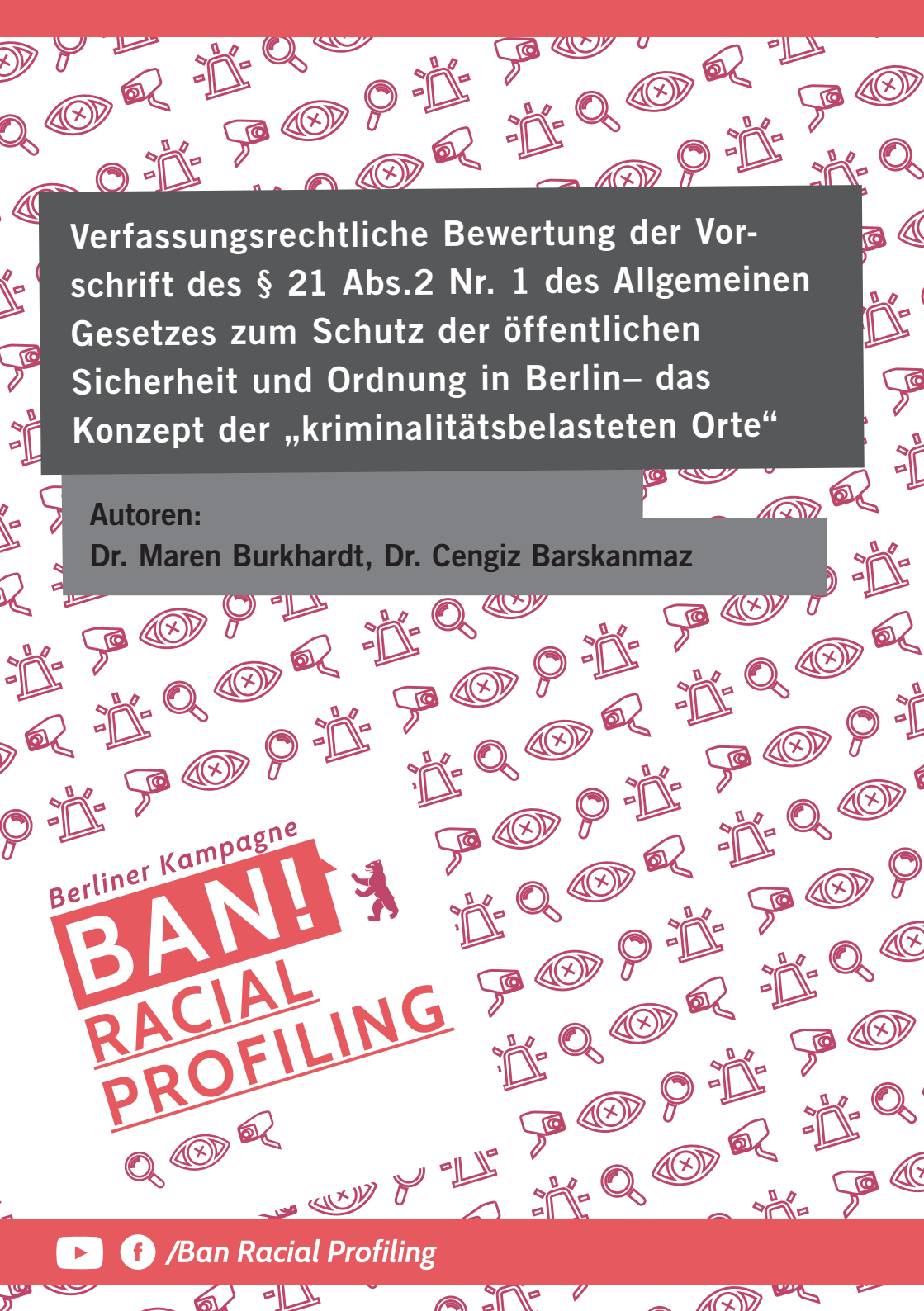




Verfassungsrechtliche Bewertung der Vorschrift des § 21 Abs.2 Nr. 1 des Allgemeinen Gesetzes zum Schutz der öffentlichen Sicherheit und Ordnung in Berlin– das Konzept der „kriminalitätsbelasteten Orte“

Autoren:

Dr. Maren Burkhardt, Dr. Cengiz Barskanmaz

Berliner Kampagne

BAN!
RACIAL
PROFILING



/Ban Racial Profiling

Vorwort

Das Phänomen „Racial Profiling“ wird von Bürgerrechtsorganisationen als rassistisch motivierte polizeiliche Maßnahme verstanden. Landesregierungen und Bundesregierung verleugnen die Praxis hartnäckig.

Berliner Polizeibeamt*innen kontrollieren, ausgestattet mit dem Allgemeinen Gesetz zum Schutz der öffentlichen Sicherheit und Ordnung in Berlin (ASOG), Schwarze Menschen und Personen of Colour - sichtbare Minderheiten - an verschiedenen Orten der Stadt.

Am 15. Juni 2017 starteten wir ein Bündnis aus Berliner Organisationen und Initiativen, die sich gegen Rassismus, Diskriminierung und Verdrängung in der Stadt engagieren. Mit dem Bündnis setzten wir die Kampagne „Ban! Racial Profiling. Gefährliche Orte abschaffen“ um.

Wir setzen uns für das Ziel ein, dass die sogenannten „kriminalitätsbelasteten Orte“, in Berlin, besser bekannt als „gefährliche Orte“, abgeschafft werden.

An diesen Orten dürfen Polizist*innen ohne Angabe von Gründen Menschen stoppen, kontrollieren und durchsuchen. An diesen Orten berichten Berliner*innen und Besucher*innen of Color verstärkt von rassistischer Profilbildung. So sind „gefährliche Orte“ in der Tat eine Bedrohung: für Personen of Color.

Um Racial Profiling bekämpfen zu können, muss die Berliner Landesregierung zu allererst die Befugnis der „anlass- und verdachtsunabhängigen Kontrolle“ aus der Hand der Polizei nehmen.

Zu diesem Zweck haben wir dieses Rechtsgutachten in Auftrag ge-

Impressum:

Herausgegeben von
Berliner Bündnis BAN RACIAL PROFILING
Beusselstr. 35
10553 Berlin
V. i. s. d. P.: Biplab basu
Mai 2019

INHALT

geben, das die polizeiliche Befugnis nach § 21 ASOG hinsichtlich ihrer Verfassungsmäßigkeit überprüfen soll. Dies wurde finanziell von »LUSH. Charity Pot« unterstützt.

Die Verfasser*innen – Frau Dr. Maren Burkhardt und Herr Dr. Cengiz Barskanmaz, haben nach sorgfältiger Untersuchung festgestellt, dass die relevanten Paragraphen des ASOGs verfassungsrechtlich bedenklich sind.

Einleitung	7
Rechtsgrundlage	9
Verfassungsmäßigkeit	17
I. Schutzbereich des Rechts auf informationelle Selbstbestimmung (Art. 2 Abs.1 GG in Verbindung mit Art.1 Abs.1 GG)	17
II. Eingriff in den Schutzbereich	17
III. Verfassungsmäßigkeit des einschränkenden Gesetzes	26
Zwischenfazit	45
Rechtsgutachten zu § 21 Abs. 2 Nr. 1 Buchst. a ASOG Bln	46
1. Verfassungsrechtlicher Bewertungsmaßstab	50
2. Regelungskonzept des § 21 Abs. 2 Nr. 1 Buchst. a ASOG Bln	56
3. Empirische Befunde zu verdachtsunabhängigen Kontrollen	62
4. Verdachtsunabhängige Migrationskontrollen als Diskriminierungsproblem gem. Art.3 Abs.3 Satz 1 GG	65

EINLEITUNG

Die Vorschrift des § 21 Abs.2 Nr.1 des Allgemeinen Gesetzes zum Schutz der öffentlichen Sicherheit und Ordnung in Berlin (ASOG) wurde am 14.02.1992 eingeführt. Dadurch wurden Identitätskontrollen an sogenannten „gefährlichen Orten“ (seit 2002 „kriminalitätsbelastete Orte“) eingeführt. Ähnliche Vorschriften gibt es mittlerweile in allen Bundesländern.¹ Auch das Bundespolizeigesetz kennt eine Norm, mittels derer Kontrollen an „kriminalitätsbelasteten Orten“ vorgenommen werden können.²

Die Ausweisung eines sogenannten kriminalitätsbelasteten Ortes schafft für die Polizei die rechtliche Grundlage, unterhalb der Eingriffsschwelle einer konkreten Gefahr Identitätskontrollen innerhalb eines bestimmten Gebiets vorzunehmen. Im Zuge der Kontrolle sind auch Folgemaßnahmen wie die Durchsuchung der Person³, die Durchsuchung mitgeführter Sachen⁴, sowie Abgleich⁵ und Speicherung⁶ der Daten der Betroffenen möglich.

Das Polizeirecht sah traditionell immer das Vorhandensein einer Gefahr als Eingriffsvoraussetzung für erforderlich an, die Abkehr von diesem

1 Zuerst wurde eine solche Vorschrift in Bayern eingeführt: siehe Art. 13 I Nr. 5 BayPAG in der Fassung vom 23.12.1994 (GVBl. 1050), es folgten § 26 Abs.1 Nr. BadWürttPolG in der Fassung vom 22.07.1996 (GVBl. 501), § 14 Abs.1 Nr.5 ThürPAG in der Fassung vom 27.11.1997 (GVBl. 422) und andere.

2 In § 23 Abs. 2 Nr. 1 BPolG heißt es : Zur Erfüllung der Aufgaben nach § 7 kann die Bundespolizei ferner die Identität einer Person feststellen, wenn sie 1. sich an einem Ort aufhält, in Bezug auf den Tatsachen die Annahme rechtfertigen, dass dort a) Personen Straftaten verabreden, vorbereiten oder verüben oder b) sich Straftäter verbergen.

3 Siehe § 34 ASOG.

4 Siehe § 35 ASOG.

5 Siehe § 28 ASOG.

6 Siehe § 42 ASOG.

5. Fehlende verfassungsrechtliche Rechtfertigung verdachtsunabhängiger Kontrollen mit jedenfalls mittelbar diskriminierender Wirkung	77
6. Unvereinbarkeit mit völkerrechtlichen Verpflichtungen	92
7. Vereinbarkeit mit unionsrechtlichen Diskriminierungsverboten	98
Schlussfolgerungen	102

Merkmal ist letztlich systemwidrig.⁷ Es wird jedoch überwiegend vertreten, dass soweit in neueren Gesetzen auf das Erfordernis der Gefahr verzichtet wird, dies zulässig sei⁸, jedoch diese Regelungen einer besonderen Rechtfertigung und teilweise auch einer verfahrensrechtlichen Kompensation bedürfen.⁹ Eine mögliche Verfassungswidrigkeit der Normen, die anlassunabhängige Kontrollen zur Identitätsfeststellung ermöglichen, wird in der Literatur erwähnt, aber nicht ausführlicher argumentativ dargelegt.¹⁰ Es existiert vereinzelt Rechtsprechung, welche die Verfassungsmäßigkeit der Normen, welche Polizeikontrollen an den sogenannten kriminalitätsbelasteten Orten ermöglichen, annimmt.¹¹ Lediglich das OVG Hamburg hat die Norm des § 4 Abs.2 HmbPolDVG a. F. für verfassungswidrig erklärt¹², wobei diese Norm, wie noch zu erläutern sein wird, nicht identisch mit der untersuchten Berliner Norm ist.

Die sogenannten anlasslosen Kontrollen stehen aus verschiedenen Gründen in der Öffentlichkeit erheblich in der Kritik. In Berlin hat es seit 1999 mindestens zwanzig parlamentarische Anfragen zu diesem Thema gegeben¹³, auch in der Presse und in Stellungnahmen von Nichtre-

7 Möllers, NVwZ, 382, 387; siehe auch Müller, Oswin, StV 1995, S. 602, 606.

8 Siehe für § 21 ASOG Knappe, Schönrock, § 21, Rn. 48 f.; Siehe für das Bundespolizeigesetz etwa Drewes, Malmberg, Walter, § 23 BPolG, Rn. 33.

9 Siehe etwa Schenke, § 3, Rn. 70; siehe auch Kugelman, DÖV 2003, 781 ff.

10 Siehe etwa Wiese, S. 142; Cremer, ausführlicher zur § 4 Abs.2 HmbPolDVG a. F., siehe Caspar, Menzel, siehe auch Tischbirek, Wihl, JZ, 2013, S. 219 in Bezug auf § 22 Abs.1a BPolG.

11 Siehe etwa OVG Lüneburg, Beschluss vom 04.03.2010, 11 PA 191/09, juris, VG Berlin, Urteil vom 15.09.2017, 1 K 229,16, juris; VGH Mannheim, Urteil vom 21.07.2003, 1 S 377/02, juris; wohl auch: Verfassungsgerichtshof des Freistaates Sachsen, Urteil vom 10. Juli 2003, Vf. 43-II-00, juris.

12 Siehe OVG Hamburg, Urteil vom 13.05.2015, 4 Bf 226/12, siehe justiz.hamburg.de.

13 Siehe zuletzt etwa schriftliche Anfrage der Linken (Schrader und Tas) vom 14. Juni 2017, www.linksfraktion.berlin/fileadmin/linksfraktion/ka/2017/S18-12543.pdf, Schriftliche Anfrage der Piraten (Lauer) vom 24.09.2015, <https://kop-berlin.de/files/101>.

gierungsorganisation hat das Thema viel Beachtung gefunden.

Die Aufhebung der Anonymität von Nichtstörern berührt deren Grundrecht auf informationelle Selbstbestimmung sowie den Gleichheitsgrundsatz und das Diskriminierungsverbot. Sie bedarf deshalb einer tragfähigen Rechtsgrundlage und einer verhältnismäßigen Anwendung. Insoweit soll im Folgenden die Ermächtigungsgrundlage des § 21 Abs.2 Nr. 1 ASOG auf ihre Verfassungsrechtlichkeit überprüft und bewertet werden.

RECHTSGRUNDLAGE

Die rechtliche Grundlage für anlasslose Identitätskontrollen findet sich im Berliner Allgemeinen Gesetz zum Schutz der öffentlichen Sicherheit und Ordnung (ASOG) in § 21 Abs. 2 Nr. 1. Dort heißt es:

§ 21

Identitätsfeststellung

(1) Die Ordnungsbehörden und die Polizei können die Identität einer Person feststellen, wenn das zur Abwehr einer Gefahr oder zur Erfüllung der ihnen durch andere Rechtsvorschriften übertragenen Aufgaben (§ 1 Abs. 2) erforderlich ist.

(2) Die Polizei kann ferner die Identität einer Person feststellen,

1. wenn die Person sich an einem Ort aufhält,
 - a) von dem Tatsachen die Annahme rechtfertigen, dass
 - aa) dort Personen Straftaten von erheblicher Bedeutung verabschieden, vorbereiten oder verüben,
 - bb) sich dort Personen treffen, die gegen aufenthaltsrechtliche Strafvorschriften verstoßen,
 - cc) sich dort gesuchte Straftäter verbergen...
- b) an dem Personen der Prostitution nachgehen.

Identitätsfeststellung meint die Feststellung der Personalien einer Person.¹⁴ Dies geschieht in aller Regel durch die Einsichtnahme in die Ausweispapiere der betroffenen Person. Die Identität wird beim Betroffenen festgestellt.¹⁵ Zur Feststellung der Identität können Auskünfte von der betreffenden Person verlangt werden, die Erteilung dieser Auskünfte ist nach § 18 Abs.3 ASOG verpflichtend. Lassen sich die Personalien nicht durch Befragung ermitteln, so ist die Durchsuchung der Person zum Auffinden von Ausweispapieren nach § 34 ASOG zulässig.¹⁶ Die Feststellung der Identität kann auch durch Verbringung zur Polizeidienststelle erfolgen, wenn auf andere Weise die Identität nicht festgestellt werden kann oder dies erhebliche Schwierigkeiten bereitet.¹⁷ Die Identitätsfeststellung umfasst auch die Prüfung, ob die betroffene Person mit einer gesuchten identisch ist oder ob sonst etwas gegen sie vorliegt.¹⁸ § 21 Abs. 3 ASOG benennt die wichtigsten Mittel der Identitätsfeststellung, aber nur als Leitbeispiele, so dass andere Befugnisse nicht ausgeschlossen sind.¹⁹

Die Regelung des § 21 Abs.2 Nr. 1 ASOG erweitert die Befugnis der Polizei, die Identität einer Person festzustellen, verglichen mit § 21 Abs.1, 1. Alt. ASOG in erheblichem Maße: Aus Absatz 2 der Norm ergibt sich, dass es für die Feststellung der Identität einer Person an einem sogenannten kriminalitätsbelasteten Ort keiner konkreten Gefahr bedarf. Die Gefahrensituation liegt vielmehr bereits darin, dass die Person sich an einem Ort aufhält, der als generell gefährlich eingestuft

wird.²⁰ Das Aufhalten wird in der Kommentarliteratur entsprechend dem Wortlaut ausgelegt, der nahelegt, dass eine Person eine gewisse Zeit an einem Ort verbracht haben muss.²¹

Die Identitätsfeststellung wird regelmäßig auch als klassischer Bestandteil der sogenannten Razzia benannt.²² Die Razzia als solche ist im ASOG nicht geregelt. Nach der herkömmlichen Definition handelt es sich bei Razzien um Sammelkontrollen, die durch planmäßig vorbereitete, überraschende Absperrung einer bestimmten Örtlichkeit ermöglicht werden und darauf abzielen, die Identität eines größeren Personenkreises zu überprüfen.²³ Die Razzia stellt eine verschärfte Form der Identitätsfeststellung dar, da nicht nur ein bloßes Anhalten erfolgt, sondern durch die Absperrung auch ein Festhalten im Sinne von Art. 104 Abs.2 GG beinhaltet ist.²⁴

Eine ausdrückliche Befugnis zur Einrichtung eines Gefahrengebietes sowie Verfahrensregeln dazu enthält das ASOG nicht, das Gesetz scheint die Einrichtung eines Gefahrengebietes in einem Ausweisungsverfahren vielmehr vorauszusetzen.²⁵ Geklärt ist dies jedoch nicht, entsprechend wird teilweise auch vertreten, dass es zweifelhaft sei, ob eine Identitätsfeststellung nur dann rechtmäßig ist, wenn der fragliche Ort zuvor aufgrund behördlicher Entscheidung in einen „Katalog“ gefährlicher Orte aufgenommen wurde. Aus dem Wortlaut der

14 Pewestorf, Söllner, Tölle, § 21 ASOG, Rn. 2, siehe auch Rachor in: Lisken/Denninger, E, Rn. 312

15 Pewestorf, Söllner, Tölle, § 21 ASOG, Rn. 2.

16 Pewestorf, Söllner, Tölle, § 21 ASOG, Rn. 6.

17 Pewestorf, Söllner, Tölle, § 21 ASOG, Rn. 7.

18 Knape, Schönrock, § 21 ASOG, Rn. 2.

19 Knape, Schönrock, § 21 ASOG, Rn. 15.

20 Pewestorf, Söllner, Tölle, § 21 ASOG, Rn. 9; siehe auch Knape, Schönrock, § 21 ASOG, Rn. 49.

21 Knape, Schönrock, § 21 ASOG, Rn. 50.

22 Pewestorf, Söllner, Tölle, § 21 ASOG, Rn. 9, siehe auch Rachor, in Lisken/Denninger, E, Rn. 339 ff..

23 Knape, Schönrock, § 21 ASOG, Rn. 48.

24 Knape, Schönrock, § 21 ASOG, Rn. 4.

25 Siehe auch Caspar, Menzel, S. 3.

Ermächtigungsnormen sei eine solche Anforderung nicht herzuleiten; vielmehr werde man auch eine „Ad-hoc Einordnung“ der handelnden Beamten und Beamtinnen im konkreten Einzelfall für zulässig halten müssen.²⁶

Hinsichtlich des Ausweisungsverfahrens und dessen Ausgestaltung ergibt sich in der Kommentarliteratur nur ein unvollständiges Bild. Im Einzelnen heißt es unter anderem:

Ob die Voraussetzungen für die Qualifizierung einer Örtlichkeit als kriminalitätsbelasteter Ort im Sinne des § 21 Abs.2 Nr.1 ASOG vorliegen, ergibt sich aus einer Prognose der Polizei. Die Prognose muss auf der Tatsachengrundlage ergehen, dass Straftaten von erheblicher Bedeutung vorbereitet oder begangen werden, sich dort Straftäter verbergen, gegen aufenthaltsrechtliche Vorschriften verstoßen wird oder Personen dort der Prostitution nachgehen.²⁷ Die Anzahl der Straftaten hat im Rahmen der Prognoseentscheidung lediglich Indizwirkung.²⁸ Solche Tatsachen können sich z.B. aus eigenen Ermittlungen oder Beobachtungen, aus der Kriminalitätsstatistik, aus Anzeigen der Bevölkerung, aus Mitteilungen anderer Behörden oder aus ähnlichen tatsächlichen Anhaltspunkten ergeben. Reine Vermutungen bzw. ungeprüfte anonyme Anzeigen reichen also für die Einstufung nicht aus.²⁹ Die Polizei muss die Eigenschaft eines kriminalitätsbelasteten Ortes auf der Grundlage einer – objektiv nachvollziehbaren – ortsbezogenen Lagebeurteilung ermitteln. Die Kriminalitätsbelastung müsse sich deutlich von der an anderen Orten abheben und sei gerichtlich voll

26 Thiel, § 10, Rn. 27, siehe auch Knappe, Schönrock, § 21 ASOG; Rn. 52.

27 Pewestorf, Söllner, Tölle, § 21 ASOG, Rn. 10.

28 Pewestorf, Söllner, Tölle, § 21 ASOG, Rn. 11, Inhaltsprotokoll AGH vom 31.01.2016, InnSichO 17/40, S.5.

29 Knappe, Schönrock, § 21 ASOG, Rn. 52.

überprüfbar.³⁰ So müssen über einen längeren Zeitraum gewonnene, auf Tatsachen gegründete konkrete Feststellungen vorliegen, aus denen sich ableiten lässt, dass an dem betreffenden Ort Straftaten verabredet, vorbereitet oder verübt werden können.³¹ Die Kriminalitätsbelastung an einzustufenden Orten muss über einen Zeitraum von drei Monaten eine den Tatbestandsmerkmalen entsprechende gleich bleibende oder ansteigende Tendenz aufweisen.³²

Der unbestimmte Rechtsbegriff „Tatsachen die die Annahme rechtfertigen“ bezieht sich nicht auf Orte, an denen Personen der Prostitution nachgehen. Das heißt, dass dort gerade zum Zeitpunkt der Maßnahme tatsächlich der Prostitution nachgegangen werden muss.³³ Vor dem Hintergrund des Prostitutionsgesetzes und der darin angelegten Entkriminalisierung der Prostitution ist die alleinige Anknüpfung an die Ausübung der Prostitution für die Ortshaftung fragwürdig.³⁴ So schränkt der BGH aufgrund der Wertung der Prostitution als zulässige Dienstleistung durch das Prostitutionsgesetz die Anwendung des Ordnungswidrigkeitstatbestands des Werbens für Prostitution auf Fälle ein, in denen die Werbung konkret jugendgefährdend ist.³⁵ Auch das Verwaltungsgericht Berlin lässt unter Hinweis auf das Prostitutionsgesetz eine sozioethisch missbilligende Wertung der Prostitution nicht zu.³⁶ Vor diesem Hintergrund kann ein Ort der Prostitution nur

30 Pewestorf, Söllner, Tölle, § 21 ASOG, Rn. 11 unter Verweis auf VGH Mannheim, Urteil vom 21.07.2003, 1 S 377/02, juris.

31 Pewestorf, Söllner, Tölle, § 21 ASOG, Rn. 11; siehe auch OVG Lüneburg, Beschluss vom 04.03.2010- 11 PA 191/09, juris.

32 Knappe, Schönrock, § 21 ASOG, Rn. 54.

33 Knappe, Schönrock, § 21 ASOG, Rn. 53.

34 Pewestorf, Söllner, Tölle, Praxishandbuch, Kapitel 2, Rn. 83; siehe auch Rachor, in: Liskin/Denninger, F, Rn. 391.

35 BGH, Urteil vom 13.07.2006 – I ZR 65/05, DVP 2007, 214.

36 VG Berlin, Urteil vom 05.05.2009, 19 A 91.07, juris, zu der Frage, ob eine bau-

als gefährlicher Ort zählen, wenn dort illegale oder jugendgefährdende Prostitution betrieben wird.³⁷

Die Einstufung von Kriminalitätsbrennpunkten als kriminalitätsbelasteter Ort, an denen die tatbestandlichen Voraussetzungen des § 21 Abs.2 Nr.1 ASOG erfüllt sind und an denen sich die Kriminalitätsbelastung innerhalb von drei Monaten nicht oder nur unwesentlich ändert, obliegt nach der Kommentarliteratur den örtlich zuständigen Direktionen. Die Prüfung der rechtlichen Voraussetzungen hinsichtlich des Fortbestandes bzw. der Aufhebung als kriminalitätsbelastet erfolge zum Ende eines jeden Quartals durch die Direktion in eigener Zuständigkeit. Neueinstufungen, Änderungen oder Aufhebungen seien dem Polizeipräsidium Stab 12 einschließlich der Entscheidungsgrundlagen zu übersenden. Dieser informiere die Behördenleitung, führe die Gesamtliste aller Örtlichkeiten und verteile diese an die Ämter und Direktionen. Die Liste werde nicht extern veröffentlicht. Sie sei nach den Behördenrichtlinien als Verschlussache (Vs-NfD) zu behandeln.³⁸ Auf der Seite des Polizeipräsidenten von Berlin wird abweichend von dieser Darstellung eine ausschließliche Entscheidungskompetenz der Direktion unter bloßer Übersendung an die Behördenleitung nicht angenommen, auch die zeitliche Einschätzung ist anders dargestellt. Dort heißt es: In der Polizeibehörde bewertet die örtlich zuständige Direktion zunächst die Lage im eigenen Verantwortungsbereich, bevor im Rahmen einer Gesamteinschätzung von LKA, Justitiariat und Stab des Präsidenten nach umfassender Beratung eine entsprechende Entscheidung des Behördenleiters herbeigeführt wird. Regelmäßig (mindestens monatlich) prüfen die Direktionen, ob in ihrem Bereich bestimmte Gebiete als kbO eingestuft bleiben bzw. werden sollten,

rechtswidrige Nutzung durch Wohnungsprostitution im Mischgebiet vorliegt.

37 Pewestorf, Söllner, Tölle, Praxishandbuch, Kapitel 2, Rn. 83.

38 Berliner Innensenator gem. Verfügungslage vom 13.06.2012 der Polizeibehörde, PPr 1224- 05141, zitiert in: Knape, Schönrock, § 21 ASOG, Rn. 54.

um zeitnah auf eine veränderte Kriminalitätslage reagieren zu können. Darüber hinaus erfolgt halbjährlich eine Evaluation durch die Fachleute im Stab des Polizeipräsidenten.³⁹ 2017 hat sich die Situation weiter insofern geändert, als nach Beschluss des Senats die kriminalitätsbelasteten Orte nunmehr von der Polizeibehörde zu veröffentlichen sind, ohne dass jedoch die genauen Grenzen der Örtlichkeiten benannt werden.⁴⁰ Zuvor war durch das Verwaltungsgericht Berlin entschieden worden, dass ein Anspruch auf Offenlegung nach dem Informationsfreiheitsgesetz jedenfalls nicht bestehe.⁴¹

Die Begrifflichkeit des kriminalitätsbelasteten Ortes wird damit bislang ausschließlich über die bestehende Verwaltungspraxis ausgefüllt, die, insbesondere auch im Hinblick auf das nicht öffentliche polizeiliche Verfahren nur unvollständig bekannt ist.⁴² Es ergibt sich aus der Kommentarliteratur noch nicht einmal, inwieweit es Verwaltungsvorschriften als Grundlage für Auslegung und Verfahren gibt.⁴³ In einer parlamentarischen Anfrage wurde die Frage, wo und in welcher Form das rein polizeiinterne Verfahren zur Ausweisung von „kriminalitätsbelasteten Orten“ konkret geregelt und schriftlich fixiert sei, die folgende Antwort gegeben: „Das Verfahren zur Festlegung von kriminalitätsbelasteten Orten ist bei der Polizei Berlin intern geregelt und vom Stab des Polizeipräsidenten schriftlich niedergelegt“.⁴⁴

39 Siehe www.berlin.de/polizei/polizeimeldungen/fakten-hintergruende/artikel.597950.php

40 Siehe www.berlin.de/polizei/polizeimeldungen/fakten-hintergruende/artikel.597950.php

41 Siehe VG Berlin, Urteil vom 26.06. 2017, 2 KI 312.16, juris.

42 Siehe dazu auch Schröder, CILIP 106 unter Hinweis darauf, dass auch die zuständige Senatsverwaltung für Inneres und Sport nicht in den Entscheidungsprozess eingebunden ist.

43 In Hamburg etwa existiert mit PDV 350 eine Verwaltungsvorschrift, die unter anderem auch im Gefahrengebiet erlaubte Maßnahmen, Fragen der Verhältnismäßigkeit, die Dokumentation der Kontrollen und wann das Gefahrengebiet aufzuheben ist, regeln.

44 Schriftliche Anfrage des Abgeordneten Christoph Lauer (Piraten), Abgeordneten-

VERFASSUNGSMÄSSIGKEIT

Zuletzt kann eine Identitätsfeststellung verschiedene Folgemaßnahmen nach sich ziehen. Bereits § 21 Abs.3 ASOG verweist darauf, dass die Durchsuchung der Person und der von ihr mitgeführten Sachen erlaubt sind. Weitere Durchsuchungsbefugnisse der Person ergeben sich aus § 34 Abs.2 Nr. 2 und Abs.3 Satz 1 ASOG. Die Durchsuchung der mitgeführten Sachen, die eine Person, die sich an einem in § 21 Abs.2 Nr.1 ASOG genannten Ort befindet, ist in § 35 Abs.2 Nr. 2 ASOG geregelt.

Wenn Anlass zur Identitätsfeststellung besteht, kann nach § 28 ASOG eine Datenabfrage und ein Datenabgleich vorgenommen werden. So kann etwa geprüft werden, ob die betroffene Person gesucht wird oder ob sonst etwas gegen sie vorliegt, falls nicht die Umstände des Einzelfalls eine solche Annahme ausschließen.⁴⁵ Der qualifizierte Datenabgleich mit Daten der Fahndungsdatenbank erfolgt nach § 28 Abs.1 Satz 2 ASOG. Die Fahndungsabfrage kann in eigenen Fahndungsdateien (z.B. Haftbefehl) oder fremden Dateien (z.B. INPOL) erfolgen.⁴⁶ Nach § 42 ASOG können die nach § 21 ASOG erhobenen Daten in Akten oder Dateien gespeichert, verändert oder genutzt werden, soweit dies zur Erfüllung der Aufgaben der Polizei, zu einer zeitlich befristeten Dokumentation oder zur Vorgangsverwaltung erforderlich ist. Nach § 42 Abs.2 ASOG dürfen die Daten nur zu dem Zweck gespeichert werden, zu dem sie erlangt worden sind.

haus Berlin, vom 29. August 2014, Drucksache 17/ 14496, <https://kleineanfragen.de/berlin/17/14496-gerissen-gefaehrlich-und-geheim-kriminalitaetsbelastete-orte-in-berlin-ii>.

45 Knappe, Schönrock, § 21 ASOG, Rn. 14, siehe auch § 28 ASOG, Rn. 1 ff.

46 Pewestorf, Söllner, § 28 ASOG; Rn. 3, siehe auch Knappe, Schönrock, § 28, Rn. 5.

§ 21 Abs. 2, Nr. 1 ASOG ermöglicht die Identitätsfeststellung an den sogenannten kriminalitätsbelasteten Orten unter den unter II. genannten Bedingungen und mit den dort benannten Folgemaßnahmen. Betroffene Grundrechte sind bei solchen Kontrollen das Recht auf informationelle Selbstbestimmung und das Diskriminierungsverbot.

I. Schutzbereich des Rechts auf informationelle Selbstbestimmung (Art. 2 Abs.1 GG in Verbindung mit Art.1 Abs.1 GG)

Das Recht auf informationelle Selbstbestimmung gewährleistet die aus dem Grundsatz der Selbstbestimmung folgende Befugnis des Einzelnen, grundsätzlich selbst zu entscheiden, wann und innerhalb welcher Grenzen persönliche Sachverhalte offenbart werden. Das Recht auf informationelle Selbstbestimmung betrifft unter anderem die Erhebung, Speicherung, Verwendung und Weitergabe von persönlichen Daten.⁴⁷ Der durch das Grundrecht auf informationelle Selbstbestimmung vermittelte Grundrechtsschutz erschöpft sich nicht in einem Abwehrrecht gegen staatliche Datenerhebung und Datenverarbeitung. Er schützt auch das Interesse des Einzelnen von staatlichen informationsbezogenen Maßnahmen zu erfahren (Informationsinteresse), die ihn in seinen Grundrechten betreffen.⁴⁸

II. Eingriff in den Schutzbereich

47 Schmidt-Bleibtreu, Hofmann, Hennecke, Art. 2, Rn. 16; siehe auch BVerfGE 65,1, 43; 78,77.

48 BVerfGE 120,351.

Art. 2 Abs.1 GG soll die Selbstbestimmung, die Entscheidungsfreiheit des Einzelnen schützen. Es soll durch dieses Grundrecht keine „uferlose“ Gewährleistung in dem Sinne geben, dass jeder einen Anspruch darauf hat, dass die politischen, sozialen und sonstigen Verhältnisse der realen Welt, in der der Einzelne lebt, unverändert bleiben. Vom Einzelnen als nachteilig empfundene Veränderungen seiner Lebenswelt fallen als solche nicht unter den Schutzbereich des Art. 2 GG.⁴⁹ In das informationelle Selbstbestimmungsrecht greift jedoch jeder persönlichen Lebenssachverhalten geltende Akt staatlicher Informations – und Datenerhebung und deren Verarbeitung ein.⁵⁰

Bei der möglichen Betroffenheit des Schutzbereichs des Rechts auf informationelle Selbstbestimmung lassen sich konkret drei mögliche Ebenen unterscheiden: (1.) die Ausweisung eines Kontrollgebietes/kriminalitätsbelasteten Orten (2.) konkrete Maßnahmen zur Identitätsfeststellung und (3.) Folgemaßnahmen.

1. Die Ausweisung von kriminalitätsbelasteten Orten

Bereits von der internen Anordnung der Ausweisung eines Gebiets mit polizeilichen Sonderrechten gehen regelmäßig faktische Auswirkungen auf die Grundrechtssphäre potentiell Betroffener aus: Mit der Ausweisung können unter erleichterten Voraussetzungen ohne individuellen Zurechnungszusammenhang Kontrollen angeordnet werden, die gegenüber Personen außerhalb des Gefahrengebiets nicht zulässig wären. Personen, die sich in einer Sonderrechtszone aufhalten, müssen nach Ausweisung des Gebiets jederzeit mit derartigen Kontrollen rechnen und ihr Verhalten entsprechend einrichten.⁵¹ Die Ausweisung

49 Sachs, Art. 2, Rn. 80.

50 Sachs, Art. 2 Rn. 88.

51 Nach BVerfG, Urt. v. 11.3.2008, 1 BvR 2074/05 etwa kann auch das Verhalten des Einzelnen in der Öffentlichkeit, also auch der Aufenthalt und das Verhalten an

konstatiert darüber hinaus die Pflicht, eine anlass- und verdachtslose Identitätsfeststellung zu dulden, die mit weitergehenden Eingriffsbefugnissen, etwa der Durchsuchung der Person oder mitgeführter Sachen, einer Befragung sowie der Erhebung und der Speicherung der Personendaten verbunden ist.⁵²

Bisher ergeht in der Praxis die Ausweisungsentscheidung als verwaltungsinterne Weisung, die der Öffentlichkeit nicht bekanntgegeben wird. Daraus wird teilweise geschlossen, dass die Gebietsausweisung an sich keinen eigenständigen Grundrechtseingriff darstellt.⁵³ Dies stellt zum einen, wenn man davon ausgeht, dass die Ausgestaltung als reines Verwaltungsverfahren ohne Veröffentlichung der Orte nicht den grundrechtlichen Anforderungen entspricht (siehe dazu unten, III.) einen Zirkelschluss dar. Weiter hat die Ausweisungsentscheidung tatsächlich entsprechend einem Verwaltungsakt eine Außenwirkung: Wie bereits dargestellt, folgt schon aus der Ausweisungsentscheidung, dass Personen in der Sonderrechtszone jederzeit mit einer Kontrolle rechnen müssen und ihr Verhalten entsprechend darauf einrichten müssen. Eine Veröffentlichung der Orte in Berlin hat weiter schon über einen längeren Zeitraum über Presseorgane stattgefunden, so dass eine Außenwirkung zumindest de facto erzielt wurde. Mittlerweile werden die kriminalitätsbelasteten Orte auch von der Behörde selbst auf der Seite der Polizei veröffentlicht (siehe oben, B., Fußnote 40), spätestens jetzt erzielt also die Ausweisungsentscheidung eine Außenwirkung. Zudem ist in Betracht zu ziehen, dass die Ausweisungsentscheidung schon immer massenhaft im Wege des Realhandelns, nämlich durch die Durchführung der Kontrollen bekannt gegeben

einem bestimmten öffentlichen Platz eine vom Schutzbereich erfasste personenbezogene Information sein.

52 So auch Caspar, Menzel, S. 5; siehe auch Ernst, NVwZ 2014, 633.

53 Siehe etwa: Verfassungsmäßigkeit polizeirechtlicher Vorschriften in wissenschaftliche Dienste des Bundestags vom 14. Januar 2014, WD 3 – 3000 – 003/14

wurde. Obwohl die Entscheidung also formell lediglich eine verwaltungsinterne Weisung darstellt, hat sie materiell eher die Auswirkung eines Verwaltungsakts in Gestalt einer Allgemeinverfügung oder gar einer Rechtsverordnung.⁵⁴ Im Rahmen eines zeitgemäßen Grundrechtsverständnisses verlangt auch das Bundesverfassungsgericht für eine grundrechtliche Belastung durch eine staatliche Maßnahme immer dann eine Rechtfertigung, wenn diese in Zielsetzung und Wirkung einem klassischen Eingriff gleichkommt.⁵⁵ Die zuvor dargestellten faktischen Wirkungen der Gebietsausweisung sind in diesem Sinne jedenfalls als Eingriff anzusehen.

Neben der Feststellung, dass ein Eingriff in den Schutzbereich bereits durch die Ausweisungsentscheidung vorliegt, stellt sich die Frage der Intensität dieses Eingriffs, da diese wesentlich für die Beurteilung der Fragen des Vorbehalts des Gesetzes, des Bestimmtheitsgrundsatzes wie der Verhältnismäßigkeit sind.

In Rechtsprechung und Literatur wird die reine Identitätsfeststellung häufig als niedrigschwelliger Eingriff eingestuft.⁵⁶

Für die Regelung des § 4 Abs.2 HmbPolDVG a.F. wurde dagegen sowohl durch das OVG Hamburg, als auch teilweise in der Literatur⁵⁷ eine hohe Eingriffsintensität festgestellt. Das OVG Hamburg begründete die erhebliche Eingriffsintensität einerseits mit einer hohen

54 So im Ergebnis wohl auch Ernst, NVwZ 2014, 633 für die Hamburger Regelung des § 4 PolDVG

55 BVerfGE 105, 279, 303.

56 BayVerfGH, Entsch. vom. 28.3.2003, Vf. 7-VII-00 u.a., NVwZ 2003, 1375, juris-Rn. 144; SächsVerfGH, Urt. v. 10.07.2003, Vf. 43- II-00, NJ 2003, 473, juris, Rn 237, vgl. ferner Kastner, VerwArch 92, 216, 254 f., Knappe, Schönrock, § 21 ASOG, Rn. 9.

57 Siehe etwa Caspar, Menzel, S. 8; Ernst, NVwZ 2014, 633, 634.

Streubreite der Maßnahmen, von denen jedermann, ohne dass er hierfür konkret Veranlassung gegeben hätte, betroffen werden könne. Grundrechtseingriffe, die sowohl durch Verdachtslosigkeit als auch durch eine große Streubreite gekennzeichnet seien – bei denen also zahlreiche Personen in den Wirkungsbereich einer Maßnahme einbezogen würden, die in keiner Beziehung zu einem konkreten Fehlverhalten stünden und den Eingriff durch ihr Verhalten nicht veranlasst hätten – wiesen grundsätzlich eine hohe Eingriffsintensität auf.⁵⁸ Dies ergebe sich daraus, dass der Einzelne in seinen grundrechtlichen Freiheitsrechten umso intensiver betroffen sei, je weniger er selbst für einen staatlichen Eingriff Anlass gegeben habe. Das Gericht verwies hinsichtlich der Intensität des Grundrechtseingriffs weiter auf dessen stigmatisierende Wirkung.⁵⁹

Die Feststellungen zur Hamburger Rechtslage sind in ihrer Gesamtheit auf die Norm des § 21 Abs.2 ASOG nicht direkt übertragbar, da die Normen nicht identisch sind: im Unterschied zu § 4 Abs.2 HmbPOLDVG a.F. stellt § 21 Abs.2 Nr.1 a) aa) ASOG nicht auf polizeiliche Einschätzungen und Wertungen (Lageerkenntnisse) ab, sondern auf das Vorliegen von Tatsachen. Diese müssen Anhaltspunkte dafür geben, dass Straftaten von erheblicher Bedeutung verabredet, vorbereitet oder verübt worden sind, wobei der Begriff der „Straftat der erheblichen Bedeutung“ in § 17 Abs.3 ASOG definiert ist. Daraus mag zwar folgen, dass hinsichtlich der Bestimmtheit der Regelung an-

58 OVG Hamburg, Urteil vom 13.05.2015, 4 Bf226/12, II. 1. a) und 2. b) bb) unter Verweis auf BVerfG, Beschluss vom 4.4.2006, BvR 518/02, BVerfGE 115, 320, juris, Rn. 16 ff., m.w.N., siehe auch BVerfG, Urteil vom 02.03.2010, 1 BvR 256/08, Rn.212.

59 OVG Hamburg, Urteil vom 13.05.2015, 4 Bf 226/12, II. 1. b). und 2. b) bb), justiz.hamburg.de., vgl. auch BayVerfGH, Entscheidung v. 7.2.2006, Vf. 69-VI-04, NVwZ 2006, 1284, juris, Rn.42; Ernst NVwZ 2014, 633, 635; siehe ferner BVerfG, Beschl. v. 4.4.2006, 1 BvR 518/02, BVerfGE 115, 320, juris, Rn.111 f., vgl. auch Rachor in: Lisken/Denninger, E, Rn. 376, BVerfG, Beschluss vom 13.06.2007, 1 BvR 1550/03 u.a., BVerfGE 118, 168.

dere Maßstäbe anzusetzen sind⁶⁰, es ist jedoch nicht nachvollziehbar, warum keinerlei Parallelen zu ziehen sein sollen.⁶¹ Das Bundesverfassungsgericht hat bezüglich der „hohen Streubreite“ festgestellt, dass diese vorliegen soll, wenn Zugriff auf die Daten einer unübersehbaren Vielzahl von unbeteiligten Personen vorliegt, gegen welche nicht der geringste Verdacht besteht.⁶² Es trifft auch auf die Berliner Regelung zu, dass es sich um eine Regelung handelt, die eben durch die durch das Bundesverfassungsgericht benannten Merkmale gekennzeichnet ist, eine hohe Streubreite liegt vor.

Betrachtet man in Berlin die konkret ausgewiesenen Gefahrengebiete, so zeigt sich ferner, dass es sich dabei teilweise um wichtige Begegnungs- oder Verkehrsknotenpunkte handelt. Es ist also für viele Personen schwierig bis unmöglich, die Orte zu meiden, sie riskieren häufige Kontrollen und damit eine regelmäßige Erfassung und Stigmatisierung ohne dafür einen Anlass gesetzt zu haben. Warum eine hohe Streubreite der Berliner Regelung nicht bestehen soll, erschließt sich auch vor diesem Hintergrund nicht.

Hinsichtlich der Wirkung der Ausweisungsentscheidung ist weiter für eine Eingriffsintensität anzuführen, dass die Norm Einschüchterungseffekte setzt, die durch das jederzeit mögliche Überwachtwerden entstehen. Denn die Vorschriften zu anlasslosen Kontrollen verfolgen letztlich für das Ziel der Gefahrenvorsorge einen Verunsicherungs- und Abschreckungseffekt.⁶³ Die Aufhebung der Anonymität soll bei po-

60 Siehe VG Berlin, Urteil vom 15.09.2018, 1 K 229/16, juris.

61 So aber ohne nähere Begründung Pewestorf, der eine große Streubreite für die Berliner Regelung verneint, § 21 ASOG, Rn. 12.

62 Siehe BVerfG, Beschluss vom 4. April 2006 zur sogenannten Rasterfahndung, 1 BvR518/02, Rn. 52.

63 Siehe dazu Ernst, NVwZ 2014, 633, 635; VerfGM-V. Urteil vom 21.10.1999, 2/98, Rn. 81; mit anderem Ergebnis, aber ebenfalls unter Verweis auf einen Abschreckungseffekt: Verfassungsgerichtshof des Freistaates Sachsen, Urteil vom 10. Juli

tenziellen Störern zum Verzicht auf bestimmte Aktivitäten führen.⁶⁴ Tatsächlich hat sie diesen Effekt jedoch nicht ausschließlich auf potentielle Störer, sondern auch auf betroffene Nichtstörer.

Ein weiteres Argument für eine Eingriffsintensität ist, dass die Ausweisungsentscheidung Raum für Folgeentscheidungen (siehe dazu oben B.) gibt, die eine deutlich höhere Eingriffsintensität aufweisen.⁶⁵ So mag etwa die Speicherung von Daten dazu führen, dass Anwohner regelmäßig Ziel solcher Datenspeicherung werden. Ort und Zeit der dokumentierten Kontrolle legen eine Verbindung zu den drohenden „Straftaten von erheblicher Bedeutung“ nahe, wegen derer das Gefahrengebiet errichtet wurde. Dies kann bei den kontrollierenden Polizisten zu einem gewissen Vorbehalt führen und stigmatisierende Folgen für den kontrollierten Bürger haben.⁶⁶ Eine höhere Intensität wird auch dadurch ermöglicht, dass Maßnahmen etwa im Rahmen einer Razzia massenhaft und flächendeckend durchgeführt werden.

Dem wird entgegengehalten, dass Folgemaßnahmen als eigenständige Maßnahmen zu qualifizieren seien, die keine Intensität der Identitätsfeststellung an sich begründen kann.⁶⁷ Dies ist einerseits insofern zweifelhaft, als gewisse Folgemaßnahmen sich routinemäßig an die Identitätsfeststellung anknüpfen. So hat etwa das OVG Sachsen, wenn auch in einem anderen Zusammenhang, klargestellt, dass eine Iden-

2003, Vf. 43-II-00, juris, Rn. 226, Waechter, DÖV 1999, 131, 144 f.; Rachor in: Lisken/Denninger, E, Rn. 367; Kastner, VerwArch, 92, 216, 238; vgl. auch BayVerfGH, NJW 2004, 1313 f.

64 So das VG Hamburg für die entsprechende Regelung in HH, siehe Urteil vom 02.10.2012, 5 K 1236/11, juris.

65 Vgl. dazu etwa BVerfG, Beschl. v. 13.6.2007, 1 BvR 1550/03 u.a., BVerfG 118, 168, juris, Rn. 90 ff, VerfGM-V. Urteil vom 21.10.1999, 2/98, Rn. 81.

66 So auch Caspar, Menzel, S. 5.

67 Pewestorf, Söllner, Tölle, § 21 ASOG, Rn. 49 f.

titätsfeststellung ohne Datenabgleich keinen Wert besitzt.⁶⁸ Andererseits ist auf Ebene der Ausweisungsentscheidung zu argumentieren, dass diese jedenfalls die Grundlage dafür schafft, dass eine Identitätsfeststellung nebst Folgeentscheidungen in Gang gesetzt wird und damit jedenfalls potentiell zu rechnen ist, so dass auch die mögliche Folgemaßnahme die zuvor beschriebene abschreckende Wirkung hat. Ein weiteres Argument für die Intensität des Eingriffs ist die Frage, welche Inhalte von einem Eingriff erfasst werden. Relevant ist in dieser Hinsicht insbesondere, welchen Grad an Persönlichkeitsrelevanz die betroffenen Informationen aufweisen.⁶⁹ Sämtliche Informationen, die bei Personenkontrollen gemäß § 21 ASOG erfragt werden können, haben einen Personenbezug und erlauben persönlichkeitsbezogene Einblicke. Zu den Informationen, die erfragt werden können, zählen ausdrücklich folgende Identifizierungsdaten: der Name, Vorname, der Tag und Ort der Geburt, die Wohnanschrift und die Staatsangehörigkeit. Die befragte Person ist verpflichtet, hierzu Angaben zu machen, ohne dies durch eigenes Verhalten vermeiden zu können.⁷⁰

Abschließend ist festzustellen, dass gewichtige Argumente dafür sprechen, dass bereits die Ausweisungsentscheidung einen intensiven Grundrechtseingriff darstellt.

2. Konkrete Maßnahmen zur Identitätsfeststellung

Die konkreten Maßnahmen zur Identitätsfeststellung stellen einen klassischen staatlichen Eingriff in das Recht auf informationelle

68 Siehe Verfassungsgerichtshof des Freistaates Sachsen, Urteil vom 10. Juli 2003, Vf. 43-II-00, juris, Rn. 68 f.

69 BVerfG, Beschluss vom 4. April 2006, 1 BvR 518/02, Ziffer 97, mit Hinweisen auf BVerfGE 100, 313 (376); 107, 299 (319 f.); 109, 279 (353).

70 So auch Cremer in Bezug auf § 22 Abs.1 a BPolG; VerfGM-V. Urteil vom 21.10.1999, 2/98, Rn. 81.

Selbstbestimmung dar: Aus § 21 Abs.2 Nr. 2 ASOG ergibt sich eine Verpflichtung des Betroffenen Angaben zu seiner Identität zu machen und die Durchführung der Maßnahmen zur Identitätsfeststellung zu dulden. Zusätzlich werden Daten darüber erhoben, dass sich die betroffene Person zu einer bestimmten Zeit an einem bestimmten Ort –gegebenenfalls auch in Begleitung weiterer Personen– aufhält und – soweit mitgeführte Sachen in Augenschein genommen werden – bestimmte Sachen mit sich führt. Auch hierbei handelt es sich um personenbezogene Informationen, die daher ebenfalls vom Schutzbereich des Grundrechts aus Art. 2 Abs.1 GG i. V. m. Art. 1 Abs.1 GG erfasst sind. Sowohl die Datenerhebung, als auch die Datenabfrage und der Datenabgleich berühren die Grundrechte aus Art. 2 Abs.1 i.V. mit Art. 1 Abs. 1 GG der betroffenen Personen.⁷¹

Hinsichtlich der Intensität des Eingriffs ist auf die bei der Ausweisungsentscheidung genannten Argumente zu verweisen, wobei sich diese bei konkreter Anwendung für den einzelnen tatsächlich noch intensiver darstellen mag, da die stigmatisierende Wirkung der tatsächlich durchgeführten Maßnahme hinzukommt.

Alle benannten Maßnahmen aus § 21 Abs.2 Nr.2 ASOG stellen damit intensive Eingriffe in das Recht auf informationelle Selbstbestimmung dar.

3. Folgemaßnahmen

Folgemaßnahmen, wie das Festhalten zur Durchsuchung der Person und Sachen oder das Verbringen zur Wache, stellen für sich genommen vorrangig einen Eingriff in Art. 104 GG dar. Gleichzeitig werden, wie bereits dargestellt, durch diese Maßnahmen jedoch auch Daten darüber erhoben, welche Sachen mitgeführt wurden, so dass ein Eingriff in das Recht auf informationelle Selbstbestimmung zugleich vor-

71 Knape, Schönrock, § 21 ASOG, Rn. 3, 9.

liegen kann. Auch die Folgemaßnahmen des Datenabgleichs oder der Datenspeicherung stellen einen eigenen Eingriff in das Recht auf informationelle Selbstbestimmung dar. Folgemaßnahmen erhöhen, wie bereits dargestellt, die Intensität der Ausweisungsentscheidung wie der Grundmaßnahme, stellen jedoch für sich ebenfalls einen Grundrechtseingriff dar.

III. Verfassungsmäßigkeit des einschränkenden Gesetzes

Zwar ist das Recht auf informationelle Selbstbestimmung nicht schrankenlos gewährleistet. Der Einzelne muss vielmehr solche Beschränkungen seines Rechts hinnehmen, die durch überwiegende Allgemeininteressen gerechtfertigt sind. Diese Beschränkungen bedürfen jedoch einer verfassungsmäßigen gesetzlichen Grundlage, die insbesondere dem verfassungsrechtlichen Gebot der Normenklarheit und -bestimmtheit wie auch dem Grundsatz der Verhältnismäßigkeit entsprechen muss.⁷²

1. Vorbehalts des Gesetzes/Wesentlichkeitstheorie

Der (allgemeine) Vorbehalt des Gesetzes verlangt, dass staatliches Handeln in bestimmten grundlegenden normativen Bereichen durch ein förmliches Gesetz legitimiert wird. Das Parlament darf die Entscheidungen nicht anderen Normgebern überlassen und nicht dem Handeln und der Entscheidungsmacht der Exekutive.⁷³ Die Wesentlichkeit einer Regelung ergibt sich aus der Berührung grundrechtlicher geschützter Lebensbereiche und der Intensität der Grundrechtsbetroffenheit. Erfasst werden insbesondere Regelungen, die wesentlich für

die Verwirklichung der Grundrechte sind.⁷⁴ Behördliches Ermessen ist durch den Vorbehalt des Gesetzes nicht ausgeschlossen. Doch muss das Gesetz die für die Ausfüllung der Spielräume der Verwaltungsmaßgeblichen Kriterien erkennen lassen, darf nicht die Entscheidung über die Grenzen der Freiheit des Bürgers einseitig in das Ermessen der Verwaltung legen.⁷⁵ Durch den Vorbehalt des Gesetzes soll für die fraglichen Entscheidungen ein Verfahren sichergestellt werden, das sich durch Transparenz auszeichnet, die Beteiligung der parlamentarischen Opposition gewährleistet und den Betroffenen die Gelegenheit bietet, ihre Auffassungen auszubilden und zu vertreten.⁷⁶ Der Grundrechtsvorbehalt gilt nicht nur für die materiellen, sondern auch für die formellen Eingriffsvoraussetzungen.⁷⁷ Notwendig ist ein Gesetz zunächst für alle klassischen Grundrechtseingriffe, insbesondere bei belastenden Regelungen.⁷⁸ Bei sonstigen Grundrechtseingriffen, insbesondere faktischer und mittelbarer Natur soll eine gesetzliche Grundlage nur erforderlich sein, soweit der Sachbereich „staatlicher Normierung zugänglich“ ist, was bei faktisch-mittelbaren Wirkungen staatlichen Handelns nicht der Fall sein soll, der Vorbehalt des Gesetzes greift damit nicht bei jedem Grundrechtseingriff.⁷⁹

In § 21 Abs.2 Nr. 1 ASOG wird die vorangehende Ausweisung eines Gebiets denkotwendig vorausgesetzt jedoch nicht benannt. Die Vorschrift enthält entsprechend keinerlei Regelung zu folgenden Punkten: Zuständigkeit und Befugnis zur Gebietsausweisung, Rechtsnatur der

⁷⁴ BVerfGE 98, 218, 251; 84, 212, 226; 49, 89, 127; siehe auch Jarass, Pieroth, Art. 20, Rn. 69; Sachs, Art. 20, Rn. 117.

⁷⁵ Sachs, Art. 20, Rn. 113.

⁷⁶ BVerfGE 95, 267,307 f.; 85, 386,403; 120, 378,408.

⁷⁷ BVerfGE 133, 112, Rn. 54.

⁷⁸ BVerfGE 133, 112, Rn. 53.

⁷⁹ BVerfGE 105, 279,303 f.

⁷² BVerfG, Beschluss vom 4. April 2006, 1 BvR 518/02, Ziffer 81, m. w. N.

⁷³ BVerfGE 95, 267,307; BVerfGE 83, 130,142; 116, 24,58.

Gebietsausweisung, Verfahren der Gebietsausweisung, Regeln etwa zur zeitlichen oder örtlichen Begrenzung von Ausweisungsgebieten oder Verfahrensvorschriften wie etwa zur Dokumentation der Entscheidung begründenden Tatsachen.

Aus dem gänzlichen Fehlen einer solchen Regelung ergibt sich gleich eine ganz grundlegende Auslegungsfrage, ob nämlich ein Ausweisungsverfahren überhaupt erforderlich ist oder man auch eine „Ad-hoc Einordnung“ der handelnden Beamten und Beamtinnen im konkreten Einzelfall für zulässig halten muss.⁸⁰ Bereits zur Klärung dieser grundlegenden Frage wäre eine Regelung sinnvoll, wenn nicht erforderlich. Es gibt in anderen Bundesländern Regelungen, die zwar auch nicht alle vorgenannten Bereiche gesetzlich regeln, mindestens aber im Gesetz die Befugnis zur Ausweisung festlegen.⁸¹ Entsprechend wird teilweise vertreten, dass mindestens die Befugnis, ein Gebiet für anlasslose polizeiliche Kontrollen zu schaffen, im Gesetz verankert werden muss.⁸² Auch an anderer Stelle in der Literatur wird vertreten, dass die strukturelle Schwäche von reinen Gefahrenvorsorgeregelungen ohne das Merkmal einer konkreten Gefahr ein verfahrensrechtliches Korrektiv, wie etwa einen Behördenleitervorbehalt, erfordert.⁸³

Die faktische Ausgestaltung des Ausweisungsverfahrens als verwaltungsinterne Handlung hat tatsächlich weitreichende Folgen. Eine Verpflichtung, die möglicherweise existierenden behördeninternen

80 So (siehe bereits Fussnote 26): Thiel, § 10, Rn. 27, siehe auch Knappe, Schönrock, § 21 ASOG; Rn. 52; VG Berlin, Beschluss vom 10.10.2012, VG 27 L 180.12, S.7.

81 Siehe etwa § 11 Abs.3 Brandenburgisches Polizeigesetz, § 27 a S.2 SOG Mecklenburg Vorpommern.

82 Siehe etwa Caspar, Menzel, S. 8.

83 Siehe Schenke, § 6, Rn. 340; siehe auch Kugelmann, DÖV 2003, 781, 787 ff., Poscher, DV 2008, 345, 350.

Vorschriften zum Ausweisungsverfahren oder gar die Inhalte der Ausweisungsentscheidung, etwa die verwendeten Daten, zu veröffentlichen, besteht nicht.⁸⁴ Ebenso wenig eine Verpflichtung, die Ausweisung von Gebieten und deren genauen Grenzen zu veröffentlichen. Hinsichtlich der Frage eines Anspruchs auf Zugang zu Informationen über die räumliche Ausdehnung eines kriminalitätsbelasteten Ortes ist durch das Berliner Verwaltungsgericht entschieden worden⁸⁵, dass nach dem Berliner Informationsfreiheitsgesetz kein Anspruch auf Zugang zu Informationen besteht. Die Anwendbarkeit des Informationsfreiheitsgesetzes wiederum fußt unmittelbar darauf, dass die Ausweisungsentscheidung als verwaltungsinterner Vorgang qualifiziert wird.⁸⁶ Dies wiederum führt zu dem Schluss, dass bereits auf Gesetzesebene Regelungen hinsichtlich der Publizität getroffen werden müssen. Dies entspricht auch der verfassungsrechtlichen Rechtsprechung, welche verlangt, dass Betroffene anhand der gesetzlichen Regelung die Rechtslage so erkennen können, dass sie ihr Verhalten tatsächlich danach ausrichten können. Es ist für einen Rechtsstaat prägend, dass er seine Bürger in ausreichender Weise auf besondere Verpflichtungen hinweist.⁸⁷

Entsprechend ist in Bezug auf die Hamburger Gesetzeslage verlangt worden, dass mindestens hinsichtlich der örtlichen und zeitlichen Begrenzung der Gebiete eine gesetzliche Pflicht einzurichten sei, die

84 Nach § 41 VwVfG ist ein Verwaltungsakt demjenigen bekannt zu geben, für den er bestimmt ist oder der von ihm betroffen wird.

85 Siehe VG Berlin, Urteil vom 26.06.2017, 2 K 312.16; VG Berlin, Beschluss vom 10.10.2012, VG 27 L 180.12.

86 Siehe § 9 Abs.1 IFG; siehe dazu auch VG Berlin, Urteil vom 26.06.2017, 2 K 312.16, Rn. 22.

87 i.d.S. BVerfGE 83, 130, 145; 110, 33, 53 und BVerfG, Urteil vom 27. Juli 2005 – 1 BvR 668/04, Rn. 119.

Ausweisung von Gebieten rechtzeitig in der Tageszeitung, im Internet, im Amtsblatt oder im Rahmen einer Verordnung im Gesetz- und Verordnungsblatt zu veröffentlichen. Nur so können die Betroffenen ihr Verhalten darauf abstellen und sich auf anlass- und verhaltensunabhängige Identifikationsfeststellungen einschließlich der Folgemaßnahmen vorbereiten.⁸⁸ Auch das VG Hamburg hat in seinem Urteil vom 2.10.2012 die Problematik einer mangelnden Publizität gesehen. Die Informiertheit der Betroffenen wurde dort jedoch mit Blick auf eine generelle Informiertheit der Bevölkerung durch die Medien bejaht.⁸⁹ Diese Argumentation geht insofern fehl, als eine staatliche Informationspflicht nicht von einer zufälligen Medienberichterstattung abhängig gemacht werden kann und die Verpflichtung des Staates auch nicht disponibel ist. Auch ist den Medien nicht zwangsläufig präzise zu entnehmen, wo etwa die Grenzen eines Ausweisungsgebietes liegen.⁹⁰ „Ob“ und „Wie“ der Information der Öffentlichkeit über die Ausweisung eines Gefahrengebietes können daher nicht in das Ermessen der Polizei gestellt werden. Der Gesetzgeber hat ein Mindestmaß an Transparenz und Vorhersehbarkeit für die Ausweisungsentscheidung eines Gebiets durch gesetzliche Regelungen hinreichend klar selbst zu regeln.

Die Ausweisungsentscheidung und das Ausweisungsverfahren ist weiter als rein verwaltungsinterner Vorgang⁹¹ einer gerichtlichen Kontrolle und damit einer Überprüfung durch den betroffenen Bürger entzogen. Denn die Qualifizierung als Verwaltungsakt im Sinne des § 35 Verwaltungsverfahrensgesetzes (VwVfG) ist maßgebliche Voraussetzung

88 Siehe Caspar, Menzel, S. 10.

89 Siehe VG HH, Urteil vom 02.12.2012, juris, Rn. 94.

90 So im Ergebnis auch Caspar, Menzel, S. 10.

91 Keine Verwaltungsakte sind mangels unmittelbare Rechtserheblichkeit gegenüber dem Bürger verwaltungsinterne Weisungen, siehe Kopp/Ramsauer, § 35 VwVfG, Rn. 132.

dafür, dass verwaltungsrechtlicher Rechtsschutz erlangt werden kann (§§ 42, 68, 113 VwGO).⁹²

Es ist in diesem Zusammenhang wenig hilfreich, wenn reflexhaft auf die volle gerichtliche Überprüfbarkeit der konkreten polizeilichen Maßnahme verwiesen wird⁹³, da dies ohne eine Angreifbarkeit der Ausweisungsentscheidung eine sehr verkürzte juristische Überprüfbarkeit darstellt. Bei genauer Betrachtung ist weiter festzustellen, dass für die Annahme einer vollen gerichtlichen Überprüfung immer eine Entscheidung des VGH Mannheim zitiert wird. In dieser Entscheidung wird aber von einer vollen gerichtlichen Überprüfbarkeit der konkreten Maßnahmen nur deshalb ausgegangen, da in Baden Württemberg für die Polizei eine Dokumentationspflicht bestehen soll, die im konkreten Fall unter anderem Statistiken für den betroffenen Ort beinhalteten.⁹⁴ Hinsichtlich einer solchen Dokumentationspflicht wird jedoch von anderer Seite angenommen, dass eine solche nicht bestehe.⁹⁵ Für Berlin ist eine solche Dokumentationspflicht nicht bekannt und auch aus keiner Norm ableitbar. So hielt das Verwaltungsgericht Berlin etwa in einem Fall eine Dokumentation für ausreichend, in der neun „Straftaten“ aus dem streitgegenständlichen Zeitraum aufgezählt wurden, ohne dass dargelegt wurde, ob es sich um bloße Polizeieinsätze, tatsächlich eingeleitete Ermittlungsverfahren oder rechtskräftige Verurteilungen handelte. Insbesondere schien die Dokumentation keinerlei Statistiken oder Vergleich mit der übrigen Kriminalitätslage in Berlin zu enthalten.⁹⁶ Mit einer solchen Dokumentation wäre die Polizei nach

92 Kopp/Ramsauer, § 35 VwVfG, Rn. 4.

93 Siehe oben Fußnote 30, siehe auch VG Berlin, Urteil vom 15. September 2017, 1 K 229/16, juris, Rn. 19.

94 VGH Mannheim, Urteil vom 21.07.2003, 1 S 377/02, juris, Rn. 66.

95 Siehe etwa Ernst unter Verweis auf VG Hamburg, Urteil vom 02.10.2012, 5 K 1236/11, juris.

96 Siehe VG Berlin, Urteil vom 15. September 2017, 1 K 229/16, juris, Rdnr. 22 f.

dem VGH Mannheim ihrer Dokumentationspflicht wohl nicht ausreichend nachgekommen.⁹⁷ Eine Dokumentation kann nur dann sinnvoll belegen, dass eine höhere Kriminalitätsbelastung, als an anderen Orten vorliegt, wenn eine statistisch sinnvolle Beobachtung über einen gewissen Zeitraum nicht nur für den benannten Ort, sondern auch für Vergleichsorte beinhaltet. Eine solche Beobachtung müsste neben der Anzahl der Straftaten auch eine quantitative Benennung des Arbeitsinsatzes der Polizei beinhalten, da dieser maßgeblichen Einfluss auf die Anzahl der festgestellten Straftaten hat, mithin als Vergleichsgröße entscheidend ist.

Dies belegt im Ergebnis eindrucksvoll, dass eine volle gerichtliche Überprüfbarkeit in Berlin derzeit für die Ausweisungsentscheidung gar nicht, aber auch auf der Ebene der konkreten polizeilichen Maßnahme letztlich nicht gegeben ist, da die Erwägungen, die zur Einstufung als kriminalitätsbelasteter Ort geführt haben, nicht überprüft werden können.

Die Problematik der gerichtlichen Überprüfbarkeit wird teilweise unter dem Aspekt der Rechtsweggarantie nach Art. 19 Abs.4 GG eher als Problematik der Bestimmtheit angesehen⁹⁸, tatsächlich ist jedoch zunächst eine klare gesetzliche Vorgabe durch den Gesetzgeber hinsichtlich der Rechtsnatur der Ausweisungsentscheidung, deren Bekanntgabe und eines transparenten Ausweisungsverfahrens nötig, damit eine gerichtliche Überprüfung überhaupt stattfinden kann. Eine Verletzung der Rechtsweggarantie kann jedoch, solange eine Dokumentationspflicht nicht gegeben ist, in der mangelnden Überprüfbarkeit der einzelnen Maßnahmen gesehen werden.

⁹⁷ Vgl. VGH Mannheim, Urteil vom 21.07.2003, 1 S 377/02, juris, Rn. 70.

⁹⁸ So Caspar, Menzel, S. 11.

Ein weiteres Argument für die Notwendigkeit der Möglichkeit der gerichtlichen Überprüfbarkeit der Ausweisungsentscheidung bietet der Vergleich mit einem klassischen polizeilichen Eingriff. Das Tatbestandsmerkmal der Gefahr, welches durch polizeiliches Ermessen ausgefüllt wird, ist immer gerichtlich angreifbar. Im vorliegenden Fall ersetzt die Ausweisungsentscheidung das Gefahrenmerkmal, da die Gefahr im kriminalitätsbelasteten Ort begründet wird. Wenn dann aber die Entscheidung zur Begründung dieser „Gefahr“ verwaltungsintern erfolgt und an sich nicht gerichtlich überprüfbar ist, erfolgt eine erhebliche Schlechterstellung gegenüber dem klassischen, gefahrbegründeten polizeilichen Eingriff.

Ein entscheidender Moment für die Überprüfbarkeit der behördlichen Entscheidung ist die Möglichkeit, Zugang zu der Information über das verwendete Material zu haben und diese Grundlage auch angreifen zu können. So wird in der sozialwissenschaftlichen Literatur etwa darauf hingewiesen, dass die Polizeiliche Kriminalstatistik, die wohl in der Regel als Bewertungsgrundlage herangezogen wird, maßgeblich von der Einrichtung kriminalitätsbelasteter Orte beeinflusst wird. Die umfassenden Möglichkeiten zur Überprüfung an „kriminalitätsbelasteten Orten“ generiere – wie sie es an jedem Ort täten – eine gewisse Anzahl von Delikten, Fahndungserfolgen etc., die sich wiederum in der Statistik niederschlägen. Der „Erfolg“ solcher Maßnahmen liefere damit eine erneute Rechtfertigung für die Schaffung von Kontrollmöglichkeiten. Eine besondere Problematik liege also darin, dass im Zweifel die Polizei an beiden Phasen maßgeblich beteiligt sei: Die Benennung der Orte fuße auf Begründungen der Polizei, und die polizeilichen Handlungen an diesen Orten mit nunmehr abgesenkten Kontrollhürden schufen eine erneute Rechtfertigung.⁹⁹ Weiter wird eingewandt, dass zur Begründung „kriminalitätsbelasteter Orte“ immer wieder auf die Kombination von Straftaten mit Unannehmlichkeiten, Verstößen ge-

⁹⁹ Siehe Ullrich, Tullney auf S. 17.

gen Ordnungsvorstellungen und „unangemessene“ Verhaltensweisen zurückgegriffen werde und sich somit nicht auf eine Begründung über solche Tatsachen, die auf die gesetzlich vorgesehenen Straftatbestände verweist, beschränkt würde.¹⁰⁰ Um all diese Faktoren überprüfbar zu machen, ist es notwendig, eine transparente und gerichtlich überprüfbare Ausweisungsentscheidung zu haben.

Vergleicht man die vorliegende Norm des ASOG mit anderen Befugnisnormen, die anlasslose Kontrollen ermöglichen, etwa solche, die die sogenannte Schleierfahndung erlauben¹⁰¹, so ist dort immer bereits im Gesetz hinreichend konkret festzulegen, an welchen Orten Kontrollen erfolgen dürfen. Ein zusätzliches (verwaltungsinternes) Verfahren zur Bestimmung der Orte existiert so naturgemäß nicht. Dass eine gesetzliche Ausgestaltung bei den kriminalitätsbelasteten Orten ohne weiteres Verfahren zur Bestimmung der Orte nicht möglich ist, ist alleine dem tatsächlichen Grund geschuldet, dass für die Bestimmung der Orte auf Grund des Bezugs zur Begehung von Straftaten Daten und Erfahrungswerte erforderlich sind. Dies kann jedoch keinen Grund darstellen, das Verfahren zur Bestimmung der Orte als Teil der Festlegung der Orte dem Gesetz zu entziehen.

Von Seiten der Polizei wurde der Veröffentlichung der kriminalitätsbelasteten Orte und nun der Veröffentlichung der genauen Grenzen der Orte immer vehement entgegengetreten. Eine Veröffentlichung liefere dem Gesetzeszweck der vorbeugenden Verbrechensbekämpfung entgegen, da sich so Personen gezielt Kontrollen entziehen könnten. Außerdem sei eine Stigmatisierung für die Bewohner des Gebietes

¹⁰⁰ Siehe Ullricht, Tullney, S. 12.

¹⁰¹ Eine solche Norm existiert in Berlin mangels Außengrenzen nicht mehr, siehe aber etwa § 22 Abs.1a BundespolG oder entsprechende Normen in anderen Bundesländern.

bei Veröffentlichung des Gebietes zu befürchten.¹⁰² Diese Argumentation ist insofern nicht stichhaltig, als eine Stigmatisierung ebenso stattfindet, wenn Gebiete in der Presse oder aber ohne genaue Grenzen veröffentlicht werden. Außerdem ist diese Stigmatisierung gerade ja auch der Grund dafür, dass eine gerichtliche Kontrolle über das Ausweisungsverfahren bestehen muss. Dass die Veröffentlichung von Gebieten dazu führt, dass sich Kriminalität gezielt einem Zugriff entzieht, dürfte kriminalistisch nicht als gesichert anzusehen sein. Kriminalitätsentstehung hat vielfältige Gründe¹⁰³, eine Ausrichtung anhand von Kontrollgebieten ist zumindest nicht belegt.

Im Ergebnis ist vor dem Hintergrund der Intensität der Ausweisungsentscheidung und der zuvor skizzierten weitreichenden Auswirkungen eines rein internen Verwaltungsverfahrens eine gesetzliche Regelung zu fordern, die mindestens die Rechtsform der Ausweisungsentscheidung¹⁰⁴, die Zuständigkeit für die Entscheidung und entsprechende öffentlich zugängliche Verfahrensvorschriften festlegt. Details des Verfahrens, wie etwa örtliche oder zeitliche Vorgaben oder eine Dokumentationspflicht werden eher Verfahrensvorschriften als dem Gesetz vorzubehalten sein, da sonst der Exekutive keinerlei an den tatsächlichen Gegebenheiten auszurichtender Spielraum mehr zukommt. Solange das Verfahren einer gerichtlichen Kontrolle zugänglich ist, sind Mängel

¹⁰² Siehe VG Berlin, Beschluss vom 10.10.2012, VG 27 L 180.12, I. ; Noch aus VG Berlin und aus den parlamentarischen Anfragen.

¹⁰³ So im Zusammenhang mit Videoüberwachung der VGH Mannheim, Urteil vom 21.07.2003, 1 S 377/02, juris, Rn. 49, wo es heißt, dass mindestens gesicherte Informationen, dass die Maßnahme eine Verdrängung von Kriminalität bewirke, nicht vorlägen.

¹⁰⁴ Dies bedeutet nicht, dass die Gebietsausweisung zwingend durch eine Rechtsnorm zu erfolgen hat, diese kann etwa auch durch einen Verwaltungsakt in Form einer Allgemeinverfügung erfolgen, siehe auch Caspar, Menzel, S. 9, muss jedoch dem rein internen Verwaltungsverfahren entzogen werden, damit Transparenz und rechtliche Überprüfbarkeit gewährleistet sind.

des Verfahrens jedoch tatsächlich voll überprüfbar und dem Wesentlichkeitserfordernis ist damit Genüge getan.

An der Verfassungsmäßigkeit der bestehenden gesetzlichen Regelung bestehen vor dem Hintergrund des Vorgesagten ernsthafte Zweifel.

2. Gebot der Normenklarheit und – bestimmtheit

Das rechtsstaatliche Gebot hinreichender Bestimmtheit des Gesetzes zwingt den Gesetzgeber nicht, Gesetzestatbestände stets mit genau erfassbaren Maßstäben und Merkmalen zu umschreiben. Die Vorschriften brauchen nur so bestimmt zu sein, wie dies nach der Eigenart der zu regelnden Sachverhalte mit Rücksicht auf den Normzweck möglich ist. Die Auslegungsbedürftigkeit einer Norm steht ihrer Bestimmtheit nicht entgegen. Es genügt, dass die Betroffenen die Rechtslage so konkret erkennen können, dass sie ihr Verhalten danach einrichten können.¹⁰⁵ Das aus dem Rechtsstaatsprinzip folgende Bestimmtheitsgebot schließt die Verwendung unbestimmter Rechtsbegriffe nicht aus, der Gesetzgeber ist aber gehalten, seine Regelungen so bestimmt zu fassen, wie dies nach der Eigenart der zu ordnenden Lebenssachverhalte und mit Rücksicht auf den Normzweck möglich ist.¹⁰⁶ Die Anforderungen an die Normenklarheit sind dann erhöht, wenn die Unsicherheit bei der Beurteilung der Gesetzeslage die Betätigung von Grundrechten erschwert.¹⁰⁷ Das verfassungsrechtliche Gebot der Normenklarheit und bestimmtheit soll sicherstellen, dass die Exekutive für ihr Verhalten begrenzende Handlungsmaßstäbe im

Gesetz vorfindet.¹⁰⁸ Die Entscheidung über die Grenzen der Freiheit der Rechtsunterworfenen darf nicht einseitig in das Ermessen der Exekutive gestellt sein.¹⁰⁹ Vielmehr sollen sich die Menschen auf mögliche belastende Maßnahmen einstellen können.¹¹⁰ Dies setzt voraus, dass hinreichend klare Maßstäbe bereitgestellt werden, um rechtmäßiges Handeln des Staates zu sichern und dadurch auch die Freiheit der Menschen zu schützen.¹¹¹ Dazu müssen der Anlass, der Inhalt, der Zweck und die Grenzen des Eingriffs in der Ermächtigung grundsätzlich bereichsspezifisch und präzise festgelegt werden.¹¹² Die Normenbestimmtheit und die Normenklarheit sollen ferner die Gerichte in die Lage versetzen, die Exekutive anhand rechtlicher Maßstäbe zu kontrollieren.¹¹³

Grundsätzlich ist es unter der Geltung des Grundsatzes der Normbestimmtheit zulässig, die Identitätskontrolle über das Risiko des Bestehens von „Straftaten von erheblicher Bedeutung“ zu knüpfen. Das Tatbestandsmerkmal der Straftaten von erheblicher Bedeutung wird in der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts als hinreichend bestimmt erachtet.¹¹⁴ Fraglich ist insofern nur, inwieweit die Anknüp-

108 BVerfG, Beschluss vom 13.06.2007, 1 BvR 1550/03, 1 BvR 2357/04, 1 BvR 603/05, Rn. 94 f.

109 BVerfG, Beschluss vom 13.06.2007, 1 BvR 1550/03, 1 BvR 2357/04, 1 BvR 603/05, Rn. 95, mit Hinweis auf BVerfGE 78, 214, 226.

110 BVerfG, Beschluss vom 13.06.2007, 1 BvR 1550/03, 1 BvR 2357/04, 1 BvR 603/05, Rn. 94, mit Hinweisen auf BVerfGE 110, 33, 52 ff.; 113, 348, 375 ff..

111 BVerfG, Beschluss vom 13.06.2007, 1 BvR 1550/03, 1 BvR 2357/04, 1 BvR 603/05, Rn. 95, mit Hinweis auf BVerfGE 113, 348, 376.

112 BVerfG, Beschluss vom 13.06.2007, 1 BvR 1550/03, 1 BvR 2357/04, 1 BvR 603/05, Rn. 94 f., mit Hinweisen auf BVerfGE 100, 313, 359 f., 372; 110, 33 (53 f.); 113, 348, 375.

113 BVerfG, Beschluss vom 13.06.2007, 1 BvR 1550/03, 1 BvR 2357/04, 1 BvR 603/05, Rn. 94 f., mit Hinweisen auf BVerfGE 110, 33, 54 f.; 113, 348, 376 f..

114 BVerfGE 107,200,321;BVerfGE, Beschluss vom 3. März 2004, 1 BvF 3/92, Rn. 139.

105 BVerfGE 84, 133; Schmidt-Bleibtreu, Hofmann, Henneke, Rn. 51.

106 Schmidt-Bleibtreu, Hofmann Henneke, Rn. 51 ff.; siehe auch BVerfGE 45, 400 ,420; 58, 257 ,278; 62, 169, 183; 83, 130,145.

107 BVerfGE 62, 169, 183; 83, 130, 145.

fung an „einen Ort...von dem Tatsachen die Annahme rechtfertigen“ dem Bestimmtheitserfordernis entsprechen.

Das Obergerverwaltungsgericht Hamburg hat in Bezug auf § 4 Abs.2 PolDVG Hamburg a.F. festgestellt, dass diese Norm nicht dem Bestimmtheitsgrundsatz gerecht werde.

Der Einschätzung des OVH Hamburg lag zunächst zugrunde, dass bei einer erheblichen Eingriffsintensität besondere Anforderungen an die inhaltliche Bestimmtheit und Klarheit der Befugnisnormen für die Identitätsfeststellung zu stellen sei.¹¹⁵ Die Norm müsse deshalb, um den strengen Bestimmtheitsanforderungen zu entsprechen, den Ausweisungsanlass, sowie die zeitlichen Grenzen der Ausweisungsentscheidung enthalten.

Wie bereits festgestellt (siehe oben 1.) unterscheidet sich die Hamburger Norm insofern von der Berliner Norm, als erstere auf das Vorliegen polizeilicher Einschätzungen und Wertungen (Lageerkenntnisse) abstellt, die Berliner Regelung aber auf das Vorliegen von Tatsachen. Zu Recht ist deshalb eingewandt worden, dass die in Bezug auf das Merkmal der Lageerkenntnisse festgestellte Bestimmtheitsproblematik nicht auf das Merkmal der „Tatsachen“ übertragbar ist.¹¹⁶

Die Gesetzesfassung des § 21 Abs.2 Nr.2 ASOG zeichnet sich, wie bereits unter 1. dargestellt, eher durch das gänzliche Fehlen gesetzlicher Bestimmungen im Hinblick auf das Ausweisungsverfahren aus. Der Ausweisungsanlass erscheint in der Berliner Gesetzesfassung jedoch hinreichend geklärt, da dieser darin besteht, dass ein sogenannter kriminalitätsbelasteter Ort anhand von konkreten Tatsachen ausgewiesen worden ist. Bei Vorliegen von transparenten Verfahrensvorschriften für

die Ausweisungsentscheidung, einer Dokumentation des Verfahrens und einer Veröffentlichung der kriminalitätsbelasteten Orte (sowie deren genaue Grenzen) und schließlich einer entsprechenden gerichtlichen Überprüfbarkeit, ist die Regel unter Bestimmtheitskriterien nicht zu beanstanden. Eine zeitliche und örtliche Beschränkung müsste dann etwa im Rahmen der Ausweisungsentscheidung erwogen worden sein und wäre gerichtlich überprüfbar.

3. Verhältnismäßigkeit des Eingriffs

Der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit verlangt, dass der Staat mit dem Grundrechtseingriff einen legitimen Zweck mit geeigneten, erforderlichen und angemessenen Mitteln verfolgt.¹¹⁷ Intensive Grundrechtseingriffe sollen erst von bestimmten Verdachts- oder Gefahrenstufen an vorgesehen sein.¹¹⁸

Mit dem Zweck der Regelung der vorbeugenden Bekämpfung von Straftaten und der Abschreckung vor der Begehung von Straftaten, verfolgt der Gesetzgeber ein legitimes Anliegen des Gemeinwohls.¹¹⁹ Bei seiner Geeignetheitsprognose steht dem Gesetzgeber ein Einschätzungs- und Gestaltungsspielraum zu, der erst überschritten ist, wenn sich die vorgesehene Maßnahmen als objektiv oder evident untauglich erweisen.¹²⁰ Ob mit der Ausweisung von kriminalitätsbelasteten Orten aber tatsächlich das ursprüngliche gesetzgeberische Ziel verfolgt wird, wird angezweifelt. Es wird kritisiert, dass sozialräumlichen Gestaltungsmöglichkeiten auf Grundlage der Rechtskonstruktion

117 Siehe dazu beispielsweise BVerfG, Beschluss vom 4. April 2006, 1 BvR 518/02, Ziffer 82, m. w. N.

118 Vgl. BVerfGE 100, 313 383; 109, 279, 350.

119 Vgl. BVerfGE 100, 313, 388; VerfGM-V. Urteil vom 21.10.1999, 2/98, Rn. 81.

120 Vgl. BVerfG, Urt. v. 3.3.2004, 1 BvR 2378/98, BVerfGE 109, 279, juris, Rn. 209 ff., BVerfGE 100, 313, 373; 90, 145, 172; 47, 109, 117.

115 OVG Hamburg, Urteil vom 13.05.2015, 4 Bf 226/12, II., justiz.hamburg.de.

116 Siehe VG Berlin, Urteil vom 15.09.2017, 1 K 229.16, juris, Rn. 19.

des § 21 Abs.2 ASOG mittlerweile zur Erreichung unterschiedlicher stadtplanerischer, ordnungs- und kriminalpolitischer Ziele eingesetzt würden: diese würden der Umgestaltung und insbesondere der Aufwertung städtischer Räume dienen, weiter dem Migrationsmanagement oder der Befriedung politischer Dissidenz und Durchsetzung hegemonialer Ordnungsvorstellungen¹²¹. Politische Interessen, das „subjektive Sicherheitsgefühl“ der Bürger – oder einiger Bürger – zu befriedigen, sind ebenfalls als mögliches Interesse bei der Gesetzgebung genannt worden.¹²²

Tatsächlich gibt es allerdings keinen Nachweis, dass dies in den Ausweisungsentscheidungen oder bei den konkreten Maßnahmen das primäre Ziel ist, wobei natürlich die Intransparenz des Ausweisungsverfahrens zu den Unsicherheiten bei der Zielbestimmung maßgeblich beiträgt. Teilweise mögen sich verschiedene Ziele auch vermischen oder ergänzen. Vor dem Hintergrund der zuvor zitierten Rechtsprechung des Bundesverfassungsgericht kann entsprechend von einer Ungeeignetheit nicht ausgegangen werden. Soweit jedoch eine gerichtliche Überprüfung der Ausweisungsentscheidung möglich würde, könnte die tatsächliche Zielsetzung im Einzelfall überprüft werden.

Auch wenn der Nachweis, dass das Gesetz zur Erreichung des Gesetzeszwecks ungeeignet wäre, nicht geführt werden kann, so kann umgekehrt auch der Nachweis der Geeignetheit nicht geführt werden. Eine konkrete Belegbarkeit dessen, dass anlasslose Kontrollen effektiv dem Gesetzeszweck der vorbeugenden Bekämpfung von Strafbarkeit dienen, gibt es nicht. Im Hinblick auf anlasslose Kontrollen im Rahmen der sogenannten Schleierfahndung ist aber anhand vorhandener

polizeilicher Daten festgestellt worden, dass es höchst zweifelhaft sei, dass die damit intendierten größeren Erfolge bei der Verbrechensbekämpfung eintreten.¹²³ Auch zur Erfolgsrate anlassunabhängiger Kontrollen gibt es kritische Stimmen.¹²⁴

Es ist festgestellt worden, dass – soweit Statistiken überhaupt verfügbar sind – die Ergebnisse abhängig von Art und Ort der Kontrollen, sowie der verfolgten Ziele der Maßnahmen stark variieren, insgesamt aber trotzdem feststellbar sei, dass die Erfolgsquoten sehr gering seien.¹²⁵

Die Polizeibehörde erhebt selbst entsprechende Daten nicht. So heißt es etwa in einer parlamentarischen Anfrage auf die Frage: „Was haben die Sonderbefugnisse der Berliner Polizei den jeweiligen kriminalitätsbelasteten Orten für die Aufgabenerfüllung nach § 1 ASOG insbesondere für die Gefahrenabwehr und die Strafverfolgung konkret gebracht und wurde die Effektivität der Maßnahmen evaluiert und wenn ja wann, wie und mit welchem Ergebnis?“ Antwort: „Inwieweit konkrete Straftaten durch polizeiliche Maßnahmen verhindert werden können, ist naturgemäß statistisch nicht erfassbar. Die an den einzelnen kriminalitätsbelasteten Orten jeweils getroffenen Maßnahmen unterliegen einer regelmäßigen Wirkungskontrolle und finden ihre Niederschrift in den jeweiligen Lageberichten, die der VS Anweisung für das Land Berlin unterliegen.“¹²⁶ In einer weiteren Anfrage heißt es auf die Frage: „Wie viele Straftaten und Verbrechen konnten in den Jahren seit 2010 nachweislich auf Grundlage bzw. mithilfe der erweiterten polizeilichen Eingriffsbefugnisse an den „kriminalitätsbelasteten Orten“

123 Siehe Herrnkind, Personenkontrollen und Schleierfahndung, S. 188, 202 ff.

124 Siehe Ernst, NVwZ 2014, 633, 637; siehe auch Waechter, DÖV 1999, 131 f.

125 Siehe dazu Graf, Verdachts- und ereignisunabhängige Personenkontrollen, S. 117 f.

126 Schriftliche Anfrage des Abgeordneten Christoph Lauer (Piraten) (Lauer) vom 24.09.2015, unter 4.

121 Ullrich, Tullney, S. 2 f.

122 Landtag Baden-Württemberg, 12. Wahlperiode, Protokoll über die 6. Sitzung vom 27. Juni 1996, S. 132.

aufgeklärt und/oder verhindert werden und wie bewertet der Senat angesichts dessen die Effektivität dieser Sonderbefugnisse der Polizei zur Kriminalitätsbekämpfung?“ Antwort: „Angaben zur Verhinderung von Straftaten können nicht erhoben werden. Eine statistische Effektivitätsprüfung ist hier nicht möglich“.¹²⁷

Dies führt zwar, wenn man voraussetzt, dass der gesetzgeberische Gestaltungsspielraum erst überschritten ist, wenn sich die vorgesehene Maßnahme als objektiv untauglich erweist, nicht dazu, dass die Geeignetheit in Frage steht. Es wird jedoch die Notwendigkeit von polizeilichen und wissenschaftlichen Erhebungen zu dieser Frage deutlich, will man die Frage der Geeignetheit angemessen beurteilen. Dies ist nach derzeitiger Datenlage nicht möglich.

Hinsichtlich der Erforderlichkeit der Norm ist mittlerweile anerkannt, dass eine polizeirechtliche Norm als milderer Mittel nicht zwangsläufig nur Störer in Anspruch nehmen muss¹²⁸, auch wenn dies wie bereits beschrieben zunächst einen Paradigmenwechsel im Polizeirecht darstellte.

Im Rahmen der Verhältnismäßigkeit ist schließlich auch zu prüfen, inwieweit bei einer Gesamtabwägung zwischen der Schwere des Eingriffs und dem Gewicht und der Dringlichkeit der ihn rechtfertigenden Gründe die Grenze der Zumutbarkeit gewahrt ist (Angemessenheit).¹²⁹ Es ist auch ein Gebot der Angemessenheit, Betroffene von der Auswei-

127 Schriftliche Anfrage des Abgeordneten Christoph Lauer (Piraten), Abgeordnetenhaus Berlin, vom 29. August 2014, Drucksache 17/ 14496, <https://kleineanfragen.de/berlin/17/14496-gerissen-gefaehrlich-und-geheim-kriminalitaetsbelastete-orte-in-berlin-ii>.

128 Siehe beispielsweise OVG Hamburg, Urteil vom 13.05.2015, 4 Bf 226/12., II., 2.,a), justiz.hamburg.de.

129 BVerfGE 113, 167, 260; 118, 168, 195.

sung eines Gebiets so zu informieren, dass diese sich darauf einstellen können und diesen angemessenen Rechtsschutz zur Überprüfung der sie betreffenden Normen zu gewähren. Die fehlende Transparenz einer Regelung zur Gebietsausweisung und die mangelnden Möglichkeiten rechtlicher Angreifbarkeit stellen deshalb auch im Rahmen der Bewertung der Verhältnismäßigkeit einen relevanten Faktor dar.

Defizite bei der Bestimmtheit und Klarheit der Norm wirken sich regelmäßig auch auf die Beachtung des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes aus. Je ungenauer die Anforderungen an eine tatsächliche Ausgangslage gesetzlich beschrieben werden, desto schwerer fällt die Beurteilung der Eignung und Erforderlichkeit sowie der Angemessenheit einer Überwachungsmaßnahme.¹³⁰ Vorliegend sind daher die zuvor aufgeführten Mängel grundsätzlich auch im Rahmen der Prüfung der Angemessenheit relevant. Im Rahmen der Verhältnismäßigkeit im engeren Sinne, die eine angemessene Balance zwischen Sicherheit und Freiheit erfordert, ist weiter erneut auf die Frage der Intensität des Eingriffs zu verweisen. Das Gebot der Verhältnismäßigkeit im engeren Sinne verlangt, dass die Schwere des Eingriffs bei einer Gesamtabwägung nicht außer Verhältnis zu dem Gewicht der ihn rechtfertigenden Gründe stehen darf. Die Prüfung an diesem Maßstab kann zur Folge haben, dass ein an sich geeignetes und erforderliches Mittel des Rechtsgüterschutzes nicht angewandt werden darf, weil die davon ausgehenden Grundrechtsbeeinträchtigungen den Zuwachs an Rechtsgüterschutz derart überwiegen, dass der Einsatz des Schutzmittels als außer Verhältnis erscheint.¹³¹ Dem bereits konstatierten erheblichen Eingriff steht auch hier eine unbekannte Position gegenüber. Soweit nicht konkret belegbar ist, welchen konkreten Nutzen anlasslose Kontrollen haben, lässt sich eine sinnvolle Güterabwägung

130 BVerfG, Beschluss vom 3. März 2004, 1 BvF 3 /92, Rn. 107; Urteil vom 27. Juli 2005, 1 BvR 668/04, Rn. 149 f.

131 BVerfG, Beschluss vom 4. April 2006, 1 BvR 518/02, Ziffer 88, m. w. N.

nicht vornehmen.

Die Bestimmtheit und Verhältnismäßigkeit der übrigen Norm, insbesondere von § 21 Abs.2, 1. a), bb) der Norm wird im Folgenden vorrangig unter dem Aspekt von Artikel 3 zu prüfen sein. Im Übrigen ergeben sich keine weiteren Zweifel an der Verfassungsmäßigkeit, wenn man für § 21 Abs.2, 1. b) die unter B. dargestellte einschränkende Auslegung annimmt.

In Bezug auf Folgemaßnahmen, konkret auf die Datenspeicherung der im Zuge von Identitätsfeststellungen erhobenen Daten, ist im Hinblick auf die Hamburger Regelung kritisiert worden, dass mit Blick auf den Verhältnismäßigkeitsgrundsatz diese kritisch zu bewerten sei. Identitätsfeststellungen, bei denen der Einzelne nachweislich ohne hinreichenden Zurechnungszusammenhang betroffen ist, hätten ihren Zweck grundsätzlich erfüllt. Dass jemand in einem Gefahrengebiet kontrolliert werde, lasse keine Aussage über das möglicherweise rechtswidrige Verhalten einer Person zu. Die Speicherung der personenbezogenen Identitätsdaten der Betroffenen für die Aufgabenerfüllung sei daher vom Verhältnismäßigkeitsgrundsatz jedenfalls bei unbeteiligten Personen, gegen die sich nach der Identitätsfeststellung und gegebenenfalls der Inaugenscheinnahme mitgeführter Gegenstände keinerlei Anlass zu polizeilichen oder strafprozessualen Maßnahmen ergibt, nicht gedeckt.¹³²

Die Berliner Regelung des § 42 ASOG sieht in Abs.1 lediglich eine zeitlich befristete Dokumentation vor, Abs.2 schränkt die Datennutzung insofern ein, als nur zu dem Zweck gespeichert werden darf, zu dem die Daten erlangt worden sind. Damit stellt sich letztlich wohl eher die Frage der tatsächlichen Einhaltung dieser Vorgaben, als der

grundsätzlichen Verfassungswidrigkeit der Speicherung.

ZWISCHENFAZIT

Es ist damit im Ergebnis festzustellen, dass die derzeitige Gesetzesfassung, welche keinerlei Maßgabe zu Zuständigkeit und Ausgestaltung des Ausweisungsverfahrens enthält, vor dem Hintergrund des informationellen Selbstbestimmungsrechts und der Wesentlichkeitsgarantie als verfassungsrechtlich bedenklich anzusehen ist. Davon ist mittelbar auch die Rechtsweggarantie betroffen, weil durch die derzeitige Ausgestaltung des Ausweisungsverfahrens als rein interner Verwaltungsvorgang dieser nicht gerichtlich überprüfbar ist. Und auch der eingreifende polizeiliche Verwaltungsakt in Form der Identitätsfeststellung ist ohne eine Verpflichtung zur umfassenden Dokumentation entgegen der derzeitigen Auffassung gerade nicht voll rechtlich überprüfbar.

¹³² Siehe Caspar, Menzel, S. 15, vgl. wohl auch VG HH, Urteil vom 02.10.2012, 5 K 1236/11, juris, Rn. 100.

RECHTSGUTACHTEN ZU § 21 ABS. 2 NR. 1 BUCHST. A ASOG BLN

NORMTEXT: § 21 Abs. 2 Nr. 1 Buchst. a Doppelbuchst. bb ASOG Bln

(2) Die Polizei kann ferner die Identität einer Person feststellen,

1. wenn die Person sich an einem Ort aufhält,

a) von dem Tatsachen die Annahme rechtfertigen, dass

- aa) dort Personen Straftaten von erheblicher Bedeutung verabreden, vorbereiten oder verüben,*
- bb) sich dort Personen treffen, die gegen aufenthaltsrechtliche Strafvorschriften verstoßen,*
- cc) sich dort gesuchte Straftäter verbergen, [...]*

I. Gesetzgebungskompetenz des Landesgesetzgebers

II. Informationelles Selbstbestimmungsrecht

III. Gleichheitssatz, Diskriminierungsverbot und völkerrechtlicher Diskriminierungsschutz: Art. 3 Abs. 1 i.V.m. Abs. 3 S. 1 GG

I. Gesetzgebungskompetenz des Landesgesetzgebers

Es bestehen schon erhebliche Zweifel, ob die Befugnis zur Durchführung verdachtsunabhängiger Identitätsfeststellungen an Orten, von denen Tatsachen die Annahme rechtfertigen, dass sich dort Personen treffen, die gegen aufenthaltsrechtliche Strafvorschriften verstoßen, gem. § 21 Abs. 2 Nr. 1 Buchst. a Doppelbuchst. bb ASOG Bln in die Gesetzgebungskompetenz des Landesgesetzgebers von Berlin fällt. Die Norm weicht insofern – wohl aus Verhältnismäßigkeitsgründen – von § 9 Abs. 1 Nr. 2 Buchst. a Doppelbuchst. bb des Musterentwurfs des Polizeigesetzes von 1977 ab, der die Identitätsfeststellung einer Person erlaubt, die sich „an einem Ort aufhält, von dem aufgrund

tatsächlicher Anhaltspunkte erfahrungsgemäß anzunehmen ist, dass dort sich Personen ohne erforderliche Aufenthaltserlaubnis treffen“. Während es im Musterentwurf erkennbar um die Bekämpfung der illegalen Zuwanderung mit präventiver Zielrichtung geht, wird in § 21 Abs. 2 Nr. 1 Buchst. a Doppelbuchst. bb ASOG Bln eher auf die Verfolgung aufenthaltsrechtlicher Straftaten abgestellt. Mit der Klärung der Identität der an bestimmten Orten anzutreffenden Personen sollen Verdachtsmomente auf strafbare Verstöße gegen Einreise- und Aufenthaltsbestimmungen gewonnen werden, womit die Befugnisnorm in einem der Beobachtung strafbaren Verhaltens weitgehend entzogenen Kriminalitätsbereich zur Effektivierung der Strafverfolgung beitragen soll.

Die Gesetzgebungskompetenz zur Regelung des Strafverfahrens und – als dessen Voraussetzung – für den Erlass gesetzlicher Bestimmungen zur Strafverfolgung fällt indes gem. Art. 74 Abs. 1 Nr. 1 GG in die Gesetzgebungskompetenz des Bundes. Eine generalpräventive Wirkung dürfte der Befugnisnorm kaum zukommen. Dass der Landesgesetzgeber eines Stadtstaates wie Berlin – anders als derjenige eines Flächenlandes mit Bundesgrenze, die ohne die erforderliche Erlaubnis zu überqueren durch entsprechende Kontrollbefugnisse der Polizei abgeschreckt werden soll – bestimmte Orte zu No-Go-Areas für Personen ohne Aufenthaltsberechtigung machen will, ist schlichtweg nicht vorstellbar. Es würde sich schon nicht erschließen, warum sich ein entsprechender Abschreckungseffekt nur auf bestimmte Orte beziehen sollte und nicht auf das gesamte Stadtgebiet. Vielmehr zeigt eine systematisch-teleologische Auslegung, dass es darum geht, die Eingriffsschwellen für Identitätsfeststellungen an solchen Orten abzusenken, an denen sich erfahrungsgemäß Personen treffen, die über eine im Einzelfall erforderlichen Aufenthaltsberechtigung nicht verfügen oder gegen räumliche Beschränkungen verstoßen und deswegen gegen Strafbestimmungen des § 95 AufenthG verstoßen. Hier dürfte es also primär um die Aufdeckung von aufenthaltsrechtlichen Strafta-

ten und deren Verfolgung sowie die Sicherung von Verfahrenshandlungen nach dem AufenthG oder dem AsylG gehen.

Während letztere gem. § 1 Abs. 3 ASOG Bln der vorbeugenden Bekämpfung von Straftaten dienen, wozu primär die Verhinderung bzw. Verhütung künftiger Straftaten gehört und lediglich untergeordnet auch die – grundsätzlich gem. Art. 74 Abs. 1 Nr. 1 GG in die Gesetzgebungskompetenz des Bundes fallende – Vorsorge für die Verfolgung von Straftaten, setzt die Befugnis zur Durchführung anlass-unabhängiger Identitätsfeststellungen an migrationskriminalitätsbelasteten Orten (Doppelbuchst. bb) Treffpunkte von Personen voraus, die gegen aufenthaltsrechtliche Strafvorschriften verstoßen. Damit setzt die Befugnis bereits am Vorliegen von Straftaten an, die bereits bei der Einreise oder beim Verlassen des zugewiesenen Aufenthaltskreises verwirklicht wurden. Die Feststellung von Verstößen gegen aufenthaltsrechtliche Vorschriften kann somit durch derartige Kontrollen objektiv nicht verhindert, sondern nur festgestellt und verfolgt werden. Der Befugnis fehlt somit jeder generalpräventive Charakter, weswegen es sich bei § 21 Abs. 2 Nr. 1 Buchst. a Doppelbuchst. bb ASOG Bln um eine Strafverfolgungsbefugnis handelt, für die der Landesgesetzgeber keine Gesetzgebungskompetenz hat.

Das Bundesverfassungsgericht (BVerfG) zieht gegenüber der als Gefahrenabwehr in den Kompetenzbereich des Landesgesetzgebers fallenden Regelungsbefugnis von Maßnahmen zur Verhütung künftiger Straftaten die Trennlinie zur Gesetzgebungsbefugnis des Bundesgesetzgebers dort, wo die Vorsorge für die Verfolgung von Straftaten von ihrer Verhütung getrennt und damit zu einem „eigenständigen Tatbestandsmerkmal“ gemacht wird und zu Maßnahmen auch dann ermächtigen soll, „wenn die Verhütung einer Straftat nicht oder nicht mehr im Raum steht.“¹³³ Auch in der Rechtsprechung der Landesverfassungs-

¹³³ BVerfGE 113, 348, 368 ff. (Zitat: 370).

gerichte wird den Landesgesetzgebern ein eigener Gestaltungsspielraum für die Weiterverwendung von Daten für Strafverfolgungszwecke nur dort eingeräumt, wo die Befugnis zur Datenerhebung zugleich bzw. vordergründig präventive, also der straftatenverhindernde Zwecke verfolgt.¹³⁴ Hierfür ist aus den vorgenannten Gründen nichts ersichtlich.

Als präventive Zweckrichtung aufenthaltsstrafrechtlich motivierter Identitätsfeststellungen kommt allenfalls die Effektivität der Bekämpfung illegaler Zuwanderung als solche sowie die Sicherung des aufenthalts- oder asylrechtlicher Verfahrens in Betracht. Jedenfalls letztere fallen aber gem. Art. 73 Abs. 1 Nr. 2 und 3 sowie Art. 74 Abs. 1 Nr. 4 und 4 GG auch in die Gesetzgebungskompetenz des Bundes, haben gegenüber der Strafverfolgung eine untergeordnete Funktion und sind bereits durch andere Befugnisnormen (z.B. § 48, 49 AufenthG) hinreichend, also abschließend geregelt, so dass für eine landesgesetzliche Regelung kein Raum ist.¹³⁵

II. Informationelles Selbstbestimmungsrecht

[...]

III. Verstöße gegen Gleichheitsrechte und Diskriminierungsverbote

Oben wurde festgestellt, dass die Eingriffsgrundlage des § 21 Abs. 2 Nr. 1 Buchst. a ASOG Bln im Lichte des Rechts auf informationellen Selbstbestimmung gem. Art. 2 Abs. 1 i.V.m. Art. 1 Abs. 1 GG

¹³⁴ Thüringer Verfassungsgerichtshof: ThürVerfGH, Beschluss vom 05.12.2008, Az. VerfGH 26/08 und 34/08: 12 sowie Urteil vom 21.11.2012, Az. VerfGH 19/09: 29f. der Beschlussausfertigung; Landesverfassungsgericht Sachsen-Anhalt, Urteil v. 11.11.2014, Az. LVG 9/13, S. 27 ff.; vgl. auch BVerfGE 113, 348 (367); 109, 190 (215).

¹³⁵ Die Bundesländer Bremen (§ 11 Abs. 1 Nr. 2 BremPolG), Saarland (§ 9 Abs. 1 Nr. 2 Buchst. a SPoIG), Sachsen-Anhalt (§ 20 Abs. 2 Nr. 1 SOG LSA) und Schleswig-Holstein (§ 181 Abs. 1 Nr. 1 LVwG) haben auf eine entsprechende Regelung verzichtet oder diese gestrichen.

verfassungsrechtlich bedenklich ist, weil sie den Anforderungen des Gesetzesvorbehalts nicht genügt. Im Folgenden wird gezeigt, dass – am Maßstab des Gleichheitssatzes von Art. 3 Abs. 1 GG in seiner durch das Diskriminierungsverbot des Art. 3 Abs. 3 Satz 1 GG gebotenen Ausprägung gemessen (1.) – dem Regelungskonzept verdachtsunabhängiger Kontrollen zur Verfolgung migrationsrechtlicher Straftatbestände (2.) eine mittelbare Diskriminierung aufgrund der einer tatbestandlichen Anknüpfung entzogenen Kategorie der Rasse zugrunde liegt (3.) und die Anwendung der Befugnisnorm unvermeidbar zur Stigmatisierung von Minderheiten und zu Kriminalisierungseffekten innerhalb der Mehrheitsgesellschaft führt (4.), was Zweifel am Bestehen einer verfassungsrechtlichen Rechtfertigung für die Eingriffsgrundlage begründet (5.), den völkerrechtlichen Verpflichtungen der Bundesrepublik zuwider läuft (6.) und europarechtliche Probleme aufwirft (7.).

1. Verfassungsrechtlicher Bewertungsmaßstab

1.1 Verfassungsrechtliche Anforderungen des Gleichheitssatzes

Der in Art. 3 Abs. 1 GG verbürgte allgemeine Gleichheitssatz gebietet, alle Menschen vor dem Gesetz gleich zu behandeln. In seiner Ausprägung als Rechtsanwendungsgleichheit gebietet dies die gleiche Anwendung des Gesetzes. Dem geht über die in Art. 1 Abs. 3 GG auch für den Gesetzgeber angeordnete Bindung an die Grundrechte das Gebot der Rechtsetzungsgleichheit voraus, die Gleichheit des Gesetzes erfordert und jegliches Sonderrecht verbietet, das bestimmte Gegebenheiten zum Anknüpfungspunkt für Bevorzugungen oder Benachteiligungen macht.¹³⁶ Dem Gesetzgeber obliegt es somit, wesentlich Gleiches gleich und wesentlich Ungleiches ungleich zu behan-

¹³⁶ Kingreen/Poscher (Pieroth/Schlink), Grundrechte, Staatsrecht II (32. Aufl.), Rn. 482.

deln (sog. Willkürverbot).¹³⁷ Im Umkehrschluss ist es ihm untersagt, gleiche Sachverhalte oder Personengruppen ungleich und ungleiche Sachverhalte oder Personengruppen gleich zu behandeln.¹³⁸ Konkret liegt nach der Willkürformel ein Gleichheitsverstoß vor, „wenn sich ein vernünftiger, sich aus der Natur der Sache ergebender oder sonst wie sachlich einleuchtender Grund für die gesetzliche Differenzierung oder Gleichbehandlung nicht finden lässt“¹³⁹. Bei der Willkürformel kommt es demnach darauf an, ob eine gesetzliche Regelung evident unsachlich ungleich oder gleich behandelt.¹⁴⁰

Die Willkürformel ist durch die strengere sogenannte neue Formel ergänzt worden. Danach ist Art. 3 Abs. 1 GG dann verletzt, wenn eine Gruppe von Normadressaten oder Normbetroffenen im Vergleich zu einer anderen Gruppe anders behandelt wird, obwohl zwischen beiden Gruppen keine Unterschiede von solcher Art und solchem Gewicht bestehen, dass sie die unterschiedliche Behandlung sachlich rechtfertigen können.¹⁴¹ Nach der neuen Formel liegt also ein Verstoß vor, wenn „für eine Ungleichbehandlung kein in angemessenem Verhältnis zu dem Grad der Ungleichbehandlung stehender Rechtfertigungsgrund“ zu finden ist.¹⁴² Das gilt sowohl für ungleiche Belastungen als auch für ungleiche Begünstigungen.¹⁴³

Zwar verwehrt Art. 3 Abs. 1 GG dem Gesetzgeber nicht jede Diffe-

¹³⁷ BVerfGE 42, 64, 72; 130, 240, 252 ff. m.w.N.

¹³⁸ Vgl. auch EGMR, Urt. v. 6.4.2000, Nr. 34369/97 – Thlimmenos/Griechenland.

¹³⁹ Erstmalig: BVerfGE 1, 14, 16 und 52.

¹⁴⁰ Nußberger, in Sachs, Art. 3 GG (8. Aufl.), Rdnr. 9.

¹⁴¹ BVerfGE 130, 240, 253.

¹⁴² So klarstellend BVerfGE 102, 68, 87.

¹⁴³ Vgl. BVerfGE 79, 1, 17; 126, 400, 416 m.w.N.; 129, 49, 68; 130, 240, 252 f.

renzung. Sie bedarf jedoch stets der Rechtfertigung durch Sachgründe, die dem Differenzierungsziel und dem Ausmaß der Ungleichbehandlung angemessen sind.¹⁴⁴ Nach der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts ergeben sich aus dem Gleichheitssatz hinsichtlich der verfassungsrechtlichen Anforderungen an den die Ungleichbehandlung tragenden Sachgrund unterschiedliche Grenzen für den Gesetzgeber.¹⁴⁵ Diese können je nach Regelungsgegenstand und Differenzierungsmerkmal von gelockerten auf das Willkürverbot beschränkten Bindungen bis hin zu strengen Verhältnismäßigkeitserfordernissen reichen.¹⁴⁶ Im Bereich der freiheitsbeschränkenden Gesetzgebung unterliegt der Gesetzgeber ohnehin einem strengeren Maßstab als im Bereich der gewährenden Staatstätigkeit, weil sich hier entsprechende Bindungen bereits aus den jeweils betroffenen Freiheitsrechten ergeben.¹⁴⁷

Zudem verschärfen sich die verfassungsrechtlichen Anforderungen, je weniger die Merkmale, an welche die gesetzliche Differenzierung anknüpft, für den Einzelnen verfügbar sind¹⁴⁸ oder je mehr sie sich denen des Art. 3 Abs. 3 GG annähern¹⁴⁹. Insbesondere bei einer Kombination freiheitsbeschränkender Gesetzgebungstätigkeit unter direkter Anknüpfung an oder mittelbarem Rückgriff auf die in Art. 3 Abs. 3 Satz 1 GG vor Diskriminierung besonders geschützten Differenzierungsmerkmale unterliegt die verfassungsrechtliche Zulässigkeit

144 BVerfGE 130, 240, 253 m.w.N.

145 BVerfGE 130, 240, 254.

146 Vgl. BVerfGE 117, 1, 30; 122, 1, 23; 126, 400, 416 m.w.N.; 129, 49, 68.

147 Entsprechendes gilt auch im Bereich der gewährenden Staatstätigkeit, wenn durch die Abgrenzung der begünstigten Personenkreise bspw. die Wahrnehmung oder Verteidigung der Freiheitsrechte von Betroffenen struktureller Exklusion erst ermöglicht wird, vgl. BVerfGE 88, 87, 96; 111, 176, 184; 129, 49, 69.

148 Vgl. BVerfGE 88, 87, 96; 129, 49, 69; 130, 240, 254.

149 Vgl. BVerfGE 88, 87, 96; 124, 199, 220; 129, 49, 69; 130, 240, 254.

einer dementsprechenden gesetzlichen Regelung – auch im Rahmen von Art. 3 Abs. 1 GG – strengen Rechtfertigungsanforderungen, die jenen des Art. 3 Abs. 3 Satz 1 GG entsprechen können.¹⁵⁰

1.2 Diskriminierungsverbote des Art. 3 Abs. 3 S. 1 GG

Im Verhältnis zum allgemeinen Gleichheitssatz in Art. 3 Abs. 1 GG enthält Art. 3 Abs. 3 Satz 1 GG spezielle Diskriminierungsverbote. Danach darf niemand wegen des Geschlechts, der Abstammung, der Rasse, der Sprache, der Heimat und Herkunft, des Glaubens, der religiösen oder politischen Anschauungen benachteiligt oder bevorzugt werden. Die in Art. 3 Abs. 3 Satz 1 GG genannten Merkmale dürfen nicht als Anknüpfungspunkt für eine rechtliche Ungleichbehandlung herangezogen werden. Das gilt auch dann, wenn eine Regelung nicht auf eine in diesem Sinne verbotene Ungleichbehandlung angelegt ist, sondern in erster Linie andere Ziele verfolgt.¹⁵¹

Während die Literatur das in Art. 3 Abs. 3 Satz 1 GG enthaltene „Abwehrrecht gegen Diskriminierung“¹⁵² lange Zeit als ein formales Konzept symmetrischer Gleichheitsvorstellungen und damit im Sinne eines Unterscheidungsverbots betrachtet hat, in dem der Status quo als „Normalität“ grundsätzlich neutral und Diskriminierung nur dann anzunehmen und vorwerfbar sei, wenn sie gravierend, unmittelbar und intendiert ist, werden neuerdings – in Übereinstimmung mit völkerrechtlichen Konventionen (dazu 6.) – die historische Gewachsenheit sozialer Ungleichheit, die strukturellen Dimensionen von Diskriminierung sowie die epistemische Konstruktion des Grundrechts betont und wird Art. 3 Abs. 3 Satz 1 GG ein asymmetrisches Konzept zugrunde

150 Kingreen/ Poscher (a.a. O. Fn. 1), Rn. 496 f.; Baer/Markard, in Mangoldt/Klein/Stark, GG, Band 1, 7. Aufl., Art. 3, Rn. 483.

151 Vgl. nur BVerfGE 85, 191, 206; 121, 241, 254.

152 Baer/Markard, in Mangoldt/Klein/Stark, GG, Band 1, 7. Aufl., Art. 3, Rn. 404 f.

gelegt.¹⁵³ Das Grundrecht zielt danach nicht auf schlichte Unterscheidung, sondern auf spezifisches Unrecht,¹⁵⁴ auf materiell nachteilige Differenzierungen,¹⁵⁵ und ist mithin gegen Diskriminierung gerichtet. Nach dieser asymmetrisch-materiellen Lesart werden schlichte Differenzierungen tatbestandlich dann nicht erfasst, wenn mit ihnen kein Nachteil einhergeht.¹⁵⁶

Eine diskriminierende Benachteiligung im Sinne von Art. 3 Abs. 3 S. 1 GG „setzt eine Schädigung voraus, die eine in Abs. 3 benannte strukturelle gesellschaftliche Ungleichheit aktualisiert“.¹⁵⁷ Dabei kennt das Diskriminierungsverbot keine Bagatellgrenze, es umfasst insbesondere auch alltägliche Formen materieller Schädigung und emotionaler Verletzung, durch die Menschen gesellschaftlich ausgegrenzt und stigmatisiert werden.¹⁵⁸ Für das Vorliegen einer Diskriminierung sind subjektive Absichten oder Motive unerheblich; ebenso, wenn die diskriminierende Entscheidung Teil eines Motivbündels neben anderen, für sich zulässigen Differenzierungsgründen ist.¹⁵⁹ Das Diskriminierungsverbot untersagt sowohl die unmittelbare als auch die mittelbare Diskriminierung. Unmittelbar ist die Benachteiligung, wenn die staatli-

153 Baer/Markard, in Mangoldt/Klein/Stark, GG, Band 1, 7. Aufl., Art. 3, Rn. 418 ff.; vgl. auch den Appell in Tischbirek/Wihl, Verfassungswidrigkeit des „Racial Profiling“, Zugleich ein Beitrag zur Systematik des Art. 3 GG, JZ 2013, S. 219 (222 ff.).

154 Baer/Markard, in Mangoldt/Klein/Stark, GG, Band 1, 7. Aufl., Art. 3, Rn. 404.

155 Dies. a.a.O., Rn. 418.

156 Dies. a.a.O., Rn. 419 mit Verweis auf Art. 23 Abs. 2 der EU-Grundrechtecharta, Art. 157 Abs. 4 AEUV und den verschiedenen sekundärrechtlichen Antidiskriminierungsrichtlinien (z.B. Art. 7 RL 2000/78/EG oder Art. 8 RL 2000/43/EG), Art. 1 Abs. 4 ICERD und Art. 4 Abs. 1 CEDAW.

157 Baer/Markard, in Mangoldt/Klein/Stark, GG, Band 1, 7. Aufl., Art. 3, Rn. 420.

158 Baer/Markard, in Mangoldt/Klein/Stark, GG, Band 1, 7. Aufl., Art. 3, Rn. 420.

159 BVerfGE 89, 276, 289; Baer/Markard, in Mangoldt/Klein/Stark, GG, Band 1, 7. Aufl., Art. 3, Rn. 428.

che Maßnahme direkt an eines der in Art. 3 Abs. 3 Satz 1 GG verpönten Diskriminierungsmerkmale anknüpft (sog. Anknüpfungsverbot);¹⁶⁰ mittelbar ist sie, wenn eine formell und äußerlich neutrale Regelung oder Maßnahme tatsächlich mit Nachteilen einhergeht, die auf ein im Schutzbereich des Art. 3 Abs. 3 Satz 1 GG liegendes Merkmal bezogen sind.¹⁶¹ Die Rechtsfigur der mittelbaren Diskriminierung wurde zur Beweiserleichterung entwickelt, um verdeckte Diskriminierungspraxen zu erfassen. Danach diskriminiert eine neutral gefasste Maßnahme „wegen“ eines in Art. 3 Abs. 3 Satz 1 GG benannten Merkmals jedenfalls dann, wenn sie sich auf die durch ein Merkmal markierten Menschen mehrheitlich oder typischerweise negativ auswirkt.¹⁶²

Eine Diskriminierung liegt demnach vor, wenn eine Person im Vergleich zu einer anderen Person in vergleichbarer Situation ungleich behandelt wird und diese Ungleichbehandlung nicht gerechtfertigt ist.¹⁶³ Wobei Art. 3 Abs. 3 GG ein schrankenloses Grundrecht ist und daher eine Rechtfertigung von Ungleichbehandlungen aufgrund eines der von ihm erfassten Diskriminierungsgründe nur ganz ausnahmsweise und nur aufgrund kollidierenden Verfassungsrechts in Betracht kommt.¹⁶⁴

1.3 Zwischenergebnis zur Maßstabsbildung

Für die grundrechtliche Beurteilung polizeilicher Kontrollbefugnisse unter dem Blickwinkel ihres Diskriminierungspotentials muss Art. 3

160 Zuletzt noch in BVerfGE, 138, 296, Rdnr. 144.

161 Für das Merkmal Geschlecht: BVerfGE 97, 35, 43; 109, 64, 89; EuGH, NJW 1986, S. 3020 - Bilka -; EuGH, NZA 1990, S. 771 - Kowalska -; EuGH, NZA 1994, S. 797 - Enderby -.

162 Baer/Markard, in Mangoldt/Klein/Stark, GG, Band 1, 7. Aufl., Art. 3, Rn. 431.

163 Statt vieler Baer/Markard, in Mangoldt/Klein/Stark, GG, Band 1, 7. Aufl., Art. 3, Rn. 427.

164 BVerfGE 121, 241, 257; Jarass in: Jarass/Pieroth, GG, 14. Aufl., Art. 3, Rn. 134.

GG als Gesamtheit verstanden werden.¹⁶⁵ Der allgemeine Gleichheitssatz des Abs. 1 muss dazu aus der Perspektive der Diskriminierungsverbote in Abs. 3 gelesen werden und auf den Abbau von Hierarchien gerichtet sein, die infolge faktischer personenbezogener Diskriminierungen bestehen.¹⁶⁶ Intendierte direkte oder indirekte Anknüpfungen an ein in Art. 3 Abs. 3 Satz 1 GG verpöntes Diskriminierungsmerkmal („disparate treatment“), die solche Hierarchien verstärken, sind dem Normgeber bereits gem. Art. 3 Abs. 3 Satz 1 GG verboten. Aber auch die Verwendung an sich zulässiger, neutraler Differenzierungsmerkmale kann Stereotype aktivieren, Hierarchisierungen verfestigen und Ausschlüsse für gesellschaftlich marginalisierte Gruppen provozieren („disparate impact“), die den Prüfungsmaßstab des allgemeinen Gleichheitssatzes nach Art. 3 Abs. 1 GG den Anforderungen der Diskriminierungsverbote des Abs. 3 unterwirft. Hieran sind die gesetzlichen Eingriffsbefugnisse des § 21 Abs. 2 Nr. 1 Buchst. a Doppelbuchst. bb ASOG im Hinblick auf die ihnen zugrunde liegenden Differenzierungskriterien und die Auswirkungen der Normanwendung zu messen.

2. Regelungskonzept des § 21 Abs. 2 Nr. 1 Buchst. a ASOG Bln

Die Feststellung der Identität einer Person ist eine der bedeutsamsten polizeilichen Standardmaßnahmen.¹⁶⁷ Sie zieht ihre Bedeutung zum einen aus der Häufigkeit ihrer Anwendung zum anderen daraus, dass sie in den meisten Fällen als vorbereitende oder Anschlussmaßnahme

¹⁶⁵ Tischbirek/Wihl, Verfassungswidrigkeit des „Racial Profiling“, JZ 2013, S. 219 (223).

¹⁶⁶ Dies. ebenda; Baer, Würde oder Gleichheit?, 1995, S. 235 ff.

¹⁶⁷ Rachor, in Liskén/Denninger, Handbuch des Polizeirechts, 5. Aufl. (2012), Teil E, Rn. 319 ff.

für weitere polizeiliche Inanspruchnahmen gewählt wird. § 21 Abs. 2 ASOG Bln erlaubt in Erweiterung des Erfordernis der konkreten Gefahr in Abs. 1 eine Inanspruchnahme von Nichtstörer_innen und Identitätsfeststellungen außerhalb konkreter Gefahrenlagen und ist darüber hinaus im Wege der Verweisung in noch eingriffsintensivere und weiterreichende Standardbefugnisse inkorporiert (Folgeeingriffe).¹⁶⁸ Vom Umfang her umfasst die Identitätsfeststellung alle, aber nur diejenigen Angaben über eine Person, die es ermöglichen, sie von anderen Personen zu unterscheiden und Verwechslungen auszuschließen.¹⁶⁹ Hierzu genügen üblicherweise Familien- und Vornamen sowie Tag und Ort der Geburt. Die Kenntnis der Staatsangehörigkeit¹⁷⁰ oder auch Wohnanschrift des oder der Betroffenen gehört – anders als im strafrechtlichen Ermittlungsverfahren – regelmäßig nicht zu den für eine Identitätsfeststellung erforderlichen Daten.¹⁷¹ Daher wird vertreten, dass die Frage nach der Staatsangehörigkeit im Rahmen einer präventiven Identitätsfeststellung nach § 21 ASOG Bln nur zulässig ist, wenn die Voraussetzungen des § 16 ASOG Bln (Inanspruchnahme von

¹⁶⁸ Vgl. § 34 Abs. 2 Nr. 2 ASOG Bln (Durchsuchung von Personen), § 35 Abs. 2 Nr. 2 ASOG Bln (Durchsuchung von Sachen), § 35 Abs. 1 Nr. 1 i.V.m. § 34 Abs. 2 Nr. 2 (Durchsuchung mitgeführter Sachen); regelmäßig kommt auch eine elektronische Datenüberprüfung mit dem Fahndungsbestand oder das Ausländerzentralregister auf der Grundlage von § 28 ASOG Bln in Frage.

¹⁶⁹ Rachor, in Liskén/Denninger, Handbuch des Polizeirechts, 5. Aufl. (2012), Teil E, Rn. 322.

¹⁷⁰ Dies macht der Vergleich mit der spezialgesetzlichen Kontrollbefugnis in § 49 Abs. 2 AufenthG deutlich, wonach der Ausländer verpflichtet ist, gegenüber den mit dem Vollzug des Ausländerrechts betrauten Behörden, wozu gem. § 71 Abs. 4 und 5 AufenthG auch die Landespolizeien gehören, auf deren Verlangen die erforderlichen Angaben zu seinem Alter, seiner Identität und Staatsangehörigkeit zu machen. Insofern hier Angaben über die Staatsangehörigkeit neben solchen über die Identität einer Person separat verlangt werden können, wird deutlich, dass erstere nicht notwendiger Bestandteil der letzteren sind.

¹⁷¹ Ders. a.a.O., Rn. 323; weniger restriktiv und insbesondere in Großstädten die Erforderlichkeit der Wohnungsanschrift bejahend: Knappe/Kiworr, ASOG, 10. Aufl. (2009), S. 308 mit Verweis auf OLG Hamburg, MDR 1964, S. 778.

Nichtverdächtigen bei gegenwärtiger erheblicher Gefahr)¹⁷² oder Anhaltspunkte dafür vorliegen, dass der bzw. die Betroffene als Täter_in einer Straftat oder Ordnungswidrigkeit gem. §§ 95 ff. AufenthG in Frage kommt.¹⁷³ Freilich würde eine Identitätsfeststellung in derartigen Fällen nach richtiger Auffassung nicht auf polizeirechtlicher, sondern nur auf strafprozessualer Grundlage erfolgen (§ 163 b StPO).¹⁷⁴

2.1. Normadressat: Jede Person

Wie bereits oben gezeigt, setzt die ausschließlich der Polizei zustehenden Befugnis, an den Tatbestandsmerkmalen des § 21 Abs. 2 Nr. 1 ASOG Bln unterfallenden Orten Personenkontrollen durchzuführen, weder eine im Einzelfall bestehende konkrete Gefahr (wie in § 21 Abs. 1 ASOG Bln) voraus noch das Vorliegen der polizeirechtlichen Verantwortlichkeiten in der Person des_der Kontrollierten.¹⁷⁵ Vielmehr wird eine personenunabhängige Ortshaftung¹⁷⁶ begründet, die auch ereignis- und verhaltensunabhängige Routinekontrollen zulässt. Die polizeiliche Eingriffsschwelle, die solche Grundrechtseingriffe rechtfertigen soll, ergibt sich nach der gesetzlichen Konstruktion aus der abstrakten Relevanz bzw. Geneigtheit des Ortes für das Entstehen oder Bestehen im Einzelnen womöglich (noch) nicht zu Tage tretender Gefahren oder unentdeckter Straftaten selbst sowie der Tatsache, dass sich die kontrollierte Person dort aufhält. An solchen als „ge-

172 Baller, in: Baller/Eiffler/Tschisch, ASOG Bln/ UZwG Bln (2004), § 21, Rn. 4.

173 Vgl. OLG Düsseldorf, NVwZ 1986, S. 247.

174 So auch Rachor, in: Lisken/Denninger, Handbuch des Polizeirechts, 5. Aufl. (2012), Teil E, Rn. 323.

175 Vgl. Baller, in: Baller/Eiffler/Tschisch, ASOG Bln/ UZwG Bln (2004), § 21, Rn. 9; Knape/Schönrock, Allgemeines Polizei- und Ordnungsrecht in Berlin, 11. Aufl. (2016), § 21, Rn. 49; Siegel in Siegel/Waldhoff, Öffentliches Recht in Berlin, 2015, S. 190 f.; Söllner, in: Pewestorf/Söllner/Tölle, Polizei- und Ordnungsrecht, 2. Aufl. (2017), § 21 Rn. 9 ff.

176 KG NJW 1975, S. 887 (888); Hoffmann-Riem, Abbau von Rechtsstaatlichkeit durch Neubau des Polizeirechts?, JZ 1978, S. 377.

fährliche“¹⁷⁷, „kriminalitätsbelastete“ Orte¹⁷⁸ oder auch Gefahrengebiete¹⁷⁹ bezeichnete Raumklassifizierungen,¹⁸⁰ denen unterschiedlich komplexe statistische Lagebilder der Polizei zugrunde liegen, kann grundsätzlich jede von der Polizei nicht nur im Vorübergehen angehaltene Person angehalten und einer Identitätsfeststellung unterzogen werden. Die Gefährlichkeit des Ortes macht die dort verweilenden Personen suspekt. Dabei ist Normadressat von § 21 Abs. 2 Nr. 1 Buchst. a ASOG Bln dem äußeren Anschein nach „jeder“; ein Gleichheitsproblem scheint aus gesetzgeberischer Perspektive zunächst fern zu liegen.

2.2. Normbetroffene: Person of Color

Gleichwohl wird und darf die Polizei nicht alle an einem solchen Ort angetroffenen Personen kontrollieren. Vielmehr hat sie gemäß den allgemein für die polizeiliche Arbeit geltenden §§ 11–14 und 16 ASOG Bln nach pflichtgemäßem Ermessen eine Auswahl zu treffen. Für diese Auswahl der einer Identitätsfeststellung zu unterziehenden Person hat die Polizei darauf abzustellen, ob die Person nach dem äußeren Anschein eine Beziehung zu den in § 21 Abs. 2 Nr. 1 Buchst. a ASOG Bln bezeichneten Merkmalen hat, die den Ort zu einem „gefährlichen“ machen. Dabei fällt auf, dass § 21 Abs. 2 Nr. 1 Buchst. a Doppelbuchst. bb ASOG anders als § 21 Abs. 2 Nr. 1 Buchst. a Doppelbuchst. aa und cc ASOG Bln nicht auf ein ortsbezogenes Verhaltensunrecht –

177 Vgl. z.B. OVG Berlin, Urteil vom 4.12.1985, NJW 1986, S. 3223; OVG Hamburg NVwZ-RR 2003, S. 276 (277).

178 Vgl. VG Berlin, Urteil vom 15. September 2017, Az.: 1 K 229.16, juris Rn. 19.

179 OVG Hamburg, Urteil vom 13. Mai 2015, NVwZ-RR 2015, 695-704.

180 Vgl. hierzu Keller, „Kriminalitätsbelastete Orte“: Wer hat Angst vorm Kottbusser Tor?, CILIP 115 (April 2018), S. 18; Ernst, Anlassunabhängige Personenkontrollen und Gefahrengebiete, NVwZ 2014, S. 633; Ullrich/Tullney, Die Konstruktion ‚gefährlicher Orte‘. Eine Problematisierung mit Beispielen aus Berlin und Leipzig, auf: sozialraum.de, Ausgabe 2/2012, <http://www.sozialraum.de/die-konstruktion-gefaehrlicher-orte.php> (01.05.2018).

nämlich das Verabreden, Vorbereiten oder Verüben von Straftaten von erheblicher Bedeutung (aa) oder das sich Entziehen der Vollstreckung eines Vorführungs- oder Haftbefehls (cc) – abstellt, sondern der Eigenart des Migrationsstrafrechts als statusgeprägte Kriminalität entsprechend an einem strafbaren Verstoß gegen aufenthaltsrechtliche Vorschriften anknüpft, der bereits andernorts, nämlich bei Grenzübertritt oder Entfernung vom zugewiesenen Aufenthaltsort vollendet wurde, aber bis zur Legalisierung des Aufenthaltsstatus oder der Ausreise des Betroffenen weiter fortbesteht. Hier wird der Ort folglich als gefährlich deklariert, weil aus dem Verhalten der sich an ihm aufhaltenden Personen eine Gefahr für die öffentliche Sicherheit nicht geschlossen werden kann. Für § 21 Abs. 2 Nr. 1 Buchst. a Doppelbuchst. bb ASOG Bln soll es deswegen genügen, dass sich die kontrollierte Person an einem Ort aufhält, von dem Tatsachen die Annahme rechtfertigen, dass „sich dort Personen treffen, die gegen aufenthaltsrechtliche Strafvorschriften verstoßen“. Wenn hierfür auch die Tatsache, dass sich in einem Lokal überdurchschnittlich viele Ausländer aufhalten, allein nicht genügt,¹⁸¹ so dient die Eingriffsbefugnis bei objektivierter Betrachtung unter der Berücksichtigung der Tatsache, dass die Nichtbeachtung migrationsverwaltungsrechtlicher Vorgaben weitgehend kriminalisiert wird (vgl. z.B. § 95 AufenthG, §§ 9, 11 FreizügG/EU), der Aufklärung der Aufenthaltsbefugnis der vor Ort Anwesenden. Es handelt sich mithin de facto um eine Ausforschungsbefugnis.¹⁸²

Für die Auswahlentscheidung nach Maßgabe des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes bedeutet das gleichwohl, dass die Polizei zwar nach dem Wortlaut der Norm alle Anwesenden, von Verfassungs wegen aber keine Personen kontrollieren darf, „die von vornherein in keiner Weise und unter keinen rechtlichen Gesichtspunkten in das ‚Täterprofil‘ pas-

181 Vgl. VG München NVwZ-RR 2000, S. 154.

182 Rachor, in: Liskin/Denninger, Handbuch des Polizeirechts, 5. Aufl. 2012, E Rn. 367.

sen“.¹⁸³ Im Umkehrschluss bedeutet dies für migrationspolizeiliche Kontrollen, von äußerlich erkennbaren Umständen oder Eigenheiten einer Person auf eine rein rechtliche Feststellung, nämlich die Staatsangehörigkeit und den Aufenthaltsstatus einer Person zu schließen.¹⁸⁴ So weist das VG Arnsberg¹⁸⁵ darauf hin, dass bei Aufenthaltsprüfungen „in erster Linie solche Personen, deren Aussehen eine ausländische Herkunft vermuten lassen“ betroffen sind. Dies sei Aufenthaltsprüfungen immanent. Gleichwohl genüge dem VG Arnsberg allein das Aufsehen einer Person nicht, um vernünftige Zweifel an der Rechtmäßigkeit ihres Aufenthalts begründen zu können und dementsprechende Aufklärungsmaßnahmen vorzunehmen. In der Literatur wurde diese den Polizeibeamt_innen obliegende Ermessensausübung zutreffend als „gesetzliche Diskriminierungsfälle“¹⁸⁶ bezeichnet: Während die Norm neutral gefasst ist und „jede Person“ zu ihrem Adressaten macht, sind Normbetroffene typischerweise und ganz überwiegend nicht-weiße Personen und das, obwohl sich auch weiße Personen illegal aufhalten können.

183 Knappe/Kiworr, ASOG, 10. Aufl. (2009), S. 315.

184 Das OVG Rheinland-Pfalz, Urteil vom 21. April 2016, Az. 7 A 11108/14, juris Rn. 59, beschreibt den Vorgang für eine entsprechende Kontrollkompetenz der Bundespolizei (siehe unten) wie folgt: „Sollen nach § 22 Abs. 1a BPolG zielgerichtet Maßnahmen gegenüber Personen ergriffen werden, die – ohne einen Gefahrenverdacht hervorzurufen – eine gesteigerte Nähe zum Normzweck aufweisen, ist es naheliegend, dass Ausschau nach nicht deutschen Staatsangehörigen gehalten wird. Das VG Arnsberg, Urteil vom 2. Februar 2017, Az. 6 K 3996/15, ZVO, S. 9, weist darauf hin, dass bei Aufenthaltsprüfungen „in erster Linie solche Personen, deren Aussehen eine ausländische Herkunft vermuten lassen“ betroffen sind. Dies sei Aufenthaltsprüfungen immanent. Gleichwohl genüge allein das Aufsehen einer Person nicht, um vernünftige Zweifel an der Rechtmäßigkeit ihres Aufenthalts begründen zu können und dementsprechende Aufklärungsmaßnahmen vorzunehmen.“

185 VG Arnsberg, Urteil vom 2. Februar 2017, Az. 6 K 3996/15, ZVO, S. 9.

186 akj-berlin, Die gesetzliche Diskriminierungsfalle, Zum Zusammenhang zwischen diskriminierenden Kontrollen und Aufenthaltsgesetzgebung, CILIP 104 (Dezember 2013), S. 12 (18 f.)

3. Empirische Befunde zu verdachtsunabhängigen Kontrollen

Die Diskriminierungswirkung verdachtsunabhängiger Kontrollen wird gegenwärtig vor allem am Beispiel der bundespolizeilichen Kontrollbefugnis in Bahnhöfen, Zügen und Flughäfen zum Zweck der Migrationskontrolle nach § 22 Abs. 1a BPolG unter dem Begriff des racial profiling diskutiert.¹⁸⁷ Mit dem international anerkannten Begriff des

187 Sandhu, Racial Profiling bei verdachtsunabhängigen Personenkontrollen im Grenzgebiet als verfassungs- und europarechtliches Problem, verdikt 1.2018, S. 10; Michl, Schleierhafte Schleierfahndung – Zu den unionsrechtlichen Anforderungen an anlasslose Personenkontrollen DÖV 2018, S. 50; Aden, Anlasslose Personenkontrollen als grund- und menschenrechtliches Problem, Zeitschrift für Menschenrechte 2/2017, 54; Ennuschat, Racial Profiling, Polizeirecht und Diskriminierungsverbot, NJW-aktuell 5/2017, S. 17; Liebscher, »Racial Profiling« im Lichte der verfassungsrechtlichen Diskriminierungsverbots, NJW 2016, S. 2779; Herrnkind, „Filzen Sie die üblichen Verdächtigen!“ oder: Racial Profiling in Deutschland, P&W 3/2014, S. 35; Ernst, Anlassunabhängige Personenkontrollen und Gefahrengebiete, NVwZ 2014, S. 633; Cremer, Racial Profiling – Menschenrechtswidrige Personenkontrollen nach § 22 Abs. 1a Bundespolizeigesetz, Deutsches Institut für Menschenrechte, Berlin 2013, S. 16 ff; ders., Anlasslose Kontrollen der Bundespolizei, CILIP 104 (Dezember 2013), S. 20–27; Schicht, Racial Profiling bei der Polizei in Deutschland, ZEP 2013, S. 32; Wagner, Ein Quantum Aufklärung – die „Hautfarbe“ des § 22 Abs. 1a BPolG, KR 2013, S. 565; Gnüchtel, Fahndung im Grenzgebiet, auf dem Gebiet der Bahnanlagen sowie auf Verkehrsflughäfen, NVwZ 2013, S. 980; Tischbirek/Wihl, Verfassungswidrigkeit des „Racial Profiling“, JZ 2013, S. 219; weniger auf die Rassismusproblematik dieser Verwaltungspraxis bezogen, sondern auf die Problematik der vorgeblichen Anlasslosigkeit der Maßnahme für das Polizeirecht und die Stigmatisierung der Betroffenen allgemein: Schütte, Befugnis des Bundesgrenzschutzes zu lageabhängigen Personenkontrollen ZRP 2002, 393; Kastner, Verdachtsunabhängige Personenkontrollen im Lichte des Verfassungsrechts, VerwArch 92 (2001), S. 216 ff.; Mahlmann, Die Grenzen finaler Eingriffsnormen im Polizeirecht Mecklenburg-Vorpommerns und Berlins, LKV 2001, S. 102; Möllers, Polizeikontrollen ohne Gefahrverdacht, NVwZ 2000, S. 382; grundlegend Herrnkind, Personenkontrollen und Schleierfahndung, KJ 2000, S. 188; Kant, Verdachtsunabhängige Kontrollen MigrantInnen im Netz der Schleierfahndung, CILIP 65 (Januar 2000); Waechter, Die „Schleierfahndung“ als Instrument der indirekten Verhaltenssteuerung durch Abschreckung und Verunsicherung, DÖV 1999, S. 138; Soria, Verdachtsunabhängige Kontrollen durch

Racial Profiling – oder gelegentlich auch Ethnic Profiling – wird auf polizeiliche Kontrollen verwiesen, die rassische Merkmale, wie etwa Hautfarbe, ethnische und nationale Herkunft oder phänotypische Merkmale zugrunde legen.¹⁸⁸

Zwar existieren, soweit ersichtlich,¹⁸⁹ noch keine validen behördlichen Erhebungen über polizeiliche Kontrollen, jedoch liegen mittlerweile mehrere Studien vor, die plausibel darlegen, dass verdachtsunabhängige Kontrollen regelmäßig racial profiling auslösen. So führte die Europäische Grundrechteagentur (European Union Agency for Fundamental Rights, FRA) 2010 die EU-MIDIS-Studie durch, bei der vor allem die alltäglichen Diskriminierungserfahrungen von und Kriminalisierungseffekten gegenüber Angehörigen in der Bundesrepublik lebender Minderheiten untersucht wurden.¹⁹⁰ Zwar wurden lediglich Angehörige türkischer Herkunft sowie aus den jugoslawischen Nachfolgestaaten befragt, während in den übrigen neun EU-Ländern mehrheitlich Roma und Menschen mit (nord)afrikanischer Herkunft interviewt wurden. Der Befund dürfte gleichwohl signifikant für die Wirkung von Polizei-

den Bundesgrenzschutz, NVwZ 1999, S. 270; Müller-Terpitz, Grenzpolizeiliche Schleierfahndung im Binnenraum, DÖV 1999, S. 329; Lisken, „Verdachts- und ereignisunabhängige Personenkontrollen zur Bekämpfung der grenzüberschreitenden Kriminalität“, NVwZ 1998, S. 22; Schmid: Die verdachts- und ereignisunabhängigen Kontrollen in den Polizeigesetzen der neuen Bundesländer, LKV 1998, S. 477. In der vorstehenden Aufstellung blieben Monographien unberücksichtigt, vgl. Graf, Verdachts- und ereignisunabhängige Personenkontrollen, 2006; Krane, Schleierfahndung, 2003; Peters, Anlassunabhängige Personenkontrollen, 2003; Castillon, Dogmatik und Verfassungsmäßigkeit neuer Befugnisse zu verdachts- und anlassunabhängigen Polizeikontrollen, 2003.

188 Dazu Wagner, Allegorie des Racial Profiling, DÖV 2013, 113.

189 Eine statistische Erfassung der Kontrollen nach §§ 22 Abs. 1a, 23 Abs. 1 Nr. 3 BPolG findet laut Bundesregierung nicht statt, vgl. BT-Drs. 18/9374, S. 20, obwohl von zuständigen UN-Ausschuss für die Beseitigung der Rassendiskriminierung angemahnt: CERD/C/DEU/CO/19–22, 5 ff., 2.

190 EU-MIDIS, Polizeikontrollen und Minderheiten, 4/2010, S. 2; unter: <http://fra.europa.eu/en/publication/2012/european-union-minorities-and-discrimination-survey-main-results-report>.

kontrollbefugnissen mit migrationsrechtlichem Hintergrund sein: Danach wurden 25 Prozent der Angehörigen türkischer Herkunft in den letzten 12 Monaten vor der Befragung kontrolliert, während dies lediglich 11 Prozent der Angehörigen aus der Mehrheitsbevölkerung erinnern konnte.¹⁹¹ Weiterhin erkenntnisreich sind die Befunde von Jobard/Lévy, die Polizeikontrollen im Großraum Paris erforschten. Für diese Studie wurden 525 polizeiliche Kontrollen erfasst, wofür fünf Variablen zugrunde gelegt wurden, die mit Merkmalen des äußeren Erscheinungsbilds zusammenhingen: mutmaßliches Alter, mutmaßliches Geschlecht, mutmaßliche Herkunft, Bekleidung und mitgeführtes Gepäck. Ebenso wie die EU-MIDIS-Studie kommen Jobard/Lévy zu dem Schluss, dass „sichtbare Minderheiten“ signifikant mehr und häufiger kontrolliert wurden und stellen fest, dass es dennoch schwierig ist, die Diskriminierung nur an die ethnische Herkunft anzuknüpfen. Denn in der Wirklichkeit seien die Variablen alle miteinander verbunden: „Sowohl Hautfarbe als auch typisch jugendlicher Kleidungsstil motivieren die Kontrollentscheidung.“¹⁹²

Die Open Society Justice Initiative kommt in einer Studie zu dem Ergebnis, dass mit racial profiling negative Erlebnisse für Betroffene einhergehen, z.B. die Durchsuchung und Festnahme von unschuldigen Personen.¹⁹³ Durch racial profiling würden gerade Straftäter nicht erfasst, die dem gängigen Stereotyp des ausländischen Straftäters nicht entsprechen. Außerdem führten verdachtsunabhängige Kontrollen zu einer Unterminierung des aus dem gleichen Achtungsanspruch folgen-

191 EU-MIDIS, Polizeikontrollen und Minderheiten, 4/2010, S. 8.

192 Jobard/Lévy, Polizei, Justiz und rassistische Diskriminierung in Frankreich, in: Fereidooni/El: Rassismuskritik und Widerstandsformen, 2017, S. 527 (537); dies. Identitätskontrollen in Frankreich: Diskriminierung festgestellt, Reform ausgeschlossen?, CILIP 104 (Dezember 2013), S. 28–37.

193 OSJI-Ethnic Profiling, S. 8: https://www.opensocietyfoundations.org/sites/default/files/profiling_20090526.pdf.

den Anspruchs auf Gleichbehandlung auch durch Vollstreckungsbeamte. Schließlich befördern Praxen des racial profiling die Stigmatisierung von ganzen Communities, die sich dann von der Polizei abwenden.

4. Verdachtsunabhängige Migrationskontrollen als Diskriminierungsproblem gem. Art.3 Abs. 3 Satz 1 GG

In letzter Zeit mehren sich die Ansichten, wonach verdachtsunabhängige Kontrollbefugnisse der Polizei in der Praxis rassistisch diskriminierende Kontrollen im Sinne des racial profiling auslösen, die gegen das Diskriminierungsverbot aufgrund der Rasse in Art. 3 Abs. 3 Satz 1 GG verstoßen.¹⁹⁴ Diese mögliche Auswirkung wird durch den Tatbestand des § 21 Abs. 2 Nr. 1 Buchst. a Doppelbuchst. bb ASOG Bln zusätzlich verstärkt, weil in Folge der für die Erstellung von Lagebildern und bei der polizeilichen Ermessensbetätigung vor Ort gebotenen normativen Anknüpfung an den Aufenthaltsstatus und somit zugleich an die Staatsangehörigkeit einer Person vermehrt die Identität von – aus polizeilicher Sicht – „ausländisch“ erscheinenden Personen festgestellt wird, wobei phänotypische Merkmale, insbesondere die Hautfarbe und Sprache dieser Personen bei der Auswahl kausale Verwendung finden.¹⁹⁵

194 Vgl. etwa Sandhu, Racial Profiling bei verdachtsunabhängigen Personenkontrollen im Grenzgebiet als verfassungs- und europarechtliches Problem, verdikt 1.2018, S. 10; Liebscher, »Racial Profiling« im Lichte der verfassungsrechtlichen Diskriminierungsverbots, NJW 2016, S. 2779; Cremer, Racial Profiling – Menschenrechtswidrige Personenkontrollen nach § 22 Abs. 1a Bundespolizeigesetz, Deutsches Institut für Menschenrechte, Berlin 2013, S. 16 ff.; Schicht, Racial Profiling bei der Polizei in Deutschland, ZEP 2013, S. 32; Tischbirek/Wihl, Verfassungswidrigkeit des „Racial Profiling“, JZ 2013, S. 219.

195 akj-berlin, Die gesetzliche Diskriminierungsfalle, CILIP 104 (Dezember 2013), S. 18 f.; Cremer, Das Verbot rassistischer Diskriminierung nach Art. 3 Abs. 3 GG, AnwBI 2013, S. 896 (897).

4.1. Diskriminierungsverbot aufgrund der Rasse nach

Art. 3 Abs. 3 S. 1 GG

Als Prüfungsmaßstab für verdachtsunabhängige Identitätskontrollen an kriminalitätsbelasteten Orten ist insofern der Tatbestand des Diskriminierungsverbots aufgrund der Rasse einschlägig.¹⁹⁶ Das Diskriminierungsverbot aufgrund der Rasse gilt dabei als Konkretisierung der in Art. 1 Abs. 1 GG verbürgten Menschenwürde¹⁹⁷ und Normativierung des historischen „Nie Wieder!“ im Sinne einer Antwort auf die nationalsozialistische Verfolgung und Vernichtung zunächst stigmatisierter Bevölkerungsteile.¹⁹⁸ Vor diesem Hintergrund stellt das Diskriminierungsverbot aufgrund der Rasse einen der Grundpfeiler des Grundgesetzes dar.¹⁹⁹

Der Anwendungsbereich des Diskriminierungsverbots aufgrund der Rasse darf jedoch nicht auf dem Holocaust vergleichbar krasse rassistische Staatspraktiken beschränkt werden. Das Diskriminierungsverbot schützt auch vor alltäglicher Diskriminierung durch staatlichen Behörden²⁰⁰ und kann sich in Verbindung mit Art. 1 Abs. 1 Satz 2 GG und einem gleichfalls betroffenen Freiheitsrecht auch zu einer staatlichen Schutzpflicht verdichten.²⁰¹

196 Jarass, in: Jarass/Pieroth, GG, 13. Aufl. 2014, Art. 3 Rn. 122; OVG Koblenz (Rheinland-Pfalz), Urteil vom 21.04.2016, Az. 7 A 11108/14, juis Rn. 108.

197 Langenfeld, in: Maunz/Dürig, GG, Art. 3 Abs. 3, Rn. 25; bereits EKMR, Bericht v. 14.12.1973, Nr. 4403/70 u.a., Rn. 208 – Ostafrikanische Asiaten/Vereinigtes Königreich.

198 Baer/Markard, in: Mangoldt/Klein/Starck, GG, Band 1, 7. Aufl., Art. 3, Rn. 407, 475.

199 Rübner, in: Bonner Kommentar, Art. 3 Abs. 2 und 3 Rn. 45; Eckertz-Höfer, in: Alternativer Kommentar, Art. 3 Abs. 2, 3, Rn. 116; Langenfeld, in: Maunz/Dürig, Art. 3 Abs. 3, Rn. 45; Baer/Markard, in: Mangoldt/Klein/Starck, GG, Band 1, 7. Aufl., Art. 3, Rn. 472.

200 Baer/Markard, in: Mangoldt/Klein/Starck, GG, Band 1, 7. Aufl., Art. 3, Rn. 478 m.w.N.

201 Dies., a.a.O. Rn. 425, 481.

Tatbestandlich wurde das Diskriminierungsmerkmal „Rasse“ – auch aufgrund seiner historisch-begrifflichen Schwierigkeit²⁰² – bisher unzureichend als Zugrundelegung „gruppenspezifisch tatsächlicher als auch nur behaupteter biologisch vererbbarer Merkmale“²⁰³ verstanden. Hingegen ist im Rahmen einer völkerrechtsfreundlichen Auslegung die Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs für Menschenrechte sowie das Internationale Übereinkommen zur Beseitigung aller Formen von rassistischer Diskriminierung zugrunde zu legen. Danach beinhaltet das Merkmal der Rasse auch die ethnische und nationale Herkunft und Hautfarbe, wobei Rasse und Ethnizität Konzepte sind, die sowohl einen Zusammenhang als auch eine Überschneidung aufweisen:

*„Ethnicity and race are related and overlapping concepts. Whereas the notion of race is rooted in the idea of biological classification of human beings into subspecies according to morphological features such as skin colour or facial characteristics, ethnicity has its origin in the idea of societal groups marked by common nationality, tribal affiliation, religious faith, shared language, or cultural and traditional origins and backgrounds.“*²⁰⁴

Auch in der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts ist mittlerweile anerkannt, dass Art. 3 Abs. 3 Satz 1 GG den Schutz von Angehörigen strukturell diskriminierungsgefährdeter Gruppen vor Benachteiligung bezweckt.²⁰⁵ Vor diesem Hintergrund ist mit Rassismus auf ein strukturelles Phänomen hinzuweisen, das historisch gewach-

202 Vgl. Baer/Markard, in: Mangoldt/Klein/Starck, GG, Band 1, 7. Aufl., Art. 3, Rn. 471; Barskanmaz, Rasse – Unwort des Antidiskriminierungsrecht?, in: KJ 2011, S. 382; Krieger, in: Schmidt/Bleibtreu/Hofmann/Henneke, Art. 3, Rn. 80.

203 Nußberger, in: Sachs, Art. 3, Rdnr. 293 m.w.N.

204 EGMR, Urt. v. 13.12.2005, Nr. 55762/00 – Timishev u.a./Russland, Rn. 55.

205 BVerfG, Beschl. v. 10.10.2017, Rn. 59; bereits in BVerfGE 88, 87, 96; dazu Osterloh/Nußberger, in: Sachs, GG, 7. Aufl. 2014, Art. 3, Rn. 236, 244.

sen ist und bis heute Ausgrenzungen produziert und legitimiert.²⁰⁶ Statt Ausländer- und Fremdenfeindlichkeit, die den Strukturcharakter von Diskriminierungen verkennen und Diskriminierung eher pathologisieren und individualisieren, sind die Konzepte strukturelle Diskriminierung und Rassismus als Grundlage für eine angemessene Auslegung des Art. 3 Abs. 3 Satz 1 GG zu verwenden.²⁰⁷ Mit einem solchen gesamtgesellschaftlichen Verständnis von Rassismus wird auch die mittelbare Diskriminierung aufgrund der Rasse erfasst, denn für die Feststellung der Diskriminierung ist das Vorliegen einer entsprechenden Absicht oder einer diskriminierenden Person nicht erforderlich. Zentraler Moment rassistischen Handelns ist ein normalisierendes Differenzdenken, das von zwei angeblich natürlichen, homogenen und unüberbrückbaren rassifizierten Identitäten, Kulturen oder Kategorien (Weiß/Schwarz, „Deutsch“/„Ausländer“, „Westen“/„Islam“, „Deutsch“/„Jude“ etc.) mit gegensätzlichen Qualitäten ausgeht und diese ständig neu kreiert.²⁰⁸ Der Rückgriff auf phänotypische Merkmale als Anknüpfungspunkt für polizeiliche Maßnahmen begründet dabei die konkrete Gefahr in eine Logik des „generalizing Black negativity“²⁰⁹ (zurück?) zu verfallen.²¹⁰ Negative Verhaltensweisen werden dabei typisiert bestimmten Bevölkerungsgruppen generalisierend zugeschrieben und

206 Der wegweisende Charakter der UNESCO-Declaration on Race and Racial Prejudice v. 27.11.1978 ist für die Definition von Rassismus nicht zu unterschätzen. Bereits in Art. 2 Abs. 3 wurde festgehalten, dass „racial prejudice, historically linked with inequalities in power, reinforced by economic and social differences between individuals and groups, and still seeking today to justify such inequalities, is totally without justification“ (Herv. d. Verf.).

207 So auch Baer/Markard, in Mangoldt/Klein/Starck, GG, Band 1, 7. Aufl., Art. 3, Rn. 409 ff.

208 Geulen (2010): Die Herstellung natürlicher Ordnung, S. 19.

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

210 Sandhu, *Racial Profiling bei verdachtsunabhängigen Personenkontrollen im Grenzgebiet als verfassungs- und europarechtliches Problem*, verdikt 1.2018, S. 12.

diese als gruppenbezogen „fremdländisch“ (bzw. „black“) gelabelt. Demgegenüber werden kriminelle Handlungen der „autochthonen“ (bzw. „white“) Bevölkerung individuell und einzelfallbezogen wahrgenommen. Formal anlasslose Kontrollen, die gleichwohl – in aller Öffentlichkeit – weit überwiegend Nicht-weiße treffen, perpetuieren gesellschaftliche Ressentiments mit jeder neuen „Stichprobe“, ganz egal, ob diese nun im polizeilichen Sinne ein „Treffer“ (hier also die Feststellung eines Verstoßes gegen aufenthaltsrechtliche Strafbestimmungen) zu Tage bringt oder nicht.

Schließlich ist eine Materialisierung und Konkretisierung von Rassismusanalysen durchgängig mit einer intersektionellen Perspektive zu justieren. Denn auch angesichts personenbezogener Eigenschaften wie etwa des Geschlechts einschließlich²¹¹ sexueller Orientierung und Geschlechtsidentität, der Religion und der bestimmten ökonomischen Schicht oder einer Behinderung variieren die Ausgrenzungen in Intensität und Form.²¹² Intersektionalität verweist auf die Zusammenspiele und Verschränkungen von unterschiedlichen personenbezogenen Merkmalen und Ungleichheitsstrukturen.²¹³

Nicht erst unter Zugrundelegung eines solchen asymmetrisch-materiellen Verständnisses des Diskriminierungsverbots bietet Art. 3 Abs. 3 Satz 1 GG jedenfalls Schutz vor der Durchführung verdachtsunabhängiger Identitätskontrollen an gefährlichen Orten zum Zwecke der

211 Nach Adamietz (2011): Geschlecht als Erwartung, 18-47 m.w.N. ist das Diskriminierungsverbot aufgrund des Geschlechts so zu verstehen, dass das Verbot auch Schutz vor Diskriminierung aufgrund der sexuellen Orientierung und Geschlechtsidentität bietet.

212 Statt vieler: Klinger u.a. (Hg.) (2007): *Achsen der Ungleichheit*.

213 Grundlegend zu Intersektionalität: Crenshaw, *Mapping the Margins: Intersectionality, Identity Politics, and Violence Against Women of Color*, in *Stanford Law Review* (43) 1991, 1241; siehe auch McCall, *The Complexity on Intersectionality*, in *Signs – Journal of Women in Culture and Society* (35) 2005, 1771.

Verhütung von Migrationskriminalität, wenn sie auf der Grundlage von § 21 Abs. 2 Nr. 1 Buchst. a Doppelbuchst. bb ASOG Bln im Wege eines Racial Profiling, also unter Anknüpfung an die Hautfarbe oder andere phänotypische Merkmale, z.B. die äußerliche Typisierung einer Person als „nordafrikanisch“,²¹⁴ durchgeführt werden, wovon – wie gezeigt – in der Regel ausgegangen werden muss.²¹⁵

4.2. Kein Diskriminierungsverbot wegen der Staatsangehörigkeit?

Während die konkrete polizeiliche Auswahlentscheidung, also die Verwaltungspraxis direkt am Maßstab des Art. 3 Abs. 3 Satz 1 GG gemessen werden kann,²¹⁶ soweit bei Kontrollen ohne konkreten Gefahrenverdacht ein Rückgriff auf die Hautfarbe oder phänotypischen Merkmale der kontrollierten Personen als teilursächlich oder sogar ausschlaggebend für die Durchführung der Maßnahme erfolgt, knüpft die Befugnisnorm des § 21 Abs. 2 Nr. 1 Buchst. a Doppelbuchst. bb ASOG Bln lediglich an die Staatsangehörigkeit und den Aufenthaltsstatus an, soweit es eine gesteigerte Nähe der Normbetroffenen zum Normzweck unterstellt. Die Staatsangehörigkeit ist jedoch – „trotz Ähnlichkeiten und Überschneidungen mit den dort genannten Merkmalen“²¹⁷ – von keinem der speziellen Diskriminierungsverbote des Art. 3 Abs. 3 Satz 1 GG erfasst, sondern unterfällt – wie die „Sonderbehandlung von Ausländern“²¹⁸ allgemeinen – dem allgemeinen Gleichheitssatz des Art. 3 Abs. 1 GG.²¹⁹ Soweit jedoch eine Ungleich-

214 Baer/Markard, in Mangoldt/Klein/Starck, GG, Band 1, 7. Aufl., Art. 3, Rn. 477.

215 A.a. OVG Koblenz (Rheinland-Pfalz), Urteil vom 21. April 2016, NJW 2016, S. 2820, juris Rn. 60.

216 BVerfGE 121, 241, 254 f.; OVG Koblenz, Urteil vom 21. April 2016, NJW 2016, S. 2820, juris Rn. 60.

217 BVerfGE 130, 240, 255.

218 Jarass, in: Jarass/Pieroth, GG, 13. Aufl. 2014, Art. 3 Rn. 126.

219 BVerfGE 51, 1, 30; 90, 27, 37; 130, 240, 255.

behandlung ausländischer Staatsangehöriger hinsichtlich ihrer nachteiligen Auswirkungen auf die Betroffenen einer Unterscheidung nach den in Art. 3 Abs. 3 Satz 1 GG genannten Merkmalen nahe kommt, sind wie oben gezeigt (1.3.) – in ihrer Reichweite umstrittene – strenge verfassungsrechtliche Anforderungen an die Rechtfertigung der Ungleichbehandlung zu stellen.²²⁰ Dies gilt in verschärftem Maße, wenn bei der Durchführung des Gesetzes das Differenzierungsmerkmal nicht ohne Weiteres festgestellt werden kann (wie z.B. bei antragsgebundenen Verwaltungshandlungen, bei denen die Abfrage der Staatsangehörigkeit allgemein üblicher Teil des Verfahrens ist), sondern in der (grundrechtsbeschränkenden) Verwaltungspraxis de facto unter Rückgriff auf weitere Differenzierungsmerkmale erfolgt, die ihrerseits direkt oder mittelbar in den Anwendungsbereich des Art. 3 Abs. 3 Satz 1 GG fallen.²²¹

Diesen Maßstab verkennt auch das Oberverwaltungsgericht Rheinland-Pfalz (OVG Koblenz) nicht, das im Falle der auf der Grundlage von § 22 Abs. 1a BPolG durchgeführten anlassunabhängigen Kontrollen in Zügen durch die Bundespolizei zur Verhinderung oder Unterbindung unerlaubter Einreise in das Bundesgebiet zwar jegliche – auch nur mitursächliche – Anknüpfung an die Hautfarbe klar für „unzulässig“ erklärte,²²² zugleich aber keinen strukturell angelegten Verstoß gegen das Diskriminierungsverbot aus Art. 3 Abs. 3 Satz 1 GG zu erkennen vermochte, der eine Verfassungswidrigkeit der Norm selbst begründen

220 BVerfGE 130, 240, 255 f. mit Verweis auf Osterloh, in: Sachs, GG, 6. Aufl. 2011, Art. 3 Rn. 297; Jarass, in: Jarass/Pieroth, GG, 11. Aufl. 2011, Art. 3 Rn. 127; Gundel, in: Isensee/Kirchhof, Handbuch des Staatsrechts Bd. IX, 3. Aufl. 2011, § 198 Rn. 86; König/Peters, in: Grote/Marauhn, EMRK/GG, 2006, Kap. 21 Rn. 138; vgl. auch EGMR, Urteil vom 16. September 1996 - 17371/90 -, Rn. 42, Gaygusuz v. Österreich; Urteil vom 30. September 2003 - 40892/98 -, Rn. 46, Poirrez v. Frankreich.

221 Baer/Markard, in Mangoldt/Klein/Starck, GG, Band 1, 7. Aufl., Art. 3, Rn. 477.

222 OVG Koblenz, Urteil vom 21. April 2016, NJW 2016, S. 2820, juris Rn. 107.

würde.²²³ Dem liegt die Annahme zu Grunde, dass für den Vollzug der Norm „eine derartig enge Verknüpfung zwischen den Merkmalen in Art. 3 Abs. 3 Satz 1 GG und der Differenzierung nach der Staatsangehörigkeit“ nicht bestehe.²²⁴ Dies gelingt ihm durch eine Steigerung der Anforderungen an die Verwaltungspraxis unter Verzicht auf rassistisch konnotierte Stereotypisierungen, die im Ergebnis einer Verwischung ihrer Realität nahe kommt:

„Besondere Kleidung oder Gepäck mit hinweisgebenden Anhängern oder Aufdrucken, die auf eine Einreise und/oder eine fremde Nationalität hindeuten können, kommen dabei ebenso in Betracht wie das offen getragene oder sonst erkennbare Ausweispapier eines anderen Staates.“²²⁵

Ob das Oberverwaltungsgericht der Bundespolizei mit der verfassungsrechtlichen Rettung von § 22 Abs. 1a BPolG unter derart tatbestandsreduzierenden Bedingungen wirklich ein Gefallen getan oder dieser für eine auf die Verhinderung oder Unterbindung der unerlaubten Einreise gerichteten Verwaltungspraxis jetzt endgültig die Hände gebunden hat, mag dahingestellt bleiben. Tatsächlich übergeht das Gericht bei aller lobenswerten Aufgeschlossenheit jegliche strukturelle Dimension von Stereotypisierung und stellt die für eine Kontrollauswahl allenfalls als Hilfs-Merkmale (Kleidung, Gepäck, nur in Ausnahmefällen sichtbare Ausweispapiere) verwendeten Anknüpfungspunkte als einzig legitime heraus, so als würde neben diesen die Hautfarbe keine Rolle mehr spielen – tatsächlich aber würde für eine Plausibilisierung der Auswahlentscheidung nur die Reihenfolge der Indizien

223 OVG Koblenz, Urteil vom 21. April 2016, NJW 2016, S. 2820, juris Rn. 56 – vgl. die kritischen Urteils-Anmerkungen von Liebscher in NJW 2016, S. 2779 (2780 f.).

224 OVG Koblenz, Urteil vom 21. April 2016, NJW 2016, S. 2820, juris Rn. 60.

225 OVG Koblenz, Urteil vom 21. April 2016, NJW 2016, S. 2820, juris Rn. 60.

umgekehrt. Von Verfassungen wegen aber genügt es nicht, wenn andere als die nach Art. 3 Abs. 3 Satz 1 GG einer Anknüpfung entzogenen Differenzierungskriterien in Frage kommen, wenn diese hinter jenen einen weit untergeordneten bzw. nachrangigen Charakter haben und die Polizei deswegen typischerweise auf verpönte Merkmale zurückgreifen muss. Für eine Diskriminierung aufgrund der Rasse genügt es bereits – wovon auch das OVG ausgeht –²²⁶, wenn eine Ungleichbehandlung an ein in Art. 3 Abs. 3 Satz 1 GG genanntes Merkmal kausal anknüpft; dann ist es unerheblich, ob daneben auch andere Gründe in einem Motivbündel maßgeblich waren.

Ist die Argumentation des OVG Rheinland-Pfalz schon für § 22 Abs. 1a BPolG nicht überzeugend, so lässt sie sich jedenfalls nicht auf die Ermächtigungsnorm für anlassunabhängige Kontrollen an Orten in Berlin übertragen, an denen Tatsachen die Annahme rechtfertigen, dass sich dort Personen treffen, die gegen aufenthaltsrechtliche Strafvorschriften verstoßen. Hierfür fehlt es ihr schon ein einer generalpräventiven Wirkung.²²⁷ Darüber hinaus muteten die – wenn auch nur beispielhaft genannte – Alternativkriterien des OVG für eine Anwendung in größeren Metropolen eher unzweckmäßig. In einer Stadt wie Berlin, in der alle möglichen Leute alle auftreibbaren Kleider tragen und gerade ihre Multikulturalität als Lebensgefühl zur Schau tragen, ist weniger die Kleidung dafür entscheidend, ob eine Person kontrolliert wird, als die Frage, wer darin steckt. Ein blonder, weißer Hipster wird aller Erfahrung nach auch dann nicht kontrolliert werden, wenn er ein Boubou oder Kimono trägt. Demgegenüber dürfte die Wahrscheinlichkeit der Heranziehung zu einer Identitätsfeststellung an einem nach § 21 Abs. 2 Nr. 1 Buchst. a Dop-

226 OVG Koblenz, Urteil vom 21. April 2016, NJW 2016, S. 2820, juris Rn. 106.

227 Zur generalpräventiven Wirkung anlassunabhängiger Kontrollen auf Reisewegen: OVG Koblenz, Urteil vom 21. April 2016, NJW 2016, S. 2820, juris Rn. 41 f., 82, 84, 110, 133; zur Schleierfahndung: SächsVerfGH, Urteil vom 10. Juli 2003 – Vf. 43-II-00 –, juris, Rn. 226; siehe auch BT-Drucks. 15/1861, S. 6.

pelbuchst. bb ASOG Bln bestimmten Ort für eine nicht-weiße Frau nicht dadurch sinken, dass sie ein T-Shirt mit der Aufschrift „beBerlin“ trägt. Im Ergebnis erscheint eine Verschiebung im Rechtfertigungsmaßstab weder rechtlich noch tatsächlich geboten, vielmehr sind dessen Anforderungen dem Diskriminierungsverbot in Art. 3 Abs. 3 Satz 1 GG zu entnehmen.²²⁸ Demgegenüber ist hinsichtlich der Wirkung von Aufenthaltsprüfungen die Rechtsprechung des VG Arnsberg²²⁹ überzeugender, nicht zuletzt durch seine realistische Einschätzung von Identitätsprüfungen. So steht für das VG Arnsberg fest, dass bei Aufenthaltsprüfungen „in erster Linie solche Personen, deren Aussehen eine ausländische Herkunft vermuten lassen“ betroffen sind, diese Wirkung sei Aufenthaltsprüfungen immanent. Gleichwohl genüge dem VG Arnsberg allein das Aufsehen einer Person nicht, um vernünftige Zweifel an der Rechtmäßigkeit ihres Aufenthalts begründen zu können und dementsprechende Aufklärungsmaßnahmen vorzunehmen.

4.3. Diskriminierung nicht-weißer Deutscher aufgrund „Rasse“?

Schließlich stellt sich vor dem Hintergrund der Rechtsprechung zu den Fällen des Racial Profiling durch die Bundespolizei, gegen die nahezu ausschließlich deutsche Staatsangehörige geklagt hatten, die Frage, an welchem Maßstab die mit den Kontrollen einhergehende Belastung für Personen zu messen ist, die zwar die (auch) geschützten Differenzierungsmerkmale nach Art. 3 Abs. 3 Satz 1 GG aufweisen (z.B. Hautfarbe), nicht aber das gesetzlich intendierte, grundsätzlich zulässige Differenzierungsmerkmal (nicht-deutsche Staatsangehörigkeit) und die besonders häufig und typischerweise einer Kontrolle nach § 21 Abs. 2 Nr. 1 Buchst. a Doppelbuchst. bb ASOG Bln unterzogen werden.

²²⁸ Offenbar a.A. Kischel, in: Epping/Hillgruber, BeckOK GG, Stand: 03/2016, Art. 3 Rn. 132, 215 ff.

²²⁹ VG Arnsberg, Urteil vom 2. Februar 2017, Az. 6 K 3996/15, ZVO, S. 9.

Teilweise wird eine solche mittelbare bzw. reflexhafte Diskriminierung aus dem Anwendungsbereich des Art. 3 Abs. 3 Satz 1 GG herausgenommen und wie schon die Staatsangehörigkeit als Differenzierungsgrund am allgemeinen Gleichheitssatz aus Art. 3 Abs. 1 GG gemessen.²³⁰ Die Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts weißt jedoch einen anderen Weg,²³¹ wenn sie auch offen gelassen hat, wie streng der an die Rechtfertigung einer nur reflexhaft an ein von Art. 3 Abs. 3 Satz 1 GG geschütztes Merkmal anlässlich einer an sich Art. 3 Abs. 1 GG unterfallenden Ungleichbehandlung zu stellende Maßstab im Einzelfall sein muss und ob er – wie hier vertreten – direkt aus Art. 3 Abs. 3 Satz 1 GG zu entnehmen ist.²³² Das OVG Rheinland-Pfalz (Koblenz)²³³ hat demgegenüber mit einem Teil der Literatur²³⁴ für die Rechtfertigung einer mittelbaren Diskriminierung, sei sie auch durch Art. 3 Abs. 3 Satz 1 GG erfasst, einen abgeschwächten Rechtfertigungsmaßstab angenommen. Das bleibt unbegründet und überzeugt nicht,²³⁵ ignoriert es doch, dass auch eine mittelbare Anknüpfung an das nach Art. 3 Abs. 3 Satz 1 GG jeglicher gruppenspezifisch nachteiligen Anknüpfung entzogene

²³⁰ So Kischel, in: Epping/Hillgruber, BeckOK GG, Stand: 03/2016, Art. 3 Rn. 215.

²³¹ Im Hinblick auf das Merkmal Geschlecht: BVerfGE 97, 35, 43; 104, 373, 393; 121, 241, 254.

²³² BVerfGE 130, 240, 256.

²³³ Urteil vom 21. April 2016, NJW 2016, S. 2820, juris Rn. 62.

²³⁴ Selbst zitiert es a.a.O.: Kischel, in: Epping/Hillgruber, BeckOK GG, Stand: 03/2016, Art. 3 Rn. 218; Osterloh/Nußberger, in: Sachs, GG, 7. Aufl. 2014, Art. 3 Rn. 256; Jarass, in: Jarass/Pieroth, GG, 13. Aufl. 2014, Art. 3 Rn. 135, jedenfalls letztere ist in dieser Sortierung zweifelhaft, heißt es doch in der 14. Aufl. 2016 vor einer möglichen Abschwächung bei mittelbarer Diskriminierung: „Besonders streng ist die Prüfung bei Kriterien, deren Verwendung Art. 1 Abs. 1 berührt, wie die Rasse.“ – Auch hier folgt also die Berührung der Menschenwürde nicht durch das Kriterium selbst, sondern durch dessen „Verwendung“, was eine (nur) reflexhafte Kollision mit der Menschenwürde einschließen dürfte.

²³⁵ Vgl. auch Liebscher, „Racial Profiling“ im Lichte des verfassungsrechtlichen Diskriminierungsverbots, NJW 2016, 2779 (2781).

Merkmal „Rasse“ eine Diskriminierung darstellt, die das Grundgesetz gerade verbietet.

Ganz unabhängig davon, ob diese – soweit erkennbar bisher nur in der Literatur vertretene – Auffassung vom abgeschwächten Rechtfertigungserfordernis bei „bloß“ reflexhafter Diskriminierung mit Art. 3 Abs. 3 Satz 1 GG vereinbar sein kann, bleibt das OVG Rheinland-Pfalz in seinem Urteil eine nähere Prüfung derartiger Rechtfertigungsgründe jedenfalls schuldig. Die Prüfung bricht hier schlicht ab und wendet sich stattdessen der Vereinbarkeit von § 22 Abs. 1a BPolG mit den verfassungsrechtlichen Vorgaben an die Normenklarheit und Normenbestimmtheit am Maßstab der allgemeinen Handlungsfreiheit (Art. 2 Abs. 1 GG) und des Rechts auf informationelle Selbstbestimmung (Art. 2 Abs. 1 i.V.m. Art. 1 Abs. 1 GG) zu.²³⁶ Offenbar geht das Oberverwaltungsgericht davon aus, eine den Rechtfertigungserfordernissen für einen in diese grundrechtlichen Freiheitsrechte berechtigenden Eingriff genügende Rechtsnorm rechtfertige damit zugleich eine mittelbare Diskriminierung aufgrund eines durch Art. 3 Abs. 3 Satz 1 GG geschützten Merkmals. Dem kann schon wegen der – auch bei mittelbarer Betroffenheit – vorbehaltlosen Gewährung des Diskriminierungsschutzes in Art. 3 Abs. 3 Satz 1 GG gegenüber den unter einem einfachen (bzgl. Art. 2 Abs. 1 GG) bzw. qualifizierten Gesetzesvorbehalt (bzgl. Art. 2 Abs. 1 i.V.m. Art. 1 Abs. 1 GG) stehenden Freiheitsrechten nicht gefolgt werden.

5. Fehlende verfassungsrechtliche Rechtfertigung verdachtsunabhängiger Kontrollen mit jedenfalls mittelbar diskriminierender Wirkung

Eine Diskriminierung wegen der Rasse wird wegen ihres engen Bezugs zur Menschenwürde als besonders schwerwiegend angesehen,²³⁷ eine Rechtfertigung kommt daher nur durch kollidierendes Verfassungsrecht in Frage.²³⁸ Als Prüfungsmaßstab überzeugend ist der von Baer und Markard entwickelte Zweischritt, zunächst sehr genau zu prüfen, „inwiefern eine Maßnahme tatsächlich diskriminiert“, und alsdann „nach – herausragend wichtigen – legitimen Zwecken zu fragen, die nur ganz ausnahmsweise greifen und nur zumutbare Nachteile bewirken dürfen.“²³⁹ Allgemein politische Präferenzen oder fiskalische Interessen oder, im Bereich der Sozialleistungen, migrationspolitische Überlegungen und sonst sachlich nicht mit dem Regelungsziel zusammenhängende Faktoren sollen danach eine Unterscheidung nicht rechtfertigen können: „Legitim ist ohnehin nur, was nicht selbst Resentiments aktiviert.“²⁴⁰

Soweit § 21 Abs. 2 Nr. 1 Buchst. a Doppelbuchst. bb ASOG Bln – entgegen seines Wortlauts – nicht jede Person als Normbetroffenen erfasst, sondern mit Blick auf den Normzweck gerade solche Personen, bei denen angenommen werden kann, sie wiesen jenen Bezug zum Ort auf, der diesen als gefährlichen ausweist, im Falle des § 21

237 EKMR (Pl.), Bericht vom 14. Dezember 1973, Nr. 4403/70 u.a., DR 78-A, 5, Rn. 208 – Ostafrikanische Asiaten/Vereinigtes Königreich; EGMR, Urteil vom 10. Mai 2001, Nr. 25781/94, Rep. 2001-IV, Rn. 305 f. – Zypern/Türkei.

238 BVerfGE 121, 241, 257; Jarass in: Jarass/Pieroth, GG, 14. Aufl., Art. 3, Rn. 134, zur möglichen Absenkung der Rechtfertigung ab mittelbarer Diskriminierung vgl. Rn. 135.

239 Baer/Markard, in Mangoldt/Klein/Starck, GG, Band 1, 7. Aufl., Art. 3, Rn. 475.

240 Dies., a.a.O.

236 Urteil vom 21. April 2016, NJW 2016, S. 2820, juris Rn. 62 f.

Abs. 2 Nr. 1 Buchst. a Doppelbuchst. bb ASOG Bln also aufgrund von Verstößen gegen aufenthaltsrechtliche Strafvorschriften, und die deswegen als Anscheinsstörer in Frage kommen bzw. in ihrer Person „eine [gesetzes-]zweckbezogene Verdachtsmöglichkeit im Sinne einer Vorstufe zu einem [nach dem Wortlaut der Norm] gerade nicht erforderlichen Gefahrenverdacht“ begründen,²⁴¹ knüpft die Norm als Unterscheidungsmerkmal an die Staatsangehörigkeit und den Aufenthaltsstatus der kontrollierten Personen an. Diese sind zwar nicht von Art. 3 Abs. 3 Satz 1 GG erfasst, bewirken aber faktisch einen auf die Hautfarbe abstellenden Verwaltungsvollzug und differenzieren somit mittelbar nach dem Merkmal „Rasse“.

An die Rechtfertigung der vordergründigen Differenzierung nach Staatsangehörigkeit und Aufenthaltsstatus im Rahmen der Rechtfertigungsprüfung nach Art. 3 Abs. 1 GG sind daher – wie gezeigt (4.2.) – strenge Anforderungen zu stellen. Um so mehr, da im Verhältnis zu Unionsbürgern die Anknüpfung an die Staatsangehörigkeit in der Regel schon aufgrund der Art. 21 Abs. 2 GRC und Art. 18 AEUV unzulässig ist, wegen §§ 9, 11 FreizügG/EU i.V.m. §§ 95 Abs. 1 Nr. 3 und 8, Abs. 2 Nr. 2, Abs. 4 AufenthG sowie eingeschränkt der §§ 96–99 AufenthG die Anwendbarkeit des Migrationsstrafrechts und damit die Zulässigkeit einer Kontrolle nach § 21 Abs. 2 Nr. 1 Buchst. a Doppelbuchst. bb ASOG Bln jedoch auch für sie eröffnet ist. Auch bei der Staatsangehörigkeit handelt es sich um ein Merkmal, das einer Person kaum verfügbar ist, da die Staatsangehörigkeit – und im

241 OVG Koblenz, Urteil vom 21. April 2016, NJW 2016, S. 2820, juris Rn. 58; vgl. den sog. Teestuben-Fall, in dem das BVerwG (BVerwG, Urteil vom 25. August 2004 – 6 C 26/03 –, BVerwGE 121, 345–356) dem OVG Bremen dahingehend folgt, dass jedenfalls bei Kontrollen im Schutzbereich von Art. 13 GG während der Geschäftszeiten eines Lokals die Anforderungen an die gesetzliche Befugnisnorm der Polizei ferner dahingehend einzugrenzen seien, „dass sich der Zurechnungszusammenhang zwischen Kontrollziel und Kontrollobjekt durch tatsächliche Anhaltspunkte unterhalb der Schwelle der konkreten Gefahr ergeben müsse.“

vorliegenden Fall daraus folgend der Aufenthaltsstatus – grundsätzlich von der Staatsangehörigkeit der Eltern oder dem Ort der Geburt, mithin von Umständen abhängt, die nicht beeinflusst werden können.²⁴² Schließlich ist im vorliegenden Fall deswegen eine strenge Rechtfertigungsanforderung angezeigt, weil in bestimmten Konstellationen die Ungleichbehandlung ausländischer Staatsangehöriger hinsichtlich ihrer nachteiligen Auswirkungen auf die Betroffenen einer Unterscheidung nach den in Art. 3 Abs. 3 Satz 1 GG aufgeführten Merkmalen nahe kommt, so dass strenge verfassungsrechtliche Anforderungen an die Rechtfertigung der Ungleichbehandlung zu stellen sind.²⁴³ In diesem Fall nähert eine Ungleichbehandlung aufgrund der Staatsangehörigkeit in ihrer nachteiligen Auswirkung einer Ungleichbehandlung aufgrund der Rasse an, zu der nach völkerrechtsfreundlicher Auslegung des Grundgesetzes unter Berücksichtigung des Internationalen Übereinkommens zur Bekämpfung von allen Formen von rassistischer Diskriminierung²⁴⁴ auch Hautfarbe, nationale und ethnische Herkunft gehören. Der von Baer und Markard vorgezeichnete Rechtfertigungsmaßstab findet daher Anwendung.

5.1. Legitimer Zweck

Der Landesgesetzgeber bezweckt mit der Ausweisung bestimmter Orte als kriminalitätsbelastet, gem. § 1 Abs. 3 ASOG Bln die vorbeugende Bekämpfung von Straftaten und deren Abschreckung, mithin eine Optimierung der Gefahrenabwehr.²⁴⁵ Soweit dabei vordergründig

242 BVerfGE 130, 240, 255.

243 BVerfGE 130, 240, 255.

244 BGBl. 1969 II, 961; vgl. dazu auch Britz, Gabriele, Die Individualbeschwerde nach Art. 14 des Übereinkommens zur Beseitigung jeder Form von Rassendiskriminierung. Zur Einführung des Individualbeschwerdeverfahrens in Deutschland, in EuGRZ 2002, 381.

245 Möllers, Polizeikontrollen ohne Gefahrenverdacht, NVwZ 2000, S. 382 (385).

eine (an sich zulässige) Differenzierung nach der Staatsangehörigkeit erfolgt, findet diese „Sonderbehandlung von Ausländern“ unter Berücksichtigung des Normzwecks der Migrationskontrolle bzw. der Verfolgung migrationsrechtlicher Strafvorschriften insofern eine sachliche Rechtfertigung, als die nach §§ 95 i.V.m. 13, 14 AufenthG unter Strafe gestellte unerlaubte Einreise aus Rechtsgründen nur von Nicht-deutschen begangen werden kann.²⁴⁶

Nach § 95 AufenthG werden folgende vorsätzliche Tathandlungen mit Freiheitsstrafe bis zu einem Jahr oder mit Geldstrafe bedroht:

- Aufenthalt ohne erforderlichen Pass und ohne Pass- bzw. Ausweisersatz (§ 95 Abs. 1 Nr. 1 AufenthG),
- Aufenthalt ohne erforderlichen Aufenthaltstitel (§ 95 Abs. 1 Nr. 2 AufenthG),
- unerlaubte Einreise (§ 95 Abs. 1 Nr. 3 AufenthG),
- Verstoß gegen Ausreiseverbot oder das Verbot bzw. die Beschränkung der politischen Betätigung (§ 95 Abs. 1 Nr. 4 AufenthG),
- falsche Angaben zur Identitätsfeststellung (§ 95 Abs. 1 Nr. 5 AufenthG),
- Verstoß gegen Duldungspflichten im Rahmen der Überprüfung, Feststellung und Sicherung der Identität (§ 95 Abs. 1 Nr. 6 AufenthG),
- Verstoß gegen die Meldepflicht, die räumliche Beschränkung des Aufenthalts oder sonstige Auflagen, die Verpflichtung zur Wohnsitznahme und die Nichteinhaltung des Nutzungsverbots bestimmter Kommunikationsmittel oder Nichtbeachtung bestimmter Kontaktverbote nach § 56 Abs. 4 AufenthG (§ 95 Abs. 1 Nr. 6a AufenthG),

²⁴⁶ Vgl. OVG Koblenz, Urteil vom 21. April 2016, NJW 2016, S. 2820, juris Rn 59.

- wiederholter Verstoß gegen räumliche Beschränkungen im Sinne des § 61 Abs. 1 AufenthG (§ 95 Abs. 1 Nr. 7 AufenthG),
- Zugehörigkeit zu einer geheimen Ausländervereinigung oder -gruppe (§ 95 Abs. 1 Nr. 8 AufenthG) und
- vorsätzliche unerlaubte Erwerbstätigkeit von Ausländern mit Schengen-Visum (§ 95 Abs. 1 Nr. 1a AufenthG).

Neben diesen zahlreichen aufenthaltsrechtlichen Vergehen (Freiheitsstrafe bis zu einem Jahr) stellt § 95 Abs. 2 AufenthG folgende vorsätzliche Tathandlungen mit Freiheitsstrafe bis zu drei Jahren oder Geldstrafe unter Strafe:

- Verstoß gegen Einreise- und Aufenthaltsverbot (§ 95 Abs. 2 Nr. 1 AufenthG) und
- falsche Angaben bei der Beantragung eines Aufenthaltstitels oder einer Duldung oder Nutzung einer so beschafften falschen Urkunde (§ 95 Abs. 1 Nr. 2 AufenthG).

Zu beachten ist ferner die teilweise mit einer Strafandrohung von bis zu zehn Jahren belegte Schleuserkriminalität in § 96 AufenthG.²⁴⁷

In der Politik wird die „Bekämpfung illegaler Migration“ als „Schutz gewichtiger öffentlicher Interessen“ hervorgehoben²⁴⁸ und findet dabei in der Rechtsprechung²⁴⁹ eine Stütze. Illegale Zuwanderung wird unter Hinweis auf die damit verbundenen Verstöße gegen die Rechtsordnung sowie die nachteiligen Folgen in sozialer und wirtschaftlicher Hinsicht als eine schwerwiegende Gefahr für die öffentliche Sicherheit

²⁴⁷ Vgl. auch BayVerfGH, Entscheidung vom 28. März 2003 – Vf. 7-VII-00, Vf. 8-VI-II-00 –, juris Rn. 118.

²⁴⁸ Vgl. zu § 22 Abs. 1a BPolG die Gesetzesbegründung der Bundesregierung, BT-Drucks. 16/4665, S. 6.

²⁴⁹ BVerwG, Urteil vom 25. August 2004 – 6 C 26/03 –, BVerwGE 121, 345-356, juris Rn. 32.

eingestuft.²⁵⁰ Entsprechend wird davon ausgegangen, dass Befugnisnormen, die der Polizei die Entdeckung von Personen erlauben, die sich illegal im Bundesgebiet aufhalten, einen wichtigen Gemeinwohlbelang erfüllen.²⁵¹ Dies komme gerade darin zum Ausdruck, dass Verstöße gegen aufenthaltsrechtliche Bestimmungen mit Strafe bedroht werden.²⁵² Dabei intendiere das Migrationsstrafrecht zugleich eine Stabilisierung der verwaltungsrechtlichen Ordnungssysteme des Ausländergesetzes und des Asylverfahrensgesetzes und habe generalpräventive Wirkung gegenüber zahlreichen für die grenzüberschreitende Kriminalität charakteristischen Delikten, wie z.B. das Einschleusen von Ausländer_innen, den unerlaubten Aufenthalt, Urkundenfälschung, (Kraftfahrzeug-)Diebstahl sowie Verstöße gegen das Waffen- und das Betäubungsmittelgesetz. Es reiche bis hin zur Bekämpfung verschiedener, zum Teil schwerer, mit Freiheitsstrafe bis zu 10 Jahren bedrohter Verbrechen (§ 181 StGB).²⁵³

Dem kann entgegen gehalten werden, dass soweit bei der Prüfung von Befugnisnormen für verdachtsunabhängige Personenkontrollen – vor allem im Grenzgebiet und im grenzüberschreitenden Verkehr –, deren generalpräventiver Charakter hervorgehoben wird, mit der Konstituierung und Deklaration „kriminalitätsbelasteter Orte“ immer auch das Signal an bestimmte Personen und Personengruppen verbunden wird, dass deren Anwesenheit unerwünscht ist.²⁵⁴ Eindrucksvoll wird dies

250 Kritisch zum Schutzgut des § 95 AufenthG Hörich/Bergmann in Hüber, AufenthG, 2. Aufl. 2016, Rn. 10, die in § 95 AufenthG das Vorhandensein eines Schutzgutes verneinen; lediglich das verwaltungsrechtliche System des Aufenthaltsrechts käme als Rechtsgut in Betracht.

251 Ebd.

252 OVG Koblenz, Urteil vom 21. April 2016, NJW 2016, S. 2820, juris Rn 84.

253 BayVerfGH, Entscheidung vom 28. März 2003 – Vf. 7-VII-00, Vf. 8-VIII-00 –, juris, Rn. 118.

254 Keller, „Kriminalitätsbelastete Orte“: Wer hat Angst vorm Kottbusser Tor?, CILIP

durch die enorme Ausweitung polizeilicher Kontrollbefugnis im Freistaat Bayern bestätigt, wo der Bereich der „gefährlichen Orte“ gem. Art. 13 Abs. 1 Nr. 2 PAG (Polizeiaufgabengesetz Bayern) seit 2016 auf alle Orte ausgeweitet wurde, „die als Unterkunft oder dem sonstigen, auch vorübergehenden Aufenthalt von Asylbewerbern und unerlaubt Aufhältigen dienen“.²⁵⁵ Angesichts der mit solchen Gesetzen bezweckten Symbolwirkung und der einkalkulierten Stigmatisierung von Geflüchteten sowie vieler anderer Personen, die nicht in das äußere Erscheinungsbild der mitteleuropäischen Mehrheitsgesellschaft passen, stellt sich die Frage, ob eine derartige selbst Ressentiments aktivierende Gesetzgebung noch einen sachlichen Grund verfolgt und daher einen legitimen Zweck überhaupt erfüllen kann.²⁵⁶ Jedenfalls bestehen vor dem Hintergrund der Verstärkung gesellschaftlicher Ausgrenzungsprozesse durch gesetzliche Öffnungsklauseln, die typisiert eine diskriminierende Kontrollpraxis durch die Polizei eröffnen, erhebliche Zweifel daran, dass die vorgenannten Ziele der Migrationsstrafrechtspflege als Funktionsschutz der Zuwanderungspolitik insgesamt einen so herausragend wichtigen legitimen Zweck darstellen können, dass dieser eine mittelbare Diskriminierung aufgrund der Rasse bei der Ausübung polizeilicher Kontrollbefugnisse zu rechtfertigen vermag.

5.2. Geeignetheit

Derartige Zweifel an der Rechtfertigungsfähigkeit mittelbarer Diskriminierungen vertiefen sich noch im Hinblick auf die Geeignetheit der Maßnahme nach § 21 Abs. 2 Nr. 1 Buchst. a Doppelbuchst. bb ASOG

115 (April 2018), S. 23.

255 Als Anlass für die Gesetzesänderung wurden die gestiegenen polizeilichen Einsätze aufgrund von Straftaten an diesen Orten und das Bedürfnis an präventiv-polizeilichen Identitätskontrollen bei Asylsuchenden und unerlaubt Eingereisten geltend gemacht, vgl. LT-Drs. 17/11362, S. 24; dazu affirmativ Senftl in: Möstl/Schwabenbauer, BeckOK-Polizei- und Sicherheitsrecht, Art. 13 PAG Rn. 10.

256 Vgl. EuGH, Urteil vom 10. Juli 2008 – C-54/07, Slg. 2008, I-5187; BVerfG 132, 72, 83 (Rn. 26).

Bln. In der Literatur²⁵⁷ wird mit guten Gründen und teilweise unter Hinweis auf die geringe Erfolgs- bzw. Aufklärungsquote²⁵⁸ anlässlich verdachtsunabhängiger Kontrollen eine Eignung polizeilicher Maßnahmen, die an die Hautfarbe oder eine äußerliche Typisierung als nicht-deutsch anknüpfen, zur Erreichung legitimer Ziele von Ermittlungen bezweifelt. Konzidiert man dem Landesgesetzgeber mit der ständigen Verfassungsgerichtsrechtsprechung jedoch unter Außerachtlassung einer asymmetrisch-materiellen Konzeptionalisierung von Diskriminierung einen weiten Einschätzungs- und Gestaltungsspielraum zu, der erst überschritten ist, wenn sich die vorgesehene Maßnahmen als objektiv oder evident untauglich erweisen,²⁵⁹ fällt die geringe Trefferquote nicht weiter ins Gewicht.²⁶⁰ Denn die Ausweisung migrationskriminalitätsbelasteter Orte und die Befugnis zu einer anlassunabhängigen Kontrolle von an solchen Orten anzutreffenden Personen trägt jedenfalls zur Förderung der Aufdeckung entsprechender, verhaltensunabhängiger Straftaten bei.

Rechtlich schwerwiegender sind demgegenüber Bedenken gegen die Geeignetheit von § 21 Abs. 2 ASOG im Hinblick auf den rechtsfolgenreich gewährten Befugnisumfang der Maßnahme. Wie oben gezeigt, ermächtigt § 21 ASOG nur zur Feststellung der Identität, nicht zur

257 Baer/Markard, in Mangoldt/Klein/Starck, GG, Band 1, 7. Aufl., Art. 3, Rn. 478.

258 Ernst, NVwZ 2014, S. 633 (635); Waechter, DÖV 1999, S. 138 (139); Stephan, DVBI 1998, 81 (83 f.); generell gegen dergleichen rechtspolitische Erwägungen Möllers, NVwZ 2000, S. 382 (385); Fallzahlen für verdachtsunabhängige Kontrollen der Bundespolizei in Zügen: OVG Koblenz, Urteil vom 21. April 2016, NJW 2016, S. 2820, juris Rn. 82; vgl. auch LVerfG MV, LKV 2000, S. 149 (153).

259 Vgl. BVerfG, Urt. v. 3.3.2004, 1 BvR 2378/98, BVerfGE 109, 279, juris Rn. 209 ff.; VerfGH M-V, Urteil vom 21. Oktober 1999 – 2/98 –, juris 126; VerfGH Sachsen, Urteil vom 10. Juli 2003 – Vf. 43-II-00 –, juris 226.

260 Möllers, NVwZ 2000, S. 382 (385) erinnert daran, dass die verfassungsrechtliche Geeignetheitsprüfung die Gerichte nicht zur Suche nach einer optimalen Verwirklichung gesetzgeberischer Ziele ermächtigt, sondern eine Grenze des Nachvollziehbaren zöge.

Feststellung der Staatsangehörigkeit einer Person. Diese wird bei Verdacht einer Straftat oder Ordnungswidrigkeit gem. §§ 95 ff. AufenthG regelmäßig repressiv und damit auf der Grundlage der Strafprozessordnung (§ 163a StPO), nicht aber des Polizeirechts (ASOG Bln) erfolgen oder sich aber auf die spezialgesetzlichen Kontrollbefugnisse des Migrationsfachrechts stützen müssen (z.B. § 48, 49 AufenthG oder § 16 AsylG). Soweit die Identitätsfeststellung nach § 21 ASOG Bln insofern einer Kontrolle der Aufenthaltsberechtigung nur vorausgeht, etwa um Anhaltspunkte über eine mögliche nicht-deutsche Staatsangehörigkeit zu gewinnen, ist die Polizei bereits nach § 18 Abs. 3 ASOG Bln befugt, die Betroffenen entsprechend zu befragen und ggf. unter Rückgriff auf migrationsrechtliche Kontrollbefugnisse weitere Feststellungen über den Aufenthaltsstatus der Betroffenen zu treffen, so dass für eine Identitätsfeststellung weder ein rechtspolitischer Bedarf besteht noch eine tatsächliche Effektivitätssteigerung im Hinblick auf den gesetzlichen Zweck der Maßnahme erkennbar ist.

5.3. Erforderlichkeit

Für die Frage der Erforderlichkeit einer gesetzlichen Regelung kommt es darauf an, ob für die Erreichung des gesetzlichen Zwecks ein anderes, gleich wirksames, aber die Grundrechte eindeutig weniger stark einschränkendes Mittel zur Verfügung steht.²⁶¹ Steht dem Gesetzgeber eine weniger diskriminierende, ebenso effektive Regelungsmöglichkeit zur Verfügung und entscheidet er sich gleichwohl für die Zulassung diskriminierender Kontrollpraxen, bleibt ihm für dieses Vorgehen die verfassungsrechtliche Rechtfertigung versagt.

In der Rechtsprechung wurden bislang tatbestandliche oder rechtsfolgenreich eingeschränkte Kontrollen des polizeilichen Auswahlermessens mit dem Ziel einer Verminderung der Streubreite der Maßnahme un-

261 Statt vieler BVerfGE 100, 313, 375 = Urteil vom 14. Juli 1999 – 1 BvR 2226/94, u.a. –, juris Rn. 219.

ter Berufung auf ihren generalpräventiven Charakter, insbesondere im Falle von verdachtsunabhängigen Kontrollen im grenzüberschreitenden Verkehr oder in Zügen als nicht gleichermaßen effektiv, weil weniger abschreckend, abgelehnt.²⁶² Weiterhin wird auf das Verbot systematischer Kontrollen an Schengen-Binnengrenzen gem. Art. 20, 21 Schengener Grenzkodex (vgl. 7.4.) hingewiesen, um damit auf den Grenzraum beschränkte Kontrollbefugnisse als milderes Mittel auszuschließen.²⁶³ Diese auf Schleierfahndungen und Zugkontrollen bezogene Rechtsprechung ist auf den Anwendungsbereich der nach § 21 Abs. 2 Nr. 1 Buchst. a Doppelbuchst. bb ASOG Bln gewährten Kontrollbefugnisse an migrationskriminalitätsbelasteten Orten innerhalb des Stadtgebiets kaum übertragbar. Die Ermächtigungsgrundlage soll es der Polizei erlauben, an bestimmten Orten mit der Klärung der Identität der dort anzutreffenden Personen Verdachtsmomente auf strafbare Verstöße gegen Einreise- und Aufenthaltsbestimmungen zu gewinnen, und trägt damit in einem der Beobachtung strafbaren Verhaltens weitgehend entzogenen Kriminalitätsbereich zur Effektivierung der Strafverfolgung bei. Wie bereits unter I. gezeigt, fehlt der Rechtsnorm damit gerade eine speziell generalpräventive Zielrichtung, so dass für Alternativregelungen ein größerer Spielraum besteht. Zugleich haben innerstädtische Kontrollen außerhalb von Flughäfen und Bahnhöfen nicht per se eine den Grenzkontrollen vergleichbare Wirkung.

Eine mangelnde Erforderlichkeit der mit § 21 Abs. 2 Nr. 1 Buchst. a Doppelbuchst. bb ASOG Bln verbundenen Kontrollbefugnis lässt sich wohl nicht bereits im Hinblick auf das Bestehen der in § 21 Abs. 2 Nr. 1 Buchst. a Doppelbuchst. aa und cc ASOG Bln eingeräumten

262 SächsVerfGH, Urteil vom 10. Juli 2003 – Vf. 43-II-00 –, juris Rn. 227; OVG Koblenz, Urteil vom 21. April 2016, NJW 2016, S. 2820, juris Rn 83.

263 Vgl. BayVerfGH, Entscheidung vom 28. März 2003 – Vf. 7-VII-00, Vf. 8-VIII-00 –, juris Rn. 111; OVG Koblenz, Urteil vom 21. April 2016, NJW 2016, S. 2820, juris Rn 83.

Alternativbefugnisse annehmen, die jeweils auch anlassunabhängige Identitätsfeststellungen erlauben, ohne hierbei speziell auf aufenthaltsrechtliche Strafbestimmungen und damit auf phänotypische Auswahlkriterien im Einzelfall zurück zu greifen. Denn zum einen sind die Straftatbestände des § 95 AufenthG keine Straftaten von besonderer Bedeutung im Sinne von § 17 Abs. 3 ASOG,²⁶⁴ deren nicht lediglich ins Blaue hinein vermutete Verabredung, Vorbereitung oder Verübung in § 21 Abs. 2 Nr. 1 Buchst. a Doppelbuchst. aa ASOG Bln für die Qualifikation eines Ortes als gefährlich vorausgesetzt werden. Auch werden die wenigsten illegal eingereisten oder gegen Aufenthaltsbestimmungen verstoßenden Personen i.S.v. § 21 Abs. 2 Nr. 1 Buchst. a Doppelbuchst. cc ASOG Bln als (bereits verurteilte) Straftäter_innen per Vorführungs- oder Haftbefehl nach § 457 Abs. 2 StPO²⁶⁵ bzw. aufgrund einer ähnlichen freiheitsentziehenden Verfügung gesucht;²⁶⁶ insbesondere wird die Fahndung zur Durchsetzung von Abschiebehaft nach § 62 AufenthG nicht von dieser Befugnis erfasst. Zum anderen aber dürften migrationsstrafrechtliche Kontrollen deutlich effektiver durchgeführt werden können, wenn sie möglichst niedrigschwellig und mit großer Streubreite erlaubt sind.

Als milderes, gleichermaßen effektives Mittel kommt hingegen eine gesetzliche Regelung in Frage, die der Gefahr eines diskriminierenden Gesetzesvollzugs vorbeugend durch entsprechende Vorkehrungen gewährleistet, dass gerade nicht an die durch Art. 3 Abs. 3 Satz 1 GG

264 § 96 Abs. 2 und § 97 AufenthG sowie § 84 Abs. 3 und § 84a AsylG allerdings schon.

265 Für ein in diesem Sinne enges Verständnis der Norm: Baller, in: Baller/Eiffler/Tschisch, ASOG, § 21 Rn. 12.

266 Nach einem weiten Verständnis der Befugnis sollen auch tatverdächtige Beschuldigte erfasst sein, die gesucht werden und gegen die ein Haft- oder Unterbindungsbefehl erlassen worden ist (§ 114 bzw. § 126a StPO), vgl. Knappe/Kiworr, ASOG, 10. Aufl. (2009), S. 315.

geschützten Merkmale angesetzt wird. Als solches sind beispielsweise Stichprobenkontrollen nach dem Zufallsprinzip oder nach zusätzlichen bzw. anderen neutralen, lageabhängigen Kriterien²⁶⁷ vorstellbar. Soweit dabei auch Personen in den Bereich polizeilicher Maßnahmen geraten, die bisher nicht von migrationsstrafrechtlichen Kontrollen betroffen waren, dürfte dieser für sie – im Vergleich zu Personen of Color – deutlich weniger stigmatisierende und damit weniger intensive Grundrechtseingriffe zur Herstellung praktischer Konkordanz und zur Vermeidung diskriminierender Anknüpfungen verfassungsrechtlich zumutbar sein.

5.4. Angemessenheit / Zumutbarkeit

Schließlich haben offen durchgeführte verdachts-unabhängige Identitätsfeststellungen an Orten, von denen die Polizei aufgrund tatsächlicher Anhaltspunkte annimmt, dort würden sich Personen treffen, die gegen aufenthaltsrechtliche Strafvorschriften verstoßen, eine stigmatisierende Wirkung nicht nur für die kontrollierten Betroffenen, sondern auch für den Ort selbst. Dies kann im Einzelfall dazu beitragen, dass Schutzräume für verfolgte, traumatisierte und dem Alltagsrassismus ohnehin vielfältig ausgesetzte Personen verloren gehen und die Betroffenen einer Sphäre verminderter Rechtsscheinsgeltung ausgesetzt werden, in denen sie allein aufgrund ihres Aufenthalts an diesem Ort einer gesteigerten Kontrollpraxis und damit einer niedrigschwelligen Verfügungsbefugnis der Polizei unterfallen, die wie oben gezeigt bei einer Identitätsfeststellung kein Bewenden haben muss. In diesem Sinne trägt die Regelung in § 21 Abs. 2 Nr. 1 Buchst. a Doppelbuchst. bb ASOG dazu bei, Ressentiments sowohl innerhalb der Polizei wie in der deutschen Mehrheitsgesellschaft gegen migrantische

267 „Lageerkenntnisse“ erfordern systematisch verdichtete Beschreibungen polizeilich relevanter Daten und Fakten, die einen bestimmten (örtlichen) Bereich zu einer bestimmten Zeit prägen, vgl. Drewes, in: ders./Malmberg/Walter, Bundespolizeigesetz, 5. Auflage 2006, § 22 Rn. 27; Holtmann in: Möllers, Wörterbuch der Polizei, 2. Aufl. (2010), S. 1676.

Communities oder schlicht nicht-deutsch erscheinende Personen zu aktivieren.²⁶⁸ Ein derartiges öffentlich wahrnehmbares Stigma²⁶⁹ ist den Betroffenen mithin nicht zumutbar.²⁷⁰

Dabei kommt auch zum Tragen, dass es der Landesgesetzgeber verabsäumt hat, erkennbare Stigmatisierungseffekte, wie sie in der Rechtsprechung und Literatur, wenn auch randständig,²⁷¹ diskutiert wurden, zu vermeiden und nach Möglichkeit tatbestandlich auszuschließen. Soweit der Gesetzgeber nämlich vom Erfordernis einer konkreten Gefahr bzw. wenigstens eines Gefahrenverdachts sowie von der Einschränkung des Auswahlmessens auf zurechenbare (Anscheins-) Störer_innen als Adressant_innen polizeilicher Kontrollbefugnisse abweicht und damit zugleich von der überkommenen Polizeirechtsdogmatik abrückt,²⁷² weitet er die Anwendung polizeilicher Befugnisse auch gegenüber Nichtstörer_innen und greift damit zugleich abschreckend in den Bereich verfassungsrechtlich gewünschter Grundrechtsinanspruchnahme ein.²⁷³ Verzichtet der Gesetzgeber auf begrenzende Anforderungen an die Wahrscheinlichkeit des Gefahreneintritts sowie an die Nähe der Betroffenen zur abzuwehrenden Bedrohung und sieht er gleichwohl eine Befugnis zu Eingriffen von erheblichem Gewicht

268 Vgl. EuGH, Urteil vom 10. Juli 2008 – C-54/07, Slg. 2008, I-5187 – Feryn; BVerfGE 115, 320, 352 f. m.w.N. (Rasterfahndung) und 133, 277, 350 f. (Rn. 168) und 359 f. (Rn. 188 f.) (Antiterrordateigesetz).

269 Dazu Solanke (2016): Discrimination as Stigma. A Theory of Anti-discrimination Law.

270 So für die Praxis des racial profiling allgemein: Baer/Markard, in Mangoldt/Klein/Starck, GG, Band 1, 7. Aufl., Art. 3, Rn. 478.

271 Vgl. das Minderheitenvotum zu BayVerfGH, Entscheidung vom 7. Februar 2006 – Vf. 69-VI-04 –, juris Rn. 68.

272 Vgl. Drews, Preußisches Polizeirecht, 3. Aufl. 1931, S. 65; Poscher, Der Gefahrverdacht - Das ungelöste Problem der Polizeirechtsdogmatik, NVwZ 2001, S. 141, 143.

273 Vgl. hierzu grundlegend BVerfGE 65, 1, 43.

vor, genügt dies dem Verfassungsrecht nicht.²⁷⁴ Aus dem Ausnahmecharakter einer gesetzlichen Regelung, die auf einen Zurechnungszusammenhang zwischen dem Einzelnen und der abzuwendenden (möglichen) Schädigung polizeilicher Schutzgüter verzichtet, folgert das Verfassungsgericht Mecklenburg-Vorpommern, dass „der Gesetzgeber Vorschriften mit möglichst hoher Regelungsdichte zu schaffen hat. Er selbst muss auf der Tatbestandsseite die Voraussetzungen des Eingreifens festlegen. Dieser Verantwortung darf er sich nicht dadurch entziehen, dass er, statt Eingrenzungen selbst zu treffen, rechtlich gebotene Einschränkungen der Exekutive auf der Rechtsfolgenseite – durch Anwendung der §§ 14 und 15 SOG M-V – oder den Gerichten überlässt.“²⁷⁵

Eine hieran bemessene tatbestandliche Eingrenzung erfährt § 21 Abs. 2 Nr. 1 Buchst. a Doppelbuchst. bb ASOG – insofern abweichend von § 9 Abs. 1 Nr. 2 Buchst. a Doppelbuchst. bb des Musterentwurfs des Polizeigesetzes von 1977 – wegen der Reichweite der straffatbegründenden Anknüpfungen an migrationsrechtliche (Mitwirkungs-) Pflichten in §§ 95 f. AufenthG und §§ 84 AsylG auch nicht durch die Beschränkung auf Orte, an denen der Verstoß gegen Aufenthaltsbestimmungen zugleich den Tatbestand migrationsrechtlicher Strafbestimmungen erfüllt.

Darüber hinaus wurde in der Rechtsprechung des Landes- wie des Bundesverfassungsgerichts in diesem Zusammenhang immer wieder die Beobachtungspflicht des Polizeirechtsgesetzgebers über die Wirkung seiner Maßnahme hervorgehoben.²⁷⁶ Dem ist der Landesgesetz-

274 OVG Hamburg, Urteil vom 13. Mai 2015 – 4 Bf 226/12 –, juris Rn. 75, das insofern auf BVerfG, Beschl. v. 4.4.2006, 1 BvR 518/02, BVerfGE 115, 320, juris Rn. 135, 137 verweist.

275 VerfG M-V, Urteil vom 21. Oktober 1999 – 2/98 –, juris Rn. 114.

276 VerfG M-V, Urteil vom 21. Oktober 1999 – 2/98 –, juris Rn. 109; SächsVerfGH,

geber erkennbar bisher nicht gerecht geworden, insbesondere existiert weder statistisches Material über die Anwendung entsprechender Maßnahmen an nach § 21 Abs. 2 Nr. 1 Buchst. a Doppelbuchst. bb ASOG Bln ausgewählten Orten und deren Reichweite im Einzelfall (z.B. in Bezug auf Anschlussmaßnahmen) noch ist eine Evaluation der Befugnis in Auftrag gegeben worden. Dabei dürfte auch ins Gewicht fallen, dass die Polizei im Hinblick auf strafprozessuale und migrationsrechtsspezifische Alternativbefugnisse bei der Ermittlung aufenthaltsrechtlicher Straftaten nicht handlungsunfähig gestellt würde, wenn die Befugnis nach § 21 Abs. 2 Nr. 1 Buchst. a Doppelbuchst. bb ASOG Bln ersatzlos entfiel. Insbesondere im Hinblick auf die Verabredung, Vorbereitung und Verübung von Straftaten im Bereich der Schleuserkriminalität besteht über § 21 Abs. 2 Nr. 1 Buchst. a Doppelbuchst. aa i.V.m. § 17 Abs. 3 ASOG i.V.m. § 110a Abs. 1 und 2 Nr. 4 und 5 StPO und §§ 84 Abs. 3, 84a AsylG bzw. §§ 96 Abs. 2, 97 AufenthG auch im ASOG eine alternative Handlungsbefugnis mit rechtsfolgenseitig ebenso weitreichender, aber nicht ebenso diskriminierender Wirkung.

Soweit § 21 Abs. 2 Nr. 1 Buchst. a Doppelbuchst. bb ASOG Bln den in der Verfassungsrechtsprechung aufgestellten Grundsätzen der Normenklarheit und Normenbestimmtheit nicht gerecht wird, scheidet die Befugnisnorm zugleich als Rechtfertigungsgrundlage für eine Ungleichbehandlung nach Art. 3 Abs. 1 aufgrund von Merkmalen aus, die jenen durch Art. 3 Abs. 3 Satz 1 GG geschützten stark angenähert oder von ihnen sogar erfasst sind, und erweist sich damit als ein unverhältnismäßiger Eingriff bzw. eine unzumutbare Diskriminierung.

LVerfGE 4, 303, 355; BVerfGE 112, 304 (316 f.); 133, 277 (371); 141, 220 (290).

6. Unvereinbarkeit mit völkerrechtlichen Verpflichtungen

Bei der Wahrnehmung seiner Regelungsbefugnisse hat der Landesgesetzgeber die völkerrechtlichen Verpflichtungen der Bundesrepublik zu beachten. Soweit völkerrechtliche Abkommen in das deutsche Recht transformiert wurden und ein entsprechender Rechtsanwendungsbefehl erteilt worden ist,²⁷⁷ stehen sie innerhalb der bundesrepublikanischen Rechtsordnung im Rang eines Bundesgesetzes,²⁷⁸ dessen Umsetzung nach Art. 30 GG den Ländern obliegt. Diese Rangzuweisung führt dazu, dass Gesetze im Einklang mit den völkerrechtlichen Verpflichtungen auszulegen und anzuwenden sind, selbst wenn sie zeitlich später erlassen wurden als ein geltender völkerrechtlicher Vertrag.²⁷⁹ Über Art. 31 GG nimmt das Vertragsgesetz auch am Vorrang des Bundesrechts gegenüber den Landesgesetzen teil.²⁸⁰ Dies gilt namentlich auch für die Menschenrechtspakte der UN (IBPBR) sowie die Vorgaben der Europäischen Menschenrechtskonvention (EMRK). Nach dem Grundsatz der völkerrechtsfreundlichen Auslegung des Grundgesetzes kommt den Menschenrechtskonventionen und der EMRK, zu deren Kernbestand sich die deutsche Verfassungsordnung auch in Art. 1 Abs. 2 GG bekennt, zwar formell nur der Rang einfachen Bundesrechts unterhalb der Verfassung zu, bei der Auslegung und Anwendung des Grundgesetzes sind die Rechte der EMRK allerdings über Art. 59 Abs. 2 GG heranzuziehen.²⁸¹ Soweit Garantien der EMRK im Grundrechtekatalog des Grundgesetzes keine Entsprechung finden,

277 Vgl. BVerfGE 73, 339, 375.

278 Vgl. BVerfGE 1, 397, 411; BVerwGE 35, 262, 265 f.

279 BVerfG, st. Rspr., vgl. BVerfGE 19, 342, 347; 111, 307, 317.

280 März, in: von Mangoldt/Klein/Starck, Kommentar zum Grundgesetz, Band 2: Artikel 20 bis 82, 2005, Art. 31 Rn. 33; Riedel/Söllner, Studiengebühren im Lichte des UN-Sozialpakts, JZ 2006, S. 270 (276).

281 BVerfGE 74, 358, 370.

werden sie über das Rechtsstaatsprinzip einbezogen.²⁸² Auf diese Weise kommt der EMRK im Wege der völkerrechtsfreundlichen Auslegung des Grundgesetzes mittelbarer Verfassungsrang zu.

6.1 Interpretationen des UN-Menschenrechtsausschusses

Im Fall Williams Lecraft/Spanien hatte sich der UN-Menschenrechtsausschuss mit der Zulässigkeit migrationsrechtlicher Kontrollen zu beschäftigen und bekräftigt, dass es nach der IBPBR untersagt ist, körperliche oder ethnische Merkmale einer Person als Hinweis für einen möglichen illegalen Aufenthalt zu verwenden.²⁸³ Eine polizeiliche Kontrolle aufgrund der Rasse, ethnischen Herkunft und Hautfarbe verstoße gegen Art. 26 i.V.m. Art. 2 Abs. 3 IPBPR. Auch nach der Allgemeinen Empfehlung Nr. 31 gilt racial profiling per se als eine Form der rassistischen Diskriminierung.²⁸⁴

Inwiefern eine verdachtsunabhängige Kontrolle, die einem rassistischen oder ethnischen Hintergrund aufweist, einer Verhältnismäßigkeitsprüfung bestehen würde, ist höchst zweifelhaft. Eine Verhältnismäßigkeitsprüfung würde bereits am Kriterium der Geeignetheit scheitern, da Polizeikontrollen mit rassistischem oder ethnischen Hintergrund nicht geeignet sind legitime Zwecke wie öffentliche Sicherheit, Strafvorbeugung und Kontrollen gegen unerlaubte Einreise zu erreichen, so der Befund der OSJI-Studie²⁸⁵ und des UN-Berichts des ehemaligen UN-Sonderberichterstatters Martin Scheinin²⁸⁶. Maßnahmen des racial profiling

282 BVerfGE 111, 307, 315 ff.

283 UN Menschenrechtsausschuss, Entsch. v. 17/9/2009, Rn. 7.2, 7.4, 8.

284 Unter: <http://www.refworld.org/docid/48abd56dd.html>.

285 Open Society Justice Initiative, Ethnic Profiling in the European Union; Pervasive, Ineffective and Discriminatory, 2009, Rn. 51-55.

286 UN-Sonderberichterstatter, Report on the promotion and protection of human rights and fundamental freedoms while countering terrorism, A/HRC/4/26, 29.1.2007, Rn. 54; siehe auch O. De Schutter/J. Ringelheim, „Ethnic Profiling: A Rising Challenge for European Human Rights Law“, Modern Law Review 2008, Vol. 71 (3), 358-384.

haben das zweifache Kernproblem, dass sie einerseits unverhältnismäßig oft (over-inclusive) unschuldige Personen of Color treffen und andererseits unverhältnismäßig selten (under-inclusive) weiße Straftäter*innen.²⁸⁷ Verdachtsunabhängige Kontrollen, die auf rassische und ethnische Minderheiten gerichtet sind, sind demnach ineffizient und kontraproduktiv. Festzuhalten ist schließlich, dass nach Art. 2 Abs. 1 c) ICERD jeder Vertragsstaat verpflichtet ist, wirksame Maßnahmen zu treffen, um das Vorgehen von staatlicher und örtlichen Behörden zu überprüfen und alle Gesetze und sonstige Vorschriften zu ändern, aufzuheben oder für nichtig zu erklären, die eine rassische Diskriminierung – oder dort, wo eine solche bereits besteht, ihre Fortsetzung – bewirken. Im Hinblick auf § 21 Abs. 2 Nr. 1 ASOG Bln bedeutet dies, dass der Landesgesetzgeber mindestens ein Verfahren zur Überprüfung von diskriminierenden Polizeikontrollen vorsehen muss.

6.2 Rechtsprechung des EGMR

Bereits in der Vergangenheit haben mehrere inter- und supranationale Institutionen wie CERD²⁸⁸, ECRI²⁸⁹ und das Europäische Parlament²⁹⁰ auf die Wichtigkeit von Maßnahmen zur Vorbeugung von racial profiling hingewiesen. Der EGMR befand in seinem Grundsatzurteil D.H.,

287 So E. Brems et al., Sachverständiger Berater (amicus curiae) in der Rechtssache Zeshan Muhammad/Spanien, Nr. 34085/17, 2018, S. 9, unter: <http://www.hrc.ugent.be/wp-content/uploads/2018/05/Zeshan-Muhammad-v-Spain-tpi.pdf> (abgerufen am 1. Mai 2018).

288 CERD (2005), General Recommendation No. XXXI on the Prevention of Racial Discrimination in the Administration and Functioning of the Criminal Justice System, <http://www.refworld.org/docid/48abd56dd.html>.

289 ECRI (2007), General Policy Recommendation No. 11.

290 European Parliament (2009), Recommendation to the Council of 24 April 2009 on the problem of profiling, notably on the basis of ethnicity and race, in counter-terrorism, law enforcement, immigration, customs and border control, EP 121-p3, INI/2008/2020, No. LIBE/6/58595, <http://www.europarl.europa.eu/sides/getDoc.do?type=TA&language=EN&reference=P6-TA-2009-314> (zuletzt abgerufen am 1. Mai 2018)

dass eine Ungleichbehandlung aufgrund der Rasse, Hautfarbe oder ethnischen Herkunft strengste Rechtfertigungsanforderungen erfüllen müssen.²⁹¹ Im Fall Timishev/Russland²⁹² bekräftigte der EGMR diese Anforderungen dahingehend, dass für eine benachteiligende²⁹³ Ungleichbehandlung, die ausschließlich oder in einem entscheidenden Umfang aufgrund der Rasse oder ethnischen Herkunft beruht, eine objektive Rechtfertigung in einer gegenwärtigen pluralen und demokratischen Gesellschaft, die unterschiedliche Kulturen respektiert, ausgeschlossen ist.²⁹⁴

Dies kommt auch in einer Absenkung der Beweislast für die Behauptung diskriminierenden staatlichen Verhaltens zum Ausdruck. So begnügt sich der EGMR mit einem prima facie Beweis und legt den staatlichen Behörden die Darlegungslast auf, diesen Eindruck zu entkräften.²⁹⁵ Stehen keine statistischen Daten zu polizeilichen Kontrollen zur Verfügung, ist es menschenrechtlich zulässig und sogar geboten auf andere Beweisformen zurückzugreifen.²⁹⁶ Dies gilt um so mehr, wenn Informationen zu polizeilichen Kontrollpraktiken im Hinblick auf

291 EGMR (GK), Urt. v. 13.11.2007, Nr. 57325/00 – D.H./Tschechische Republik, Rdnr. 196.

292 EGMR, Urt. v. 13.12. 2005, Nr. Nr. 55762/00 und 55974/00 – Timishev/Russland, Rdnr. 58.

293 Der EGMR stellt gleichzeitig fest, dass eine unterschiedliche Behandlung aufgrund der Rasse oder ethnischen Herkunft zur Herstellung tatsächlicher Gleichheit im schulischen oder anderen gesellschaftlichen Bereichen gerechtfertigt ist, also keine Diskriminierung von Angehörigen der Mehrheitsgesellschaft darstellt (Rdnr. 198); dazu Meyer-Ladewig/Lehner, in Meyer-Ladewig/Nettesheim/von Raumer (Hg.): EMRK-Kommentar, 4. Aufl. (2017), Art. 14 EMRK, Rdnr. 22.

294 Zustimmend Meyer-Ladewig/Lehner, in Meyer-Ladewig/Nettesheim/von Raumer (Hg.): EMRK-Kommentar, 4. Aufl. (2017), Art. 14 EMRK, Rdnr. 22.

295 EGMR (GK), Urt. v. 13.11.2007, Nr. 57325/00 – D.H./Tschechische Republik, Rdnr. 196; Meyer-Ladewig/Lehner, in Meyer-Ladewig/Nettesheim/von Raumer (Hg.): EMRK-Kommentar, 4. Aufl. (2017), Art. 14 EMRK, Rdnr. 24.

296 EGMR (GK), Urt. v. 13.11.2007, Nr. 57325/00 – D.H./Tschechische Republik, Rn. 196.

Rasse oder ethnischen Herkunft nicht transparent gemacht werden und entsprechend keinen öffentlichen Zugang zu diesen existieren.²⁹⁷ Vor diesem Hintergrund ist es die Obliegenheit des Staates, das Vorliegen einer diskriminierenden Kontrollpraxis zu widerlegen.²⁹⁸ Wenn der prima facie Beweis einer mittelbaren rassistischen Diskriminierung erbracht ist, obliegt es dem Staat mit sehr gewichtigem Grund zu überzeugen, dass die betroffenen Maßnahmen einen legitimen Zweck haben und das Ergebnis von objektiven Umständen, die mit dem rassistischen und ethnischen Hintergrund der kontrollierten Person keinen Zusammenhang aufweisen.²⁹⁹ Denn dass eine Rechtfertigung rassistischer Ungleichbehandlung in einer demokratischen pluralen Gesellschaft überhaupt in Frage kommen kann, hält der EGMR für schwer vorstellbar.³⁰⁰ Für Sachverhalte mit einem rassistischen Hintergrund hat der EGMR das Diskriminierungsverbot aufgrund der Rasse zudem mit einem prozeduralen Tatbestand flankiert.³⁰¹ Aus dem verfahrensrechtlichen Tatbestand des Diskriminierungsverbots aufgrund der Rasse folgt die Verpflichtung, bei Sachverhalten mit einem möglichen rassistischen Hintergrund umfassende, erforderliche, objektive und angemessene Ermittlungen zu führen, um alle Indizien auf diskriminierende Beweggründe hin zu prüfen.

Im Fall *Guiliani und Gaggio/Italien* hat die Große Kammer des EGMR festgestellt, dass nicht-reglementierte und willkürliche Maßnahmen durch Vollzugsbeamte nicht vereinbar sind mit dem effektiven Schutz

297 Zu unzugänglichen Polizeilichen Daten, siehe bereits EGMR (GK), Urt. 28.9.2015, Nr. 23380/09, *Bouyid/Belgien*, Rn. 83, das im Rahmen des Art. 3 EMRK zu diesem Ergebnis kommt.

298 Ähnlich bereits EGMR, Urt. v. 12.1.2010, Nr. 4185/05 – *Gillan und Quinton/Vereinigtes Königreich*, Rn. 83-83.

299 EGMR (GK), Urt. 24.5.2016, Nr. 38590/10 – *Biao/Dänemark*, Rdnr. 114 und 138.

300 EGMR, Urt. v. 13.12. 2005, Nr. Nr. 55762/00 und 55974/00 – *Timishev/Russland*, Rn. 58.

301 Statt vieler EGMR, Urt. v. 26.2.2004, Nr. 43577/98 – *Nachova*, Rn. 158 f.

der Menschenrechte.³⁰² Darauf folge, dass polizeiliche Ansätze nationalrechtlich ausreichend geregelt sein müssen. Zudem forderte der EGMR bereits im Fall *O’Keeffe/Ierland*³⁰³, dass zum effektiven Schutz der Menschenrechte auch ein Verfahren zur Beobachtung und Berichterstattung der effektiven Anwendung nationalrechtlicher Vorschriften eingerichtet werden müssen.

6.3 Würdigung

Identitätskontrollen und weitere Verfahren innerhalb der Strafverfolgungsbehörden, die allgemein und neutral formuliert sind, können eine unverhältnismäßige Wirkung auf Angehörige bestimmter ethnischer Gruppen erzeugen. Eine Ungleichbehandlung aufgrund der Rasse oder ethnischen Herkunft wird in völkerrechtlichen Konventionen zum Schutz der Menschenrechte pönalisiert und stellt in der Interpretation und Rechtsprechung der zu ihrem Schutz eingerichteten zwischenstaatlichen Kommissionen und Gerichte eine unzulässige Verwendung von negativen Stereotypen sowie eine Verletzung der Menschenwürde dar.³⁰⁴ Damit ist ein Verstoß gegen völkerrechtliche Verpflichtungen in Folge der mittelbaren Anknüpfung an rassistische Auswahl- und Fahndungskriterien festzustellen. Für die Prüfung der Vereinbarkeit von § 21 Abs. 2 Nr. 1 Buchst. a Doppelbuchst. bb ASOG Bln am Maßstab von Art. 3 Abs. 1 und Abs. 3 Satz 1 GG ist diese Interpretation im Wege der völkerrechtsfreundlichen Auslegung zu Grunde zu legen.

302 EGMR (GK), Urt. v. 24.3.2011, Nr. 23458/02 – *Guiliani und Gaggio/Italien*, Rn. 249.

303 EGMR (GK), Urt. v. 28.1.2014, Nr. 35810/09 – *O’Keeffe/Ierland*, Rn. 148.

304 Vgl. EGMR (GK), Urt. v. 13.11.2007, Nr. 57325/00 – *D.H./Tschechische Republik*, Rn. 186.

7. Vereinbarkeit mit unionsrechtlichen Diskriminierungsverboten

Da unter „Personen, die gegen aufenthaltsrechtliche Strafvorschriften verstoßen“ auch Staatsangehörige der Europäischen Union fallen können, stellt sich die Frage, ob § 21 Abs. 2 Nr. 1 Buchst. a Doppelbuchst. bb ASOG Bln mit Unionsrecht zu vereinbaren ist. Als aufenthaltsrechtliche Strafvorschriften im Sinne des § 21 Abs. 2 Nr. 1 Buchst. a Doppelbuchst. bb ASOG Bln kommen zum Beispiel die in § 9 FreizügG/EU erfassten Tatbestände in Betracht:

- Freiheitsstrafe bis zu drei Jahren für falsche Identitätsangaben (§ 9 Abs. 1) und
- Freiheitsstrafe bis zu einem Jahr für die unrechtmäßige Einreise nach § 7 Abs. 2 S. 1 FreizügG/EU (§ 9 Abs. 2).
- § 11 FreizügG/EU verweist zudem auf die Anwendbarkeit des § 95 Abs. 1 Nr. 4 und 8, Abs. 2 Nr. 2, Abs. 4 AufenthG (vgl. oben).

7.1 Ungleichbehandlung aufgrund der Unionsbürgerschaft

Soweit § 21 Abs. 2 Nr. 1 Buchst. a Doppelbuchst. bb ASOG Bln mit dem Ziel einer Effektivierung der Gefahrenabwehr die Ausweisung von Orten als migrationskriminalitätsbelastet vorsieht und dazu wenigstens mittelbar nach dem Aufenthaltsstatus der dort anzutreffenden Personen differenziert, stellt die Eingriffsgrundlage jedenfalls im Vollzug auf eine Ungleichbehandlung zwischen Unionsbürgern und deutschen Staatsangehörigen ab. Diese müsste gerechtfertigt sein.

7.2 Unionsbürgerschaft und Diskriminierungsverbot: Art. 18 Abs. 1 und Art. 21 Abs. 2 Buchst. a AEUV

Nach Art. 21 AEUV liegt jeder Aufenthalt eines Unionsbürgers in einem Mitgliedstaat der Europäischen Union im unionsrechtlichen

Anwendungsbereich.³⁰⁵ Als Rechtfertigungsmaßstab ist zunächst Art. 18 Abs. 1 AEUV einschlägig, wonach jede Diskriminierung von Unionsbürgern unbeschadet besonderer Bestimmungen aus Gründen der Staatsangehörigkeit verboten ist. Diskriminierungen von Unionsbürgern sind daher einem strengen Rechtfertigungsgrund unterworfen.³⁰⁶ In diesem Zusammenhang ist auf die Rechtsprechung des EuGH zu verweisen, wonach die Unionsbürgerschaft dazu bestimmt ist, „der grundlegende Status des Angehörigen der Mitgliedstaaten zu sein, der denjenigen unter ihnen, die sich in der gleichen Situation befinden, unabhängig von ihrer Staatsangehörigkeit Anspruch auf die gleiche rechtliche Behandlung gibt“.³⁰⁷ Das Gleichbehandlungsgebot erstreckt sich somit auf die gesamte Rechtsordnung der Mitgliedsstaaten.³⁰⁸ Lediglich in Angelegenheiten, die in Art. 18 AEUV geregelt sind, ist eine Ungleichbehandlung zulässig.

7.3 Rechtfertigung

Angesichts des ähnlich strengen Rechtfertigungsmaßstabs wie bei Art. 3 Abs. 1 GG ergibt sich für die Prüfung einer unionsrechtlichen Ungleichbehandlung kein anderes Ergebnis als bei einer Prüfung am Maßstab der grundrechtlichen Gleichheitsrechte.

7.4 Schengener Grenzkodex VO 562/2006 (nunmehr Art. 23 der VO 2016/399)

Darüber hinaus stellt sich die Frage, inwiefern § 21 Abs. 2 Nr. 1 Buchst. a Doppelbuchst. bb ASOG Bln mit dem in Art. 21 des Schengener Grenzkodex³⁰⁹ enthaltenen Verbot innereuropäischer Grenz-

³⁰⁵ EuGH, Rs. C-85/96 – Martínez Sala, Slg. 1998, S. I-2691, Rdnr. 63.

³⁰⁶ EuGH, Rs. C-482/01, 493/01 – Orfanopoulos, Rn. 65 ff.

³⁰⁷ EuGH, Rs. C-184/99 – Grzelczyk, Rn. 31.

³⁰⁸ Vgl. etwa EuGH, Rs. C-184/02 – García Avello, Rn. 30 ff.

³⁰⁹ ABl. EG L Nr. 105 v. 13.5.2006. VO (EU) 2016/399 des Europäischen Parla-

kontrollen vereinbar ist. Art. 21 des Schengener Grenzkodex regelt die Bedingungen, unter denen Identitätskontrollen innerhalb des Hoheitsgebiets eines Mitgliedstaates möglich sind. So sind zwar Identitätskontrollen zur Ausübung der nationalen polizeilichen Befugnisse weiterhin erlaubt, diese dürfen jedoch nicht die gleiche Wirkung wie Grenzübertrittskontrollen haben. Danach gelten polizeiliche Maßnahmen dann nicht als Grenzkontrollen, wenn

- diese keine Grenzkontrollen zum Ziel haben;
- wenn die Maßnahmen auf allgemeine polizeiliche Informationen und Erfahrungen in Bezug auf mögliche Bedrohungen der öffentlichen Sicherheit beruhen und insbesondere auf die Bekämpfung der grenzüberschreitenden Kriminalität abzielen;
- wenn diese Maßnahmen so konzipiert und durchgeführt werden, dass sie sich eindeutig von systematischen Personenkontrollen an den Außengrenzen unterscheiden;
- wenn die Maßnahmen auf der Grundlage von Stichproben durchgeführt werden.

In diesem Rahmen könnte argumentiert werden, dass verdachtsunabhängige Kontrollen besonders im Hinblick auf § 21 Abs. 2 Nr. 1 Buchst. a Doppelbuchst. bb ASOG Bln eine ähnliche Wirkung wie Grenzübertrittskontrollen haben können, da sie an – wenn auch nur intern – ausgewiesenen bzw. bestimmten Orten darauf angelegt sind, die Identität der dort anzutreffenden Personen mit dem Ziel festzustellen, ob eine Berechtigung zum Aufenthalt vorliegt.³¹⁰ Eine polizei-

ments und des Rates vom 09.03.2016 über einen Gemeinschaftskodex für das Überschreiten der Grenzen durch Personen, ABl. 2016 L 77/1.

310 Wenngleich verdachtsunabhängige Grenzkontrollen alle Personen, die die Grenze überschreiten erfassen, liegt eines der Ziele darin, den Grenzübertritt von ausländischen Staatsangehörige, die gegen aufenthaltsrechtliche Bestimmungen verstoßen würden zu verhindern.

liche Identitätskontrolle, die darauf angelegt ist, ausländische Staatsangehörige ausfindig zu machen und auf ihre Einreiseberechtigung hin zu überprüfen, hat eine mit einer Grenzkontrolle sehr vergleichbare Wirkung, gerade wenn sie – wie der Wortlaut von § 21 Abs. 2 Nr. 1 ASOG Bln nahe legt – darauf ansetzt, grundsätzlich jedermann zu kontrollieren.

2017 hat der Europäische Gerichtshof (EuGH) auf die Vorlage des Amtsgerichts Kehl in Bezug auf die Befugnis der Bundespolizei zur Identitätsfeststellung im Grenzgebiet bis zu einer Tiefe von dreißig Kilometern zum Zwecke der Verhinderung oder Unterbindung unerlaubter Einreise in das Bundesgebiet oder zur Verhütung migrationsrechtlicher Straftaten gem. § 23 Abs. 1 Nr. 3 BPolG entschieden, dass der gesetzliche Rahmen, der die Kontrollen regelt, hinreichend genau und detailliert sein müsse.³¹¹ Zudem müssten die Kontrollen notwendig sowie auf ihre Intensität, Häufigkeit und Selektivität hin gerichtlich überprüfbar sein. Interne Verwaltungsvorschriften könnten als Rechtsrahmen zwar herangezogen werden, sie müssten aber die gleichen Anforderungen erfüllen. Daraus folgt, dass geheimhaltungsbedürftige Verschlussachen mangels Zugänglichkeit und Vorhersehbarkeit nicht als Rechtsgrundlage herangezogen werden können.³¹²

Hieraus ergeben sich Anforderungen an das Verfahren der Klassifizierung gefährlicher Orte im Sinne von § 21 Abs. 2 Nr. 1 Buchst. a Doppelbuchst. bb ASOG Bln, die zum einen transparent und voll überprüfbar sein müssen, zum anderen jedoch keine stigmatisierende Wirkung entfalten dürfen. Diese Anforderungen dürfte die Norm schon mangels Regelungsdichte und Normenbestimmtheit nicht erfüllen.

311 EuGH, Urt. v. 21.06.2017, Rs. C-9/16 (A); dazu Tischbirek/Wihl, Schengen schlägt zurück?, VerfBlog 2017/6/22, unter: <https://verfassungsblog.de/schengen-schlaegt-zurueck/> (abgerufen am 1. Mai 2018).

312 Siehe VGH Mannheim, Urt. v. 13.02.2018 – 1 S 1469/17.32.

SCHLUSSFOLGERUNGEN

1.

Es bestehen erhebliche Zweifel, ob § 21 Abs. 2 Nr. 1 Buchst. a ASOG Bln in die Gesetzgebungskompetenz des Landesgesetzgebers von Berlin fällt, weil es sich hier primär um die Aufdeckung von migrationsrechtlicher Straftaten und deren Verfolgung sowie die Sicherung von Verfahrenshandlungen nach dem AufenthG oder dem AsylG gehen. **Die Gesetzgebungskompetenz zur Regelung des Strafverfahrens und – als dessen Voraussetzung – für den Erlass gesetzlicher Bestimmungen zur Strafverfolgung fällt jedoch gemäß Art. 74 Abs. 1 Nr. 1 GG in die Gesetzgebungskompetenz des Bundes.**

Während letztere gem. § 1 Abs. 3 ASOG Bln der vorbeugenden Bekämpfung von Straftaten dienen, wozu primär die Verhinderung bzw. Verhütung künftiger Straftaten gehört und lediglich untergeordnet auch die – grundsätzlich gem. Art. 74 Abs. 1 Nr. 1 GG in die Gesetzgebungskompetenz des Bundes fallende – Vorsorge für die Verfolgung von Straftaten, setzt die Befugnis zur Durchführung anlass-unabhängiger Identitätsfeststellungen an migrationskriminalitätsbelasteten Orten (Doppelbuchst. bb) Treffpunkte von Personen voraus, die gegen aufenthaltsrechtliche Strafvorschriften verstoßen. Damit setzt die Befugnis bereits am Vorliegen von Straftaten an, die bereits bei der Einreise oder beim Verlassen des zugewiesenen Aufenthaltskreises verwirklicht wurden. Die Feststellung von Verstößen gegen aufenthaltsrechtliche Vorschriften kann somit durch derartige Kontrollen objektiv nicht verhindert, sondern nur festgestellt und verfolgt werden. Der Befugnis fehlt somit jeder generalpräventive Charakter, weswegen es sich bei § 21 Abs. 2 Nr. 1 Buchst. a Doppelbuchst. bb ASOG Bln um eine Strafverfolgungsbefugnis handelt, für die der Landesgesetzgeber keine Gesetzgebungskompetenz hat.

2.

Des Weiteren bestehen ernsthafte Zweifel an der Verfassungsmäßigkeit des § 21 Abs. 2 Nr. 1 Buchst. a ASOG Bln, weil es an einer **Rechtsform der Ausweisungsentscheidung**, die die Zuständigkeit für die Entscheidung und entsprechende öffentlich zugängliche Verfahrensvorschrift festlegt, fehlt.

Der Gesetzgeber hat ein Mindestmaß an Transparenz und Vorhersehbarkeit für die Ausweisungsentscheidung eines Gebiets durch gesetzliche Regelungen hinreichend klar selbst zu regeln. Das folgt aus dem verfassungsrechtlichen **Gebot des Gesetzesvorbehalts**. Solange eine Ausweisungsentscheidung und das Ausweisungsverfahren als rein verwaltungsinterner Vorgang einer gerichtlichen Kontrolle damit einer Überprüfung durch den betroffenen Bürger entzogen ist, entspricht dieser den verfassungsrechtlichen Anforderungen des Gesetzesvorbehalts in Verbindung mit dem informationellen Selbstbestimmungsrecht (Art. 2 Abs. 1 iVm Art. 1 Abs. 1 GG) nicht. Dadurch ist mittelbar auch die Rechtsweggarantie betroffen. Nicht zuletzt ist auch der eingreifende polizeiliche Verwaltungsakt in Form der Identitätsfeststellung ohne eine Verpflichtung zur umfassenden Dokumentation entgegen der derzeitigen Auffassung gerade nicht voll rechtlich überprüfbar.

Vor dem Hintergrund der Intensität der Ausweisungsentscheidung und der weitreichenden Auswirkung ist eine gesetzliche Regelung zu fordern.

3.

Zudem bestehen im Hinblick auf das **Diskriminierungsverbot erhebliche Zweifel** an der Verfassungsmäßigkeit besonders des § 21 Abs. 2 Nr. 1 Buchst. a Doppelbuchst. bb ASOG Bln, **weil diese Vorschrift unvermeidbar zu Stigmatisierung von Minderheiten und zu Kriminalisierungseffekten innerhalb der Mehrheitsgesellschaft führt, die eine**

nicht zu rechtfertigende mittelbare Diskriminierung aufgrund der Rasse (Art. 3 Abs. 1 i.V.m. Abs. 3 S. 1 GG) darstellt. Während die polizeiliche Norm neutral gefasst ist und „jede Person“, die sich an einem kriminalitätsbelasteten Ort aufhält, zu ihrem Adressaten macht, sind Normbetroffene typischerweise und ganz überwiegend nicht-weiße Personen. Diese Auswirkung wird durch den Tatbestand des § 21 Abs. 2 Nr. 1 Buchst. a Doppelbuchst. bb ASOG Bln verstärkt, weil in Folge der für die Erstellung von Lagebildern und bei der polizeilichen Ermessensbetätigung vor Ort gebotenen normativen Anknüpfung an den Aufenthaltsstatus und somit zugleich an die Staatsangehörigkeit einer Person vermehrt die Identität von – aus polizeilicher Sicht – „ausländisch“ erscheinenden Personen festgestellt wird, wobei phänotypische Merkmale, insbesondere die Hautfarbe und Sprache dieser Personen bei der Auswahl kausale Verwendung finde. Damit ist der Schutzbereich des Diskriminierungsverbots aufgrund der Rasse eröffnet, wonach Diskriminierungen aufgrund von Rasse, Hautfarbe, ethnischer und nationaler Herkunft untersagt sind (vgl. Art. 1 Abs. 1 ICERD).

Das Diskriminierungsverbot aufgrund der Rasse bietet somit Schutz vor der Durchführung verdachtsunabhängiger Identitätskontrollen an gefährlichen Orten zum Zwecke der Verhütung von Migrationskriminalität, wenn sie auf der Grundlage von § 21 Abs. 2 Nr. 1 Buchst. a Doppelbuchst. bb ASOG Bln im Wege eines Racial Profiling, also unter Anknüpfung an die Hautfarbe oder andere phänotypische Merkmale, z.B. die äußerliche Typisierung einer Person als „nordafrikanisch“, durchgeführt werden, wovon – wie gezeigt – in der Regel ausgegangen werden muss.

Für eine Diskriminierung aufgrund der Rasse genügt es bereits, wenn eine Ungleichbehandlung an ein in Art. 3 Abs. 3 Satz 1 GG genanntes Merkmal kausal anknüpft; dann ist es unerheblich, ob daneben

auch andere Gründe in einem Motivbündel maßgeblich waren. **Eine Diskriminierung wegen der Rasse wird wegen ihres engen Bezugs zur Menschenwürde als besonders schwerwiegend angesehen, eine Rechtfertigung kommt daher nur durch kollidierendes Verfassungsrecht in Frage.** Zu bezweifeln ist jedenfalls, ob angesichts der mit solchen Gesetzen bezweckten Symbolwirkung und der einkalkulierten Stigmatisierung von Personen mit Migrationshintergrund sowie vieler anderer Personen, die nicht in das äußere Erscheinungsbild der weißen Mehrheitsgesellschaft passen, stellt sich die Frage, ob eine derartige selbst Ressentiments aktivierende Gesetzgebung noch einen sachlichen Grund verfolgt und daher einen legitimen Zweck überhaupt erfüllen kann. Ebensowenig scheint die geprüfte Normvorschrift im Hinblick auf die Erfolgsquote der verdachtsunabhängigen Kontrollen das Kriterium der Geeignetheit zu erfüllen. Zudem sind mildere Mittel zur Erreichung des Normzwecks vorstellbar, so dass es an der Erforderlichkeit der Vorschrift fehlt.

Soweit **§ 21 Abs. 2 Nr. 1 Buchst. a Doppelbuchst. bb ASOG Bln** den in der Verfassungsrechtsprechung aufgestellten Grundsätzen der Normenklarheit und Normenbestimmtheit nicht gerecht wird, scheidet die Befugnisnorm zugleich als Rechtfertigungsgrundlage für eine Ungleichbehandlung nach Art. 3 Abs. 1 aufgrund von Merkmalen aus, die jenen durch Art. 3 Abs. 3 Satz 1 GG geschützten Merkmalen stark angenähert oder von ihnen sogar erfasst sind, und **erweist sich damit als ein unverhältnismäßiger Eingriff bzw. eine unzumutbare Diskriminierung.**

4.

Außerdem kommt die Regelung des § 21 Abs. 2 Nr. 1 Buchst. a Doppelbuchst. bb ASOG Bln den **völkerrechtlichen Verpflichtungen** der Bundesrepublik Deutschland aus der Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs für Menschenrechte sowie dem Internationalen

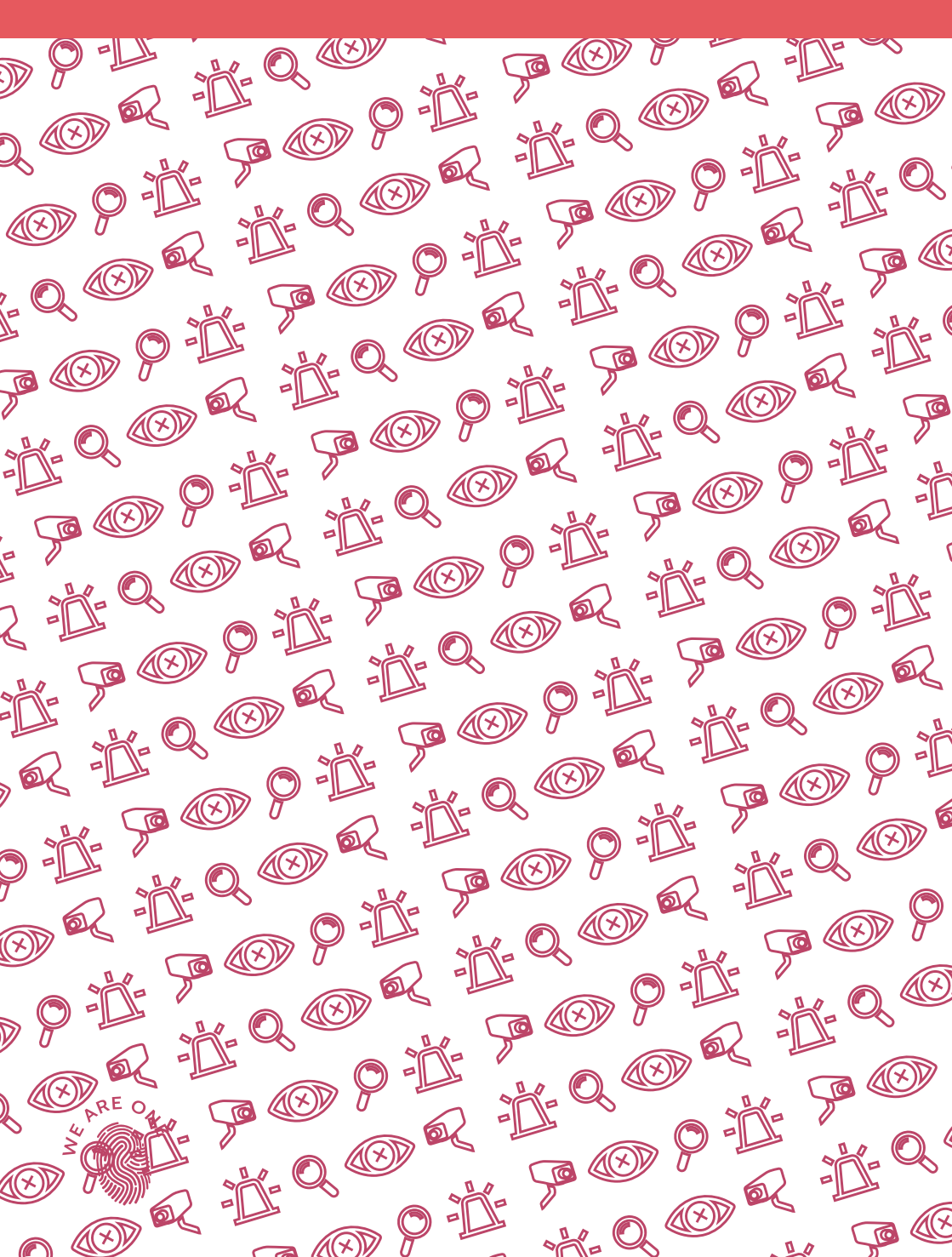
Übereinkommen zur Bekämpfung aller Formen von rassistischer Diskriminierung nicht nach.

Identitätskontrollen und weitere Verfahren innerhalb der Strafverfolgungsbehörden, die allgemein und neutral formuliert sind, können eine unverhältnismäßige Wirkung auf Angehörige bestimmter ethnischer Gruppen erzeugen. Eine Ungleichbehandlung aufgrund der Rasse oder ethnischen Herkunft wird völkerrechtlich pönalisiert und stellt in der Interpretation und Rechtsprechung der zu ihrem Schutz eingerichteten zwischenstaatlichen Kommissionen und Gerichte eine unzulässige Verwendung von negativen Stereotypen sowie eine Verletzung der Menschenwürde dar. **Für die Prüfung der Vereinbarkeit von § 21 Abs. 2 Nr. 1 Buchst. a Doppelbuchst. bb ASOG Bln am Maßstab von Art. 3 Abs. 1 und Abs. 3 Satz 1 GG ist diese Interpretation im Wege der völkerrechtsfreundlichen Auslegung zu Grunde zu legen.** Damit ist ein Verstoß gegen völkerrechtliche Verpflichtungen in Folge der mittelbaren Anknüpfung an rassistische Auswahl- und Fahndungskriterien festzustellen.

5.

Schließlich bestehen erhebliche Zweifel über die Vereinbarkeit des § 21 Abs. 2 Nr. 1 Buchst. a Doppelbuchst. bb ASOG Bln **mit europarechtlichen Vorgaben**. Soweit die Befugnisnorm mit dem Ziel einer Effektivierung der Gefahrenabwehr die Ausweisung von Orten als migrationskriminalitätsbelastet vorsieht und dazu wenigstens mittelbar nach dem Aufenthaltsstatus der dort anzutreffenden Personen differenziert, stellt die Eingriffsgrundlage jedenfalls im Vollzug auf eine **Ungleichbehandlung zwischen Unionsbürger*innen und deutschen Staatsangehörigen** ab. Angesichts des ähnlich strengen Rechtfertigungsmaßstabs wie bei Art. 3 Abs. 1 GG ergibt sich für die Prüfung einer unionsrechtlichen Ungleichbehandlung kein anderes Ergebnis als bei einer Prüfung am Maßstab der grundrechtlichen Gleichheitsrechte.

Zum anderen wirkt die Befugnisnorm als eine unzulässige innereuropäische Grenzkontrolle, die nach Art. 21 des Schengener Grenzkodex untersagt ist. **Eine polizeiliche Identitätskontrolle, die darauf angelegt ist, ausländische Staatsangehörige ausfindig zu machen und auf ihre Einreiseberechtigung hin zu überprüfen, hat eine mit einer Grenzkontrolle sehr vergleichbare Wirkung**, gerade wenn sie – wie der Wortlaut von § 21 Abs. 2 Nr. 1 ASOG Bln nahe legt – darauf ansetzt, grundsätzlich jedermann zu kontrollieren. Im Lichte der Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs könnten interne Verwaltungsvorschriften als Rechtsrahmen zwar herangezogen werden, sie müssten aber die gleichen strengen Anforderungen der Überprüfbarkeit erfüllen. Daraus folgt, dass zum einen geheimhaltungsbedürftige Verschlusssachen mangels Zugänglichkeit und Vorhersehbarkeit nicht als Rechtsgrundlage herangezogen werden können und zum anderen jedoch die Verwaltungsvorschriften keine stigmatisierende Wirkung entfalten dürfen. Diese Anforderungen dürfte die Norm schon mangels Regelungsdichte und Normenbestimmtheit nicht erfüllen.



WE ARE ON



/Ban Racial Profiling