

Felix Ekardt*

Menschenrechte und Klimapolitik

Auf dem Weg zu einem neuen Konzept von Freiheit, Schutzrechten und Abwägung
(erscheint in: Thomas Rusche (Hg.), Diskurs und Verantwortung, Münster 2011)

Weder die Reichweite grundrechtlicher „Schutzpflichten“, noch die Dogmatik verfassungsrechtlicher Abwägungen, noch die Frage nach „absoluten“ in Grundrechtsabwägungen zu wählenden Mindeststandards (Grundrechtskerne) 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, europarechtlicher 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, wenn die Umweltpolitik beispielsweise beim Klimaschutz Todesfälle hinnimmt. Insgesamt erweist sich, dass eine stärker multipolar und stärker die Freiheitsvoraussetzungen – sowie die Freiheit künftiger Generationen sowie von Menschen in anderen Erdteilen – einbeziehende Grundrechtsinterpretation eine Verpflichtung zu einem stärkeren Klimaschutz hervorbringt.

I. Missverständnisse über Umweltgrundrechte, Umweltstaatsziele und Nachhaltigkeit – national und transnational

Der Klimawandel kommt schneller und drastischer als vermutet. Es geht aus aktueller Sicht der Naturwissenschaftler für 2050 im Grunde um minus 95 % Klimagase im Westen und minus 80 % weltweit, will man eine Welt mit riesigen ökonomischen Schäden, Ressourcenkriegen, Migrationsströmen und Millionen Toten vermeiden.¹ Von solchen Reduktionszielen und ihrer wirksamen, nicht durch Schlupflöcher und Rechentricks vereitelten Durchsetzung ist die bisherige internationale, europäische und nationale Klimapolitik, wie an der eben zitierten Fundstelle dargelegt, weit entfernt, obwohl es (technisch und rechtlich) Konzepte gäbe, auf das Problem angemessen zu reagieren. Auch ein europäischer (oder z.T. nationaler) intensiver Klimaschutz-Alleingang wäre möglich, wenn einschneidende Maßnahmen mit Border Adjustments für Im- und Exporte kombiniert werden würden.²

Doch kann auf der Basis der deutschen, europäischen und internationalen Grundrechte eine wirksamere Klimapolitik verlangt werden?³ Nicht in dem Sinne, dass grundrechtlich ein ganz bestimmtes Steuerungsinstrumentarium eingeklagt werden kann, wohl aber vielleicht dahingehend, die Wirksamkeit der Klimapolitik insgesamt – trotz verbleibender erheblicher gesetz-

* Prof. Dr. Felix Ekardt, LL.M., M.A. lehrt Umweltrecht und Rechtsphilosophie an der Universität Rostock.

¹ Diese einleitenden Fragen werden hier nicht näher erörtert, da sie mehrfach näher behandelt wurden; vgl. etwa m.w.N. Ekardt, in: Pan Jiahua (Hg.), *Climate Change and Budget Approach*, 2010, i.E.

² Vgl. dazu Ekardt/Schmeichel, *Critical Issues in Environmental Taxation* 2009, 737 ff.

³ Ausführlicher zum Thema des Beitrags 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.

geberischer Spielräume – zu erhöhen? Im Grundsatz geht es bei alledem um drei separate Rechtskreise – nämlich um die nationalen (vorliegend exemplarisch: den deutschen), die europarechtlichen und die völkerrechtlichen Grund- bzw. Menschenrechte. Allerdings wird sich im Folgenden erweisen, dass sich dabei jeweils nahezu die gleichen Fragen stellen, jedenfalls materiellrechtlich. Insofern erscheint es gerechtfertigt, nachstehend eine einheitliche Grundrechtsprüfung vorzunehmen; auf etwaige Besonderheiten der Rechtsebenen wird dabei jeweils hingewiesen.

Ganz allgemein lässt sich der Konflikt um die richtige Klimapolitik als Konflikt widerstreitender Belange und damit als Abwägungsproblem auffassen. Die Abwägung im weiteren Sinne ist ein Kernthema der deutschen (und europäischen) Diskussion im öffentlichen Recht und speziell zwischen Wirtschafts- und Umweltbelangen.⁴ Gemeint ist hiermit ein – wenn nicht das – Grundphänomen des Rechts: dass es eben um einen gerechten Ausgleich kollidierender Belange geht, einerlei ob man dies Ermessensprüfung, Verhältnismäßigkeitsprüfung oder eben einfach Abwägung nennt. Denn letztlich muss jedwede Rechtsanwendung den kollidierenden Freiheitssphären und Freiheitsgarantien der dahinter 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, sofern bei dieser Norminterpretation Spielräume bleiben. 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, wenn die Grundrechtskonformität der bisherigen Klimapolitik geklärt werden soll.

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 Nachhaltigkeit⁵. Demgegenüber meint nach einer verbreiteten Ansicht – auch unter Juristen – Nachhaltigkeit schlicht eine ausgewogene Verfolgung der drei Säulen Ökologie, Ökonomie und So-

⁴ Vgl. pars pro toto Erbguth, Juristenzeitung 2006, 484 ff.; Erbguth, Zur Vereinbarkeit der jüngeren Deregulierungsgesetzgebung im Umweltrecht mit dem Verfassungs- und Europarecht, 1999; Erbguth, Rechtssystematische Grundfragen des Umweltrechts, 1987.

⁵ Vgl. zum Nachhaltigkeitsprinzip in der hier vorgeschlagenen Lesart (sowie m.w.N. zu gegenläufigen Ansichten) Ekardt, Theorie, § 1; Ekardt, Zeitschrift für Umweltpolitik und Umweltrecht 2009, 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, Die Verwaltung 2007, 413 ff.

ziales, notfalls auch ohne raum- oder zeitübergreifenden Bezug.⁶ Dass dies mindestens missverständlich ist, dass dies insbesondere der – in einer physikalisch endlichen Welt – uneinlösbaren Forderung im vollen Wortsinne ewigen (!) Wachstums verhaftet bleibt und dass jene Säulen-Perspektive auch mit den völkerrechtlichen Grundlagendokumenten der Nachhaltigkeit unvereinbar ist, war andernorts Thema.⁷

Mit Fragen nach Grundrechten ist das Verfassungsrecht aufgerufen, in einem funktionalen, auch das europäische und völkerrechtliche „Verfassungs“recht einschließenden Sinne.⁸ Umweltschutz und auch Klimaschutz wird indes 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. 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 hervorgehoben 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 geführt⁹, da Umweltgrundrechte bzw. „Klimagrundrechte“ einen Bruch mit jener diagnostizierten traditionellen Sichtweise bedeuten würden. Dabei scheint in der völkerrechtswissenschaftlichen (allerdings der Völkerrechtspraxis insoweit fern) 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“ – oder hier konkret: „auf Klimaschutz“ – 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, mit der Folge, dass die bisherige Klimapolitik grundrechtswidrig sein könnte. Natürlich bleibt einem, wenn ein Schutzbereich einer solchen Grundrechtsgarantie betroffen ist, das Problem notwendiger Abwägungen nicht erspart; dieses Problem gibt es aber ganz

⁶ Vgl. statt vieler Steinberg, Der ökologische Verfassungsstaat, 1998, S. 114; Beaucamp, Das Konzept einer zukunftsfähigen Entwicklung im Recht, 2002, S. 18 ff.

⁷ Ekardt, in: Pan Jiahua, Climate Change, i.E.; Ekardt, Zeitschrift für Umweltpolitik und Umweltrecht 2009, 223 ff.; Ott/ Döring, Theorie, passim; teilweise auch Appel, Zukunftsvorsorge, S. 339 ff. und Köck, Die Verwaltung 2007, 413 ff.; implizit ebenso Unnerstall, Rechte zukünftiger Generationen, 1999.

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

⁹ 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, S. 421 ff.; Hattenberger, Der Umweltschutz als Staatsaufgabe, 1993, S. 77 ff.; Gibson, Saskatchewan Law Review 1990, 5 ff.; Nickel, Yale Law Journal 1993, 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.

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 verbreiteten Position, 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 verwaltungsrechtlichen Folgerungen) wird im weiteren Verlauf der Untersuchung einer Kritik unterzogen werden.

II. Grundrechte gegen den Klimawandel – nur nachrangige und inhaltlich vage grundrechtliche „Schutzpflichten“?

1. Probleme der bisherigen Rechtsprechung

Bekanntlich geht gerade die Rechtsprechung der deutschen Verfassungs-¹⁰ und Verwaltungsgerichte¹¹ mit der Anerkennung umweltgrundrechtlicher Rechtspositionen bisher ziemlich zurückhaltend um und sah bisher bei entsprechenden Klagen im Umweltschutz stets keine Grundrechtsverletzung. 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).¹² Speziell (aber nicht nur) in Verfassungsbeschwerden wird denn häufig auch die Zulässigkeits- und Begründungsprüfung nicht klar unterschieden, so dass letztlich – unter Camouflagierung 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 auf die Abtreibungs-Urteile zu.¹³ Die Grundlage ist bei alledem die bereits erwähnte 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.¹⁴ Dass sowohl dieses Ergebnis als auch die (eher behauptete als begründete) Art und Weise seines Zustandekommens eine Kritik verdienen könnte, wird im weiteren Verlauf näher herausgearbeitet.

Die EuGH-Rechtsprechung – verankert sind die europäischen Grundrechte in der (seit dem Lissabon-Vertrag verbindlichen) Grundrechte-Charta (EuGRC) sowie in Art. 6 Abs. 1-3 EU¹⁵

¹⁰ Vgl. zunächst nur die Grundlegung bei BVerfGE 49, 89 (141); 53, 30 (57); 56, 54 ff.; die Problematik wird nicht wahrgenommen bei Couzinet, DVBl 2008, S. 760 ff., ebenso wie z.T. im dort zitierten Schrifttum; kritisch dagegen Vosgerau, Archiv des öffentlichen Rechts 2008, 346 ff.; Schwabe, Juristenzeitung 2007, 134 ff.

¹¹ Exemplarisch hierzu am Beispiel Fluglärm BVerwG, NVwZ 2006, 1055 ff.

¹² Eine gewisse Sonderstellung nimmt das Atomrecht ein; vgl. zuletzt BVerwG, Neue Zeitschrift für Verwaltungsrecht 2008, 1012; kritisch dazu Dolde, Neue Zeitschrift für Verwaltungsrecht 2009, 679 ff. Auch dort gelten die im Folgenden gemachten Aussagen jedoch dem Grunde nach.

¹³ BVerfGE 39, 1; 88, 203.

¹⁴ Vgl. zuletzt am Beispiel des Atomrechts BVerfG, Beschl. v. 29.07.2009, 1 BvR 1606/08, juris Rn. 19.

¹⁵ Siehe zur früheren Herleitung ungeschriebener EU-Grundrechte EuGHE 1970, 1125, Rn. 4; 1974, 491, Rn. 13

– widmet sich dem gesamten Schutzrechte-Thema von vornherein kaum. Der EuGH hat Schutzgrundrechte gegen die Gemeinschaft bisher nicht einmal eigens thematisiert. In den Mitgliedstaaten hält er solche Rechte für möglich.¹⁶ Freilich muss dem EuGH – in nur geringerer Überspitzung – attestiert werden, dass er strukturell nahezu alles unterlässt, was die EU zu irgendetwas verpflichten könnte; vielmehr erscheint der EuGH als von der unausgesprochenen Intention geleitet, EU-Kommission und Ministerrat bei der Findung ihrer Politiken fast vollständig freie Hand zu lassen. Damit fehlt es in der bisherigen Judikatur an jeglichen echten Bezugspunkten für die hiesige Thematik. Dass der EuGH regelmäßig die Mitgliedstaaten verpflichtet, bestimmte Umweltvorgaben einzuhalten, hat nichts mit der Anerkennung von Schutzrechten zu tun, sondern bezieht sich ausschließlich darauf, dass die Mitgliedstaaten verpflichtet werden, bestimmte Umweltentscheidungen von EU-Kommission, Ministerrat und Parlament national auch wirklich umzusetzen; es geht insoweit also im Kern schlicht um die Durchsetzung des einfachen (und nicht des verfassungsrechtlichen) europäischen Rechts, und dies auch völlig unabhängig vom genauen Inhalt dieses Rechts. Schutzrechte würden dagegen darauf abzielen, die EU-Gesetzgebungsorgane gegen ihren Willen zu etwas zu verpflichten. Dafür fehlt es, soweit ersichtlich, an jeglichen Beispielen, und aufgrund der angedeuteten Intentionen des EuGH liegt die Vermutung nahe, dass sich daran in Zukunft auch nicht allzu viel ändern wird.¹⁷ Der Ende 2009 formal in Kraft getretene Art. 37 EuGRC enthält zwar – wie bisher schon der EU-Vertrag und der EG-Vertrag – eine Verpflichtung auf den Umweltschutz; diese ist jedoch nicht als Grundrecht ausgestaltet.

Beim EGMR stellt sich die Lage grundsätzlich ähnlich, wenn auch im Einzelnen etwas differenzierter dar. Wie das BVerfG hat der EGMR in Nicht-Umweltfällen durchaus bereits Verpflichtungen der Staaten zu schützendem Handeln aus den Grundrechten hergeleitet, wenngleich nicht häufig.¹⁸ Auch hat der EGMR – verwirrender Weise nicht unter Berufung auf das Recht auf Leben und Gesundheit, sondern auf das Recht auf Privatsphäre aus Art. 8 EMRK¹⁹ – durchaus bereits etwa Informationsrechte über Umweltschäden²⁰ zuerkannt. Allerdings beschränken sich sämtliche EGMR-Umweltfälle letztlich darauf sicherzustellen, dass im Rahmen von Verwaltungsentscheidungen die Anliegen der Individuen angemessen geprüft und beispielsweise die Tatsachenfragen sorgfältig erhoben werden, so zuletzt ausgesprochen am Beispiel Mobilfunk.²¹ Die Verpflichtung zum Erlass anderer, wirksamerer Gesetze auf der Basis von Schutzrechten, die eine Neuorientierung der gesamten Gesellschaft auslösen würden und nicht lediglich meine Privatsphäre gewissermaßen „von Schadstoffen und Lärm freihalten, ist bisher, soweit ersichtlich, kein Gegenstand bejahender EGMR-Urteile gewesen. Gleichwohl kann konstatiert werden, dass der EGMR vor dem beschriebenen Hintergrund und nunmehr zur neuen Rechtslage mit einer expliziten EuGRC Ekardt/ Kornack, ZEuS 2010, i.E.

¹⁶ Vgl. etwa EuGHE 2003, I-5659; 2004, I-9609; 1991, 4007; 1994, 955. Demgegenüber scheint der EGMR – wie unten im Fließtext – von vornherein keine Grundrechtsfunktionenlehre (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).

¹⁷ Existente sind natürlich (wenngleich nicht übermäßig viele) Beispiele dafür, in denen der EuGH EU-Rechtsakte aus formalen Gründen, z.B. wegen fehlender Gesetzgebungskompetenz, kassiert hat. Dass der EuGH neue, von der EU gerade nicht beabsichtigte Rechtsakte eingefordert hätte, hat es so jedoch (wohl) noch nicht gegeben.

¹⁸ Zur näheren Analyse auch Ekardt/ Susnjar, ZG 2007, 134 ff.

¹⁹ Auf diese Vorschrift konzentriert sich folgerichtig momentan die Debatte über EU-Umweltgrundrechte; vgl. etwa Jarass, EU-Grundrechte, 2005, § 34 Rn. 1 ff.; Uerpmann-Witzack, in: Ehlers (Hg.), Europäische Grundrechte und Grundfreiheiten, 3. Aufl. 2009, § 3 Rn. 19.

²⁰ Vgl. etwa EGMR, Urt. v. 21.01.2009, III. Kammer Bsw. Nr. 67.021/01.

²¹ Vgl. EGMR, NVwZ 2008, 1215 ff.

noch am ehesten offen dahingehend sein könnte, Schutzrechte in Bezug auf den Klimawandel anzuerkennen.

In jedem Fall müssen rein faktisch vorhandene Gerichtsansichten müssen nicht *per se* richtig sein; sie „gelten“ auch nicht einfach, denn Urteile entscheiden nur einen konkreten Rechtstreit, geben aber keine abstrakt-generelle Norm²² vor.²³ Deshalb gilt es im Folgenden (und zwar juristisch, also grundrechtsinterpretativ, und nicht etwa rechtspolitisch im Sinne von „eine gesetzgeberische Änderung der Grundrechtskataloge vorschlagend“), eine vielleicht veränderte Interpretation des geltenden Rechts zu erproben und zu analysieren. 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 Umweltgrundrecht?²⁴ 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 im Grundgesetz und in der EuGRC – und letztlich wohl auch in der EMRK – eine komplexere Interpretation als bisher nahe legt, was wesentliche Implikationen im Klimakontext hat.²⁵ Die dabei gewinnbaren Aussagen gelten letztlich also für jedweden nationalen oder transnationalen Menschenrechtsschutz – auch – gegen den Klimawandel.

2. Intergenerationelle und globale Grundrechtsgeltung, Schutz der Freiheitsvoraussetzungen, Multipolarität der Freiheit

Ausgangspunkt bleibt, insoweit ist an der gängigen Sichtweise keine Kritik zu üben, die Idee von Freiheitsrechten als klassisch-liberale Garantien der Selbstentfaltung. Daneben hat die

²² 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.

²³ 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; zur Rationalität der Rechtsanwendung und den Canones der Rechtsinterpretation Ekardt/ Beckmann, Verwaltungsarchiv 2008, 241 (244 ff.).

²⁴ 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, §§ 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 näher).

²⁵ 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.

Freiheit jedoch auch eine intergenerationelle²⁶ und globale²⁷ Dimension,²⁸ Warum? In aller Kürze²⁹: 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, wo ihm die Gefahren drohen – und sie drohen in einer technisierten, globalisierten Welt zunehmend über Generationen und über Staatsgrenzen hinweg. Auch ohne dass dies in der Judikatur bisher thematisiert worden wäre, ergibt sich damit, dass die Grundrechte auch intergenerationell und global gelten, also zugunsten der erwartbaren Hauptopfer eines Klimawandels.

Das klassisch-liberale Freiheitsverständnis, welches vor allem die wirtschaftliche Freiheit der hier und heute Lebenden in den Blick nimmt, muss aber auch in anderen Punkten ergänzt werden. So müssen die Freiheitsrechte unmissverständlich so interpretiert werden, dass sie auch die elementaren physischen Freiheitsvoraussetzungen einschließen – also einen Anspruch nicht nur auf Sozialhilfe, wie ihn in Deutschland das BVerfG neuerdings anerkennt³⁰, 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 Freiheit.³¹ 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; ansonsten muss es als Interpretation des allgemeinen Freiheitsrechts abgebildet werden. 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; zumindest Teile eines allgemeinen Freiheitsrechts sind zudem im Recht auf die Privatsphäre gemäß Art. 8 EMRK unstreitig enthalten. – Dieses Recht auf Leben, Gesundheit und Existenzminimum gilt angesichts des bis hierher Gesagten dann auch intergenerationell und global und bildet den inhaltlichen Gegenstand des Menschenrechtsschutzes gegen den Klimawandel.

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 wie den Klimawandel *durch den Staat gegen*

²⁶ Dazu mit teilweise ähnlicher Argumentation auch Unnerstall, Rechte, 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, §§ 4, 5; die Argumente werden offenbar nicht bemerkt bei Eifert, Kritische Justiz 2009, Beiheft 1, 211 (214) der deshalb zu Unrecht eine Begründungsschwäche konstatiert.

²⁷ In die diesbezügliche Richtung auch Giegerich, EuGRZ 2004, 758 f.

²⁸ 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.; vgl. auch Ekardt, Das Prinzip Nachhaltigkeit, 2005, Kap. III.

²⁹ Ausführlicher zu drei wesentlichen Argumenten Ekardt, Theorie, § 4; z.T. auch Unnerstall, Rechte, S. 422 ff.

³⁰ Vgl. BVerfG, Urt. v. 09.02.2010, http://www.bverfg.de/entscheidungen/ls20100209_1bvl000109.html?Suchbegriff=Hartz+IV

³¹ Auch die völkerrechtliche Tendenz zu „sozialen“ Grundrechten 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 und Sozialstaatlichkeit – Globalisierung und soziale Ungleichheit, Böckler-Arbeitspapier Nr. 170, 2009, S. 42 ff.

meine Mitbürger. Ohne jenen Punkt gäbe es keinen Menschenrechtsschutz gegen den Klimawandel, da nicht der Staat selbst der primäre Emittent von Treibhausgasen ist; das Problem liegt vielmehr darin, dass der Staat die Treibhausgasemissionen Privater duldet oder genehmigt. Dieser Punkt ist hier ausführlicher herzuleiten, da besonders dieser Punkt so gängigerweise nicht vertreten wird, wie bereits anklang. 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, also keine Einklagbarkeit!) und
- b) die traditionelle Ungleichgewichtung von Abwehr- und Schutzseite der Grundrechte – also die Ausscheidung der Schutzpflichten auf Schutzbereichs- oder Abwägungsebene, soweit kein „Evidenzfall“ vorliegt (wobei unter Evidenzfall etwas verstanden wird, das realistisch niemals vorkommt, nämlich die völlig fehlende Regelung eines Rechtsgebiets) – 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 gesetzgeberischen 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 Schlussfolgerungen³²). Mit diesem Punkt ist gemeint, dass gängigerweise die Schutzrechte besonders in Deutschland bisher meist auch nicht als Maßstab klimarelevanter Einzelmaßnahmen angesehen werden, etwa bei der Genehmigung eines Kohlekraftwerkes oder eines Braunkohletagebaues.

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 angedeu-

³² 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, Zeitschrift für europarechtliche Studien 2009, 171 (176 ff.).

tet, 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.³³

Die Multipolarität der Grundrechte zeigt sich *zweitens* in Schranken- bzw. Abwägungsbestimmungen wie Art. 2 Abs. 1 GG, 52 EuGRC³⁴, die ebenso in der EMRK an vielen Stellen vorausgesetzt werden: 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“ (hier) in Gestalt der EuGRC und der EMRK und auch das deutsche Grundgesetz gehen also davon aus, dass bei konkreten staatlichen Konfliktlösungen nicht nur unterschiedliche Interessen, sondern explizit unterschiedliche *Grundrechte* aufeinander treffen.

Das *dritte* Argument ist der Wortlaut von Normen wie Art. 1 Abs. 1 S. 2 GG, Art. 1 EuGRC, auf den oben bereits kurz Bezug genommen wurde. 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 Menschenrechten³⁵ – 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,

³³ „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.

³⁴ Näher zu dieser Vorschrift Ekardt/ Kornack, ZEuS 2010, i.E.

³⁵ 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.

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).

In Deutschland würden viele auf das Gesagte freilich erwidern, die Schutzfunktion der Grundrechte könne doch nur eine objektivrechtliche Funktion ohne Einklagbarkeit und ohne echte Gleichrangigkeit sein, weil sie eben der vom deutschen BVerfG entwickelten Lehre von den Grundrechten als (auch) objektiver Wertordnung entspringe. Doch dieser Einwand vermag nicht zu überzeugen. Erstens widerlegt der Einwand keines der eben gegebenen Argumente. Und zweitens ist die Wertordnungslehre des BVerfG 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 Verfassungsnormen³⁶ – 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-Schule³⁷ mehr oder minder deutlich insinuiert. Jene Position geht m.E. von einer nicht realisierbaren Ausgangshoffnung aus, indem sie auf „sichere“ Auslegungsergebnisse durch ein reines Abwehrrechtsdenken („weniger Normkonflikte = weniger 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 ausschließt.³⁸ Entscheidend ist vielmehr der Charakter der Schrankenprüfung, der jeder Grundrechtseingriff unweigerlich unterzogen werden muss und der so oder so in Abwägungen zwischen kollidierenden Belangen führt.³⁹ 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 Bestän-

³⁶ Vgl. BVerfGE 4, 7 ff.; 7, 198 (205).

³⁷ Vgl. etwa Böckenförde, Der Staat 1990, 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.

³⁸ Vgl. Somek/ Forgo, Nachpositivistisches Rechtsdenken, 1996, S. 81 ff.; Jeand'Heur, Sprachliches Referenzverhalten bei der juristischen Entscheidungstätigkeit, 1989, S. 11 und passim; Alexy, Theorie, S. 17 ff.; Ekardt/ Beckmann, Verwaltungsarchiv 2008, 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.

³⁹ 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.

den 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).

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 müssen.⁴⁰ 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 verwendet⁴¹. 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.⁴² 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 verkürzt. 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 Abbruchverfügung (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

⁴⁰ Für die Gleichrangigkeit tendenziell schon (nur m.E. ohne vollständige Begründung) Schwabe, *Juristenzeitung* 2007, 134 ff.; Calliess, *Rechtsstaat und Umweltstaat*, 2001; Koch, *Der Grundrechtsschutz des Drittbetroffenen*, 2000, S. 503; Vosgerau, *Archiv des öffentlichen Rechts* 2008, 346 ff.; 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).

⁴¹ 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 Laeur, *Die öffentliche Verwaltung* 2007, S. 1 ff.

⁴² 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).

bezeichnet⁴³. 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 und folglich auch nicht gegen einen Menschenrechtsschutz gegen den Klimawandel sprechen 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 (insbesondere deutschen) Rechtsprechung 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, kann nicht davon abhängen, ob auch andere beeinträchtigt sind.

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

Freilich sieht sich ein Menschenrechtsschutz gegen den Klimawandel respektive eine multipolare Freiheitskonzeption potenziell 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 demokratischen Parlamente entmachten; und es gäbe in „Schutzfällen“ gegenüber „Abwehrfällen“ per se größere Spielräume.⁴⁴ Indem darauf eingegangen wird, wird zugleich 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. Erst durch die Betrachtung der Abwägungsebene wird deutlich, wozu die Nationalstaaten und die EU klimapolitisch durch die Menschenrechte letztlich konkret verpflichtet sind.

Praktisch geht es damit um zweierlei. Es wird sich zeigen, dass der Menschenrechtsschutz gegen den Klimawandel sich einerseits nicht in beliebigen politischen Gestaltungsspielräumen auflösen darf, wie dies bisher gängigerweise hingenommen wird. Andererseits darf aber der Menschenrechtsschutz gegen den Klimawandel nicht die Abwägungsfrage ausklammern und damit, wie zuweilen in der transnationalen Umweltgrundrechtsdiskussion, den Eindruck erwecken, es gäbe die Abwägungsproblematik überhaupt nicht. In der transnationalen Umwelt-

⁴³ Die Möglichkeit einer mittelbaren Drittwirkung der Grundrechte wird durch das Voranstehende und das Folgende übrigens nicht in Frage gestellt, sondern bestätigt; dazu Ekardt, Information, § 1 C. I.

⁴⁴ Zu weiteren Einwänden (angeblich drohende „Klageflut“ und „Schnüffelei“ unter den Bürgern) vgl. Ekardt, Information, § 5 A.-B.

grundrechtsdiskussion taucht nämlich häufig die Vorstellung auf, dass generell Eingriffe in Grundrechte in aller Regel ohne detailliert abschichtende Prüfung von Abwägungsregeln gerechtfertigt sind (so lesen sich viele Urteile von EuGH und EGMR⁴⁵) – oder die Debatte wird umgekehrt, dann aber ohne jeden Bezug zur Rechtsprechung und meist ohne konkrete Schlussfolgerungen, sondern eher auf dem Niveau wohlklingender Proklamationen, so geführt, als sei jede Beeinträchtigung eines Grundrechts zugleich eine Verletzung dieses Grundrechts.⁴⁶

Schaden also Schutzrechte – und damit Menschenrechte gegen den Klimawandel – 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 fördern.⁴⁷ 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 Unparteilichkeit.⁴⁸ Zur Sicherung dieser Prinzipien sind die Staatsgewalten da. Sowohl das europäische und nationale Gewaltenteilungsprinzip als auch die Existenz starker Verfassungsgerichte 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. All dies gilt insbesondere

⁴⁵ Zur notwendigen Weiterentwicklung der europarechtlichen Prüfung von Grundrechten sowie von Grundfreiheiten näher Ekardt/ Schmeichel, Zeitschrift für europarechtliche Studien 2009, 171 (197 ff.); zum Verhältnis der „drei Verfassungsgerichte“ zueinander mit einer neuen Perspektive Ekardt/ Lessmann, Kritische Justiz 2006, 381 ff.

⁴⁶ 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, S. 42 ff.

⁴⁷ 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, 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.

⁴⁸ Vgl. die Bemerkung und den Nachweis in Fn. ... 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).

dann, wenn sich zeigen lässt, dass die Freiheit nur um der Freiheit und der Freiheitsvoraussetzungen willen eingeschränkt werden darf – von denen die elementaren, die oben gerade als im Klimakontext relevant erwiesen wurden, subjektiviert sein mögen, die sonstigen, nur „freiheitsförderlichen“ Bedingungen (wie etwa die Kulturförderung oder die Kindergartenförderung) dagegen nicht.⁴⁹

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 sprechen⁵⁰); 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/ Erforderlichkeit.⁵¹ 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, dies ist vorliegend der Gegenstand des Interesses, 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

⁴⁹ Näher dazu die Nachweise in Fn. ... Demgegenüber scheinen z.B. Alexy, *Recht*, S. 127 ff. – und definitiv Habermas, *Faktizität*, 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.

⁵⁰ In diese Richtung auch Calliess, *Rechtsstaat*, S. 373 ff.; Susnjar, *Proportionality, Fundamental Rights, and Balance of Powers*, 2010.

⁵¹ 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, *Neue juristische Wochenschrift* 1996, 1995 ff.; Susnjar, *Proportionality*, passim. Siehe konkret dazu, wie in vereinzelten Fällen (allerdings nicht aus dem Menschenwürdeprinzip) auch einmal totale Abwägungsverbote hergeleitet werden können, etwa Ekardt/ Kornack, *Kritische Vierteljahresschrift für Gesetzgebung und Rechtswissenschaft* 2006, 349 ff.

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“ Parlamentsspielräumen 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 den Klimaschutz wesentliches Beispiel zu verwenden – nicht sagen: „Steige in viereinhalb Jahren aus der Kohlenutzung 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.⁵² Die genannten Prinzipien sprechen hierbei dafür, wie andernorts näher thematisiert⁵³, 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 Kohlebeispiel sieht man, dass in komplexen Konstellationen wie eben beim Klimaschutz die Abwehrseite der Grundrechte keinesfalls „übersichtlicher“ ist als die vermeintlich kompli-

⁵² 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, *Zeitschrift für Umweltrecht* 2007, 470 (471 f.).

⁵³ Vgl. dazu Ekardt, *Information*, § 5; stärker europarechtlich dazu Ekardt/ Schenderlein, *Neue Zeitschrift für Verwaltungsrecht* 2008, 1059 ff.

ziertere Schutzseite. Der Gesetzgeber kann z.B. den „Abwehr“-rechten von Energieversorgungsunternehmen in ganz unterschiedlicher Weise Rechnung tragen, wenn er aus der Nutzung der Kohle (oder auch der Atomenergie) aussteigen möchte. Er kann Billigkeitsentschädigungen festsetzen, Übergangsfristen gewähren usw. Und ganz genauso sieht es für mögliche Schutz-Kläger aus – man kann alle Atomkraftwerke 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 Gesetze für mehr Klimaschutz und Nachhaltigkeit muss in einer gewaltenteiligen Demokratie das Parlament machen, nicht ein Gericht.⁵⁴ Dennoch lässt sich aufgrund des Gesagten erst einmal festhalten, dass ein Menschenrechtsschutz gegen den Klimawandel grundsätzlich besteht – und dass entsprechende Urteile von Verfassungsgerichten sinnvoll vorstellbar sind.

III. Klimaschutz als Abwägungsproblem kollidierender Grundrechte

1. Abwägungsregeln, Vorsorge und das Problem „absoluter“ Mindeststandards

Darauf aufbauend kann näher entwickelt werden, welches – in Ansehung der möglichen politischen Abwägungen – die konkreten Verpflichtungen sind, die die Politik an Ansehung des Klimawandels letztlich treffen. Erst wenn festgestellt ist, wie viel von der grundsätzlichen, bis hierher hergeleiteten Klimaschutzverpflichtung übrigbleibt, wird deutlich, wozu die Politik einklagbar in puncto Klimawandel verpflichtet ist.⁵⁵

Abwägungen sind – wie bereits angesprochen – (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*)⁵⁶ 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

⁵⁴ Deshalb sind Urteile wie die BVerfG-Judikate zum Embryonenschutz oder zur Familienbesteuerung problematisch; vgl. insbesondere BVerfGE 39, 1 ff.; 88, 203 ff. 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 diktieren.

⁵⁵ Dass ökonomische Effizienztheorien keine gute Alternative zur nachfolgend dargestellten Abwägungstheorie bilden, wird dargelegt bei Ekaradt, in: Pan Jiahua, Climate Change, i.E. Dies schließt innerhalb der Abwägungsregeln (!) *Tatsachen*-Quantifizierungen durch den Gesetzgeber nicht aus; und innerhalb der Abwägungsregeln (!) darf der Gesetzgeber seinen Spielraum für subjektive Gewichtungen innerhalb des objektiven Rahmens auch so transparent machen, dass er normativen Belangen einen Zahlenwert zuordnen; dies ist dann aber eben eine subjektive Entscheidung und hat nichts Objektives an sich.

⁵⁶ M.E. übergangen z.B. bei Hochhuth, Relativitätstheorie des öffentlichen Rechts, 2000.

Absurde liegt vielmehr in Schizophrenien wie „wir wollen mehr Klimaschutz und trotzdem ständiges Wirtschaftswachstum“, also in politischen Formelkompromissen, die die nötigen schmerzlichen Abwägungen gerade leugnen.⁵⁷

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 Begrifflichkeit der Abwägung als Verhältnismäßigkeitsprüfung 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 und der einzige mögliche Regelungsgegenstand staatlichen Handelns 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 elementaren 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).⁵⁸ 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 ausgeschlossen.⁵⁹ 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 autoritär.⁶⁰ Und „das Gemeinwohl“ zeigt auch nicht, um was es eigentlich geht: um unser aller Selbstbestimmung. Vor diesem Hintergrund sollte m.E. das „Gemeinwohl“ aus rechtlichen Argumentationen entfernt und das Wort, soweit es in Gesetzen noch explizit erscheint, so interpretiert werden, dass *der Schutz von Freiheit und Freiheitsvoraussetzungen* gemeint ist.

⁵⁷ Insgesamt werden im Schrifttum selten Abwägungsregeln unter Einbeziehung der Schutzrechte entwickelt; vgl. aber Calliess, Rechtsstaat, S. 373 ff. und Cremer, Die öffentliche Verwaltung 2008, 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, Growth, passim; Ekardt, Cool Down, Kap. 1; Wuppertal-Institut, Deutschland, passim.

⁵⁸ 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.

⁵⁹ 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, Kap. 5.

⁶⁰ Hierzu und zum Folgenden m.w.N. Ekardt, Information, § 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.

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). In der europäischen und auch in der deutschen Rechtsprechung fehlt eine solche klare Bestimmung bisher indes, freilich ohne Begründung.⁶¹ Im Kern hat man es beim Menschenrechtsschutz gegen den Klimawandel mit einer Kollision der elementaren Freiheitsvoraussetzungsgrundrechte mit den wirtschaftlichen Freiheitsrechten zu tun, wie sie z.B. in Art. 2 Abs. 1, 12 Abs. 1 und 14 Abs. 1 GG geregelt sind. Selbstverständlich ist auch die wirtschaftliche Freiheit ein anerkannter nationaler, europäischer und völkerrechtlicher Grundrechtsbelang.

Schutzrechte im Umweltschutzkontext fallen nun nicht etwa dadurch für den Klimawandel und sonst (meist) in Umweltfällen 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. Zweifellos sind künftige Klimawandelsentwicklungen per se nicht exakt prognostizierbar und damit „unsicher“. Dennoch ginge jener Einwand 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“ bzw. „unsichere Beeinträchtigungen“) meist für uneinklagbar erklärt – implizit voraussetzt.⁶² 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 erwies.⁶³ Es sei hier auch daran erinnert, dass die bisherigen Klimawandelsprognosen nicht nur „zu pessimistisch“ sein könnten, sondern dass vielmehr, wie andernorts dargelegt, einiges dafür spricht, dass die Klimawandelsprognosen bisher eher noch zu optimistisch ausgefallen sind – dass also die drohende Menschenrechtsbeeinträchtigung durch den Klimawandel eher drastischer ausfällt als bisher vermutet.⁶⁴ Ebenso ist daran zu erinnern, dass wegen der ausgehenden fossilen Brennstoff-Ressourcen viele Klimamaßnahmen (wie der Ausbau erneuerbarer Energien) ganz unabhängig vom Klimaschutz sinnvoll sind und bleiben. Es ist also einem neuen Urteil des deutschen BVerfG darin zuzu-

⁶¹ Vgl. dazu Grabenwarter, EMRK, 4. Aufl. 2009, § 18 Rn. 12 f.

⁶² Vgl. statt vieler BVerwG, Neue Zeitschrift für Verwaltungsrecht 1995, 995 ff.; nicht wahrgenommen bei Couzinet, DVBl 2008, 760 ff.; differenzierend Calliess, Rechtsstaat, S. 244; im Einzelnen zum Diskurs über Gefahrenabwehr und Vorsorge Ekardt/ Schmidtke, Die öffentliche Verwaltung 2009, 187 ff.

⁶³ Vgl. Ekardt/ Schmidtke, Die öffentliche Verwaltung 2009, 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.

⁶⁴ Vgl. dazu m.w.N. Ekardt, in: Pan Jiahua, Climate Change, i.E.

stimmen, dass ein Grundrechtsschutz auch gegen „nur mögliche“ Grundrechtsbeeinträchtigungen besteht.⁶⁵ Nachdrücklich kritisch anzumerken ist freilich, dass das BVerfG dies bisher immer nur abstrakt anerkennt, in allen konkreten Fällen jedoch de facto Klagen so entscheidet, als würden „unsichere Prognosen“ eben doch per se zu einem Entfallen des Grundrechtsschutzes führen; denn regelmäßig wird insoweit dem Gesetzgeber bisher eine nahezu beliebige Entscheidungsmacht zugestanden, inwieweit ein Handeln bei unsicheren Grundrechtsbeeinträchtigungen geboten ist. Dies kann jedoch vor dem Hintergrund der eben angeführten Argumente für die Vorsorge so nicht überzeugen. Vielmehr ist Vorsorge grundsätzlich geboten und kann nur insoweit entfallen, wie dies im Rahmen der weiteren zu erörternden Abwägungsregeln möglich ist. Nachstehend werden einige dieser Abwägungsregeln kurz hergeleitet, um sodann im übernächsten Abschnitt festzustellen, inwieweit daraus eine Verpflichtung zu einer anspruchsvolleren nationalen und transnationalen Klimapolitik erwächst.

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, 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 die vorhersehbaren (auch ökologischen) Folgen des eigenen Tuns einschließen – auch in anderen Ländern und in der Zukunft, und auch für die unangenehmen Konsequenzen des eigenen Lebensplanes.⁶⁶ Die negativen Folgen einer für mich ansonsten positiven Handlung (z.B. der billigen freien Fortbewegung heute) müssen grundsätzlich also auch mich treffen, und sei es nur im Wege der Kostenanlastung für die von mir angerichteten Schäden.

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 Entscheidung.⁶⁷ Bei

⁶⁵ Vgl. BVerfGE 49, 89 (140 ff.); 53, 30 (57); 56, 54 (78).

⁶⁶ Das Verursacherprinzip taucht etwa in BVerfGE 115, 118 ff. durchaus auf; allerdings erscheint der Rückgriff auf diesen Topos stets leicht arbiträr und nicht systematisch hergeleitet.

⁶⁷ Aus einem Klima-Sein folgt niemals ein Sollen; aus Fakten folgt nie, was im Leben richtigerweise geschehen

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 Pflicht; und sie wird in Umweltfällen stets nur abstrakt proklamiert, aber nie konkret eingefordert.⁶⁸ Auch dies verdient Kritik.

Die Entscheidung für oder gegen eine einigermaßen wirksame Klimapolitik 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, 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 nicht doch einen „absoluten“, vor Abwägungen sicheren⁶⁹ 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 muss.⁷⁰ Die deutsche Judikatur wiederum entledigt sich des Problems einfach, indem sie sachlich unzutreffend insinuiert, das geschilderte Problem stochastischer Schäden, das gerade auch für den Klimawandel charakteristisch sein wird, bestehe gar nicht, und jedenfalls „kurzfristig“ keine Gefährdungen diagnostiziert (was ja meist auch zutrifft, aber eben am Problem vorbeigeht).⁷¹ 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).⁷² Diese normative These aus dem LuftSiG-Fall erscheint bei näherem Besehen indes kaum so begründbar und deshalb auch nicht auf das Klimaschutzrecht 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

sollte. Zur Sein-Sollen-Scheidung und zur genauen Relevanz von Tatsachen und Tatsachenunsicherheit in Abwägungen (und überhaupt in rechtlich-moralischen Entscheidungen) auch Ekardt/ Susnjar, Jahrbuch des Umwelt- und Technikrechts 2007, 277 ff.

⁶⁸ 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, Gesetzgebungsmessen, 2000.

⁶⁹ „Absolut“ wird statt „abwägungsfrei“ leider häufig sprachlich irrig mit „universal“ gleichgesetzt. Wie in Fn. ... 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.

⁷⁰ Zur Kontroverse um Art. 19 Abs. 2 GG m.w.N. auch Hochhuth, Relativitätstheorie, S. 150 ff.

⁷¹ Exemplarisch hierzu BVerwG, NVwZ 2006, 1055 ff.; BVerwGE 87, 332 (375) im Falle des Fluglärms.

⁷² Vgl. BVerfGE 115, 118 ff.; zur Kritik Vosgerau, Archiv des öffentlichen Rechts 2008, 346 ff.; Isensee, FAZ v. 21.01.2008, S. 9; Ekardt/ Kornack, Kritische Vierteljahreszeitschrift für Gesetzgebung und Rechtswissenschaft 2006, 349 ff.; Depenheuer, in: Depenheuer (Hg.), FS Josef Isensee, 2007, S. 43 ff.

wenn damit ein – nicht sicherer, aber möglicher⁷³ – 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).⁷⁴ 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 Luftsicherheitspolitik in Deutschland und Europa über eine breite parlamentarische Mehrheit verfüg(t)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 kann.⁷⁵ 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 sein.⁷⁶ In die Falle vermeintlich „absoluter“, dabei aber grundrechtstheoretisch nicht zutreffend begründeter und außerdem doch wieder sehr vager, weitgehend durch Abwägung überwindbarer und damit praktisch nicht weiterhelfender Aussagen tappt demgegenüber nunmehr auch das Hartz-

⁷³ Dass auch eine mögliche und nicht nur eine sichere Grundrechtsbeeinträchtigung zählt, war explizit Gegenstand der vorangegangenen Ausführungen.

⁷⁴ 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.

⁷⁵ 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 Ekardt/ Kornack, Kritische Vierteljahreszeitschrift für Gesetzgebung und Rechtswissenschaft 2006, 349 ff.; ähnlich Enders, Die Menschenwürde in der Verfassungsordnung, 1997; siehe ferner Vosgerau, Archiv des öffentlichen Rechts 2008, 346 ff.; a.A. statt vieler Böckenförde, Juristenzeitung 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.

⁷⁶ 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. Ekardt, Wird die Demokratie ungerecht?, 2007, Kap. III D.

IV-Urteil des BVerfG von Anfang 2010.⁷⁷

Eine weitere Abwägungsregel, die für den Menschenrechtsschutz gegen den Klimawandel wesentlich ist, kann als Regel von der „ausnahmsweisen Gleichheit“ bezeichnet werden. Diese Abwägungsregeln ist wiederum aus dem bereits Gesagten herleitbar und führt zu einem Gleichbehandlungserfordernis gegenüber künftigen Generationen sowie gegenüber Menschen in den Entwicklungsländern. Materielle Gleichheit ist, anders als Rechtsgleichheit, eigentlich kein freiheitlich-demokratisches Grundgebot. M.E. gilt im Falle des Klimawandels dennoch, dass man zu einer globalen Pro-Kopf-Gleichverteilung der Emissionsrechte kommen muss, wenn man das eben Hergeleitete konsequent anwendet. Dieses „gleiche Existenzminimum“ bedeutet konkret zweierlei: Es muss jeder ein Mindestmaß an Energie zur Verfügung haben bzw. an Landnutzung betreiben können (und letztere wird auch in Zukunft voraussichtlich nie ganz treibhausgasfrei möglich sein) – es müssen allerdings auch alle (denn auch dies ist elementar) vor einem verheerenden Klimawandel möglichst geschützt werden. Dies erzwingt auch Beschränkungen der Begüterten, um das Mindestmaß für alle aufzubringen. Für all dies sprechen zwei Gründe:

- Der Treibhausgasausstoß muss massiv verringert werden, 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.
- Wichtiger noch erscheint folgendes: Wenn ein öffentliches Gut wie das Klima monetarisiert wird, erscheint es plausibel, den „Erlös“ möglichst allen zu gleichen Teilen zuzuwenden – denn hier kann niemand für sich reklamieren, dass er eine besondere „Leistung“ in Ausübung seiner Freiheit zur Erzeugung dieses Gutes vollbracht habe.

2. Subsumtion der Abwägungsprüfung

Auf dieser Basis ergibt sich, dass ein Verfassungsgericht ein grundrechtliches Urteil dahingehend fällen müsste, dass eine Pflicht zu einer intensiveren Klimapolitik besteht. Das BVerfG als nationales, der EGMR als europavölkerrechtliches und der EuGH als EU-rechtliches (Quasi-)Verfassungsgericht müssten, sofern sie mit der Wirksamkeit der Klimapolitik befasst werden, feststellen, dass der Gesetzgeber seinen – in Form von Abwägungsregeln darstellbaren – Verpflichtungen nicht nachgekommen ist und dies innerhalb einer zu setzenden Frist abzustellen hat. Das Abstellen bestünde darin, eine wirksame globale Klimapolitik herbeizuführen oder hilfsweise als EU klimapolitisch deutlich massiver als bisher vorzupreschen. In einer Zusammenführung des bis hierher Herausgearbeiteten stellen sich die wesentlichen Menschenrechtsverletzungen der bisherigen Klimapolitik wie folgt dar:

- a) Die bisherige Klimapolitik missachtet bereits die Abwägungsregel, dass sie ihren Entscheidungen eine korrekte Tatsachenbasis zugrunde legen muss: Insbesondere werden die bisherigen Maßnahmen wohl irrig für geeignet gehalten, die drohenden drastischen klimawandelsbedingten Schäden noch zu vermeiden.
- b) Weiterhin hat die Politik ihren Entscheidungen bisher nicht zugrunde gelegt, dass die

⁷⁷ Vgl. BVerfG, Urt. v. 09.02.2010, http://www.bverfg.de/entscheidungen/ls20100209_1bv1000109.html?Suchbegriff=Hartz+IV

grundrechtliche Freiheit auch eine intergenerationelle und global-grenzüberschreitende Dimension hat und dementsprechend Rechtspositionen auch künftiger Generationen und der sprichwörtlichen Bangladeschis in parlamentarischen/ rechtlichen Entscheidungen berücksichtigt werden müssen.⁷⁸

- c) Ferner muss die Politik dem Verursacherprinzip gerecht werden. Dies tut sie im Klimaschutz bisher ersichtlich nicht, insbesondere global und intergenerationell.
- d) Das elementare Freiheitsvoraussetzungsrecht auf das Existenzminimum (der hier und heute Lebenden, aber auch intergenerationell und global) ist, da Freiheit ohne diese physische Grundlage witzlos wird, allenfalls in Randbereichen durch Abwägung überwindbar. Jenes Recht schließt aber auch einen basalen Energiezugang und eine wenigstens einigermaßen zu wahrende Stabilität des Globalklimas ein. Dies wiederum erfordert einschneidende klimapolitische Maßnahmen. Auch dies haben die klimapolitischen Entscheidungen bisher nicht umgesetzt. Insbesondere wurde auch nicht berücksichtigt, dass das knappe verbleibende Emissionsbudget egalitär zu verteilen wäre angesichts (aa) seiner Knappheit und (bb) der Unabdingbarkeit zumindest geringer Emissionen für das menschliche Überleben.

Vor diesem Hintergrund kann man umweltpolitisch – und hier nunmehr konkret klimapolitisch – zwar den gängigen BVerfG-Formulierungen zustimmen, dass die Politik bei unsicheren Tatsachen gewisse „Einschätzungsspielräume“ hat und zudem hinsichtlich der Gewichtung der verschiedenen betroffenen Rechte Abwägungs- bzw. „Gestaltungsspielräume“ bestehen, die nur bei „evidenten“ Verletzungen zur Aufhebung der demokratischen Entscheidungen z.B. in Deutschland und der EU führen dürfen.⁷⁹ Nur kann dies sinnvollerweise eben nur bedeuten, dass bei Verletzung von Abwägungsregeln die Verfassungsgerichte der Politik aufgeben müssen, diesen äußeren Rahmen ihrer Entscheidungsfreiräume fortan zu beachten und dementsprechend (klima-)politisch neu zu entscheiden, nunmehr unter Beachtung der Abwägungsregeln, was vorliegend eine Verpflichtung bedeutet, einen wesentlich intensiveren, an der Pro-Kopf-Gleichverteilung orientierte Klimapolitik zu betreiben. Wie in Kap. B. dargelegt, impliziert eine solche Politik indes Treibhausgas-Reduktionsziele von etwa 95 % in Europa und etwa 80 % weltweit bis 2050. Dabei kann dahinstehen, ob die eben unter d) getroffene Aussage dahingehend zu verstehen ist, dass die Klimapolitik exakt jene Zielmargen oder leicht abgeschwächte Ziele (oder, im Lichte späterer naturwissenschaftlicher Erkenntnisse, vielleicht sogar noch weitergehende Ziele) erreichen muss. Ebenso kann in Bezug auf die unter c) getroffene Aussage offenbleiben, inwieweit in engen Grenzen (vermutlich) Ausnahmen vom Verursacherprinzip möglich sind, da dieses Prinzip in der Klimapolitik bisher nicht einmal ansatzweise als gewahrt erscheint. Jedenfalls müssen die Verfassungsgerichte die Parlamente auf entsprechende Klagen hin verpflichten, ihre Klimapolitik neu zu konzipieren, um die markierten Verstöße gegen Abwägungsregeln künftig zu vermeiden.

In jedem Fall verfängt der Hinweis, die bisherige nationale und transnationale Klimapolitik sei doch sehr umfangreich, nicht als Widerlegung der bis hierher diagnostizierten Grundrechtsverletzung durch die bisherige Klimapolitik. Denn jene bisherige Klimapolitik ist eben, wie die Darlegungen zu Beginn der Studie dokumentierten, gleichwohl dem Ausmaß der Kli-

⁷⁸ Weniger von der Präventionsebene als (m.E. suboptimal) eher von der nachträglichen Haftungsebene wird die Thematik behandelt bei Verheyen, *Climate Change Damage and International Law: Prevention Duties and State Responsibility*, 2006.

⁷⁹ Vgl. statt vieler BVerfG, Beschl. v. 29.07.2009 - 1 BvR 1606/08 -, juris Rn. 19.

maproblematik nicht hinreichend adäquat. Auch können die Träger der Menschenrechte nicht darauf verwiesen werden, man werde (a) künftig sicherlich ambitioniertere Klimaschutzverträge abschließen, weswegen verfassungsgerichtliche Urteile zur Klimapolitik entbehrlich seien, und (b) ein rein nationales oder europäisches Vorgehen könne das globale Klimaproblem nicht lösen. Denn (a) erscheint nicht hinreichend wahrscheinlich, um ein weiteres Abwarten zu rechtfertigen. Und (b) ist schlicht unzutreffend, da die Möglichkeit verkannt wird, eine anspruchsvolle europäische Klimapolitik durch die Kombination mit Border Adjustments sukzessive global zu verbreiten, wie dies andernorts skizziert wurde.

In gleicher Weise sprechen die gewonnenen Einsichten übrigens gegen die Grundrechtskonformität von Maßnahmen, die das bisherige Energiesystem perpetuieren. Dies betrifft etwa die Fortführung der Braunkohlenutzung durch die Genehmigung neuer Braunkohletagebaue, die Fortführung der Kohlesubventionierung und die Errichtung neuer Kohlekraftwerke. Allerdings muss berücksichtigt werden, dass letztlich eine wirksame Klimapolitik weniger von der Verhinderung einzelner Anlagen als von einem insgesamt anderen Ansatz handelt; grundsätzlich ist es in der Tat dem Gesetzgeber überlassen, in welcher Weise er die im Rahmen der Abwägungsregeln hergeleiteten klimapolitischen Ziele erreicht.

Die vorstehende Argumentation zeigte, dass eine Pflicht zu einer stärkeren Klimapolitik national, europäisch und international herleitbar ist. Man könnte jetzt allerdings erwägen, dass eine Verfassungswidrigkeit durch eine grundrechtskonforme Auslegung des geltenden Klimaschutzrechts abzuwenden wäre, also dadurch, dass das geltende Recht strenger ausgelegt wird, anstatt neues Recht zu schaffen. Allerdings ist das Problem damit ersichtlich nicht zu lösen. Denn eine verfassungskonforme Auslegung bewirkt keine Auslegung von Gesetzen gegen ihren klaren Wortlaut; man kann damit also z.B. keine strengeren Ziele innerhalb des geltenden EU-ETS oder des geltenden Kyoto-Protokolls herleiten. Vielmehr kann man lediglich in Randbereichen, bei offenen Gesetzesformulierungen, bewirken, dass die vergleichsweise „klimafreundlichere“ Auslegung als grundrechtlich geboten anzusehen ist, um die Grundrechte zumindest soweit wie möglich zur Geltung zu bringen, solange der Gesetzgeber nicht tätig wird respektive verfassungsgerichtlich verurteilt wird.⁸⁰

Auf einen letzten Gesichtspunkt sei hier abschließend hingewiesen: Die Frage nach der Existenz und der Reichweite von Schutzgrundrechten kommt in der umweltrechtlichen Diskussion insgesamt zu kurz zugunsten einer Dauerdebatte über die umweltrechtliche Verbandsklage.⁸¹ Auch jenseits von Unbeachtlichkeits- oder Heilungsvorschriften, die den realen inhaltlichen Erfolg solcher Klagen häufig vereiteln, sind umweltrechtliche Verbands- und Individualklage-rechte 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 und insbesondere klimapolitischen Gesamtbilanz westlicher Gesellschaften ablesen lässt. Ebenso wenig können verwaltungsgerichtliche Klagen – einerlei, ob sie von Umweltverbänden oder von Individuen geführt werden – 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 Ressourcen- und Klimainanspruchnahme in Europa summieren, die eben gerade nicht

⁸⁰ Einige weitere Auswirkungen des vorliegenden Neuansatzes auf das Verwaltungsrechts werden thematisiert bei Ekardt, Die Verwaltung 2010, Beiheft 11, i.E. (dort geht es etwa um eine erweiterte verwaltungsrechtliche Klagebefugnis und eine verwaltungsrechtliche Einklagbarkeit von Vorsorgegrenzwerten).

⁸¹ Ausführlicher zum Folgenden Ekardt/ Schenderlein, Neue Zeitschrift für Verwaltungsrecht 2008, 1059 ff.

mehr dauerhaft und global lebbar und ergo nicht nachhaltig ist. Genau hier verschafft eine revidierte Grundrechtsinterpretation, wie sie vorliegend entwickelt wurde, dem materiellen Recht jedoch eine Stärkung, die die Verbandsklage ihrerseits nicht zu leisten vermag (abgesehen davon wird finanzielle und personelle Fähigkeit der Verbände, real Verbandsklagen zu führen, von Freund und Feind notorisch überschätzt). Denn Grundrechte können ein strengeres materielles Recht einfordern oder durch entsprechende Auslegung herbeiführen.

IV. Gerichtliches Vorbringen einer Grundrechtsverletzung durch den Klimawandel

Bis hierher wurde aufgezeigt, dass grundrechtlich überzeugende Argumente für einen stärkeren nationalen und transnationalen Klimaschutz bestehen. Dies gilt im Kern unabhängig davon, ob man auf die nationalen Grundrechte (die vor dem nationalen Verfassungsgericht geltend zu machen wären), auf die EU-Grundrechte (die vor den EuGH gehören⁸²) oder die völkerrechtlichen Grundrechte (für die im geographischen Raum Europa der EGMR zuständig wäre) abstellt. Denn die Grundstrukturen sind insoweit national und transnational parallel gelagert. Aufgrund der menschenrechtlichen Basis der Argumentation gilt all dies letztlich nicht nur für Europa, sondern weltweit. Allerdings fehlt es dafür in Ermangelung eines internationalen Menschenrechtsgerichtshofes an einer Instanz, an die eine konkrete Klage gerichtet werden könnte. Mittelbar sind die Aussagen dieser Studie aber für andere internationale Gerichtsbarkeiten relevant, etwa für die WTO-Gerichte.

Folgt man der entwickelten Position, so wäre jede Einzelperson, richtigerweise vielleicht auch solche außerhalb Deutschlands, möglicher Kläger. Denn die im Eingangskapitel angesprochenen künftigen Klimawandel werden die Menschheit insgesamt treffen und nicht einfach einzelne Personen. Zumindest jeder jüngere Bürger (wobei sich eine exakte Altersgrenze nicht leicht angeben lässt) kann deshalb plausibel darlegen, dass er künftig in seinen Menschenrechten durch eine mangelnde Klimapolitik betroffen sein wird. In jedem Fall gibt es – das sollte die Argumentation dieser Studie verdeutlichen – gerade keine Regel, dass Menschenrechte nur dann geltend gemacht werden können, wenn lediglich Einzelne und nicht viele oder gar alle Menschen betroffen sind. Dass die Betroffenheit künftiger Generationen sowie von Menschen in vielen Entwicklungsländern durch den Klimawandel voraussichtlich noch deutlich drastischer ausfallen wird, macht auch diese Personenkreise grundsätzlich zu möglichen Klägern. Für künftige Generationen fehlt es bisher im deutschen und europäischen Recht freilich an einer Regelung über eine Prozessstandschaft, damit jene Rechte heute – wo dies noch reale Wirkungen erzielen könnte – sinnvoll vor Gericht gebracht werden können, obwohl künftige Generationen (naturgemäß) dort nicht selbst auftreten können.⁸³

⁸² Dies gelingt allerdings nur über den Umweg von Vertragsverletzungs- oder Vorabentscheidverfahren.

⁸³ M.E. könnte es vor diesem Hintergrund naheliegen, eine hilfsweise Prozessstandschaft richterrechtlich anzuerkennen in der Weise, dass heute Lebenden die Möglichkeit zugesprochen wird, die Gerichte zumindest mit dem Anliegen anzurufen, dass der Gesetzgeber verpflichtet werden möge, eine entsprechende Prozessstandschaft zu schaffen.