Erfahrung. Der Erlass

---

<sup>167</sup> VG Stuttgart, Urt. v. 22.10.2015 – 1 K 5060/13; VGH Baden-Württemberg, 13.2.2018 – 1 S 1469/17. Der Fall betraf die Identitätsfeststellung eines afghanisch-stämmigen deutschen Staatsbürgers auf einer innerdeutschen ICE-Verbindung.

<sup>168</sup> VGH Baden-Württemberg, Urt. v. 13.2.2018 – 1 S 1469/17, Rn. 30 ff. und 1 S 1468/17, Rn. 82 ff.; vgl. schon *Trennt*, DÖV 2012, S. 216 (222 f.); *Groh*, NVwZ 2016, S. 1678 (1682 f.); *Halder/Ittner*, ZJS 2018, S. 308 (316); mit Blick auf die Einstufung als geheime Verschlusssache krit. *Michl*, DÖV 2018, S. 50 (58); *Graulich*, in: Lisken/Denninger (Fn. 74), Rn. 325.

<sup>169</sup> EuGH, Urt. v. 21.6.2017, C-9/16, Rn. 59, 73 noch unter der alten Verordnung (EG) Nr. 562/2006 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 15.3.2006 über einen Gemeinschaftskodex für das Überschreiten der Grenzen durch Personen, ABl. L 105/1 (SGK a. F.); zur Unvereinbarkeit der allg. Kontrollpflicht von Beförderungsunternehmen im Schengen-Raum mit Art. 67 Abs. 2 AEUV s. EuGH, NVwZ 2019, S. 950.

<sup>170</sup> EuGH, Urt. v. 19.7.2012, C-278/12, Rn. 76; EuGH, Urt. v. 22.6.2010, Rs. C-188/10 und C-189/10, Rn. 73.

<sup>171</sup> BVerwG, NVwZ 2020, S. 382.

<sup>172</sup> AG Kehl, NJW-Spezial 2019, S. 505 (Kurzfassung).

<sup>173</sup> EuGH, Beschl. v. 4.6.2020, C-554/19, Rn. 40.

stelle sicher, dass die Kontrollen nicht dauerhaft und systematisch, sondern unregelmäßig und „offensichtlich selektiv“ durchgeführt würden.<sup>174</sup> Überzeugend ist dies nicht, zumal der EuGH die von ihm selbst aufgestellten Parameter nicht ernst nimmt. § 23 Abs. 1 Nr. 3 BPolG unterliegt weiterhin keiner Begrenzung hinsichtlich der Häufigkeit von Kontrollen oder einer Protokollierungspflicht, so dass die Stichprobenartigkeit der Kontrollen praktisch kaum gewährleistet werden kann.<sup>175</sup> Der ministerielle Erlass von 2016, der nach Auffassung des EuGH § 23 Abs. 1 Nr. 3 BPolG hinreichend präzisiert, trifft indes für § 22 Abs. 1a BPolG keinerlei Einschränkungen. Insofern ist die Beurteilung mit Blick auf diese Befugnisnorm weiterhin offen.

#### b) Übertragbarkeit auf § 22 Abs. 1a BPolG

Das VG Dresden übertrug die EuGH-Rechtsprechung auf § 22 Abs. 1a BPolG und kam zu dessen Vereinbarkeit mit dem SGK.<sup>176</sup> Dabei können diese Kontrollen „jederzeit stattfinden und ihrem Wortlaut nach jede Person betreffen“<sup>177</sup>. Im Unterschied zu § 23 Abs. 1 Nr. 3 BPolG, der zu Identitätskontrollen befugt, ermächtigt § 22 Abs. 1a BPolG aber zunächst nur zum kurzzeitigen Anhalten und Befragen der betreffenden Person und nur in Ausnahmefällen zur Plausibilisierung durch die Ausweiskontrolle. Angesichts dessen habe sie nicht die gleiche Wirkung wie Grenzübertrittskontrollen. Wegen ihres „eingeschränkten räumlichen Anwendungsbereichs“ sei § 22 Abs. 1a BPolG bereits strukturell nicht in der Lage, die gleiche Wirkung wie Grenzübertrittskontrollen zu begründen. Die Wahrscheinlichkeit, einer solchen Maßnahme unterworfen zu werden, sei „als sehr gering einzuschätzen“<sup>178</sup>. Das Gericht setzte die Kontrollmaßnahmen sodann in Relation zu den absoluten Zahlen aller Bahn- und Flugreisender und kam nach ausführlicher Berechnung zu dem Schluss, dass angesichts täglich ca. 7,456 Millionen Reisender die im Durchschnitt 476 durchgeführten Kontrollen pro Tag nicht erheblich ins Gewicht fallen. Die Wahrscheinlichkeit des Durchschnittsreisenden, einer Maßnahme nach § 22 Abs. 1a BPolG unterzogen zu werden, betrage demnach 6:100.000.<sup>179</sup> Entscheidend dürfte vielmehr sein, dass die auf § 22 Abs. 1a BPolG gestützten Kontrollen zu einem großen Teil im Inland erfolgen, während auf § 23 Abs. 1 Nr. 3 BPolG gestützte Kontrollen ausschließlich im Grenzgebiet erfolgen.<sup>180</sup> Allerdings erfassen die Kontrollen auch Schengen-Reisen.

---

<sup>174</sup> Ebd. Rn. 56.

<sup>175</sup> Vgl. auch *Halder*, NVwZ 2018, S. 386; bereits im Vorfeld krit. *Mickl*, DÖV 2018, S. 50 (58).

<sup>176</sup> VG Dresden, UrT. v. 18. 1. 2022 – 6 K 438/19, Rn. 42 unter Verweis auf EuGH, UrT. v. 22. 6. 2010, Rs. C-188/10 und C-189/10, Rn. 68; EuGH, UrT. v. 19. 7. 2012 – C-278/12, Rn. 55 f.

<sup>177</sup> VG Dresden, UrT. v. 18. 1. 2022 – 6 K 438/19, Rn. 42.

<sup>178</sup> Ebd. Rn. 43.

<sup>179</sup> Ebd., Zahlen auf dem Stand von 2018.

<sup>180</sup> So erfolgten 2022 (Jan-Okt) von den 344.201 auf § 22 Abs. 1a BPolG gestützten Kontrollen 101.809 im Inland. Auch quantitativ erfolgen mehr Kontrollen nach § 23 Abs. 1 Nr. 3 BPolG (davon 1.372.143 im Grenzgebiet), s. die Antwort der Bundesregierung auf die Kleine Anfrage BT-Drs. 20/4961 (Fn. 64), S. 3.

## 2. Diskriminierung in der Supranationalitätsfalle

Diese Kalkulation mag zwar den systematischen Grenzkontrollcharakter in Frage stellen, nicht aber die Zweifel an der Vereinbarkeit mit dem besonderen unionsrechtlichen Diskriminierungsverbot wegen der Rasse und ethnischen Herkunft (Art. 21 Abs. 1 GRCh<sup>181</sup>) beseitigen. Das allgemeine Freizügigkeitsrecht (Art. 45 Abs. 1 GRCh, Art. 20 Abs. 2 UAbs. 1 lit. a AEUV) erfährt insofern eine Verstärkung durch Art. 21 Abs. 1 GRCh, der ebenfalls im engen Zusammenhang<sup>182</sup> mit der Menschenwürde steht. Anlasslose Kontrollen mögen zwar in Relation zum absoluten Reiseaufkommen nicht systematisch sein und formal unterschiedslos erfolgen. Doch für die Beurteilung der faktisch diskriminierenden Wirkung kommt es nicht nur auf die Zahl der kontrollierten Reisenden im Verhältnis zum gesamten Reiseaufkommen an. Vielmehr muss der Fokus darauf gerichtet sein, wie viele Personen, die einer ethnischen Minderheit angehören, von den jährlich zuletzt 344.201 Kontrollmaßnahmen nach § 22 Abs. 1a BPolG betroffen waren. Offiziell werden diese Daten in Deutschland nicht erhoben.<sup>183</sup> Befragungen legen nahe, dass ethnische Minderheit in Relation zu ihrem Anteil an der Gesamtbevölkerung überproportional häufig von den Kontrollen erfasst werden. In ihrer praktischen Wirkung treffen die Kontrollen – soweit dies bisher beurteilt werden kann<sup>184</sup> – überwiegend Reisende, die wegen phänotypischer Merkmale einer ethnischen oder rassischen Minderheit zugeordnet werden können. In Befragungen der Europäischen Grundrechtsagentur gab ein Drittel (33 %) an das Gefühl zu haben, wegen der (vermuteten) ethnischen Herkunft angehalten worden zu sein.<sup>185</sup> Am häufigsten äußerten Menschen mit asiatischem, afrikanischem oder nordafrikanischem Hintergrund diesen Eindruck, seltener hingegen türkischstämmige Befragte.<sup>186</sup> Betroffen fühlten sich überwiegend junge Männer (vermuteter) fremder Herkunft oder muslimischer Religionszugehörigkeit.<sup>187</sup> Der Studie zur Folge wurden Zugehörige einer ethnischen oder rassischen Minderheit im Vergleich zu Angehörigen der Mehrheitsgesellschaft doppelt so häufig angehalten und befragt. So fühlen sich in Deutschland am häufigsten Menschen mit Ursprung im sub-saharischen Afrika einer Kontrolle auf Grund Racial Profiling un-

---

<sup>181</sup> Vertiefend zu diesem *Barskanmaz*, in: Mangold/Payandeh (Fn. 12), Rn. 47 ff.

<sup>182</sup> *Rossi*, in: Calliess/Ruffert (Hrsg.), EUV/AEUV/GRCh Kommentar, 6. Aufl. 2022, Art. 21 GRCh Rn. 3.

<sup>183</sup> Dies bemängelnd CERD, Schlussbemerkungen zu den 19. bis 22. Staatenberichten der Bundesrepublik Deutschland, CERD/C/DEU/CO/19–22 v. 30. 6. 2015, Nr. 11. Dass dies möglich wäre, zeigt das Beispiel des Vereinigten Königreichs, wo bei Polizeikontrollen auch systematisch Informationen zur ethnischen Zugehörigkeit der Adressaten erfasst werden, s. <https://www.ethnicity-facts-figures.service.gov.uk/crime-justice-and-the-law/policing/stop-and-search/latest>; s. auch die Empfehlung der EU-Grundrechtsagentur, Leitfaden (Fn. 117) S. 52 f.; krit. *Kaneza*, ZAR 2021, S. 395 (398 f.); *Franke/Schlenzka*, ZAR 2019, S. 179; die absolute Zahl stammt aus der polizeilichen Eingangsstatistik der Bundespolizei, s. Antwort auf die Kleine Anfrage, BT-Drs. 20/4961 (Fn. 64), S. 3.

<sup>184</sup> Auf Unionsebene geben zwei Erhebungen der EU-Grundrechtsagentur Aufschluss über das Ausmaß der Diskriminierung: Die Fundamental Rights Survey (Fn. 50), S. 6 und die Zweite Erhebung der Europäischen Union zu Minderheiten und Diskriminierung. Muslimas und Muslime – ausgewählte Ergebnisse, 2018 (EU-MIDIS II). Die Auswirkungen von Racial Profiling auf die Freizügigkeit ethnischer Minderheiten in der Union bedarf jedoch einer quantitativ und qualitativ vertieften Untersuchung.

<sup>185</sup> EU-Grundrechtsagentur, Leitfaden (Fn. 117), S. 51; EU-Grundrechtsagentur, EU-MIDIS II (Fn. 184), S. 56 ff.

<sup>186</sup> EU-Grundrechtsagentur, Leitfaden (Fn. 117), S. 51.

<sup>187</sup> EU-Grundrechtsagentur, Survey (Fn. 50), S. 6.

terzogen (42 %).<sup>188</sup> Im EU-weiten Vergleich zeigt die Studie, dass sich das System der Identitätskontrollen auf Minoritäten aus bestimmten Herkunftsländern besonders auswirkt. Diese bilden keine homogene, geschlossene ethnische Gruppe.<sup>189</sup> Dabei ist auch die Heterogenität der Freizügigkeitsberechtigten in den Blick zu nehmen. Wird berücksichtigt, dass die unionsrechtliche Freizügigkeit auch für Drittstaatsangehörige mit Aufenthaltsrecht in einem Mitgliedstaat gilt (Art. 45 Abs. 2 GRCh) und von den Unionsbürgern in den Mitgliedstaaten durchschnittlich circa 20 % einen sogenannten Migrationshintergrund haben,<sup>190</sup> erweist sich die Befugnis für dunkelhäutige Menschen in besonderem Maße als Gefahr für die Freizügigkeit im Unionsgebiet. Nach ständiger Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs sind nationale Regelungen durch die Unionsbürger allein deswegen benachteiligt werden, weil sie von ihrer unionsrechtlichen Freizügigkeit Gebrauch machen (wollen), mit Art. 45 Abs. 1 GRCh unvereinbar.<sup>191</sup> Selbst das Ziel der Bekämpfung terroristischer Straftaten und schwerer Kriminalität rechtfertigt beispielsweise nicht die systematische und anlasslose Passagierdatenübermittlung sämtlicher Beförderungsmittel (Flug, Schienen-, Land- und Wasserwege) innerhalb der Union. Überwachungsmaßnahmen bei Reisen im Unionsgebiet, wie die anlasslose Fluggastdatenübermittlung, greifen nicht nur in Art. 7 und 8 GRCh schwerwiegend ein. Ihre Eingriffsintensität wird dadurch erhöht, dass sie Unionsbürger potenziell davon abschrecken, von ihrer in Art. 45 GRCh verbürgten Freizügigkeit Gebrauch zu machen.<sup>192</sup> Was für die Mehrheit der Unionsbürger gilt, muss erst recht für die von anlasslosen Grenzkontrollen in ihrer Freizügigkeit besonders betroffenen Angehörige ethnischer Minderheiten gelten. Für sie ist die gleiche, kontrollfreie Teilhabe am Freizügigkeitsraum nicht selbstverständlich, da mit jedem Grenzübertritt die Gefahr einer stigmatisierenden Kontrolle verbunden ist. Da zahlreiche Mitgliedstaaten<sup>193</sup> solche Ersatzgrenzkontrollen vorsehen, besteht ein engmaschiges intransparentes Kontrollnetz zum Nachteil phänotypisch „unauffälliger“ Freizügigkeitsberechtigter. Wenn schon die unsichtbare anlasslose Speicherung von Passagierdaten für Unionsbürger potenziell freiheitsverkürzend wirken kann, wie der EuGH in der PNR-Entscheidung erkannte, gilt dies erst recht für die im öffentlichen Raum erfolgenden polizeilichen Stichprobenkontrollen. Es liegt mithin eine Diskriminierung vor, die rechtlich nicht erfasst zu werden droht, wenn sie (wie bisher) entweder ausschließlich am Maßstab der Personenfreizügigkeit (so der EuGH unter Heranziehung von Art. 67 Abs. 2 AEUV) oder des nationalen Diskriminierungsverbots wegen der Rasse oder ethnischen Herkunft (das die Staatsangehörigkeit gerade nicht umfasst<sup>194</sup>), geprüft wird (so die Verwaltungsgerichte). Zwar handeln die

---

<sup>188</sup> EU-Grundrechtsagentur, Survey (Fn. 50), S. 25.

<sup>189</sup> So sind in Österreich überwiegend dem sub-saharischen Afrika zugeordnete Personen, in Griechenland Roma und in Belgien aus Nordafrika stammende Personen betroffen, EU-Grundrechtsagentur, Survey (Fn. 50), S. 6.

<sup>190</sup> In Deutschland hatten 2021 ca. 27 % der Bevölkerung einen Migrationshintergrund, <https://www.destatis.de/DE/Themen/Gesellschaft-Umwelt/Bevoelkerung/Migration-Integration/Tabellen/liste-migrationshintergrund-geschlecht.html#116670>. Der Begriff ist nicht identisch mit Drittstaatsangehörigen.

<sup>191</sup> Vgl. nur EuGH, NVwZ 2018, S. 482; EuGH, Urt. v. 19. 11. 2020, C-454/19.

<sup>192</sup> EuGH, EuZW 2022, S. 706 (715), Rn. 279, m. Anm. Sandhu, EuZW 2022, S. 716.

<sup>193</sup> Den Erklärungen der beigetretenen Mitgliedstaaten in den EuGH-Verfahren nach zu urteilen jedenfalls Tschechien, die Niederlande, Frankreich, Belgien und Österreich, s. nur EuGH, Urt. v. 19. 7. 2012 – C-278/12, Rn. 40 ff.

<sup>194</sup> Die Staatsangehörigkeit ist innerstaatlich nur dann ein inkriminiertes Merkmal, wenn sie Unionsbürger betrifft (Art. 18 Abs. 1 AEUV, Art. 21 Abs. 2 GRCh).

Mitgliedstaaten auf dem Gebiet der inneren Sicherheit und damit einem Bereich, „in dem die Grundrechte und die verschiedenen Rechtsordnungen und -traditionen der Mitgliedstaaten geachtet werden“ (Art. 67 Abs. 1 AEUV). Allerdings setzt das Unionsrecht mit dem SGK den grenznahen Personenkontrollen einen hinreichend determinierenden Rahmen, so dass die nationalen Befugnisnormen des Polizeirechts dem weiten Anwendungsbereich des Unionsrechts i. S. v. Art. 51 Abs. 1 AEUV<sup>195</sup> unterfallen. Nach Art. 7 Abs. 2 SGK müssen Grenzübertrettskontrollen diskriminierungsfrei durchgeführt werden und dürfen Grenzschutzbeamten Personen „nicht aus Gründen des Geschlechts, der Rasse, der ethnischen Herkunft, der Religion oder der Weltanschauung, einer Behinderung, des Alters oder der sexuellen Ausrichtung diskriminieren“. Ergänzend untersagt auch die Datenschutzrichtlinie für Polizei und Justiz automatisierte Entscheidungen (dort „Profiling“ genannt) die zur Diskriminierung wegen der rassischen oder ethnischen Herkunft führen.<sup>196</sup> Die Richtlinie gilt nach ihrem Art. 2 Abs. 1, Abs. 3 lit. 1 für die Verarbeitung personenbezogener Daten durch Polizeibehörden für Tätigkeiten, die in den Anwendungsbereich des Unionsrechts fallen. Die verdachtsunabhängigen Kontrollen im erweiterten Grenzraum wurden ausdrücklich „als Kompensation für die entfallenen Grenzkontrollen“<sup>197</sup> im Schengenraum eingeführt. Für diese stellen Art. 7 Abs. 2 und Art. 23 SGK einen hinreichend konkreten Rahmen auf, so dass es auf die umstrittene Kategorie der Anknüpfung an die Unionsbürgerschaft<sup>198</sup> nicht ankommt.<sup>199</sup> Die rassistische Diskriminierung kann in diesem sowohl im geographischen als auch rechtlichen Sinne markierten „Grenzbereich“ nur durch eine Zusammenschau von Art. 45 und Art. 21 GRCh i. V. m. Art. 67 Abs. 2 AEUV adäquat erfasst werden. Wenn zuweilen beiläufig ausgeführt wird, „Deutsche und Europäer“ könnten nicht illegal einreisen, weshalb ihre Kontrolle zwecklos wäre,<sup>200</sup> liegt dem implizit ein sehr homogenes und realitätsfemes Bild von Unionsbürgern zu Grunde.<sup>201</sup> Umfasste der Schengenraum bei der Einführung von § 23 Abs. 1 Nr. 3 BPolG im Jahr 1998 noch 8 Staaten in Zentraleuropa, von denen jeder eine Außengrenze hatte, gehören ihm mittlerweile 27 Staaten und fast 420 Millionen Menschen vom Atlantik bis zum Baltikum an. Damals ging es insbesondere um die Abwehr illegaler Migration aus dem sog. „Ostblock“ und dem zerfallenen Jugoslawien, einem Kriegsschauplatz mitten in Europa.<sup>202</sup> Heute nehmen einzelne jugoslawische Nachfolgestaaten (Slowenien und seit dem 1. Januar 2023 Kroatien<sup>203</sup>) am Freizügigkeitsraum Teil. Schon mit Blick auf diese Diversifizie-

---

<sup>195</sup> Zum Begriff *Sandhu*, Grundrechtsunitarisierung durch Sekundärrecht, 2021, S. 140 und S. 193 ff.

<sup>196</sup> Art. 11 Abs. 3 i. V. m. Art. 10 Richtlinie (EU) 2016/680, Abl. L 119/89 v. 27.4.2016. Näher *Müller/Schwabenbauer*, in: Lisken/Denninger, Handbuch des Polizeirechts, 7. Aufl. 2021, G. Rn. 1349 f.

<sup>197</sup> BayLT-Drs. 13/36, S. 4; BT-Drs. 13/10790, S. 4.

<sup>198</sup> Zu dieser *Wollenschläger*, in: Hatje/Müller-Graff (Hrsg.), Europäisches Organisations- und Verfassungsrecht, EnzEuR Band 1, 2. Aufl. 2021, § 13 Rn. 38; *Sandhu*, Grundrechtsunitarisierung (Fn. 195), S. 202.

<sup>199</sup> Grundlegend zum weiten Anwendungsbereich EuGH, NJW 2013, S. 1215; EuGH, NJW 2013, S. 1415; die Anwendbarkeit der GRCh bereits mit Blick auf die Art. 21, 45 AEUV beeinträchtigende Wirkung bejahend *Hettrich*, ZEuS 1 (2018), S. 111 (124).

<sup>200</sup> So *Pettersson*, ZAR 2019, S. 301 (306).

<sup>201</sup> s. auch die Kritik bei *Cremer*, Racial Profiling (Fn. 9), S. 10 zur Fiktion der EU als „Gemeinschaft ‚weißer‘ Menschen“.

<sup>202</sup> BayLT-Drs. 13/36, S. 4; BT-Drs. 13/10790, S. 4.

<sup>203</sup> Beschluss des Rates der EU über die vollständige Anwendung der Bestimmungen des Schengen-Besitzstandes in Kroatien v. 6. 12. 2022, Dok. 14239/22.

nung innerhalb der Union ist die Berücksichtigung äußerer Erscheinungsmerkmale für selektive Personenkontrollen im Gebiet der Binnengrenzen verfehlt. Das Netz anlassloser Personenkontrollen innerhalb des freien Binnenmarktes wirkt für vermeintlich rassistische oder ethnische Minderheiten innerhalb der Union abschreckend auf die Ausübung ihres Freizügigkeitsrechts und stellt damit die Freiheitlichkeit des Raums insgesamt in Frage.<sup>204</sup> Die Inkaufnahme der Einschränkung der Freizügigkeit dieser Personen nach innen spiegelt insofern die post-kolonialen Abwehrmechanismen an den EU-Außengrenzen<sup>205</sup> wider. Den generellen Binnengrenzkontrollen sind an dem phänotypischen Erscheinungsbild orientierte Stichprobenkontrollen gewichen, die zwar im Einklang mit dem SGK zwingend selektiv zu erfolgen haben, deren Selektivität in der Praxis aber mit Art. 21 GRCh i. V. m. Art. 45 GRCh unvereinbar ist.

## VI. Racial Profiling als überindividuelles Problem

Die Analyse der Entscheidung des VG Dresden im Lichte bisheriger Entwicklungen macht deutlich, dass das Diskriminierungsverbot wegen der Rasse höchst aktuelle Anwendungsbereiche hat und nicht historisierend auf totalitäres Unrecht verengt werden darf. Art. 3 Abs. 3 S. 1 GG ist mehr als nur ein kodifiziertes Mahnmal, insbesondere bedarf er der Auslegung im Lichte völker- und menschenrechtlicher Maßstäbe. Die Praxis des Racial Profiling führt dazu, dass sich schleichend eine unhinterfragte Kategorisierung von Bevölkerungsgruppen in gefährliche und weniger gefährliche Phänotypen im Normsystem etabliert. Bei der nicht betroffenen Mehrheitsgesellschaft führen die diskriminierenden Kontrollen zur Verfestigung von Vorurteilen gegenüber stigmatisierten Minderheiten.<sup>206</sup> Gegenwärtig bildet der verwaltungsgerichtliche Rechtsschutz den entscheidenden Baustein bei der Schaffung von Transparenz in der Polizeipraxis. Doch die Kasuistik kann das tatsächliche Ausmaß von Racial Profiling nur ansatzweise andeuten und beschränkt sich darauf, auf der individuellen Vollzugsebene gleichheitswidrige Kontrollmaßnahmen nachträglich zu sanktionieren. Racial Profiling ist aber, wie gezeigt, nicht nur<sup>207</sup> ein Problem vorurteilsbeladener Polizeibediensteter, sondern

---

<sup>204</sup> In Anlehnung an das BVerfG, das regelmäßig betont, dass anlasslose Kontrollmaßnahmen aller Verkehrsteilnehmer nicht nur die individuelle Freiheit, sondern „zugleich die Freiheitlichkeit der Gesellschaft insgesamt“ bedrohen, BVerfGE 150, 244 (283); BVerfGE 120, 378 (402 f.). Zur Entwicklung der GEAS *Rossi/Sandhu*, in: Cremades/Hermida (Hrsg.), *Encyclopedia of Contemporary Constitutionalism*, Springer 2022.

<sup>205</sup> Zum „postkolonialen Mobilitäts- und Bürgerschaftsverständnis“ *Hess*, *VerfBlog* 2021/2/05, abrufbar unter DOI: 10.17176/20210205-112457-0; *Isakjee/Davies/Obradović-Wöchnik* u. a., *Liberal Violence and the Racial Borders of the European Union*, *Antipode* 52 (2020), S. 1751; stellvertretend insofern der EU-Außenbeauftragte *Josep Borrell*: „Europe is a garden. [...] Most of the rest of the world is a jungle, and the jungle could invade the garden [...]“, *Opening Remarks at the inauguration of the European Diplomatic Academy’s pilot programme*, Brügge, 13. 10. 2022. Angesichts der (internationalen) Entrüstung relativierte er wenig später seine „Metapher“ und distanzierte sich vom Vorwurf des „kolonialen Eurozentrismus“, *Borrell*, *On metaphors and geo-politics*, abrufbar unter: [https://www.eeas.europa.eu/eeas/metaphors-and-geo-politics\\_en](https://www.eeas.europa.eu/eeas/metaphors-and-geo-politics_en) v. 18. 10. 2022.

<sup>206</sup> *Ruch*, in: Hunold/Singelstein (Fn. 95), S. 87.

<sup>207</sup> Auf Basis des bisher fragmentarischen Kenntnisstandes der letzten drei Jahrzehnte eine verbreitete rassistische und islamfeindliche Grundeinstellung innerhalb der Polizei konstatierend *Wagner/Ellrich*, in: Hunold/Singelstein (Fn. 14), S. 119. Das verzerrte Bedrohungsempfinden gegenüber ausländisch oder muslimisch gelesenen Menschen schlägt sich auf die Gefährdungseinschätzung nieder.

hat eine strukturelle Dimension. Die Praxis wird bedingt durch eine normativ angelegte mittelbare Diskriminierung wegen der Rasse oder ethnischen Herkunft. Unbestimmte, offene und unvorhersehbare Tatbestände zur Gefahrenabwehr sind das Einfallstor für eine von unhinterfragten Stereotypen geleitete Polizeiarbeit und die Perpetuierung struktureller Ungleichheit. Die von der Europäischen Kommission gegen Rassismus und Intoleranz angemahnte defizitäre Informationsgrundlage gilt es zu beheben. Je weniger Befugnisnormen im Gefahrenabwehrrecht eine rechtsstaatlich gebotene Einhegung erfahren, desto mehr öffnet der Gesetzgeber Raum für diskriminierende Auswahlmuster durch einzelne Polizeibeamte. Er leistet damit der strukturellen Diskriminierung wegen der Rasse Vorschub. Allein die zunehmende Befassung der Gerichte mit Racial Profiling wird nicht unbedingt zur erwünschten Sensibilisierung, sondern eher zu einem stärkeren Bemühen um die Nennung unverfänglicher Auswahlkriterien *ex post* führen. Die bisher gerichtlich erfassten Fälle aus anderen Mitgliedstaaten lassen die Einschränkung der Bewegungsfreiheit im Raum der Freiheit, der Sicherheit und des Rechts von Angehörigen ethnischer Minderheiten in struktureller Weise nur erahnen. Schließlich ist Racial Profiling ein Symptom des dysfunktionalen Gemeinsamen Europäischen Asylsystems,<sup>208</sup> das sich vor allem durch eine menschenunwürdige Außengrenzpolitik und migrationspolitische Fehlanreize auszeichnet. Nach dem Bericht der Bundespolizei für das Jahr 2021 sind die häufigsten Herkunftsländer der unerlaubt Einreisenden der Irak, Afghanistan und Syrien (ca. die Hälfte aller grenzpolizeilichen Feststellungen)<sup>209</sup> – das sind zugleich Länder, die innerhalb der letzten zwei Jahrzehnte Kriegsschauplätze unter europäischer, auch deutscher, Beteiligung waren. Damit einher geht eine außen- und migrationspolitische Verantwortung – auch in deren Lichte ist die Problematik zu betrachten, nicht nur im Fokus der nationalstaatlichen Territorialhoheit und eines abschottenden Sicherheitsbedürfnisses nach innen.

### Abstract

In the context of the prevention of crime, racial profiling describes the police practice of targeting individuals primarily or also because of their skin colour, ethnicity, race or religion. Vaguely formulated identity check powers in police law, referring to assumptions or “border police experience”, provide police officers with a large discretion in the exercise of these powers. In a recent decision, the administrative court in Dresden declared an identity check measure of federal police officers to be unlawful because the discretion was exercised in violation of the prohibition of discrimination on grounds of race and ethnic origin. Within the last decade, several Highest Administrative Courts of the German *Länder* have declared individual police measures on the basis of the Law on the Federal Police (*BPolG*) to be discriminatory and unlawful. Recently, the European Court of Human Rights has found that Germany violated Art. 14 in conjunction with Art. 8 ECHR because the courts had failed to properly investigate a case of an alleged racist identity check in a train. This article argues that Paragraph 22 (1a) of the Law on the Federal Police entitled “Questioning and duty to provide information” violates the prohibition of discrimination on grounds of race and ethnic origin in Art. 3 para. 3 sentence 1 of the Basic Law as well as Art. 21, 45 EU Charter.

---

<sup>208</sup> Zu diesem *Rossi/Sandhu*, in: Cremades/Hermida (Fn. 204).

<sup>209</sup> Bundespolizei, Jahresbericht 2021, S. 49, abrufbar unter [https://www.bundespolizei.de/Web/DE/Service/Mediathek/Jahresberichte/jahresbericht\\_2021\\_file.pdf?\\_\\_blob=publicationFile&v=4](https://www.bundespolizei.de/Web/DE/Service/Mediathek/Jahresberichte/jahresbericht_2021_file.pdf?__blob=publicationFile&v=4).

### **Schlagworte**

Racial Profiling, Diskriminierung, Rasse, Rassismus, Grenzkontrollen, Schengener Grenzkodex, Schengenraum, Bundespolizei, Schleierfahndung, verdachtsunabhängige Personenkontrollen, Freizügigkeit