

Kapitel 2: Kosten-Nutzen-Abwägungen und Schutzpflichtendogmatik

Die voranstehenden Ausführungen haben gezeigt, dass Wirtschaftlichkeitsüberlegungen jedenfalls auch ein Bestandteil der Rechtsordnung sind. Dass das Sicherheitsrecht von entsprechenden Wirtschaftlichkeitserwägungen per se ausgenommen wäre, ist nicht ersichtlich. Wenn auch der Schutz seiner Bürger eine essenzielle Legitimationsgrundlage und Aufgabe des neuzeitlichen Staates darstellt, so ist doch zuzugeben, dass *absolute* Sicherheit eine Utopie bleiben muss, sodass jede Anstrengung letztlich nur die Annäherung an einen nicht erreichbaren Idealzustand darstellt³⁵⁷.

Überdies ist zu berücksichtigen, dass die „kostenblinde“ Fokussierung auf die effektive Erfüllung einzelner oder weniger Staatsziele zwingend zur Folge haben muss, dass andere verfassungsrechtlich oder gesetzlich vorgegebene Aufgaben mangelhaft erfüllt würden³⁵⁸. Auch im Kontext des Sicherheitsrechts kann es somit nicht um ein grundsätzliches „Ob“ der Kosten-Nutzen-Abwägung gehen, sondern vielmehr nur um ein „Wieviel“. Die sich somit stellende Frage lautet, welche abschließenden verfassungsrechtlichen Vorgaben die Rechtsordnung enthält und welche Spielräume diese zur Berücksichtigung von Kosten-Nutzen-Erwägungen auch im Sicherheitsrecht belässt.

Den Gegenstand des folgenden Untersuchungsabschnitts bilden die Reichweite der grundrechtlichen Schutzpflichten und deren konkrete Umsetzung. Es ist zu klären, inwieweit die grundrechtlichen Schutzpflichten verfassungsrechtliche Vorentscheidungen für Kosten-Nutzen-Abwägungen enthalten und in welchem Umfang diese dem Rechtsanwender Spielräume für eigenständige Kosten-Nutzen-Überlegungen im Sicherheitsrecht belassen.

I. Grundlagen der Schutzpflichtendogmatik

Die Schutzpflichtenlehre erfreut sich heute – gut 40 Jahre nach ihrer juristischen (Wieder-)„Entdeckung“³⁵⁹ – eingehender wissenschaftlicher Bearbei-

357 „Näherungskonzept“, so Peters, DÖV 2001, S. 749 (761); Pünder, Die Verwaltung 45 (2012), S. 1 (11).

358 Gröpl, VerwArch 93 (2002), S. 459 (468); Gröpl, Haushaltsrecht und Reform, S. 357.

359 Stern, DÖV 2010, S. 241 (242). Die maßgebliche Entscheidung dürfte hier die erste Abtreibungsentscheidung des BVerfG vom 25. Februar 1975 gewesen sein, BVerfGE 39, 1. Von einem „juristischen Paukenschlag“ spricht Isensee, Das Grundrecht auf Sicherheit, S. 27;

tung. Einer wissenschaftlichen Bearbeitung, die bisweilen sogar als „Überproduktion“ bezeichnet wird³⁶⁰, wengleich viele Fragen im Hinblick auf die dogmatischen Feinstrukturen nach wie vor ungeklärt sind. Für die Zwecke dieser Arbeit soll gleichwohl nicht der möglicherweise verdienstvolle, aber doch hinsichtlich seines Kosten-Nutzen-Verhältnisses wenig ertragreiche Versuch unternommen werden, die verbleibenden wissenschaftlichen Streitpunkte zu klären oder dem „heillos überlasteten Gebäude der Grundrechtsdogmatik ein weiteres Geschoss oder auch nur einen weiteren Erker“³⁶¹ aufzusetzen. Vielmehr soll versucht werden, die zumindest weithin konsentierten Ansätze für den hier interessierenden Kontext mit Blick auf den Schutz „kritischer Infrastrukturen“ und die damit verbundenen Kosten-Nutzen-Erwägungen fruchtbar zu machen.

In einem ersten Schritt sind hierzu – in der gebotenen Kürze – Anwendungsbereich und Grundstrukturen der grundrechtlichen Schutzpflichtendogmatik mit Blick auf den Schutz kritischer Infrastrukturen darzustellen. Dieser erste Schritt ist notwendig, um sodann in einem zweiten Schritt zu klären, wie sich die Schutzpflichtendogmatik zu Kosten-Nutzen-Fragen in diesem Zusammenhang verhält.

1. Die Dogmatik der grundrechtlichen Schutzpflichten als offensive Seite der Grundrechte

Dass die Grundrechte nicht nur als Abwehrrechte staatliche Eingriffe in ein geschütztes Rechtsgut verbieten, sondern auch eine Pflicht des Staates begründen können, sich „schützend und fördernd“ vor dieses Rechtsgut zu stellen und dieses insbesondere „vor rechtswidrigen Eingriffen von Seiten anderer zu bewahren“ wird heute allgemein anerkannt³⁶².

zustimmend *Krings*, Grundrechtliche Schutzansprüche, S. 65. Das heißt natürlich nicht, dass nicht zuvor schon Ansätze entwickelt worden wären, vgl. BVerfGE 1, 97 (104); 35, 79 (114), näher *Hermes*, Das Grundrecht auf Schutz von Leben und Gesundheit, S. 43 ff. Die Pflicht des Staates, seine Bürger und deren Rechtsgüter zu schützen, ist freilich keine juristische Neuentdeckung, vgl. *Schwarz*, in: Blaschke, Sicherheit statt Freiheit?, S. 9 (34). Schon im Preußischen Allgemeinen Landrecht von 1794 heißt es: „Jeder Einwohner des Staates ist den Schutz desselben für seine Person und sein Vermögen zu fordern berechtigt“ (Einleitung, §§ 76, 77).

360 *Schwabe*, JZ 2007, S. 135 (135).

361 So *Schwabe*, JZ 2007, S. 135 (135); tatsächlich dürfte es sich hierbei eher um ein „gotisch-barockes Gebäude verfassungsrechtlicher Dogmatik“ handeln, vgl. *Würtenberger*, in: Bohnert, Festschrift für Hollerbach, S. 223 (236).

362 St. Rspr. BVerfGE 39, 1 (41 f.); 46, 160 (164); 49, 89 (142); 53, 30 (57); 56, 54 (73); 77, 170 (214); 79, 174 (201 ff.); 85, 191 (212); 88, 203 (251); 92, 26 (46); 97, 169 (175 f.); 103, 89 (100); 114, 1 (33 f.); 115, 118 (152); zuletzt BVerfG, DÖV 2013, 356 (356). Aus der Literatur statt vieler nur *Murswiek*, in: Sachs, GG, Art. 2, Rn. 188.

So weit die Einigkeit in der Sache auch reicht, so gering ist sie doch hinsichtlich der Begründung³⁶³. Im – wohl überwiegenden – Schrifttum und der Rechtsprechung des BVerfG wird die Herleitung der Schutzpflichten aus dem im Zuge der Lüth-Entscheidung des BVerfG³⁶⁴ entwickelten objektivrechtlichen Gehalt der Grundrechte und der Verpflichtung aller staatlichen Gewalt, die Menschenwürde „zu achten und zu schützen“ (Art. 1 Abs. 1 S. 2 GG), befürwortet³⁶⁵. Andere verweisen insbesondere auf den Kern der Menschenwürde³⁶⁶ oder stellen auf das Sozialstaatsprinzip³⁶⁷ ab. Ein außergrundrechtlicher Ansatzpunkt wird auch gewählt, wenn die Schutzpflichten mit dem Staatszweck der Sicherheit, der zugleich das Gewaltmonopol und die Friedenspflicht der Bürger begründe, in Verbindung gebracht werden³⁶⁸. Mit der aus dem staatlichen Gewaltmonopol korrespondierenden Friedenspflicht argumentiert auch die sog. abwehrrechtliche Konzeption, die in der Legalisierung privater Beeinträchtigungen von Eigentum und körperlicher Integrität und der damit einhergehenden Auferlegung von Duldungspflichten staatliche Grundrechtseinschränkungen sieht, sodass eine selbstständige dogmatische Begründung der Schutzpflichtenlehre nicht notwendig sei³⁶⁹.

Ungeachtet der vielfach diskutierten Frage nach der richtigen dogmatischen Herleitung der Schutzpflichten wird heute in der Sache weitgehend

363 Die Frage nach der Herleitung der Schutzpflichten ist ausführlich in der Literatur diskutiert und dargestellt worden. Deshalb soll auf eine weitere Darstellung an dieser Stelle verzichtet werden. Soweit die verschiedenen Ansätze zu unterschiedlichen Ergebnissen hinsichtlich der inhaltlichen Konturierung der Schutzpflicht kommen, wird an der entsprechenden Stelle darauf einzugehen sein. Eine umfassende, aktuelle Darstellung der Herleitung der Schutzpflichten findet sich insbesondere bei *Störing*, Das Untermaßverbot in der Diskussion, S. 29 ff. und *Schmitz*, Grundrechtliche Schutzpflichten, S. 80 ff. Weitere ausführliche Darstellungen bei *Calliess*, in: Merten/Papier, HGr II, § 44, Rn. 11; *Schwetzel*, Freiheit, Sicherheit, Terror, S. 9; *Szczekalla*, Die sogenannten grundrechtlichen Schutzpflichten, S. 244 ff.

364 BVerfGE 7, 198 ff.

365 BVerfGE 39, 1 (41); 46, 160 (164); 49, 89 (141 f.); 53, 30 (57); 88, 203 (251); 115, 118 (152, 160); *Stern*, Staatsrecht III/1, S. 931; *Wahl*, in: Merten/Papier, HGr I, § 19, Rn. 6; *Hermes*, Das Grundrecht auf Schutz von Leben und Gesundheit, S. 187 f.; *Rassow*, ZG 2005, S. 262 (264); *Schmitz*, Grundrechtliche Schutzpflichten, S. 90 ff., jeweils m. w. N.

366 *Starck*, in: v. Mangoldt/Klein/Starck, GG I, Art. 2, Rn. 190; *Starck*, Praxis der Verfassungsauslegung, S. 97.

367 *Lepsius*, VVDStRL 63 (2003), S. 339; *Neumann*, DVBl. 1997, S. 92 (97).

368 *Isensee*, in: Isensee/Kirchhof, HdbStR IX, § 191, Rn. 32 f.; *E. Klein*, NJW 1989, S. 1633 (1635); *H. Klein*, DVBl. 1994, S. 489 (492 f.); *O. Klein*, JuS 2006, S. 960 (960).

369 In diesem Sinne aus der neueren Literatur *Ekaradt*, in: Ekaradt, Klimagerechtigkeit, S. 157 (176); grundlegend *Schwabe*, Probleme der Grundrechtsdogmatik, S. 213 ff.; *Schwabe*, JZ 2007, S. 135; *Murswiek*, Die staatliche Verantwortung für die Risiken der Technik, S. 88 f.; *Murswiek*, WiVerw 1986, S. 179 (182 f.); *Szczekalla*, Die sogenannten grundrechtlichen Schutzpflichten, S. 404 ff.

konsentiert, dass für jedes grundrechtlich geschützte Interesse eine Schutzpflicht besteht³⁷⁰. In der Konsequenz unterscheiden sich damit mittlerweile grundrechtliche Abwehrrechte und grundrechtliche Schutzpflichten nicht mehr in ihrem Schutzgegenstand, sondern in ihrer Schutzrichtung³⁷¹: Die Schutzpflichtendimension der Grundrechte gibt dem Staat auf, die Schutzgüter vor Gefahren zu schützen, die von nichtstaatlicher Seite ausgehen, während sich die Grundrechte in ihrer klassischen Funktion als Eingriffsabwehrrecht gegen staatlichen Zugriff wenden³⁷². Auszugehen ist also von einer grundsätzlichen Identität der Schutzbereiche von Abwehrrecht und Schutzrecht, die so in sich ergänzender Weise gegen unterschiedliche Gefährdungen abgesichert werden³⁷³.

Da Grundrechte nach Art. 1 Abs. 3 GG alle Staatsgewalten binden, ist ebenso weithin geklärt, dass die gesamte staatliche Gewalt in all ihren Untergliederungen und Funktionen – also sowohl Gesetzgeber, als auch Exekutive und Judikative – als Adressat der Grundrechte in Betracht kommt³⁷⁴. Die Durchsetzung ist dabei jeder Gewalt nach ihrer spezifischen Aufgabenstellung überantwortet³⁷⁵. Ein Vorrang des Gesetzgebers bei der Umsetzung der Schutzpflicht lässt sich aus Art. 1 Abs. 3 GG nicht begrün-

370 *Isensee*, in: *Isensee/Kirchhof*, HdbStR IX, § 191, Rn. 222; *Stern*, in: *Stern/Becker*, GG, Einl., Rn. 65 mit zahlreichen weiteren Nachweisen; *H-P Schneider*, in: *Merten/Papier*, HGr I, § 18, Rn. 45; *Jaeckel*, Schutzpflichten im deutschen und europäischen Recht, S. 62; einschränkend *Calliess*, Rechtsstaat und Umwelstaat, S. 317; *Stern*, DÖV 2010, S. 241 (246); *Cremer*, Freiheitsgrundrechte, S. 265; *Pietrzak*, JuS 1994, S. 748 (749). Allein bloße Interessen, die keinen Grundrechtsschutz genießen und deshalb keine Rechtsgüter sind, bleiben ausgeklammert; engere noch *Gusy*, DÖV 1996, S. 573 (577).

371 *Schmitz*, Grundrechtliche Schutzpflichten, S. 108. Wenn teilweise im Sinne eines „Bagatellvorbehalts“ eine gewisse Intensität der Beeinträchtigung gefordert wird, wird oftmals mit Parallelen zwischen der abwehrrechtlichen Prüfung eines Eingriffs und der Anwendung der Schutzpflicht argumentiert, *Böhm*, Der Normmensch, S. 119. m. w. N.; *Jaeckel*, Schutzpflichten im deutschen und europäischen Recht, S. 88; auch *Isensee*, in: *Isensee/Kirchhof*, HdbStR IX, § 191, Rn. 239 am Beispiel des „Passivrauchens“, wo sich ein gesellschaftlicher Wandel vollzogen habe; a. A. *Unruh*, Zur Dogmatik der grundrechtlichen Schutzpflichten, S. 76 ff.

372 Vgl. *Gusy*, VerwArch 101 (2010), S. 309 (309).

373 *Mörtl*, Die staatliche Garantie für die öffentliche Sicherheit und Ordnung, S. 95; *Isensee*, in: *Isensee/Kirchhof*, HdbStR IX, § 191, Rn. 222; *Stern*, Staatsrecht III/1, S. 728 und S. 944; *Dreier*, GG, Band I, Vorb., Rn. 101; *Calliess*, in: *Merten/Papier*, HGr II, § 44, Rn. 23.

374 BVerfGE 46, 160 – Schleyer; *Stern*, DÖV 2010, S. 241 (247); *Schmitz*, Grundrechtliche Schutzpflichten, S. 127; *Isensee*, in: *Isensee/Kirchhof*, HdbStR IX, § 191, Rn. 277; *Calliess*, in: *Merten/Papier*, HGr II, § 44, Rn. 6 m. w. N.; *Mayer*, Untermaß, Übermaß und Wesensgehaltgarantie, S. 57; *Klein*, DVBl. 1994, S. 489 (494 ff.); *Unruh*, Zur Dogmatik der grundrechtlichen Schutzpflichten, S. 20 ff.; *Dietlein*, Die Lehre von den grundrechtlichen Schutzpflichten, S. 70 ff.

375 BVerfGE 46, 160 (164): „alle staatlichen Organe, je nach ihren besonderen Aufgaben“; *Stern*; DÖV 2010, S. 241 (247).

den³⁷⁶. Wenn dennoch von einer „primären“ Verpflichtung des Gesetzgebers gesprochen wird³⁷⁷, so ist damit das Erfordernis eines gesetzgeberischen Handelns angesichts der Vorgaben aus der Wesentlichkeitstheorie und dem Parlamentsvorbehalts gemeint³⁷⁸. Die vorrangige normative Verpflichtung des Gesetzgebers besteht in dem Auftrag, die dem Schutzstandard genügenden Regelungen zu erlassen, die insbesondere der Exekutive im Fall ernsthafter Gefährdungslagen ein Schutz gewährendes Eingreifen im konkreten Einzelfall ermöglichen³⁷⁹. Überdies stets für einen Mindeststandard ausreichender Schutznormen zu sorgen und bei Änderungen der Verhältnisse die vorhandenen Regelungen „nachzubessern“, d. h. an neuartige Gefährdungen anzupassen³⁸⁰.

Neben den rechtlichen müssen aber auch die tatsächlichen Rahmenbedingungen geschaffen werden, um der Verwaltung und den Gerichten die Umsetzung der gesetzlichen Anforderungen zu ermöglichen. Hierzu sind diese in personeller und sachlicher Hinsicht angemessen auszustatten³⁸¹.

Für die Exekutive haben die Schutzpflichten zunächst Bedeutung als Leitlinien der Norminterpretation bei der Ausfüllung unbestimmter Rechtsbegriffe und Ermessensspielräume. Im Bereich der gesetzesfreien Verwaltung kommt den Schutzpflichten unmittelbare Bedeutung zu³⁸².

376 Zumindest unklar *Fratzky*, Ökonomisierung der polizeilichen Gefahrenabwehr, S. 122: „Unmittelbar an erster Stelle Verpflichteter ist aber der Gesetzgeber“.

377 *Murswiek*, in: Sachs, GG, Art. 2, Rn. 188; *Murswiek*, Die staatliche Verantwortung für die Risiken der Technik, S. 108; *Mayer*, Untermaß, Übermaß und Wesengehaltsgarantie, S. 32.

378 *Isensee*, in: *Isensee/Kirchhof*, HdbStR IX, § 191, Rn. 282; *Schmitz*, Grundrechtliche Schutzpflichten, S. 127.

379 *Störring*, Das Untermaßverbot in der Diskussion, S. 50; *Calliess*, Rechtsstaat und Umweltschutz, S. 320; auch *Mörtl*, Die staatliche Garantie für die öffentliche Sicherheit und Ordnung, S. 273 spricht von dem „Herzstück der polizeilichen Generalklausel“.

380 BVerfGE 49, 89 (130, 143 f.)- Kalkar; BVerfGE 56, 54 (78 f.); *Jarass*, in: *Jarass/Pieroth*, GG, Art. 2, Rn. 91; *Isensee*, in: *Isensee/Kirchhof*, HdbStR IX, § 191, Rn. 219; *Krings*, Grundrechtliche Schutzansprüche, S. 243 f.; *Isensee*, Das Grundrecht auf Sicherheit, S. 44: „gesetzesmediatisiert“; *Störring*, Das Untermaßverbot in der Diskussion, S. 50.

381 *Murswiek*, Die staatliche Verantwortung für die Risiken der Technik, S. 114; *Krings*, Grundrechtliche Schutzansprüche, S. 246.

382 *Schmitz*, Grundrechtliche Schutzansprüche, S. 129; *Dietlein*, Die Lehre von den grundrechtlichen Schutzpflichten, S. 71 f.; *Krings*, Grundrechtliche Schutzansprüche, S. 246 ff.; *Mörtl*, DÖV 1998, S. 1029 (1036); *Störring*, Das Untermaßverbot in der Diskussion, S. 48 f.

2. Die Bedeutung der Schutzpflichtendogmatik für den Schutz kritischer Infrastrukturen

a) Der Schutz kritischer Infrastrukturen als Gebot der Schutzpflichtendogmatik?

Bislang wenig diskutiert ist allerdings die Frage, ob sich eine *eigenständige* verfassungsrechtliche Pflicht zum „Schutz kritischer Infrastrukturen“ herleiten lässt. Anlass zur Erörterung dieser Frage gibt nicht zuletzt eine neuere Entscheidung des BVerfG: So äußerte sich dieses in seiner Entscheidung zur „Online-Durchsuchung“ nach dem nordrhein-westfälischen Verfassungsschutzgesetz dahingehend, dass Eingriffe in das neue Grundrecht auf Vertraulichkeit und Integrität informationstechnischer Systeme (IT-Grundrecht) gerechtfertigt sein können, wenn sie der Erhaltung der „Funktionsfähigkeit wesentlicher Teile existenzsichernder öffentlicher Versorgungseinrichtungen“ dienen³⁸³. Es liegt nahe, den Begriff „existenzsichernd“ als mit dem Begriff „kritisch“ gleichbedeutend anzusehen³⁸⁴. In der Konsequenz lässt sich dieses Urteil durchaus dahingehend verstehen, dass damit der Schutz kritischer Infrastrukturen nicht nur als überragend wichtiges Gut der Allgemeinheit, das somit auch Grundrechtseingriffe zu rechtfertigen vermag, anerkannt wurde, sondern zugleich auch ein staatlicher *Schutzauftrag* begründet worden ist³⁸⁵.

Hierfür mag auch angeführt werden, dass anerkanntermaßen neben dem Schutz des Einzelnen und seiner Grundrechtsgüter auch verfassungsrechtliche Gemeinschaftsgüter Schutzaufträge entfalten können³⁸⁶. Zu diesen kollektiven Gütern werden der Schutz des Bestandes des Staates, der Schutz der freiheitlich demokratischen Grundordnung sowie der innere Friede, der im Friedlichkeitsgebot des Art. 8 Abs. 1 GG seinen Niederschlag gefunden hat, gezählt³⁸⁷. Neuerdings werden auch verfassungsrechtliche Handlungspflichten zum Schutze der Verfassung – insbesondere der unabänderlichen Verfassungsprinzipien – diskutiert³⁸⁸.

Ob sich allerdings der Sinngehalt der zitierten Textpassagen des BVerfGs nicht vielmehr in dem Anerkenntnis des Schutzes kritischer Infrastrukturen als Rechtfertigungsgrund erschöpft und mit einer etwaigen Schutzver-

383 BVerfGE 120, 274 (328).

384 *Möllers/Pflug*, in: Kloepfer, Schutz kritischer Infrastrukturen, S. 47 (50).

385 *Thiel*, Die „Entgrenzung“ der Gefahrenabwehr, S. 123.

386 *Götz*, in: Isensee/Kirchhof, HdbStR IV, § 85, Rn. 25; *Mörtl*, Die staatliche Garantie für die Sicherheit und Ordnung, S. 55; *Murswiek*, Die staatliche Verantwortung für die Risiken der Technik, S. 225.

387 Vgl. *Mörtl*, Die staatliche Garantie für die öffentliche Sicherheit und Ordnung, S. 55 und 129; umstritten bleibt, inwieweit das Sicherheitsgefühl der Bevölkerung ein verfassungsrechtlich geschütztes Gemeinschaftsgut darstellt, siehe hierzu *Götz*, in: Isensee/Kirchhof, HdbStR IV, § 85, Rn. 26.

388 *Murswiek*, in: Franzius u. a., Festschrift für Kloepfer, S. 121 ff.

pflichtung eher etwas *hineingelesen* als *herausgelesen* wird, kann an dieser Stelle offenbleiben. Eine eigenständige verfassungsrechtliche Schutzpflicht kann auch das BVerfG auf diese Weise nicht begründen. Wenn auch die Aufzählung verfassungsrechtlich gewährleiteter Gemeinschaftsgüter nicht abschließend ist, so gehört doch der Schutz kritischer Infrastrukturen nicht dazu. Zum einen fehlt es an textlichen Anhaltspunkten für eine eigenständige Schutzpflicht über die grundrechtlichen Schutzpflichten hinaus. Die Verfassung enthält keinen eigenständigen Schutzauftrag, sodass der Schutz kritischer Infrastrukturen kein originäres Gemeinschaftsgut darstellt. Zum anderen erweist es sich als gar nicht nötig, den Schutz kritischer Infrastrukturen *praeter constitutionem scriptam* in Verfassungsrang zu erheben. In jedem Fall würde ein solcher Schutz nicht um seiner selbst willen, sondern um der Bürger willen, die in hohem Maße auf diese Infrastrukturen angewiesen sind, erfolgen, sodass sich der Schutz kritischer Infrastrukturen jedenfalls als ein derivativer, aus den Individualrechtsgütern folgender konstruieren lässt³⁸⁹. Inwieweit also der Staat eine funktionierende (Verkehrs-)Infrastruktur bzw. eine funktionierende Wasserversorgung schützen muss, ist eine Frage, die sich nach der Bedeutung für das jeweilige grundrechtliche Schutzgut bestimmt³⁹⁰. Konkret dürfte sich somit aus der in Art. 2 Abs. 2 GG verorteten unmittelbaren Verpflichtung, das menschliche Leben zu schützen, mittelbar auch die Verpflichtung ableiten lassen, für den Schutz der lebensnotwendigen Trinkwasserversorgung Sorge zu tragen. Berücksichtigt man, dass eine funktionierende Verkehrsinfrastruktur häufig nicht nur Bedingung für die Wahrnehmung der Fortbewegungsfreiheit (Art. 2 Abs. 1 GG) und Freizügigkeit (Art. 11 GG), sondern auch für die Ausübung weiterer Grundrechte wie der Berufsfreiheit (Art. 12 GG), der Versammlungsfreiheit (Art. 8 GG) oder des Eigentumsgrundrechts (Art. 14 GG) ist³⁹¹, so dürfte sich auf diese Weise auch das Bedürfnis nach dem Schutz der Sicherheit der Verkehrsinfrastruktur legitimieren lassen, ohne dass es einer *eigenständigen* verfassungsrechtlichen Pflicht zum Schutze kritischer Infrastrukturen bedürfte.

b) Der Schutz „kritischer Infrastrukturen“ zwischen Schutzpflichtendogmatik und „Daseinsvorsorge“

Zu den in der Literatur umstrittensten Fragen gehört diejenige nach der Reichweite der grundrechtlichen Schutzpflichten. Sie lässt sich auch dahingehend formulieren, inwieweit die allen bisherigen Entscheidungen des BVerfG zugrundeliegende Dreiecksstruktur aus Grundrechtsberechtigtem,

389 Vgl. hierzu schon *Murswiek*, Die staatliche Verantwortung für die Risiken der Technik, S. 225.

390 Siehe hierzu schon *Murswiek*, Die staatliche Verantwortung für die Risiken der Technik, S. 230.

391 *Schmitz*, Grundrechtliche Schutzpflichten, S. 15.

Grundrechtsverpflichtetem und Grundrechtsstörer eine notwendige Voraussetzung der Schutzpflichten darstellt oder ob hierin nicht vielmehr eine zwar hinreichende, keineswegs aber ausschließliche Konstellation zu sehen ist. Je nach Beantwortung der Frage erfährt die Schutzpflichtenlehre eine – auch für den Kontext dieser Arbeit – bedeutende Expansion:

Sieht man nämlich in der bezeichneten Dreieckskonstellation eine jedenfalls hinreichende, nicht aber notwendige Voraussetzung der Schutzpflichtendogmatik, ließe sich diese auch auf Gefahrenlagen anwenden, in denen die Gefährdung apersonalen Ursprungs ist. Bei diesen Gefährdungen handelt es sich im Wesentlichen um die in jüngerer Vergangenheit zunehmenden Naturgewalten, wie etwa Erdbeben, Überschwemmungen und andere Naturereignisse. Hierin wird allgemein die – neben der terroristischen Bedrohung – zweite relevante Gefährdungsursache für kritische Infrastrukturen gesehen³⁹².

Darüber hinaus wäre die Schutzpflichtendogmatik auch auf weitere Gefährdungssituationen anwendbar: Es ist weithin anerkannt, dass der Einzelne in vielfältiger Weise existenziell auf funktionsfähige staatliche Leistungssysteme und auf eine die Ausübung grundrechtlicher Freiheit ermöglichende Infrastruktur angewiesen ist³⁹³. Eben diese existenzielle Abhängigkeit macht diese Infrastrukturen zu „kritischen“ Infrastrukturen, weil ihr Ausfall zu bedeutenden Schäden führen kann. Die Bereitstellung von Leistungen, die die Ausübung grundrechtlicher Freiheit erst möglich machen, wird aber bislang üblicherweise als ein von den Grundrechten nicht geforderter „Grundrechtsvoraussetzungsschutz“³⁹⁴ der sozialstaatlichen „Daseinsvorsorge“³⁹⁵ zugeordnet³⁹⁶. Anderes mag nur für essenzielle kritische Infrastrukturen wie die Trinkwasserversorgung als lebensnotwendige Leistung gelten³⁹⁷.

Die Zuordnung dieser Bereiche zu den Schutzpflichten liegt in der Konsequenz der gegenwärtigen Ausweitung des „alten“ tradierten Sicherheitsbegriffs in der Literatur hin zu einem „neuen“ Sicherheitsbegriffs, der nicht nur den Erhalt bestehender Rechtsgüter im Blick hat, sondern auch die Gewährleistung und Kontinuität zukünftiger Rechte und Ansprüche, etwa

392 Vgl. BMI, Nationale Strategie zum Schutz kritischer Infrastrukturen (KRITIS-Strategie), S. 4.

393 *Zippelius/Würtenberger*, Deutsches Staatsrecht, § 17, Rn. 33.

394 Mit „Grundrechtsvoraussetzungen“ sind die der Grundrechtsnorm nicht inhärenten Bedingungen einer effektiven Grundrechtsausübung gemeint, hierzu *Möller*, Staat als Argument, S. 268.

395 Zur Begriff der „Daseinsvorsorge“ instruktiv *Ronellenfitsch*, in: Blümel, Ernst Forstthoff – Kolloquium, S. 53 ff. Der Begriff selbst geht auf *Ernst Forstthoff* zurück: *Die Verwaltung als Leistungsträger*, 1938; *Die Daseinsvorsorge und die Kommunen*, 1958.

396 Zum Zusammenhang zwischen „Daseinsvorsorge“ und „Infrastrukturecht“, *Dörr*, VVDStRL 73 (2013), S. 323 (332 ff. und 338 ff.).

397 *Murswiek*, Die staatliche Verantwortung für die Risiken der Technik, S. 227; *Murswiek*, WiVerw 1986, S. 179 (186).

im Bereich der Daseinsvorsorge, insbesondere die Sicherheit von Versorgungsleistungen und -infrastrukturen, umfasst³⁹⁸. „Sicherheit“ meint zunehmend nicht nur „technische Sicherheit“, also die Ungefährlichkeit der Anlage für Menschen und Sachen, und den Schutz vor von außen stammenden Eingriffen Unbefugter, sondern insbesondere auch „Versorgungssicherheit“ im Sinne einer Ausfallsicherheit³⁹⁹.

Soweit eine Dreieckskonstellation als unabdingbares Kriterium der Schutzpflichtendogmatik abgelehnt wird⁴⁰⁰, wird dies mit vermeintlich teleologischen Argumenten unterstützt. So wird angeführt, dass andernfalls eine Schutzlücke entstehe. Diese könne aber in tatsächlicher Hinsicht nicht hingenommen werden, zumal andere Bedrohungen ebenso gefährlich seien wie sozialschädliche Verhaltensweisen der Mitmenschen⁴⁰¹. Auch in normativer Hinsicht sei eine solche Verengung auf anthropogene Störungen und Gefährdungen nicht mit dem Wortlaut des Art. 1 Abs. 2 GG vereinbar, der ohne Differenzierung von „schützen“ und „fördern“ spreche⁴⁰².

Gerade der Hinweis auf Art. 1 Abs. 2 GG erweist sich aber letztlich als kurzsichtig. Wenn auch ein – eventuell subjektivrechtlich unterstütztes – Schutzbedürfnis nicht von der Hand zu weisen ist, so muss dieses doch nicht als grundrechtliche Schutzpflicht begründet werden. So erscheint es etwa denkbar, dem Bürger aus dem grundgesetzlichen Sozialstaatsprinzip des Art. 20 Abs. 1 GG i. V. m. Art. 1 Abs. 1 S. 2 2. Alt. GG oder den entsprechenden Grundrechten auch in sonstigen Not- und Gefährdungslagen einen verfassungsrechtlich und grundrechtlich bewehrten Schutzanspruch zur Seite zu stellen⁴⁰³. So soll etwa nach der Rechtsprechung des BVerfG aus

398 Zur neuen Sicherheitsarchitektur, *Gusy*, *VerwArch* 101 (2010), S. 309; so wohl auch *Zippelius/Würtenberger*, *Deutsches Staatsrecht*, § 17, Rn. 33; ausführlich zu den verschiedenen Verständnisformen des „Sicherheitsbegriffs“ beim Schutz kritischer Infrastrukturen *Wiater*, *Sicherheitspolitik zwischen Markt und Staat*, S. 28 ff.

399 BMI, Nationale Strategie zum Schutz kritischer Infrastrukturen (KRITIS-Strategie), S. 4; ausführlich zu den verschiedenen Formen der „Sicherheit“ von Infrastrukturen, *Wiater*, *Sicherheitspolitik zwischen Markt und Staat*, S. 28 f.

400 *Kloepfer*, *Handbuch des Katastrophenrechts*, § 16, Rn. 14; *Störting*, *Das Untermaßverbot*, S. 44; *Ullrich*, *VerwArch* 102 (2011), S. 383 (385); *Stern*, *Staatsrecht III/1*, S. 735; *Robbers*, *Sicherheit als Menschenrecht*, S. 124; *Dietlein*, *Die Lehre von den grundrechtlichen Schutzpflichten*, S. 103; *Klein*, *DVBl.* 1994, S. 489 (490); *Schmitz*, *Grundrechtliche Schutzpflichten*, S. 79 ff.; *Lorenz*, in: *BK*, Art. 2, Rn. 82; *Horn*, in: *Stern/Becker*, *GG*, Art. 2, Rn. 82; *Sachs*, in: *Sachs*, *GG*, Vor. Art. 1, Rn. 38; *Szczekalla*, *Die sogenannten grundrechtlichen Schutzpflichten*, S. 98, 276 ff.

401 So *Jaeckel*, *Schutzpflichten im deutschen und europäischen Recht*, S. 80.

402 *Lang*, in: *Epping/Hillgruber*, *GG*, Art. 2, Rn. 75; *Kloepfer*, *Handbuch des Katastrophenrechts*, § 16, Rn. 19; im Ergebnis ebenso *Schmitz*, *Grundrechtliche Schutzpflichten*, S. 110 mit Hinweis auf das Verständnis der Grundrechte als objektiv-rechtliche Wertentscheidungen, die einen „rechtsgutsbezogenen Rundumschutz“ verlangten.

403 Siehe *Murswiek*, in: *Sachs*, *GG*, Art. 2, Rn. 214; *Cremer*, *Freiheitsgrundrechte*, S. 268; *Anderheiden*, *Gemeinwohl in Republik und Union*, S. 436.

Art. 1 GG in Verbindung mit Art. 20 Abs. 1 GG ein unmittelbarer verfassungsrechtlicher Leistungsanspruch auf Gewährleistung eines menschenwürdigen Existenzminimums folgen⁴⁰⁴.

Der verfassungspolitisch wünschenswerte Anspruch auf staatlichen Schutz vor Naturgefahren und sonstigen Gefährdungslagen muss also keineswegs notwendigerweise schutzrechtlich begründet sein⁴⁰⁵, zumal zunehmend von der Anwendbarkeit des Untermaßverbotes auch auf soziale Leistungsrechte ausgegangen wird⁴⁰⁶. Wenn also an dieser Stelle – mit der wohl noch überwiegenden Ansicht⁴⁰⁷ – für die Beibehaltung der gegenwärtigen Schutzpflichtendogmatik und des gegenwärtigen Anwendungsbereichs plädiert wird, dann geschieht dies nicht, um etwa den Schutz zu verkürzen. Vielmehr soll auf diese Weise ein von Rechtsprechung und Literatur für eine spezifische Gefährdungslage entwickelter und ausgeformter Tatbestand erhalten werden. Im Ergebnis bleibt damit die Grundversorgung mit Infrastrukturen ebenso wie deren Schutz vor Gefahren apersonalen Ursprungs den sozialstaatlichen Leistungsrechten zugeordnet.

II. Schutzpflichtendogmatik und Kosten-Nutzen-Abwägungen

1. Die dogmatisch-normstrukturellen Unterschiede zwischen Grundrechten als Abwehrrechten und Schutzpflichten

Schutzpflichten unterscheiden sich von den Grundrechten als Abwehrrechten in ihrer dogmatischen Struktur. In ihrer klassisch-liberalen Funktion als „Eingriffsabwehrrechte“ schützen die Grundrechte eine dem Staat vorgege-

404 BVerfG, DVBl. 2010, S. 314 (315).

405 *Isensee*, in: *Isensee/Kirchhof, HdbStR IX*, § 191, Rn. 207: „Staatsaufgabe sui generis“.

406 So ausdrücklich *Störring*, Das Untermaßverbot, S. 42 f. m. w. N., der sich angesichts der auch bei Naturgewalten konfligierenden Interessen jedenfalls für eine Anwendung des Untermaßverbotes auf „Schutzpflichtenkonstellationen“ ausspricht; ihm folgend *Münkler*, Kosten-Nutzen-Bewertungen in der gesetzlichen Krankenversicherung, S. 281.

407 *Münkler*, Kosten-Nutzen-Bewertungen in der gesetzlichen Krankenversicherung, S. 278; *Dreier*, in: *Dreier, GG, Bd. I, Vorb.*, Rn. 104; *Murswiek*, in: *Sachs, GG, Art. 2*, Rn. 213 ff.; *Isensee*, in: *Isensee/Kirchhof, HdbStR IX*, § 191, Rn. 206; *Hermes*, Das Grundrecht auf Schutz von Leben und Gesundheit, S. 119 und 228; *Stern*, Staatsrecht III/1, S. 948, anders aber *Sachs*, in: *Stern*, Staatsrecht III/1, S. 733 ff.; *Jaeckel*, Schutzpflichten im deutschen und europäischen Recht, S. 80; auch *Cremer*, Freiheitsgrundrechte, S. 268 bemüht historische Argumente und verweist auf die Entstehungsgeschichte im Parlamentarischen Rat; explizit *Merten*, in: *Stern/Grupp*, Gedächtnisschrift für Burmeister, S. 227 (237) m. w. N.: Mit dem allerdings sehr schwachen Argument, dass sich Naturgewalten mit dem für Schutzpflichten typischen Rechtssetzungs- und Zwangsinstrumentarium nicht beherrschen ließen. Warum aber nur dieses typisch sein soll, will nicht recht einleuchten; *E. Klein*, NJW 1989, S. 1633 (1633); *Rassow*, ZG 2005, S. 262 (270); *Unruh*, Zur Dogmatik der grundrechtlichen Schutzpflichten, S. 88; *Krings*, Grundrechtliche Schutzansprüche, S. 219.