

## **2. Kapitel: Gefahrenabwehr im Internet als Ausgangspunkt präventiv-polizeilicher E-Mail-Überwachung**

Die Entstehung des Internets führt zu revolutionären Veränderungen des modernen Lebens. Jedenfalls hat das Internet wegen seiner Verbreitung und seines Missbrauchs eine große Bedeutung in der Informationsgesellschaft: Es ist sowohl Informationsträger als auch Gefahrenträger. In diesem Zusammenhang entwickelt sich das Internet zu einem neuen Zuständigkeitsraum der Polizei, deren Aufgabe die Gefahrenabwehr ist. Wie die Polizei die Gefahren, die im Internet entstehen und durch das Internet verbreitet werden, effektiv abwehren kann, ist eine Herausforderung für das Polizeirecht im Digitalzeitalter. Sieht man die Überwachung der Internetbasierten Telekommunikation als eine der Möglichkeiten der Gefahrenabwehr im Internet, ist die Diskussion über Rechtsfragen der präventiv-polizeilichen E-Mail-Überwachung bedeutsam. Denn der E-Mail-Verkehr wird als die wichtigste und häufigste Internet-basierte Telekommunikation betrachtet. Im Folgenden wird die Verknüpfung zwischen der Gefahrenabwehr im Internet und der präventiv-polizeilichen E-Mail-Überwachung dargelegt.

### **A. Internet als neuer Zuständigkeitsraum der Polizei**

#### **I. Internet als Informationsträger**

##### **1. Entstehung des Internets**

In der Informationsgesellschaft werden unzählige Informationen geschaffen, übermittelt, empfangen, gespeichert und genutzt. Nunmehr übernehmen neue Medien, die technisch und inhaltlich weit über die klassischen Kommunikationsformen und Informationsformate hinausgehen<sup>1</sup>, die Aufgabe zur Informationsbeschaffung und -verarbeitung<sup>2</sup>. Aufgrund der Hilfe der Informations- und Kommunikationstechnik<sup>3</sup> können „Neue Medien“

---

<sup>1</sup> Kube, in: Isensee/Kirchhof, HStR, Bd. 4, § 91 Rn. 1.

<sup>2</sup> Diese Entwicklung zur Informationsgesellschaft führt zur Schwierigkeit der Abgrenzung zwischen Medien- und Informationsrecht (vgl. Petersen, Medienrecht, § 1 Rn. 5 ff.; Petersen/Schoch, JURA 2005, S. 681 ff.).

<sup>3</sup> Eine Besonderheit der neuen Medien ist die Verwendung der Computer- und Digitaltechnik (vgl. Fechner, Medienrecht, 12. Kapitel Rn. 3; Haug, Internetrecht, Rn. 1).

den Informationsaustausch beschleunigen<sup>4</sup>. Zwar lässt sich der Inhalt des Begriffs „Neue Medien“ nicht genau erfassen<sup>5</sup>, es ist jedoch unstrittig, dass das Internet das bekannteste „Neue Medium“ darstellt und im Vordergrund steht<sup>6</sup>.

In Bezug auf die Entstehungsgeschichte des Internets kann das ARPANET (The Advanced Research Projects Agency Network), das im Jahre 1966 vom Verteidigungsministerium der Vereinigten Staaten entwickelt wurde, als der Urahm des heutigen Internets betrachtet werden<sup>7</sup>. Da der Zweck der Einrichtung von ARPANET nur war, die Funktionsfähigkeit des Netzwerks beim Ausfall einzelner Rechner zu sichern, scheiterte die Kommunikation zwischen den Netzen an den inkompatiblen Kommunikationsprotokollen<sup>8</sup>. Als das ARPANET 1983 das 1974 entwickelte TCP/IP (Transmission Control Protocol/Internet Protocol)<sup>9</sup>, übernahm, war das Internet geboren<sup>10</sup>.

Auf der Basis des TCP/IP entwickelte das Kernforschungszentrum in Genf (CERN) Anfang der 1990er Jahre das WWW (World Wide Web)<sup>11</sup>. Durch die Verwendung von HTTP (Hypertext Transfer Protocol) und HTML (Hypertext Markup Language) erlaubt das WWW die weltweite Datenübertragung von Texten, Bildern und Klängen zwischen Netzwerken<sup>12</sup>. Ferner bietet das WWW die technische Möglichkeit zum Hyperlink<sup>13</sup>, der auf Inhalte fremder Webseiten verweisen und durch Anklicken direkt zu diesen fremden Webseiten verbinden kann<sup>14</sup>. Wegen dieser Funktion lässt sich das WWW nicht

---

<sup>4</sup> Unter diesem Gesichtspunkt kann die Informationsgesellschaft als die Gesellschaft, die durch moderne Informations- und Kommunikationstechniken geprägt wird, betrachtet werden (vgl. Hoffmann-Riem, in: Hoffmann-Riem/Schmidt-Aßmann, Informationsgesellschaft, S. 9 (10); Voßkuhle, in: Hoffmann-Riem/Schmidt-Aßmann, Informationsgesellschaft, S. 349 (351 f.)).

<sup>5</sup> Beater, Medienrecht, Rn. 269; Dörér/Schwartmann, Medienrecht, Rn. 292; Fechner (Fn. 3), 12. Kapitel Rn. 1 f.; vgl. auch Kloepfer, in: Isensee/Kirchhoff, HStr, Bd. 3, § 42 Rn. 10.

<sup>6</sup> Beater (Fn. 5), Rn. 270; Fechner (Fn. 3), 12. Kapitel Rn. 6.

<sup>7</sup> Vgl. Dettermann, Kommunikationsfreiheit, S. 41 f.; Germann, Gefahrenabwehr und Strafverfolgung, S. 33; Kloepfer, Informationsrecht, § 1 Rn. 9; Köhler/Arndt/Fetzer, Recht des Internet, Rn. 1; Kube (Fn. 1), § 91 Rn. 3; M. Sievers, Schutz der Kommunikation, S. 29.

<sup>8</sup> Köhler/Arndt/Fetzer (Fn. 7), Rn. 1; Kube (Fn. 1), § 91 Rn. 3.

<sup>9</sup> Das TCP/IP ermöglicht den Datenaustausch zwischen unterschiedlichen Netzwerken. Auf diese Weise können die im Internet zusammengeschlossenen Rechner kommunizieren und Datenpakete über die Grenzen lokaler Computernetzwerke versenden (vgl. nur Eberle, in: Eberle/Rudolf/Wasserburg, Mainzer Rechtshandbuch, Kapitel I Rn. 46).

<sup>10</sup> Köhler/Arndt/Fetzer (Fn. 7), Rn. 1; Kube (Fn. 1), § 91 Rn. 3; Sievers (Fn. 7), S. 31.

<sup>11</sup> Eberle (Fn. 9), Kapitel I Rn. 47; Kloepfer (Fn. 7), § 1 Rn. 10; Köhler/Arndt/Fetzer (Fn. 7), Rn. 2; Kube (Fn. 1), § 91 Rn. 3; Sievers (Fn. 7), S. 33.

<sup>12</sup> Eberle (Fn. 9), Kapitel I Rn. 47; Kube (Fn. 1), § 91 Rn. 4.

<sup>13</sup> Eberle (Fn. 9), Kapitel I Rn. 47.

<sup>14</sup> Vgl. Fechner (Fn. 3), 12. Kapitel Rn. 306; Haug (Fn. 3), Rn. 333; Köhler/Arndt/Fetzer (Fn. 7), Rn. 594; Petersen (Fn. 2), § 15 Rn. 27.

nur als ein wesentlicher Katalysator für die steigende Bedeutung des Internets<sup>15</sup>, sondern auch als Synonym des Internets ansehen<sup>16</sup>.

## 2. Internet als Informationsquelle im Sinne des Art. 5 Abs. 1 Satz 1 Hs. 2 GG

Wie bereits dargelegt wurde, kann das Internet mittels des WWW weltweit Daten oder Informationen<sup>17</sup> übertragen. Insoweit haben territoriale Grenzen immer weniger Bedeutung für den Informationsaustausch<sup>18</sup>. Jeder, der einen Internet-Zugang hat, kann aufgrund der Digitalisierung der Daten<sup>19</sup> über Internet jede vorher nur durch bestimmte herkömmliche Medien<sup>20</sup> empfangene Informationen in der ganzen Welt erhalten und herunterladen. Deswegen sind die Informationen im Internet grundsätzlich weltweit abrufbar<sup>21</sup>.

Aus dieser Sicht lässt sich das Internet als Informationsquelle im Sinne des Art. 5 Abs. 1 Satz 1 Hs. 2 GG (Informationsfreiheit) ansehen<sup>22</sup>. Unter Informationsquellen versteht man alle denkbaren Informationsträger<sup>23</sup>. Ferner müssen die Informationsquellen im Sinne des Art. 5 Abs. 1 Satz 1 Hs. 2 GG allgemein zugänglich sein. Dies bedeutet, dass Informationsquellen technisch geeignet und bestimmt sind, der Allgemeinheit, also einem individuell nicht bestimmmbaren Personenkreis, Informationen zu verschaffen<sup>24</sup>. Da das Internet nach seiner technischen Entwicklung eine weltumspan-

---

15 Köhler/Arndt/Fetzer (Fn. 7), Rn. 2.

16 Vgl. Beater (Fn. 5), Rn. 271; Hornung, MMR 2004, S. 3 (4).

17 Zum begrifflichen Unterschied zwischen Daten und Informationen Hoffmann-Riem (Fn. 4), S. 9 (12); Petersen/Schoch (Fn. 2), S. 681 (682); kritisch Stern, in: Stern, Staatsrecht, Bd. IV/1, S. 236.

18 Vgl. Kube (Fn. 1), § 91 Rn. 5; Schoch, VVDStRL 57 (1998), S. 158 (171); Trute, VVDStRL 57 (1998), S. 216 (244).

19 Digitalisierung bedeutet „die Umwandlung jedweder Art von Information (z. B. Texte, Musik, Sprache oder Bilder) in einen Binärkode“. Ihr Vorteil besteht darin, dass die Daten „in Gestalt von elektrischen Impulsen ohne Qualitätsverlust übertragen werden können“ (vgl. Fechner (Fn. 3), 12. Kapitel Rn. 3).

20 Z. B. Zeitung, Film, Fernsehen, Hörfunk etc.

21 Kube (Fn. 1), § 91 Rn. 5.

22 Bethge, in: Sachs, GG, Art. 5 Rn. 54; Hufen, Grundrechte, § 26 Rn. 6; J. Ipsen, Grundrechte, Rn. 431; Jarass, in: Jarass/Pieroth, GG, Art. 5 Rn. 16; Kannengießer, in: Schmidt-Bleibtreu/Hofmann/Hopfauf, GG, Art. 5 Rn. 9; Schoch, JURA 2008, S. 25 (28); Sodan, in: Sodan, GG, Art. 5 Rn. 13; Starck, in: von Mangoldt/Klein/Starck, GG, Bd. 1, Art. 5 Rn. 42; Stern (Fn. 17), S. 1404; Zippelius/Würtenberger, Staatsrecht, § 26 Rn. 45.

23 Bethge (Fn. 22), Art. 5 Rn. 54; Jarass (Fn. 22), Art. 5 Rn. 15; Manssen, Grundrechte, Rn. 333; Pieroth/Schlink, Grundrechte, Rn. 606; Schoch (Fn. 22), S. 25 (28); Schulze-Fielitz, in: Dreier, GG, Bd. 1, Art. 5 I, II Rn. 77; Starck (Fn. 22), Art. 5 Rn. 42; Stern (Fn. 17), S. 1403.

24 BVerfGE 27, 71 (83f.); 90, 27 (32); 103, 44 (60); Bethge (Fn. 22), Art. 5 Rn. 55; Ipsen (Fn. 22), Rn. 430; Jarass (Fn. 22), Art. 5 Rn. 16; Manssen (Fn. 23), Rn. 334; Schoch (Fn. 22), S. 25 (28f.); Schulze-Fielitz (Fn. 23), Art. 5 I, II Rn. 77; Sodan (Fn. 22), Art. 5 Rn. 13; Starck (Fn. 22), Art. 5 Rn. 44; Stern (Fn. 17), S. 1405; Zippelius/Würtenberger (Fn. 22), § 26 Rn. 45.

nende Allgemeinzugänglichkeit hat, werden die passive Entgegennahme der Informationen und die aktive Beschaffung und Speicherung von Informationen im Internet durch Art. 5 Abs. 1 Satz 1 Hs. 2 GG geschützt<sup>25</sup>. Dies bedeutet aber nicht, dass sich die grundrechtliche Relevanz des Internets in der Informationsfreiheit erschöpft. Vielmehr ist der Umstand, dass das Internet als eine Informationsquelle betrachtet wird, zugleich von Bedeutung für den Schutz anderer Grundrechte. Denn die im Internet übermittelten Informationen können die Vorstufe anderer Grundrechte (z. B. Meinungsfreiheit des Art. 5 Abs. 1 Satz 1 Hs. 1 GG oder Fernmeldegeheimnis des Art. 10 Abs. 1 GG) darstellen. In diesem Zusammenhang wird das Internet aufgrund seines Charakters als Informationsquelle zu einem bedeutsamen Raum der Grundrechte<sup>26</sup>.

Zu beachten ist die Tatsache, dass das Internet eine Informationsquelle darstellt, die weit über die individuelle Ebene hinausgeht. Vor allem ist der Beitrag des Internets zur Demokratie in der Informationsgesellschaft nicht zu übersehen. Die Information(sfreiheit) ist eine der wichtigsten Voraussetzungen für die öffentliche Meinungsbildung in einer freiheitlichen Demokratie<sup>27</sup>. Erst mit der Hilfe der Informationsfreiheit „wird der Bürger in den Stand gesetzt, sich selbst die notwendigen Voraussetzungen zur Ausübung seiner persönlichen und politischen Aufgaben zu verschaffen, um im demokratischen Sinne verantwortlich handeln zu können“<sup>28</sup>. Da das Internet die Möglichkeit des weltumspannenden Informationsaustauschs bietet, befördert es wegen der Kommunikationsmöglichkeiten zwischen fremden Kulturen die pluralistische öffentliche Meinungsbildung<sup>29</sup>. Insoweit stellt das Internet trotz seiner virtuellen Eigenart nicht nur einen Raum der Grundrechte, sondern auch einen Vermittler der Wechselwirkung zwischen öffentlicher Meinung und Staatswillen<sup>30</sup> im digitalen Zeitalter dar.

---

25 Die „Unterrichtung“ im Sinne des Art. 5 Abs. 1 S. 1 Hs. 2 GG umfasst den gesamten Prozess des Sich-Informierens (Informationsrezeption, -speicherung, und -beschaffung), vgl. *Bethge* (Fn. 22), Art. 5 Rn. 53; *Hufen* (Fn. 22), § 26 Rn. 7; *Jarass* (Fn. 22), Art. 5 Rn. 17; *Manssen* (Fn. 23), Rn. 336; *Pieroth/Schlink* (Fn. 23), Rn. 610; *Schoch* (Fn. 22), S. 25 (30f.); *Schulze-Fielitz* (Fn. 23), Art. 5 I, II Rn. 83; *Sodan* (Fn. 22), Art. 5 Rn. 14; *Stern* (Fn. 17), S. 1413.

26 *Kube* (Fn. 1), § 91 Rn. 6.

27 BVerfGE 7, 198 (208); 27, 71 (81); *Bethge* (Fn. 22), Art. 5 Rn. 51; *Michael/Morlok*, Grundrechte, Rn. 215; *Schulze-Fielitz* (Fn. 23), Art. 5 I, II Rn. 83; *Starck* (Fn. 22), Art. 5 Rn. 39.

28 BVerfGE 27, 71 (81f.).

29 Vgl. *Schmitt Glaeser*, in: Isensee/Kirchhof, HStR, Bd. 3, § 38 Rn. 16. Zum Pluralismus der Demokratie *Badura*, in: Isensee/Kirchhof, HStR, Bd. 2, § 25 Rn. 32; *Böckenförde*, in: Isensee/Kirchhof, HStR, Bd. 3, § 34 Rn. 6; *Brenner*, in: Isensee/Kirchhof, HStR, Bd. 3, § 44 Rn. 2; *Isensee*, in: Isensee/Kirchhof, HStR, Bd. 2, § 15 Rn. 73.

30 Zur Wechselwirkung zwischen öffentlicher Meinung und Staatswillen *Kloepfer* (Fn. 5), § 42 Rn. 22.

## II. Internet als Gefahrenträger

### 1. Gefahren im Internet

Obwohl das Internet die obigen positiven Funktionen hat, wird es wegen seines Missbrauchs allmählich zu einem Gefahrenträger. Auf der Basis der Technikentwicklung, die sich im schnellen Tempo verändert, entstehen zunehmend Gefahren im Internet<sup>31</sup>. Insoweit ist es nicht zu leugnen, dass die zunehmende Computer-Kriminalität bzw. Internet-Kriminalität<sup>32</sup> auf dem Vormarsch ist. Vor allem kommt immer wieder das Eindringen von Hackern in fremde Computer und Webseiten vor. Ferner bedroht die Verbreitung von Trojaner-Programmen den Schutz der im Computer gespeicherten personenbezogenen Daten und Betriebsgeheimnisse. In dieser Lage bietet das Internet eine gefährliche Voraussetzung für einen Hacker-Angriff.

Darüber hinaus nehmen die verbotenen Inhalte des Internets zu. Beispielsweise lässt sich Pornografie einfach im Internet ansehen und herunterladen<sup>33</sup>. Die Gewalt verherrlichenenden Webseiten und Online-Spiele haben zudem schädlichen Einfluss auf Kinder und Jugendliche<sup>34</sup>. Zu befürchten ist nicht zuletzt, dass sich der Rassismus und Hassreden durch extreme Blogs oder Online-Foren immer weiter ausdehnen.

Immer weniger zu übersehen ist, dass das Internet den internationalen Terrorismus unterstützt. Da die Kommunikation durch Internet eine weltumspannende Besonderheit ist, können Terroristen, die sich in der ganzen Welt befinden, leichter miteinander Informationen austauschen. Verwenden sie beim Informationsaustausch die anonymen Internetdienste (z. B. E-Mail, Chatroom und VoIP), wird die Bekämpfung des Terrorismus äußerst schwierig<sup>35</sup>.

Diese Gefährdungslagen bestehen zwar im Internet, auf dem die virtuelle Welt basiert, jedoch können sie polizeiliche Schutzgüter<sup>36</sup>, also öffentliche

---

31 Vgl. dazu *Germann* (Fn. 7), S. 185 ff.; *Greiner*, Verhinderung verbotener Internetinhalte, S. 4 ff.; *Sieber*, MMR-Beilage 2/1999, S. 1 (2); *Württenberger/Heckmann*, PolR BW, Rn. 544.

32 Die Computer-Kriminalität wird begrifflich von der Internet-Kriminalität unterschieden. „Computer-Kriminalität umfasst das deliktische Handeln, bei dem der Computer Werkzeug oder Ziel der Tat ist“. Im Vergleich dazu betrifft die Internet-Kriminalität „diejenigen strafrechtlich relevanten Handlungen, die durch Nutzung von Datennetzen (insbes. Internet) begangen werden“ (vgl. *Eisenberg*, Kriminologie, § 47 Rn. 65, 69).

33 Vgl. *Determann* (Fn. 7), S. 100 f.; *Greiner* (Fn. 31), S. 8 f.

34 Vgl. *Determann* (Fn. 7), S. 96; *Greiner* (Fn. 31), S. 9.

35 Vgl. *Holznagel/Bonnekoh*, MMR 2005, S. 585 (590).

36 Zu polizeilichen Schutzgütern *Götz*, PolR, § 4 Rn. 1 ff.; § 5 Rn. 1 ff.; *Gusy*, PolR, Rn. 78 ff.; *Kugelmann*, PolR, Kapitel 4 Rn. 22 ff.; *Pierothen/Schlank/Kniesel*, PolR, § 8 Rn. 1 ff.; *W.-R. Schenke*, PolR, Rn. 53 ff.; *Schoch*, in: *Schmidt-Abmann/Schoch*, BesVerwR, 2. Kapitel, Rn. 65 ff.; *Tettinger/Erbguth/Mann*, BesVerwR, Rn. 440 ff.; *Waechter*, NVwZ 1997, S. 729 ff.; *Württenberger/Heckmann* (Fn. 31), Rn. 398 ff.

Sicherheit und öffentliche Ordnung, in der Realwelt mit hinreichender Wahrscheinlichkeit schädigen. Im Hinblick auf ihre Intensität sind sie nicht nur bloße Belästigungen<sup>37</sup>. Unter dem Blickwinkel ihrer großen Schädigungswahrscheinlichkeit<sup>38</sup> lassen sie sich auch nicht nur pauschal als Risiken ansehen<sup>39</sup>. Vielmehr können die im Internet bestehenden Gefährdungslagen ohne Weiteres Gefahren im Sinne des Polizeirechts sein<sup>40</sup>. Da die Zuständigkeit der Polizei das Entstehen von Gefahren voraussetzt<sup>41</sup>, ist das Internet kein (virtueller) rechtsfreier Raum<sup>42</sup>, sondern ein neuer Zuständigkeitsraum der Polizei im digitalen Zeitalter.

## **2. Erfüllung staatlicher Schutzpflicht durch die Gefahrenabwehr im Internet**

Der Umstand, dass das Internet zu einem Gefahrenträger in der Informationsgesellschaft wird, bedingt die Notwendigkeit der polizeilichen Gefahrenabwehr im Internet. Unter dem Aspekt der Grundrechte ist die Gefahrenabwehr im Internet als eine neue Verantwortung des Staats<sup>43</sup> zu betrachten, da das Internet, wie sich bereits aus den vorhergehenden Bemerkungen ergibt, einen Raum der Grundrechtsausübung in der Informationsgesellschaft darstellt. Zweifellos ist, dass die im Internet bestehenden Gefahren überwiegend durch technische Schutzmaßnahmen zu verhindern sind<sup>44</sup>. Fraglich ist jedoch, ob die Polizei rechtlich das *darf*, was sie tech-

---

37 Zur Unterscheidung zwischen Gefahren und bloßen Belästigungen *Götz* (Fn. 36), § 6 Rn. 5; *Gusy* (Fn. 36), Rn. 104 f.; *Pierothen/Schlink/Kniesel* (Fn. 36), § 4 Rn. 3; *Schenke* (Fn. 36), Rn. 74; *Schoch* (Fn. 36), Rn. 84; *Würtenberger/Heckmann* (Fn. 31), Rn. 413.

38 Nach der herrschenden Meinung lässt sich die Anforderung an die Schädigungswahrscheinlichkeit der Gefahr durch die Je-desto-Formel beurteilen, vgl. *Götz* (Fn. 36), § 6 Rn. 7; *Gusy* (Fn. 36), Rn. 119; *Pierothen/Schlink/Kniesel* (Fn. 36), § 4 Rn. 7; *Schenke* (Fn. 36), Rn. 77; *Schoch* (Fn. 36), Rn. 89; a. a. *Leisner*, DÖV 2002, S. 326 (328f.). Zu beachten ist, dass die zur Bestimmung des Grads der Schädigungswahrscheinlichkeit verwendete Je-desto-Formel von der Prüfung der Verhältnismäßigkeit des polizeilichen Eingriffs zu unterscheiden ist, *Götz* (Fn. 36), § 6 Rn. 8.

39 *Greiner* (Fn. 31), S. 31 Fn. 136. Im Vergleich zur hinreichenden Wahrscheinlichkeit des Gefahrbegriffs steht der Risikobegriff „für Ungewissheiten bei der Beurteilung von Schadensmöglichkeiten“. Dies bedeutet, dass der Risikobegriff nur eine „entfernte Möglichkeit des Schadenseintritts“ erfasst (vgl. *Di Fabio*, JURA 1996, S. 566 (570); *Schoch* (Fn. 36), Rn. 89. Zur Abgrenzung zwischen Gefahren und Risiken siehe auch *Götz* (Fn. 36), § 6 Rn. 9; *Pierothen/Schlink/Kniesel* (Fn. 36), § 4 Rn. 6).

40 Die Gefahr ist der zentrale Begriff des Polizeirechts (vgl. *Di Fabio* (Fn. 39), S. 566; *Pierothen/Schlink/Kniesel* (Fn. 36), § 4 Rn. 1).

41 Vgl. *Gusy* (Fn. 36), Rn. 101; *Kugelmann* (Fn. 36), Kapitel 4 Rn. 82; *Pierothen/Schlink/Kniesel* (Fn. 36), § 4 Rn. 1.

42 *Kugelmann* (Fn. 36), Kapitel 5 Rn. 159.

43 Zur neuen staatlichen Verantwortung für das Internet *Kube* (Fn. 1), § 91 Rn. 11 ff.

44 Vgl. *Sieber* (Fn. 31), S. 1 (2).

nisch *kann*<sup>45</sup>. Um diese Frage zu beantworten, ist die verfassungsrechtliche Grundlage der polizeilichen Gefahrenabwehr, also die Schutzwürdigkeit des Staates<sup>46</sup>, heranzuziehen.

### a) Idee der staatlichen Schutzwürdigkeit

Über die Abwehrfunktion gegen staatliche Eingriffe<sup>47</sup>, die als primäre und traditionelle Dimension der Grundrechte angesehen wird<sup>48</sup>, hinaus haben Grundrechte noch objektiv-rechtliche Gehalte<sup>49</sup>. Dazu hat das Bundesverfassungsgericht im Lüth-Urteil<sup>50</sup> festgestellt, dass „das Grundgesetz, das keine wertneutrale Ordnung sein will, in seinem Grundrechtsabschnitt auch eine objektive Wertordnung aufgerichtet hat und dass gerade hierin eine prinzipielle Verstärkung der Geltungskraft der Grundrechte zum Ausdruck kommt. Dieses Wertsystem, das seinen Mittelpunkt in der innerhalb der sozialen Gemeinschaft sich frei entfaltenden menschlichen Persönlichkeit und ihrer Würde findet, muss als verfassungsrechtliche Grundentscheidung für alle Bereiche des Rechts gelten; Gesetzgebung, Verwaltung und Rechtsprechung empfangen von ihm Richtlinien und Impulse.“<sup>51</sup> Wegen ihrer objektiven Dimension, die als eine zentrale juristische Entdeckung des deutschen Staatsrechts nach 1945 gilt<sup>52</sup>, stellen Grundrechte nicht nur bloße Abwehrrechte gegen den Staat, sondern auch Elemente der objektiven Ordnung dar<sup>53</sup>. Dementsprechend weiten sich die Funktionen der Grundrechte aus. Zu diesen aus objektiv-rechtlichen Grundrechtsgehalten hergeleiteten neuen Grundrechtsfunktionen gehört auch die Schutzwürdigkeit des Staates<sup>54</sup>.

45 Diese Frage stellen etwa *Würtenberger/Heckmann* (Fn. 31), Rn. 543.

46 *Götz*, in: *Isensee/Kirchhof*, HStR, Bd. 4, § 85 Rn. 24; vgl. auch *Gusy* (Fn. 36), Rn. 73; *Würtenberger/Heckmann* (Fn. 31), Rn. 23.

47 Vgl. dazu *Cremer*, Freiheitsgrundrechte, S. 74 ff.; *Poscher*, Abwehrrechte; *Sachs*, in: *Merten/Papier*, HGR, Bd. 2, § 39.

48 *Dreier*, in: *Dreier*, GG, Bd. 1, Vorb. Rn. 84 ff.; *Jarass*, in: *Merten/Papier*, HGR, Bd. 2, § 38 Rn. 6; *Hufen* (Fn. 22), § 5 Rn. 1.

49 Vgl. *Jarass* (Fn. 48), § 38 Rn. 15 ff.; *Manssen* (Fn. 23), Rn. 49; *Michael/Morlok* (Fn. 27), Rn. 863; *Sachs*, in: *Sachs*, GG, vor Art. 1 Rn. 31 ff.; *Sodan* (Fn. 22), Art. 1 Vorb. Rn. 20 ff.

50 BVerfGE 7, 198 ff.

51 BVerfGE 7, 198 (205); kritisch dazu *Cremer* (Fn. 47), S. 217 f.: Die objektiv-rechtlichen Grundrechtsgehalte „bilden kein methodengerechtes Fundament für die Anerkennung grundrechtlicher Ansprüche jenseits der Abwehrfunktion“. Das Bundesverfassungsgericht hat „einen über den abwehrrechtlichen hinausgehenden objektiven Gehalt der Grundrechte nicht begründet“.

52 *Wahl*, in: *Merten/Papier*, HGR, Bd. 1, § 19 Rn. 1.

53 Vgl. *Böckenförde*, Der Staat 29 (1990), S. 1; *Hufen* (Fn. 22), § 5 Rn. 3; *Jarass* (Fn. 48), § 38 Rn. 5 f.; *Kopp*, NJW 1994, S. 1573; *Wahl* (Fn. 52), § 19 Rn. 2; *Zippelius/Würtenberger* (Fn. 22), § 17 Rn. 19 ff.

54 BVerfGE 115, 118 (160); *Böckenförde* (Fn. 53), S. 1 (12); *Jarass* (Fn. 48), § 38 Rn. 22; *Michael/Morlok* (Fn. 27), Rn. 864; *Sodan* (Fn. 22), Art. 1 Vorb. Rn. 25; *Wahl* (Fn. 52), § 19 Rn. 5. Diese aus objektiv-rechtlichen Grundrechtsdimensionen hergeleiteten neuen Grundrechtsfunktionen

Die Grundrechtsfunktion der staatlichen Schutzpflicht kehrt sozusagen die Stoßrichtung der Abwehrfunktion der Grundrechte um<sup>55</sup>. Nach der Schutzpflichtenlehre ist der Staat verpflichtet, die Verletzung der grundrechtlich geschützten Rechtsgüter, die von privaten Dritten ausgeht, zu unterbinden<sup>56</sup>. Eigentlich ist diese Schutzrichtung dem Grundgesetz nicht fremd. Art. 1 Abs. 1 Satz 2 GG zeigt deutlich, dass der Schutz der Menschenwürde die Verpflichtung aller staatlichen Gewalt ist. Außerdem ist der Staat nach Art. 6 Abs. 4 GG verpflichtet, Mütter zu schützen. Zu beachten ist allerdings, dass diese im Grundgesetz ausdrücklich normierten „speziellen Schutzaufträge“, die zur subjektiv-rechtlichen Dimension der Grundrechte gehören, von der allgemeinen Schutzpflicht des Staats zu unterscheiden sind<sup>57</sup>. Im Gegensatz zu speziell normierten Schutzaufträgen ergibt sich die (allgemeine) Schutzpflicht des Staats aus den objektiv-rechtlichen Grundrechtsgehalten<sup>58</sup>. Vor allem hat das Bundesverfassungsgericht durch zahlreiche Entscheidungen<sup>59</sup> aus der objektiv-rechtlichen Grundrechtsdimension des Art. 2 Abs. 2 GG die Pflicht des Staats zum Schutz

---

nen umfassen zudem etwa die Drittirkung der Grundrechte, die Grundrechtswirkung für Organisations- und Verfahrensgarantien und die Einrichtungsgarantien (vgl. dazu Dreier (Fn. 48), Vorb. Rn. 96 ff.; Gostomzyk, JuS 2004, S. 949 (950 ff.); Michael/Morlok (Fn. 27), Rn. 864; Sachs (Fn. 49), vor Art. 1 Rn. 30 ff.; Sodan (Fn. 22), Art. 1 Vorb. Rn. 22 ff.; 30 f.; Zippelius/Württenberger (Fn. 22), § 17 Rn. 12 ff.; 42 ff.). Es wird vertreten, dass objektive Grundrechtsfunktionen alle diejenigen Funktionen seien, die sich nicht mit der abwehrrechtlichen Komponente erklären lassen (so Manssen (Fn. 23), Rn. 49). Ob diese Behauptung zutrifft, erscheint zweifelhaft. Denn sie setzt die subjektiv-rechtliche Dimension der Grundrechte mit der Abwehrfunktion der Grundrechte gleich. Zwar stellt die Abwehrfunktion der Grundrechte den zentralen subjektiv-rechtlichen Grundrechtsgehalt dar, jedoch beschränken sich die subjektiv-rechtlichen Dimensionen der Grundrechte nicht auf die Abwehrrechte. Über die Abwehrrechte hinaus können Leistungsrechte vielmehr auch zu subjektiv-rechtlichen Dimensionen gehören (z. B. Art. 6 Abs. 1 und 4 GG) (vgl. Dreier (Fn. 48), Vorb. Rn. 83, 89; Michael/Morlok (Fn. 27), Rn. 864; Zippelius/Württenberger (Fn. 22), § 17 Rn. 5).

55 Dreier (Fn. 48), Vorb. Rn. 101.

56 Jarass (Fn. 48), § 38 Rn. 24; Dreier (Fn. 48), Vorb. Rn. 101; Klein, DVBl. 1994, S. 489 (490); Manssen (Fn. 23), Rn. 50; Pieroth/Schlink (Fn. 23), Rn. 110 ff. Aus der Perspektive der Staats-theorie ist die Schutzpflicht des Staats nicht neu. Denn der Staat als Garant einer Friedensordnung ist aufgrund seines Gewaltmonopols verpflichtet, die Sicherheit des Bürgers zu schützen (vgl. Calliess, in: Merten/Papier, HGR, Bd. 2, § 44 Rn. 20 f.; Ipsen (Fn. 22), Rn. 104; Isensee, in: Isensee/Kirchhof, HStR, Bd. 5, 2. Aufl., § 111 Rn. 83; Trute, in: Erbguth/Müller/Neumann, GS Jeand'Heur, 1999, S. 403 (413)).

57 Dreier (Fn. 48), Vorb. Rn. 89, 104; Isensee (Fn. 56), § 111 Rn. 96; a. A. Manssen (Fn. 23), Rn. 50.

58 Die Schutzpflicht des Staats lässt sich sogar als Zentralbegriff der objektiv-rechtlichen Grundrechtsdimension ansehen (vgl. Böckenförde (Fn. 53), S. 1 (12); Dreier (Fn. 48), Vorb. Rn. 102; Klein (Fn. 56), S. 489 (491)).

59 Z. B. BVerfGE 39, 1 (41); 46, 160 (164); 49, 89 (140 ff.); 53, 30 (57); 56, 54 (73); 77, 381 (402 f.); 79, 174 (201 f.).

von Leben und Gesundheit hergeleitet<sup>60</sup>. Dies bedeutet aber nicht, dass sich die Schutzpflicht des Staats in Art. 2 Abs. 2 GG erschöpft. Vielmehr können alle anderen Freiheitsrechte wegen ihrer objektiv-rechtlichen Grundrechtsdimension ebenso eine Schutzpflicht des Staats begründen<sup>61</sup>.

### b) Grenzen der Erfüllung der staatlichen Schutzpflicht

Trotz der Anerkennung der staatlichen Schutzpflicht besteht die Problematik darin, wie der Staat seine Schutzpflicht erfüllen soll, um sie nicht zu verletzen. In diesem Punkt gilt das sog. Untermaßverbot<sup>62</sup>, d. h., der Staat „muss ein gewisses Minimum an Schutz garantieren“<sup>63</sup>. Es fragt sich jedoch, wie der Staat beurteilt, mit welcher Intensität er das Schutzminimum verwirklicht. Hinsichtlich dieser Frage ist anerkannt, dass der Staat (insbesondere der Gesetzgeber) einen weitgehenden Ermessensspielraum, dessen Ziel die effektive Erfüllung staatlicher Schutzpflicht ist<sup>64</sup>, genießt<sup>65</sup>. In der Regel kann der Gesetzgeber aufgrund seiner Einschätzung von Grundrechtsgefährdungen die Art und Weise von Maßnahmen des Schutzes bestimmen. Aus diesem Grund wird die Schutzpflicht nur verletzt, wenn der Staat „Schutzworkehrungen entweder überhaupt nicht getroffen hat oder offensichtlich die getroffenen Regelungen und Maßnahmen gänzlich ungeeignet oder völlig unzulänglich sind, das Schutzziel zu erreichen“<sup>66</sup>.

Da der Staat die Grundrechte des Einzelnen vor den Gefahren, die sich aus der Tätigkeit eines Dritten ergeben, schützen muss, kann es notwendig sein, dass er bei Erfüllung seiner Schutzpflicht in Grundrechte Dritter eingreift<sup>67</sup>. In diesem Zusammenhang hat die staatliche Schutzpflicht eine komplizierte Struktur. Sie betrifft nämlich das Rechte-Dreieck Staat – Störer – Opfer<sup>68</sup>. Der Staat muss einerseits zum Schutz des Opfers gewisse Maß-

60 Vgl. Isensee (Fn. 56), § 111 Rn. 80; Murswieck, in: Sachs, GG, Art. 2 Rn. 24f.; Schulze-Fielitz (Fn. 23), Art. 2 II Rn. 76 ff.

61 Dreier (Fn. 48), Vorb. Rn. 89, 104; Isensee (Fn. 56), § 111 Rn. 86; Klein (Fn. 56), S. 489 (491); Murswieck (Fn. 60), Art. 2 Rn. 25.

62 BVerfGE 88, 203 (254); Dreier (Fn. 48), Vorb. Rn. 103; Jarass (Fn. 22), Vorb. vor Art. 1 Rn. 54; Manssen (Fn. 23), Rn. 52f.; Michael/Morlok (Fn. 27), Rn. 627; Sachs (Fn. 49), vor Art. 1 Rn. 36; Zippelius/Würtenberger (Fn. 22), § 17 Rn. 40.

63 Manssen (Fn. 23), Rn. 52.

64 Isensee (Fn. 56), § 111 Rn. 165.

65 Vgl. BVerfGE 77, 170 (214 f.); 79, 174 (202); 115, 118 (159); Hufen (Fn. 22), § 5 Rn. 6; Jarass (Fn. 22), Vorb. vor Art. 1 Rn. 6; Manssen (Fn. 23), Rn. 52; Pieroth/Schlink (Fn. 23), Rn. 113; Schulze-Fielitz (Fn. 23), Art. 2 II Rn. 86 ff.; von Münch, Staatsrecht, Bd. 2, Rn. 152; Zippelius/Würtenberger (Fn. 22), § 17 Rn. 39.

66 BVerfGE 79, 174 (202); vgl. auch BVerfGE 92, 26 (46); Pieroth/Schlink (Fn. 23), Rn. 113; Sachs (Fn. 49), vor Art. 1 Rn. 36; Zippelius/Würtenberger (Fn. 22), § 17 Rn. 40.

67 von Münch (Fn. 65), Rn. 151; Zippelius/Würtenberger (Fn. 22), § 17 Rn. 37; vgl. auch Ipsen (Fn. 22), Rn. 106.

68 Isensee (Fn. 56), § 111 Rn. 87.

nahmen ergreifen. Andererseits stellen diese staatlichen Schutzmaßnahmen Beschränkungen der Grundrechte des Störers dar. Deswegen ist es ungeeignet, wenn die Erfüllung staatlicher Schutzhpflicht nur einseitig unter dem Aspekt des Untermaßverbots überprüft wird. Ausgehend vom Eingriff in Grundrechte des Störers soll die Erfüllung staatlicher Schutzhpflicht vielmehr zugleich auch an das Übermaßverbot gebunden sein<sup>69</sup>. Zwar muss der Staat das Untermaß- und Übermaßverbot gleichzeitig berücksichtigen<sup>70</sup>, allerdings lässt sich nicht leugnen, dass die Anforderungen des Untermaßverbots und Übermaßverbots keine gleiche Intensität besitzen<sup>71</sup>. Im Vergleich zu der Anforderung des Übermaßverbots, also zu detaillierten Prüfungsstufen der Verhältnismäßigkeit<sup>72</sup>, ist das Untermaßverbot wegen des weitgehenden staatlichen Ermessensspielraums milder. Wenn man den Faktor, dass die Subjektivierung der (objektiven) Schutzhpflicht schwierig ist<sup>73</sup>, berücksichtigt, lässt sich der Unterschied der Intensität zwischen den Anforderungen des Untermaßverbots und Übermaßverbots erkennen<sup>74</sup>.

Die Anerkennung des weiten staatlichen Ermessensspielraums bedeutet nicht, dass der Staat alle möglichen effektiven Mittel zur Erfüllung seiner Schutzhpflicht wählen kann. Denn die Wahl kann „immer nur auf solche Mittel fallen, deren Einsatz mit der Verfassung in Einklang steht“<sup>75</sup>. Falls der Staat verfassungswidrige Schutzmittel auswählt, darf eine solche (verfassungswidrige) Erfüllung staatlicher Schutzhpflicht nicht als die Rechtferdigung des Eingriffs in Grundrechte Dritter angesehen werden<sup>76</sup>.

---

69 *Isensee* (Fn. 56), § 111 Rn. 165.

70 Das begriffliche Verhältnis zwischen dem Untermaßverbot und dem Übermaßverbot (Grundsatz der Verhältnismäßigkeit) ist bislang jedoch noch unklar (vgl. *Cremer* (Fn. 47), S. 311).

71 *Michael/Morlok* (Fn. 27), Rn. 627. Im Schrifttum wird vertreten, dass die effektive oder wirksame Erfüllung der Schutzhpflicht die vollendete Pflichterfüllung bedeute. Deswegen könne die staatliche Schutzhpflicht nicht „mindestens“ erfüllt werden. In Eingriffsfällen dürfe sie nicht „übererfüllt“ werden. Insoweit gebe es keine Spanne zwischen Mindestmaß (Untermaßverbot) und Höchstmaß (Übermaßverbot) (vgl. *Hain*, DVBl. 1993, S. 982 (983)). Diese Auffassung ist abzulehnen. Bei der Pflichterfüllung geht es nur darum, dass die Pflicht entweder erfüllt oder nicht erfüllt wird. Die Rechtspflicht kann aber nicht „übererfüllt“ werden (*Cremer* (Fn. 47), S. 312). Die These, dass die Schutzhpflicht in Eingriffsfällen nicht übererfüllt werden dürfe, verwechselt das Verhältnis zwischen Staat und Opfer mit dem Verhältnis zwischen Staat und Störer. Der übermäßige Eingriff in das Grundrecht des Störers bedeutet keineswegs eine übermäßige Erfüllung der Schutzhpflicht gegenüber dem Opfer.

72 Zu Prüfungsstufen der Verhältnismäßigkeit *Jarass* (Fn. 22), Art. 20 Rn. 83 ff.; *Pierothen/Schlink* (Fn. 23), Rn. 289 ff.; *Sachs* (Fn. 49), Art. 20 Rn. 149 ff.; *Sodan* (Fn. 22), Art. 1 Vorb. Rn. 62 ff.; *Zippelius/Würtenberger* (Fn. 22), § 19 Rn. 85 ff.

73 Vgl. dazu *Ipsen* (Fn. 22), Rn. 109.

74 Das heißt, dass die Schwierigkeit der Subjektivierung der Schutzhpflicht die Intensität des Untermaßverbots abschwächt bzw. zum weitgehenden staatlichen Ermessensspielraum führt.

75 BVerfGE 115, 118 (160).

76 Vgl. BVerfGE 115, 118 (159 f.).