

Das Recht der inneren und äußeren Sicherheit

Band 21

Landesverteidigung

**Struktur, Reichweite und Entscheidungskompetenzen
der Einsatzbefugnisse der Streitkräfte zum Schutz
der Bundesrepublik Deutschland**

Von

Maximilian Orthmann



Duncker & Humblot · Berlin

MAXIMILIAN ORTHMANN

Landesverteidigung

Das Recht der inneren und äußeren Sicherheit

Herausgegeben von Prof. Dr. Dr. Markus Thiel, Münster

Band 21

Landesverteidigung

Struktur, Reichweite und Entscheidungskompetenzen
der Einsatzbefugnisse der Streitkräfte zum Schutz
der Bundesrepublik Deutschland

Von

Maximilian Orthmann



Duncker & Humblot · Berlin

Die Rechts- und Staatswissenschaftliche Fakultät
der Rheinischen Friedrich-Wilhelms-Universität Bonn hat diese Arbeit
im Jahre 2021 als Dissertation angenommen.

Bibliografische Information der Deutschen Nationalbibliothek

Die Deutsche Nationalbibliothek verzeichnet diese Publikation in
der Deutschen Nationalbibliografie; detaillierte bibliografische Daten
sind im Internet über <http://dnb.d-nb.de> abrufbar.

Alle Rechte vorbehalten
© 2023 Duncker & Humblot GmbH, Berlin
Satz: 3w+p GmbH, Rimpf
Druck: CPI books GmbH, Leck
Printed in Germany

ISSN 2199-3475
ISBN 978-3-428-18663-1 (Print)
ISBN 978-3-428-58663-9 (E-Book)

Gedruckt auf alterungsbeständigem (säurefreiem) Papier
entsprechend ISO 9706 ☺

Internet: <http://www.duncker-humblot.de>

Vorwort

Die Arbeit wurde im Sommersemester 2021 von der Rechts- und Staatswissenschaftlichen Fakultät der Rheinischen Friedrich-Wilhelms-Universität Bonn als Dissertation angenommen. Die Arbeit wurde im Wesentlichen im Mai 2021 fertiggestellt, danach konnten vereinzelte Aktualisierungen vorgenommen werden.

An erster Stelle gilt mein herzlichster Dank meinem Doktorvater Herrn Prof. Dr. Philipp Reimer. Seine außerordentliche Unterstützung, seine wertvollen Ratschläge und seine vertrauensvolle und wohlwollende Betreuung haben mich stets bei der Erstellung der Arbeit begleitet, wofür ich diesen im großen Maße danke. Durch seine Förderung und die Gewährung der nötigen wissenschaftlichen Freiheit ermöglichte er die Verfassung der Arbeit. Die Zeit an seinem Lehrstuhl hat mich hinsichtlich meines wissenschaftlichen Denkens wesentlich geprägt, wofür ich diesen aufrichtig danke.

Ferner danke ich Herrn Prof. Dr. Heiko Sauer für die rasche Erstellung des Zweitgutachtens. Außerdem möchte ich mich bei Herrn Prof. Dr. Dr. Markus Thiel für die Aufnahme in die Schriftenreihe des Rechts der inneren und äußeren Sicherheit bedanken. Zudem danke ich dem Bildungswerk des Deutschen Bundeswehrverbandes für ihre finanzielle Unterstützung.

Ein besonderer Dank für ihre Unterstützung, etwa durch tolle gemeinsame Zeiten, unermüdlich positive Zusprachen sowie mehr und weniger kluges Bier und Wein trinken, gilt Dr. Friederike Kunzendorf, Tilman Wörz, Oliver Jans, Benjamin Vandelaar, Pia Breidenbach und Vincent Schnell.

Größter Dank gilt meinen Eltern Carla und Dr. Reinhard Orthmann und meiner Schwester Dr. Natalie Orthmann, die durch ihre vorbehaltlose Unterstützung ein immerwährender Rückhalt sind und mir stets Motivation in anstrengenden Zeiten geben konnten.

Bonn, im Juli 2022

Maximilian Orthmann

Inhaltsverzeichnis

Teil 1

Einleitung	23
A. Cyberangriffe als „neue“ gefahrenabwehrrechtliche Aufgabe für die Streitkräfte	23
B. Ziel der Arbeit	26
C. Methodischer Gang der Untersuchung	26
D. Anstoß zur erneuten Betrachtung	28

Teil 2

Die Struktur der Wehrverfassung	30
--	----

Kapitel 1

Grundlagen zur Wehrverfassung	30
A. Überblick über die Wehrverfassung	30
I. Relevante wehrverfassungsrechtliche Normen	30
II. Überblick über die historische Entwicklung wehrverfassungsrechtlicher Normen	32
1. Aufstellung der Streitkräfte 1956	33
2. Notstandsnovelle 1968	35
B. Der Kerngehalt des Verteidigungsbegriffs	36
I. Der Verteidigungsbegriff als zentraler Ausgangspunkt	36
II. Die Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts	37
III. Notwendigkeit eines Angriffs	41
1. Normauslegung von Art. 87a Abs. 1 S. 1, Abs. 2 GG	41
a) Wortlaut	42
b) Historische Auslegung	42
c) Systematische Auslegung	44
d) Auslegung durch das Telos	46
e) Normstrukturelle Überlegungen	48
2. Bestätigung durch weitere Literatur	48
3. Zwischenergebnis	49

IV. Anforderungen an einen Angriff	49
1. Gemeinsamkeit der Beschreibung von Angriffsanforderungen	49
2. Bestehen von besonderen Anforderungen an den Angriff	49
a) Keine besonderen Anforderungen bei rein gefahrenbezogenem Verständnis	50
b) Argumentativer Bezug auf eine fehlende Praktikabilität	51
c) Widerspruch zur Kompetenzwertung des Art. 87a Abs. 4 S. 1 GG	52
d) Keine Verdrängung durch teleologische Erwägungen	54
aa) Bestehen einer angeblichen gefahrenabwehrrechtlichen Schutzlücke ..	54
bb) Bedeutung der Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts zum LuftSiG	55
cc) Historischer Vergleich zur Entstehung des Art. 35 Abs. 2, 3 S. 1 GG a. F.	57
dd) Gesellschaftliches und internationales Verständnis der Bundesrepublik zur Entstehungszeit	58
e) Zwischenergebnis	60
3. Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts	60
4. Völkerrechtliche Bestimmung	61
a) Literaturstimmen	61
b) Die Reichweite des Gebotes völkerrechtsfreundlicher Auslegung	64
c) Übertragung der Rechtsprechung zum wehrverfassungsrechtlichen Einsatz- begriff	65
d) Einordnung in ein (wehr-)verfassungsrechtliches System	67
e) Vergleich zur Etatbestimmung	68
f) Zirkelschluss einer völkerrechtlichen Auslegung	68
g) Auswirkungen völkerrechtlicher Normen	69
5. Verfassungsrechtliche Bestimmung	71
a) Historische Auslegung	71
aa) Die Berücksichtigung von Art. 73 Nr. 1 GG a. F. bei der Bestimmung von „militärischer Verteidigung“	71
bb) „Militärische Verteidigung“ als Inhalt des Art. 87a Abs. 1 S. 1, Abs. 2 GG	73
cc) Bedeutung von „militärischer Verteidigung“ für die Anforderungen an einen Angriff	74
b) Systematisches Argument	77
aa) Systematik gegenseitiger Abgrenzung	77
bb) Negativer Bestimmungsgehalt des Art. 35 Abs. 2 S. 2 1. Alt.; Abs. 3 S. 1 1. Alt. GG	79
cc) Negative Bestimmung durch Sonderbefugnisse im Verteidigungs- und Spannungsfall und schweren staatsgefährdenden Notstand	81
V. Zwischenergebnis	82
VI. Auswirkungen kumulativer Angreifer bzw. Angegriffener	83
1. Mögliche Szenarien	83

2. Keine Addition zu einem Angriff/Trennung in verschiedene Angriffe 84
 3. Auswirkungen auf und Subsidiarität der Kompetenzbereiche 85
 C. Sperrwirkung des Art. 87a Abs. 2 GG (In- und Auslandsbezug) 87

Kapitel 2

Verhältnis wehrverfassungsrechtlicher Normen zueinander 90

A. Das Dreiecksverhältnis von Verteidigung zum Verteidigungsfall und zum Schutz Ziviler vor Zivilen im Verteidigungsfall 90
 I. Das Verhältnis von Verteidigung zu den Sonderbefugnissen nach Art. 87a Abs. 3 GG 91
 II. Das Verhältnis von Verteidigung zum Verteidigungsfall 94
 III. Das Verhältnis der Sonderbefugnisse nach Art. 87a Abs. 3 GG zum Verteidigungsfall 98
 IV. Annex: Das Verhältnis zum Spannungsfall 99
 V. Zwischenergebnis 99
 B. Das Verhältnis von Verteidigung zum schweren staatsgefährdenden Notstand und Katastrophennotstand 100
 C. Das Verhältnis zu Art. 24 Abs. 2 GG 101
 I. Kerngehalt des Art. 24 Abs. 2 GG 102
 II. Verhältnis zum Verteidigungsauftrag 103
 III. Trennung der Regelungsbereiche 104
 IV. Beachtung der Wertungen des Art. 87a GG 106

Teil 3

Einsätze auf Grund eines Angriffs mit militärischer Dimension 108

Kapitel 1

Die Struktur des Verteidigungsbegriffs 108

A. Die innere Struktur des Verteidigungsbegriffs 108
 I. Ausgangsüberlegung 108
 II. Internes Stufenverhältnis 110
 III. Strukturierung konkreter Problematiken 110
 B. Das Verhältnis von Verteidigungslage und Verteidigungshandlung 111
 I. Verständnisweisen 111
 II. Auswirkung des internen Stufenverhältnisses 114
 III. Bestimmung des Zwecks 116

C. Das Verhältnis von Verteidigung zu anderen Begriffen und dogmatischen Mustern	119
I. Verhältnis zu anderen Verfassungsbestimmungen	119
1. Art. 26 GG	119
2. Art. 87b GG	120
3. Verteidigung nach Art. 73 Nr. 1 Alt. 2 GG	120
4. Verteidigung in Art. 79 Abs. 1 S. 2 GG	121
II. Verhältnis zu dogmatischen Mustern und Begriffen	123
1. Verhältnis zum strafrechtlichen Verteidigungsbegriff	123
2. Verhältnis zum Gefahrenabwehrrecht	124
3. Verhältnis zu grundrechtlichen und institutionellen Schutzpflichten	126

Kapitel 2

Die Verteidigungslage 131

A. Der Angriffsbegriff	131
I. Angriffsobjekt/Verteidigungsschutzgut	132
1. Abstraktes Schutzgut	133
a) Bestand des Bundes, der Länder und der freiheitlichen demokratischen Grundordnung	133
aa) Einführung des Verteidigungsbegriffs in das Grundgesetz	133
bb) Fortführung durch die Notstandsnovelle	135
cc) Aufgreifen in Rechtsprechung und Literatur	136
b) Eigenschutz der Streitkräfte	136
c) Zwischenergebnis	137
2. Konkreter Bezug auf einzelne Rechtsgüter	138
a) Bestand des Bundes und der Länder	139
b) Freiheitliche demokratische Grundordnung	140
c) Eigenschutz der Streitkräfte	142
d) Unterschied der abstrakten Schutzgüter	143
e) Zwischenergebnis	144
3. Mögliche Einschränkung durch außerstaatlichen Territorialbezug	145
a) Innerhalb deutschen Territoriums (Territorial-/Landesverteidigung)	146
b) Außerhalb deutschen Territoriums	147
aa) Einbeziehung deutscher Staatsangehöriger (Personalverteidigung)	147
(1) Eingeschränkter Schutzbereichsumfang	148
(2) Uneingeschränkter Schutzbereichsumfang	148
(a) Strukturverhältnis zum materiellen Verteidigungsfall	148
(b) Einschränkungendes Potential auf anderen Ebenen	150
(c) Wehrverfassungsrechtliche Schutzpflicht im Verhältnis zur grundrechtlichen Schutzpflicht	150

(d) Widersprüchlichkeit des Ergebnisses	152
(e) Zwischenergebnis	153
bb) Fremde Staatsangehörige bzw. Staatenlose	153
(1) Intervention zum Schutz von fremden Staaten und fremden Staatsangehörigen bzw. Staatenlosen	153
(2) Sonderstatus von verbündeten Drittstaaten bzw. Drittstaatsangehörigen (Bündnisverteidigung)	155
(a) Argumentation in der Literatur	155
(b) Keine direkte Einbeziehung von Drittstaaten	155
(c) Indirekte Einsatzbefugnis durch Gefährdungspotential	160
4. Zwischenergebnis zum Angriffsobjekt/Verteidigungsschutzgut	163
II. Der Angriffserfolg	164
1. Gefahr als Angriffserfolg	164
a) Kerngehalt des Gefahrenbegriffs	165
b) Bestätigung des Gefahrenverständnisses	166
aa) Bestätigung durch das abstrakte Schutzgut	166
bb) Betroffenheit sachlicher Güter/des konkreten Schutzgutes	167
cc) Richtungsweisende Tendenz durch Völkerrecht	170
dd) Auflösung mittelbarer Verursachungen	172
c) Zwischenergebnis	174
2. Funktionale Perspektive der Gefahrenschwelle	174
3. Zeitliche Perspektive der Gefahrenschwelle	175
a) Vergangenheitsgerichtete Perspektive (ex post)	175
b) Zukunftsgerichtete Perspektive (ex ante)	175
c) Mischformen	176
d) Vorzugswürdige Perspektive	176
aa) Notwendigkeit einer zukunftsgerichteten Perspektive	176
bb) Gefahrenabwehr anstatt Gefahrenhinnahme	176
cc) Keine Befugnis zu unmöglichen Handlungen	177
dd) Verständnis als „Abwehr eines Angriffs“	178
ee) Bestimmbarkeit des Endes einer Einsatzbefugnis	178
ff) Zwischenergebnis	179
gg) Indirekte Auswirkung des Schadensausmaßes als Indikator der Wahrscheinlichkeit neuen Schadens	179
(1) Schadensverhinderung gegenüber Schadensbeseitigung	179
(2) Bedeutung eines eingetretenen Schadens	181
4. Überschreiten der Gefahrenschwelle auf Grund gesamtstaatlicher Auswirkung und gesellschaftlicher Intensität	181
a) Militärischer Eigenschutz	182
b) Rückschluss aus dem militärischen Eigenschutz	183
c) Gesellschaftliche Wertung als Tatbestandsmerkmal	185

d) Einordnung im wehrrechtlichen Gesamtkontext	186
5. Zwischenergebnis: Gefahrenbegriffsorientierung des Angriffserfolgs	187
III. Angriffshandlung	188
1. Kerngehalt: Hervorrufen eines Angriffserfolgs	188
2. Umfang der notwendigen Handlung	188
a) Notwendigkeit einer menschlichen Handlung	188
b) Vermeintliche Grenzfälle	190
c) Keine Notwendigkeit eines subjektiven Merkmals	191
d) Keine Notwendigkeit eines hinreichend qualitativen Grads an Rückführbarkeit zu einem bestimmten Angreifer	192
3. (Verfassungs-)Rechtswidrigkeit der Angriffshandlung	194
a) Notwendigkeit einer Rechtswidrigkeitsanforderung	194
b) (Verfassungs-)Rechtfertigungsgründe	196
aa) Einwilligung durch den deutschen Staat	196
bb) Fremde Verteidigungshandlung	198
4. Zwischenergebnis zur Angriffshandlung	199
IV. Zwischenergebnis zum Angriffsbegriff	199
B. Die militärische Dimension	199
I. Kerngehalt des militärischen Bezugs	200
1. Ausgangsüberlegung	200
2. Militärischer Angegriffener bzw. Angegriffenes	200
3. Militärischer Angreifer	200
a) Annäherung durch das Gegenstück des zivilen Personenstatus	201
b) Verfassungsrechtlicher Rückschluss aus Art. 65a GG	201
c) Verfassungsrechtlicher Rückschluss aus Art. 87a Abs. 1 S. 2 GG	202
d) Verfassungsrechtlicher Rückschluss aus Art. 87a Abs. 4 GG	202
e) Zwischenergebnis	203
f) Weiteres hinzukommendes Merkmal	203
aa) Gefahrenherkunftsort außerhalb deutschen Territoriums	204
bb) Fremdstaatlichkeit	205
cc) Verhältnis der möglichen zusätzlichen Merkmale	206
dd) Eigene Wertung	207
4. Zwischenergebnis	212
II. Das Merkmal der Bewaffnung	212
1. Abstrakter Bedeutungsgehalt	213
a) Technisches Verständnis durch den Wortlaut von „militärisch bewaffneter“	213
b) Untechnisches Verständnis durch systematischen Ausgangspunkt	214
c) Verhältnis der Verständnisweisen	216
d) Modifizierung des Angriffserfolgs	217

- 2. Konkreterer Bedeutungsgehalt und Überschreiten der Intensitätsschwelle 219
 - a) Umfassende territoriale und personelle Schutzwirkung 219
 - b) Ausgrenzung einzelner Schutzgüter 220
 - aa) Ausschluss durch fehlende Relevanz selbst bei höchster Intensität 220
 - bb) Umkehr der Betrachtung 221
 - c) Relevanz bei höchster Intensität 222
 - (1) Funktionalität grundlegender staatlicher Institutionen 222
 - (2) Leben 222
 - (3) Körper 222
 - (4) Fortbewegungsfreiheit 223
 - (5) Eigentum 223
 - (6) Allgemeines Persönlichkeitsrecht bzw. informationelle Selbstbestimmung 224
 - (7) Weitere Rechtsgüter 224
 - (8) Folgebetrachtung 225
 - c) Beachtung der Vulnerabilität 225
 - d) Überschreiten der entsprechenden Intensitätsschwelle 226
 - e) Kumulation mehrerer Angriffe („Nadelstichtaktik“) 227
- 3. Zwischenergebnis 229
- III. Das Merkmal der Organisationsstruktur 230
 - 1. Konkretisierung durch Art. 65a GG 230
 - 2. Bedeutung für den militärischen Angreifer 231
 - 3. Modifizierung der Angriffshandlung 232
 - 4. Zwischenergebnis 232
- IV. Das Merkmal der (Fremd-)Staatlichkeit 233
 - 1. Notwendigkeit einer Zwischenstaatlichkeit 233
 - a) Staatlichkeit durch Zurechnung der Handlung 233
 - b) Angriffshandlung als Bezugspunkt 234
 - c) Abstraktheit des Zurechnungsadressaten 234
 - 2. Zurechnung durch hierarchisch höchste staatliche Stelle der Organisationsstruktur 235
 - a) Art. 65a GG als (teilweiser) Zurechnungsmaßstab 235
 - b) Übertragung auf den militärischen Angreifer 236
 - 3. Zurechnung ohne höchste staatliche Befehls- und Kommandostelle 237
 - a) Der „Unwilling-or-unable“-Test 238
 - b) „Unwillen“ oder „Unfähigkeit“ als verfassungsrechtlicher Zurechnungsmaßstabes 239
 - aa) Verankerung im Bund-Länder-Verhältnis 239
 - bb) Verankerung durch Schutzpflicht des deutschen Staates im internationalen Verkehr 241
 - (1) Grundprinzip der Schutzpflicht 241

(2) Schutzpflichtdimension der Grundrechte	242
(3) Schutzpflichtdimension des Art. 26 Abs. 1 GG und der Präambel	243
(4) Übertragbarkeit der Schutzpflichtdimensionen	244
c) Keine Modifikation des Angriffshandlungsbegriffs	246
4. Zwischenergebnis	247
V. Verhältnis der verschiedenen Merkmale der militärischen Dimension	248
1. Ausgangsüberlegung	248
2. Vermutung einer Organisation und Staatlichkeit bei militärischer Bewaffnung	248
3. Vermeintliches Potential verfassungswidriger Einsätze	250
4. Organisation und Staatlichkeit durch Bewaffnung	251
VI. Zwischenergebnis	252
C. Zusammenfassung zur Verteidigungslage	253

Kapitel 3

Die Verteidigungshandlung	253
A. Grundlagen zur Verteidigungshandlung	253
I. Notwendigkeit einer Verteidigungslage	253
II. Einsatzqualität der Verteidigungshandlung	254
III. Funktionale Ausrichtung einer Verteidigungshandlung	254
IV. Adressat der Verteidigungshandlung	256
1. Kein Kriterium der Unmittelbarkeit	256
2. Maßnahmen gegen Dritte	257
V. Vorfeld- und Aufklärungsmaßnahmen	258
B. Einschränkung von Verteidigungshandlungen	260
I. Unmöglichkeit	260
II. Unmittelbar geltendes (humanitäres) Völkerrecht	261
1. Geltung von Völkerrecht	261
2. Ius in bello	262
III. Einschränkungsründe mit Auslegung durch und Verweis auf Völkerrecht	262
1. Störung des friedlichen Zusammenlebens der Völker nach Art. 26 GG	263
2. Allgemeine Regeln des Völkerrechts nach Art. 25 GG	264
3. Völkervertragsrecht nach Art. 59 Abs. 2 GG	265
4. Europäische Integration nach Art. 23 Abs. 1 GG	265
5. Systeme gegenseitiger kollektiver Sicherheit nach Art. 24 Abs. 2 GG	265
6. Schiedsgerichtsbarkeit nach Art. 24 Abs. 3 GG	266
IV. Grundrechtsschutz	267
1. Grundrechtsschutz Betroffener	267
a) Grundrechtlicher Grundsatz der Verhältnismäßigkeit	268

b) Besonders herauszustellende Konstellationen	269
aa) Betroffenheit eines militärischen Angegriffenen	269
bb) Identitätsunklarheit des Angreifers und Belastung Dritter	271
2. Grundrechtsschutz der eingesetzten Streitkräfte	272
V. Rechtsstaatlicher Grundsatz der Verhältnismäßigkeit	273
VI. Zwischenergebnis	274
C. Entscheidung über eine Verteidigungshandlung	274
I. Trennung zwischen Vornahme und Art und Weise der Ausführung der Verteidigungshandlung	275
II. Vornahme einer Verteidigungshandlung	275
1. Inzidente Wertung über das Vorliegen einer Verteidigungslage	275
a) Entscheidung hinsichtlich des Vorliegens einer Verteidigungslage	275
b) Anforderungen an eine behördliche Annahme einer Verteidigungslage	275
c) Entscheidungszuständigkeit über Vorfeld- und Aufklärungsmaßnahmen	277
d) Nachträgliche Veränderung einer Schadenspotentialbewertung	278
aa) Nachträgliches Herausstellen einer Verteidigungslage	278
bb) Nachträgliches Herausstellen keiner Verteidigungslage	279
2. Entscheidung des Inhabers/der Inhaberin der Befehls- und Kommandogewalt	281
3. Legislativvorbehalt	282
a) Abgrenzung zum Parlamentsvorbehalt	283
b) Systematische Begründung eines Legislativvorbehalts	284
aa) Legislative Mitwirkungsrechte	284
bb) Einbeziehung des Bundesrates in den Vorbehalt	285
(1) Unzureichender Rückschluss des Bundesverfassungsgerichts	286
(2) Heranziehung des Wesentlichkeitsgedankens	289
(3) Vergleichbarkeit zum Gesetzgebungs- und Transformationsverfahren	290
(4) Vergleichbarkeit zu durch den Bundesrat zustimmungspflichtigen Szenarien	292
(5) Zwischenergebnis eines einheitlichen Vorbehalts	292
cc) Umfang der Beteiligung des Bundesrates	293
c) Voraussetzungen des Legislativvorbehalts	294
aa) Vorhersehbarkeit bewaffneter Auseinandersetzungen	294
(1) Qualifizierte Erwartung an eine bewaffnete Unternehmung	294
(2) Entscheidungszuständigkeit bezüglich bewaffneter Auseinandersetzung	295
bb) Keine Eilbedürftigkeit	296
cc) Keine Notwendigkeit eines Auslandsbezugs	297
dd) Notwendigkeit einer Wesentlichkeit	299
(1) Legislativvorbehalt als Ausfluss der Wesentlichkeitstheorie	299

(2) Wesentlichkeit bei zwischenstaatlicher Relevanz	299
d) Überlagerung durch Feststellung des Verteidigungsfalls nach Art. 115a GG	301
aa) Inzidente Entscheidung zur Vornahme von Verteidigungshandlungen	301
bb) Rechtsfolge einer fehlenden Feststellung des Verteidigungsfalls	302
cc) Auswirkungen einer Fiktion nach Art. 115a Abs. 4 GG	303
(1) Notwendigkeit einer Bewertungskompetenz als Merkmal	303
(2) Bewertungskompetenz der Bundesregierung	305
(3) Zwischenergebnis	307
4. Regierungsentscheidung	308
5. Gerichtliche Überprüfbarkeit	309
III. Art und Weise der Ausführung der Verteidigungshandlung	309
IV. Zwischenergebnis	310
D. Zusammenfassung zur Verteidigungshandlung	311

Teil 4

Einsätze bei Szenarien ohne militärische Dimension	312
---	-----

Kapitel 1

Sonderbefugnisse im Verteidigungs- bzw. Spannungsfall nach Art. 87a Abs. 3 GG	312
--	-----

A. Grundlagen zu den Sonderbefugnissen im Verteidigungs- bzw. Spannungsfall	312
I. Eigenständige Einsatzbefugnis oder Modifizierung der Verteidigungsbefugnis . .	313
II. Einsatzbefugnisse des Art. 87a Abs. 3 GG	314
III. Das Dreiecksverhältnis von Verteidigungsfall, Verteidigungsbegriff und den Sonderbefugnissen nach Art. 87a Abs. 3 GG	315
B. Verteidigungsakzessorische Sonderbefugnisse nach Art. 87a Abs. 3 S. 1 GG	316
I. Die Einsatzlage verteidigungsakzessorischer Sonderbefugnisse nach Art. 87a Abs. 3 S. 1 GG	317
1. Verteidigungsfall	317
a) Notwendigkeit eines formellen Verteidigungsfalls für Art. 87a Abs. 3 GG	317
b) Merkmale des materiellen Verteidigungsfalls	319
aa) Angriff	320
(1) Gleichsetzen der Angriffsbegriffe	320
(2) Folge der Gleichsetzung	321
bb) Sachliches Merkmal („Waffengewalt“)	323
(1) Untechnisches Verständnis	323
(2) Waffengewalt als besonders qualifizierter Angriffserfolg	324

C. Übertragung verteidigungsunabhängiger Sonderbefugnisse nach Art. 87a Abs. 3	
S. 2 GG	351
I. Synonymität hinsichtlich der Einsatzlage und Einsatzhandlung zu Art. 87a Abs. 1	
S. 1 GG	351
II. Besonderheiten der verteidigungsunabhängigen Sonderbefugnis	352
1. Kein Erforderlichkeitszusammenhang	352
2. Einsatzhandlungen als Unterstützung	352
3. Notwendigkeit einer Überforderung	353
4. Befugnis durch Übertragungsakt	354
a) Notwendigkeit eines Übertragungsaktes als Voraussetzung	354
b) Entscheidungskompetenz einer Übertragung	355

Kapitel 2

Der schwere staatsgefährdende Notstand	356
A. Die Einsatzlage des schweren staatsgefährdenden Notstands	356
I. Allgemeine Voraussetzungen der Einsatzlagen des schweren staatsgefährdenden Notstands	357
1. Drohende Gefahr für den Bestand des Bundes, eines Landes oder dessen freiheitlicher demokratischer Grundordnung	357
a) Bezugspunkte des Gefahrenbegriffs	357
b) Konkretisierung des Schadensausmaßes (schwere Staatsgefährdung)	359
c) Konkretisierung der Eintrittswahrscheinlichkeit (drohend)	361
d) Quantitative und qualitative Gefahrenbegründung	362
2. Gefahrenkonstellation	363
a) Zivile Konstellation/Subsidiarität gegenüber dem Verteidigungsbegriff	363
b) Widerlegung der Vermutung einer Staatlichkeit/Organisation	364
3. Subsidiarität gegenüber Art. 91 Abs. 2 GG	365
4. Rückschluss für den Begriff der Verteidigung	365
II. Besonderheit der Einsatzlage zum Schutz ziviler Objekte (Var. 1)	365
1. Gefahr für ein ziviles Objekt	366
2. Keine Gefahrenbegründung in organisierter Struktur	366
3. Keine Notwendigkeit einer Inlandsherkunft	366
III. Besonderheit des Aufruhrnotstands (Var. 2)	367
1. Vorliegen militärischer und organisierter Aufständischer	367
2. Notwendigkeit einer Inlandsherkunft der Aufständischen	368
B. Einsatzhandlungen des schweren staatsgefährdenden Notstands	369
I. Objektiver Funktionalbezug der Einsatzhandlung	369
II. Einsatzhandlung als Unterstützung der Polizeikräfte	370
III. Auslöser und Reichweite defensiver Schutzmaßnahmen (Var. 1)	371

IV. Auslöser und Reichweite von Kampfhandlungen (Var. 2) 373
 C. Feststellungskompetenzen hinsichtlich des Aufruhrnotstands 374

Kapitel 3

Hilfseinsätze im Katastrophennotstand 375

A. Verhältnis zum schweren staatsgefährdenden Staatsnotstand 376
 B. Bundeslandbezogene Hilfseinsätze nach Art. 35 Abs. 2 S. 2 GG 377
 I. Einsatzlage des Katastrophennotstands nach Art. 35 Abs. 2 S. 2 GG 377
 1. Gefahrenauslöser 378
 a) Naturkatastrophe 378
 b) Besonders schwerer Unglücksfall 379
 c) Einfluss menschlicher Verursachung 379
 2. Gefahrenintensität 381
 a) Mindestgefahrenintensität 382
 b) Maximale Gefahrenintensität bei besonders schweren Unglücksfällen 383
 c) Auswirkung auf den wehrverfassungsrechtlichen Kontext 384
 3. Bundeslandbezogener Gefahrenbezug 385
 4. Anforderung durch ein Bundesland 386
 II. Einsatzhandlungen des Katastrophennotstands nach Art. 35 Abs. 2 S. 2 GG 388
 1. Erforderlichkeit 388
 2. Territorialer Zweckbezug 389
 3. Keine territoriale Ausführungsbegrenzung 389
 4. Weitere Einschränkungen von Einsatzhandlungen 390
 III. Entscheidungskompetenzen hinsichtlich Art. 35 Abs. 2 S. 2 GG 390
 IV. Zwischenergebnis 393
 C. Bundesländerübergreifende Hilfseinsätze nach Art. 35 Abs. 3 S. 1 GG („Bundesintervention“) 394
 I. Grundsätzliche Übertragbarkeit der Ausführungen 394
 II. Besonderheiten des bundesländerübergreifenden Hilfseinsatzes gegenüber einem bundeslandbezogenen Hilfseinsatz 395
 1. Territoriale Betroffenheit mehrerer Bundesländer 395
 2. Erforderlichkeit 395
 3. Verfahrensvoraussetzung 396
 4. Entscheidungskompetenzen 396
 III. Zwischenergebnis 397

Teil 5

Zusammenfassung der Thesen und Prüfungsschemata	398
Literaturverzeichnis	406
Stichwortverzeichnis	420

Abbildungsverzeichnis

Abbildung 1: Befugnisse bei kumulativen Angriffen	85
Abbildung 2: Dreieckverhältnis von Art. 87a, 80a und 115a GG	100
Abbildung 3: Teilung des Verteidigungsbegriffs	109
Abbildung 4: Strukturierung des Verteidigungsbegriffs	111
Abbildung 5: Verhältnis der Verteidigungselemente	116
Abbildung 6: Übersicht der Schutzpflichten	128
Abbildung 7: Vergleich der konkretisierten Schutzgüter	145
Abbildung 8: Intensitätsschwelle eines Angriffs	184
Abbildung 9: Intensitätsschwelle der militärischen Bewaffnung	219
Abbildung 10: Schutzpflichtdimension aus den Grundrechten	243
Abbildung 11: Schutzpflichtdimension aus Art. 26 GG und der Präambel	244
Abbildung 12: Entscheidungskompetenz zur Vornahme einer Verteidigungshandlung ..	311
Abbildung 13: Verständnismöglichkeiten des Verteidigungsfalls	318
Abbildung 14: Intensitätsschwelle der Waffengewalt	325
Abbildung 15: Intensitätsschwelle der schweren Staatsgefährdung	361
Abbildung 16: Intensitätsschwelle für Naturkatastrophen und besonders schwere Unglücksfälle	385
Abbildung 17: Übersicht der Intensitätsschwellen	400
Abbildung 18: Dreieckverhältnis von Art. 87a, 80a und 115a GG	401
Abbildung 19: Übersicht über die Einsatzbefugnisse Teil 1	402
Abbildung 20: Übersicht über die Einsatzbefugnisse Teil 2	402
Abbildung 21: Übersicht über die Einsatzbefugnisse Teil 3	403
Abbildung 22: Simplifiziertes Prüfungsschema der Einsatzbefugnisse Teil 1	403
Abbildung 23: Simplifiziertes Prüfungsschema der Einsatzbefugnisse Teil 2	404
Abbildung 24: Übersicht über die Entscheidungskompetenzen Teil 1	404
Abbildung 25: Übersicht über die Entscheidungskompetenzen Teil 2	405
Abbildung 26: Übersicht über die Entscheidungskompetenzen Teil 3	405

Teil 1

Einleitung

A. Cyberangriffe als „neue“ gefahrenabwehrrechtliche Aufgabe für die Streitkräfte

Das Thema der Digitalisierung und deren Folgen beschäftigt unsere Gesellschaft in vielerlei Facetten. Ein Teil der Digitalisierung ist das mit dieser einhergehende Schadenspotential durch die damit korrespondierenden Cyberangriffe.¹ Dass es sich bei Gefahren auf Basis von Cyberangriffen nicht nur um theoretisches „Neuland“ handelt, sondern praktische Begebenheiten vorliegen, belegen Statistiken und fundierte Nachrichten. Das Bundesamt für Sicherheit in der Informationstechnik (BSI) verzeichnete im Jahre 2020 über 117,4 Millionen verschiedene neue Schadprogrammvarianten, die permanent, wenn auch überwiegend ohne Erfolg, Computersysteme angreifen.² Darüber hinaus steigern sich die Angriffe in Koordination und Intensität. Die Liste der Cyberangriffe, etwa die von der Literatur häufig benannten Cyberangriffe auf Estland 2007³, Georgien 2008⁴, iranische Kernkraftwerke 2010⁵, medial weit ausgerollte Cyberangriffe auf Sony im Jahre 2014⁶, den Deutschen

¹ Exemplarisch: *Friederichs*, Gehackt: Cyberangriffe auf die Wirtschaft, 06.09.2019, ZEIT Online, <https://www.zeit.de/2019/03/datenschutz-cyberangriffe-unternehmen-digitalisierung-ri-siken-datendiebstahl-hacker>.

² *Bundesamt für Sicherheit in der Informationstechnik*, Die Lage der IT-Sicherheit in Deutschland 2020, S. 19, https://www.bmi.bund.de/SharedDocs/downloads/DE/veroeffentlichungen/2020/bsi-lagebericht-cybersicherheit-2020.pdf?__blob=publicationFile&v=5.

³ Exemplarisch: Cyber-Angriffe auf Estland alarmieren EU und Nato, 17.05.2007, Spiegel Online, abrufbar unter: <http://www.spiegel.de/netzwelt/web/russland-unter-verdacht-cyber-an-griffe-auf-estland-alarmieren-eu-und-nato-a-483416.html>; näheres dazu: *Tikk/Kaska/Vihul*, International Cyber Incidents: Legal Considerations, 15.

⁴ Vgl. *Tikk/Kaska/Rünnimeri/Kert/Talihärm/Vihul*, Cyber Attacks Against Georgia: Legal Lessons Identified, 4.

⁵ Hinsichtlich des dort verwendeten Stuxnet-Wurms: *Rosenbaum*, The Triumph of Hacker Culture, 21.01.2011, Slate, <http://www.slate.com/id/2281938/>.

⁶ Vgl. *Van Der Werff/Lee*, The 2014 Sony hacks, explained, 03.06.2015, VOX, <https://www.vox.com/2015/1/20/18089084/sony-hack-north-korea>.

Bundestag 2015⁷ bis hin zu länderübergreifenden Angriffen auf Krankenhäuser Ende Juni 2017⁸, das Datennetz der Bundesverwaltung (IVBB) 2017 bzw. 2018⁹, das österreichische Außenministerium 2019¹⁰ oder Cyberangriffe 2020 durch die Software Goldenspy, vor dem etwa das Bundesamt für Verfassungsschutz und das Bundeskriminalamt explizit warnen¹¹, ist die Liste an Cyberangriffen lang und wächst kontinuierlich an. Zumal die hier exemplarisch benannten Angriffe lediglich einen Bruchteil darstellen, da nur die öffentlich bekannt gemachten Angriffe als Basis dienen. Denn Cyberangriffe sind verglichen mit anderen „klassischen“ Gefahren ohne breite Öffentlichkeitswirksamkeit durchzuführen. Dass es sich hierbei nicht um Einzelfallphänomene handelt, sondern die Wahrscheinlichkeit von Cyberangriffen vergleichsweise hoch ist, verdeutlicht bspw. der Kommentar der Bundeskanzlerin Merkel im Bundestag bezüglich eines Cyberangriffs auf die Deutsche Telekom im November 2016:

„Solche Cyberangriffe, auch solche wie es [...] heißt, hybride Auseinandersetzungen, gehören zum Alltag. Wir müssen lernen damit umzugehen.“¹²

Ähnlich über die Relevanz von Cyberangriffen, jedoch bezogen auf das Schadenspotential von Cyberangriffen, äußerte sich der damalige US-amerikanische Verteidigungsminister Panetta bereits im Jahre 2012:

„A cyber attack perpetrated by a nation states or violent extremists groups could be as destructive as the terrorist attack on 9/11.“¹³

Aus technischer und praktischer Sicht stellt sich dabei als ein wesentliches Problem bei Cyberangriffen die teils schwierige und langandauernde Rückverfol-

⁷ Exemplarisch: *Beuth/Biermann/Klingst/Stark*, Merkel und der schicke Bär, 10.05.2017, ZEIT Online, <https://www.zeit.de/2017/20/cyberangriff-bundestag-fancy-bear-angela-merkel-hacker-russland>.

⁸ Exemplarisch: *Briegleb*, WannaCry: Was wir bisher über die Ransomware-Attacke wissen, 13.05.2017, Heise Online, <https://www.heise.de/newsticker/meldung/WannaCry-Was-wir-bisher-ueber-die-Ransomware-Attacke-wissen-3713502.html>.

⁹ Vgl. *Beuth/Gruber*, Das steckt hinter dem Hackerangriff aufs Regierungsnetz, 01.03.2018, Spiegel Online, <https://www.spiegel.de/netzwelt/netzpolitik/regierungsnetz-gehackt-wer-steckt-dahinter-und-was-passiert-jetzt-a-1195914.html>.

¹⁰ Vgl. Österreichisches Bundesministerium für europäische und internationale Angelegenheiten, Cyberangriff auf das Außenministerium ist beendet, 13.02.2020, <https://www.bmeia.gv.at/das-ministerium/presse/aussendungen/2020/02/cyberangriff-auf-das-aussenministerium-ist-beendet/>.

¹¹ *Bundesamt für Verfassungsschutz/Bundeskriminalamt*, Mögliche Cyberspionage mittels der Schadsoftware GOLDENSPY, 21.08.2020, https://www.bka.de/SharedDocs/Kurzmeldungun/gen/DE/Warnhinweise/200821_Cyberspionage.html.

¹² Bundesregierung, Pressekonferenz von Bundeskanzlerin Merkel und dem Premierminister der Republik Malta Joseph Muscat, 29. 11. 2016; abrufbar unter: <https://www.bundeskanzlerin.de/bkin-de/aktuelles/pressekonferenz-von-bundeskanzlerin-merkel-und-dem-premierminister-republik-malta-joseph-muscat-843576>.

¹³ *U.S. Department of Defense*, Defending the Nation from Cyber Attack, 11.10.2012, <https://www.hsdl.org/?view&did=723712>.

gung dar.¹⁴ Wenn festgestellt wird, dass man angegriffen wird bzw. wurde, ist in der überwiegenden Mehrzahl der Fälle nicht klar, wer hinten dem Angriff steht.¹⁵ Rückverfolgungsmöglichkeiten sind sowohl begrenzt als auch langwierig. Die Verursacher eines Cyberangriffs können durch Verschleierung ihrer Angriffe oder das Hinterlassen falscher Spuren eine Rückverfolgung auf sich selbst verhindern.¹⁶ Eine Rückverfolgung ist, aus praktischer Sicht meist, wenn überhaupt, auf Regionen oder enger begrenzte Orte beschränkt. Die wirklichen Identitäten der Angreifer herauszufinden gestaltet sich aufwands- und zeitintensiv mit nur geringer Erfolgswahrscheinlichkeit.¹⁷ Eine mit an überragender Sicherheit grenzende Wahrscheinlichkeit erfolgreicher Rückverfolgung ist insoweit gehemmt. Dieses Zurechnungsproblem wird in Anlehnung an die Psychologie als Attributionsproblematik beschrieben.¹⁸ Hinzu kommt, dass Cyberangriffe vergleichsweise geringe Kosten für einen Angreifenden verursachen. Kombiniert mit der teils schwierigen Attribution steht einem Gegner eine Möglichkeit zur Verfügung mit geringem finanziellem und technischem Aufwand und limitiertem Risiko einen großen Schaden zuzufügen. Dies lässt eine Intensivierung dieses Angriffsmodus und ein vermehrtes Auftreten von Cyberangriffen annehmen.

Teil der deutschen Sicherheitsarchitektur und Behörde zur Gefahrenabwehr sind die Streitkräfte. Cyberangriffe und ihre Abwehr können Aufgabe der Streitkräfte sein.¹⁹ Eine vorgenommene Aufrüstung der Bundeswehr im cyberoperativen Bereich durch Einrichtung des Kommando Cyber- und Informationsraum (KdoCIR) bezieht dies ein und reagiert hierauf.²⁰

Die Einrichtung des Organisationsbereichs zum Einsatz gegen Cyberangriffe fokussiert ebenso die Frage, wann überhaupt die Streitkräfte eingesetzt werden können.²¹ Hierzu trifft das Grundgesetz an verschiedenen Stellen eine Aussage.

¹⁴ Ein Überblick über die technischen Herausforderungen: *Karies/Venter*, Taxonomy of Challenges for Digital Forensics, Journal of Forensic Science, Vol. 60 (2015), 887 ff.; *Schulze*, Cyber-,War“ – Testfall der Staatenverantwortlichkeit, S. 36; generell die technischen Grenzen aufzeigend: *Chaikin*, Network investigations of cyber attacks: the limits of digital evidence, Crime Law Society Change, Vol. 46 (2006), 239, insbesondere: 254; aus völkerrechtlicher Sicht: *Krieger*, Krieg gegen anonymous, AVR 50 (2012), 1 (4); *Gayken*, in: Schmidt-Radefeldt/Meissler (Hrsg.), Automatisierung und Digitalisierung des Krieges, Die vielen Plagen des Cyberwar, S. 89 ff.

¹⁵ *Schulze*, Cyber-,War“ – Testfall der Staatenverantwortlichkeit, S. 38.

¹⁶ Bezüglich der Verschleierung von IP-Adressen: *Hollis*, An e-SOS for Cyberspace, Harvard International Law Journal, Vol. 52 (2011), 398.

¹⁷ *Krieger*, Krieg gegen anonymous, AVR 50 (2012), 1 (4).

¹⁸ Dazu: *Johnigk/Nothdurft*, Attributierung von Cyberangriffen, Dossier 79, Wissenschaft und Frieden 03/2015.

¹⁹ Vgl. *Knoll*, Streitkräfteeinsatz zur Verteidigung gegen Cyberangriffe, S. 64 ff.

²⁰ Exemplarisch: *Bundesministerium für Verteidigung*, Entwicklung des Organisationsbereichs bei der Bundeswehr, <https://www.bmvg.de/de/themen/cybersicherheit/cyber-verteidigung/entwicklung-des-org-bereich-bei-der-bw>.

²¹ Zur europäischen Cybersicherheit: *Leuschner*, Sicherheit als Grundsatz, S. 206 ff.