

Quo vadis, Schleierfahndung? – Zu den Voraussetzungen der Unionsrechtskonformität der Schleierfahndung*

Zugleich eine Besprechung von VGH Baden-Württemberg, Urt. v. 13.2.2018 – 1 S 1469/17

Von Cand. iur. **Christoph Halder**, Cand. iur. **Thomas Ittner**, Passau**

I. Einleitung

Das Sicherheitsrecht ist keine rein statische Materie.¹ Änderungen im Bereich der Gefahrenlagen, die Internationalisierung und neue technische Möglichkeiten haben zahlreiche Anpassungen dieser Rechtsmaterie veranlasst bzw. ermöglicht.² Hinsichtlich sich ändernder Gefahrenlagen ging und geht der Gesetzgeber im Sicherheitsrecht beispielsweise dazu über, Eingriffsbefugnisse von der klassischen Voraussetzung der konkreten Gefahr³ zu lösen und an anderen Anknüpfungspunkten festzumachen,⁴ was diesem nicht grundsätzlich verwehrt ist.⁵ So auch geschehen bei der hier behandelten Schleierfahndung. Unter Schleierfahndung wird die Befugnis der Polizei verstanden, eine Identitätskontrolle zur Verhinderung grenzüberschreitender Kriminalität durchzuführen.⁶ Die Notwendigkeit einer solchen Maßnahme wird mit den Risiken der zunehmenden Globalisierung und dem grenzüberschreitenden Verkehr begründet, insbesondere durch den Wegfall der Binnengrenzkontrollen innerhalb des Schengenraums.⁷ Folglich hat die Schleierfahndung stets einen Bezug zu anderen Staaten, z.B. die Anknüpfung an öffentliche Einrichtungen des internationalen Verkehrs, Durchgangsstraßen oder Grenzgebiete.⁸ Einzige tatbestandliche Voraussetzung ist der Aufenthalt einer Person in diesen Einrichtungen oder

Gebieten („Ortshaftung“).⁹ Im Übrigen ist sie weder ereignis- noch verdachtsabhängig (anlassunabhängig), insbesondere unabhängig von einer konkreten Gefahr.¹⁰

Liegen diese geringen Voraussetzungen vor, so beschränkt sich die Rechtsfolgenseite – unter Beachtung der Ermessensgrenzen – nicht nur auf die bloße Identitätsfeststellung. Es können sich auch weitere Maßnahmen anschließen, namentlich der Abgleich der personenbezogenen Informationen mit einem vorhandenen Datenbestand (z.B. mit der Datei „Gewalttäter Sport“¹¹ oder dem Fahndungsbestand¹²) und bisweilen sogar die Durchsuchung einer Person selbst und ihrer Sachen¹³.

Die Schleierfahndung war seit jeher rechtlich umstritten, wird aber überwiegend als verfassungskonform angesehen.¹⁴ Aber nicht nur die Vereinbarkeit mit deutschem Verfassungsrecht ist problematisch. So stellte der EuGH in mehreren Urteilen¹⁵ zahlreiche Voraussetzungen für eine Unionsrechtskonformität der Schleierfahndung oder vergleichbarer Maßnahmen auf. Gegen Deutschland wurde wegen mangelnder Umsetzung dieser Vorgaben sogar ein Vertragsverletzungsverfahren eingeleitet, das zwischenzeitlich jedoch wieder eingestellt wurde.¹⁶ Die (ersten) Urteile des EuGH sind von der Rechtsprechung und Literatur in Deutschland nicht oder nicht ausreichend berücksichtigt worden, obwohl durchaus noch berechtigter Diskussionsbedarf über die Unionsrechts-

* Zur vertieften Auseinandersetzung mit EuGH, Urt. v. 21.6.2017 – C-9/16 siehe *Becker*, ZJS 2017, 705.

** Die *Autoren* studieren Rechtswissenschaft an der Universität Passau. Sie sind bzw. waren als Stud. Hilfskräfte am Lehrstuhl für Öffentliches Recht, Sicherheitsrecht und Internetrecht von Prof. Dr. Dirk Heckmann beschäftigt.

¹ Vgl. *Gärditz*, ZGS 2017, 1 ff.

² Vgl. insbesondere hierzu die Entwicklung des Polizeirecht in Deutschland seit dem 11.9.2011, *Petri*, in: Lisken/Denninger, Handbuch des Polizeirechts, 5. Aufl. 2011, Kap. A Rn. 116 ff.

³ Vgl. hierzu BVerfG, Urt. v. 20.4.2016 – 1 BvR 966/09 (BKA-Gesetz), Rn. 112; *Meyer*, Jura 2017, 1259 ff.; BayVerfGH, Entsch. v. 7.2.2006 – Vf. 69-VI-04, Rn. 45.

⁴ Hierzu etwa *Darnstädt*, DVBl. 2017, 88 ff.; *Beaucamp*, DVBl. 2017, 534 ff.

⁵ Vgl. BVerfG, Urt. v. 20.4.2016 – 1 BvR 966/09 (BKA-Gesetz), Rn. 112; BayVerfGH, Entsch. v. 7.2.2006 – Vf. 69-VI-04, Rn. 46.

⁶ *Rachor*, in: Lisken/Denninger (Fn. 2), Kap. E Rn. 355.

⁷ Vgl. zu § 23 Abs. 1 Nr. 3 BPolG BT-Drs. 13/10790, S. 4; *Schenke*, in: Schenke/Graulich/Ruthig, Sicherheitsrechts des Bundes, 2014, § 23 BPolG Rn. 11; *Schmidbauer*, in: Schmidbauer/Steiner, Kommentar zum Bayerischen Polizeiaufgabengesetz, 4. Aufl. 2014, Art. 13 PAG Rn. 16.

⁸ *Rachor* (Fn. 6), Kap. E Rn. 355 f.

⁹ VGH BW, Urt. v. 13.2.2018 – 1 S 1469/17, Rn. 26; *Rachor* (Fn. 6), Kap. E Rn. 355; *Michl*, DÖV 2018, 50 (51); *Tomerius*, DVBl. 2017, 1399 (1402).

¹⁰ *Heckmann*, in: Cremer/Giegerich/Richter/Zimmermann, Festschrift für Helmut Steinberger, 2002, S. 467 (467); *Rachor* (Fn. 6), Kap. E Rn. 357 (m.w.N.); VGH BW, Urt. v. 13.2.2018 – 1 S 1469/17, Rn. 26; *Becker*, ZJS 2017, 705; *Michl*, DÖV 2018, 50 (51).

¹¹ Vgl. VG München, Urt. v. 24.1.2018 – M 7 K 16.5096, Rn. 28.

¹² VG München, Urt. v. 27.6.2016 – M 7 K 14.1468, Rn. 22.

¹³ Zum Beispiel nach Art. 21 Abs. 1 Nr. 4 bayPAG (i.V.m. Art. 22 Abs. 1 Nr. 4 bayPAG) i.V.m. Art. 13 Abs. 1 Nr. 5 bayPAG. Zur einschränkenden Auslegung dieser Normen vgl. BayVerfGH, Entsch. v. 7.2.2006 – Vf. 69-VI-04, Rn. 48 ff.

¹⁴ Für die Verfassungskonformität etwa *Heckmann* (Fn. 10), S. 467 (504) m.w.N.; *Schenke*, Polizei- und Ordnungsrecht, 10. Aufl. 2018, Rn. 121 (m.w.N.), *Ruthig*, ZJS 2011, 63 (65); a.A. etwa VerfGH MV, Urt. v. 21.10.1999 – 2/98.

¹⁵ EuGH, Urt. v. 22.6.2010 – C-188/10 und C-189/10 (Melki und Abdeli); EuGH, Urt. v. 19.7.2012 – C-278/12 PPU (Adil); EuGH, Urt. v. 21.6.2017 – C-9/16 (A).

¹⁶ http://europa.eu/rapid/press-release_MEMO-17-234_de.htm (20.7.2018); vgl. auch *Becker*, ZJS 2017, 705; *Michl*, DÖV 2018, 50 (51).

konformität der Vorschriften über die Schleierfahndung herrscht.¹⁷

Nachdem sich der EuGH nach einer Vorlage des AG Kehl¹⁸ erneut mit dieser Problematik zu befassen hatte, lag es am baden-württembergischen VGH, die Vorgaben des EuGH im Rahmen eines Berufungsverfahrens anzuwenden. Gegenstand war ein Urteil des VG Stuttgart, das den bundespolizeilichen Befugnissen zur Schleierfahndung die Europarechtskonformität absprach.¹⁹ Der VGH befand im Einklang mit dem VG, dass jedenfalls zur damaligen Zeit jene Befugnisse nicht mit den europäischen Vorgaben in Einklang standen.

Im Folgenden soll aus diesem Anlass der rechtliche Rahmen skizziert werden, der für die Klärung der Unionsrechtskonformität der Schleierfahndung relevant ist. Anschließend wird das Urteil des VGH näher betrachtet und einer Bewertung unterzogen.

II. Sachverhalt des Urteils des VGH

Gegenstand des Verfahrens war eine Ende November 2013 durchgeführte polizeiliche Identitätsfeststellung gem. § 23 Abs. 1 Nr. 3 BPolG. Der Kläger, ein deutscher Staatsangehöriger mit afghanischen Wurzeln, fuhr geschäftlich auf der Strecke Berlin Freiburg in der ersten Klasse des ICE 377. Im Waggon saßen neben ihm sechs bis sieben weitere Personen. Gegen 22:30 Uhr, auf dem Streckenabschnitt Baden-Baden - Offenburg, betraten drei Bundespolizisten das Zugabteil und baten den Kläger sich auszuweisen. Dieser kam der Aufforderung unverzüglich nach, verwies aber auf die seiner Meinung nach vorliegende Rechtswidrigkeit der Maßnahme und bat seinerseits um Nennung der Namen bzw. Dienstnummern der kontrollierenden Beamten. Die Polizisten führten daraufhin ergebnislos einen Datenabgleich durch und gaben ihre Dienstnummern beim Kläger an. Weitere Personen im Waggon wurden nicht kontrolliert.

Der Grund der Kontrolle wurde von den Prozessparteien unterschiedlich dargestellt. Der Kläger gab seine Hautfarbe als ausschlaggebendes Kriterium an, wohingegen der Parteivertreter der Beklagten geltend machte, dass die Auswahl grundsätzlich nach einer Vielzahl von Kriterien wie etwa Kleidung, Körperhaltung, mitgeführte Gegenstände etc. durchgeführt werde, phänotypische Merkmale wie etwa die Hautfarbe würden aber keine Rolle spielen. In concreto hätte der Kläger in der Mitte des Abteils in der ersten Klasse entgegen der Fahrtrichtung in seinem Sitz versunken gesessen, hätte die Augen geschlossen und Kopfhörer getragen. Dies hätte darauf schließen lassen können, dass der Kläger einer Personenkontrolle zu entgehen versucht habe.

¹⁷ *Albrecht/Halder*, jurisPR-ITR 4/2016 Anm. 6 (m.w.N.); *Schenke* (Fn. 14), Rn. 121 blendet die Rechtsprechung des EuGH etwa vollständig aus.

¹⁸ AG Kehl, EuGH-Vorlage v. 21.12.2015 – 3 Ds 303 Js 7262/14.

¹⁹ VG Stuttgart, Urt. v. 22.10.2015 – 1 K 5060/13.

III. Der rechtliche Rahmen

1. Europäischer Rechtsrahmen

Zentrales Ziel der Europäischen Union ist die Schaffung eines Binnenmarktes, Art. 3 Abs. 2 EUV, Art. 26 Abs. 2 AEUV.²⁰ Der Binnenmarkt umfasst nach Art. 26 Abs. 2 AEUV einen Raum ohne Binnengrenzen, in dem auch der freie Verkehr von Personen gewährleistet ist. Art. 3 Abs. 2 EUV sieht zudem in den Zielbestimmungen vor, dass die Union einen Raum der Freiheit, der Sicherheit und des Rechts ohne Binnengrenzen bietet, in dem der freie Personenverkehr gewährleistet ist. Der freie Personenverkehr umfasst dabei die Abschaffung von Grenzkontrollen an den Binnengrenzen.²¹

Im Bereich der Grenzkontrollen ist der Union gem. Art. 67 Abs. 2 AEUV aufgegeben sicherzustellen, dass Personen an den Binnengrenzen nicht kontrolliert werden. Hierzu hat sie nach Art. 77 Abs. 1 lit. a, Abs. 2 lit. e AEUV eine entsprechende Politik zu entwickeln und Maßnahmen zu treffen. Dies ist mit dem Schengener Grenzkodex (SGK) geschehen.²² Unberührt davon bleibt jedoch die Wahrnehmung der Zuständigkeiten der Mitgliedstaaten für die Aufrechterhaltung der öffentlichen Ordnung und den Schutz der inneren Sicherheit, Art. 72 AEUV. Ein Zusammenhang mit der Abschaffung der Binnenkontrollen besteht zur Personenverkehrsfreiheit und der Freizügigkeit der Unionsbürger (Art. 21 AEUV).²³

Art. 22 SGK sieht vor, dass die Binnengrenzen unabhängig von der Staatsangehörigkeit der betreffenden Personen an jeder Stelle ohne Personenkontrollen überschritten werden dürfen. Das Ausbleiben der Grenzkontrollen an den Binnengrenzen berührt nach Art. 23 lit. a SGK hingegen nicht die Ausübung der polizeilichen Befugnisse durch die zuständigen Behörden der Mitgliedstaaten nach Maßgabe des nationalen Rechts, sofern die Ausübung solcher Befugnisse nicht die gleiche Wirkung wie Grenzübertrittskontrollen hat. Das gleiche gilt auch für Maßnahmen in Grenzgebieten. In Art. 2 Nr. 11 SGK wird eine Grenzübertrittskontrolle legaldefiniert als Kontrolle, die an den Grenzübergangsstellen erfolgt, um festzustellen, ob die betreffenden Personen mit ihrem Fortbewegungsmittel und den von ihnen mitgeführten Sachen in das Hoheitsgebiet der Mitgliedstaaten einreisen oder aus dem Hoheitsgebiet der Mitgliedstaaten ausreisen dürfen.

Polizeiliche Befugnisse dürfen nach Art. 23 lit. a SGK einer solchen Grenzübertrittskontrolle nicht gleichgestellt werden, wenn die Maßnahmen erstens keine Grenzkontrollen

²⁰ *Ruffert*, in: *Calliess/Ruffert*, EUV/AEUV, 5. Aufl. 2016, Art. 3 EUV Rn. 22; *Streinz*, Europarecht, 10. Aufl. 2016, Rn. 807.

²¹ *Streinz* (Fn. 20), Rn. 807; vgl. Erwägungsgründe 2, 21 ff. der VO (EU) 2016/399.

²² 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). Sie ersetzt die Verordnung (EG) Nr. 562/2006, vgl. Art. 44 SGK; hierzu EuGH, Urt. v. 22.6.2010 – C-188/10 und C-189/10 (Melki und Abdeli), Rn. 66.

²³ *Rossi*, in: *Calliess/Ruffert* (Fn. 20), Art. 77 AEUV Rn. 5.

zum Ziel haben, zweitens auf allgemeinen polizeilichen Informationen und Erfahrungen in Bezug auf mögliche Bedrohungen der öffentlichen Sicherheit beruhen, drittens in einer Weise konzipiert und durchgeführt werden, die sich eindeutig von systematischen Personenkontrollen an den Außengrenzen unterscheidet und viertens auf der Grundlage von Stichproben durchgeführt werden. Nach Art. 23 lit. c SGK bleibt die Möglichkeit der Mitgliedstaaten unberührt, Rechtsvorschriften zur Verpflichtung zum Besitz oder Mitführen von Urkunden und Bescheinigungen vorzusehen.

Diese Vorgaben sind folglich zur Beantwortung der Frage heranzuziehen, ob nationales Recht, welches Kontrollen wie die Schleierfahndung vorsieht, mit europäischem Recht vereinbar ist.²⁴

2. Vorgaben des EuGH

a) Keine Grenzübertrittskontrolle

Der EuGH hat in mehreren Urteilen²⁵ die vorstehenden Artikel des SGK ausgelegt und mehrere Vorgaben für Befugnisse wie die Schleierfahndung aufgestellt. Zunächst hatte der EuGH festgestellt, dass in einer derartigen Befugnis keine Grenzübertrittskontrolle (Art. 2 Nr. 11 SGK) zu sehen ist.²⁶ Eine solche Einstufung scheiterte bereits daran, dass die Kontrollen nicht an der Grenze und nicht im Moment des Übertritts stattfinden, sondern im Gebiet des jeweiligen Staates und unabhängig davon, ob überhaupt ein Übertritt stattgefunden hat.²⁷

b) Maßnahmen gleicher Wirkung

Wurde die Annahme einer Grenzübertrittskontrolle abgelehnt, so blieb vom EuGH jedoch noch zu klären, ob derartige polizeiliche Befugnisse nicht die gleiche Wirkung wie Grenzübertrittskontrollen zeigen; das gilt unabhängig davon, ob die Befugnisse im Grenzgebiet oder an der Grenze selbst ausgeübt werden, Art. 23 lit. a S. 1 SGK.²⁸ Ist dies der Fall, steht Art. 23 lit. a SGK einer solchen Regelung entgegen.²⁹ Keine Gleichstellung mit Grenzübertrittskontrollen findet hingegen von vornherein bei Maßnahmen statt, welche zumindest eine der Voraussetzungen des Art. 23 lit. a S. 2 SGK

erfüllen.³⁰ Diese Aufzählung ist nicht abschließend ausgestaltet.³¹

Der EuGH nennt Indizien, ab wann von einer Maßnahme mit gleicher Wirkung wie Grenzübertrittskontrollen ausgegangen werden kann. Ein Indiz kann erstens das mit einer Kontrolle im Grenzgebiet verfolgte Ziel und zweitens der besondere räumliche Anwendungsbereich der Befugnis sein.³²

aa) Das Ziel der Maßnahme

Maßgeblich ist zunächst das Ziel der Befugnis. Dieses darf nicht in einer Grenzkontrolle liegen, Art. 23 lit. a S. 2 i SGK. Grenzkontrollen zeichnen sich im Hinblick auf Art. 2 Nr. 10 bis 12 SGK dadurch aus, festzustellen, ob die betreffenden Personen in das Hoheitsgebiet des Mitgliedstaats einreisen oder aus dem Hoheitsgebiet des Mitgliedstaats ausreisen dürfen. Daneben sollen sie vermeiden, dass Personen die Grenzübertrittskontrollen umgehen.³³ Bezweckt die nationale Regelung hingegen nur zu überprüfen, ob der Verpflichtung zum Besitz oder Mitführen von Urkunden und Bescheinigungen nachgekommen wird, ist dies unschädlich. Dies wird bereits durch Art. 23 lit. c SGK als zulässig erachtet.³⁴ Auch die Bekämpfung der illegalen Einwanderung und des illegalen Aufenthalts führen nicht grundsätzlich zu der Annahme, dass die Maßnahmen Grenzkontrollen zum Ziel haben und Maßnahmen gleicher Wirkung darstellen.³⁵ Selbiges gilt für die Verhütung bestimmter Straftaten mit Grenzbezug.³⁶

bb) Räumlicher Anwendungsbereich der Maßnahme

Nach Ansicht des EuGH ist es für die Annahme der gleichen Wirkung zunächst nicht ausreichend, dass sich die Befugnis räumlich ausschließlich auf das Grenzgebiet beschränkt.³⁷ Auch niedrigere Tatbestandsvoraussetzungen für Befugnisse zur Identitätsfeststellung in Grenzgebieten sind grundsätzlich zulässig.³⁸ Dennoch können Sonderregelungen im Grenzgebiet im Vergleich zur allgemeinen Kontrollbefugnis als ein

²⁴ EuGH, Urt. v. 22.6.2010 – C-188/10 und C-189/10 (Melki und Abdeli), Rn. 65.

²⁵ EuGH, Urt. v. 22.6.2010 – C-188/10 und C-189/10 (Melki und Abdeli); EuGH, Urt. v. 19.7.2012 – C-278/12 PPU (Adil); EuGH, Urt. v. 21.6.2017 – C-9/16 (A).

²⁶ EuGH, Urt. v. 22.6.2010 – C-188/10 und C-189/10 (Melki und Abdeli), Rn. 67 f.; EuGH, Urt. v. 21.6.2017 – C-9/16 (A), Rn. 41 f.

²⁷ EuGH, Urt. v. 22.6.2010 – C-188/10 und C-189/10 (Melki und Abdeli), Rn. 68; EuGH, Urt. v. 19.7.2012 – C-278/12 PPU (A), Rn. 55 f.

²⁸ EuGH, Urt. v. 22.6.2010 – C-188/10 und C-189/10 (Melki und Abdeli), Rn. 69; EuGH, Urt. v. 19.7.2012 – C-278/12 PPU (Adil), Rn. 57.

²⁹ EuGH, Urt. v. 22.6.2010 – C-188/10 und C-189/10 (Melki und Abdeli), Rn. 69.

³⁰ EuGH, Urt. v. 19.7.2012 – C-278/12 PPU (Adil), Rn. 59.

³¹ EuGH, Urt. v. 19.7.2012 – C-278/12 PPU (Adil), Rn. 65.

³² EuGH, Urt. v. 19.7.2012 – C-278/12 PPU (Adil), Rn. 75; EuGH, Urt. v. 21.6.2017 – C-9/16 (A), Rn. 40.

³³ EuGH, Urt. v. 22.6.2010 – C-188/10 und C-189/10 (Melki und Abdeli), Rn. 71; EuGH, Urt. v. 19.7.2012 – C-278/12 PPU (Adil), Rn. 61.

³⁴ EuGH, Urt. v. 22.6.2010 – C-188/10 und C-189/10 (Melki und Abdeli), Rn. 71; EuGH, Urt. v. 19.7.2012 – C-278/12 PPU (Adil), Rn. 63.

³⁵ EuGH, Urt. v. 19.7.2012 – C-278/12 PPU (Adil), Rn. 65 ff.

³⁶ EuGH, Urt. v. 22.6.2010 – C-188/10 und C-189/10 (Melki und Abdeli), Rn. 72; EuGH, Urt. v. 21.6.2017 – C-9/16 (A), Rn. 51.

³⁷ EuGH, Urt. v. 22.6.2010 – C-188/10 und C-189/10 (Melki und Abdeli), Rn. 72; EuGH, Urt. v. 19.7.2012 – C-278/12 PPU (Adil), Rn. 69; EuGH, Urt. v. 21.6.2017 – C-9/16 (A), Rn. 52.

³⁸ EuGH, Urt. v. 19.7.2012 – C-278/12 PPU (Adil), Rn. 71 ff.

Indiz für eine Maßnahme gleicher Wirkung gewertet werden.³⁹

cc) Anforderungen an den nationalen Rechtsrahmen

Maßnahmen die zumindest ein Indiz einer gleichen Wirkung wie Grenzübertrittskontrollen aufweisen sind hierdurch nicht schlechthin unzulässig. Um die Verwirklichung der Abschaffung der Kontrollen an den Binnengrenzen nicht zu gefährden, stellt der EuGH jedoch Voraussetzungen für den nationalen Rechtsrahmen auf.⁴⁰ So soll sichergestellt werden, dass die praktische Ausübung solcher Befugnisse nicht die gleiche Wirkung wie eine Grenzübertrittskontrolle entfaltet.⁴¹ Insbesondere soll durch den Rechtsrahmen das der Behörde zustehende Ermessen gelenkt werden.⁴²

Derartige Maßnahmen können folglich zulässig sein, wenn insbesondere hinsichtlich der Intensität und der Häufigkeit der auf dieser Rechtsgrundlage möglichen Kontrollen genauere Regelungen oder Einschränkungen vorhanden sind, die diese Wirkung verhindern.⁴³ Es gelten dabei umso strengere Anforderungen an die Genauigkeit und Einschränkungen, je zahlreicher Indizien für eine vergleichbare Wirkung vorhanden sind.⁴⁴ Der insoweit erforderliche Rahmen muss hinreichend genau und detailliert sein, um sowohl die Notwendigkeit der Kontrollen als auch die konkret gestatteten Kontrollmaßnahmen selbst (gerichtlichen) Kontrollen unterziehen zu können.⁴⁵ Der EuGH sah in einer Entscheidung⁴⁶ eine niederländische Rechtsverordnung mit Außenwirkung als ausreichend an, weshalb offenbar nicht zwangsläufig die Befugnisnorm selbst oder eine Regelung auf derselben Stufe der Normenhierarchie erforderlich ist.⁴⁷ Fehlt ein solcher rechtlicher Rahmen jedoch gänzlich, kann nicht davon ausgegangen werden, dass die Befugnis in einer Weise konzipiert ist und durchgeführt wird, die sich eindeutig von systematischen Personenkontrollen an den Außengrenzen unter-

scheidet und auf Grundlage von Stichproben durchgeführt wird, wie es Art. 23 lit. a S. 2 Ziff. iii, iv SGK fordert.⁴⁸

3. Nationaler Rechtsrahmen

Gem. § 22 Abs. 1a BPolG kann die Bundespolizei zur Verhinderung oder Unterbindung unerlaubter Einreisen in das Bundesgebiet in Zügen und auf dem Gebiet der Bahnanlagen der Eisenbahnen des Bundes unter bestimmten Voraussetzungen jede Person kurzzeitig anhalten, befragen und verlangen, dass mitgeführte Ausweispapiere oder Grenzübertrittspapiere zur Prüfung ausgehändigt werden, sowie mitgeführte Sachen in Augenschein nehmen.

Weitergehend ist sie gem. § 23 Abs. 1 Nr. 3 BPolG befugt, die Identität einer Person zur Verhinderung oder Unterbindung unerlaubter Einreise in das Bundesgebiet oder zur Verhütung von Straftaten im Sinne des § 12 Abs. 1 Nr. 1 bis 4 BPolG (bestimmte strafrechtliche Vergehen mit Grenzbezug) festzustellen, soweit sie sich im Grenzgebiet bis zu einer Tiefe von dreißig Kilometern aufhält. § 23 Abs. 3 BPolG regelt, welche Maßnahmen und Begleiteingriffe zur Identitätsfeststellung ergriffen werden können.⁴⁹

Im Anschluss an diese Maßnahmen können nach § 34 Abs. 1 S. 2 BPolG die so ermittelten personenbezogenen Daten mit dem Fahndungsbestand abgeglichen werden (Fahndungsabgleich), soweit die Erhebung der personenbezogenen Daten rechtmäßig erfolgte.⁵⁰ Auch eine Durchsuchung der mitgeführten Sachen ist grundsätzlich möglich, § 44 Abs. 2 BPolG.⁵¹

IV. Entscheidung und Bewertung des VGH-Urteils

Der VGH hatte anhand der vom EuGH in seinen Urteilen aufgestellten Vorgaben die Frage zu klären, ob jedenfalls die damalige Ausgestaltung der bundespolizeilichen Schleierfahndung gegen Art. 23 lit. a S. 1 SGK (vormals Art. 21 SGK) verstoßen hat. Dabei gelangte das Gericht zur Überzeugung, dass genau dies der Fall war.⁵² Aufgrund des daraus folgenden Anwendungsvorrangs des EU-Rechts war § 23 Abs. 1 Nr. 3 BPolG unanwendbar und die darauf gestützten Maßnahmen erwiesen sich als rechtswidrig (Vorbehalt des Gesetzes). Das Urteil verdient im überwiegenden Maße und jedenfalls im Ergebnis Zustimmung.

1. Keine Grenzübertrittskontrolle

Zunächst stellte der VGH zutreffend fest, dass § 23 Abs. 1 Nr. 3 BPolG keine Grenzübertrittskontrolle oder Grenzkon-

³⁹ EuGH, Urt. v. 19.7.2012 – C-278/12 PPU (Adil), Rn. 70, 75; EuGH, Urt. v. 21.6.2017 – C-9/16 (A), Rn. 40, 53; vgl. *Michl*, DÖV 2018, 50 (52).

⁴⁰ EuGH, Urt. v. 22.6.2010 – C-188/10 und C-189/10 (Melki und Abdeli), Rn. 74; EuGH, Urt. v. 21.6.2017 – C-9/16 (A), Rn. 40.

⁴¹ EuGH, Urt. v. 21.6.2017 – C-9/16 (A), Rn. 37.

⁴² EuGH, Urt. v. 22.6.2010 – C-188/10 und C-189/10 (Melki und Abdeli), Rn. 74; EuGH, Urt. v. 19.7.2012 – C-278/12 PPU (Adil), Rn. 87; EuGH, Urt. v. 21.6.2017 – C-9/16 (A), Rn. 39.

⁴³ EuGH, Urt. v. 22.6.2010 – C-188/10 und C-189/10 (Melki und Abdeli), Rn. 72; EuGH, Urt. v. 19.7.2012 – C-278/12 PPU (Adil), Rn. 70, 74; EuGH, Urt. v. 21.6.2017 – C-9/16 (A), Rn. 38.

⁴⁴ EuGH, Urt. v. 19.7.2012 – C-278/12 PPU (Adil), Rn. 75; EuGH, Urt. v. 21.6.2017 – C-9/16 (A), Rn. 40.

⁴⁵ EuGH, Urt. v. 19.7.2012 – C-278/12 PPU (Adil), Rn. 76; EuGH, Urt. v. 21.6.2017 – C-9/16 (A), Rn. 41.

⁴⁶ EuGH, Urt. v. 19.7.2012 – C-278/12 PPU (Adil), Rn. 82.

⁴⁷ *Becker*, ZJS 2017, 705 (709); *Michl*, DÖV 2018, 50 (55); a.A. *Trennt*, DÖV 2012, 216 (222).

⁴⁸ EuGH, Urt. v. 21.6.2017 – C-9/16 (A), Rn. 62.

⁴⁹ Hierzu *Drewes/Malmberg/Walter*, Kommentar zum BPolG, 4. Aufl. 2010, § 23 Rn. 46 ff.

⁵⁰ VGH BW, Urt. v. 13.2.2018 – 1 S 1468/17, Rn. 134; *Arzt*, in: *Schenke/Graulich/Ruthig* (Fn. 7), § 34 BPolG Rn. 7; *Drewes/Malmberg/Walter* (Fn. 49), § 34 Rn. 12.

⁵¹ VGH BW, Urt. v. 13.2.2018 – 1 S 1468/17, Rn. 136; ausführlich *Drewes/Malmberg/Walter* (Fn. 49), § 44 Rn. 12 ff.

⁵² VGH BW, Urt. v. 13.2.2018 – 1 S 1469/17, Rn. 27.

trolle vorsieht, da Kontrollen innerhalb des Hoheitsgebiets stattfanden.⁵³

2. Maßnahmen gleicher Wirkung

Indes sieht das Gericht – ebenfalls zutreffend – mehrere „Indizien“ im Sinne der Rechtsprechung des EuGH, die für eine Maßnahme gleicher Wirkung wie Grenzübertrittskontrollen im Sinne des Art. 23 lit. a S. 1 SGK sprechen.⁵⁴ Das ergebe sich einerseits aus dem räumlichen Anwendungsbereich des § 23 Abs. 1 Nr. 3 BPolG, der im Grenzgebiet Sonderregelungen vorsieht.⁵⁵ Andererseits spreche hierfür, dass die Kontrollen anlass- und ereignisunabhängig ausgestaltet sind.⁵⁶ Dar- aus ergebe sich im Einklang mit der Rechtsprechung des EuGH die Pflicht des Gesetzgebers, einen den Anforderungen entsprechenden Rechtsrahmen zu schaffen, welcher jedoch fehlt bzw. jedenfalls defizitär ist.⁵⁷

3. Tauglicher Rechtsrahmen

Ein solcher Rechtsrahmen ergebe sich weder aus den Befugnisnormen selbst, noch aus den diesen zugrunde liegenden Verwaltungsvorschriften.⁵⁸ § 23 Abs. 1 Nr. 3 BPolG halte selbst keine Vorgaben hinsichtlich der Intensität und Häufigkeit der Kontrollen bereit.

a) § 23 Abs. 1 Nr. 3 BPolG

Zunächst hatte der VGH im Einklang mit dem Urteil des EuGH⁵⁹ festgestellt, dass die Norm für sich genommen weder Konkretisierungen noch Einschränkungen der eingeräumten Befugnisse enthält.⁶⁰ Diese seien jedoch erforderlich, um zu verhindern, dass die Ausübung dieser Maßnahme in ihrer praktischen Anwendung die gleichen Wirkungen entfalte wie Grenzübertrittskontrollen.⁶¹ Dieses Ergebnis hatte der EuGH im Grunde entgegen dem Prüfungsmaßstab des Art. 267 AEUV durch die Prüfung des § 23 Abs. 1 Nr. 3 BPolG bereits vorweggenommen.⁶²

Von der Beklagten wurde für die Unionsrechtskonformität angeführt, dass der Gesetzgeber offengelegt habe⁶³, unionsrechtskonform handeln zu wollen. Dies ließ das Gericht richtigerweise aber nicht gelten.⁶⁴ Dieser Umstand wurde

offenbar mit dem Gedanken angeführt, dass § 23 Abs. 1 Nr. 3 BPolG notfalls unionsrechtskonform ausgelegt werden muss. Der Wille zur korrekten Umsetzung des Unionsrechts wird dabei in der Rechtsprechung als Anknüpfungspunkt für eine umfassende unionsrechtskonforme Auslegung und Rechtsfortbildung des nationalen Rechts herangezogen.⁶⁵ Diese Vorgehensweise ist jedoch angesichts der konkreten Vorgaben des EuGH, wie der „Rechtsrahmen“ ausgestaltet sein muss, zum Scheitern verurteilt.⁶⁶ Bei den bisherigen Urteilen zu dieser Problematik äußerte sich der EuGH zudem nicht zu einer europarechtskonformen Auslegung, sondern zielte eher auf eine tatbestandliche Einschränkung ab.⁶⁷ Spätestens seit der neuesten Entscheidung des EuGH ist zudem klar, dass auch irgendwelche ungeschriebenen „handlungsbegrenzenden Elemente“, die in den Tatbestand „hineingelesen“ werden sollen, unzureichend sind.⁶⁸

b) § 15 BPolG – Verhältnismäßigkeit

Anders als bei der Frage, ob § 23 Abs. 1 Nr. BPolG selbst die notwendigen Konkretisierungen und Einschränkungen enthält, ließ der EuGH in seiner Entscheidung offen, ob dies nicht im Zusammenspiel mit sonstigen Normen der Fall ist; dies hätten die nationalen Gerichte zu klären.⁶⁹

In Betracht kommt hierfür einzig § 15 BPolG. Der sich außerhalb der Befugnisnorm befindende § 15 BPolG normiert einfachgesetzlich den Verhältnismäßigkeitsgrundsatz.⁷⁰ Der VGH lehnte es jedoch ab, diesen als ausreichenden Rechtsrahmen heranzuziehen. § 15 BPolG bezöge sich nur auf den jeweiligen Einzelfall und biete keine Gewähr dafür, dass in der Praxis die Anwendung der Befugnisnorm in ihrer Gesamtheit nicht doch gleiche Wirkungen entfalte wie Grenzübertrittskontrollen.⁷¹ „Summierungseffekte“ würden aufgrund des Bezugs zur einzelnen Maßnahme nicht ausgeschlossen.⁷² „Denn der Verhältnismäßigkeitsgrundsatz setzt die einzelne Maßnahme nicht in Bezug zu anderen Maßnah-

⁵³ VGH BW, Urt. v. 13.2.2018 – 1 S 1469/17, Rn. 40; *Groh*, NVwZ 2017, 1608 (1609).

⁵⁴ VGH BW, Urt. v. 13.2.2018 – 1 S 1469/17, Rn. 40.

⁵⁵ VGH BW, Urt. v. 13.2.2018 – 1 S 1469/17, Rn. 40.

⁵⁶ VGH BW, Urt. v. 13.2.2018 – 1 S 1469/17, Rn. 40.

⁵⁷ VGH BW, Urt. v. 13.2.2018 – 1 S 1469/17, Rn. 40.

⁵⁸ VGH BW, Urt. v. 13.2.2018 – 1 S 1469/17, Rn. 41.

⁵⁹ EuGH, Urt. v. 21.6.2017 – C-9/16 (A), Rn. 58.

⁶⁰ VGH BW, Urt. v. 13.2.2018 – 1 S 1469/17, Rn. 42.

⁶¹ VGH BW, Urt. v. 13.2.2018 – 1 S 1469/17, Rn. 42.

⁶² EuGH, Urt. v. 21.6.2017 – C-9/16 (A), Rn. 42 ff.; vgl. *Becker*, ZJS 2016, 705 (708); ebenso VG Stuttgart, Urt. v. 22.10.2015 – 1 K 5060/13, Rn. 29.

⁶³ Unter Verweis auf die Materialien zu § 22 Abs. 1a BGG a.F. BT-Drs. 13/11159, S. 6 und *Gnüchtel*, NVwZ 2013, 980 (981).

⁶⁴ VGH BW, Urt. v. 13.2.2018 – 1 S 1469/17, Rn. 81.

⁶⁵ Eingehend zu dieser Problematik *Frieling*, Gesetzesmaterialien und Wille des Gesetzgebers, 2017, S. 113 ff.

⁶⁶ Im Ergebnis ebenfalls *Trennt*, DÖV 2012, 216 (222); *Groh*, NVwZ 2016, 1678 (1682).

⁶⁷ *Trennt*, DÖV 2012, 216 (222).

⁶⁸ Zu Art. 13 Abs. 1 Nr. 5 bayPAG Stellungnahme des Bayerischen Landesbeauftragten für den Datenschutz zum Gesetz zur Neuordnung des Bayerischen Polizeirechts (PAG-Neuordnungsgesetz) vom 21.12.2017, S. 5 (abrufbar unter <https://www.datenschutz-bayern.de/1/PAG-Stellungnahme.pdf> [20.7.2018]); so aber BayVerfGH, Entsch. v. 28.3.2003 – Vf. 7-VII-00, Rn. 115 („auch ohne dass das [...] noch einer gesonderten Erwähnung im Gesetzestext bedürfte“); BayVerfGH, Entsch. v. 7.2.2006 – Vf. 69-VI-04, Rn. 34; VG München, Urt. v. 27.7.2016 – M 7 K 14.1468, Rn. 25.

⁶⁹ EuGH, Urt. v. 21.6.2017 – C-9/16 (A), Rn. 61.

⁷⁰ Dies erachtet *Kempfler*, BayVBl. 2012, 9 (11) für das bayPAG als ausreichend.

⁷¹ VGH BW, Urt. v. 13.2.2018 – 1 S 1469/17, Rn. 44; ebenso *Michl*, DÖV 2018, 50 (57).

⁷² VGH BW, Urt. v. 13.2.2018 – 1 S 1469/17, Rn. 44; ebenso *Michl*, DÖV 2018, 50 (57).

men, erreicht mithin keine effektive Steuerung der Frage, wie oft verdachtsunabhängige Personenfeststellungen im Grenzraum durchgeführt werden.⁷³ Einen Rechtsrahmen zur Lenkung der „Häufigkeit und Selektivität“ sehe § 15 BPolG darüber hinaus auch nicht vor.⁷⁴

Zunächst stellt das Gericht zutreffend die fehlende Normierung der Häufigkeit und Selektivität der Kontrollen in § 15 BPolG fest. Art. 23 lit. a S. 2 SGK enthält bereits einen Katalog an notwendigen Einschränkungen, der unmittelbar im deutschen Recht wirkt.⁷⁵ Notwendig sind aber insoweit weitergehende Konkretisierungen. Der Umweg über die Verhältnismäßigkeit ohne Konkretisierungen ist mithin nutzlos. Aus diesem Grund ist auch die bloße Wiederholung der Einschränkungen des Art. 23 lit. a S. 2 SGK in ermessenslenkenden Verwaltungsvorschriften sinnentleert. Dennoch beschriftet das Bundesinnenministerium des Inneren zwischenzeitlich diesen Weg mit einem Erlass zur Steuerung des Ermessens aus § 23 Abs. 1 Nr. 3 BPolG.⁷⁶ Eine andere Anwendungspraxis würde dann zwar grundsätzlich gegen Art. 3 Abs. 1 GG verstoßen, weshalb auch hier eine Ermessensgrenze zu ziehen wäre.⁷⁷ Allerdings ist ein praktischer Mehrwert in einer so unkonkret formulierten Verwaltungsvorschrift nicht zu sehen.⁷⁸ Die Rechtsprechung des EuGH sieht eine Beschränkung auf Ebene des Tatbestands und nicht auf der Ebene der Rechtsfolge vor.⁷⁹

Ferner ist grundsätzlich zutreffend, dass der Verhältnismäßigkeitsgrundsatz Maßnahmen nicht zueinander in Bezug setzt.⁸⁰ Dennoch gibt es hier Durchbrechungen. So zieht das BVerfG für die Bestimmung der Schwere von informationellen Eingriffen im Rahmen der Angemessenheit die „Strebweite“ der Maßnahme als Kriterium heran, betrachtet also die einzelne Maßnahme nicht streng einzelfallbezogen.⁸¹ So

treffen aber vorliegend die Maßnahmen der Schleierfahndung nicht gleichsam jeden im Grenzgebiet, sondern der Eingriff findet punktuell bei der Maßnahme statt. Eine Übertragbarkeit dieser Vorgehensweise auf den vorliegenden Fall scheidet deshalb aus.

Ein anderer Ansatzpunkt zur Verknüpfung der Maßnahmen wäre der Umweg über Art. 23 lit. a SGK und die Auslegung der Norm durch den EuGH als Grenze des Ermessens.⁸² Jedoch ist auch diese Vorgehensweise nicht zielführend, da es an der Bestimmtheit der Einschränkungen mangelt.

Im Ergebnis ist somit die Feststellung des VGH zutreffend, dass die Summierungseffekte nicht allein durch den Verhältnismäßigkeitsgrundsatz aus § 15 BPolG verhindert werden.

c) Verwaltungsvorschriften

Im BPolG finden sich keine weiteren konkretisierenden oder einschränkenden Normen. Vorgebracht wird jedoch, dass Verwaltungsvorschriften ausreichend seien, um den Anforderungen an die Vorgaben des EuGH gerecht zu werden.⁸³ Eine solche war zur damaligen Zeit vorhanden. Jedoch würde auch die Verwaltungsvorschrift „BRAS 120“ in ihrer alten Fassung nach Ansicht des VGH nicht den notwendigen Rechtsrahmen normieren.⁸⁴ Diese entspreche weder in ihrer Form noch in ihrem Inhalt den vom EuGH geforderten Anforderungen.⁸⁵

aa) Mangelhafte Form

Nicht zu klären hatte der VGH die Frage, ob prinzipiell Verwaltungsvorschriften ausreichend sind, um den Anforderungen Genüge zu tun. Voraussetzung wäre in jedem Fall gewesen, dass „Mindestanforderungen an das Vorliegen einer rechtliche [sic] Regelung“ eingehalten werden.⁸⁶ Das setze nach dem Gericht zumindest die Veröffentlichung voraus.⁸⁷ Indes war die „BRAS 120“ als Verschlussache nach dem Sicherheitsüberprüfungsgesetz (SÜG) eingestuft und damit der Öffentlichkeit entzogen.⁸⁸ Der Kläger erfuhr etwa erst im Berufungsverfahren von der Existenz einer derartigen Verwaltungsvorschrift.⁸⁹ Das Mindestanforderung der Publikation ergebe sich aus den europäischen Vorgaben. So müsse bei derartigen Maßnahmen eine „nationale Regelung“ eingeführt

⁷³ VGH BW, Urt. v. 13.2.2018 – 1 S 1469/17, Rn. 44; ebenso *Michl*, DÖV 2018, 50 (57).

⁷⁴ VGH BW, Urt. v. 13.2.2018 – 1 S 1469/17, Rn. 44; ebenso *Becker*, ZJS 2017, 705 (711); *Michl*, DÖV 2018, 50 (57); zu Art. 4 bayPAG Stellungnahme des Bayerischen Landesbeauftragte für den Datenschutz zum Gesetz zur Neuordnung des Bayerischen Polizeirechts (PAG-Neuordnungsgesetz) vom 21.12.2017, S. 5 (abrufbar unter <https://www.datenschutz-bayern.de/1/PAG-Stellungnahme.pdf> [22.7.2018]).

⁷⁵ Vgl. auch *Trennt*, DÖV 2012, 216 (222).

⁷⁶ Erlass zur Anwendung von § 23 Absatz 1 Nr. 1 Bundespolizeigesetz (BPolG) v. 7.3.2016, GMBL 2016, S. 203. Dieser ist auszugsweise abgedruckt und teilweise zusammengefasst bei *Michl*, DÖV 2018, 50 (58).

⁷⁷ *Stuhlfauth*, in: Obermayer/Funke-Kaiser, Kommentar zum VwVfG, 5. Aufl. 2018, § 40 Rn. 40; *Michl*, DÖV 2018, 50 (58).

⁷⁸ *Zurecht Michl*, DÖV 2018, 50 (58); vgl. auch *Groh*, NVwZ 2017, 1608 (1609).

⁷⁹ *Trennt*, DÖV 2012, 216 (222).

⁸⁰ *Schenke* (Fn. 14), Rn. 338.

⁸¹ BVerfG, Urt. v. 20.4.2016 – 1 BvR 966/09 (BKA-Gesetz), Rn. 101; BVerfG, Urt. v. 2.3.2010 – 1 BvR 256/08 (Vorratsdatenspeicherung), Rn. 210.

⁸² Vgl. *Trennt*, DÖV 2012, 216 (222).

⁸³ So *Kempfler*, BayVBl. 2012, 9 (11).

⁸⁴ VGH BW, Urt. v. 13.2.2018 – 1 S 1469/17, Rn. 46.

⁸⁵ VGH BW, Urt. v. 13.2.2018 – 1 S 1469/17, Rn. 46.

⁸⁶ VGH BW, Urt. v. 13.2.2018 – 1 S 1469/17, Rn. 47.

⁸⁷ VGH BW, Urt. v. 13.2.2018 – 1 S 1469/17, Rn. 47.

⁸⁸ Vgl. nur die versuchte Anfrage nach dem Informationsfreiheitsgesetz zur Erlangung dieser Vorgaben

<https://fragdenstaat.de/anfrage/leitfaden-fur-grenzschutzbeamte-und-bestgrepo/> (22.7.2018).

Daneben wurde sie nicht einmal zu wissenschaftlichen Zwecken zur Verfügung gestellt, vgl. *Michl*, DÖV 2018, 50 (58).

⁸⁹ Die entsprechenden Passagen der Verwaltungsvorschrift in der damaligen Fassung sind in dem Urteil des VGH BW, VGH BW, Urt. v. 13.2.2018 – 1 S 1469/17 unter den Rn. 51–69 enthalten.

werden⁹⁰, die zu Rechtssicherheit führen soll, zugleich hinreichend bestimmt ist und den Rechtsschutz effektiv ermöglicht („Kontrolle der Kontrolle“).⁹¹ Die Rechtsanwendung geheimer innerdienstlicher Vorgaben sei hingegen für den Betroffenen unvorhersehbar.⁹² Rechtsschutz wäre nur „ins Blaue hinein“ möglich, was dem Gebot des effektiven Rechtsschutzes widerspreche.⁹³

Diese Argumente des VGH sind durchschlagend, wenn gleich nicht weitgehend genug. Es ist vielmehr sowohl europa- als auch verfassungsrechtlich geboten, die Entscheidung nicht der Exekutive zu überlassen.⁹⁴

bb) Inhaltliche Defizite

Daneben seien die inhaltlichen Vorgaben an den nationalen Rechtsrahmen auch nicht durch die Verwaltungsvorschrift abgebildet.⁹⁵ Die Verwaltungsvorschrift bezog sich lediglich auf bereits außer Kraft getretenes Recht und umfasste nicht § 23 Abs. 1 Nr. 3 BPolG. Das sei nach Ansicht des VGH nicht hinreichend genau und bereits nicht geeignet, das polizeiliche Verhalten zu steuern.⁹⁶ Auch eine „ergänzende Auslegung“ der Verwaltungsvorschrift durch die Beamten würde nicht zu einem geeigneten Rechtsrahmen führen.⁹⁷ Ungeachtet dessen mangle es zudem an konkreten Vorgaben für die Identitätsfeststellung hinsichtlich „der Intensität, der Häufigkeit und der Selektivität“ der Maßnahmen, die eine Lenkung des polizeilichen Ermessens bezwecke.⁹⁸ Selbst bei wohlwollender Auslegung der Verwaltungsvorschriften geschehe hierdurch keine Steuerung der Gesamtheit aller Kontrollen, zumal auch keine Beschränkungen vorgesehen seien, etwa Stichproben.⁹⁹ Auch das sei nicht geeignet, die Häufigkeit der Kontrollen einer effektiven Beschränkung zuzuführen.¹⁰⁰

Diese Argumente des VGH können ebenso überzeugen. Es dürfen keine geringeren Anforderungen an die Konkretisierung der Verwaltungsvorschriften gestellt werden, als an § 23 Abs. 1 Nr. 3 BPolG oder § 15 BPolG.

d) Faktische Beschränkungen ausreichend?

Auch rein faktische Beschränkungen (z.B. mangelnde Kapazitäten der Polizei), wie von der Berufungsklägerin vorgetragen, seien nicht ausreichend, denn es werde ein geeigneter Rechtsrahmen vom EuGH gefordert.¹⁰¹ Weitergehend könne

eine Verwaltungspraxis ohnehin jederzeit geändert werden und stelle keine kontrollierbaren „Konkretisierungen und Einschränkungen“ dar.¹⁰²

Angesichts der Rechtsprechung des EuGH ist dem VGH entschieden zuzustimmen. Eine „normative Kraft des Faktischen“ bzw. eine schlichte Behördenpraxis als ausreichend zu betrachten, ist jedenfalls nach den Urteilen des EuGH nicht mehr vertretbar.¹⁰³

V. Offengelassene Fragen

Der VGH konnte einige Fragen offenlassen, die in concreto nicht zu klären waren. Hierzu zählt zum einen die Frage, ob publizierte Verwaltungsvorschriften grundsätzlich geeignet sind, den tauglichen Rechtsrahmen herzustellen. Zum anderen ging das Gericht nicht weiter auf die Frage ein, ob bzw. wann Identitätsfeststellungen gegen Art. 3 Abs. 3 S. 1 GG verstoßen.

1. Gesetzgeberische Ausgestaltung der Vorgaben des EuGH

Das Gericht musste letztlich nicht entscheiden, ob Verwaltungsvorschriften ausreichend sind, um den Vorgaben des EuGH zu genügen. Diese Frage wird in der Literatur nicht einheitlich beantwortet.¹⁰⁴ Nach hier vertretener Auffassung sprechen zwingende Gründe dagegen.

a) Zur Dogmatik von Verwaltungsvorschriften

Verwaltungsvorschriften sind Regelungen innerhalb der Verwaltung, die sich an die Verwaltung selbst richten und den Zweck haben, deren Organisation oder Handeln näher zu bestimmen.¹⁰⁵ Ziel ist es, den Bediensteten den Gesetzesvollzug zu erleichtern und damit die Verfahrensdauer zu reduzieren und einheitliche Entscheidungen zu treffen (gleichmäßiger Gesetzesvollzug).¹⁰⁶ Die Verwaltungsvorschriften treten in einer sehr heterogenen Form auf und lassen sich unterschiedlich systematisieren. Anknüpfend an den Regelungszweck kann zwischen organisatorischen und verhaltenslen-

⁹⁰ Unter Verweis auf EuGH, Urt. v. 22.6.2010 – C-188/10 und C-189/10 (Melki und Abdeli), Rn. 74 f. und auf die Sprachfassung der damaligen Verfahrenssprache: „législation nationale“.

⁹¹ VGH BW, Urt. v. 13.2.2018 – 1 S 1469/17, Rn. 47.

⁹² VGH BW, Urt. v. 13.2.2018 – 1 S 1469/17, Rn. 47; ebenso *Isensee*, Die typisierende Verwaltung, 1976, S. 126 f.

⁹³ VGH BW, Urt. v. 13.2.2018 – 1 S 1469/17, Rn. 47

⁹⁴ Ausführlich hierzu unter V. 1.

⁹⁵ VGH BW, Urt. v. 13.2.2018 – 1 S 1469/17, Rn. 49.

⁹⁶ VGH BW, Urt. v. 13.2.2018 – 1 S 1469/17, Rn. 71 f.

⁹⁷ VGH BW, Urt. v. 13.2.2018 – 1 S 1469/17, Rn. 73.

⁹⁸ VGH BW, Urt. v. 13.2.2018 – 1 S 1469/17, Rn. 74.

⁹⁹ VGH BW, Urt. v. 13.2.2018 – 1 S 1469/17, Rn. 74.

¹⁰⁰ VGH BW, Urt. v. 13.2.2018 – 1 S 1469/17, Rn. 74.

¹⁰¹ VGH BW, Urt. v. 13.2.2018 – 1 S 1469/17, Rn. 75.

¹⁰² VGH BW, Urt. v. 13.2.2018 – 1 S 1469/17, Rn. 75 unter Verweis auf *Groh*, NVwZ 2016, 1678 (1682); *Michl*, DÖV 2018, 50 (55 ff.); siehe auch *Kempfler*, BayVBl. 2012, 9 (11); vgl. zu dieser Argumentation EuGH, Urt. v. 28.2.1991 – C-131/88, Rn. 61.

¹⁰³ Vgl. *Michl*, DÖV 2018, 50 (55); *Groh*, NVwZ 2016, 1678 (1682); so aber wohl VG München, Urt. v. 27.7.2016 – M 7 K 14.1468, Rn. 25.

¹⁰⁴ Ablehnend *Trennt*, DÖV 2012, 216 (222); *Groh*, NVwZ 2016, 1678 (1682 f.); *Groh*, NVwZ 2017, 1608 (1609 f.); VG Stuttgart, Urt. v. 22.10.2015 – 1 K 5060/13, Rn. 30; bejahend *Graf Vitzthum*, ELR 2010, 236 (240 f.); *Kempfler*, BayVBl. 2012, 9 (11); wohl auch *Michl*, DÖV 2018, 50 (57 f.).

¹⁰⁵ *Ossenbühl*, in: *Isensee/Kirchhof*, Handbuch des Staatsrechts, Bd. 5, § 104 Rn. 4; Sie werden bisweilen auch Erlasse, Verfügungen, Dienstanweisungen, Richtlinien, Anordnungen oder Grundsätze genannt.

¹⁰⁶ *Guckelberger*, DV 35 (2002), 61; vgl. auch *Isensee* (Fn. 92), S. 134 ff.

kenden Verwaltungsvorschriften differenziert werden.¹⁰⁷ Zu den verhaltenslenkenden Verwaltungsvorschriften zählen die norminterpretierenden (wie wird ein Rechtsbegriff ausgelegt?), ermessenslenkenden (wie übt die Verwaltung Ermessen aus?) und normkonkretisierenden Verwaltungsvorschriften.¹⁰⁸ Letztere konkretisieren unbestimmte Rechtsbegriffe eines „offenen Tatbestands“ aufgrund einer gesetzlichen Grundlage und unterliegen nur einer beschränkten gerichtlichen Kontrolle (z.B. TA-Luft, TA-Lärm).¹⁰⁹ Sie sind von Gerichten anzuwenden und auszulegen wie sonstige Rechtsvorschriften.¹¹⁰

Unmittelbare Außenwirkung haben Verwaltungsvorschriften grundsätzlich nicht, es können somit keine für den Bürger belastenden Maßnahmen auf sie gestützt werden.¹¹¹ Das korrespondiert mit der Bindung der Gerichte an Recht und Gesetz nach Art. 20 Abs. 3, 97 Abs. 1 GG, denn Gerichte sind an Verwaltungsvorschriften nicht gebunden.¹¹² Nur ausnahmsweise tritt eine Bindung ein, zum einen mittelbar über die Selbstbindung der Verwaltung (Art. 3 Abs. 1 GG) und zum anderen unmittelbar über normkonkretisierende Verwaltungsvorschriften (aufgrund gesetzlicher Grundlage).¹¹³

b) Europarechtliches Gebot

Nach hier vertretener Auffassung ist es bereits unionsrechtlich geboten, dass die Vorgaben des EuGH außerhalb von Verwaltungsvorschriften umgesetzt werden. Dieses Ergebnis lässt sich aus der bisherigen Rechtsprechung des EuGH zur korrekten Umsetzung von Richtlinien ableiten.

aa) Übertragbarkeit der Vorgaben des EuGH zur Richtlinienumsetzung

Bei EU-Verordnungen ist grundsätzlich denkbar, dass Mitgliedstaaten Verwaltungsvorschriften erlassen, um so den Vollzug der Verordnung zu ermöglichen, Begriffe auszulegen

oder die Ermessensausübung zu regeln.¹¹⁴ Die Frage, ob diese zu einer europarechtskonformen Konkretisierung innerstaatlicher Gesetze herangezogen werden können, ist aber zu verneinen. Hierbei ist zutreffend die Rechtsprechung des EuGH¹¹⁵ zur korrekten Umsetzung von EU-Richtlinien heranzuziehen.¹¹⁶ Zwar handelt es sich bei dem Schengener Grenzkodex um eine unmittelbar geltende Verordnung, im Gegensatz zu umsetzungsbedürftigen EU-Richtlinien, Art. 288 Abs. 2, 3 AEUV. Allerdings ist die Gefährdungslage vergleichbar. Die Umsetzung von Richtlinien soll u.a. gewährleisten, dass dem Einzelnen Rechte eingeräumt werden. Aufgrund der unmittelbaren Wirkung des SGK als Verordnung wurde dem Einzelnen hingegen bereits das Recht eingeräumt, Binnengrenzen und das jeweilige Grenzgebiet zu überschreiten, ohne Grenzübertrittskontrollen oder Maßnahmen mit gleicher Wirkung ausgesetzt zu sein, Art. 23 lit. a S. 1 SGK.¹¹⁷ Gleichzeitig erlaubt Art. 23 lit. a S. 2 SGK aber polizeiliche Maßnahmen unter gewissen Voraussetzungen und schränkt damit den Grundsatz teilweise wieder ein. Es darf jedoch keinen Unterschied machen, ob Rechte durch die fehlerhafte bzw. die fehlende Umsetzung einer Richtlinie in nationales Recht nicht oder nicht vollständig gewährt werden oder ob durch nationales Recht europarechtlich eingeräumte Rechte beeinträchtigt werden. Maßgeblich ist dabei das Ziel der Richtlinie bzw. hier der Verordnung weitestgehend zu erreichen. Dieses Argument spricht nach hier vertretener Auffassung für eine Übertragbarkeit der Voraussetzungen, die der EuGH zu Verwaltungsvorschriften aufgestellt hat.¹¹⁸

bb) Erfüllung der Voraussetzungen

Nach Ansicht des EuGH ist es für eine korrekte Umsetzung einer Richtlinie notwendig, dass Rechtssicherheit erreicht wird. Dies dient dazu, die Ziele der Richtlinie zu erreichen.¹¹⁹ Der Einzelne muss daher Gewissheit über den Umfang seiner Rechte und Pflichten haben.¹²⁰ Um diese Rechte geltend machen zu können, müssen sowohl der Berechtigte als auch der Verpflichtete Kenntnis von ihnen besitzen. Entscheidend

¹⁰⁷ Guckelberger, DV 35 (2002), 61 (64); Rogmann, Die Bindungswirkung von Verwaltungsvorschriften, 1998, S. 16 ff.

¹⁰⁸ Schmitz, in: Stelkens/Bonk/Sachs, Kommentar zum VwVfG, 9. Aufl. 2018, § 1 Rn. 213 ff.; Detterbeck, Allgemeines Verwaltungsrecht, 15. Aufl. 2017, Rn. 857.

¹⁰⁹ Maurer/Waldhoff, Allgemeines Verwaltungsrecht, 19. Aufl. 2017, § 7 Rn. 12; Schmitz (Fn. 108), § 1 Rn. 212; Ossenbühl (Fn. 105), § 104 Rn. 32; Sauerland, Die Verwaltungsvorschrift im System der Rechtsquellen, 2005, 64 f.

¹¹⁰ BVerwG, Urt. v. 20.12.1999 – 7 C 15/98, Rn. 9.

¹¹¹ Guckelberger, DV 35 (2002), 61 (65); vgl. BVerwG, Urt. v. 10.12.1969 – VIII C 104.69, Rn. 13.

¹¹² Guckelberger, DV 35 (2002), 61 (65); Robbers, in: Bonner Kommentar zum GG, 142. Lfg., Stand: Oktober 2009, Art. 20 Abs. 1 Rn. 2024; BVerfG, Beschl. v. 31.5.1988 – 1 BvR 520/83 (Existenzminimum), Rn. 37.

¹¹³ BVerwG, Urt. v. 20.12.1999 – 7 C 15/98, Rn. 9; BVerwG, Beschl. v. 10.1.1995 – 7 B 112/94, Rn. 4; BVerwG, Beschl. v. 21.3.1996 – 7 B 165/95, Rn. 9; Guckelberger, DV 35 (2002), 61 (66); vgl. auch Stuhlfauth (Fn. 77), § 40 Rn. 43a.

¹¹⁴ Langenfeld, in: Maunz/Dürig, Kommentar zum Grundgesetz, 81. Lfg., Stand: September 2017, Art. 3 Abs. 3, Guckelberger, DV 35 (2002), 61 (64); Ossenbühl (Fn. 105), § 104 Rn. 89; Rogmann (Fn. 107), S. 93 f.; ausführlich Sauerland (Fn. 109), S. 508 ff.

¹¹⁵ EuGH, Urt. v. 30.5.1991 – C-361/88, Rn. 20; EuGH, Urt. v. 30.5.1991 – C-59/89, Rn. 23; EuGH, Urt. v. 28.2.1991 – C-131/88 Rn. 61; EuGH, Urt. v. 17.10.1991 – C-58/89, Rn. 13; zusammenfassend Wagner, DVBl. 2017, 1203 (1204).

¹¹⁶ Becker, ZJS 2017, 705 (710); Trennt, DÖV 2012, 216 (222); ablehnend unter Verweis auf die mittelbare Selbstbindung wegen Art. 3 Abs. 1 GG Michl, DÖV 2018, 50 (57).

¹¹⁷ Vgl. Groh, NVwZ 2017, 1608 (1609).

¹¹⁸ Ebenso Becker, ZJS 2017, 705 (710); Trennt, DÖV 2012, 216 (222); tendenziell ablehnend: Michl, DÖV 2015, 50 (57).

¹¹⁹ EuGH, Urt. v. 30.5.1991 – C-361/88, Rn. 21.

¹²⁰ EuGH, Urt. v. 30.5.1991 – C-361/88, Rn. 16, 20; gleiches ergibt sich auch aus dem verfassungsrechtlichen Rechtsstaatsprinzip, vgl. Meurer/Beye, DÖV 2018, 59 (62).

ist ferner, dass die Betroffenen ihre Rechte gegebenenfalls auch vor Gericht durchsetzen können.¹²¹

Der VGh hat im entschiedenen Fall mit der fehlenden Publizität der Verwaltungsvorschriften einen Teilaspekt der Vorgaben angesprochen, die der EuGH aufgestellt hat. Das Gericht fordert insoweit nur – abgeleitet aus dem Unionsrecht – Normpublizität der Verwaltungsvorschriften. Im deutschen Recht besteht hingegen grundsätzlich nicht die Pflicht, Verwaltungsvorschriften zu veröffentlichen.¹²² Damit würde das Gericht neben den anerkannten Fällen der Publizitätspflicht¹²³ von Verwaltungsvorschriften eine zusätzliche Fallgruppe schaffen. Damit wäre die Voraussetzung der Kenntnis der Rechte und Pflicht erfüllt.

Daneben ist es aber nach dem EuGH notwendig, dass die Rechte des Einzelnen auch vor den nationalen Gerichten durchgesetzt werden können. Eine mittelbare Bindung der Gerichte an ermessenslenkende Verwaltungsvorschriften ist jedoch nur über Art. 3 Abs. 1 GG im Rahmen der Selbstbindung der Verwaltung möglich. Eine Selbstbindung tritt hierbei allerdings nur unter bestimmten Voraussetzungen ein.¹²⁴ Probleme bereiten insoweit Situationen, in denen Behörden nicht erkennbar gleichförmig handeln.¹²⁵ Daneben kann in atypischen Fällen die Verwaltung von der Praxis abweichen, worin ein gravierender Unterschied zu einer gesetzlichen Determinierung liegt.¹²⁶ Rechtsschutz gegen ermessenslenkende Verwaltungsvorschriften selbst ist zudem weder prinzipial noch inzident möglich, weshalb die Behörde weiterhin in anderen Fällen die Verwaltungsvorschrift anwenden kann, obgleich im Einzelfall die angegriffene Maßnahme für rechtswidrig erklärt wurde.¹²⁷ Diese Gründe sprechen daher maßgeblich gegen die Vorgabe, dass die Rechte vor Gericht geltend gemacht werden können, insbesondere im Hinblick auf die „Kontrolle der Kontrolle“.

Es bleibt damit festzustellen, dass Verwaltungsvorschriften aus unionsrechtlichen Gründen prinzipiell nicht dazu geeignet sind, die Vorgaben des EuGH an die Ausgestaltung des Rechtsrahmens zu erfüllen.

c) Verfassungsrechtliches Gebot

Daneben erscheint eine solche Einschätzung auch verfassungsrechtlich geboten. Der Gesetzgeber hat aufgrund des Vorbehalts des Gesetzes die wesentlichen Fragen der europa-

rechtskonformen Ausgestaltung der Schleierfahndung selbst zu treffen und darf sie nicht ohne weiteres der Exekutive überlassen.

aa) Verwaltungsvorschriften und Vorbehalt des Gesetzes

Eine Begrenzung der Möglichkeit der Exekutive auf Verwaltungsanweisungen zurückzugreifen stellt der aus dem Rechtsstaats- und Demokratieprinzip abgeleitete¹²⁸ Vorbehalt des Gesetzes dar.¹²⁹ Dessen Eingreifen und Reichweite wird mit der h.M. anhand der sog. Wesentlichkeitstheorie bestimmt, wonach alles Wesentliche vom Gesetzgeber selbst zu regeln ist.¹³⁰ Im Rahmen des Vorrangs des Gesetzes ist die Exekutive dann an die Gesetze gebunden, handelt also nur derivativ.¹³¹ Verwaltungsvorschriften können aus diesem Grund Gesetze weder derogieren noch ändern.¹³² Die Verwaltung kann folglich nur insoweit Verwaltungsvorschriften erlassen, als eine unwesentliche Regelung vorliegt oder ihr die Rechtsetzungskompetenz zulässigerweise von der Legislative übertragen wurde.¹³³

bb) Eingreifen des allgemeinen Vorbehalts des Gesetzes

Bei der unionsrechtskonformen Konkretisierung handelt es sich nach hier vertretener Auffassung um eine wesentliche Angelegenheit. Für die Bestimmung der Wesentlichkeit können verschiedenste Kriterien herangezogen werden. „Die Frage, welche Angelegenheiten wesentlich und daher durch Gesetz zu regeln sind, ist dabei mittels verschiedener, offen und kumulativ gehandhabter Kriterien und unter Reflexion expliziter Vorbehaltsregelungen jeweils für bestimmte Konstellationen gesondert zu ermitteln.“¹³⁴

¹²⁸ BVerfG, Beschl. v. 28.10.1975 – 2 BvR 883/73 (Rechtsschutzverfahren im Strafvollzug), Rn. 34; *Huster/Rux*, in: Epping/Hillgruber, Beck'scher Online-Kommentar zum GG, 37. Aufl., Stand: 15.5.2018, Art. 20 Rn. 173; *Ehlers*, in: Ehlers/Pünder, Allgemeines Verwaltungsrecht, 15. Aufl. 2015, § 2 Rn. 42.

¹²⁹ BVerfG, Beschl. v. 8.8.1978 – 2 BvL 8/77 (Kalkar I), Rn. 77; *Ossenbühl* (Fn. 105), § 104 Rn. 12; *Robbers* (Fn. 112), Art. 20 Rn. 2112.

¹³⁰ BVerfG, Beschl. v. 17.9.2013 – 2 BvE 6/08 (Abgeordnetenüberwachung), Rn. 126; BVerfG, Urt. v. 8.4.1997 – 1 BvR 48/94 (Altschulden), Rn. 157; BVerfG, Beschl. v. 8.8.1978 – 2 BvL 8/77 (Kalkar I), Rn. 77; BVerwG, Urt. v. 17.6.2004 – 2 C 50/02, Rn. 15; *Ossenbühl* (Fn. 105), § 104 Rn. 12; *Ehlers* (Fn. 126), § 2 Rn. 44 f.; ausführlich *Sauerland* (Fn. 109), S. 292 ff. m.w.N.

¹³¹ *Maurer/Waldhoff* (Fn. 109), § 6 Rn. 1 f.; *Krings*, in: Kluth/Krings, Gesetzgebung, 2014, § 2 Rn. 7.

¹³² *Guckelberger*, DV 35 (2002), 61 (76); *Sauerland* (Fn. 109) S. 305 ff.; vgl. auch *Isensee* (Fn. 92), S. 131.

¹³³ *Ossenbühl* (Fn. 105), § 104 Rn. 12; *Reimer*, in: Hoffmann-Riem/Schmidt-Aßmann/Voßkuhle, Grundlagen des Verwaltungsrechts, Bd. 1, 2. Aufl. 2013, § 9 Rn. 27 f.; ausführlich *Sauerland* (Fn. 109), S. 300 ff.; *Staupe*, Parlamentsvorbehalt und Delegationsbefugnis, 1986, S. 36.

¹³⁴ *Grzeszick* in: Maunz/Dürig, Kommentar zum Grundgesetz, 51. Lfg., Stand: Dezember 2007, Art. 20 VI Rn. 107;

¹²¹ EuGH, Urt. v. 30.5.1991 – C-361/88, Rn. 20.

¹²² BVerwG, Urt. v. 8.4.1997 – 3 C 6/95, Rn. 28; BayVGh, Urt. v. 15.5.2003 – 12 N 02.1480, Rn. 27; *Schmitz* (Fn. 108), § 1 Rn. 212.

¹²³ Vgl. BVerwG, Urt. v. 8.4.1997 – 3 C 6/95, Rn. 28; BVerwG, Urt. v. 25.11.2004 – 5 CN 1/03, Rn. 31; *F. Kirchhof*, in: Maunz/Dürig, Kommentar zum GG, 61. Lfg., Stand: Januar 2011, Art. 84 Rn. 190; *Robbers* (Fn. 112), Art. 20 Abs. 1 Rn. 2288; ausführlich *Sauerland* (Fn. 109), S. 338 ff.

¹²⁴ Vgl. *Groh*, NVwZ 2017, 1608 (1609).

¹²⁵ *Groh*, NVwZ 2017, 1608 (1609); *Rogmann* (Fn. 107), S. 9; *Stuhlfauth* (Fn. 77), § 40 Rn. 42.

¹²⁶ *Rogmann* (Fn. 107), S. 9; *Stuhlfauth* (Fn. 77), § 40 Rn. 42 f.

¹²⁷ *Rogmann* (Fn. 107), S. 10 mit dem Beispiel der Nichtanwendungserlasse der Finanzverwaltung.

Zum einen ist bereits anzunehmen, dass der Eingriff in die informationelle Selbstbestimmung der Betroffenen aus Art. 2 Abs. 1 i.V.m. Art. 1 Abs. 1 GG¹³⁵ durch die Schleierfahndung aufgrund der einfachgesetzlichen Norm nur in Verbindung mit der Verwaltungsvorschrift erfolgen kann. Im Rahmen der Wesentlichkeitstheorie ist aber bei der „Grundrechtsrelevanz“ eines Grundrechtseingriffs eine parlamentarische Eingriffsermächtigung notwendig.¹³⁶ Zwar enthält etwa § 23 Abs. 1 Nr. 3 BPolG bereits die Befugnis für einen Eingriff, jedoch ist der Rückgriff auf sie wegen des Anwendungsvorrangs¹³⁷ nicht ohne die unionsrechtskonforme Konkretisierung möglich. Der Eingriff erfolgt also sowohl auf Grundlage des Gesetzes, als auch auf Grundlage der konkretisierenden Verwaltungsvorschrift. Verwaltungsvorschriften sind allerdings nicht geeignet, einen Eingriff zu rechtfertigen.¹³⁸

Der Vorbehalt des Gesetzes dient zudem als Element der Gewaltenteilung, hat also auch einen staatsorganisationsrechtlichen Gehalt.¹³⁹ Dabei ist die Frage zu stellen, wie die Kompetenzen zwischen Exekutive und Legislative sachgerecht verteilt werden.¹⁴⁰ Ließe man Verwaltungsvorschriften zur unionsrechtskonformen Konkretisierung des einfachen Rechts ohne gesetzliche Ermächtigung zu, verschöbe sich das Machtgefüge in bedenklicher Weise zugunsten der Exekutive. Diese hätte die Möglichkeit, durch eine defizitäre Umsetzung der unionsrechtlichen Vorgaben das Gesetz in einem unanwendbaren Zustand zu belassen. Sie kann also disponieren, ob einfaches Recht anwendbar ist. Das zeigt auch, dass nicht genuin (gesetzesakzessorische) ermessenslenkende Vorschriften vorliegen, denn Verwaltungsvorschriften zur unionsrechtskonformen Konkretisierung versuchen darüber hinaus, die einfach-rechtliche Norm erst anwendbar zu machen, die durch den Anwendungsvorrang überlagert ist. Sie haben damit gewissermaßen konstituierende Wirkung, denn ohne sie gäbe es aufgrund des Anwendungsvorrangs mangels Befugnisnorm kein Ermessen, das auszuüben wäre. Solche Verwaltungsvorschriften weisen damit Parallelen zu norm-

konkretisierenden Verwaltungsvorschriften auf, die nur durch den Gesetzgeber ermöglicht werden können und einen „Konkretisierungsauftrag“ an die Exekutive enthalten.¹⁴¹

Daneben bestehen keine berechtigten Interessen, die Materie durch die Exekutive regeln zu lassen. „Gegen die Wesentlichkeit einer Frage sprechen unter anderem die Erforderlichkeit flexibler Regelungen, das Vorliegen entwicklungssoffener Sachverhalte, die Entlastung des Parlaments, das Bedürfnis nach dezentraler Regelung und bundesstaatlicher Koordinierung, das Einräumen von Beteiligungsrechten für die von der Regelung Betroffenen sowie – möglicherweise – die Grenzen des Sachverstands des Parlaments.“¹⁴² Das für den Rückgriff auf derartige Verwaltungsvorschriften keiner dieser Gründe in Frage kommt, liegt auf der Hand. Gerade die niederländische Rechtsverordnung, die Gegenstand der Adil-Entscheidung¹⁴³ des EuGH war, zeigt, wie eine mögliche Regelung aussehen könnte.

Es ist damit festzustellen, dass die unionsrechtskonforme Konkretisierung einfachen Rechts eine wesentliche Materie im Sinne der Wesentlichkeitstheorie darstellt und folglich in den maßgeblichen Punkten vom Gesetzgeber zu regeln ist.

2. „racial profiling“ und Art. 3 Abs. 3 S. 1 GG

a) Grenzen des Ermessens

Die Ermessensfehlerfreiheit der getroffenen Maßnahme setzt insbesondere deren grundrechtskonforme Anwendung voraus.¹⁴⁴ Aufgrund der bereits vorliegenden Europarechtswidrigkeit der Befugnisnormen der Schleierfahndung war die Frage über eine mögliche Ermessensüberschreitung wegen eines Verstoßes gegen Art. 3 Abs. 3 S. 1 GG nicht mehr zu klären. Dennoch handelt es sich um ein der Schleierfahndung inhärentes Problem.¹⁴⁵ Mit dem Begriff „racial profiling“ oder „ethnic profiling“ wird die Auswahl bei polizeilichen Maßnahmen allein bzw. überwiegend nach phänotypischen Merkmalen beschrieben.¹⁴⁶ Der vorliegende Fall ähnelt mehreren von der Rechtsprechung behandelten Fällen, in denen stets Bürger vermeintlich ausländischer Herkunft kontrolliert wurden.

b) Das Anknüpfungsverbot des Art. 3 Abs. 3 S. 1 GG

Bei einer derartigen Vorgehensweise kommt regelmäßig eine Verletzung des Diskriminierungsverbots des Art. 3 Abs. 3 S. 1 GG wegen der Anknüpfung an das Merkmal „Rasse“ in Betracht.¹⁴⁷ Der Begriff beschreibt dabei (vermeintlich) ver-

eine Übersicht bietet Reimer (Fn. 133), § 9 Rn. 48; vgl. auch Staube (Fn. 133), S. 238 ff.

¹³⁵ BVerfG, Urt. v. 15.12.1983 – 1 BvR 209/83 (Volkszählung), Rn. 149.

¹³⁶ Sog. Grundsatz des Gesetzesvorbehalts für die Eingriffsverwaltung, vgl. Grzeszick (Fn. 134), Art. 20 VI Rn. 111 ff.; Kloepfer, Verfassungsrecht, Bd. 1, 2011, § 10 Rn. 114; Ehlers (Fn. 128), § 2 Rn. 43.

¹³⁷ EuGH, Urt. v. 15.7.1964 – 6/64 (Costa/E.N.E.L.); EuGH, Urt. v. 22.10.1998 – C-10/97 bis C-22/97, Rn. 20 f.; EuGH, Urt. v. 9.3.1978 – C-106/77, Rn. 21, 24 (Simmenthal); EuGH, Urt. v. 2.8.1993 – C-158/91, Rn. 9, 22 (Debus); EuGH, Urt. v. 5.3.1998 – C-347/96, Rn. 30; EuGH, Urt. v. 19.1.2010 – C-555/07, Rn. 53, 56 (Küçükdeveci); Ramsauer, in: Kopp/Ramsauer, Kommentar zum VwVfG, 18. Aufl. 2017, Einführung II Rn. 24.

¹³⁸ Sachs, in: Stelkens/Bonk/Sachs (Fn. 108), § 44 Rn. 75.

¹³⁹ Vgl. Grzeszick (Fn. 134), Art. 20 VI Rn. 81, 86; Rogmann (Fn. 107), S. 74 ff.; Hill, NVwZ 1989, 401 (403).

¹⁴⁰ Rogmann (Fn. 107), S. 74.

¹⁴¹ Stuhlfauth (Fn. 77), § 40 Rn. 43a; Maurer/Waldhoff (Fn. 109), § 24 Rn. 12; Hummel, MwStR 2016, 4 (10).

¹⁴² Grzeszick (Fn. 134), Art. 20 VI Rn. 107.

¹⁴³ EuGH, Urt. v. 19.7.2012 – C-278/12 PPU (Adil).

¹⁴⁴ Sachs (Fn. 138), § 40 Rn. 82; Aschke, in: Bader/Ronellenfitsch, Beck'scher Online-Kommentar VwVfG, 39. Lfg., Stand: 1.4.2018, § 40 Rn. 14; Stuhlfauth (Fn. 77), § 40 Rn. 35 ff.

¹⁴⁵ Tischbirek/Wihl, JZ 2013, 219 (220, 222).

¹⁴⁶ Liebscher, NJW 2016, 2779; Drohla, ZAR 2012, 411 (412).

¹⁴⁷ Auch international ist ein solches Vorgehen überwiegend verpönt, vgl. Drohla, ZAR 2012, 411 (412 m.w.N.).

erbare Eigenschaften, wie etwa die Hautfarbe oder Gesichtszüge.¹⁴⁸ Der Schutzbereich des Art. 3 Abs. 3 S. 1 GG umfasst auch das Verbot des Anknüpfens („Anknüpfungsverbot“) einer Maßnahme an die dort genannten Merkmale.¹⁴⁹ Ist eine Person dennoch aus einem solchen Grund Ziel einer Kontrolle geworden, ist folglich ein Eingriff in Art. 3 Abs. 3 S. 1 GG anzunehmen. Hierfür genügt es bereits, dass das Merkmal Teil eines Motivbündels ist.¹⁵⁰

Eine Rechtfertigung kommt nur in Betracht, wenn der zu behandelnde Sachverhalt ausschließlich Merkmalsträger betrifft, was jedoch nur sehr zurückhaltend angenommen werden kann.¹⁵¹ Ob hierbei der Schutz des Rechtsgutes der Sanktionierung der unerlaubten Einreise bzw. des Aufenthalts (§ 95 Abs. 1 Nr. 1 bis 3 AufenthG) den grundrechtlichen Schutz vor einer stigmatisierenden Kontrolle überhaupt einschränken darf¹⁵², sei dahingestellt. Jedenfalls kann eine Angemessenheit der Maßnahme nicht angenommen werden, da eine derartige Ungleichbehandlung nicht nur eine unerhebliche Beeinträchtigung darstellt, sondern vielmehr (bestehende) Ressentiments schürt und damit für die Betroffenen eine besondere Belastung in sich trägt.¹⁵³ Im Rahmen des Auswahlmessens bei der Schleierfähdung darf damit keine „Vorsortierung“ nach möglichen, sich unerlaubt im Bundesgebiet aufhaltenden Personen nach phänotypischen Merkmalen erfolgen.¹⁵⁴

¹⁴⁸ Langenfeld, in: Maunz/Dürig, Kommentar zum Grundgesetz, 74. Lfg., Stand: Mai 2015, Art. 3 Abs. 3 Rn. 45; Kischel, in: Epping/Hillgruber, Beck'scher Online-Kommentar zum GG, 36. Lfg., Stand: 15.2.2018, Art. 3 Rn. 223.

¹⁴⁹ Langenfeld (Fn. 148), Art. 3 Abs. 3 Rn. 72; Goldhammer, in: Möstl/Schwabenbauer, Beck'scher Online-Kommentar Polizei- und Sicherheitsrecht Bayern, 8. Lfg., Stand: 1.4.2018, Art. 5 PAG Rn. 32; Wagner, DÖV 2013, 113 (115).

¹⁵⁰ BVerfG, Beschl. v. 16.11.1993 – 1 BvR 258/86 (geschlechtsbezogene Diskriminierung), Rn. 49; OVG RP, Urt. v. 21.4.2016 – 7 A 11108/14, Rn. 146; Liebscher, NJW 2016, 2779, (2781); Drohla, ZAR 2012, 411 (413).

¹⁵¹ „Eine abstrakt denkbare verfassungsrechtliche oder biologische Rechtfertigung einer Differenzierung ist in der Praxis kaum vorstellbar“, theoretisch sei etwa eine Rechtfertigung einer Impfpflicht bei rassespezifischen Krankheiten denkbar, so Kischel (Fn. 148), Art. 3 Rn. 223 f.

¹⁵² Riegner/Schnitzer, JuS 2014, 1003 (1007) lehnen eine Rechtfertigung zumindest in Fällen ab, in denen das Merkmal aus Art. 3 Abs. 3 S. 1 GG das alleinige Anknüpfungsmerkmal ist.

¹⁵³ In diesem Sinne Human Rights Committee, Entsch. v. 27.7.2009 – 1493/2006 (Williams Lecraft v. Spain), Ziff. 7.2; ausführlich Drohla, ZAR 2012, 411 (414 f.); Liebscher, NJW 2016, 2779 (2781); Tischbirek/Wihl, JZ 2013, 219 (220); Payandeh, JuS 2015, 695 (698).

¹⁵⁴ Vgl. Langenfeld (Fn. 148), Art. 3 Abs. 3 Rn. 46; unvertretbar wegen vollständiger Verknennung des Art. 3 Abs. 3 S. 1 GG das VG Koblenz, Urt. 28.2.2012 – 5 K 1026/11.KO. Das Gericht prüfte trotz der Aussage des kontrollierenden Polizisten „[E]r spreche Leute an, die ihm als Ausländer erschienen. Dies richte sich nach der Hautfarbe, [...]“ nicht

c) Beweislastverteilung für das Vorliegen einer Diskriminierung

Problematisch ist indes die tatsächliche Nachweisbarkeit bzw. der Umgang mit dem Diskriminierungsverbot, da meist andere Motive für die Auswahl der Kontrollierten angeführt werden können.¹⁵⁵ Zum Ausgleich dieser Beweisschwierigkeiten werden Beweiserleichterungen in Betracht gezogen.

aa) Anlasslose Beweislastumkehr

Eine anlasslose, prozessuale Beweislastumkehr wird allerdings überwiegend abgelehnt.¹⁵⁶ Hierdurch würde – nach dem VG München – die Gefahr begründet, dass nur noch Personen kontrolliert würden, die „keinerlei Besonderheiten aufweis[en]“. ¹⁵⁷ In Fällen der ausschließlich auf Zufall beruhenden „Jedermann-Kontrollen“ ist eine Beweislastumkehr sogar gänzlich ausgeschlossen. Durch eine zufällige Auswahl sind zwingend Träger aller Merkmale betroffen, weswegen eine Beweislastumkehr unsachgemäß wäre.¹⁵⁸

bb) Beweiserleichterungen bei Auswahlentscheidungen

Etwas anderes gilt allerdings für Fälle, in denen eine Verletzung des Art. 3 Abs. 3 S. 1 GG naheliegend erscheint, da keine zufälligen „Jedermann-Kontrollen“ durchgeführt wurden, sondern eine Auswahlentscheidung erfolgte und Indizien für eine Diskriminierung vorliegen. Die Auswahlgründe sind unterhalb der konkreten Verdachts- oder Gefahrenschwelle anzusiedeln.¹⁵⁹

Eine Auswahlentscheidung erging auch in dem vom VGH entschiedenen Fall, da hier die Auswahl nicht auf Zufall beruhte, unabhängig davon, ob tatsächlich an das Merkmal Rasse angeknüpft wurde. Die Behörde muss in einem solchen Fall nicht beweisen, dass sie nicht an die in Art. 3 Abs. 3 S. 1 GG genannten Merkmale angeknüpft hat.¹⁶⁰ Allerdings müssen schlüssige Gründe für die Auswahlentscheidung dargelegt werden.¹⁶¹ Sollte sich die Begründung der Auswahlent-

Art. 3 Abs. 3 S. 1 GG; vgl. ausführlich hierzu Drohla, ZAR 2012, 411 (412).

¹⁵⁵ Beispielsweise eine abweisende Körperhaltung und besonderes Beharren auf Vorzeigen von Dienstausweisen, vgl. VG München, Urt. v. 27.7.2016 – M 7 K 14.1468, Rn. 28; im vorliegenden Fall sollte vorgeblich eine schlafende Stellung entgegen der Zugrichtung um 22.30 Uhr und das Tragen von Kopfhörern nahelegen, dass sich der Betroffene einer Kontrolle entziehen möchte.

¹⁵⁶ VG München, Urt. v. 27.7.2016 – M 7 K 14.1468, Rn. 31.

¹⁵⁷ VG München, Urt. v. 27.7.2016 – M 7 K 14.1468, Rn. 31; es darf aber die Frage aufgeworfen werden, wer „keinerlei Besonderheiten“ aufweist – schließlich umfasst Art. 3 Abs. 3 S. 1 GG zahlreiche mögliche Merkmale.

¹⁵⁸ Entsprechend für § 22 Abs. 1a BPolG OVG RP, Urt. v. 21.4.2016 – 7 A 11108/14, Rn. 110; Liebscher, NJW 2016, 2779 (2781).

¹⁵⁹ OVG RP, Urt. v. 21.4.2016 – 7 A 11108/14, Rn. 111; Liebscher, NJW 2016, 2779 (2781).

¹⁶⁰ OVG RP, Urt. v. 21.4.2016 – 7 A 11108/14, Rn. 111.

¹⁶¹ OVG RP, Urt. v. 21.4.2016 – 7 A 11108/14, Rn. 111.

scheidung indes als „nicht belastbar bzw. nicht nachvollziehbar“ erweisen, obliegt es der Behörde, die Rechtmäßigkeit der Entscheidung zu beweisen.¹⁶² Hier zeigt sich eine Ähnlichkeit zur zivilrechtlichen Beweislastregel des § 22 AGG.

Ähnlich argumentiert auch der EGMR¹⁶³, nach welchem die Beweislast auf den Staat übergeht, wenn der Betroffene den Anschein einer Diskriminierung beweisen kann. Ein solcher Anschein kann nach Ansicht des EGMR insbesondere durch Statistiken dargelegt werden, wenn sich diese „bei kritischer Prüfung als verlässlich und aussagekräftig erweisen“, und hierdurch eine Diskriminierung nahe liegt.¹⁶⁴

Die damit einhergehende Befreiung des Betroffenen von der Beweisführungspflicht ist geboten, da der Betroffene kaum beweisen kann, wie eine Entscheidung des Amtswalters zustande gekommen ist, insbesondere welche Gründe für diesen ausschlaggebend waren.¹⁶⁵ In Fällen nicht rein zufälliger „Jedermann-Kontrollen“, verlagert sich also die Darlegungs- und Beweislast auf die handelnde Behörde, sofern Indizien, die einen Ermessensfehler nahelegen, vorgetragen werden.¹⁶⁶

cc) Kritik

Allerdings ist eine derartige Beweiserleichterung nicht frei jeder Kritik, da auch hierdurch dem der Schleierfahndung immanenten Diskriminierungspotential nicht hinreichend begegnet werden kann. Selbst wenn es dem Betroffenen gelingt, dass das Gericht die vorgebrachten Gründe für die Auswahlentscheidung als „nicht belastbar bzw. nicht nachvollziehbar“ ansieht, so ist die Beweisführung des Staates über das Nichtvorliegen einer bewussten Anknüpfung an die in Art. 3 Abs. 3 S. 1 GG genannten Merkmale wohl in vielen Fällen trotz einer faktischen Diskriminierung möglich. Das liegt an der kaum überschaubaren Zahl an anderweitigen und als rechtlich zulässig erachteten Anknüpfungspunkten im Rahmen der Schleierfahndung.¹⁶⁷ Zudem findet eine Dokumentation über die Entscheidung höchstens nach der Kontrolle statt. Die Auswahlentscheidung ihrerseits ergeht innerhalb von Sekunden und entspringt der Sphäre des entsprechenden Amtswalters, wobei teilweise automatisierte Prozesse unterbewusst eine Zuordnung der Person in eine soziale Gruppe

bedingen.¹⁶⁸ Auch ein unterbewusstes Anknüpfen an phänotypische Merkmale führt dabei aber zu einer faktischen Diskriminierung.¹⁶⁹ Eine solche Form der Diskriminierung muss allerdings ebenso als Verletzung des Art. 3 Abs. 3 S. 1 GG angesehen werden, da für die Betroffenen keinerlei Unterschied zwischen einem finalen oder mittelbaren Handeln spürbar ist.¹⁷⁰ Die stigmatisierende Wirkung der Kontrolle besteht hierbei unabhängig davon, ob dabei bewusst oder unbewusst an die verpönten Merkmale angeknüpft wird; es kommt hierbei ja gerade auf die Wirkung auf Dritte an. Für die Gleichstellung spricht ferner, dass der Eingriffsbegriff der anderen Grundrechte systematisch ausgeweitet wurde und sich nicht nur auf wissentlich und willentliches (finales) Handeln des Staates beschränkt.¹⁷¹ Gleiches muss auch für den allgemeinen Gleichheitsgrundsatz in Art. 3 Abs. 3 S. 1 GG gelten.¹⁷² Die Gefahr der übermäßigen Ausdehnung des Anwendungsbereiches des Art. 3 Abs. 3 S. 1 GG¹⁷³ ist zumindest in Bezug auf § 23 Abs. 1 Nr. 3 BPolG nicht gegeben. Der Staat hat es in der Hand zu handeln, in diesem Falle also die Schleierfahndung durchzuführen. Sofern dabei eine faktische Diskriminierung eintritt, so muss sich diese der Staat auch zurechnen lassen. Dem könnte wiederum nur durch zufällige „Jedermann-Kontrollen“ begegnet werden, da bei korrekter Durchführung die willentliche wie faktische Diskriminierung ausgeschlossen ist.¹⁷⁴ Denkbar wäre hier ein Nummernmodus (jeder zwanzigste Sitzplatz im Waggon) oder aber die Kontrolle einzelner gesamter Züge.¹⁷⁵

VI. Fazit

Es ist zuzugeben, dass die Beurteilung der Europarechtskonformität der Befugnisnormen der Schleierfahndung weniger Norm-, denn Urteilstextexegese der Rechtsprechung des EuGH darstellt. Gleichwohl gilt es diese zu beachten. Es bleibt im Ergebnis festzustellen, dass nach hier vertretener Auffassung keine Befugnisnorm zur Schleierfahndung die hier zugrunde gelegten Maßstäbe erfüllt. Weder reicht ein Rekurs auf das Verhältnismäßigkeitsprinzip, noch auf Verwaltungsvorschriften oder gar die normative Kraft des Faktischen. Der Gesetz-

¹⁶² OVG RP, Urt. v. 21.4.2016 – 7 A 11108/14, Rn. 112. Im dortigen Fall war im gesamten Zug nur ein einziges, sich untereinander auf Englisch unterhaltendes, Ehepaar aufgefordert worden sich auszuweisen.

¹⁶³ EGMR NVwZ 2008, 533 (535) (D.H. u.a./Tschechien).

¹⁶⁴ EGMR NVwZ 2008, 533 (535) (D.H. u.a./Tschechien).

¹⁶⁵ BVerwG, Urt. v. 20.9.1984 – 7 C 80/82, Rn. 29; OVG RP, Urt. v. 21.4.2016 – 7 A 11108/14, Rn. 112.

¹⁶⁶ Im Ergebnis *Krieger*, in: Schmidt-Bleibtreu/Hofmann/Henneke, Kommentar zum GG, 14. Aufl. 2017, Art. 3 Rn. 63; *Tischbirek/Wihl*, JZ 2013, 219 (223); *Heberler*, JA 2017, 157 (160).

¹⁶⁷ Vgl. *Ernst*, NVwZ 2014, 633 (636); *Wagner*, DÖV 2013, 113 (116); *Kastner*, VerwArch 2001, 216 (252); *Goldhammer* (Fn. 149), Art. 5 Rn. 34.

¹⁶⁸ *Degner/Meiser/Rothermund*, in: Beilmann/Jonas, Vorurteile, Diskriminierung und Toleranz aus der Sicht der Persönlichkeitspsychologie, 2009, 75 (80 f.).

¹⁶⁹ *Tischbirek/Wihl*, JZ 2013, 219 (222); weitergehend zur unbewussten Diskriminierung *Schramm*, Ungewisse und diffuse Diskriminierung, 2013, S. 184 f.; *Zimmer/Stajci*, NZA 2017, 1040 f.

¹⁷⁰ EGMR NVwZ 2008, 533 (534) (D.H. u.a./Tschechien); dezidiert für Art. 3 Abs. 3 S. 1 GG: *Tischbirek/Wihl*, JZ 2013, 219 (223) (m.w.N.); a.A. *Langenfeld* (Fn. 148), Art. 3 Abs. 3 Rn. 18.

¹⁷¹ Vgl. BVerfG, Beschl. v. 26.6.2002 – 1 BvR 670/91, Rn. 67 ff. (Psychosekte, Osho-Bewegung); *Tischbirek/Wihl*, JZ 2013, 219 (223).

¹⁷² *Tischbirek/Wihl*, JZ 2013, 219 (223).

¹⁷³ *Langenfeld* (Fn. 148), Art. 3 Abs. 3 Rn. 18.

¹⁷⁴ In diese Richtung *Drohla*, ZAR 2012, 411 (416).

¹⁷⁵ Unabdingbar ist aber in jedem Falle die europarechtlich gebotene Ferne zur Grenzkontrolle zu wahren.

geber hat vielmehr den notwendigen Rechtsrahmen außerhalb dieser Einschränkungen zu schaffen.

Bei dessen Gestaltung bleibt zu beachten, dass den von der Schleierfahndung Betroffenen effektive Maßnahmen zur gerichtlichen Kontrolle zur Seite stehen müssen. Die Vorgaben des EuGH dienen nämlich dem Zweck, die Grundidee des freien Personenverkehrs unabhängig von der Staatsbürgerschaft zu sichern. Diese darf nicht zu einer leeren Hülle verkommen, indem lediglich gesetzgeberische Scheinzusagen getroffen werden, die gerichtlich kaum überprüfbar sind. An dieser Stelle sind Dokumentations- und Protokollierungspflichten sinnvoll, um insbesondere die Nachprüfbarkeit der Voraussetzungen des Art. 23 lit. a S. 2 SGK zu ermöglichen („Kontrolle der Kontrolle“). Die Gestaltung könnte hierbei ähnlich zu den Regelungen der niederländischen Verordnung aus der Adil-Entscheidung erfolgen.¹⁷⁶ Bei dieser Gelegenheit erscheint es darüber hinaus sinnvoll, zusätzliche Schutzmaßnahmen zur Absicherung des Art. 3 Abs. 3 S. 1 GG zu statuieren, insbesondere durch Einführung von zufälligen Jedermanns-Kontrollen.

¹⁷⁶ Groh, NVwZ 2017, 1608; Michl, DÖV 2018, 50 (59).