

## Vorwort

Kaum eine Materie der Verfassungsrechtsprechung hat in den letzten Jahren eine solche Spruchdichte und auch -tiefe hervorgerufen wie das Politikfeld der Öffentlichen Sicherheit. Ob Lauschangriff und Rasterfahndung, Versammlungsfreiheit und Online-Durchsuchung, ob Vorratsdatenspeicherung und Sicherungsverwahrung, Europäischer Haftbefehl und Luftsicherheitsgesetz, Bundeswehreinsatz out of area und im Innern – aber auch „Kopftuch“ im Öffentlichen Dienst: durch den populären Ruf nach mehr „Sicherheit“ seitens der großen Volksparteien hat sich das Bundesverfassungsgericht wie selten zuvor herausgefordert gesehen, Parlament und Regierung vor allem im Bereich des Eingriffs in die Grundrechte Grenzen zu ziehen.<sup>1</sup>

Dabei ist das Bundesverfassungsgericht schon mit seiner ersten Entscheidung zum Auslandseinsatz der Bundeswehr und neuerlich mit der regelrechten „Erfindung“ des „Computer-Grundrechts“ selbst an die Grenzen der Verfassungsrechtsschöpfung gedrungen und hat – für Richter selten genug – den öffentlich ausgetragenen politischen Schlagabtausch nicht gescheut. Zugleich aber sind in den einzelnen Entscheidungen auch erhebliche „staatsrätsonistische“ Zugeständnisse für die Arbeit der Sicherheitsbehörden gemacht worden: Denn kaum ein Vorhaben des Gesetzgebers ist tatsächlich in Bausch und Bogen als verfassungswidrig kassiert worden. Dieser rechts- und verfassungspolitische Prozess ist noch nicht abgeschlossen, hat sich aber nach einer Reihe von Grundsatzentscheidungen vorerst konsolidiert, sodass eine erste Bestandsaufnahme möglich ist. Schon auf dem bisherigen Stand werden Kontinuitäten und Brüche in der Rechtsprechung deutlich; längst haben sich dabei die rechtspolitischen Konfliktlinien in der Auseinandersetzung mit EuGH und EGMR in den europäischen Bereich verlängert.

Band 1 thematisiert die Rechtsprechung zu den Grundrechten,  
Band 2 Sicherheit im transnationalen Kontext.

Robert van Ooyen / Martin Möllers – Lübeck, im Juni 2017

---

<sup>1</sup> Zur Stellung und Funktion vgl. m.w.N.: van Ooyen / Möllers (Hrsg.): Handbuch Bundesverfassungsgericht im politischen System, 2. Aufl., Wiesbaden 2015.



# **Einführung**



Robert Chr. van Ooyen

## **Das Bundesverfassungsgericht im Politikfeld Öffentliche Sicherheit:**

Von „Schleyer“ zu „Luftsicherheit“, von „Out of Area“ zu  
„Parlamentsvorbehalt ‘Bundeswehreinsatz’ G8-Gipfel“\*

### **1 Grundpositionen in der aktuellen Sicherheitsdebatte**

Seit 9/11 lässt sich eine verfassungspolitische Debatte um Möglichkeiten und Grenzen des Einsatzes der Bundeswehr im Innern beobachten. Dabei stand zunächst die Abwehr von „Kamikaze-Terroranschlägen“, vergleichbar denen auf das New Yorker World Trade Center im Vordergrund; bald aber tauchten auch Forderungen auf, die Bundeswehr generell als „Hilfspolizei“ bei „Großveranstaltungen“ einzusetzen<sup>1</sup>. Eingebettet ist das Thema in eine schon weit vorher – und z.T. unabhängig von den parteipolitischen Regierungsmehrheiten – einsetzende Entwicklung zur „neuen Sicherheit“ im Sinne des „erwei-

---

\* Der Beitrag erschien zuerst im JBÖS 2010/11 und gibt die persönliche Meinung des Autors wieder.

1 Vgl. schon im ersten JBÖS 2002/03: Wiefelspütz, Dieter: Bundeswehr und innere Sicherheit. Der Einsatz der Streitkräfte im Innern; S. 283 ff.; vor 9/11: Jou, Yuan-jeh: Der Einsatz von Streitkräften im Innern für den Notstandsfall nach deutschem Verfassungsrecht, München 2000 (Diss.); vgl. auch Fehn, Karsten / Brauns, Miriam: Bundeswehr und innere Sicherheit. Eine Analyse der rechtlichen Möglichkeiten und Grenzen polizeilicher Aufgabenwahrnehmung durch die Streitkräfte, insbesondere bei zu Terrorzwecken entführten Passagierflugzeugen, Frankfurt/M. 2003; Fiebig, Jan-Peter: Der Einsatz der Bundeswehr im Innern. Verfassungsrechtliche Zulässigkeit von innerstaatlichen Verwendungen der Streitkräfte bei Großveranstaltungen und terroristischen Bedrohungen, Berlin 2004; Haid, Michael: Polizeistaat, Ausnahmezustand oder Kriegsrecht? Eine Diskursanalyse zum Einsatz der Bundeswehr im Innern von 2001 bis 2006, IMI-Studie 6/2007; vgl. z.B. außerdem die Kontroverse um die Deutung des „Renegade-Falls“ zwischen Dieter Wiefelspütz und Martin Kutscha in der RuP, u.a.: Kutscha: Terrorbekämpfung jenseits der Grundrechte?; in: RuP 4/2006, S. 202 ff.; Wiefelspütz: Der kriegerische Luftzwischenfall und der Einsatz der Streitkräfte zur Verteidigung; in: RuP 2/2007, S. 73; aktuell vgl. z.B.: Schmitt-Radefeldt, Roman: Die Wehrverfassung in schlechter Verfassung? Inlandseinsätze der Bundeswehr auf dem Prüfstand der Wehrverfassung; in: NZWehrR 6/2008, S. 221 ff.; Brenneisen, Hartmut / Schwarzer, Thorsten / Wein, Tim: Hilfeleistung durch die Bundeswehr im Innern – Einsatz oder Amtshilfe?; in: Die Polizei 10/2009, S. 282 ff.; Staack, Michael: Einsatz der Bundeswehr im Innern?; in: Gießmann, Hans J. / Wagner, Armin (Hrsg.), Armee im Einsatz, Baden-Baden 2009, S. 274 ff.

terten Sicherheitsbegriffs“<sup>2</sup>. Dabei werden klassische Trennungsgrundsätze zwischen Polizei und Militär bzw. Nachrichtendiensten und Polizei, letztlich also zwischen „innerer“ und „äußerer“ Sicherheit durchbrochen, zugleich aber auch fundamentale polizeiliche Tabus wie das absolute Folterverbot<sup>3</sup> im Sinne eines „Freund-Feind-Rechts“ im „Staatsnotstand“ durch Politik und Staatsrechtslehre<sup>4</sup>, aber auch durch Spitzenfunktionäre von Richterbund und polizeilichen Interessensvertretungen problematisiert<sup>5</sup>. Zieht man den Bogen noch etwas weiter, so nimmt diese Entwicklung im Bereich der Außen- und Sicherheitspolitik ihren Anfang mit den bewaffneten Auslandseinsätzen der Bundeswehr zu Beginn der 90er Jahre, die in der innenpolitischen Diskussion bald als Tabubruch im Sinne einer „Militarisierung“ gegeißelt, bald als bloße „Normalisierung“ der Außen- und Sicherheitspolitik bagatellisiert worden sind. Im NATO-Strategiekonzept von 1999 hatte sich dieser sicherheitspolitische Paradigmenwechsel dann auch in der offiziellen Bündnisdoktrin deutlich niedergeschlagen. Denn hiernach ist – der außen- und geopolitischen Tradition des anglo-amerikanischen „Realismus“<sup>6</sup> folgend – nicht nur die Verteidigung „vitaler“ wirtschaftlicher Interessen bündnisrelevant – eine Einschätzung, die kürzlich den Anlass für den Rücktritt des Bundespräsidenten Köhler gab –, sondern auch „Terrorismus“, „organisierte Kriminalität“ und „unkontrollierte“ Migration<sup>7</sup>. Im Bereich der inneren Sicherheit setzte diese Entwicklung noch früher an, nämlich schon mit der Terrorismusbekämpfung der 70er Jahre, der ihrerseits mehrere Kontroversen um die „Not-

---

2 Vgl. Lange, Hans-Jürgen u.a. (Hrsg.): Auf der Suche nach neuer Sicherheit, 2. Aufl., Wiesbaden 2009; Lange: Eckpunkte einer veränderten Sicherheitsarchitektur für die Bundesrepublik; in: JBÖS 2006/07, S. 179 ff.; Möllers / van Ooyen: Bundeskriminalamt, Bundespolizei und „neue“ Sicherheit; in: APuZ 48/2008, S. 26 ff.; zu den bundesdeutschen Diskursen über Sicherheit vgl. Kötter, Matthias: Pfade des Sicherheitsrechts, Baden-Baden 2007; zur Theorie vgl. Anter, Andreas: Die politische Idee der Sicherheit. Theoriegeschichte und Praxis eines modernen Konzepts; in: JBÖS 2008/09, S. 15 ff.

3 Vgl. hierzu den Schwerpunkt „Menschenwürde und Sicherheit“ im JBÖS 2004/05.

4 So z.B. die euphemistisch verbrämte „lebensrettende Aussagerzwingung“ bei Brunner, Winfried: Freiheit und Sicherheit, Baden-Baden 2004, S. 56 ff.

5 Vgl. m.w.N. van Ooyen: „Freund-Feind-Recht“? Die Thesen des Strafrechtlers Günther Jakobs und der staatstheoretische Diskurs; in: JBÖS 2008/09, S. 191 ff.; vgl. auch Kötter (Fn 2), S. 320 ff.

6 Zu den Ambivalenzen von „Realismus“ und „Idealismus“ im Kontext der sog. „Kagan-Kontroverse“ vgl. van Ooyen: Moderner Realismus – auch ein Fall von politischer Theologie; in: IPG 1/2003, S. 112 ff.

7 The Alliance's Strategic Concept, approved by the heads of state and government participating in the meeting of the North Atlantic Council in Washington of April 23/24, 1999, Punkt 24; vgl. van Ooyen: Die neue Welt des Krieges und das Recht; in: IPG 1/2002, S. 90 ff.

standsverfassung“ vorausgegangen waren<sup>8</sup>, um dann in den 80er Jahren in die Debatte zum „Grundrecht auf Sicherheit“ mit der Forderung nach umfassenden „Schutzpflichten“ des Staates zu münden<sup>9</sup>. Während seinerzeit Sicherheit „noch als antagonistisches Ziel zu den Freiheitsrechten aufgefaßt (wurde), wandelte sich dieses Verständnis (jetzt)... zu einem Verhältnis der Gleichberechtigung“, sodass Sicherheit „als Grundrecht titulierte und zu einer Staatsaufgabe erklärt (wurde)“<sup>10</sup>.

Etwas vereinfacht und in der Typisierung zugespitzt können vor diesem Hintergrund drei grundsätzliche (verfassungs-)politische Positionen unterschieden werden:

- die „idealistische Position“ mit „liberal-bürgerrechtlicher“, z.T. auch „pazifistischer“ Ausrichtung und strikter Gegnerschaft zu dieser Entwicklung; d.h.: Festhalten an den strikten Trennungsgeboten von Polizei – Militär – Nachrichtendiensten einschl. der föderal zugewiesenen Kernkompetenz der Länder im Bereich Polizei; möglichst wenig Eingriffsbefugnisse der Innenbehörden in die Individualrechte (vor allem auch mit Blick auf Prävention); Stärkung parlamentarischer Kontrolle; nur Blauhelm-Einsätze der Bundeswehr;
- die hierzu entgegengesetzte „realistische Position“, mit „staatsrationalistischer“ Ausrichtung und der zentralen Forderung eines kompletten Umbaus der „Sicherheitsarchitektur“ zugunsten möglichst weitgehender exekutiver/militärischer Einsatzoptionen i.o.g. Sinne angesichts neuer Bedrohungsformen;
- die „mittlere Position“ – mit grundsätzlichem Festhalten an den tradierten Konzepten und insofern näher an der „idealistischen“ Position, aber eben auch bereit zu fallweiser, pragmatischer „Revision“ durch partielle „realistische“ Anpassungen.

---

8 Vgl. zur zeitgeschichtlichen Einordnung der von Gegnern wie auch Befürwortern (!) bemühten Bezüge zu Art. 48 WRV Requate, Jörg: „Weimar“ als Argument in der Debatte um die Notstandsgesetze; in: Gusy, Christoph (Hrsg.): Weimars lange Schatten – „Weimar“ als Argument nach 1945, Baden-Baden 2003, S. 311 ff.

9 „Erfunden“ vom konservativen Bonner Staatsrechtler Josef Isensee: Das Grundrecht auf Sicherheit. Zu den Schutzpflichten des freiheitlichen Verfassungsstaates, Berlin, 1983; vgl. auch Robbers, Gerhard: Sicherheit als Menschenrecht, Baden-Baden 1987.

10 Lepsius, Oliver: Freiheit, Sicherheit und Terror: Die Rechtslage in Deutschland; in: Jäger, Thomas u.a. (Hrsg.): Transatlantische Beziehungen, Wiesbaden 2005, S. 305 f.

## 2 Die beiden sicherheitspolitischen Grundlinien in der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts

Das Bundesverfassungsgericht (BVerfG)<sup>11</sup> hat im Bereich der Öffentlichen Sicherheit bisher zwei verschiedene Wege eingeschlagen, sodass sich sein staatsrechtliches Vorverständnis hier relativ strikt an der klassischen Unterscheidung von innerer und äußerer Sicherheit festmachen lässt. Nach „innen“ folgt es eher einer – fallweise eingeschränkten – „liberal-bürgerrechtlichen“, nach „außen“ eher der „realistisch-staatsräsonistischen“ Konzeption (s.u.). Zu einem nicht unerheblichen Teil spiegeln sich diese beiden Linien tatsächlich noch in der alten, überholten Unterscheidung der beiden Senate wider, sodass sich „Grundrechtssenat“ und „Staatsgerichtshof“ gegenüberstehen. Dabei sind natürlich amalgamierende Überschneidungen möglich – das zeigt die Rechtsprechung etwa zum Asyl- und Europarecht, aber auch die „Bundesgrenzschutz-Entscheidung“ von 1998<sup>12</sup> – und es ist generell zu bedenken, dass das BVerfG in seiner Dogmatik auch bewusst mit „Unschärferelationen“, z.T. regelrechten „Leerformeln“ arbeitet, um sich Entscheidungsspielräume fallweise offen zu halten<sup>13</sup>.

---

11 Zu den politischen Dimensionen der Verfassungsrechtsprechung vgl. mw.N. van Ooyen / Möllers (Hrsg.): Das Bundesverfassungsgericht im politischen System, Wiesbaden 2006.

12 BVerfGE 97, 198 (Zweiter Senat), Leitsatz 2: „Der Bundesgrenzschutz darf nicht zu einer allgemeinen, mit den Landespolizeien konkurrierenden Bundespolizei ausgebaut werden und damit sein Gepräge als Polizei mit begrenzten Aufgaben verlieren“; vgl. aber Winkeler, Michael: Von der Grenzpolizei zur multifunktionalen Polizei des Bundes, Frankfurt/M u.a. 2005. In seiner grundsätzlich „bundesfreundlichen“ Entscheidung betonte der Senat darüber hinaus die – nicht unumstrittene – *verfassungsrechtliche* Verankerung des Trennungsgebots zwischen Polizei und Nachrichtendiensten, und zwar auch mit ausdrücklichem Verweis auf den „Polizeibrief“; vgl. van Ooyen: Polizei, Verfassungsschutz und Organisierte Kriminalität: Die Entscheidung des Verfassungsgerichtshofs Sachsen zum Trennungsgebot; in JBÖS 2006/07, S. 365 ff.; speziell zum historischen Argument Dorn, Alexander: Das Trennungsgebot in verfassungshistorischer Perspektive, Berlin 2004.

13 Vgl. allgemein: van Ooyen: Der Begriff des Politischen des Bundesverfassungsgerichts, Berlin 2005; ders.: Die Staatstheorie des Bundesverfassungsgerichts und Europa, 3. Aufl., Baden-Baden 2010; Kranenpohl, Uwe: Die Bedeutung von Interpretationsmethoden und Dogmatik in der Entscheidungspraxis des Bundesverfassungsgerichts; in: Der Staat 3/2009, S. 387 ff.; speziell vgl.: van Ooyen „Zwei Senate in meiner Brust“?; in: RuP 2/2010, S. 98 ff. (im Band abgedruckt); ders.: Staatliche, quasi-staatliche und nichtstaatliche Verfolgung? Hegels und Hobbes' Begriff des Politischen in den Asyl-Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts; in: ARSP 3/2003, S. 387 ff. Zu den internen Abläufen vgl. aktuell Kranenpohl: Hinter dem Schleier des Beratungsgeheimnisse, Wiesbaden 2010; ders.: Herr des Verfahrens oder nur Einer unter Acht? Der Einfluss des Berichterstatters in der Rechtsprechungspraxis des Bundesverfassungsgerichts, in: Zeitschrift für Rechtssoziologie 2/2009, S. 135 ff.; aus der Binnenperspektive der Wissenschaftlichen Mitarbeiter: Rensen, Hartmut / Brink, Stefan (Hrsg.): Linien der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts, Berlin 2009.

## 2.1 Bundesverfassungsgericht und innere Sicherheit

In historischer Perspektive ergeben sich darüber hinaus regelrechte Brüche – und zwar gerade im Bereich der inneren Sicherheit bei der Terrorismusbekämpfung, etwa wenn man die „Luftsicherheit“<sup>14</sup> mit der alten „Schleyer-Entscheidung“ von 1977 vergleicht. Seinerzeit ist der Regierung völlig „freie Hand“<sup>15</sup> gegeben worden und zwar – in heutiger Diktion – zum „Bürgeropfer“<sup>16</sup>. Es ist natürlich auch situativ etwas anderes, ob man als Gericht „abstrakt“, ohne tatsächliche Terroranschläge in Deutschland in Ruhe über das Luftsicherheitsgesetz befinden kann oder in einer Eil-Nachtsitzung über einen konkreten Erpressungsfall vor dem aufgeladenen Hintergrund des „Deutschen Herbstes“. Doch in der „Schleyer-Entscheidung“ hatte das BVerfG – und zwar der *Erste Senat* – nach heutiger, rückwärtiger Betrachtung durch die Brille „Luftsicherheit“ den entführten Arbeitgeberpräsidenten für den Zweck gesamtstaatlicher Sicherheit zum Objekt staatlichen Handelns degradiert. Es hielt der Regierung alle Optionen offen, sodass es Schleyer indirekt opferte, weil ja das Scheitern einer rechtzeitigen Befreiung bei der Weigerung, die Forderungen der RAF zu erfüllen, einzukalkulieren war:

„Art. 2 Abs. 2 Satz 1 in Verbindung mit Art. 1 Abs. 1 Satz 2 GG verpflichtet den Staat, jedes menschliche Leben zu schützen. Diese Schutzpflicht ist umfassend. Sie gebietet dem Staat, sich schützend und fördernd vor dieses Leben zu stellen... Wie die staatlichen Organe ihre Verpflichtung zu einem effektiven Schutz des Lebens erfüllen, ist von ihnen grundsätzlich in eigener Verantwortung zu entscheiden... Ihre Freiheit in der Wahl der Mittel zum Schutz des Lebens kann sich in besonders gelagerten Fällen auch auf die Wahl eines bestimmten Mittels verengen, wenn ein effektiver Lebensschutz auf andere Weise nicht zu erreichen ist. Entgegen der durchaus verständlichen Meinung des Antragstellers ist ein solcher Fall hier jedoch nicht gegeben. Die Eigenart des Schutzes gegen lebensbedrohende terroristische Erpressungen ist dadurch gekennzeichnet, daß die gebotenen Maßnahmen der Vielfalt singulärer Lagen angepaßt sein müssen. Sie können weder generell im voraus normiert noch aus einem Individualgrundrecht als Norm hergeleitet werden. Das Grundgesetz begründet eine Schutzpflicht nicht nur gegenüber dem Einzelnen, sondern auch gegenüber der Gesamtheit aller Bürger. Eine wirksame Wahrnehmung dieser Pflicht setzt voraus, daß die zuständigen staatlichen Organe in der Lage sind, auf die jeweiligen Umstände des Einzelfalles angemessen zu reagieren;

14 Vgl. BVerfGE 115, 118.

15 Vgl. Dederer, Hans-Georg: BVerfGE 46, 160 – Schleyer. Grundrechtliche Schutzpflicht des Staates für das menschliche Leben bei terroristischer Erpressung des Staates: Freie Hand für die Staatsleitung; in: Menzel, Jörg (Hrsg.): Verfassungsrechtsprechung. Hundert Entscheidungen des Bundesverfassungsgericht in Retrospektive, Tübingen 2000, S. 279 ff.

16 So Deppenheuer, Otto: Das Bürgeropfer im Rechtsstaat. Staatsphilosophische Überlegungen zu einem staatsrechtlichen Tabu; in: Ders. u.a. (Hrsg.): Staat im Wort. Festschrift Josef I-sensee, Heidelberg 2007, S. 43 ff.

Robert Chr. van Ooyen

schon dies schließt eine Festlegung auf ein bestimmtes Mittel aus. Darüber hinaus kann eine solche Festlegung insbesondere deshalb nicht von Verfassungen wegen erfolgen, weil dann die Reaktion des Staates für Terroristen von vornherein kalkulierbar würde. Damit würde dem Staat der effektive Schutz seiner Bürger unmöglich gemacht... Angesichts dieser verfassungsrechtlichen Lage kann das Bundesverfassungsgericht den zuständigen staatlichen Organen keine bestimmte Entschließung vorschreiben. Es liegt in der Entscheidung der Antragsgegner, welche Maßnahmen zur Erfüllung der ihnen obliegenden Schutzpflichten zu ergreifen sind.“<sup>17</sup>

Im Bereich der Verteidigung der Bürgerrechte gegen die zahlreichen „Sicherheitspakete“ ist der Erste Senat in den aktuellen sicherheitspolitischen Kontroversen im Grundsatz der „mittleren Position“ gefolgt, weil er in seinen – zum Teil weit über den eigentlich zu entscheidenden Sachverhalt hinauschießenden – Grundsatzentscheidungen gegenüber den „Begehrlichkeiten“ der Exekutive nur bedingt „staatsrätsonistische“ Zugeständnisse gemacht hat<sup>18</sup>, auch wenn die eine oder andere Entscheidung angesichts der „normativen Kraft“ des von den Innenbehörden bzw. der Polizei gesetzten „Faktischen“ im praktischen Ergebnis eher einem bürgerrechtlichen Pyrrhussieg gleichkam<sup>19</sup>. In der Erfindung eines „neuen Grundrechts“ etwa ist es dabei sogar wiederum an den Rand der Verfassungsschöpfung vorgedrungen<sup>20</sup> und schreckte auch nicht – ungewöhnlich genug – vor der einen oder anderen öffentlichen Schelte gegenüber der Bundesregierung zurück, und zwar wohl nicht zuletzt, um die verfassungsgerichtliche „Schmerzgrenze“ im „politischen“ Raum deutlich zu machen<sup>21</sup>. Das führte in den letzten Jahren wiederholt zum öffentlichen verbalen Schlagabtausch, vor allem zwischen den als

---

17 BVerfGE 40, 160 (164 ff.) – Schleyer.

18 Vgl. BVerfG 1 BvR 256/08 u.a. vom 2.3.2010 – Vorratsdatenspeicherung; BVerfGE 115, 118 – Luftsicherheitsgesetz; BVerfGE 115, 320 – Rasterfahndung II; BVerfGE 120, 274 – Grundrecht auf Computerschutz; BVerfGE 120, 378 – Automatisierte Kennzeichenerfassung; BVerfGE 109, 279 – Großer Lauschangriff; zur Bewertung vgl. z.B. Bull, Hans-Peter: Meilensteine auf dem Weg des Rechtsstaates. Die neuen Grundsatzentscheidungen des Bundesverfassungsgerichts zum Datenschutz im Bereich der inneren Sicherheit; in: JBÖS 2008/2009, S. 317 ff.; Möllers: Die Diskussion über die Menschenwürde und das Urteil des Bundesverfassungsgerichts zum „Großen Lauschangriff“; in: JBÖS 2004/05, S. 51 ff.

19 Das gilt wohl vor allem im Hinblick auf die erste Entscheidung zum G8-Gipfel; vgl. hierzu Burchardt, Daniel: Der Heiligendamm-Beschluss. Zur Erosion der Versammlungsfreiheit; in: JBÖS 2008/09, S. 333 ff.; allgemein vgl. Möllers: Aktuelle Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts zur Versammlungsfreiheit zwischen „Rechtsprechungstradition“, „Zeitgeist“ und „Staatsräson“; in: JBÖS 2006/07, S. 353 ff.

20 Vgl. kritisch Lepsius, Oliver: Das Computer-Grundrecht. Herleitung – Funktion – Überzeugungskraft; in: Roggan, Fredrik (Hrsg.): Online-Durchsuchungen, Berlin 2008, S. 21 ff.

21 Vgl. insgesamt aus politikwissenschaftlicher Sicht jetzt Schlögel, Martina: Das BVerfG im Politikfeld Innere Sicherheit, Frankfurt/M u.a. 2010.

konservativ geltenden Richtern Di Fabio bzw. Gerichtspräsidenten Papier und CDU-Innenminister Schäuble, der mit Hilfe des an Carl Schmitt orientierten Staatsrechtlers Depenheuer auch schon einmal öffentlich über „Ausnahmestände“ räsonierte<sup>22</sup>.

Noch deutlicher in diese Richtung war daher der Standpunkt des BVerfG bei der Kassation der einschlägigen Regelungen des Luftsicherheitsgesetzes: Denn vom rechtspolitischen Ergebnis her betrachtet erfordert ein solcher Einsatz typisch militärischer Mittel bei einer Polizeilage nicht nur eine Änderung des Art. 35 GG. Vor allem angesichts der änderungsfesten Menschenwürde, die das Verfassungsgericht hier als tragenden Grund ins Spiel brachte, scheint das vor allem von Teilen der konservativen Staatslehre geforderte „Bürgeropfer“<sup>23</sup> im sog. nichtkriegerischen Luftzwischenfall kategorisch ausgeschlossen<sup>24</sup>. Damit gab das Gericht zugleich das Signal, sich selbst angesichts der wissenschaftlichen Kontroversen um die „neuen Kriege“ bzw. „asymmetrische Krigesführung“ bei der Terrorismusbekämpfung gerade nicht in das Kriegsvölkerrecht „herüberziehen“ zu lassen, sondern dies grundsätzlich nach wie vor dem Bereich der inneren Sicherheit und Strafverfolgung zuzuweisen – selbst wenn im Einzelfall der Abschuss eines allein von Terroristen besetzten „Kamikaze-Flugzeugs“ wohl nicht mit dem Recht auf Leben des Art. 2 und der Menschenwürde des Art. 1 GG unvereinbar wäre. Im Gegenteil, so ließe sich ergänzen, auch ein solcher Eingriff fände seine *polizeirechtliche* Entsprechung im – zwar auch umstrittenen – gezielten polizeilichen Todesschuss<sup>25</sup>, wengleich hierfür schon aufgrund der bisher fehlenden Bundeskompetenz, solche „Polizeilagen“ mit militärischen Mitteln zu lösen, eine Grundgesetzänderung erforderlich wäre<sup>26</sup>.

Aktuell und insgesamt charakteristisch für die Haltung des BVerfGs in dieser Hinsicht sind daher die Ausführungen von Richter Di Fabio in Anlehnung an seinen Vortrag an der Bundesakademie für Sicherheitspolitik vom 6.7.2007:

22 Vgl. Welt-Online vom 28.12.07: Schäuble-Vertrauter im Interview. Guantanamo auch in Deutschland denkbar; [www.welt.de/politik/article1497433/Guantanamo\\_auch\\_in\\_Deutschland\\_denkbar.html](http://www.welt.de/politik/article1497433/Guantanamo_auch_in_Deutschland_denkbar.html) (download 12.7.10); Hofmann, Gunther: Schäubles Nachtlektüre; in: Die Zeit 33/2007, S. 7; gemeint ist Depenheuers Buch: Selbstbehauptung des Rechtsstaats, Paderborn 2007.

23 Depenheuer (Fn 16).

24 Vgl. aber hierzu die Kontroverse zwischen Kutscha und Wiefelspütz (Fn 2) über die Frage, was mit dem Begriff des „nichtkriegerischen Luftzwischenfalls“ überhaupt erfasst wird.

25 Vgl. m.w.N. Borsdorff, Anke: Finaler Rettungsschuss; in: Möllers (Hrsg.): Wörterbuch der Polizei, 2. Aufl., München 2010, S. 685.

26 Vgl. Wiefelspütz: Art. 35 nach dem Luftsicherheitsurteil des Bundesverfassungsgerichts; in: JBÖS 2006/07, S. 237 ff.

Robert Chr. van Ooyen

„Zwischen Polizei und Militär verläuft jedenfalls eine Grenze zwischen innen und außen, deren Wahrung man durchaus als zivilisatorische Errungenschaft betrachten kann...

Man sollte sich durch den Terrorismus jedenfalls nicht über Gebühr das militärische Vokabular und Denken aufnötigen lassen; das haben schon RAF-Terroristen versucht und sind doch in einem zivilen Polizei- und Strafrechtssystem abgeurteilt worden. Ein Stück falscher Rezeption des Kriminellen liegt auch in der Vorstellung, der Rechtsstaat bräuchte im Innern ein spezielles Feindstrafrecht... Ein solches ‚Feindrecht‘ findet im Grundgesetz keine Stütze“<sup>27,28</sup>

## 2.2 Bundesverfassungsgericht und äußere Sicherheit

Anders verhält sich es sich dagegen im Bereich der Auslandseinsätze der Bundeswehr<sup>29</sup>. Hier hat das BVerfG durch den Zweiten Senat seit seiner ersten „Out-of-Area-Entscheidung“ 1994 der Bundesregierung so weit wie möglich „Carte blanche“ gegeben, indem es verfassungspolitisch die rechtlichen Grenzen Stück für Stück verschoben und damit letztendlich beseitigt hat<sup>30</sup>: von der ursprünglichen Frage der Zulässigkeit solcher Einsätze zu der einer bloßen Kompetenzfrage („Parlamentsvorbehalt“), von der klassisch militärischen zur „erweiterten Sicherheit“, schließlich vom euro-atlantischen Raumbezug zur globalen Sicherheit<sup>31</sup>. Während man also noch in der Gemeinsamen Verfassungskommission Anfang der 90er Jahre über einschlägige Grundgesetzänderung selbst hinsichtlich der Beteiligung an UN-Blauhelm-

---

27 Di Fabio, Udo: Westen muss Westen bleiben. Der Terrorismus übersteigt die Grenzen der Politik und des Rechts. Die neuen Gegner sind tückisch. Gerade deswegen gilt: Sicherheit, aber in Freiheit; in: Die Welt vom 12.11.07; vgl. z.B. auch Interview mit Richter Hoffmann-Riem: Wie viel Sicherheit verträgt die Freiheit? in: Hamburger Abendblatt vom 29.1.2007; vgl. m.w.N. van Ooyen: „Zwei Senate in meiner Brust“? (im vorliegenden Band).

28 Wie hektisch, „hysterisch“ und „katastrophenfixiert“ (Di Fabio, ebd.) die Debatte hier bisweilen verläuft, wird überdies deutlich, wenn man sich auf ein Gedankenexperiment hinsichtlich der Verkehrssicherheit einlässt: Angesichts von jährlich mehreren tausend Toten im Straßenverkehr müsste angesichts der in der inneren Sicherheit immer wieder bemühten „Schutzpflichten“ des Staates und des geforderten „Grundrechts auf Sicherheit“ das Autofahren eigentlich untersagt werden, denn es ist einfach zu gefährlich. Merkwürdigerweise taucht eine solche Debatte in der öffentlichen Wahrnehmung aber gar nicht erst auf, sondern der Verkehrsunfall ist eben einfach der Preis der Freiheit.

29 Zur Beschränkung der parlamentarischen Kontrolle im Bereich der auswärtigen Gewalt durch Ablehnung eines generellen demokratischen Parlamentsvorbehalts vgl. schon BVerfGE 68, 1 – Atomwaffenstationierung.

30 Vgl. ausführlich van Ooyen: Das BVerfG als außenpolitischer Akteur: von der „Out-of-Area-Entscheidung“ zum „Tornado-Einsatz“; in: RuP 2/2008, S. 75 ff.; auch Kutscha, Martin: „Verteidigung“ – Vom Wandel eines Verfassungsbegriffs, in: KJ 3/2004, S. 228 ff.

31 Vgl. BVerfGE 90, 286 – AWACS/Somalia; BVerfGE 100, 266 – Kosovo; BVerfGE 104, 151 – NATO-Konzept; BVerfGE 108, 34 – Bewaffnete Bundeswehreinsätze; BVerfGE 118, 244 – Afghanistan-Einsatz; BVerfGE 121, 135 – Luftraumüberwachung.

einsätzen diskutierte<sup>32</sup>, sind nach heutigem Stand der Verfassungsrechtsprechung bewaffnete Auslandseinsätze der Bundeswehr in räumlicher und inhaltlicher Hinsicht mit einfacher Parlamentszustimmung nahezu unbegrenzt möglich<sup>33</sup>. Das, obwohl seinerzeit „die Bundesregierung – und zwar jedweder parteipolitischer Couleur – herkömmlich die Auffassung vertreten hat, der Bundeswehr sei von Verfassungs wegen der Einsatz außerhalb des NATO-Gebietes... durch das Grundgesetz, Art. 87a Abs. 2, verboten“<sup>34</sup>. Um diesen, maßgeblich vom BVerfG abgestützten verfassungspolitischen Wandel in seiner Bedeutung überhaupt richtig zu erfassen<sup>35</sup>, ist sich noch einmal vor Augen zu führen, dass die Textlage des Grundgesetzes unverändert geblieben ist. Denn das aus dem Verständnis der Bundeswehr als „Parlamentsheer“<sup>36</sup> abgeleitete Zustimmungserfordernis für den konkreten Einzelfall des Einsatzes ist eben gar nicht in der Verfassung geregelt ist, sondern – wohlwollend formuliert – „von dem Senat mit Hilfe einer umfassenden systematischen und historischen Auslegung aller auf die Streitkräfte bezogenen Regelungen entwickelt“ worden<sup>37</sup>. So hat das Gericht das Grundgesetz hier „nicht ausgelegt, sondern geändert“<sup>38</sup> – sozusagen ein „kühner Schritt“, mit dem es die „verfassungsrechtliche Diskussion der Zeit vor 1990 hinter sich (ließ)“<sup>39</sup>.

32 Selbst der von den Regierungsparteien CDU/CSU/FDP eingebrachte und weitgehendste Änderungsentwurf zu Art. 24 GG sah den mit dem Kosovokrieg 1999 eintretenden Fall (Beteiligung der Bundeswehr an den „NATO-Luftschlägen“) nicht vor und verlangte überdies für die Beteiligung der Bundeswehr an kollektiven Selbstverteidigungsmaßnahmen im Sinne von Art. 51 UN-Charta sogar noch eine 2/3 Mehrheit im Bundestag; vgl. Bundestagsdrucksache 12/4107.

33 Einzige inhaltliche Schranke jenseits der Kompetenzfrage ist daher wohl das „Friedensgebot“ des Art. 26 GG, doch der Begriff ist inzwischen viel zu schwammig, um hierfür eine wirkungsvolle Schranke zu sein.

34 Isensee, Josef: Anhörung in der Gemeinsamen Verfassungskommission vom 11.2.1993 zum Thema „Staatliche und militärische Verteidigung“, in: Materialien zur Verfassungsdiskussion und zur Grundgesetzänderung in der Folge der deutschen Einigung, Bd. 2, S. 383.

35 Staatstheoretisch liegt dabei ein altmodisches, am „anarchischen Naturzustand“ der Internationalen Beziehungen orientiertes Vorverständnis zugrunde; vgl. m.w.N. van Ooyen: Krieg, Frieden und außenpolitische Parlamentskompetenz. John Locke's „föderative Gewalt“ im Staatsverständnis des BVerfGs; in: IPG 3/2008, S. 86 ff.

36 Vgl. ausführlich Wiefelspütz: Das Parlamentsheer, Berlin 2005.

37 Richter, Ingo / Schuppert, Gunnar F.: Casebook Verfassungsrecht, 3. Aufl., München 1996, S. 518.

38 M.w.N.: Epping, Volker: Die Evakuierung deutscher Staatsbürger im Ausland als neues Kapitel der Bundeswehrgeschichte ohne rechtliche Grundlage? – Der Tirana-Einsatz der Bundeswehr auf dem rechtlichen Prüfstand; in: AöR 3/1999, S. 449.

39 Wild, Michael: BVerfGE 90, 286 – AWACS/Somalia. Auslandseinsätze der Bundeswehr – Parlamentsvorbehalt – Verfassungsfortbildung; in: Menzel (Fn 15), S. 549 f.; vgl. auch Harnisch, Sebastian: Internationale Politik und Verfassung. Die Domestizierung der deutschen Sicherheits- und Europapolitik, Baden-Baden 2006, S. 268 ff.

Robert Chr. van Ooyen

Das ist umso erstaunlicher, wenn man bedenkt, dass das Grundgesetz im Unterschied etwa zur US-Verfassung als sog. relativ „starre Verfassung“ gilt, die schon für weit „geringfügigere“ Anpassungen formale Verfassungsänderungen erforderlich macht<sup>40</sup>.

### **3 „Einsatz“ der Bundeswehr beim G8-Gipfel und Parlamentsvorbehalt?**

Wie ordnet sich nun der aktuelle (verfassungs-)politische Streit um die Beteiligung der Bundeswehr beim polizeilichen Einsatz im Rahmen des G8-Gipfels und die Entscheidung des Gerichts in diesen Kontext ein<sup>41</sup>? Im Kern geht es dabei um vier rechtliche/politische Fragen:

- War die Beteiligung der Bundeswehr ein „Einsatz“ im verfassungsrechtlichen Sinne?
- Ist ein solcher Einsatz im Innern überhaupt zulässig?
- Wäre aus demokratischer Sicht dann nicht zumindest eine Zustimmung des Bundestags erforderlich?
- Schließlich: Ist das nicht insgesamt schon der Einstieg in die grundsätzliche Aufhebung der Trennung von Polizei und Militär im Innern?

#### *3.1 Umfang und Art der Beteiligung der Bundeswehr*

Die Bundeswehr hatte u.a. Jagdflugzeuge („Tornados“) und Spähpanzer („Fennek“) für Gelände- und Luftaufklärungszwecke zur Verfügung gestellt<sup>42</sup>. Seitens der später beklagten Bundesregierung handelte es sich um bloße Amtshilfe im Sinne technisch-logistischer Unterstützung nach Art. 35 I GG, auf Wunsch der Landesregierung Mecklenburg-Vorpommerns. Hierdurch sollten vor allem mögliche „Erddepots für Werkzeuge und Blockademittel... und Manipulationen an Straßenzügen wie Unterspülungen oder Unterhöhlungen“ aufgeklärt werden. Zum „militärischen Gepräge“ stellte das BVerfG fest, dass dabei in keinem Falle „die Bordkanonen der Tornado-Flugzeuge aufmunitioniert“ waren; die Mündungsöffnungen waren überhaupt

---

40 Vgl. die zahlreichen GG-Änderungen seit den den 90er Jahren, zuletzt die vergleichsweise „unwesentliche“ zur Durchbrechung des Verbots der Mischverwaltung zur Fortführung der bisherigen Organisation der Arbeitsagenturen.

41 Zur ersten Entscheidung bzgl. des Verbots des „Sternmarschs“ vgl. noch einmal Burchardt (Fn 19).

42 Zur genauen Auflistung der zahlreichen Kräfte vgl. BVerfGE, 2 BvE 5/07 vom 4.5.2010 (Internetfassung der Homepage des BVerfG; download 1.6.10).

mit dem „bloßen Auge... nur aus geringem Abstand erkennbar“, weil die Bordkanonen „integraler Bestandteil der Tornados (sind)“. Bei den Spähpanzern waren zuvor die „Waffenanlagen (Nebelmittelwurfanlage und Granatmaschinenwaffe oder Maschinengewehr)... im Heimatstandort... abgebaut worden und dort verblieben“. Seitens der Spähpanzer wurde auch „kein Bild- oder Tonmaterial aufgezeichnet“ und die aus der Luft gemachten „optischen Bilder eignen sich nach Angaben der Antragsgegnerin mangels hinreichender Auflösung... nicht zur Identifizierung von Personen“<sup>43</sup>. Gleichwohl erfolgten mehr Flüge als ursprünglich genehmigt und die Tornados waren z.T. auch im Tiefflug unter der Mindestflughöhe über das Demonstranten-Camp hinwegflogen.

### 3.2 *Bewertung von Regierung und Opposition*

Verteidigungsminister Jung rechtfertigte dies im Nachhinein mit technischen Mängeln bzw. schlechten Sichtverhältnissen. Demgegenüber sprach der innenpolitische Sprecher der mitregierenden SPD, Wiefelspütz, zunächst von einer verfassungsrechtlich zwar zulässigen, politisch aber unklugen und unsensiblen „Provokation“, da „die Polizei... diese Aufklärung auch per Hubschrauber (hätte) leisten können“<sup>44</sup>, um kurz darauf sogar von der Verfassungswidrigkeit der Tiefflüge zu sprechen, deren Droh- und Einschüchterungsgebärde „möglicherweise eine Zwangswirkung auf die Demonstranten hatten“<sup>45</sup>.

„Wenn mit Aufklärungs-Jets Demonstranten ausgeforscht würden wie Taliban in Afghanistan, überschreite dies alle Grenzen zulässiger Amtshilfe für die Polizei“ kritisierte der verteidigungspolitische Sprecher der Grünen, Nachtwei, den Einsatz<sup>46</sup>. Seitens der Oppositionsparteien wurde daher der Verdacht geäußert, dass dies überhaupt ein (weiterer) Versuch von Innenminister Schäuble und Verteidigungsminister Jung gewesen sei, die Tabugrenze des Einsatzes der Bundeswehr im Innern aufzuweichen: Wieso wolle „die Union das Grundgesetz noch... ändern, wenn schon Tornado-Kampfflugzeuge über Demonstranten fliegen dürften“, so der FDP-Fraktionsvorsitzende Westerwelle<sup>47</sup>.

---

43 Ebd., Rdnr. 8 ff.

44 FAZ.NET vom 13.6.07: Tornadoeinsatz bei G-8-Gipfel. „Das ist eine Provokation“ (download 9.7.10).

45 FAZ.NET vom 20.6.07: Heiligendamm. Weitere Untersuchung zu Tornado-Flügen (download 9.7.10).

46 Ebd.

47 FAZ.NET v. 5.7.07: Bundeswehreinsatz in Heiligendamm. Zäher Fluss der Erinnerungen (download 9.7.10).

Tatsächlich fällt im Gesamtkontext der Sicherheitsdebatte bei der Argumentation der Regierung auch eine Verschiebung der Maßstäbe auf, die zu den üblichen Kunstgriffen der verfassungsrechtlichen Auslegung zählt, um „sauber“ das jeweils rechtspolitisch gewünschte Ergebnis zu erhalten: Denn auf der einen Seite wird „Terrorismus zum Quasi-Krieg stilisiert, damit möglichst vieles als ‚Verteidigung‘ deklariert werden kann“, während man andererseits „hoheitliches Handeln eng definiert, damit möglichst vieles zur ‚technischen‘ Amtshilfe bagatellisiert werden kann“<sup>48</sup>. Abwegig ist daher diese Befürchtung von FDP und Grünen angesichts der seinerzeitigen Forcierung der sicherheitspolitischen Diskussion durch die CDU/CSU, namentlich durch den Innenminister und den Verteidigungsminister nicht (Stichworte z.B.: Einsatz der Bundeswehr bei der WM 2006; Strategiepapier der Bundestagsfraktion; Weißbuch der Bundeswehr<sup>49</sup>). Auch ist an die „Salami-Taktik“ der Regierung Kohl Anfang der 90er Jahre zu erinnern, die genau mit solch vergleichbar harmlosen Einsätzen der Bundeswehr begann, um schließlich unter der Regierung Schröder im Kampfeinsatz des Kosovo-Kriegs 1999 und des internationalisierten Bürgerkriegs in Afghanistan zu münden – wobei im letzteren Falle noch bis vor kurzem das beruhigende Bild einer friedenssichernden militärischen Aufbau- und Entwicklungshilfe suggeriert wurde. Von hier aus betrachtet würde die in der innennpolitischen Debatte geforderte Einsatzmöglichkeit der Bundeswehr im Innern wohl generell die Tür für ein militärisches „Einschüchterungsgepräge“ ausgerechnet bei Demonstrationen öffnen. Das gilt erst recht angesichts der Forderungen nach einer Grundgesetzänderung, die sich auf den ersten Blick „nur“ auf eng begrenzte Einsätze etwa im Rahmen der Terrorismusbekämpfung im Innern bezieht – so der zuletzt ausgehandelte Kompromiss zwischen CDU/CSU und SPD im Koalitionsausschuss der Großen Koalition, der dann aber wegen des Widerstands der SPD-Abgeordneten auf Eis gelegt<sup>50</sup> und auch vom neuen Innenminister de Maizière nicht weiter verfolgt wurde<sup>51</sup>. Denn bei allen Veranstaltungen sol-

---

48 So richtig Pütter, Norbert: Im Feld der Inneren Sicherheit. Über den Vormarsch der Bundeswehr in der Heimat; in: Bürgerrechte & Polizei 2/2008, S. 43.

49 Vgl. Beschluss der CDU/CSU-Bundestagsfraktion vom 6.5.2008: Eine Sicherheitsstrategie für Deutschland, Berlin 2008; Bundesministerium der Verteidigung (Hrsg.): Weißbuch 2006 zur Sicherheitspolitik Deutschlands und zur Zukunft der Bundeswehr.

50 Vgl. z.B. Prantl, Heribert: Arsen für das Grundgesetz. Schäuble kämpft seit 15 Jahren dafür, jetzt kann ihn nur noch die Opposition verhindern: Den Einsatz der Bundeswehr im Inland; SZ vom 7.10.2008 (sueddeutsche.de, download 13.7.10.); Rath, Christian: Schäuble setzt sich durch. Bundeswehr gegen den inneren Feind. Die Koalition ist sich einig über Einsätze der Bundeswehr zur Terrorbekämpfung im Inland; in: taz vom 5.10.08 (www.taz.de, download 13.7.10).

51 Vgl. ZEITONLINE vom 12.02.2010: Innere Sicherheit. De Maizière gegen Einsatz der Bundeswehr im Inneren (download 13.7. 2010).

cher Art besteht ja in den letzten Jahren immer eine mindestens „abstrakte“ terroristische Gefährdungslage.

### 3.3 *Klage Bündnis 90 / Die Grünen und Entscheidung Bundesverfassungsgericht*

Die Grünen reichten daher schließlich Klage ein. Weil es sich um ein Organstreitverfahren handelte, musste der Schwerpunkt der Argumentation auf der fehlenden parlamentarischen Beteiligung liegen. Das setzte zugleich voraus, dass es ein „Einsatz“ der Bundeswehr war, zwar nicht in dem Sinn des üblichen Sprachgebrauchs eines bewaffneten Kampfeinsatzes aber infolge von „Tiefflug“, „Fotografieren“ und „Ausspähen“ von Demonstranten trotzdem im rechtlichen Sinne eines hoheitlichen Handelns, weil mit Grundrechtseingriffen verbunden. So betraf das Verfahren die Frage, ob die Regierung nicht vor dem Einsatz der Bundeswehr die Zustimmung des Bundestags hätte einholen oder ob nicht sogar überhaupt das Grundgesetz hätte geändert werden müssen<sup>52</sup>, da Art. 87a II GG (i.V.m. den genannten Ausnahmen jenseits des Verteidigungsauftrags<sup>53</sup>) einen solchen Einsatz im Innern verfassungsrechtlich gar nicht erlaubte. Bei der Begründung des Zustimmungserfordernisses hinsichtlich des konkreten Einsatzes im Innern wurde eine analoge Ausdehnung des Parlamentsvorbehalts postuliert, den das BVerfG in seiner ersten Out-of-Area-Entscheidung<sup>54</sup> aus der allgemeinen Beschreibung der Bundeswehr als „Parlamentsheer“ abgeleitet und in der Folgerechtsprechung zu den Auslandseinsätzen bestätigt hatte<sup>54</sup>. Dies ergäbe sich insgesamt auch aus Art. 87a i.V.m. Art. 35 GG zumal 87a I GG zudem noch die parlamentarische Kontrolle via Haushaltskompetenz des Bundestags und Art. 45b GG die Einrichtung des Wehrbeauftragten verankerten. Genau aus einer solchen Gesamtschau einschließlich verfassungshistorischer Bezüge seit 1918 hatte ja das BVerfG 1994 den „Parlamentsvorbehalt“ abgeleitet<sup>55</sup>. Die Bundesregierung als Beklagte bestritt dagegen im Wesentlichen überhaupt die Anspruchsgrundlage für ein Organstreitverfahren und darüber hinaus die Not-

52 Vgl. auch zum Folgenden BVerfGE, 2 BvE 5/07 vom 4.5.2010. Rdnr. 1-42 (Internetfassung).

53 Vgl. Art. 87 a III und IV bzw. Art. 35 II und III für Einsätze im Innern.

54 Vgl. zuletzt BVerfGE (Zweiter Senat) 121, 135 – Luftraumüberwachung (2008).

55 Wenn nicht sogar „erfunden“ (s.o.); so wäre es seinerzeit überzeugender, weil einfacher und textnäher gewesen, die Einsätze generell als verfassungswidrig festzustellen und dies aber gerade nicht mit dem konstruierten Parlamentsvorbehalt, sondern mit der bis dahin zumeist vertretenen Auffassung einer überhaupt fehlenden „ausdrücklichen“ verfassungsrechtlichen Ermächtigung (vgl. Art. 87a II GG) zu begründen (s.u.). Damit wäre ohne „law fiction“ der Ball einfach an den politischen Raum zurückgespielt und dieser zu einer Verfassungsänderung gezwungen worden.

wendigkeit einer parlamentarischen Zustimmung: Der Parlamentsvorbehalt für Auslandseinsätze ließe sich nicht einfach auf Inlandseinsätze übertragen, weil Art. 87a II und 87 a IV GG ein Zustimmungserfordernis gerade ausdrücklich nicht vorsähen. Demgegenüber verwiesen die Kläger u.a. auf die historische Entstehung der Normen mit ihrer generellen Zielrichtung einer demokratischen Kontrolle der Streitkräfte. Und dass dem Bundestag nach Art. 87a IV GG beim Einsatz im Rahmen des inneren Notstands explizit nur ein „Rückrufrecht“ zusteht, wurde mit dem Argument der einer akuten Gefahrensituation geschuldeten Praktikabilität zurückgewiesen. Demgegenüber beharrte die Regierung wiederum auf ihrer Einschätzung einer Verwendung der Bundeswehr im Rahmen bloßer Amtshilfe (s.o.).

Der Zweite Senat wies die Klage ab und folgte im Grundsatz der Argumentation der Bundesregierung, obwohl er an einigen Stellen eine Entscheidung bewusst vermied – dies aber, nicht ohne die Kläger hinsichtlich des beschrittenen Wegs eines Organstreitverfahrens „abzuwatschen“ und zugleich die *offensichtliche* Unbegründetheit herauszustellen<sup>56</sup>. Ausdrücklich offen blieb daher, ob die Schwelle zum „Einsatz“ überschritten worden war – verbunden mit dem Monitum, dass so etwas im Rahmen von Verfassungsbeschwerden zu prüfen wäre<sup>57</sup>. Gleichwohl schien das Gericht eher nicht dieser Auffassung zu sein, spielte es doch in seinen Ausführungen das martialische Gepräge herunter („mit bloßem Auge“ kaum erkennbare Bordwaffen, s.o.)<sup>58</sup>. Offen blieb auch die Frage nach der überhaupt fehlenden verfassungsrechtlichen Grundlage einer solchen Verwendung der Bundeswehr und dem Erfordernis einer Grundgesetzänderung – wiederum verbunden mit der deutlichen Kritik, dass ein Organstreitverfahren nicht zum Zwecke abstrakter Normenkontrolle missbraucht werden sollte<sup>59</sup>. Nun mag das auch der Prozessökonomie geschuldet sein, obwohl solche Zurückhaltungen bei „Grundsatzthemen“ in der Judikatur des BVerfG gerade nicht zu beobachten sind. Es steht aber sowieso noch eine erneute Entscheidung zur „Luftsicherheit“ aus – diesmal des Zweitens Senats – und schon in der mündlichen Verhandlung hierzu wurde vom Vizepräsidenten Vosskuhle ein Grundsatzurteil einschließlich der Problematik „Amtshilfe“ angedeutet, das zudem von dem des Ersten Senats abweichen könnte<sup>60</sup>. Dann aber hätte man sich an dieser Stelle die weiteren Ausführungen zum Parlamentsvorbehalt gleich sparen und die Klage über-

---

56 So schon direkt zu Beginn der eigentlichen Begründung; vgl. BVerfGE, 2 BvE 5/07 vom 4.5.2010. Rdnr. 44 f.

57 Vgl. ebd., Rdnr. 67 f.

58 Dass ein Jagdflugzeug im Tiefflug dann doch etwas anders wahrgenommen wird als ein Segelflugzeug – davon kein Wort in den Ausführungen zum Sachverhalt.

59 Vgl. ebd., Rdnr. 60 ff.

60 Vgl. Müller-Neuhoff, Jost: Verfassung. Karlsruhe prüft Luftsicherheitsgesetz; in: Tagesspiegel vom 11.2.2010 ([www.tagesspiegel.de](http://www.tagesspiegel.de), download 16.7.2010).

haupt formal zurückweisen können. Doch hier wollte der Senat klar Position beziehen, indem er die Ausdehnung parlamentarischer Kontrolle kategorisch und ganz im Sinne der Regierung zurückwies:

„Ein allgemeines Zustimmungsrecht des Deutschen Bundestags in Bezug auf konkrete Verwendungen der Bundeswehr im Innern, seien es bewaffnete oder unbewaffnete Verwendungen, ist dem Grundgesetz... gerade nicht zu entnehmen“<sup>61</sup>.

Denn: „Das Bundesverfassungsgericht hat nur für Auslandsverwendungen der Bundeswehr aus dem Grundgesetz das Erfordernis der konstitutiven Zustimmung des Deutschen Bundestages zu bewaffneten Einsätzen abgeleitet“<sup>62</sup>.

Und: „Aus der im Kontext von Auslandseinsätzen verwendeten Bezeichnung der Bundeswehr als Parlamentsheer alleine lässt sich keine Befugnis des Deutschen Bundestages ableiten“<sup>63</sup>.

Vielleicht ist das aber auch schon das „realistisch-staatsrationalistische“ Präludium, von dem aus dann nahtlos bei „Luftsicherheit II“ die entsprechende verfassungspolitische Weichenstellung fortgesetzt werden kann. Denn vom Ergebnis her liegt das ganz auf der bisher vom Zweiten Senat vertretenen Linie, der eine Ausdehnung parlamentarischer Kontrolle schon in seiner „Out-of-Area-Rechtsprechung“ ja grundsätzlich verneint und den Parlamentsvorbehalt bei Auslandseinsätzen überhaupt nur als Ausnahme vom ansonsten hier freien Handeln der Regierung konstruiert hat<sup>64</sup>. Allerdings nur vom Ergebnis und nicht von der Stringenz der Argumentation her: Insoweit ist ausnahmsweis sogar Otto Depenheuer zuzustimmen, der den aus der Gesamtschau der Wehrverfassung plus „Verfassungstradition“ abgeleiteten Parlamentsvorbehalt der „Out-of-Area-Entscheidung“ genau mit dem Argument kritisiert, das jetzt der Zweite Senat auf einmal gegen die Klage der Grünen wendet, nämlich dass das „Grundgesetz... die parlamentarische Einbindung

---

61 BVerfGE, 2 BvE 5/07 vom 4.5.2010. Rdnr. 54.

62 Ebd., Rdnr. 50.

63 Ebd., Rdnr. 59.

64 Genau deshalb war ja die Notwendigkeit der Bundestagszustimmung seinerzeit aus dem innerstaatlichen Gewaltenteilungsschema als wehrverfassungsrechtlicher Parlamentsvorbehalt konzipiert worden. Andernfalls hätte das BVerfG seine bisherige Rechtsprechung zur auswärtigen Gewalt als Domäne der Bundesregierung zugunsten einer allgemeinen Parlamentarisierung kippen müssen; vgl. Wolfrum, Rüdiger: Grundgesetz und Außenpolitik; in: Schmidt, Siegmund u.a. (Hrsg.): Handbuch zur deutschen Außenpolitik, Wiesbaden 2007, S. 163; auch Cremer, Hans-Joachim: Das Verhältnis von Gesetzgeber und Regierung im Bereich der auswärtigen Gewalt in der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts: eine kritische Bestandsaufnahme; in: Geiger, Rudolf (Hrsg.): Neuere Probleme der parlamentarischen Legitimation im Bereich der auswärtigen Gewalt, Baden-Baden 2003, S. 11 ff.

Robert Chr. van Ooyen

der Streitkräfte sehr differenziert geregelt (hat)<sup>65</sup> – und dass hier von parlamentarischer Zustimmung bei Bundeswehreinmärschen gar keine Rede sei. Deppenheuer kommt daher gegen die Meinung des BVerfG zum Schluss, dass überhaupt kein Parlamentsvorbehalt gelte, auch nicht für Auslandseinsätze<sup>66</sup>. Das hat insofern – allerdings nur insofern – Überzeugungskraft, weil das Grundgesetz nach „ursprünglicher“ Lesart ja tatsächlich auch solche Einsätze gar nicht erlaubte (s.o.), eine Regelung der parlamentarischen Kontrolle daher widersinnig wäre. So betrachtet erledigte sich dann aber auch die Ableitung eines Parlamentsvorbehalts für Einsätze im Innern, weil genauso wenig zulässig. Das bedeutet dann aber umgekehrt für die Argumentation des Zweiten Senats bei seiner „G8-Gipfel-Entscheidung“ nichts anderes, als dass ein Parlamentsvorbehalt im Innern zu postulieren gewesen wäre – zumindest, wenn man so wie der Zweite Senat an den bei „Out-of-Area“ aufgestellten Maßstäben weiter festhält. Ansonsten handelt es sich in diesem Falle um eine willkürliche Verschiebung des Maßstabs, um von hier aus auf das passende Ergebnis schließen zu können.

---

65 So in seiner Neukommentierung zu Art. 87a im konservativen Maunz / Dürig, 53 Lfg., Rdnr. 143.

66 Vgl. ebd., Rdnr. 142.