

schaftlich geschulte Blick hierzu beitragen könnte, würde man gern genauer dargelegt bekommen.

Bleibt der letzte Beitrag: das Postludium von Arnauld. Vorgestellt wird „Nomic“, ein Spiel von *Peter Suber*, das darin besteht, die Spielregeln zu ändern. Die einzige nicht änderbare Spielregel, eine Art „Grundnorm“ gebietet, daß alle Regeln beständig geändert werden müssen. Die Regeln sind unterschieden in zwei Kategorien, von denen die eine nur über einen Zwischenschritt änderbare, die andere direkt änderbare Regeln enthält. Die Analyse dieses Spiels erlaubt ein zusammenfassendes Aufgreifen der behandelten Themen: von Grundnorm und Regelhierarchie zu Selbstbindung, Änderungsverfahren und Streitentscheidung – und das alles als Spiel.

Die „(strukturelle) Vergleichbarkeit von Recht und Spiel“ (S. 38) ist methodische Ausgangsthese und zugleich Gegenstand des Buches. Folgt man der Annahme, daß wir alles mit allem vergleichen können, sind Redewendungen wie die von den „vergleichbaren Strukturen“ mißverständlich. Es geht um die Beschreibung von zunächst herauspräparierten Strukturen als ähnlich oder gleich, beziehungsweise umgekehrt als: nicht ähnlich und nicht gleich. Wieviele solcher Beschreibungen möglich werden, hängt unter anderem davon ab, welche ‚Hin-Sichten‘ des Vergleichens eingenommen werden. Je mehr Perspektiven man hat, um so mehr (Un-)Ähnlichkeitsurteile kann man fällen. Diese Denk- und Sprachstruktur des Vergleichens dürfte der Grund für die Freude an und die Fruchtbarkeit von eklektischen Theoriezugriffen sein. Denn die verschiedenen Theorien bieten solche Hinsichten, mit Blick auf welche Recht und Spiel verglichen werden können. Sie zu kombinieren, ist kreativ und selbst ein durchaus seriöses Spiel. Aber es hat einen Preis: Die Beiträge stehen teilweise unverbunden nebeneinander, ein durchgehender theoretischer Zugriff, der auch als roter Faden durch die Untersuchungen leiten könnte, ist nur schwer greifbar.

Am Ende sei eine, womöglich an den Verlag zu richtende, Anmerkung zur Zitierweise erlaubt. Die Literaturhinweise am Ende jedes Beitrags sind hilfreich, sie werden in den Fußnoten abgekürzt mit Name und Jahr zitiert. Dabei sollte bei älteren Texten auch das Erstausgabjahr mit angegeben werden. Kann „Schiller 1966“ oder „Kant 1974“ noch zum Schmunzeln verführen, wird „Huizinga 2001“ für nicht ganz eingeweihte Lesende schon schwieriger. Die Erstausgabe datiert von 1938, und das ist eine wichtige Information.

Der Band bietet eine hier nur andeutungsweise vorgestellte Mischung ganz verschiedener Perspektiven, mitunter geistreiches Lesevergnügen und sehr inspirierende Thesen, Fragen, Behauptungen, die man gern weiter diskutierte. Das Wettbewerbsrecht, das Verfahren der Öffentlichkeitsbeteiligung bei Großprojekten oder das Protokoll bei Staatsempfängen sind nur einige Themen, deren Analyse auf der Basis der jetzt vorliegenden Ansätze reizvoll erschiene.

Pascale Cancik, Frankfurt am Main

*Szczekalla, Peter*, Die sogenannten grundrechtlichen Schutzpflichten im deutschen und europäischen Recht. Inhalt und Reichweite einer „gemeineuropäischen Grundrechtsfunktion“ (Schriften zum Europäischen Recht, Bd. 87). Berlin 2002, Duncker & Humblot. 1334 S.

1. Seit der Diskussion um die am 7. Dezember 2000 anlässlich des Rates von Nizza feierlich proklamierte Charta der Grundrechte der Europäischen Union sowie deren Integration in das verbindliche Primärrecht, wie sie der Entwurf einer Europäischen Verfassung nunmehr erwartungsgemäß vorsieht, sind Grundrechtsfragen wieder in

den Fokus des gemeinschaftsrechtlichen Interesses gerückt. Besondere Beachtung verdient dabei die Befassung mit den allgemeinen Lehren des unionalen Grundrechtsschutzes, zumal die Charta-Bestimmungen und ihre rechtsverbindlichen Fortentwicklungen zu den aufgeworfenen Problemen mehr Fragen als Antworten bereithalten.

Eine zentrale Problematik ist *Peter Szczekalla* mit seiner bei *Rengeling* entstandenen Osnabrücker Dissertation über „Die sogenannten grundrechtlichen Schutzpflichten im deutschen und europäischen Recht“ angegangen. Der Frage, ob und in welchem Umfang auch die Gemeinschaftsgrundrechte eine Schutzpflichtdimension besitzen, die zum Schutz vor Gefahren nichtstaatlicher Provenienz verpflichtet, hat erhebliche praktische Bedeutung. So veranschaulicht das Beispiel der BSE-Krise, daß Gefahren für die grundrechtlich geschützten Güter über die Staatsgrenzen hinweg bestehen, die Mitgliedstaaten indessen wegen der ihnen durch das Gemeinschaftsrecht gezogenen Schranken nicht mehr ohne weiteres alle Schutzmittel in der Hand behalten haben, um einen effektiven Schutz der Bürger zu gewährleisten. Diese Lücke könnte durch eine gemeinschaftsgrundrechtliche Schutzfunktion geschlossen werden.

2. Die Arbeit ist in vier Teile gegliedert. Sie wird durch ein fast 100seitiges Personen- und Sachverzeichnis erschlossen, das dem 85seitigen Literaturverzeichnis folgt. Der Erste Teil der Schrift (S. 92–458), der nach seinem Umfang bereits eine eigenständige Dissertation ausmachen könnte, untersucht „Die sogenannte grundrechtliche Schutzpflicht im deutschen Recht“. Die Schutzpflichtdogmatik ist im deutschen Schrifttum gut erforscht (s. vor allem die Monographien von *Hermes*, *Dietlein* und *Unruh*). An diese Arbeiten konnte Verf. bei seiner sorgfältigen Bestandsaufnahme der vor allem bundesverfassungsgerichtlichen Rechtsprechung sowie der Analyse der literarischen Stellungnahmen anknüpfen. Im Unterschied zu der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts und zu der überwiegenden Auffassung des Schrifttums schließt sich Verf. im Grundsatz den Fundamentalkritikern (*Schwabe*, *Murswiek*, *Griller*) der Schutzpflichtenlehre an (S. 435 ff., 1056 ff.). Dies überrascht nicht, hat doch Verf. seine Sympathie mit der sog. abwehrrechtlichen Lösung bereits in einem Handbuch-Beitrag angedeutet (Artikel „Grundrechte“, in: H.-W. Rengeling [Hrsg.], Handbuch zum europäischen und deutschen Umweltrecht, 1998, Bd. I, § 12; inzwischen in 2. Aufl. 2003). Nach der abwehrrechtlichen Lösung soll ein Großteil der Konstellationen, die typischerweise der Schutzpflichtproblematik zugeordnet werden, bereits über die Abwehrfunktion der Grundrechte erfaßt werden. Die Theorie fußt vor allem auf der These, daß jedes nicht verbotene Verhalten als zumindest schwach erlaubt anzusehen sei (S. 391, 399, 412, 423, 896, 1057). Infolgedessen wird der Bereich des dem Staat als Eingriff Zurechenbaren erheblich erweitert und damit einhergehend die Reichweite des grundrechtlichen Abwehrrechts zu Lasten der Schutzpflichtdimension ausgedehnt. Gegen diese abwehrrechtliche Deutung sind erhebliche Einwände vorgebracht worden (Stichworte: Preisgabe des Eingriffsbegriffs, Vereinbarkeit mit dem Zitiergebot des Art. 19 Abs. 1 Satz 2 GG; Vorliegen einer *petitio principii*, weil die für die abwehrrechtliche Erfassung erforderliche Zurechnung privater Beeinträchtigungen das Bestehen einer staatlichen Pflicht voraussetze). Ohnehin muß auch nach der Fundamentalkritik die für eine abwehrrechtliche Erfassung notwendige Zurechnung einer Gefährdung zur staatlichen Gewalt enden, soweit die drohenden Beeinträchtigungen von ausländischen Staaten herrühren oder wie Naturkatastrophen eine nichtpersonale Ursache haben (S. 276 ff., 283 ff.). Schließlich sieht Verf. im Generationenschutz einen Fall einer „echten“ Schutzpflicht (S. 287 ff.).

Über die Kardinalfrage der richtigen Positionsbestimmung von abwehr- und schutzrechtlicher Dimension der Grundrechte hinaus werden alle wesentlichen Aspekte der Schutzpflichtdogmatik ausführlich, sorgfältig und auch in den Ergebnissen fast durchgängig überzeugend behandelt (Adressat, Begünstigter, Tatbestand, Rechtsfolge der Schutzpflichten, Prüfungsaufbau, subjektives Recht auf Schutz). Mit Recht wird dabei besonders hervorgehoben, daß Schutzpflichten keine Kompetenzen begründen, sondern durch die Kompetenzordnung „mediatisiert“ und infolgedessen prinzipiell kompetenzneutral sind (S. 164; vgl. auch S. 1069 f.). In der Gesamttendenz gelangt Verf. zu Lösungen, die einen möglichst weitreichenden Schutz des Grundrechtsträgers gegenüber nichtstaatlichen Beeinträchtigungen sicherstellen sollen. An wenigen Stellen mag der Leser allerdings Zweifel haben, ob die Schutzanforderungen nicht überdehnt werden. Um angesichts der hohen Anforderungen an den Gesetzgeber die Verlagerung vom parlamentarischen Gesetzgebungsstaat zum verfassungsgerichtlichen Jurisdiktionsstaat (s. *Böckenförde*, *Der Staat* 29 [1990], S. 1 [25, 29]) in Grenzen zu halten, will Verf. die verfassungsrechtliche Handlungs- und Kontrollnorm auseinanderfallen lassen (S. 353 ff., für das Gemeinschaftsrecht S. 1050). Wie dies gerade bei den verfassungsrechtlichen Kardinalpflichten wie der Grundrechtsbindung zu rechtfertigen sein soll, bleibt indessen unklar (krit. bereits *Wahl*, *Der Staat* 20 [1981], S. 485 [501 f.]: Lösung „mit der Verfassungsstruktur des Grundgesetzes nicht verträglich“).

Insgesamt gesehen bietet jedoch bereits der Erste Teil eine gelungene Bestandsaufnahme der deutschen Schutzpflichtdogmatik, die durch engagierte Stellungnahmen des Verf. ergänzt wird.

3. Auf dieser soliden Basis widmet sich Verf. im Zweiten Teil (S. 459–1066), dem Herzstück der Arbeit, der europäischen Dimension der Fragestellung. Anders als auf der nationalen Ebene ist für den Bereich der Gemeinschaftsgrundrechte bereits die grundsätzliche Existenz einer Schutzpflichtendimension ungewiß. Der Europäische Gerichtshof hat bislang lediglich für den Sonderfall der Grundfreiheiten in seiner Leitentscheidung *Französische Agrarblockaden* eine Pflicht der Mitgliedstaaten festgestellt, gegenüber nichtstaatlichen Beeinträchtigungen durch aktive Schutzmaßnahmen einzuschreiten (EuGH, Urteil v. 9. Dezember 1997, Rs. C-265/95, Slg. 1997, I-6959). Diese Rechtsprechung hat jüngst im Urteil *Brenner-Blockade* v. 12. Juni 2003 (Rs. C-112/00, Slg. 2003, I-5659) eine prinzipielle Bestätigung gefunden, wenngleich im entschiedenen Fall ein Verstoß der Republik Österreich gegen eine Pflicht, angemessene Maßnahmen zum Schutz der durch Demonstranten an der Ausübung ihrer Warenverkehrsfreiheit Beeinträchtigten zu treffen, nicht angenommen wurde. Dagegen hat der EuGH die Frage, ob den Gemeinschaftsgrundrechten Schutzpflichten gegenüber nichtstaatlichen Beeinträchtigungen und Bedrohungen zu entnehmen sind, jedenfalls ausdrücklich noch nicht entschieden.

Mit seiner Arbeit ist dem Verf. der überzeugende Nachweis gelungen, daß auch die Gemeinschaftsgrundrechte ihre Adressaten positiv zum Schutz der Grundrechte gegenüber Gefahren verpflichten, die nicht von der Union bzw. ihren Mitgliedstaaten ausgehen. Da Verf. seine Untersuchung vor der Proklamation der ohnehin zunächst unverbindlichen Grundrechte-Charta abgeschlossen hat, bietet das geschriebene Gemeinschaftsrecht nur einzelne Ansätze für die Anerkennung von Schutzpflichten. Ein gewichtiges Indiz liefern die Grundfreiheiten (S. 462 ff., 627 ff.) mitsamt den ihnen innewohnenden Schutzpflichten gegenüber nichtstaatlichen Beeinträchtigungen, sofern man diese mit dem Autor als Sonderformen grundrechtlicher Gewährleistungen begreift. Im wesentlichen ist der europäische Grundrechtsschutz indessen bislang über die ungeschriebenen allgemeinen Rechtsgrundsätze zu leisten (S. 481 ff.),

die der EuGH im Wege wertender Rechtsvergleichung erkennt. Insoweit setzt Verf. bei deren Rechtserkenntnisquellen an, also den gemeinsamen Verfassungsüberlieferungen der Mitgliedstaaten und den Verträgen zum Schutz der Menschenrechte, denen die Mitgliedstaaten beigetreten sind. Bei der anzustellenden Rechtsvergleichung mag gerade aus deutscher Sicht angesichts einer besonders feinziselierten Grundrechtsdogmatik die Gefahr bestehen, Rechtsüberzeugungen des eigenen Verfassungsrechtsverständnisses vorschnell auf die europäische Ebene zu heben oder zumindest unangemessen stark zu gewichten. Begrüßenswert ist daher, daß bereits der Verfassungsvergleich des Verf. breiter angelegt ist als in vielen anderen Untersuchungen, die durch einen einzelnen Autor angestellt werden. Neben der ausführlich im Ersten Teil analysierten deutschen Schutzpflichtdogmatik werden Pflichten zum Schutz auch vor nichtstaatlichen Gefährdungen von Grundrechten auch für Österreich, Irland, Frankreich und das Vereinigte Königreich nachgewiesen (S. 911 ff., 917 ff., 919 ff., 927 ff.). Damit erhält die im Untertitel der Arbeit formulierte These der Pflicht zum Schutz als einer „gemeineuropäische(n) Grundrechtsfunktion“ eine sichere Grundlage. Noch eindeutiger fällt der Befund zu den maßgeblichen völkerrechtlichen Verträgen aus, unter denen die in Art. 6 Abs. 2 EUV hervorgehobene Europäische Menschenrechtskonvention eine herausragende Bedeutung einnimmt. Auf ca. 200 Seiten untersucht Verf. die Gewährleistungen der EMRK auf ihren Schutzpflichtgehalt. Er erschließt dem Leser eine umfangreiche Judikatur, in der die Straßburger Organe Pflichten zum Schutz vor nichtstaatlichen Beeinträchtigungen der Schutzgüter der Konvention über die sog. positiven Pflichten anerkannt haben (zu diesen jetzt auch *Dröge*, Positive Verpflichtungen der Staaten in der Europäischen Menschenrechtskonvention, 2003). An Überzeugungskraft gewinnen die Ausführungen auch dadurch, daß Verf. Tendenzen, einem Grundrecht auf Sicherheit Selbstand zu verleihen, entgegentritt (S. 247 f.; Ergebnisthese 94). Vielmehr wird die Schutzpflichttauglichkeit jeder einzelnen Gewährleistung differenziert und unter penibler Aufarbeitung der Rechtsprechung und des Schrifttums dargelegt. In diesem Abschnitt ist die Lektüre der Fußnoten besonders ergiebig, weil diese unzählige weiterführende Hinweise und Gedanken zu den verarbeiteten Fundstellen enthalten.

Auch für die Gemeinschaftsrechtsebene hält Verf. an seiner Befürwortung einer möglichst weitreichenden abwehrrechtlichen Lösung fest (S. 1056 ff.). Allerdings räumt er ein, daß diese „bisher für das Gemeinschaftsrecht nirgends ausdrücklich vertreten“ werde (S. 1057), und der Versuch, Entscheidungen des EuGH wie das Transsexuellen-Urteil (EuGH, Urteil v. 30. 4. 1996, Rs. C-13/94, Slg. 1996, I-2143) abwehrrechtlich zu deuten, läßt sich mit dem Wortlaut der Entscheidungsbegründung schwerlich vereinbaren (krit. daher *Suerbaum*, EuR 38 [2003], S. 390 [397]).

4. In einem knapperen Dritten Teil (S. 1067–1111) untersucht Verf. „(Mögliche) Praktische Folgerungen“ der zum deutschen und europäischen Recht angestellten Untersuchungen. Mit der Anerkennung einer auch gemeinschaftsrechtlichen Pflicht, grundrechtlich geschützte Güter bzw. Betätigungen vor einer Beeinträchtigung durch Private oder andere nichtstaatliche Gefahren zu bewahren, folge eine Verantwortungsteilung zwischen Schutz-Staat und Schutz-Gemeinschaft. Diese werde determiniert durch die bestehende Kompetenzordnung, weil auch im Verhältnis Gemeinschaft/Mitgliedstaaten Schutzpflichten an bereits bestehende Kompetenzen anknüpfen. Allerdings will Verf. in Ausnahmefällen Durchbrechungen zulassen. Derartigen Not-Vorbehalten ist indessen mit größter Skepsis zu begegnen, weil es auf der einen Seite zu verhindern gilt, daß zuständigkeitsgemäß gesetztes vorrangiges Gemeinschaftsrecht von den Mitgliedstaaten unter dem Vorwand der Schutzpflichtbefreiung mißachtet wird, auf der anderen Seite aber gleichermaßen Zuständigkeits-

usurpationen der Gemeinschaftsorgane unter dem Deckmantel gemeinschaftsgrundrechtlicher Schutzpflichten von vornherein ausgeschlossen werden müssen.

5. Das gewichtige Buch ist flüssig geschrieben und folgt einer einsichtigen Gliederung. Die Arbeit bleibt daher trotz des enormen Umfangs von 1334 Seiten überschaubar, zumal der Zugang durch eine vorzügliche Zusammenfassung in 150 Thesen erleichtert wird. Aus Sicht des Rezensenten sollte Verf. daher nicht vorgehalten werden, daß er zweifellos weit Überobligationsmäßiges geleistet hat.

Was die Gesamtanlage der Arbeit anbetrifft, mag man sich die Frage stellen, ob das Plädoyer für eine Pflicht zum Schutz der Grundrechte auch vor nichtstaatlichen Gefährdungen nicht noch überzeugender ausgefallen wäre, wenn Verf. die Bedeutung der „sogenannten Schutzpflicht“ nicht über die Bevorzugung der abwehrrechtlichen Lösung in einem ersten Schritt deutlich relativiert hätte. Ob die Schrift diese Fundamentalkritik an der Schutzpflichtdogmatik durch die neuerliche Begründung wiederbeleben wird, bleibt abzuwarten. Sollte dies nicht der Fall sein, wird der Ertrag des Zweiten Teils aber um so deutlicher zu Tage treten. Peter Szczekalla hat nicht nur eine überaus sorgfältig und methodensicher gearbeitete Studie zu den grundrechtlichen Schutzpflichten im deutschen und europäischen Recht vorgelegt, sondern zugleich einen wesentlichen Beitrag zum Verständnis der allgemeinen Lehren der Gemeinschaftsgrundrechte geleistet.

Joachim Suerbaum, Bochum