Kein uneingeschränkter Beifall:

Zur „Tornado-Entscheidung“ des BVerwG vom 25.10.2017

Von LRD Prof. Hartmut Brenneisen und PD Dirk Staack, Preetz/Owschlag[1]

In der *„Tornado-Entscheidung“* vom 25.10.2017 hat der 6. Senat des BVerwG[2] Konkret geht es um Fragen der Eingriffsqualität, das umstrittene Verhältnis des bereichsspezifischen Versammlungsrechts zum allgemeinen Polizeirecht und schließlich um Umfang und Grenzen technischer Unterstützungshandlungen der Bundeswehr. In diesem Beitrag werden die wesentlichen Aussagen des Gerichts dargestellt, analysiert und bewertet.

1 Ausgangslage

Im Vorfeld des G8-Gipfeltreffens im Juni 2007 in Heiligendamm beantragte das Innenministerium des Landes Mecklenburg-Vorpommern beim Bundesministerium für Verteidigung Überflüge des erweiterten Veranstaltungsortes zum Zwecke der Anfertigung von Luftbildaufzeichnungen. Dadurch sollten insbesondere Erddepots für Werkzeuge und Blockademittel erkannt und Manipulationen an wichtigen Straßen durch gewaltbereite Versammlungsteilnehmer erfasst werden. Auf der Grundlage dieses Antrags überflog ein Kampfflugzeug der Bundeswehr vom Typ Tornado des Aufklärungsgeschwaders 51 *„Immelmann“* am 5.6.2007 ein für bis zu 5.000 Personen ausgelegtes Camp von Gipfelgegnern in der Gemeinde Reddelich in einer Höhe von rund 114 Metern und stellte Bildaufzeichnungen her. 19 Luftbilder[3]

Bei diesen Bildern handelte es sich um Übersichtsaufzeichnungen und Ausschnittsvergrößerungen, auf denen das Camp sowie Personengruppen abgebildet waren, die sich dort aufhielten. Eine Identifikation der Personen war aufgrund der fehlenden Tiefenschärfe der Aufzeichnungen nach Feststellung des Spruchkörpers nicht möglich.4 Die Klägerin begehrte unter Abänderung der Urteile des OVG Greifswald und des VG Schwerin die Feststellung, dass der Überflug des Camps Reddelich durch ein Tornado-Kampfflugzeug der Bundeswehr und die dabei erfolgte Fertigung von Bildaufzeichnungen rechtswidrig waren und sie dadurch in ihren Rechten verletzt wurde. Der Beklagte beantragte hingegen die Zurückweisung des Antrags und begründete dies im Wesentlichen mit der Zielstellung der Maßnahme, der fehlenden Identifizierbarkeit von Personen, der kurzen Dauer des Überflugs sowie der nicht gegebenen Zurechnungsmöglichkeit.5

2 Leitaussagen des BVerwG

Das BVerwG hat die Revision der Klägerin als begründet angesehen und die Sache zur anderweitigen Verhandlung und Entscheidung an das Berufungsgericht zurückverwiesen. Dabei wurde auch berücksichtigt, dass in Mecklenburg-Vorpommern im Juni 2007 wie auch heute gemäß Art. 125a Abs. 1 GG[6] das Bundesversammlungsgesetz (BVersG) Anwendung findet und eine bereichsspezifische Landesregelung fehlt.

2.1 Eingriff in die Versammlungsfreiheit

Der Senat hat zunächst einen Eingriff in den Schutzbereich des Art. 8 Abs. 1 GG bejaht. Zwar sei das Camp selbst – nicht zuletzt aufgrund fehlender tatsächlicher Feststellungen – nicht als grundrechtlich geschützte Versammlung anzusehen, der Schutzbereich der Verfassungsnorm *„unter dem Gesichtspunkt der Vorwirkungen der Versammlungsfreiheit“* jedoch berührt.[7] Die Teilnahme an den geplanten Demonstrationen sei für die ganz überwiegende Zahl der Versammlungsteilnehmer nur im Fall einer frühzeitigen Anreise und ortsnahen Unterkunft während der gesamten Veranstaltungsdauer möglich. Alternative Unterbringungsmöglichkeiten stünden in der ländlich geprägten Region nicht bzw. in nicht ausreichendem Maße zur Verfügung. Damit sei aber das Camp vergleichbar der Anreise dem durch Art. 8 Abs. 1 GG geschützten Vorgang des Sichversammelns zuzurechnen. Zwar lägen die Voraussetzungen eines finalen Eingriffsaktes nicht vor, entgegen der Auffassung des OVG Greifswald[8] und des VG Schwerin[9] wohl aber die eines faktischen Eingriffs. Diese seien gerade dann gegeben, *„wenn das staatliche Handeln einschüchternd oder abschreckend wirkt bzw. geeignet ist, die freie Willensbildung und Entschließungsfreiheit derjenigen Personen zu beeinflussen, die an Versammlungen teilnehmen wollen.“* Dabei weist das

BVerwG[10] darauf hin, dass bei Eingriffen im Vorfeld einer Versammlung *„bei der Gesamtwürdigung ein umso strengerer Maßstab anzulegen [sei], je größer die räumliche oder zeitliche Entfernung zu der geschützten Versammlung ist und je weniger für die späteren Versammlungsteilnehmer daher ein Bezug der Maßnahme zu der späteren Versammlung erkennbar ist“.* Nach dieser Maßgabe und unter Heranziehung eines objektiven Beurteilungsmaßstabes hätte der Überflug *„aus der Sicht eines durchschnittlichen Betroffenen im Hinblick auf die extreme Lärmentfaltung, den angsteinflößenden Anblick und die Überraschungswirkung im Kontext der bevorstehenden Demonstrationen gegen den G8-Gipfel einschüchternde Wirkung.“*[11]

2.2 Kein Eingriff in das Recht auf informationelle Selbstbestimmung

Ein Eingriff in das Recht auf informationelle Selbstbestimmung gemäß Art. 2 Abs. 1 i.V.m. Art. 1 Abs. 1 GG[12] ist durch den Senat hingegen verneint worden. Bereits das OVG Greifswald[13] hatte ausgeführt, dass Personen auf den Bildaufzeichnungen nicht erkennbar und darüber hinaus keine Anhaltspunkte dafür vorhanden seien, dass über spezifische Auswertemaßnahmen eine Personenidentifizierung vorgenommen werden sollte. Diese tatsächlichen Feststellungen waren für das BVerwG bindend, da die Revision ihnen nicht mit Verfahrensrügen entgegengetreten ist.[14] Allerdings wurden die Feststellungen des Berufungsgerichts auch nicht in Zweifel gezogen.

2.3 Anwendbarkeit des allgemeinen Polizeirechts

Der 6. Senat geht bei dem Überflug von einer faktischen *„Gefahrerforschungsma*ßnahme“ aus, die als Realakt auf die Generalklausel des Polizeirechts gestützt werden kann. Er lehnt zunächst die Anwendbarkeit der informationellen Befugnisse des gemäß Art. 125a Abs. 1 Satz 1 GG noch einschlägigen BVersG ab und will die §§ 12a, 19a BVersG nur für eine *„zielgerichtete Erhebung personenbezogener Daten“* gelten lassen. Außerdem wird unter Hinweis auf die eigene Rechtsprechung eine abschließende Regelung des geschützten Versammlungsvorfelds verneint.[15] Sodann werden ein vorliegender Gefahrenverdacht und als materielle Grundlage des Handelns der § 13 SOG MV begründet. Diese allgemeine Befugnis umfasse nach Darstellung des Gerichts *„auch Eingriffsmaßnahmen zur Klärung einer Gefahrensituation, wenn die Polizei aufgrund objektiver Umstände das Vorliegen einer Gefahr zwar für möglich, aber nicht für sicher hält.“*[16] Die tatbestandsmäßigen Mindestanforderungen für Verfügungen aus § 16 SOG MV werden indes nicht berücksichtigt.

2.4 Verhältnismäßigkeit im Lichte des Art. 8 Abs. 2 GG

Der zur Anfertigung von Luftbildern durchgeführte Überflug kann laut Urteilsbegründung als Teilakt eines Maßnahmenbündels auf das allgemeine Polizeirecht gestützt werden. Bei der Auslegung und Anwendung versammlungsbeschränkender Gesetze im Sinne des Art. 8 Abs. 2 GG müsse indes der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit strikt beachtet werden.[17] Zur Erreichung eines legitimen Zwecks seien Eingriffsmaßnahmen daher am hohen Stellenwert der Versammlungsfreiheit aus Art. 8 Abs. 1 GG zu messen.[18]

2.5 Einsatz des Kampfflugzeuges als technische Unterstützungshandlung

Schließlich ist der Überflug durch das BVerwG nicht als rechtswidriger *„Einsatz der Streitkräfte im Innern“,* sondern vielmehr *„als technische Unterstützungsleistung der Bundeswehr im Wege der Amtshilfe“* bewertet worden.[19] Dabei wurde berücksichtigt, dass ein Einsatz im Sinne des Art. 87a Abs. 2 GG nicht erst bei einem konkreten Vorgehen mit Zwang, sondern bereits bei einer Nutzung des Droh- und Einschüchterungspotenzials personeller oder sachlicher Mittel der Streitkräfte gegeben ist.[20]

3 Bewertung der Entscheidung

Die im Zentrum der Entscheidung stehende Feststellung eines Eingriffs in die Versammlungsfreiheit ist schlüssig, entspricht den bestehenden verfassungsrechtlichen Standards und verdient Beifall.[21] Die Argumentationslinien des OVG Greifswald und des VG Schwerin sind hingegen als nicht treffend abzulehnen. Dies gilt sowohl für die geforderte Mindestdauer einer Maßnahme mit Abschreckungsgehalt als auch für den Hinweis auf die hoheitliche Zielstellung. Die Eingriffsrelevanz einer hoheitlichen Maßnahme muss allein nach deren Wirkung auf die davon betroffenen Grundrechtsadressaten und nicht von der Zielrichtung her bewertet werden.
Fraglich ist hingegen die Ablehnung eines Eingriffs in das informationelle Selbstbestimmungsrecht. Dabei ist es zunächst nur schwer vorstellbar, dass – wie vom Berufungsgericht dargestellt[22] – eine Personenidentifizierung mit Sicherheit ausscheidet. Unabhängig davon ist aber auch die bloße Beobachtung von Versammlungsteilnehmern als Eingriff in das Recht auf informationelle Selbstbestimmung zu bewerten, ohne dass es bereits auf die Identifizierung ankommt.[23] Beobachtung, Auswertung und Speicherung stellen aus Sicht der betroffenen Personen vielmehr einen einheitlichen Lebenssachverhalt dar, so dass zumindest eine faktische Beeinträchtigung des Schutzgegenstandes vorliegt, die einer Grundrechtsgefährdung

gleichkommt.[24] Berechtigt konstatiert *Ullrich:*[25] *„Nicht das […] tatsächliche Handhaben der Technik […], sondern der für den Versammlungsteilnehmer objektiv bestehende Eindruck ist für die Einstufung als Eingriff entscheidend. Die Beobachtung einer Versammlung mittels Kameras oder vergleichbaren technischen Hilfsmitteln stellt daher stets einen Eingriff […] dar.“* Insoweit ist auch *Roggan* zuzustimmen, der im vorliegenden Fall kritisch von einer *„Abkehr vom modernen Eingriffsverständnis“* spricht.[26]

Deutlichen Widerspruch fordert schließlich die Heranziehung der Befugnisgeneralklausel des Polizeirechts. Zwar liegt im vorliegenden Fall kein finaler Eingriff vor, so dass der fehlenden Berücksichtigung des Zitiergebots aus Art. 19 Abs. 1 Satz 2 GG im SOG MV wohl keine durchgreifende Wirkung zukommt,[27] dennoch stehen die aus der Versammlungsautonomie[28] abzuleitenden Regelungen der §§ 12a, 19a BVersG einem pauschalen Rückgriff auf das allgemeine Polizeirecht entgegen. Zulässig ist bestenfalls eine Argumentation über den Erst-Recht-Schluss *„a maiore ad minus“* in Verbindung mit der Ergänzungstheorie des BVerwG.[29] Aber auch außerhalb des spezialgesetzlichen Regelungskreises dürften Realakte im Regiebereich des SOG MV stets an den Mindestanforderungen des § 16 SOG MV zu messen sein. Dies erscheint im Lichte der *„teleologischen Reduktion“*[30] zwingend, da Realakte als Synonym für informelles, tatsächliches Handeln erst in jüngerer Zeit durch Rechtsprechung und Rechtslehre Konturen erhalten haben.[31] Soweit ersichtlich unterscheiden insofern auch nur die §§ 13, 16 SOG MV und §§ 174, 176 LVwG SH zwischen befehlenden Verfügungen und Realakten mit Eingriffsqualität. In anderen Ländern erfolgt keine Differenzierung bei einer Anwendung der Generalklausel.

Vertretbar, wenngleich keinesfalls selbstverständlich,[32] ist letztlich die Bewertung des Tornado-Überflugs als technische Unterstützungsleistung im Wege der Amtshilfe nach Art. 35 Abs. 1 GG. Die Frage der verfassungsrechtlichen Einstufung von Unterstützungsmaßnahmen als zulässige Amtshilfe oder unzulässiger Einsatz der Bundeswehr im Innern ist ausschließlich aus einer objektiven Perspektive zu beurteilen und es kommt hier nicht darauf an, wie sich die Nutzung entsprechender Ressourcen aus Sicht möglicher Betroffener darstellt.[33]

4 Fazit

Positiv hervorzuheben ist, dass der 6. Senat des BVerwG den hohen Stellenwert der Versammlungsfreiheit grundsätzlich unterstrichen und berechtigt einen faktischen Eingriff in Art. 8 Abs. 1 GG angenommen hat. In der Gesamtschau kann die Entscheidung dennoch nicht überzeugen.[34] Dies gilt für die Ausführungen zum Datenschutz-Grundrecht, aber auch zum allgemeinen Polizeirecht, u.a. gestützt auf die eigene Entscheidung vom 25.7.2007 zu Meldeauflagen gegen gewaltbereite Globalisierungsgegner.[35] Auch in diesem Judikat hatte der Senat zunächst den Schutzbereich der Versammlungsfreiheit bejaht, als Grundlage für die eingriffsintensive Maßnahme dann jedoch die Generalermächtigung des Polizeirechts herangezogen. Im Gegensatz zu der damaligen Entscheidung ist im vorliegenden Fall indes der Rückzug auf die *„selbst angelegten Grenzen“* der Friedlichkeit und Waffenlosigkeit des Grundrechts[36] nicht möglich, so dass eine Umgehung der bereichsspezifischen Normen nicht in Frage kommt. Dieser erkennbare Begründungsmangel wird auch nicht durch den Hinweis auf die verfasste Verhältnismäßigkeit und die dazu ergangene Rechtsprechung des BVerfG[37] geheilt. Im Gegenteil, in der zitierten Entscheidung heißt es gerade:[38] Art. 8 Abs. 2 GG fordert *„eine bewusste und ausdrücklich auf die Versammlungsfreiheit der Bürger bezogene Regelung durch den Gesetzgeber. Die Eingriffsvoraussetzungen müssen in hinreichend bestimmter und normenklarer Weise zumindest in den Grundzügen vom Gesetzgeber selbst festgelegt werden.“* Diesen Bedingungen dürfte aber die Befugnisgeneralklausel nicht entsprechen, zumal der Anwendungsbereich der Norm durch eine verkürzende Interpretation des Senats sogar auf das Vorfeld der konkreten Gefahr ausgedehnt worden ist.

Anmerkungen

1. Prof. Hartmut Brenneisen ist Leitender Regierungsdirektor und im Fachbereich Polizei der FHVD tätig. Dirk Staack ist Polizeidirektor und Angehöriger des LKA Schleswig-Holstein. Beide sind Herausgeber und Autoren von zahlreichen Fachpublikationen sowie Lehrbeauftragte im Masterstudiengang „Public Administration – Police Management“.
2. BVerwG v. 25.10.2017, 6 C 45/16-juris (= NJW 2018, S. 716); vorgehend OVG Greifswald v. 15.7.2015, 3 L 9/12-juris und VG Schwerin v. 29.9.2011, 1 A 799/07-juris.
3. Davon 16 vom Camp Reddelich; vgl. VG Schwerin v. 29.9.2011, Rn 8.
4. BVerwG v. 25.10.2017, Rn 4, 5; dazu kritisch Roggan, NJW 2018, S. 716.
5. BVerwG v. 25.10.2017, Rn 7, 8, 9 (zum Verfahrensgang siehe oben).
6. Zur Föderalismusreform I vgl. Brenneisen/Wilksen/Staack/Martins, 2016, Versammlungsfreiheitsgesetz für das Land Schleswig-Holstein, Kommentar, Vorbemerkungen, Rn 9; Brenneisen/Wilksen, 2011, Versammlungsrecht, 4. Auflage, S. 64; Kniesel, in: Dietel/Gintzel/Kniesel, 2016, Versammlungsgesetze, Kommentierung, 17. Auflage, Teil I, Rn 1; Dürig-

Friedl, in: Dürig-Friedl/Enders, 2016, Versammlungsrecht, Kommentar, Einleitung, Rn 9; Lux, in: Peters/Janz, 2015, Handbuch Versammlungsrecht, S. 132; Ott/Wächtler/Heinhold, 2010, Gesetz über Versammlungen und Aufzüge, 7. Auflage, Einführung, S. 26.

7. BVerwG v. 25.10.2017, Rn 28.
8. OVG Greifswald v. 15.7.2015, Rn 60.
9. VG Schwerin v. 29.9.2011, Rn 40.
10. BVerwG v. 25.10.2017, Rn 36.
11. BVerwG v. 25.10.2017, Rn 31.
12. BVerfGE 65, 1.
13. OVG Greifswald v. 15.7.2015, Rn 68-70; vgl. auch VG Schwerin v. 29.9.2011, Rn 48, 50.
14. BVerwG v. 25.10.2017, Rn 15.
15. BVerwG v. 25.7.2007, 6 C 39.06 (= BVerwGE 129, 142).
16. BVerwG v. 25.10.2017, Rn 16.
17. BVerwG v. 25.10.2017, Rn 49.
18. Vgl. dazu BVerfGE 128, 226 (259 ff.).
19. BVerwG v. 25.10.2017, Rn 43.
20. BVerfGE 132, 1; 133, 241; BVerwG v. 25.10.2017, Rn 45; vgl. dazu auch Enders, JZ 2018, S. 457.
21. So auch Roggan, NJW 2018, S. 716 und Hahn, jurisPR-BVerwG 4/2018, Anm. 3; vgl. dazu Ullrich, 2018, Niedersächsisches Versammlungsgesetz, 2. Auflage, § 11, Rn 1; Brenneisen/Wilksen/Staack/Martins, 2016, aaO, § 10, Rn 6 (unter Hinweis auf OVG Koblenz v. 5.2.2015, 7 A 10683/14.OVG; OVG Lüneburg v. 24.9.2015, 11 LC 215/14; VG Hannover v. 14.7.2014, 10 A 226/13; VG Göttingen v. 11.12.2013, 1 A 283/12; v. 6.11.2013, 1 A 98/12; BayVGH v. 15.7.2008, 10 BV 07.2143.
22. OVG Greifswald v. 15.7.2015, Rn 69.
23. Petri, in: Lisken/Denninger/Rachor, 2012, Handbuch des Polizeirechts, 5. Auflage, S. 780.
24. VG Berlin v. 5.7.2010, VG 1 K 905.09; OVG Münster v. 8.5.2009, 16 A 3375/07; VG Münster v. 21.8.2009, 1 K 1403/08; vgl. dazu auch Kniesel, in: Dietel/Gintzel/Kniesel, 2016, aaO, § 12a, Rn 8.
25. Ullrich, 2015, Das Demonstrationsrecht, S. 446; ders., 2018, aaO, § 12, Rn 4.
26. Roggan, NJW 2018, S. 716.
27. Vgl. dazu kritisch Brenneisen/Wilksen/Staack/Martins, 2016, aaO, § 28, Rn 3 (m.w.N.), hier offengelassen VG Schwerin v. 29.9.2011, Rn 45.
28. Koll, 2016, Liberales Versammlungsrecht (Diss.), S. 91.
29. Vgl. dazu BVerwGE 64, 55 („Mörderbande-Fall“) und Brenneisen/Wilksen, 2011, aaO, S. 225.
30. Hunecke/Wiese, in: Brenneisen/Staack/Hunecke/Kischewski, 2018, Methodik, 2. Auflage, S. 100; Möllers, 2017, Juristische Methodenlehre, S. 224.
31. Becker/Brüning, 2014, Öffentliches Recht in Schleswig-Holstein, S. 143.
32. So auch Roggan, NJW 2018, S. 716.
33. BVerwG v. 25.10.2017, Rn 44; vgl. dazu Brenneisen/Schwarzer/Wein, in: Brenneisen/Staack/Kischewski, 2010, 60 Jahre Grundgesetz, S. 485 (m.w.N.).
34. So auch Roggan, NJW 2018, S. 716.
35. BVerwG v. 25.7.2007, 6 C 39.06.
36. BVerwG v. 25.7.2007, 6 C 39.06.
37. BVerfG v. 22.2.2011, 1 BvR 699/06; vgl. BVerwG v. 25.10.2017, Rn 49.
38. BVerfG v. 22.2.2011, Rn 80.

© Verlag Deutsche Polizeiliteratur