

Prof. Dr. Thorsten Kingreen

Prof. Dr. Sophie Schönberger

Bayerischer Verfassungsgerichtshof

80097 München

6. Mai 2019

Popularklage

der Frau Katharina Schulze, Maximilianeum, 81627 München

– Klägerin –

und

Meinungsverschiedenheit

der Fraktion BÜNDNIS 90/DIE GRÜNEN im Bayerischen Landtag, vertreten durch die Vorsitzenden Katharina Schulze und Ludwig Hartmann, Maximilianeum, 81627 München,

– Antragstellerin –

g e g e n

1. die CSU-Fraktion im Bayerischen Landtag, vertreten durch den Vorsitzenden Thomas Kreuzer, Maximilianeum, 81627 München,

2. die Bayerische Staatsregierung, vertreten durch den Ministerpräsidenten Markus Söder,
Bayerische Staatskanzlei, Franz-Josef-Strauß-Ring 1, 80539 München.

– Antragsgegnerinnen –

Namens und in beigefügten Vollmachten der Klägerin und der Antragstellerin beantragen wir,

Art. 5 Polizeiorganisationsgesetzes (POG) und

Art. 29 des Polizeiaufgabengesetzes (PAG)

wegen Verstoßes gegen Art. 3 Abs. 1 S. 1 und Art. 101 der bayerischen Verfassung (BV) für
nichtig zu erklären.

A. Sachverhalt

Die Popularklage und die Meinungsverschiedenheit betreffen die Verfassungsmäßigkeit der Bestimmungen des bayerischen Landesrechts über die Errichtung, die Aufgaben und die Befugnisse einer bayerischen Grenzpolizei. Die Materie ist schon seit jeher durch ein Zusammenspiel bundes- und landesrechtlicher Regelungen geprägt:

1. Durch das „Gesetz über den Bundesgrenzschutz und die Einrichtung von Bundesgrenzschutzbehörden“ vom 16. März 1951,

BGBI. I 1951, S. 201,

richtete der Bund auf Grundlage von Art. 87 Abs. 1 S. 2 GG den Bundesgrenzschutz als Grenzschutzbehörde in bundeseigener Verwaltung ein.

Mit dem „Gesetz über den Bundesgrenzschutz“ (BGSG) vom 18. August 1972,

BGBI. I 1972, S. 1834,

wurden seine Aufgaben und Befugnisse erstmals umfassend gesetzlich normiert. § 1 dieses Gesetzes bestimmte, dass dem Bundesgrenzschutz der grenzpolizeiliche Schutz des Bundesgebietes (Grenzschutz) obliege, soweit nicht ein Land im Einvernehmen mit dem Bund Aufgaben des grenzpolizeilichen Einzeldienstes mit eigenen Kräften wahrnimmt. Gem. § 63 Abs. 1 BGSG a.F. war das Einvernehmen nach § 1 Nr. 1 in einer schriftlichen Vereinbarung zwischen dem Bundesminister des Innern und dem beteiligten Land herzustellen, die im Bundesanzeiger bekanntzugeben war. In der Vereinbarung war die Zusammenarbeit zwischen dem Bundesgrenzschutz und der Polizei des Landes zu regeln.

Mit dem Gesetz zur Neuregelung der Vorschriften über den Bundesgrenzschutz vom 19. Oktober 1994,

BGBI. I 1994, S. 2978,

wurde das Gesetz über den Bundesgrenzschutz inhaltlich neu gefasst. § 2 Abs. 1 BGS-G bestimmte nun, dass dem Bundesgrenzschutz der grenzpolizeiliche Schutz des Bundesgebietes (Grenzschutz) obliege, soweit nicht ein Land im Einvernehmen mit dem Bund Aufgaben des grenzpolizeilichen Einzeldienstes mit eigenen Kräften wahrnimmt. Gem. § 2 Abs. 3 BGS-G war das Einvernehmen nach Absatz 1 ist in einer schriftlichen Vereinbarung zwischen dem Bundesministerium des Innern und dem beteiligten Land herzustellen, die im Bundesanzeiger bekanntzugeben ist. In der Vereinbarung war die Zusammenarbeit zwischen dem Bundesgrenzschutz und der Polizei des Landes zu regeln.

Durch Artikel 1 des Gesetzes zur Umbenennung des Bundesgrenzschutzes in Bundespolizei vom 21. Juni 2005,

BGBl. I 2005, S. 1818,

wurde der Bundesgrenzschutz in Bundespolizei und das Bundesgrenzschutzgesetz in Bundespolizeigesetz umbenannt.

2. Im Freistaat Bayern errichtete das Innenministerium bereits am 15. November 1945 durch Verordnung eine bayerische Landesgrenzpolizei,

Verordnung Nr. 72 des Staatsministeriums des Innern über die Bildung einer Bayerischen Landesgrenzpolizei, Bayerisches Gesetz- und Verordnungsblatt Nr. 15/1946, S. 217.

Mit dem „Gesetz über die Organisation der Polizei in Bayern“ (POG) vom 28. Oktober 1952,

Bayerisches Gesetz- und Verordnungsblatt Nr. 29/1952, S. 285,

wurde diese Landesgrenzpolizei auf eine gesetzliche Grundlage gestellt und ihre Aufgaben näher ausgestaltet. Art. 34 POG bestimmte, dass „die Überwachung und der polizeiliche Schutz der Landesgrenzen, insbesondere die Überwachung des Grenzverkehrs und der Vollzug der Auslieferung und Übernahme von Personen [...] Aufgaben der Bayerischen Grenzpolizei“ sind.

Im Februar 1953 schlossen die Bundesregierung und der Freistaat Bayern ein „Verwaltungsabkommen über die Paßnachscha im Lande Bayern“,

Köhler, BayVBl. 1985, 673, Fn. 7. Das Abkommen wurde nicht veröffentlicht. Zur Verfassungswidrigkeit bereits dieses Verwaltungsabkommens und damit der Beibehaltung der bayerischen Grenzpolizei nach Inkrafttreten des Grundgesetzes insgesamt s. *Parma*, BayVBl. 2019, 181 (183 f.) m. w. N.

Dieses Abkommen wurde am 3. Juli 1975 ersetzt durch das „Verwaltungsabkommen zwischen dem Bundesminister des Innern und der Bayerischen Staatsregierung über die Wahrnehmung von Aufgaben des grenzpolizeilichen Einzeldienstes in Bayern“,

Bayerisches Gesetz- und Verordnungsblatt Nr. 13/1975, S. 257.

§ 1 dieses Abkommens legte fest, dass der Freistaat Bayern die polizeiliche Kontrolle des grenzüberschreitenden Verkehrs (§ 2 Nr. 2 BGSG) an den in Bayern zugelassenen Grenzübergangsstellen, Aufgaben des grenzpolizeilichen Einzeldienstes bei der polizeilichen Überwachung der Grenzen (§ 2 Nr. 1 BGSG) sowie Aufgaben bei der Beseitigung von Störungen und der Abwehr von Gefahren, die die Sicherheit der Grenzen beeinträchtigen, im Grenzgebiet bis zu einer Tiefe von 30 Kilometern (§ 2 Nr. 3 BGAG) mit der Bayerischen Grenzpolizei wahrnehmen solle.

Am 10. August 1976 erließ der Freistaat Bayern ein neues Polizeiorganisationsgesetz.

Bayerisches Gesetz- und Verordnungsblatt Nr. 15/1976, S. 303.

Die zuvor in Art. 34 enthaltene Regelung wurde sinngemäß im neuen Art. 5 POG übernommen. Mit dem „Gesetz zur Eingliederung der Bayerischen Grenzpolizei in die Bayerische Landespolizei“ vom 26. Juli 1997,

Bayerisches Gesetz- und Verordnungsblatt Nr. 16/1997, S. 342,

wurde Art. 5 POG ersatzlos gestrichen und die eigenständige bayerische Grenzpolizei aufgelöst.

Durch „Verwaltungsabkommen zwischen dem Bundesministerium des Innern und der Bayerischen Staatsregierung über die Wahrnehmung von Aufgaben des grenzpolizeilichen Einzeldienstes in Bayern“ vom 17. April 2008,

BAnz. Nr. 61 vom 22. April 2008, S. 1448,

wurde das entsprechende Abkommen aus dem Jahr 1975 neugefasst. Gemäß § 1 dieser Vereinbarung nimmt der Freistaat Bayern nunmehr nur noch die polizeiliche Kontrolle des grenzüberschreitenden Verkehrs (§ 2 Abs. 2 Satz 1 Nr. 2 des Bundespolizeigesetzes), soweit dieser über Einrichtungen des Luftverkehrs abgewickelt wird, die ganz oder teilweise auf dem Gebiet des Freistaates Bayern liegen, sowie vollumfänglich auf dem Flughafen München Franz Josef Strauß mit der Bayerischen Landespolizei wahr.

Mit dem „Gesetz zur Neuordnung des bayerischen Polizeirechts“ vom 18. Mai 2018,

Bayerisches Gesetz- und Verordnungsblatt Nr. 9/2018,

wurde Art. 29 des Polizeiaufgabengesetzes (PAG) neu gefasst. Die Vorschrift lautet nun:

Art. 29 Befugnisse für Aufgaben der Grenzkontrolle und Sicherung von Anlagen

(1) Zur Wahrnehmung grenzpolizeilicher Aufgaben kann die Polizei

1. Grundstücke mit Ausnahme von Gebäuden betreten und befahren,
2. verlangen, daß Grundstückseigentümer und -besitzer einen Grenzpfad freilassen, an Einfriedungen Durchlässe oder Übergänge einrichten oder Wassergräben überbrücken,
3. auf eigene Kosten Grenzpfade, Durchlässe, Übergänge oder Brücken einrichten oder verbessern.

(2) Die im grenzüberschreitenden Reiseverkehr tätigen Verkehrsunternehmen einschließlich der Verkehrsverwaltungen sind verpflichtet,

1. den mit der polizeilichen Kontrolle ihres grenzüberschreitenden Verkehrs betrauten Beamten den Zutritt zu ihren Anlagen und Beförderungsmitteln unentgeltlich zu gestatten,
2. sie bei dieser Tätigkeit unentgeltlich zu befördern,
3. den für die polizeiliche Kontrolle ihres grenzüberschreitenden Verkehrs zuständigen Dienststellen Fahr- und Flugpläne rechtzeitig mitzuteilen,
4. den in Nummer 3 genannten Dienststellen und den mit der Sicherung von Verkehrsanlagen betrauten Beamten die erforderlichen Diensträume und Parkplätze für die Dienstkraftfahrzeuge der Polizei zur Verfügung zu stellen. 2 Die Unternehmen und Verkehrsverwaltungen können verlangen, daß ihnen ihre Selbstkosten vergütet werden, soweit sie diese Einrichtungen nicht ohnehin benötigen. 3 Soweit ein Aufwand über das Maß hinausgeht, das für polizeieigene Einrichtungen üblich ist, wird er nicht vergütet.

(3) Nimmt die Polizei grenzpolizeiliche Aufgaben wahr, hat sie auch diejenigen Befugnisse, die hierzu durch Bundesrecht speziell einer mit der polizeilichen Kontrolle des grenzüberschreitenden Verkehrs beauftragten Behörde eingeräumt werden.

Das Gesetz ist am 25. Mai 2018 in Kraft getreten.

Mit dem Gesetz zur Errichtung der Bayerischen Grenzpolizei vom 24. Juli 2018,

Bayerisches Gesetz- und Verordnungsblatt Nr. 14/2018, S. 607,

hat der Freistaat Bayern die bayerische Grenzpolizei wiedererrichtet und ihr die Aufgabe des Grenzschutzes zugewiesen. In das Polizeiorganisationsgesetz wurde folgender Art. 5 wieder neu eingefügt:

Art. 5 Grenzpolizei; Verordnungsermächtigung

(1) Die Bayerische Grenzpolizei ist Teil der Landespolizei. Sie wird insbesondere für grenzpolizeiliche Aufgaben und die Aufgaben des grenzpolizeilichen Fahndungsdienstes im Sinn des Art. 13 Abs. 1 Nr. 5 des Polizeiaufgabengesetzes eingesetzt. Die Zuständigkeit der übrigen Dienststellen der Landespolizei zur Wahrnehmung der in Satz 2 genannten Aufgaben bleibt unberührt.

(2) Die grenzpolizeilichen Aufgaben umfassen:

1. die polizeiliche Überwachung der Grenzen;
2. die polizeiliche Kontrolle des grenzüberschreitenden Verkehrs einschließlich
 - a) der Überprüfung der Grenzübertrittspapiere und der Berechtigung zum Grenzübertritt sowie der beim Grenzübertritt mitgeführten Gegenstände und Transportmittel,
 - b) der Grenzfehndung,
 - c) der Beseitigung von Störungen und der Abwehr von Gefahren, die ihren Ursprung außerhalb des Bundesgebietes haben,
3. im Grenzgebiet bis zu einer Tiefe von 30 Kilometern die Beseitigung von Störungen und die Abwehr von Gefahren, die die Sicherheit der Grenzen beeinträchtigen.

(3) Die Grenzpolizei gliedert sich in

1. die Direktion der Bayerischen Grenzpolizei, angegliedert an ein Präsidium, als Führungsstelle Grenze,
2. Grenzpolizeiinspektionen,
3. Grenzpolizeistationen.

Zudem können bei Dienststellen der Landespolizei Grenzpolizeigruppen eingerichtet werden. Für Fragen der grenzüberschreitenden Zusammenarbeit können durch das Staatsministerium Koordinatoren bestellt und Gemeinsame Zentren eingerichtet werden.

(4) Art. 4 Abs. 3 gilt entsprechend.

B. Zulässigkeit

I. Popularklage

Die nach Art. 98 S. 4 BV, Art. 55 VfGHG statthafte Popularklage ist zulässig.

1. Antragsberechtigung

Die Klägerin ist gemäß Art. 55 Abs. 1 Satz 1 VfGHG als natürliche Person antragsberechtigt.

2. Antragsgegenstand

Antragsgegenstand im Sinne von Art. 55 Abs. 1 Satz 1 VfGHG sind mit Art. 5 POG und Art. 29 PAG Normen des bayerischen Landesrechts.

3. Antragsgrund

Die Klägerin kann auch nach Art. 98 S. 4 BV die Verletzung von Grundrechten geltend machen. Insbesondere besteht die Möglichkeit einer Verletzung der allgemeinen Handlungsfreiheit (Art. 101 BV). Dieser beinhaltet nach gefestigter Rechtsprechung des Verfassungsgerichtshofs ein allgemeines Freiheitsrecht für grundsätzlich alle Lebensbereiche.

VerfGHE 54, 85 (929); 58, 1 (34)

Art. 101 BV beinhaltet daher auch das Recht der Ein- und Ausreise, das durch grenzpolizeiliche Maßnahmen beeinträchtigt wird.

Grundlegend BVerfGE 6, 32 (36) zu Art. 2 Abs. 1 GG; vgl. ferner *Lindner*, in: *Lindner/Möstl/Wolff* (Hrsg.), *Verfassung des Freistaats Bayern*, 2. Aufl. 2017, Art. 109 Rn. 8 f.

Die Handlungsfreiheit darf zwar u. a. durch die Gesetze beschränkt werden, die aber ihrerseits verfassungsmäßig sein müssen. Die Rüge einer Verletzung von Art. 101 BV kann daher namentlich damit begründet werden, eine die Handlungsfreiheit begrenzende Rechtsvorschrift gehöre wegen Verstoßes gegen objektives Verfassungsrecht nicht zur verfassungsmäßigen Ordnung

VerfGHE 42, 1 (7).

Bestandteil der verfassungsmäßigen Ordnung ist namentlich das Rechtsstaatsprinzip (Art. 3 Abs. 1 S. 1 BV), das das bayerische Verfassungsrecht in begrenztem Maße,

dazu unten C. I.

auch für das Bundesverfassungsrecht öffnet.

Lindner, in: Lindner/Möstl/Wolff (Hrsg.), Verfassung des Freistaats Bayern, 2. Aufl. 2017, Art. 3 Rn. 10 f.

Hier erscheint die eine Verletzung der allgemeinen Handlungsfreiheit begründende Verletzung des Rechtsstaatsprinzips aus Art. 3 Abs. 1 S. 1 BV deshalb möglich, weil es dem Landesgesetzgeber für die angegriffenen Normen an der erforderlichen Gesetzgebungskompetenz fehlt. Diese ist vom Grundgesetz allein dem Bundesgesetzgeber zugewiesen.

4. Frist

Eine Klagefrist besteht nicht. Gründe für eine Verwirkung des Klagerechts der Klägerin sind nicht ersichtlich.

II. Meinungsverschiedenheit

Auch der Antrag betreffend die Meinungsverschiedenheit ist zulässig:

1. Statthaftigkeit

Gegenstand des Antrags der Antragstellerin ist die Frage, ob Art. 5 POG sowie Art. 29 PAG die Verfassung des Freistaats Bayern geändert haben. Der Antrag ist daher nach Art. 75 Abs. 3 Alt. 1 BV, Art. 49 Abs. 1 VfGHG statthaft.

2. Beteiligtenfähigkeit

Die Antragstellerin ist als Fraktion im Bayerischen Landtag beteiligtenfähig.

VerfGHE 25, 97 (108); 47, 241 (252).

Die Antragsgegnerin zu 1 als Mehrheitsfraktion im Landtag, mit deren Stimmen die streitgegenständlichen Vorschriften erlassen wurden,

vgl. für Art. 5 POG Bayerischer Landtag, 17. Wahlperiode, Protokollauszug 137. Plenum v. 11. 7. 2018, Anlage 5; für Art. 29 PAG Bayerischer Landtag, 17. Wahlperiode, Protokollauszug 123. Plenum v. 7. 2. 2018, Anlage 5,

und die Antragsgegnerin zu 2, die die Gesetzentwürfe in das Gesetzgebungsverfahren eingebracht haben,

zu der daraus folgenden Eigenschaft als Antragsgegnerin VerfGH, Entsch. v. 21. 11. 2016, Vf. 15-VIII-14, Vf. 8-VIII-15, Rn. 60 (juris),

sind taugliche Antragsgegner.

3. Streitgegenstand

Streitgegenstand ist die Meinungsverschiedenheit der Antragstellerin und der Antragsgegnerinnen darüber, ob die angegriffenen Regelungen mit Art. 3 Abs. 1 S. 1 und Art. 101 BV im Einklang stehen.

Nach ständiger Rechtsprechung des Bayerischen Verfassungsgerichtshofs muss die Meinungsverschiedenheit zwischen den am Gesetzgebungsverfahren beteiligten Organen oder Teilen davon entstanden und bereits im Lauf des Gesetzgebungsverfahrens im Landtag erkennbar geworden sein.

VerfGHE 47, 241 (252f.); 52, 104 (119f.); 55, 28 (35); aus dem Schrifttum näher etwa *Holzner*, in: Dirnberger u. a. (Hrsg.), *Praxis der Kommunalverwaltung. Verfassung des Freistaats Bayern*, 2017, Art. 75 Rn. 35; *Möstl*, in: Lindner/Möstl/Wolff (Hrsg.), *Verfassung des Freistaats Bayern*, 2. Aufl. 2017, Art. 75 Rn. 13.

Diese Bedenken müssen nicht zwingend im Plenum, sondern können auch in den Ausschüssen vorgetragen worden sein.

Lindner, BayVBl. 2015, 433 (437).

Die Vertreterinnen der Antragstellerin haben bei diversen Anlässen im Rahmen des Gesetzgebungsverfahrens ihre verfassungsrechtlichen Bedenken sowohl gegen Art. 5 POG als auch gegen Art. 29 PAG geäußert und damit den Streitgegenstand hinreichend konkretisiert:

a) Art. 5 POG

Im Hinblick auf Art. 5 POG ist das vorliegend mehrfach und bei allen sich bietenden parlamentarischen Gelegenheiten geschehen. Die (schon seinerzeit) Vorsitzende der Antragstellerin, Katharina Schulze, hat ausweislich des Ausschussprotokolls Nr. 95 bereits in der Sitzung des Ausschusses für Kommunales, Inneres und Sport am 13.06.2018, S. 6f. ihre rechtlichen Bedenken gegen die hier in Frage stehende Regelungs- und Verwaltungszuständigkeit des Freistaats Bayern mehrfach zum Ausdruck gebracht (Hervorhebungen nur hier):

„Der Gesetzentwurf sei nicht nur europapolitisch sondern auch innenpolitisch falsch. Die Vorredner sprachen schon viele Punkte an, etwa neue Verwaltungsstrukturen, weitere Bürokratie. Sie, Schulze, sei der Meinung, dass die Bayerische Polizei anderes zu tun habe, als neue Organisationseinheiten aufzubauen. Außerdem **sei fachlich nur die Bundespolizei für Grenzkontrollen zuständig.**“ (...)

„Auf ihre, Schulzes, Anfrage an die Staatsregierung, wie es mit den Grenzkontrollen aussehe, wurde geantwortet, dass im Zuge dessen die Staatsregierung eine Erweiterung des Verwaltungsabkommens anstrebe. **Die Bayerische Polizei solle neben der Bundespolizei wieder eigenständig Grenzkontrollen an den Landesgrenzen zu Österreich und Tschechien im Bedarfsfall durchführen können. Diese Aussage beachte nicht, dass, wenn überhaupt, nur die Bundespolizei für kurzzeitige Binnengrenzkontrollen zuständig sei.**“

Nur wenig später hat Verena Osgyan, MdL, in der Sitzung des Ausschusses für den Öffentlichen Dienst am 3. 7. 2018 (Ausschussprotokoll Nr. 76 v. 3. 7.2018, S. 4) die rechtlichen Bedenken der Antragstellerin bekräftigt (Hervorhebungen nur hier):

„Abg. Verena Osgyan (GRÜNE) hält das Konzept der Grenzpolizei für ‚rundum grenzwertig‘ und lehnt im Namen der Fraktion der GRÜNEN den Gesetzentwurf ab.

Tatsächlich existierten gar keine Befugnisse, auf Landesebene eine Grenzpolizei zu etablieren. Selbst die Bundespolizei sei durch den Schengen-Raum dieser originären Aufgabe eigentlich beraubt. Das Gesetz sei ein Etikettenschwindel und Symbolpolitik. Tatsächlich gehe es um die Schleierfahndung. Anstelle von Reiterstafeln sei mehr Polizei in der Fläche notwendig.“

Explizit auf die fehlende Gesetzgebungskompetenz (und sogar die theoretische Möglichkeit, diese vom Bund übertragen zu bekommen) hat Ulrike Gote, MdL, für die Antragstellerin in der Sitzung des Ausschusses für Verfassung und Recht am 5. 7. 2018 (Ausschussprotokoll Nr. 96 v. 5. 7. 2018, S. 2) hingewiesen:

„Bayern verfüge hier über keine Kompetenzen und werde sie auch von einem Bundesinnenminister Seehofer nicht bekommen.“

Schließlich hat die Vorsitzende der Antragstellerin, Katharina Schulze, in der Plenarsitzung vom 11. 7. 2018 im Zuge der 2. Lesung des Gesetzentwurfs die auch rechtlichen Bedenken gegen den Gesetzentwurf nochmals bestätigt (Bayerischer Landtag, 17. Wahlperiode, Protokollauszug 137. Plenum v. 11. 7. 2018, S. 19; Hervorhebungen nur hier):

„Dieser Gesetzentwurf ist ja nicht nur europapolitisch der absolute Schwachsinn und die Katastrophe; er ist auch noch innenpolitisch falsch. Da, muss ich einfach sagen, haben das Innenministerium und der Minister dem Ministerpräsidenten anscheinend nicht erklärt, wie seriöse Innenpolitik funktioniert. Ich kann es gerne noch einmal zusammenfassen. **Grenzkontrollen innerhalb Europas sind immer nur zeitlich beschränkt machbar, und zuständig ist die Bundespolizei.**

Jetzt kommt der wahre Hammer; das hat Herr Ländner gar nicht erwähnt, er hat so schön darum herumblaviert. Der Kleinherrscher Söder möchte ja, dass die Landespolizei – ich zitiere jetzt – **selbstständige Grenzkontrollen macht, und zwar nicht nur an den drei fixen Grenzkontrollpunkten, sondern auch entlang der grünen Grenze. Das ist nicht nur lächerlich, sondern das verstößt auch schlicht gegen geltendes Recht.**“

Die Vertreterinnen der Antragstellerin haben zwar keine konkret verletzte Rechtsnormen erwähnt, was aber in parlamentarischen Debatten auch gänzlich unüblich wäre und daher nicht verlangt werden kann. Mehrfach ist jedenfalls mit der fehlenden Zuständigkeit des Freistaats Bayern das wesentliche verfassungsrechtliche Bedenken adressiert worden.

b) Art. 29 PAG

Art. 29 PAG war Bestandteil eines enorm umfangreichen Gesetzespakets, das das bayerische Polizeirecht grundlegend umgestaltet hat. Die rechtlichen Diskussionen waren dabei vor allem beherrscht durch die erhebliche Erweiterung des Tatbestands der „drohenden Gefahr“ sowie

die den verfassungsrechtlichen Fragen, die mit der Ingewahrsamnahme nach Art. 17 PAG einhergehen. Obwohl damit andere Rechtsfragen im Vordergrund der Diskussion standen, hat die Vorsitzende der Antragstellerin in der Sitzung des Verfassungsausschusses v. 26. 4. 2018 die verfassungsrechtlichen Bedenken gegen im Landesrecht geregelte grenzpolizeiliche Befugnisse artikuliert (Protokollauszug, 90. Verfassungsausschuss, S. 20; Hervorhebung nur hier):

„(...)Insgesamt hielten die GRÜNEN es nicht für zielführend, der Polizei den Begriff der drohenden Gefahr an die Hand zu geben. **Außerdem sollten der Polizei nicht unsinnige Aufgaben wie die Sicherung der Grenze, wofür sie gar nicht zuständig sei, übertragen werden.** (...). Deswegen würden die GRÜNEN dem Gesetzentwurf nicht zustimmen.“

4. Frist

Der Antrag ist nicht fristgebunden und kann daher insbesondere auch noch nach Beendigung der Legislaturperiode gestellt werden.

Vgl. zuletzt nur VerfGH, Entsch. v. 21. 11. 2016, Vf. 15-VIII-14, Vf. 8-VIII-15, Rn. 60 (juris).

Eine (theoretisch denkbare) Verwirkung ist nicht ersichtlich.

C. Begründetheit

Die Meinungsverschiedenheit und die Popularklage sind begründet, denn die angegriffenen Bestimmungen verletzen das Rechtsstaatsprinzip (Art. 3 Abs. 1 S. 1 BV) und die allgemeine Handlungsfreiheit (Art. 101 BV). Zur näheren Begründung wird nachfolgend zunächst auf die rechtlichen Maßstäbe der Verfassung des Freistaats Bayern eingegangen (I.), bevor die Verletzung der bayerischen Verfassung aufgrund der Unzuständigkeit des Freistaats für die Errichtung einer bayerischen Grenzpolizei mit materiell-rechtlichen Grenzschutzzuständigkeiten und -befugnissen begründet wird (II. und III.).

I. Verfassungsrechtliche Maßstäbe: Art. 3 Abs. 1 S. 1 BV (Rechtsstaatsprinzip)/Art. 101 BV (Allgemeine Handlungsfreiheit)

Die Meinungsverschiedenheit und die Popularklage rügen, dass die angegriffenen Normen gegen das Rechtsstaatsprinzip aus Art. 3 Abs. 1 S. 1 BV verstoßen und aus diesem Grund auch die mit ihnen verbundene Einschränkung der allgemeinen Handlungsfreiheit aus Art. 101 BV verfassungswidrig ist. Dabei beruht die Verletzung des Rechtsstaatsprinzips ihrerseits auf einer Verletzung der grundgesetzlichen Kompetenzordnung. Die Normen des Grundgesetzes sind zwar in den vorliegenden Verfahren keine Prüfungsmaßstäbe.

VerfGHE 50, 76 (98).

Auch wirken die Kompetenzvorschriften des Bundes nicht kraft Bundesrechts in die Landesverfassungen hinein.

BVerfGE 103, 332 (356f.).

Die grundgesetzlichen Normen über die Kompetenzverteilung können aber über das Rechtsstaatsprinzip (Art. 3 Abs. 1 S. 1 BV) mittelbar zum Gegenstand einer Prüfung am Maßstab des bayerischen Verfassungsrechts gemacht werden.

Das Rechtsstaatsprinzip ist nach gefestigter Rechtsprechung des Bayerischen Verfassungsgerichtshofs verletzt, wenn Landesrecht offensichtlich gegen Bundesrecht verstößt und dieser Eingriff inhaltlich schwer wiegt.

VerfGHE 41, 59 (64 f.); 50, 76 (98).

Der Verfassungsgerichtshof prüft daher auch die Vereinbarkeit von Landesrecht mit den Kompetenzbestimmungen des Grundgesetzes.

VerfGHE 35, 56 (63); *Lindner*, BayVBl. 2015, 693 (694).

Das gilt nicht nur für das objektive Verfahren der Meinungsverschiedenheit. Auch bei Popularklagen bringt der Verfassungsgerichtshof im Rahmen der Prüfung der Grundrechte Art. 3 Abs. 1 S. 1 BV zur Anwendung.

vgl. VerfGH, Entsch. v. 29. 6. 2018, Vf. 14-VII-13 u. Vf. 14-VII-16, Rn. 66 (juris).

Art. 3 Abs. 1 S. 1 BV ist daher im Rahmen der Begründetheit auch der Popularklage unmittelbar anwendbarer Prüfungsmaßstab.

Holzner, in: Dirnberger u. a. (Hrsg.), *Praxis der Kommunalverwaltung. Verfassung des Freistaats Bayern*, 2017, Art. 98 Rn. 46.

Zwar bilden selbstverständlich die Vorlagepflichten nach Art. 100 Abs. 1 und 3 GG eine Grenze der Prüfungskompetenz der Landesverfassungsgerichte.

Möstl, in: Lindner/Möstl/Wolff (Hrsg.), *Verfassung des Freistaats Bayern*, 2. Aufl. 2017, Art. 75 Rn. 13.

Aber diese Grenze gewinnt praktische Relevanz nur, wenn es um die Verfassungsmäßigkeit eines Bundesgesetzes geht. Landesgesetze kann der Bayerische Verfassungsgerichtshof selbstverständlich und unabhängig vom Bundesverfassungsgericht (vgl. § 90 Abs. 3 BVerfGG) für verfassungswidrig und nichtig erklären. Dementsprechend folgert das Bundesverfassungsgericht gerade aus Art. 100 Abs. 3 GG die Befugnis der Landesverfassungsgerichte zur Anwendung der Normen des Grundgesetzes:

„Schon aus Art. 100 Abs. 3 GG ergibt sich, daß die Prüfung am Maßstab des Grundgesetzes den Landesverfassungsgerichten nicht verwehrt ist: Die ihnen darin auferlegte Verpflichtung, die Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts einzuholen, wenn sie bei der Auslegung des Grundgesetzes von einer Entscheidung des BVerfG oder eines anderen Landesverfassungsgerichts abweichen wollen, setzt

voraus, daß ihnen die Zuständigkeit zur Prüfung am Maßstab des Grundgesetzes zusteht.“

BVerfGE 69, 112 (117f.).

II. Verstoß gegen Art. 3 Abs. 1 S. 1 BV

Art. 5 POG und Art. 29 PAG verstoßen gegen die grundgesetzliche Kompetenzordnung aus Art. 30, 70, 83 GG (dazu 1.). Da der Verstoß sowohl offensichtlich (dazu 2.) als auch schwerwiegend (dazu 3.) ist, liegt damit auch ein Verstoß gegen Art. 3 Abs. 1 S. 1 BV vor.

1. Verstoß gegen die grundgesetzliche Kompetenzordnung aus Art. 30, 70, 83 GG

Sowohl Art. 5 POG als auch Art. 29 PAG verstoßen gegen die grundgesetzliche Kompetenzordnung.

a) Fehlende Gesetzgebungskompetenz des Freistaats Bayern zur Regelung des materiellen Grenzschutzrechts

Im Hinblick auf Art. 29 PAG ergibt sich der Verstoß gegen die grundgesetzliche Kompetenzordnung aus Art. 70 GG i.V.m. Art. 73 Abs. 1 Nr. 5 GG, da dem Freistaat Bayern keine Gesetzgebungskompetenz zur Regelung des materiellen Grenzschutzrechts zusteht.

aa) Der Kompetenztitel „Grenzschutz“ (Art. 73 Abs. 1 Nr. 5 GG)

Der Freistaat Bayern wäre nach Art. 70 Abs. 1 GG für die Regelung des Grenzschutzrechts zuständig, soweit das Grundgesetz nicht dem Bund Gesetzgebungsbefugnisse verleiht. Für das materielle Grenzschutzrecht kommt als Kompetenztitel des Bundes Art. 73 Abs. 1 Nr. 5 GG in Betracht. Danach hat der Bund die ausschließliche Gesetzgebung über „die Einheit des Zoll- und Handelsgebietes, die Handels- und Schifffahrtsverträge, die Freizügigkeit des Warenverkehrs und den Waren- und Zahlungsverkehr mit dem Auslande einschließlich des Zoll- und Grenzschutzes.“

Nach allgemeiner Auffassung umfasst der Grenzschutz „sowohl die polizeiliche Überwachung der Grenzen einschließlich der Abwehr von Gefahren für die Grenzen als auch die Kontrolle des grenzüberschreitenden Verkehrs.“

So schon BVerfGE 97, 198 (214) zu Art. 87 Abs. 1 S. 2 GG; darauf nimmt BVerfG, Beschl. v. 18. 12. 2018, 1 BvR 142/15, Rn. 56 nunmehr erstmals auch zu Art. 73 Abs. 1 Nr. 5 GG Bezug.

Zur Rechtsetzungskompetenz i. S. v. Art. 73 Abs. 1 Nr. 5 GG zählen damit insbesondere auch Bestimmungen zur Überprüfung der Grenzübertrittspapiere, der Berechtigung zum Grenzübertritt, der Grenzfehndung und der Gefahrenabwehr.

Höfling/Engels, in Friauf/Höfling (Begr./Hrsg.), Berliner Kommentar zum Grundgesetz, Art. 73 Abs. 1 Nr. 5 [2011] Rn. 22; *Spranger*, in: Kahl/Waldhoff/Walter (Hrsg.), Bonner Kommentar zum Grundgesetz, Art. 73 Nr. 5 [2004] Rn. 54; *Uhle*, in: Maunz/Dürig (Begr.), Grundgesetz. Kommentar, Art. 73 [2010] Rn. 123.

Der Bundesgesetzgeber hat von dieser Kompetenz durch § 2 BPolG Gebrauch gemacht. Gemäß § 2 Abs. 1 BPolG obliegt der Bundespolizei der grenzpolizeiliche Schutz des Bundesgebietes (Grenzschutz), soweit nicht ein Land im Einvernehmen mit dem Bund Aufgaben des grenzpolizeilichen Einzeldienstes mit eigenen Kräften wahrnimmt. Nach § 2 Abs. 2 BPolG umfasst der Grenzschutz die polizeiliche Überwachung der Grenzen und die polizeiliche Kontrolle des grenzüberschreitenden Verkehrs einschließlich der Überprüfung der Grenzübertrittspapiere und der Berechtigung zum Grenzübertritt, der Grenzfehndung und der Abwehr von Gefahren, im Grenzgebiet bis zu einer Tiefe von 30 Kilometern und von der seewärtigen Begrenzung an bis zu einer Tiefe von 50 Kilometern die Abwehr von Gefahren, die die Sicherheit der Grenze beeinträchtigen.

Art. 73 Abs. 1 Nr. 5 GG ermächtigt den Bund aber nicht zur generellen Regelung des Gefahrenabwehrrechts in Grenznähe. Das Bundesverfassungsgericht hat sogar ausdrücklich festge-

halten, der (damalige) Bundesgrenzschutz dürfe „nicht zu einer allgemeinen, mit den Landespolizeien konkurrierenden Bundespolizei ausgebaut werden und damit sein Gepräge als Polizei mit begrenzten Aufgaben verlieren.“

BVerfGE 97, 198 (218).

Das allgemeine Polizei- und Ordnungsrecht fällt daher in Ermangelung eines allgemeinen und vorbehaltlich eines speziellen Kompetenztitels in die Zuständigkeit der Länder.

Kingreen/Poscher, Polizei- und Ordnungsrecht, 10. Aufl. 2018, § 2 Rn. 34f., 39.

Für die Abgrenzung der sonderpolizeilichen Aufgabe des Grenzschutzes von derjenigen der allgemeinen Gefahrenabwehr durch die Landespolizeien kommt es nicht „auf den räumlichen Aspekt der Grenznähe, sondern nur auf den sachlichen Aspekt des Schutzes vor Grenzverletzungen“

Wehr, Bundespolizeigesetz. Kommentar, 2. Aufl. 2015, § 2 Rn. 2

an. Deshalb haben die Länder auch im Grenzgebiet die Gesetzgebungskompetenz für die allgemeine Gefahrenabwehr und dürfen insoweit auch Regelungen über die Abwehr von Gefahren treffen, die aus der räumlichen Nähe zur Grenze resultieren.

BVerfG, Beschl. v. 18. 12. 2018, 1 BvR 142/15, Rn. 58.

Insbesondere sind sie daher grundsätzlich zuständig für die sog. Schleierfahndung, wie sie in Bayern in Art. 13 Abs. 1 Nr. 5 PAG normiert ist. Wenn und soweit eine Grenzpolizei also speziell diese Aufgaben und Befugnisse wahrnimmt, ist sie verfassungsrechtlich zulässig. Die Länder dürfen m. a. W., so das Bundesverfassungsgericht, Maßnahmen der Gefahrenabwehr regeln, „die zwar an die Offenheit der Grenzen und damit einhergehende Gefahren anknüpfen, jedoch nicht unmittelbar dem Schutz der Bundesgrenze dienen.“

Es kann damit zwar zu räumlichen Überschneidungen mit der Bundeskompetenz zur Regelung des Grenzschutzes kommen, der, wie § 2 Abs. 2 S. 1 Nr. 3 BPolG belegt, auch Maßnahmen der grenzschutzspezifischen Gefahrenabwehr im Grenzgebiet erfordern kann.

Spranger, in: Kahl/Waldhoff/Walter (Hrsg.), Bonner Kommentar zum Grundgesetz, Art. 73 Nr. 5 [2004] Rn. 54; *Uhle*, in: Maunz/Dürig (Begr.), Grundgesetz. Kommentar, Art. 73 [2010] Rn. 127.

So ist es denkbar, dass die Länderpolizeien unmittelbar an der Grenze allgemeine Gefahrenabwehr betreiben, wenn dort etwa ein fahruntüchtiges Fahrzeug sichergestellt wird (vgl. Art. 25 Abs. 1 Nr. 1 a) PAG). Es handelt sich aber, um es nochmals zu betonen, allein um räumliche Überschneidungen, nicht aber um gemeinsame sachliche Zuständigkeiten.

Weder darf die Schleierfahndung dem Schutz der Außengrenze dienen noch darf die Bundespolizei im Grenzgebiet allgemeine Gefahrenabwehr betreiben. Daher war es konsequent, dass das Bundesverfassungsgericht § 13 Abs. 1 Nr. 5 PAG für verfassungswidrig erklärt hat, soweit er Befugnisse des Grenzschutzes begründet.

Zu den Bedenken gegen § 13 Abs. 1 Nr. 5 PAG schon *Kingreen/Schönberger*, NVwZ 2018, 1825 (1826).

Zusammengefasst: Die Abgrenzung zwischen Bundes- und Landesgesetzgebungskompetenz für die materielle Gefahrenabwehr erfolgt also funktional danach, ob es um Befugnisse zum Schutz der Grenze geht (= Gesetzgebungszuständigkeit des Bundes) oder ob eine vom Grenzschutz unabhängige Gefahr abzuwehren ist (= Gesetzgebungskompetenz der Länder). Im Schrifttum besteht daher Einigkeit, dass das materielle Grenzschutzrecht vollumfänglich unter Art. 73 Abs. 1 Nr. 5 GG fällt.

Degenhart, in: Sachs (Hrsg.), Grundgesetz. Kommentar, 8. Aufl. 2018, Art. 73 Rn. 23; *Heintzen*, in: von Mangoldt/Klein/Starck/Huber/Voßkuhle (Begr./Hrsg.), Grundgesetz. Kommentar, 7. Aufl. 2018, Art. 73 Rn. 54; *Höfling/Engels*, in: Friauf/Höfling (Begr./Hrsg.), Berliner Kommentar zum Grundgesetz, Art. 73 Abs. 1 Nr.

5 [2011] Rn. 22; *Pieroth*, in: Jarass/Pieroth, Grundgesetz. Kommentar, 15. Aufl. 2018, Art. 73 Rn. 20; *Spranger*, in: Kahl/Waldhoff/Walter (Hrsg.), Bonner Kommentar zum Grundgesetz, Art. 73 Nr. 5 [2004] Rn. 64; *Uhle*, in: Maunz/Dürig (Begr.), Grundgesetz. Kommentar, Art. 73 [2010] Rn. 126.

Teilweise wird sogar noch weitergegangen: Die Frage der Landeszuständigkeit für den Grenzschutz stelle sich gar nicht, weil Bundesgrenzen stets auch Landesgrenzen sind.

Graulich, in: Schenke/Graulich/Ruthig (Hrsg.), Sicherheitsrecht des Bundes, 2014, § 2 BPolG Rn. 2; vgl. auch *Spranger*, in: Kahl/Waldhoff/Walter (Hrsg.), Bonner Kommentar zum Grundgesetz, Art. 73 Nr. 5 [2004] Rn. 64; *Winkeler*, Von der Grenzpolizei zur multifunktionalen Polizei des Bundes?, 2004, S. 39ff.

Schon die Vorstellung, es gebe bayerische Außengrenzen, ist daher schlicht falsch. Diese Außengrenzen sind nach der Kompetenzordnung des Grundgesetzes ausschließlich Bundesgrenzen.

Das bayerische Landesrecht enthält indes nunmehr materielles Grenzschutzrecht. Im Gesetzentwurf der Staatsregierung zur Errichtung der Bayerischen Grenzpolizei wird als Hauptziel „die Stärkung der grenzbezogenen Kompetenzen bei der Bayerischen Polizei“ ausdrücklich hervorgehoben.

LT-Drucks. 17/21859, S. 2.

Dementsprechend normiert Art. 5 Abs. 2 POG explizit grenzpolizeiliche Aufgaben der Landespolizei wie die Überwachung der Grenzen (Nr. 2 a)) und die Kontrolle des grenzüberschreitenden Verkehrs. Um diese Aufgaben zu erfüllen, hat sie die in Art. 29 Abs. 1 und 2 PAG genannten, § 62 BPolG entsprechenden Befugnisse und darüber hinaus nach dem neuen Art. 29 Abs. 3 PAG alle sonstigen, im Bundesrecht eingeräumten Befugnisse. Dadurch wird die bayerische Landespolizei neben der nach § 2 BPolG zuständigen Bundespolizei zu einer voll ausgebauten und mit allen notwendigen Befugnissen ausgestatteten zweiten Polizei zum Schutz der Bundesgrenzen, soweit diese zugleich Landesgrenzen des Freistaats Bayern sind. Das wirkt nicht

nur die Frage auf, ob ein solches Nebeneinander von Bundes- und Landesbehörde mit identischen Zuständigkeiten verwaltungskompetenzrechtlich zulässig ist.

Dazu unten b).

Vielmehr könnten die in § 29 PAG enthaltenen materiell-rechtlichen Regelungen über die polizeilichen Befugnisse zur Grenzkontrolle nur dann mit der grundgesetzlichen Kompetenzordnung vereinbar sein, wenn das Grundgesetz hier trotz der ausschließlichen Gesetzgebungskompetenz des Bundes nach Art. 73 Abs. 1 Nr. 5 GG überhaupt materielles Landesgrenzschutzrecht zulassen würde. Dies ist jedoch nicht der Fall.

bb) Zulässigkeit von Landesrecht im Anwendungsbereich der ausschließlichen Bundesgesetzgebung, Art. 71 GG

Soweit das Grundgesetz dem Bund, wie beim materiellen Grenzschutzrecht, die ausschließliche Zuständigkeit für die Gesetzgebung zuschreibt, sind Landesgesetze grundsätzlich verfassungswidrig.

Pieroth, in: Jarass/Pieroth, Grundgesetz. Kommentar, 15. Aufl. 2018, Art. 71 Rn. 2.

Im Schrifttum heißt es dementsprechend vielfach, den Ländern sei die Normierung materiellen Grenzschutzrechts generell verwehrt.

Vgl. nur beispielhaft *Degenhart*, in: Sachs (Hrsg.), Grundgesetz. Kommentar, 8. Aufl. 2018, Art. 73 Rn. 23; *Heintzen*, in: von Mangoldt/Klein/Starck/Huber/Voßkuhle (Begr./Hrsg.), Grundgesetz. Kommentar, 7. Aufl. 2018, Art. 73 Rn. 54; *Pieroth*, in: Jarass/Pieroth, Grundgesetz. Kommentar, 15. Aufl. 2018, Art. 73 Rn. 20.

Mit guten Gründen konnten sich die Kommentatoren nicht vorstellen, dass ein Land eine eigene Behörde neben eine zuständige Bundesbehörde mit den exakt gleichen Aufgaben und

Befugnissen errichten würde. Nirgends findet sich zudem in den Gesetzesmaterialien ein Hinweis darauf, dass die Bundespolizei ihrer Aufgabe nicht oder nur unzureichend nachkommen würde und sie daher der Unterstützung durch eine Landesgrenzpolizei bedürfte. Es gibt auch keine gesetzliche Bestimmung, die das Verhältnis zwischen Bundes- und Landespolizei regeln würde; liest man allein Art. 5 POG, so kann der Eindruck entstehen, als sei es allein die bayerische Grenzpolizei, die die bayerischen Außengrenzen sichere.

Landesgrenzschutzrecht ist gleichwohl, obwohl rechtspolitisch sinnlos, verfassungsrechtlich nicht kategorisch ausgeschlossen.

Vgl. BVerfG, Beschl. v. 18. 12. 2018, 1 BvR 142/15, Rn. 56 f.

Nach Art. 71 GG haben nämlich die Länder auch im Bereich der ausschließlichen Gesetzgebung des Bundes die Befugnis zur Gesetzgebung, wenn und soweit sie hierzu in einem Bundesgesetz ausdrücklich ermächtigt werden. Praktisch bedeutsam ist diese Norm bislang kaum geworden; es gibt derzeit überhaupt nur ein einziges Bundesgesetz, das eine Ermächtigungsgrundlage i. S. v. Art. 71 GG ist.

Es handelt sich, als Ausnahme zu Art. 73 Abs. 1 Nr. 5 GG, um § 1 des Gesetzes über eine Gemeindeeinfuhrsteuer auf der Insel Helgoland aus dem Jahre 1959, d. h. betroffen ist auch nur ein einzelnes Bundesland, dazu etwa *Degenhart*, in: Sachs (Hrsg.), Grundgesetz. Kommentar, 8. Aufl. 2018, Art. 71 Rn. 48.

Die weitgehende praktische Irrelevanz schließt es zwar nicht aus, dass es ein Bundesgesetz geben könnte, das eine Ermächtigung i. S. v. Art. 71 GG für ein materielles Landesgrenzschutzrecht enthält. Tatsächlich liegt eine solche Ermächtigung durch den Bundesgesetzgeber für den Bereich des Grenzschutzes jedoch nicht vor.

So ausdrücklich BVerfG, Beschl. v. 18. 12. 2018, 1 BvR 142/15, Rn. 57.

Weder § 2 Abs. 1 BPolG noch § 2 Abs. 4 BPolG lässt sich eine entsprechende Rückdelegation der Gesetzgebungskompetenz entnehmen.

Zwar wird vereinzelt eine In Betracht gezogen in § 2 Abs. 1 BPolG eine solche Delegation zu sehen.

Vgl. *Grünwald*, in: Möstl/Schwabenbauer (Hrsg.), BeckOK PAG, Art. 29 [2018] Rn. 2.

Der Bundespolizei obliegt danach der grenzpolizeiliche Schutz des Bundesgebietes (Grenzschutz), soweit nicht ein Land im Einvernehmen mit dem Bund Aufgaben des grenzpolizeilichen Einzeldienstes mit eigenen Kräften wahrnimmt.

Art. 71 GG setzt allerdings eine ausdrückliche Ermächtigung voraus und gestattet es auch nur, einzelne Teilbereiche eines unter die ausdrückliche Gesetzgebungskompetenz fallenden Gegenstandes zu delegieren.

Pieroth, in: Jarass/Pieroth, Grundgesetz. Kommentar, 15. Aufl. 2018, Art. 71 Rn. 4 f.

Denn die föderale Kompetenzverteilung steht nicht zur Disposition von Bundes- und Landesgesetzgebern, weshalb Kompetenzverschiebungen selbst dann unzulässig sind, wenn Bund und Länder einverstanden sind.

BVerfGE 119, 331 (364f.).

§ 2 Abs. 1 BPolG begründet aber keine Delegation i.S.v. Art. 71 GG.

So die einhellige Ansicht der grundgesetzlichen Kommentarliteratur, *Heintzen*, in: von Mangoldt/Klein/Starck/Huber/Voßkuhle (Begr./Hrsg.), Grundgesetz. Kommentar, 7. Aufl. 2018, Art. 73 Rn. 54; *Uhle*, in: Maunz/Dürig (Begr.), Grundgesetz. Kommentar, Art. 73 [2010] Rn. 126; *Wittreck*, in: Dreier (Hrsg.), Grundgesetz. Kommentar Bd. II, 3. Aufl. 2017, Art. 71 Rn. 12.

§ 2 Abs. 1 BPolG verweist nämlich lediglich darauf, dass ein Land im Einvernehmen mit dem Bund grenzpolizeiliche Aufgaben übernehmen kann, sagt aber nicht (und schon gar nicht ausdrücklich i. S. v. Art. 71 GG), dass die Länder eigenes materielles Grenzschutzrecht erlassen können. Denn eine Delegation i. S. v. Art. 71 GG bewirkt ja einen Übergang der Regelungszuständigkeit vom Bund auf ein Land; dieser ist verfassungsrechtlich zwingend, weil aus verfassungsrechtlichen Gründen Doppelzuständigkeiten unzulässig sind.

Würde man § 2 Abs. 1 BPolG daher als Bundesgesetz i. S. v. Art. 71 GG ansehen, so würde er regeln, dass die Zuständigkeit für den Grenzschutz ganz oder teilweise vom Bund auf das Land übergehen würde, der Bund daher kein eigenes Grenzschutzrecht mehr hat. Das ist aber weder beabsichtigt noch geregelt. Es gibt überhaupt nur eine als „Memorandum of Understanding“ ausgeflaggte „Verfahrensabsprache“ zwischen dem Landespolizeipräsidenten der Bayerischen Polizei, einer Abteilungsleiterin des Bundesministeriums des Innern und dem Präsidenten des Bundespolizeipräsidiiums, die am 11.7.2018 in „Tegel“ erfolgt ist. Dabei handelt es sich aber erstens nicht um ein Gesetz und zweitens vereinbaren die sich als „Partner“ verstehenden Unterzeichner nur mit wenigen Worten, wie die Tätigkeiten der Bundes- und der Landespolizei koordiniert werden. Nirgends wird hingegen gesagt, dass der Bund Zuständigkeiten des Grenzschutzes auf den Freistaat Bayern überträgt.

Auch § 2 Abs. 4 BPolG enthält keine Ermächtigung i. S. v. Art. 71 GG, denn er besagt nur, welches Recht anwendbar ist, wenn die Polizei eines Landes im Einvernehmen mit dem Bund Aufgaben des grenzpolizeilichen Einzeldienstes mit eigenen Kräften wahrnimmt.

BVerfG, Beschl. v. 18. 12. 2018, 1 BvR 142/15, Rn. 57.

Damit existiert kein Bundesgesetz i. S. v. Art. 71 GG, das dem Freistaat Bayern die materiellen Aufgaben und Befugnisse des Grenzschutzes übertragen hätte. Dazu bestand, so das Bundesverfassungsgericht auch „kein Anlass und keine Notwendigkeit“

BVerfG, Beschl. v. 18. 12. 2018, 1 BvR 142/15, Rn. 57.

cc) Zwischenergebnis

Damit ist festzuhalten, dass der Freistaat Bayern keine Gesetzgebungszuständigkeit für ein materielles Grenzschutzrecht hat. Art. 29 PAG verstößt daher gegen Art. 70 i.V.m. Art. 73 Abs. 1 Nr. 5 GG.

b) Fehlende Verwaltungs- und Gesetzgebungskompetenz für die organisatorische Errichtung einer Grenzpolizei

Darüber hinaus verstößt Art. 5 POG gegen die in Art. 83 GG normierte Kompetenzverteilung im Bereich der Exekutive, indem es organisatorisch eine eigenständige bayerische Grenzpolizei schafft. Die grundgesetzkonforme Errichtung der neuen bayerischen Grenzpolizei würde nämlich voraussetzen, dass sich der Freistaat Bayern auf eine entsprechende Verwaltungskompetenz stützen kann. Die Kompetenz zur Ausführung der Bundesgesetze liegt nach Art. 83 GG grundsätzlich bei den Ländern, solange das Grundgesetz nichts anderes bestimmt oder zulässt. Allerdings begründet Art. 87 Abs. 1 S. 2 GG für den Bereich des Grenzschutzes eine fakultative Verwaltungskompetenz des Bundes und damit korrespondierend eine organisationsrechtliche Gesetzgebungskompetenz, die dieser durch Gesetz an sich gezogen hat (aa). Von dieser Übertragung der Verwaltungskompetenz auf den Bund besteht keine verfassungsgemäße Rückausnahme, die es den Ländern ermöglichen würde, im Einvernehmen mit dem Bund einzelne Verwaltungsaufgaben des Grenzschutzes wahrzunehmen (bb). Selbst für den Fall, dass man auf der Basis von § 2 BPolG von der verfassungsgemäßen Möglichkeit einer solchen Rückausnahme durch Verwaltungsvereinbarung ausgehen würde, läge eine solche Vereinbarung, die die Verwaltungskompetenz für den Grenzschutz entsprechend Art. 5 POG auf den Freistaat Bayern übertragen würde, jedoch tatsächlich nicht vor, so dass auch unter diesem Aspekt keine Verwaltungskompetenz des Freistaats Bayern begründet werden kann (cc).

aa) Fakultative Bundeskompetenz nach Art. 87 Abs. 1 S. 2 GG

Gem. Art. 87 Abs. 1 S. 2 GG können durch Bundesgesetz Bundesgrenzschutzbehörden eingerichtet werden. Mit dieser Bestimmung schreibt das Grundgesetz dem Bund für den Bereich des Grenzschutzes eine sogenannte fakultative Verwaltungskompetenz zu. Ähnlich wie bei der

konkurrierenden Gesetzgebungskompetenz liegt die Verwaltungskompetenz daher gemäß Art. 83 GG grundsätzlich bei den Ländern. Der Bund kann sie allerdings durch Gesetz nach seinem Ermessen an sich ziehen

S. *Ibler*, in: Maunz/Dürig (Begr.), Grundgesetz. Kommentar, Art. 87 [2012] Rn. 84;
Winkeler, Von der Grenzpolizei zu einer multifunktionalen Polizei des Bundes?, 2005, S. 38

und sie so zu einer Verwaltungsaufgabe des Bundes machen.

Vgl. BVerfGE 97, 198 (214f.).

In der Frage, ob er von dieser Möglichkeit Gebrauch macht, ist der Bundesgesetzgeber im Grundsatz frei.

Zwingende Voraussetzung dafür, dass die Verwaltungskompetenz im Bereich des Grenzschutzes tatsächlich auf den Bund übergeht, ist jedoch, dass der Bund sie *durch Gesetz* an sich zieht. Der in Art. 87 Abs. 1 S. 2 GG normierte Gesetzesvorbehalt erfasst insofern nicht nur die in der Vorschrift genannten Organisationsformen, sondern ist gleichermaßen auf die Aufgabenwahrnehmung durch den Bund als solche bezogen.

Hermes, in: Dreier (Hrsg.), Grundgesetz. Kommentar Bd. III, 3. Aufl. 2018, Art. 87 Rn. 34; *Sachs*, in: Sachs (Hrsg.), Grundgesetz. Kommentar, 8. Aufl. 2018, Art. 87 Rn. 35; *Jestaedt*, in: Umbach/Clemens (Hrsg.), Grundgesetz. Kommentar, 2002, Art. 87 Rn. 74.

Soweit der Bund nicht von dieser Möglichkeit Gebrauch macht, durch Gesetz die Verwaltungszuständigkeit an sich zu ziehen, bleibt es nach Art. 83 GG bei der Zuständigkeit der Länder.

Ibler, in: Maunz/Dürig (Begr.), Grundgesetz. Kommentar, Art. 87 [2012] Rn. 84.

Soweit der Bund jedoch die Verwaltungskompetenz auf sich selbst überträgt, steht sie ihm als ausschließliche Verwaltungskompetenz zu. Die Verwaltungshoheit der Länder nach Art. 83 GG wird durch eine solche gesetzgeberische Entscheidung beendet.

Jestaedt, in: Umbach/Clemens (Hrsg.), Grundgesetz. Kommentar, 2002, Art. 87 Rn. 74; für den Parallelfall der fakultativen Bundesverwaltung nach Art. 87 Abs. 3 GG auch ausdrücklich BVerfGE 104, 238 (247).

Diese Regelung über die Verwaltungskompetenzen im Bereich des Grenzschutzes ist Teil der Kompetenzaufteilung nach Art. 30 und Art. 83 ff. GG, die eine wichtige Ausformung des bundesstaatlichen Prinzips im Grundgesetz und zugleich ein Element zusätzlicher funktionaler Gewaltenteilung darstellt. Sie verteilt politische Macht und setzt ihrer Ausübung einen verfassungsrechtlichen Rahmen, der diese Machtverteilung aufrechterhalten und ein Zusammenwirken der verschiedenen Kräfte sowie einen Ausgleich widerstreitender Belange ermöglichen soll. Vor diesem Hintergrund hat der Gesetzgeber auch bei der Bestimmung von Verwaltungszuständigkeiten die rechtsstaatlichen Grundsätze der Normenklarheit und Widerspruchsfreiheit zu beachten.

BVerfGE 108, 169 (180) sowie bereits vor I.

Darüber hinaus ist zu beachten, dass die Verwaltung des Bundes und die Verwaltungen der Länder organisatorisch und funktionell im Sinne von in sich geschlossenen Einheiten prinzipiell voneinander getrennt sind. Kompetenzverschiebungen zwischen Bund und Ländern ohne verfassungsrechtliche Grundlage sind selbst mit Zustimmung der Beteiligten nicht zulässig. Das Grundgesetz schließt auch eine so genannte Mischverwaltung, soweit sie nicht ausdrücklich zugelassen ist, aus.

BVerfGE 108, 169 (181f.).

Von der dergestalt durch das Grundgesetz vorgesehenen Möglichkeit, die Verwaltungskompetenz für den Grenzschutz an sich zu ziehen, hat der Bund im Jahr 1951 durch Einrichtung

des Bundesgrenzschutzes Gebrauch gemacht. Seine gesetzgeberische Entscheidung ist im Bundespolizeigesetz normiert. Gem. § 1 Abs. 1 BPolG wird die Bundespolizei in eigener Verwaltung geführt. Gem. § 2 Abs. 1 HS 1 BPolG obliegt dem Bundesgrenzschutz der grenzpolizeiliche Schutz des Bundesgebietes. Der Grenzschutz wird daher als Teil der bundeseigenen Verwaltung vom Bund als Verwaltungsaufgabe wahrgenommen. Nach der gesetzgeberischen Entscheidung zur Kompetenzverteilung ist daher die Verwaltungskompetenz der Länder grundsätzlich ausgeschlossen.

bb) Keine verfassungsgemäße Rückausnahme durch § 2 BPolG

Von diesem grundsätzlichen Ausschluss der Länder von der Verwaltungskompetenz im Bereich des Grenzschutzes macht auch § 2 BPolG keine verfassungsgemäße Rückausnahme. Gem. § 2 Abs. 1 BPolG obliegt der Bundespolizei der grenzpolizeiliche Schutz des Bundesgebietes, soweit nicht ein Land im Einvernehmen mit dem Bund Aufgaben des grenzpolizeilichen Einzeldienstes mit eigenen Kräften wahrnimmt. Diese Regelung wird von Teilen der Literatur mit überaus knapper Begründung derart ausgelegt, dass hier der Bund für den Fall des Einvernehmens zwischen Bund und Ländern die Verwaltungskompetenz gerade nicht gem. Art. 87 Abs. 1 S. 2 GG durch Gesetz auf den Bund übertragen habe, so dass es bei der allgemeinen Verwaltungskompetenz der Länder nach Art. 83 GG bleibe.

So *Bäcker*, in: Lisken/Denninger (Hrsg.), Handbuch des Polizeirechts, 6. Aufl. 2018, Rn. B 157; *Drewes/Malmberg/Walter*, Bundespolizeigesetz, 5. Aufl. 2015, § 2 Rn. 7; *Ebert*, BayVBl. 1986, 522 (523); *Ibler*, in: Maunz/Dürig (Hrsg.), Grundgesetz. Kommentar, Art. 87 [2012] Rn. 84; *Wehr*, BPolG, 2. Aufl. 2015, § 2 Rn. 3.

Diese Annahme, dass es sich bei § 2 BPolG um eine nur teilweise gesetzliche Übertragung der Verwaltungskompetenz für den Grenzschutz auf den Bund handelt, ist jedoch schon mit Wortlaut und Systematik der Vorschrift nicht vereinbar (1). Darüber hinaus würde eine solche Ausnahme von der Übertragung der Verwaltungskompetenzen auf den Bund allein über ein Einvernehmen zwischen Bund und betroffenem Land auch nicht den Anforderungen des Art. 87 Abs. 1 S. 2 GG genügen, weil die Entscheidung über die Verteilung der Verwaltungskompeten-

zen hier gerade nicht durch Gesetz erfolgen soll (2). Die Vorschriften sind daher in verfassungskonformer Weise allein als Regeln über die Amtshilfe auszulegen, die keinerlei Verschiebung der föderalen Verwaltungskompetenzen nach sich ziehen (3).

(1) Wortlaut und Systematik: Keine Rückausnahme von der Übertragung der Verwaltungskompetenz

Schon dem Wortlaut des § 2 BPolG lässt sich eine Regelung dergestalt, dass die Verwaltungskompetenz für den Bundesgrenzschutz nur insoweit auf den Bund übertragen wird, wie sie nicht im Einvernehmen mit dem Bund von den Ländern wahrgenommen wird, nicht entnehmen. Zwar wäre die Formulierung in § 2 Abs. 1 BPolG, nach der dem Bund der Grenzschutz obliegt, soweit nicht ein Land im Einvernehmen mit dem Bund Aufgaben des grenzpolizeilichen Einzeldienstes mit eigenen Kräften wahrnimmt, grundsätzlich offen für eine solche Interpretation. Etwas anderes ergibt sich aber zwingend aus dem systematischen Zusammenhang mit § 2 Abs. 4 BPolG. In dieser Vorschrift wird bestimmt, dass in dem Fall, in dem die Polizei eines Landes Aufgaben nach § 2 Abs. 1 BPolG im Einvernehmen mit dem Bund mit eigenen Kräften wahrnimmt, sich die Durchführung der Aufgaben nach dem für die Polizei des Landes geltenden Recht richtet. Wenn sich jedoch die vom Bundespolizeigesetz in Aussicht genommene Tätigkeit der Landesbehörden nach dem Landesrecht sowie den allgemein für die Landespolizei einschlägigen Bundesrecht, etwa dem Aufenthaltsg oder dem OWiG, und nicht nach dem den Grenzschutz regelnden Bundespolizeigesetz richtet,

Vgl. *Graulich*, in: Schenke/Graulich/Ruthig (Hrsg.), *Sicherheitsrecht des Bundes*, 2014, § 2 BPolG Rn. 36; *Martens*, in: Heesen/Hönle/Peilert/Martens (Hrsg.), *Bundespolizeigesetz*, 5. Aufl. 2012, § 2 Rn. 120; *Wehr*, *Bundespolizeigesetz*, 2. Aufl. 2015, § 2 Rn. 4; auch *Winkeler*, *Von der Grenzpolizei zu einer multifunktionalen Polizei des Bundes?*, 2005, S. 38 f.

so kann es sich von vorneherein nicht um einen Vollzug von Bundesrecht nach den Art. 83, 84 GG handeln, wie er kompetenzrechtlich ermöglicht würde, wenn das Bundespolizeigesetz nur einen Teil der Verwaltungsaufgaben im Bereich des Grenzschutzes nach Art. 87 Abs. 1 S. 2 GG auf den Bund übertragen würde.

Art. 87 Abs. 1 S. 2 GG stellt insofern klar eine Regelung für den Vollzug von Bundesgesetzen auf, genauer: für den Vollzug der Bundesgesetze über den Grenzschutz, für deren Erlass dem Bund gem. Art. 73 Abs. 1 Nr. 5 GG die ausschließliche Gesetzgebungskompetenz zukommt.

Vgl. oben II. 1. a)

Die Verwaltungskompetenz nach Art. 87 Abs. 1 S. 2 GG ist insofern eindeutig auf den Vollzug der Bundesgesetze über den Grenzschutz gerichtet, d.h. nach der geltenden Rechtslage auf den Vollzug der den Grenzschutz betreffenden Regeln des Bundespolizeigesetzes. Eine Regelung, die nur einen Teil der fakultativen Verwaltungskompetenz für den Grenzschutz auf den Bund übertragen und für einen anderen Teil die Verwaltungskompetenz gem. Art. 83 GG bei den Ländern belassen würde, würde den Ländern also allein insofern einen Spielraum überlassen, als dass sie für einen Teilbereich des Grenzschutzes nach den Grundsätzen des Art. 84 GG mit eigenen Behörden Bundesrecht (genauer: das Bundespolizeigesetz) vollziehen dürften.

So auch ausdrücklich, ohne jedoch die entsprechende Konsequenz daraus zu ziehen, *Köhler*, BayVBl. 1985, 673 (674), m.w.N. aus der Praxisliteratur.

Um einen solchen Fall des Vollzugs von Bundesrecht soll es sich aber ausweislich des Wortlauts des § 2 Abs. 4 BPolG gerade nicht handeln. Vielmehr stellt das Gesetz ausdrücklich klar, dass die Landesbehörden dann, wenn sie nach § 2 Abs. 1 BPolG tätig werden, gerade nicht das Bundespolizeigesetz vollziehen, sondern vielmehr auf Grundlage des für die Polizei des Landes geltenden, vom Bundespolizeigesetz verschiedenen Rechts handeln.

Vgl. auch BVerfG, Beschl. v. 18. 12. 2018, 1 BvR 142/15, Rn. 57.

Es kann sich daher schon deshalb nicht um einen unter Art. 83, 84 GG fallenden Vollzug des Bundesgrenzschutzrechts durch die Länder aufgrund einer unvollständigen Übertragung der Verwaltungskompetenz nach Art. 87 Abs. 1 S. 2 GG handeln.

Eine Aufteilung der identischen staatlichen Aufgabe dergestalt, dass diese einmal als Vollzug von Bundesrecht durch Bundesbehörden, einmal als Vollzug von Landesrecht durch Landesbehörden wahrgenommen wird, wird von Art. 87 Abs. 1 S. 2 GG insofern gerade nicht ermöglicht.

Auf einen kompetenzrechtlichen Widerspruch verweist insofern auch *Martens*, in: Heesen/Hönle/Peilert/Martens (Hrsg.), *Bundespolizeigesetz*, 5. Aufl. 2012, § 2 Rn. 120.

Sie würde auch den vom Bundesverfassungsgericht herausgearbeiteten rechtsstaatlichen Grundsätzen der Normenklarheit und Widerspruchsfreiheit bei der Bestimmung von Verwaltungszuständigkeiten

BVerfGE 108, 169 (180)

widersprechen.

Schon aus diesem Grund kann aus § 2 BPolG keine Rückausnahme von der Übertragung der Verwaltungskompetenz für den Grenzschutz auf den Bund hergeleitet werden, die den Ländern eigene Kompetenzen in diesem Bereich vermitteln würde.

(2) Keine gesetzgeberische Entscheidung zur Bereichsausnahme über die Übertragung der Verwaltungskompetenz

Darüber hinaus kann aus der Vorschrift des § 2 BPolG auch deshalb keine Verwaltungskompetenz der Länder hergeleitet werden, weil eine entsprechende Rückausnahme von der Übertragung der Verwaltungskompetenz für den Grenzschutz auf den Bund hier gerade nicht durch Gesetz erfolgt ist. Gem. Art. 87 Abs. 1 S. 2 GG kann der Bund die Verwaltungskompetenz für den Grenzschutz allein durch Erlass eines Bundesgesetzes an sich ziehen.

Hermes, in: Dreier (Hrsg.), *Grundgesetz. Kommentar*, Bd. 3, 3. Aufl. 2018, Art. 87 Rn. 34; *Sachs*, in: Sachs (Hrsg.), *Grundgesetz. Kommentar*, 8. Aufl. 2018, Art. 87 Rn.

35; *Ibler*, in: Maunz/Dürig (Begr.), Grundgesetz. Kommentar, Art. 87 [2012] Rn. 76;
Jestaedt, in: Umbach/Clemens (Hrsg.), Grundgesetz. Kommentar, 2002, Art. 87 Rn.
74.

Erforderlich ist insofern eine eindeutige und nachvollziehbare *gesetzliche* Verteilung der Verwaltungskompetenzen.

Hermes, in: Dreier (Hrsg.), Grundgesetz. Kommentar Bd. III, 3. Aufl. 2018, Art. 87 Rn. 33; noch weitergehend *Willich*, Historische und aktuelle Probleme der Rechtsstellung des Bundesgrenzschutzes, seiner Aufgaben und Befugnisse, Diss. jur. 1978, S. 126 ff.

An einer solchen gesetzlichen Verteilung der Verwaltungskompetenzen fehlt es jedoch, insofern Aufgaben des Grenzschutzes nach § 2 BPolG im Einvernehmen mit dem Bund durch ein Land wahrgenommen werden. Denn das Bundespolizeigesetz benennt gerade nicht selbst die Bereiche, in denen die Verwaltungskompetenz bei den Ländern bzw. bei einem einzelnen Land verbleiben soll, sondern zeichnet allein die Möglichkeit vor, dass im Einvernehmen mit dem Bund, das gem. § 2 Abs. 3 BPolG in einer schriftlichen Vereinbarung zwischen dem Bundesministerium des Innern und dem beteiligten Land herzustellen und im Bundesanzeiger bekanntzugeben ist, eine solche Übertragung auf ein Land vorgenommen werden *kann*. Kommt eine solche Vereinbarung nicht zustande, verbleibt es somit bei dem gesetzlich angeordneten Vollzug des Bundespolizeigesetzes durch den Bund.

Damit trifft das Gesetz aber gerade keine Entscheidung, wonach bestimmte Bereiche des Vollzugs des Bundespolizeigesetzes den Ländern vorbehalten bleiben sollen. Vielmehr stellt es die Frage, ob ein Land die Verwaltungskompetenz für Aufgaben des grenzpolizeilichen Einzeldienstes erhalten soll, allein in das politische Ermessen des Bundesinnenministers und der jeweiligen Landesregierung. Damit liegt nicht nur keine den rechtsstaatlichen Grundsätzen der Normenklarheit und Widerspruchsfreiheit

Vgl. BVerfGE 108, 169 (180)

genügende gesetzliche Regelung zur (Rück-)Verteilung der Verwaltungskompetenzen auf ein Land vor. Es liegt *überhaupt keine* gesetzgeberische Entscheidung vor, die konkret ein Land oder die Länder zur Ausübung von Verwaltungszuständigkeiten im Bereich des Grenzschutzes ermächtigen bzw. umgekehrt die Kompetenz des Bundes konkret zugunsten der Kompetenz der Länder in diesem Bereich beschränken würde.

Zweifelnd insofern auch *Denninger/Poscher*, in: Denninger/Rachor (Hrsg.), Handbuch des Polizeirechts, 5. Aufl. 2012, Rn. B 149 f.

Insofern unterscheidet sich die Regelung in § 2 Abs. 1 BPolG auch zentral von der vom Bundesverfassungsgericht für verfassungskonform erachteten Vorschrift des § 31 Abs. 2 Nr. 19 S. 2 und 3 LuftVG a.F. Nach dieser Vorschrift wurde die Aufgabe des Schutzes vor Angriffen auf die Sicherheit des Luftverkehrs grundsätzlich von den Ländern im Auftrag des Bundes ausgeführt. Auf Antrag eines Landes konnte der Bund diese Aufgaben jedoch in bundeseigener Verwaltung ausführen. In diesem Fall wurden die Aufgaben von der vom Bundesminister des Innern bestimmten Bundesgrenzschutzbehörde wahrgenommen. Diese Vorschrift beruhte auf der verfassungsrechtlichen Grundlage des Art. 87d GG, wonach die Luftverkehrsverwaltung zwar in Bundesverwaltung ausgeführt wird, durch Bundesgesetz, das der Zustimmung des Bundesrates bedarf, jedoch Aufgaben der Luftverkehrsverwaltung den Ländern als Auftragsverwaltung übertragen werden können.

Das Bundesverfassungsgericht hielt die Möglichkeit der Rückübertragung einzelner Verwaltungskompetenzen auf den Bund in diesem speziellen Fall aus zwei Gründen für verfassungsrechtlich zulässig: Zum einen erschöpfe sich die verfassungsrechtlich in Art. 87d Abs. 2 GG verankerte Möglichkeit, die grundgesetzlich angeordnete Bundeskompetenz für die Verwaltung des Luftverkehrs auf die Länder zu übertragen, nicht in dieser einseitigen Delegationsbefugnis. Vielmehr umfasse sie auch die Möglichkeit, die übertragenen Aufgaben völlig oder teilweise zurückzunehmen. Eine verfassungsrechtliche Kompetenzregelung, nach der bestimmte Angelegenheiten primär in bundeseigener Verwaltung geführt werde, jedoch nach gesetzgeberischer Entscheidung auch den Ländern zur Auftragsverwaltung übertragen werden könne, stehe jedenfalls einer Wiederherstellung der verfassungsrechtlichen Ausgangslage – bundeseigene Verwaltung – nicht entgegen. Eine solche Wiederherstellung sei hier aufgrund des § 31 Abs. 2 Nr. 19 S. 2 und 3 LuftVG a.F. deshalb in verfassungskonformer Weise möglich gewesen,

weil das Gesetz ein Handeln des Bundesministers des Innern vorsehe, das im Gesetz bereits nach Inhalt, Zweck und Ausmaß vorgezeichnet sei und durch den Antrag eines Landes ausgelöst sei. Damit sei sowohl speziellen Anforderungen des Art. 87d Abs. 2 GG wie generellen Voraussetzungen rechtsstaatlicher Delegation von Rechtssetzungsbefugnis, die Art. 87d Abs. 2 GG nicht ausschließt, genügt.

BVerfGE 97, 198 (226 f.).

Zum anderen ermögliche es § 31 Abs. 2 Nr. 19 Satz 2 LuftVG a.F. zudem allen Ländern in gleichem Maße, von der Rückübertragung Gebrauch zu machen, da diese ausschließlich von einem entsprechenden Antrag des jeweiligen Landes abhinge.

BVerfGE 97, 198 (227).

Aus diesem Grund konnte hier deshalb auch kein Konflikt mit dem verfassungsrechtlichen Gebot föderaler Gleichheit entstehen.

Beide Voraussetzungen liegen in dieser Form für die Regelung des § 2 BPolG nicht vor. Zum einen wird, anders als in § 31 Abs. 2 Nr. 19 LuftVG a.F., durch § 2 Abs. 1 BPolG gerade nicht ein Handeln des Bundesministers des Innern vorgesehen, das im Gesetz bereits nach Inhalt, Zweck und Ausmaß vorgezeichnet ist und nur durch den Antrag eines Landes ausgelöst werden muss. Ganz im Gegenteil: Die mögliche Wahrnehmung von Grenzschutzaufgaben durch ein Land wird im Gesetz inhaltlich allein dadurch umrissen, dass es sich um Aufgaben des grenzpolizeilichen Einzeldienstes handeln soll. Damit ist eine nähere Umgrenzung der Verwaltungsaufgaben als solcher kaum erkennbar, lediglich die Wahrnehmung von Grenzschutzaufgaben „im Verband“ durch Landesbehörden wird ausgeschlossen.

Köhler, BayVBl. 1985, 673 (674); *Ebert*, BayVBl. 1986, 522 (523).

Die Frage, ob Maßnahmen des Grenzschutzes im Einzeldienst oder im Verband wahrgenommen werden, stellt jedoch allein einen Aspekt der organisatorischen Durchführung der Verwaltungsaufgabe dar. Inhalt, Zweck und Ausmaß der Delegation an das Land werden durch die Einschränkung hingegen nicht bestimmt.

Darüber hinaus genügt § 2 Abs. 1 BPolG auch nicht den Anforderungen, dass eine entsprechende Rückübertragung der Verwaltungskompetenzen ausschließlich von einem Antrag des betroffenen Landes abhängt. Ganz im Gegenteil: Erforderlich ist ein konsensuales „Einvernehmen“ zwischen Bund und Land, das in einer Verwaltungsvereinbarung festgeschrieben werden muss. Die Frage, ob ein Land Verwaltungszuständigkeiten im Bereich des Grenzschutzes wahrnehmen kann oder nicht, ist daher gerade nicht durch das Gesetz determiniert, sondern hängt von politischen Entscheidungen des Bundesinnenministers und der betroffenen Landesregierung sowie der Frage, ob beide sich politisch einigen können, ab. Damit wird nicht nur verdeutlicht, dass der Gesetzgeber hier gerade nicht die wesentlichen Entscheidungen über die Verteilung der Verwaltungskompetenzen selbst getroffen hat. Würde die Verteilung der Verwaltungskompetenzen in dieser Weise tatsächlich von einer politischen Einigung zwischen dem Bundesinnenminister und der Landesregierung des betroffenen Landes abhängen, so wäre auch die föderale Gleichheit aller Bundesländer bei der Verteilung der Verwaltungskompetenzen nicht mehr gewährleistet.

(3) Verfassungskonforme Auslegung: Regelungen über Amtshilfe

§ 2 BPolG lässt sich daher nach Wortlaut und Systematik sowie bei verfassungskonformer Auslegung nur dahingehend verstehen, dass hier ein Fall der Amtshilfe nach Art. 35 Abs. 1 GG näher gesetzlich ausgestaltet werden soll.

Allgemein zur Auslegung dahingehend, dass bei Parallelstrukturen von Bundes- und Landesverwaltung ein Fall der Amtshilfe vorliegen muss, *Gärditz*, in: Kahl/Waldhoff/Walter (Hrsg.), Bonner-Kommentar zum Grundgesetz, Vorbemerkung zu Art. 83ff. [2018] Rn. 81.

Mit dieser Auslegung würde insbesondere auch die Regelung in § 2 Abs. 4 BPolG korrespondieren, nach der sich die Durchführung der Aufgaben nach dem für die Polizei des Landes geltenden Recht richtet, sofern diese Aufgaben des grenzpolizeilichen Einzeldienstes im Einvernehmen mit dem Bund mit eigenen Kräften wahrnimmt. Denn auch bei der Amtshilfe bemisst sich das Handeln der hilfeleistenden Behörde nach ihrem eigenen Recht, nicht jedoch nach dem Recht des Hauptverfahrens und damit dem Recht des hilfeersuchenden Verbandes.

Dederer, in: Maunz/Dürig (Begr.), Grundgesetz. Kommentar, Art. 35 [2018] Rn. 69; *Isensee*, in Isensee/Kirchhof, Handbuch des Staatsrechts Bd. VI, 3. Aufl. 2008, § 126 Rn. 230; *von Danwitz*, in von Mangoldt/Klein/Starck (Begr./Hrsg.), Grundgesetz. Kommentar, 7. Aufl. 2018, Art. 35 Rn. 22; *Gubelt* in von Münch/Kunig (Hrsg.) Grundgesetz. Kommentar, 6. Aufl. 2012, Art. 35 Rn. 18.

Eine Grundlage für die Verteilung von Verwaltungskompetenzen zwischen Bund und Ländern dergestalt, dass durch Verwaltungsabkommen Zuständigkeiten für den Grenzschutz im grenzpolizeilichen Einzeldienst auf ein Land übertragen werden können, lässt sich § 2 BPolG hingegen nicht entnehmen. Gleiches gilt für § 64 BPolG, der schon ausweislich des Wortlauts nicht als Norm über die Verteilung von Verwaltungskompetenzen, sondern allein als Vorschrift über die Amtshilfe ausgestaltet ist.

Zur Vorgängerregelung in § 63 BGG und der Tatsache, dass sie nicht geeignet war, Kompetenzen zu übertragen, vgl. auch *Parma*, BayVBl. 2019, 181 (184).

cc) Hilfsweise: Keine tatsächliche Rückübertragung durch Verwaltungsvereinbarung

Selbst wenn man davon ausginge, dass § 2 BPolG es tatsächlich ermöglichen würde, dass aufgrund eines Verwaltungsabkommens zwischen Bundesinnenminister und der Landesregierung eines Landes die Verwaltungskompetenzen für den grenzpolizeilichen Einzeldienst auf ein Land übergehen könnten, so würde dies doch nach der jetzigen Rechtslage nicht dazu führen, dass dem Freistaat Bayern die Verwaltungskompetenz für die von ihm errichtete Grenz-

polizei zukommen würde. Denn ein Verwaltungsabkommen, das dem Freistaat Bayern umfassende Verwaltungskompetenzen für den Bereich der Grenzpolizei übertragen würde, existiert derzeit nicht.

Das einzige Verwaltungsabkommen, das nach § 2 BPolG zwischen dem Bundesinnenminister und dem Freistaat Bayern geschlossen wurde und noch in Kraft ist, ist das bis heute unverändert geltende Verwaltungsabkommen zwischen dem Bundesministerium des Innern und der Bayerischen Staatsregierung über die Wahrnehmung von Aufgaben des grenzpolizeilichen Einzeldienstes in Bayern vom 17. April 2008. Nach § 1 dieses Abkommens nimmt der Freistaat Bayern die polizeiliche Kontrolle des grenzüberschreitenden Verkehrs (§ 2 Abs. 2 Satz 1 Nr. 2 des Bundespolizeigesetzes) mit der Bayerischen Landespolizei wahr, soweit dieser über Einrichtungen des Luftverkehrs abgewickelt wird, die ganz oder teilweise auf dem Gebiet des Freistaates Bayern liegen. Abweichend davon nimmt die Bundespolizei die polizeiliche Kontrolle des grenzüberschreitenden Verkehrs auf dem Flughafen München – Franz Josef Strauß wahr. Die gesetzlichen Zuständigkeiten der Bundespolizei und der Bayerischen Landespolizei bleiben im Übrigen unberührt.

Damit ist die Reichweite des Verwaltungsabkommens zwischen Bund und Freistaat Bayern ausdrücklich auf den Bereich der Kontrolle des grenzüberschreitenden Verkehrs für die Fälle beschränkt, in denen der grenzüberschreitende Verkehr über Einrichtungen des Luftverkehrs abgewickelt wird, die ganz oder teilweise auf dem Gebiet des Freistaates Bayern liegen, nicht jedoch für den Flughafen München – Franz Josef Strauß. Jenseits des grenzüberschreitenden Verkehrs im Bereich des Luftverkehrs auf den kleineren bayerischen Flughäfen vermittelt das Verwaltungsabkommen dem Freistaat Bayern hingegen keinerlei Kompetenzen.

Die Errichtung der bayerischen Grenzschutzpolizei durch Art. 5 POG beschränkt sich aber in keiner Weise auf diesen Bereich des grenzüberschreitenden Verkehrs im Bereich des Luftverkehrs (ohne den Flughafen München – Franz Josef Strauß). Vielmehr sind die grenzpolizeilichen Aufgaben, die die bayerische Grenzpolizei gem. Art. 5 POG wahrnehmen soll, in einem umfassenden Sinne die polizeiliche Überwachung der Grenzen, die polizeiliche Kontrolle des grenzüberschreitenden Verkehrs einschließlich der Überprüfung der Grenzübertrittspapiere und der Berechtigung zum Grenzübertritt sowie der beim Grenzübertritt mitgeführten Gegenstände und Transportmittel, die Grenzfehndung und die Beseitigung von Störungen und der Abwehr von Gefahren, die ihren Ursprung außerhalb des Bundesgebietes haben, sowie im

Grenzgebiet bis zu einer Tiefe von 30 Kilometern die Beseitigung von Störungen und die Abwehr von Gefahren, die die Sicherheit der Grenzen beeinträchtigen. Ein Bezug zum Luftverkehr wird in dieser Aufgabenbeschreibung in keiner Weise hergestellt.

Damit ist die organisatorische Errichtung der bayerischen Grenzpolizei durch Art. 5 POG ganz unabhängig von der rechtlichen Qualität des Verwaltungsabkommens zwischen dem Bundesministerium des Innern und der Bayerischen Staatsregierung über die Wahrnehmung von Aufgaben des grenzpolizeilichen Einzeldienstes in Bayern vom 17. April 2008 von diesem Abkommen in keiner Weise gedeckt.

Da dem Freistaat Bayern somit keinerlei Verwaltungskompetenz für den Bereich des Grenzschutzes zukommt, verstößt Art. 5 POG gegen Art. 83, 87 Abs. 1 S. 2 GG.

2. Offensichtlichkeit des Verstoßes

Die Verfassungswidrigkeit der angegriffenen Normen ist auch offensichtlich, so dass der grundgesetzliche Kompetenzverstoß auf einen Verstoß gegen das Rechtsstaatsprinzip des Art. 3 Abs. 1 S. 1 BV durchschlagen kann. Sowohl die grundgesetzlichen Gesetzgebungskompetenzen als auch die entsprechenden Verwaltungskompetenzen enthalten ausdrückliche Regelungen zum Grenzschutz, deren Subsumtion keinen erhöhten Schwierigkeiten unterliegt. Im Hinblick auf die fehlende Gesetzgebungskompetenz folgt die Offensichtlichkeit des Kompetenzverstoßes zudem aus der Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts vom 18. 12. 2018, in dem § 13 Abs. 1 Nr. 5 PAG für verfassungswidrig erklärt wurde, soweit er Befugnisse zur Verhütung und Unterbindung der unerlaubten Überschreitung der Landesgrenze begründet.

BVerfG, Beschl. v. 18. 12. 2018, 1 BvR 142/15, Rn. 55-57; zuvor schon *Kingreen/Schönberger*, NVwZ 2018, 1825 (1825 ff.).

Damit ist genau die Norm nichtig, die das Aufgabenspektrum der Bayerischen Grenzpolizei regelt, und die Begründung des Bundesverfassungsgerichts ist geradezu eine Blaupause dafür, den Grenzschutz durch die bayerische Grenzpolizei insgesamt für verfassungswidrig zu erklären. Gegenstand der Entscheidung sind im Wesentlichen grundrechtliche Grenzen von KFZ-

Kennzeichenkontrollen, für die die Frage der Gesetzgebungskompetenz ein an sich eher randständiges Problem war. Dass das Bundesverfassungsgericht dieses zuvor kaum behandelte Problem dennoch aufgegriffen hat, zeigt deutlich, worauf die Entscheidung tatsächlich abzielt: auf die bayerische Grenzpolizei, ihre Aufgaben und ihre Befugnisse im Bereich des Grenzschutzes. Die Ausführungen des Bundesverfassungsgerichts sind dabei sehr kurz, da die zugrundeliegende verfassungsrechtliche Frage so überaus eindeutig ist: Es gibt keine Gesetzgebungskompetenz des Landesgesetzgebers für die Regelung materiellen Grenzschutzrechts.

Auch der Verstoß gegen Art. 83 und 87 Abs. 1 S. 2 GG ist offensichtlich. Zwar liegt zu dieser Frage noch keine Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts vor. Auch hier ergibt sich jedoch die fehlende Regelungskompetenz des Freistaats Bayern, wie dargelegt, mühelos durch einfache Subsumtion von Grundgesetz und einfachem Recht. Die Offensichtlichkeit des Verstoßes folgt darüber hinaus schon aus tatsächlichen Gründen. Denn selbst dann, wenn man sich auf die rechtlich offensichtlich unzutreffende Rechtsposition zurückziehen würde, dass § 2 Abs. 1 BPolG die Rückübertragung von Verwaltungskompetenzen auf das Land ermöglichen würde, so wäre ein Verstoß gegen die grundgesetzliche Kompetenzordnung immer noch offensichtlich vorhanden, weil eine dafür nach § 2 Abs. 3 BPolG erforderliche Verwaltungsvereinbarung, die die Errichtung einer umfassenden Grenzpolizei, wie sie in Art. 5 POG geschehen ist decken würde, nie geschlossen wurde.

3. Schwerwiegende Verletzung

Die genannten Verstöße gegen die Kompetenzordnung des Grundgesetzes sind nicht nur offensichtlich, sondern sie wiegen auch schwer, ja man kann im Sinne der Rechtsprechung des Verfassungsgerichtshofs von einer krassen Verfassungsverletzung

VerfGH, Entsch. v. 29. 6. 2018, Vf. 14-VII-13 u. Vf. 14-VII-16, Rn. 66 (juris).

sprechen.

Durch die Errichtung einer eigenständigen bayerischen Grenzpolizei in Art. 5 POG und die ihr in Art. 29 PAG zugewiesenen spezifisch grenzpolizeilichen Aufgaben wird der Schutz der Bun-

desgrenze in Bayern zu einer gemeinsamen Angelegenheit von Bund und Land. Die bayerischen Bestimmungen berühren daher die föderale Kompetenzordnung und damit insgesamt das Verfassungsgefüge der Bundesrepublik Deutschland. Denn die Regeln über die Kompetenzverteilung (Art. 30 ff., 70 ff., 83 ff. GG) stehen in einem untrennbaren konzeptionellen Zusammenhang mit dem Demokratieprinzip (Art. 20 Abs. 2 GG), das nach dem grundgesetzlichen Homogenitätsgebot (Art. 28 Abs. 1 S. 1 GG) auch für den Freistaat Bayern maßgebend ist. Es ist daher naheliegend, dass hier sogar ein Fall vorliegt, in dem der Verfassungsgerichtshof eine umfassende – also nicht durch die Grundsätze der Offensichtlichkeit und Schwere begrenzte – Prüfung vornehmen muss.

Dazu VerfGH, Entsch. v. 29. 6. 2018, Vf. 14-VII-13 u. Vf. 14-VII-16, Rn. 66 (juris).

Das in den Kompetenzbestimmungen des Grundgesetzes konkretisierte Demokratieprinzip verlangt eine hinreichend klare Zuordnung von Verantwortlichkeiten, damit der Wähler weiß, „wen er wofür – nicht zuletzt durch Vergabe oder Entzug seiner Stimme – verantwortlich machen kann. Daran fehlt es, wenn die Aufgaben durch Organe oder Amtswalter unter Bedingungen wahrgenommen werden, die eine solche Verantwortungszuordnung nicht ermöglichen.“

BVerfGE 137, 108 (144).

Darüber hinaus fordert auch das Rechtsstaatsprinzip (Art. 20 Abs. 3 GG) eine „klare und auf Vollständigkeit angelegte Zuordnung von Kompetenzen der handelnden Staatsorgane.“

BVerfGE 137, 108 (144).

Es gibt daher keine Doppelzuständigkeit: Entweder ist der Bund zuständig oder sind es die Länder; tertium non datur.

BVerfGE 67, 299 (321); 104, 249 (267); 106, 62 (114).

Die angegriffenen Bestimmungen verletzen mit den Bestimmungen über die Verteilung der Gesetzgebungs- und Verwaltungskompetenzen daher nicht nur kleinteilige Zuständigkeitsregelungen, sondern sie unterhöhlen das Fundament für die demokratische Rechtsstaatlichkeit in der Bundesrepublik Deutschland. Das macht sie zu einem schwerwiegenden Verstoß auch gegen Art. 3 Abs. 1 S. 1 BV.

III. Verstoß gegen Art. 101 BV

Auch der für die Popularklage relevante Verstoß gegen Art. 101 BV ist zu bejahen:

1. Eingriff in den Schutzbereich

Art. 101 BV verbürgt die Handlungsfreiheit grundsätzlich in allen Lebensbereichen, die nicht Gegenstand des Schutzes durch andere Freiheitsrechte sind.

VerfGH 54, 85, 92; 58, 1, 34

Grenzpolizeiliche Maßnahmen betreffen insbesondere die Ein- und Ausreise ins Bundesgebiet. Diese werden nach bayerischen Verfassungsverständnis insbesondere nicht durch die Garantie der Freizügigkeit (Art. 109 BV) gewährleistet.

So jedenfalls Holzner, in: ders. (Hrsg.), *Verfassung des Freistaats Bayern*, pdk-Kommentar, Art. 109 [2017] Rn. 6, 8; *Lindner*, in: Lindner/Möstl/Wolff (Hrsg.), *Verfassung des Freistaats Bayern*, 2. Aufl. 2017, Art. 109 Rn. 8 f.; zum Streitstand bei Art. 11 GG *Kingreen/Poscher*, *Grundrechte. Staatsrecht II*, 34. Aufl. 2018, Rn. 920-923.

Damit greifen grenzpolizeiliche Maßnahmen in das Grundrecht der allgemeinen Handlungsfreiheit ein.

2. Verfassungsrechtliche Rechtfertigung

Art. 101 BV „steht zwar unter einem allgemeinen Gesetzesvorbehalt; gesetzliche Regelungen können der Handlungsfreiheit aber nur dann in zulässiger Weise Grenzen setzen, wenn sie ihrerseits verfassungskonform sind.“

VerfGHE 42, 156 (165); 44, 109 (120); 57, 161 (166f.).

Dementsprechend ist zu prüfen, ob die das Grundrecht einschränkende Regelung Bestandteil der verfassungsmäßigen Ordnung ist, also formell und materiell mit der Verfassung des Freistaats Bayern im Einklang steht.

VerfGHE 38, 43 (46); 41, 83 (87); 61, 237 (243).

Auch das Rechtsstaatsprinzip (Art. 3 Abs. 1 S. 1 BV) ist damit Bestandteil der verfassungsmäßigen Ordnung, so dass Normen, die gegen das Rechtsstaatsprinzip verstoßen, zugleich Art. 101 BV verletzen.

VerfGHE 33, 130 (135); 33, 174 (180); 42, 54 (58f.); 46, 45 (50).

Art. 5 POG und Art. 29 PAG verstoßen nach dem oben Gesagten offensichtlich und schwerwiegend gegen die Kompetenzvorschriften des Grundgesetzes (Art. 73. Nr. 5, 83, 87 Abs. 1 S. 2 GG) und verletzen damit zugleich das Rechtsstaatsprinzip aus Art. 3 Abs. 1 S. 1 BV.

Art. 5 POG und Art. 29 PAG gehören damit nicht zur verfassungsmäßigen Ordnung im Sinne des Verfassungsrechts des Freistaats Bayern und verletzen daher die allgemeine Handlungsfreiheit aus Art. 101 BV.