

Handbuch des Polizeirechts

Lisken / Denninger

7. Auflage 2021
ISBN 978-3-406-74370-2
C.H.BECK

durch eine **spezifische gesetzliche Ermächtigung** eingeehrt werden muss. Ein Beispiel bilden verstetigte informationelle Kooperationsmechanismen, etwa das Gemeinsame Terrorismusabwehrzentrum, an dem sich neben Polizeibehörden und Nachrichtendiensten auch das Bundesamt für Migration und Flüchtlinge beteiligt (→ Rn. 261 ff.).

2. Polizei und Streitkräfte

Überschneidungen und Zuordnungsprobleme zwischen den Aufgaben von Polizeibehörden und Streitkräften ergeben sich vor allem³⁹¹ insoweit, als das Grundgesetz ermöglicht, die **Bundeswehr im Inland einzusetzen**.³⁹² Solche Einsätze können auf eine Reihe von Kompetenztiteln gestützt werden, deren Grenzen aufgrund expansiver Interpretationen in Literatur und Rechtsprechung zunehmend unscharf geworden sind.

Hauptsächliche Aufgabe der Bundeswehr ist nach Art. 87a Abs. 1 GG die **Verteidigung**.³⁹³ Verteidigung und Gefahrenabwehr lassen sich grundsätzlich klar voneinander abgrenzen, wenn unter Verteidigung lediglich der Schutz gegen einen militärischen Angriff auf die Bundesrepublik oder einen ihrer Bündnispartner³⁹⁴ verstanden wird, der von einem anderen Staat ausgeht oder einem anderen Staat zumindest zurechenbar ist. Als **Schutz der äußeren Sicherheit gegen feindliche Staaten** unterscheidet sich die Verteidigung kategorial vom Schutz der inneren Sicherheit gegen Straftaten, der Gegenstand der polizeilichen Gefahrenabwehr ist. Allerdings kann auch die Verteidigung in diesem engen Sinne bewaffnete Einsätze der Bundeswehr auf dem Staatsgebiet der Bundesrepublik erfordern, insbesondere wenn es zu Kampfhandlungen im Bundesgebiet kommt.³⁹⁵ Wenn zudem der Bundestag **den Spannungs- oder den Verteidigungsfall** gemäß Art. 80a Abs. 1 GG oder Art. 115a Abs. 1 GG förmlich festgestellt hat, ist die Bundeswehr gemäß Art. 87a Abs. 3 S. 1 GG befugt, zivile Objekte auch gegenüber inländischen Störern zu schützen. Dabei muss sie jedoch **im Rahmen ihres Verteidigungsauftrags** handeln. Dies ist der Fall, wenn die geschützten Objekte verteidigungswichtig sind.³⁹⁶ Darüber hinaus kann durch einen besonderen Übertragungsakt³⁹⁷ die Bundeswehr damit betraut werden, die Polizei bei dem Schutz sonstiger ziviler Objekte zu unterstützen. Insoweit sieht das Grundgesetz ausdrücklich eine **begrenzte Überlagerung von polizeilicher Gefahrenabwehr und militärischer Verteidigung** vor.

Demgegenüber verschwimmen die Grenzen zwischen Verteidigung und Gefahrenabwehr von vornherein, wenn der **Begriff der Verteidigung extensiv ausgelegt wird**. So wird vertreten, ein verteidigungsfähiger Angriff könne auch von **nichtstaatlichen auswärtigen Akteuren** ausgehen, wenn die Angreifer „eine Struktur und Organisation oder ein Zerstörungspotenzial erreichen, das mit einem staatlichen, kriegerischen Angriff vergleichbar ist“.³⁹⁸ Unter dieser Voraussetzung soll die Abwehr von Anschlägen internationaler terroristischer Organisationen dem Verteidigungsbegriff unterfallen, sodass die Bundeswehr hierzu auch im Inland eingesetzt werden könne.³⁹⁹ Diese extensive Auslegung des Verteidigungsbegriffs birgt erhebliche, im Ernstfall kaum zu bewältigende **Abgrenzungsprobleme**. So wird sich im Voraus und in knapper Zeit in der Regel nicht

³⁹¹ Vgl. zu den Auslandsverwendungen der Bundespolizei, bei denen sich gleichfalls Abgrenzungsfragen zu militärischen Auslandseinsätzen stellen können, → Rn. 171.

³⁹² Rechtsvergleichend zu militärischen Inlandseinsätzen *Graf von Kielmansegg* GSZ 2019, 45.

³⁹³ Vgl. zu einem Überblick über die mit dem Verteidigungsbegriff verbundene Diskussion *Riemenschneider* NZWehrR 2019, 191.

³⁹⁴ Hinsichtlich von Angriffen auf Bündnispartner der BRD ist Art. 87a Abs. 1 GG zusammen mit Art. 24 Abs. 2 GG zu lesen, vgl. *Linke* AöR 129 (2004), 489 (515); *Payandeh/Sauer* ZRP 2016, 34 (36 f.); *Bäumerich/Schneider* NVwZ 2017, 189 (190).

³⁹⁵ *Ladiges/Glawe* DÖV 2011, 621 (622).

³⁹⁶ *Baldus* in MKS GG Art. 87a Rn. 119; *Ladiges/Glawe* DÖV 2011, 621 (624).

³⁹⁷ Vgl. *Kokott* in Sachs GG Art. 87a Rn. 65; *Baldus* in MKS GG Art. 87a Rn. 120.

³⁹⁸ *Bäumerich/Schneider* NVwZ 2017, 189 (191).

³⁹⁹ *Kokott* in Sachs GG Art. 87a Rn. 37 f.; *Baldus* NVwZ 2004, 1278 (1281); *Wiefelspütz* ZaöRV 2005, 819 (827 ff.); *Ladiges/Glawe* DÖV 2011, 621 (623); *Schoch* Jura 2013, 255 (262).

zuverlässig bestimmen lassen, ob ein befürchteter Anschlag von einer ausländischen oder einer inländischen Gruppierung ausgeht, wie diese Gruppierung intern strukturiert ist und ob ein Schaden kriegerischen Ausmaßes zu befürchten ist.⁴⁰⁰ Damit käme es zumindest in den meisten Fällen darauf an, ob sich verbleibende Zweifel zugunsten oder zulasten eines Einsatzes der Bundeswehr auswirken. Der Vorschlag einer Erweiterung des Verteidigungsbegriffs ist dementsprechend entweder nicht praktikabel⁴⁰¹ oder er führt zu einer weitreichenden Vermengung polizeilicher und militärischer Aufgaben bei der Bekämpfung bestimmter Erscheinungsformen der Schwerekriminalität.⁴⁰² Eine solche Vermengung **findet im Grundgesetz keine Stütze**. Sie widerspricht vielmehr dem aus Art. 87a Abs. 2 GG hervorgehenden Anliegen, eine Ausweitung der Aufgaben der Bundeswehr aus (scheinbar) zwingenden Erfordernissen ohne ausdrückliche Grundgesetzänderung zu vermeiden.⁴⁰³

- 220 Außer zur Verteidigung darf die Bundeswehr gemäß Art. 87a Abs. 2 GG nur eingesetzt werden, wenn dies im Grundgesetz **ausdrücklich zugelassen** wird. Im Grundgesetz finden sich Erlaubnistatbestände, die einen Einsatz auch im Inland zum Schutz der inneren Sicherheit ermöglichen.
- 221 Art. 87a Abs. 4 GG erlaubt Inlandseinsätze der Bundeswehr, um **zivile Objekte zu schützen** und um organisierte und militärisch bewaffnete **Aufständische zu bekämpfen**. Voraussetzung ist eine drohende Gefahr für den Bestand oder die freiheitliche demokratische Grundordnung des Bundes oder eines Landes. Zudem muss ein Staatsnotstand im Sinne von Art. 91 Abs. 2 GG vorliegen, das betroffene Land muss also nicht bereit oder nicht in der Lage sein, die Gefahr selbst zu bekämpfen. Schließlich ist der Einsatz der Bundeswehr nur subsidiär zulässig, wenn Landes- und Bundespolizei die Gefahr nicht abwehren können. Insgesamt beschränkt Art. 87a Abs. 4 GG damit den in dieser Norm vorgesehenen Inlandseinsatz der Bundeswehr auf einen **bürgerkriegsähnlichen inneren Konflikt**⁴⁰⁴ und ein **akut drohendes Staatsversagen**.
- 222 Praktisch bedeutsamer könnten Art. 35 Abs. 2 S. 2 und Abs. 3 GG sein. Diese Regelungen ermöglichen einen Inlandseinsatz der Bundeswehr zur Bekämpfung einer Naturkatastrophe oder eines **besonders schweren Unglücksfalls**. Ihr hergebrachter Anwendungsbereich ist die Hilfe bei Schadensereignissen, die auf natürlichen Vorgängen, auf menschlichem oder auf technischem Versagen beruhen. In jüngerer Zeit hatte sich das Bundesverfassungsgericht demgegenüber mehrfach damit zu befassen, ob und unter welchen Voraussetzungen Art. 35 Abs. 2 S. 2 und Abs. 3 GG Einsätze der Bundeswehr auch zulassen, um gegen schwere Straftaten mit hohem Schadenspotenzial vorzugehen, insbesondere **terroristische Anschläge**. Das Gericht hat diese Normen zunehmend extensiv ausgelegt.
- 223 Bereits im ersten Urteil zum Luftsicherheitsgesetz aus dem Jahr 2006 hat der Erste Senat des Bundesverfassungsgerichts den Begriff des besonders schweren Unglücksfalls auf **absichtlich herbeigeführte Schadensereignisse** erstreckt.⁴⁰⁵ Zudem setzten Art. 35 Abs. 2 S. 2 und Abs. 3 GG nicht voraus, dass ein Schaden bereits eingetreten sei. Die Bundeswehr dürfe bereits dann eingesetzt werden, wenn der Schadenseintritt mit an Sicherheit grenzen-

⁴⁰⁰ Ähnlich *Fischer* JZ 2004, 376 (380); *Hase* DÖV 2006, 213 (215).

⁴⁰¹ Dies konzediert *Kokott* in *Sachs* GG Art. 87a Rn. 38; weitgehend gegenstandslos ist der erweiterte Verteidigungsbegriff im Ergebnis auch nach *Bäumerich/Schneider* NVwZ 2017, 189 (191).

⁴⁰² So iE *Wiefelspütz* ZaöRV 2005, 819 (831).

⁴⁰³ Gegen eine extensive Interpretation des Verteidigungsbegriffs *Linke* AöR 129 (2004), 489 (516); *Sattler* NVwZ 2004, 1286; *Fischer* JZ 2004, 376 (380); *Hase* DÖV 2006, 213 (214 ff.); *Enders* DÖV 2007, 1039 (1044); *Fastenrath* JZ 2012, 1128. Dass das GG nach dem Willen des Verfassungsgebers gerade Einsätze der Bundeswehr im Inland eng begrenzen soll, betont auch BVerfGE 132, 1 (19); vgl. daneben BVerfGE 126, 55 (73); Dort zählt das Gericht die Normen auf, die Einsätze der Bundeswehr im Inland ermöglichen, ohne jedoch Art. 87a Abs. 1 GG zu nennen.

⁴⁰⁴ Ähnlich *Fischer* JZ 2004, 376 (382 f.); *Bäumerich/Schneider* NVwZ 2017, 189 (192); *Froese* DVBl 2017, 546 (548); *Graf von Kielmansegg* GSZ 2019, 45 (48); für ein weitergehendes Verständnis *Ladiges/Glawe* DÖV 2011, 621 (624 f.).

⁴⁰⁵ BVerfGE 115, 118 (143 f.); daran anknüpfend BVerfGE 132, 1 (18).

der Wahrscheinlichkeit demnächst zu erwarten sei.⁴⁰⁶ In polizeirechtlicher Terminologie lässt das Gericht also eine **gegenwärtige Gefahr** genügen.⁴⁰⁷ Eine Grenze der Einsatzermächtigungen sah der Senat hingegen darin, dass die Bundeswehr auf der Grundlage von Art. 35 Abs. 2 S. 2 und Abs. 3 GG nur solche Mittel einsetzen dürfe, die auch den Polizeikräften des Einsatzlandes zur Verfügung stünden. Ein Kampfeinsatz mit spezifisch militärischen Waffen könne hingegen nicht auf diese Regelungen gestützt werden.⁴⁰⁸

Unter anderem wegen dieser Aussage rief der Zweite Senat des Bundesverfassungsgerichts gemäß § 16 Abs. 1 BVerfGG das Plenum an. Das Plenum gab sodann im Jahr 2012 die Beschränkung des Einsatzes auf polizeiliche Mittel auf.⁴⁰⁹ **Begrenzungen der Einsatzermächtigung** seien stattdessen aus dem Begriff des **besonders schweren Unglücksfalls** sowie aus einer **Sperrwirkung** von Art. 87a Abs. 4 GG abzuleiten. Der Begriff des besonders schweren Unglücksfalls beschränke die Einsatzermächtigung auf „Ereignisse von katastrophischen Dimensionen“ und damit auf „ungewöhnliche Ausnahmesituationen“.⁴¹⁰ Zudem dürfe die Bundeswehr auf der Grundlage von Art. 35 Abs. 2 S. 2 und Abs. 3 GG zur Bekämpfung nichtstaatlicher Angreifer nur in Situationen eingesetzt werden, die nicht von der in Art. 87a Abs. 4 GG geregelten Art seien. Beispielsweise sei daher ein Einsatz gegen eine demonstrierende Menschenmenge unzulässig.⁴¹¹ Soweit der Einsatz auf Art. 35 Abs. 3 GG gestützt werde, dürfe die Bundeswehr darüber hinaus nur subsidiär zu den Polizeikräften eingesetzt werden.⁴¹² Zudem müsse über einen Einsatz nach dieser Norm die Bundesregierung als Kollegialorgan entscheiden.⁴¹³ Die Entscheidung über einzelne Maßnahmen im Rahmen des Einsatzes könne hingegen an Funktionsträger der Bundeswehr delegiert werden.⁴¹⁴

Die Plenarentscheidung hat die Verfassungsrechtslage für die Praxis geklärt. Sie **überzeugt jedoch nicht**.⁴¹⁵ Konzeptionell sind Art. 35 Abs. 2 S. 2 und Abs. 3 GG nicht auf die Bekämpfung nichtstaatlicher Angreifer zugeschnitten, sondern auf **Hilfeleistungen bei nicht-intendierten Schadensereignissen**.⁴¹⁶ Wenn der Begriff des besonders schweren Unglücksfalls überhaupt auf kriminelle Angriffe erstreckt und zudem der Einsatz von Kriegswaffen zugelassen wird, muss die Einsatzermächtigung **trennscharf und in sich konsistent begrenzt** werden, um Art. 87a Abs. 2 GG und Abs. 4 GG nicht zu unterlaufen.⁴¹⁷ Die Begrenzungsansätze des Plenarbeschlusses sind hingegen in materieller Hinsicht teils wenig praktikabel, teils wertungswidersprüchlich:

Sehr weich und kaum praktikabel ist die Forderung, ein Schadensereignis müsse eine **„katastrophische Dimension“** haben, um unter Art. 35 Abs. 2 S. 2 und Abs. 3 GG zu

⁴⁰⁶ BVerfGE 115, 118 (144 ff.); terminologisch abweichend, in der Sache gleichläufig BVerfGE 132, 1 (18 f.); klarstellend BVerfGE 133, 241 (263 ff.).

⁴⁰⁷ *Schoch* Jura 2013, 255 (264).

⁴⁰⁸ BVerfGE 115, 118 (146 ff.); vgl. zu den Problemen, den Begriff des spezifisch militärischen Kampfmittels zu konkretisieren, *Binnigmann* DVBl 2013, 621 (625 f.).

⁴⁰⁹ BVerfGE 132, 1 (10 ff.).

⁴¹⁰ BVerfGE 132, 1 (17).

⁴¹¹ BVerfGE 132, 1 (18).

⁴¹² BVerfGE 132, 1 (19).

⁴¹³ BVerfGE 132, 1 (21 ff.); 115, 118 (149 f.).

⁴¹⁴ BVerfGE 133, 241 (268).

⁴¹⁵ Eingehend und überzeugend zum Folgenden das Sondervotum des Richters *Gaier*, BVerfGE 132, 1 (24 ff.).

⁴¹⁶ Vgl. *Finke* AöR 140 (2015), 514 (526), der auf die Hamburger Sturmflut von 1962 als unmittelbare Motivation für die Schaffung von Art. 35 Abs. 2 und Abs. 3 GG verweist; verfassungshistorische Erörterungen finden sich – mit unterschiedlichen Anknüpfungspunkten und Schlussfolgerungen – einerseits in BVerfGE 115, 118 (147 f.), andererseits in BVerfGE 132, 1 (12 ff.); vgl. ferner *Binnigmann* DVBl 2013, 621 (624 f.).

⁴¹⁷ Vgl. zu einer einleuchtenden und handhabbaren Differenzierung *Sattler* NVwZ 2004, 1286 (1290): Inlandseinsatz nur *zum Schutz* der Bevölkerung, aber nicht *gegen* Teile der Bevölkerung.

fallen.⁴¹⁸ Wann dies der Fall ist, ist generell schwer zu bestimmen⁴¹⁹ und lässt sich erst recht im Voraus kaum zuverlässig prognostizieren. Ähnlich wie bei der extensiven Interpretation des Verteidigungsbegriffs kann die Einsatzermächtigung auf dieser Grundlage potenziell weit reichen oder annähernd bedeutungslos sein, je nachdem, zu wessen Lasten sich verbleibende Zweifel auswirken.⁴²⁰ Gleichfalls wenig klar ist die Reichweite der **Sperrwirkung** des Art. 87a Abs. 4 GG,⁴²¹ die zudem zu erheblichen Wertungswidersprüchen führen dürfte.⁴²² Danach soll selbst bei schwerwiegenden und großflächigen inneren Unruhen, die von quasi-militärisch organisierten Gruppen ausgehen, ein Einsatz der Bundeswehr ausgeschlossen sein, solange nicht die von Art. 87a Abs. 4 GG geforderten bürgerkriegsartigen Zustände herrschen.⁴²³ Hingegen könnte punktuellen Schadensereignissen wie einzelnen terroristischen Anschlägen auf der Grundlage von Art. 35 Abs. 2 S. 2 und Abs. 3 GG unter deutlich niedrigeren Voraussetzungen mit militärischen Mitteln begegnet werden, obwohl solche Fälle weit stärker typischen Gefahren für die innere Sicherheit gleichen, welche die Domäne der Polizei darstellen.⁴²⁴

- 227 Trennscharfe **Grenzen für den Inlandseinsatz** der Bundeswehr gegen schwerwiegende kriminelle Bedrohungen der inneren Sicherheit ergeben sich nach dem Plenarbeschluss somit weniger aus materiellen Kriterien als aus **prozeduralen Anforderungen**: Da der Inlandseinsatz nach Art. 35 Abs. 3 GG gleichzeitig von einer gegenwärtigen Gefahr und von einer Kollegialentscheidung der Bundesregierung abhängen soll, dürfte für diese Norm bei solchen Bedrohungen kaum ein sinnvoller Anwendungsbereich verbleiben.⁴²⁵ Eher dürfte eine Anforderung der Bundeswehr durch ein Land nach Art. 35 Abs. 2 S. 2 GG in Betracht kommen, die allerdings gleichfalls ein tendenziell zu langwieriges Verfahren voraussetzt.⁴²⁶ Auch hieran zeigt sich, dass Art. 35 Abs. 2 S. 2 und Abs. 3 GG **auf die Bekämpfung krimineller Übergriffe nicht zugeschnitten** sind.⁴²⁷ Der Ansatz des Plenarbeschlusses, die materiellen Anforderungen dieser Normen aufzuweichen, die prozeduralen hingegen strikt zu handhaben, ist somit in sich widersprüchlich, befriedigt konstruktiv nicht und begründet die Gefahr einer schleichenden fundamentalen Umgestaltung der Sicherheitsverfassung in der Zukunft.⁴²⁸ Richtigerweise bedürfte es stattdessen einer **ausdrücklichen Verfassungsänderung**, um Inlandseinsätze der Bundeswehr mit Kriegs-

⁴¹⁸ Die Vagheit des Plenarbeschlusses in diesem Punkt betonen auch *Ladiges NVwZ 2012, 1225 (1227)*; *Finke AöR 140 (2015), 514 (537)*; *Graf von Kielmansegg GSZ 2019, 45 (48)*.

⁴¹⁹ Vgl. beispielhaft die divergierenden Einschätzungen der terroristischen Anschläge der Jahre 2015 und 2016 in Paris, Brüssel und Nizza einerseits bei *Froese DVBl 2017, 546 (549)*; andererseits bei *Bäumrich/Schneider NVwZ 2017, 189 (194)*.

⁴²⁰ Die Prognoseunsicherheiten hebt auch hervor *Froese DVBl 2017, 546 (550)*.

⁴²¹ Vgl. beispielhaft zu der problematischen Einordnung terroristischer Anschläge *Bäumrich/Schneider NVwZ 2017, 189 (192)*; *Froese DVBl 2017, 546 (548)*.

⁴²² Im Befund wie hier mit der Diagnose einer Schutzlücke *Froese DVBl 2017, 546 (550)*.

⁴²³ Krit. *Ladiges NVwZ 2012, 1225 (1227)*.

⁴²⁴ Insoweit wie hier *Fastenrath JZ 2012, 1128 (1129)*.

⁴²⁵ Ebenso das Sondervotum des Richters *Gaier*, BVerfGE 132, 1 (38); aus der Lit. *Münkler ZG 2013, 376 (378)*; mit krit. Stoßrichtung auch *Fastenrath JZ 2012, 1128 (1130)*; *Wiefelspütz NZWehrR 2013, 1 (17 f.)*; ähnlich schon vor dem Plenarbeschluss *Ladiges/Glawe DÖV 2011, 621 (624)*.

⁴²⁶ Vgl. die in § 13 Abs. 2 LuftSiG geregelten Verfahrensvorgaben, die zwar nicht exakt in dieser Form, wohl aber in den Grundzügen auch verfassungsrechtlich geboten sind; ähnlich wie hier *Fastenrath JZ 2012, 1128 (1130)*.

⁴²⁷ Ebenso *Münkler ZG 2013, 376 (380)*.

⁴²⁸ Vgl. das treffende Fazit des Sondervotums des Richters *Gaier*, BVerfGE 132, 1 (38 f.): Das Plenum habe „zugunsten eines geringen, praktisch kaum realisierbaren Gewinns an Sicherheit die Zulässigkeit des Einsatzes der Streitkräfte im Inneren mit Hilfe derart unbestimmter Rechtsbegriffe erweitert, dass militärische Einsätze zu innenpolitischen Zwecken nicht ausgeschlossen werden können. Für einen kaum messbaren Nutzen wurden fundamentale Grundsätze aufgegeben. Daher wäre es ein fataler Fehler, sich angesichts der Entscheidung des Plenums damit zu trösten, dass der Berg gekreißt, aber nur eine Maus geboren hat.“

waffen gegen kriminelle Bedrohungen der inneren Sicherheit über die Fälle des Art. 87a Abs. 4 GG hinaus zuzulassen.⁴²⁹

Schließlich darf die Bundeswehr im Inland zur Unterstützung anderer Behörden tätig werden, solange ihre **Tätigkeit unterhalb der Einsatzschwelle** verbleibt. Dies gilt etwa für bloße technische oder logistische Hilfeleistungen.⁴³⁰ Solche Unterstützungshandlungen können auf die allgemeine **Amtshilferegelung** des Art. 35 Abs. 1 GG gestützt werden,⁴³¹ da der Verfassungsvorbehalt des Art. 87a Abs. 2 GG nur für Einsätze der Bundeswehr gilt. Das Bundesverfassungsgericht definiert als **Einsatz** im Sinne von Art. 87a Abs. 2 GG nur die Verwendung der Bundeswehr „als Mittel der vollziehenden Gewalt in einem Eingriffszusammenhang“.⁴³² Dabei reicht es aus, wenn „personelle oder sachliche Mittel der Streitkräfte in ihrem Droh- oder Einschüchterungspotential genutzt werden“.⁴³³ Dieser grundsätzlich einleuchtende Ansatz erzeugt allerdings Abgrenzungsprobleme, wenn die Bundeswehr typisch militärische Gerätschaften zu nicht-militärischen Zwecken einsetzt.⁴³⁴ So soll es nach Auffassung des Bundesverfassungsgerichts keinen Einsatz darstellen, wenn Jagdflugzeuge aufsteigen, um Luftfahrzeuge, die ihren Kurs verlassen haben, zu überprüfen, umzuleiten oder zu warnen.⁴³⁵ Im spezifischen professionell geprägten Kontext des Luftfahrtwesens mag dies zutreffen.⁴³⁶ Wenn hingegen etwa Jagdflugzeuge eine Menschenmenge im Tiefflug überfliegen, liegt eine einschüchternde Wirkung auf der Hand. Eine solche Maßnahme ist als Einsatz anzusehen, selbst wenn der Überflug aus Sicht der Bundeswehr lediglich dazu dient, die Lage aufzuklären.⁴³⁷

Im Übrigen ist noch weitgehend ungeklärt, ob und inwieweit die verfassungsrechtliche **Trennung von Polizei und Militär** sich auf die polizeilichen Befugnisse auswirkt. Insbesondere ist damit die Frage nach möglichen organisationsverfassungsrechtlichen Grenzen für die **Bewaffnung der Polizei** aufgeworfen. Wenn die Bundeswehr im Inland nur ausnahmsweise und in besonderen Notlagen **militärische Kampfmittel** einsetzen darf, liegt es nahe, dass der Polizei der Einsatz solcher Kampfmittel von vornherein versagt ist.⁴³⁸ Ausgeschlossen ist danach die Ausstattung der Polizei mit solchen Waffen, die sich „im Rahmen der Gefahrenabwehr oder der Strafverfolgung unter keinen Umständen verhältnismäßig einsetzen lassen“.⁴³⁹ Als Kriterien zur Abgrenzung militärischer und nicht-militärischer Waffen bieten sich insbesondere das Vernichtungspotenzial und die Beherrschbarkeit der Auswirkungen einer Waffe an.⁴⁴⁰ Zumindest zweifelhaft sind daher Regelungen, die der Polizei die Verwendung von **Maschinengewehren, Handgranaten und Sprenggeschossen** erlauben.⁴⁴¹

⁴²⁹ Für eine solche Verfassungsänderung etwa *Schenke* NJW 2006, 736 (738); *Wiefelspütz* ZRP 2007, 17 (19 f.); *Schäuble* ZRP 2007, 210 (212 f.); *Ladiges/Glawe* DÖV 2011, 621 (626 ff.); *Fastenrath* JZ 2012, 1128 (1131 f.); *Schoch* Jura 2013, 255 (267).

⁴³⁰ Vgl. beispielhaft zu Unterstützungsleistungen im Rahmen der Flüchtlingshilfe *Lucks* NVwZ 2015, 1648 (1650 ff.).

⁴³¹ BVerwG NJW 2018, 716 (717 f.); BVerfGE 133, 241 (269); 132, 1 (19 f.).

⁴³² BVerfGE 132, 1 (20).

⁴³³ BVerfGE 132, 1 (20).

⁴³⁴ Vgl. beispielhaft zu der Abgrenzung von zulässiger Amtshilfe und unzulässigem Einsatz im Kontext der Betreuung von Flüchtlingen *Dreist* NZWehrR 2015, 221 (238 ff.).

⁴³⁵ BVerfGE 133, 241 (269).

⁴³⁶ Zweifelnd *Fastenrath* JZ 2012, 1128 (1129).

⁴³⁷ Vgl. zu einem derartigen – rechtswidrigen – Einsatz den in der Sache vom BVerfG nicht geprüften Fall des Tiefflugs von Kampfflugzeugen über einem Protestcamp anlässlich des G8-Gipfels in Heiligendamm, BVerfGE 126, 55; im Ergebnis wegen des Zusammenwirkens von Polizei und Bundeswehr ebenfalls für einen Einsatz *Ladiges* NVwZ 2010, 1075 (1077 f.); *Enders* JZ 2018, 464 (467 f.); unentschieden, aber eher für einen Einsatz *Schoch* Jura 2013, 255 (261); aA jedoch BVerwG NJW 2018, 716 (722).

⁴³⁸ *Schenke* NJW 2006, 736 (737 mit Fn. 12); *Münkler* ZG 2013, 376 (391); aA etwa *Depenheuer* in Maunz/Dürig GG Art. 87a Rn. 33.

⁴³⁹ *Linke* NZWehrR 2006, 177 (190) (Hervorhebung im Original).

⁴⁴⁰ Vgl. – im Weiteren diesen Ansatz jedoch nicht mehr klar weiterverfolgend – *Linke* NZWehrR 2006, 177 (186).

⁴⁴¹ Vgl. etwa Art. 78 Abs. 4 S. 1 und Abs. 5 S. 1 BayPAG; § 40 Abs. 4 S. 3 SächsPVDG.

3. Polizei und Nachrichtendienste

229 Die **Gesetzgebungs- und Verwaltungskompetenzen** für die nachrichtendienstliche Aufklärung sind ähnlich wie die Polizeikompetenzen zwischen Bund und Ländern verteilt (→ Rn. 230 ff.). Organisationsverfassungsrechtlich stellt sich insbesondere die Frage, wie polizeiliche Gefahrenabwehr und nachrichtendienstliche Aufklärung einander zugeordnet sind. Um das Verhältnis zwischen Polizei und Nachrichtendiensten zu bestimmen, wird häufig das **Trennungsgebot** herangezogen, das im behördlichen Fachrecht angelegt ist, dessen verfassungsrechtliche Relevanz jedoch immer noch nicht abschließend geklärt ist (→ Rn. 244 ff.). Die Zuordnungsprobleme verschärfen sich im Rahmen **verstetigter informationeller Kooperationen** zwischen Polizei und Nachrichtendiensten, wie sie insbesondere in den sogenannten gemeinsamen Zentren betrieben werden (→ Rn. 261 ff.).

a) Kompetenzrechtliche Grundlagen der Nachrichtendienste

230 aa) **Ämter für Verfassungsschutz.** Das Grundgesetz konzipiert den (allgemeinen) **Verfassungsschutz als geteilte Aufgabe von Bund und Ländern.** Nach Art. 73 Abs. 1 Nr. 10 lit. b und c GG hat der Bund die Gesetzgebungskompetenz für die **Zusammenarbeit** des Bundes und der Länder zum Schutz der freiheitlichen demokratischen Grundordnung, des Bestandes und der Sicherheit des Bundes oder eines Landes sowie zum Schutz gegen Bestrebungen im Bundesgebiet, die durch Anwendung von Gewalt oder darauf gerichtete Vorbereitungshandlungen auswärtige Belange der Bundesrepublik Deutschland gefährden. Die zugehörige Verwaltungskompetenz des Bundes ergibt sich aus Art. 87 Abs. 1 S. 2 GG, der den Bund ermächtigt, eine **Zentralstelle** zur Sammlung von Unterlagen für Zwecke des Verfassungsschutzes und des Schutzes gegen Bestrebungen im Bundesgebiet, die durch Anwendung von Gewalt oder darauf gerichtete Vorbereitungshandlungen auswärtige Belange der Bundesrepublik Deutschland gefährden, einzurichten. Ansonsten ist der Verfassungsschutz Ländersache.

231 Das Grundgesetz beschreibt damit die Kompetenzen des Bundes für den Verfassungsschutz parallel zu den polizeilichen Kompetenzen, die der Zentralstellenfunktion des Bundeskriminalamts zugrunde liegen.⁴⁴² Es drängt sich auf, die maßgeblichen Begriffe der Zusammenarbeit und der Zentralstelle hier ebenso auszulegen. Der Bund darf daher eine Verfassungsschutzbehörde unterhalten, die das Handeln der Landesämter für Verfassungsschutz **informationell verklammert, fachlich unterstützt und koordiniert**, soweit sich die Länder abstimmen müssen (→ Rn. 132).

232 Die **Gesetzgebungspraxis** ist – anders als im polizeilichen Bereich (→ Rn. 133) – **über diese beschränkte Regelungsbefugnis weit hinausgegangen.** Insbesondere erlaubt § 5 Abs. 1 S. 1 BVerfSchG dem Bundesamt für Verfassungsschutz, aufgrund selbst festgelegter Erkenntnisziele eigenständig Informationen über bestimmte verfassungsfeindliche Bestrebungen zu sammeln. Das Bundesamt muss dabei zwar im Benehmen mit dem zuständigen Landesamt für Verfassungsschutz handeln, ein Vetorecht des betroffenen Landes besteht jedoch nicht.⁴⁴³ Dementsprechend räumen §§ 8 ff. BVerfSchG sowie § 3 G 10 dem Bundesamt zahlreiche eigenständig wahrzunehmende Datenerhebungsbefugnisse ein.

⁴⁴² Anders anscheinend Gärditz AöR 144 (2019), 81 (105), der entgegen dem klaren Wortlaut von Art. 73 Abs. 1 Nr. 10 GG meint, der Begriff der Zusammenarbeit beziehe sich in dieser Norm nur auf den Verfassungsschutz. Richtig ist, dass die Gesetzgebungskompetenz des Bundes sich *zusätzlich* auf die Einrichtung eines Bundeskriminalpolizei-amtes und auf die internationale Verbrechensbekämpfung erstreckt. Wenn überhaupt ein Unterschied besteht, so hat der Bund mithin im kriminalpolizeilichen Bereich eine *weitergehende* Regelungskompetenz als im Bereich des Verfassungsschutzes.

⁴⁴³ Vgl. Roth in SGR BVerfSchG § 5 Rn. 14; Gärditz AöR 144 (2019), 81 (89).

Eine **kompetenzrechtliche Grundlage** für diese **weitreichenden originären Überwachungsbefugnisse** des Bundesamts für Verfassungsschutz ist **nicht ersichtlich**.⁴⁴⁴ Auf Art. 73 Abs. 1 Nr. 10 GG und Art. 87 Abs. 1 S. 2 GG lassen sie sich nicht stützen. Nach diesen Kompetenztiteln muss die Verfassungsschutzbehörde des Bundes stets arbeitsteilig mit den Landesämtern handeln. Von einer Zusammenarbeit zwischen Bund und Ländern, auf die sich die Bundeskompetenz beschränkt, kann hingegen keine Rede mehr sein, wenn das Bundesamt sich eigene Erkenntnisziele setzen und diese Ziele autonom mit eigenen Mitteln verfolgen darf. Keine tragfähige Lösung besteht darin, die eigene Aufklärungstätigkeit des Bundesamts für Verfassungsschutz auf Art. 87 Abs. 3 GG statt auf Art. 87 Abs. 1 Satz 2 GG zu stützen.⁴⁴⁵ Die Verwaltungskompetenz setzt in jedem Fall eine Gesetzgebungskompetenz des Bundes voraus, die aber gerade durch den Begriff der Zusammenarbeit begrenzt wird.

Das **Bundesverfassungsgericht** hat sich mit den Grenzen der Bundeskompetenzen aus Art. 73 Abs. 1 Nr. 10 GG und Art. 87 Abs. 1 S. 2 GG bislang nicht vertieft beschäftigt. So hat das Gericht in seinem zweiten **Bestandsdatenbeschluss** zwar ausgeführt, die Kompetenzordnung ermögliche dem Bund, „auch in gewissem Umfang selbst im Bereich des Verfassungsschutzes tätig zu werden und dem Bundesamt für Verfassungsschutz die für seine Aufgaben erforderlichen Befugnisse einzuräumen“.⁴⁴⁶ Auf dieser Grundlage hat das Gericht die Datenerhebungsermächtigungen in § 8d BVerfSchG für kompetenzgemäß gehalten. Wie weit das Tätigkeitsprofil des Bundes im Verfassungsschutz genau reicht, blieb jedoch weitgehend offen. Ferner hat zwar das Bundesverfassungsgericht in seinem **ersten G 10-Urteil** vom 15.12.1970 die Vorgängerregelung des heutigen § 3 G 10 auf Art. 74 Abs. 1 Nr. 1 GG gestützt, da die geregelten Aufklärungsmaßnahmen „der Verhinderung, Aufklärung und Verfolgung von Straftaten“ dienen.⁴⁴⁷ Auf Art. 74 Abs. 1 Nr. 1 GG lassen sich jedoch allein Befugnisse zur **Verfolgung von Straftaten** stützen. Hierzu ist das **Bundesamt für Verfassungsschutz als Nachrichtendienst nicht berufen**. Die Überwachungsbefugnisse des Bundesamts dienen nicht der Strafverfolgung, sondern der präventiven nachrichtendienstlichen Aufklärung.

Besonders weit von der Kompetenzordnung entfernen sich schließlich §§ 3 ff. G 10 insoweit, als sie neben den Nachrichtendiensten des Bundes auch **Landesverfassungsschutzbehörden** zu Telekommunikationsüberwachungen ermächtigen. Art. 73 Abs. 1 Nr. 10 GG verleiht dem Bund **nicht** die Befugnis, den **Verfassungsschutz insgesamt zu regeln**, sondern beschränkt ihn auf Regelungen zur **Zusammenarbeit** von Bund und Ländern.⁴⁴⁸ Dazu mag zwar noch gehören, dass der Bund den Ländern Mindeststandards für die Aufgaben und möglicherweise auch für einzelne Befugnisse der Landesverfassungs-

⁴⁴⁴ Näher zum Folgenden *Bäcker* DÖV 2011, 840 (843 f.); *ders.* DÖV 2012, 560 (560 f.); zu den im G 10 geregelten Befugnissen bereits vor Erlass dieses Gesetzes auch *Hall* JZ 1968, 159 (162 f.). Die wohl elaborierteste Begründung und inhaltlich präziseste Konturierung der Gegenauffassung findet sich bei *Gärditz* AöR 144 (2019), 81 (91 ff.), dessen Position allerdings im Ergebnis darauf hinausläuft, die ausschließliche Gesetzgebungskompetenz für die Zusammenarbeit von Bund und Ländern im Bereich des Verfassungsschutzes und die auf eine Zentralstelle beschränkte Verwaltungskompetenz des Bundes in eine konkurrierende Gesetzgebungskompetenz und eine nahezu umfassende fakultative Verwaltungskompetenz des Bundes für den Verfassungsschutz insgesamt umzudeuten, was verfassungssystematische Zweifel weckt; vgl. ferner zur Gegenauffassung *Gröpl*, Die Nachrichtendienste im Regelwerk der deutschen Sicherheitsverwaltung, 1993, 142 ff.; *Risse/Kathmann* DÖV 2012, 555 ff.; *Huber* in SGR G 10 Vor § 1 Rn. 17 ff.

⁴⁴⁵ Hierfür *Meinel* NVwZ 2018, 852 (857).

⁴⁴⁶ BVerfG NJW 2020, 2699 (2706).

⁴⁴⁷ BVerfGE 30, 1 (29); dem folgend etwa *Degenhart* in Sachs GG Art. 74 Rn. 26, Fn. 92; *Umbach/Clemens* in dies., Grundgesetz Mitarbeiterkommentar und Handbuch, Bd. 2 2002, GG Art. 74 Rn. 20; mittels eines „Kettenzitats“ auch *Werthebach/Droste* in BK-GG Art. 73 Rn. 229; ferner *Maunz* in Maunz/Dürig GG Art. 74 Rn. 82; immerhin angedeutete Kritik bei *Schatzschneider*, Ermittlungstätigkeit der Ämter für Verfassungsschutz und Grundrechte, 1979, 81 Fn. 109.

⁴⁴⁸ BVerfGE 113, 63 (79).

schutzbehörden auferlegt, um eine hinreichend effektive Kooperation zu gewährleisten.⁴⁴⁹ Dabei kann es sich jedoch nur um rahmenartige Vorgaben handeln. Innerhalb dieses Rahmens steht den Ländern frei, zu welchen Maßnahmen sie ihre Verfassungsschutzbehörden unter welchen Voraussetzungen ermächtigen. Der Bund kann dementsprechend nicht selbst Eingriffsbefugnisse für die Landesverfassungsschutzbehörden schaffen, zumal wenn diese Befugnisse nicht unmittelbar der Zusammenarbeit von Bund und Ländern dienen.⁴⁵⁰

- 236 bb) Militärischer Abschirmdienst.** Die kompetenzrechtlichen Grundlagen für den Militärischen Abschirmdienst als **Sonderverfassungsschutzbehörde für die Streitkräfte** finden sich in Art. 73 Abs. 1 Nr. 1 GG und Art. 87a Abs. 1 S. 1 GG.⁴⁵¹ Diese Kompetenztitel erlauben dem Bund, den Militärischen Abschirmdienst mit nachrichtendienstlichen Aufgaben und zugehörigen originären Überwachungsbefugnissen auszustatten.
- 237** Allerdings müssen sich die gesetzlichen Überwachungsermächtigungen ebenso wie ihre Anwendung im Einzelfall **im Rahmen der Bundeskompetenz für die Landesverteidigung** halten. Überwachungen durch den Militärischen Abschirmdienst müssen daher dazu dienen, Bestrebungen und Handlungen mit einem Bezug zur Landesverteidigung aufzuklären. Grundsätzlich ist dafür erforderlich, dass die Bestrebungen oder Handlungen von Angehörigen der Streitkräfte ausgehen, wie es § 1 Abs. 1 MADG verlangt. Daneben umfasst die Bundeskompetenz auch die in § 2 MADG geregelten Annexzuständigkeiten.
- 237a** Art. 73 Abs. 1 Nr. 1 GG und Art. 87a Abs. 1 S. 1 GG begründen jeweils eine **ausschließliche Bundeskompetenz**. Wenn es eine Sonderverfassungsschutzbehörde für die Streitkräfte geben soll, muss diese daher zwingend als Bundesbehörde eingerichtet werden. Die Kompetenzordnung stünde jedoch einer **Auflösung des Militärischen Abschirmdienstes**, die gelegentlich diskutiert wird,⁴⁵² nicht entgegen. In diesem Fall wären vielmehr die allgemeinen Verfassungsschutzbehörden des Bundes und der Länder auch dafür zuständig, verfassungsfeindliche Bestrebungen und Handlungen im Bereich der Streitkräfte aufzuklären.
- 238 cc) Bundesnachrichtendienst.** Die **Gesetzgebungskompetenz** des Bundes für die **Auslandsaufklärung** ergibt sich aus Art. 73 Abs. 1 Nr. 1 GG.⁴⁵³ Im Ergebnis ist unstrittig, dass der Bund hierfür auch über eine Verwaltungskompetenz verfügt. Diese Kompetenz wird allerdings aus unterschiedlichen Normen hergeleitet. Überwiegend wird auf Art. 87 Abs. 3 GG abgestellt.⁴⁵⁴ Hiergegen spricht allerdings, dass dieser Kompetenztitel lediglich eine fakultative Bundesverwaltung vorsieht. Der Bund könnte danach die Auslandsaufklärung den Ländern überlassen. Dies stünde nicht damit in Einklang, dass nach Art. 32 Abs. 1 GG die Pflege der Beziehungen zu auswärtigen Staaten Sache des Bundes ist. Die nachrichtendienstliche Auslandsaufklärung steht hiermit in engem Zusammenhang und obliegt

⁴⁴⁹ Dafür etwa BVerwG DÖV 1995, 692 (693); *Uhle* in Maunz/Dürig GG Art. 73 Rn. 232; *Werthebach/Droste* in BK-GG Art. 73 Rn. 63 ff.; zu Recht bezeichnen dies als eine „weite Auslegung“ von Art. 73 Abs. 1 Nr. 10 GG *Roewer/Höhn* ThürVBl. 1997, 193 (196).

⁴⁵⁰ Ähnlich wie hier etwa *Uhle* in Maunz/Dürig GG Art. 73 Rn. 235; *Kunig* in v. Münch/Kunig GG Art. 73 Rn. 37; *Gröpl*, Die Nachrichtendienste im Regelwerk der deutschen Sicherheitsverwaltung, 1993, 114 f.; vgl. zu anderen Ermittlungsmaßnahmen der Landesverfassungsschutzbehörden BVerfGE 130, 151 (193, 201); 125, 260 (346). Tendenziell anders noch BVerwGE 69, 53 (56 ff.); zutr. dagegen *Bull* JZ 1984, 740 f.

⁴⁵¹ *Gröpl*, Die Nachrichtendienste im Regelwerk der deutschen Sicherheitsverwaltung, 1993, 78 f.; *Uhle* in Maunz/Dürig GG Art. 73 Rn. 45; zur Gesetzgebungskompetenz BVerfG NJW 2020, 2699 (2706); BVerfG NVwZ 2021, 226 Rn. 79.

⁴⁵² Vgl. *Bäcker/Giesler/Harms/Hirsch/Kaller/Wölff*, Bericht der Regierungskommission zur Überprüfung der Sicherheitsgesetzgebung in Deutschland vom 28.8.2013, 115 ff.

⁴⁵³ BVerfG NJW 2020, 2699 (2706); NJW 2020, 2235 (2245); BVerfGE 100, 313 (369).

⁴⁵⁴ *Ibler* in Maunz/Dürig GG Art. 87 Rn. 157; *Werthebach/Droste* in BK-GG Art. 73 Rn. 266; *Brenner*, Bundesnachrichtendienst im Rechtsstaat, 1990, 40; *Meinel* NVwZ 2018, 852 (857); anders *Gusy* Die Verwaltung 17 (1984), 273 (275 ff.), der die Gesetzgebungskompetenz des Bundes aus Art. 73 Abs. 1 Nr. 10 GG und die Verwaltungskompetenz aus Art. 87 Abs. 1 S. 2 GG herleiten will; zu Recht ablehnend dazu *Gröpl*, Die Nachrichtendienste im Regelwerk der deutschen Sicherheitsverwaltung, 1993, 71 f.