

Von der Bewahrung zur Bewirtschaftung

Ein Kommentar zum zweiten Klimabeschluss des BVerfG

Gerd Winter

Der Senatsbeschluss vom 24. März 2021¹ hatte die Gesellschaft der Verfassungsinterpreten in helle Aufregung versetzt. Der engere professorale Kreis äußerte sich zum guten Teil eher kritisch oder fragend, der weitere Kreis in Gesellschaft und Politik dagegen überwiegend zustimmend.² Von den vielen Fragen, die gestellt wurden, hat der Kammerbeschluss vom 28. Januar 2022³ einige diskret, aber insistierend beantwortet. Die vom ersten Senat vorgeschlagene Dogmatik ist nun vorläufig konsolidiert. Dies rechtfertigt eine etwas abstraktere Betrachtung.⁴ Ich meine, wir haben es mit einem Übergang von einem Rechtsmodell zu einem anderen zu tun. Das eine möchte ich Bewahrung und das andere Bewirtschaftung nennen. Ich rekonstruiere zunächst die beiden Modelle und gehe dann auf Kommentare ein, die geäußert worden oder sonst möglich sind.

A. Rekonstruktion der Modelle

I. Bewahrung der Umwelt

Bewahrung der menschlichen Gesundheit und der natürlichen Lebensbedingungen – darum geht es seit Aufkommen des Umweltschutzrechts in den späten 1960er Jahren. Produktion, Infrastruktur und Konsum verzehrten Umweltgüter und waren

Winter: Von der Bewahrung zur Bewirtschaftung(ZUR 2022, 215)

216

regulativ einzugrenzen. Grundrechtlich gesehen, wurden zunächst die Unternehmens- und Eigentumsfreiheit der „Interessenten“ gegen starken Umweltschutz aufgefahren. Mit dem „rights turn“⁵ seit etwa 15 Jahren mischen sich aber mehr und mehr „Betroffene“ ein; sie berufen sich auf Gesundheitsrechte, aber auch ihrerseits auf Berufs- und Eigentumsfreiheit, und streiten für starken Umweltschutz.

Im Zusammenhang mit dem Klimawandel bedeutet dies: Einerseits verlaufen Treibhausgasemissionen „horizontal“, sie gehen von Privaten aus und betreffen Private; der regulierende Staat ist kein Verursacher, seine Regulierung schützt die Betroffenen, legt ihnen aber keine Duldungspflicht auf.⁶ Andererseits untersteht die öffentliche Hand dabei aber Pflichten insbesondere aus Art. 20 a GG, die jedoch nur objektiv gelten und nicht subjektiviert sind. Subjektive Rechte auf Schutz ergeben sich aber trotzdem aus spezifischen Grundrechten wie insbesondere Art. 2 Abs. 2 Satz 1, Art. 12 und Art. 14 Abs. 1 GG, die durchaus auch im Lichte des Art. 20 a GG auszulegen sind. Beides, objektive und subjektivierte Schutzpflichten erstrecken sich auch auf Umweltschutz in der Zukunft. Sie gelten auch im Sinne eines Untermaßverbotes. Der Gesetzgeber hat jedoch einen weiten Ermessensspielraum, der gerichtlich nur auf grobe Fehler überprüft wird.

Der Senatsbeschluss sah den Spielraum nicht als über- oder (genauer) unterschritten an, weil das streitgegenständliche Klimaschutzgesetz immerhin wichtige Weichen stelle. Zu berücksichtigen sei dabei, dass der Schutz von Gesundheit, Beruf und Eigentum neben Emissionsreduktion auch durch Anpassungsmaßnahmen (scilicet z. B. durch Deichbau, Krankenhäuser etc.) gewährleistet werden könne. Eine Verletzung könne zwar in Betracht kommen, wenn ein ökologisches Existenzminimum bedroht sei, doch liege eine solche Situation nicht vor.⁷

II. Bewirtschaftung knapper Ressourcen

Das Gericht hat im Senatsbeschluss, den es durch den Kammerbeschluss bekräftigte, ein anderes Rechtskonstrukt dagegengesetzt, das man als Bewirtschaftung knapper Ressourcen bezeichnen kann.⁸ Das Konstrukt unterscheidet sich von dem Modell „Bewahrung“ durch einige Komponenten, von denen ich sechs hervorheben möchte:

(1) Das Gericht sieht als zu lösendes Hauptproblem nicht so sehr Gesundheits- und Umweltschäden als vielmehr die Verfügbarkeit von Energie, und insbesondere von fossiler Energie, solange diese nicht durch regenerierbare Quellen ersetzt worden ist. Verbrauch von Energie ist Bestandteil fast jeden Handelns, sei es in Produktion, Transport, Konsum, etc.

(2) Grundrechtlich sind damit die Freiheitsrechte aufgerufen, d. h. fast alle Grundrechte einschließlich der allgemeinen Handlungsfreiheit, weil fast alle auf Energieverbrauch angewiesen sind.⁹

(3) Während das Modell „Bewahrung“ durchaus auch auf die Zukunft blickt, indem es das Faktum immer schlechter werdender Umweltbedingungen prognostiziert, imaginiert das Modell „Bewirtschaftung“ die Zukunft differenzierter als Situation der Knappheit von Ressourcen und als Rechtsverhältnis, nämlich als eine Gesellschaft, in der der Staat die Freiheiten – in dann rechtfertigungsfähiger Weise – drastisch beschränkt, weil bestimmte energieträchtige Handlungen verboten werden, sei es, so könnte man ergänzen, der Ferienflug nach Mallorca, der Betrieb der Luxusjacht, aber auch die unternehmerische Kohle- und Gasverstromung.

(4) Der Blick in die Zukunft führt dann zu der Figur der Vorwirkung. Auch diese ist im Bewahrungsmodell angelegt, weil es strengere Regelungen schon heute erlaubt, wenn Schäden erst zeitlich verzögert eintreten. Aber die Zukunft fungiert darin lediglich als ein Abwägungsbelang. Im Bewirtschaftungsmodell besteht sie dagegen in einem Grundrechtseingriff, der vermieden werden muss. Wie das zu geschehen hat, wird durch den Budgetansatz quantifizierbar. Basierend auf der Erkenntnis, dass die Aufwärmung der Atmosphäre linear mit steigender Treibhausgaskonzentration korreliert, wird aus Vorgaben für einen maximal erlaubten Temperaturanstieg ein globales Emissionsbudget abgeleitet und nach bestimmten Kriterien auf die Staaten aufgeteilt. In Übereinstimmung mit dem Intergovernmental Panel on Climate Change (IPCC) und dem Sachverständigenrat für Umweltfragen (SRU) geht das BVerfG dabei von einer maximalen Aufwärmung von 1,75°C aus, kommt zu einem globalen Budget von 800 Gt CO₂ für 2018 bei 67 % Konfidenz und akzeptiert mit Hilfe des ‚pro Kopf‘-Kriteriums die der BRD zustehende Menge von 6,7 Gt ab 2020.¹⁰ Die Vorwirkung der Freiheitsrechte besteht nun darin, dass die Menge nicht schon jetzt so verbraucht werden darf, dass für die Zukunft nichts mehr übrigbleibt und dadurch die zukünftigen Freiheitseinschränkungen provoziert werden.

(5) Die Verteilung über die Zeit wird durch das Verhältnismäßigkeitsprinzip gesteuert. Das Interesse der heutigen Generation an Emissionen wird mit dem Interesse zukünftiger Generationen (genauer: dem Interesse der heutigen Verbraucher mit dem Interesse der zukünftigen Verbraucher) abgewogen.

(6) Die Art der Verteilung steht im Ermessen des Gesetzgebers und der Exekutive. Das Gericht rügt nur grobe Ermessensfehler, so insbesondere, dass die frühere Version des Klimaschutzgesetzes keine Aussagen über Emissionsmöglichkeiten in der Zeit nach 2030 getroffen habe. Über die genaue Dimensionierung und Verteilung auf die Emissionssektoren entscheidet das Gericht aber nicht.

B. Kommentare

Von den vielen Kommentaren möchte ich einige herausgreifen und sie in vier Richtungen gliedern, nämlich in grundsätzliche

Winter: Von der Bewahrung zur Bewirtschaftung(ZUR 2022, 215)

217

Kritik am Klimaschutz durch Grundrechte (I.), kritische Fragen im Rahmen des Bewahrungsmodells (II.), Bedenken im Rahmen des Bewirtschaftungsmodells (III.) und Anregungen für eine Fortbildung des Bewirtschaftungsmodells (IV.).

I. Grundsätzliche Kritik am Klimaschutz durch Grundrechte

Eine radikale Kritik bezweifelt grundsätzlich, dass Grundrechte überhaupt vor den Folgen des Klimawandels schützen können. Klimaschutz sei eine nur kollektiv, nicht individuell zu lösende Aufgabe.¹¹ Das ist zutreffend, wird aber auch von niemandem bestritten. Niemand will allein durch Gerichte die Welt retten. Es kann nur um die spezifische Rolle der Grundrechte und der sie hütenden Gerichte in der „großen Transformation“ gehen. Wohl alle Kläger und die sie unterstützenden Verbände und Juristinnen wissen, dass die demokratische Mehrheitspolitik am Zuge ist. Die Grundrechte sollen Anstöße geben, wo die Einzelnen vergessen werden. Von diesen gibt es inzwischen viele, die bereits gegenwärtig und mit an Sicherheit grenzender Wahrscheinlichkeit in Zukunft persönlich und schwer geschädigt sind bzw. geschädigt werden, in Deutschland und stärker noch in vielen anderen Regionen der Welt. Mit Anpassungsmaßnahmen kann man sie nicht abspesen, denn diese werden umso schwieriger und teurer, je höher die Temperatur steigt. Individuelle Betroffenheit gibt es also verbreitet.

Allerdings ist der Schritt von der individuellen Betroffenheit zum Antrag auf mehr gesamtstaatliche Emissionsreduktion in der Tat enorm.¹² Bisher ging es in ähnlichen Fällen um Maßnahmen, die zum Beispiel die von der Klägerin eingeatmete Umgebungsluft reinhalten sollten. Von der Emissionsreduktion bis zur Erleichterung der Situation der Klägerin ist der Weg ungleich weiter. Aber wenn die Hürde der Zulässigkeit genommen worden ist, verliert die einzelne Antragstellerin ihre Individualität und wird zum Typus. Sie steht dann exemplarisch für alle Grundrechtsträgerinnen in ähnlicher Lage. Es ist deshalb ein Missverständnis zu meinen, der Schutz von Grundrechte tragenden Einzelpersonen werde als Lösung des Klimaproblems vorgestellt. Vielmehr wird der demokratischen Politik vorgehalten, dass sie nicht gänzlich frei ist, zu handeln oder nichts zu tun, sondern Grundrechte beachten muss, die Personen in typischen Gefährdungslagen für verletzt halten können. Auf dieser generelleren Ebene erscheinen Gesundheit, Beruf, Eigentum etc. als zu beachtende Werte. Das bringt sie näher heran an die kollektiv zu lösende Aufgabe.

Wie dies zu geschehen hat, wurde vom BVerfG in der Tat neu vorgezeichnet. Ob darin eine „tektonische Verschiebung“ liegt¹³, ist Bewertungsfrage. Man kann sagen, es sei doch eine bare Selbstverständlichkeit, dass der Grundrechtsschutz nicht morgen Abend endet, sondern auch in die Zukunft wirken müsse, und besonders in die Zukunft der gegenwärtigen Kinder und Jugendlichen. Das Gericht habe dafür eine bestimmte rechtsdogmatische Konstruktion gefunden, die einerseits stringenter sei als eine vage Abwägung aller Belange im Rahmen der Schutzpflichtdoktrin, andererseits aber auch nicht den politischen Raum besetze. Denn es habe ja schlicht ausgesprochen, dass auch an die Zeit nach 2030 gedacht werden müsse, und mehr nicht. Andererseits ist vielleicht doch die Tektonik der Grundrechte verändert. Für die Entwicklung der Grundrechtsdogmatik ist aber letztlich das BVerfG zuständig, nicht der Gesetzgeber. Die andere Seite von „Elfes“, nämlich die Öffnung des Art. 2 Abs. 1 GG für jegliches Handeln einschließlich jeder Art wirtschaftlicher Betätigung, die Entwicklung der Schutzpflichtdoktrin, der Gehalt und die Allgegenwart des Verhältnismäßigkeitsprinzips – all dies sind ebenfalls tektonische Verschiebungen,

die aber in der Kompetenz des Gerichts lagen, mag man sie auch mit besseren Argumenten ablehnen. Warum sollte die Vorwirkung zukünftiger Freiheitsbeeinträchtigungen auf heute nicht auch dazu gehören können? Ich glaube, die neue Verschiebung liegt im Bewirtschaftungsmodell, worauf zurückzukommen ist. Die Kammer hat sich jedenfalls auf den sehr spekulativen Diskurs über vermeintliche Gewaltenteilungsverstöße nicht eingelassen. So bleibt es bei der Linie des Senatsbeschlusses, sein Verhältnis zur Politik über das Theorem des gesetzgeberischen Gestaltungsspielraums zu lösen.

II. Einwände gegen die Anwendung des Bewahrungsmodells

Viele Kritiker verteidigen das Modell Bewahrung. Sie insistieren auf der Schutzpflicht des Staates im Hinblick auf die natürlichen Bedingungen von Gesundheit, Berufsausübung und Eigentumsnutzung. Die Schutzpflicht eröffne eine multipolare Abwägung betroffener Belange. Der Gesetzgeber habe dabei zwar, wie auch das Gericht annehme, einen weiten Ermessensspielraum, unterliege aber einem Untermaßverbot, das bei einem gänzlichen und auch bei einem relativen Unterlassen des Gesetzgebers eingreife. Nach Auffassung mancher ist es im Fall des früheren KSG verletzt. Das Ergebnis, nämlich eine fehlerhafte Verteilung der Emissionen über die Zeit festzustellen, habe das Gericht deshalb auch mit der Schutzpflichtkonstellation erreichen können.¹⁴

Eine andere Kritik konstruiert die Zuteilung von Emissionsberechtigungen als Eingriff des Staates in die Rechte der vom Klimawandel betroffenen Dritten. Dies schließt an ältere Überlegungen an, die in der staatlichen Gestattung von „horizontalen“ Emissionen zugleich die Auferlegung einer Duldungspflicht für die mittelbar Betroffenen sahen.¹⁵ Das BVerfG hat diese Sicht für Waldeigentümer, die durch SO₂-Emissionen geschädigt wurden, zurückgewiesen. Das Immissionsschutzrecht begrenze Emissionen, aber erlaube sie nicht.¹⁶ Dies hat sich m. E. im Klimarecht geändert, weil der Staat aktiv Emissionsberechtigungen zuteilt. Damit übernimmt er die Verantwortung für deren Auswirkung auf Betroffene.¹⁷ Weder der Senatsbeschluss noch der Kammerbeschluss lassen sich aber hierauf ein.

Winter: Von der Bewahrung zur Bewirtschaftung(ZUR 2022, 215)	218
--	-----

Insgesamt unterschätzt die Kritik an der Sicht des BVerfG auf das Bewahrungsmodell den Umstand, dass das Gericht im Grunde auf ein anderes Modell umgeschwenkt ist.

III. Einwände gegen das Bewirtschaftungsmodell

Kritik richtet sich aber durchaus auch gegen das neue Modell. So wurde gerügt, die Freiheitsrechte blieben im Einzelnen unbenannt.¹⁸ Im Senatsbeschluss wurden sie mit Ausnahme des Art. 2 Abs. 1 GG in der Tat nicht spezifiziert, man konnte sie aber aus der Schilderung zukünftiger Restriktionen u. a. des Wirtschaftens und Konsumierens¹⁹ erschließen. Dies wird im Kammerbeschluss wiederholt. Betroffen seien „spezielle Freiheitsgrundrechte“²⁰ und die „mindestens durch die in Art. 2 Abs. 1 GG als dem grundlegenden allgemeinen Freiheitsrecht verbürgte allgemeine Handlungsfreiheit.“ Gemeint ist damit der Freiheitsraum aller Grundrechte, soweit sein Gebrauch auf Energienutzung angewiesen ist. Man könnte allerdings weiter fragen, ob sich hierin eine neue Ausformung im Feld zwischen dem Kern der persönlichen Entfaltung und einer uferlosen allgemeinen Handlungsfreiheit²¹ herausbildet, etwa ein Recht besonders der Jugend auf solche Energiebedingungen, auf die die „freie Entfaltung der Persönlichkeit“ angewiesen ist. Dadurch könnte auch ein Bezug zur UN-Kinderrechtskonvention hergestellt werden, die das BVerfG nicht heranzieht, die aber stärker als bisher Beachtung verdient.

Kritik gab es weiterhin an dem Eingriffskonzept, das das Gericht gegen das Schutzpflichtkonzept setzt. Der Senat hatte betont, die Kontrolldichte sei im Eingriffskonzept größer als im Schutzpflichtkonzept, weil eine Maßnahme auf dem Tisch liege, die geprüft werden könne, während im Schutzpflichtkonzept eine Vielfalt von Maßnahmen in Betracht komme, in deren Auswahl sich das Gericht nicht einmischen könne.²² Dagegen wurde eingewandt, auch im Eingriffskonzept gebe es, insbesondere bei der Prüfung der Verhältnismäßigkeit von Eingriffen, Abwägungen mit gesetzgeberischen Spielräumen. Die Kammer konzediert dies nun²³, hält aber an der Eingriffskonstellation fest.

Ein Teilaspekt der Kontroverse „Eingriff oder Schutzpflicht“ ist der Einwand, dass die Vorwirkung der künftigen Freiheitseingriffe im Grunde in eine heutige Schutzpflicht umschlage, so dass sich das Gericht, auf heute bezogen, in der Schutzpflichtdogmatik wiederfinde.²⁴ Die Kammer deutet an, dass sie dies für möglich hält,²⁵ insistiert aber auf dem Eingriffskonzept. Man kann dies so deuten, dass die Pflicht zur gegenwärtigen Emissionsreduktion vorwirkender Bestandteil der zukünftigen Freiheitsgarantie ist. Der zukünftige Eingriff ist nicht zu rechtfertigen, wenn frühere Emissionsreduktionen versäumt wurden. Das wirkt auf heute vor. Andererseits ist es m. E. rechtsdogmatisch gangbar, dies als eine heutige Schutzpflicht zu bezeichnen, die sich aber eben aus der Vorwirkung aus der Zukunft herleitet, sich also nicht wie im Bewahrungsmodell in die Zukunft erstreckt.

In einer solchen Schutzpflicht wird des Weiteren ein Paradox gesehen, insofern, als die Schutzpflicht zu einem Eingriff in Grundrechte, nämlich die Grundrechte der Emittenten, zwingt.²⁶ Aber es ist in Dreierkonstellationen, in denen die „Zweiten“ die „Dritten“ belasten, nichts Besonderes, wenn die „Zweiten“ zum Schutz der „Dritten“ in ihren Freiheiten beschränkt werden. Betrachtet man eher die Belastung der „Dritten“, so sieht es prima facie tatsächlich so aus, als würde das Recht auf Freiheit zugleich als Recht auf Freiheitsbegrenzung konzipiert. Das Paradox löst sich jedoch auf, wenn man die unterschiedlichen Zeiten einbezieht: die Garantie zukünftiger Freiheit wird zur Begrenzung heutiger Freiheit. Die Kammer deutet selbst darauf hin, dass heutige Beschränkungen „erforderlichenfalls auch auf Kosten grundrechtlich geschützter Freiheit“ gehen können.²⁷

Darüber hinaus wird gerügt, dass das Gericht zwar löblicherweise die Freiheitsgrundrechte aufrufe, diesen aber nicht die erforderliche Tiefenwirkung beimesse. Die natürlichen Lebensbedingungen müssten als notwendige Voraussetzungen der Freiheiten konstruiert werden und gehörten dadurch zu deren Schutzbereich. Der Senat war an sich nahe dran an diesem Theorem, das ihm schriftsätzlich auch vorlag.²⁸ Dabei geht es im Grunde um rechtssystematische Aspekte des Verhältnisses der sektoralen Grundrechte zu einem allgemeinen Grundrecht auf gesunde Umwelt.²⁹ Es wäre gerade auch rechtsvergleichend interessant gewesen, die Meinung des Senats hierüber zu erfahren. Aber weder dieser noch die Kammer haben insoweit Stellung genommen. Dies war für das vorgeschlagene Konstrukt auch nicht zwingend geboten. Denn das Gericht hat den Schutzbereich der Grundrechte, wie hier angenommen, anders justiert, nämlich im Hinblick nicht auf die natürlichen Lebensbedingungen, sondern auf die Verfügbarkeit von (fossiler) Energie.

Eine weitere Kritik bezieht sich auf die Dimensionierung des Emissionsbudgets. Die Temperaturobergrenzen würden durch das KSG festgelegt, und an diesen würden die Reduktionsvorschriften desselben KSG gemessen. Das sei zirkulär: ein Gesetz werde zum Maßstab desselben Gesetzes.³⁰ Die Kammer wiederholt und präzisiert, dass das KSG mit seinem Bekenntnis zu den Obergrenzen eine – zulässige – Konkretisierung des Art. 20 a GG vornehme. Es bleibt aber unklar, was dies rechtsdogmatisch bedeutet. Erhalten die vom KSG angenommenen

Temperaturobergrenzen dadurch einen höheren Rang auf einer imaginären Ebene zwischen Gesetz und Verfassung, so etwa nach dem

Winter: Von der Bewahrung zur Bewirtschaftung(ZUR 2022, 215)

219

Vorbild des Maßstäbengesetzes³¹? Oder wird in Art. 20 a GG hineininterpretiert, dass er die Obergrenzen selbst vorschreibt? Oder – dies ist m. E. die richtige aber weithin übersehene Lösung – ist Art. 2 des Pariser Abkommens (PA), der ja die Obergrenzen einführt, unmittelbar und mit Vorrang anwendbar? Die BRD ist als Vertragsstaat nur dualistisch, aber als Mitgliedstaat der EU, die selbst Vertragspartnerin ist, nach Art. 216 Abs. 2 AEUV monistisch gebunden. ³² Dies gilt jedenfalls im Anwendungsbereich des EU-Rechts,³³ der im vorliegenden Fall durch die Lastenteilungsverordnung (EU) 2018/842 konturiert wird. Art. 2 PA ist deshalb grundsätzlich mit Vorrang und unmittelbar anwendbarer Maßstab des KSG. Allerdings bleibt zu prüfen, ob ihr konkreter Inhalt – die Temperaturobergrenzen – inhaltlich präzise und unbedingt formuliert ist.³⁴ Auch wird moniert, das Gericht habe die Verhältnismäßigkeit der eingriffsähnlichen Vorwirkung nicht genau genug untersucht. Es fehle an einer Zielbestimmung und Prüfung auf Eignung, Erforderlichkeit und Angemessenheit des Mittels.³⁵ Der Kammerbeschluss gibt darauf nur eine geraffte Antwort, die m. E. aber klar genug ist: Es geht um die Rechtfertigung zukünftiger Freiheitseingriffe. Diese drohen in Zukunft zur Notstandsbewältigung unausweichlich zu werden, sind „aus heutiger Sicht“ (!) aber unverhältnismäßig, weil sie durch heutige Emissionsbeschränkungen vermieden werden können.³⁶

Besondere Aufmerksamkeit hat die Behandlung des Art. 20 a GG erfahren. Einerseits entnehme das Gericht diesem kein subjektives Recht, andererseits werde der Artikel aber über den Elfes-Test, sozusagen als „Öko-Elfes“, letztlich doch subjektiviert.³⁷ Die Kammer nimmt zur Frage der Subjektivierung nicht Stellung, sondern hält an der Funktion des Art. 20 a GG als objektiver Maßstab für Grundrechtseingriffe fest. Die Irritation, dass der Elfes-Test normalerweise Eingriffe als Schranken-Schranke abblockt und Art. 20 a GG nun gerade eingriffsverstärkend wirkt,³⁸ löst die Kammer nicht auf. Aber warum sollte es nicht so sein können, wenn der heranzuziehende Maßstab nun einmal öffentliche Interessen an Eingriffen unterstützt. Unabhängig davon bleibt festzuhalten, dass der Senat die Gelegenheit ausgiebig nutzte, dem Art. 20 a GG inhaltlich Konturen zu geben, die die Politik beeinflussen und in objektiven Verfahren eine wichtige Rolle spielen können. Dies wurde von der Kammer nicht erneut angesprochen; sie erinnert nur allgemein an die Bedeutung der Vorschrift als „Klimaschutzgebot“.³⁹

IV. Offene Stellen im Bewirtschaftungsmodell

Wenn es richtig ist, das Konstrukt des BVerfG als auf dem Weg zu einem Bewirtschaftungsmodell befindlich zu bestimmen, lohnt es sich, offene Stellen zu benennen und Schließungen vorzuschlagen.⁴⁰ Wegen der globalen Natur des Klimas sind dabei mehrere Ebenen ins Auge zu fassen, beginnend mit der internationalen und endend mit derjenigen der einzelnen Emittenten. Ein Problem ist bereits die Identifizierung der Ressource,⁴¹ die bewirtschaftet werden soll. Allgemein wird auf ein verfügbares Emissionsbudget rekurriert. Das stimmt mit dem Ansatz der Klimarahmenkonvention überein. Nach deren Art. 2 ist „die Stabilisierung der Treibhausgaskonzentrationen in der Atmosphäre auf einem Niveau zu erreichen, auf dem eine gefährliche anthropogene Störung des Klimasystems verhindert wird.“ Von diesem Niveau und seiner Sicherung in der Zeit hängt die Existenz der Ökosysteme und der natürlichen Lebensbedingungen des Menschen ab. Mit den Treibhausgasemissionen wird also ein wesentlicher Mechanismus des Klimasystems bearbeitet. Man hätte auch natürliche Lebensbedingungen

auswählen können, wie etwa gemäßigttes Wetter oder systemare Gleichgewichte im Verhältnis Mensch-Natur. Nur sind sie eher abhängige Variablen. Mit den Treibhausgaskonzentrationen trifft man effektiver eine dahinter stehende Ursache. Zudem lassen sich Emissionen und Konzentrationen von Treibhausgasen besser quantifizieren als Wetterbedingungen und systemare Kreisläufe. Dies erleichtert den Aufbau eines Bewirtschaftungsregimes.

Grundrechtsdogmatisch sollte deutlich sein, dass mit der Energieverfügbarkeit nur eine Dimension der Grundrechte angesprochen ist. Es bleibt dabei, dass auch die andere Dimension, nämlich bestimmte natürliche Lebensbedingungen, weiter besteht und ausgearbeitet werden sollte. Die Schutzpflichten zur Bewirtschaftung der Treibhausgasemissionen begründen also nur ein Teilsystem, das mit Schutzpflichten im Hinblick auf Gesundheit und Wirtschaft kombiniert werden kann.⁴²

Da das Klimasystem eine globale Ressource darstellt, fügt es sich glücklich, dass es internationales Recht gibt, aus dem Maßstäbe der Bewirtschaftung hergeleitet werden können. Das internationale Recht muss dafür aber wirklich ausgelotet werden, was nicht immer geschieht. Die Kalkulation des globalen Budgets basiert auf Art. 2 Abs. 1 (a) PA mit seinen Aufwärmungsgrenzen.⁴³ Die vom BVerfG akzeptierte Obergrenze von 1,75°C lässt sich in der Tat als Quantifizierung des „well below 2°C“ ansehen. Möglichst 1,5°C einzuhalten wäre dagegen keine

Winter: Von der Bewahrung zur Bewirtschaftung(ZUR 2022, 215)

220

völkervertragsrechtlich basierte Pflicht; eine solche könnte aber auf die völkergewohnheitsrechtliche no-harm-rule oder auf Grundrechte gestützt werden.⁴⁴

Hinsichtlich der Verteilung des globalen Budgets auf die Einzelstaaten bietet Art. 2 Abs. 3 PA eine ganze Reihe von Kriterien auf, nämlich „equity“, „common but differentiated responsibility“, „respective capabilities“ und „different national circumstances“. Eine Priorisierung wird nicht vorgegeben. Bemerkenswert ist, dass nach dem PA die Staaten wohl nur für die jeweils von ihrem Territorium ausgehenden Emissionen verantwortlich sein sollen, nicht dagegen für diejenigen Emissionen, die von ihnen durch Importe (sog. scope 2) oder Exporte (sog. scope 3) veranlasst werden. Sie sind vor allem für Industriestaaten sehr umfangreich. Eine dies berücksichtigende Deutung des PA ist aber nicht ausgeschlossen.

Die genannten Zuteilungskriterien lassen sich zu zweierlei Berechnungsstrategien konkretisieren. Eine Strategie kann als „top down“ bezeichnet werden. Sie bestimmt die legitimen Anteile („fair shares“) der Staaten. Die andere fragt „bottom up“ nach dem Machbaren. Die beiden Strategien werden – in Kombination – auch vom Climate Action Tracker⁴⁵ angewendet, einem international bedeutsamen Instrument der Evaluierung der Klimaperformanz der Staaten.

„Fair shares“ leiten sich insbesondere aus den Prinzipien „equity“ und „common but differentiated responsibility“ ab. Im Vordergrund stehen dabei „pro Kopf“-Kriterien („per capita“). Wenn das BVerfG „pro Kopf“ ab 2020 rechnet, wählt es den für die BRD wohl günstigsten Weg. Kaum etwas wäre übrig, wenn „historisch pro Kopf“ gerechnet würde, weil dann die früheren Emissionen von einem entsprechend rückdatierten Budget abgezogen werden müssten.⁴⁶ Auszuscheiden ist dagegen „grandfathering“, d. h. die Fortsetzung des Prozentsatzes, den ein Staat seit Längerem in Anspruch genommen hat. Dies wäre mit „equity“ nicht vereinbar. Die BRD darf also mit ihrem ca. 1 % der Weltbevölkerung nicht weiterhin 2 % des Weltbudgets beanspruchen. Grundrechtlich und im Rahmen von Art. 20 a GG wäre zu fragen, ob sich aus der vom BVerfG akzeptierten extraterritorialen Schutzwirkung der Grundrechte Vorgaben zur Wahl zwischen „pro Kopf“ ab heute oder „historisch pro Kopf“ gewinnen lassen.

„Machbarkeit“ leitet sich vor allem aus den Prinzipien „respective capabilities“ und „different national circumstances“ ab. Das Kriterium verlangt, dass genaue Untersuchungen über das soziale, technische und ökonomische Einsparungspotential jedes einzelnen Staates und seiner einzelnen Emissionssektoren angestellt werden müssen.⁴⁷

Wenn sich aus diesen beiden Strategien unterschiedliche Budgets eines Staates ergeben, ist zu klären, welcher Wert maßgeblich ist oder ob ein Mittelwert gebildet werden soll. Der Climate Action Tracker kommt bei den Industriestaaten meist – und auch bei der BRD – zu dem Ergebnis, dass das „fair share“-Budget viel kleiner ist als das Machbarkeitsbudget. Das führt ihn aber nicht zur Mahnung, das kleinere Budget zu beachten, sondern soll dazu veranlassen, dass die Lücke durch Finanzierungspflichten der entwickelten gegenüber den sich entwickelnden Staaten geschlossen wird.⁴⁸

Wenn das „fair share“ eines Staates ermittelt ist, ist weiter zu präzisieren, wie es über die Zeit verteilt werden soll. Denkbar sind drei Arten von Degression: In einem konvexen (nach oben ausgebuchteten) Verlauf wird heute mehr verbraucht, so dass später drastisch gebremst werden muss; in einem linearen Verlauf werden die Emissionen jedes Jahr um denselben Prozentsatz reduziert; und im konkaven (nach unten gebuchteten) Verlauf werden sie jetzt drastisch reduziert, damit für die Zukunft noch etwas übrigbleibt. Der konvexe Verlauf ist deutlich unklug und wurde vom BVerfG ja auch zurückgewiesen, weil er das Einsparungsproblem in die Zukunft verschiebt. Aber auch der lineare Verlauf ist riskant, weil er, da die Gesamtmenge feststeht, bereits vor 2030 oder sehr bald danach enden könnte.⁴⁹

Steht das Budget des Staates fest,⁵⁰ geht es weiter um die Aufteilung auf die einzelnen Emissionssektoren und Emittenten. Dieses Problem verweist das BVerfG in die Zuständigkeit des Gesetzgebers. Dieser ist aber trotzdem mit weiteren Grundrechtsfragen konfrontiert, und zwar vor allem von Seiten derjenigen, die sich gegen Emissionsbeschränkungen wehren. Sie sind exemplarisch im Emissionshandelssystem aufgeworfen worden. Wenn Emittenten weniger Emissionsrechte erhalten als bisher gewohnt, können sie einen Eingriff in ihre Freiheiten sowie Ungleichbehandlung gegenüber Konkurrenten geltend machen,⁵¹ und dies nicht nur wegen gegenwärtiger Beschränkungen, sondern nach dem neuen Konstrukt des BVerfG auch wegen der Vorwirkung zukünftiger Eingriffe.

Schwieriger ist die Grundrechtsslage der vom Klimawandel Betroffenen zu bestimmen. Diese sind durch übermäßige gegenwärtige Zuteilung von Emissionsrechten an Emittenten mittelbar geschädigt, weil ihre natürlichen Lebensbedingungen bedroht werden. Zudem sind sie im Wege der Vorwirkung in ihren Freiheitsrechten dadurch beeinträchtigt, dass in der Zukunft ihre Nutzung fossiler Energie beschränkt werden wird.

Dabei ähneln sich die Interessenten und Betroffenen immer mehr. Die gewohnte Frontstellung zwischen „Industrie“ und „Bürgern“ löst sich auf, weil alle Emittenten sind, seien sie Produzenten oder Konsumenten. Es geht im Bewirtschaftungsmodell darum, angesichts der Knappheit, der alle Personen ausgesetzt sind, Rechtfertigungen für unvermeidliche Differenzierungen zu finden. Dies bedeutet, dass gegenüber den

Winter: Von der Bewahrung zur Bewirtschaftung(ZUR 2022, 215)

221

Freiheitsrechten das Gebot der Gleichbehandlung, oder genauer der Begründbarkeit von Differenzierungen, als Maßstab hervortritt.

Die einzelnen Freiheiten werden dann nicht mehr für sich konturiert, sondern aus einem gemeinsamen, aber begrenzten Gut bedient.⁵²

Allerdings fragt sich dann, wer rügen könnte, dass er/sie gleichheitswidrig vernachlässigt worden ist. Es liegt nahe anzunehmen, dass dies vor allem Großemittenten sein werden. Angesichts dessen stellt sich die Frage nach der verfassungsrechtlichen Verbandsklage neu. Umweltverbände könnten Ungleichheiten im Interesse vieler Einzelner geltend machen. Vielleicht findet sich doch ein Weg durch bessere Interpretation des Art. 19 Abs. 3 GG.⁵³

C. Zusammenfassung

Das BVerfG hat dem Grundrechtsmodell der Bewahrung der natürlichen Ressourcen ein Modell der Bewirtschaftung solcher Ressourcen zur Seite gestellt. Dieses Modell drängt sich auf, weil das Klimasystem, das allgemeines und menschliches Leben ermöglicht, zu kollabieren droht. Die Qualität des Klimasystems ist wesentlich durch ein bestimmbares Niveau der Treibhausgaskonzentration determiniert, das wiederum von der Menge der Treibhausgasemissionen abhängt. Diese Menge wird durch Temperaturobergrenzen begrenzt. Damit werden Emissionsmöglichkeiten zur knappen Ressource. Sie werden nach bestimmten Kriterien in einem Mehrebenensystem an Emittenten zugeteilt. Dass dies geschehen muss, und zwar auf eine zukunftserschöpfende Weise, wird durch vorwirkende Freiheitsrechte der Betroffenen angestoßen. Die Aufteilung zwischen Emittenten wird mehr und mehr durch Gleichbehandlungsgrundsätze gerahmt werden. Dabei wird sich der Unterschied zwischen Emittenten und Betroffenen verwischen, weil alle zugleich Emittenten und Betroffene sind. Die Freiheitsrechte verwandeln sich dadurch in Grundpflichten klimabewussten Handelns. Wer nun „Ökodiktatur!“ ruft, beachte, dass Bewirtschaftungskonzepte bisher noch Inseln im allgemeinen Freiheitsraum sind, dass „der Staat“ bei uns nicht Diktator, sondern demokratisch legitimes (und fast zu mutloses) Organ der Gesellschaft ist, und dass Verbote (wie die Beschränkung der Emissionsmöglichkeiten) Kreativität in Gesellschaft, Technik und Wirtschaft freisetzen können, es anders zu machen.⁵⁴

Prof. Dr. Gerd Winter

Forschungsstelle für Europäisches Umweltrecht (FEU) der Universität Bremen

Aktuelle Veröffentlichungen: The Intergenerational Effect of Fundamental Rights: A Contribution of the German Federal Constitutional Court to Climate Protection, in: Journal of Environmental Law, 2022 Heft 1; open access via <https://doi.org/10.1093/jel/eqab035>; Not fit for purpose. Prinzipielles über die Klagebefugnis vor den EU-Gerichten in bedrohlichen Zeiten, in: Europarecht Heft 3 (i.E.); Problems and Solutions of Access to Genetic Resources and Benefit Sharing: A Theoretical Perspective – Part I, II, 17/1 Law, Environment and Development Journal (2021): 72; open access via <http://www.lead-journal.org/content/a1705.pdf> und a 1706.

¹ Beschluss des Ersten Senats v. 24.3.2021 1 BvR 2656/18 u. a.

² Zu den Einzugskreisen der Verfassungsinterpretation immer noch anregend *Häberle*, JZ 1975, S. 297-305.

³ Beschluss der Ersten Kammer v. 18.1.2022, 1 BvR 1565/21 u. a.

⁴ Ich beschränke mich auf die Ausführungen des Beschlusses über die allgemeine Grundrechtsdogmatik. Für einen Kommentar zur Anwendung auf die Landesgesetzgebung fühle ich mich nicht ausreichend vorbereitet.

⁵ *Peel/Osofsky*, TEL 2018, 37.

⁶ Zu einer anderen Sichtweise s. unten.

⁷ Ob es ein eigenes Grundrecht auf ein ökologisches Existenzminimum gibt oder ob dieses nur ein Unterfall des Untermaßverbots ist, blieb offen.

⁸ So bereits *Winter*, JEL 2022 Heft 1. Als free advance publication aufrufbar unter <https://doi.org/10.1093/jel/eqab035>.

⁹ Als prozessrechtliche Facette sei angemerkt, dass das Gericht das eigentliche Antragsziel der Antragsteller umgedeutet hat. Sie wollten bessere Klimabedingungen und erhielten bessere Bedingungen der Energienutzung. Dies lag jedoch im Rahmen der Befugnis des Gerichts, weitere Grundrechte aufzurufen (Senatsbeschluss, Rn. 152), ist aber für zukünftige Klagen bemerkenswert.

¹⁰ Senatsbeschluss, Rn. 219; vgl. *IPCC*, Special Report, Global Warming of 1.5 °C, 2018, Chapter 2, S. 108, Tab. 2.2; *SRU*, Für eine entschlossene Umweltpolitik in Deutschland und Europa, Umweltgutachten 2020, S. 52.

¹¹ *Wegener*, NJW 2022, 425.

¹² *Wegener*, NJW 2022, 426.

¹³ *Wegener*, NJW 2022, 427.

¹⁴ *Calliess*, VerfBlog, 2021/5/25, <https://verfassungsblog.de/elfesrevisited/>; *Calliess*, ZUR 2021, 355; *Faßbender*, NJW 2021, 2085.

¹⁵ *Murswiek*, Die staatliche Verantwortung für die Risiken der Technik, 1985, S. 91-99.

¹⁶ BVerfG, Beschluss v. 26.3.1998 – 1 BvR 180/88, Rn 17.

¹⁷ Für die EU-Ebene *Winter*, ZUR 2019, 259 (261). Gleiches gilt für die nationale Ebene. Denn auch das KSG und ähnlich das BEHG sind Beispiele für den neuen Typus des Zuteilungsmodus.

¹⁸ *Rutloff/Freihoff*, NVwZ 2021, 917 (918); *Möllers/Weinberg*, JZ 2021, 1069 (1073).

¹⁹ Vgl. vor allem Rn. 37 des Senatsbeschlusses.

²⁰ Um es – aus meiner Sicht – an einem Beispiel zu demonstrieren: Dazu gehört auch das Grundrecht auf Gesundheit, nur eben nicht in seiner Erstreckung auf gesunde Umwelt, sondern soweit seine Ausübung Energie verbraucht wie z. B. durch Heizung, sportliche Betätigungen, aber auch Daseinsvorsorge durch Schulen oder Krankenhäuser.

²¹ S. dazu das Sondervotum von *Grimm* zur Entscheidung BVerfGE 80, 136 (Reiten im Walde), S. 164 (166 f.).

²² Senatsbeschluss. Rn. 142. Ebenso *Möllers/Weinberg*, JZ 2021, 1069 (1072).

²³ Kammerbeschluss, Rn. 11.

²⁴ *Berkemann*, DÖV 2021, 701 (713-714).

²⁵ Kammerbeschluss, Rn. 10 a. E.

²⁶ *Ladeur*, Freiheit als Anspruch auf staatliche Lenkung? FAZ v. 6.5.2020, S. 7.

²⁷ Kammerbeschluss, Rn. 10.

²⁸ *Ekardt/Heß*, ZUR 2021, 579 (580); *Ekardt/Heß/Wulff*, EurUP 2020, 212 (214 f.).

²⁹ Zu entsprechenden Vorschlägen zusammenfassend *Calliess*, ZUR 2021, 321 und rechtsvergleichend *Knox*, Report of the Special Rapporteur on the Issue of Human Rights Obligations Relating to the Enjoyment of a Safe, Clean, Healthy and Sustainable Environment (19 July 2018) UN-GA A 73/188., <https://undocs.org/A/73/188>.

³⁰ Vgl. *Franzius*, KritV 2021, 136 (155).

³¹ *Köck/Kohlrausch*, ZUR 2021, 610 (611).

³² Vgl. *Schmalenbach*, in: *Calliess/Ruppert* (Hrsg.), EUV/AEUV, 6. Aufl. 2021, Art. 216 AEUV, Rn. 28-32, m. w. N.

³³ EuGH, Rs. C-240/09 (Lesoochranarske), Rn. 32-34; EuGH, Rs. C-664/15 (Protect), ECLI:EU:C:2017:987, Rn. 54-58.

³⁴ S. dazu *Rajamani/Werksman*, Philosophical Transactions of the Royal Society A, 2018, 376: 20160458. open access unter <http://dx.doi.org/10.1098/rsta.2016.0458>.

³⁵ *Hofmann*, NVwZ 2021, 1587 (1589).

³⁶ Kammerbeschluss, Rn. 4.

37 *Calliess* (Fn. 14).

38 So *Volkmann* in seinem Kommentar zu *Calliess*, *VerfBlog* 2021/5/26.

39 Kammerbeschluss, Rn. 5 und 6.

40 S. zur Ausgestaltung von Bewirtschaftungsmodellen an Beispielen der Fischerei, der Luftreinhaltung und des Klimaschutzes *Winter*, *Rationing the Use of Common Resources: Problems of Design and Constitutionality*, in: Oliver/Prosser/Rawlings (Hrsg.), *The Regulatory State, Constitutional Implications*, 2010, S. 129-156. Zugänglich über <https://ssrn.com/abstract=2242855>. S. zur entsprechenden policy-Theorie *Knoepfel*, *Environmental Policy Analysis*, 2007, 429 ff., 465 ff.

41 Ressource kommt von *resurgere* (wiederaufrichten) und bezieht sich eigentlich auf regenerierbare Güter. Der Ausdruck wird aber allgemein für etwas verwendet, das verbraucht werden kann. Ich verwende den Ausdruck ebenfalls in diesem Sinn, aber man sollte sich der eigentlichen Bedeutung erinnern, um das Ziel des Umstiegs auf erneuerbare Ressourcen im Auge zu behalten.

42 Die Kammer scheint sich in diese Richtung zu bewegen, weil sie den Gedanken der Sicherung zukünftiger Freiheiten auch aus dem Schutzbereich der Art. 2 Abs. 2 Satz 1 GG und Art. 14 GG herleitet. Vgl. Kammerbeschluss, Rn. 5. Weiterführend der Vorschlag von Groß, *RuP* 2022, 6 ff., Art. 20 a GG in Verbindung mit Freiheitsrechten als Gebot der Intertemporalität nicht nur des Klima- sondern auch des sonstigen Natur- und Ressourcenschutzes anzusehen.

43 Die Temperaturobergrenzen werden in der Literatur häufig als Ziele (goals) angesprochen. Das ist missverständlich, weil sie ja möglichst gerade nicht erreicht werden sollen. Genauer handelt es sich um Grenzwerte (limits). Vgl. auch Art. 2 Abs. 1 (a) PA, der von „holding ... below“ spricht.

44 Zum klimarechtlichen Potential des Völkergewohnheitsrechts s. Frank, *NVwZ Extra* 11/2014, 1; Verheyen, *Climate Change Damage and International Law*, 2003, 223 ff.

45 Zugänglich über <https://climateactiontracker.org/>. Einen solchen Doppelansatz verfolgte auch die Klage im *Carvalho-Fall*, s. *Winter*, *ZUR* 2019, 259 (263 f.).

46 *Schlacke*, *NVwZ* 2021, 912 (916). Der *SRU* (Fn. 10) sagt dazu auf S. 51, Nr. 31: „Unter den Industriestaaten hat sich jedoch weitestgehend die Position etabliert, dass die historischen Emissionen in den zukünftigen Bemühungen zum Klimaschutz keine Berücksichtigung finden sollen.“ Das ist weder ein rechtliches Argument noch eine stimmige politische Begründung.

47 Als ein Beispiel für eine derartige Studie s. *Wuppertal Institut*, *CO2-neutral bis 2035: Eckpunkte eines deutschen Beitrags zur Einhaltung der 1,5-°C-Grenze*, Bericht, 2020.

48 *Climate Action Tracker, Methodology*, <https://climateactiontracker.org/>.

49 Vgl. *Winter*, *ZUR* 2019, 259 (264). Für den konkaven Verlauf spricht sich auch der *SRU* aus, s. a. a. O. (Fn. 10) S. 56, Nr. 39.

50 Das KSG setzt sich lediglich des Ziel der Klimaneutralität (Ausgleich Emissionen – Senken) in 2045, statt ein Budget zu Grunde zu legen. Erst durch ein Budget lässt sich aber feststellen, wie 2045 ohne zwischenzeitliche Temperaturüberschreitung erreichbar ist.

51 Beispiel für eine entsprechende gerichtliche Überprüfung sind die Urteile BVerfGE 118, 79-111 (Sachsen-Anhalt) und EuGH, Rs C-127/07 (Arcelor).

52 Ähnlich, aber ohne den Bewirtschaftungsgedanken, *Möllers/Weinberg*, *JZ* 2021, 1069 (1073). Über die Bedeutung von Klimaschutzplänen und -programmen als Zwischenstufe zwischen gesetzgeberischer Quotierung und Einzelentscheidungen s. *Schlacke*, *EurUP* 2020, 338 ff.

53 Ansatzstelle wäre Art. 19 Abs. 3 GG, der für Wirtschaftsunternehmen überzogen wird (Groß, *KJ* 2019, 76 ff.), aber für Umweltverbände noch unerschlossen ist (vgl. *Winter*, *JEL* 2022 Heft 1 (s. o. Fn. 8)).

54 Vgl. die entsprechenden Monita von *Ladeur*, *RuP* 2022, 1 ff.