

Aqilah Sandhu<sup>1</sup>

## Racial Profiling bei verdachtsunabhängigen Personenkontrollen im Grenzgebiet als verfassungs- und europarechtliches Problem

### I. Problemaufriss

∴ Der aus dem anglo-amerikanischen Kontext stammende Begriff des *racial profiling* beschreibt die Kontrolle von überwiegend männlichen, dem physischen Erscheinungsbild nach „fremdländischen“<sup>2</sup> Personen aufgrund ihrer Hautfarbe oder Herkunft.<sup>3</sup> Ein solches Raster kann grundsätzlich jeder verdachts- und anlassunabhängigen polizeilichen Maßnahme zugrunde liegen. So kann sowohl eine aufgrund der Hautfarbe veranlasste Verkehrskontrolle nach der StVO, als auch die Identitätskontrolle *racial profiling* darstellen, aber auch die in mehreren Polizeigesetzen vorgesehene „Rasterfahndung“. Während in der öffentlichen Wahrnehmung *racial profiling* überwiegend in Zusammenhang mit Drogen- und Alkoholkontrollen bekannt ist, wird in der Rechtswissenschaft die Problematik vorwiegend im Zusammenhang mit selektiven Identitätskontrollen im Grenzgebiet, in Zügen oder auf Bahnanlagen zur Unterbindung unerlaubter Einreise (Schleierfahndung) diskutiert. Auf diese beschränkt sich auch der vorliegende Beitrag.

∴ Effektive Polizeiarbeit mag durchaus auf „*profiling*“, also die Bildung von Täterprofilen, angewiesen sein. Dies ist unproblematisch, solange sich das kriminologische Profil auf objektiv nachvollziehbare Kriterien wie das Verhalten, den Aufenthaltsort oder auf das Vorliegen einer konkreten Gefahr stützt. Doch beim *racial profiling* werden Täter- und Verdächtigtenprofile unter Rückgriff auf personenbezogene Merkmale wie der Herkunft, der Hautfarbe und sonstiger phänotypischer

Merkmale erstellt. Die Zulässigkeit von gesetzlich oft unabdingbaren Typisierungen kann je nach Regelungsmaterie unterschiedlich beurteilt werden.<sup>4</sup> Während sie im Steuerrecht weitgehend unproblematisch sind, leisten Typisierungen im eingriffsintensiven Polizei- und Sicherheitsrecht pauschalen Vorverurteilungen und Stereotypisierung Vorschub, indem eine bestimmte Personengruppe sichtbar in einen kriminellen Kontext gestellt wird.

∴ Seit 9/11 werden auch verstärkt äußere Merkmale, die auf die islamische Religionszugehörigkeit schließen lassen, als Auswahlkriterien für verdachtsunabhängige Maßnahmen herangezogen, so dass insofern auch von *religious profiling* gesprochen werden kann. Beispielsweise lag der seit 2001 bundesweit verdachtslos durchgeführten Rasterfahndung (automatisierter Abgleich von Daten, die bei Universitäten, Einwohnermeldeämtern und Ausländerzentralregistern erhoben und anschließend beim BKA in die bundesweite Verbunddatei „Schläfer“ eingespeist und abgeglichen wurden) folgendes Raster zu Grunde: „männlich, Alter 18 bis 40 Jahre, Student oder ehemaliger Student, islamische Religionszugehörigkeit, Geburtsland oder Nationalität bestimmter, im Einzelnen benannter Länder mit überwiegend islamischer Bevölkerung“.<sup>5</sup> Das Bundesverfassungsgericht stellte seinerseits nur einen Verstoß gegen das Recht auf informationelle Selbstbestimmung fest und ließ die viel gravierendere Frage der Vereinbarkeit mit Art. 3 Abs. 3 GG bedauerlicherweise offen.

∴ *Racial profiling* wird schon sehr lange praktiziert. Dennoch hat es in die deutsche rechtswissenschaftliche Diskussion erst im Jahr 2012 anlässlich eines Falles vor dem VG Koblenz Einzug gefunden.<sup>6</sup> Während das VG noch kein Problem in der Kontrolle wegen der Hautfarbe sah, gab das OVG in zweiter

Instanz zu erkennen, durchaus eine verbotene Diskriminierung zu sehen, so dass sich die Polizei beim Kläger zur Entschuldigung genötigt sah.<sup>7</sup> Der Fall endete deshalb mit einer übereinstimmenden Erledigungserklärung. Doch seither sind die Gerichte in vielen Fällen mit *racial profiling* befasst. Die Praxis der Schleierfahndung steht im Spannungsverhältnis mit der unionsrechtlich verbürgten Freizügigkeit und den Vorgaben des Schengener Grenzkodex (SGK) (dazu unter II.).<sup>8</sup> Zugleich erweist sich die polizeiliche Praxis aus gleichheitsrechtlicher Perspektive in vielen Fällen als grundrechtswidrig (dazu unter III.).

### II. Unionsrechtswidriger Rechtsrahmen

∴ Durch den Schengen-Besitzstand wurden die stationären Binnengrenzkontrollen zwischen den Mitgliedstaaten schrittweise aufgehoben. Art. 77 Abs. 1 lit. a AEUV bestimmt nun, dass „Personen unabhängig von ihrer Staatsangehörigkeit beim Überschreiten der Binnengrenzen nicht kontrolliert werden“. Zur Umsetzung dieses Ziels gibt der SGK einen Rechtsrahmen vor. Systematische personenbezogene Grenzkontrollen an den Binnengrenzen sind danach abgeschafft (Art. 22 SGK).

#### 1. Verdachtsunabhängige Personenkontrollen als Grenzkontrollersatz

∴ Weiterhin zulässig sind nach Art. 23 lit. a Satz 1 (i)-(iv) SGK – auch in Grenzgebieten – polizeiliche Maßnahmen, „sofern die Ausübung solcher Befugnisse nicht die gleiche Wirkung wie Grenzübertrittskontrollen hat“. Verdachtsunabhängige Personenkontrollen dürfen danach keine systematischen Grenzkontrollen zum Ziel haben, sondern müssen

<sup>1</sup> Wissenschaftliche Mitarbeiterin und Doktorandin an der Universität Augsburg. Der Beitrag beruht auf einem Vortrag, den die Verf. in am 06.05.2017 an der Universität Passau auf dem „Festival Contre Le Racisme“ gehalten hat, wurde aber aufgrund nachträglicher Entwicklungen vollständig aktualisiert.

<sup>2</sup> S. die Begriffswahl des VG München, Urt. v. 27.07.2016, M 7 K 14.1468, Rn. 31.

<sup>3</sup> Vgl. Büro zur Umsetzung von Gleichbehandlung e.V. (BUG) (Hrsg.), Leitfaden Racial Profiling, 02/2016, S. 3; H. Cremer, *racial profiling* – Menschenrechtswidrige Personenkontrollen nach § 22 Abs. 1a Bundespolizeigesetz, Studie Deutsches Institut für Menschenrechte, 2013, S. 11.

<sup>4</sup> S. Boysen, in: von Münch/Kunig, Art. 3 GG Rn. 112 mit Verweis auf BVerfGE 84, 348 (360).

<sup>5</sup> BVerfGE 115, 320 (323 Rn. 8) – Rasterfahndung II.

<sup>6</sup> VG Koblenz, Urt. v. 28.02.2012 – 5 K 1026/11.KO.

<sup>7</sup> OVG Koblenz, Beschl. v. 29.10.2012 – 7 A 10532/12. OVG; hierzu Drohla, *Hautfarbe als Auswahlkriterium für verdachtsunabhängige Personenkontrollen?*, ZAR 2012, 411; Möller, *Der Fremde im Zug, Betrifft Justiz 2013*, 83; Tischbirek/Wihl, *Verfassungswidrigkeit des racial profiling*, JZ 2013, 219.

<sup>8</sup> VO (EU) 2016/399 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 09.03.2016 über einen Gemeinschaftskodex für das Überschreiten der Grenzen durch Personen, ABl. 2016 L 77/1.



Karikatur: Bettina Bexte

stichprobenartig erfolgen und sich eindeutig von Grenzkontrollen unterscheiden.

∴ Mehrere Mitgliedstaaten haben entsprechende polizeiliche Befugnisse erlassen. Die Bundespolizei ist nach § 23 Abs. 1 Nr. 3 BPolG zur verdachtsunabhängigen Identitätskontrolle jeder Person im Grenzgebiet bis zu einer Tiefe von 30 km zur Verhinderung oder Unterbindung unerlaubter Einreise oder bestimmter einreisebezogener Straftaten befugt. In Bayern besteht seit 1995 eine entsprechende Befugnis in Art. 13 Abs. 1 Nr. 5 BayPAG. Dieser erlaubt Identitätskontrollen im Grenzgebiet bis zu einer Tiefe von 30 km. Damit verbunden sind polizeiliche Begleitmaßnahmen, wie der Fahndungsabgleich (§ 34 Abs. 1 BPolG) oder die Durchsuchung mitgeführter Sachen (Art. 13 Abs. 2 S. 4 BayPAG).

## 2. Unvereinbarkeit der „Schleierfahndung“ mit dem SGK

∴ 2010 erachtete der EuGH eine entsprechende französische Regelung, die Identitätskontrollen an Schengen-Grenzen bis zu 20 km in das Landesinnere erlaubte, für unvereinbar mit dem SGK. Diese war zu offen und damit ungeeignet, das Ermessen der Polizeibehörden bei der Durchführung von Identitätskontrollen zu lenken. Dadurch könne kaum der erforderliche Rahmen dafür gewährleistet werden, dass nicht doch unter dem Deckmantel der anlasslosen und verdachtsunabhängigen Identitätskontrollen Grenzübertrettskontrollen stattfinden.<sup>9</sup> Eine ähnliche niederländische Befugnis hielt der EuGH hingegen für mit dem SGK vereinbar. Die dort vorgesehenen „Mobilen Sicherheitskontrollen“ waren u.a. auf eine bestimmte Stundenzahl pro Monat (90 Std.) und Tag (6 Std.) begrenzt. Dadurch war bereits tatbestandlich gewährleistet, dass nur stichprobenartige und zeitlich begrenzte Kontrollen stattfinden.<sup>10</sup>

∴ Vor diesem Hintergrund erklärte 2015 das VG Stuttgart § 23 Abs. 1 Nr. 3 BPolG für unanwendbar und die darauf gestützte Identitätskontrolle für rechtswidrig, weil es der Befugnis an ermessenslenkenden Einschränkungen ermangelte.<sup>11</sup>

Der VGH Mannheim bestätigte dies im Februar 2018 in zweiter Instanz.<sup>12</sup> Er stützte sich dabei wesentlich auf eine zwischenzeitlich durch das AG Kehl<sup>13</sup> angestrebte Vorlageentscheidung des EuGH, der 2017 erstmals über die deutsche Regelung entschieden hatte.<sup>14</sup> Der EuGH erachtete § 23 Abs. 1 Nr. 3 BPolG für unzureichend, da die Befugnis weder an eine Gefahr anknüpft, noch die Kontrollen hinsichtlich Häufigkeit und Selektivität begrenzt – also gänzlich offenlässt, wie das polizeiliche Ermessen ausgeübt werden soll. Für den EuGH lagen deshalb starke Indizien für eine mögliche grenzkontrollähnliche Wirkung der Schleierfahndung vor.<sup>15</sup> Zwar sind anlass- und verdachtsunabhängige Kontrollen nicht per se unionsrechtlich verboten. Der gesetzliche Rahmen müsse aber „hinreichend genau und detailliert sein, damit sowohl die Notwendigkeit der Kontrollen als auch die konkret gestatteten Kontrollmaßnahmen selbst Kontrollen unterzogen werden können.“<sup>16</sup> Es müsse also sichergestellt sein, dass die Kontrolleure ihrerseits gerichtlich kontrolliert werden können. Das ist allein durch das BPolG nicht gewährleistet. Völlig überraschend ging der EuGH sodann jedoch davon aus, dass der mangelnden tatbestandlichen Bestimmtheit durch ergänzende interne Verwaltungserlasse abgeholfen werden könne. Die Bundesrepublik hatte in dem Verfahren auf die interne Verwaltungsvorschrift BRAS 120 verwiesen, diese jedoch nicht

vorgelegt. So überließ der EuGH letztlich die Frage der hinreichenden Bestimmtheit der deutschen Schleierfahndung der Beurteilung des vorlegenden Amtsgerichts.

∴ Der VGH Mannheim erachtete nun § 23 Abs. 1 Nr. 3 BPolG trotz interner Verwaltungsvorschriften für unionsrechtswidrig und deshalb unanwendbar. Die Verwaltungsvorschriften „BRAS 120“ genügen weder ihrer Form noch ihrem Inhalt nach den „unionsrechtlich geforderten hinreichend genauen und detaillierten Rechtsrahmen zur Lenkung der Intensität, Häufigkeit und Selektivität“ von Personenkontrollen.<sup>17</sup> Als geheimhaltungsbedürftige, unveröffentlichte Verschlussache kommen die BRAS 120 bereits mangels Zugänglichkeit und Vorhersehbarkeit nicht als Rechtsrahmen in Betracht.<sup>18</sup> Doch auch inhaltlich enthalten die BRAS 120 keinerlei Begrenzung (etwa auf eine bestimmte Anzahl von Stichproben) oder Konkretisierung verdachtsunabhängiger Personenkontrollen im Grenzgebiet, so dass selbst unter ihrer Heranziehung eine nachvollziehbare Lenkung des polizeilichen Ermessens nicht gewährleistet ist.<sup>19</sup> Damit liegt nach Ansicht der Gerichte gegenwärtig keine unionsrechtskonforme Rechtsgrundlage im BPolG für die Durchführung von Schleierfahndungen vor.

## III. Diskriminierende Verwaltungspraxis

∴ Dieser undurchsichtige Rechtsrahmen bedingt die diskriminierende Handhabung der anlass- und verdachtsunabhängigen Perso-

<sup>9</sup> EuGH, Rs. C-188/10 und C-189/10, Urt. v. 22.06.2010, Rn. 72-75 (Melki und Abdeli).

<sup>10</sup> EuGH, Rs. C-278/12 PPU, Urt. v. 19.07.2012, Rn. 62 (Adil).

<sup>11</sup> VG Stuttgart, Urt. v. 22.10.2015 – 1 K 5060/13.

<sup>12</sup> VGH Mannheim, Urt. v. 13.02.2018 – 1 S 1469/17.

<sup>13</sup> AG Kehl, EuGH-Vorlage v. 21.12.2015 – 3 Ds 303 Js 7262/14.

<sup>14</sup> EuGH, Urt. v. 21.06.2017, Rs. C-9/16 (A); m. Anm. Tischbirek/Wihl, Schengen schlägt zurück?, VerfBlog 2017/6/22, abrufbar unter <https://dx.doi.org/10.17176/20170622-095758>.

<sup>15</sup> EuGH (Fn. 13) Rn. 40.

<sup>16</sup> Ebd., Rn. 41.

<sup>17</sup> VGH Mannheim (Fn. 12) Rn. 46.

<sup>18</sup> Ebd., Rn. 48 unter Verweis auf F. Michl, Schleierfahndung, DÖV 2018, 55 (57).

<sup>19</sup> VGH Mannheim (Fn. 12) Rn. 71.

nenkontrollen. Die ohnehin existente Praxis diskriminierender Fahndungsmuster wird durch unbestimmte Befugnisnormen noch verstärkt.<sup>20</sup> Die normative Unbestimmtheit auf Tatbestandsebene macht es den Menschen, die in das ihnen unbekannte Raster fallen, unmöglich, sich durch unauffälliges und rechtstreues Verhalten den Staat vom Leibe zu halten. Ihre Reise steht vielmehr „voraussetzungslos unter einem Kontrollvorbehalt der Exekutive“.<sup>21</sup>

∴ Wann personenbezogene Anhaltspunkte für eine illegale Einreise vorliegen sollen, gibt § 23 Abs. 1 Nr. 3 BPolG nicht vor. Die BRAS 120 verlangen „durch konkrete Tatsachen belegte Anhaltspunkte für unerlaubte Einreisen oder Schleusungen“ und Anhaltspunkte in Bezug auf die zu kontrollierende Person, etwa „aufgrund ihres äußeren Anscheins“ oder „sonstiger verdachtsbegründender Erkenntnisse“.<sup>22</sup> Wann nicht mehr ein „*criminal*“ *profiling*, sondern ein unter Gleichheitsgesichtspunkten unzulässiges „*racial*“ *profiling* vorliegt, wird in der Literatur und Rechtsprechung uneinheitlich beantwortet. Art. 3 Abs. 3 S. 1 GG und Art. 14 EMRK sowie Art. 21 GRC verbieten die Benachteiligung wegen der Rasse und der Herkunft. Dies erfasst nicht nur offene Ungleichbehandlungen, sondern auch faktische mittelbare Benachteiligungen. Wirkt sich also ein neutral formuliertes Gesetz in der Praxis nur auf eine Gruppe benachteiligend aus, liegt eine faktische Benachteiligung wegen eines Merkmals i.S.v. Art. 3 Abs. 3 GG vor.<sup>23</sup> Dem Wortlaut des § 23 Abs. 1 Nr. 3 BPolG nach kann zwar grundsätzlich jede Person kontrolliert werden. Tatsächlich trifft die Kontrolle aber überwiegend dunkelhäutige Personen. Während teilweise davon ausgegangen wird, dass sich jegliche Anknüpfung an Merkmale wie Hautfarbe und Ethnie verbietet – auch wenn zusätzliche Motive im Rahmen eines „Motivbündels“ hinzutreten,<sup>24</sup> geht die Bundesregierung davon aus, dass nur dann unzulässiges *racial profiling* vorliegt, „wenn die Hautfarbe oder die ethnische Zugehörigkeit das einzige oder das tatsächlich ausschlaggebende Kriterium für eine polizeiliche Maßnahme ist.“<sup>25</sup>

20 So bereits *Tischbirek/Wahl* (Fn. 13).

21 Zit. von *Hans F. Liskan* bei Cremer, (Fn. 2), S. 17.

22 VG Mannheim (Fn. 12) Rn. 79-83.

23 BVerfG, Beschl. v. 18.06.2008, 2 BvL 6/07, Rn. 49.

24 OVG Koblenz, Urt. v. 21.04.2016 – 7 A 11108/14, Rn. 106; v. Nachw. bei *Tischbirek/Wahl* (Fn. 6) S. 220.

25 Antwort der BuReg auf die Kleine Anfrage von Abgeord-

∴ In den gerichtlichen Verfahren begründete die Polizei ihr Auswahlmessen oft damit, dass im Deliktsfeld irreguläre Migration Indizien wie das vermutete Herkunftsland des Reisenden, das Erscheinungsbild und damit „selbstverständlich“ auch Haar- und Hautfarbe maßgeblich seien. In einem Fall vor dem OVG Koblenz war nach Aussage der Polizei selbst der Betroffene im Regionalzug von Kassel nach Frankfurt a.M. allein deshalb ins Raster gefallen, weil er anderer Hautfarbe war.<sup>26</sup> Bei dunkelhäutigen Personen genügt oft schon der „sture Blick“ aus dem Zugfenster,<sup>27</sup> die in das Gesicht gezogene Kapuze oder der scheue Blick auf den Boden im Bahnhofsgelände,<sup>28</sup> um selbst auf reinen Inlandsverbindungen in das Fahndungsprofil zu gelangen. In einem anderen Fall wurde ein dunkelhäutiges Ehepaar mit zwei Kindern kontrolliert und selbst nachdem sie ihre deutschen Personalausweise vorgezeigt hatten, zusätzlich einem Fahndungsabgleich unterzogen.<sup>29</sup> Spätestens dadurch wurde die polizeiliche Maßnahme unverhältnismäßig. Das Gericht ging dann auch davon aus, dass die Ermessensauswahl aufgrund der Hautfarbe und damit unter Verstoß gegen Art. 3 Abs. 3 GG getroffen wurde.

#### IV. *Sed quis custodiet ipsos custodes?*<sup>30</sup>

∴ Im Polizeirecht lässt sich seit langem eine Abkehr vom überkommenen Gefahrenbegriff,<sup>31</sup> hin zur Anknüpfung an gefährliche Orte oder gar gefährliche Personen, sog. „Gefährder“ feststellen.<sup>32</sup> Dadurch wird auch die gerichtliche Nachprüfbarkeit polizeilicher Maßnahmen erschwert. Denn wenn nicht mehr an konkrete Gefahr- oder Verdachtsmomente angeknüpft wird, vielmehr prinzipiell jedes Verhalten anlasslose Polizeimaßnahmen auslösen kann, muss die Rationalität der gerichtlichen Überprüfung zunehmend zu Gunsten ungreifbarer, beschränk-

neten der Fraktion DIE LINKE, BT-Drs. 18/9374, S. 2.

26 OVG Koblenz (Fn. 24).

27 VG München (Fn. 1) Rn. 10.

28 VG Köln, Urt. v. 10.12.2015 – 20 K 7847/13.

29 Vgl. OVG Koblenz (Fn. 24).

30 Lat. „Aber wer wird die Wächter bewachen?“ (röm. Dichter *Juvenal*).

31 *S. Kugelmann*, Der polizeiliche Gefahrenbegriff in Gefahr?, DÖV 2003, 781.

32 Exemplarisch das bayerische „Gesetz zur effektiveren Überwachung gefährlicher Personen“ vom 24.07.2017, GVBl. S. 388.

nachprüfbarer und intransparenter polizeilicher Prognoseentscheidungen weichen. Die unionsrechtlich geforderte tatbestandliche Eingrenzung der Personenkontrollen in Bezug auf Häufigkeit und Intensität würde auch die statistische Erfassung der Kontrollen nach §§ 22 Abs. 1a, 23 Abs. 1 Nr. 3 BPolG ermöglichen. Eine solche wird derzeit nicht geführt.<sup>33</sup> Doch nur anhand konkreter Daten kann auch überprüft werden, ob tatsächlich überwiegend dunkelhäutige Personen kontrolliert werden.

#### V. Fazit

∴ Phänotypische Merkmale zum Anknüpfungspunkt für polizeiliche Maßnahmen zu machen, folgt der uralten Logik des „generalizing Black negativity“:<sup>34</sup> Negative Verhaltensweisen „fremdländischer“ (bzw. „black“) Bevölkerungsgruppen werden typisiert und generalisiert, während kriminelle Handlungen der „autochthonen“ (bzw. „white“) Bevölkerung individuell und einzelfallbezogen wahrgenommen werden. Mit jeder „Stichprobe“ werden damit Stigmata perpetuiert, denn: *semper aliquid haeret*.<sup>35</sup> Bei *racial Profiling* geht es nicht um Befindlichkeiten oder übertriebene Sensibilität bestimmter Bevölkerungsgruppen. Es geht um strukturell verankerten Rassismus, den die Fixierung auf das fremdländische Täterprofil erst bedingt und der fatale Folgen zeitigen kann, wie es *Mehmet Daimagüler*, Nebenklagevertreter im NSU-Verfahren, beschreibt:

„Die Haltung in den Köpfen vieler Kriminalbeamter war diese: Ein erschossener Türke muss in den Drogenhandel verwickelt sein. Obgleich zahlreiche Zeugen an zahlreichen Tatorten von zwei kurzgeschorenen, deutsch beziehungsweise ost-europäisch aussehenden Männern auf Fahrrädern berichteten, wurde keine Fahndung nach diesen Männern eingeleitet. (...) Türkeistämmige Opfer durften keine Opfer sein. (...) Derartiges Denken, derartig verkürzte und vorteilsbehaftete Schlüsse haben einen Namen: Rassismus.“<sup>36</sup> □

33 BT-Drs. 18/9374, S. 20.

34 *I. Kendi*, Stamped from the beginning, London 2016, S. 43.

35 „Irgendwas bleibt immer hängen“, zit. nach Francis Bacon, De dignitate et augmentis scientiarum, 1623, liber VIII, Kapitel 2, Parabel 34.

36 *M. Daimagüler*, Empörung reicht nicht!, Köln 2017, S. 21-23.