

Entscheidungsbesprechung

Zur europarechtlichen Zulässigkeit von verdachtsunabhängigen Identitätsfeststellungen durch die Bundespolizei

1. Art. 67 Abs. 2 AEUV sowie die Art. 20 und 21 der Verordnung (EG) Nr. 562/2006 [nun Art. 22 und 23 der VO 2016/399¹] sind dahin auszulegen, dass sie einer nationalen Regelung, die den Polizeibehörden des betreffenden Mitgliedstaats die Befugnis einräumt, innerhalb eines Gebiets von 30 km ab der Landgrenze dieses Mitgliedstaats zu anderen Vertragsstaaten des Schengener Durchführungsübereinkommen (SDÜ), die Identität jeder Person unabhängig von deren Verhalten und vom Vorliegen besonderer Umstände zu kontrollieren, entgegenstehen, es sei denn diese Regelung gibt den erforderlichen Rahmen für die besagte Befugnis vor, der gewährleistet, dass deren praktische Ausübung nicht die gleiche Wirkung wie Grenzübertrittskontrollen haben kann, was zu prüfen Sache des vorliegenden Gerichts ist.

2. Art. 67 Abs. 2 AEUV sowie die Art. 20 und 21 der Verordnung Nr. 562/2006 [nun Art. 22 und 23 der VO 2016/399] sind dahin auszulegen, dass sie einer nationalen Regelung, die den Polizeibehörden des betreffenden Mitgliedstaats gestattet, in Zügen und auf dem Gebiet der Bahnanlagen der Eisenbahnen dieses Mitgliedstaats jede Person einer Kontrolle ihrer Identität oder ihrer Grenzübertrittspapiere zu unterziehen und sie zu diesem Zweck kurzzeitig anzuhalten und zu befragen, wenn diese Kontrollen auf Lageerkennnissen oder grenzpolizeilicher Erfahrung beruhen, nicht entgegenstehen, sofern die Durchführung der Kontrollen im nationalen Recht Konkretisierungen und Einschränkungen unterliegt, die die Intensität, die Häufigkeit und die Selektivität der Kontrollen bestimmen, was zu prüfen Sache des vorliegenden Gerichts ist.

(Amtliche Leitsätze vom *Verf.* bearbeitet)

AEUV Art. 67 Abs. 2
Verordnung Nr. 2016/399, Art. 22, 23

*EuGH, Urt. v. 21.6.2017 – C-9/16*²

I. Kernaussagen des Urteils und Klausurrelevanz

In diesem Vorabentscheidungsverfahren stellte der EuGH klar, dass verdachtsunabhängige Identitätskontrollen der Bundespolizei in Grenznähe, in Zügen oder auf Bahnhöfen gegen Unionsrecht verstoßen, wenn sie geeignet sind, eine gleiche Wirkung wie Grenzübertrittskontrollen zu entfalten und wenn

die Intensität, Häufigkeit und Selektivität der Maßnahmen nicht ausreichend gesetzlich bestimmt sind.³

Aufgrund der Verzahnung von Polizei- und Europarecht eignet sich dieses Urteil als Grundlage für eine verwaltungsrechtliche Klausur mit europarechtlichem Einschlag bei der neben polizeirechtlichen Standardproblemen die Unionsrechtskonformität der bundespolizeilichen⁴ Befragungs- und Kontrollmaßnahmen zu prüfen wäre⁵, oder insbesondere für den Schwerpunktbereich denkbar, als reine Europarechtsklausur prozessual eingekleidet in ein Vorabentscheidungsverfahren des EuGH. Dabei eignet sich die Entscheidung um sich nochmals mit dem genauen Gegenstand des Vorabentscheidungsverfahrens, der abstrakten Auslegung des Unionsrechts, vertraut zu machen.

II. Einleitung

Die Frage der Zulässigkeit verdachtsunabhängiger Personenkontrollen – sog. Schleierfahndungen – wird in Deutschland seit ihrer Einführung 1995 auf gesellschaftspolitischer und rechtlicher Ebene kontrovers diskutiert. Die bundespolizeilichen Ermächtigungen in Deutschland sind das Befragungsrecht nach § 22 Abs. 1a BPolG und die Identitätskontrolle nach § 23 Abs. 1 Nr. 3 BPolG.⁶ Diese Normen setzen keine konkrete Polizeigefahr voraus und knüpfen somit an das Vorsorgekonzept an.⁷ Die Rechtmäßigkeit dieser bundespolizeilichen Maßnahmen wird seit Jahren aus verfassungs-, polizei- und europarechtlicher Sicht angezweifelt.⁸ Die EU-Kommission hatte aufgrund unzureichender Konkretisierungen im Bundespolizeigesetz bereits 2014 ein Vertragsverletzungsverfahren gegen die Bundesregierung eingeleitet, welches jedoch nach dem Erlass von Verwaltungsvorschriften zur Durchführungskontrolle wieder eingestellt wurde.⁹

³ EuGH, Urt. v. 21.6.2017 – C-9/16, Rn. 39; EuGH, Urt. v. 22.6.2010 – C 188/10 und C 189/10, EU:C:2010:363 (Melki und Abdeli), Rn. 74.

⁴ Klausuren im Bereich des Bundespolizeirechts erfreuen sich nach wie vor großer Beliebtheit bei den Aufgabenerstellern im Examen, so wurde z. B. im September-Termin 2016 des Ersten Juristischen Staatsexamens in Hessen eine Klausur im Bereich des Bundespolizeirechts gestellt, und auch in Bayern lief im Termin 2016-II des Ersten Juristischen Staatsexamens eine Klausur, die sich im Bundespolizeirecht abspielte.

⁵ Eine Klausur mit einer ähnlichen Thematik wurde im Ersten Juristischen Staatsexamen in Rheinland-Pfalz gestellt, siehe dazu die aktualisierte Fassung bei *Ruthig*, ZJS 2011, 63 ff.

⁶ Im Jahr 2016 wurde von den Befugnissen zur Kontrolle von Personen ca. 270.000 Mal (§ 22 Abs. 1a BPolG) bzw. ca. 1,5 Millionen Mal (§ 23 Abs. 1 Nr. 3 BPolG) Gebrauch gemacht, vgl. BT-Drs. 18/11058, S. 6.

⁷ *Wehr*, in: *Wehr, NOMOS-BR BPolG*, 2. Aufl. 2015, § 23 Rn. 5, beck-online.

⁸ In diesem Zusammenhang wurde bspw. auch das sog. Racial Profiling im Rahmen dieser Polizeikontrollen kritisiert, vgl. dazu *Liebscher*, NJW 2016, 2779 ff.; *Tischbirek/Wühl*, JZ 2013, 219 ff.; *Drohla*, ZAR 2012, 411 ff.

⁹ Nach Ansicht der Kommission gewährleistet der Verwaltungserrlass die „erforderliche Rechtssicherheit in der Sache“.

¹ Mit der VO 2016/399 v. 9.3.2016 wurde die VO 562/2006 neu gefasst; im Folgenden werden daher aus Gründen der Übersichtlichkeit die Artikel der neuen Fassung verwendet.

² Die Entscheidung ist abrufbar unter <http://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?text=&docid=192045&pageIndex=0&doclang=DE&mode=req&dir=&occ=first&part=1> (24.11.2017).

Diese verdachtsunabhängige Überprüfung in Grenzgebieten ist von der ebenfalls brisanten Möglichkeit der vorübergehenden Wiedereinführung der Grenzkontrollen aufgrund besonderer Umstände abzugrenzen, vgl. Art. 25 ff. Verordnung Nr. 2016/399 (Schengener Grenzkodex¹⁰). Von dieser Regelung wurde kürzlich im Rahmen des G20-Gipfels und bereits seit längerem aufgrund der Flüchtlingskrise Gebrauch gemacht.¹¹

Die maßgeblichen europarechtlichen Normen zur Beurteilung des vorliegenden Sachverhalts sind Art. 67 Abs. 2 AEUV, sowie Art. 22 und 23 der Verordnung (EU) Nr. 2016/399 auf sekundärrechtlicher Ebene. Art. 67 Abs. 2 AEUV entfaltet als bloße Zielbestimmung und als Programmsatz jedoch keine unmittelbare Anwendbarkeit gegenüber dem Einzelnen.¹² Vielmehr richtet sich Art. 67 Abs. 2 AEUV an die Union selbst, was zum einen durch S. 1 verdeutlicht wird: die Union „stellt sicher, dass“, zum anderen durch die systematische Stellung in Kapitel 1 Titel V „Der Raum der Freiheit, der Sicherheit und des Rechts“. Gem. Art. 67 Abs. 2 AEUV hat die Union dafür zu sorgen, dass Personen an den Binnengrenzen nicht kontrolliert werden. In diesem Zusammenhang ist auch Art. 77 Abs. 1 lit. a AEUV zu nennen, wonach die Union eine Politik zu entwickeln hat, mit der sichergestellt werden soll, dass Personen unabhängig von ihrer Staatsangehörigkeit beim Überschreiten der Binnengrenzen nicht kontrolliert werden.¹³

III. Sachverhalt und Verfahrensgang

Der Entscheidung des EuGH lag folgender Sachverhalt zugrunde: am 1.4.2014 überquerte A zu Fuß die Europabrücke in Straßburg (Frankreich) nach Kehl (Deutschland) und ging unmittelbar zum etwa 500 m entfernten Bahnhof der Deutschen Bahn AG. Dabei wurde A von zwei Beamten, einer Streife der deutschen Bundespolizei, vom Bahnhofsplatz aus beobachtet. Sie unterzogen ihn auf Grundlage von § 23 Abs. 1 Nr. 3 BPolG einer Identitätskontrolle, der sich A gewaltsam mittels eines Schlags widersetzte. A wurde daraufhin wegen Widerstand gegen Vollstreckungsbeamte nach § 113 StGB vor dem AG Kehl angeklagt.¹⁴

siehe http://europa.eu/rapid/press-release_MEMO-17-234_DE.htm (24.11.2017); zum Verwaltungserlass siehe GMBL 10/2016, S. 203.

¹⁰ Im Folgenden abgekürzt als SGK.

¹¹ Vgl. dazu

<https://www.bmi.bund.de/SharedDocs/Kurzmeldungen/DE/2015/09/grenzkontrollen-an-der-grenze-zu-oesterreich-wieder-eingef%C3%BChrt.html>;

<https://www.bmi.bund.de/SharedDocs/Pressemitteilungen/DE/2017/06/grenzkontrollen.html> (24.11.2017).

¹² Breitenmoser/Weyeneth, in: von der Groeben/Schwarze/Hatje, Beck'scher Online-Kommentar zum AEUV, Art. 67 Rn. 95; Herrnfeld, in: Schwarze/Becker/Hatje/Schoo, Beck'scher Online-EU-Kommentar, AEUV, Art. 67 Rn. 15.

¹³ Vgl. dazu auch EuGH, Urt. v. 19.6.2012 – C-278/12 PPU, EU:C:2012:508 (Adil), Rn. 48.

¹⁴ EuGH, Urt. v. 21.6.2017 – C-9/16, Rn. 18-20.

Der Strafrichter sah den Tatbestand des § 113 StGB als grundsätzlich erfüllt an, sofern die polizeilichen Maßnahmen der Beamten rechtmäßig sind, vgl. 113 Abs. 3 StGB.¹⁵ Das Amtsgericht hatte jedoch Zweifel an der Vereinbarkeit der zugrundeliegenden Ermächtigungsgrundlagen aus Art. 23 Abs. 1 Nr. 3 und Art. 22 Abs. 1a BPolG mit vorrangig anzuwendendem Unionsrecht, insbesondere dem Schengener Grenzkodex und bezieht sich dabei auf das EuGH-Urteil Melki und Abdeli vom 22.6.2010.¹⁶

Das AG Kehl setzte daher das Verfahren aus und legte dem Gerichtshof im Wege des Vorabentscheidungsverfahrens zunächst die Frage vor, ob Art. 67 Abs. 2 AEUV sowie Art. 20 und 21 SGK verdachtsunabhängigen Identitätskontrollen in Grenznähe, wie sie in § 23 Abs. 1 Nr. 3 BPolG vorgesehen sind, entgegenstehen. Für den Fall, dass der Gerichtshof die erste Frage bejaht, möchte das AG Kehl zweitens beantwortet wissen, ob Art. 67 Abs. 2 AEUV sowie Art. 22 und 23 SGK Personenkontrollen in Zügen oder Bahnhöfen zur Verhinderung unerlaubter Einreise, wie sie in § 22 Abs. 1a BPolG vorgesehen sind, entgegenstehen.

IV. Entscheidung des EuGH

In seinem Urteil stellt der EuGH eingangs klar, dass die zur Vorabentscheidung vorgelegten Fragen zulässig sind und richtet sich damit gegen die diesbezüglich geäußerten Zweifel der deutschen Regierung. Der EuGH betont dabei, dass nach Ansicht des vorlegenden AG Kehl die Beantwortung der Fragen notwendig sei, um über die Strafbarkeit des Angeklagten gem. § 113 StGB entscheiden zu können. Zugleich erinnert der EuGH an seine ständige Rechtsprechung, nach der eine Vermutung für die Entscheidungserheblichkeit der Vorlagefragen spricht und nach der durch das nationale Gericht festgelegte rechtliche und sachliche Rahmen nicht zu überprüfen ist.¹⁷ Der EuGH weist darauf hin, dass er eine Entscheidung über das Ersuchen eines nationalen Gerichts nur dann verweigern darf, wenn die erbetene Auslegung offensichtlich in keinem Zusammenhang mit dem Ausgangsstreit steht, rein hypothetischer Natur ist, oder er nicht über die tatsächlichen und rechtlichen Angaben verfügt, die für eine Beantwortung der Frage erforderlich sind.¹⁸

1. Erste Frage

Zur Beantwortung der Frage, ob Art. 67 Abs. 2 AEUV sowie Art. 22 und 23 SGK verdachtsunabhängigen Identitätskontrollen in Grenznähe entgegenstehen, betont der EuGH eingangs die Funktion des Art. 67 Abs. 2 AEUV, nach dem die Union sicherstellt, dass Personen an Binnengrenzen nicht

¹⁵ EuGH, Urt. v. 21.6.2017 – C-9/16, Rn. 21.

¹⁶ EuGH, Urt. v. 21.6.2017 – C-9/16, Rn. 22, C 188/10 und C-189/10, EU:C:2010:363 (Melki und Abdeli).

¹⁷ Vgl. u.a. EuGH, Urt. v. 22.12.2008 – C-333/07, EU:C:2008:764, Rn. 46; Urt. v. 8.9.2009 – C-478/07, EU:C:2009:521 (Budějovický Budvar), Rn. 63 und EuGH Urt. v. 22.6.2010 – C 188/10 und C 189/10, EU:C:2010:363 (Melki und Abdeli), Rn. 27.

¹⁸ Vgl. EuGH, Urt. v. 21.6.2017 – C-9/16, Rn. 26.

kontrolliert werden.¹⁹ Der EuGH führt den ersten Erwägungsgrund der Verordnung Nr. 2016/399 an, der besagt, dass die Abschaffung der Kontrollen an Binnengrenzen Teil des Ziels der Union gem. Art. 26 AEUV ist, um den freien Personenverkehr zu gewährleisten.²⁰

Anschließend konkretisiert der EuGH mit Ausführungen zu Art. 22 und 23a, 23c SGK den Prüfungsrahmen für die verdachtsunabhängigen Identitätskontrollen. Die Einhaltung des Unionsrechts sei durch die Schaffung und Wahrung eines Rechtsrahmens zu sichern, der gewährleistet, dass die Durchführung verdachtsunabhängiger Identitätskontrollen nicht die gleiche Wirkung wie Grenzübertrittskontrollen hat.²¹

Der EuGH nimmt dabei Bezug auf seine Urteile in Melki und Abdeli sowie Adil und stellt klar, dass Art. 23 lit. a SGK die Ausübung der nationalen polizeilichen Befugnisse durch die Behörden der Mitgliedstaaten nicht berührt, solange diese Befugnisse nicht die gleiche Wirkung wie Grenzübertrittskontrollen haben.²² Konkretisiert werden die Anforderungen an solche Befugnisse in Art. 23a S. 2 SGK, wonach insbesondere Maßnahmen, die keine allgemeinen Grenzkontrollen als Ziel haben, auf allgemeinen polizeilichen Erfahrungen beruhen, auf die Bekämpfung der grenzüberschreitenden Kriminalität abzielen, stichprobenartig durchgeführt werden und sich eindeutig von systematischen Grenzkontrollen unterscheiden, nicht mit Grenzübertrittskontrollen gleichgestellt werden dürfen.²³

Der EuGH gelangt damit zum Kern der Vorlagefrage und widmet sich in vier Schritten der Prüfung von § 23 Abs. 1 Nr. 3 BPolG. Nach der Feststellung, dass es sich bei den Kontrollen um solche innerhalb des Hoheitsgebiets eines Mitgliedsstaates im Sinne von Art. 23 SGK handelt, geht der EuGH auf das Ziel von § 23 Abs. 1 Nr. 3 BPolG ein.²⁴ Dabei kommt er zu dem Ergebnis, dass die Norm die Verhinderung unerlaubter Einreise in das deutsche Hoheitsgebiet, sowie die Verhinderung bestimmter Straftaten zum Ziel hat und sich somit in bestimmten Punkten von Grenzübertrittskontrollen im Sinne von Art. 23a SGK unterscheidet.²⁵ Dies müsse allerdings nicht zwangsläufig bedeuten, dass mit den Kontrollen keine Art. 23a SGK entgegenstehenden Ziele verfolgt würden, da die Auflistung der Voraussetzungen an die poli-

zeiliche Maßnahme und die der Ziele nicht abschließend zu verstehen sei, was an der Verwendung des Wortes „insbesondere“ zu erkennen sei.²⁶ Als drittes kommt der EuGH zur Frage, ob die Ausübung der Kontrollbefugnisse aus § 23 Abs. 1 Nr. 3 BPolG der nötigen Konkretisierung und Einschränkung unterliegen, die gewährleisten, dass keine gleiche Wirkung im Sinne von Art. 23a SGK vorliegt.²⁷ Ein Indiz für das Bestehen einer gleichen Wirkung könnte nach Ansicht des EuGH darin liegen, dass sich § 23 Abs. 1 Nr. 3 BPolG im Gegensatz zu den übrigen Regelungen aus § 23 BPolG ausdrücklich auf Grenzgebiete bezieht und nicht klar regelt, dass sich die Kontrollen auf Lagekenntnisse oder polizeiliche Erfahrungen stützen müssen, wie in Art. 23a Ziff. ii SGK gefordert.²⁸ Den Akten sei es zudem nicht zu entnehmen, dass die Kontrollen im Einklang mit Art. 23a Ziff. iii SGK so durchgeführt werden, dass sie sich eindeutig von systematischen Personenkontrollen an EU-Außengrenzen unterscheiden.²⁹

§ 23 Abs. 1 Nr. 3 BPolG enthalte hinsichtlich Intensität und Häufigkeit der Kontrollen weder Konkretisierungen noch Einschränkungen, die sicherstellen, dass die Ausübung der Befugnis durch die Behörden zu Kontrollen führen, die im Sinne von Art. 23a SGK die gleiche Wirkung wie Grenzkontrollen haben.³⁰ Der EuGH kommt damit zu der Feststellung, dass die in § 23 Abs. 1 Nr. 3 BPolG eingeräumten Befugnisse in einen Rechtsrahmen eingefasst sein müssen, der den im Urteil genannten Anforderungen entspreche.³¹ Sollten solche Regelungen zur Lenkung der Intensität, Häufigkeit und Selektivität der Maßnahmen im nationalen Recht fehlen, könnten Kontrollen die gleiche Wirkung wie Grenzkontrollen haben und somit ein gegen Art. 23a SGK verstoßen.³²

Viertens und abschließend geht der EuGH kurz auf die von der Bundesregierung angeführten nationalen Bestimmungen, wie § 15 BPolG und die Verwaltungsvorschrift „BRAS 120“ ein, die nach Ansicht der Bundesregierung den Rahmen für die Durchführung der Kontrollen entsprechend den Vorgaben des SGK ergänzen.³³ Der EuGH weist daraufhin, dass es Sache des vorlegenden AG Kehl sei, festzustellen, ob die von der Bundesregierung angeführten weiteren Bestimmungen zu der für den vorliegenden Sachverhalt maßgeblichen Zeit in Kraft waren und zu prüfen, ob diese für die Kontrollen nach dem BPolG einen Rahmen vorsehen, der wie von der Rechtsprechung des EuGH gefordert, gewährleistet, dass solche Kontrollen nicht als Kontrollen gleicher Wirkung angesehen werden können.³⁴

Wenn ein solcher Rahmen fehlt, sei nach dem EuGH nicht davon auszugehen, dass die Kontrollen wie in Art. 23a Ziff. iii und iv SGK gefordert, selektiv stattfinden und auf

¹⁹ EuGH, Urt. v. 21.6.2017 – C-9/16, Rn. 30; vgl. auch EuGH Urt. v. 19.7.2012 – C 278/12 PPU, EU:C:2012:508 (Adil), Rn. 48.

²⁰ EuGH, Urt. v. 21.6.2017 – C-9/16, Rn. 31.

²¹ EuGH, Urt. v. 21.6.2017 – C-9/16, Rn. 37; vgl. auch EuGH Urt. v. 19.7.2012 – C 278/12 PPU, EU:C:2012:508 (Adil), Rn. 68.

²² EuGH, Urt. v. 21.6.2017 – C-9/16, Rn. 34; EuGH, Urt. v. 22.6.2010 – C 188/10 und C-189/10, EU:C:2010:363 (Melki und Abdeli), Rn. 69, und EuGH, Urt. v. 19.7.2012 – C-278/12 PPU, EU:C:2012:508 (Adil), Rn. 53.

²³ EuGH, Urt. v. 21.6.2017 – C-9/16, Rn. 35; EuGH, Urt. v. 22.6.2010 – C 188/10 und C 189/10, EU:C:2010:363 (Melki und Abdeli), Rn. 70, und EuGH, Urt. v. 19.7.2012 – C-278/12 PPU, EU:C:2012:508 (Adil), Rn. 54.

²⁴ EuGH, Urt. v. 21.6.2017 – C-9/16, Rn. 44 f.

²⁵ EuGH, Urt. v. 21.6.2017 – C-9/16, Rn. 47.

²⁶ EuGH, Urt. v. 21.6.2017 – C-9/16, Rn. 48.

²⁷ EuGH, Urt. v. 21.6.2017 – C-9/16, Rn. 52.

²⁸ EuGH, Urt. v. 21.6.2017 – C-9/16, Rn. 53-54.

²⁹ EuGH, Urt. v. 21.6.2017 – C-9/16, Rn. 56.

³⁰ EuGH, Urt. v. 21.6.2017 – C-9/16, Rn. 57.

³¹ EuGH, Urt. v. 21.6.2017 – C-9/16, Rn. 59.

³² EuGH, Urt. v. 21.6.2017 – C-9/16, Rn. 59.

³³ EuGH, Urt. v. 21.6.2017 – C-9/16, Rn. 60.

³⁴ EuGH, Urt. v. 21.6.2017 – C-9/16, Rn. 61.

Grundlage von Stichproben zur Anwendung kommen und somit nicht mit Art. 23a SGK vereinbar sind.³⁵

2. Zweite Frage

Zur Beantwortung der zweiten Frage, ob Personenkontrollen in Zügen oder Bahnhöfen zur Verhinderung unerlaubter Einreise, wie sie in § 22 Abs. 1a BPolG vorgesehen sind, gegen Art. 67 Abs. 2 AEUV sowie Art. 22 und 23 SGK verstoßen, stellt der EuGH zunächst unter Verweis auf Frage 1 fest, dass es sich um Kontrollen nicht an einer Grenze, sondern im Innern eines nationalen Hoheitsgebiets handelt.³⁶ Im Anschluss prüft der EuGH das Ziel der Bestimmung und kommt zu dem Ergebnis, dass dies allein in der Verhinderung oder Unterbindung unerlaubter Einreise in das deutsche Staatsgebiet liegt, was ein Indiz für eine nach Art. 23a SGK verbotene gleiche Wirkung wie Grenzüberschreitungen sein kann.³⁷ Nach Ansicht des EuGH ergibt sich aus den vorgelegten Akten nicht, inwieweit sich die Praxis der Kontrollen nach § 22 Abs. 1a BPolG von systematischen Personenkontrollen an den Außengrenzen der Union unterscheidet.³⁸

Es sei daher wiederum Sache des AG Kehl zu prüfen, ob es durch weitere nationale Vorschriften Konkretisierungen und Einschränkungen gibt, die hinreichend genau, detailliert und geeignet sind die Intensität, Häufigkeit und Selektivität der Kontrollen nach § 22 Abs. 1a BPolG zu regeln, sodass es nicht zu Kontrollen führt, die eine gleiche Wirkung wie Grenzüberschreitungen haben.³⁹

V. Rechtliche Würdigung

In diesem mit Spannung erwarteten Urteil hat der EuGH letztlich die Frage der Vereinbarkeit der Normen mit dem SGK nicht abschließend geklärt, sondern sie unter dem Verweis die weiteren Vorschriften zu suchen und zu prüfen an das nationale Gericht zurückgegeben. Gegenstand des Vorabentscheidungsverfahrens ist die Auslegung des primären und sekundären Unionsrechts, nicht jedoch die Anwendung auf den konkreten Fall und die Prüfung nationalen Rechts.⁴⁰ Rein formal hat der EuGH somit korrekt gehandelt, da er keine direkten Aussagen über die Vereinbarkeit nationaler Vorschriften mit dem Unionsrecht treffen darf. Allerdings hat er in seinen Ausführungen zu § 22 Abs. 1a und § 23 Abs. 1 Nr. 3 BPolG deutliche Hinweise auf deren Unionsrechtswidrigkeit gegeben.⁴¹ Konsequenter wäre daher eine Überprüfung

³⁵ EuGH, Urt. v. 21.6.2017 – C-9/16, Rn. 62.

³⁶ EuGH, Urt. v. 21.6.2017 – C-9/16, Rn. 66.

³⁷ EuGH, Urt. v. 21.6.2017 – C-9/16, Rn. 68.

³⁸ EuGH, Urt. v. 21.6.2017 – C-9/16, Rn. 71-72.

³⁹ EuGH, Urt. v. 21.6.2017 – C-9/16, Rn. 72.

⁴⁰ Hinweise zur Vorlage von Vorabentscheidungsersuchen durch die nationalen Gerichte, Rolle des Gerichtshofs im Vorabentscheidungsverfahren, Nr. 7 (2011/C 160/01); *Wegener*, in: Calliess/Ruffert, Beck'scher Online-Kommentar zum AEUV, Art. 267 Rn. 3-8.

⁴¹ *Tischbirek/Wühl* in einem Beitrag auf dem Verfassungsblog v. 22.6.2017, online abrufbar unter <http://verfassungsblog.de/schengen-schlaegt-zurueck/> (24.11.2017).

der „weiteren Bestimmungen“⁴² gewesen. Vor dem Hintergrund der früheren Rechtsprechung ist es zudem bemerkenswert, dass der EuGH untergesetzliche Vorschriften überhaupt zur Konkretisierung der Erlaubnisnorm zulässt.

1. Zum Prüfprogramm des EuGH in Kürze

Der EuGH gibt für die Prüfung der Unionsrechtmäßigkeit der Maßnahmen einen zweistufigen Aufbau vor. Zunächst ist festzustellen, ob Indizien für eine gleiche Wirkung der Maßnahme bestehen.⁴³ Ist dies der Fall, ist in einem zweiten Schritt zu prüfen, ob die Norm hinreichend konkretisiert ist und somit zur Ermessenslenkung der Behörde geeignet ist um eine Maßnahme gleicher Wirkung im Einzelfall zu vermeiden.⁴⁴

a) Indizien für eine Maßnahme gleicher Wirkung

Indizien für eine gleiche Wirkung lassen sich nach dem EuGH einerseits in den Zielbestimmungen der Erlaubnisnormen finden, andererseits durch Sonderregelungen in deren räumlichen Geltungsbereich. Damit bestätigt der EuGH seine Rechtsprechung aus *Melki und Abdeli*. Zudem führt der EuGH an, dass § 23 Abs. 1 Nr. 3 BPolG nicht an Lageerkenntnisse oder polizeiliche Erfahrungen anknüpft, wie in Art. 23a Ziff. ii SGK gefordert.

b) Ermessenslenkende Regelungen

Liegt zumindest ein Indiz für eine Maßnahme gleicher Wirkung vor, sind nach dem EuGH Einschränkungen und Konkretisierungen hinsichtlich der Häufigkeit, Intensität und Selektivität für eine unionsrechtskonforme Erlaubnisnorm notwendig. Die Anzahl der vorliegenden Indizien bestimmt wie streng die Einschränkungen sein müssen. Damit soll eine Lenkung des Ermessens erreicht werden, über das die Behörden bei der praktischen Ausübung der Befugnisse verfügen.⁴⁵ Der EuGH fordert somit eine normierte Lenkung des Entscheidungsmessens der Beamten für die Durchführung der Kontrollen nach § 22 Abs. 1a BPolG und § 23 Abs. 1 Nr. 3 BPolG.

2. Einordnung in die Rechtsprechung zu verdachtsunabhängigen Personenkontrollen in Grenznähe

a) Formale Aspekte der ermessenslenkenden Norm

aa) Die Urteile *Melki und Abdeli* sowie *Adil*

Ein Vergleich des vorliegenden Urteils mit der Entscheidung des EuGH im Fall *Melki und Abdeli* lässt eine gewisse Abweichung in der Rechtsprechung auf der formellen Ebene der

⁴² EuGH, Urt. v. 21.6.2017 – C-9/16, Rn. 60.

⁴³ So auch schon in EuGH, Urt. v. 19.7.2012 – C 278/12 PPU, EU:C:2012:508 (*Adil*), Rn. 70; C 188/10 und EuGH, Urt. v. 22.6.2010 – C 189/10, EU:C:2010:363 (*Melki und Abdeli*), Rn. 72.

⁴⁴ EuGH, Urt. v. 21.6.2017 – C-9/16, Rn. 41.

⁴⁵ EuGH, Urt. v. 21.6.2017 – C-9/16, Rn. 39; EuGH, Urt. v. 22.6.2010 – C 188/10 und C 189/10, EU:C:2010:363 (*Melki und Abdeli*), Rn. 74.

Erlaubnisnorm erkennen. Im damaligen Fall wurden zwei algerische Staatsangehörige, die sich ohne Aufenthaltserlaubnis in Frankreich aufhielten, in Nähe der Grenze zu Belgien von der französischen Polizei kontrolliert und daraufhin in Abschiebungshaft genommen.⁴⁶ In der Entscheidung hat der EuGH eine Regelung wie die französische Vorschrift⁴⁷, die § 23 Abs. 1 Nr. 3 BPolG ähnlich war, für unvereinbar mit dem Schengener Grenzkodex erklärt.⁴⁸ Besonders betonte der EuGH die Auslegung der Art. 22 und Art. 23 SGK „im Licht des Erfordernisses der Rechtssicherheit“⁴⁹. Der EuGH forderte in diesem Urteil, „dass diese Regelung den erforderlichen Rahmen für die Befugnis vorgibt“⁵⁰. Danach muss die Ermächtigungsgrundlage selbst die ermessenslenkenden Vorgaben und Einschränkungen treffen, die gewähren, dass die Durchführung der Kontrollen nicht die gleiche Wirkung wie Grenzkontrollen entfaltet. Verwaltungsvorschriften, die zur Ermessenslenkung erlassen werden, können dieses Erfordernis nicht erfüllen.⁵¹

Im Fall Adil kam es zu einer Personenkontrolle des afghanischen Staatsangehörigen Adil durch eine mobile niederländische Kontrollstreife im Grenzbereich zwischen Deutschland und den Niederlanden.⁵² Im Anschluss an die Kontrolle wurde Herr Adil auf Grundlage des niederländischen Ausländergesetzes inhaftiert.⁵³ In diesem Urteil ist der EuGH von der Anforderung, dass die Ermächtigungsgrundlage selbst den erforderlichen Rahmen vorgeben muss etwas abgerückt, indem er Art. 4.17a der niederländischen Ausländerverordnung als taugliche Konkretisierung hinsichtlich der Kontrollpraxis anerkannte.⁵⁴ Die Ermächtigungsgrundlage in diesem Fall war Art. 50 Abs. 1 des niederländischen Ausländergesetzes, welches durch die Ausländerverordnung näher ausgestaltet wird, gem. Art. 50 Abs. 6 niederländisches Ausländergesetz.⁵⁵

⁴⁶ EuGH, Urt. v. 22.6.2010 – C 188/10 und C 189/10, EU:C:2010:363 (Melki und Abdeli), Rn. 16.

⁴⁷ Art. 78-2 Abs. 4 der französischen Strafprozessordnung (Code de procédure pénale).

⁴⁸ EuGH, Urt. v. 22.6.2010 – C 188/10 und C 189/10, EU:C:2010:363 (Melki und Abdeli), Rn. 75; der EuGH hat angesichts seiner Kompetenz selbstverständlich nicht die konkrete Norm für ungültig erklärt, sondern wie auch im hier besprochenen Urteil verdeutlicht, dass Unionsrecht einer solchen Norm entgegensteht, siehe dazu: Thiele, Europäisches Prozessrecht, 2. Aufl. 2014, S. 185 Rn. 26.

⁴⁹ EuGH, Urt. v. 22.6.2010 – C 188/10 und C 189/10, EU:C:2010:363 (Melki und Abdeli), Rn. 74.

⁵⁰ EuGH, Urt. v. 22.6.2010 – C 188/10 und C 189/10, EU:C:2010:363 (Melki und Abdeli), Rn. 75.

⁵¹ So auch Trennt, DÖV 2012, 216 (222).

⁵² EuGH, Urt. v. 19.7.2012 – C 278/12 PPU, EU:C:2012:508 (Adil), Rn. 21-22.

⁵³ EuGH, Urt. v. 19.7.2012 – C 278/12 PPU, EU:C:2012:508 (Adil), Rn. 23.

⁵⁴ EuGH, Urt. v. 19.7.2012 – C-278/12 PPU, EU:C:2012:508 (Adil), Rn. 82.

⁵⁵ EuGH, Urt. v. 19.7.2012 – C-278/12 PPU, EU:C:2012:508 (Adil), Rn. 16-18; a.A. Groh, NVwZ 2016, 1678 (1682), der

Der EuGH hat auf die „in einer nationalen Regelung wie Art. 4.17a der Ausländerverordnung vorgesehenen genaueren Regelungen und Einschränkungen“ abgestellt und war der Auffassung, diese geben einen hinreichend konkreten Rahmen zur Lenkung des Ermessens bei der Ausübung von Art. 50 Abs. 1 des niederländischen Ausländergesetzes vor.⁵⁶

Die Ausländerverordnung wurde im Jahr 2000 ergänzend zum Ausländergesetz verabschiedet und regelt detailliert und umfangreich die Implementierung und Ausübung der Befugnisse aus dem Ausländergesetz. Die Ausländerverordnung ist straf- und bußgeldbewehrt, entfaltet daher Außenwirkung und ist somit wohl vergleichbar mit Verwaltungsverordnungen nach deutschem Recht. Die beiden Gesetze bilden zudem durch ihre enge Bezugnahme aufeinander eine Art rechtliche Einheit. Dies hat dem EuGH in diesem Urteil zur Wahrung der in Melki und Abdeli geforderten Rechtssicherheit genügt.

Dennoch ist davon auszugehen, dass mit „Regelung“ nicht die „Gesamtheit der in einem Staat geltenden positiven Rechtsvorschriften“⁵⁷ gemeint sein kann.⁵⁸

bb) Ermessenslenkende Verwaltungsvorschriften als tauglicher gesetzlicher Rahmen?

Von dem Erfordernis, dass die Erlaubnisnorm selbst das Ermessen lenken muss, rückt der EuGH in dem aktuellen Urteil wohl weiter ab, indem er auf Verwaltungsvorschriften als mögliche Rahmengerber für die Durchführung der Kontrollen verweist, ohne diese jedoch weiter zu prüfen.⁵⁹

Dass die entsprechenden Normen des BPolG vor dem Hintergrund der Entscheidung Melki und Abdeli und Adil als zu unbestimmt eingestuft werden, war zu erwarten.⁶⁰ Der Verweis auf Innenrecht der Verwaltung zur Ausübung der

die in Melki und Abdeli aufgestellten Grundsätze im Urteil bestätigt sieht, da er annimmt Art. 4.17a der Ausländerverordnung sei die Ermächtigungsgrundlage selbst; auch das VG Stuttgart ging in seinem Urt. v. 22.10.2015 – 1 K 5060/13 unter Bezugnahme auf das Urteil in der Sache Melki und Abdeli noch davon aus, dass die Ermächtigungsgrundlage selbst den erforderlichen Rahmen für die Befugnis vorgeben muss.

⁵⁶ EuGH, Urt. v. 19.7.2012 – C 278/12 PPU, EU:C:2012:508 (Adil), Rn. 82.

⁵⁷ Groh, NVwZ 2016, 1678 (1682).

⁵⁸ Vgl. Groh, NVwZ 2016, 1678 (1682); Trennt, DÖV 2012, 216 (222); VG Stuttgart, InfAuslR 2016, 84 (86); a.A.: Graf Vitzhum, ELR 2010, 236 (241), Kempfner, BayVBl. 2012, 9 (11).

⁵⁹ EuGH, Urt. v. 21.6.2017 – C-9/16, Rn. 60 f.

⁶⁰ Das VG Stuttgart hat in seiner Entscheidung vom 22.10.2015 – 1 K 5060/13, § 23 Abs. 1 Nr. 3 BPolG wegen eines Verstoßes gegen den SGK nicht angewendet; das Berufungsgericht in dieser Sache, der VGH Mannheim, hat das Verfahren bis zur Entscheidung des EuGH über das Vorabentscheidungsersuchen des AG Kehl ausgesetzt, Beschl. v. 7.4.2016 – 1 S 255015; das VG München hingegen erklärte in seinem Urt. v. 27.7.2016, dass § 23 Abs. 1 Nr. 3 BPolG mit Unionsrecht vereinbar sei, vgl. VG München, Urt. v. 27.7.2016 – M 7 K 14.1468.

Ermessenslenkung überrascht jedoch angesichts des zumindest in der Entscheidung Melki und Abdeli genannten Erfordernisses, dass die Befugnisnorm selbst den Rahmen vorgeben muss.⁶¹ Die herabgesetzten Anforderungen an die formelle Normqualität der ermessenslenkenden Vorschriften lässt an deren Geeignetheit zweifeln einen rechtssicheren Rahmen zu gewährleisten, dessen Wichtigkeit in Melki und Abdeli noch besonders hervorgehoben wurde.

In der Sache TA-Luft⁶² hat der EuGH erklärt, dass durch Verwaltungsvorschriften der Pflicht zur Umsetzung von Richtlinien grundsätzlich nicht genügt werden kann. Diese entfalten nach dem EuGH keine Außenwirkung, seien oft nicht bekannt und können von Betroffenen nicht unmittelbar gerichtlich geltend gemacht werden, wodurch eben keine Rechtssicherheit erreicht werden kann.⁶³ Auch wenn der SGK als Verordnung nicht der Umsetzung in nationales Recht bedarf, wie dies bei Richtlinien der Fall ist, lässt sich diese Argumentation auf die Anpassung nationaler Ermächtigungsgrundlagen übertragen.⁶⁴

Die im Urteil Adil behandelte Ausländerverordnung ist ein umfassendes, ausdifferenziertes Regelwerk mit über 200 Artikeln, das zur genauen Regelung der Befugnisse des Ausländergesetzes erlassen wurde. Solche Verordnungen sind im Gegensatz zu den weniger transparenten Verwaltungsvorschriften durchaus allgemein bekannt. Zudem gelten Verwaltungsvorschriften nicht als echte Rechtssätze wie Gesetze, Verordnungen oder Satzungen.⁶⁵

Vor diesem Hintergrund und mit Blick auf die in Melki und Abdeli aufgestellten Anforderungen bleibt es fraglich, ob der EuGH nun tatsächlich Verwaltungsvorschriften als geeignet ansieht den Rahmen von Ermächtigungsgrundlage zu konkretisieren. Vielmehr wollte er wohl die politisch aufgeladene Entscheidung im Rahmen der prozessrechtlichen Möglichkeiten an die Mitgliedstaaten zurückgeben.⁶⁶

cc) Verwaltungsvorschriften als Tatsachenfragen?

Der EuGH bezieht die genannten Verwaltungsvorschriften in seine Prüfung nicht mit ein und begründet dies damit, dass es sich dabei um eine Tatsachenfrage handeln würde, für dessen Prüfung er nicht zuständig sei.⁶⁷ Bei strenger Betrachtung überschreitet der EuGH regelmäßig seine Kompetenz, wenn er detailliert auf die Prüfung nationaler Normen wie auch in diesem Urteil eingeht.⁶⁸ In seiner ständigen Rechtsprechung

hat der EuGH festgestellt, dass er im Rahmen des Vorabentscheidungsverfahrens nicht für die Auslegung nationalen Rechts zuständig ist.⁶⁹ Aufgabe des EuGH ist vielmehr die abstrakte Auslegung des Unionsrechts, nicht die Anwendung des Unionsrechts auf einen konkreten nationalen Fall.⁷⁰ Die Anwendung dieses Auslegungsergebnisses auf den konkret zu entscheidenden Sachverhalt hat der nationale Richter durchzuführen.⁷¹ Die Aufgabe des EuGH ist es daher durch Auslegung des Unionsrechts dem nationalen Richter die europarechtskonforme Lösung des Falles zu ermöglichen.⁷² Allerdings ist die Abgrenzung zwischen Auslegung und Anwendung mitunter schwierig, was zu einem gewissen Spannungsfeld des EuGH im Vorabentscheidungsverfahren führt.⁷³ Einerseits soll der EuGH dem nationalen Richter genug Hinweise geben um den Fall im Einklang mit dem Unionsrecht zu entscheiden, andererseits darf der EuGH kein nationales Recht prüfen.

Vor dem Hintergrund, dass der EuGH jedoch regelmäßig eine detaillierte Prüfung der nationalen Norm vornimmt, wäre auch eine Überprüfung der Verwaltungsvorschriften möglich und angebracht gewesen. Die Begründung, deren Feststellung sei eine Tatsachenfrage und daher allein Sache des vorlegenden Gerichts, überzeugt nicht abschließend.

Die Steuerung der Verwaltung durch Vorschriften dient der „schriftlichen und damit dauerhaften Fixierung“⁷⁴ einer „gleichmäßigen“⁷⁵ und rechtmäßigen Verwaltungspraxis.⁷⁶ Verwaltungsvorschriften gelten nicht als „echte“ Rechtssätze wie die Verfassung, das Gesetz, Rechtsverordnungen oder Satzungen, sondern bilden ein „Eigenrecht der Verwaltung“.⁷⁷ Dennoch können gewisse Formen von Verwaltungsvorschriften Außenrechtswirkung entfalten. Dazu zählen insbesondere norminterpretierende sowie ermessenslenkende Verwaltungsvorschriften. Durch ermessenslenkende Verwaltungsvorschriften soll eine „einheitliche Entscheidungsweise beim Vorliegen bestimmter Situationen bzw. Tatbestände“⁷⁸ erreicht werden. Eine solche Ermessenssteuerung ist auch im

⁶¹ Vgl. EuGH, Urt. v. 22.6.2010 – C 188/10 und C 189/10, EU:C:2010:363 (Melki und Abdeli), Rn. 75.

⁶² EuGH, Urt. v. 30.5.1991 – C-361/88 (TA-Luft).

⁶³ EuGH, Urt. v. 30.5.1991 – Rs C - 361/88 (TA-Luft), Rn. 20-21.

⁶⁴ Vgl. *Trennt*, DÖV 2012, 216 (222).

⁶⁵ *Kirchhof*, in: Maunz/Dürig, Kommentar zum GG, 80. Lfg., Stand: Juni 2017, Art. 84 Rn. 176.

⁶⁶ So auch *Tischbirek/Wühl* in einem Beitrag auf dem Verfassungsblog v. 22.6.2017, online abrufbar unter <http://verfassungsblog.de/schengen-schlaegt-zurueck/> (24.11.2017).

⁶⁷ EuGH, Urt. v. 21.6.2017 – C-9/16, Rn. 61.

⁶⁸ Vgl. EuGH, Urt. v. 21.6.2017 – C-9/16, Rn. 42-59.

⁶⁹ EuGH, Urt. v. 19.3.1964 – 75/63 (Unger/Bedrjfsvereniging voor Detailhandel en Ambachten) = Slg. 1964, 379 (398); EuGH, Urt. v. 19. 9. 2006 – C-506/04 (Wilson/Rechtsanwaltskammer Luxemburg) = Slg. 2006, I-8613, Rn. 34; EuGH, Urt. v. 8.9.2009 – C-42/07 (Liga Portuguesa u. Bwin/Santa Casa) = Slg 2009, I-7633, Rn. 37.

⁷⁰ Vgl. z.B. EuGH, Urt. v. 12.2.1998 – C-366/96 (Cordelle/ONP) = Slg. 1998, I-583 Rn. 9.

⁷¹ *Pechstein*, EU-Prozessrecht, 4. Aufl. 2011, S. 378 Rn. 769.

⁷² *Thiele* (Fn. 48), S. 187 Rn. 32.

⁷³ *Schima*, Das Vorabentscheidungsverfahren vor dem EuGH, 3. Aufl. 2015, S. 22.

⁷⁴ *Schönenbroicher*, in: Mann/Sennekamp/Uechtritz, Kommentar zum Verwaltungsverfahrensgesetz, § 40 Rn. 134.

⁷⁵ BVerfGE 37, 57 (59).

⁷⁶ Zur Rechtsfigur der Verwaltungsvorschrift und der Relevanz in der Fallbearbeitung siehe als Überblick, *Vofßkuhle/Kaufhold*, JuS 2016, 314 ff.

⁷⁷ *Kirchhof*, in: Maunz/Dürig, Kommentar zum GG, 80. Lfg., Stand: Juni 2017, Art. 84 Rn. 176.

⁷⁸ *Schönenbroicher* (Fn. 72), § 40 Rn. 135.

vorliegenden Erlass zur Anwendung von § 23 Abs. 1 Nr. 3 BPolG vorgesehen, weshalb von einer ermessenslenkenden Verwaltungsvorschrift auszugehen ist. Solche Verwaltungsvorschriften, die das Ermessen beschränken, können als schriftliche Fassung der Verwaltungspraxis eine Selbstbindungswirkung der Verwaltung auslösen und somit im Rahmen des allgemeinen Gleichbehandlungsgrundsatzes auch Gegenstand einer gerichtlichen Überprüfung sein.⁷⁹ Aufgrund dieser Außenrechtswirkung hätte auch der Verwaltungserrlass in abstrahierter Form in die Auslegung des Unionsrechts miteinbezogen werden können.

Der EuGH sieht die Erlaubnistatbestände aus dem BPolG und die ergänzenden Vorschriften als eine Art rechtliche Einheit an, wenn er davon ausgeht, dass diese Vorschriften geeignet sein können die Erlaubnisnorm rechtmäßig einzuschränken. Dies sollte jedoch zugleich bedeuten, dass der EuGH die Auslegung des Unionsrechts auch hinsichtlich dieser Vorschriften untersucht.⁸⁰ Indem der EuGH die ergänzenden Vorschriften nicht prüft, schwächt er seine Argumentation, dass die Normen des BPolG und die ergänzenden Vorschriften zusammen einen rechtlichen Rahmen zur Beurteilung der Maßnahmen bilden können. Denn einerseits spricht der EuGH den Vorschriften die Rechtsqualität ab, indem er sie im Gegensatz zur Erlaubnisnorm nicht in seine Prüfung miteinbezieht, andererseits sieht er diese als gegebenenfalls geeignet an einen rechtlichen Rahmen der Kontrollen zu bilden.

Im Ergebnis bleibt festzuhalten, dass der EuGH prozessrechtlich korrekt gehandelt hat, indem er die Prüfung der Verwaltungsvorschriften ablehnte. Der EuGH hat nicht die Aufgabe, das nationale Recht nach rahmengebenden Normen zu durchsuchen. Vor dem Hintergrund der ausführlichen Prüfung von § 23 Abs. 1 Nr. 3 BPolG ist darin dennoch ein inkonsequentes Vorgehen zu sehen.⁸¹ Allerdings muss dem EuGH dabei zugestanden werden, dass die Verwaltungsvorschriften nicht Gegenstand der abstrakten Vorlagefrage waren, sondern durch die Bundesregierung vorgetragen wurden.

b) Inhaltliche Anforderungen an die ermessenslenkende Norm

aa) Die Urteile Melki und Abdeli sowie Adil

Bezüglich der inhaltlichen Anforderungen an die ermessenslenkende Regelung kann keine Abweichung von der Rechtsprechung festgestellt werden. Im Urteil zu Melki und Abdeli forderte der EuGH ebenfalls eine konkrete Beschränkung der Häufigkeit, Intensität und Selektivität der Maßnahmen durch

⁷⁹ BVerwGE 77, 352 (364); Vgl. auch *Aschke*, in: Bader/Ronellenfitsch, Beck'scher Online-Kommentar zum VwVfG, § 40 Rn. 136; VGH Kassel DÖV 1992, 121, (122).

⁸⁰ Vgl. auch *Tischbirek/Wühl* in einem Beitrag auf dem Verfassungsblog v. 22.6.2017, online abrufbar unter <http://verfassungsblog.de/schengen-schlaegt-zurueck/> (24.11.2017).

⁸¹ So auch *Tischbirek/Wühl* in einem Beitrag auf dem Verfassungsblog v. 22.6.2017, online abrufbar unter <http://verfassungsblog.de/schengen-schlaegt-zurueck/> (24.11.2017).

die ermessenslenkende Norm. Die französische Vorschrift enthielt, wie auch die deutsche, keine konkreten Einschränkungen betreffend Dauer, Anzahl der Kontrollen und Auswahlkriterien.

Im Fall Adil entschied der EuGH, dass die niederländische Vorschrift den europarechtlichen Vorgaben entspricht. Diese unterscheidet sich jedoch wesentlich von den Regelungen des BPolG, sowie von der unionsrechtswidrigen französischen Vorschrift aus Melki und Abdeli. Die niederländischen Maßnahmen haben einen klar detaillierten Rahmen hinsichtlich Dauer und Anzahl der Kontrollen, vgl. Art. 4.17a Abs. 3-5 der niederländischen Ausländerverordnung.⁸² So dürfen danach bspw. pro Tag Kontrollen höchstens in zwei Züge je Fahrstrecke, in acht Zügen insgesamt, sowie pro Zug in höchstens zwei Abteilen durchgeführt werden, Art. 4.17a Abs. 3 Ausländerverordnung. Ähnliche Einschränkungen gelten für den Flug- und Straßenverkehr. Solche Beschränkungen hinsichtlich der Häufigkeit, Intensität und Selektivität fehlen in § 22 Abs. 1a BPolG und § 23 Abs. 1 Nr. 3 BPolG vollkommen. Die Erlaubnisnorm selbst kann den geforderten Rahmen daher nicht bilden.

bb) Anwendung des EuGH-Maßstabs auf die „weiteren Bestimmungen“

Geht man entgegen zuvor dargelegter Bedenken davon aus, die Verwaltungsvorschriften sind formell geeignet den rechtlichen Rahmen der Kontrollen zu konturieren, stellt sich die Frage, ob diese die vom EuGH aufgestellten materiellen Anforderungen erfüllen.

Der EuGH verweist im Rahmen seiner Ausführungen zu den Tatsachenfragen, die das AG Kehl zu klären habe, neben den Verwaltungsvorschriften auch auf den, von der Bundesregierung genannten, Grundsatz der Verhältnismäßigkeit, vgl. § 15 BPolG. Dieser Verweis überzeugt nicht, da § 15 BPolG keinen konkreten Rahmen für die Durchführung von Kontrollen vorgibt, der geeignet ist das Ermessen der Beamten zu lenken. Der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit besagt, dass die jeweilige Maßnahme zur Erreichung ihres legitimen Zwecks geeignet, erforderlich und angemessen sein muss. Diese allgemeinen Maßstäbe genügen im vorliegenden Fall gerade nicht, da durch diese kein spezifischer Rahmen zur Ermessenslenkung geschaffen wird.

Ein Blick in die ebenfalls von dem Gericht genannte Verwaltungsvorschrift BRAS 120 zeigt, dass sich im Abschnitt 3 „Aufgabenwahrnehmung an der Binnengrenze und im Inland“ keine Konkretisierungen für § 22 Abs. 1a und § 23 Abs. 1 Nr. 3 BPolG finden, die den Anforderungen des EuGH aus diesem Urteil auch nur im Ansatz entsprechen.

Schließlich erwähnt der EuGH einen Erlass, den die Bundesregierung als zur Konkretisierung eines angemessenen Rahmens geeignet angesehen hatte. Gemeint ist der „Erlass zur Anwendung von § 23 Abs. 1 Nr. 3 BPolG“⁸³ vom 7.3.2016, der als Reaktion der Bundesregierung auf das von der Kommission eingeleitete Vertragsverletzungsverfahren zur deutschen Praxis identitätsunabhängiger Personenkontrol-

⁸² „Vreemdelingenbesluit 2000“.

⁸³ GMBL 2016, S. 203.

len in Grenznähe zu sehen ist. In diesem Erlass wird unter lit. c ein Rahmen zur Kontrolle gem. § 23 Abs. 1 Nr. 3 BPolG vorgegeben. Danach sind Kontrollen nicht dauerhaft anzulegen, sondern unregelmäßig, an unterschiedlichen Orten und stichprobenartig. Zudem dürfen die Kontrollen nicht nur aufgrund des Grenzübertritts stattfinden, sondern müssen anhand von Lagekenntnissen und/oder polizeilicher Erfahrung der Bundespolizei oder anderer Behörden stattfinden. Diese Anforderungen sind zwar konkreter ausgestaltet, als die Befugnisnorm im BPolG, allerdings stellt der Verwaltungserlass maßgeblich eine Wiedergabe von Inhalten des Art. 23a SGK dar. Dass durch eine solche Wiederholung des Gesetzestextes zusammen mit der Nennung unbestimmter Rechtsbegriffe eine Ermessenslenkung der Bundespolizeibeamten bei der Durchführung der Kontrollen gewährleistet werden kann, ist angesichts der aufgestellten Anforderungen nicht ersichtlich. Vergleicht man den Erlass mit der niederländischen Vorschrift wird deutlich, dass der Erlass keine hinreichend genauen Konkretisierungen vorgibt. Zwar sollen nach dem Erlass die Kontrollen unregelmäßig und stichprobenartig durchgeführt werden, doch es gibt keine genauen Beschränkungen hinsichtlich der Dauer und Anzahl, sodass die geforderte Ermessenslenkung durch die Vorschrift gerade nicht gewährleistet werden kann. Mit der Regelung, die Kontrollen haben stichprobenartig und unregelmäßig zu erfolgen, verbleibt die Entscheidung über die Anzahl und Durchführung der Kontrollen vollumfänglich bei den Beamten.

VI. Konsequenzen und Ausblick

Das Ergebnis des EuGH verdient insgesamt Zustimmung, auch wenn es noch keine abschließende Klärung des seit vielen Jahren diskutierten Problems der Vereinbarkeit der Schleierfahndung mit Unionsrecht bringt. Der EuGH hat dem vorlegenden Gericht mit seinen Ausführungen allerdings einen Maßstab an die Hand gegeben aufgrund dessen das Gericht in der Lage ist die Vereinbarkeit der „weiteren Bestimmungen“ mit dem Unionsrechts zu überprüfen. Die detaillierte Prüfung der Inhalte von § 22 Abs. 1a BPolG und § 23 Abs. 1 Nr. 3 BPolG auf der einen Seite und die Nichtbefassung mit den fraglichen untergesetzlichen Normen andererseits lässt jedoch eine gewisse Inkonsequenz der Entscheidung hinsichtlich der formellen Ebene der Erlaubnisnorm erkennen. Mit Blick auf die Entscheidungen Melki und Abdeli, in der die Konkretisierung noch in der jeweiligen Erlaubnisnorm selbst gefordert wurde, wiegt dieser Eindruck umso stärker.

Auch wenn der EuGH die „weiteren Bestimmungen“⁸⁴ nicht in seine Prüfung miteinbezogen hat, ist aufgrund des erstellten Maßstabs ersichtlich, dass auch die ergänzenden Vorschriften nicht geeignet sind einen Rechtsrahmen zu konturieren, der geeignet ist die Häufigkeit, Intensität und Selektivität der Maßnahmen im Sinne der Entscheidung des EuGH zu begrenzen. Somit ist letztlich von einer Unionsrechtswidrigkeit der aktuellen Kontrollpraxis auszugehen. Auch die entsprechenden Erlaubnisnormen der Länder erfüllen die Anforderungen des EuGH wohl nicht. Es besteht

daher gesetzgeberischer Handlungsbedarf um die Rechtmäßigkeit verdachtsunabhängiger Personenkontrollen zu gewährleisten. Dabei sind konkrete Einschränkungen zu normieren, wobei die niederländische Vorschrift als Wegweiser dienen kann.

Wiss. Mitarbeiter Florian Becker, München

⁸⁴ EuGH, Urt. v. 21.6.2017 – C-9/16, Rn. 60.