

Rechtsgutachten

**zur Vereinbarkeit der landesgesetzlichen Regeln über die
bayerische Grenzpolizei
mit dem Grundgesetz**

erstellt von Prof. Dr. Thorsten Kingreen, Regensburg, und
Prof. Dr. Sophie Schönberger, Düsseldorf

A. Ergebnisse des Rechtsgutachtens

1. Die Errichtung einer bayerischen Grenzpolizei mit den ihr parallel zur Bundespolizei zugewiesenen Aufgaben und Befugnisse untergräbt die föderale Kompetenzverteilung im Bereich des Grenzschutzes. Sie stellt damit zugleich die durch das Demokratieprinzip geforderte Zuordnung von politischer Verantwortung und die rechtsstaatlich notwendige Bestimmtheit und Klarheit der Kompetenzordnung in Frage.

2. Der Freistaat Bayern hat keine Gesetzgebungskompetenz für das materielle Grenzschutzrecht. Denn diese Zuständigkeit liegt nach Art. 73 Abs. 1 Nr. 5 GG ausschließlich beim Bund. Das Land hätte im Bereich der ausschließlichen Gesetzgebungskompetenz des Bundes gemäß Art. 71 GG eine Zuständigkeit nur, wenn es dafür ausdrücklich durch ein Bundesgesetz ermächtigt wird. Ein solches Gesetz gibt es aber nicht. Insbesondere delegiert § 2 Abs. 1 BPolG die Gesetzgebungszuständigkeit des Bundes nicht ganz oder teilweise an den Freistaat Bayern.

3. Der Freistaat Bayern hat auch keine Verwaltungskompetenz und keine daraus resultierende organisationsrechtliche Gesetzgebungskompetenz für die Errichtung und Unterhaltung einer eigenen bayerischen Grenzschutzpolizei. Der Bund hat die ihm gem. Art. 87 Abs. 1 S. 2 GG zukommende fakultative Verwaltungskompetenz für den Grenzschutz durch das Bundespolizeigesetz vollumfänglich an sich gezogen. § 2 Abs. 1 BPolG normiert keine Ausnahme von dieser Delegation der Verwaltungskompetenz an den Bund.

B. Sachverhalt

Das nachfolgende Rechtsgutachten behandelt die verfassungsrechtliche Zulässigkeit der Bestimmungen des bayerischen Landesrechts über die Errichtung und die Aufgaben 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 BGSGB 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 BGSGB 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,

BGBI. 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 Paßnachschaue im Lande Bayern“,

s. *Köhler*, BayVBl. 1985, 673, Fn. 7. Das Abkommen wurde nicht veröffentlicht.

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 widererrichtet. 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 Grenzfahndung,
 - 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.

Das Gesetz ist zum 1. August 2018 in Kraft getreten.

C. Gutachten

Durch die Errichtung einer eigenständigen bayerischen Grenzpolizei in Art. 5 bayPOG und die ihr in Art. 29 bayPAG zugewiesenen spezifisch grenzpolizeilichen Aufgaben wird der Schutz der Bundesgrenze 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. 30ff., 70ff., 83ff. GG) stehen in einem untrennbaren konzeptionellen Zusammenhang mit dem Demokratieprinzip (Art. 20 Abs. 2 GG), das eine hinreichend klare Zuordnung von Verantwortlichkeiten bedingt, 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 nachfolgend zu prüfenden Bestimmungen über die Verteilung der Gesetzgebungs- und Verwaltungskompetenzen sind daher nicht nur kleinteilige Zuständigkeitsregelungen, sondern das Fundament für die demokratische Rechtsstaatlichkeit in der Bundesrepublik Deutschland. Dabei gilt, dass den Ländern nach Art. 30, 70 GG grundsätzlich die Gesetzgebungskompetenz zukommt, soweit das Grundgesetz nicht dem Bund die Gesetzgebungskompetenz verleiht. Steht dem Bund eine Gesetzgebungskompetenz zu, so liegt für diesen bundesgesetzlich determinierten Bereich gem. Art. 30, 83 GG die Verwaltungskompetenz dennoch bei den Ländern, soweit das Grundgesetz nichts anderes bestimmt oder zulässt. Dementsprechend unterscheidet die nachfolgende Prüfung zwischen der Zuständigkeit für das materielle Grenzschutzrecht (also die Regelung der Befugnisse einer Grenzpolizei; dazu I.) und derjenigen für das Organisationsrecht (also die Regelung insbesondere der Errichtung und organisationsrechtlichen Gliederung der Grenzpolizei, s. II.):

I. Gesetzgebungskompetenz des Freistaats Bayern zur Regelung des Grenzschutzrechts

1. 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.“

BVerfGE 97, 198 (214) zu Art. 87 Abs. 1 S. 2 GG.

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 festgehalten, 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. Insbesondere sind sie daher grundsätzlich zuständig für die sog. Schleierfahndung, wie sie in Bayern in Art. 13 Abs. 1 Nr. 5 bayPAG normiert ist. Wenn und soweit eine Grenzpolizei also speziell diese Aufgaben und Befugnisse wahrnimmt, ist sie verfassungsrechtlich zulässig. Zulässig waren daher auch die früheren bayerischen Bestimmungen, welche der Grenzpolizei die Aufgaben der Gefahrenabwehr im Grenzgebiet bis zu einer Tiefe von 30 Kilometern zugewiesen hatten, denn insoweit ging es nicht um Grenzschutzrecht i. S. v. Art. 73 Abs. 1 Nr. 5 GG.

Heintzen, in: von Mangoldt/Klein/Starck (Begr./Hrsg.), Grundgesetz. Kommentar Art. 73 Rn. 54.

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.

Umgekehrt 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) bayPAG). 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 (weshalb die in Art. 13 Abs. 1 Nr. 5 bayPAG genannte Variante „Unterbindung der unerlaubten Überschreitung der Außengrenze“ kompetenzrechtlich problematisch ist) noch darf die Bundespolizei im Grenzgebiet allgemeine Gefahrenabwehr betreiben.

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 (Begr./Hrsg.), 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.

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 bayPOG 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 bayPAG genannten, § 62 BPolG entsprechenden Befugnisse und darüber hinaus nach dem neuen Art. 29 Abs. 3 bayPAG 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 wirft nicht nur die Frage auf, ob ein solches Nebeneinander von Bundes- und Landesbehörde mit identischen Zuständigkeiten verwaltungskompetenzrechtlich zulässig ist.

Dazu unten II.

Es ist vielmehr auch zu prüfen, ob es verfassungsrechtlich trotz Art. 73 Abs. 1 Nr. 5 GG überhaupt materielles Landesgrenzschutzrecht geben darf. Darauf ist im folgenden Abschnitt einzugehen.

2. 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 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 (Begr./Hrsg.), Grundgesetz. Kommentar, 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 bayPOG, 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. 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 nicht aus, dass es ein Bundesgesetz geben könnte, das eine Ermächtigung i. S. v. Art. 71 GG für ein materielles Landesgrenzschutzrecht enthält. In Bayern wird offenbar davon ausgegangen, dass § 2 Abs. 1 BPolG ein solches Bundesgesetz ist.

Vgl. *Grünewald*, 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. 4f.

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. Er verweist lediglich darauf, dass ein Land im Einvernehmen mit dem Bund grenzpolizeiliche Aufgaben übernehmen kann, besagt 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.

Dazu bereits oben vor 1.

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 Bundespolizeipräsidiums, 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.

Es gibt damit kein Bundesgesetz i. S. v. Art. 71 GG, das dem Freistaat Bayern die materiellen Aufgaben und Befugnisse des Grenzschutzes übertragen hätte. Insbesondere ist § 2 Abs. 1 BPolG schon deshalb kein solches Gesetz, weil er nicht delegiert.

Im Schrifttum ist das heute unstrittig: *Heintzen*, in: von Mangoldt/Klein/Starck (Begr./Hrsg.), Grundgesetz. Kommentar, 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.

3. Zwischenergebnis

Damit ist festzuhalten, dass der Freistaat Bayern keine Gesetzgebungszuständigkeit für ein materielles Grenzschutzrecht hat. Art. 29 bayPAG und Art. 5 Abs. 2 bayPOG sind daher verfassungswidrig, soweit sie entsprechende Bestimmungen enthalten.

II. Verwaltungs- und Gesetzgebungskompetenz für die Errichtung einer Grenzpolizei

Die Errichtung der neuen bayerischen Grenzpolizei setzt zudem voraus, 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 (1.). 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 (2.). 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 bayPOG auf den Freistaat Bayern übertragen würde, jedoch tatsächlich nicht vor, so dass auch unter diesem Aspekt keine Verwaltungskompetenz des Freistaats Bayern begründet werden kann (3.).

1. 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 Parallellfall 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. 83ff. 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.

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

a) 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 AufenthaltsgG 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 I. 1.

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. 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.

b) 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, insoweit 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 Bundes-

ministerium 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.

c) 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 von vorneherein nicht als Norm über die Verteilung von Verwaltungskompetenzen, sondern allein als Vorschrift über die Amtshilfe ausgestaltet ist.

3. 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 Grenzpolizei 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 unmodifiziert 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 bayPOG gegen Art. 83, 87 Abs. 1 S. 2 GG und ist daher nichtig.