

Felix Ekardt*

Schutzpflichten, Abwägungsregeln, Mindeststandards und Drittschutz

Eine Kritik der Judikatur sowie der transnationalen Umweltgrundrechts-Diskussion
(Die Verwaltung 2010, i.E.)

Weder die Reichweite grundrechtlicher „Schutzpflichten“, noch die Dogmatik verfassungsrechtlicher Abwägungen, noch die Frage nach „absoluten“ in Grundrechtsabwägungen zu wählenden Mindeststandards (Grundrechtskernen) kann als befriedigend geklärt gelten – trotz intensiver, langjähriger Debatten. Die gängigen Judikatur-Formeln erweisen sich bei näherer Analyse häufig als nicht unbedingt stimmig. Dies gilt allgemein wie auch mit Bezug auf „Umweltgrundrechte“ auf nationaler, aber auch auf europa- und völkerrechtlicher Ebene. Bei der Abwägungslehre erweist sich auch der gewohnte Verhältnismäßigkeitsgrundsatz als im Interesse einer klaren Gewaltenbalance näher konturierungsfähig. Dies ermöglicht dann auch eine neue Analyse, ob die Grundrechte absolute Gehalte aufweisen (diese Frage stellt sich keinesfalls nur für Menschenwürde und Luftsicherheitsgesetz, sondern auch, weil die Umweltpolitik „statistische Todesfälle“ hinnimmt). Richtigerweise ergibt sich national wie transnational ein Grundrechtsschutz, der mit „Umweltgrundrecht“ eher missverständlich umschrieben wäre, der aber dennoch deutlich über die Idee letztlich gehaltloser Schutzpflichten hinausweist. All das lässt sich auch in eine argumentativ neue Kritik der dominierenden deutschen Verwaltungsrechtsinterpretation bei Klagebefugnis (Schutznormtheorie) und gerichtlichem Kontrollumfang übersetzen. Die Stoßrichtung ist dabei die Individualklage – nicht die von Freund und Feind überschätzte umweltrechtliche Verbandsklage¹.

I. Schutzgrundrechte, Abwägungen und Drittschutz als umweltrechtliches Thema

Die Abwägung i.w.S. ist ein Kernthema der deutschen (und europäischen) Diskussion im öffentlichen Recht und speziell zwischen Wirtschafts- und Umweltbelangen, und zu diesen Diskussionen hat gerade auch *Wilfried Erbguth* wesentliche Beiträge geleistet². Mit Abwägung ist hier nicht allein die Abwägung i.e.S. gemeint, also das planungsrechtliche Programm des Wägens kollidierender Interessen. Gemeint ist vielmehr ein – wenn nicht das – Grundphänomen des Rechts: dass es eben um einen gerechten Ausgleich kollidierender Belange geht. Auch die Ermessens- und Verhältnismäßigkeitsprüfung sind in diesem Sinne Abwägungsprogramme; letztlich ist dies sogar jede einzelne Norminterpretation. Denn letztlich muss jedwede Rechtsanwendung den kollidierenden Freiheitssphären und Freiheitsgarantien der dahinter

* Prof. Dr. Felix Ekardt, LL.M., M.A. lehrt Umweltrecht und Rechtsphilosophie an der Universität Rostock. Der Beitrag ist meinem verehrten akademischen Lehrer Prof. Dr. Wilfried Erbguth aus Anlass seines 60. Geburtstags gewidmet.

¹ Ausführlicher zu Kap. I.-VI.: *Ekardt*, Theorie der Nachhaltigkeit: Rechtliche, ethische und politische Zugänge, 2009, § 6; *Ekardt*, Information, Partizipation, Rechtsschutz. Prozeduralisierung von Gerechtigkeit und Steuerung in der Europäischen Union – unter besonderer Berücksichtigung der Aarhus-Konvention, 2. Aufl. 2009, §§ 1, 5.

² Vgl. pars pro toto *Erbguth*, JZ 2006, S. 484 ff.; *Erbguth/Schubert*, JbUTR 2005, S. 63 ff.; *Erbguth*, DVBl. 2004, S. 802 ff.; *Erbguth*, DVBl. 1999, S. 1082 ff.; *Erbguth*, Zur Vereinbarkeit der jüngeren Deregulierungsge-
setzgebung im Umweltrecht mit dem Verfassungs- und Europarecht, 1999; *Erbguth*, Rechtssystematische
Grundfragen des Umweltrechts, 1987.

stehenden Menschen gleichzeitig gerecht zu werden versuchen. Zurückzuführen ist all dies deshalb auf das verfassungsrechtliche Erfordernis, dass der Gesetzgeber kollidierende Belange abwägend in einen gerechten Ausgleich bringen muss. Der Rahmen der gesetzgeberischen Abwägung wird meist Verhältnismäßigkeitsprüfung genannt. Für die Verwaltung, wo der Gesetzgeber diese Abwägung weitgehend vorgenommen hat, beschränkt sich die Abwägung dagegen zunächst (größtenteils) auf das Interpretieren des Tatbestands der Normen, die der Gesetzgeber als Ausdruck seiner Abwägung geschaffen hat. Hat der Gesetzgeber seine Abwägung nicht schon weitgehend vorgenommen und dementsprechend der Verwaltung mehr Spielraum gelassen, nennt man dies in Deutschland meist Ermessen oder (planerische) Abwägung. Diese gesamte Grundstruktur trifft *cum grano salis* unabhängig davon zu, ob von nationalem, europäischem oder internationalem Recht die Rede ist. Dass gerade im Umweltschutz nicht nur die wirtschaftliche Freiheit, sondern eben auch der Umweltschutz selbst (teilweise auch) als Freiheits- und Grundrechtsaspekt in diese Abwägung eingeht, ist freilich keine triviale, sondern (sofern man eine anspruchsvolle Konzeption von Umweltschutz verfolgt) eine kontroverse Feststellung, der es näher nachzugehen gilt.

Der Rahmen für jedwedes Reden über das Umweltrecht ist seit einiger Zeit das Prinzip der nachhaltigen Entwicklung. Nachhaltigkeit wird seit 20 Jahren international immer öfter als Kernziel von Politik benannt, sei es von der UN, der EU oder der Bundesregierung. Sie wird indes dabei nicht durchgängig inhaltlich sehr ernst genommen. Die Ausweitung von Recht/Moral/Politik in intergenerationeller und globaler Hinsicht ist die Intention von Nachhaltigkeit³. Demgegenüber meint nach einer verbreiteten Ansicht – auch unter Juristen – Nachhaltigkeit schlicht eine ausgewogene Verfolgung der drei Säulen Ökologie, Ökonomie und Soziales, notfalls auch ohne raum- oder zeitübergreifenden Bezug⁴. Dass dies mindestens missverständlich ist, dass dies insbesondere der – in einer physikalisch endlichen Welt – un- einlösbaren Forderung ewigen Wachstums verhaftet bleibt⁵ und dass jene Säulen-Perspektive auch mit den völkerrechtlichen Grundlagendokumenten der Nachhaltigkeit unvereinbar ist, war andernorts Thema⁶.

Wenn vorliegend nach Schutzgrundrechten, nach Abwägungsregeln und nach deren Relevanz auch auf einfachrechtlicher Ebene (etwa für Klagebefugnis und Ermessen im Verwaltungsrecht) gefragt wird, so steht dies im Kontext dieses übergreifenden Ziels, auch dann, wenn Schief lagen der Grundrechtsfunktionenlehre, der Verhältnismäßigkeitsprüfung oder des alten Streits über “absolute Kerne” von Grundrechten thematisiert werden. Die dabei verfolgten Fragestellungen sind letztlich aber allgemeiner Natur und vom Umweltrecht unabhängig.

³ Vgl. zum Nachhaltigkeitsprinzip in der hier vorgeschlagenen Lesart (sowie m.w.N. zu gegenläufigen Ansichten) *Ekar dt*, Theorie (FN 1), § 1; *Ekar dt*, ZfU 2009, S. 223 ff.; im Ergebnis (nicht unbedingt in den Argumenten) ähnlich *Appel*, Staatliche Zukunfts- und Entwicklungsvorsorge, 2005; *Ott/Döring*, Theorie und Praxis starker Nachhaltigkeit, 2004; *Köck*, DV 40 (2007), S. 413 ff.

⁴ Vgl. statt vieler *Steinberg*, Der ökologische Verfassungsstaat, 1998, S. 114; *Beaucamp*, Das Konzept einer zukunftsfähigen Entwicklung im Recht, 2002, S. 18 ff.

⁵ Zur Unmöglichkeit dieser Forderung siehe FN 6 und 46.

⁶ Zur Kritik schon *Ekar dt* (FN 3), S. 223 ff.; *Ott/Döring*, Theorie (FN 3), passim; teilweise auch *Appel*, Zukunftsvorsorge (FN 3), S. 339 ff. und *Köck* (FN 3), S. 413 ff.; implizit ebenso *Unnerstall*, Rechte zukünftiger Generationen, 1999; zur Kritik an der Vorstellung ewigen Wachstums vgl. *Daly*, Beyond Growth. The Economics of Sustainable Development, 1996; *Ekar dt*, Cool Down. 50 Irrtümer über unsere Klima-Zukunft – Klimaschutz neu denken, 2009, Kap. 1; *Wuppertal-Institut*, Zukunftsfähiges Deutschland in einer globalisierten Welt, 2008.

II. Missverständnisse über „Umweltgrundrechte“ und „Umweltstaatsziele“ – national und transnational

Mit Fragen nach Grundrechten oder Abwägung ist vom Rechtsgebiet her das Verfassungsrecht aufgerufen (in einem funktionalen, auch das europäische „Verfassungs“recht einschließenden Sinne⁷). Umweltschutz wird indes selten als Grundrechtsproblem thematisiert, sondern eher der Rubrik „Staatsziele“ zugeordnet, also bezogen auf Art. 20a GG oder im europäischen Recht Art. 191 AEUV. Gleichwohl erscheint es verfassungsrechtlich wesentlich, die Grundrechte in den Blick zu nehmen. Grundrechtsinterpretation generiert nicht nur Befugnisse, sondern auch gerichtlich durchsetzbare Pflichten der öffentlichen Hand – anders als Staatsziele. Grundrechte sind zudem das stärkste Element einer liberal-demokratischen Verfassung. Die Überwindung des hervorgehobenen wirtschaftlich ausgerichteten Freiheitsverständnisses könnte überdies auf verfassungsrechtlicher Ebene das wesentliche Desiderat einer stärker zukunfts- und global orientierten (also: nachhaltigen) Rechtsinterpretation sein. Nebenbei bemerkt: Einschnitte für den Umweltschutz „um der Freiheit(svoraussetzungen) konkreter Menschen willen“ (wie sie in Grundrechten verankert sind) könnte auch motivational viel einleuchtender sein als die gängige, ziemlich irreführende Frontstellung „Selbstentfaltung contra Umweltschutz“, wie sie durch Staatszielnormen latent bekräftigt wird.

Früher – und noch heute im Völkerrecht – wurde bzw. wird also durchaus folgerichtig häufig eine Umweltgrundrechtsdiskussion geführt⁸. Dabei scheint in der völkerrechtswissenschaftlichen (allerdings der Völkerrechtspraxis insoweit fernen) Debatte die Idee starker, gar abwägungsfreier Umweltgrundrechte Freunde zu finden, wogegen in nationalen Debatten Umweltgrundrechte für inhaltlich unkonturierbar und zudem abwägungsoffen und daher letztlich nicht weiterführend gehalten werden. Der vage Tatbestand eines „Umweltgrundrechts“ ergibt sich freilich nur dann, wenn man allgemein ein Grundrecht „auf Umweltschutz“ einführen würde; davon ist vorliegend keine Rede, sondern lediglich von der Frage, ob sich bei korrekter Grund- bzw. Menschenrechtsinterpretation (national oder transnational) nicht stärkere umweltschützerische Gehalte durch Interpretation der bereits existenten Grundrechte ergeben als oft angenommen. Natürlich bleibt einem, wenn ein Schutzbereich einer solchen Grundrechtsgarantie betroffen ist, das Problem notwendiger Abwägungen nicht erspart; dieses Problem gibt es aber ganz genauso auch bei anderen Grundrechten (die Abwägung nennt man gängiger Weise Verhältnismäßigkeitsprüfung). Deshalb geht es nachstehend nicht um echte Grundrechte „auf Umweltschutz“, aber auch nicht um eine ungeprüfte Übernahme der etablierten deutschen Mehrheitsposition, die im Kern „umweltgrundrechtlich“ schlicht auf das Recht auf Leben und Gesundheit verweist und dieses dabei (a) ohne Vorsorgedimension sieht, (b) die in diesem Recht liegende „Schutzpflicht“ de facto hinter abwehrrechtliche Grundrechtspositionen zurückfallen lässt (wegen angeblich weitergehender Abwägungsnotwendigkeiten, aus Gewaltenteilungsgründen usw.) und (c) auch sonst eine Konkretisierung jenes umweltgrundrechtlichen Schutzes unterlässt, die ihm eine praktische Relevanz verleihen könnte. Denn genau diese Betrachtungsweise von „Schutzpflichten“ (einschließlich ihrer verwaltungsrechtli-

⁷ Zur Staats- und Verfassungs-Kontroverse zuletzt *Möllers*, Der vermisste Leviathan, 2008.

⁸ Zur Zusammenfassung der gängigen diesbezüglichen Diskussion vgl. *Schmidt-Radefeldt*, Ökologische Menschenrechte, 2000, S. 33 ff. und 40 ff.; explizit kritisch zu „Umweltgrundrechten“ etwa *Steinberg*, Verfassungsstaat (FN 4), S. 421 ff.; *Hattenberger*, Der Umweltschutz als Staatsaufgabe, 1993, S. 77 ff.; *Gibson*, Saskatchewan Law Review 1990, S. 5 ff.; *Nickel*, Yale Law Journal 1993, S. 281 (282); positiver beispielsweise *Kiss*, in: Kromarek (Hg.), Environnement et droits de l’homme, 1987, S. 13 ff.; zum Begriff der „Menschenrechte der dritten Generation“ etwa *Donnelly*, in: Brölmann/Lefebvre/Ziek (Hg.), Peoples and Minorities in International Law, 1993, S. 119 ff.

chen Folgerungen) sollen vorliegend einer Kritik unterzogen werden.

III. Eine Kritik der Konzeption nachrangiger und unbestimmter grundrechtlicher Schutzpflichten – nicht nur im Umweltrecht

Bekanntlich geht die deutsche Rechtsprechung⁹ mit der Anerkennung umweltgrundrechtlicher Rechtspositionen ziemlich zurückhaltend um und sah bisher bei verfassungsgerichtlichen Drittklagen im Umweltschutz stets keine Grundrechtsverletzung. Vermieden wird bereits der Begriff *Schutzrechte*, der überhaupt erst deutlich machen würde, dass es sich hier um subjektive Rechte handelt¹⁰ (mögen sie auch Abwägungen mit gegenläufigen Rechtspositionen im Rahmen ihrer Schrankenprüfung unterliegen)¹¹. Doch rein faktisch vorhandene Gerichtsansichten müssen nicht *per se* richtig sein; sie „gelten“ auch nicht einfach, denn Urteile entscheiden nur einen konkreten Rechtsstreit, geben aber keine abstrakt-generelle Norm¹² vor¹³. Der vorliegende Beitrag ist also nicht etwa „rechtspolitisch“; er prüft vielmehr schlicht eine vielleicht veränderte Interpretation des geltenden Rechts.

Wie aber könnte eine intergenerationell und global erweiterte, also stärker nachhaltigkeitskonforme Freiheits- bzw. Grundrechtsinterpretation aussehen, die präziser ist als die recht vage Diskussion um ein Umweltgrundrecht¹⁴? Es lässt sich bei genauer Betrachtung – in Abweichung von der in Deutschland wohl vorherrschenden Meinung – feststellen, dass der in den Grundrechten steckende Grundbegriff Freiheit vom Wortsinn und von der systematischen Stellung (etwa) im Grundgesetz und in der EU-Grundrechtecharta eine komplexere Interpreta-

⁹ Vgl. zunächst nur die Grundlegung bei BVerfGE 49, 89 (141); 53, 30 (57); 56, 54 ff.

¹⁰ Speziell (aber nicht nur) in Verfassungsbeschwerden wird denn häufig auch die Zulässigkeits- und Begründungsprüfung nicht klar unterschieden, so dass letztlich – unter Camoufflierung der Frage nach der subjektiven Rechtsqualität – unklar bleibt, ob von der Beschwerdebefugnis, dem Grundrechtsschutzbereich oder Fragen der Grundrechtsschranken die Rede ist. Trotz des (im Gegensatz zu den umweltgrundrechtlichen Klagen) anderen Prozessausgangs trifft dies im Wesentlichen sogar zu auf die Embryonenschutz-Fälle: BVerfGE 39, 1; 88, 203.

¹¹ Eine Sonderstellung nimmt das Atomrecht ein; vgl. zuletzt BVerwG, NVwZ 2008, S. 1012; kritisch dazu *Dolde*, NVwZ 2009, S. 679 ff.

¹² Selbst wo dies in Ausnahmefällen – vgl. § 31 Abs. 2 BVerfGG – einmal anders geregelt ist, hat diese allgemeine Norm lediglich den Inhalt, dass (hier: auf eine abstrakte Normenkontrolle vor dem BVerfG hin) ein Gesetz in einer ganz konkreten Formulierung verboten wird. Es wird also wiederum nur eine konkrete Konstellation gerichtlich abschließend geklärt (auch dies kann dann zwar „unrichtig“ geschehen, doch sollte in einer liberal-demokratischen Ordnung ein solches Urteil gleichwohl im Normalfall Anerkennung finden, da die Alternative noch weniger freiheitsfreundlich wäre: sie wäre nämlich letzten Endes eine Art von Anarchie). Keineswegs wird z.B. im Rahmen des § 31 Abs. 2 BVerfGG aber abstrakt-generell vorgegeben, dass nicht in jedem Gerichtsverfahren und in jeder Rechtsanwendung von neuem nach der „richtigen“ Rechtsinterpretation gesucht werden muss.

¹³ Die abstrakt-generelle Norm bleibt vielmehr das Gesetz, die Verordnung, die Verfassung usw. Dass sich die Praxis dennoch häufig – akzeptabler Weise – „an bereits ergangenen Urteilen orientiert“, liegt darin, dass (allein) in dem Fall, dass keine substanziellen Gründe für eine neue Rechtsansicht vorgetragen werden, eine Argumentationslastverteilung zugunsten der bereits judizierten alten Rechtsansicht besteht (u.a. aus Gründen der Rechtssicherheit); vgl. *Alexy*, Theorie der juristischen Argumentation, 2. Aufl. 1991, passim; zur Rationalität der Rechtsanwendung und den Canones der Rechtsinterpretation *Ekardt/Beckmann*, VerwArch 99 (2008), S. 241 (244 ff.).

¹⁴ Man könnte im Folgenden oft die Argumente noch erweitern, wenn man vorher begründet, dass Freiheit bzw. die dahinter stehenden Prinzipien Menschenwürde und Unparteilichkeit die universale – und alleinige – Basis gerechter Grundordnungen sind. Aus Raumgründen wird hier darauf verzichtet; näher dazu *Ekardt*, Theorie (FN 1), §§ 3-6; in der Grundstoßrichtung ähnlich *Alexy*, Recht, Vernunft, Diskurs, 1995, S. 127 ff.; teilweise auch *Habermas*, Faktizität und Geltung, 1992, S. 109 ff.; beim Verfasser a.a.O. auch zu den Differenzen insbesondere zu Habermas sowie zu Rawls, A Theory of Justice, 1971. A.a.O. auch dazu, dass erst solche Verfassungstheorien zeigen, warum eine Verfassung wie das Grundgesetz richtig ist – und was ihr Fundamentalbegriff (die Menschenwürde), aus der manches Weitere ableitbar ist, bedeutet (für letzteren Gesichtspunkt, den Inhalt von Würde, gibt es freilich auch oft übersehene verfassungstextliche Anhaltspunkte; dazu unten FN 58).

tion als bisher nahe legt, die nebenbei verschiedene Implikationen im Umweltkontext hat¹⁵. Die dabei gewinnbaren Aussagen gelten letztlich also für die Grundrechte insgesamt.

1. Ausgangspunkt bleibt, insoweit ist an der gängigen Sichtweise keine Kritik zu üben, die Idee von Freiheitsrechten als klassisch-liberale Garantien der Selbstentfaltung.
2. Daneben hat die Freiheit jedoch auch eine intergenerationelle¹⁶ und globale¹⁷ Dimension. Denn es sind zu ihrem Lebenszeitpunkt auch junge und künftige Menschen natürlich Menschen – und schon heute sind dies die Menschen in anderen Ländern – und damit Träger der Menschenrechte. Und das Recht auf gleiche Freiheit muss genau in der Richtung gelten, wo ihm die Gefahren drohen – und sie drohen in einer technisierten, globalisierten Welt zunehmend über Generationen und über Staatsgrenzen hinweg. Das klassisch-liberale Freiheitsverständnis muss aber auch in anderen Punkten revidiert werden:
3. So müssen die Freiheitsrechte unmissverständlich so interpretiert werden, dass sie auch die elementaren physischen Freiheitsvoraussetzungen einschließen – also einen Anspruch nicht nur auf Sozialhilfe, sondern auch auf ein Vorhandensein einer einigermaßen stabilen Ressourcenbasis und eines entsprechenden Globalklimas haben. Denn ohne ein solches Existenzminimum und ohne Leben und Gesundheit gibt es keine Freiheit¹⁸. Dieses Grundrecht auf die elementaren Freiheitsvoraussetzungen ist teilweise (vgl. Art. 2 Abs. 2 GG, 2, 3 EuGRC) ausdrücklich vorgesehen; ansonsten muss es als Interpretation des allgemeinen Freiheitsrechts abgebildet werden¹⁹.
4. Ferner muss Freiheit ein Einstehenmüssen für die vorhersehbaren (auch ökologischen) Folgen des eigenen Tuns einschließen – auch in anderen Ländern und in der Zukunft („Verursacherprinzip“). Denn Freiheit heißt Eigenständigkeit und damit Verantwortung – auch für die unangenehmen Konsequenzen des eigenen Lebensplanes.
5. Möglicherweise ergibt sich ferner, dass die Freiheit nur um der Freiheit und der Freiheitsvoraussetzungen willen eingeschränkt werden darf – von denen die elementaren subjektiviert sein mögen, die sonstigen, nur „freiheitsförderlichen“ Bedingungen (wie

¹⁵ Es geht also um eine Interpretation sämtlicher Grundrechte. Die hierzu scheinbar nicht passenden Gleichheitsrechte erscheinen letztlich als spezielle Sicherungen der gleichen Freiheit und stehen zum nachfolgend Hergeleiteten folglich in keinem Widerspruch.

¹⁶ Dazu mit teilweise ähnlicher Argumentation auch *Unnerstall*, Rechte (FN 6), S. 422 ff.; in der Grundtendenz – ohne nähere Begründung – z.B. auch *Kloepfer*, in: Gethmann/Kloepfer/Nutzinger (Hg.): *Langzeitverantwortung im Umweltstaat*, 1993, S. 22 (26 ff.); *Murswiek*, *Die staatliche Verantwortung für die Risiken der Technik*, 1985, S. 212; ausführlicher *Ekardt*, *Theorie* (FN 1), §§ 4, 5; die Argumente werden m.E. nicht bemerkt bei *Eifert*, KJ 2009, i.E., der deshalb zu Unrecht eine Begründungsschwäche konstatiert.

¹⁷ In die diesbezügliche Richtung auch *Giegerich*, *EuGRZ* 2004, S. 758 f.

¹⁸ Auch die völkerrechtliche Tendenz zu „sozialen“ Grundrechten auf die unterschiedlichen Facetten des Existenzminimums verfügt über eine theoretische Begründung; über die Rechtsquelle der „allgemeinen Rechtsgrundsätze“ (vgl. Art. 38 IGH-Statut) ist diese „Völkerrechtsverfassung“ sogar ohne Rückgriff z.B. auf den Internationalen Pakt über wirtschaftliche, soziale und kulturelle Rechte herleitbar; vgl. *Ekardt/Meyer-Mews/Schmeichel/Steffenhagen*, *Welthandelsrecht und Sozialstaatlichkeit – Globalisierung und soziale Ungleichheit*, Böckler-Arbeitspapier Nr. 170, 2009, S. 42 ff.

¹⁹ Entgegen der h.M. wird insoweit die These vertreten, dass der deutsche Art. 2 Abs. 1 GG in Art. 6 EuGRC (bei wortlautkonformer Interpretation) ein Pendant als allgemeines EU-Freiheitsrecht besitzt; gleiches gilt für Art. 5 EMRK und ähnlich strukturierte andere Grundrechtskataloge.

etwa die Kulturförderung oder die Kindergartenförderung) dagegen nicht^{20, 21} Auf den letzteren Punkt ist im vorletzten Abschnitt noch zurückzukommen.

6. Ferner bedeutet „Freiheitsschutz dort, wo die Gefahr droht“, dass die Freiheit auch einen Anspruch auf (staatlichen) Schutz vor den Mitbürgern einschließen muss (und dies nicht nur in Ausnahmefällen), also einen Schutz beispielsweise gegen für meine Freiheit und ihre Voraussetzungen bedrohliche Umweltzerstörungen *durch den Staat gegen meine Mitbürger*.

Letzterer sechster Punkt ist hier ausführlicher herzuleiten, da besonders dieser Punkt der jedenfalls in Deutschland überwiegenden Rechtsmeinung widerspricht. Auch der zweite Punkt (eine Schutzbereichsaussage) und der vierte Punkt (letztlich eine Abwägungsregel) werden von der dominierenden deutschen und europäischen Rechtspraxis allenfalls am Rande wahrgenommen²², doch das mag hier auf sich beruhen. Was den sechsten Punkt betrifft, geht die deutsche Rechtsprechung²³ mit der (so die bekannte Themenbezeichnung) Anerkennung grundrechtlicher Schutz„pflichten“ bisher sehr zurückhaltend um. Auch die europäische Rechtsprechung – verankert sind die europäischen Grundrechte in der (seit dem Lissabon-Vertrag verbindlichen) Grundrechte-Charta (EuGRC) sowie in Art. 6 Abs. 1-3 EU²⁴ – widmet sich dem Thema letztlich nur bedingt²⁵. Doch wenn die Grundrechte Freiheitsschutz vor dem Staat, aber *gleichermaßen* auch durch den Staat vor den Mitbürgern meinen sollten und Interessenkonflikte jedweder Art folglich regelmäßig nicht als bipolare, sondern als mehrpolige Freiheitskonflikte zu begreifen sein sollten (*Multipolarität*), dann würde das

- a) die traditionelle eher objektiv-rechtliche Einordnung der grundrechtlichen Schutzseite (Schutzpflichten statt Schutzrechte) und
- b) die traditionelle Ungleichgewichtung von Abwehr- und Schutzseite der Grundrechte – also die Ausscheidung der Schutzpflichten auf Schutzbereichs- oder Abwägungsebene, soweit kein „Evidenzfall“ vorliegt – gerade widerlegen (einschließlich der Vorstellung, eine Betroffenheit von Dritten sei womöglich gar als bloßer „Rechtsreflex“ zu werten und gar nicht erst von einem Grundrechtsschutzbereich erfasst).
- c) Ebenso widerlegen würde die Multipolarität die darauf aufbauende Vorstellung, die Schutzseite der Grundrechte gehe nahezu vollständig in – einem weitgehenden ge-

²⁰ Näher dazu bei FN 49. Siehe aber bereits jetzt FN 19: Diese These gilt auch auf EU-Ebene; der Ausgangspunkt der These, ein allgemeines Freiheitsrecht (welches Kollisionen umfassend abbilden kann), existiert nach zutreffender (allerdings nicht herrschender) Ansicht auch dort.

²¹ Demgegenüber scheinen z.B. *Alexy*, *Recht* (FN 14), S. 127 ff. – und definitiv *Habermas*, *Faktizität* (FN 14), S. 109 ff. – den Kreis möglicher Belange, die eine demokratische Politik zu ihrem Anliegen machen kann, gerade nicht einzuschränken. Dagegen schließt der vorliegende Ansatz einen Schutz des Menschen vor sich selbst oder eine Intervention der öffentlichen Gewalt in den Bereich des guten Lebens aus – was eigentlich auch auf der (aber selten klar begründeten und selten klar gezogenen) Linie liberaler Demokratien liegt.

²² Das Verursacherprinzip taucht freilich etwa in BVerfGE 115, 118 ff. durchaus auf; allerdings erscheint der Rückgriff auf diesen Topos stets leicht arbiträr und nicht systematisch hergeleitet.

²³ Vgl. vorerst zur Ablehnung voller Multipolarität BVerfGE 49, 89 (141); 53, 30 (57); 56, 54 ff.; die Problematik wird nicht wahrgenommen bei *Couzinnet*, DVBl. 2008, S. 760 ff., ebenso wie z.T. im dort zitierten Schrifttum; kritisch dagegen *Vosgerau*, AöR 133 (2008), S. 346 ff.; *Schwabe*, JZ 2007, S. 134 ff.

²⁴ EuGHE 1970, 1125, Rn. 4; 1974, 491, Rn. 13.

²⁵ Der EuGH hat Schutzgrundrechte gegen die Gemeinschaft bisher nicht einmal eigens thematisiert. In den Mitgliedstaaten hält er solche Rechte für möglich; vgl. etwa EuGHE 2003, I-5659; 2004, I-9609; 1991, 4007; 1994, 955. Demgegenüber scheint der EGMR – wie unten im Fließtext – von vornherein keine Grundrechtsfunktionslehre (im Sinne einer Abwehr-Schutz-Scheidung) zu verfolgen, grundrechtliche „Schutz“positionen aber anzuerkennen, wobei deren Reichweite bisher nicht ausbuchstabiert wurde; vgl. etwa EGMR vom 08.07.2004, 53924/00, Rn. 78 und passim; EGMR, EuGRZ 1995, 530 (533).

setzgeberischen Belieben unterliegenden – verwaltungsrechtlichen Normen auf und entfalte weder bei der verwaltungsrechtlichen Klagebefugnis noch bei der Anwendung des materiellen Rechts eine nennenswerte Relevanz („Anwendungsvorrang des einfachen Rechts“ ist eine ziemlich bescheidene Umschreibung dieser weitgehenden Schlussfolgerungen²⁶).

Doch welche Argumente gibt es für die Multipolarität, und wie ist auf bestimmte bekannte Gegenargumente zu antworten? Anders als in der Judikatur, die fast nie verdeutlicht, ob sie bei ihrer Skepsis gegenüber Schutzgrundrechten die Verfassungsbeschwerdebefugnis, den Grundrechtsschutzbereich oder die Grundrechtsschranken im Blick hat (dies bleibt auch bei der – ephemeren – verwaltungsrechtlichen Heranziehung der Schutzgrundrechte offen), soll es nachfolgend eindeutig um die Frage gehen, inwieweit Grundrechte auf Schutzbereichsebene bestehen (was dann allerdings zugleich eine verfassungs- und verwaltungsrechtliche Beschwerdebefugnis auslösen würde). Auf nötige Abwägungen (die dann z.B. auch erst klären, wie viel „Grundrechtsgehalt“ im Sinne einer grundrechtskonformen Auslegung auf das materielle Verwaltungsrecht, etwa das Ermessen, einwirken kann) ist erst später einzugehen.

Erstens folgt die Multipolarität der Grundrechte aus dem Freiheitsgedanken selbst, der das Zentrum liberal-demokratischer Verfassungen ist – und zwar, wie in einer Fußnote angedeutet, philosophisch notwendigerweise. Grundrechte als elementare Rechte sollen feste Positionen gegen typische Freiheitsgefahren verleihen. Denn damit verwirklichen sie die im Würdeprinzip verkörperte gebotene *Autonomie des Individuums*. Und diese Autonomie wird nicht nur direkt durch den Staat bedroht, sondern eben auch durch Private, deren Tun der Staat „nur“ genehmigt oder duldet. Wollte man dies bestreiten, müsste man z.B. den Bau einer Industrieanlage für den Betreiber als freiheitsrelevant betrachten, für die Anwohner dagegen nicht. Das klassisch-liberale Denken tendiert in der Tat in diese Richtung, und dies hat die gängige Judikatur letztlich übernommen. Doch der freiheitliche Staat dient gerade dazu, eine möglichst *unparteiische*, also von Sonderperspektiven unabhängige Konfliktschlichtung zwischen seinen Bürgern zu ermöglichen, also nicht einen bestimmten (z.B. einen stärker wirtschaftlich ausgerichteten) Lebensplan zu bevorzugen. All dies zeigt, dass Schutzrechte existieren, dass Abwehr und Schutz gleichrangig sind – und dass man von Schutzrechten, nicht von Schutzpflichten reden sollte, da andernfalls die Gleichrangigkeit gerade nicht anerkannt würde. „Schutz“ im Sinne dieser gesamten Argumentation kann übrigens auch darin bestehen, dass dem Einzelnen eine Leistung, etwa eine Geldleistung zur Sicherung eines Existenzminimums, zugewandt wird.

Die Multipolarität der Grundrechte zeigt sich *zweitens* in Schranken- bzw. Abwägungsbestimmungen wie Art. 2 Abs. 1 GG, 52 EuGRC (die in ähnlicher Form auch jenseits Deutschlands und der EU anzutreffen sind): Diese Normen schreiben als paradigmatische Leitvorschriften liberal-demokratischer Grundrechtskataloge auch ganz konkret rechtlich vor, dass die Handlungsfreiheit durch die „Rechte anderer“ begrenzt wird. Die europäische „Verfassung“ und auch das deutsche Grundgesetz gehen also davon aus, dass bei konkreten staatlichen Konfliktlösungen nicht nur unterschiedliche Interessen, sondern explizit unterschiedliche *Grundrechte* aufeinander treffen.

²⁶ Ein reiner „Anwendungsvorrang“ dort, wo das Grundrecht korrekt abgewogen und diese Abwägung dann als einfaches Recht „aufgeschrieben“ wurde, wäre völlig unproblematisch; nur genau die Prüfung, ob das Grundrecht vom einfachen Recht wirklich korrekt umgesetzt würde, darf dann, wenn die Grundrechte prinzipiell gelten, nicht entfallen; vgl. dazu auch anhand des Fragenkreises „abschließende Harmonisierung eines Rechtsbereichs durch EG-Sekundärrecht“ *Ekardt/Schmeichel*, ZEuS 2009, S. 171 (176 ff.).

Das *dritte* Argument ist der Wortlaut von Normen wie Art. 1 Abs. 1 S. 2 GG, Art. 1 EuGRC. Die öffentliche Gewalt hat die Menschenwürde und damit auch die Freiheitsrechte, die gemäß Art. 1 Abs. 2 GG („darum“) *um der Würde willen* bestehen und darum nach deren Struktur auszulegen sind, zu „achten“ und zu „schützen“. Dieses „Darum“-Verhältnis ist auch in den Materialien zur EuGRC so niedergelegt. Auch die Doppeldimension „Achtung/Schutz“ der Menschenwürde *und damit zugleich der Grundrechte* – angesichts der eben dargelegten Begründungsfunktion der Würde gegenüber allen Menschenrechten²⁷ – zeigt, dass Freiheit von verschiedenen Seiten her beeinträchtigt werden kann, dass sie also Abwehr und Schutz meint. Vor allem aber ergäbe „schützen“ sprachlich keinen Sinn, wenn damit nur gemeint wäre, dass der Staat nicht selbst direkten Zwang gegen die Bürger ausüben dürfte (sonst könnte sich der Staat statt „Schutz“ mit bloßer Untätigkeit begnügen). Also ist in Normen wie Art. 1 Abs. 1 GG, 1 EuGRC auch der Schutz vor den Mitbürgern gemeint. Und Abwehr und Schutz stehen hier sprachlich gleichberechtigt nebeneinander. All dies impliziert dann erneut, dass es grundrechtlich Abwehr und Schutz gibt und dass Schutz- und Abwehrrechte gleich stark sein müssen – und dass man von Schutzrechten, nicht von irgendwie weniger starken bloßen Schutzpflichten sprechen sollte. Das Gesagte gilt, auch wenn (im Interesse eines gewaltenteilig-demokratischen Institutionensystems, welches gerade der wirksamste Freiheitsschutz ist) dieser „Schutz“ nicht als Direktwirkung der Grundrechte zwischen den Bürgern, sondern als Schutzanspruch gegen den Staat zu lesen ist (vgl. explizit Art. 1 Abs. 3 GG, 51 EuGRC).

Die in Deutschland vorherrschende, am *BVerfG* orientierte Position könnte darauf jetzt erwidern, die Schutzfunktion der Grundrechte könne doch nur eine objektivrechtliche Funktion ohne Einklagbarkeit und ohne echte Gleichrangigkeit sein, weil sie eben der Lehre von den Grundrechten als (auch) objektiver Wertordnung entspränge. Doch dieser Einwand vermag nicht zu überzeugen. Erstens widerlegt der Einwand keines der eben gegebenen Argumente. Und zweitens ist die Wertordnungslehre inhaltlich diffus und letztlich unhaltbar – womit sie auch kein (anderes) Schutz-Verständnis begründen kann. Die Wertordnungslehre selbst ist keine Begründung für irgendetwas, sondern nur eine Behauptung, dass Grundrechte nicht nur Abwehrrechte sind, sondern auch andere, dabei in der Stärke allerdings begrenzte, Funktionen haben; damit stellt die Lehre eine bloße Behauptung dessen dar, die man erst einmal begründen müsste, damit sie überzeugen könnte. Gründe für die Wertordnungslehre – jenseits eines recht vagen Hinweises auf eine „Gesamtschau“ grundrechtlicher und staatszielhafter Verfassungsnormen²⁸ – hat das *BVerfG* nie genannt. Grundrechte als „nur objektive Ordnung“ widersprechen außerdem dem individualistischen Charakter der Grundrechte. Wie wollte man, zumal entgegen den genannten Argumenten, begründen, dass es einen Teil der Grundrechte geben sollte, der nicht subjektiv und damit nicht einklagbar ist?

Erst recht überzeugt die vollständige Negation einer grundrechtlichen Schutzfunktion nicht, wie sie Vertreter der *Böckenförde*-Schule²⁹ mehr oder minder deutlich insinuierten. Jene Position geht m.E. von einer nicht realisierbaren Ausgangshoffnung aus, indem sie auf „sichere“ Auslegungsergebnisse durch ein reines Abwehrrechtsdenken („weniger Normkonflikte = we-

²⁷ In Art. 1 Abs. 2 GG sowie in der grundgesetzlichen Abschnittsüberschrift – und ebenso in den Materialien zur EuGRC – heißt es „Menschenrechte“, es sind also nicht nur „einige“ Rechte würdefundiert, wie man vielleicht erwidern könnte, sondern alle. Damit überträgt sich die Menschenwürde-Struktur „gleichermaßen Achtung und Schutz“ auf alle und nicht nur auf einige Menschenrechte.

²⁸ Vgl. *BVerfGE* 4, 7 ff.; 7, 198 (205).

²⁹ Vgl. etwa *Böckenförde*, *Der Staat* 29 (1990), S. 1 (24 f. und 29 f.); *Böckenförde*, *Recht, Staat, Freiheit*, 1991, S. 67 ff.; *Enders*, in: Friauf/ Höfling (Hg.), *GG, Kommentar*, Loseblatt, vor Art. 1 Rn. 135 ff.; die gleiche Stoßrichtung findet sich auch bei *Schlink*, *Abwägung im Recht*, 1981.

niger Abwägung“) hofft. Eine solche Sicherheit wird es jedoch nie geben. Dies nicht nur wegen der Terminologie von Grundordnungen mit unklaren Termini wie Freiheit oder Würde, die sodann via verfassungskonformer Auslegung die gesamte Rechtsfindung infizieren, oder wegen der generellen semantischen Friktionen der Norminterpretation (besonders der teleologischen) sowie durch den generellen Sollenscharakter von Normen, der ein „tatsachen-analoges Beobachten“ der richtigen Normen/Norminterpretationen/Wertungen ausschließt³⁰. Entscheidend ist vielmehr der Charakter der Schrankenprüfung, der jeder Grundrechtseingriff unweigerlich unterzogen werden muss und der so oder so in Abwägungen zwischen kollidierenden Belangen führt³¹. Vor allem aber verkennt der reine Fokus auf Abwehrrechte die Multipolarität der Freiheit und die für sie vorgetragenen Argumente. Und er übergeht, dass die für ihn bemühte konstitutionalistische, altliberale, letztlich aus vordemokratischen deutschen Beständen schöpfende Dogmatiktradition ein durchaus zweifelhafter Anhaltspunkt für die Interpretation moderner Grundordnungen ist. Nicht zutreffend wäre es auch zu behaupten, dass die Anerkennung von Schutzrechten den Bürgern eine bestimmte Form des guten Lebens vorschreibe (oder vorschreibe, man müsse von seiner Freiheit auch Gebrauch machen); dazu unten noch näher, ebenso wie zur angeblich drohenden „Klageflut“ und zur Gewaltenteilung.

Das Gesagte versuchte zu zeigen, (I) dass und warum es grundrechtliche Schutzrechte geben muss und (II) dass es sie als subjektive Rechte geben muss. Und nicht nur dies: Die Argumente – speziell der Nebeneinandernennung von Abwehr und Schutz – machen zugleich deutlich, dass (III) Abwehr und Schutz gleichrangig sein müssen³². Für den zweiten und dritten Aspekt spricht ferner die seit langem kritisierte und bezweifelte Unterscheidbarkeit jener beiden Grundrechtsfunktionen, die die deutsche (in dieser Eindeutigkeit allerdings wohl nur die deutsche) Judikatur meist verwendet³³. Speziell die Abgrenzung von *Abwehrrechten gegen mittelbare Eingriffe* – welche wie die Schutzrechte demjenigen gelten, der letztlich Schutz vor den Mitbürgern durch den Staat sucht – und *Schutzrechten* zueinander erscheint als kaum sinnvoll klärbar³⁴. Vordergründig meint das Abwehrrecht gegen mittelbare Eingriffe, welches die Judikatur in wenig konturierten vereinzelt Fällen zuspricht (und welches in der *Böckenförde*-Schule konsequenterweise wohl teilweise skeptisch gesehen wird), eine Einflussnahme durch die öffentliche Gewalt auf einen Bürger, der sodann die Freiheit eines anderen Bürgers ver-

³⁰ Vgl. *Somek/Forgo*, Nachpositivistisches Rechtsdenken, 1996, S. 81 ff.; *Jeand'Heur*, Sprachliches Referenzverhalten bei der juristischen Entscheidungstätigkeit, 1989, S. 11 und passim; *Alexy*, Theorie (FN 13), S. 17 ff.; *Ekardt/Beckmann* (FN 13), S. 241 ff. „Sollenscharakter“ bedeutet freilich nicht „subjektiv“; dies zeigte gerade die philosophische Grundlagenargumentation eben im Fließtext. – Immer wieder ist im Übrigen darauf hinzuweisen, dass die Begriffsbildung Objektivität/Subjektivität in puncto Erkenntnis keinerlei Bezug zu der Unterscheidung subjektive Rechte versus objektives (von niemandem individuell einklagbares) Recht aufweist.

³¹ Dies gilt also auch dann, wenn diese kollidierenden Belange nur als objektive Rechtssätze und nicht als subjektive Rechte betrachtet werden. Erst recht würde es gelten, wenn man die Schutzfunktion der Grundrechte schlicht durch weit verstandene Abwehrrechte gegen mittelbare (also indirekte) Grundrechtseingriffe erfassen würde.

³² Für die Gleichrangigkeit tendenziell schon (nur m.E. ohne vollständige Begründung) *Schwabe* (FN 23), S. 134 ff.; *Calliess*, Rechtsstaat und Umweltstaat, 2001; *Koch*, Der Grundrechtsschutz des Drittbetroffenen, 2000, S. 503; *Vosgerau* (FN 23), S. 346 ff.; auch *Murswiek*, Verantwortung (FN 16), S. 101 ff. intendiert einen Gleichlauf von Umweltnutzung und Umweltschutz, allerdings nicht durch Ausweitung der grundrechtlichen Schutzseite, sondern durch Beschneidung der grundrechtlichen Abwehrseite (auf Schutzbereichsebene).

³³ Die folgenden Einwände werden m.E. nicht widerlegt durch die Klärungsversuche von *Dietlein*, Die Lehre von den grundrechtlichen Schutzpflichten, 1992, S. 87 ff.; *Gellermann*, Grundrechte in einfachgesetzlichem Gewande, 2000, S. 452 und passim; *Steinberg*, Verfassungsstaat (FN 4), S. 71 ff., 307 ff.; ebenso gilt dies gegenüber *Ladeur*, DöV 2007, S. 1 ff.

³⁴ Vgl. auch *Dietlein*, Lehre (FN 33), S. 89 f.: „Die von der Rechtsprechung entwickelten Lösungsansätze muten zufällig und ergebnisorientiert an“ – unter Hinweis etwa auf BVerfGE 39, 1 (42); 55, 349 (363); 56, 54 (61); BGHZ 64, 220 (222).

kürzt. Im Falle der Schutzrechte geht es dagegen scheinbar um ein fehlendes oder nicht ausreichend wirksames staatliches Unterbinden privater Handlungen. Doch wie genau soll sich das eine vom anderen unterscheiden? So kann man anstelle der Annahme von Schutzrechten in mittelbaren Abwehrrechts-Konstellationen stets fragen, warum die Gestattung, Nichthinderung oder Mitwirkung bei privatem freiheitsbeeinträchtigendem Verhalten kein Abwehrrecht wegen mittelbaren Grundrechtseingriffs auslösen sollte (zumal z.B. eine umwelt- oder baurechtliche Genehmigung den Dritten eine Duldungspflicht auferlegt). Auch die Judikatur bietet keine verwertbaren Abgrenzungskriterien an. Viele werden jetzt erwidern: Bei Abwehrrechten könne der Bürger verlangen, dass der Staat genau eine Sache (z.B. „Erlass einer Abrissverfügung gegen mein Haus“) nicht tue. Dagegen könnten die Schutzrechte nur ein allgemeines Handlungsgebot auslösen (z.B. „mehr Schutz vor Schwefeldioxid durch die Anlage X“), bei dessen Erfüllung die öffentliche Gewalt einen Spielraum haben müsse. Doch dass das nicht per se stimmt, zeigt ein Beispiel. Nicht nur der Adressat einer baurechtlichen Abrissverfügung (unmittelbarer Eingriff) kann sagen: „Ich will ganz genau diese Verfügung loswerden.“ Genauso gut kann der von einer Genehmigung betroffene Nachbar sagen: „Die Genehmigung soll weg.“ Es geht jeweils um genau eine Handlung – und zwar in letzterem Fall unabhängig davon, ob man dies als mittelbare Eingriffsabwehr oder als Schutz-Ansinnen bezeichnet³⁵. Abwehr von mittelbaren Eingriffen und Schutz sind also nicht sinnvoll scheidbar; letztlich verwendet die Judikatur diese „Scheidung“ wohl auch eher als Schein-Rechtfertigung, um der einen Drittklage Bedeutung beizumessen, der anderen dagegen nicht. Eine solche Bedeutung wird Drittklagen primär bei wirtschaftlicher Betroffenheit zugemessen (etwa in den Fällen öffentlicher Warnungen).

Die somit zu konstatierende Ununterscheidbarkeit ist ein weiteres Argument dafür, dass die klassisch-liberale wirtschaftliche Freiheit den „Umweltgrundrechten“ nicht vorgehen kann. Zumindest ist sie ein Argument dafür, dass sich die Judikatur nicht in eine camouflierende Scheidung von Abwehrrechten gegen mittelbare Eingriffe versus Schutzpflichten retten kann, um den Grundrechtsschutz im einen Fall zu bejahen und im anderen Fall weitgehend zurückzustellen (und dabei oft von einem „bloßen Rechtsreflex“ zu sprechen, was überhaupt nichts besagt: Warum sollte es denn für ein Grundrecht nicht relevant sein, wenn sein Freiheitsbereich kausal aufgrund einer staatlichen Entscheidung beeinträchtigt wird?). An alledem ändert auch die Praxis der Rechtsprechung nichts, eine (auch Grund-)Rechtsbetroffenheit tendenziell dann nicht anzunehmen, wenn eine „Allgemeinheit“ betroffen ist. Denn ob ein Recht beeinträchtigt ist, kann nicht davon abhängen, ob auch andere beeinträchtigt sind.

IV. Umweltgrundrechte, Demokratie, Gewaltenteilung – Einwände gegen echte Schutzrechte als Missverständnisse über die verfassungsrechtliche Abwägung

Freilich sieht sich eine multipolar ausgerichtete Konzeption nachhaltiger Freiheit noch einer Gruppe weiterer Einwände ausgesetzt, die alle miteinander zusammenhängen und die deshalb sinnvoll nur im Gesamtzusammenhang zu behandeln sind. Diese Einwände lauten sinngemäß: Schutzrechte würden die Parlamente entmachten; und es gäbe in „Schutzfällen“ gegenüber „Abwehrfällen“ per se größere Spielräume³⁶. Indem darauf eingegangen wird, wird zugleich

³⁵ Die Möglichkeit einer mittelbaren Drittwirkung der Grundrechte wird durch das voranstehende und das folgende übrigens nicht in Frage gestellt, sondern bestätigt; dazu *Ekardt*, Information (FN 1), § 1 C. I.

³⁶ Zu weiteren Einwänden (angeblich drohende „Klageflut“ und „Schnüffelei“ unter den Bürgern) vgl. *Ekardt*, Information (FN 1), § 5 A.-B. sowie in aller Kürze den letzten Abschnitt dieses Beitrags.

erläutert, warum in dieser Kritik zwar mehrere unzutreffende Vorannahmen enthalten sind – warum aber gleichwohl Spielräume im Rahmen der Lehre von den Abwägungen zwischen kollidierenden Freiheitssphären demokratisch auszufüllen sind. Damit kann zugleich eine Abwägungslehre der (hier: Umwelt-)Grundrechte skizziert werden, die in einer unten näher zu betrachtenden Weise auch auf das einfache Recht der jeweiligen Rechtsordnung ausstrahlt.

Zugleich ist die Diskussion auch für die transnationale „Umweltgrundrechtsfrage“ lehrreich. In dieser tritt nämlich häufig die Vorstellung auf, dass generell Eingriffe in Grundrechte in aller Regel ohne detailliert abschichtende Prüfung von Abwägungsregeln gerechtfertigt sind (so letztlich EuGH und EGMR³⁷) – oder die Debatte wird umgekehrt so geführt, als sei jede Beeinträchtigung eines Grundrechts zugleich eine Verletzung dieses Grundrechts. Der letztere Eindruck wird beispielsweise im Kontext der Debatte über „WTO und Menschenrechte“ regelmäßig erweckt³⁸.

Schaden also Schutzrechte der Demokratie? Dies wirft die alte Frage nach dem Verhältnis von Freiheit und Demokratie auf. Nicht nur einige Juristen, sondern auch manche Philosophen halten (z.T. implizit) die Demokratie gegenüber der Freiheit sogar für latent vorrangig. Richtig ist dabei zunächst noch, dass – so z.B. *Jürgen Habermas* – Freiheit und Demokratie sich gegenseitig fördern³⁹. Eine gewaltenteilige, durch Prinzipien eingehegte Demokratie verspricht jedoch ein Mehr an Freiheit, Rationalität und Unparteilichkeit als eine „radikale“ habermasianische, die die Verfassungsgerichtsbarkeit auf eine reine Verfahrenskontrolle reduziert; genau deshalb sind Verfassungen wie das Grundgesetz eben gewaltenteilig und nicht radikaldemokratisch strukturiert. Gerade die Generationengerechtigkeit und die globale Gerechtigkeit (und damit die Nachhaltigkeit), also die Freiheit der jungen und nach uns kommenden Menschen, spricht gegen die radikale Demokratie. Denn die Demokratie ist für künftige und junge und räumlich entfernt lebende Menschen kein Akt der Selbst-, sondern der Fremdbestimmtheit. Denn sie sind heute keine Beteiligten der Demokratie. Vor diesem Hintergrund ist zunächst einmal die multipolaritätskritische Sichtweise unzutreffend, dass eine liberal-demokratische Verfassung eine Art allmächtiges Parlament impliziere (was multipolare Rechte, die Gesetzgebung und Verwaltung ja zusätzliche Bindungen auferlegen, ausschliesse). Geboten ist nicht dies, sondern vielmehr ein System der gewaltenteiligen Ausbalancierung staatlicher Macht im Interesse eines bestmöglichen Freiheitsschutzes und eines Maximums an Rationalität und Unparteilichkeit⁴⁰. Zur Sicherung dieser Prinzipien sind die Staatsgewalten da. Sowohl das europäische und nationale Gewaltenteilungsprinzip als auch die Existenz starker Verfas-

³⁷ Zur notwendigen Weiterentwicklung der europarechtlichen Prüfung von Grundrechten sowie von Grundfreiheiten näher *Ekardt/Schmeichel* (FN 26), S. 171 (197 ff.); zum Verhältnis der „drei Verfassungsgerichte“ zueinander mit einer neuen Perspektive *Ekardt/Lessmann*, KJ 2006, S. 381 ff.

³⁸ Zu dieser Debatte (mit einem eigenen Ansatz) *Ekardt/Meyer-Mews/Schmeichel/Steffenhagen*, Welthandelsrecht (FN 18), S. 42 ff.

³⁹ In der kantianischen respektive liberal-demokratischen Theorie der Gerechtigkeit folgen Freiheit und Demokratie gemeinsam aus den Prinzipien der Menschenwürde und der Unparteilichkeit (letzteres Prinzip wird z.T. auch Universalisierbarkeitsprinzip oder kategorischer Imperativ genannt, mit leicht anderer Bedeutung); diese Prinzipien wiederum werden als Gebot der Rationalität respektive der Vernunft aufgefasst. Die Überhöhung des Demokratieprinzips bei *Habermas*, Faktizität (FN 14), S. 109 ff. und 537 ergibt sich teilweise daraus, dass er anders als Kant oder Rawls das Menschenwürde- bzw. Autonomieprinzip nicht aus der Rationalität folgen lässt, sondern als dogmatisch gesetzt sieht.

⁴⁰ Vgl. die Bemerkung und den Nachweis in FN 14 dazu, dass die Kantsche These zutrifft: dass nämlich Freiheit (und gewaltenteilige Demokratie) auf der Basis von Menschenwürde und Unparteilichkeit ein universales Rationalitätsgebot darstellt, welches der – gerade auch postmodern-konstruktivistischen – Kritik standhält (und zwar, einschließlich aller daraus möglichen Ableitungen wie z.B. des Freiheitsvoraussetzungsschutzes und der Abwägungsregeln, das einzige Rationalitätsgebot im Bereich von Moral und Recht).

sungsgerichte zeigen denn auch, dass das Parlament gerade nicht allmächtig sein soll. Das mündet dann aber in eine Demokratie nicht als Gegenprinzip zur Freiheit, sondern als Konfliktlöser *zwischen* den Freiheiten, was weitere Konfliktlöser wie Gerichte gerade sinnvoll erscheinen lässt.

Wir haben bis hierher mehrere Dinge gesehen, teilweise auch schon vor der expliziten Erörterung zur Demokratie: *Die Demokratie hat auch ohne Multipolarität ohnehin Grenzen; nötige Abwägungen zwischen kollidierenden Belangen gibt es ohnehin; und die Betrachtung der Grundrechtsfunktionenlehre hat zudem ergeben, dass sich Abwehr- und Schutzkonstellationen eben gerade nicht per se unterscheiden.* Dies gilt es jetzt noch weiter auszuführen. Bei der Abwägung kollidierender Positionen hat das Parlament in der Tat eine gewisse, wenngleich keine absolute Prärogative gegenüber der Justiz. Soweit in diesen Abwägungen nämlich aus den kollidierenden Belangen unterschiedliche Abwägungsergebnisse herleitbar sind – und dies ist der Normalfall –, ist ein (ab-)wählbarer Entscheider die rationale und freiheitsfreundliche Variante: also ein Parlament und kein Gericht. Das Parlament muss sich dabei allerdings im Rahmen bestimmter, aus den Grundrechten selbst herleitbarer Abwägungsregeln bewegen (man kann auch von multipolarer, allerdings durch weitere Regeln konkretisierbarer Verhältnismäßigkeitsprüfung sprechen⁴¹); wir kommen auf einige dieser Regeln noch näher zurück. Problematisch an der bisherigen deutschen Debatte ist, dass viele daraus, dass es meist nicht „genau ein“ (womöglich noch quantifizierend-ökonomisch ermitteltes) Abwägungsergebnis geben kann, irrtümlich schließen, es gäbe keine Multipolarität (also keine gleichrangigen Abwehr- und Schutzrechte) und keine weiteren Abwägungsregeln jenseits von Geeignetheit/Erforderlichkeit⁴². Wir werden noch sehen, dass das nicht zutrifft. Das Gesagte gilt jedenfalls ganz gleichermaßen und unabhängig davon, mit welchem Politik- bzw. Rechtsbereich man es zu tun hat. Die (allgemein fraglos für eine Grundrechtsfrage gehaltene) Entscheidung über die richtigen Gesetze im Bereich der Sicherheits- oder Anti-Terror-Politik folgt damit eben gerade nicht anderen Regeln als beispielsweise die Klimapolitik. Der Gesetzgeber kann jeweils unterschiedliche Entscheidungen treffen, und die Aufgabe von Verfassungsgerichten liegt (allein) darin, eine Rahmenkontrolle anhand einer Reihe aus den Freiheitsrechten selbst herleitbarer Abwägungsregeln vorzunehmen. Der Sache nach geht es dabei stets darum, dass eine Kontrollinstanz wie ein Verfassungsgericht die Einhaltung von Abwägungsregeln überprüft, woraufhin ein verfassungsändernder Gesetzgeber (teilweise) mit einer Verfassungsänderung reagieren kann; oder daß eine Kontrollinstanz wie ein einfaches Gericht die Einhaltung des gesetzgeberischen Willens durch die Behörden bzw. die Einhaltung von Abwägungsregeln für die an die Behörden weitergereichten Abwägungen prüft usw.

Arbeitet man die Abwägungsregeln genau aus, wird die Gewaltenbalance sogar weniger „jurisdiktionsstaatlich“ als bisher (wo *BVerfG* bzw. *EuGH* letztlich nach Gusto entscheiden können, ob von weiten oder – wie bei den Abtreibungsentscheidungen – von „keinen“ Parlament-

⁴¹ In diese Richtung auch *Calliess*, Rechtsstaat (FN 32), S. 373 ff.; *Susnjar*, Proportionality, Fundamental Rights, and Balance of Powers, 2010, i.E.

⁴² Besonders prominent *Böckenförde*, Staat, Verfassung, Demokratie, 1991, S. 188 ff. und passim. Unklar ist die Linie des *BVerfG*, welches teilweise wie der *EuGH* mit Abwägungen verfährt (im Wesentlichen nur Prüfung legitimer Zweck – sehr großzügig –, Geeignetheit, Erforderlichkeit), teilweise wie hier vorgeschlagen mit einer (größeren) Menge von Abwägungsregeln operiert, teilweise aber auch „genau ein“ Abwägungsergebnis dem Gesetzgeber vorzugeben scheint (z.B. beim Embryonenschutz); auch dies ist eine Folge der unklaren Schutzpflichten-Dogmatik; kritisch dazu auch *Steinberg*, NJW 1996, S. 1995 ff.; *Susnjar*, Proportionality (FN 41), i.E. Siehe konkret dazu, wie in vereinzelt Fällen (allerdings nicht aus dem Menschenwürdeprinzip) auch einmal totale Abwägungsverbote hergeleitet werden können, etwa *Ekardt/Kornack*, KritV 2006, S. 349 ff.

sspielräumen ausgegangen wird). Gehen muss es dabei um ein multipolar freiheitsförderliches (einerseits machtmisbrauchsfeindliches, andererseits die Demokratie als Schutzschild der Freiheit betrachtendes) und zudem unparteilichkeitsadäquates Ping-Pong mit einem außerdem rationalitätsförderlichen, da ein Maximum an guten Gründen mobilisierenden „Mehrebenen-diskurs“ zwischen den Staatsgewalten. Zunächst darf ein Verfassungsgericht gegen ein Parlament nie „Tu-genau-das“-Urteile erlassen, sondern muss sich immer auf „So-wie-bisher-jedenfalls-nicht“-Urteile beschränken. Das BVerfG z.B. darf dem deutschen Bundestag also – um ein für die Nachhaltigkeit wesentliches Beispiel zu verwenden – nicht sagen: „Steige in viereinhalb Jahren aus der Atomenergienutzung aus.“ Es kann aber sagen: „Der bisherige Ausstieg ist zu langsam; entscheide die Frage unter Berücksichtigung folgender Tatsachenlagen, normativer Belange und Verfahrens- sowie Abwägungsregeln bis zum XX.YY.2010 neu.“ Umgekehrt könnte das Verfassungsgericht auf die Klage eines Energiekonzerns hin sagen: „Der Gesetzgeber darf natürlich aus der Atomverstromung aussteigen – aber er muss sich dabei in einem gewissen Rahmen halten, den er aber leider überschritten hat, indem er angeordnet hat, innerhalb von drei Tagen aus der Atomenergienutzung auszusteigen.“ Durch eine solche Linie, die weder dem Parlament die Prärogative nimmt noch dem Verfassungsgericht eine übergroße und unklare Macht gibt, werden alle Staatsgewalten ihren durch Freiheit, Demokratie, Unparteilichkeit und Rationalität definierten Aufgaben am besten gerecht. Dies gilt um so mehr, als das Ping-Pong, wie eben durch den obigen einleitenden Hinweis auf das „Weiterreichen“ von Abwägungen durch den Gesetzgeber kurz skizziert, auch die Exekutive und die einfachen Gerichte einbezieht. Dabei können Behörden auf eine gerichtliche Entscheidung mit neuen Entscheidungen reagieren, die dann ihrerseits wieder der Kontrolle unterliegen; und ebenso verhält es sich zwischen Gesetzgeber und Verfassungsgerichtsbarkeit; und auch der Gesetzgeber kann auf einfachgerichtliche Entscheidungen z.B. durch Gesetzesänderungen reagieren usw. So entsteht ein komplexes Geflecht von Konkretisierungs- und Kontrollzuständigkeiten.⁴³ Die genannten Prinzipien sprechen hierbei dafür, wie andernorts näher thematisiert⁴⁴, dass die Gerichte über normative Abwägungsfragen, schwierige Normtatbestandsinterpretationen und unsichere Tatsachenfragen nur eingeschränkt urteilen dürfen – strikt dürfen sie dagegen urteilen über einfache Normtatbestandsinterpretationen, Verfahrensfragen und sichere Tatsachenlagen.

Am Atombeispiel sieht man, dass in komplexen Konstellationen die Abwehrseite der Grundrechte keinesfalls „übersichtlicher“ ist als die vermeintlich kompliziertere Schutzseite. Der Gesetzgeber kann z.B. den „Abwehr“-rechten von Energieversorgungsunternehmen in ganz unterschiedlicher Weise Rechnung tragen, wenn er aus der Nutzung der Kernenergie aussteigen möchte. Er kann Billigkeitsentschädigungen festsetzen, Übergangsfristen gewähren usw. Und ganz genauso sieht es für mögliche Schutz-Kläger aus – man kann alle Kraftwerke abschalten, sie anderweitig sicherer bauen, stärkeren Schutz gegen Terroranschläge treffen u.v.m. Diese Komplexität ist aber eben grundrechtsfunktionenunabhängig. Und sowohl bei „Abwehr“ als auch bei „Schutz“, wenn es diese Funktionen denn gibt, ist jedenfalls klar: Die

⁴³ Ein grundsätzliches, aber häufig anzutreffendes Missverständnis ist es nach alledem, sich so auszudrücken, als hätten die Gerichte als solche eine Abwägung vorzunehmen (obwohl den Gerichten nur vereinzelt vom Gesetzgeber eine Abwägung „weitergereicht“ wurde, etwa an die Zivilgerichte für die Konkretisierung der zivilgerichtlichen Generalklauseln im Lichte kollidierender Grundrechte – wobei ein Verfassungsgericht diese Zivilgerichtsurteile dann wieder nur darauf überprüfen darf, ob die Abwägungsregeln eingehalten sind). Nicht ausreichend deutlich wird dies z.B. bei *Hofmann*, ZUR 2007, 470 (471 f.).

⁴⁴ Vgl. dazu *Ekardt*, Information (FN 1), § 5; stärker europarechtlich dazu *Ekardt/Schenderlein*, NVwZ 2008, S. 1059 ff.

Gesetze für mehr Umweltschutz und Nachhaltigkeit muss in einer gewaltenteiligen Demokratie das Parlament machen, nicht ein Gericht. Deshalb sind Urteile wie die *BVerfG*-Judikate zum Embryonenschutz oder zur Familienbesteuerung in *jedem* Fall problematisch^{43a}. Vielleicht sollte daher ein Verfassungsgericht stets wie das House of Lords in Großbritannien ohne Gesetzesaufhebung auskommen (also auch in so genannten Abwehrfällen mit Nachbesserungsaufträgen statt mit Kassationen arbeiten). Richtig könnte es zumindest sein, die Gesetzesaufhebung als begründungsbedürftigen Ausnahmefall zu sehen – und ansonsten mit „Änderungsaufträgen“ der Justiz ans Parlament auszukommen, ohne selbst ein Gesetz aufzuheben oder einen Gesetzeswortlaut zu diktieren⁴⁵.

V. Abwägungsregeln, Vorsorge als Grundrecht(sschutzbereich) und das Problem „absoluter“ Mindeststandards bei Grundrechtsabwägungen

Abwägungen sind – wie bereits angesprochen – also (auch) bei (Umwelt-)Grundrechten unausweichlich, und sie sind ganz generell nichts Sensationelles. Um es etwas plastischer zu formulieren: Indem die Politik die Industriegesellschaft zulässt, Industrieanlagen genehmigt, den Autoverkehr zulässt usw., nimmt sie sehenden Auges statistisch Tote, also Beeinträchtigungen des Rechts auf die elementaren Freiheitsvoraussetzungen, aufgrund der freigesetzten Luftschadstoffe usw. in Kauf. Dies geschieht in Abwägung mit unserer aller Konsumfreiheit und mit der wirtschaftlichen Freiheit der Konsumenten. Man spricht insoweit meist camouflierend von stochastischen Schäden. Das meint statistische Krankheits- und Todesfälle, die jedenfalls langfristig und in Kombination mit anderen Schadensursachen im Gefolge der industriegesellschaftlichen Lebensform auftreten. Da es gerade keine allgemeine Formel „Schädige niemanden“ (*neminem laedere*)⁴⁶ gibt (weil ansonsten letztlich nahezu alles verboten wäre, denn überaus viele menschliche Handlungen sind auf irgendeinem Wege für irgendjemanden unvorteilhaft), ist dies für sich genommen aber gerade nicht skandalös. Das durchaus Absurde liegt vielmehr in Schizophrenien wie „wir wollen mehr Klimaschutz und trotzdem ständiges Wirtschaftswachstum“, also in politischen Formelkompromissen, die die nötigen schmerzlichen Abwägungen gerade leugnen⁴⁷.

Welche Abwägungsregeln im Einzelnen gelten, lässt sich im Kern bereits aus den Freiheitsrechten selbst ableiten. Dies zeigt sich zunächst für die Grundregel von Abwägungen, die in der gewohnten Prüfung der Verhältnismäßigkeit meist unter der Überschrift „legitimer Zweck“ thematisiert wird: dass das Abwägungsmaterial einerseits vollständig sein muss und andererseits keine unzulässigen Belange enthalten darf. Wenn die andernorts näher begründete Vermutung zutrifft, dass die Selbstbestimmung respektive die neu interpretierte Freiheit – und alles, was daraus folgt – das einzige begründbare Gerechtigkeitskriterium ist, kann man auch relativ leicht als Abwägungsregel angeben, welches das (allein) zulässige Material gerechter Abwägungen ist: nämlich eben die Freiheit aller Beteiligten, die wie gezeigt die ele-

^{43a} Vgl. insbesondere *BVerfGE* 39, 1 ff.; 88, 203 ff.

⁴⁵ In gewisser Weise ist ein so dargelegtes multipolares Konzept wohl auch ein Beitrag zum Übergang „vom Staats- zum Verfassungs-Paradigma“, wie er eingefordert wird von *Möllers*, *Leviathan* (FN 7), passim.

⁴⁶ M.E. übergangen z.B. bei *Hochhuth*, *Relativitätstheorie des öffentlichen Rechts*, 2000.

⁴⁷ Insgesamt werden im Schrifttum selten Abwägungsregeln unter Einbeziehung der Schutzrechte entwickelt; vgl. aber *Calliess*, *Rechtsstaat* (FN 32), passim und *Cremer*, *DöV* 2008, S. 102 ff. – Dazu, dass Nachhaltigkeit in einer physikalisch endlichen Welt (trotz der Potenziale z.B. der Solarenergie) nicht mit dauerhaftem Wirtschaftswachstum vereinbar ist, vgl. *Daly*, *Beyond Growth* (FN 6), 1996; *Ekardt*, *Cool Down* (FN 6), Kap. 1; *Wuppertal-Institut* *Zukunftsfähiges Deutschland in einer globalisierten Welt* (FN 6), 2008.

mentaren Freiheitsvoraussetzungen einschließt. Neben diesen Menschenrechten sind solche Belange zulässige Abwägungsgegenstände, die die Freiheit fördern, aber nicht zwingend für sie erforderlich sind und die deshalb – da nicht logisch im Freiheitsbegriff enthalten – keine Menschenrechte sind (z.B. Kulturförderung oder die Schaffung von Kindergartenplätzen)⁴⁸. Für all dies spricht neben der alleinigen Begründbarkeit des Freiheitsprinzips auch: Nur so wird deutlich, dass sowohl autoritäre Freiheitsbeschränkungen als auch eine wirtschaftsliberal-postmoderne Ausblendung der Freiheitsvoraussetzungen unzulässig sind. Interventionen in Fragenkreise, die gar nicht die Freiheit mehrerer Menschen betreffen – also in den Bereich des guten Lebens –, sind damit ausgeschlossen⁴⁹. Ebenso nicht stimmig wäre m.E. die heutige Praxis, ganz allgemein „das Gemeinwohl“ (oder „das öffentliche Interesse“) zum zulässigen Abwägungsbelang zu erklären. Denn die Rede vom Gemeinwohl erscheint letztlich inhaltsleer, damit letzten Endes beliebig, rechtsdogmatisch folglich überflüssig und potenziell autoritär⁵⁰. Und „das Gemeinwohl“ zeigt auch nicht, um was es eigentlich geht: um unser aller Selbstbestimmung. Vor diesem Hintergrund sollte m.E. das „Gemeinwohl“ aus dogmatischen Formeln entfernt und das Wort, soweit es in Gesetzen noch explizit erscheint, so interpretiert werden, dass *der Schutz von Freiheit und Freiheitsvoraussetzungen* gemeint ist. Der große Teil dessen, was herkömmlicher Weise Gemeinwohl heißt, lässt sich ohnehin Freiheitsvoraussetzung nennen (etwa Kulturförderung, die nicht-existenziellen Teile von Sozialstaatlichkeit, Schutz der Biodiversität usw.) – nur dass der neue Begriff klarere Konturen und eine echte Begründung jener Belange anzubieten hat. So könnte der Gemeinwohlbegriff u.U. teilweise auf seinen ursprünglichen Sinn zurückgeführt werden: Es muss um Interessen gehen, die in einem gerechten Staat Beachtung verdienen. Gerade das wäre dann aber genauer zu überdenken und zu prüfen und nicht salvatorisch mit der Formel vom Gemeinwohl zu proklamieren – die womöglich nur das Fehlen wirklicher Gründe tarnt (und damit der Rationalität und Unparteilichkeit staatlicher Entscheidungen abträglich ist).

Schutzrechte im Umweltschutzkontext fallen auch nicht etwa dadurch zumeist aus dem zulässigen Abwägungsmaterial heraus (bzw.: Schutzrechten fehlt es nicht etwa schon deshalb an der grundrechtlichen Betroffenheit ihres Schutzbereichs), dass Schutzrechte häufig bloße Grundrechtsgefährdungen betreffen. Jener Einwand ginge fehl, weil nur „mögliche“ Grundrechtsbeeinträchtigungen zumindest bei hochwertigen Grundrechten und drohender Irreversibilität der „möglichen“ Schädigung eben gerade *nicht* unbeachtlich sind, auch wenn die deutsche Judikatur – indem sie, anders als die europäische Judikatur, die Vorsorge (also „Risiken“

⁴⁸ Auch wenn der Bezug zur Freiheit hier selten hergestellt wird, so dürfte doch unstrittig sein, dass die „bloß freiheitsförderlichen“ Bedingungen jedenfalls keine Menschenrechte darstellen – es gibt ein Grundrecht auf das Existenzminimum, aber kein Grundrecht auf einen Kindergartenplatz. Diese Aussage liegt also, trotz der neuen Begründung und der neuen Begrifflichkeit, auf der Linie der gängigen deutschen Diskussion zum Sozialstaatsprinzip (Art. 20 Abs. 1 GG): Der Gedanke eines „Existenzminimums“ ist notwendiger Weise nicht beliebig weit zu fassen, sei es nun in sozialer oder ökologischer Hinsicht. Allerdings sind die Freiheitsvoraussetzungen Leben und Gesundheit (in Deutschland und der EU) bereits explizit als grundrechtlich gekennzeichnet. Die Diskussion, ob ein Randbereich von Gesundheit „nicht elementar und daher nicht vom Grundrechtsschutzbereich erfasst“ ist, wäre damit wenig praxisrelevant.

⁴⁹ Ausführlich zu einer teilweise ähnlichen Abwägungsregel-These (allerdings mit anderen Standards und einer Standard-Begründung eher anhand des Rechtsstaatsprinzips als anhand der Freiheitsrechte, was deren Herleitung indes erschwert und folglich dazu führt, dass der Klarheitsgewinn von Abwägungsregeln schrumpft) *Susnjar*, Proportionality (FN 41), i.E.

⁵⁰ Hierzu und zum Folgenden m.w.N. *Ekaradt*, Information (FN 1), § 1 E. (dort auch zur autoritären bis totalitären Rechtsgeschichte des Begriffs); vgl. demgegenüber für Versuche, den Begriff als (nicht inhaltlich gefüllte) Formel für nötige Abwägungen und Verfahrensschritte beizubehalten: *Häberle*, Öffentliches Interesse als juristisches Problem, 1970; *Uerpmann*, Das öffentliche Interesse, 1999.

bzw. „unsichere Beeinträchtigungen“) meist für uneinklagbar erklärt – implizit voraussetzt⁵¹. Andernfalls würden die Grundrechte nicht länger das leisten, was überhaupt der Sinn juridifizierter Grundrechte ist: einen Autonomieschutz genau an der Stelle zu garantieren, wo der Autonomie die Beeinträchtigungen drohen. Und diese drohen nicht nur und nicht in erster Linie von der öffentlichen Gewalt. Dafür spricht auch, dass Gefahr und Vorsorge gar nicht sinnvoll scheidbar sind, wie sich andernorts erwies⁵².

Ferner folgen die bekannten Abwägungsregeln der Verhältnismäßigkeitsprüfung, die Geeignetheit und Erforderlichkeit einer Freiheitsverkürzung zugunsten der Belange anderer Beteiligter, unmittelbar aus dem multipolaren Freiheitsprinzip: Es darf eben nicht dem einen etwas an Freiheit genommen werden, was gar keinem anderen Freiheitsträger zugute kommt. Die Angemessenheit als letzter Schritt im Rahmen der konventionellen Verhältnismäßigkeitsprüfung kann ferner als Dach über eine Reihe weiterer Abwägungsregeln begriffen werden, die ebenfalls aus dem Freiheitsprinzip folgen. Eine Regel davon lautet, dass nicht ein Belang evident zu einseitig zugunsten anderer Belange zurückgestellt werden darf; auch dies folgt wieder aus dem Gedanken, dass die Freiheit insgesamt maximiert werden soll (wobei dies „tödliche“ Abwägungen im Einzelfall, wenn ein Konflikt nicht anders auflösbar ist, aber nicht ausschließt).

Eine weitere Abwägungsregel ist das erwähnte „Verursacherprinzip“. Noch eine weitere Abwägungsregel lautet, dass die der Abwägung zugrunde liegenden Tatsachenannahmen stimmen müssen. Die jeweilige Entscheidung muss also beispielsweise die neueste Klimaforschung zugrunde legen, wenn sie wissen will, welche Gefahren der Freiheit künftiger Generationen drohen. Wesentlich ist dabei, dass Tatsachen zwar Subsumtionsmaterial sind, um den Grad der Beeinträchtigung eines Belangs festzustellen, dass aber Tatsachenaussagen als solche (!) nichts Normatives besagen: Aus der faktischen Gefährlichkeit von Fluglärm für die Gesundheit der Anwohner beispielsweise – über die man naturwissenschaftliche Diskurse und Erhebungen führen kann – folgt logisch erst einmal nicht, inwieweit dieser Lärm verhindert werden muss. Die Entscheidung im Rahmen der Abwägungsregeln bleibt also stets eine politisch-demokratische und keine naturwissenschaftliche Entscheidung⁵³. Bei unsicheren Tatsachen wie dem Klimawandel besteht ferner eine Pflicht, vorläufige Entscheidungen zu treffen und diese später zu überprüfen. Diese letztgenannte Regel taucht auch in der bisherigen Rechtsprechung auf, allerdings wieder nicht als Anspruch eines Schutzgrundrechtsträgers, sondern als nur objektive Pflicht⁵⁴.

Die Entscheidung für oder gegen eine einigermaßen wirksame Umweltpolitik ist nach alledem also nicht dem Belieben von Mehrheiten oder souveränen Staaten überlassen, auch wenn dies eine verbreitete Betrachtungsweise darstellen mag. Die gängige politische Vorstellung,

⁵¹ Vgl. statt vieler BVerwG, NVwZ 1995, 995 ff.; nicht wahrgenommen bei *Couzinnet* (FN 23), S. 760 ff.; differenzierend *Calliess*, Rechtsstaat (FN 32), S. 244; im Einzelnen zum Diskurs über Gefahrenabwehr und Vorsorge *Ekardt/Schmidtke*, DöV 2009, S. 187 ff.

⁵² Vgl. *Ekardt/Schmidtke* (FN 50), S. 187 ff. Dort auch zu dem weiteren Problem: dass die h.M. in Deutschland unzulässigerweise die Grundrechte auf den Durchschnittsmenschen orientiert, sich bei der Tatsachenerhebung der Gefährlichkeit eines Schadstoffes also z.B. am 40jährigen Durchschnittsmann orientiert (und damit Schwächere wie Schwangere, Ältere, Kinder unberücksichtigt lässt); vgl. auch *Böhm*, Der Normmensch, 1996.

⁵³ Aus einem Klima-Sein folgt niemals ein Sollen; aus Fakten folgt nie, was im Leben richtigerweise geschehen sollte. Zur Sein-Sollen-Scheidung und zur genauen Relevanz von Tatsachen und Tatsachenunsicherheit in Abwägungen (und überhaupt in rechtlich-moralischen Entscheidungen) auch *Ekardt/Susnjar*, JbUTR 2007, S. 277 ff.

⁵⁴ BVerfGE 24, 119 ff.; 3, 303 ff.; 39, 1 ff.; 39, 160 ff.; 53, 30; 77, 170 ff.; BVerfG, NJW 1996, 651; siehe ferner *Meßerschmidt*, Gesetzgebungsermessens, 2000.

dass beispielsweise Sicherheitspolitik ein Menschenrechtsproblem ist, Klimaschutz aber nicht, ist vielmehr unzutreffend. Wenn allerdings Abwägungen erlaubt und nötig sind und im Umweltrecht potenziell tödlich verlaufen (auch ein „abgeschwächter“ Klimawandel z.B. wird Todesopfer fordern), so wirft dies die Frage auf, ob die (hier: Umwelt-)Grundrechte vielleicht sogar einen „absoluten“, vor Abwägungen sicheren⁵⁵ Kern haben. Art. 19 Abs. 2 GG gibt hierzu zunächst einmal keinen Aufschluss. Auch wenn die Norm einen Wesensgehalt der Grundrechte garantiert, so sagt dies doch nicht zwingend etwas darüber aus, ob auch jedem Grundrechtsträger in jeder Konstellation von jedem Grundrecht ein absoluter Kern verbleiben muss⁵⁶. Die deutsche Judikatur wiederum entledigt sich des Problems einfach, indem sie sachlich unzutreffend insinuiert, das geschilderte Problem stochastischer Schäden bestehe gar nicht, und jedenfalls „kurzfristig“ keine Gefährdungen diagnostiziert (was ja meist auch zutrifft, aber eben am Problem vorbeigeht)⁵⁷. Im Sicherheitsrecht geht die Judikatur dagegen zuweilen von absoluten, substanzialistischen, abwägungsfreien Mindeststandards aus, wie zuletzt der LuftSiG-Fall vor dem BVerfG illustriert hat (also der Fall der vom BVerfG verworfenen Abschussermächtigung aus § 14 Abs. 3 LuftSiG gegenüber von Terroristen als Attentatswaffe z.B. gegen Atomkraftwerke umfunktionierte Flugzeuge mit „unschuldigen“ Passagieren an Bord)⁵⁸. Diese normative These aus dem LuftSiG-Fall erscheint bei näherem Besehen indes kaum so begründbar, geschweige denn auf das Umweltrecht übertragbar:

Zunächst sticht eine markante Inkonsistenz ins Auge: Es ist in keiner Weise begreiflich zu machen, warum das Abschießen von Flugzeugen mit ohnehin todgeweihten Insassen (auch wenn damit ein – nicht sicherer, aber möglicher⁵⁹ – Super-GAU vermieden werden kann) unter allen (!) Umständen verboten und die Opferung von schlimmstenfalls Hunderttausenden von Menschen am Boden damit strikt geboten sein sollte – und umgekehrt völliges gesetzgeberisches Belieben herrschen soll, wenn (nach Angaben der EU-Kommission) europaweit jährlich 310.000 Tote durch Feinstaub hingenommen werden, nur weil die Mitbürger nicht etwas teurere Autos, Heizungen usw. mit geeigneten Filtertechniken kaufen möchten (und es bestehen auch keine ernstlichen umweltmedizinischen Erkenntnisunsicherheiten hinsichtlich der Kanzerogenität von Feinstaub)⁶⁰. Die Scheidung Abwehr- versus Schutzrechte kann die Differenzierung wie oben gezeigt nicht rechtfertigen, ebenso wenig wie der pauschale Hinweis, gegen unsichere Beeinträchtigungen gebe es keinen Grundrechtsschutz. Gleichsam hilft der Hinweis auf eine „breite parlamentarische Mehrheit“ (wo immer der grundrechtliche Standort dieses Hinweises läge) nicht weiter, da sowohl die Feinstaub- als auch die Luftsi-

⁵⁵ „Absolut“ wird statt „abwägungsfrei“ leider häufig sprachlich irrig mit „universal“ gleichgesetzt. Wie in FN 14 anklang, ist die Freiheitsidee in der Tat universal gültig; da aber eben allen Menschen Freiheit zukommt, heißt das nicht, dass diese universale Freiheit eine absolute = abwägungsfreie Freiheit ist. Seltsamer Weise nahm die Debatte über Folter und Absolutheit der Menschenwürde gerade von dieser Verwechslung ihren Ausgang: Das Beispiel des gefassten Terroristen, der eine tickende Atombombe in einer Großstadt versteckt hat (und den man nun „foltern sollte oder nicht“) wurde von keinem geringeren als Niklas Luhmann bei einem Vortrag präsentiert, um die Universalität der Menschenrechte zu widerlegen. Leider hat Luhmann damit bestenfalls die Absolutheit der Menschenrechte widerlegt – und zugleich unfreiwillig dokumentiert, dass der Großmeister der soziologischen Systemtheorie (der aufgrund seines Studiums gerne seine rechtswissenschaftliche „Milieukennntnis“ hervorhob) einfache rechtstheoretische Grundkategorien nicht auseinander zu halten weiß.

⁵⁶ Zur Kontroverse um Art. 19 Abs. 2 GG m.w.N. auch *Hochhuth*, Relativitätstheorie (FN 45), S. 150 ff.

⁵⁷ Exemplarisch hierzu BVerwG, NVwZ 2006, S. 1055 ff.; BVerwGE 87, 332 (375) im Falle des Fluglärms.

⁵⁸ Vgl. BVerfGE 115, 118 ff.; zur Kritik *Vosgerau* (FN 23), S. 346 ff.; *Isensee*, FAZ v. 21.01.2008, S. 9; *Ekardt/Kornack* (FN 42), S. 349 ff.; *Depenheuer*, in: *Depenheuer* (Hg.), FS Josef Isensee, 2007, S. 43 ff.

⁵⁹ Dass auch eine mögliche und nicht nur eine sichere Grundrechtsbeeinträchtigung zählt, war explizit Gegenstand der vorangegangenen Ausführungen.

⁶⁰ Das entspricht 65.000 Toten allein in Deutschland, vgl. *EU-Kommission*, vorliegend zitiert nach http://www.-bundestag.de/aktuell/hib/2005/2005_104/01.html.

cherheitspolitik in Deutschland und Europa über eine breite parlamentarische Mehrheit verfügt(en). Auch das Menschenwürdeprinzip trägt – trotz verbreiteter dahingehender Behauptung – keine gegenteilige Ansicht, da das Würdeprinzip weder eine als solche anwendbare Rechtsnorm darstellt noch grammatisch die Aussage „absolutes Verbot, jemandem zum Objekt zu machen“ haben kann⁶¹. Auch der etwas hilflos wirkende allgemeine Appell, eine Gesellschaft, die bestimmte Dinge nicht strikt verbiete, missachte die Autonomie, hilft nicht wirklich weiter. Werde ich etwa dadurch zum autonomen Individuum, dass es mein heiligstes Recht ist, nicht in einem Flugzeug abgeschossen zu werden und stattdessen 30 Sekunden später durch den Aufprall zu sterben? Absolute Abwägungsverbote kann es durchaus geben; allerdings müssen sie anders begründet werden als bisher üblich; so dürfte das absolute Folterverbot durch freiheitsbezogene Folgenerwägungen hinreichend zu rechtfertigen sein⁶². In die Falle vermeintlich „absoluter“, dabei aber grundrechtstheoretisch nicht zutreffend begründeter und außerdem doch wieder sehr vager Aussagen tappt demgegenüber nunmehr auch das Hartz IV-Urteil des BVerfG von Anfang 2010.

VI. Auswirkungen eines erweiterten Schutz“pflichten“- und Abwägungskonzepts im einfachen Recht: Schutznormtheorie, Drittschutz, Kontrollumfang

Ginge man mit umweltgrundrechtlichen Gehalten in der beschriebenen Weise um, so hat (bzw. hätte) dies auch – entgegen der Judikatur, die in einer gesetztes- und nicht fallrechtlichen Rechtsordnung, aber eben nicht per se „gilt“ (sondern lediglich einen konkreten Einzelfall verbindlich entscheidet) – nicht unerhebliche Auswirkungen im Bereich des Verwaltungsrechts. Dies war andernorts Gegenstand⁶³ und wird hier nur sehr cursorisch skizziert. Die Standorte der grundrechtlichen Einwirkung sind dabei: (a) die Klagebefugnis bzw. die Rechtsverletzung bei Klagen; (b) die verfassungsrechtliche Prüfung und die verfassungskonforme Auslegung von Rechtsbegriffen; (c) und insbesondere auch die Beeinflussung jedweder Art von Ermessen/Abwägung/Verhältnismäßigkeitsprüfung im Verwaltungsrecht⁶⁴. Einige

⁶¹ Das Menschenwürdeprinzip ist selbst kein Freiheits-/Grund-/Menschenrecht. Dieses Prinzip ist sogar überhaupt keine auf konkrete Einzelfälle zugeschnittene Rechtsnorm, auch nicht eine solches des objektiven Rechts. Die Menschenwürde ist vielmehr der Grund – also die Begründung – der Freiheits- bzw. Menschenrechte, statt selbst ein Recht zu sein; sie dirigiert damit die Anwendung der anderen Normen, hier also der verschiedenen Freiheitssphären der betroffenen Bürger, und gibt die Autonomie als Leitidee der Rechtsordnung vor. Die „Unantastbarkeit“ der Würde und ihr auch in Normen wie Art. 1 Abs. 2-3 GG sichtbarer Charakter als „Grund“ der Rechte („darum“, also um der Würde willen, gibt es die Menschenrechte) zeigen, dass dies nicht nur philosophisch, sondern auch rechtsinterpretativ einleuchtet; dies verdeutlicht auch die EUGRC-Materialien-Formulierung von der Würde als „Fundament“. Dass in den EuGRC-Materialien wiederum auch von der Menschenwürde als „Recht“ die Rede ist, meint vor diesem Hintergrund, dass die Menschenwürde eine Art „Recht auf Rechte“ (*Enders*) darstellt. Zum diesbezüglichen Diskussionsstand *Ekdardt/Kornack* (FN 42), S. 349 ff.; ähnlich *Enders*, Die Menschenwürde in der Verfassungsordnung, 1997; siehe ferner *Vosgerau* (FN 23), S. 346 ff.; a.A. statt vieler *Böckenförde*, JZ 2003, S. 809 ff. – Dass die Würde ein subjektives Recht sei, behauptet auch das BVerfG nicht; allerdings scheint das Gericht die Würde durchaus für eine anwendbare Rechtsnorm zu halten und darunter (bekanntlich) ein Verbot zu verstehen, den Menschen zum Objekt zu machen.

⁶² Nebenbei bemerkt könnte selbst der LuftSiG-Fall in BVerfGE 115, 118 ff. vielleicht doch noch als (gerade noch) überzeugende Entscheidung anzusehen sein, allerdings nicht wegen der Argumentation zur Menschenwürde: Eher schon können man den LuftSiG-Fall im geschehenen Sinne entscheiden, indem man sagt, dass die Tatsachensituation, dass man erstens wirklich und zweitens rechtzeitig einen Terrorfall vorher erkennt, einfach zu unwahrscheinlich ist, um ein solches Gesetz zu machen. – Zum absoluten Folterverbot vgl. *Ekdardt*, Wird die Demokratie ungerecht?, 2007, Kap. III D.

⁶³ Vgl. dazu *Ekdardt*, Information (FN 1), § 5.

⁶⁴ Noch einmal der Eingangsgedanke konkreter: Ermessen/Abwägung/Verhältnismäßigkeit sind innerhalb des Verwaltungsrechts in der Sicht einer multipolaren Rechtskonzeption sich stark ähnelnde Konzepte, die anhand von „Abwägungs“-regeln klären, ob die Exekutive ihre Spielräume in einem bestimmten Rahmen ausgeübt hat.

Auswirkungen der vorliegend entwickelten Interpretation von Umweltgrundrechten im Verwaltungsrecht (national wie auch transnational) wären wohl die folgenden, da gewachsene Argumentationsfiguren wie „privates vs. öffentliches Interesse“, „kein Klagerecht bei gleichzeitiger Betroffenheit der Allgemeinheit“, „Vorrang der Abwehrrechte“ und „Vorsorge gibt keine Klagebefugnis“ – wenn das bis hierher Gesagte zuträfe – ihre rechtliche Begründung einbüßen würden:

- Einen „Anwendungsvorrang“ des einfachen Rechts⁶⁵ vor den Grundrechten kann es nur bei Abwehr- und Schutzrechten gleichermaßen geben – oder gar nicht. Richtigerweise gibt es diesen Vorrang in beiden Fällen, soweit der Gesetzgeber eine nötige Grundrechtsabwägung in grundrechtskonformer Weise bereits ausgeübt und deren Ergebnis eben in Gestalt des einfachen Rechts „aufgeschrieben“ hat (ein Grenzwert, soweit er die Grundrechte wahrt, ist z.B. ein solches aufgeschriebenes Abwägungsergebnis des Gesetzgebers). Ob das einfache Recht ein Grundrecht insoweit gewahrt hat, ist ggf. durch grundrechtskonforme Auslegung zu klären – allerdings bei Wirtschafts- und Umweltgrundrechten gleichermaßen.
- Folglich geben die Schutzgrundrechte ebenso wie die Abwehrgrundrechte eine Klagebefugnis, eine verfassungskonforme Auslegung, eine Einwirkung auf „nicht abschließend vom Gesetzgeber getroffene Abwägungen“ in Gestalt administrativer Ermessensspielräume usw. her.
- Bei Abwehr- und Schutzgrundrechten gleichermaßen hängt die Einschlägigkeit (z.B. im Rahmen der Klagebefugnis) nicht – negativ – davon ab, ob außer dem Kläger zugleich eine größere „Allgemeinheit“ betroffen ist, aus der der Kläger sich heraushebt. Denn dies ändert nichts an der vorfindlichen Lage, wenn jemand eben einmal in einem Grundrecht betroffen ist.
- Der Begriff Gemeinwohl bzw. öffentliches Interesse wäre wie gesehen anders zu interpretieren, wenn er denn im Recht einmal auftaucht (z.B. § 80 Abs. 2 Nr. 4 VwGO).

Es sei noch einmal daran erinnert, dass (1) größere Gewaltenteilungs- und Abwägungsschwierigkeiten bei Schutz(grund)rechten (im Vergleich zu Abwehrrechten) auf einer unzutreffenden Wahrnehmung beruhen und deshalb auch im Verwaltungsrecht keine Einwände gegen die soeben aufgezählten Schlussfolgerungen ergeben. Unzutreffend wäre es auch (2) zu behaupten, dass die Anerkennung von Schutzrechten den Bürgern eine bestimmte Form des guten Lebens vorschreibe (was in der Tat illiberal wäre) und deshalb doch noch einmal überdacht werden müsse. Denn Schutzrechte sichern die Freiheit einfach nur gegen andere Schädiger: eben gegen die Mitbürger, anstatt allein den Staat für gefährlich zu erachten. Die Anerkennung von Schutzrechten bedeutet also mitnichten, dass fortan der Staat den Bürger zwangsbelücken oder gegen sich selbst schützen müsse. Ein solcher „Schutz“ ist, obschon bei Anschnallpflicht, Peepshowverbot usw. immer wieder praktiziert, in der Tat mit liberalen Ver-

„Ermessen“ und „Abwägung“ (die für eine streng multipolare Rechtskonzeption keinen Unterschied mehr zueinander haben, da immer mit einer Mehrzahl betroffener – wenn auch nicht jedes Mal grundrechtlich gesicherter – Belange zu rechnen ist) signalisiert dabei, dass der Gesetzgeber die grundsätzliche Abwägung der betroffenen Belange nur teilweise vorgenommen und das Ausbalancieren folglich teilweise an die zuständige Behörde delegiert hat. Beim Raster „Verhältnismäßigkeit“ kann es dagegen auch um Fälle gehen, in denen der Gesetzgeber die nötigen Abwägungen bereits weitgehend zu treffen versucht hat; ebenfalls für eine stärkere Angleichung der verschiedenen Konzepte (in Anlehnung an das britische Recht) *Brinktrine*, Verwaltungsermessen in Deutschland und England, 1998.

⁶⁵ Vgl. BVerwGE 27, 33; 41, 63; 52, 129 und seitdem st. Rspr.

fassungen kaum vereinbar. Dass zuletzt (3) auch eine Klageflut aufgrund einer solchen Neuinterpretation des Rechts weder empirisch zu erwarten ist, noch normativ eine Einschränkung des Klagerechts rechtfertigen würde, wurde andernorts vertieft.

Diese gesamte Betrachtung kommt bisher in der juristischen Diskussion zu kurz zugunsten einer Dauerdebatte über die (umweltrechtliche) Verbandsklage, auch wenn die völkerrechtliche Aarhus-Konvention und die europarechtliche ÖffentlichkeitsRL – also das transnationale Verwaltungsrecht – hier eine Erweiterung vorgeben (die der deutsche Gesetzgeber bisher eher blockiert). Dabei ist auf mehrere Aspekte hinzuweisen, die andernorts näher beleuchtet⁶⁶ und hier daher nur stichwortartig wiederholt werden – auch auf diese Thematik stieß ich übrigens vor einigen Jahren durch eine Untersuchung von Wilfried Erbguth⁶⁷:

- Bereits das transnationale Verwaltungsrecht (Aarhus-Konvention, ÖffentlichkeitsRL) gibt in den genannten Rechtstexten nicht nur eine erweiterte Verbands-, sondern auch eine erweiterte Individualklage vor – unabhängig von den Grundrechten.
- Beinahe wichtiger als die Klagebefugnis der Verbands- und Individualklage (auf die die juristische Debatte fast ausschließlich schaut) erscheint freilich, dass europa- und völkerrechtlich der inhaltliche Erfolg solcher Umweltklagen nicht an unüberwindbaren Heilungs-, Unbeachtlichkeits- und Fristenregelungen für formelle und materielle Rechtsfehler scheitern darf (denn allein die Zulässigkeit einer Klage erreicht ökologisch nichts, wenn letztlich das inhaltliche Anliegen nicht oder nur vorübergehend erreicht wird). Hier ist das deutsche Recht – und die diesen Umstand weithin übergehende juristische Debatte – bislang problematisch. Und hier gebietet schon das zitierte europäische und internationale Verwaltungsrecht Abhilfe; diese Abhilfenotwendigkeit wird allerdings von den deutschen und europäischen Grundrechten (sowie objektiven EG-Primärrechtsprinzipien wie dem Vereitelungsverbot) unterstützt und durch die Abwägungslehre, wie andernorts näher erläutert, auch in ihrer Reichweite teilweise konkretisiert.
- Auch jenseits von Unbeachtlichkeits- oder Heilungsvorschriften sind umweltrechtliche Verbands- und Individualklagerechte stets nur so stark wie das materielle Recht; dieses ist jedoch auf einfachrechtlicher Ebene oft nicht hinreichend stark, wie sich an der nach wie vor zweifelhaften ökologischen Gesamtbilanz westlicher Gesellschaften ablesen lässt. Ebenso wenig können verwaltungsgerichtliche Klagen auf Einhaltung des einfachen Rechts ein weiteres Grundproblem des Umweltschutzes in den Griff bekommen: das schleichende Wegwägen von Umweltbelangen „im Einzelfall“ in scheinbar „unwichtigen“ Fällen, die sich in ihrer Gesamtheit zu einer Ressourceninanspruchnahme in Europa summieren, die eben gerade nicht mehr dauerhaft und global lebbar und ergo nicht nachhaltig ist.

Genau hier verschafft eine ökologisierte Grundrechtsinterpretation dem materiellen Recht jedoch eine Stärkung (die die Verbandsklage nicht zu leisten vermag; abgesehen davon wird fi-

⁶⁶ Hierzu und zum Folgenden *Ekardt/Schenderlein* (FN 43), S. 1059 ff.; *Ekardt*, Information (FN 1), § 5; der bisher unter deutschen Juristen regelmäßig geführte Verbandsklagediskurs findet sich am ausführlichsten dokumentiert bei *Schlacke*, Überindividueller Rechtsschutz, 2009.

⁶⁷ Vgl. nur *Erbguth*, Vereinbarkeit (FN 2), passim; dort zwar nicht zum EG-Sekundärrecht der ÖffentlichkeitsRL, wohl aber im selben inhaltlichen Kontext zu den EG-Primärrechtsprinzipien wie dem Vereitelungsverbot, die nun für die Interpretation dieses Sekundärrechts herangezogen werden können; vgl. *Ekardt/Schenderlein* (FN 43), S. 1059 (1063 ff.).

nanzielle und personelle Fähigkeit der Verbände, real Verbandsklagen zu führen, von Freund und Feind notorisch überschätzt⁶⁸). Denn Grundrechte können ein strengeres materielles Recht einfordern oder durch entsprechende Auslegung herbeiführen. Sie rechtfertigen also, wenn der durch die Abwägungsregeln gezogene Mindeststandard unterschritten ist (und das dürfte er im Klimaschutz sein), dass deutsche und europäische Verfassungsgerichte die Gesetzgebung anhalten, wirksamer tätig zu werden. Letzten Endes geht es bei der Nutzung von Ressourcen und Klima gesamtgesellschaftlich (besser gesagt: weltweit) dabei um eine quantitative Mengenbegrenzung und ein sukzessives Verringern der bisherigen Nutzungsquantität⁶⁹. Dass die Gesetzgebung die Gesamtumweltinanspruchnahme so begrenzen muss, dass die elementaren Freiheitsvoraussetzungen dauerhaft und global allen Menschen zur Verfügung stehen, ist dann in der Tat eine Aussage der neu interpretierten Grundrechte.

⁶⁸ Ein weiteres Verbandsklagenproblem – das allerdings auch Individualklagen betrifft – liegt darin, dass der notorische Personalmangel der Verwaltung dazu führen kann, dass eine erfolgreiche Verbandsklage Verwaltungskapazitäten an einer Stelle bindet und dadurch der Umweltrechtsvollzug einfach an einer anderen Stelle schlechter wird.

⁶⁹ Zum Problem schon *Ekardt/Schenderlein* (FN 43), S. 1059 (1065); ein Konzept für Begrenzung und Preis (am Beispiel eines globalen Klimaschutzkonzepts für die Zeit nach 2012) entwickeln *Wicke u.a.*, *Beyond Kyoto*, 2005; *Ekardt*, *Cool Down* (FN 6), Kap. 19-22.; *Ekardt/von Hövel*, *Carbon & Climate Law Review* 2009, 102 ff.; *Berger*, *Der lange Schatten des Prometheus. Über unseren Umgang mit Energie*, 2008; in den Grundintentionen ähnlich auch *Kartha/Baer/Athanasίου*, *The Right to Development in a Climate Constrained World. The Greenhouse Development Rights Framework*, Paper of the Heinrich-Böll-Stiftung, EcoEquity, and the Stockholm Environmental Institute, 2007.