

Die sog. grundrechtlichen Schutzpflichten im deutschen und europäischen Recht.

Inhalt und Reichweite einer „gemeineuropäischen Grundrechtsfunktion“.

Von Dr. Peter Szczekalla

Zusammenfassung in Thesen (Vierter Teil)*

– Deutsches Recht (Erster Teil) –

1. In der Rechtsprechung des *BVerfG* ist die Schutzpflicht von der *Weite des Eingriffsbegriffs* abhängig. *Trotz aktiven Handelns* geht das *BVerfG* mitunter aufgrund einer staatlichen „*Mitverantwortung*“ und eines *bloßen Risikos* für ein Grundrechtsgut von der Einschlägigkeit der *Schutzpflicht* aus. Auch werden an sich klare Abwehrrechtsfälle nicht selten in der *typischen Schutzpflicht-Diktion* entschieden. Gelegentlich wird die Einschlägigkeit von Abwehrrecht oder Schutzpflicht schließlich ganz *offen* gelassen.
2. Im Grundsatz lässt sich aber festhalten, dass die Schutzpflicht nach Ansicht des *BVerfG* in all den Fällen einschlägig ist, in denen ein Grundrechtsgut durch *nichtstaatliche „Gewalten“* beeinträchtigt oder gefährdet wird. Die nichtstaatlichen Gewalten umfassen dabei sowohl *Private* als auch *ausländische Staaten* sowie *unpersonale Gefahren, insbes. Naturkatastrophen*. Es gilt der Grundsatz der *Irrelevanz der Bedrohungsherkunft*.
3. Das *BVerfG* leitet die Schutzpflicht im Wesentlichen aus der *objektivrechtlichen Seite* der Grundrechte ab. *Wortlautargumenten* oder der *staatstheoretischen Begründung* („*Schutz für Gehorsam*“-Formel) kommt daneben *kein eigenständiges Gewicht* zu. Auch die *Menschenwürde-Garantie* aus Art. 1 I 2 GG spielt in der Rechtsprechung des *BVerfG* letztlich *keine eigenständige Rolle* bei der Ableitung von Schutzpflichten; entgegen einigen kritischen Anmerkungen in der Literatur stellt sie jedenfalls *nicht* die schutzrechtliche „*Basisnorm*“ dar.
4. Der Rechtsprechung des *BVerfG* lässt sich entnehmen, dass es von einer grundsätzlichen „*Schutzpflichttauglichkeit*“ *aller Freiheits- und sogar Gleichheitsgrundrechte sowie (nahezu) aller grundrechtsgleichen Rechte* ausgeht. Entgegen einzelnen Stimmen in der Literatur gibt es *im Grunde keine schutzpflicht-untauglichen Grundrechte* oder grundrechtsgleichen Rechte, *mit der – einzigen – Ausnahme des Art. 103 II und III GG*.
5. In der *Bundesrepublik Deutschland* ist die Schutzpflicht grundsätzlich *nicht nur gesetz-, sondern auch kompetenziell mediatisiert*: Bund und Ländern kommt in ihrem Aufgabenbereich eine *jeweils eigenständige und voneinander getrennte Verantwortlichkeit* zu, die nach Ansicht des *BVerfG* in *Extremfällen* indes *durchbrochen* werden kann. *Trotz des Grundsatzes der kompetenziellen Mediatierung der Schutzpflicht* lassen sich „*Notkompetenzen*“ (*des Bundes*) im Einzelfall nicht ausschließen (inbes. bei überregional bedeutsamen Warnungen). Eine *Durchbrechung der Sperrwirkung des Art. 72 I GG* aus Gründen der grundrechtlichen Schutzpflichten ist aber *grundsätzlich nicht* anzunehmen.
6. (*Mittelbare*) *Drittwirkung* und *Schutzpflicht* sind insoweit – *partiell* – *identisch*, als sie beide über das Medium des sog. einfachen Rechts „*arbeiten*“ (*grundrechtskonforme Auslegung*). Soweit diese auch *unpersonale Gefahren* und das *Verhalten ausländischer Staaten* erfassen sowie (*zu-*) *künftigen Generationen* zugute kommen soll, unterscheidet sie

* Diese 50 Thesen lagen der *Disputatio* vom 11.02.2000 (Prüfungskommission: Prof. Dres. *Theodor Baums* [Vorsitz], *Hans-Werner Rengeling* und *Albrecht Weber*) zu Grunde. In der *Druckfassung* (Verlag *Duncker & Humblot, Berlin, Schriften zum Europäischen Recht*) wird die Zusammenfassung in insgesamt 150 Thesen „*ausbuchstabiert*“ (dort auch mit genauen Textverweisen und Rückbezügen innerhalb der Thesen).

sich von jener. Gleiches gilt, weil sie *nicht nur den Gesetzesanwender* (Gerichte oder Verwaltung), sondern *auch den Gesetzgeber selbst trifft* und weil sie *nicht auf normative Schutzmittel beschränkt* ist. Insgesamt erweist sich die Drittwirkung als Unterfall der Schutzpflicht ([hier sog.] *Unterfallthese*).

7. Dem *Untermaßverbot* kommt *keine eigenständige Bedeutung* zu. *Unter- und Übermaßverbot* sind *kongruent*. In Schutzpflicht- wie in Abwehrrechtsfällen sind (die gleichen) *Abwägungen unvermeidbar*, weil es *ohne Abwägung weder Vernunft noch Freiheit* geben kann.
8. Die Annahme eines *Auseinanderfallens von Handlungs- und Kontrollnorm* lässt sich mit den grundgesetzlichen Vorgaben durchaus vereinbaren. Sie hat u.a. den – überaus wichtigen – (auch *psychologischen*) *Vorteil*, dass sich der *Gesetzgeber nicht von vornherein auf Evidenzerlebnisse beschränken* kann und nur den offensichtlich erforderlichen, sondern den *bestmöglichen Schutz* gewähren muss.
9. Eine *Erosion des sog. einfachen Rechts* durch grundrechtliche Schutzpflichten ist *nicht zu befürchten*: *Rechtssicherer und gleichmäßiger* (Art. 3 I GG) sowie *zeitnaher Schutz* bleibt auf dieses „einfache“ *Schutz-Recht und seine Dogmatik angewiesen*; ihr kommt eine unentbehrliche *Entlastungsfunktion* für die tägliche Rechtspraxis zu.

– **Die abwehrrechtliche Lösung (Erster Teil: B.II.4. und C.)** –

10. Die „*Fundamentalkritik*“ an der Schutzpflicht-Rechtsprechung und -Lehre (durch v.a. *Schwabe, Murswiek und Griller*) ist *im Wesentlichen berechtigt*. Auf diese abwehrrechtlichen Lösungen, die aus *Gewaltmonopol* und *Duldungspflicht* sowie dem *Nicht-Verbieten* als (*schwacher*) *Erlaubnis* in den meisten Schutzpflicht-Konstellationen jeweils einen *Eingriff in das Grundrecht als Abwehrrecht* folgern, haben Rechtsprechung und sonstige Literatur bisher zwar nicht – angemessen – reagiert. Das beruht aber im Wesentlichen auf „*Glaubensfragen*“ und (*Be-*) *Wertungen*, denen rational nur schwer beizukommen ist.
11. Ein *rechtsfreier Raum*, der einer Deutung des Nicht-Verbietens als (*schwacher*) *Erlaubnis* und damit als rechtfertigungsbedürftiger, regelmäßig aber auch rechtfertigungsfähiger Eingriff in das Grundrecht als *Abwehrrecht* entgegenstehen könnte, ist *nicht* anzunehmen: Wenn der (*Rechts-*) *Satz*, dass *alles erlaubt ist, was nicht verboten ist*, allgemeine Anerkennung findet und auch aus grundrechtlichen Gründen geboten ist ([nur] *gewährleistete*, dem Staat vorgegebene *Freiheit* bzw. *lückenloser Grundrechtsschutz*), dann folgt daraus – nach den „*Gesetzen der Logik*“ – an sich schon zwingend, dass *bei Abwesenheit eines (gesetzlichen) Verbotes keine bloße Nicht-Regelung* i.S. einer Abwesenheit jeglicher rechtlicher Determinierung des fraglichen Bereichs, sondern eine *positive Regelung* i.S. einer (zumindest schwachen) *Erlaubnis* vorliegt. Dieser *korrespondiert* eine rechtliche *Duldungspflicht*. Die *formelle Zuordnung* von Erlaubnis und Duldungspflicht *zu einem bestimmten Rechtsgebiet* ist für den abwehrrechtlichen Grundrechtsschutz *materiell irrelevant*.
12. Die Heranziehung des sog. *logischen* bzw. *deontischen* (oder: *Normen-*) *Quadrates* als Hilfsmittel verdeutlicht, dass *jedes beliebige menschliche Verhalten* (im raum-zeitlichen Anwendungsbereich einer gegebenen Rechtsordnung) nur *entweder verboten oder aber erlaubt* sein kann. *Etwas Drittes ist nicht denkbar*. *Menschliches Verhalten muss deshalb als durch Rechtsvorschriften geregelt gedacht werden*.
13. Der *diplomatische Schutz* bzw. *Auslandsschutz* stellt auch unter Zugrundelegung einer abwehrrechtlichen Lösung demgegenüber einen Fall einer „*echten*“ *Schutzpflicht* dar. In vielen Fällen, in denen *Handlungen des deutschen Staates* in Rede stehen, die Gefahren für Grundrechtsgüter erhöhen (sog. *Gefahrschaffungsgefahr*), ist aber ohnehin das *Ab-*

wehrrecht einschlägig. Keine Besonderheiten gelten insoweit auch für *Auslieferung, Ausweisung und Abschiebung*: Die Schutzpflicht hat hier „nichts zu suchen“. Das ändert indes an der grundsätzlich *ingeschränkten Kontrolldichte* auch in diesen Fällen nichts. Der Auslandsschutz umfasst den Schutz von *deutschen Staatsangehörigen* bzw. juristischen Personen mit Sitz in *Deutschland*, aber auch den *Schutz von Ausländern* bzw. *juristischen Personen mit Auslandssitz im In- und Ausland*. *Grundrechtsoptimierung* ist nämlich immer auch eine *Zielrichtung der allgemeinen Außenpolitik*. Dass dabei den *Belangen der konkreten Solidargemeinschaft „Bundesrepublik“* ein – *relativer* – *Vorrang* zukommt und dass *nicht jeder schutzsuchende Ausländer ein (definitives) Recht auf Zugang zum Bundesgebiet* hat, ändert an diesem Grundsatz nichts.

14. Der Schutz vor „*Natur*“-*Katastrophen* und der *Generationenschutz* stellen ebenfalls Anwendungsfälle einer „*echten*“ *Schutzpflicht* dar.

– **Gemeinschaftsrecht (Zweiter Teil)** –

15. Die *Grundfreiheiten* und die *vertraglichen Diskriminierungsverbote* sind *echte Gemeinschaftsgrundrechte*.
16. Der *EMRK* kommt unter allen *Rechtserkenntnisquellen* für *Gemeinschaftsgrundrechte* als *allgemeine Rechtsgrundsätze* *vorrangige Bedeutung* zu. Der *EuGH* ist *gehalten*, der *Rechtsprechung des EuGHMR* in *Grundrechtsfragen* zu *folgen*.
17. *Formell* haben die *allgemeinen Rechtsgrundsätze* einen *Rang* *zwischen Primär- und Sekundärrecht*. *Materiell* kommt ihnen indes ein *höherer „Wertrang“*, ein *prinzipieller Gehalt i.S. eines Optimierungsgebotes* zu.
18. Die einem *Bedürfnis nach gemeinschaftsgrundrechtlichen Schutzpflichten* entgegenstehenden, denkbaren Gründe vermögen *nicht* zu überzeugen: Die *Gemeinschaft* war *nie auf Wirtschaftsliberalisierung allein festgelegt*, ist dies jedenfalls nach den vorgenommenen *Kompetenzerweiterungen* längst nicht mehr. Die *Gemeinschaft* weist *keine „ökonomische Eindimensionalität“* auf. Zudem wirken insbes. die *Grundfreiheiten* *nicht nur* (geographisch) *freiheitserweiternd* oder –*fördernd*, *sondern auch potentiell freiheitsbedrohend*. Dieser potentiellen *Freiheitsbedrohung* ist zumindest durch *gemeinschaftsgrundrechtliche Schutzpflichten* Rechnung zu tragen, will man insoweit eine *Gefahrschaffungsgefahr* und damit eine *abwehrrechtliche Lösung* ablehnen. Der *ethisch entkleidete homo oeconomicus* ist und war aber *nie* ein *Leitbild* der *Gemeinschaft*.

Eine *ausschließliche Verantwortlichkeit der Mitgliedstaaten* für das „*Wohl und Wehe*“ *des Einzelnen* kann schon aufgrund der *grenzüberschreitenden Probleme, Risiken und Gefahren* *nicht* angenommen werden: Vielmehr ist die *Schutz-Gemeinschaft* die (*gemeinsame*) *Antwort der (bisherigen) Schutz-Staaten*. *Unschädlich* ist, dass die *Gemeinschaft* *keine Problemlösungskapazität für alle „weltumspannenden“ Schutz-Aufgaben* aufweist: Insoweit gilt ein *Subsidiaritätsgrundsatz im Verhältnis internationaler/supranationaler Organisationen*. Zudem wird durch die *Gemeinschaft* der zunächst *mediatisierte Einfluss* der *Mitgliedstaaten* in den weltweit tätigen *Organisationen* wieder *potenziert*. Ferner lassen *Kompetenzübergänge* und „*Sperrwirkung*“ des (sekundären) *Gemeinschaftsrechts* die *Alternativlosigkeit der Schutzpflicht-Übernahme durch die Gemeinschaft* und der *Annahme einer „geteilten“ bzw. „gemeinschaftlich ausgeübten“ Souveränität* deutlich werden. Des Weiteren lässt sich auch eine Art „*Garantenstellung*“ der *Gemeinschaft* durch ihre – *risikoerhöhende* – *Grenzöffnung* und *Schaffung von Marktzutrittsberechtigungen* annehmen. Daneben kann mittlerweile eine *Verlagerung von Staats-Aufgaben* auf die *Gemeinschaft* und eine *Europäisierung der Staatsziel- oder -zweckerfüllung* beobachtet werden.

Bei alledem bleibt die *gemeinschaftsgrundrechtliche Schutzpflicht* aber *kompetenz-akzessorisch* und wirkt gerade *nicht kompetenz-generierend* bzw. *-attrahierend*: Die recht-

liche Möglichkeit der Schutzpflichtenerfüllung hängt von der bestehenden Kompetenzordnung ab.

19. Es gibt ein – sogar dringendes – *Bedürfnis* nach gemeinschaftsgrundrechtlichen Schutzpflichten. Es hat sich als ein *viel zu einseitiges Bild* erwiesen, die *Gemeinschaft ausschließlich als Grundrechtsgefährder* zu apostrophieren: Sie ist vielmehr unverzichtbar, um – entsprechend ihren durchaus genuinen Aufgaben und Zuständigkeiten – diejenigen Schutz-Mechanismen zu schaffen und deren Funktionieren zu gewährleisten, die notwendig sind, um die grundrechtlichen Positionen (zunächst) europaweit vor Beeinträchtigungen insbes. durch andere private „Mächtigkeiten“ zu bewahren.
20. *Trotz fehlendem Gewaltmonopol und fehlender (echter) Kriminalstrafgewalt* der Gemeinschaft sind *gemeinschaftsgrundrechtliche Schutzpflichten denkbar*. Die Schutzpflicht ist zum einen *nicht auf normativen Schutz allein* angewiesen, sondern kann *auch tatsächlich* umgesetzt werden. Zum anderen besteht eine *Anweisungs- oder Anordnungskompetenz* der Gemeinschaft, bei deren Ausübung die Mitgliedstaaten Gemeinschaftsrecht u.U. auch (kern-) strafrechtlich durchzusetzen haben.
21. Die Schutzpflicht für die *Grundfreiheiten* verlangt neben dem – besonders effektiven – *präventiv-polizeilichen Schutz* auch angemessene *Strafverfolgungsmaßnahmen* seitens der Mitgliedstaaten, was der *Gerichtshof vollumfänglich kontrollieren* kann. Ein *Verzicht* der Mitgliedstaaten auf ein polizeiliches Einschreiten ist (*nur*) *nach Abwägung* zwischen den verschiedenen Grundrechts- und Grundfreiheitspositionen möglich.

Die Grundfreiheiten schützen in ihrer Schutzfunktion auch schon vor *Angst und Furcht*, soweit diese auf *nachvollziehbare Grundlagen* gestützt ist. Ansonsten haben die Schutzpflicht-Adressaten *unbegründete Ängste durch Aufklärung und Information* zu zerstreuen.

Sobald ein Mitgliedstaat in irgendeiner seiner Gliederungen *an* einer der genannten *Aktionen Privater* in irgendeiner Weise *beteiligt* ist, sei es durch *Genehmigung* einer Demonstration, die zu unverhältnismäßigen Behinderungen führt (*Brenner-Blockade*), sei es durch versteckte oder offene *Kooperation* mit Demonstranten („*Beef Blockade*“), führt dies zu seiner *vollen grundfreiheitlichen abwehrrechtlichen Verantwortlichkeit*. Ein *Rekurs auf Schutzpflichten* ist in solchen Fällen *nicht nötig*.

22. Der *diplomatische und/oder konsularische Schutz* stellt einen partiell primärrechtlich geregelten Fall einer auch grundrechtlichen Schutzpflicht dar. *Adressaten* sind sowohl die *Mitgliedstaaten* als auch – rechtsgrundsätzlich – die *Gemeinschaft selbst*. *Begünstigt* werden die *Staatsangehörige der Mitgliedstaaten* sowie *juristische Personen*. *Art. 8c S. 1 EGV (Art. 20 n.Z.)* ist *unmittelbar anwendbar* und gewährt ein *Recht auf diplomatischen Schutz*. Bei *rechtmäßiger Schutzversagung* und entsprechender *Schwere* der Beeinträchtigung bzw. einem *Sonderopfer* besteht ein *Entschädigungsanspruch*; bei *rechtswidriger Schutzversagung* ist ein *Schadensersatzanspruch* gegeben. Dieser folgt für die *Mitgliedstaaten* aus dem *Aufopferungsgedanken* bzw. der *Staatshaftung* für Verletzung auch des primären Gemeinschaftsrechts, und für die *Gemeinschaft* jeweils aus *Art. 215 II EGV (Art. 288 n.Z.)*, welcher einer Haftung auch für rechtmäßiges Verhalten jedenfalls nicht entgegensteht. Für die laufenden *Beitrittsverhandlungen* hat der diplomatische bzw. Auslandsschutz nur eine *begrenzte Relevanz und politische Bedeutung*: Die *Bundesregierung* kann sich *gemeinschaftsrechtlich einer Aufnahme* neuer Mitgliedstaaten ohne Lösung der Eigentumsfrage Vertriebener *widersetzen*, muss dies aber weder aus Gründen des *Gemeinschafts-* noch des *nationalen* noch des *Rechts der EMRK*. Von der *Gemeinschaft selbst* kann ein entsprechender *Einsatz* jedenfalls *nicht definitiv verlangt* werden.

23. *Schutzpflichten* gibt es auch *im Recht der EMRK* ([zumindest] als [Bestandteil der] *sog. positive[n] Pflichten*). *EuGHMR* und *KomMR* haben *schon früh* entsprechende Pflichten aus *zahlreichen Einzelgarantien* abgeleitet, sich dabei aber einer *genauen Abgrenzung* von *positiven* ([im Wesentlichen] Schutz-) und *negativen Pflichten* (Abwehrrechten) *widersetzt*, weil die Grenzen zwischen den beiden Pflichten *nicht* zu einer *präzisen Definition* führten. Der *EuGHMR* *weigert sich* bisher überdies, eine *allgemeine Theorie positiver Pflichten* zu *entwickeln*. Jedenfalls bestehe dann eine *sehr enge Verbindung* zwischen beiden Pflichten, *wenn* der *Staat* an bestimmten Vorgängen *beteiligt* sei, mithin eine Art *Mitverantwortung* vorliege. Und jedenfalls in jüngerer Zeit wird noch weniger Aufwand auf eine Unterscheidung verwendet, weil die *anzuwendenden Prinzipien* – *weitgehend* – *ähnlich* seien: In beiden Fällen müsse auf ein *fares Gleichgewicht* („fair balance“/„juste équilibre“) Rücksicht genommen werden, welches *zwischen* den widerstreitenden *Interessen des Individuums und der Gemeinschaft* als Ganzer herzustellen sei. Und in beiden Fällen genössen die Vertragsstaaten einen bestimmten *Beurteilungs- und Entscheidungsspielraum* („margin“). I.E. ist folglich jeweils eine *umfassende Güter- und Interessenabwägung*, eine „normale“ *Verhältnismäßigkeitsprüfung* vorzunehmen.
24. Aus den *EMRK*-Garantien lässt sich ein *Schutz vor (reinen) Naturkatastrophen* durchaus ableiten.
25. Auch eine *diplomatische Schutzpflicht* bzw. eine *Pflicht zum Auslandsschutz* kann den *EMRK*-Garantien entnommen werden.
26. Die *Kontrolldichte* nach der *EMRK* ist *variabel*, wobei *zwischen positiven und negativen Pflichten* *keine Unterschiede* (mehr) gemacht werden. *Grundsätzlich* ist sie von der *Intensität* der Grundrechtsbetroffenheit abhängig.
27. Eine *abwehrrechtliche Lösung* ist *auch auf EMRK-Ebene* möglich und wird z.T. der Sache nach sogar verfolgt. Die *dagegen* vorgebrachten besonderen *völkerrechtlichen Argumente* (insbes. ihre Unvereinbarkeit mit dem Recht der *Staatenverantwortlichkeit*) vermögen jedenfalls *nicht* zu überzeugen (keine Übertragbarkeit des [allgemeinen] Rechts der Staatenverantwortlichkeit auf spezielle Menschenrechtsverträge mit eigenständigen Durchsetzungsmechanismen). *Durchgesetzt* hat sich diese *Lösung* im Rahmen der *EMRK* erst recht (noch) *nicht*.
28. Eine *Drittwirkung* der Konventions-Garantien ist *abzulehnen*. *Statt dessen* ist ganz auf die *Schutzpflicht* abzustellen ([hier sog.] *Aufhebungsthese*).

– **Recht der Mitgliedstaaten (rechtsgrundsätzlich), Zweiter Teil: B.VI.** –

29. *Ansätze* für Schutzpflichten finden sich auch *in einigen ausgewählten* und *aussagekräftigen* mitgliedstaatlichen *Verfassungsordnungen*. *Jedenfalls* *zusammen* mit den aus der Rechtserkenntnisquelle *EMRK* gewonnenen Erkenntnissen, v.a. aber *zusammen* mit dem *deutschen Modell* reichen sie aus, um gemeinschaftsgrundrechtliche Schutzpflichten als allgemeine Rechtsgrundsätze annehmen zu können. Das lässt sich anhand einer Untersuchung von *Ländergruppen* und *schutzpflichtträchtigen Problemlagen* verdeutlichen:
30. *Österreich* ist ein besonders gutes *Beispiel* für den „*Siegeszug der Wertordnung*“ *durch ganz Europa*, weil in diesem Mitgliedstaat nach *anfänglicher rigoroser Ablehnung* durch den *öStVfGH* und darauf folgendem längeren Zögern mittlerweile eine fast schon übereifrige Übernahme von aus dem objektivrechtlichen Gehalt der Grundrechte abgeleiteten Schutzpflichten in die eigene Verfassungsdogmatik erfolgt ist.
31. *Irland* stellt v.a. deshalb eine besonders gut geeignete *Modellrechtsordnung* für die Annahme einer gemeineuropäischen Schutzpflicht-Tradition dar, weil sich der *Verfassung*

selbst *ausdrückliche Schutzpflichten* entnehmen lassen. Auch ein *Wertordnungsdenken* ist der irischen Verfassungsinterpretation nicht fremd.

32. *Frankreich* kennt ebenfalls Schutzpflichten („*obligations positives*“): Zwar ist die ausdrücklich gewährleistete „*Sicherheit*“ in Art. 2 S. 2 MRE nach h.A. ebenso *unergiebig* wie die in Art. 5 S. 1 EMRK. Insbes. die Annahme des *frzCC*, dass der *Pluralismus* einen *Verfassungswert* darstelle, welcher mit anderen Verfassungswerten *abzuwägen* sei, sowie die *objektivrechtliche Interpretation der Freiheit der (audiovisuellen) Kommunikation* belegen aber die Anerkennung von Schutzpflichten in diesem Mitgliedstaat. Zudem stellen Schutzpflichten auch im Hinblick auf *Leben und Gesundheit* einen festen Bestandteil der französischen Verfassungsrechtsprechung dar. *Subjektivierungs- und Durchsetzungsprobleme* stehen dem *nicht entgegen*.
33. Schließlich weist selbst die Rechtsordnung des *Vereinigten Königreichs* trotz seiner – noch – bestehenden *Sonderstellung* (keine *zusammenhängend* geschriebene Verfassung mit ausführlichem Grundrechtskatalog) *zumindest der Sache nach* Schutzpflichtgehalte auf. Der erforderliche *Schutz* wird hier seit jeher *durch das „einfache“ Recht (Statutes und common law)* bewerkstelligt, so dass schon von daher ein schutzrechtliches Problem-bewusstsein fehlen kann.
34. Unabhängig von der (Einzel-) Untersuchung weiterer Länder macht ein *Blick auf die schutzpflichtträchtigen – tatsächlichen und rechtlichen – Problemlagen* (Abtreibung, Umweltschutz, Terrorismus, diplomatischer bzw. Auslandsschutz, Pluralismus, Pönalisierungspflichten, Schutzpflichten aus dem Gleichheitssatz) ein *gemeinsames Schutzpflichtdenken der Mitgliedstaaten* deutlich. Das *ungeborene Leben* wird jedenfalls *in allen Mitgliedstaaten in irgendeiner Weise geschützt*. Im Hinblick auf diesbezügliche *Pönalisierungspflichten* haben die beiden insoweit *strengsten Rechtsordnungen*, die *irische* und die *deutsche*, mittlerweile zu *differenzierenden Lösungen* gefunden.
35. *In allen Mitgliedstaaten* besteht jedenfalls im Hinblick auf die *Schutzpflicht des Gesetzgebers* ein *Durchsetzungsproblem*. Geht man davon aus, dass es dabei jeweils um ein (*verfassungs-*) *gerichtlich zu sanktionierendes gesetzgeberisches Unterlassen* geht, erweist sich das *geltende (Verfassungs-) Prozessrecht* als *grundsätzlich untauglich*, den *Gesetzgeber rechtsverbindlich zur Erfüllung seiner Pflicht anzuhalten*, weil (*Verfassungs-*) Gerichte regelmäßig *nur kassieren, nicht aber selbst legerferieren* können. Gleichwohl gibt es einige, wenn auch *unvollkommene Möglichkeiten des Rechtsschutzes*, etwa die „*kreative*“ *Aufhebung einer konnexen Regelung* und die Sanktionierung des gesetzgeberischen Fehlverhaltens über das *Staatshaftungsrecht*. In Ausnahmefällen ist es auch denkbar, dass eine Norm, die zu einer *Schutz-Verschlechterung* führt, *kassiert* wird. Letzten Endes bleiben auch noch *Appell-Entscheidungen* der zuständigen Gerichte an den Gesetzgeber.

– Ergebnisse zum Gemeinschaftsrecht (Zweiter Teil: C.) –

36. Mittlerweile lässt sich von einem *Siegeszug der „objektiven Wertordnung“ in oder durch ganz Europa* sprechen. „*Wertordnung*“ heißt dabei *nicht Rangordnung* i.S. abstrakter Vorrangrelationen, sondern meint ein System nur *relativer Vorrangrelationen*, innerhalb dessen Konflikte durch *Abwägung* im Einzelfall aufzulösen sind. Statt von „*Werten*“ lässt sich ohne weiteres von „*Prinzipien*“, also von Optimierungsgeboten in Bezug auf das rechtlich und tatsächlich Mögliche, sprechen. Mit diesem Siegeszug ist eine *Anerkennung der objektivrechtlichen Funktionen von Grundrechten* verbunden. Diese objektivrechtlichen Funktionen können wiederum *Grundlage für positive bzw. Schutzpflichten* sein.
37. Die *Schutzpflicht* stellt heute ein „*europäisches Gemeingut*“, eine *gemeineuropäische Grundrechtsfunktion* dar.

38. Gleichwohl bleibt *auch im und für das Gemeinschaftsrecht* eine weitgehende *abwehrrechtliche Lösung möglich*. Nur *natürliche Gefahren*, der *Generationenschutz* sowie das *Verhalten von Drittstaaten* bleiben der *Schutzpflicht* vorbehalten.

– **Praktische Folgerungen (Dritter Teil)** –

39. *Mit zunehmender Regelungsintensität bzw. Regelungsdichte bei gleichzeitiger und insofern kontrafaktischer Diskussion um Deregulierung* sowohl auf mitgliedstaatlicher als auch auf gemeinschaftlicher Ebene werden *Abgrenzungen zwischen Schutz-Gemeinschaft und Schutz-Staat immer wichtiger*: Dabei gilt es zum einen, möglicherweise in ihren kumulativen Wirkungen (gemeinschafts-) grundrechtsverletzende *Überregulierungen* zu vermeiden, die *aus einer Konkurrenz von Schutz-Gemeinschaft und Schutz-Staat* resultieren könnten. Zum anderen sind *Substanzverluste auszuschließen*, welche sich daraus ergeben können, dass sich *niemand mehr verantwortlich* fühlt und eine bestimmte *Schutzmaßnahme* zwischen den beiden genannten Ebenen gleichsam *hin- und hergeschoben* wird. Schließlich sind *unübersichtliche parallele Schutzregelungen* zu vermeiden. Im Einzelnen ist dabei von *gemeinsamen und geteilten Verantwortlichkeiten* auszugehen, wobei die jeweiligen *Kompetenznormen als auch formelle Prinzipien* zu berücksichtigen sind und wobei von der Einsicht auszugehen ist, dass *sowohl Gemeinschaft als auch Mitgliedstaaten in all ihren Gliederungen und Funktionen dem Grunde nach (gemeinschafts-) grundrechtliche Schutzpflicht-Adressaten* sind – die *mitgliedstaatlichen Gerichte* und *Verwaltungsbehörden* insoweit als *funktionale Gemeinschaftsgerichte* und *-behörden*.
40. *Grund und – grundsätzliche – Grenze* für die *Schutzpflicht* ist jedenfalls die *rechtliche Möglichkeit zum Schutz*: Ist primär– oder sekundärrechtlich der *Mitgliedstaat* bspw. für die *Marktrücknahme* gefährlicher Produkte oder für diesbezügliche Warnungen zuständig, ist es der *Kommission im Grundsatz verwehrt*, entsprechende *Schutzaktivitäten* zu entfalten.
41. *Daneben* bleibt eine Art *Reservefunktion* bzw. *Garantenstellung der Gemeinschaft* denkbar.
42. Die *Kommission* hat den den Mitgliedstaaten obliegenden *Vollzug schutzpflichtrelevanter Gemeinschaftsmaßnahmen* als eigenständige *Schutzpflicht-Adressatin* zu kontrollieren.
43. *In Ausnahmefällen* besteht trotz abschließender Normierung eines Sachbereichs durch die Gemeinschaft mit *Sperrwirkung* eine *Notkompetenz* der Mitgliedstaaten *in Anlehnung an die Sachwalter-Rechtsprechung des EuGH*.
44. Die *Einhaltung der Kompetenzordnung als formelles Prinzip* ist mit der *Effektivität des Schutzes* eines Grundrechtsgutes *als materiellem Prinzip in Ausgleich* zu bringen. Dieser Ausgleich findet in einem „*Mehrebenenmodell öffentlicher Aufgabenwahrnehmung und Kompetenz*“ statt, in dem *Staats- sowie Gemeinschaftsaufgaben auf derjenigen Ebene grundrechtskonform zu erfüllen* sind, wo es angemessen, *wo ein wirklich wirksames Handeln möglich ist*. Die *Schaffung* eines solchen *Modells* ist grundsätzlich *Aufgabe der Mitgliedstaaten bei der Setzung von Primär- und der Gemeinschaft beim Erlass von Sekundärrecht*. Dieser Aufgabe sind die Beteiligten bisher auch nachgekommen – *gravierende Schutz-Lücken* sind jedenfalls *nicht erkennbar*. Neu auftretende oder als solche neu erkannte *Unzulänglichkeiten* sind grundsätzlich im Wege einer *Vertragsänderung* bzw. der *Nachbesserung von Sekundärrecht* zu beheben. Das *Mehrebenenmodell* kann *als Auslegungsgrundsatz* für die entsprechende *Schutz-Effektivität* sorgen.
45. Eine *unmittelbare horizontale Richtlinien-Wirkung* ist *nicht* aus Gründen der (gemeinschafts-) grundrechtlichen *Schutzpflicht geboten*. Die *unmittelbare horizontale Wirkung* *scheitert* letztlich *am besonderen Normengefüge des Art. 249 EGV (ex 189)*. *Geboten* ist

allein eine – in den Grenzen des Wortlauts mögliche – richtlinien- und damit auch schutzpflichtkonforme Auslegung des nationalen Rechts. Dabei kann die Schutzfunktion weiter zur Vollzugseffektuierung umgesetzten Richtlinienrechts eingesetzt werden.

46. Der Schutzpflichtgedanke lässt sich *nicht* zur *Ableitung eines gemeinschaftlichen Rechtsschutzanspruchs gegen (gemeinschafts-) grundrechtsgefährdende Mitgliedstaaten* heranziehen. Die *Mitgliedstaaten* sind hier bereits *an die Gemeinschaftsgrundrechte als Abwehrrechte gebunden*. Der *sekundäre Schutz gegen (gemeinschafts-) grundrechtsbeeinträchtigende private Dritte* ist *im Rahmen ihrer Kompetenzen durch Mitgliedstaaten und Gemeinschaft* zu bewirken.
47. Beim *tertiären Schutz (Gemeinschafts- und Staatshaftung)* kommt eine *Haftung* aus Gründen einer Schutzversagung *nur bei* einer entsprechenden *Kompetenz* zur Gewährung von Schutz in Betracht. Für den Fall, dass die Gemeinschaft (insbes. die *Kommission*) zur *Überwachung* der Mitgliedstaaten verpflichtet ist, lässt sich aber auch an eine Art *Gesamtschuld* denken, wenn in beiden Beziehungen Schutz-Fehler begangen werden. Letztlich besteht immer eine *Residualverantwortlichkeit und -haftung der Mitgliedstaaten* (nach der *Staatshaftungsdoktrin* und nach *nationalen Rechtssätzen*). Eine *Vertragsverletzung* besteht ungeachtet einer Schadensersatz- oder Entschädigungszahlung *fort*.
48. Die Rechtsfigur des *diplomatischen Schutzes* kann *nicht* für den Fall handhabbar gemacht werden, dass die *Gemeinschaft* bestimmte *grundrechtsverletzende Rechtsakte erlässt oder grundrechtsgebotene unterlässt*. Zum einen gilt hier die – wenn auch gemeinschaftsrechtlich modifizierte – *normale Bindung der Mitgliedstaaten an ihre Grundrechte in ihrer jeweiligen Funktion*. Zum anderen stehen den Mitgliedstaaten die *Rechtsbehelfe des Gemeinschaftsrechts* zur Verfügung, mit denen die Frage der Grundrechtsverletzung vor dem *EuGH* geklärt werden kann.
49. Letzteres gilt auch für die Frage, ob die *Mitgliedstaaten zugunsten ihrer eigenen Staatsangehörigen* gegen gemeinschafts(grund)rechtswidriges Verhalten anderer Mitgliedstaaten diplomatischen Schutz ausüben können oder sogar müssen. Und auch hier ist der „*Störer*“ *an die Gemeinschaftsgrundrechte in ihrer jeweiligen Funktion gebunden*.
50. *Schutzpflichten der Mitgliedstaaten* brauchen *gegen die Inländerdiskriminierung* nicht ins Feld geführt zu werden: Da es *nicht* um ein *Unterlassen*, sondern um ein *positives Tun*, nämlich das *In-Geltung-Halten einer nationalen Norm* geht, ist – eindeutig – die *Abwehrfunktion* der Grundrechte einschlägig.