



Ausarbeitung

Unionsrechtliche Vorgaben zur Schleierfahndung

Vereinbarkeit von Art. 5 Abs. 1 Satz 2 POG mit dem Schengener Grenzkodex

Unionsrechtliche Vorgaben zur Schleierfahndung

Vereinbarkeit von Art. 5 Abs. 1 Satz 2 POG mit dem Schengener Grenzkodex

Aktenzeichen: PE 6 - 3000 - 155/18

Abschluss der Arbeit: 30.10.2018

Fachbereich: PE 6: Fachbereich Europa

Die Arbeiten des Fachbereichs Europa geben nicht die Auffassung des Deutschen Bundestages, eines seiner Organe oder der Bundestagsverwaltung wieder. Vielmehr liegen sie in der fachlichen Verantwortung der Verfasserinnen und Verfasser sowie der Fachbereichsleitung. Arbeiten des Fachbereichs Europa geben nur den zum Zeitpunkt der Erstellung des Textes aktuellen Stand wieder und stellen eine individuelle Auftragsarbeit für einen Abgeordneten des Bundestages dar. Die Arbeiten können der Geheimschutzordnung des Bundestages unterliegen, geschützte oder andere nicht zur Veröffentlichung geeignete Informationen enthalten. Eine beabsichtigte Weitergabe oder Veröffentlichung ist vorab der Fachbereichsleitung anzuzeigen und nur mit Angabe der Quelle zulässig. Der Fachbereich berät über die dabei zu berücksichtigenden Fragen. Diese Ausarbeitung dient lediglich der bundestagsinternen Unterrichtung, von einer Weiterleitung an externe Stellen ist abzusehen.

Inhaltsverzeichnis

1.	Fragestellung	4
2.	Rechtliche Vorgaben	4
2.1.	Vorgaben des Schengener Grenzkodex	4
2.2.	Vorgaben zur Schleierfahndung im bayerischen Polizeirecht	5
2.3.	Vorgaben zur Schleierfahndung im Bundespolizeigesetz	5
3.	Vereinbarkeit der Schleierfahndung mit dem Schengener Grenzkodex	6
3.1.	Rechtsprechung des EuGH	6
3.1.1.	Rechtssache Melki	6
3.1.2.	Rechtssache Adil	6
3.1.3.	Rechtssache A	7
3.2.	Erforderlichkeit eines Ermessen lenkenden Rahmens	7
3.3.	Möglicher Rahmen im nationalen Recht	8
3.3.1.	Die Verwaltungsvorschrift BRAS 120	9
3.3.2.	Das Verhältnismäßigkeitsprinzip aus § 15 BPolG	10
3.3.3.	Der Erlass des Bundesinnenministeriums	10
3.3.4.	Zwischenergebnis	11
3.4.	Möglicher Rahmen im bayerischen Recht	12

1. Fragestellung

Der Europäische Gerichtshof (EuGH) hat sich bereits in mehreren Urteilen mit den Vorgaben des Schengener Grenzkodex (SGK)¹ zu anlasslosen nationalen Polizeikontrollen in Grenznähe befasst. Vor diesem Hintergrund ist der Fachbereich gefragt worden, ob Art. 5 Abs. 1 Satz 2 des Gesetzes über die Organisation der Bayerischen Polizei (Polizeiorganisationsgesetz – POG)² mit den Vorgaben des SGK vereinbar ist.

2. Rechtliche Vorgaben

2.1. Vorgaben des Schengener Grenzkodex

Gemäß Art. 22 SGK dürfen die Binnengrenzen unabhängig von der Staatsangehörigkeit der betreffenden Personen an jeder Stelle ohne Personenkontrollen überschritten werden. Grenzkontrollen sind mithin, von besonderen Situationen abgesehen,³ verboten.

Die zuständigen Behörden der Mitgliedstaaten können gemäß Art. 23 lit. a) SGK nach Maßgabe ihres nationalen Rechts jedoch weiterhin von ihren polizeilichen Befugnissen Gebrauch machen, sofern die Ausübung solcher Befugnisse nicht die gleiche Wirkung wie Grenzübertrittskontrollen hat. Art. 23 lit. a) SGK gibt verschiedene Kriterien vor, bei deren Vorliegen die Ausübung der polizeilichen Befugnisse der Durchführung von Grenzübertrittskontrollen nicht gleichgestellt wird.

Art. 23 lit. a) SGK bestimmt:

„Das Ausbleiben der Grenzkontrollen an den Binnengrenzen berührt nicht:

die Ausübung der polizeilichen Befugnisse durch die zuständigen Behörden der Mitgliedstaaten nach Maßgabe des nationalen Rechts, sofern die Ausübung solcher Befugnisse nicht die gleiche Wirkung wie Grenzübertrittskontrollen hat; dies gilt auch in Grenzgebieten. Im Sinne von Satz 1 darf die Ausübung der polizeilichen Befugnisse insbesondere nicht der Durchführung von Grenzübertrittskontrollen gleichgestellt werden, wenn die polizeilichen Maßnahmen

- i) *keine Grenzkontrollen zum Ziel haben;*

1 [Verordnung \(EU\) 2016/399](#) des Europäischen Parlaments und des Rates vom 9. März 2016 über einen Gemeinschaftskodex für das Überschreiten der Grenzen durch Personen (Schengener Grenzkodex), ABl. 2016 L, 77/1.

2 Gesetz über die Organisation der Bayerischen Polizei (Polizeiorganisationsgesetz – POG) vom 10. August 1976 (Bayrisches Gesetz- und Verordnungsblatt (GVBl.) Nr. 15/1976, S. 303), zuletzt geändert durch Gesetz vom 24. Juli 2018 (GVBl. Nr. 14/2018, S. 607).

3 Die Mitgliedstaaten können gemäß Art. 25 ff. SGK ausnahmsweise und zeitlich begrenzt Grenzkontrollen an den Binnengrenzen vorübergehend wieder einführen, wenn die öffentliche Ordnung oder die innere Sicherheit in einem Mitgliedstaat ernsthaft bedroht ist.

- ii) *auf allgemeinen polizeilichen Informationen und Erfahrungen in Bezug auf mögliche Bedrohungen der öffentlichen Sicherheit beruhen und insbesondere auf die Bekämpfung der grenzüberschreitenden Kriminalität abzielen;*
- iii) *in einer Weise konzipiert sind und durchgeführt werden, die sich eindeutig von systematischen Personenkontrollen an den Außengrenzen unterscheidet;*
- iv) *auf der Grundlage von Stichproben durchgeführt werden.“*

2.2. Vorgaben zur Schleierfahndung im bayerischen Polizeirecht

Die bayerische Grenzpolizei ist 2018 durch das Grenzpolizeigesetz⁴, welches den Art. 5 POG geändert hat, eingerichtet worden. Tätigkeitsschwerpunkt der bayerischen Grenzpolizei soll der Bereich der Schleierfahndung sein.⁵

Gemäß Art. 5 Abs. 1 Satz 2 POG wird die bayerische Grenzpolizei insbesondere für grenzpolizeiliche Aufgaben und die Aufgaben des grenzpolizeilichen Fahndungsdienstes im Sinne des Art. 13 Abs. 1 Nr. 5 des Bayerischen Polizeiaufgabengesetzes (PAG)⁶ eingesetzt. Nach Art. 13 Abs. 1 Nr. 5 PAG kann die Polizei im Grenzgebiet bis zu einer Tiefe von 30 km sowie auf Durchgangsstraßen (Bundesautobahnen, Europastraßen und andere Straßen von erheblicher Bedeutung für den grenzüberschreitenden Verkehr) und in öffentlichen Einrichtungen des internationalen Verkehrs zur Verhütung oder Unterbindung der unerlaubten Überschreitung der Landesgrenze oder des unerlaubten Aufenthalts und zur Bekämpfung der grenzüberschreitenden Kriminalität die Identität einer Person feststellen.

2.3. Vorgaben zur Schleierfahndung im Bundespolizeigesetz

Der Wortlaut des Art. 13 Abs. 1 Nr. 5 PAG und § 23 Abs. 1 Nr. 3 Bundespolizeigesetz (BPolG) sind sich sehr ähnlich.

Die Bundespolizei ist gemäß § 23 Abs. 1 Nr. 3 BPolG befugt, im Grenzgebiet bis zu einer Tiefe von 30 Kilometern zur Verhinderung oder Unterbindung unerlaubter Einreise in das Bundesgebiet oder zur Verhütung von Straftaten im Sinne des § 12 Abs. 1 Nr. 1 bis 4 BPolG die Identität einer Person festzustellen.

Folglich ist für die unionsrechtliche Bewertung von Art. 5 Abs. 1 Satz 2 POG i.V.m. Art. 13 Abs. 1 Nr. 5 PAG die Vereinbarkeit von § 23 Abs. 1 Nr. 3 BPolG mit dem SGK von Interesse. Im Folgenden soll daher die Vereinbarkeit des BPolG mit dem SGK, wozu mehr Literatur und Rechtsprechung existiert, und darauf aufbauend die Vereinbarkeit des Art. 13 Abs. 1 Nr. 5 PAG mit dem SGK geprüft werden.

4 Gesetz zur Errichtung der Bayerischen Grenzpolizei vom 24.7.2018, GVBl. Nr. 14/2018, S. 607.

5 S. hierzu den [Gesetzentwurf der Staatsregierung zur Errichtung des Bayrischen Grenzpolizei](#), Bayerischer Landtag, Drucksache 17/21859.

6 Polizeiaufgabengesetz (PAG) in der Fassung der Bekanntmachung vom 14. September 1990 (GVBl. Nr. 18/1990, S. 397), zuletzt geändert durch § 1 des Gesetzes vom 18. Mai 2018 (GVBl. Nr. 9/2018, S. 301).

3. Vereinbarkeit der Schleierfahndung mit dem Schengener Grenzkodex

3.1. Rechtsprechung des EuGH

Der EuGH hat sich in drei Entscheidungen mit verschiedenen Modellen anlassloser nationaler Polizeikontrollen in Grenzgebieten befasst und vor deren Hintergrund den Schengener Grenzkodex ausgelegt.

3.1.1. Rechtssache Melki

Der EuGH hat in seiner Entscheidung in der Rechtssache *Melki* festgestellt, dass Regelungen wie die fragliche nationale Regelung, die verhaltensunabhängige systematische Personenkontrollen in einer Tiefe von 20 km entlang der Binnengrenzen des Schengen-Raums ermöglicht, mit dem SGK unvereinbar sind.⁷ Er betonte dabei, dass die streitgegenständlichen französischen Regelungen zwar ein anderes Ziel verfolgten als Grenzkontrollen,⁸ sie jedoch mangels Vorgaben bezüglich der Intensität und der Häufigkeit der auf dieser Rechtsgrundlage möglichen Kontrollen die gleiche Wirkung wie Grenzübertrittskontrollen hätten.⁹ Der EuGH hielt abschließend fest, dass eine nationale Regelung, die den Polizeibehörden eine Befugnis zur Durchführung von Identitätskontrollen einräumt, die zum einen auf das Gebiet an der Grenze des Mitgliedstaats zu anderen Mitgliedstaaten beschränkt ist und zum anderen unabhängig vom Verhalten der kontrollierten Person und vom Vorliegen besonderer Umstände besteht, aus denen sich die Gefahr einer Beeinträchtigung der öffentlichen Ordnung ergibt, den erforderlichen Rahmen für die diesen Behörden eingeräumte Befugnis vorgeben müsse, um insbesondere das Ermessen zu lenken, über das die Behörden bei der tatsächlichen Handhabung der Befugnis verfügen. Dieser Rahmen müsse gewährleisten, dass die Ausübung der Befugnis zur anlasslosen Durchführung von Identitätskontrollen in Grenznähe nicht die gleiche Wirkung wie Grenzübertrittskontrollen haben kann.¹⁰

3.1.2. Rechtssache Adil

Eine weitere Abgrenzung der zulässigen Ausübung polizeilicher Befugnisse von unzulässigen Grenzkontrollen hat der EuGH in seiner Entscheidung in der Rechtssache *Adil* vorgenommen. Dort entschied der EuGH, dass Personenkontrollen mit dem SGK vereinbar sind, auch wenn sie dem Ziel dienen, illegalen Aufenthalt zu bekämpfen, sofern die polizeilichen Maßnahmen nicht die gleiche Wirkung wie Grenzkontrollen haben.¹¹ Voraussetzung für polizeiliche Maßnahmen gemäß Art. 23 lit. a) SGK sei, dass sie auf allgemeinen Informationen und Erfahrungen in Bezug

7 EuGH, Urt. v. 22.6.2010, verb. Rs. C-188/10 und C-189/10 – *Melki*, Rn. 75.

8 Letztere dienen der Feststellung, ob Personen in das Hoheitsgebiet des Mitgliedstaats einreisen bzw. daraus ausreisen dürfen, die französische Bestimmung betrifft dem EuGH zufolge hingegen die Überprüfung der Einhaltung der gesetzlichen Verpflichtungen in Bezug auf den Besitz, das Mitführen und das Vorzeigen von Urkunden und Bescheinigungen.

9 EuGH, Urt. v. 22.6.2010, verb. Rs. C-188/10 und C-189/10 – *Melki*, Rn. 71 ff.

10 EuGH, Urt. v. 22.6.2010, verb. Rs. C-188/10 und C-189/10 – *Melki*, Rn. 75.

11 EuGH, Urt. v. 19.7.2012, Rs. C-278/12 PPU – *Adil*, Rn. 62 ff.

auf mögliche Bedrohungen der öffentlichen Sicherheit beruhen und der erforderliche Rahmen hinreichend genau und detailliert sei, um sowohl die Notwendigkeit der Kontrollen als auch die konkret gestatteten Kontrollmaßnahmen selbst Kontrollen unterziehen zu können.¹² Die streitigen niederländischen Regelungen beschränken die polizeilichen Kontrollmaßnahmen auf eine begrenzte Stundenzahl pro Monat und Tag und gestatten sie nur im Hinblick auf einen Teil der Fortbewegungsmittel, die die Straßen und Wasserstraßen im Grenzgebiet mit Belgien und Deutschland passieren. Zudem obliegt es dem nationalen Gericht, zu überprüfen, ob die Kontrollen in der Praxis auf der Grundlage entweder von Profilen oder von Stichproben durchgeführt werden. Die Profile richten sich nach Informationen oder Daten, die erhöhte Risiken des illegalen Aufenthalts und der grenzüberschreitenden Kriminalität auf bestimmten Straßen, zu bestimmten Zeiten oder je nach Art oder anderen Merkmale des Fahrzeugs belegen.¹³ Eine solche Regelung genügt laut EuGH den Vorgaben des SGK.

3.1.3. Rechtssache A

Diese Entscheidungen hat der EuGH in der Rechtssache *A* im Jahr 2017 in einem Vorabentscheidungsverfahren zur Schleierfahndung gemäß den Vorgaben des deutschen BPolG bestätigt. Unter Bezugnahme auf die Entscheidung in der Rechtssache *Melki* hat er erneut ausgeführt, dass eine nationale Regelung, die den Polizeibehörden eine Befugnis zur anlasslosen Durchführung von Identitätskontrollen im grenznahen Bereich einräumt, insbesondere das Ermessen lenken muss, über das die Behörden bei der praktischen Handhabung der Befugnis verfügen.¹⁴ § 23 Abs. 1 Nr. 3 BPolG genügt laut EuGH für sich genommen diesen Anforderungen nicht. Es fehlt in der Norm an einem Rechtsrahmen, der die Kontrollbefugnisse konkretisiert und einschränkt.¹⁵ Die weitere Prüfung der Rechtslage hat der EuGH an das vorlegende nationale Gericht zurückverwiesen.¹⁶ Dies soll prüfen, ob nationale Bestimmungen außerhalb des § 23 Abs. 1 Nr. 3 BPolG einen Rahmen zur Lenkung des Behördenermessens für die anlasslosen Kontrollen im Grenzgebiet vorsehen, der verhindert, dass die Schleierfahndung in der Praxis die gleiche Wirkung wie Grenzkontrollen entfaltet.¹⁷

3.2. Erforderlichkeit eines Ermessen lenkenden Rahmens

Wie oben dargestellt, fordert der EuGH einen rechtlichen Rahmen, der eine unterschiedliche Wirkung von Schleierfahndung und Grenzübertrittskontrollen sicherstellt.

Die Befürworter der Schleierfahndung (bzw. ihrer rechtlichen Zulässigkeit) argumentieren, z.T. unter Berufung auf ältere Entscheidungen von nationalen Gerichten, die gerichtliche Ermittlung

12 EuGH, Urt. v. 19.7.2012, Rs. C-278/12 PPU – Adil, Rn. 72 und 76.

13 EuGH, Urt. v. 19.7.2012, Rs. C-278/12 PPU – Adil, Rn. 80 f.

14 EuGH, Urt. v. 21.6.2017, Rs. C-9/16 – A, Rn. 39.

15 EuGH, Urt. v. 21.6.2017, Rs. C-9/16 – A, Rn. 59.

16 EuGH, Urt. v. 21.6.2017, Rs. C-9/16 – A, Rn. 57 und 61.

17 EuGH, Urt. v. 21.6.2017, Rs. C-9/16 – A, Rn. 61.

(ungeschriebener) handlungsbegrenzender Tatbestandselemente genüge den Anforderungen des EuGH an eine das Behördenermessen lenkende Rahmengesetzgebung.¹⁸ Die Rechtsgrundlage zur Schleierfahndung enthalte der Rechtsprechung zufolge als ungeschriebenes Tatbestandsmerkmal die Anforderung von Lageerkenntnissen und einschlägigen polizeilichen Erfahrungen im Hinblick auf die mit der Regelung verfolgten Ziele¹⁹ und sei damit hinreichend konkretisiert. Dagegen spricht, dass der EuGH in der Rechtssache *A* zur unionsrechtskonformen Begrenzung von § 23 Abs. 1 Nr. 3 BPolG Bestimmungen fordert, die zu der für den Sachverhalt des Ausgangsverfahrens maßgeblichen Zeit in Kraft waren.²⁰ Ungeschriebene Tatbestandsmerkmale können mithin keine derartigen Rahmenbestimmungen darstellen, denn diese hätte der EuGH selbst der Norm entnehmen können und hätte die diesbezügliche Prüfung nicht an das vorlegende Gericht zurückverweisen müssen.²¹

Eine andere Argumentationslinie der Befürworter einer Vereinbarkeit der Schleierfahndung mit dem SGK stellt auf die unterschiedliche Zielrichtung der Schleierfahndung und der durch den SGK verbotenen Grenzkontrollen ab. Bei einer unterschiedlichen Zielrichtung, Kriminalitätsbekämpfung statt Einreisekontrolle, sei die Gefahr einer vergleichbaren Wirkung so reduziert, dass die entsprechenden Regelungen zur Schleierfahndung den Vorgaben des EuGH auch ohne eine explizite Rahmengesetzgebung entsprächen.²² Diese Argumentation lässt sich angesichts der Entscheidung des EuGH in der Rechtssache *A* zum BPolG nur schwer aufrechterhalten. Denn der EuGH hat in dieser Entscheidung, trotz der Ziele des § 23 Abs. 1 Nr. 3 BPolG, die sich in bestimmten Punkten von denen unterscheiden, die mit Grenzübertrittskontrollen verfolgt werden, gefordert, die mit § 23 Abs. 1 Nr. 3 BPolG verliehenen Befugnisse müssten in einen Rechtsrahmen eingefasst sein, der ihre Ausübung konkretisiert und einschränkt.²³

Es bedarf also grundsätzlich eines das Ermessen der für die Schleierfahndung zuständigen Behörden lenkenden Rahmens.

3.3. Möglicher Rahmen im nationalen Recht

Von den Kritikern der Schleierfahndung wird bemängelt, dass der vom EuGH geforderte Rechtsrahmen zur Begrenzung des Ermessens bei polizeilichen Kontrollmaßnahmen in Gestalt von

¹⁸ So wohl Senftl, in: Möstl/Schwabenbauer, Beckscher Online-Kommentar, Polizei- und Sicherheitsrecht Bayern, 8. Aufl., Stand: 1.4.2018, Art. 13 PAG, Rn. 15.

¹⁹ Kempfler, Zur Europarechtskonformität der Befugnisnorm zur sog. „Schleierfahndung“ gemäß Art. 13 Abs. 1 Nr. 5 PAG, BayVBl. 2012, S. 9 (11).

²⁰ EuGH, Urt. v. 21.6.2017, Rs. C-9/16 – A, Rn. 61.

²¹ Michl, Schleierhafte Schleierfahndung – Zu den unionsrechtlichen Anforderungen an anlasslose Personenkontrollen, DÖV 2018, S. 50 (54).

²² Graulich, in: Lisken/Denninger, Handbuch des Polizeirechts, 6. Aufl. 2018, E. Das Polizeihandeln, Rn. 369.

²³ EuGH, Urt. v. 21.6.2017, Rs. C-9/16 – A, Rn. 59.

konkretisierenden Vorgaben und Beschränkungen der Kontrollen auf Stichproben sowie auf Risikoanalysen gestützte Einsatzgrundlagen im Falle des BPolG fehle.²⁴

Es gibt verschiedene nationale Regelungen, welche die Durchführung von Schleierfahndungen nach dem BPolG auf ein mit dem Unionsrecht konformes Maß begrenzen sollen und deren Bewertung der EuGH in der Rechtssache *A* dem vorlegenden nationalen Gericht überlassen hat. Dabei handelt es sich um die Verwaltungsvorschrift „Bestimmungen zur grenzpolizeilichen Aufgabenwahrnehmung“ (BRAS 120), das Verhältnismäßigkeitsprinzip gemäß § 15 BPolG und neuerdings auch einen Erlass des Bundesinnenministeriums aus 2016 zur Anwendung von § 23 Abs. 1 Nr. 3 BPolG. Das nationale Gericht hat, soweit ersichtlich, diesbezüglich noch keine Entscheidung getroffen.

In einer anderen Rechtssache hat jedoch im Februar 2018 der Verwaltungsgerichtshof Baden-Württemberg (VGH) über die Vereinbarkeit des § 23 Abs. 1 Nr. 3 BPolG mit dem SGK unter Heranziehung des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes nach § 15 BPolG und der Verwaltungsvorschrift BRAS 120, aufgrund des Zeitpunkts der streitgegenständlichen Schleierfahndungsmaßnahme, allerdings ohne den Erlass von 2016 zu berücksichtigen, entschieden. Zudem haben sich zuletzt auch in der Literatur einige Rechtswissenschaftler mit der Vereinbarkeit der Schleierfahndung mit dem SGK beschäftigt.

3.3.1. Die Verwaltungsvorschrift BRAS 120

Die Vorgaben in der Verwaltungsvorschrift „Bestimmungen zur grenzpolizeilichen Aufgabenwahrnehmung (BRAS 120)“ werden von *Michl* als unzureichend kritisiert, da die Verwaltungsvorschrift in ihrer aktuellen Fassung nicht veröffentlicht wird und daher eine effektive Kontrolle der polizeilichen Kontrollmaßnahmen auf dieser Grundlage nicht möglich sei.²⁵ Der EuGH verlange jedoch einen Rahmen, der es ermögliche, die Notwendigkeit der Kontrollen als auch die konkret gestatteten Kontrollmaßnahmen selbst (gerichtlichen) Kontrollen unterziehen zu können.²⁶

Auch der VGH Baden-Württemberg kam zu dem Schluss, dass § 23 Abs. 1 Nr. 3 BPolG in Verbindung mit der Verwaltungsvorschrift BRAS 120 den Vorgaben des SGK in der Auslegung des EuGH nicht entspricht.²⁷ Es fehle an dem vom EuGH geforderten Rechtsrahmen mit hinreichend genauen und detaillierten Konkretisierungen oder Einschränkungen zur Lenkung des Behördenermessens bei den Kontrollen.²⁸ Der VGH sieht die BRAS 120 aufgrund ihrer Form und ihres

24 Groh, Schleierfahndung auf dem Prüfstand, NVwZ 2016, S. 1678 (1682 ff.).

25 Michl, Schleierhafte Schleierfahndung – Zu den unionsrechtlichen Anforderungen an anlasslose Personenkontrollen, DÖV 2018, S. 50 (57).

26 Michl, Schleierhafte Schleierfahndung – Zu den unionsrechtlichen Anforderungen an anlasslose Personenkontrollen, DÖV 2018, S. 50 (56).

27 VGH Baden-Württemberg, Urt. v. 13.2.2018, Rs. 1 S 1469/17, Rn. 39 (zitiert nach juris).

28 VGH Baden-Württemberg, Urt. v. 13.2.2018, Rs. 1 S 1469/17, Rn. 40 (zitiert nach juris).

Inhalts nicht als einen geeigneten Rechtsrahmen an. Einen Rechtsrahmen i.S.d. unionsrechtlichen Vorgaben könnten nur Regelungen bilden, die veröffentlicht und daher für den Normunterworfenen zugänglich und vorhersehbar sind.²⁹ Das sei bei der aktuellen Fassung der BRAS 120 nicht der Fall. Zudem sei die BRAS 120 auch ihrem Inhalt nach nicht dazu geeignet, den unionsrechtlich geforderten hinreichend genauen und detaillierten Rechtsrahmen zur Lenkung der Intensität, Häufigkeit und Selektivität der Kontrollen zu gewährleisten.³⁰

3.3.2. Das Verhältnismäßigkeitsprinzip aus § 15 BPolG

Der in § 15 BPolG normierte Verhältnismäßigkeitsgrundsatz dient *Michl* zufolge nur im Einzelfall als rechtlicher Bewertungsrahmen der jeweiligen polizeilichen Kontrollmaßnahme. Er könne daher nicht generell zur Begrenzung der Schleierfahndung auf ein Maß, welches nicht die Wirkung von Grenzkontrollen entfalte, herangezogen werden.³¹ Auch der VGH Baden-Württemberg argumentiert, dass der Verhältnismäßigkeitsgrundsatz aus § 15 BPolG keinen den Unionsvorgaben genügenden Rechtsrahmen biete, da er sich nur auf das polizeiliche Handeln im jeweiligen Einzelfall bezieht und daher nicht geeignet ist, die polizeiliche Praxis bei der Schleierfahndung nach § 23 Abs. 1 Nr. 3 BPolG generell von Grenzkontrollen abzugrenzen.³²

3.3.3. Der Erlass des Bundesinnenministeriums

Der Erlass des Bundesinnenministeriums aus 2016 zur Anwendung von § 23 Abs. 1 Nr. 3 BPolG³³ enthält keine konkreten zeitlichen und die Anzahl von Kontrollen betreffenden Vorgaben. Der Erlass wiederholt im Wesentlichen die Vorgaben des SGK zur Abgrenzung polizeilicher Maßnahmen von Grenzübertrittskontrollen und unterstreicht das mit der Schleierfahndung verfolgte Ziel der Bekämpfung grenzüberschreitender Kriminalität. Zudem gibt er vor, dass die Kontrollen stichprobenartig und auf der Grundlage von ständig aktualisierten Lageerkenntnissen und/oder (grenz-)polizeilicher Erfahrung zu erfolgen haben.

Der Erlass des Bundesinnenministeriums wird von *Michl* als unzureichender Rechtsrahmen bewertet, da sich ihm kaum präzise Vorgaben entnehmen ließen, die Kontrollen gleicher Wirkung

29 VGH Baden-Württemberg, Urt. v. 13.2.2018, Rs. 1 S 1469/17, Rn. 47 (zitiert nach juris).

30 VGH Baden-Württemberg, Urt. v. 13.2.2018, Rs. 1 S 1469/17, Rn. 49 ff. (zitiert nach juris).

31 Michl, Schleierhafte Schleierfahndung – Zu den unionsrechtlichen Anforderungen an anlasslose Personenkontrollen, DÖV 2018, S. 50 (57).

32 VGH Baden-Württemberg, Urt. v. 13.2.2018, Rs. 1 S 1469/17, Rn. 44 (zitiert nach juris).

33 Bundesministerium des Inneren, Erlass zur Anwendung von § 23 Absatz 1 Nummer 3 Bundespolizeigesetz, Gemeinsames Ministerialblatt (GMBL) 2016, S. 203.

wie Grenzkontrollen wirksam ausschlössen.³⁴ Vom Präzisionsgrad der niederländischen Regelungen, die der EuGH in der Rechtssache *Adil* für unionsrechtskonform erklärt habe, sei der Erlass, so seine Kritik, weit entfernt.

Die Kommission hat 2017, nach dem Erlass des Bundesinnenministeriums aus 2016, ein Vertragsverletzungsverfahren gegen die Bundesrepublik Deutschland wegen Verstößen gegen den SGK eingestellt.³⁵ Das Verfahren betraf, ausweislich Auskünften der Bundesregierung, Fragen zur Vereinbarkeit von § 23 Abs. 1 Nr. 3 BPolG mit dem SGK, insbesondere in Hinblick auf Intensität und Häufigkeit der Kontrollen.³⁶ Daraus lässt sich schließen, dass die Kommission die Rechtsauffassung vertritt, dass der Erlass des Bundesinnenministeriums aus 2016 als Rechtsrahmen anzusehen ist, der die Durchführung von Schleierfahndungen nach dem BPolG auf ein Unionsrecht konformes Maß begrenzt.

3.3.4. Zwischenergebnis

Mehrere Stimmen in der deutschen Rechtswissenschaft haben sich in den letzten Jahren kritisch zur Vereinbarkeit der Schleierfahndung gemäß den Vorgaben des BPolG mit dem Schengener Grenzkodex geäußert.³⁷ Es gibt jedoch auch Stimmen, welche die rechtliche Ausgestaltung der Schleierfahndung in Deutschland für mit dem Unionsrecht vereinbar halten bzw. für nicht grundsätzlich unvereinbar.³⁸

Die Vereinbarkeit der Schleierfahndung mit dem SGK ist in Literatur und Rechtsprechung umstritten und auch durch das Urteil des EuGH in der Rechtssache *A* nicht endgültig entschieden. Es ist weiterhin nicht höchstrichterlich geklärt, ob die Verwaltungsvorschrift BRAS 120, das in § 15 BPolG normierte Verhältnismäßigkeitsprinzip oder der Erlass des Bundesinnenministeriums aus 2016 zur unionsrechtskonformen Ausgestaltung der Schleierfahndung durch die Bundespolizei im Lichte der EuGH-Rechtsprechung genügen.

34 Michl, Schleierhafte Schleierfahndung – Zu den unionsrechtlichen Anforderungen an anlasslose Personenkontrollen, DÖV 2018, S. 50 (58).

35 Vgl. die diesbezügliche [Mitteilung](#) auf der Seite des Bayerischen Rechts- und Verwaltungsreport.

36 Antwort der Bundesregierung auf die Kleine Anfrage der Abgeordneten Ulla Jelpke, [...] und der Fraktion DIE LINKE – Polizeikontrollen im Zusammenhang der unerlaubten Einreise und Vertragsverletzungsverfahren gegen Deutschland, [BT-Drucksache 18/4149](#).

37 Michl, Schleierhafte Schleierfahndung – Zu den unionsrechtlichen Anforderungen an anlasslose Personenkontrollen, DÖV 2018, S. 50 ff.; Groh, Schleierfahndung auf dem Prüfstand, NVwZ 2016, S. 1678 ff.; Trennt, Die (Un-)Vereinbarkeit der Ermächtigungsgrundlagen zur Schleierfahndung mit dem Schengener Grenzkodex, DÖV 2012, S. 216 (221 ff.).

38 Kempfler, Zur Europarechtskonformität der Befugnisnorm zur sog. „Schleierfahndung“ gemäß Art. 13 Abs. 1 Nr. 5 PAG, BayVBl. 2012, S. 9 ff. In diese Richtung wohl auch: Senftl, in: Möstl/Schwabenbauer, Beckscher Online-Kommentar, Polizei- und Sicherheitsrecht Bayern, 8. Aufl., Stand: 1.4.2018, Art. 13 PAG, Rn. 15; Graulich, in: Lisken/Denninger, Handbuch des Polizeirechts, 6. Aufl. 2018, E. Das Polizeihandeln, Rn. 366.

3.4. Möglicher Rahmen im bayerischen Recht

Fraglich ist, ob sich die bayerischen Rechtsgrundlagen der Schleierfahndung maßgeblich von denen auf Bundesebene unterscheiden, sodass die Vereinbarkeit von Art. 5 Abs. 1 Satz 2 POG i.V.m. Art. 13 Abs. 1 Nr. 5 PAG mit dem SGK anders zu bewerten ist als die Vereinbarkeit von § 23 Abs. 1 Nr. 3 BPolG mit dem SGK. Entscheidend ist angesichts der ähnlichen Formulierungen der Rechtsgrundlagen der Schleierfahndung in Art. 13 Abs. 1 Nr. 5 PAG und § 23 Abs. 1 Nr. 3 BPolG die Frage, ob das bayerische Recht einen Rechtsrahmen bietet, der die Durchführung von Schleierfahndungen gemäß Art. 13 Abs. 1 Nr. 5 PAG durch Einschränkungen und Konkretisierungen auf ein Unionsrecht konformes Maß begrenzt.

Soweit ersichtlich, wird die bayerische Schleierfahndung gemäß Art. 13 Abs. 1 Nr. 5 PAG allein durch den Verhältnismäßigkeitsgrundsatz aus Art. 4 PAG und die Nr. 13.7 der Bekanntmachung des Bayerischen Staatsministeriums des Innern über den Vollzug des Polizeiaufgabengesetzes³⁹ beschränkt. Die vom Bayerischen Verfassungsgerichtshof im Wege der Auslegung ermittelten ungeschriebenen begrenzenden Tatbestandselemente (Erfordernis der Lageerkenntnisse und der einschlägigen polizeilichen Erfahrung)⁴⁰ dürften dem vom EuGH vorgegebenen Erfordernis eines eine rechtliche Überprüfung ermöglichen Rechtsrahmens, der die Ausübung der Schleierfahndung konkretisiert und einschränkt, nicht genügen.⁴¹

Der Verhältnismäßigkeitsgrundsatz aus Art. 4 PAG ist aus denselben Gründen wie der Verhältnismäßigkeitsgrundsatz aus § 15 BPolG kein konkretisierender Rahmen i.S.d. Vorgaben des EuGH, der dazu führt, dass die Wirkung der Schleierfahndung sich maßgeblich von der Wirkung von Grenzkontrollen unterscheidet. Auch er kann nur zur Begrenzung einer Maßnahme im Einzelfall, aber nicht zur generellen Abgrenzung der Schleierfahndung von Grenzübertrittskontrollen genutzt werden.

Ausweislich Nr. 13.7 der Bekanntmachung über den Vollzug des PAG werden Art und Umfang der Kontrollen durch die Zielsetzung der Bekämpfung der grenzüberschreitenden Kriminalität und der Unterbindung des unerlaubten Aufenthalts bestimmt. Zudem weist Nr. 13.7 der Bekanntmachung darauf hin, dass der Umfang der im Einzelfall zur Verfolgung des Kontrollzwecks gebotenen Maßnahmen durch den Verhältnismäßigkeitsgrundsatz nach Art. 4 PAG begrenzt wird. Die Bekanntmachung enthält somit keine konkreten zeitlichen und die Anzahl von Kontrollen betreffenden Vorgaben. Mit dem Präzisionsgrad der niederländischen Regelungen, die der EuGH in der Rechtssache *Adil* für unionsrechtsgemäß erklärt hat, ist die Bekanntmachung nicht vergleichbar. Die Bekanntmachung unterstreicht stattdessen die Zielbestimmung der Maßnahmen und enthält einen Verweis auf das Verhältnismäßigkeitsprinzip. Auch im Falle der bayerischen

39 Bekanntmachung des Bayerischen Staatsministeriums des Innern über den Vollzug des Polizeiaufgabengesetzes vom 28. August 1978 (MABl. S. 629), die zuletzt durch Bekanntmachung vom 2. Dezember 2002 (Allgemeines Ministerialblatt Bayern (AllMBI.) 2003 S. 4) geändert worden ist.

40 BayVerfGH, Urt. v. 28.3.2003, NVwZ 2003, S. 1375 (1377) sowie BayVerfGH, Urt. v. 7.2.2006, NVwZ 2006, S. 1284 (1285).

41 So auch der Bayerische Landesbeauftragte für den Datenschutz, [Stellungnahme](#) zum Gesetz zur Neuordnung des Bayerischen Polizeirechts (PAGNeuordnungsgesetz) vom 21.12.2017.

Schleierfahndung gemäß Art. 13 Abs. 1 Nr. 5 PAG fehlt eine höchstrichterliche Klärung. Eine abschließende Feststellung zur Vereinbarkeit mit dem Unionsrecht ist somit nicht möglich.

– Fachbereich Europa –