

Umweltverfassung und „Schutzpflichten“

Zugleich zu Nachhaltigkeit, Recht, Verhältnismäßigkeit und Abwägung

Bedeutet das weitgehende Schweigen von BVerfG, EuGH und EGMR wirklich, dass es keine Verfassungspflicht zu mehr Umweltschutz geben kann? Stimmen gängige (Vor-)Urteile über Beschränkungen bei Schutzgrundrechten? Sind künftige Generationen rechtlos gestellt? Und hilft ein eher vages Konzept gesetzgeberischer Gestaltungsspielräume in der Gewaltenbalance weiter? Diesen und weiteren Fragen geht der vorliegende Beitrag komprimiert nach.

I. Problemstellung im Zeichen von Nachhaltigkeit und Recht

Das Umweltverfassungsrecht ist ein wiederkehrendes Thema¹, doch wird selten klar betrachtet, ob (jenseits des vagen und nicht einklagbaren Art. 20a GG bzw. Art. 191 ff. AEUV) mehr Umweltschutz eine Verfassungspflicht sein könnte. Interessant erscheint primär die Frage, ob die Politik verpflichtet ist, dafür zu sorgen, dass Lebens- und Wirtschaftsweisen gepflegt werden, die auch dann noch aufgehen, wenn sie dauerhaft und global gepflegt werden. Die damit angesprochene Nachhaltigkeit bezeichnet definitorisch die Forderung nach mehr intertemporaler und globaler Gerechtigkeit.² Und sie ist insbesondere beim Klimawandel und beim Ressourcenverbrauch bisher nicht annähernd erreicht. Die Treibhausgasemissionen in Deutschland pro Kopf verharren z.B. bei einem Vielfachen des dauerhaft und global Durchhaltbaren, und auch die (zudem nur relativen) Reduktionen seit 1990 beruhen größtenteils auf Rechen-tricks wie z.B. der Verlagerung der Produktion und damit der Emissionen der in Deutschland konsumierten Güter in andere Länder.³

Alternativ zur eben verwendeten Nachhaltigkeitsterminologie verstehen allerdings viele Stimmen Nachhaltigkeit als eine Art Rubrum über alles Erstrebenswerte in menschlichen Gesellschaften, womit der Nachhaltigkeitsbegriff mit dem Gerechtigkeits- oder Gemeinwohlbe-griff zusammenfielen oder ihn sogar noch an Breite überbietet. Jenes meist so bezeichnete Drei-Säulen-Modell, welches Nachhaltigkeit auf den notwendigen Ausgleich ökologischer, ökonomischer und sozialer Belange reduziert⁴, lenkt jedoch erstens vom Paradigmenwechsel als Kernidee der Nachhaltigkeitsdebatte seit 1987 ab: mehr Generationen- und globale Ge-rechtigkeit, indem die Reichen die Ressourcen mehr schonen und damit den Armen weltweit Entwicklungschancen eröffnen. Mit dem Reden von den „drei Säulen“ gerät Nachhaltigkeit in die Nähe der eher trivialen Botschaft, dass politische Entscheidungen verschiedene Belange möglichst in Einklang bringen sollten, insbesondere dann, wenn der intertemporale und glo-bale Bezug nur noch am Rande oder gar nicht mehr auftauchen. Zweitens ist eine Trennung ökologischer, ökonomischer und sozialer Aspekte in den relevanten Bereichen kaum möglich. Und was ganz genau bedeutet überhaupt der letzten Endes überaus vielgestaltige und vage

* Der Verfasser leitet die Forschungsstelle Nachhaltigkeit und Klimapolitik in Leipzig (www.nachhaltigkeit-gerechtigkeit-klima.de) und lehrt Öffentliches Recht und Rechtsphilosophie an der Universität Rostock.

¹ Vgl. zuletzt Voßkuhle, NVwZ 2013, 1 ff.

² Vgl. zum Folgenden Ott/ Döring, Theorie und Praxis starker Nachhaltigkeit, 2. Aufl. 2008; Ekardt, Theorie der Nachhaltigkeit: Rechtliche, ethische und politische Zugänge – am Beispiel von Klimawandel, Ressourcenknappheit und Welthandel, Neuausgabe 2011, § 1 C.

³ Näher dargestellt m.w.N. bei Ekardt, Theorie, §§ 1 B., 6 A.-E.

⁴ Vgl. dazu differenziert Grunwald/ Kopfmüller, Nachhaltigkeit, 2. Aufl. 2012.

Begriff des „Sozialen“⁵ Wäre dies alles, was mit Menschen zu tun hat, wäre Nachhaltigkeit vollständig banalisiert. Drittens kann das Säulen-Modell im Sinne der Annahme verstanden werden, der Lebensgrundlagenschutz sei stark abhängig von Wirtschaftswachstum. Dies ist jedoch äußerst umstritten.⁶

Diese und weitere Gesichtspunkte werden in der Rio-Deklaration von 1992 als zentraler internationaler Wurzel des modernen Nachhaltigkeitsdiskurses an vielen Stellen auch deutlich sichtbar.⁷ Doch einerlei wofür Nachhaltigkeit das richtige Wort ist (und die §§ 1 BauGB, 1 ROG verwenden den Begriff z.B. eher im eben kritisierten weiten Sinne): Es bleibt verfassungsrechtlich und gerade grundrechtlich – national, europäisch und international⁸ – die Sachfrage bestehen⁹, ob die Politik auf allen Ebenen etwa beim Klima gegen nicht dauerhaft und global durchhaltbare Emissionsniveaus tätig werden muss, egal wie man das Problem nennt.¹⁰

II. Verpflichtungen zu mehr Umweltschutz

1. Umweltgrundrechte und Umweltstaatsziele – missverstandene Kategorien

Umweltschutz wird selten als durch Grundrechte garantiert thematisiert, sondern eher der Rubrik „Staatsziele“ zugeordnet, also bezogen auf Art. 20a GG oder im europäischen Recht Art. 191 AEUV. Grundrechtsinterpretation generiert indes nicht nur materielle Rechtfertigungen staatlichen Handelns, sondern auch gerichtlich durchsetzbare Pflichten der öffentlichen Hand – anders als Staatsziele. Grundrechte sind zudem das stärkste Element einer liberaldemokratischen Verfassung. Die Überwindung des hervorgehoben wirtschaftlich ausgerichteten Freiheitsverständnisses könnte überdies auf konstitutioneller 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) und um der langfristigen eigenen Freiheit willen könnte auch motivational viel einleuchtender sein als die gängige irreführende Frontstellung „Selbstentfaltung contra Umweltschutzziel“.

Früher – und noch heute im Völkerrecht – wurde bzw. wird also durchaus folgerichtig häufig eine Umweltgrundrechtsdiskussion geführt.¹¹ 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, abwägungsoffen und nicht weiterführend gehalten

⁵ Weber, Gesammelte Aufsätze zur Wissenschaftslehre, 1984, S. 165.

⁶ Vgl. Jackson, Wohlstand ohne Wachstum, 2011; Paech, Befreiung vom Überfluss, 2012.

⁷ Appel, Staatliche Zukunfts- und Entwicklungsvorsorge, 2005, S. 339 ff.; Ekardt, Theorie, § 1 C. II. 1.

⁸ Zur Staats- und Verfassungs-Kontroverse etwa Möllers, Der vermisste Leviathan, 2008.

⁹ Ausführlich zu jener Thematik m.w.N. Ekardt, Theorie, §§ 4, 5.

¹⁰ Diese Grundrechtsfrage (einschließlich der daran anknüpfenden Abwägungsfragen) sind (ebenso wie Fragen nach wirksamen Instrumenten sowie nach Motivationsfaktoren und Transformationsbedingungen) weit wichtigere Betätigungsfelder für Geisteswissenschaftler als der unter deutschen Juristen oft anzutreffende Diskurs, wie denn Nachhaltigkeit, wenn sie einmal wortwörtlich in Planungsgesetzen auftaucht, wohl auszulegen ist. Zu diesem Diskurs (kritisiert bei Ekardt, Theorie § 1 C. II. 2.) siehe etwa Beaucamp, Das Konzept der zukunftsfähigen Entwicklung im Recht, 2002.

¹¹ Zur Zusammenfassung der gängigen diesbezüglichen Diskussion vgl. Schmidt-Radefeldt, Ökologische Menschenrechte, 2000, S. 33 ff. und 40 ff.; explizit kritisch zu „Umweltgrundrechten“ etwa Steinberg, Der ökologische Verfassungsstaat, 1998, S. 421 ff.; Hattenberger, Der Umweltschutz als Staatsaufgabe, 1993, S. 77 ff.; eher traditionell auch Reese/ Bovet/ Möckel/ Köck, Rechtlicher Handlungsbedarf bei der Anpassung an die Folgen des Klimawandels, 2010.

werden.¹² Das Vagheitsproblem ergibt sich freilich nur dann, wenn man allgemein ein Grundrecht „auf Umweltschutz“ einführen würde; dies wäre so in der Tat zu vage. Natürlich bleibt einem, wenn ein Schutzbereich einer solchen Grundrechtsgarantie betroffen ist, das Problem notwendiger Abwägungen auch bei enger gefasstem Schutzbereich nicht erspart; dies gilt aber für sämtliche Grundrechte ohnehin.

Bekanntlich geht die Rechtsprechung gerade der deutschen Verfassungs-¹³ und Verwaltungsgerichte¹⁴ mit der Anerkennung umweltgrundrechtlicher Rechtspositionen bisher ziemlich zurückhaltend um. Vermieden wird bereits der Begriff *Schutzrechte*, der überhaupt erst deutlich machen würde, dass es sich hier um subjektive Rechte handelt (mögen sie auch Abwägungen mit gegenläufigen Rechtspositionen im Rahmen ihrer Schrankenprüfung unterliegen).¹⁵ 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 Umweltfällen) anderen Prozessausgangs trifft dies im Kern sogar auf die Abtreibungs-Urteile zu.¹⁶ Die Grundlage ist die Vorstellung, Schutzrechte gäben nur ein Ziel vor, aber kein genaues Ausmaß des Schutzes, und man habe nur zu prüfen, ob die getroffenen Schutzmaßnahmen evident unzureichend seien, was dann jedoch stets verneint wird, da irgendwelche gesetzgeberischen Bemühungen in Deutschland in jedem Sachgebiet anzutreffen sind und dies dann jeweils als *per se* „nicht evident unzureichend“ qualifiziert wird.¹⁷ Auch EuGH und EGMR halten sich in der Schutzrechedogmatik zurück.¹⁸

Generell müssen rein faktisch vorhandene Gerichtsansichten nicht *per se* richtig sein, ethisch ohnehin nicht, und auch rechtsinterpretativ nicht; sie „gelten“ auch nicht einfach, denn Urteile entscheiden nur einen konkreten Rechtsstreit, geben aber keine abstrakt-generelle Norm vor.¹⁹ Ausgehend vom Freiheitsbegriff in den Grundrechten des GG und übrigens auch der EuGRC und der EMRK könnte jedoch auch eine stärkere Schutzgrundrechtsdogmatik möglich sein.

2. Intertemporale und globale Grundrechte sowie Freiheitsvoraussetzungsschutz

Ausgangspunkt bleibt die Idee von Freiheitsrechten als klassisch-liberale Garantien der Selbstentfaltung. Der in den Grundrechten enthaltene Freiheitsbegriff, der traditionell vor allem die wirtschaftliche Freiheit der hier und heute Lebenden in den Blick nimmt, verdient jedoch ergänzend die Interpretation, dass sie auch die elementaren physischen Freiheitsvoraussetzungen einschließen – also einen Anspruch nicht nur auf Sozialhilfe, wie ihn in

¹² Diese beiden Extremvarianten dominieren auch im Kontext der Debatte über „WTO und Menschenrechte“. Zu dieser Debatte (mit einem eigenen Ansatz) Ekardt/ Meyer-Mews/ Schmeichel/ Steffenhagen, *Welthandelsrecht und Sozialstaatlichkeit*, 2010, S. 42 ff.; Ekardt, *Theorie*, § 4 E. III.

¹³ Vgl. nur die Grundlegung bei BVerfGE 49, 89 (141); 53, 30 (57); 56, 54 ff.; die Problematik wird nicht wahrgenommen bei Couzinet, DVBl 2008, 760 ff., ebenso wie z.T. im dort zitierten Schrifttum; kritisch Vosgerau, AöR 2008, 346 ff.; Schwabe, JZ 2007, 134 ff.

¹⁴ Exemplarisch hierzu am Beispiel Fluglärm BVerwG, NVwZ 2006, 1055 ff.

¹⁵ Eine gewisse Sonderstellung nimmt das Atomrecht ein; vgl. BVerwG, NVwZ 2008, 1012; kritisch dazu Dold, NVwZ 2009, 679 ff. Auch dort gelten die im Folgenden gemachten Aussagen jedoch dem Grunde nach.

¹⁶ BVerfGE 39, 1; 88, 203.

¹⁷ Vgl. zuletzt am Beispiel des Atomrechts BVerfG, Beschl. v. 29.07.2009, 1 BvR 1606/08, juris Rn. 19.

¹⁸ Aus Raumgründen wird insoweit nur verwiesen auf die Darstellung bei Ekardt, *Theorie*, § 4 E.

¹⁹ Näher dazu Alexy, *Theorie der juristischen Argumentation*, 2. Aufl. 1991; Ekardt, *Theorie*, § 1 D. III. 4.

Deutschland das BVerfG neuerdings eindeutig anerkennt²⁰, sondern auch auf ein Vorhandensein einer einigermaßen stabilen Ressourcenbasis und eines entsprechenden Globalklimas haben. *Denn* ohne ein solches Existenzminimum und ohne Leben und Gesundheit dürfte Freiheit nicht sinnvoll denkbar sein.²¹ Dieses Grundrecht auf die elementaren Freiheitsvoraussetzungen ist, soweit es um Leben und Gesundheit geht (vgl. Art. 2 Abs. 2 GG, 2, 3 EuGRC, 2, 8 EMRK) ausdrücklich vorgesehen. Für die sonstigen elementaren Freiheitsvoraussetzungen wie das Existenzminimum kann es als Interpretation des allgemeinen Freiheitsrechts oder subsidiär der anderen Grundrechte gesehen werden. Es kommt insoweit also nicht darauf an, dass – wie der Verfasser es vertreten würde – der deutsche Art. 2 Abs. 1 GG in Art. 6 EuGRC und Art. 5, 8 EMRK (bei wortlautkonformer Interpretation) ein Pendant besitzt. Dieses Recht auf Leben, Gesundheit und Existenzminimum kehrt zudem gerade im globalen Völkerrecht teilweise explizit wieder, etwa im Recht auf Nahrung in Art. 11 Abs. 1 IPwskR. Die Menschenwürde ist nicht der Standort eines solchen Rechts, denn nach zutreffender Auffassung ist sie der Grund der Grundrechte und nicht selbst ein subjektives Recht und vielleicht nicht einmal überhaupt eine Norm zur Entscheidung einzelner Fälle.²²

Daneben spricht viel dafür, der grundrechtlichen Freiheit im Wege der Rechtsinterpretation des allen Grundrechten immanenten Begriffs der Freiheit auch eine intertemporale²³ und globale²⁴ Dimension zu entnehmen.²⁵ Denn²⁶ in ihrem Lebenszeitpunkt sind 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, aus der ihm die Gefahren drohen – und sie drohen in einer technisierten, globalisierten Welt zunehmend über Generationen und über Staatsgrenzen hinweg. Sicherlich wird sich bei vielen Grundrechten selten ein raumzeitlich übergreifender Bezug ergeben, und bei einzelnen Rechten wie jenen auf soziale Mindestversorgung gibt es gute Gründe für eine einschränkende Interpretation der global-grenzüberschreitenden Dimension; im Umwelt- und speziell im Klimaschutz dagegen wohl kaum.

3. Multipolare Schutzgrundrechte – zu weitgehend?

Der erwähnte Rechtsgedanke „Freiheitsschutz dort, wo die Gefahr droht“ legt nahe, dass die

²⁰ Vgl. BVerfGE 125, 175 ff.

²¹ Auch die völkerrechtliche Tendenz zu „sozialen“ Grundrechten (dazu auch Kradolfer, AVR 2012, 255 ff.) auf die unterschiedlichen Facetten des Existenzminimums verfügt damit 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, S. 42 ff.

²² Vgl. Enders, Die Menschenwürde in der Verfassungsordnung, 1997; Ekardt/ Kornack, ZEuS 2010, 111 ff.; Ekardt, Theorie, § 4 B.; so gelesen werden können aber auch viele Urteile, z.B. BVerfGE 115, 118 ff.

²³ Z.T. ähnlich wie vorliegend Unnerstall, Rechte zukünftiger Generationen, 1999, S. 422 ff.; in der ungefähren Grundtendenz – ohne nähere Begründung – z.B. auch Kloepfer, in: Gethmann/ Kloepfer/ Nutzinger, Langzeitverantwortung im Umweltstaat, 1993, S. 22 (26 ff.); Murswiek, Die staatliche Verantwortung für die Risiken der Technik, 1985, S. 212; ausführlicher Ekardt, Theorie, §§ 4, 5; die Argumente werden nicht angesprochen bei Eifert, KJ 2009, Beiheft 1, 211 (214) der deshalb zu Unrecht eine Begründungsschwäche konstatiert und dabei vielleicht den ursprünglich metaphysischen Ansatz von Jonas, Das Prinzip Verantwortung, 1979 vor Augen hat.

²⁴ In die diesbezügliche Richtung auch Giegerich, EuGRZ 2004, 758 f.

²⁵ Grundrechte zugunsten künftiger Menschen haben bei alledem genau genommen nicht den Charakter aktueller Rechte, sondern den Status von Vorwirkungen künftiger Rechte, was jedoch an der inhaltlichen Relevanz nichts oder nichts Wesentliches ändert; eingehend dazu Unnerstall, Rechte, S. 52 ff.

²⁶ Ausführlicher zu den Argumenten Ekardt, Theorie, § 4 D.; z.T. auch Unnerstall, Rechte, S. 422 ff.

Freiheit auch einen Anspruch auf (staatlichen) Schutz²⁷ vor den Mitbürgern einschließen muss (und dies nicht nur in Ausnahmefällen), also einen Schutz beispielsweise gegen für meine Freiheit und ihre Voraussetzungen bedrohliche Umweltzerstörungen wie den Klimawandel *durch die öffentliche Gewalt gegen die Mitbürger* (deren – staatlich geduldete oder genehmigte – Handlungen in der Regel die Quelle einer Umweltinanspruchnahme sind). Ein solcher Grundrechtsschutz vor der öffentlichen Gewalt, aber zugleich auch durch die öffentliche Gewalt gegen Private würde die traditionelle eher objektiv-rechtliche Einordnung der grundrechtlichen Schutzseite (Schutz“pflichten“) und die traditionelle Ungleichgewichtung von Abwehr- und Schutzseite der Grundrechte – also die Beschränkung der Schutzseite auf Evidenzfälle – aufheben. Für andernorts näher begründete volle gleichrangige Schutzrechte²⁸ streiten neben (1) dem Argument aus der „Freiheit dort, wo die Gefahr droht“ auch (2) die Gleichrangigkeit von Achtung und Schutz der Menschenwürde in Art. 1 Abs. 1 GG, 1 EuGRC, die sich auf die einzelnen Grundrechte überträgt, weil die Würde (vgl. „darum“ in Art. 1 Abs. 2 GG) die Grundlage der einzelnen Grundrechte ist. Anzuführen ist auch (3) der Gleichlauf von Freiheit und Rechten anderer in der Leitnorm des Art. 2 Abs. 1 GG, ebenso wie in Art. 52 EuGRC. Als Argument ist zuletzt (4) die seit langem kritisierte und verschwimmende Unterscheidbarkeit der grundrechtlichen Abwehr- und Schutzfunktion anzuführen, wie sie die deutsche (in dieser Eindeutigkeit allerdings wohl nur die deutsche) Judikatur meist verwendet²⁹. 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 klärbar.³⁰

Das Gesagte gilt, auch wenn (im Interesse eines gewaltenteilig-demokratischen Institutionensystems, welches gerade der wirksamste Freiheitsschutz ist) grundrechtlicher „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). Und am Gesagten ändert jedenfalls die Praxis der deutschen Verwaltungsgerichte nichts, eine (auch Grund-)Rechtsbetroffenheit tendenziell dann nicht anzunehmen, wenn eine „Allgemeinheit“ betroffen ist, wie dies gerade beim Klimawandel naturgemäß der Fall ist. Denn ob ein Recht beeinträchtigt ist, hängt nicht von Eingriffen bei anderen ab. Und Schutzrechte schützen auch niemanden vor sich selbst und erzwingen keine bestimmte Form des guten Lebens, welches in der liberalen Demokratie den Staat in der Tat nichts angeht.³¹

Wenig überzeugend erscheint ferner der weitere Einwand, die Schutzfunktion der Grundrechte könne doch nur eine objektivrechtliche Funktion ohne Einklagbarkeit und ohne echte

²⁷ „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.

²⁸ So auch (nur m.E. ohne hinreichend klare Begründung) Schwabe, JZ 2007, 134 ff.; Calliess, Rechtsstaat und Umweltstaat, 2001; Koch, Der Grundrechtsschutz des Drittbetroffenen, 2000, S. 503; Vosgerau, AöR 2008, 346 ff.; ausführlich Ekardt, Theorie, § 4 E.; auch Murswiek, Verantwortung, 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).

²⁹ 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, S. 71 ff., 307 ff.; ebenso gilt dies gegenüber Ladeur, DöV 2007, 1 ff.

³⁰ Näher zu diesem hier aus Raumgründen beiseite gelassenen Punkt Ekardt, Theorie, § 4 E. II.; vgl. auch Dietlein, Lehre, 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).

³¹ Zu den Grenzfragen Hillgruber, Der Schutz des Menschen vor sich selbst, 1992; Ekardt, Theorie, § 4 F. III.

Gleichrangigkeit sein, weil sie eben der vom deutschen BVerfG entwickelten Lehre von den Grundrechten als (auch) objektiver Wertordnung entspränge. Doch erstens widerlegt der Einwand keines der eben gegebenen Argumente. Und zweitens ist die Wertordnungslehre des BVerfG in ihrem Inhalt und ihrer Begründung weitgehend unklar – womit sie auch kein (anderes) Schutz-Verständnis begründen kann. Gründe für die Wertordnungslehre – jenseits eines recht vagen Hinweises auf eine „Gesamtschau“ grundrechtlicher und staatszielhafter Verfassungsnormen³² – hat das BVerfG nie genannt. Grundrechte als „nur objektive Ordnung“ und deren zweifelhafter Einklagbarkeit, wie es dem Begriff bloßer Schutz“pflichten“ entspräche³³, widersprechen außerdem dem individualistischen Charakter der Grundrechte.

Interessanter erscheint der Einwand, gleichrangige Schutzrechte würden die demokratischen Parlamente entmachten, denn sie würden zu komplexeren Abwägungen führen, die dann die Verfassungsgerichte an sich reißen würden, denn Abwägungen seien relativ beliebig³⁴; es werde außerdem verkannt, dass die Politik in „Schutzfällen“ zwangsläufig viel größere Spielräume haben müsse als in „Abwehrfällen“. Dies überzeugt indes aus mehreren Gründen nicht:

(a) Parlamente in einer liberalen Verfassung haben nie beliebige Spielräume. Es gibt immer einen zu beachtenden Rahmen für die parlamentarischen Abwägungen und eine Gewaltenteilung. Eine gewaltenteilige, durch Prinzipien eingehegte Demokratie verspricht ein Mehr an Freiheit (gerade in intergenerationeller und globaler Hinsicht, da jene „fernen“ Personenkreise nicht demokratisch repräsentiert sind).³⁵

(b) Abwägungen sind im Recht immer unausweichlich. Hinter dem Konflikt zwischen Umweltschutz und gegenläufigen Belangen steht das Grundphänomen des Rechts: dass es eben um einen gerechten Ausgleich kollidierender Belange geht, einerlei ob es um Rechtsetzung oder Rechtsanwendung geht, und einerlei ob es im Falle der Rechtsanwendung um eine Norminterpretation oder um eine explizit als „Abwägung“ erkennbare Ermessensprüfung, Verhältnismäßigkeitsprüfung oder planerische Abwägung geht. Denn letztlich muss jedwede Rechtsetzung und Rechtsanwendung den kollidierenden Belangen (egal ob menschenrechtlich basiert oder nicht) gerecht zu werden versuchen. Selbst wer einen Belang absolut setzt, setzt damit implizit abwägend andere Belange zurück. Für die Verwaltung, wo der Gesetzgeber diese Abwägung zu einem erheblichen Teil bereits vorgenommen hat, beschränkt sich die Abwägung – meist ohne juristisch so bezeichnet zu werden – dagegen auf das (nie frei von – oft erheblichen – Spielräumen geschehende) Interpretieren des Tatbestands der Normen, die der Gesetzgeber als Ausdruck seiner Abwägung geschaffen hat, sowie auf das Ausfüllen explizit so bezeichneter Ermessens- oder planerischer Abwägungsspielräume.

(c) Bei der Abwägung kollidierender Belange hat das jeweilige 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 (oder verschiedene Tatsachenbefunde oder verschiedene Norminterpretationen vertretbar sind), ist die demokratisch besser legitimierte Institution am Zug, weil dies die frei-

³² Vgl. BVerfGE 4, 7 ff.; 7, 198 (205).

³³ Die die deutsche Judikatur ja aus der objektiven Wertordnung herleitet – vgl. etwa BVerfGE 39, 1 ff.

³⁴ Besonders prominent Böckenförde, Staat, Verfassung, Demokratie, 1991, S. 188 ff.

³⁵ Näher zum System der gewaltenteiligen Ausbalancierung staatlicher Macht im Interesse eines bestmöglichen Freiheitsschutzes und eines Maximums an Rationalität als dem hinter Menschenwürde und Unparteilichkeit und damit hinter Freiheit und Demokratie letztlich stehenden Prinzipien Alexy, Recht, Vernunft, Diskurs, 1995, S. 127 ff. sowie, jeweils variierend, Habermas, Faktizität und Geltung, 1992, S. 109 ff. und Ekardt, Theorie, §§ 3, 4.

heitsfreundlichere Regelung sein dürfte. Das gilt aber für Abwehr- und Schutzrechte gleichermaßen. Es sind von Verfassungsgerichten nach Feststellung einer Beeinträchtigung des Schutzbereichs formelle und materielle Abwägungsregeln (z.B. Kompetenzordnungen einerseits und die Geeignetheits- und Erforderlichkeitsregel andererseits) auf ihre Einhaltung zu prüfen, nicht mehr.

(d) Schutzfälle sind insoweit nicht anders strukturiert als Abwehrfälle: Dass ein Verfassungsgericht ein Parlament fast nie auf eine einzelne Option einengen darf, aber anzugeben befugt ist, welche Handlungen jedenfalls unzulässig sind („so jedenfalls nicht“), ist gerade für beide Fallkategorien gleichermaßen einleuchtend. Das BVerfG z.B. darf dem deutschen Bundestag nicht sagen: „Steige in vier Jahren und dreieinhalb Monaten 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.2014 neu.“ Umgekehrt könnte ein Verfassungsgericht auf die Klage eines Energiekonzerns hin sagen: „Der Gesetzgeber darf natürlich aus der Atomverstromung aussteigen – aber er muss sich dabei in einem Rahmen halten, den er überschritten hat, indem einen Atomausstieg innerhalb von drei Stunden verlangt hat.“ An dem Beispiel sieht man, dass im Umweltschutz die verschiedenen Grundrechtsdimensionen, ganz abgesehen von ihrem begrifflichen Verschwimmen (s.o.), sich in puncto Übersichtlichkeit gerade nicht unterscheiden. Der Gesetzgeber kann z.B. den Rechten von Energieversorgungsunternehmen in ganz unterschiedlicher Weise Rechnung tragen, wenn er aus der Nutzung der Atomenergie (oder auch der Kohle) aussteigen möchte. Er kann Billigkeitsentschädigungen festsetzen, Übergangsfristen gewähren usw. Und ganz genauso sieht es für mögliche Kläger auf mehr Umweltschutz aus.

(e) Wenn man die Grundrechte multipolar liest³⁶, gibt es für Abwehr- und für Schutzrechte gleichermaßen Abwägungs- bzw. Verhältnismäßigkeitsregeln (dazu sogleich).³⁷ Damit wird die verfassungsgerichtliche Macht (ob nun auf EuGRC-, EMRK- oder Grundgesetz-Ebene) gerade nicht erweitert, sondern kann bei Weiterentwicklung bisher anerkannter Regeln sogar präziser eingeeht werden, als es vage und mangels klarer Ausarbeitung jederzeit dispensierbare Formeln wie der Hinweis auf einen *judicial self-restraint* leisten: Denn bisher agieren Verfassungsgerichte oft so, als hätten sie nicht eine Rahmenkontrolle anhand von Regeln vorzunehmen, sondern selbst inhaltlich eine Abwägung – mit dem vom Gericht gewünschten Ergebnis – durchzuführen, und als könnten sie nach eigenem Ermessen einmal eine weitgehend fehlende Kontrolle judizieren (so bisher meist in den BVerfG-Umweltfällen) und ein anderes Mal dem Gesetzgeber den Wortlaut eines zu erlassenden Gesetzes³⁸ vorgeben.³⁹

III. Verhältnismäßigkeit, Abwägungsregeln, Vorsorge und absolute Mindeststandards

Doch wie genau ist der grundrechtliche Umweltschutz mit den Grundrechten von Unterneh-

³⁶ Dafür im Ergebnis auch Schwabe, JZ 2007, 134 ff.; Calliess, Rechtsstaat, passim; Koch, Grundrechtsschutz, S. 503; Vosgerau, AöR 2008, 346 ff.

³⁷ In diese Richtung auch Calliess, Rechtsstaat, S. 373 ff.; Susnjar, Proportionality, Fundamental Rights, and Balance of Powers, 2010; siehe ferner Cremer, DöV 2008, 102 ff.

³⁸ Siehe exemplarisch die Abtreibungsurteile BVerfGE 39, 1 ff.; 88, 203 ff.; angesprochen werden könnte auch die familiensteuerrechtliche Judikatur.

³⁹ Kritisch dazu auch Steinberg, NJW 1996, 1985 ff.; Susnjar, Proportionality, passim; Dietlein, Lehre, S. 89 f.; nicht deutlich wird dies z.B. bei Hofmann, Abwägung im Recht, 2007, S. 470 (471 f.).

men und Konsumenten in Einklang zu bringen, nicht nur national, sondern auch europa- und völkerrechtlich? Abwägungen sind wie gesehen stets unausweichlich. Indem die Politik die Industriegesellschaft zulässt, Industrieanlagen genehmigt, den Autoverkehr zulässt usw., kommt es statistisch mehr oder minder zwangsläufig zu Kollateralschäden, also Beeinträchtigungen des Rechts auf die elementaren Freiheitsvoraussetzungen, aufgrund der freigesetzten Luftschadstoffe usw. Dies geschieht in Abwägung mit der Freiheit von Konsumenten und Unternehmen. Es gibt gerade keine allgemeine Formel „Neminem laedere“ – nahezu alles im Leben ist für irgendjemanden auch unvorteilhaft.⁴⁰ Nicht umsonst sind Grundrechte einschränkbar. Wichtig sind die Abwägungsregeln, die materiellen davon im Verfassungsrecht gängigerweise unter dem (wegen seines bipolaren Anklangs freilich suboptimalen) Begriff Verhältnismäßigkeit bekannt. Sie geben die Spielräume an und führen zur Antwort auf die Frage, ob grundrechtlich z.B. ein Mehr in puncto Umweltschutz eingefordert werden kann.

Welche Abwägungsregeln im Einzelnen gelten – und eben gerade einen erheblichen Entscheidungsspielraum zurücklassen –, lässt sich im Kern bereits aus den Freiheitsrechten selbst ableiten, und zwar für „Abwehr“ und „Schutz“ gleichermaßen. Dies zeigt sich zunächst für die Grundregel von Abwägungen, die in der gewohnten Begrifflichkeit der Abwägung als Verhältnismäßigkeitsprüfung meist unter der Überschrift „legitimer Zweck“ thematisiert wird: dass das Abwägungsmaterial vollständig sein muss und keine unzulässigen Belange (wie z.B. regelmäßig einen Schutz gegen sich selbst) enthalten darf. Wenn die andernorts näher begründete Vermutung zutrifft, dass die Selbstbestimmung respektive die neu interpretierte Freiheit – und alles, was daraus folgt an grundrechtlichen elementaren Freiheitsvoraussetzungen sowie weiteren objektiv-rechtlichen freiheitsförderlichen Bedingungen (z.B. der Schutz der Biodiversität) – der einzige mögliche Regelungsgegenstand staatlichen Handelns ist, kann man auch relativ leicht als Abwägungsregel angeben, welches das (allein) zulässige Material verfassungsrechtlicher Abwägungen ist: Hält man dies für nicht zutreffend, wäre allgemein davon zu sprechen, dass öffentliche und private Interessen möglicher Abwägungsgegenstand sind.⁴¹ Im Kern hat man es beim Menschenrechtsschutz z.B. gegen den Klimawandel sodann mit einer Kollision der elementaren Freiheitsvoraussetzungsgrundrechte mit den wirtschaftlichen Freiheitsrechten zu tun, wie sie etwa im Grundgesetz in Art. 2 Abs. 1, 12 Abs. 1 und 14 Abs. 1 GG geregelt sind.⁴²

Schutzrechte im Umweltschutzkontext fallen m.E. auch nicht dadurch aus dem zulässigen Abwägungsmaterial (oder sogar der Schutzbereichsbeeinträchtigung) heraus, dass Schutzrechte häufig bloße Grundrechtsgefährdungen betreffen. Zweifellos sind künftige Klimawandelsentwicklungen per se nicht exakt prognostizierbar und damit „unsicher“. Zudem treten Schäden ggf. erst langfristig ein, vielleicht auch erst in Kumulation verschiedener Ursachen

⁴⁰ Vgl. Lübbe, ARSP 2000, Beiheft 74, 73 ff.; Gawel/ Bretschneider, AöR 2012, 321 ff. Insgesamt werden im Schrifttum selten Abwägungsregeln mit den Schutzrechten entwickelt; vgl. aber Calliess, Rechtsstaat, S. 373 ff.; Cremer, DöV 2008, 102 ff. Generell kritisch gegen Abwägungstheorien Habermas, Faktizität, S. 310 ff.; Jestaedt, in: Depenheuer, FS für Isensee, 2007, S. 253 ff.; Klement, JZ 2008, 756 ff.; Koskeniemi, European Journal of International Law 1990, 1 (19); Fischer-Lescano, KJ 2008, 166 ff. Doch wird dort oft übersehen, dass Abwägungsregeln gerade keine großen Vagheiten – wie z.B. die Alexysche Prinzipientheorie – erzeugen. Zu letzterer aktuell Klatt/ Schmidt, AöR 2012, 545 ff.; kritisch dazu Susnjar, Proportionality, S. 199 ff.

⁴¹ Hierzu und zum Folgenden m.w.N. Ekardt, Theorie, § 4 F. I. (dort auch zur autoritären, teilweise gar 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.

⁴² Dass ökonomische Effizienztheorien keine gute Alternative zur nachfolgend dargestellten Abwägungstheorie bilden, wird dargelegt bei Ekardt, Theorie, § 5 C. III.; Ekardt, JöR 2013, 89 ff.

Dennoch überzeugt die Herausnahme solcher „Vorsorgefälle“ aus den Grundrechten nicht, jedenfalls bei hochwertigen Grundrechten und drohender Irreversibilität der Schädigung, auch wenn die deutsche Judikatur anders als die europäische Judikatur die Vorsorge meist für uneinklagbar erklärt.⁴³ Andernfalls würden die Grundrechte nicht das leisten, was der Sinn juridifizierter Grundrechte ist: einen Autonomieschutz genau an der Stelle zu garantieren, an welcher der Autonomie die Beeinträchtigungen drohen. Dafür spricht auch, dass Gefahr und Vorsorge gar nicht sinnvoll scheidbar sind, wie sich andernorts erwies.⁴⁴

Ferner folgen die bekannten Abwägungsregeln der Verhältnismäßigkeitsprüfung, die Geeignetheit und Erforderlichkeit einer Freiheitsverkürzung zugunsten der Belange anderer Beteiligter, unmittelbar aus der grundrechtlichen Freiheit: 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 traditionellen 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 selbst bei relativ weitgehendem Klimaschutz, Lärmschutz usw. (den es bisher wie einleitend festgestellt nur bedingt gibt) immer noch Todesfälle und Gesundheitsschäden auftreten werden; dennoch könnte z.B. der Lärm- und Feinstaubschutz bisher zu gering ausgefallen sein.⁴⁵

Eine weitere Abwägungsregel, die ebenfalls unter der Überschrift der Angemessenheit geprüft werden kann, ist das Verursacherprinzip, das wiederum aus dem Freiheitsprinzip selbst folgt. Denn Freiheit muss ein Einstehenmüssen für vorhersehbare Folgen des eigenen Tuns einschließen.⁴⁶ Die negativen Folgen einer für den Handelnden ansonsten positiven Handlung (z.B. der billigen freien Fortbewegung heute) müssen zumindest grundsätzlich also den Handelnden treffen, und sei es nur im Wege der Kostenanlastung für ökologische Schäden. Daran fehlt es bisher in weiten Teilen des Umweltschutzes.

Eine weitere Abwägungsregel lautet m.E., dass die der Abwägung als Subsumtionsmaterial zugrunde liegenden Tatsachenannahmen stimmen müssen, wobei die Judikatur damit bisher sehr unterschiedlich verfährt.⁴⁷ 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 des Klimawandels folgt logisch erst einmal nicht, inwieweit etwa der Klimawandel verhindert werden muss. Die Entscheidung im Rahmen der Abwägungsregeln bleibt also stets eine politisch-

⁴³ Vgl. statt vieler BVerwG, NVwZ 1995, 995 ff.; übergangen bei Couzinet, DVBl 2008, 760 ff.; differenzierend Calliess, Rechtsstaat, S. 244; im Einzelnen zu Gefahrenabwehr und Vorsorge Ekar dt, Theorie, § 5 C. II. 3.

⁴⁴ Vgl. Ekar dt, Theorie, §§ 5 C. II. 3., 4 C. III. Dort auch zu dem weiteren Problem: dass die tradierte Rechtsmeinung in Deutschland unzulässigerweise die Grundrechte auf den Durchschnittsmenschen orientiert, sich bei der Tatsachenerhebung der Gefährlichkeit eines Schadstoffes also z.B. am 40-jährigen Durchschnittsmann orientiert (und damit Schwächere wie Schwangere, Ältere, Kinder unberücksichtigt lässt); eingehend zu letzterem Gesichtspunkt Böhm, Der Normmensch, 1996, S. 1 ff.

⁴⁵ Vgl. dazu etwa Ekar dt, FluglärmG, Nomos Deutsches Bundesrecht, 2010, § 1 Rn. 6 ff.

⁴⁶ Das Verursacherprinzip taucht z.B. in BVerfGE 115, 118 ff. durchaus auf; allerdings erscheint der Rückgriff auf diesen Topos stets leicht arbiträr und nicht systematisch hergeleitet.

⁴⁷ Zu den Tatsachenerhebungsregeln m.w.N. Ekar dt, Theorie § 5 C. II. 2.; Ekar dt, in: Keil/ Poscher, Unschärfe Grenzen im Umwelt- und Technikrecht, 2012, S. 79 ff.

demokratische und keine naturwissenschaftliche Entscheidung; deswegen ist z.B. auch das Vorliegen von Lärm und seine mögliche Folge eine Gutachterfrage, die Zumutbarkeit des Lärms dagegen nicht, auch wenn dies oft vermengt wird.⁴⁸ Bei unsicheren Tatsachenlagen wie dem Klimawandel besteht unter Vorsorgegesichtspunkten eine Pflicht, vorläufige Entscheidungen zu treffen und diese später zu überprüfen. Solche Beobachtungs- und Nachbesserungspflichten sind schon bisher aus der Judikatur geläufig, im Umweltschutz aber wenig konturiert und letztlich nie konkret eingefordert.⁴⁹

Eine weitere einleuchtende (Angemessenheits-)Abwägungsregel kann als Regel von der „ausnahmsweisen Gleichheit“ bezeichnet werden. Verteilungsgleichheit ist, anders als Rechtsgleichheit, eigentlich kein freiheitlich-demokratisches Grundgebot, weil aus dem erheblichen Spielraum der Abwägungsregeln keine so kleinteilige Vorgabe an den Gesetzgeber abgeleitet werden kann. Dennoch überzeugt im Falle des Klimawandels grundrechtlich der Gedanke, dass man (in etwa) zu einer globalen Pro-Kopf-Gleichverteilung der Emissionen kommen muss. Dieses „gleiche Existenzminimum“ bedeutet zweierlei: Es muss dauerhaft jeder ein Mindestmaß an Energie zur Verfügung haben bzw. an Landnutzung betreiben können (zumindest letztere wird auch in Zukunft voraussichtlich nie ganz treibhausgasfrei möglich sein) – und gleichzeitig müssen alle (denn auch dies ist elementar) vor einem Klimawandel möglichst geschützt werden. Dies erzwingt schrittweise weitgehende Beschränkungen der Begüterten, die teils technisch, manchmal aber auch nur durch Verhaltensänderungen möglich sind.⁵⁰ Denn (1) der Treibhausgasausstoß muss in absehbarer Zeit massiv verringert werden, will man nicht das System der Freiheit insgesamt gefährden, und gleichzeitig ist jeder Mensch auf die Freisetzung wenigstens einer gewissen Menge von Treibhausgasen zwingend angewiesen – und dies macht es zumindest nahe liegend, mit Ungleichheiten bei der Verteilung vorsichtig zu sein. Ebenso wichtig erscheint (2) eine Ableitung aus dem Verursacherprinzip: Bei einem öffentlichen Gut wie dem Klima kann niemand für sich reklamieren, dass er eine „Leistung“ in Ausübung seiner Freiheit zur Erzeugung dieses Gutes vollbracht habe.

Die Argumentation pro Gleichverteilung gilt vielleicht ebenso für lebenswichtige knappe Ressourcen wie Phosphor⁵¹, für viele andere Umweltprobleme dagegen nicht. Inflationär sind „Umweltgrundrechte“ damit keinesfalls. Bei sämtlichen Umweltproblemen gilt allerdings, dass die Abwägungsregeln (z.B. die tatsachenbezogenen) einzuhalten sind und ggf. gerichtlich eine gesetzgeberische Neuentscheidung angeordnet werden kann. Und eine mögliche Pflicht der Politik ist auch die zur Einwirkung auf europäischer und internationaler Ebene, da z.B. das Klimaproblem durchgreifend eher dort zu lösen ist. Inländische Alleingänge erübrigt dies schon wegen der u.U. erheblichen Vorbildwirkung Deutschlands keinesfalls.

⁴⁸ Aus Sein/ Fakten folgt nie Sollen/ Normen; näher Ekardt, Theorie, §§ 1 D., 5 B.-C.

⁴⁹ BVerfGE 24, 119 ff.; 3, 303 ff.; 39, 1 ff.; 39, 160 ff.; 53, 30; 77, 170 ff.; siehe ferner Meßerschmidt, Gesetzgebungsermessen, 2000; zu den Inkonsistenzen von BVerfGE 115, 118 ff. (Luftsicherheitsgesetz) siehe ferner Ekardt, Theorie, §§ 4 C. III., 5 C. I.; dort auch dazu, dass die Vorstellung, zumindest das Menschenwürdeprinzip wirke als absolutes Abwägungsverbot, bei näherer Betrachtung ebenfalls nicht so zwingend erscheint wie häufig angenommen, dass aber gleichwohl – auf anderer Basis – vereinzelt absolute Abwägungsverbote denkbar sind).

⁵⁰ Im Einzelnen zu klimapolitischen Erfordernissen und Optionen (in der Schnittmenge von Natur-, Wirtschafts-, Politik- und Rechtswissenschaft) m.w.N. Ekardt, Theorie, §§ 1 B., 6 A.-E.

⁵¹ Vgl. Bleischwitz/ Bahn-Walkowiak/ Ekardt/ Feldt/ Fuhr, International Resource Politics, 2012, S. 43 ff.