

Andreas Leidinger

## Drei Perspektiven auf Racial Profiling: Konservativ, liberal, kritisch

Mit seiner Entscheidung vom 7. August 2018 hat das OVG Münster der Diskussion um polizeiliches Racial Profiling ein neues Kapitel hinzugefügt, von dem man sich wünscht, es hätte seiner nicht bedurft.<sup>1</sup> Das bis dahin aufsehenerregendste Racial-Profiling-Urteil des OVG Koblenz hatte eine verdachtsunabhängige Kontrolle Schwarzer<sup>2</sup> Zugreisender zum Gegenstand, die die Bundespolizei auf § 22 Abs. 1a BPolG gestützt hatte – also eine Maßnahme „zur Verhinderung oder Unterbindung unerlaubter Einreise“.<sup>3</sup> Rechtspolitisch konnte sich manch eine hier womöglich noch geneigt sehen, den Einwand zu erheben, es sei absurd, in Zeiten zunehmender unerlaubter Einreisen aus ganz bestimmten Weltregionen der Bundespolizei bei ihren verdachtsunabhängigen Kontrollen ein schlichtes Anknüpfen an korrespondierende phänotypische Merkmale zu untersagen.<sup>4</sup> Warum das keineswegs absurd ist, dazu sogleich.

Der nun in Münster verhandelte Fall hatte mit der Verhinderung unerlaubter Einreise nichts zu tun. Hier entschlossen sich Polizeibeamte, einen Schwarzen Mann einer Ausweiskontrolle zu unterziehen, der abends in einem Bahnhofsgebäude auf seine Lebensgefährtin wartete. Argwohn hatte der spätere Kläger aus Sicht der Polizei dadurch erregt, dass er beim Betreten der Bahnhofshalle seine Kapuze über den Kopf zog und sich hinter einer Säule verbarg, so dass ihnen schien, er wolle sich ihrer Aufmerksamkeit entziehen.<sup>5</sup> Zudem war seine dunklere Hautfarbe mit ausschlaggebend. Insofern verwiesen die Beamten auf einen ganzen Strauß an Delikten, die derzeit in der betreffenden Gegend besonders oft von Menschen teils nordafrikanischer, teils syrischer Herkunft, und aus dem Subsahara-Raum begangen werden. Die Bundespolizisten stützten ihre Maßnahme auf § 23 Abs. 1 Nr. 1 BPolG, der Identitätsfeststellungen zur Abwehr einer Gefahr erlaubt. Die Hautfarbe war es, die dem übrigen Verhalten aus Sicht der Polizei eine suspekte No-

1 OVG Münster, Urteil vom 7.8.2018 – 5 A 294/16, BeckRS 2018, 17945. Zitiert sind im Folgenden jeweils BeckRS-Randziffern.

2 Die Großschreibung entspricht einerseits der selbstgewählten Orthographie zivilgesellschaftlicher Akteur\*innen wie der Initiative Schwarze Menschen in Deutschland e.V. und hat andererseits als kritisch-dekonstruierendes Zeichen Tradition, s. etwa Birgit Rommelspacher, *Dominanzkultur – Texte zu Fremdheit und Macht*, Berlin 2006, S. 7.

3 OVG Koblenz, Urteil vom 21.4.2016 – 7 A 11108/14.OVG, BeckRS 2016, 47529.

4 Einen ähnlichen Reflex gab es in den USA nach dem 11. September, als geäußert wurde, Racial Profiling sei Folge eines Dilemmas, das nicht einseitig zugunsten der Rechte nachteilig Betroffener aufgelöst werden könne, vgl. William Stuntz, *Local Policing after the Terror*, 111 *Yale Law Journal* (2002), 2137-2194, 2163; dagegen Bernard Harcourt, *Rethinking Racial Profiling*, 71 *Chicago Law Review* (2004), 1275-1381, 1279.

5 Der Sachverhalt war zwischen den Parteien streitig. Das OVG hat die Tatsachenfeststellung des VG übernommen, OVG Münster (Fn. 1), Rz. 32.

DOI: 10.5771/0023-4834-2018-4-450

te gab. Denn der spätere Kläger hatte sich eigentlich gänzlich sozialadäquat verhalten, indem er sich, während er spät abends in der unwirtlichen Umgebung einer Bahnhofshalle auf seine Partnerin wartete, schlicht ein Stückweit von der Außenwelt abschottete. Der Kläger erregte also wegen eines Verhaltens Argwohn, das man bei einem Mitbürger ohne sichtbaren Migrationshintergrund allenfalls als Anzeichen geringer Geselligkeit gedeutet hätte.

Während es für Weiße in der Regel genügt, nicht pöbelnd durch die Bahnhofshalle zu torkeln, um nicht die Aufmerksamkeit der Polizei auf sich zu ziehen, sieht die Welt für Schwarze Menschen anders aus, wenn solche Kontrollpraktiken gängig sind. Wollten sie lästigen Polizeikontrollen möglichst entgehen, müssten sie stets mitbedenken, welche Verhaltensweisen eines Schwarzen Menschen in gesellschaftlichen Verhältnissen verdächtig erscheinen können, in denen implizite anti-Schwarze Stereotype verbreitet sind.<sup>6</sup> Das politische Anliegen, Racial Profiling zu bekämpfen, ist auch das Anliegen, solchen Auswirkungen impliziter Stereotype und falschen Stereotypen selbst entgegenzuwirken.<sup>7</sup>

Dogmatisch haben die Oberverwaltungsgerichte das Mit-Anknüpfen an die Hautfarbe jeweils auf Ermessensebene gewürdigt und geprüft, ob ein Ermessensfehler in Form eines Verstoßes gegen Art. 3 Abs. 3 Satz 1 GG vorliegt. Der Lesart, die Art. 3 Abs. 3 Satz 1 GG als striktes absolutes Anknüpfungsverbot versteht,<sup>8</sup> haben sie sich nicht angeschlossen, sondern das Mit-Anknüpfen innerhalb eines Motivbündels als Gleichheitseingriff gewertet, der durch kollidierendes Verfassungsrecht gerechtfertigt werden kann.<sup>9</sup> Während das OVG Koblenz vor allem die Eingriffsebene erörtert und präzisiert hat, unter welchen Umständen die Polizei in welcher Weise darlegen muss, dass nicht an die Hautfarbe angeknüpft wurde,<sup>10</sup> hat das OVG Münster nun die Darlegungslast auf Rechtfertigungsebene konkretisiert. Auf an sich von Art. 3 Abs. 1 Satz 1 GG erfasste Merkmale darf die Polizeibehörde danach abstellen, wenn „anhand von auf die Örtlichkeit oder Situation bezogenen Lagebildern eine erhöhte Delinquenz“ einer „äußerlich erkennbare[n] Tätergruppe“ dargelegt werden kann. Im *obiter dictum* bemerkt das OVG, die Heranziehung von Statistiken komme dabei allenfalls in Betracht, wenn diese nicht ihrerseits auf verzerrender Datenerhebung beruhen.<sup>11</sup>

Weil die Beklagte schon die geforderten Lagebilder nicht vorlegen konnte, musste das OVG Münster nicht erörtern, welche Anforderungen im Übrigen an die Verhältnismä-

6 Einen guten Zugang zum Phänomen impliziter Stereotype bieten die von US-amerikanischen Kognitionswissenschaftler\*innen entwickelten Implicit Attitudes Tests (IAT), <https://implicit.harvard.edu/implicit/takeatest.html>.

7 Die US-amerikanische und die deutsche Racial-Profilings-Debatte unterscheiden sich hinsichtlich ihrer Bezugspunkte. In den USA stand lange die Praxis im Fokus, bevorzugt Angehörige ethnischer Minderheiten bei allgemeinen Verkehrskontrollen anzuhalten. In Deutschland sind vor allem Personenkontrollen durch die Bundespolizei virulent geworden. Die beiden Konstellationen werfen nicht exakt die gleichen Fragen auf. Ich beschränke mich auf den hierzulande salienten Problemkreis und verweise auf US-Quellen nur, wo die Probleme sich ähneln; zur US-Debatte umfassend Harcourt (Fn. 4).

8 Dafür plädieren Alexander Tischbirek/Tim Wihl, Verfassungswidrigkeit des „Racial Profiling“, JZ 2013, 219-224 (222).

9 OVG Koblenz (Fn. 3), Rz. 128; OVG Münster (Fn. 1), Rz. 44.

10 OVG Koblenz (Fn. 3), Rz. 99-127.

11 OVG Münster (Fn. 1), Rz. 46 f. Eine deutliche Bejahung der Möglichkeit statistischer Darlegung sieht hier hingegen Andreas Kerkemeyer, Urteilsanmerkung zu OVG Münster, NVwZ 2018, 1501-1502 (1502).

ßigkeit des Eingriffs zu stellen sind. Das OVG Koblenz hatte die Unverhältnismäßigkeit einer Kontrolle, die auf einer diskriminierenden Vorauswahl beruht, damit begründet, dass die Streubreite des Eingriffs enorm sei und § 22 Abs. 1a BPolG demgegenüber nicht die nötige Bedeutung zum Schutz vor unerlaubter Einreise und Schleuserkriminalität zukomme.<sup>12</sup> Es ist ungewiss, welche Beachtung das OVG Münster der Streubreite geschenkt hätte. Obwohl das OVG Münster die stigmatisierende Wirkung der Merkmal-sanknüpfung erkennt,<sup>13</sup> lässt es den Weg für eine Interpretation von Art. 3 Abs. 1 Satz 1 GG offen, wonach eine von der Hautfarbe abhängige erhöhte Kontrollwahrscheinlichkeit gegenüber Nicht-Merkmalsträger\*innen hinzunehmen ist, wenn auch die Delinquenzraten entsprechend erhöht sind – zumal es die Anforderungen an die verhaltensbezogenen Motive, die zur Hautfarbe hinzutreten müssen, um eine Kontrolle zu rechtfertigen, denkbar gering ansetzt.<sup>14</sup>

Es zeigt sich hier, dass die Auslegung von Art. 3 Abs. 3 Satz 1 GG in der Verwaltungsgerichtsbarkeit angesichts der noch uneinheitlichen bundesverfassungsgerichtlichen Rechtsprechung zu Art. 3 Abs. 3 Satz 1 GG stark vom Benachteiligungsverständnis des jeweiligen Spruchkörpers abhängt.<sup>15</sup> Einigkeit besteht allenfalls dahingehend, dass dem Zweck von Art. 3 Abs. 3 Satz 1 GG, merkmalsbezogene Benachteiligungen zu verhindern, bei der Auslegung zum Durchbruch zu verhelfen ist.<sup>16</sup> Dieser Aufsatz nimmt deshalb noch einmal die Ebene des Vorverständnisses in den Blick.<sup>17</sup> Er nimmt drei idealtypische Perspektiven auf Racial Profiling ein: eine konservative, eine liberale, eine kritische.<sup>18</sup> Dabei treten drei unterschiedliche Benachteiligungsbegriffe zutage. Es wird sich zeigen, dass die Oberverwaltungsgerichte ein konservatives Verständnis zugrunde legen, dass aber auch ein solches dem Racial Profiling bereits Schranken setzt, die zumindest eine Kombination der Schutzmaßstäbe von OVG Münster und OVG Koblenz erfordern. Auch wird deutlich, dass die konservative Perspektive in vielerlei Hinsicht zu kurz greift.

Die Abschichtung der Perspektiven erfolgt auch, um in einem Umfeld tiefgreifender Meinungsverschiedenheiten, in dem der Benachteiligungsbegriff immer klarer als „essen-

12 OVG Koblenz (Fn. 3), Rz. 129.

13 OVG Münster, Leitsatz 4 und Rz. 45.

14 Der Kapuzenpullover und das Verbergen hinter der Säule sollen angesichts zahlreicher vor Ort begangener Straftaten genügen, OVG Münster (Fn. 1), Rz. 30.

15 Zum Streit um eine Interpretation von Art. 3 Abs. 3 Satz 1 GG als Begründungs- oder Anknüpfungsverbot siehe die gute Darstellung bei Sigrid Boysen, in: von Münch/Kunig, GG, 6. Aufl. 2012, Art. 3, Rz. 125-131.

16 Ohne Rückgriff auf die Kategorien des Begründungs- oder Anknüpfungsverbots formulieren das etwa Christian Bumke/Andreas Vosskuhle, Casebook Verfassungsrecht, Tübingen 2015, Rz. 509. Sie konstruieren Art. 3 Abs. 3 Satz 1 GG als vorbehaltloses Grundrecht, bei dem wegen der besonderen Zweckrichtung eine Eingriffsrechtfertigung nur gelingen kann, „wenn dadurch Minderheiten nicht diskriminiert werden“, ebd.

17 Alternativ kann man einen Benachteiligungsbegriff dogmatisch entfalten, Tischbirek/Wihl (Fn. 8), 222 ff.

18 Konkret inspiriert ist diese klassische Dreiteilung von Tim Wihls politischer Theorie (dort heißt die dritte Kategorie „progressiv“). In Wihls Fortschrittsmodell hat die Drittelung einen höheren Sinn, Tim Wihl, Aufhebungsrecht, 2018 [unveröffentlichtes Manuskript], insb. 213-216. Im hiesigen Kontext ist sie abgewandelt und dient rein analytischen Zwecken. Zu Beginn des jeweiligen Abschnitts werden die Perspektiven pointiert skizziert, um zu verdeutlichen, wie die schillernden Begriffe hier verstanden werden.

tially contested concept“<sup>19</sup> erscheint, die lagerübergreifende Diskussion durch ein Systematisierungsangebot zu erleichtern.

### *I. Konservativ: Gleiches Maß und Unrechtsfixierung*

Mit einer konservativen Perspektive meine ich in unserem Kontext eine, für die der Erhalt nationalstaatlicher Ordnung ein überpersönlicher Wert ist.<sup>20</sup> Dieses Ziel verlangt vom Einzelnen Aufopferung und Loyalität<sup>21</sup> und entspricht damit, in den Kategorien Ulrich Halterns, noch am ehesten einem katholischen Paradigma des Politischen.<sup>22</sup> Diesen Sinn fürs Überindividuelle verbindet die konservative Perspektive mit einem Bekenntnis zu einem Menschenwürdeschutz, der es verbietet, den Einzelnen nur als Ressource zu begreifen, mit der für Gemeinwohlzwecke beliebig verfahren werden kann. Die so markierten Grenzen will sie um des höheren Ganzen willen jedoch eng ziehen. In Gleichheitsfragen bedeutet das eine Fixierung auf eine formale Auslegung des allgemeinen Gleichheitssatzes. Gelingt es danach, ein auf den ersten Blick benachteiligendes Handeln als bloße Nebenfolge der unparteiischen Anwendung gerechtfertigter gleichmäßiger Maßstäbe zu rekonstruieren, ist ein Verdacht der Ungleichbehandlung widerlegt. Einer unparteiischen Behörde können unbeabsichtigte Nachteile nicht als Gleichheitsverstoß zugerechnet werden.<sup>23</sup>

Die Fixierung auf Individualverantwortung lässt die konservative Perspektive unter einseitig idealisierten Bedingungen operieren.<sup>24</sup> Während die Bedrohung, die die Polizeibehörde abwenden soll, gerade in ihrer einzelfallübergreifenden Dimension mitgedacht wird (bei generalpräventiven Zwecken ist das ohnehin selbstverständlich), wird auf Seiten der Eingriffsintensität nur das Anknüpfen an die Hautfarbe im Einzelfall betrachtet. Hintergründe wie etwa den immer noch verbreiteten, nicht immer unterschweligen Alltagsrassismus, oder schlicht die Häufung solcher Kontrollerfahrungen im Laufe eines Lebens, die den Kontext der Identitätsfeststellung entscheidend mitbeeinflussen, lässt die konservative Perspektive außen vor.<sup>25</sup>

19 W.B. Gallie, *Essentially Contested Concepts*, Proceedings of the Aristotelian Society (1955-1956), 167-198.

20 Ein typisch konservatives Argument evoziert denn auch den „Staat“ als der Verfassung vorgelagerte Einheit. Dagegen grundlegend Christoph Möllers, *Staat als Argument*, München 2000.

21 Dem entsprechen kognitionswissenschaftlich belegte konservative Reflexe. Nach Jonathan Haidt korreliert Konservatismus stark mit moralischen Intuitionen, die besonders auf die Kategorien „sanctity“, „authority“ und „loyalty“ ansprechen, Jonathan Haidt/Jesse Graham, *When morality opposes justice: Conservatives have moral intuitions that liberals may not recognize*, *Social Justice Research* 20 (2007), 98-116; Haidt, *The Righteous Mind*, New York 2012.

22 Ulrich Haltern, *Der Staat als Stimme und Körper*, in: Mein (Hrsg.), *Die Zivilisation des Interpretieren: Studien zum Werk Pierre Legendres*, Wien/Berlin 2012, 259-284.

23 Zur konservativen Fixierung auf individuelle Zurechnung s. *Wahl* (Fn. 18), 213.

24 Exemplarisch zeigt sich die kontextunabhängige Fixierung auf Einzelfallzurechnung in der einflussreichen Abhandlung Larry Alexanders zur moralischen Verwerflichkeit von Diskriminierung, die unter der Annahme operiert, man lebe bereits in einer gerechten Gesellschaft, *What Makes Wrongful Discrimination Wrong?*, 1 *University of Pennsylvania Law Review* (1992), 149-219 (155).

25 Diese Isolierungsstrategie wählen auch Mathias Risse/Richard Zeckhauser, *Racial Profiling*, *Philosophy & Public Affairs*, 2 (2004), 131-170 (144 ff.). Kritisch Annabelle Lever, *Why Racial Profiling Is Hard To Justify*, *Philosophy & Public Affairs*, 1 (2005), 94-110.

In mindestens drei Konstellationen ist Racial Profiling aber ohne Weiteres auch aus konservativ-aristotelischer Perspektive als verwerflich zu erkennen. Die erste dieser Konstellationen hat schon das OVG Münster skizziert: Wenn die Hautfarbe aus Sicht der Polizei eine gesteigerte Delinquenzwahrscheinlichkeit indiziert, obwohl dies noch nicht einmal durch Lagekenntnisse gestützt wird, sind schlicht benachteiligende Vorurteile über Menschen mit dunkler Hautfarbe am Werk. Im Folgenden erörtere ich denn auch nur zwei weitere, etwas komplexere Verletzungen des aristotelischen Gleichheitssatzes. Im ersten Fall darf die Polizei aus konservativer Sicht zwar grundsätzlich ans Merkmal Hautfarbe anknüpfen, vergisst darüber aber den übrigen polizeilichen Sachverstand. Auch in der zweiten Konstellation geben Lagekenntnisse ein Anknüpfen an sich her. Das Merkmal Hautfarbe ist aber derart ungeeignet, den Täter\*innenkreis zuverlässig einzuschränken, dass verdachtsunabhängige Kontrollen, die primär daran anknüpfen, eine Zumutung darstellen, die man Bürger\*innen normalerweise nicht zumutet.

### 1. Irrationale Dominanz der Hautfarbe

Kennzeichnend für die konservative Perspektive ist, dass sie sich wegen ihrer Affinität für den aristotelischen Gleichheitssatz besonders für die Eigenlogik polizeilicher Ermittlungsarbeit interessiert. „Racial Profiling“, so ein denkbare konservatives Argument, folge in seinen akzeptablen Ausprägungen nur allgemeiner kriminalistischer Rationalität, die gar nicht anders kann, als bei der Ermittlungsarbeit über Generalisierungen den Kreis potentiell Verdächtiger zu bestimmen, ohne dass dies im engeren Sinne diskriminierend sein muss.

Daran stimmt zunächst, dass in vielen Fällen die Berücksichtigung „verpönter Merkmale“ aus Gründen kriminalistischer Rationalität geboten sein kann.<sup>26</sup> Das ist der Fall, wenn für konkrete Taten individuelle Täter\*innenbeschreibungen vorliegen, die phänotypische Merkmale einschließen, oder wenn es um einen konkreten, durch ethnische Merkmale verbundenen Täter\*innenkreis geht, insbesondere im Umfeld organisierter Kriminalität. Weniger verlässlich, aber immer noch sinnvoll, mag das Anknüpfen auf der Ebene behördeninterner Profilbildung sein, wenn das Gepräge der Tat einen bestimmten kulturellen Kontext nahelegt, etwa Umstände auf einen „Ehrenmord“ hindeuten.<sup>27</sup> Schließlich gibt es eben den Fall, dass phasenweise viele Menschen mit bestimmten phänotypischen Merkmalen Verstöße gegen das Aufenthaltsgesetz begehen. Weil die unerlaubte Einreise ein Delikt ohne Spuren, Opfer oder Beute ist, ist ihre Aufklärung mit herkömmlichen Methoden schwierig. Da Grenzkontrollen ausscheiden, sind verdachtsunabhängige Kontrollen, bei denen der Kreis der zu Kontrollierenden zwecks Effizienzsteigerung nach phänotypischen Merkmalen eingegrenzt wird, zunächst naheliegend.<sup>28</sup>

26 Die einschlägigen zivilgesellschaftlichen Initiativen hierzulande fordern denn auch ganz konkret ein Ende *diskriminierender* Kontrollen und Durchsuchungen, s. den Online-Auftritt zur Kampagne „Stop Racial Profiling“ der Initiative Schwarze Menschen in Deutschland Bund e.V., <http://isdonline.de/projekte-alt/kampagne-stop-racial-profiling/>.

27 Das Versagen bei den NSU-Ermittlungen hat indes gezeigt, dass schlecht fundierte stereotype Annahmen über das Umfeld der Opfer die Ermittlungen mitunter enorm behindern können.

28 Zur Rationalität kriminalistischen Profilings grundsätzlich s. Michael Boylan, *Ethical Profiling*, *The Journal of Ethics* (March/June 2011), 131-145.

Von Kritiker\*innen des Racial Profiling wird regelmäßig konzediert, dass man selbstverständlich an die Hautfarbe anknüpfen dürfe, wenn sie Teil einer individuellen Täter\*innenbeschreibung sei.<sup>29</sup> Etwas ganz anderes aber sei es, jemanden allein aufgrund statistischer Werte ins Raster zu nehmen. Teils heißt es etwas ominös, Einzelne würden dann nicht mehr als Individuum behandelt.<sup>30</sup>

Diesen kategorischen Unterschied vermag die konservative Perspektive nicht zu erkennen. Individuelle Täter\*innenbeschreibungen und statistische Erhebungen sind für sie im Ausgangspunkt gleichermaßen geeignet, die Wahrscheinlichkeit zu erhöhen, dass jemand, bei dem das relevante Merkmal vorliegt, zum Kreis der Gesuchten gehört. Einen Gleichheitsverstoß kann sie aber in beiden Konstellationen dann erkennen, wenn das Merkmal Hautfarbe die polizeiliche Ermittlung irrational beeinträchtigt.

Man stelle sich vor, dass das Opfer eines Taschendiebstahls den Täter als hochgewachsenen Mann mit schwarzer Hautfarbe beschreibt, woraufhin die Polizei einen auf der Terrasse eines nahegelegenen vornehmen Restaurants speisenden schwarzen Geschäftsmann mittleren Alters verdächtigt und Maßnahmen ergreift. Hier liegt die Benachteiligung darin, dass das Merkmal Hautfarbe derart in den Vordergrund tritt, dass es alle gewöhnlichen polizeilichen Heuristiken verdrängt. Dass der Betroffene aufgrund seiner sozioökonomischen Stellung, seines Alters und seines Verhaltens als Täter statistisch gesehen kaum in Betracht kommt, gerät für die Beamten neben seiner Hautfarbe völlig in den Hintergrund. Der Verstoß gegen den Gleichheitssatz liegt darin, dass man annehmen muss, dass eine ähnliche Fehlleistung bei einem weißen Täter nicht vorgekommen wäre. Gleiches ist bei Identitätsfeststellungen im Zug denkbar, die auf statistischer Grundlage erfolgen, wenn hier die kontrollierte Person aufgrund bestimmter Merkmale durchs Raster fallen müsste, die Polizei dies aber übersieht. In beiden Fällen liegt der Gleichheitsverstoß nach dem konservativem Maßstab darin, dass die Polizei, sobald das Merkmal Hautfarbe ins Spiel kommt, „entlastende“ Umstände nicht wahrnimmt.<sup>31</sup>

## 2. Unspezifisches Merkmal Hautfarbe

Die konservative Perspektive vermag ebenfalls noch einzufangen, dass Racial Profiling verwerflich ist, wenn in unüblicher Weise auf ein Merkmal abgestellt wird, das den Kreis der Verdächtigen nur unzureichend eingrenzt. An die Hautfarbe mitanzuknüpfen, mag

29 Vgl. die Darstellung bei Harcourt (Fn. 4), 1278; s. auch Tischbirek/Wihl (Fn. 8), 222; oft wird Racial Profiling so definiert, dass es die Anknüpfung bei individueller Täterbeschreibung gar nicht umfasst, Kaspar Lippert-Rasmussen, Racial Profiling Versus Community, *Journal of Applied Philosophy*, 2 (2006), 191.

30 Für eine Kritik dieser pauschalen Annahme s. Kaspar Lippert-Rasmussen, "We are all Different": Statistical Discrimination and the Right to be Treated as an Individual, *The Journal of Ethics*, 1/2 (2011), 47-59. Dazu auch unten (II. 4).

31 Ein weiteres mögliches Problem stellen in diesem Kontext zu unspezifische Täter\*innenbeschreibungen dar. Wird der Täter etwa als „dunkelhäutig“ bezeichnet, und ist damit ein maghrebinischer Phänotyp gemeint, kann sich ein unschuldig Verdächtigter aus dem Subsahara-Raum mit entsprechend dunklerer Hautfarbe zu Recht über eine hierarchisierende Unfähigkeit zur Differenzierung beklagen, die im Kern nur zwischen Weiß und Nicht-Weiß zu unterscheiden vermag und ihn unberechtigterweise in den polizeilichen Fokus rückt.

zwar gegenüber Jedermann-Kontrollen die Erfolgsrate beträchtlich steigern.<sup>32</sup> Die Hautfarbe bleibt aber ein denkbar schwaches Stellvertreterkriterium für die Voreingrenzung des Kreises jener, bei denen unerlaubte Einreise in Betracht kommt. Sie schließt zu viele Unschuldige mit ein. Das erörtert das OVG Koblenz auf Rechtfertigungsebene ausführlich: Trotz Anknüpfen an die Hautfarbe lag die Zahl festgestellter unerlaubter Einreisen bei Kontrollen in Zügen und Bahnhöfen in den Jahren 2013 und 2014 im Promillebereich.<sup>33</sup>

Wenn man aber weiß, dass man mit Ausweiskontrollen unter Zugreisenden dunklerer Hautfarbe viele Unschuldige belastet, so liegt in dem Umstand, dass man diese Strategie dennoch wählt, eine Verletzung des Gleichheitssatzes. Denn auch hier ist anzunehmen, dass die Polizei anders vorgehen würde, wenn das einende Kriterium nicht die dunklere Hautfarbe wäre. Man stelle sich vor, die Polizei hätte Lageerkenntnisse darüber, dass in der Frankfurter City morgens Menschen in Anzug oder Kostüm unterwegs sind, in deren Aktenkoffern sich Hinweise auf Finanzvergehen finden – etwa zu Libor-Manipulationen oder Steuerflucht. Es ist nicht denkbar, dass allein auf dieser Grundlage morgens in Frankfurt wahllos verdachtsunabhängige Personenkontrollen unter Anzugträger\*innen vorgenommen würden – das Vorliegen einer hinreichend weiten Ermächtigungsgrundlage einmal unterstellt. Es wäre schlicht unverhältnismäßig, den Alltag so vieler Menschen durch die plötzliche Eruption der Polizeikontrolle zu stören, wenn die Erfolgschancen derart gering sind. Dass die Bundespolizei dies bei ihrer Kontrollpraxis nach § 22 Abs. 1a BPolG anders gewichtet, legt nahe, dass, wenn allein Menschen dunklerer Hautfarbe betroffen sind, mit anderem Maß gemessen wird. In der Bereitschaft, eine Fahndungsmethode auf ein unverhältnismäßig unspezifisches Merkmal zu stützen, liegt eine gleichheitsbezogene Ungerechtigkeit im konservativen Sinne.<sup>34</sup>

Verdachtsunabhängige stichprobenartige Kontrollen, die an stark überinklusive Merkmalen anknüpfen, kennen wir sonst noch aus dem Sport, vom Zoll und aus dem Straßenverkehr. Auch hier wird jeweils kontrolliert, obwohl die allermeisten Kontrollierten sich als unschuldig erweisen werden. Solche Kontrollen sind indes mit Racial Profiling schon dann nicht vergleichbar, wenn man in typisch konservativer Idealisierung den historischen Kontext der hautfarbenbezogenen Kontrollen ganz außer Acht lässt. Denn das Anknüpfungsmerkmal ist in diesen Fällen erstens ein bestimmtes *Verhalten*

32 Jedermann-Kontrollen werden seit jeher als grundrechtsschonende Alternative vorgeschlagen, s. schon Randall Kennedy, *Race, Crime and the Law*, New York 1998, 161; ferner Jeannine Drohla, *Hautfarbe als Auswahlkriterium für verdachtsunabhängige Polizeikontrollen?*, ZAR 2012, 411 (415); Doris Liebscher, „Racial Profiling“ im Lichte des verfassungsrechtlichen Diskriminierungsverbots, NJW 2016, 2779 (2781). Der Einwand, dass dann der Grundrechtseingriff der Kontrolle unnötig auf höchstwahrscheinlich nicht Gesuchte ausgedehnt würde, hat wenig Gewicht, wenn man bedenkt, dass die Eingriffsintensität an sich sehr niedrig ist und die Kontrolle erst als Gleichheitseingriff schwer wiegt, Tischbirek/Wihl (Fn. 8), 223. Zur Intensität auch sogleich (II.1.).

33 Bezieht man Flughäfen mit ein, verbessern sich die Werte deutlich. Aber auch da lag die Erfolgsquote bezogen auf den Normzweck bei 0,3% (2013), 1,1% (2014) und 4,4% (2015), OVG Koblenz (Fn. 3), Rz. 129. Jenseits solcher Statistiken hilft ein Blick auf die Bevölkerungsstruktur in vielen Staaten des Schengen-Raums, um zu sehen, dass es nicht möglich ist, von der Hautfarbe auf den Aufenthaltsstatus zu schließen. Menschen tendenziell dunkleren Phänotyps stellen in vielen südlichen EU-Ländern seit jeher und inzwischen auch in Deutschland große Bevölkerungsanteile.

34 Dass das Anknüpfen am Merkmal „Anzugträgerin“ bei Anwendung eines historisch-soziologisch informierten Benachteiligungsbegriffs viel unproblematischer wäre als das Anknüpfen an die dunklere Hautfarbe, ist nach der konservativen Gleichheitsarithmetik nachrangig.

(Autofahrt, Grenzübertritt, Wettkampfteilnahme) und nicht ein unveränderliches persönliches Merkmal. Zweitens sind diese Kontrollen meist auf ganz bestimmte Lebensbereiche beschränkt, so dass sie für die jeweils Betroffenen grundsätzlich vorhersehbar sind. Drittens dienen sie dort, wo Streubreite und auch Unvorhersehbarkeit noch am ehesten jenen des Racial Profiling entsprechen – etwa im Straßenverkehr –, dem Schutz der höchstrangigen Individualrechtsgüter Leib und Leben, und zwar dank ihres generalpräventiven Charakters auch dem Schutz der Unschuldigen unter den Kontrollierten selbst. All das lässt sich für Identitätsfeststellungen im Zug oder am Bahnhof, die an die Hautfarbe anknüpfen, nicht sagen.

## II. Liberal: Barrierefreie Selbstentfaltung

Die liberale Perspektive verschreibt sich dem Ideal freier, möglichst ungehinderter Entfaltungsmöglichkeiten aller Bürger\*innen.<sup>35</sup> Liberale Kritik der herrschenden Verhältnisse zeigt auf, in welchen Hinsichten wessen Anspruch vereitelt wird, sein Leben als freies und gleiches Mitglied der Gesellschaft zu gestalten.<sup>36</sup> Kennzeichnend ist zum einen, dass das Bewusstsein für Beeinträchtigungen des Anspruchs auf ein Leben in freier Selbstentfaltung feiner kalibriert ist als bei konservativen Positionen und das persönliche Freiheit der politische Wert schlechthin ist.<sup>37</sup> Auch die konservative Forderung, sich mit den herrschenden Verhältnissen abzufinden,<sup>38</sup> ist der liberalen Perspektive fremd. Charakteristisch ist aber zugleich die Überzeugung, dass jenseits einzelner konkreter Missstände – anhaltender Diskriminierung, zu niedrigen Löhnen oder schlechter Gesundheitsversorgung – westliche Demokratien idealen Verhältnissen schon recht nahe kommen.<sup>39</sup> Ins Recht übertragen, ergänzen die meisten folgenden liberalen Erwägungen die konservative Perspektive dergestalt, dass sie auf Verhältnismäßigkeitsebene mit höchstem Gewicht zu berücksichtigen sind.

### 1. Das Wesen der Identitätsfeststellung und Durchsuchung

Blickt man aus der liberalen Perspektive auf die Kontrollpraxis der Bundespolizei, fällt zunächst auf, dass Ausweiskontrollen oder Identitätsfeststellungen, die nicht offenkundig willkürlich und stichprobenartig erfolgen, eine Unterbrechung des Alltags sind, über die man nicht ohne Weiteres hinweggeht. Der Staat greift sich die Einzelne heraus und prüft, ob mit ihr auch alles stimmt. Geschieht das nicht-willkürlich und zugleich weitgehend anlasslos, kann man gar nicht anders, als sich zu fragen, was einen aus der Masse heraushebt, dass der Staat einem plötzlich so konfrontativ gegenübertritt. Vermuten zu

35 Exemplarisch ist das von Joseph Raz formulierte Ideal, die Einzelne müsse (Teil-)Autorschaft über ihr Leben haben, *The Morality of Freedom*, Oxford 1986, 204.

36 Siehe etwa Martha Nussbaum, *Frontiers of Justice*, Cambridge (MA) 2007.

37 Philosophisch dazu Judith Shklar, *Putting Cruelty First*, *Daedalus* 3 (1982), 17-27; damit korrespondiert der moralpsychologische Befund, dass die moralischen Intuitionen von *Liberals* vor allem auf die Trigger *harm* und *fairness* ansprechen, Jonathan Haidt, *The Righteous Mind*, London 2012.

38 Hier wirkt eine christliche Tradition fort, der irdische Heilsversprechen suspekt sind.

39 Rawls' Gerechtigkeitstheorie z.B. rekonstruiert in etwa die Verhältnisse einer sozialen Marktwirtschaft, John Rawls, *A Theory of Justice*, Cambridge (MA) 1971.

müssen, man habe gerade wegen seiner dunklen Hautfarbe Argwohn erregt, ist eine Zumutung. Sie intensiviert sich, wenn das vor den Augen anderer geschieht, zumal in einer Gesellschaft, in der die Einstellung verbreitet ist, die Polizei werde ihre Gründe haben.<sup>40</sup> Folgt auf die Ansprache eine Durchsuchung mitgeführter Gegenstände, kommt ein erheblicher Eingriff in die Privatsphäre und eine erneute Intensivierung der Stigmatisierung hinzu. All das kann die Grenze zur öffentlichen Demütigung überschreiten.

## 2. Expressive Dimension

Eine liberale Perspektive wird ferner geneigt sein, die kommunikative Seite der Kontrollpraxis zu betonen. Die jeweilige Kontrolle markiert die Einzelne mit einem Argwohn unterhalb einer konkreten Verdachtsschwelle, dessen sie sich nicht einfach durch Vorzeigen des Ausweises entledigen kann. Das Fehlen eines konkreten Verdachtsmoments führt so gerade zu einer Verstärkung der Demütigung. Dass dies allgemeine Polizeipraxis werden konnte, muss zudem von einer Indifferenz gegenüber den Anliegen der Betroffenen auf institutioneller Ebene zeugen, die ihrerseits erneut herabwürdigend ist.<sup>41</sup>

## 3. Externalitäten

Auch der Verweis auf unbeabsichtigte Nebenfolgen des Racial Profiling ist typisch liberal, sofern er über die Begleiterscheinungen des Einzelfalls hinausweist und ergründet, wozu Racial Profiling als etablierte Praxis auf aggregierter Ebene führen kann. Als solche möglichen Nebeneffekte sind zu benennen: eine Verstärkung rassistischer Einstellungen in der Bevölkerung, Verzerrungen der Strafstatistiken, je nach Zuschnitt des Profilings auch die Zunahme von Straftaten in den nicht-profilieren Bevölkerungsgruppen. Zu rechnen ist auch mit einem Verlust von Vertrauen in die Strafverfolgungsbehörden unter Schwarzen Menschen, der sich über Einzelfälle hinweg von Kontrolle zu Kontrolle intensivieren kann – ein Umstand, den die konservative Einzelfallfixierung nicht sehen kann.<sup>42</sup>

## 4. Grenzfall: Zumutung statistischer Anknüpfung

Wie oben erwähnt, erscheint manchen von liberaler Warte aus schon eine nachteilige Behandlung auf bloßer statistischer Grundlage als Zumutung. Wer etwa als unbescholtener Schwarzer Mensch in einem Stadtteil lebt, in dem Schwarze erhöhte Delinquenzraten aufweisen, soll nicht allein deshalb öfter polizeilich kontrolliert werden. Teils wird argumentiert, die bloße statistische Anknüpfung versage der Einzelnen, in ihrer Individualität erfasst zu werden, und behandle sie stattdessen stereotypisierend. Werde an ein Merkmal nicht statistisch, sondern aufgrund einer konkreten Täterbeschreibung angeknüpft, sei das hingegen unbedenklich.<sup>43</sup> Der Gedanke, eine statistische Anknüpfung sei an sich

40 Doris Liebscher (Fn. 32), 2781.

41 Letzteres im Anschluss an den Diskriminierungsbegriff von Andrea Sangiovanni, *Humanity Without Dignity*, Cambridge (MA) 2017, 114 ff.

42 Zu all dem mit Nachweisen zum US-Diskurs Tischbirek/Wihl (Fn. 8), 222.

43 Dazu schon oben (I.1.).

schon eine Zumutung, hat indes nur eingeschränkte eigenständige Bedeutung. Die Vermeidung einer abwertenden stereotypisierenden Behandlung etwa verlangt vor allem, dass das statistisch relevante Merkmal nicht übermäßig dominant wird (s. oben I.1.). Problematisch ist ferner, wenn die Anknüpfung allein entlang ausgewählter statistischer Parameter erfolgt und so eine Marginalisierungstradition fortschreibt; wenn also bei Schwarzen Mitbürger\*innen in einer Weise Statistiken herangezogen werden, in der man es bei Weißen nicht täte (s. oben I.2.). Diese beiden Dimensionen vermag bereits die konservative Perspektive zu erfassen. Eigenständige Bedeutung bekäme die hier erörterte Behauptung nur, wenn darüber hinaus auch auf hinreichende Lagekenntnisse aufbauende und strengen Verhältnismäßigkeitsanforderungen genügende Behandlungen, die an die Hautfarbe mitanknüpfen, geächtet werden sollen. Ein derart absolutes Anknüpfungsverbot, das auf der Rechtfertigungsebene alle Einwände aus kollidierendem Verfassungsrecht sticht, würde indes den Kampf gegen strukturelle Benachteiligung einzelfallunabhängig zu einseitig zulasten jener ähnlich dringenden konkurrierenden Belange priorisieren, denen die polizeiliche Maßnahme dienen mag. Eine Güterabwägung muss möglich bleiben.

### III. Kritisch: Struktur und Ideologie

Das vielfach reklamierte Label „kritisch“ ist hier Haltungen zugewiesen, die in den herrschenden Verhältnissen wirkende Ideologien und Machtmechanismen sichtbar machen wollen. Sie identifizieren einzelne Missstände als Symptome struktureller Probleme und bemühen sich darum, Zusammenhänge sichtbar zu machen, die eine analytisch vorgehende liberale politische Philosophie oft nicht erfasst. Der Kapitalismus erscheint dann etwa nicht nur als eine durch ein System von Individualrechten und staatlicher Steuerung konstituierte Wirtschaftsordnung, sondern als umfassende, erfahrungsprägende „Lebensform“.<sup>44</sup> Individuellem Verhalten kommt in kritischen Deutungen oft zugunsten überindividueller Erklärungsansätze nachrangige Bedeutung zu.<sup>45</sup> Die überzeugendsten Theorien verweigern sich zugleich einem reinen Materialismus.<sup>46</sup> Kritische Ansätze sind provokant, bisweilen kalkuliert skandalös.<sup>47</sup>

#### 1. Orientierungslosigkeit und Nostalgie

Aus kritischer Sicht drängt sich auf, Racial Profiling als Ausfluss eines Versuchs zu deuten, in einer von Orientierungslosigkeit und diffusen Risiken geprägten Gegenwart Kontrolle zurückzuerlangen. Für Gesellschaften, die phasenweise fast flächendeckenden Wohlstand erreicht hatten, ist ein nostalgisch verklärter Blick auf die Vergangenheit ty-

44 Rahel Jaeggi, *Kritik der Lebensformen*, Frankfurt a.M. 2013; Rahel Jaeggi/Nancy Fraser, *Capitalism: A Conversation*, New York 2018.

45 Prägend Karl Marx, *Die Deutsche Ideologie*, in: Karl Marx/ Friedrich Engels-Werke (MEW), Band 3, Berlin 1990.

46 Anschaulich die Diskussion dazu bei Tim Wihl, *Towards Progressive Human Dignity*, in: Grimm/Kemmerer/Möllers (Hrsg.), *Human Dignity in Context*, Baden-Baden 2018, 345-366 (356-363).

47 Das wird nicht immer eingeräumt, aber etwa mit der produktiven Kraft der Provokation überzeugend gerechtfertigt bei David Garland, *The Culture of Control*, Chicago 2001, ix.

pisch.<sup>48</sup> Während unklar wird, was man sich von der Zukunft überhaupt noch erhoffen kann, wird die Vergangenheit stilisiert als Ordnung überschaubarer, kontrollierter Lebensverhältnisse. Diese Orientierungslosigkeit steigert sich angesichts diffuser, omnipräsenter und kaum kontrollierbarer Risiken ökologischer oder wirtschaftlicher Katastrophen.<sup>49</sup> In diesem Kontext findet das orientierungslose Selbst Halt im Versprechen streng kontrollierter Grenzen. Weil hier eine Risikoreduktion noch am ehesten möglich scheint, werden durchlässige Grenzen als Haupt- oder gar alleiniges Problem identifiziert<sup>50</sup> und mit ihrer Schließung die Illusion umfassend wiedererlangter Kontrolle verbunden. Mutet man um der Zuwanderungskontrolle willen Schwarzen Mitbürger\*innen das Risiko permanenter Polizeikontrollen zu, wird ein Unbehagen, das seine Ursachen zum Großteil in ganz anderen Umständen hat, auf ihre Kosten katalysiert.

## 2. Examinationsparadigma und institutioneller Rassismus

Die kritische Perspektive wird auch bemerken, dass sich die Schaffung polizeilicher Befugnisse zur anlasslosen Kontrolle idealtypisch in die Foucault'sche Erzählung eines strafrechtlichen Paradigmenwechsels weg von der Aufklärung bestimmter, konkreter Verbrechen (*inquisition*) hin zu einer permanenten Überwachung und Kontrolle der Untertanen (*examination*) einfügt.<sup>51</sup> Das ist umso bemerkenswerter, als sich gut vertreten lässt, dass die Foucault'sche Erzählung die deutsche Strafrechtsentwicklung in vielerlei Hinsicht nicht erklärt.<sup>52</sup> Dass nun aber Ermächtigungsgrundlagen geschaffen werden, die strukturell dazu einladen, gerade dunkelhäutige Mitglieder dem steten Risiko der anlasslosen *examination* auszusetzen, deutet neben dem Umstand, dass das Foucault'sche Gespenst eben doch wiederkehrt, auf einen strukturellen Rassismus hin.<sup>53</sup> Polizeiliche Befugnisse sind so strukturiert, dass die Polizeierfahrung Schwarzer Menschen anders als bei Weißen oftmals eine der *examination* ist. Der eingangs betonte Unterschied zwischen den Konstellationen, die den Urteilen der OVG Koblenz und Münster zugrunde lagen, nivelliert sich aus Sicht der Betroffenen denn auch. Entscheidend ist unabhängig von der

48 Norbert Elias, Studien über die Deutschen, Frankfurt a.M. 1990, 175.

49 Die „Risikoproduktion“ in beiden Bereichen hat sich drastisch verschärft seit der Veröffentlichung der Thesen von Ulrich Beck, Risikogesellschaft, Frankfurt a.M. 1986.

50 Vgl. jüngst die Aussage von Bundesinnenminister Horst Seehofer, Migration sei „die Mutter aller politischen Probleme“, Nachweis etwa unter <https://www.tagesschau.de/inland/seehofer-migration-mutter-aller-probleme-101.html>.

51 Skizziert in Michel Foucault, Truth and Juridical Forms, in: Faubion (Hrsg.), Foucault, Power, New York 2000, 6-89; näher ausgeführt in Michel Foucault, Überwachen und Strafen, Frankfurt a.M. (1993).

52 James Whitman, Human Dignity in Europe and the United States, in: Nolte (Hrsg.), European and US Constitutionalism, New York (2005), 108 (112-116); für eine gegenwartsbezogene kritische Gegenerzählung siehe aber Tobias Singelstein/Peer Stolle, Die Sicherheitsgesellschaft, Wiesbaden 2012.

53 Damit sind hier Verhältnisse gemeint, in denen „rassistische Denk- und Handlungsweisen nicht Sache der persönlichen Einstellungen von Individuen, sondern in der Organisation des gesellschaftlichen Miteinanders verortet sind, welche die Angehörigen der eigenen Gruppe systematisch gegenüber den Nicht-Dazugehörigen privilegieren“, Ute Osterkamp, Rassismus als Selbstentmündigung, Argument 244 (1996), 201.

Ermächtigungsgrundlage das erhöhte Risiko, Kontrollen ausgesetzt zu sein, nur weil man Schwarz ist.<sup>54</sup>

### 3. Strukturelle Benachteiligung

Die kritische Perspektive wird ferner betonen, dass unbestimmte Ermächtigungsgrundlagen wie § 22 Abs. 1a BPolG, die geringe tatbestandliche Anforderungen mit der Einräumung eines weiten Ermessensspielraums verbinden, strukturell rassistische Auswahlentscheidungen begünstigen. Es ist anzunehmen, dass viele Polizist\*innen – wie letztlich alle Angehörigen der Mehrheitskultur – implizite Vorurteile gegenüber Menschen dunklerer Hautfarbe hegen, und einige darüber hinaus offen rassistische Ressentiments pflegen.<sup>55</sup> Unter diesen Umständen begünstigt die vergleichsweise unbestimmte Norm, dass es zu Konstellationen kommt, in denen sich diese impliziten und expliziten Vorurteile zum Nachteil Schwarzer Menschen manifestieren und die Kontrolle zu einer Rassismuserfahrung wird.

Aber auch da, wo keine impliziten Stereotype wirken, benachteiligt § 22 Abs. 1a BPolG Menschen dunkleren Phänotyps strukturell. Schon der gesetzgeberische Auftrag legt nahe, dass die Kontrollpraxis sich unweigerlich zu ihrem Nachteil auswirken wird.<sup>56</sup> Die konservative Erwiderung hierauf muss lauten, dass diese Benachteiligung nicht aus der gesetzgeberischen Maßnahme folgt, sondern aus der derzeitigen Wirklichkeit, auf die die Maßnahme trifft. In der unterschiedlichen Betroffenheit bilden sich nur die tatsächlichen Migrationsbewegungen ab. Aus kritischer Sicht wiederum ist diese Spaltung von „Maßnahme“ und „Wirklichkeit“ naiv. Hier zeigt sich, dass der konservative und der kritisch-progressive Benachteiligungsbegriff nicht bloß unterschiedliche Positionen auf einem Kontinuum markieren. Sie sind schlicht nicht kommensurabel.<sup>57</sup>

### 4. Wider den Moralismus

Die kritische Perspektive betont in ihrer Zusammenschau soziologischer, sozialpsychologischer und philosophischer Erkenntnisse, dass das Individuum in multipler Hinsicht in die herrschenden Verhältnisse verstrickt ist. Die Betonung des Einzelfalls ist ihr wegen des Leugnens struktureller Zusammenhänge ideologisch verdächtig, zugleich befindet sie die liberale und die konservative Perspektive für moralistisch, wenn beide von der einzelnen Polizeibeamtin bei der Auswahl der zu Kontrollierenden und der Durchführung der Kontrolle nicht nur verlangen, nicht individuell herabwürdigend aufzutreten, sondern zugleich den historischen Kontext jahrhundertelanger rassistischer Marginalisierung, den

54 Wihl (Fn. 18), 174, fasst das Racial-Profilings-Verbot daher konsequent als Recht, gerade dem nicht ausgesetzt zu sein.

55 Jedenfalls in Form einer historisch-kulturell geprägten tief verankerten „Mentalität der Überlegenheit“, Rommelspacher (Fn. 2), 40.

56 Hendrik Cremer, Das Verbot rassistischer Diskriminierung nach Art. 3 Abs. 3 GG, AnwBl 2013, 896 (897). Für Verfassungswidrigkeit wegen struktureller mittelbarer Benachteiligung auch Doris Liebscher (Fn. 32), 2781.

57 Die kritische Perspektive kann diese konservative Behauptung aber zu deren eigenen Bedingungen unter Druck setzen, indem sie die faktischen Annahmen infrage stellt. Zum vor dem OVG Münster verhandelten Sachverhalt passt die konservative Erklärung zudem ohnehin nicht.

eigenen *implicit bias*, die kommunikativen Nebenfolgen der Kontrollpraxis und schlicht die nachteilige statistische Verteilung der Kontrollpraxis zu berücksichtigen. Statt einzufordern, dass es dem Individuum mit hinreichender Introspektion schon gelingen werde, sich nichtdiskriminierend zu verhalten (wobei konservative und liberale Perspektive unterschiedlich veranschlagen, wie weit die Introspektion gehen muss), spricht aus kritisch-progressiver Perspektive viel für die schlichte Statuierung eines Verbots anlassloser hautfarbebezogener Kontrollen, das die Betroffenen effektiv schützt und zugleich die einzelne Polizeibeamtin entlastet.<sup>58</sup>

#### IV. Fazit

Schon aus konservativer Sicht kann nur eine Ergänzung der vom OVG Münster aufgestellten Rechtfertigungsanforderungen um die Verhältnismäßigkeitserwägungen, die das OVG Koblenz zur Streubreite anstellt, vor den Gefahren diskriminierender Ungleichbehandlungen schützen. Die konservative Perspektive verlangt auch, bei § 23 Abs. 1 Nr. 1 BPolG schon auf Tatbestandsebene zu prüfen, ob womöglich ein Fall irrationaler Dominanz des Merkmals Hautfarbe vorliegt, ob also ein Gefahrenverdacht wirklich besteht. Für jede Angehörige einer durch phänotypische Merkmale verbundenen Gruppe, die in einem Gebiet mit erhöhten Delinquenzraten unter anderen Mitgliedern dieser Gruppe lebt, bliebe eine phänotypzentrierte Kontrollpraxis freilich auch unter den von der konservativen Perspektive geforderten Voraussetzungen eine Zumutung, vor allem, wenn es gerade die dunklere Hautfarbe ist, an die angeknüpft wird. Die liberale Perspektive streitet deshalb dafür, nur bei Vorliegen eines individuellen Tatverdachts überhaupt an die dunklere Hautfarbe mitanzuknüpfen. Weil Benachteiligungen nur sehr schwer vermeidbar sind, verlangen schon die konservative und erst recht die liberale Perspektive danach, dass die Bundespolizei bei Kontrollen nach § 22 Abs. 1a oder § 23 Abs. 1 Nr. 1 BPolG grundsätzlich nicht mehr an die Hautfarbe anknüpft. Um jedes Restrisiko diskriminierender Einzelfallanwendung zu beseitigen, sollte das Anknüpfen aus kritischer Sicht bei der Anwendung dieser Ermächtigungsgrundlagen per Verwaltungsvorschrift untersagt werden. Nur so ließe sich die strukturelle Diskriminierungsanfälligkeit des Art. 22 Abs. 1a BPolG überhaupt heilen.<sup>59</sup>

Die Gerichte lehnen eine über den Einzelfall hinausreichende Perspektive noch ab. Das OVG Koblenz hat das klägerische Vorbringen, § 22 Abs. 1a BPolG enthalte einen strukturell angelegten Verstoß gegen Art. 3 Abs. 3 Satz 1 GG, zurückgewiesen – im Kern mit der Begründung, eine verfassungskonforme Einzelfallanwendung sei *möglich*.<sup>60</sup> Das OVG Münster erkennt zwar die stigmatisierende Wirkung der Kontrolle an,<sup>61</sup> geht aber

58 Die zwischenzeitlich womöglich von der Polizeibehörde gewählte Strategie, die Beamt\*innen an die Hautfarbe anknüpfen, sie dies aber leugnen zu lassen, führt zu skurrilen Szenen, wenn einzelne Beamte dann vor Gericht darlegen müssen, dass sie nicht an die Hautfarbe angeknüpft haben, s. Urteil des OVG Koblenz (Fn. 3), Rz. 110-124. Diese Strategie ist nicht zuletzt auch gefährlich, weil sie bei den Mitarbeiter\*innen im Streifendienst dem Eindruck Vorschub leisten kann, man dürfe nach außen nicht mehr sagen, was doch eigentlich gängige Praxis ist. Die Vollzugsbehörde muss bei entsprechenden Vorgaben der Judikative auch nach innen entschieden darlegen, warum bereits die Praxis unzulässig ist.

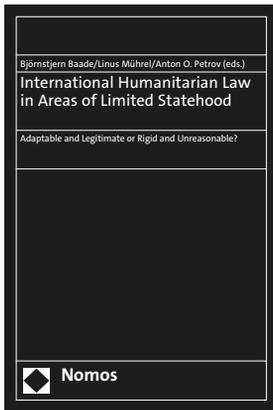
59 Liebscher (Fn. 32), 2781 m.w.N.

60 OVG Koblenz (Fn. 3), Rz. 52, 55.

61 OVG Münster (Fn. 1), Rz. 45.

nicht darauf ein, inwiefern historischer Kontext und etwaige Häufungen solcher Erfahrungen die stigmatisierende und hierarchisierende Wirkung verstärken. Damit sich die Verfassungsinterpretation der Gerichte für strukturelle und Kontextfaktoren öffnet, muss immer wieder erläutert werden, wo die konservative Perspektive zu kurz greift (liberale Strategie) bzw. warum sie Benachteiligung von vornherein zu moralistisch und zu wenig strukturell versteht (kritische Strategie).

## Humanitäres Völkerrecht in Räumen begrenzter Staatlichkeit



### International Humanitarian Law in Areas of Limited Statehood Adaptable and Legitimate or Rigid and Unreasonable?

Herausgegeben von Dr. Bjørnstjern Baade,  
Linus Mührel und Anton O. Petrov, LL.M.

2018, 251 S., brosch., 65,-€

ISBN 978-3-8487-4807-5

[nomos-shop.de/35366](http://nomos-shop.de/35366)

Räume begrenzter Staatlichkeit, in denen der Territorialstaat seine Hoheitsgewalt nicht mehr oder nur noch eingeschränkt ausüben vermag, stellen das humanitäre Völkerrecht vor vielfältige Herausforderungen. Der Tagungsband widmet sich der Frage, ob und wie das Recht sich diesen Herausforderungen anpasst, maßgeblich anhand zweier Themenkomplexe: der Inhaftierung und dem Investitionsschutz im (nicht-)internationalen bewaffneten Konflikt. Existiert eine hinreichende Rechtsgrundlage für erstere? Ist zur Ausfüllung des investitionsrechtlichen *full protection and security*-Standards das humanitäre Völkerrecht maßgeblich?

 Nomos  
eLibrary [nomos-elibrary.de](http://nomos-elibrary.de)

Portofreie Buch-Bestellungen unter  
[www.nomos-shop.de](http://www.nomos-shop.de)

Alle Preise inkl. Mehrwertsteuer



**Nomos**