

Recht berechnen – Zur Messbarkeit von Recht am Beispiel anlassloser Identitätskontrollen

*Johannes Siegel**

Der Beitrag untersucht am Beispiel anlassloser Identitätskontrollen, wie sich Recht empirisch messen lässt. Er zeigt, dass die bloße Dogmatik nicht ausreicht, um die Funktionalität von Rechtsnormen zu erfassen, und verbindet rechtswissenschaftliche, rechtssoziologische und sozialemprirische Ansätze. Anhand von Gerichtsentscheidungen, Polizeistudien, Betroffenenbefragungen und statistischen Daten wird sichtbar, wie dünn die empirische Basis der Rechtsanwendung ist und wie sehr sie zugleich von strukturellen Mustern geprägt wird. Die Analyse offenbart eine geringe „Trefferquote“ der Kontrollen, eine hohe Wahrnehmung von Diskriminierung und eine polizeiliche Kultur, die Ermessensentscheidungen stark beeinflusst. Daraus entsteht ein Spannungsfeld zwischen Rechtsfunktion, Wirksamkeit und Gleichheit. Der Beitrag fragt, ob ein Recht, das empirisch nachweisbar diskriminiert oder kaum Wirkungen erzielt, überhaupt noch „funktioniert“ und fordert eine Dogmatik, die Daten ernst nimmt, um die normative Idee des Rechts auf reale Funktionsfähigkeit zu prüfen.

Inhaltsverzeichnis

I.	Einleitung	206
II.	Daten zur Rechtsanwendung	206
1.	Gerichtsentscheidungen	206
2.	Sozialemprirische Forschungsdaten über Rechtsanwendung	208
a)	Was ist denn das?	209
b)	Quantitative Daten	210
c)	Qualitative Daten	211
d)	Fazit	213
3.	Quantitative Daten der Betroffenen	213
4.	Objektive Daten der Rechtsanwendung	214
III.	Berechenbarkeit	217
IV.	Fazit	219

* Johannes Siegel war wissenschaftlicher Mitarbeiter am Lehrstuhl für Öffentliches Recht, Europarecht und Völkerrecht von Prof. Dr. Daniel Thym der Universität Konstanz. Derzeit ist er Regierungsrat im Bundesministerium für Wirtschaft und Energie.

I. Einleitung

Die Rechtsanwendung als Facette der Funktionalität verdient mehr Aufmerksamkeit. Wie funktionieren konkrete Rechtsnormen in der Praxis? Ab wann funktioniert Recht und wann funktioniert es nicht mehr? Was ist überhaupt die Funktion konkreter Rechtsnormen? Diesen Fragen nähert man sich idealerweise mit einem empirisch-rechtssoziologischen Ansatz. Eine datengestützte interdisziplinäre Analyse macht Rechtsanwendung transparent und ermöglicht einen Blick über die Dogmatik hinaus. So wird Recht berechenbarer – wenn auch nicht vollständig berechenbar.

Am Beispiel der anlasslosen Identitätskontrollen wird anhand von vier Arten empirischer Daten die Funktionalität dieser dogmatischen Figur analysiert und deren ambivalente Funktionen gemessen. Ermächtigungsgrundlagen zu anlasslosen Identitätskontrollen haben stets dünne Tatbestände, die nur die räumliche Anwendung beschränken und auf Rechtsfolgende der Polizei Ermessen gewähren. Auswahlermessen und mündliche Verwaltungsakte ohne Begründung sind die Ausgangslage. Anhand der Daten soll festgestellt werden, ob die Kontrollen denn funktionieren, und eine Debatte über deren Funktion ermöglicht werden. Wen diskriminieren sie? Sind sie rassistisch? Besteht eine Struktur?

II. Daten zur Rechtsanwendung

1. Gerichtsentscheidungen

Der natürliche Blick führt zu Gerichtsverfahren und Entscheidungen. Sie sind vertraut und ermöglichen somit auch einen einfachen Zugang zu einer datengestützten Untersuchung. Gerichtsverfahren machen Konflikte sichtbar. Doch sie sind nur das Hellfeld. Nicht jeder Rechtsstreit endet in einem Gerichtsverfahren. Diese Einschränkung muss stets im Blick behalten werden. Dennoch bieten die Verfahren umfangreiche Daten. Im Kontext der anlasslosen Identitätskontrollen zeigt sich, dass das Hellfeld gering ausgeprägt ist und die wenigen Gerichtsverfahren teils jedoch besonders umfangreich sind. Der erste große deutsche *Racial Profiling* Sachverhalt ist ein zentraler Fall der anlasslosen Identitätskontrollen. Er endete vor dem OVG Rheinland-Pfalz 2012 zwar nur in einer übereinstimmenden Er-

ledigungserklärung,¹ dennoch gingen ihm zweimal eingelegte Rechtsmittel und drei Urteile voraus.² Ähnlich umfangreich war der Sachverhalt von Biblap Basu, der seinen Fall bis zu einer Verurteilung Deutschlands durch den EGMR im Jahr 2022 brachte.³ Beide Sachverhalte betreffen Verfahren gegen die Bundespolizei. Diese ist überwiegend die Beklagte in Verfahren bzgl. anlassloser Identitätskontrollen. Das überrascht, da es in beinahe allen Landespolizeigesetzen vergleichbare Ermächtigungsgrundlagen gibt.⁴ Es lassen sich schnell mehrere Verfahren⁵ zur Bundespolizei finden, jedoch nur wenige zum Landesrecht⁶. Diese Entscheidungen sind deutlich seltener, aber erneut umfangreich.⁷

Ein tieferer Blick auf die Verfahren ist aufschlussreich. Als erstes fällt auf, dass inhaltliche Cluster möglich sind: Auf der einen Seite Verfahren, die über die Rechtmäßigkeit der Ermächtigungsgrundlagen der anlasslosen Kontrollen stritten und die Rechtsanwendung selbst nicht mehr tief-

- 1 OVG Rheinland-Pfalz, Beschl. v. 29.10.2012, 7 A 10532/12.OVG, Pressemitteilung Nr. 30/2012.
- 2 S. zum Diskurs des ersten Urteils *J. Drohla*, Hautfarbe als Auswahlkriterium für verdachtsunabhängige Polizeikontrollen?, ZAR 2012, 411; *S. Adam*, "Racial profiling" bei Befragung und Identitätsfeststellungen im Gefahrenabwehrrecht des Bundes, vorgänge. Zeitschrift für Bürgerrechte und Gesellschaftspolitik 2013, 65; *A. Tischbirek/T. Wihl*, „Racial Profiling“ ist verfassungswidrig, Verfassungsblog vom 31.10.2012; *M. Wagner*, Allegorie des "racial profiling", Die Hautfarbe als polizeiliches Kontrollkriterium, DÖV 2013, 113; *W. Möller*, Der Fremde im Zug. Kritische Anmerkungen zum verwaltungsgerichtlichen Umgang mit Racial Profiling, Betrifft JUSTIZ 2013, 83; ebenso die Veröffentlichungen von NGOs, vgl. *H. Cremer*, Amicus curiae – Stellungnahme des Deutschen Instituts für Menschenrechte im Verfahren 7 A 10532/12.OVG vor dem Oberverwaltungsgericht Rheinland-Pfalz, „Hautfarbe“ ist kein zulässiges Auswahlkriterium für Polizeikontrollen, 10.2012.
- 3 EGMR NVwZ 2022, 1883.
- 4 *J. Siegel*, Rasse, Recht, Racial Profiling, Tübingen 2026, Kap. 3.
- 5 VG Koblenz, Urt. v. 28.2.2012, 5 K 1026/11.KP; OVG Rheinland-Pfalz, Beschl. v. 29.10.2012, 7 A 10532/12.OVG, Pressemitteilung Nr. 30/2012; VG Köln, Urt. v. 13.6.2013, 20 K 4683/12; VG Koblenz, Urt. v. 23.10.2014, 1 K 294/14; OVG Rheinland-Pfalz NJW 2016, 2820; VG Stuttgart, Urt. v. 22.10.2015, 1 K 5060/13; VGH Baden-Württemberg NVwZ 2018, 1893; VG Köln, Urt. v. 10.12.2015, 20 K 7847/13; OVG NRW NVwZ 2018, 1497; VG Dresden, Urt. v. 20.5.2015, 6 K 961/13; Sächsisches OVG, Beschl. v. 17.11.2015, 3 A 440/15; BVerfG, Kammerbeschluss ohne Begründung v. 19.6.2018, 1 BvR 3196/15; EGMR, Urt. v. 18.10.2022, Nr. 215/19, Basu gegen Deutschland; VG München, Urt. v. 27.7.2016, M 7 K 14.1468; VG Saarland, Urt. v. 28.9.2017, 6 K 1184/16, Mali; OVG Saarland NVwZ-RR 2019, 725; BVerwG NVwZ 2020, 382; OVG Saarland, Urt. v. 22.2.2022, 2 A 60/20; BVerwG NVwZ 2023, 96.
- 6 Exemplarisch ist das Verfahren Hamburgisches OVG NVwZ 2022, 1219.
- 7 S. dazu erneut Hamburgisches OVG NVwZ 2022, 1219.

gehend verhandelten,⁸ und auf der anderen Seite solche, bei denen die Rechtsanwendung der zentrale Punkt war.⁹ Letzteres ist für die Analyse der Funktionalität spannender. Ein Indiz dafür, weshalb mehr Bundesrecht als Landesrecht verhandelt wird, lässt sich jedoch nicht finden. Sagt das etwas darüber aus, ob das Landesrecht besser funktioniert als das Bundesrecht, da es weniger Verfahren gibt? Das muss verneint werden. Die Ermächtigungsgrundlagen unterscheiden sich marginal. Allein die rechtliche Ausgestaltung gibt keine Antwort. An dieser Stelle fällt bereits auf, dass der Blick in die Rechtsprechung erstaunlich wenig darüber sagt, wie und ob bestimmte Rechtsnormen funktionieren.

2. Sozialempirische Forschungsdaten über Rechtsanwendung

Der zweite Typ Daten führt ins Interdisziplinäre. Quantitative und qualitative sozialempirische Forschungsdaten zu Polizeibehörden machen die Rechtsanwendung transparenter. Sie ermöglichen einen Blick auf die Rechtsanwendung, der der Dogmatik verborgen bleibt. Er beantwortet die Fragen, wie die rechtausführende Behörde denkt, welches Selbstverständnis sie hat, welche Werte sie hat und wie sie Ermessen ausfüllt. Die Daten ermöglichen einen Einblick in den Auswahlprozess der Kontrollen.

8 S. beispielsweise die Rechtsprechung aus Baden-Württemberg bezüglich einer möglichen Unionsrechtswidrigkeit einzelner Normen des BPolG, VG Stuttgart, Urt. v. 25.9.2014, 1 K 1879/13; VGH Baden-Württemberg, Urt. v. 13.2.2018, 1 S 1468/17; BVerwG, Beschl. v. 21.1.2019, 6 B 120/18; VG Stuttgart, Urt. v. 11.4.2019, 1 K 2888/18; s. dabei auch die Vorabentscheidungsverfahren zum EuGH, AG Kehl, EuGH-Vorlage v. 21.12.2015, 3 Ds 303 Js 7262/14; EuGH, Urt. v. 21.6.2017, C-9/16, EU:C:2017:483; AG Kehl, EuGH-Vorlage v. 22.4.2016, 3 Cs 302 Js 10848/15; AG Kehl, Beschl. v. 28.6.2019, 2 Cs 308 Js 15425/18; EuGH, Beschl. v. 4.6.2020, C-554/19.

9 VG Koblenz, Urt. v. 28.2.2012, 5 K 1026/11.KP; OVG Rheinland-Pfalz, Beschl. v. 29.10.2012, 7 A 10532/12.OVG, Pressemitteilung Nr. 30/2012; VG Köln, Urt. v. 13.6.2013, 20 K 4683/12; VG Koblenz, Urt. v. 23.10.2014, 1 K 294/14; OVG Rheinland-Pfalz NJW 2016, 2820; VG Stuttgart, Urt. v. 22.10.2015, 1 K 5060/13; VGH Baden-Württemberg NVwZ 2018, 1893; VG Köln, Urt. v. 10.12.2015, 20 K 7847/13; OVG NRW NVwZ 2018, 1497; VG Dresden, Urt. v. 20.5.2015, 6 K 961/13; Sächsisches OVG, Beschl. v. 17.11.2015, 3 A 440/15; BVerfG, Kammerbeschluss ohne Begründung v. 19.6.2018, 1 BvR 3196/15; EGMR NVwZ 2022, 1883; VG München, Urt. v. 27.7.2016, M 7 K 14.1468; VG Saarland, Urt. v. 28.9.2017, 6 K 1184/16, Mali; OVG Saarland NVwZ-RR 2019, 725; BVerwG NVwZ 2020, 382; OVG Saarland, Urt. v. 22.2.2022, 2 A 60/20; BVerwG NVwZ 2023, 96; VG Hamburg, Urt. v. 10.11.2020, 20 K 1515/17; Hamburgisches OVG NVwZ 2022, 1219.

a) Was ist denn das?

Der Rechtswissenschaft ist die Behörde an sich stets bekannt. Der rechtliche Aufbau wird analysiert, die Ermächtigungsgrundlagen überprüft und mit den Grundrechten in Verhältnis gesetzt. Deutlich weniger wird darauf geblickt, wie die Behörde tatsächlich funktioniert. Die Behörde, als Institution mit eigenen Werten und eigenem Selbstverständnis, bleibt der juristischen Literatur überwiegend verborgen.¹⁰ Zur Funktion der Rechtsanwendung gehören jedoch auch die Personen, die das Recht anwenden und nicht nur deren Ermächtigungsgrundlage. Eine rechtssoziologische Perspektive drängt sich auf. Interdisziplinäre Forschung ermöglicht eine Analyse, die sowohl das Recht als auch dessen Anwenderin berücksichtigt. Die rechtliche Bewertung sollte daher auf diese Forschung zugreifen und sie einfließen lassen. Damit das gelingt, müssen die Grundzüge der Methoden der sozioempirischen Forschung vergegenwärtigt werden, sodass Ergebnisse nachvollzogen werden und sinnvoll in juristische Bewertung einfließen können. Im Grundsatz kann vor allem zwischen zwei methodischen Zugängen differenziert werden: quantitativen und qualitativen Methoden. Stark vereinfacht untersucht ein quantitativer Ansatz eine Summe von Daten und berechnet auf dieser Basis ein Ergebnis. Das kann bereits dadurch erfolgen, dass anhand eines standardisierten Fragebogens bestimmte Einstellungen zum gesamten Personal einer Behörde abgefragt und beispielsweise mit einer repräsentativen Stichprobe der Gesamtbevölkerung in Verhältnis gesetzt werden.¹¹ Im Gegensatz dazu setzt ein qualitativer Ansatz nicht auf eine Summe von Daten, sondern beispielsweise auf einen interpretatorischen Ansatz, bei dem die Forscher:innen in das Forschungsfeld eintaucht und am Behördenalltag teilnimmt, Interviews führt und Dokumente analysiert. Arbeiten aus beiden Methodenschulen helfen die Funktionalität von Recht zu bewerten.

10 S. beispielhaft die Literatur des Polizeirechts und der Polizeiwissenschaft, die sich kaum gegenseitig beachten.

11 Beispielhaft in *Schiemann et al.*, MEGAVO-Studie, Projektbericht 2021-2024, 8.7.2024, S. 114 f. im Verhältnis zu A. Zick/B. Küpper/N. Mokros, Die distanzierte Mitte, Rechtsextreme und demokratiegefährdende Einstellungen in Deutschland 2022/23, 2023.

b) Quantitative Daten

Quantitative Forschung zur Rechtsanwendung ist selten zu finden. Zur Polizei gibt es jedoch eine aktuelle Studie, die die das Recht anwendende Behörde befragt und einen Einblick in die Ermessenbildung der Polizei ermöglicht.

Mit dem Ziel einer Vollerfassung hat die Studie MEGAVO¹² die Polizeien in Deutschland unter anderem auch in Bezug auf ihre Werte befragt. Spannend ist dabei, dass dafür auch vergleichbare Fragen ausgewählt wurden, sodass die Ergebnisse mit der Gesamtbevölkerung in Verhältnis gesetzt werden können.¹³ Die Studie zeichnet ein differenziertes Bild zur Polizei.

Aus den Daten lässt sich erkennen, dass bei einem Teil der Personen Einstellungen vorliegen, die mit der Verfassung schwerlich vereinbar sind.¹⁴ Das zeigt sich beispielsweise in Ablehnungen gegenüber Sinti und Roma,¹⁵ Muslimen,¹⁶ Asylsuchenden¹⁷ und einer Zustimmung von 27% zur Frage „Es leben zu viele Ausländer in Deutschland“ bei weiteren 24%, die sich zwiegespalten zeigen.¹⁸ Wenngleich sich beim weit überwiegenden Teil der Beamt:innen solche Einstellungen nicht messen lassen, ist der andere Anteil an Personen ein Faktor, der für die Bewertung der Rechtsanwendung zu berücksichtigen ist und einen Einfluss auf selbige haben wird. Der Grund liegt darin, dass solche Einstellung und das weite Ermessen der anlasslosen Kontrollen eine gefährliche Kombination für die Rechtsanwendung darstellen.

12 Lediglich in Hamburg und Baden-Württemberg konnten keine standardisierten Befragungen vollzogen werden. S. zur Zusammensetzung der Stichprobe aus zwei gewählten Erhebungsterminen *Schiemann et al.*, MEGAVO-Studie (Fn. 11), S. 50; s. einleitend A. *Schiemann/S. Horn*, MEGAVO, Die Studie zu Motivation, Einstellung und Gewalt im Alltag von Polizeivollzugsbeamten, in GSZ 2023, 161.

13 So ist beispielsweise der Chauvinismus-Wert und die Ablehnung von Muslimen in der Polizei höher als in der Gesamtbevölkerung, vgl. *Schiemann et al.* MEGAVO-Studie (Fn. 11), S. 123, 111; der Wert bei Fremdenfeindlichkeit und Antiziganismus war dagegen vergleichbar, vgl. ebd., S. 111.

14 S. zu den Daten *Schiemann et al.* MEGAVO-Studie (Fn. 11), S. 147.

15 *Schiemann et al.* MEGAVO-Studie (Fn. 11), S. 106 f.

16 *Schiemann et al.* MEGAVO-Studie (Fn. 11), S. 107 f.

17 *Schiemann et al.* MEGAVO-Studie (Fn. 11), S. 110.

18 *Schiemann et al.* MEGAVO-Studie (Fn. 11), S. 111.

c) Qualitative Daten

Qualitative Forschung ist stets kleinteiliger. So gibt es zahlreiche Arbeiten zum Selbstverständnis und der Arbeitskultur der Polizei. Prägend ist dabei das Konzept der *Cop Culture*.¹⁹ Polizei wird auch als Lebenseinstellung beschrieben.²⁰ Dieser Polizeikultur werden unterschiedliche Charakteristika zugeschrieben, die für den Dienst prägend sind. Sie reichen von Solidarität in der Einheit, über Argwohn und Konservatismus auch zu einem wir-gegen-die-Denken, Rassismus und Sexismus.²¹ Die Polizei wird als Erfahrungsberuf beschrieben, der externer Expertise gegenüber kritisch eingestellt ist. Exemplarisch wird das mit der Aussage beschrieben: „Jetzt vergiss erst mal alles, was Du auf der Schule gelernt hast, wir zeigen Dir jetzt, wie Polizei tatsächlich funktioniert.“²²

Der große Datenbestand zur *Cop Culture* ist jedoch mit Vorsicht zu genießen, da viel Literatur aus dem Ausland stammt,²³ sodass sich in diesem Fall die Frage der Übertragbarkeit stellt. Dennoch entstanden auch in den letzten Jahren zahlreiche deutsche Forschungsarbeiten zur Arbeitskultur und Kontrollpraxis der Polizei.²⁴ Diese bestätigen die internationale Forschung und kommen wiederholt zu dem Ergebnis, dass für polizeili-

19 S. dazu für Deutschland grundlegend R. Behr, *Cop Culture – Der Alltag des Gewaltmonopols, Männlichkeit, Handlungsmuster und Kultur in der Polizei*, 2. Aufl., Wiesbaden 2008.

20 J. H. Skolnick, *Justice without trial*, 2. Aufl., New York 1967, S. 43.

21 B. Bowling/R. Reiner/J. Sheptycki, *The Politics of the Police*, 5. Aufl., Oxford 2019, S. 127.

22 R. Behr, Diskriminierung durch Polizeibehörden, in: A. Scherr/A. Reinhardt/A. El-Mafaalani (Hrsg.), *Handbuch Diskriminierung*, 2. Aufl., Wiesbaden 2023, S. 315 (321).

23 S. zu den USA vor allem Skolnick, *Justice* (Fn. 20) und B. Bowling/R. Reiner/J. Sheptycki, *Politics* (Fn. 21); beispielhaft für Frankreich D. Fassin, *Enforcing order. An ethnography of urban policing*, Cambridge 2013.

24 C. Howe/C. Decker/L. Knobloch/H. Can/A. Bosch, Bericht zur Berliner Polizeistudie, Eine diskriminierungskritische, qualitative Untersuchung ausgewählter Dienstbereiche der Polizei Berlin, Berlin 2022; A. Jacobsen/J. Bergmann, Diskriminierungsrisiken in der Polizeiarbeit, Ergebnisse des Forschungsprojektes »Polizeipraxis zwischen staatlichem Auftrag und öffentlicher Kritik. Herausforderungen, Bewältigungsstrategien, Risikokonstellationen«, Nienburg (Weser) 2024; S. Schmidt, Affekt und Polizei, 2022; A. Graevskaia, Institutioneller Rassismus in der Polizei. Rassistisches Wissen und seine Nutzung, Duisburg 2022, S. 14 f.; L. Abdul-Rahman/H. Espin Grau/L. Klaus/T. Singelstein, Gewalt im Amt, Übermäßige polizeiliche Gewaltanwendung und ihre Aufarbeitung, Frankfurt a.M. 2023.

che Praxis intern gebildetes Erfahrungswissen entscheidend ist.²⁵ Es ist die Rede von einer *selffulfilling prophecy*,²⁶ die auf Narrativen wie, dass bei Schwarzen Personen Aufenthaltsdelikte zu vermuten sind,²⁷ oder auf Gefährassoziationen beispielsweise bzgl. bestimmten Orten²⁸ basiert. Auch aus solchen weitergegebenen Erfahrungswerten bildet sich das polizeiliche Wissen, welches die Basis des Auswahlmessens und somit zentral für die Rechtsanwendung ist. Eine Forschungsarbeit zeigte das anschaulich, als die begleitete Polizei im Zuge einer Observation die Personen nach ethnisierenden Kriterien auswählte und erst im zweiten Schritt geschaut wurde, ob sie sich denn überhaupt verdächtig verhalten.²⁹ Das Äußere war der erste Zugriff, denn an diesem war die Gefährassoziationen gekoppelt. Diese Arbeitsweise wird in der polizeilichen Kommunikation als datenbasiert in dem Sinne, dass sie auf Basis der Erfahrungswerte erfolgt, verstanden.³⁰ Anhand dieses Arbeitsverständnisses wird deutlich, dass eine Kluft zwischen dem verfassungsrechtlichen Verständnis von Art. 3 Abs. 3 GG und dem Selbstverständnis effektiver Polizeiarbeit bestehen kann.

-
- 25 J. Grutzpalk, Die Erforschung des Wissensmanagements in Sicherheitsbehörden mit Hilfe der Akteurs-Netzwerk-Theorie in: J. Grutzpalk (Hrsg.), *Polizeiliches Wissen*, Frankfurt a.M. 2016, S. 15 (42).
- 26 J. Niemz/T. Singelstein, Racial Profiling als polizeiliche Praxis, in: D. Hunold/T. Singelstein (Hrsg.), *Rassismus in der Polizei. Eine wissenschaftliche Bestandsaufnahme*, Wiesbaden 2022, S. 337 (347 f); A. Sandhu, Racial Profiling im Lichte der Rechtsprechung. Zugleich ein Beitrag zur Auslegung von Art. 3 Abs. 3 S. 1 GG im europäischen Grundrechtsraum, *ZFL* 2023, 271 (292 f); ebenso die *selffulfilling prophecy* beschreibend, K. Menke/ C. Wernerus/ A. Graevskaia/ A. Rumpel, *Rassismus in Behörden und differenzielle Teilhabe im deutschen Sozialstaat*, *SozSich* 2022, 179 (181 f.); A. Graevskaia, *Rassismus* (Fn. 24), S. 14 f.
- 27 S. das Beispiel bei J. Niemz/T. Singelstein, *Racial Profiling als polizeiliche Praxis*, in: D. Hunold/T. Singelstein (Hrsg.), *Rassismus in der Polizei*, Wiesbaden 2022, S. 337 (347 f.).
- 28 D. Hunold/T. Dangelmaier/E. Brauer, *Soziale Ordnung und Raum – Aspekte polizeilicher Raumkonstruktion*, *SozProb* 2021, 19 (31).
- 29 A. Jacobsen/J. Bergmann, *Diskriminierungsrisiken* (Fn. 24), S. 133 ff.
- 30 S. beispielhaft zur Polizei als Erfahrungsberuf aus gewerkschaftlicher Sicht O. Malchow, Die Sicht der GdP auf die Polizei der Zukunft, in: D. Wehe/H. Siller (Hrsg.), *Handbuch Polizeimanagement, Polizeipolitik – Polizeiwissenschaft – Polizeipraxis*, 2. Aufl., Wiesbaden 2023, S. 203 (207); beispielhaft dafür ist die Reaktion eines Beamten, der in einem Interview lachend erklärt, dass er nach Hautfarbe Personen kontrolliere, da er sich ja an etwas halten müsse und daher Vorwürfe seltsam findet, was die Interviewerin unkritisch als Dilemma bezeichnet, vgl. A. Meier, *Racial Profiling – praktiziert, empfunden oder gefordert? Perspektiven der Polizei*, in: H. Groß/P. Schmidt (Hrsg.), *Polizei und Migration*, Frankfurt a.M. 2020, S. 136 (153).

d) Fazit

Sowohl aus quantitativer als auch aus qualitativer Forschung gibt es Ergebnisse, die Einfluss auf die Funktionalität der Rechtsanwendung haben. Dennoch darf hier nicht kausal zu einer dysfunktionalen Rechtsanwendung gesprungen werden. Eine ablehnende Einstellung bezüglich einer Personengruppe führt nicht kausal zu einer anderen Behandlung von Personen, die dieser Gruppe zugeordnet werden.³¹ Gleichwohl können die Ergebnisse nicht ausgeblendet werden. Die handelnde Behörde und ihre Arbeitskultur beeinflussen die Rechtsanwendung. Die Kombination der Polizei mit ihrer aus der Forschung darstellbaren Arbeitskultur und mit Ermächtigungsgrundlagen, deren Tatbestände sich weitgehend auf ein Auswahlermessen reduzieren, erscheint bereits an dieser Stelle als verfassungsrechtlich spannungsgeladen. Eine Auflösung dieses Spannungsfeldes ist nicht ersichtlich.

3. Quantitative Daten der Betroffenen

Der dritte Typ empirischer Daten wechselt die Perspektive von der handelnden Behörde zu den von dieser Kontrollierten. Betroffenenbefragungen ermöglichen einen Einblick auf das Kontrollgeschehen, welcher rechtlich nicht in Form von Verfahren und Urteilen abgebildet wird.

Dazu bestehen drei große Studien: eine europaweite von der Agentur der Europäischen Grundrechte, eine im Auftrag der Antidiskriminierungsstelle des Bundes und eine aus der betroffenen Community in Form des von der Antidiskriminierungsstelle des Bundes geförderten Afrozensus. Sie bilden Folgen und damit auch die Funktionalität von Recht ab, indem sie Diskriminierungserfahrungen quantifizieren. Auf diese Art stellen sie eine außerrechtliche Quelle zur Bewertung von Recht dar, die die Rechtswissenschaft methodisch herausfordern.

Aus dem Afrozensus lässt sich entnehmen, dass 56,7% der Teilnehmenden angaben, dass sie zumindest einmal in ihrem Leben von der Polizei

31 M. Wegner/K. Ellrich, Rassistische Einstellungen von Polizeibeamt:innen, in: D. Hunold/T. Singelstein (Hrsg.), Rassismus in der Polizei, Wiesbaden 2022, S.107 (110).

ohne erkenntlichen Grund kontrolliert wurden.³² Gleichzeitig gaben jedoch 82,1% an, dass sie in den letzten zwei Jahren³³ von der Polizei diskriminiert wurden.³⁴ Als Diskriminierungsgründe dominierten dabei – bei möglicher Mehrfachnennung – die Hautfarbe (85,1%) und ethnische Herkunft sowie rassistische Gründe (80,2%).³⁵ Diese Ergebnisse decken sich mit der Studie der Agentur der Europäischen Grundrechte aus dem Jahr 2023.³⁶ Befragte aus Deutschland gaben dabei mit 57% für die letzten 5 Jahre und 69% für die letzten 12 Monate den höchsten Wert einer Wahrnehmung eines *ethnic profiling* an.³⁷ Dieses Ergebnis deckt sich wiederum mit der deutschen Betroffenenbefragung aus dem Jahr 2015, die mit 68,1% einen vergleichbaren Wert ausweist.³⁸

Somit lässt sich über Jahre hinweg auf Seite der von Kontrollen betroffenen Personen eine Wahrnehmung von Diskriminierung messen. Das ermöglicht eine Perspektive auf die Funktionalität von Rechtsanwendung, die die Dogmatik nicht abbilden kann, da sie dafür schlicht nicht vorgesehen ist. Die Herausforderung ist die Analyse, ob diese Perspektive auf Rechtsanwendung auch eine rechtliche Dimension hat. Spielt es rechtlich denn überhaupt eine Rolle, dass Menschen Rechtsanwendung als Diskriminierung wahrnehmen und wenn ja, wie lässt sich das abstrakt und losgelöst von der Einzelfallbetrachtung rechtlich abbilden?

4. Objektive Daten der Rechtsanwendung

Als vierter und letzter Typ folgen harte, objektive Daten in Form der absoluten Zahlen der Normanwendungen durch die Bundespolizei. Im Wege

32 M. AnNisa Aikins/T. Bremberger/J. Aikins, *Afrozensus 2020, Perspektiven, Anti-Schwarze Rassismuserfahrungen und Engagement Schwarzer, afrikanischer und afro-diasporischer Menschen in Deutschland*, Berlin 2021, S. 120 f.

33 Der Datensatz des Afrozensus wurde im Jahr 2020 erhoben, vgl. *AnNisa Aikins/Bremberger/Aikins, Afrozensus* (Fn. 32), S. 50.

34 *AnNisa Aikins/Bremberger/Aikins, Afrozensus* (Fn. 32), S. 120.

35 *AnNisa Aikins/Bremberger/Aikins, Afrozensus* (Fn. 32), S. 121.

36 *Agentur der Europäischen Union für Grundrechte (FRA), Being Black in the EU. Experiences of people of African descent*, Wien 2023.

37 *FRA, Being Black in the EU*, (Fn. 36), S. 77.

38 *Beigang et al., Diskriminierungserfahrungen in Deutschland. Ergebnisse einer Repräsentativ- und einer Betroffenenbefragung*, Baden-Baden 2017, S. 261–264. Im Kontext anlassloser Kontrollen wurde bei möglicher Mehrfachnennung in 68,1% der Fälle „(Ethnische) Herkunft und rassistische Diskriminierung“ als Diskriminierungserfahrung angegeben.

von Antworten auf Kleine Anfragen veröffentlichten Bundesregierungen über Jahre hinweg stets, wie oft die Bundespolizei Ermächtigungsgrundlagen zu anlasslosen Kontrollen anwandte und wie oft die Kontrollen Treffer erzielten. Diese Daten werden sträflich ignoriert und haben mehr Aufmerksamkeit verdient. Sie sind schließlich als Daten der Bundesregierung der Polizei selbst am nächsten. Sie werden stets nach Ermächtigungsgrundlagen aufgeschlüsselt angegeben, was eine besonders differenzierte Arbeit ermöglicht. Das stellt im Spektrum der anlasslosen Kontrollen nur einen kleinen Bereich dar, da es jegliche Landespolizeien ausblendet. Zu diesen existieren jedoch, soweit ersichtlich, keinerlei Daten, sodass sich die Leerstelle der Rechtsprechung auch auf Ebene dieser Daten widerspiegelt.

Anhand der Daten lässt sich eine Trefferquote ausrechnen. Das erfolgt äußerst simpel dergestalt, dass die Kontrollen insgesamt mit den erzielten Treffern in Verhältnis gesetzt werden.³⁹ Das Ergebnis kann als die Hit-Rate der Bundespolizei für den abgefragten Zeitraum bezeichnet werden. Diese Hit-Rate kann als Gradmesser für die Funktionalität der Rechtsanwendung herangezogen werden.

Das Bild der Daten ist überraschend eindeutig: Im Jahr 2024 erfolgten 443.010 Maßnahmen im Sinne von § 22 Abs. 1a BPolG und 4.404.215 Maßnahmen im Sinne von § 23 Abs. 1 Nr. 3 BPolG.⁴⁰ Im Fall von § 22 Abs. 1a BPolG wurde 1.957-mal eine unerlaubte Einreise und 383-mal ein unerlaubter Aufenthalt festgestellt.⁴¹ Damit sind nur 2.340 von 443.010 Maßnahmen gemäß § 22 Abs. 1a BPolG erfolgreich gewesen. Das ergibt eine Hit-Rate von 0,005%. Im Fall von § 23 Abs. 1 Nr. 3 BPolG ist das Ergebnis ähnlich. Es wurde 15.970-mal eine unerlaubte Einreise und 2.283-mal ein unerlaubter Aufenthalt festgestellt.⁴² Somit waren nur 18.253 der 4.303.215 Maßnahmen erfolgreich. Das ergibt eine Hit-Rate von 0,004%.

39 S. bzgl. deskriptiver Statistik E. Towfigh, Der Umgang mit Empirie beim Nachweis von Diskriminierung, in: A. K. Mangold/M. Payandeh (Hrsg.), Handbuch Antidiskriminierungsrecht, Tübingen 2022, Rn. 1 (52–59).

40 Deutscher Bundestag, Antwort der Bundesregierung auf die Kleine Anfrage der Abgeordneten Clara Büniger, Dr. André Hahn, Gökay Akbulut, weiterer Abgeordneter und der Gruppe DIE LINKE. Problematik des Racial Profiling und anlasslose Kontrollen der Bundespolizei seit 2022, BT-Drs. 20/15031, Anlage S. 1.

41 Ebd.

42 Ebd.

2024 war aufgrund einer besonders hohen Anzahl an Maßnahmen ein außergewöhnliches Jahr.⁴³ Mit Blick auf die Hit-Rate war es jedoch, dem Trend folgend, ein besonders schwaches Jahr. Auch im Jahr 2023 war die Hit-Rate für § 22 Abs. 1a BPolG mit 0,0076% genauso wie bei § 23 Abs. 1 Nr. 3 BPolG mit 0,03% kaum feststellbar. 2022 war das Jahr, das diesen Trend begann. Mit 0,0059% für § 22 Abs. 1a BPolG und 0,024% für § 23 Abs. 1 Nr. 3 BPolG war die Hit-Rate besonders niedrig.⁴⁴ Im Jahr 2021 waren die Hit-Rates mit 1,03% für § 22 Abs. 1a BPolG und 1,59% für § 23 Abs. 1 Nr. 3 BPolG noch deutlich höher,⁴⁵ wenngleich weiterhin erschreckend niedrig. Anzeichen dafür, dass die Statistik 2021 durch die Pandemie besonders beeinflusst war, drängen sich nicht auf. Im Jahr 2013 waren die Daten vergleichbar. Damals folgten aus 482.953 Maßnahmen nach § 22 Abs. 1a BPolG und 2.318.462 nach § 23 Abs. 1 Nr. 3 BPolG Treffer im Umfang von 19.223 Fällen einer unerlaubten Einreise und 5.881 Fällen eines unerlaubten Aufenthalts.⁴⁶ In der Summe sind das 25.104 Treffer bei 2.801.415 Maßnahmen und eine Hit-Rate von 0,9%.

Selbst im angespannten Jahr 2015 erfolgten bei 317.221 Maßnahmen nach § 22 Abs. 1a BPolG 13.867 Treffer zu unerlaubten Einreisen und 6.493 zu unerlaubten Aufenthalten. Bei 2.056.480 Maßnahmen nach § 23 Abs. 1 Nr. 3 BPolG wurden 114.788 Fälle von unerlaubten Einreisen und 3.190 von unerlaubten Aufenthalten festgestellt.⁴⁷ Das ergibt für § 22 Abs. 1a BPolG eine Hit-Rate von 6,42% und für § 23 Abs. 1 Nr. 3 BPolG

43 Die Erhöhung ist mit der Wiedereinführung der Binnengrenzkontrollen ab Ende 2023 zu erklären.

44 *Deutscher Bundestag*, Kleine Anfrage (Fn. 40), Anlage S. 1.

45 *Deutscher Bundestag*, Antwort der Bundesregierung auf die Kleine Anfrage der Abgeordneten Clara Bünger, Nicole Gohlke, Gökay Akbulut, weiterer Abgeordneter und der Fraktion DIE LINKE. Problematik des Racial Profiling und anlasslose Kontrollen der Bundespolizei seit 2021, BT-Drs. 20/4661, S. 3-4.

46 *Deutscher Bundestag*, Antwort der Bundesregierung auf die Kleine Anfrage der Abgeordneten Ulla Jelpke, Sevim Dağdelen, Petra Pau, weiterer Abgeordneter und der Fraktion DIE LINKE. Problematik anlassloser Polizeikontrollen und „racial profiling“, BT-Drs. 18/453, S. 4. Leider erfolgte damals keine Aufschlüsselung nach Maßnahmen.

47 Spannend ist dabei auch die zusätzliche Aufschlüsselung nach Staatsangehörigkeiten, wobei wenig überraschend Afghanistan und Syrien dominieren, vgl. *Deutscher Bundestag*, Antwort der Bundesregierung auf die Kleine Anfrage der Abgeordneten Ulla Jelpke, Sevim Dağdelen, Harald Petzold (Havelland), weiterer Abgeordneter und der Fraktion DIE LINKE. Problematik des „racial profiling“ und anlasslose Kontrollen der Bundespolizei im Jahr 2015, BT-Drs. 18/8037, S. 5 f.

eine von 5,74%. Die Quote ist damit deutlich höher als in den anderen Jahren und dennoch erstaunlich gering im Kontext für das Jahr 2015.

Für die Bewertung der Funktionalität und auch der Funktion einer Rechtsanwendung sind solche Daten von großer Bedeutung. Eine Hit-Rate im einstelligen Prozentbereich und darunter wirft Fragen über die Funktion der Rechtsnorm auf. Funktioniert die Rechtsanwendung noch, wenn durch sie kaum Treffer gelandet werden? Ab welcher Hit-Rate könnte von einer funktionierenden oder sogar einer guten Rechtsanwendung gesprochen werden? Hat eine geringe Hit-Rate bereits im Rahmen der Geeignetheit einen Einfluss auf die Verfassungsmäßigkeit einer Ermächtigungsgrundlage? Derlei Fragen drängen sich auf. Sie sind notwendig, um eine datengestützte Bewertung der Funktionsweise von Recht dogmatisch einzuordnen.

III. Berechenbarkeit

Die Datenlage zeichnet ein konkretes Bild: Eine marginale Hit-Rate gepaart mit diskriminierender Wahrnehmung bei gleichzeitig niedriger Anzahl von Gerichtsverfahren und noch niedrigerer Anzahl von als rechtswidrig festgestellten Maßnahmen.

Die vier unterschiedlichen Typen von Daten ermöglichen darauf aufbauend eine Bewertung der Funktionalität und Funktion der Rechtsanwendung, die einer isolierten dogmatischen Betrachtung verborgen bleibt. Jeder Typ Daten bringt eine Komponente hinzu, die eine neue Perspektive auf anlasslose Kontrollen zulässt. Aus der Rechtsprechung ergibt sich ein sehr eingeschränktes Bild. Vereinzelte Urteile und ein Ungleichgewicht aufseiten der Bundespolizei lassen den Trugschluss zu, dass die damit einhergehenden Rechtsfragen zum einen der Vergangenheit angehören und zum anderen von geringer Bedeutung sind. Schon die Berücksichtigung der Betroffenenbefragungen zeigt, dass eine gegensätzliche Wahrnehmung besteht. Die hohe Diskriminierungserfahrung bei Polizeikontrollen wird über Jahre hinweg dokumentiert. Diese Daten werden noch zusätzlich dadurch gestützt, dass aus repräsentativen Daten eine höhere Kontrollwahrscheinlichkeit für junge differente Männer berechnet wurde.⁴⁸ Bereits diese

48 A. Wittlif/M. Müller, Racial Profiling bei Polizeikontrollen. Indizien aus dem SVR-Integrationsbarometer, SVR-Policy Brief 2023-3, Berlin 2023, S. 9 f. Differenz meint dabei „von den Befragten wahrgenommene Fremdzuschreibung aufgrund äußerlich wahrgenommener Merkmale“ (S. 6).

beiden datengestützten Befunde zeigen ein Spannungsverhältnis auf, in dem die Rechtsanwendung stattfindet.

In diesem Spannungsfeld ist der Blick auf die das Recht anwendende Behörde zu legen. Die Polizeien haben eine wissenschaftlich untersuchte eigene Arbeitskultur und sind allein schon durch die ihr inhärente Gewaltanwendung keine Behörde wie jede andere. Diese Arbeitskultur trägt auch zu der Art und Weise bei, wie Recht angewandt wird und wie Ermessen ausgeübt wird. Eine Behörde, die stark auf interner Wissensbildung aufbaut und auch von Narrativen geprägt ist, bringt nachvollziehbarerweise ihre eigene Perspektive in die Rechtsanwendung. Die Ermächtigungsgrundlagen zu anlasslosen Kontrollen setzen mit ihren geringen Anforderungen auf Tatbestandsebene einen Anreiz dazu, sich Narrativen und einfachen Zuschreibungen zu Personengruppen hinzugeben.

Das führt zurück zu der zentralen Frage: Funktionieren die anlasslosen Kontrollen in dieser Gemengelage? Die Daten der Maßnahmen der Bundespolizei sprechen eine klare Sprache: Nein, die anlasslosen Kontrollen funktionieren nicht, da sie kaum Treffer produzieren. Ihre Eignung ist daher fraglich. Dieses Ergebnis muss jedoch mit Blick auf die Funktionalität differenzierter betrachtet werden. Es trifft nur zu, wenn man von der Prämisse ausgeht, dass anlasslose Kontrollen das Ziel haben, unerlaubte Einreisen, Aufenthalte oder grenzüberschreitende Kriminalität zu verhindern. Wenn die Funktionalität jedoch weiter zu verstehen ist, dann lässt sich auch sagen, dass sie sehr wohl funktionieren. Eine weitere Funktion der Kontrollen ist ihre generalpräventive Wirkung. Allein die abstrakte Möglichkeit einer Kontrolle, so die Annahme, hat bereits eine lenkende Wirkung auf die Delinquenz. Die Möglichkeit im Grenzraum oder an gefährlichen Orten stets einer allein im Auswahlermessen der Beamt:innen liegenden Kontrolle ausgesetzt werden zu können, produziert ein Gefühl, eine Angst, was ebenso Funktion der Ermächtigungsgrundlagen ist.

Diese generalpräventive Funktion wurde seit jeher im Kontext der anlasslosen Kontrollen mitgedacht. Diese Wirkung zu messen ist deutlich schwieriger. Die geringe Hit-Rate ist im Kontext der Generalprävention ebenso wie die nur wenigen Gerichtsentscheidungen nicht länger ein relevanter Faktor. Die Generalprävention wirkt gerade allein durch die Möglichkeit einer Kontrolle. Viele Kontrollen, egal ob erfolgreich oder nicht, zeigen aus dieser Perspektive ihre Wirkung. Jedoch verbleibt ein Datensatz weiterhin gravierend. Die Wahrnehmung der Diskriminierung bleibt bestehen. Auch bei der Annahme einer allein generalpräventiven

Funktion würde in diesem Szenario die diskriminierende Wirkung weiterhin ein wesentlicher negativer und deutlich messbarer Bestandteil der Rechtsanwendung bleiben. Diese diskriminierende Wirkung wurde bereits in den 1990er Jahren bei der Einführung solcher Ermächtigungsgrundlagen diskutiert und vergeblich darauf gehofft, dass sie nicht eintreten wird.⁴⁹ Wenn die Diskriminierungserfahrungen ein messbarer Bestandteil von anlasslosen Kontrollen sind, dann kann nicht angenommen werden, dass diese Maßnahmen funktionieren. Auch wenn die Funktion nicht eine Diskriminierung ist und selbst prozessual keine Diskriminierung festgestellt werden kann, so verbleiben dennoch messbare Diskriminierungserfahrungen, die bei der Frage der Funktionalität dieser Art von Exekutivhandeln mitgedacht werden müssen. Auch eine generalpräventive Maßnahme, die repräsentativ messbar nicht alle Menschen gleichermaßen betrifft, sondern maßgeblich bestimmte Personengruppen adressiert, wie beispielsweise junge differente Männer,⁵⁰ funktioniert nicht. Diese Datenlage muss Einzug in eine dogmatische Bewertung der Ermächtigungsgrundlagen finden. Eine für die Dogmatik typische Einzelfallbetrachtung führt hier nicht zum Ziel, da nicht die individuelle Kontrolle Beispiel für die Dysfunktionalität ist, sondern die geringe Hit-Rate in Kombination mit der erheblichen Wahrnehmung von Diskriminierung. Eine verfassungsrechtliche Analyse der Rechtsanwendung, die derartige Datensätze nicht berücksichtigt, gestaltet sich als unvollständig. Eine gesetzliche Ausgestaltung kann messbar die Wahrnehmung einer Diskriminierung hervorrufen, auch ohne einen individuellen, prozessual festgestellten und dogmatisch herleitbaren Art. 3 Abs. 3 GG-Verstoß. Wenn eine solche diskriminierende Wirkung von Anfang an gesehen wird, messbar ist und in Anbetracht der Arbeitskultur der ausführenden Behörde auch Synergien hat, dann kann und muss auch über Rassismus als strukturelles Problem gesprochen werden.

IV. Fazit

Eine datengestützte Analyse ermöglicht es, die Anwendung und Folgen von anlasslosen Kontrollen transparent und greifbar zu machen. Funktionalität lässt sich aber nicht ausrechnen. Zahlen allein beantworten nicht die Frage,

49 *Landtag von Baden-Württemberg*, Beschlußempfehlung und Bericht des Innenausschusses zu a) dem Gesetzentwurf der Landesregierung – Drucksache 12/52 Gesetz zur Änderung des Polizeigesetzes, 3.7.1996, S. 5.

50 *Wittlif/Müller*, Racial Profiling (Fn. 48), S. 13 f.

ob eine Norm „funktioniert“. Daten ermöglichen jedoch eine intensivere Analyse dogmatischer Figuren. Nur so können auch generalpräventive Funktionen von Recht sinnvoll diskutiert werden. Für das Sicherheitsrecht ist das zentral: Wer über Recht und Sicherheit spricht, muss auch fragen, auf wessen Kosten diese Sicherheit entsteht. Wem droht Diskriminierung? Ist die Rechtsanwendung rassistisch? Welche Folgen ergeben sich aus den Kontrollen? Eine uninformierte Dogmatik reicht nicht aus, um diese Frage zu beantworten.

Auf Basis der Daten lassen sich anlasslose Identitätskontrollen kritisch bewerten. Wenn ihre Funktion tatsächlich in der Verhinderung unerlaubter Einreisen und Aufenthalte oder grenzüberschreitender Kriminalität gesehen wird, dann funktionieren sie nicht. Die Frage der Funktionalität wird somit eine Frage der Perspektive. Bei Annahme einer allein generalpräventiven Funktion lässt sich sagen, dass die Kontrollen funktionieren. Die Frage, die sodann bleibt, ist: Zu welchem Preis? Die diskriminierende Wirkung ist klar feststellbar und wurde seit Anbeginn antizipiert. Dennoch wurde einer Behörde mit bekanntermaßen herausfordernder Arbeitskultur ein Typ von Ermächtigungsgrundlage eröffnet, dessen diskriminierende Effekte angesichts der Datenlage keine Einzelfälle sind, sondern eine breite Struktur darstellen. Diese tatsächliche Dimension muss in die Rechtsdogmatik einfließen und bei der Frage der Verfassungsmäßigkeit die Verhältnismäßigkeit berücksichtigt werden, denn Recht muss für alle funktionieren und nicht nur für die mit empirisch messbar geringer Kontrollwahrscheinlichkeit.