
Junges Nachhaltigkeitsrecht

Halle (Saale) 2023

Jannis Bertling | Julius Bognitz | Clemens Dahlke | Luisa Eftger
Leonard Elste | Tonio Friedmann | Romy Klimke | Samuel Rehberger
Mika Westphahl | Leah Wetenkamp [Hrsg.]

Nachhaltigkeit im Wandel



Nomos

<https://doi.org/10.5771/9783748942115>, am 06.08.2024, 02:52:49
Open Access –  <https://www.nomos-elibrary.de/agb>



**JUNGES
NACHHALTIGKEITS
RECHT**

Junges Nachhaltigkeitsrecht

Halle (Saale) 2023

Jannis Bertling | Julius Bognitz | Clemens Dahlke | Luisa Eftger
Leonard Elste | Tonio Friedmann | Romy Klimke | Samuel Rehberger
Mika Westphahl | Leah Wetenkamp [Hrsg.]

Nachhaltigkeit im Wandel



Nomos

Gefördert durch den Publikationsfond der Martin-Luther-Universität Halle-Wittenberg.

Die Deutsche Nationalbibliothek verzeichnet diese Publikation in der Deutschen Nationalbibliografie; detaillierte bibliografische Daten sind im Internet über <http://dnb.d-nb.de> abrufbar.

1. Auflage 2024

© Die Autor:innen

Publiziert von
Nomos Verlagsgesellschaft mbH & Co. KG
Waldseestraße 3–5 | 76530 Baden-Baden
www.nomos.de

Gesamtherstellung:
Nomos Verlagsgesellschaft mbH & Co. KG
Waldseestraße 3–5 | 76530 Baden-Baden

ISBN (Print): 978-3-7560-0685-4

ISBN (ePDF): 978-3-7489-4211-5

DOI: <https://doi.org/10.5771/9783748936817>



Onlineversion
Nomos eLibrary



Dieses Werk ist lizenziert unter einer Creative Commons Namensnennung 4.0 International Lizenz.

Vorwort: Rechtsfortbildung in Zeiten planetarer Krisen – Ökologische Nachhaltigkeit operationalisieren¹

Nicht nur der Klimawandel, auch der immense Verlust der Artenvielfalt und die globale Umweltverschmutzung haben sich aus ihren fachspezifischen Nischen in das Zentrum der medialen und gesellschaftlichen Aufmerksamkeit bewegt. Kaum ein Tag vergeht, an dem uns aktuelle Nachrichten nicht an die großen planetaren Krisen – oder noch treffender, wie viele meinen: Katastrophen – erinnern. Es verwundert daher nicht, dass diese globalen Herausforderungen auch im Fokus des Forums Junges Nachhaltigkeitsrecht standen, welches vom 16. bis 17. Juni 2023 an der Martin-Luther-Universität in Halle (Saale) seine zweite Jahrestagung abgehalten hat. Welche potentiellen Lösungen das Nachhaltigkeitsrecht in Theorie und Praxis bereithält, wurden an den beiden Tagen nicht nur in Halle (Saale), sondern auch im Rahmen einer Debatte auf [Verfassungsblog.de](https://verfassungsblog.de) zur Diskussion gestellt.²

Hintergrund: Vom Brundtland-Bericht zu den SDGs

Für viele bedarf das Konzept der Nachhaltigkeit heutzutage kaum mehr einer theoretischen Einordnung. Das stetig wachsende Interesse am Nachhaltigkeitsdiskurs hat dafür gesorgt, dass die wegweisenden rechtspolitischen Dokumente, angefangen bei dem Brundtland-Bericht (1987) über das Drei-Säulen-Modell des Erdgipfels (1992) bis zur Agenda 2030 mit den 17 Nachhaltigkeitszielen (SDGs), weithin bekannt sind. Der Brundtland-Bericht (1987) unternahm eine erste Begriffsbestimmung, welche bis heute diskursleitend ist. Dort wird die nachhaltige Entwicklung definiert als „meeting the needs of the present without compromising the ability of future generations to

-
- 1 Bei dem Vorwort handelt es sich um eine überarbeitete Version des einführenden Beitrages von Romy Klimke, Clemens Dahlke und Leah Wetenkamp zur tagungsbegleitenden Debatte auf [Verfassungsblog.de](https://verfassungsblog.de), vgl. *R. Klimke/ L. Wetenkamp/ C. Dahlke*, Rechtsfortbildung in Zeiten planetarer Krisen: Ökologische Nachhaltigkeit operationalisieren, *VerfBlog*, 2023/6/16, <https://verfassungsblog.de/rechtsfortbildung-in-zeiten-planetarer-krisen/>.
 - 2 Alle Beiträge zur Debatte „Nachhaltigkeit in Zeiten planetarer Krisen“ sind abrufbar unter: <https://verfassungsblog.de/category/debates/nachhaltigkeit-in-zeiten-planetarer-krisen-debates/>.

meet their own needs". Eine wesentliche und bis heute grundlegende Ausdifferenzierung hat der Nachhaltigkeitsbegriff seither durch das Drei-Säulen-Modell erfahren, welches die Gleichrangigkeit von sozialen, wirtschaftlichen und ökologischen Belangen betont.³ Entwickelt wurde dieses Modell von der internationalen Staatengemeinschaft, um den komplexen „Ungleichzeitigkeiten der wirtschaftlichen Entwicklung“ zwischen Entwicklungs-, Schwellen- und Industrieländern Rechnung zu tragen.⁴ Denn nur auf diesem Wege könnten die vielfältigen Umweltauswirkungen der sozial-ökonomischen Diskrepanzen zwischen Industriestaaten und Entwicklungsländern einzelfallgerecht verortet und die Frage nach der „ökologischen Gerechtigkeit“ gestellt werden. Mit der Agenda 2030 hat sich die internationale Staatengemeinschaft auf Wirtschaft, Soziales und Umwelt als die drei tragenden und gleichrangigen Säulen für die Erreichung der 17 Nachhaltigkeitsziele (SDGs) verständigt. Dass Nachhaltigkeit insbesondere im Brundtland-Bericht noch als vorrangig ökologische Nachhaltigkeit im Sinne der „Erhaltung der Integrität ökologischer Systeme“ verstanden wurde, wird dabei häufig übersehen.⁵

Die drei Säulen der Nachhaltigkeit im Recht

Das Drei-Säulen-Modell wird zunehmend auch in jüngeren Rechtstexten gespiegelt. Die Europäische Union hat sich spätestens mit dem Vertrag von Lissabon nachhaltige Entwicklung „in Bezug auf Wirtschaft, Gesellschaft und Umwelt“ als grundlegende Zielsetzung auf die Fahnen geschrieben.⁶ Noch genauere Begriffsbestimmungen finden sich beispielsweise in den sog. Freihandelsabkommen der neuen Generation der EU. Im Freihandelsabkommen zwischen der EU und Neuseeland wird nachhaltige Entwicklung definiert als „economic development, social development and environmental protection, all three being interdependent and mutually reinforcing“ (Art. 19.1 Abs. 2 EU-Neuseeland-FTA).

Die so skizzierte Multidimensionalität und -funktionalität des Nachhaltigkeitsbegriffs erweist sich jedoch zunehmend als ein ökologisches Problem.

3 Vgl. eingehend A.-C. *Mittwoch*, Nachhaltigkeit und Unternehmensrecht, Tübingen 2022, S. 17ff.

4 Vgl. W. *Berg*, Nachhaltigkeit und Umweltstaat, in: W. Kahl (Hrsg.), Nachhaltigkeit als Verbundbegriff, Tübingen 2008, S. 434.

5 M. *Schröter*/K. *Bosselmann*, Die Robbenklage im Lichte der Nachhaltigkeit, ZUR 2018, 195 (203), vgl. auch *Mittwoch*, Nachhaltigkeit und Unternehmensrecht (Fn. 3), S. 31.

6 Art. 3 Abs. 3 UAbs. 1 und Art. 21 Abs. 2 lit. d) EUV.

Das gegenwärtig herrschende Drei-Säulen-Modell schließt eine Konvergenz der jeweils verfolgten Zielsetzungen zwar nicht aus. Oft genug aber kommt es zu Zielkonflikten, welche zulasten der ökologischen Dimension aufgelöst werden. Ein „schwaches“ Nachhaltigkeitsverständnis suggeriert, dass sich Verluste des „Naturkapitals“ in gewissem Maße durch technologische und wirtschaftliche Fortschritte ausgleichen lassen, und trägt so *de facto* häufig zu einer Nachrangigkeit ökologischer Belange gegenüber sozialen, technischen und ökonomischen Zielsetzungen bei.⁷ In der gegenwärtigen Zeit multipler Krisen wird allzu oft deutlich, dass es der ökologischen Nachhaltigkeit in diesem Gefüge an normativer Kraft fehlt. Politische Entscheidungen, wie die Senkung der Energiesteuer auf Kraftstoffe („Tankrabatt“) im Sommer 2022 und die Aufweichung der CO₂-Sektorziele im Klimaschutzgesetz, deren Vereinbarkeit mit dem Klimabeschluss des Bundesverfassungsgerichts gegenwärtig zumindest bezweifelt werden kann,⁸ wären womöglich unter den Vorzeichen einer starken Nachhaltigkeit anders ausgefallen. Denn die planetaren Krisen lassen sich nicht isoliert denken, sondern bedrohen alle Lebensbereiche gleichzeitig und gleichermaßen.

Von der Gleichrangigkeit zum Vorrang der ökologischen Nachhaltigkeit

Jüngere Forschungsergebnisse kommen zu dem Schluss, dass Umweltverschmutzung, Biodiversitätsverlust und Klimawandel die Erreichung von 80 Prozent aller UN-Nachhaltigkeitsziele und -unterziele gefährden.⁹ Das Stockholm Resilience Center hat bereits 2016 vorgeschlagen, die vier ökologischen Ziele der SDGs zur Grundlage der übrigen wirtschaftlichen und sozialen Ziele zu erklären.¹⁰ In vergleichbarer Weise haben Rakhyun Kim und Klaus Bosselmann aus einer völkerrechtlichen Perspektive zugunsten einer Hierarchisierung der SDGs argumentiert, im Rahmen derer die ökologische

7 Vgl. z.B. D. Czybulka, Die Ökologiepflichtigkeit der Eigentümer natürlicher Lebensgrundlagen, EurUP 1/2021, 2 (5).

8 So J.-L. Wiedmann, Vorwärts in die klimapolitische Vergangenheit: Zur „Weiterentwicklung“ des Klimaschutzgesetzes durch die Ampel-Koalition, VerfBlog, 2023/3/30, <https://verfassungsblog.de/vorwärts-in-die-klimapolitische-vergangenheit/>, DOI: 10.17176/20230330-195213-0.

9 Vgl. I. Andersen, The triple planetary crisis: Forging a new relationship between people and the earth, 14.7.2020, abrufbar unter: <https://www.unep.org/news-and-stories/speech/triple-planetary-crisis-forging-new-relationship-between-people-and-earth>.

10 Mehr Informationen unter <https://www.stockholmresilience.org/research/research-news/2017-02-28-contributions-to-agenda-2030.html>.

Integrität zur Grundnorm wird.¹¹ Damit wird der Gedanke aus der Frühphase des internationalen Nachhaltigkeitsdiskurses, ökologische Nachhaltigkeit als vorrangiges Leitprinzip zu verstehen, wieder aufgegriffen. Es geht darum, einen „ökologisch neuformulierten Vorbehalt[...] und Vorrang des Rechts (Rule of Law for Nature)“¹² zu statuieren:

*„Genauso wie die natürlichen Wachstums- und Regenerationsintervalle des Waldes dem Holzeinschlag Grenzen setzen, müssen sich sozioökonomische Bedürfnisse im Zweifel dem Erhalt der für das Erdsystem essentiellen Umweltgüter unterordnen“.*¹³

De constitutione lata hat dieser Gedanke in der Verfassung von Ecuador (2008) Gestalt angenommen. Dort heißt es in Art. 395 Abs. 4:

„In Zweifelsfällen über den Anwendungsbereich von Rechtsvorschriften in Umweltangelegenheiten sind diese in dem für den Naturschutz günstigsten Sinne anzuwenden“.

Ein anderer, verwandter Vorschlag, den Andreas Buser im Rahmen der Debatte auf dem Verfassungsblog diskutierte, ist die verfassungsrechtliche Konturierung der ökologischen Nachhaltigkeit durch die Aufnahme der planetaren Grenzen in das Grundgesetz.¹⁴

Nachhaltigkeit vor die Klammer ziehen

Um ökologische Nachhaltigkeit wirksam im Recht zu verankern, kann es natürlich nicht genügen, sich auf allgemeingültige Grundprinzipien zu verständigen. Damit das Recht in seiner alltäglichen Auslegung und Anwendung nachhaltige Entscheidungen und Verhaltensweisen befördern kann, bedarf es eines tiefgreifenden Mainstreamings von Nachhaltigkeitsbelangen in alle Teilbereiche des Rechts. Nachhaltigkeit muss intradisziplinär operationalisiert werden. Dazu gehört sowohl, das jeweilige rechtsgebietspezifische Nachhaltigkeitsverständnis in der Fachliteratur als auch in der Rechtspraxis

11 Vgl. R.E. Kim/ K. Bosselmann, Operationalizing Sustainable Development: Ecological Integrity as a Grundnorm of International Law, RECIEL 24 (2015), 194 (198ff.).

12 Schröter/Bosselmann, Robbenklage (Fn. 5), 204.

13 J.-E. Schirmer, Nachhaltigkeit in den Privatrechten Europas, ZEuP 2021, 35 (38 f.).

14 A. Buser, Von der Nachhaltigkeit zur Resilienz und einem planetaren Grundgesetz, VerfBlog, 2023/6/20, <https://verfassungsblog.de/von-der-nachhaltigkeit-zur-resilienz-und-einem-planetaren-grundgesetz/>, DOI: 10.17176/20230620-231017-0.

offenzulegen als auch konkrete Handlungsanweisungen und Bewertungsmaßstäbe zu entwickeln.¹⁵ In der Operationalisierung der Nachhaltigkeit liegt die vielleicht größte Herausforderung der kommenden Jahre. Die Europäische Union hat u.a. mit neuen Vorschriften zur Nachhaltigkeitsberichterstattung¹⁶ und nachhaltigkeitsbezogenen Offenlegungspflichten von Unternehmen im Finanzdienstleistungssektor¹⁷ wichtige erste Schritte in diese Richtung unternommen. Darüber hinaus liegt ein Vorschlag der Europäischen Kommission für eine Richtlinie zur nachhaltigen Gestaltung von Lieferketten und Geschäftsleiterpflichten vor.¹⁸ Der Richtlinienvorschlag wird seit Juni 2023 im Trilog zwischen den europäischen Institutionen verhandelt und soll noch im selben Jahr verabschiedet werden.

Für weitere Rechtsgebiete, wie das Wirtschaftsstrafrecht, Verbraucherschutzrecht und Gesellschaftsrecht, zeigen Vertreter*innen aus dem Forum Junges Nachhaltigkeitsrecht *de lege ferenda* Rahmenbedingungen einer nachhaltigen Gesellschaft auf.¹⁹ Auch in anderen Rechtsdisziplinen wurden bereits Bedarfe nach nachhaltigkeitsbezogenen Reformanstrengungen identifiziert und entsprechende Vorschläge unterbreitet.²⁰

Der Fokus auf die ökologische Nachhaltigkeit soll hierbei nicht den Blick dafür verstellen, dass in der Rechtswirklichkeit insbesondere die sozialen und wirtschaftlichen Entwicklungen über Fortschritt oder Stillstand in rechtspolitischen Prozessen in Reaktion auf die planetaren Krisen entscheiden können. Die individuelle Bereitschaft, Umwelt- und Klimaschutzmaßnahmen

15 Vgl. A. Vorfelder, Rechtsfragen einer nachhaltigen Forstwirtschaft, Tübingen 2022, S. 74.

16 Richtlinie (EU) Nr. 2022/2464 vom 14. Dezember 2022 zur Änderung der Verordnung (EU) Nr. 537/2014 und der Richtlinien 2004/109/EG, 2006/43/EG und 2013/34/EU hinsichtlich der Nachhaltigkeitsberichterstattung von Unternehmen, ABl EU L 322/15.

17 Verordnung (EU) Nr. 2019/2088 vom 27. November 2019 über nachhaltigkeitsbezogene Offenlegungspflichten im Finanzdienstleistungssektor, ABl EU L 317/1.

18 Vorschlag für eine Richtlinie des Europäischen Parlaments und des Rates über die Sorgfaltspflichten von Unternehmen im Hinblick auf Nachhaltigkeit und zur Änderung der Richtlinie (EU) 2019/1937, 23.2.2022, COM/2022/71 final.

19 Vgl. L. Sommerer, Wirtschaftsstrafrechtliche Rahmenbedingungen einer nachhaltigen Gesellschaft?, RW 12 (2021), 119-147, sowie L. Beer, Das Konzept der gesellschaftsrechtlichen Vermögensbindung zur Förderung nachhaltigen Unternehmertums, in: R. Klimke/ L. Wetenkamp/ L. Eftger et. al. (Hrsg.), Nachhaltigkeitsrecht: Rechtliche Perspektiven aus Theorie und Praxis, Halle 2023, S. 117; K. Gelbrich, Verbraucherschutz vs. (ökologische) Nachhaltigkeit, in: R. Klimke/ L. Wetenkamp/ L. Eftger et. al. (Hrsg.), Nachhaltigkeitsrecht (Fn. 19), S. 101.

20 Vgl. z.B. für das Verwaltungsrecht M. Kment, Die Neujustierung des Nachhaltigkeitsprinzips im Verwaltungsrecht. Lückenschluss in der Nachhaltigkeitsdogmatik nach neuseeländischem Vorbild, Tübingen 2019.

mitzutragen, hängt nachweislich von der sozioökonomischen Situation einer Person ab. Nachhaltigkeitsorientierte Politik muss gerechtigkeitssensibel sein und vulnerable Gruppen in besonderem Maße berücksichtigen, wenn sie akzeptiert werden will.²¹ Andersherum ist bereits seit einiger Zeit klar, dass es „no jobs on a dead planet“ gibt, und so ist das effektive Zusammenführen von ökonomischer und sozialer Nachhaltigkeit eine weitere Kernherausforderung.²² Sie führt zu einer Vielzahl weiterer, hoch praxisrelevanter Fragen für das Nachhaltigkeitsrecht nicht nur in den Bereichen des Sozial- Arbeits- und Unternehmensrechts. Die intra- und intergenerational faire Gestaltung ökologisch transformativer Maßnahmen verlangt eine Auseinandersetzung mit den innersten Regeln der Demokratie, etwa der staatsorganisationsrechtlichen Frage nach der demokratischen Legitimation langfristig wirksamen Staatshandelns²³, oder den Regeln der juristischen Methodenlehre wie der (nachhaltigen) Auslegung von Normen²⁴.

Starke Nachhaltigkeit = ökozentrische Nachhaltigkeit?

Das Nachhaltigkeitsprinzip lässt sich nicht vollends zu Ende denken, wenn man es nur anthropozentrisch begreift. Seine Prämisse der Verschränkung und Interdependenz aller Lebensbereiche schließt die nicht-humane Mitwelt notwendigerweise ein – nach Ansicht einiger nicht lediglich aus einer zweckorientierten Perspektive, sondern aufgrund eines inhärenten Eigenwertes der Natur.²⁵ Die Transformation zu einer nachhaltigen Gesellschaft gelingt daher nicht ohne einen grundlegenden Wandel des Mensch-Natur-Verhältnisses, wie er auch von ökofeministischen Stimmen²⁶ gefordert wird. Es ist daher keinesfalls ein Widerspruch, sondern vielmehr eine sinnvolle

21 Vgl. A. Dechezleprêtre/ A. Fabre/ T. Kruse/ et. al., Fighting climate change: International attitudes toward climate policies, ECO/WKP(2022)15, OECD 2022, Rdn. 93.

22 Vgl. ETUC, No Jobs on a Dead Planet, 2023, abrufbar unter: <https://www.etuc.org/en/no-jobs-dead-planet>.

23 D. Schwarz, Demokratische Nachhaltigkeit als legitimationsnotwendiges Verfassungsprinzip, in: R. Klimke/ L. Wetenkamp/ L. Eftger et. al. (Hrsg.), Nachhaltigkeitsrecht (Fn. 19), S. 127.

24 N. Brück, Normen nachhaltig auslegen?, in: R. Klimke/ L. Wetenkamp/ L. Eftger et. al. (Hrsg.), Nachhaltigkeitsrecht (Fn. 19), S. 59.

25 Schröter/Bosselmann, Robbenklage (Fn. 5), 203.

26 Vgl. C. Heinzl, Der Schutz von Mutter Erde - eine feministische Kritik am Nachhaltigkeitsprinzip im internationalen Recht, in: R. Klimke/ L. Wetenkamp/ L. Eftger et. al. (Hrsg.), Nachhaltigkeitsrecht (Fn. 19), S. 73.

Ergänzung des Nachhaltigkeitsdiskurses, wenn in den folgenden Beiträgen auch die Forderung nach der Anerkennung von Eigenrechten der Natur und einer neuen Kommunikations- und Mediationskultur mit der natürlichen Mitwelt anklingt.²⁷

Diskursräume für eine nachhaltige Rechtsfortbildung schaffen

Obwohl heutzutage ein breiter Konsens über Nachhaltigkeit als generelle politische Zielsetzung besteht, befindet sich das Recht selbst noch am Anfang eines Findungs- und Transformationsprozesses, dessen Leitplanken und Werkzeuge teilweise überhaupt erst entwickelt werden müssen. Es ist ein zentrales Anliegen des Forums Junges Nachhaltigkeitsrecht, zur Entwicklung dieses Instrumentenkastens beizutragen. Die Ideen und Vorschläge, die im Rahmen dieser Debatte folgen, sind durch ein gemeinsames Anliegen verbunden: Diskursräume - in und jenseits von Halle (Saale) - für eine nachhaltige Rechtsfortbildung zu öffnen und mit den Mitteln des Rechts auf eine Transformation zu einer nachhaltigen Gesellschaft hinarbeiten.

Für die Unterstützung sowohl bei der Tagung als auch bei der Erstellung dieses Tagungsbandes möchten wir uns insbesondere bei den Lehrstühlen (und den dahinter stehenden Teams) von Prof. Dr. Christian Tietje, Prof. Dr. Anne-Christin Mittwoch und Jun.-Prof. Dr. Lucia Sommerer, LL.M. (Yale) bedanken.

*Jannis Bertling
Julius Bognitz
Clemens Dahlke
Luisa Eftger
Leonard Elste
Tonio Friedmann
Romy Klimke
Samuel Rehberger
Mika Westphahl
Leah Wetenkamp*

27 C. Duhnkrack, Mit der Spree verhandeln: Neue Grundlagen für nachhaltige Konfliktlösungsverfahren, in: R. Klimke/ L. Wetenkamp/ L. Eftger et. al. (Hrsg.), Nachhaltigkeitsrecht (Fn. 19), S. 93.

Inhaltsverzeichnis

Franziska Berg

Nachhaltigkeit vor Gericht:
Die Rolle zukünftiger Generationen in der Rechtsprechung 15

Jannis Krüßmann

Klimaschadens- und Anpassungskosten als doppelte Belastung
künftiger Gesetzgeber und Generationen 33

Andreas Buser

Nachhaltigkeit durch Informiertheit?
Zur Rolle des aufgeklärten Individuums in Prozessen der
Nachhaltigkeitstransformation 45

Nora Brück

Normen nachhaltig auslegen? 59

Carolin Heinzl

Der Schutz von Mutter Erde
– eine feministische Kritik am Nachhaltigkeitsprinzip im
internationalen Recht 73

Charlotte Duhnkrack

Mit der Spree verhandeln:
Neue Grundlagen für nachhaltige Konfliktlösungsverfahren 93

Katharina Gelbrich

Verbraucherschutz vs. (ökologische) Nachhaltigkeit 101

Lisa Beer

Das Konzept der gesellschaftsrechtlichen Vermögensbindung zur
Förderung nachhaltigen Unternehmertums 117

Inhaltsverzeichnis

David Schwarz

Demokratische Nachhaltigkeit als legitimationsnotwendiges
Verfassungsprinzip 127

Sarah Legner

„Grüne Kartelle“
– Nachhaltigkeitsvereinbarungen im EU-Kartellrecht 147

Leonie Heuer

Hoffnungsträger Europäisches Beihilfenrecht
– Antrieb oder Bremse für eine nachhaltige Zukunft Europas? 167

Justus Duhnkrack

Ökologische Nachhaltigkeit in der öffentlichen Kulturförderung 189

Nina Schrott

Mehr Nachhaltigkeit durch Strafrecht?
Zu Aspekten der Nachhaltigkeit im Strafrecht *de lege lata*
und *de lege ferenda* sowie zur Tauglichkeit des Strafrechts als
Steuerungsinstrument 207

Jennifer Grafe

Zur nachhaltigen Gestaltung des Strafvollzugs 225

Anhang: Flyer zum Veranstaltungsprogramm 245

Stichwortverzeichnis 249

Nachhaltigkeit vor Gericht: Die Rolle zukünftiger Generationen in der Rechtsprechung

Franziska Berg

Weil Nachhaltigkeit ein multidimensionales und multifunktionales Konzept ist,¹ ist es mitunter rechtlich schwer greifbar. Dennoch beschäftigt eine zentrale Dimension der Nachhaltigkeit, die intergenerationelle Gerechtigkeit (A.), vermehrt Verfassungs- und Höchstgerichte weltweit. Dabei sind auch die mit der intergenerationellen Gerechtigkeit unmittelbar verbundenen Fragestellungen rund um die Verantwortung für und Rechte von zukünftigen Generationen nicht ohne rechtliche Herausforderungen (B.). Philosophische Problemstellungen wirken sich auf Ansätze der Verrechtlichung aus. Überdies lässt sich ein Rechtskonzept zukünftiger Generationen nicht ohne weiteres mit wesentlichen Grundvoraussetzungen menschenrechtlicher Rechtsschutzsysteme vereinbaren. Nachfolgend werden zwei gerichtliche Entscheidungen aufgegriffen, um aufzuzeigen, wie Gerichte mit derartigen konzeptionellen Schwierigkeiten umgehen und welche Lösungsansätze sie entwickeln (C.).

A. Verantwortung für zukünftige Generationen als Element der Nachhaltigkeit

Die Definition des bis heute diskursleitenden² Brundtland-Berichts aus dem Jahr 1987 macht die Verantwortung für zukünftige Generationen zu einem wesentlichen Element des Nachhaltigkeitsbegriffes. Der Bericht definiert dauerhafte bzw. nachhaltige Entwicklung als eine Entwicklung, die die Bedürfnisse der Gegenwart, der heutigen Generation, befriedigt, ohne zu riskieren, dass künftige Generationen ihre eigenen Bedürfnisse

1 Vgl. R. Klimke/L. Wetenkamp/C. Dahlke, Rechtsfortbildung in Zeiten planetarer Krisen, Verfassungsblog (16.6.2023), <https://verfassungsblog.de/rechtsfortbildung-in-zeiten-planetarer-krisen/> (zuletzt abgerufen am 3.11.2023).

2 U. Beyerlin, Sustainable Development, in: R. Wolfrum/A. Peters (Hrsg.), Max Planck Encyclopedia of Public International Law, Oktober 2013, Rn. 1.

nicht befriedigen können.³ Intergenerationelle Gerechtigkeit, also eine Verantwortungsbeziehung zu zukünftigen Generationen, steht damit im Mittelpunkt nachhaltiger Entwicklung.⁴ Die Rio-Erklärung über Umwelt und Entwicklung, welche aus der auf den Brundtland-Bericht folgenden Rio-Konferenz 1992 hervorging, schreibt beispielsweise fest, dass das Recht auf Entwicklung so verwirklicht werden muss, dass den Entwicklungs- und Umweltbedürfnissen der heutigen und der kommenden Generationen in gerechter Weise entsprochen wird.⁵ Zur weiteren Klärung und Konturierung des Nachhaltigkeitskonzeptes im Recht ist es hilfreich, sich das zentrale Element der Verantwortung für zukünftige Generationen genauer anzuschauen.⁶

B. Ansätze eines rechtlichen Konzeptes zukünftiger Generationen

I. Verrechtlichungstendenzen und ihre Grenzen

Ein international einheitliches Verständnis von einem Konzept zukünftiger Generationen gibt es nicht.⁷ Dennoch findet die Verantwortung der heutigen Generation gegenüber zukünftigen Generationen im internationalen Kontext regelmäßige Erwähnung. Insbesondere beginnend mit der Erklärung von Stockholm 1972 taucht der Begriff in internationalen Vertragstexten, Erklärungen und Berichten vor allem – aber nicht nur – im

-
- 3 V. Hauff (Hrsg.), *Unsere gemeinsame Zukunft. Der Brundtland-Bericht der Weltkommission für Umwelt und Entwicklung*, Greven 1987, S. 46.
 - 4 H. Ward, *What Should We Protect? Future Generations Institutions as Counterweights*, in: M.-C. Cordonier Segger/M. Szabó/A. Harrington (Hrsg.), *Intergenerational Justice in Sustainable Treaty Interpretation*, Cambridge et al.: Cambridge University Press 2021, S. 119 (120); E. B. Weiss, *Intergenerational Equity*, in: Wolfrum/Peters (Hrsg.), *Max Planck Encyclopedia* (Fn. 2), April 2021, Rn. 5.
 - 5 Grundsatz 3 der Rio Declaration on Environment and Development, 14.6.1992, UN Doc. A/CONF.151/26 (Vol. I).
 - 6 Als „Standard“ für die Verantwortung gegenüber zukünftigen Generationen sieht R. Abate wiederum das Konzept der nachhaltigen Entwicklung, was die Wechselbeziehung dieser beiden Konzepte verdeutlicht, s. R. Abate, *Climate Change and the Voiceless*, Cambridge et al.: Cambridge University Press 2020, S. 174 f.
 - 7 Report of the UN Secretary-General, *Intergenerational Solidarity and the Needs of Future Generations*, UN Doc. A/68/322, 15.8.2013, Rn. 36; Weiss, *Intergenerational Equity* (Fn. 4), Rn. 6.

Umweltbereich auf.⁸ Nach wie vor geschieht dies jedoch zumeist nicht in den operativen Vertragsbestandteilen.⁹ Dennoch gab es einige Vorstöße, wie einen Bericht des damaligen UN-Generalsekretärs *Ban Ki-moon* im Jahr 2013, der konkrete Vorschläge für institutionelle Regelungen zur Verankerung der Berücksichtigung von Interessen und Bedürfnissen zukünftiger Generationen auf UN-Ebene machte.¹⁰ Auch die Anerkennung eines Rechts auf eine saubere und gesunde Umwelt als Menschenrecht zunächst durch den UN-Menschenrechtsausschuss 2021 und im folgenden Jahr durch die UN-Generalversammlung ist mit dem Schutz der Interessen zukünftiger Generationen eng verknüpft.¹¹ Zuletzt sorgte insbesondere die Annahme einer Resolution durch die UN-Generalversammlung Ende März 2023 für Aufsehen, nach welcher der Internationale Gerichtshof beauftragt wird, ein Gutachten zu den völkerrechtlichen Verpflichtungen der Staaten betreffend den Klimawandel zu erstellen.¹² Der Gerichtshof wird darin ausdrücklich nach den Verpflichtungen zum Schutz zukünftiger Generationen und den daraus erwachsenden Rechtsfolgen gefragt.

Auf nationaler Ebene ist zu beobachten, dass der Begriff der zukünftigen Generationen in mehr und mehr Verfassungen weltweit auftaucht.¹³ Der überwiegende Teil der Verfassungstexte statuiert in diesem Zusammenhang eine Verpflichtung des Staates. Doch gibt es zunehmend Verfassungen, die

8 Vgl. Stockholm Declaration, Report of the United Nations Conference on the Environment, Stockholm, 5-16.6.1972, UN Doc. A_CONF.48_14_Rev.1; United Nations Framework Convention on Climate Change, 4.6.1992, 31 ILM 849 (1992), Artikel 3(1); UNESCO, Declaration on the Responsibilities of the Present Generations towards Future Generations, 12.11.1997; Report of the UN Secretary-General, Intergenerational Solidarity (Fn. 7).

9 *J. Anstee-Wedderburn*, Giving a Voice to Future Generations, *Australian Journal of Environmental Law* 2014, 37 (46); *S. Fülöp*, Future Generations Institutions to Implement International Obligations Towards Future Generations, in: *Cordonier Segger et al.* (Hrsg.), *Intergenerational Justice* (Fn. 4), S. 137 (139).

10 Report of the UN Secretary-General, Intergenerational Solidarity (Fn. 7), Rn. 62-67.

11 UN Human Rights Council, The human right to a clean, healthy and sustainable environment, UN Doc. A/HRC/RES/48/13, 18.10.2021; UN General Assembly, The human right to a clean, healthy and sustainable environment, UN Doc. A/RES/76/300, 1.8.2022.

12 UN General Assembly, Request for an advisory opinion of the International Court of Justice on the obligations of States in respect of climate change, UN Doc. A/RES/77/276, 4.4.2023.

13 Vgl. *R. Araújo/L. Koessler*, The Rise of the Constitutional Protection of Future Generations, *Legal Priorities Project Working Paper Series N° 7-2021*.

zukünftigen Generationen ausdrücklich Rechte zusprechen.¹⁴ In institutioneller Hinsicht bestehen ebenfalls vermehrt Bestrebungen, die Berücksichtigung der Interessen zukünftiger Generationen im politischen Prozess abzusichern. Dies wird vielfach für notwendig erachtet, weil es der an kurzen Wahlzyklen ausgerichtete politische Prozess in Demokratien nur unzureichend schafft, langfristige Interessen derjenigen, die noch nicht wählen dürfen bzw. noch nicht einmal geboren sind, angemessen zu berücksichtigen.¹⁵ Ausdruck dieser Bestrebungen sind beispielsweise die parlamentarische Kommission für zukünftige Generationen in Israel (2001-2006),¹⁶ der Ombudsmann für zukünftige Generationen in Ungarn,¹⁷ sowie der:die Kommissar:in für zukünftige Generationen und der *Well-being of Future Generations Act (2015)* in Wales.¹⁸

II. Konzeptionelle Schwierigkeiten

Dass es trotz dieser Entwicklungen nach wie vor kein einheitliches Verständnis eines rechtlichen Konzeptes zukünftiger Generationen gibt, geht insbesondere auf eine Vielzahl von konzeptionellen Schwierigkeiten zurück.¹⁹ Angefangen bei einem variierenden Begriffsverständnis,²⁰ entspringen die konzeptionellen Schwierigkeiten vor allem zugrundeliegenden philosophischen Debatten rund um intergenerationelle Gerechtigkeit und die Verantwortung für zukünftige Generationen (1.). Darüber hinaus zeigen

14 11 der 15 Verfassungen, die zukünftigen Generationen Rechte zusprechen, tun das erst seit den 2000er Jahren, *Araújo/Koessler*, Constitutional Protection (Fn. 13), S. 22 f.

15 *T. Stein*, Zum Problem der Zukunftsfähigkeit der Demokratie, in: B. Gesang (Hrsg.), *Kann Demokratie Nachhaltigkeit?*, Wiesbaden 2014, S. 47 (51 f.); *Abate*, Voiceless (Fn. 6), S. 45. Auch das BVerfG wies im Beschluss zum Klimaschutz auf dieses Defizit hin, BVerfGE 157, 30 (144 f.).

16 Für einen Überblick s. *S. Shoham/F. Kurre*, Institutions for a Sustainable Future, in: Cordonier Segger et al. (Hrsg.), *Intergenerational Justice* (Fn. 4), S. 332.

17 S. die Website des Ombudsmannes: <https://www.ajbh.hu/web/ajbh-en/the-role-of-the-ombudsman> (zuletzt abgerufen am 3.11.2023); *M. Szabó*, National Institutions for the Protection of the Interests of Future Generations, *E-Pública: Revista Electrónica de Direito Público* 2015, 6 (20 f.).

18 S. die Website des Commissioner: <https://www.futuregenerations.wales/about-us/future-generations-commissioner/> (zuletzt abgerufen am 3.11.2023); *A. Netherwood/A. Flynn*, Welsh Commissioner for Sustainable Futures, in: Cordonier Segger et al. (Hrsg.), *Intergenerational Justice* (Fn. 4), S. 411.

19 Vgl. a. *Anstee-Wedderburn*, Giving a Voice (Fn. 9), 61 ff.

20 *S. Caney*, Justice and Future Generations, *Annual Review of Political Science* 2018, 475 (476).

sich Herausforderungen bei der Vereinbarkeit eines möglichen Konzeptes mit Grundprinzipien menschenrechtlicher Rechtsschutzsysteme (2.).

1. Zentrale philosophische Debatten rund um intergenerationelle Gerechtigkeit²¹

Gerade in der zweiten Hälfte des letzten Jahrhunderts begannen Philosoph:innen sich – angesichts der langfristigen Konsequenzen des Verbrauchs natürlicher Ressourcen, Umweltzerstörung und des fortschreitenden Klimawandels – vermehrt mit intergenerationeller Gerechtigkeit zu beschäftigen.²² Sowohl bei Fragen nach moralischen als auch rechtlichen Verpflichtungen der heutigen Generation gegenüber zukünftigen Generationen stehen oftmals die Unterschiede zu der Verantwortung zwischen Menschen der gleichen Generation im Mittelpunkt.²³ Ganz maßgeblich ist dabei der Umstand, dass zukünftige Menschen heute noch nicht existieren. Teilweise wird daraus abgeleitet, dass ihnen deshalb keine Rechte²⁴ zugesprochen werden könnten. Zur Berücksichtigung ihrer Interessen bestünde gegenwärtig allenfalls eine moralische Verpflichtung.²⁵ Dagegen wird angeführt, dass zukünftige Generationen jedenfalls in Zukunft Rechte haben

-
- 21 Im Rahmen dieses Beitrags können die Debatten und Argumentationslinien keinesfalls vollständig oder umfassend abgebildet werden. Vielmehr werden einige Punkte hervorgehoben, die für die nachfolgende Analyse von besonderer Bedeutung sind. Eine Übersicht der wichtigsten Publikationen findet sich in *A. Gosseries/L. H. Meyer*, Introduction, in: *A. Gosseries/L. H. Meyer* (Hrsg.), *Intergenerational Justice*, Oxford: Oxford University Press 2009, S. 1.
- 22 *S. W. Beckerman*, The Impossibility of a Theory of Intergenerational Justice, in: *J. C. Tremmel* (Hrsg.), *Handbook of Intergenerational Justice*, Cheltenham/Northampton: Edward Elgar 2006, S. 53 (53). Als zentral gilt die auch die Gerechtigkeit zwischen Generationen behandelnde „theory of justice“ von *J. Rawls*, *Eine Theorie der Gerechtigkeit*, Frankfurt am Main 2006, insb. S. 319 ff.
- 23 *Gosseries/Meyer*, Introduction (Fn. 21), S. 2 f.; *Caney*, Justice (Fn. 20), 478-482. Die Frage der Gerechtigkeit innerhalb von Generationen war hingegen schon lange Inhalt philosophischer Auseinandersetzungen, s. *Beckerman*, Impossibility (Fn. 22), S. 53.
- 24 Wobei zu berücksichtigen ist, dass zwischen moralischen und kodifizierten Rechten zwar Überschneidungen, aber auch Unterschiede bestehen können, *J. C. Tremmel*, Establishing Intergenerational Justice in National Constitutions, in: *Tremmel* (Hrsg.), *Handbook* (Fn. 22), S. 187 (199 f.).
- 25 *W. Beckerman/J. Pasek*, Justice, Posterity and the Environment, Oxford: Oxford University Press 2004, S. 14-23; *Beckerman*, Impossibility (Fn. 22), S. 64 f.

werden.²⁶ Es sei möglich, ihre (zukünftigen) Rechte bereits heute zu verletzen, weil gegenwärtige Handlungen und Politik die Interessen zukünftiger Menschen erheblich beeinträchtigen können.²⁷

Mit dem Problem der Nicht-Existenz eng verbunden ist das sog. „Non-Identity-Problem“, welches auf *Derek Parfit* zurückgeht.²⁸ Es beruht auf der Abhängigkeit der Existenz spezifischer künftiger Menschen von den Entscheidungen und Handlungen der heute lebenden Menschen: Alle unsere Entscheidungen und Handlungen sind Voraussetzung für die Existenz einer spezifischen Gruppe von Menschen in der Zukunft.²⁹ Eine künftige Person könne nicht als durch eine Handlung geschädigt angesehen werden, wenn die Unterlassung dieser Handlung dazu geführt hätte, dass die konkrete Person bereits nicht geboren worden wäre.³⁰ Denn traditionell wird die Unabhängigkeit der Existenz der geschädigten Person als Individuum von der schädigenden Handlung vorausgesetzt.³¹ Zum Umgang mit diesem Problem werden verschiedene Ansätze diskutiert. Einige haben gemeinsam, dass sie weniger auf die einzelne, individuelle zukünftige Person abstellen, als auf allgemeine Merkmale von zukünftigen Personen, auf die „abstrakten“ Menschen, die zukünftig existieren werden.³² Andere setzen beim Schädigungsverständnis an: So wird beispielsweise mit einem Schwellenwert gearbeitet, der berücksichtigt, ob eine Person schlechter „dran ist“, als sie sein sollte.³³ Wird diese Schwelle, die in der Möglichkeit der Befriedigung von Grundbedürfnissen gesehen werden kann, nicht erreicht, so könne das als Schaden identifiziert werden.³⁴

26 *Tremmel*, National Constitutions (Fn. 24), S. 200.

27 *L. Meyer*, Intergenerational Justice, in: E. N. Zalta (Hrsg.), *The Stanford Encyclopedia of Philosophy*, 2021, § 2.1.

28 *D. Parfit*, *Reasons and Persons*, Oxford: Oxford University Press 1986, insb. Kapitel 16.

29 *D. Parfit*, Future People, the Non-Identity Problem, and Person-Affecting Principles, *Philosophy & Public Affairs* 2017, 118 (122 f.).

30 Bezogen auf das Problem der Treibhausgasemissionen, *J. Broome*, *Climate Matters*, New York: Norton 2012, S. 61-64.

31 *Meyer*, Intergenerational Justice (Fn. 27), § 3.1.

32 *Z. B. J. Reiman*, Being Fair to Future People, *Philosophy & Public Affairs* 2007, 69 (83-86); *C. Heyward*, Can the All-Affected Principle Include Future Persons?, *Environmental Politics* 2008, 625 (636-640).

33 *Z. B. Meyer*, Intergenerational Justice (Fn. 27), § 3.1. Auch *Parfit* selbst schlägt ein unpersönliches „principle of beneficence“ vor, vgl. *Parfit*, *Reasons* (Fn. 28), S. 360.

34 *Meyer*, Intergenerational Justice (Fn. 27), §§ 3.1 & 4.4.

Schwierig ist außerdem der Umgang mit Unsicherheit und fehlender Kenntnis von den in Zukunft bestehenden menschlichen Interessen, insbesondere wenn es um die entferntere Zukunft geht.³⁵ Die mangelnde Kenntnis der Wertvorstellungen und Präferenzen zukünftiger Generationen könne es erschweren, ihnen Rechte oder jedenfalls spezifische Interessen über die reine Existenz hinaus zuzuschreiben.³⁶ Zugleich könne aber davon ausgegangen werden, dass es bestimmte menschliche Kernanliegen und Grundbedürfnisse gebe, die auch zukünftige Generationen teilen.³⁷

2. Schwierigkeiten der Integration in menschenrechtliche Rechtsschutzsysteme

Die dargestellten philosophischen Problemstellungen wirken vielfach in die Sphäre der rechtlichen Konzeption fort. Daneben gibt es solche Schwierigkeiten, die vorrangig auf der Ausgestaltung menschenrechtlicher Rechtsschutzsysteme selbst beruhen.

In dem Zusammenhang geht es zum einen um *prozessrechtliche Fragen* rund um den Zugang zu Gerichten: (Wie) können die Interessen zukünftiger Generationen vor Gericht Gehör finden? Weil Personen zukünftiger Generationen gerade noch nicht existieren, können sie ihre Interessen nicht selbst vor Gericht vertreten. Anforderungen in Form von Klagebefugnis bzw. -berechtigung spielen hier eine Rolle, d.h. die Frage, wer unter welchen Bedingungen Klage vor einem Gericht erheben kann.³⁸ Regelmäßig wird die persönliche Betroffenheit des:der Kläger:in zur Geltendmachung einer Rechtsverletzung vorausgesetzt.³⁹ Jedenfalls im Kontext von Umweltrechten gibt es aber eine gewisse Tendenz, dass dieses Erfordernis aufgeweicht wird und Kläger:innen mitunter keine individuelle Betroffenheit geltend machen müssen.⁴⁰ Andere Ansätze wären die eines:einer rechtli-

35 *Caney*, Justice (Fn. 20), 481.

36 *Meyer*, Intergenerational Justice (Fn. 27), § 2.1.

37 *Caney*, Justice (Fn. 20), 481; ähnlich a. *Beckerman*, Impossibility (Fn. 22), S. 65 f.

38 *B. Lewis*, Protecting Environmental Human Rights for Future Generations, in: W. Barber/J. R. May (Hrsg.), *Environmental Rights in the Anthropocene*, Cambridge et al.: Cambridge University Press 2023, S. 31 (33).

39 Ebd.

40 Ebd., S. 33 f. Ein Beispiel ist das in Deutschland mit dem Umwelt-Rechtsbehelfsgesetz eingeführte Verbandsklagerecht, welches auf europarechtliche Vorgaben sowie die Aarhus-Konvention zurückgeht.

chen Vertreter:in.⁴¹ Abgesehen von sehr begrenzten Ausnahmen, wie sie beispielsweise für den ungarischen Ombudsmann für zukünftige Generationen vorgesehen sind, ist eine solche rechtliche Vertretung bislang nirgendwo gesetzlich verankert.⁴² Daher schließen Anforderungen an Klagebefugnis bzw. -berechtigung oftmals explizit auf den Schutz zukünftiger Generationen gerichtete Klagen aus.⁴³

Noch enger verknüpft mit zugrundeliegenden philosophischen Debatten sind Fragen des *materiellen Rechts*. Welche Rechte dienen vor allem (auch) dem Schutz zukünftiger Generationen? Sind diese – mit Blick auf langfristige Anliegen – justiziabel? Eine besonders deutliche intertemporale Perspektive weist das Recht auf eine gesunde Umwelt auf.⁴⁴ Ungeachtet seiner generellen – wenn auch rechtlich nicht bindenden – Anerkennung durch die UN-Generalversammlung im Jahr 2022 findet sich das Menschenrecht auf eine gesunde Umwelt jedoch keineswegs in allen nationalen Verfassungstexten oder Menschenrechtsverträgen.⁴⁵ Zudem kommen Staaten ihrer Schutzpflicht oft nur unzureichend nach sowie fehlt es vielfach an einer individuellen Durchsetzbarkeit.

Weiterhin sind der Geltendmachung zukünftiger, womöglich noch unkonkreter Rechtsverletzungen Grenzen gesetzt. Regelmäßig ist Voraussetzung, dass ein einklagbarer Schaden entweder tatsächlich eingetreten sein oder unmittelbar bevorstehen muss.⁴⁶ Und auch gerichtliche Abwägungen könnten bei der Frage danach an ihre Grenzen stoßen, welches Gewicht

41 Wie es bspw. unter Bezugnahme auf bereits rechtlich vorgesehene Vertretungskonstellationen im US-amerikanischen Eigentums- und Erbrecht vorschlägt: *D. Farber, Does the Future Have Standing?*, Legal Planet (7.2.2019), <https://legal-planet.org/2019/02/07/does-the-future-have-standing/> (zuletzt abgerufen am 3.11.2023).

42 Der ungarische Ombudsmann für zukünftige Generationen kann dem Kommissar für Grundrechte, welchem er als Stellvertreter zugeordnet ist, vorschlagen, sich an das Verfassungsgericht zu wenden, wenn er der starken Überzeugung ist, dass ein Gesetz gegen die Verfassung verstößt. Vgl. Gesetz Nr. CXI aus 2011 („The Ombudsman Act“), Abschn. 2(3) & 3(1e), verfügbar unter: <https://www.ajbh.hu/en/web/ajbh-en/act-cxi-of-2011> (zuletzt abgerufen am 3.11.2023).

43 *Lewis, Environmental Human Rights* (Fn. 38), S. 37.

44 So bereits *E. B. Weiss*, In *Fairness to Future Generations*, Tokyo: The United Nations Library 1989, S. 115.

45 Vgl. Note by the Secretary-General, Human rights obligations relating to the enjoyment of a safe, clean, healthy and sustainable environment, UN-Doc. A/73/188, 19.7.2018, Rn. 28-36 & 54.

46 *Lewis, Environmental Human Rights* (Fn. 38), S. 40.

den Interessen zukünftiger Generationen gegenüber den Interessen der heutigen Generation zukommen kann.⁴⁷

Dennoch setzen sich internationale, vor allem aber vermehrt Verfassungs- und nationale Höchstgerichte mit dem Rechtskonzept zukünftiger Generationen auseinander und müssen dieses dabei rechtlich konkretisieren.⁴⁸ Gerade im Bereich der sog. Klimaklagen spielen aufgrund minderjähriger oder junger Kläger:innen Fragen der Generationengerechtigkeit und das Konzept zukünftiger Generationen eine Rolle. Zwei gerichtliche Entscheidungen sollen im folgenden Abschnitt näher analysiert werden.

C. Der Beitrag von Gerichten zur rechtlichen Konkretisierung des Konzeptes zukünftiger Generationen

I. Inspirationsquelle für Klagen weltweit: Die Entscheidung des Obersten Gerichtshofes der Philippinen in *Oposa v. Factoran*

Die Entscheidung des Obersten Gerichtshofs der Philippinen aus dem Jahr 1993 erregte international einige Aufmerksamkeit.⁴⁹ Erstmals spielte die Frage der Klagebefugnis für zukünftige Generationen eine Rolle vor einem Höchstgericht.⁵⁰ Der Entscheidung lag die Sammelklage einer Gruppe von 44 Kindern zugrunde. Gerichtet gegen den damaligen philippinischen Umweltminister wollten sie erreichen, dass alle landesweit bestehenden Holzlizenzvereinbarungen aufzukündigen sind und keine neuen Lizenzen zur Abholzung philippinischer Wälder erteilt werden dürfen.⁵¹ Die Kläger:innen verwiesen auf die Folgen der Abholzung, wie massive Erosion, Dürre, Überschwemmungen, Aussterben von Flora und Fauna, aber auch das Verschwinden indigener Kulturen sowie die Verstärkung des Klimawandels, und beriefen sich auf eine Verletzung ihres verfassungsmäßigen Rechts auf

47 Zur Schwierigkeit der Abwägung, S. Caney, Climate Justice, in: Zalta (Hrsg.), Stanford Encyclopedia (Fn. 27), 2020, § 3.

48 Eine Übersicht über gerichtliche Verfahren, in denen das Konzept der zukünftigen Generationen eine Rolle gespielt hat, findet sich in Weiss, Intergenerational Equity (Fn. 4), R. 30-46.

49 Nachweise finden sich bei D. B. Gattmaytan, The Illusion of Intergenerational Equity, Georgetown International Environmental Law Review 2003, 457 (458, insb. Fn. 5).

50 T. Allen, The Philippine Children's Case, Georgetown International Environmental Law Review 1994, 713 (713); Abate, Voiceless (Fn. 6), S. 43.

51 Supreme Court of the Philippines, Minors Oposa v. Secretary of the Department of Environment and Natural Resources (DENR), 33 ILM 173 (1994), 30.7.1993.

eine ausgewogene und gesunde Ökologie.⁵² Dabei machten sie geltend, nicht nur ihre eigene Generation, sondern zugleich die noch ungeborenen, zukünftigen Generationen zu vertreten.⁵³

In seiner Entscheidung setzte sich das Gericht dann zum einen mit der *Frage eines einklagbaren Rechts auf eine gesunde Umwelt* auseinander. Erst 1987 hatten die Philippinen eine neue Verfassung erhalten und im Zuge dessen auch das Recht auf eine gesunde Umwelt aufgenommen.⁵⁴ In Artikel 2(16) ist festgeschrieben: „Der Staat schützt und fördert das Recht der Menschen auf eine ausgewogene und gesunde Ökologie im Einklang mit dem Rhythmus und der Harmonie der Natur.“⁵⁵ Weil sich diese Regelung nicht im „klassischen“ Grundrechtskatalog des Artikel 3 wiederfindet, sondern in Artikel 2, der betitelt ist mit „Declaration of Principles and State Policies“, war fraglich, ob diese Norm ein unmittelbar einklagbares Recht verleiht. Der Gerichtshof bejahte dies mit der Begründung, dass das Recht auf eine ausgewogene und gesunde Ökologie so grundlegend sei, dass es nicht einmal in der Verfassung geschrieben stehen müsse, weil es seit den Anfängen der Menschheit als gegeben angenommen werde.⁵⁶ Da es um nichts geringeres als die Selbsterhaltung gehe, könne aus der anderen systematischen Einordnung in der Verfassung nicht etwa folgen, dass das Recht weniger wichtig sei als die in Artikel 3 genannten Grundrechte.⁵⁷ Das Gericht erkannte somit das Recht auf eine ausgewogene und gesunde Ökologie als unmittelbar einklagbar an.⁵⁸

Zum anderen wandte sich der Gerichtshof der *prozessualen Frage* zu, ob die minderjährigen Kläger:innen in dem Verfahren nicht nur die Verletzung in eigenen Rechten geltend machen, sondern auch zukünftige Generationen vor Gericht vertreten konnten. Dies wurde ebenfalls bejaht: Die Richter:innen argumentierten mit dem „concept of intergenerational responsibility“.⁵⁹ Aus diesem ergebe sich, jedenfalls insoweit das Recht auf

52 Ebd., S. 177 f.

53 Ebd., S. 177.

54 *Gatmaytan*, Illusion (Fn. 49), 476.

55 The Constitution of the Republic of the Philippines (1987), eigene Übersetzung.

56 Supreme Court of the Philippines, *Minors Oposa* (Fn. 51), S. 187.

57 Ebd.

58 Dass das Recht auf eine ausgewogene und gesunde Ökologie damit gewissermaßen einen Sonderstatus gegenüber den anderen Regelungen des Artikel 2 der philippinischen Verfassung einnimmt, zeigt *E. B. Ristroph*, *The Role of Philippine Courts in Establishing the Environmental Rule of Law*, *Environmental Law Reporter News & Analysis* 2012, 10866 (10871 Fn. 77).

59 Supreme Court of the Philippines, *Minors Oposa* (Fn. 51), S. 185.

eine ausgewogene und gesunde Ökologie betroffen sei, die Befugnis im Namen der nachfolgenden Generationen zu klagen.⁶⁰ Das Konzept intergenerationeller Verantwortung spiegele sich in der verfassungsrechtlichen Regelung des Artikel 2(16), insbesondere in der Wendung „im Einklang mit dem Rhythmus und der Harmonie der Natur“, wider und sei auch in einfachgesetzlichen Regelungen, wie der Verwaltungsordnung des Landes von 1987,⁶¹ verankert. Zu diesem Rhythmus und dieser Harmonie zähle unter anderem die umsichtige Nutzung, Bewirtschaftung und Erhaltung der natürlichen Ressourcen des Landes mit dem Ziel, dass sie sowohl für die heutigen als auch für zukünftige Generationen in gerechter Weise zugänglich seien.⁶² Die Geltendmachung des Rechts auf eine gesunde Umwelt durch die minderjährigen Kläger:innen, so schlussfolgerte das Gericht, stelle gleichzeitig die Erfüllung ihrer Verpflichtung dar, den Schutz dieses Rechts für die kommenden Generationen zu gewährleisten.⁶³

II. Ein ökozentrischer Blick auf das Konzept: Die Entscheidung des Obersten Gerichtshofes Kolumbiens in *Generaciones Futuras v. Colombia*

2018 erging eine Entscheidung des Obersten Gerichtshofes Kolumbiens, die sich ausführlich mit dem Konzept zukünftiger Generationen beschäftigt. Die Entscheidung zeigt hierbei gleich für mehrere konzeptionelle Schwierigkeiten mögliche Lösungsansätze auf.

25 Kläger:innen im Alter zwischen 7 und 25 Jahren klagten gegen die kolumbianische Regierung, weil diese ihre Verpflichtung verletzt habe, die Abholzung im kolumbianischen Amazonasgebiet zu reduzieren. Die Verpflichtung zur Reduzierung der Nettoabholzungsrates auf null bis 2020 folge aus dem Pariser Klimaschutz-Abkommen sowie nationalen Regelungen.⁶⁴ Die Abholzung des Amazonas trägt maßgeblich zu den Treibhausgasemis-

60 Ebd.

61 Executive Order No. 292, Book IV of the Administrative Code of 1987, Title XIV (Environment and Natural Resources), Kap. I, Abschn. I. Dort ist ein gleichberechtigter Zugang für aktuelle wie zukünftige Generationen bei der Nutzung natürlicher Ressourcen festgeschrieben.

62 Supreme Court of the Philippines, *Minors Oposa* (Fn. 51), S. 185.

63 Ebd.

64 Corte Suprema de Justicia de Colombia, *Incremento de la deforestación en la Amazonia*, Radicación n.º 11001-22-03-000-2018-00319-01, 5.4.2018, S. 2 Rn. 2.2.

sionen des Landes bei.⁶⁵ Die Kläger:innen sahen ihre Grundrechte auf eine gesunde Umwelt, Leben, Nahrung und Wasser verletzt.⁶⁶

Anders als im Verfahren vor dem Obersten Gerichtshof der Philippinen klagten die Kinder und Jugendlichen hier nicht für zukünftige Generationen, sondern zum Schutz ihrer Grundrechte *als* zukünftige Generation.⁶⁷ Sie machten geltend, selbst im Zeitraum von 2041 bis 2070 erwachsen zu sein, wenn die durchschnittliche Jahrestemperatur voraussichtlich um 1,6 °C gestiegen sein wird.⁶⁸ In ihrer Entscheidung griffen die Richter:innen diesen Punkt auf und schlussfolgerten, dass *künftige Generationen, einschließlich der Kinder*, die diese Klage eingereicht haben, direkt vom Klimawandel und dem damit einhergehenden Temperaturanstieg betroffen sein werden, sofern die Abholzungsrate nicht tatsächlich auf null reduziert werde.⁶⁹

Bezogen auf die *materiell-rechtliche Frage* nach eigenen Rechten zukünftiger Generationen stellte der Gerichtshof fest, dass neben Tier- und Pflanzenarten auch die noch nicht geborenen Menschen in den Grundrechtsschutz einzubeziehen seien.⁷⁰ Die Umweltrechte zukünftiger Generationen („los derechos ambientales de las futuras generaciones“⁷¹) beruhten zum einen auf der ethischen Verpflichtung zur Solidarität der Spezies und zum anderen auf dem Eigenwert der Natur.⁷² Hieraus ließe sich ein verbindliches Rechtsverhältnis in Bezug auf jene Umweltrechte ableiten, welches die Handlungsfreiheit heutiger Generationen – gleich einem Unterlassen – einschränke. Implizit könne das Rechtsverhältnis zudem neue Belastungen mit

65 Climate Transparency Report, Colombia, 2020, verfügbar unter: <https://www.climate-transparency.org/wp-content/uploads/2021/01/Colombia-CT-2020.pdf> (zuletzt abgerufen am 3.II.2023).

66 S. die Klageschrift: Dejusticia, Petition: Tutela Cambio Climático, 29.I.2018, S. 35 (§ 2), verfügbar unter: <https://www.dejusticia.org/wp-content/uploads/2018/01/TutelaCambioClim%C3%A1tico.pdf?x54537&x54537&x54537> (zuletzt abgerufen am 3.II.2023).

67 Ebd.; L. Gómez-Betancur, The Rights of Nature in the Colombian Amazon, UCLA Journal of International Law and Foreign Affairs 2020, 41 (66 f.).

68 Corte Suprema de Justicia de Colombia, Deforestación (Fn. 64), S. 2 Rn. 2.2.

69 Ebd., S. 37 Rn. 11.2 („las futuras generaciones, entre ellos, los infantes que interponen esta salvaguarda“).

70 Ebd., S. 18 f. Rn. 5.2.

71 Auch an späterer Stelle spricht das Gericht ausdrücklich von subjektiven Rechten zukünftiger Generationen („los derechos subjetivos de las personas, de las generaciones presentes y futuras“), ebd., S. 22 Rn. 6.

72 Ebd., S. 18 f. Rn. 5.2-5.3.

sich bringen, und zwar bezogen auf den Erhalt natürlicher Ressourcen.⁷³ Hinsichtlich des begründungstragenden Prinzips der Solidarität bezogen sich die Richter:innen ebenfalls auf den Zugang zu den natürlichen Ressourcen der Erde. Zukünftige Generationen seien gleichermaßen als Empfänger:innen und Eigentümer:innen anzusehen;⁷⁴ das Gericht stellte hier – ähnlich wie schon der Oberste Gerichtshof der Philippinen – insbesondere auf die Solidarität zwischen Generationen ab. Darüberhinausgehend spiele die Solidarität unmittelbar mit der Natur eine Rolle.⁷⁵ Denn zum Aspekt des Eigenwerts der Natur erläuterte das Gericht, dass sich über eine rein anthropozentrische Perspektive hinaus verstärkt auf „ökozentrisch-anthropische“ Kriterien konzentriert werden müsse, die den Menschen – als Teil der Natur – auf eine Stufe mit dem Ökosystem stellen.⁷⁶ So erscheint es nicht zwingend, aber gleichsam durchaus konsequent, dass der Gerichtshof – unter Bezugnahme auf eine Entscheidung des kolumbianischen Verfassungsgerichts aus dem Jahr 2016, in welcher dieses dem Atrato-Fluss eigene Rechte zugesprochen und die Notwendigkeit eines Paradigmenwechsels hin zu einem ökozentrischen Rechtsschutzansatz stark gemacht hatte, –⁷⁷ den Amazonas als Rechtssubjekt anerkannte.⁷⁸

Die Frage der Einbeziehung und Absicherung der Interessen zukünftiger Generationen beschäftigte das Gericht auch im Rahmen des Rechtsfolgenausspruchs. So wies es die Regierung an, innerhalb von fünf Monaten nach der Entscheidung einen sog. „intergenerationellen Pakt für das Leben im kolumbianischen Amazonasgebiet“ zu erarbeiten.⁷⁹ Geschehen sollte dies unter aktiver Beteiligung der Kläger:innen, der betroffenen Gemeinden, wissenschaftlicher Organisationen oder Umweltforschungsgruppen und der interessierten Bevölkerung im Allgemeinen. Ähnlich hatten schon die Kläger:innen eine Verpflichtung der Regierung zum Abschluss eines Generationenvertrages („Acuerdo Intergeneracional“) über Maßnahmen zur Reduzierung der Entwaldung und der Treibhausgasemissionen sowie zur Anpassung an den Klimawandel und dessen Abschwächung beantragt.⁸⁰

73 Ebd., S. 21 Rn. 5.3.

74 Ebd., S. 20 Rn. 5.3.

75 Ebd., S. 21 Rn. 5.3.

76 Ebd., S. 20 f. Rn. 5.3.

77 Corte Constitucional de Colombia, *Tierra Digna y otros v Presidencia de la República y otros*, T-622 de 2016, Expediente T-5.016.242, 10.11.2016.

78 Corte Suprema de Justicia de Colombia, *Deforestación* (Fn. 64), S. 45 Rn. 14.

79 Ebd., S. 46 Rn. 14.

80 S. die Klageschrift: *Dejusticia*, *Petition* (Fn. 66), S. 155 (§ 7).

III. Einordnung und Bewertung dieser beiden Entscheidungen

Auch wenn die Entscheidungen in wissenschaftliche Debatten aufgenommen und von Umweltaktivist:innen begrüßt wurden, ist ihre *unmittelbare Wirkung auf tatsächlicher Ebene* eher ernüchternd. Die philippinische Entscheidung führte in der Praxis nicht zur Aufhebung von bestehenden Abholzungslizenzen.⁸¹ Ursächlich war, dass der Oberste Gerichtshof nicht selbst über den Fortbestand von Holzlizenzen entschieden, sondern diesbezüglich lediglich die Entscheidung der vorherigen Instanz aufgehoben hatte.⁸² Die Kläger:innen verfolgten den Fall danach jedoch nicht weiter.⁸³

Obwohl der Oberste Gerichtshof Kolumbiens der Regierung eine Frist von fünf Monaten zur Umsetzung der Entscheidung setzte, wurde der sog. „intergenerationellen Pakt für das Leben im kolumbianischen Amazonasgebiet“ bis heute nicht geschaffen.⁸⁴ Zwar verhalf die Entscheidung dabei, die Aufmerksamkeit der Öffentlichkeit für das Thema zu erhöhen.⁸⁵ An einer effektiven Umsetzung durch die Regierung, insbesondere unter Einbindung der Kläger:innen und jungen Generation, aber auch indigener Gemeinschaften, fehlt es jedoch nach wie vor.⁸⁶

Angesichts dessen stellt sich die Frage nach der Bedeutung der Entscheidungen für die *rechtliche Konkretisierung des Konzeptes zukünftiger Generationen*. Bei aller Euphorie über diese „bombshell“-Entscheidungen⁸⁷ dürfen die nationalen rechtlichen und rechtspolitischen Besonderheiten nicht ausgeblendet werden. Sonst kommt es – wie im philippinischen Fall –

81 Allerdings sank die Zahl der Abholzungslizenzen. Es ist umstritten, ob die Entscheidung des Obersten Gerichtshofes insofern zumindest den politischen Druck erhöht hatte oder ob es bereits zum Zeitpunkt der Entscheidung auf der politischen Agenda stand, die Zahl der Holzlizenzvereinbarungen zu reduzieren. Vgl. *Gatmaytan*, *Illusion* (Fn. 49), 468, der sich für letztere Einschätzung ausspricht.

82 Supreme Court of the Philippines, *Minors Oposa* (Fn. 51), S. 198.

83 *Gatmaytan*, *Illusion* (Fn. 49), 459 & 467. Die genauen Gründe dafür bleiben unklar. *O. A. Houck* deutet an, dass dies an fehlenden Ressourcen der Kläger:innen lag, s. *O. A. Houck*, *Taking Back Eden*, Washington DC: Island Press 2014, S. 54.

84 *S. C. Bustos/V. Rozo-Ángel/G. Eslava-Bejarano*, *Protecting the Rights of Future Generations Through Climate Litigation*, in: C. Henry/J. Rockström/N. H. Stern (Hrsg.), *Standing up for a Sustainable World*, Cheltenham/Northampton: Edward Elgar 2020, S. 163 (168).

85 Ebd., S. 167.

86 Ebd., S. 167 f.

87 So bezeichnet *O. A. Houck* die philippinische Entscheidung, *Houck*, *Eden* (Fn. 83), S. 53.

zu einer nicht unerheblichen Diskrepanz zwischen der Wahrnehmung der Entscheidung auf internationaler Ebene und im nationalen Rechtsdiskurs.⁸⁸

Wird die Entscheidung in den Kontext der philippinischen Rechtspraxis eingebettet, so zeigt sich, dass die Schwelle für den Obersten Gerichtshof, die Klagebefugnis für zukünftige Generationen zu bejahen, weniger hoch war, als dies in anderen Rechtsordnungen regelmäßig der Fall ist. Zum einen handelte es sich bei der Klage bereits um eine Sammel- bzw. Prozessstandschaftsklage („class suit“).⁸⁹ Zum anderen hat die philippinische Rechtsprechung stets einen liberalen Ansatz bei Fragen der Klagebefugnis verfolgt; der Gerichtshof hätte – so argumentieren manche – gar vollständig auf das Erfordernis verzichten können.⁹⁰ Weiterhin wird vorgebracht, dass es bei der Entscheidung letztlich nicht darauf angekommen sei, dass die Kinder auch zukünftige Generationen vertreten können. Die Richter:innen hätten den Fall bei alleiniger Klage der Kinder auf dieselbe Weise entscheiden können, weil diese ja ebenso eine Verletzung ihres unmittelbar einklagbaren Rechts auf eine gesunde Ökologie geltend machen konnten.⁹¹

Und auch die tiefergehende Beschäftigung des kolumbianischen Obersten Gerichtshofs mit dem Konzept zukünftiger Generationen, insbesondere unter Betonung eines ökozentrischen Blicks, stellt weniger ein absolutes Novum in der nationalen Rechtsprechungspraxis dar. Mit der Entscheidung reiht sich vielmehr nun auch der Oberste Gerichtshof in die mit Blick auf *environmental constitutionalism* ausgesprochen progressive Rechtsprechungslinie des kolumbianischen Verfassungsgerichts ein.⁹²

Es zeigt sich also ein differenzierteres Bild. Dennoch haben beide Entscheidungen einen wichtigen Beitrag zur weiteren Auseinandersetzung über die rechtliche Ausgestaltung eines Konzeptes zukünftiger Generationen geleistet. Denn es bedarf einer langfristigen Auseinandersetzung mit dem Konzept auf verschiedenen rechtlichen Ebenen. Mittelbar haben diese und weitere gerichtliche Entscheidungen Einfluss genommen auf andere

88 *Gatmaytan*, Illusion (Fn. 49), 459.

89 Supreme Court of the Philippines, *Minors Oposa* (Fn. 51), S. 185.

90 *Gatmaytan*, Illusion (Fn. 49), 460, 468 & 472.

91 Ebd., 460.

92 S. die Darstellung der verfassungsgerichtlichen Rechtsprechung in A. L. *Maya-Aguirre*, Implementing Environmental Constitutionalism in Colombia, in: E. Daly/J. R. May (Hrsg.), *Implementing Environmental Constitutionalism*, Cambridge et al.: Cambridge University Press 2018, S. 143 (zur ökozentrischen Perspektive und zukünftigen Generationen s. insb. S. 156); *Abate*, Voiceless (Fn. 6), S. 80.

Gerichtsverfahren in den eigenen, aber auch in fremden Rechtssystemen⁹³ sowie auf Gesetzgebungsprozesse weltweit.⁹⁴ Für diese fortschreitende Auseinandersetzung ist es wichtig zu sehen, dass Gerichte das Konzept zukünftiger Generationen rechtlich weiter konkretisieren. Die Interessen zukünftiger Generationen müssen nicht abstrakt und unbestimmbar bleiben. Sie können unter bestimmten Voraussetzungen durch rechtliche Vertreter:innen geltend gemacht werden und ihre Berücksichtigung kann so tatsächlich rechtlich abgesichert werden.⁹⁵

Außerdem deuten bereits die beiden dargestellten Fälle exemplarisch mögliche Weiterentwicklungen bzw. Dynamiken an. Zum einen verschwimmt die Grenze zwischen heutigen und zukünftigen Generationen. Die Begriffe werden weniger trennscharf verwendet.⁹⁶ Das Konzept zukünftiger Generationen wird – wie in der kolumbianischen Entscheidung – mitunter genutzt, um zukünftige Rechtsverletzungen junger, heute bereits lebender Menschen justiziabel zu machen. Dies umschiffet gewissermaßen das Problem nicht existenter Rechtsträger:innen. Allerdings gibt es daneben eine andere Tendenz: Braucht es das Konzept zukünftiger Genera-

93 Vgl. bspw. Supreme Court of the Philippines, *Metropolitan Manila et al. v. Concerned Residents of Manila Bay et. al.*, G.R. Nos. 171947-48, 18.12.2008. Im bekannten US-amerikanischen Klimaschutz-Verfahren *Juliana v. United States* wurde von der Richter:in Aiken in ihrer Entscheidung an zwei Stellen auf zentrale Aussagen der philippinischen Entscheidung von 1993 verwiesen, s. *United States District Court for the District of Oregon (Eugene Division), Juliana et al. v. United States of America et al.*, Opinion and Order, Case No.: 6:15-cv-01517-TC, 10.11.2016, S. 32 & 50.

94 Rechtssetzungsprozesse in Kenia und Australien werden als Beispiele, in denen die philippinische Entscheidung Erwähnung fand, genannt von *M. S. Z. Manguiat/V. B. Yu*, *Maximizing the Value of Oposa v. Factoran*, *Georgetown International Environmental Law Review* 2003, 487 (494 f.).

95 *Allen*, *Philippine Children's Case* (Fn. 50), 741.

96 So a. *L. Slobodian*, *Defending the Future*, *Georgetown Environmental Law Review* 2020, 569 (588). Ein in der Hinsicht wirklich eindeutiges Begriffsverständnis gab es jedoch nicht, vgl. *J. C. Tremmel*, *Eine Theorie der Generationengerechtigkeit*, Münster 2012, S. 50-53. Der UN-Ausschuss für die Rechte des Kindes plädierte in seinem Entwurf eines General Comment No. 26: *Children's rights and the environment with a special focus on climate change* für eine Einbeziehung von Kindern und ihren Rechten in den Diskurs über zukünftige Generationen, s. Rn. 13, was sich in dieser Deutlichkeit allerdings nicht in der finalen Fassung wiederfindet, 22.8.2023, UN Doc. CRC/C/GC/26, Rn. 11. Anders jedoch das BVerfG in seinem Beschluss zum Klimaschutz, welcher begrifflich klar differenziert zwischen subjektiven, intertemporalen Verpflichtungen gegenüber existierenden Personen und der ausschließlich objektiven Verpflichtung des Staates zum Schutz zukünftiger Generationen, s. BVerfGE 157, 30 (33 Ls. 1 & 4).

tionen und die mitunter schwierige rechtliche Auseinandersetzung damit noch, wenn die Auswirkungen des Klimawandels für heute lebende Menschen derart konkret geworden sind?⁹⁷ So erhob beispielsweise die NGO *Urgenda* ihre Klage im gleichnamigen bekannten niederländischen Verfahren nicht nur für die heutige, sondern auch für zukünftige Generationen. Das Berufungsgericht Den Haag befand hingegen, dass die Frage nach der Klagebefugnis der NGO für zukünftige Generationen nicht entschieden werden müsse, weil die Betroffenheit der heutigen Generation niederländischer Bürger:innen durch den Klimawandel bereits plausibel sei.⁹⁸ Dies kann allerdings die Berücksichtigung langfristiger Perspektiven in Abwägungsentscheidungen schwächen, nicht nur im Bereich des Umgangs mit dem Klimawandel, sondern auch darüber hinaus.⁹⁹

Zum anderen zeigt die Entscheidung aus Kolumbien, dass das Konzept zukünftiger Generationen nicht rein anthropozentrisch gefasst werden muss. Stattdessen können Fragen der Verantwortung gegenüber zukünftigen Generationen und der Rechte der Natur rechtlich zusammengeführt werden, wie es erstmals in der Entscheidung des kolumbianischen Obersten Gerichtshofes geschehen ist.¹⁰⁰ Ähnlich betonte der Oberste Gerichtshof Pakistans in einer Entscheidung aus dem Jahr 2021 sowohl die Notwendigkeit eines ökozentrischeren Blicks auf den Schutz der Natur als auch die einer starken intergenerationellen Perspektive.¹⁰¹ Das Konzept zukünftiger Generationen kann demnach durchaus einen ökozentrischen Einschlag –

97 *Slobodian*, *Defending the Future* (Fn. 96), 578.

98 Gerichtshof Den Haag, *Urgenda*, ECLI:NL:GHDHA:2018:2610, 9.10.2018, Rn. 37. Ähnlich entschied auch die Richterin im US-amerikanischen Verfahren *Juliana v. United States*, United States District Court for the District of Oregon (Eugene Division), *Juliana* (Fn. 93), S. 28 Fn. 5.

99 Vgl. *Slobodian*, *Defending the Future* (Fn. 96), 588.

100 *Y. Funes*, *The Colombian Amazon Is Now a 'Person', and You Can Thank Actual People*, *Gizmodo* (9.4.2018), <https://gizmodo.com/the-colombian-amazon-is-now-a-person-and-you-can-thank-1825059357> (zuletzt abgerufen am 3.11.2023); *Abate*, *Voiceless* (Fn. 6), S. 78 & 84 (im Interview mit G. Eslava, einer der Anwält:innen im kolumbianischen Verfahren). Auch das *Network of Institutions for Future Generations (NIFG)* benennt die Anerkennung von Rechten der Natur als rechtliches Tool zum Schutz zukünftiger Generationen, *NIFG*, *Looking to 2030 and Beyond: How Institutions for Future Generations Can Assist SDG Implementation*, Discussion paper (Juni 2019), S. 21 (Annex I), <https://futereroundtable.org/documents/2238847/3008114/SDG+Policy+Paper.pdf/88e3ec40-c4ae-9f93-1c94-b2862121c593?version=1.0&t=1560252791810&> (zuletzt abgerufen am 3.11.2023).

101 Supreme Court of Pakistan, *DG Khan Cement Co Ltd v. Government of Punjab*, C.P.1290-L/2019, 15.4.2021, Rn. 16 & 19. Der Oberste Gerichtshof sieht Gerichte in einer besonderen Verantwortung bei der Bekämpfung des Klimawandels und

also einen solchen, der dem Menschen gegenüber anderen Arten keine vorrangigen Rechte an der Natur zuspricht – erhalten.

D. Fazit

Die dargestellten Entscheidungen zeigen, dass es möglich ist, mit dem Konzept zukünftiger Generationen rechtlich umzugehen, es weiter zu konkretisieren und zur Entscheidungsgrundlage zu machen. Dennoch bleibt der Spielraum für Gerichte begrenzt, wenn es um den Schutz zukünftiger Generationen geht. Dies liegt daran, dass oftmals nur wenige rechtliche Anknüpfungspunkte bestehen. Derartige Gerichtsentscheidungen zeichnet deshalb vielfach eine dynamische Interpretation geltenden Rechts aus. Weil sich die Gerichte dabei in stark politisierten Rechtsbereichen bewegen, gehen damit die Gefahren des Vorwurfs der Überschreitung der gerichtlichen Kompetenz sowie der mangelnden Umsetzungsbereitschaft einher.

Es zeigt sich aber, dass gerade Umweltrechten ein starkes intertemporales Element innewohnt, weshalb sich Fragen der Generationengerechtigkeit und der Verantwortung für zukünftige Generationen in diesen Kontexten kaum mehr ausklammern lassen.¹⁰² In vielen weiteren Verfahren mit jungen Kläger:innen stehen gerichtliche Entscheidungen aus.¹⁰³ Daher ist zu erwarten, dass Gerichte auch in Zukunft das Konzept der zukünftigen Generationen rechtlich weiter konkretisieren werden.

spricht in dem Kontext von „we need to decolonize our future generations from the wrath of climate change“ (Rn. 19).

- 102 Gegen eine Fokussierung auf die Verantwortung gegenüber zukünftigen Generationen im Kontext des Klimawandels argumentiert aber S. *Humphreys*, *Against Future Generations*, *European Journal of International Law* 2022, 1061. Er sieht die Gefahr, dass durch die konzeptionelle Unschärfe (rechtliche) Verantwortung gegenüber heute Lebenden geschwächt wird.
- 103 Beispielhaft genannt seien das pakistanische Verfahren *Ali v. Federation of Pakistan et al.* sowie das Verfahren vor dem Europäischen Gerichtshof für Menschenrechte, *Duarte Agostinho et al. v. Portugal et al.*, Request No. 39371/20.

Klimaschadens- und Anpassungskosten als doppelte Belastung künftiger Gesetzgeber und Generationen

*Jannis Krüßmann*¹

In seinem Bemühen, dem Gesetzgeber eine weitgehende Einschätzungsprärogative bezüglich notwendiger Klimaschutz- und Anpassungsmaßnahmen einzuräumen hat das BVerfG versäumt, die Einschätzungsspielräume künftiger Gesetzgeber angemessen zu berücksichtigen. Der Klima-Beschluss von 2021 warnt zwar eindrücklich vor der „eingriffsähnlichen Vorwirkung“;² die das Klimaschutzgesetz zulasten junger und künftiger Generationen auszuüben droht.

Das BVerfG vernachlässigt dabei aber, dass in heutigen gesetzgeberischen Entscheidungen über Klimaschutz- und Klimaanpassungsmaßnahmen bzw. Klimaschadenskosten ebenfalls Einschränkungen zulasten des künftigen Gesetzgebers liegen können, die gleichzeitig auch die Grundrechte junger und künftiger Generationen verletzen könnten: Die Schäden durch und die notwendigen Anpassungen an die Folgen der Klimakrise sind um ein Vielfaches teurer als die Kosten für Klimaschutzmaßnahmen und drohen dadurch den finanziellen Handlungsspielraum künftiger Gesetzgeber über Gebühr einzuschränken. Gleichzeitig entfaltet das Abstellen auf künftige Klimaanpassungsmaßnahmen eine eingriffsähnliche Vorwirkung zulasten der Grundrechte künftiger Generationen, weil die staatlichen Möglichkeiten des Grundrechtsschutzes verringert werden.

Deswegen muss die Einschätzungsprärogative des heutigen Gesetzgebers zugunsten eines deutlichen Überwiegens von Klimaschutzmaßnahmen beschränkt werden.

1 Der Autor ist Student der Rechtswissenschaften an der Universität Bonn. Alle zitierten Internetseiten sind zuletzt am 30.08.2023 abgerufen worden.

2 BVerfGE 157, 30 (130).

I. Kosten von Klimaschutzmaßnahmen

Im Ausgangspunkt sichert diese Einschätzungsprärogative dem demokratisch legitimierten Gesetzgeber dabei die Möglichkeit, selbst über die Mittel zu entscheiden, mit denen er der Erfüllung seiner Schutzpflicht nachkommen möchte.³ Dem BVerfG verbleibt lediglich eine Evidenzkontrolle für den Fall, dass keine Maßnahmen getroffen wurden oder diese gänzlich ungeeignet sind, der Schutzpflicht zu genügen.⁴ Eine Verletzung der Schutzpflicht stellte das BVerfG im Klima-Beschluss gerade nicht fest.⁵

Als Mittel zum Grundrechtsschutz in der Klimakrise nennt das BVerfG explizit Klimaschutzmaßnahmen, die (heute) den Treibhausgasausstoß mindern, aber auch Klimaanpassungsmaßnahmen, die (zukünftig) die Folgen der Klimakrise abmildern sollen.⁶ Zum Verhältnis von Klimaschutz- und Klimaanpassungsmaßnahmen äußert sich das BVerfG wie folgt – und räumt damit dem heutigen Gesetzgeber eine sehr weitgehende Einschätzungsprärogative ein:

„Die Ausgestaltung der grundrechtlichen Schutzpflichtenerfüllung [ist] eine politisch zu verantwortende Kombination aus Klimaschutz- und Anpassungsmaßnahmen und Ergebnis einer Abwägung mit möglicherweise entgegenstehenden Belangen“⁷

Die Bestimmung der Kosten für Klimaschutzmaßnahmen ist eine Herausforderung und mit Unsicherheiten verbunden – deswegen soll im Folgenden vor allem eine Idee von der Größenordnung gegeben werden.

Zunächst gibt es sich aufdrängende Maßnahmen, die (nahezu) nichts kosten, wie ein Tempolimit oder eine Verringerung des Fleischkonsums, und ggf. sogar noch andere legitime Zwecke fördern (Gesundheit, Ressourcensparsamkeit, Verminderung weiterer Umweltbelastungen).

Das Intergovernmental Panel on Climate Change (IPCC, „Weltklimarat“) hat in seiner „Summary for Policymakers“ der Working Group III des 6th Assessment Reports von 2022 verschiedene Kosten für verschiedene

3 BVerfGE 96, 56 (64).

4 A. Voßkuhle, *Umweltschutz und Grundgesetz*, NVwZ 2013, 1 (7).

5 BVerfGE 157, 30 (114).

6 BVerfGE 157, 30 (62, 119, 127).

7 BVerfGE 157, 30 (127).

Treibhausgasemissionsminderungsmaßnahmen und ihr Potential anschaulich dargestellt.⁸

Potential contribution to net emission reduction (2030)⁹



8 P. R. Shukla, et al., Summary for Policymakers [:] Climate Change 2022: Mitigation of Climate Change. Contribution of Working Group III to the Sixth Assessment Report of the Intergovernmental Panel on Climate Change, Cambridge University Press, Cambridge, UK and New York, NY, USA 2022, S. 42.

9 Figure SPM.7 from IPCC, 2022: Summary for Policymakers. In: Climate Change 2022: Mitigation of Climate Change. Contribution of Working Group III to the Sixth Assessment Report of the Intergovernmental Panel on Climate Change [P.R. Shukla, J. Skea, R. Slade, A. Al Khourdajie, R. van Diemen, D. McCollum, M. Pathak, S. Some, P. Vyas, R. Fradera, M. Belkacemi, A. Hasija, G. Lisboa, S. Luz, J. Malley, (eds.)]. Cambridge University Press, Cambridge, UK and New York, NY, USA. doi: 10.1017/9781009157926.001.

Viele der Klimaschutzmaßnahmen sind sogar unmittelbar kostengünstiger als die Aufrechterhaltung ihrer fossilen Pendanten – das IPCC nennt dafür z.B. den Ausbau von Wind- und Solarenergie sowie Energieeffizienzmaßnahmen.

Der globale Ausstoß an CO₂-Äquivalenten (im Folgenden: CO₂e) betrug laut Internationaler Energie-Agentur im Jahr 2021 rund 36 Gt CO₂e.¹⁰ Demgegenüber zeigt der Weltklimarat Maßnahmen mit einem Umfang von ca. 15 Gt CO₂e (41% der globalen jährlichen Emissionen) auf, deren CO₂e-Vermeidungskosten weniger als 50 Euro/Tonne CO₂e sind.¹¹ Insgesamt weist der Weltklimarat ein Vermeidungspotential im Volumen von insgesamt ca. 43 Gt CO₂e aus, das für (teils deutlich) weniger als 200 Euro pro Tonne CO₂e realisiert werden kann (siehe Grafik).¹² Das Vermeidungspotential kann dabei die tatsächlichen Emissionen übersteigen, weil sich die Emissionen auf mehrere verschiedene Weisen reduzieren lassen. Um die heutigen globalen Emissionen zu vermeiden, müsste somit nicht das gesamte dargestellte Potential ausgeschöpft werden.

II. Kosten von Klimaanpassung/Klimaschäden

Dass die Klimakrise immense immaterielle und volkswirtschaftliche Schäden zur Folge haben wird, zeigt sich an Ereignissen wie den Überflutungen in Bangladesch im Sommer 2022, die Hunderttausende obdachlos gemacht haben,¹³ oder den Fluten im Sommer 2021 in Westdeutschland mit einem geschätzten Schaden von 40,5 Milliarden Euro.¹⁴ Solche Ereignisse werden durch die Klimakrise nicht nur häufiger, sondern auch stärker.

Die drohenden Klimaschäden werden sich nur teilweise kostengünstiger durch Anpassungsmaßnahmen mildern lassen. Die durch deutsche Treib-

10 *Internationale Energie-Agentur*, Global Energy Review: CO₂ Emissions in 2021, März 2022, abzurufen unter <https://www.iea.org/reports/global-energy-review-co2-emissions-in-2021-2>.

11 *Shukla, et al.*, Summary for Policymakers (Fn. 8), S. 42.

12 *Shukla, et al.*, Summary for Policymakers (Fn. 8), S. 42.

13 *United Nations in Bangladesh*, Joint Press Statement on Flash Flood - July 2022, 06.07.2022, abzurufen unter <https://bangladesh.un.org/en/189312-joint-press-statement-flash-flood-july-2022>.

14 *J. Trenczek, et al.*, Projektbericht „Kosten durch Klimawandelfolgen“: Schäden der Sturzfluten und Überschwemmungen im Juli 2021 in Deutschland, S. 7, abzurufen unter https://www.prognos.com/sites/default/files/2022-07/Prognos_KlimawandelfolgenDeutschland_Detailuntersuchung%20Flut_AP2_3b_.pdf.

hausgasemissionen entstehenden Schäden fallen mit einem überwältigenden Anteil außerhalb von Deutschland an, sodass ihnen auch dort durch Anpassungsmaßnahmen begegnet werden müsste. Dass Deutschland dies für andere Länder nicht leisten kann, hat auch das BVerfG im Klima-Beschluss zurecht festgestellt.¹⁵ Das Ausweichen auf Anpassungsmaßnahmen in anderen Ländern lässt sich deswegen aus deutscher Perspektive nicht mit ausreichender Sicherheit annehmen, weil diese Entscheidungen Deutschlands Einflussmöglichkeiten übersteigen. Zwar könnte Deutschland (theoretisch) Klimaanpassungsmaßnahmen in anderen Ländern anbieten, wäre dabei aber zumindest auf das jeweilige nationale Einverständnis angewiesen.

Für diese Klimaschäden nennt das Umweltbundesamt (UBA) zunächst einen Kostensatz von 237 Euro an weltweiten Klimaschäden pro ausgestoßener Tonne CO₂e für 2022,¹⁶ allerdings unter Verwendung einer reinen Zeitpräferenzrate von 1%. Die Bedeutung dieser reinen Zeitpräferenzrate erklärt das UBA so:

„Bei Verwendung einer reinen Zeitpräferenzrate (RZPR) von 0% werden heutige und zukünftige Schäden gleichgewichtet. Bei Verwendung einer reinen Zeitpräferenzrate von 1% werden Schäden, die der nächsten Generation (in 30 Jahren) entstehen, nur zu 74%, die der übernächsten Generation (in 60 Jahren) entstehenden Schäden nur zu 55% berücksichtigt.“¹⁷

Die Verwendung einer reinen Zeitpräferenzrate von 1% privilegiert somit heutige gesellschaftliche Interessen gegenüber künftigen Interessen. Das Umweltbundesamt wendet diese reine Zeitpräferenzrate an, um widerzuspiegeln, dass auch die Gesellschaft und die Politik heutigen Nutzen höher gewichten als zukünftigen Nutzen.¹⁸ Die reine Zeitpräferenzrate ist damit in gewisser Weise vergleichbar mit dem Zinssatz auf Geld, der aus betriebswirtschaftlichen Erwägungen bekannt ist.¹⁹

15 BVerfGE 157, 30 (127 f.).

16 *Umweltbundesamt*, Gesellschaftliche Kosten von Umweltbelastungen, 27.03.2023, abzurufen unter <https://www.umweltbundesamt.de/daten/umwelt-wirtschaft/gesellschaftliche-kosten-von-umweltbelastungen>.

17 *B. Bünger, A. Matthey*, Methodenkonvention 3.1 zur Ermittlung von Umweltkosten – Kostensätze, Dessau-Roßlau 2020, S. 8.

18 *B. Bünger, A. Matthey*, Methodenkonvention 3.0 zur Ermittlung von Umweltkosten – Methodische Grundlagen, Dessau-Roßlau 2018, S. 30 f.

19 *Bünger, Matthey*, Methodenkonvention 3.0 (Fn. 17), S. 30.

Unter Verwendung einer Zeitpräferenzrate von 0%, das heißt einer Gleichgewichtung der Interessen heutiger und künftiger Generationen, betragen die Klimaschadenskosten statt 237 Euro dagegen 809 Euro pro Tonne CO₂e.²⁰

Einwenden gegen diesen Klimaschadenssatz ließe sich, dass jedenfalls der Großteil der Klimaschäden nicht in Deutschland entstehen wird – nichtsdestoweniger entstehen diese Emissionen jedoch in Deutschland, so dass Deutschland auch nach Art. 4 Abs. 2 Satz 2 des Übereinkommens von Paris²¹ zu ihrer Minderung verpflichtet ist.

In Bezug auf Treibhausgasemissionen hat das BVerfG ferner zu Recht festgestellt:

*„Der Staat kann sich seiner Verantwortung nicht durch den Hinweis auf die Treibhausgasemissionen in anderen Staaten entziehen.“*²²

In entsprechender Anwendung dieses Grundsatzes wird sich der Staat auch nicht darauf berufen können, dass die Klimaschäden in anderen Ländern unberücksichtigt bleiben dürfen. Dies gebietet auch die richtigerweise hervorgehobene „internationale Dimension“²³ des Klimaschutzgebotes aus Art. 20a GG – und trägt zugleich dem Gebot zur Kooperation beim Klimaschutz Rechnung:²⁴

*„Sind die Klimaschutzmaßnahmen Deutschlands aber in weltweite Klimaschutzbemühungen eingebunden, sind sie als Teil der Gesamtanstrengung geeignet, das Ende des Klimawandels herbeizuführen.“*²⁵

Das muss auch einschließen, anderen Staaten so geringe Klimaschadenskosten als möglich zu bescheren.

20 Umweltbundesamt, Gesellschaftliche Kosten von Umweltbelastungen, 27.03.2023, abzurufen unter <https://www.umweltbundesamt.de/daten/umwelt-wirtschaft/gesellschaftliche-kosten-von-umweltbelastungen>.

21 Das Übereinkommen von Paris wurde am 12. Dezember 2015 auf der 21. Vertragsstaatenkonferenz der Klimarahmenkonvention der Vereinten Nationen beschlossen und 2016 von Deutschland ratifiziert, deutsche Übersetzung abzurufen unter https://www.bmu.de/fileadmin/Daten_BMU/Download_PDF/Klimaschutz/paris_abkommen_bf.pdf.

22 BVerfGE 157, 30 (32).

23 BVerfGE 157, 30 (32).

24 BVerfGE 157, 30 (140 f.).

25 BVerfGE 157, 30 (141 f.).

III. Notwendige Gleichgewichtung der Interessen heutiger und künftiger Generationen

Unter verfassungsrechtlichen Gesichtspunkten ist nur die o.g. Verwendung einer Zeitpräferenzrate von 0% – also eine Gleichgewichtung der Interessen heutiger und künftiger Generationen – sachgerecht:

Grund für eine mögliche Schlechterstellung künftiger Generationen durch Verwendung einer Zeitpräferenzrate von 1% ist die Annahme, dass der allgemeine Wohlstand durch das Wirtschaftswachstum in Zukunft weiter (unbegrenzt) zunehmen wird.²⁶ Angesichts der begrenzten natürlichen Ressourcen auf diesem Planeten, dem schon heute überbordenden Verbrauch derselben²⁷ – ebenfalls auf Kosten künftiger Generationen – und der Tatsache, dass eine (vollständige) Entkopplung von Ressourcenverbrauch und Wirtschaftswachstum zumindest umstritten ist,²⁸ kann diese Annahme nicht als gesichert dahinstehen. So stellt u.a. auch der Weltklimarat in seinem 1.5° Special Report von 2018 explizit die Möglichkeit von sog. Degrowth-Szenarien, das heißt Szenarien ohne unbegrenztes zukünftiges Wirtschaftswachstum, heraus,²⁹ welche den Effekt der Benachteiligung kommender Generationen gegenüber heutigen nochmals vervielfachen würden: Wenn kommende Generationen kein Wirtschaftswachstum erleben, wird die Bewältigung der Kosten für Klimaschäden ihnen noch schwerer fallen, weil ihnen dann weniger finanzielle Mittel zur Verfügung stehen.

Hinzu kommt, dass die künftigen Generationen bereits so schon stärker als die heutigen unter den Folgen der Klimakrise einerseits und den Kosten für staatlichen Anpassungsmaßnahmen an ihre Folgen andererseits leiden werden.³⁰

26 Bünge, Matthey, Methodenkonvention 3.0 (Fn. 17), S. 32.

27 Umweltbundesamt, Erdüberlastungstag: Ressourcen für 2022 verbraucht, 26.07.2022 abzurufen unter <https://www.umweltbundesamt.de/themen/erdueberlastungstag-resourcen-fuer-2022-verbraucht>.

28 J. Hickel, G. Kallis, Is Green Growth Possible?, New Political Economy, 2019, abzurufen unter <https://doi.org/10.1080/13563467.2019.1598964>. Auch beispielsweise der Schlussbericht der Enquete-Kommission „Wachstum, Wohlstand, Lebensqualität“ des Deutschen Bundestags aus dem Jahr 2013, BT-Drs. 17/13300, S. 515 ff., konnte sich nicht zu einer klaren Aussage hinsichtlich der vollständigen Entkopplung von Wirtschaftswachstum und Ressourcenverbrauch durchringen.

29 L. T. Keyßer, M. Lenzen, 1.5°C degrowth scenarios suggest the need for new mitigation pathways, Nature Communications 2021, 12:2676.

30 BVerfGE 157, 30 (54 f., 97 f.).

Dass die Wirtschaft weiter wachsen und der Wohlstand weiter zunehmen wird kann jedenfalls nicht mit hinreichender Sicherheit angenommen werden, um auf dieser Grundlage eine derart starke Benachteiligung durch die Zeitpräferenzrate von 1% zu rechtfertigen („*die der übernächsten Generation (in 60 Jahren) entstehenden Schäden [werden] nur zu 55% berücksichtigt*“, siehe oben).

Darüber hinaus ist auch keine andere (verfassungsrechtliche) Rechtfertigung für diese Ungleichbehandlung künftiger Generationen ersichtlich. Eine solche wäre jedenfalls ein Eingriff in die Rechte zukünftiger Generationen, der rechtfertigungsbedürftig ist. Der Klima-Beschluss des BVerfG eröffnet dafür keine Möglichkeit; im Gegenteil stärkt auch das BVerfG explizit die staatliche Schutzpflicht gegenüber künftigen Generationen und lässt gerade keine Benachteiligung selbiger zu. Auch die Konstruktion der intertemporalen Freiheitssicherung als solche muss als Hinweis darauf verstanden werden, dass Art. 20a GG keine Verlagerung von Belastungen auf künftige Generationen zugunsten heutiger duldet.³¹ Das ist gerade der Kern dieser Entscheidung.

Somit kann die Ungleichbehandlung durch die Zeitpräferenzrate von 1% zulasten kommender Generationen nicht gerechtfertigt werden. Im Folgenden werden hier deshalb die vom UBA veranschlagten Klimaschäden in Höhe von 809 Euro pro Tonne CO₂e verwendet.³²

IV. Kostenverhältnis von Klimaanpassungsmaßnahmen bzw. Klimaschäden zu Klimaschutzmaßnahmen

Vergleicht man das Kostenverhältnis von Klimaschutz- zu Klimaanpassungsmaßnahmen, kommt man zu einem eindeutigen Ergebnis: (Künftige) Klimaanpassungsmaßnahmen bzw. das Inkaufnehmen von Klimaschäden (ca. 800 Euro/Tonne CO₂e) sind um ein Vielfaches teurer als (heutige) Klimaschutzmaßnahmen (0-200 Euro/Tonne CO₂e).

Es steht bereits jetzt fest, dass eine der Möglichkeiten in jedem Fall eintritt (Klimaschutz, Klimaanpassung oder eben Klimaschäden), und für den Gesetzgeber stellt sich nur noch die Frage – über die er im Rahmen seiner aktuell sehr weiten Einschätzungsprärogative entscheiden kann –,

31 BVerfGE 157, 30 (135 f.).

32 Obgleich das Umweltbundesamt sehr präzise Kostensätze nennt, genügt im Grunde ein Blick auf die Größenordnung der Zahlen.

welchen dieser Wege er gehen möchte und wem er die damit verbundenen Einschränkungen aufbürdet: Heutigen oder künftigen Generationen.

1. Beschränkung des Handlungsspielraums künftiger Gesetzgeber

Für jede Tonne CO₂e, die der Gesetzgeber heute nicht durch Klimaschutzmaßnahmen vermeidet, sondern deren Gefahren er zukünftig durch Anpassungsmaßnahmen entgegenwirken wirken möchte, legt er bereits heute fest, dass künftige staatliche Mittel für diese Maßnahmen aufgewendet werden müssen, um den notwendigen Grundrechtsschutz zu gewährleisten.

Durch dieses Aufbürden von notwendigen finanziellen Lasten auf zukünftige Generationen wird wiederum die Einschätzungsprärogative und der Handlungsspielraum zukünftiger Gesetzgeber beschränkt, weil diese dann einen (erheblichen) Teil ihres staatlichen Budgets für vordefinierte Maßnahmen der Klimaanpassung bereithalten müssen. Eine unausgewogene Entscheidung des heutigen Gesetzgebers gegen Klimaschutzmaßnahmen und damit implizit für künftige Anpassungsmaßnahmen entfaltet damit bereits heute eine Beschränkung des Handlungsspielraums zulasten künftiger Gesetzgeber.

2. Eingriffsähnliche Vorwirkung zulasten junger und künftiger Generationen

Gleichzeitig ist klar, dass der Staat über finanzielle Mittel verfügen muss, um Grundrechtsschutz gewährleisten zu können: Hinsichtlich der Leistungsrechte ist dies unmittelbar einleuchtend, aber auch die Ausübung von Freiheits- und Gleichheitsrechten bedarf staatlicher Institutionen, die selbige absichern. Ausreichende staatliche Mittel sind damit eine Voraussetzung für effektiven Grundrechtsschutz.

Die vom BVerfG im Klima-Beschluss geschaffene Figur der eingriffsähnlichen Vorwirkung beschreibt eine Situation, in der heutige Entscheidungen einen besonders engen Zusammenhang zu künftigen Grundrechtseinschränkungen haben und deswegen heutiges staatliches Handeln erfordern.³³ Als Anknüpfungspunkt ist dafür durch die Entscheidung des

33 BVerfGE 157, 30 (130 ff.), weitere Erläuterungen hierzu von *G. Britz*, Klimaschutz in der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts, NVwZ 2022, 825 (831).

BVerfG über verschiedene Landesklimaschutzgesetze im Januar 2022 außerdem festgestellt worden, dass der Gesetzgeber über ein zumindest grob erkennbares Budget verfügt, das aufgebraucht werden kann.³⁴ Im Falle der abgelehnten Verfassungsbeschwerden bezog sich dies auf ein Budget noch zulässiger CO₂-Emissionen.³⁵ Obgleich vorliegend kein naturwissenschaftlich bestimmtes Budget ersichtlich ist, lassen sich diese Maßstäbe zumindest im Ansatz auf die Möglichkeiten künftiger Gesetzgeber zum Grundrechtsschutz übertragen – nicht zuletzt sind auch die staatlichen finanziellen Mittel knapp und insofern einem Budget eng verwandt. Hierdurch konkret bedrohte Grundrechte künftiger Generationen darzulegen dürfte zwar schwerfallen, gerade dies wird vom BVerfG im Klima-Beschluss aber auch nicht verlangt.³⁶

Wenn der Staat einen erheblichen Teil seines künftigen Haushaltes für Klimaanpassungsmaßnahmen aufwenden muss, leiden notwendigerweise Grundrechte an anderer Stelle. Insofern können Entscheidungen des heutigen Gesetzgebers auch mittelbar eine eingriffsähnliche Vorwirkung zulasten junger und künftiger Generationen entfalten, weil künftigen Gesetzgebern dann weniger Spielräume zum Grundrechtsschutz dieser Menschen verbleiben.

3. Beispiel: Kosten durch kein Tempolimit

Ein Rechenbeispiel kann die immensen Kosten fehlenden Klimaschutzes veranschaulichen: Ein Tempolimit von 120 km/h auf deutschen Autobahnen, dessen Einführung ohne weiteres z.B. durch Änderung der StVO erfolgen könnte, würde nach Berechnungen des UBA jährlich 6,7 Mio. Tonnen CO₂e sparen³⁷ – sein Fehlen verursacht damit unter Zugrundelegung des Klimaschadenskostensatzes von 809 Euro/Tonne CO₂e (siehe oben) jähr-

34 BVerfG NJW 2022, 844 (845), so auch S. Schlacke, Klimaschutzrecht im Mehrebenensystem, NVwZ 2022, 905 (910).

35 BVerfG NJW 2022, 844 (845).

36 BVerfGE 157, 30 (131), ebenso C. Calliess, Umweltpolitik im Grundgesetz, JuS 2023, 1 (3).

37 M. Schmaus, et al., Abschlussbericht: Flüssiger Verkehr für Klimaschutz und Luftreinhaltung, Dessau-Roßlau 2022, S. 211. Die Ergebnisse dieser Studie, die öffentlich teilweise kritisiert wurde, insbesondere für angenommene Verkehrsverlagerungen auf andere Verkehrsträger, ergaben deutlich höhere Einsparungen durch ein Tempolimit als eine vorangegangene Studie.

lich 5,42 Milliarden Euro an weltweiten Klimaschadenskosten, die künftige Generationen werden tragen müssen.

V. Fazit

Nach dem Klima-Beschluss des BVerfG steht dem Gesetzgeber ein weitreichender Einschätzungsspielraum hinsichtlich der „politisch zu verantwortende[n] Kombination aus Klimaschutz- und Anpassungsmaßnahmen“ zu.³⁸

Abseits der politischen Verantwortung kann allerdings nur durch ein ganz weitgehendes Überwiegen von kurzfristig wirksamen Klimaschutz gegenüber Anpassungsmaßnahmen auch verfassungsrechtlich sichergestellt werden, dass künftigen Gesetzgebern ein vergleichbar großer Handlungsspielraum verbleibt. Gleichzeitig kann nur so die intertemporale Freiheit junger Menschen und künftiger Generationen gesichert werden.

Weil Klimaanpassungsmaßnahmen um ein Vielfaches teurer sind als Klimaschutzmaßnahmen, drohen andernfalls die künftigen staatlichen Mittel durch viel höhere Kosten belastet zu werden. Dies ist insbesondere vor dem Hintergrund zu beachten, dass nach der Rechtsprechung des BVerfG der Gesetzgeber sowieso zur Herstellung von Klimaneutralität verpflichtet ist,³⁹ ein heutiger Verzicht auf schnelle Klimaschutzmaßnahmen aber nur ein (teures!) Verschieben derselben bedeutet, sie aber nicht ersetzt. Künftige Gesetzgeber hätten damit zum einen weniger (frei verfügbare) finanzielle Mittel zur Verfügung und müssten aber neben den Anpassungsmaßnahmen auch weiterhin Klimaschutzmaßnahmen umsetzen. Das Verzögern und die mangelnde Umsetzung von Klimaschutzmaßnahmen – wie zuletzt für Deutschland durch den Expertenrat für Klimafragen der Bundesregierung erneut festgestellt worden ist⁴⁰ – ist damit in zweierlei Hinsicht schädlich und finanziell unsinnig.

Die Einschätzungsprärogative des heutigen Gesetzgebers muss deswegen insofern beschränkt werden, als dass die Abwägung zwischen Klimaschutz- und Klimaanpassungsmaßnahmen ganz weitgehend zugunsten ersterer entschieden werden muss.

38 BVerfGE 157, 30 (126 f.).

39 BVerfGE 157, 30 (30).

40 *Expertenrat für Klimafragen*, Zweijahresgutachten 2022, S. 15, abzurufen unter https://expertenrat-klima.de/content/uploads/2022/11/ERK2022_Zweijahresgutachten.pdf.

Nachhaltigkeit durch Informiertheit?

Zur Rolle des aufgeklärten Individuums in Prozessen der Nachhaltigkeitstransformation

Andreas Buser

A. Einführung

In diesem Beitrag möchte ich einige grundsätzlichere Überlegungen zur Rolle des Individuums in Prozessen der Nachhaltigkeitstransformation vor dem Hintergrund des Grundgesetzes anstellen.¹ Damit greife ich vor allem die Fragen der Herausgeber:innen dieses Tagungsbandes auf, inwiefern Recht selbst Motor oder Hindernis für mehr Nachhaltigkeit sein kann und welche Fehlstellungen durch Änderungen des gesetzten Rechts oder der Rechtsprechung korrigiert werden können. Insbesondere möchte ich auf die Frage eingehen, inwiefern das Grundgesetz bestimmte Handlungsformen des Staates im Rahmen von gesellschaftlichen und staatlichen Änderungsprozessen privilegiert bzw. untersagt (Information und Eigenverantwortlichkeit vs. Verbote). Dabei soll davon ausgegangen werden, dass eine umfassende wirtschaftliche, rechtliche und letztlich gesellschaftliche Nachhaltigkeitstransformation notwendig ist.² Die Klimakrise und das Artensterben sind nur zwei der eindrucklichsten Beispiele, die für die Notwendigkeit dieser Transformation angeführt werden können. In diesem Kontext erscheint es mir unumgänglich auch über Konsummuster zu sprechen. So gibt es aus meiner Sicht wenig Zweifel daran, dass die Einhaltung

1 Unter Nachhaltigkeitstransformation verstehe ich hier einen intendierten, d.h. bewusst angestoßenen und gesteuerten Transformationsprozess in Richtung eines Staates, der sowohl ein ökonomisch-soziales Existenzminimum garantiert als auch ökologische Belastungsgrenzen des Erdsystems (d.h. die Einhaltung planetarer Grenzen) wahrt. Siehe zu einem ähnlichen Verständnis: T. Göttert et al., Perspektiven auf Nachhaltigkeits- transformation und -transfer an der HNEE, Diskussionspapier-Reihe Nachhaltigkeits- transformation & Nachhaltigkeitstransfer Nr. 1, S. 10 und 13; abrufbar unter: <https://opus4.kobv.de/opus4-hnee/frontdoor/index/index/docId/224>.

2 Dazu z.B. WBGU, Welt im Wandel. Gesellschaftsvertrag für eine Große Transformation, 2. Aufl., Berlin 2011; abrufbar unter: <http://www.wbgu.de/hauptgutachten/hg-2011-transformation/>.

planetarer Grenzen eine erhebliche Veränderung westlicher Konsummuster etwa im Bereich Ernährung notwendig macht.³

Doch gerade die Änderung von Konsumgewohnheiten stößt im politischen Prozess auf erhebliche Widerstände. In der deutschen Politiklandschaft scheint ein parteiübergreifender Konsens zu bestehen – wenn auch unausgesprochen und im Einzelnen komplexer – den Bürger:innen klima- und umweltpolitisch nicht zu viele Veränderungen zuzumuten. Ansonsten – so die Sorge – wachse nur der Widerstand und klimapolitisch sei nichts gewonnen.⁴

Im hier folgenden Beitrag soll es darum gehen, inwiefern dieses Primat der Zumutunglosigkeit einen Ursprung im Grundgesetz, seinem (vermeintlichen) Menschenbild und der Schutzpflichtdogmatik hat. Im Umweltverfassungsrecht wird seit langem und neuerdings insbesondere mit Bezug zum Klimaschutz vor der „Ökodiktatur“ gewarnt.⁵ Vorschläge wie eine Transformation zu mehr Nachhaltigkeit gelingen könnte, werden dabei teilweise als ideologisch motivierter Versuch abgetan Menschen zu bevormunden.⁶ Dies dürfte auf offene Ohren bei all jenen stoßen, die seit langem vor einem paternalistischen Staat warnen, der versuche seine Bürger:innen zu erziehen oder der ihnen gar seine Vorstellung eines ‚guten Lebens‘ aufzwinge.⁷ Insbesondere wenn es um den Schutz der Menschen als Verbraucher:innen geht, wird vor einem allzu interventionistischen

3 Für den Bereich der Ernährung: *W. Willett/J. Rockström/B. Loken/M. Springmann et al., Food in the Anthropocene: the EAT-Lancet Commission on healthy diets from sustainable food systems, The Lancet Commissions 393 (2019), 447; allgemeiner: J. Hickel, Is it possible to achieve a good life for all within planetary boundaries?, Third World Quarterly 40 (2019), 18.*

4 Kritisch hierzu mit einem Plädoyer für mehr Ehrlichkeit hinsichtlich der Zumutungen einer erfolgreichen Klimapolitik: *B. Ulrich, „Packt die Badehosen ein: Nach dem Kampf um das Heizungsgesetz ist die Klimapolitik an ihrem toten Punkt angelangt. Was kommt danach?“, Zeit Nr. 27 vom 22. Juni 2023, S. 2.*

5 Aus neuerer Zeit etwa: *H.-J. Papier, Die Warnung. Wie der Rechtsstaat ausgehöhlt wird, München 2019, S. 231 ff.*

6 Vgl. *U. Di Fabio, Staatliche Ernährungspolitik und Verfassung. Stellungnahme zum WBAE-Gutachten 2020, ZLR 2021, 169 (173 f.); im Kontext des Nudging werden überdies verfassungsrechtliche Bedenken vor einem „sanften Paternalismus“ geäußert: F. Hufen, Nudging. Rechtsformen, Möglichkeiten und Grenzen der sanften Beeinflussung des Menschen durch den Staat, JuS 2020, 193 (197).*

7 Im Überblick und kritisch zu dieser Diskussion: *U. Volkmann, Darf der Staat seine Bürger erziehen?, Baden-Baden 2012; im Kontext des Umweltrechts: J. Lüdemann, Edukatorisches Staatshandeln, Baden-Baden 2004; für den hypothetischen Fall eines absoluten Rauchverbots in Gaststätten spricht etwa Masing von einem „Schritt in Richtung einer staatlichen Inpflichtnahme zu einem „guten Leben“, die mit der Freiheits-*

Staat gewarnt, der die Menschen nicht mehr als autonome, selbstbestimmte Wesen wahrnehme,⁸ und als Alternative auf Information und Aufklärung als ‚sanfte‘ staatliche Handlungsoptionen setzt.

Exemplarisch hierfür ist eine hitzige Diskussion zwischen *Di Fabio* und *Martinez et al.* in der sonst nicht unbedingt für hitzige Debatten bekannten Zeitschrift für das gesamte Lebensmittelrecht. Zunächst hatten *Martinez et al.* als Mitglieder des Wissenschaftlichen Beirats für Agrarpolitik, Ernährung und Landwirtschaft (WBAE) auf 800 Seiten Grundzüge einer nachhaltigen Ernährungspolitik entwickelt.⁹ Darin werden umfangreiche Empfehlungen gegeben, die unter anderem auf die Änderung von Konsumgewohnheiten zielen und stärkere staatliche Interventionen und Regulierung zum Schutz von Gesundheit, Umwelt, Tierwohl und Sozialem befürworten. So werden etwa staatliche Werbe- und Verkaufsbeschränkungen, neue Kennzeichnungspflichten und die Schaffung sogenannter positiver Ernährungsumgebungen mit gesunden und nachhaltig produzierten Lebensmitteln in staatlichen Einrichtungen wie Schulen befürwortet.¹⁰ Dagegen wendete sich *Di Fabio* in einer Replik, die auf einem Gutachten für den Lebensmittelverband Deutschland e.V. beruhte. Darin beruft sich der Autor auf das Menschenbild des Grundgesetzes, dass von einem mündigen Verbraucher ausgehe und stellt dem Ruf nach stärkerer Regulierung den bisher gängigen Ansatz der Information und Aufklärung entgegen.¹¹ Insbesondere macht *Di Fabio* geltend, es gäbe zwischen staatlicher Information und weitergehender Regulierung ein Subsidiaritätsverhältnis.¹² Mit

ordnung des Grundgesetzes nicht vereinbar ist.“; siehe: Sondervotum von *J. Masing*, in: BVerfGE 121, 317 (385, Rn. 184).

- 8 Vgl. *A. Funke/K. U. Schmolke*, Einleitung: Die Frage nach den Menschenbildern im Recht – neu gestellt, in: *A. Funke/K. U. Schmolke* (Hrsg.), *Menschenbilder im Recht*, Heidelberg 2019, S. 10.
- 9 *WBAE*, Politik für eine nachhaltigere Ernährung. Eine integrierte Ernährungspolitik entwickeln und faire Ernährungsumgebungen gestalten. Gutachten, Berlin 2020; abrufbar unter: https://www.bmel.de/SharedDocs/Downloads/DE/_Ministerium/Beir_aete/agrarpolitik/wbae-gutachten-nachhaltige-ernaehrung.html.
- 10 *WBAE*, Gutachten (Fn. 9), S. ix.
- 11 *Di Fabio*, Ernährungspolitik (Fn. 6), 174; ähnlich zum „Verbraucherleitbild“: *R. Kühn*, Verbraucherleitbild und Positionsbestimmung zum „Mündigen Verbraucher“, Studie im Auftrag des Bundesverbands der Deutschen Industrie e.V., Berlin 2014, S. 12, worin zum Schutz der „Konsumentensouveränität“ vor Verboten und Überregulierung gewarnt wird; abrufbar unter: https://bdi.eu/media/presse/publikationen/gesellschaft-verantwortung-und-verbraucher/BDI_Studie_zum_muendigem_Verbraucher.pdf.
- 12 *Di Fabio*, Ernährungspolitik (Fn. 6), 180 f.; ähnlich für eine Subsidiarität staatlicher Sozialhilfe gegenüber der Selbsthilfe womit versucht wird die politische Maxime

anderen Worten, der Staat solle sich nicht paternalistisch und moralisierend in die Essgewohnheiten seiner Bürger:innen einmischen, sondern auf den Markt, die familiäre Erziehung und staatliche Aufklärung und Information vertrauen. Zwar hält *Di Fabio* einige der im Gutachten genannten Maßnahmen im Ergebnis für verfassungsrechtlich zulässig, wie die Einführung von Tierwohl- und Klimalabels, die Reform des abgestuften Mehrwertsteuersatzes auf Lebensmittel sowie zusätzliche Steuern auf zucker- und fetthaltige Lebensmittel, seine Ausführungen versuchen aber einer umfassendere Nachhaltigkeitstransformation das Wasser abzugraben. So geht er auf weitere vorgeschlagene Maßnahmen wie die stärkere Regulierung der Tierhaltungsbedingungen oder die Einführung einer Nachhaltigkeitssteuer auf Lebensmittel nicht ein und wendet sich explizit gegen staatliches Nudging und die stärkere Regulierung der Verkaufsseite, also z.B. Werbeverbote, verpflichtende Angebote kleinerer Portionsgrößen zur Vermeidung von Lebensmittelabfällen, oder die Festlegung des Inhaltes von Verkaufsautomaten.

Unabhängig von den konkreten Einzelheiten des Streits zwischen *Martinez et al.* und *Di Fabio* und des konkreten Beispiels der Ernährungspolitik möchte ich im Folgenden ein paar Grundfragen beleuchten, die meines Erachtens für die Rolle des Individuums in Nachhaltigkeitstransformationsprozessen von Bedeutung sind. Dabei möchte ich kein bestimmtes Menschenbild des Grundrechts postulieren, sondern vielmehr davon abraten, das vermeintliche Menschenbild des Grundgesetzes, abseits von Extremfällen, zur Untermauerung rechtspolitischer Positionen zu bemühen. In einem zweiten Schritt möchte ich im Hinblick auf grundrechtliche Schutzpflichten und die Staatszielbestimmungen aus Art. 20a GG das Verhältnis von Verbraucherinformationen zu anderen staatlichen Maßnahmen klären. Schließlich werde ich unter Bezug auf Demokratie- und Rechtsstaatsprinzip vor einer allzu starken Fokussierung auf Selbstautonomie und Selbstverantwortung aufgeklärter Verbraucher:innen für den Schutz ökologischer Allgemeininteressen warnen. So halte ich es in einer rechtsstaatlichen Demokratie für geboten, gesamtgesellschaftliche Aufgaben nicht den umfassend informierten Einzelnen aufzubürden, sondern diesen durch rechtliche Vorgaben zu begeben.

„Fordern und Fördern“ verfassungsrechtlich abzusichern: *C. Hillgruber*, Wie fürsorglich darf, wie fürsorglich muss der Staat des Grundgesetzes sein?, in: A. Funke/K. U. Schmolke (Hrsg.), *Menschenbilder im Recht*, 2019, S. 116 ff.

B. Das Menschenbild des Grundgesetzes – Darf der Staat die Nachhaltigkeitstransformation erzwingen?

Im Folgenden soll ausgelotet werden, ob sich aus dem Menschenbild des Grundgesetzes Vorgaben für staatliche Transformationsbemühungen ableiten lassen. Lässt sich aus dem Grundgesetz wirklich ein Grundsatz entnehmen, wonach der Staat Veränderungsprozesse lediglich durch sachliche Information und Aufklärung begleiten, oder durch finanzielle Anreize erkaufen, nicht aber durch regulative Maßnahmen ‚erzwingen‘ darf?¹³

Zunächst ist starke Skepsis angebracht, wenn das Menschenbild des Grundgesetzes für eine bestimmte Rechtsansicht bemüht wird. Meist wird damit weniger eine Interpretation, denn ein – nicht als solches offengelegtes – rechtspolitisches Ergebnis angestrebt.¹⁴ Das Menschenbild dient hier als „interpretatorische Allzweckwaffe“¹⁵ und „ist eher Trugbild als Leitbild“¹⁶. Übergreifend gilt es zu bedenken, dass sich ein Begriff wie das Menschenbild nur im jeweiligen historischen und gesellschaftlichen Kontext erschließen lässt und die Suche nach einem „wahren“ oder „richtigen“ Weltbild innerhalb der Grundrechtsdogmatik auf Grenzen stößt.¹⁷

Doch selbst wenn man sich auf die Vorstellung eines grundrechtlichen Menschenrechtsbildes einlässt,¹⁸ ergibt sich ein differenziertes Bild. Das Bundesverfassungsgericht hat wiederholt aus dem Menschenbild rechtliche Argumente abgeleitet und teilweise finden sich auch explizite Bezüge zur

13 Damit wird die Position von *Di Fabio* überspitzt dargestellt. Wie oben gesehen, hält *Di Fabio* noch andere Maßnahmen als Information und Aufklärung für verfassungsrechtlich zulässig. Die aktuelle Debatte zum sog. „Heizungsgesetz“ lässt sich jedoch als Beispiel dafür anführen, dass es durchaus eine gewisse Verbotsaversion in Teilen der Bevölkerung und ihrer politischen Repräsentant:innen gibt.

14 *H. Dreier* in: *Dreier, Grundgesetz Kommentar*, 4. Auflage, Tübingen 2023, Art. 1 Abs. 1 Rn. 167; vgl. auch *S. Huster*, Die ethische Neutralität des Staates, Tübingen 2002, S. 293 und *J. Martínez/A. Spiller/B. Renner/L. Voget-Kleschin/H. Grethe*, Faire Ernährungsumgebungen gestalten, *ZLR* 2021, 589 (613).

15 *P. M. Huber*, Das Menschenbild im Grundgesetz, *JURA* 1998, 505 (505).

16 *Dreier* (Fn. 14), Art. 1 Abs. 1 Rn. 167.

17 Vgl. zum Begriff der Autonomie: *C. Bumke*, Privatautonomie. Grundelement privatrechtlicher Ordnungsbildung im demokratischen Verfassungsstaat, in: *C. Bumke/A. Röthel* (Hrsg.), *Autonomie im Recht*, Tübingen 2017, S. 8.

18 Für eine positive Lesart der Funktion von Menschenbildern im Recht als „elementare interpretative Ideen“, um sich dem Recht zu nähern und dieses aufzuschlüsseln: *Funke/Schmolke*, Einleitung (Fn. 8), S. 12 f.

Eigenverantwortlichkeit.¹⁹ Meist wurde das Menschenbild allerdings eher zur Verpflichtung Einzelner, denn zur Begründung individueller Freiheitsräume verwendet.²⁰ In der klassischen Entscheidung zur Investitionshilfe aus dem Jahr 1954 formulierte das Gericht die mittlerweile klassische Formel.

„Das Menschenbild des Grundgesetzes ist nicht das eines isolierten souveränen Individuums; das Grundgesetz hat vielmehr die Spannung Individuum - Gemeinschaft im Sinne der Gemeinschaftsbezogenheit und Gemeinschaftsgebundenheit der Person entschieden, ohne dabei deren Eigenwert anzutasten. Das ergibt sich insbesondere aus einer Gesamtsicht der Art. 1, 2, 12, 14, 15, 19 und 20 GG. Dies heißt aber: der Einzelne muß sich diejenigen Schranken seiner Handlungsfreiheit gefallen lassen, die der Gesetzgeber zur Pflege und Förderung des sozialen Zusammenlebens in den Grenzen des bei dem gegebenen Sachverhalt allgemein Zumutbaren zieht, vorausgesetzt, daß dabei die Eigenständigkeit der Person gewahrt bleibt.“²¹

Obwohl die Formel mittlerweile etwas antiquiert wirkt,²² nimmt das Gericht darauf auch in neueren Entscheidungen Bezug.²³ Das Bundesverfassungsgericht hat sich also nicht – wie teilweise angenommen – stillschweigend von der Formel verabschiedet.²⁴ Aus Sicht des Bundesverfassungsgerichts ist das Menschenbild des Grundgesetzes auch heute keines, das allein auf Individualität und Selbstautonomie setzt, vielmehr steht die Sozi-

19 Eine umfassende Analyse findet sich bei: U. Becker, Das „Menschenbild des Grundgesetzes“ in der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts, Berlin 1996; siehe auch: Huber, Menschenbild (Fn. 15); E.-W. Böckenförde, Vom Wandel des Menschenbildes im Recht, Münster 2001; P. Häberle, Das Menschenbild im Verfassungsstaat, 4. Aufl., Berlin 2008.

20 Dreier (Fn. 14), Art. 1 Abs. 1 Rn. 167 m.w.N.

21 BVerfGE 4, 7 (Rn. 29) – Investitionshilfe.

22 Teilweise wird die Formel des Bundesverfassungsgerichts als „barock“ empfunden, vgl.: Funke/Schmolke, Einleitung (Fn. 8), S. 8; für ein allein individualistisches Menschenbild: P. Lerche, Werbung und Verfassung, München 1967, S.139 ff.

23 BVerfGE 109, 133 (Rn. 79); 153, 182 (Rn. 301); teilweise wird die Formel allerdings verkürzt wiedergegeben, siehe etwa: BVerfG 128, 326 – 409 (Rn. 104); kritisch hierzu mit dem Hinweis, die Formel werde vom BVerfG nicht mehr dezidiert vertreten: D. von der Pfordten, Zum Menschenbild des Rechts, in: A. Funke/K. U. Schmolke (Hrsg.), Menschenbilder im Recht, 2019, S. 35.

24 So aber: Hillgruber, Staat (Fn. 12), S. 125, der die Formel des Bundesverfassungsgerichts zudem als „kommunitaristisch“ kritisiert.

algebundenheit im Vordergrund.²⁵ In moderner Interpretation ließe sich die Sozialgebundenheit vor dem Hintergrund des Klimabeschlusses aus dem März 2021 sogar als ökologische und zeitliche Gebundenheit lesen, wenn das Gericht die Erhaltung zukünftiger Freiheitsräume durch intertemporale Freiheitssicherung anmahnt.²⁶

Jedenfalls führt das Grundgesetz aus Sicht des Gerichts damit zwei unterschiedliche Menschenbilder zusammen, die über Jahrhunderte philosophischer und theologischer Befassung, als prägend ausgemacht wurden: Einerseits das aristotelisch geprägte Menschenbild, welches den Mensch in erster Linie als *zoon politicon*, als Glied und Teil einer Gemeinschaft, begreift und andererseits das „individualistische Menschenbild“, wie es in Folge der Französischen Revolution prägend wurde.²⁷ Zudem nimmt das Grundgesetz mit dem Grundsatz der Gewaltenteilung Machtmissbrauch ernst und folgt damit einem eher skeptische Menschenbild, welches es nach *Häberle* auch erforderlich macht die Gefahren eines ungebändigten Kapitalismus einzuhegen. Danach muss „[d]ie freiheitliche Verfassung [...] den Menschen trauen, braucht aber auch Bereitschaft und Verfahren zu Mißtrauen.“²⁸

Vor diesem Hintergrund ist es verwunderlich, wenn das Menschenbild des Grundgesetzes gegen eine Nachhaltigkeitstransformation ins Feld geführt wird. Meines Erachtens wird hier das Menschenbild einseitig verkürzt, indem die persönliche Entfaltung zu Lasten der Einbindung in eine Gemeinschaft überbetont wird. Möglicherweise liegt dies auch darin begründet, dass vielfach das Problem des „Schutz des Menschen vor sich selbst“ angesprochen wird, etwa wenn es um staatliche Maßnahmen zur Förderung einer gesunden Ernährung geht, die als paternalistisch angesehen werden.²⁹ Tatsächlich ist es

25 Eine Reaktion des BVerfG auf gesellschaftliche Wandlungsprozesse im Sinne einer dynamischen Interpretation des Menschenbildes hat es bisher – soweit ersichtlich – nicht gegeben. Zum gesellschaftlichen Wandel aus soziologischer Perspektive: *A. Reckwitz*, *Die Gesellschaft der Singularitäten*, Berlin 2017; kritisch dazu, inwiefern das einfache Recht tatsächlich dem Menschenbild des Grundgesetzes in der Interpretation des Bundesverfassungsgerichts entspricht: *Böckenförde*, *Wandel* (Fn. 19), S. 35 f.

26 BVerfGE 157, 30 – 177 – Klimabeschluss.

27 *Böckenförde*, *Wandel* (Fn. 19), S. 25.

28 *Häberle*, *Menschenbild* (Fn. 19), S. 45.

29 Vertiefend zur Problematik: *C. Hillgruber*, *Der Schutz des Menschen vor sich selbst*, München 1992; vgl. auch: *D. Merten*, *Bürgerverantwortung im demokratischen Verfassungsstaat*, in: *Veröffentlichungen der Vereinigung der Deutschen Staatsrechtslehrer*, Heft 55, Berlin/New York 1996, S. 7 (20).

nicht unproblematisch, wenn der Zwang zum gesundheitlichen Selbstschutz (z.B. Helmpflicht) mit den sozialen Folgekosten für die Allgemeinheit (z.B. höhere Krankenkassenbeiträge) gerechtfertigt wird, da dadurch ein sehr weitreichender Rechtfertigungsgrund geschaffen wird.³⁰ Gleichzeitig gilt es zu berücksichtigen, dass häufig einer sehr geringfügigen Freiheitsbeschränkung ein großer Gewinn für die Allgemeinheit entgegensteht (z.B. deutliche Entlastung und damit Sicherung der Qualität des Gesundheitssystems). Ähnliches dürfte für viele Bereiche der Nachhaltigkeitstransformation gelten, auch wenn in der Praxis natürlich Einzelfallbetrachtungen vorzunehmen sind. Schließlich geht es hier nicht allein um den Schutz der individuellen Gesundheit, sondern um die Sicherung zukünftiger Freiheitsräume,³¹ die Bewohnbarkeit weiter Teile des Planeten und schließlich um nicht weniger als die Sicherung der ökologischen und sozialen Existenzgrundlagen.³² Deswegen erscheint auch der Ideologievorwurf verfehlt. Zwar geht es durchaus um die Verwirklichung von Werten, diese lassen sich aber gerade aus dem Grundgesetz entnehmen. Versteht man Ideologie als gebundenes System von Weltanschauungen und im weiteren Sinne von „Werten“, so kann es dem Staat kaum verwehrt sein, auf eine Verinnerlichung dieser „objektiven Werteordnung“ hinzuwirken auch wenn diese Verinnerlichung im eigentlichen Sinne nicht erzwingbar ist.³³

Zudem wird mit Kanonen auf Spatzen geschossen, wenn von einer „staatlichen Konsumentenlenkung“ und einem „vollständig gesteuerten“ zieloptimierten Wohlfahrtspaternalismus die Rede ist. Man fällt damit zurück in die für überwunden gehofften Diskussionen zur Ökodiktatur.³⁴ Zugleich wird dabei übersehen, dass der Staat in zahlreichen Bereichen Anreize für be-

30 Zur Helmpflicht für Krafttradfahrer:innen: BVerfGE 59, 275 (279); kritisch hierzu: *Hillgruber*, Staat (Fn. 12), S. 119 f.

31 BVerfGE 157, 30 –177 – Klimabeschluss.

32 Zu letzterem insbesondere: *A. Buser*, Ein Grundrecht auf Klimaschutz? Möglichkeiten und Grenzen grundrechtlicher Klimaklagen in Deutschland, DVBl. 135 (2020), 1389; für eine Kritik der Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts im Hinblick auf die Einführung des ökologischen Existenzminimums: *A. Buser*, Die Freiheit der Zukunft, Verfassungsblog, 30. April 2021; abrufbar unter: <https://verfassungsblog.de/die-freiheit-der-zukunft/>; *C. Calliess*, Das „Klimaurteil“ des Bundesverfassungsgerichts: „Versubjektivierung“ des Art. 20a GG?, ZUR 2021, 355.

33 Vgl. dazu: *Volkman*, Staat (Fn. 7), 25 und 36 (zur „Umweltmoral“); die Beispiele aus der gelebten Staatspraxis hierfür sind zahlreich und werden ganz überwiegend nicht als unvereinbar mit dem grundgesetzlichen Menschenbild erachtet (z.B. Einbürgerungstests).

34 Dazu etwa: *R. Steinberg*, Der ökologische Verfassungsstaat, Frankfurt am Main 1998; *C. Calliess*, Rechtsstaat und Umweltstaat, Tübingen 2001.

stimmte Verhaltensweisen setzt, die bis ins höchst-persönliche reichen (z.B. das Ehegattensplitting) und die dennoch – jedenfalls solange der Gleichheitssatz gewahrt wird – nicht als unvereinbar mit dem Menschenbild des Grundgesetzes angesehen werden. Solche Anreize sind ebenso wenig wie die vom *WBGU* geforderten positiven Ernährungsumgebungen, die es Menschen erleichtern sollen, sich gesund und nachhaltig zu ernähren darauf gerichtet Menschen „umzumodeln“ oder „besser zu machen“.³⁵

Das grundgesetzliche Menschenbild, wenn man ein solches denn annehmen möchte, ist ein offenes welches sich wie *Huber* formuliert hat, „nicht auf den sich in den Grenzen staatlichen Rechts frei entfaltenden und verwirklichenden Menschen reduzieren läßt. Der schwache, hilfsbedürftige und überforderte Mensch hat in ihm ebenso Platz wie die souveräne und auf sich gestellte Persönlichkeit. Das Menschenbild des Grundgesetzes entscheidet sich weder für das eine noch für das andere Leitbild, sondern ist offen für beide und die zahllosen Varianten dazwischen.“³⁶ Insofern determiniert das Menschenbild den Gesetzgeber nicht in der Entscheidung zwischen Maßnahmen, die eher auf die Stärkung der Eigenverantwortung abzielen, z.B. Informationen und Aufklärung, oder solchen die Einzelne stärker in die Pflicht nehmen, wie Ge- und Verbote, und auch allen Maßnahmen die sich irgendwo auf dem Spektrum dazwischen verorten lassen (z.B. finanzielle Anreize etc.).

C. Staatliche Schutzpflichten – Stärkung der Eigenverantwortlichkeit als relativ mildestes Mittel?

Im nun folgenden zweiten Schritt möchte ich auf die Rolle staatlicher Informationen im Rahmen staatlicher Schutzkonzepte eingehen, denn auch hieraus könnte sich ein Vorrang der Eigenverantwortlichkeit gegenüber staatlichem Zwang ableiten lassen. Zunächst sei daran erinnert, dass sich aus Grundrechten ebenso wie aus der Staatszielbestimmung des Art. 20a GG Pflichten zum Schutz menschlicher Gesundheit, des Tierwohls und

35 Davor warnt z.B.: *Häberle*, Menschenbild (Fn. 19), S. 37.

36 *Huber*, Menschenbild (Fn. 15), 509; insofern ist es auch weitgehend unerheblich, ob man das Menschenbild eher normativ umschreiben möchte, oder versucht es unter Rückgriff etwa auf die Neurowissenschaften empirisch zu bestimmen; für eine weitgehend normative Fassung unter expliziter Ausblendung empirischer Befunde aber: *Funke/Schmolke*, Einleitung (Fn. 8), S. 5.

von Umwelt und Klima ableiten lassen. Bei der Wahl der dazu eingesetzten regulatorischen Mittel erkennt das Bundesverfassungsgericht dem Gesetzgeber einen weiten Wertungs- und Beurteilungsspielraum zu.³⁷ Es gibt keinen *numerus clausus* der anzuwendenden Mittel und der Staat kann grundsätzlich die Mittel wählen, die aus seiner Sicht das anvisierte Problem am ehesten beseitigen.³⁸ Ein grundsätzlicher Vorrang des Abwehrrechts vor dem Schutzrecht lässt sich dem Grundgesetz nicht entnehmen, vielmehr sind beide Rechtspositionen abstrakt gleichrangig in den Abwägungsprozess einzustellen.³⁹

Seinen verfassungsrechtlichen Schutzpflichten kann der Gesetzgeber natürlich wiederum nur im Rahmen der verfassungsrechtlichen Ordnung, d.h. insbesondere unter Wahrung der Grundrechte in ihrer Abwehrdimension, nachkommen. Auch dadurch wird meines Erachtens allerdings kein klares Subsidiaritätsverhältnis zwischen informationsbezogenen (wie Aufklärung und schulische Erziehung) und anderen Maßnahmen wie Ge- und Verboten begründet. Greifen derartige Mittel in Grundrechte Dritter ein, ist der Verhältnismäßigkeitsmaßstab anzulegen. Im Rahmen dessen gibt es aber keinen grundsätzlichen Vorrang bestimmter Maßnahmen, es sei denn diese sind mindestens gleich geeignet und milder. In manchen Bereichen hat das BVerfG ein Schutzkonzept ausreichen lassen, dass allein auf Information und Aufklärung setzte.⁴⁰ Für viele Bereiche der Nachhaltigkeitstransformation ist allerdings sehr fraglich, ob allein Informationen und Aufklärung wirksamen Schutz erreichen können, insbesondere vor dem Hintergrund der zeitlichen Dringlichkeit.

Augenscheinlich hat allein die Information der Menschen über die Folgen des Klimawandels und die Möglichkeiten zum Klimaschutz Deutschland bisher nicht auf einen Kurs gebracht, der mit dem Klimaschutzgesetz, den Pariser Klimazielen und damit in letzter Konsequenz dem Grundgesetz vereinbar wären.⁴¹ Auch im Hinblick auf andere planetare Grenzen scheint allein Information und Aufklärung kaum erfolgversprechend. Insofern ist

37 Zum Grundrechtsschutz: BVerfGE 56, 54 (Rn. 85) – Fluglärm; BVerfG NJW 1998, 2961 (Rn. 8) – Nichtraucherchutz; BVerfG NJW 2018, 2312 (Rn. 45 f.); zu Grundrechten und Art. 20a GG: BVerfGE 157, 30 (Rn. 152) – Klimaschutz; für eine abgestufte Kontrolldichte im Klimakontext allerdings: Buser, Klimaschutz (Fn. 33), 1393.

38 Volkmann, Staat (Fn. 7), 20.

39 Dazu im Kontext des Umweltschutzes umfassend: Calliess, Umweltstaat (Fn. 35).

40 Ein Beispiel hierfür ist: BVerfG NJW 1987, 228 – AIDS-Bekämpfung.

41 Zur Verbindung dieser drei Rechtsbereiche: BVerfGE 157, 30 – 177 (Rn. 213) – Klimabeschluss.

es im Grundsatz auch zu begrüßen, dass die Auswirkungen europäischen Konsums entlang der Lieferketten auf die Artenvielfalt nunmehr nicht mehr nur über freiwillige Selbstverpflichtungen und Aufklärung, sondern auch über Verbote begegnet wird, wie sie in der im Mai beschlossenen „Deforestation Regulation“ angelegt sind.⁴²

Schließlich gibt es weitere subtilere Formen der staatlichen Steuerung neben Information und Aufklärung, die keine Grundrechtsbeeinträchtigungen darstellen. Die Beseitigung rechtlich verankerter staatlicher Förderung umwelt- und gesundheitsschädigender Produkte und Verhaltensweisen, ist hier ebenso zu nennen, wie gesetzliche Gebote die Anreizwirkungen beseitigen (z.B. Werbebeschränkungen), Abgaben- und Steuern, oder eine Budgetierung, wie sie in Ansätzen mit dem Handel von Treibhausgaszertifikaten geschaffen wurde. Die Diskussion der Grundrechtsrelevanz des Nudging scheint mir zwar keinesfalls abgeschlossen, aber ich sehe keine stichhaltigen Argumente, warum offene Formen der staatlichen Steuerung durch Anreize – wie etwa die veränderten Rahmenbedingungen in staatlichen Mensen und Kantinen – generell unvereinbar mit den Grundrechten sein sollten.⁴³

D. Demokratieprinzip, Eigenverantwortlichkeit und Staatliche Nachhaltigkeitstransformation

Abschließend möchte ich nun verfassungsrechtliche Grenzen der Inpflichtnahme Einzelner als eigenverantwortliche Verbraucher:innen in Nachhaltigkeitstransformationsprozessen in den Blick nehmen, die sich meines Erachtens aus dem Demokratieprinzip ableiten lassen. Staatliches Informationshandeln hat sicherlich eine große Bedeutung auf dem Weg zu einer nachhaltigeren Gesellschaft. Eine nachhaltige Transformation lässt sich in einer Demokratie nicht von oben nach unten oktroyieren. Insofern sind Transparenz und die Aufklärung über wesentliche naturwissenschaftliche

42 Verordnung (EU) 2023/1115 vom 31. Mai 2023 über die Bereitstellung bestimmter Rohstoffe und Erzeugnisse, die mit Entwaldung und Waldschädigung in Verbindung stehen, auf dem Unionsmarkt und ihre Ausfuhr aus der Union sowie zur Aufhebung der Verordnung (EU) Nr. 995/2010.

43 Umfassend zur Grundrechtsrelevanz und auch zu verfassungsrechtlich zulässigen Formen des Nudging: *J. Wolff*, Anreize im Recht, Tübingen 2020, S. 152 ff.; *U. Smeddinck*, Regulieren durch „Anstoßen“. Nachhaltiger Konsum durch gemeinwohlerträgliche Gestaltung von Entscheidungssituationen, *Die Verwaltung* 44 (2011), 375 ff.

Zusammenhänge oder neueste Erkenntnisse der Tierpsychologie durchaus ein wichtiges Mittel, um die Staatsziele aus Art. 20a GG zu erreichen. Ich möchte aber hier vor einem Phänomen warnen, dass ich an anderer Stelle bereits als „Privatisierung des Politischen“ bezeichnet habe.⁴⁴

Im Folgenden möchte ich deshalb strukturelle Auswirkungen einer Überbetonung der Eigenverantwortlichkeit auf Demokratie- und Rechtsstaatsprinzip hervorheben. So sehe ich die Gefahr einer Verschiebung von repräsentativ-demokratischen Verantwortlichkeiten weg von Exekutive und Legislative zu den Einzelnen. Wer über die Auswirkungen der eigenen Konsumententscheidungen informiert ist, kann nachhaltig handeln. Damit einher geht die implizite Erwartung es möge auch nachhaltig gehandelt werden. Belässt man es bei dieser Erwartungshaltung, werden meines Erachtens in problematischer Weise strukturelle Probleme personalisiert und gleichzeitig die persönliche Entscheidung politisiert. Problematisch daran ist aus verfassungsrechtlicher Perspektive die damit einhergehende Verantwortungsdelegation für den Umweltschutz vom Staat zurück an die Einzelnen.⁴⁵ Diese Verantwortungsdelegation führt zu einer Überforderung des Individuums, dem die Verantwortung für Allgemeininteressen oder sogar die Menschheit als Ganzes (z.B. Klimawandel und Artensterben) aufgebürdet wird.⁴⁶ Zudem wird der Gesetzgeber partiell von seiner Inpflichtnahme durch das Grundgesetz entlastet. Erfolg oder Misserfolg der Nachhaltigkeitstransformation liegt so weniger in der staatlichen- denn in der gesellschaftlichen oder gar individuellen Sphäre. In einer solchen Konzeption trägt auch nicht der Gesetzgeber die Verantwortlichkeit für Erfolg- oder Misserfolg für das Ausbleiben struktureller Veränderungen hin zu mehr Nachhaltigkeit, sondern die Einzelnen.

Schließlich erscheint es mir zu kurz gegriffen, Autonomie allein im Sinne der Abwesenheit staatlicher Eingriffe zu deuten.⁴⁷ Autonomie erfordert zu-

44 A. Buser, Staatliche Informationspflichten, *Der Staat* 2023, Heft 2, S. 201-242.

45 In BVerfGE 105, 252 (269) und 105, 279 (302) geht das Gericht explizit von der Notwendigkeit aus, die Bürger:innen durch die Verbreitung von Informationen durch die Bundesregierung „zur eigenverantwortlichen Mitwirkung an der Problembewältigung“ zu befähigen.

46 Eine Überforderung und „Individualisierung der Ernährungsverantwortung“ problematisieren auch: *Martínez/Spiller/Renner/Voget-Kleschin/Grethe*, Ernährungsumgebungen (Fn. 14), 596.

47 Vgl. *M. Fehling*, Autonomie und staatliche Regulierung, in: C. Bumke/A. Röthel (Hrsg.), *Autonomie im Recht*, Tübingen 2017, S. 297 („Rechtlich verbriefte Freiheit ist eine notwendige, aber keine hinreichende Bedingung für reale Selbstbestimmung.“) und die Ausführungen zum Verbraucherleitbild auf S. 307 ff.

gleich Zurücknahme staatlicher Bevormundung *und* Schaffung eines rechtlichen Rahmens zum Schutz der Selbstverantwortung. Hier ergeben sich dann auch Parallelen zum Menschenbild des Grundgesetzes, wie es vom Bundesverfassungsgericht vertreten wird.⁴⁸ Positive Freiheit, definiert als Möglichkeit tatsächlich und nicht nur formell selbstbestimmt von Freiheit Gebrauch zu machen, kann staatliche Eingriffe zur Überwindung gesellschaftlicher Missstände gerade erforderlich machen.⁴⁹ So wird durch die Reduzierung negativer Anreize Selbstautonomie teilweise nicht reduziert, sondern erhöht,⁵⁰ etwa wenn die Hafermilch nicht schon allein wegen der unterschiedlichen Besteuerung teurer als konventionelle Kuhmilch ist und es damit auch Menschen mit geringerem Einkommen leichter gemacht wird sich vegan zu ernähren, oder wenn in öffentlichen Einrichtungen das Essensangebot um nachhaltige Alternativen erweitert wird. Selbst (offenes) Nudging kann dazu beitragen, dass es Einzelnen leichter fällt, eine Entscheidung zu treffen, die mit den eigenen Wertvorstellungen übereinstimmt (z.B. sich gesund zu ernähren und das Klima zu schonen).⁵¹ Wenn es in der Kantine nicht jeden Tag Schweineschnitzel gibt oder es entsprechend der Umweltkosten bepreist ist und es schmackhafte Alternativen gibt, fällt es Leuten leichter sich bewusst nachhaltig zu ernähren, ohne dass Ihnen damit gleich die Selbstbestimmung

48 Siehe oben unter B.

49 Zum Unterschied zwischen „realer“ und „rechtlicher“ Freiheit: *W. Krebs*, Rechtliche und Reale Freiheit, in: D. Merten/H.-J. Papier (Hrsg.), Handbuch der Grundrechte, Band II: § 31 Rn. 1 und 2, Heidelberg 2007; für einen positiven Freiheitsbegriff: *Martínez/Spiller/Renner/Voget-Kleschin/Grethe*, Ernährungsumgebungen (Fn. 14), 599 und 604 ff., unter Verweis auf *I. Berlin*, Freiheit: Vier Versuche, Frankfurt am Main 1995, die etwa darauf hinweisen, der „Mensch [sei] nur dann positiv frei, wenn nicht nur das Recht, sondern auch die ihn prägenden sozialen, wirtschaftlichen, edukativen oder psychologischen Faktoren (u. a.) ihm den Freiraum ermöglichen, diese Freiheit zu leben.“; vgl. auch die ähnliche Diskussion zum Verhältnis von formeller zu materieller Gleichheit im Rahmen des Art. 3 GG, dazu im Überblick etwa: *U. Sacksofsky*, § 19 Gleichheitsrechte, in: M. Herdegen/J. Masing/R. Poscher/K. F. Gärditz (Hrsg.), Handbuch des Verfassungsrechts, München 2021, S. 1229 (1236, Rn. 20 ff.).

50 Vgl. *Fehling*, Autonomie (Fn. 49), S. 310; zu subtilen Freiheitsbeeinträchtigungen durch finanzielle staatliche Anreize: *P. Kirchhof*, Erwerbsstreben und Maß des Rechts, in: P. Kirchhof/J. Isensee (Hrsg.), HStR, Band VIII, 3. Aufl., Heidelberg 2010, § 169 Rn. 49 – 50.

51 Im Überblick zum Forschungsstand, wonach offenes Nudging ebenso effektiv wie verdecktes Nudging ist (im Bereich der Ernährung): *Martínez/Spiller/Renner/Voget-Kleschin/Grethe*, Ernährungsumgebungen (Fn. 14), 609 ff.; zum Konzept eines libertären Paternalismus: *R. H. Thaler/C. R. Sunstein*, *Nudge*, New York 2009; unter Rückgriff darauf, für die rechtliche Schaffung „weitestmöglich[er] Voraussetzungen [...] unter denen eine reflektierte Wahl von Entfaltungsoptionen unter Berücksichtigung auch der menschlichen Schwächen realisierbar wird“: *Fehling*, Autonomie (Fn. 49), S. 309.

abhandenkommt. Damit wird ihre Entscheidungsfreiheit nicht stärker beeinflusst als vorher, als das Schweineschnitzel der Standard war. Es werden lediglich Gewohnheiten aufgebrochen.

E. Fazit

Die aktuelle Debatte rund um das sog. Heizungsgesetz zeigt, wie schwierig es politisch ist, rechtliche Verbote eines Verhaltens durchzusetzen, das traditionell als sozialadäquat angesehen wurde. Diese Aversion gegenüber dem Verbot möchte ich hier nicht politisch bewerten. Ich möchte aber davor warnen, eine (vermeintliche) gesellschaftliche „Regulierungsaversion“ mit einer verfassungsrechtlichen Grundentscheidung, ja gar dem grundgesetzlichen Menschenbild gleichzusetzen. Der Gesetzgeber kann und muss unter Umständen sogar auf eingriffsintensivere Instrumente zurückgreifen, wenn sich sanftere Formen der staatlichen Lenkung, wie die bloße Information der Verbraucher:innen, als nicht ausreichend herausstellen, um seinen verfassungsrechtlichen Pflichten aus Art. 20a GG und den Grundrechten gerecht zu werden. Schließlich streitet das Demokratieprinzip dafür, die Verantwortung für planetare Umweltprobleme nicht auf einzelne Verbraucher:innen abzuwälzen. Strukturelle Probleme können nur durch strukturelle Veränderungen angegangen werden. Die kritisierte „Privatisierung des Politischen“ und die damit einhergehende Verantwortungsverlagerung vom Staat hin zu Einzelnen ist sicherlich wenig justiziabel, dadurch aber nicht irrelevant. Sie soll verdeutlichen, dass es zur Schaffung positiver Freiheit und der vom Bundesverfassungsgericht im Klimabeschluss angemahnten „intertemporalen Freiheitssicherung“ mehr bedarf als bloße Informiertheit und das (blinde) Vertrauen auf „mündige Verbraucher“ und Marktmechanismen.⁵²

52 Vgl. auch: *Martínez/Spiller/Renner/Voget-Kleschin/Grethe*, Ernährungsumgebungen (Fn. 14), 613.

Normen nachhaltig auslegen?

Nora Brück

A. Der Wandel zur Nachhaltigkeit – Eine Aufgabe für die Rechtswissenschaft?

Ob eine „Weltrettung per Gerichtsbeschluss“ möglich sei, lautet die Leitfrage eines vor wenigen Jahren von Bernhard Wegener veröffentlichten Artikels.¹ Nein, so wenig überraschend seine Antwort. Im Gegenteil: Die Idee überschätze die Leistungsfähigkeit der Dritten Gewalt,² die angestrebte „Weltrettung per Gerichtsbeschluss“ sei gar potentiell gefährlich.³ So drohe die Missachtung von Gerichtsbeschlüssen, die sich trotz „realpolitische[r] Unerreichbarkeit“ an den Reduktionsvorgaben des Weltklimarats (IPCC) orientieren.⁴ Dadurch drohe schließlich eine Destabilisierung des gewaltenteilenden Systems.⁵ Nötig sei vielmehr „die gesellschaftliche Anerkennung, dass die Klimaschutzziele ohne entschiedene Wachstumseinschnitte, ohne Konsumverzichte, ohne radikale Umbauten am eigenen Lebensmodell nicht erreichbar sein werden.“⁶ So sehr Wegener in letzterer Feststellung zuzustimmen ist, so wenig begründet erscheint sein anschließendes Fazit: „[Klimaklagen] verschlechtern die Aussichten auf gesamtgesellschaftlich mitgetragene Klimaschutzanstrengungen aber eher, als dass sie sie verbessern.“⁷ Diese Aussage fußt leider kaum auf fundierten, empirisch belegten Betrachtungen öffentlicher Kommunikationsprozesse, sondern kann allenfalls auf Hilfsannahmen wie „Die Leute denken sonst, die Gerichte werden sich schon kümmern.“ oder die vorgebrachte Befürchtung der Erosion des Systems der Gewaltenteilung gestützt werden. Hierbei wird jedoch übersehen, obwohl die mediale Inszenierung der Klimaklagen sogar kriti-

1 B. Wegener, Urgenda – Weltrettung per Gerichtsbeschluss?, ZUR 2019, 3 (3).

2 Wegener, Urgenda (Fn. 1), 3.

3 Wegener, Urgenda (Fn. 1), 10.

4 Wegener, Urgenda (Fn. 1), 13.

5 Wegener, Urgenda (Fn. 1), 13.

6 Wegener, Urgenda (Fn. 1), 13.

7 Wegener, Urgenda (Fn. 1), 13.

siert wird,⁸ dass Gerichtsverhandlungen Teil des Prozesses der öffentlichen Meinungsbildung sind. Es spricht nichts dagegen, dass Klimaschützerinnen und Klimaschützer sich die Autorität, die in einem funktionierenden Rechtsstaat von Gerichtsentscheidungen ausgeht, zunutze machen. Dass zum Beispiel in Deutschland Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts insgesamt eine höhere gesellschaftliche Akzeptanz finden als solche des Deutschen Bundestages, mag nachdenklich stimmen, ist aber ein anzuerkennendes Faktum.⁹ Zudem müssen die wesentlichen Entscheidungen zwar von der Legislative getroffen werden, gleichzeitig bedeutet unser System der Gewaltenteilung aber eben auch, dass eine gegenseitige Kontrolle erfolgt. Der Klimawandel ist ein Problem, das nicht nur jeden einzelnen Menschen betrifft, sondern auch alle Staatsgewalten beschäftigen soll und muss. Welche Bedeutung dem Begriff der Nachhaltigkeit zukommt, liegt auch in der Hand eines jeden Rechtsanwenders.¹⁰

Grundlage der Arbeit eines jeden Rechtsanwenders ist die Methodenlehre.¹¹ Gleichzeitig entsteht der Eindruck, dass die Methodenlehre es kaum wagt, sich gegenüber neuen Herausforderungen zu öffnen. Möglicherweise fürchtet man, eine Kritik am scheinbar bewährten Methodenkanon sei zwingend verbunden mit einer Hinterfragung der Objektivität der Rechtswissenschaft und daraus folge eine Gefährdung des Status der Jurisprudenz als genuiner Wissenschaft. Im Folgenden soll es daher darum gehen, zu untersuchen, ob und wie die Idee der Implementierung der Nachhaltigkeit in unserer Gesellschaftsordnung bei der Auslegung von Normen eine Rolle spielt. Dies ist auch, aber nicht nur bei Klimaklagen relevant. Gleichwohl sind es häufig sog. Klimaklagen, die die Gerichte dazu bringen, in diesem Bereich Neues auszuprobieren und die somit als Entwicklungsquelle der Rechtswissenschaft dienen.

8 Wegener, Urgenda (Fn. 1), Fn. 50.

9 W. Patzelt, Warum verachten die Deutschen ihr Parlament und lieben ihr Verfassungsgericht? Zeitschrift für Parlamentsfragen 2005, 517 (517 f).

10 M. Kment, Die Neujustierung des Nachhaltigkeitsprinzips im Verwaltungsrecht, Tübingen 2019, S. 100.

11 Die Begriffe Methodenlehre und Rechtstheorie werden im Folgenden mit einem großen Überschneidungsbereich verwendet, wobei die Verwendung des Begriffs „Methodenlehre“ verdeutlichen soll, dass es um Auslegungsmethoden i. e. S. geht.

B. Auslegung als rein formeller Prozess?

Grundsätzlich zeichnet die juristische Methodenlehre sich dadurch aus, stark formalisiert daherzukommen. Die Regeln der Methodenlehre sollen grundsätzlich unabhängig vom Inhalt der auszulegenden Normen gelten und Handlungsanweisungen beinhalten, die dazu führen, dass verschiedene Normanwenderinnen und -anwender zum gleichen Ergebnis kommen. Formulierungen wie „das juristische Handwerkszeug“ suggerieren in besonderer Weise stabile Werkzeuge, mit denen Normen nach einheitlichen Standards „bearbeitet“ werden können. Der Idee nach ist die Auslegung von Normen ein rein formal gesteuerter Prozess. Dass nicht zuletzt individuelle (emotionale) Faktoren in der Sphäre der Rechtsanwenderin bzw. des Rechtsanwenders eine Rolle bei der Entscheidung spielen, wird zwar heute nicht mehr geleugnet. Konkrete Änderungen an der Idealvorstellung des Auslegungsvorgangs als rein rationaler und formaler Prozess haben sich gleichwohl noch nicht durchgesetzt.

Dieser Befund macht die Frage so heikel, ob eine materielle Steuerung im Sinne einer „nachhaltigen“ Auslegung von Normen eine Option für die Erweiterung des juristischen Methodenkanons ist.

Materielle Auslegungsgesichtspunkte in den Auslegungsprozess zu integrieren, könnte gerade mit einem Blick auf die deutsche Geschichte bedenklich stimmen. Bernd Rütters stellt in seinem Werk „die unbegrenzte Auslegung“ eindrücklich dar, wie im Nationalsozialismus nicht nur die tatsächliche Änderung von Normen, sondern eben vor allem auch eine ideologisierte Lesart bereits bestehender Normen zu einer herrschaftsaffinen Rechtsprechung führte.¹² Sorgen vor einer insgesamt materiellen Steuerung der Rechtsordnung von oben sind daher nicht unbegründet. Auch wer nicht sofort die „Öko-Diktatur“ kommen sieht, mag sich um die Rechtssicherheit Gedanken machen.

Allerdings ist daran zu erinnern, dass die Vorstellung einer Auslegung von Normen anhand rein formaler Kriterien nur eine Illusion – manch einer mag sagen: ein Ideal – ist.

Erstens verbleiben, so viel ist unstrittig, bei der Anwendung rechtlicher Normen meistens Auslegungsspielräume. Schon hier liegt, insbesondere bei exekutiven Entscheidungen, ein großes Potential, Belange der Nachhaltigkeit stärker zu berücksichtigen. Aber auch bei judikativen Entscheidungen, die sich in solchen Fällen häufig auf eine Überprüfung einer Entscheidung

12 B. Rütters, Die unbegrenzte Auslegung, Tübingen 9. Aufl. 2022.

und somit auf eine Verhältnismäßigkeitsprüfung beschränken, haben faktisch noch einen Spielraum, der mit materiellen Überlegungen gefüllt werden kann.

Zweitens sind aber vor allem die sog. klassischen Auslegungsmethoden nur auf den ersten Blick formaler Natur. Dies gilt insbesondere für die teleologische Auslegung. Vor allem aber die sog. verfassungskonforme Auslegung¹³ wird genutzt, um materielle Erwägungen als formalen Vorgang zu kennzeichnen. Denn welche Auslegungsvariante bei der „Mehrdeutigkeit“¹⁴ einer Norm mit der Verfassung vereinbar ist, bleibt seinerseits eine Entscheidung, die von materiellen Abwägungsentscheidungen bezüglich der Gewichtung verschiedener Güter von Verfassungsrang abhängt.

Gerade mit Blick auf die deutsche Geschichte bringt es daher nichts, einfach so zu tun, als könnten anhand rein formaler Auslegungskriterien intersubjektiv nachvollziehbare Auslegungsergebnisse erzielt werden. Es gilt, sich der Erkenntnis zu stellen, dass materielle Aspekte immer auch ausschlaggebend sein werden, und produktiv damit umzugehen.

Eine vollständige Vereinheitlichung von Wertungsentscheidungen wird nicht gelingen. Gleichwohl gibt die Verfassung hierfür Anhaltspunkte, die sowohl bei der Findung als auch bei der Begründung einer Entscheidung als Orientierung dienen können.

Eine „nachhaltige Auslegung“ könnte daher technisch gesehen mit der verfassungsorientierten Auslegung vergleichbar sein, würde jedoch den Fokus auf ein bestimmtes Rechtsgut legen (bzw. ein Bündel von Rechtsgütern). Die verfassungsorientierte Auslegung wird – in Abgrenzung zur verfassungskonformen Auslegung – bereits so verstanden, dass materielle, in der Verfassung verankerte Werte in den Auslegungsvorgang miteinbezogen werden. Dieser allgemeine Terminus macht es jedoch zunächst schwer nachvollziehbar, welche Verfassungswerte genau für eine Auslegungsentcheidung ausschlaggebend waren.

Eine „nachhaltige Auslegung“ soll somit nicht dazu führen, dass der Nachhaltigkeit ein Über-Verfassungsrang zukommt. Vielmehr geht es darum, einen in der Verfassung verankerten Wert explizit zu nennen, um den Auslegungsvorgang noch transparenter zu gestalten. Somit kann die

13 Verfassungskonforme Auslegung wird hier verstanden als die Auswahl einer mit der Verfassung konformen Auslegungsmöglichkeit aus mehreren verbliebenen Auslegungsvarianten nach der Anwendung der klassischen Auslegungsmethoden. Inwieweit dieses Vorgehen praktisch überhaupt durchführbar ist, soll an dieser Stelle nicht problematisiert werden.

14 B. Rütters/C. Fischer/A. Birk, *Rechtstheorie*, 2022, Rn. 765.

nachhaltige Auslegung auch als ein konkretisierender Unterfall der verfassungsorientierten Auslegung betrachtet werden.

C. Der Begriff der Nachhaltigkeit im Recht

Die Operation mit dem Begriff der Nachhaltigkeit in der Rechtswissenschaft bringt jedoch ein praktisches Problem mit sich. Seine unklaren Konturen und seine Weite lassen ihn als rechtliches Steuerungsinstrument nur bedingt geeignet erscheinen.¹⁵ Zwar bringt ein offener Begriff den Vorteil der Möglichkeit der Inklusion verschiedener Weltanschauungen mit sich.¹⁶ Dieser Vorteil wendet sich jedoch ins Gegenteil, sobald der Begriff jede Operabilität einbüßt.

Katja Gehne systematisiert die rechtswissenschaftlichen Ansätze zur Nachhaltigkeit und unterteilt drei Nachhaltigkeitskonzeptionen im Recht, also drei Wege, den Begriff der Nachhaltigkeit aus der Perspektive der Rechtswissenschaft zu verstehen.¹⁷ Erstens werde vertreten, dass die Unbestimmtheit des Nachhaltigkeitsbegriffs den Charakter einer Rechtsnorm nicht zulasse, weshalb Nachhaltigkeit als außerrechtliche Leitlinie verstanden werden müsse.¹⁸ Zweitens werde vorgeschlagen, das Nachhaltigkeitsprinzip auf seinen ökologischen Gehalt zu begrenzen, damit das Prinzip ein greifbares Ziel beinhalte und somit rechtliche Geltung beanspruchen kann.¹⁹ Ein dritter Ansatz verstehe das Nachhaltigkeitskonzept als Abwägungsprinzip, dem durchaus Verbindlichkeit zukommen könne.²⁰

15 W. Berg, Nachhaltigkeit und Umweltstaat, in: W. Kahl (Hrsg.), Nachhaltigkeit als Verbundbegriff, Tübingen 2008, S. 432.

16 Vgl. E. Frenzel, Nachhaltigkeit als Prinzip der Rechtsentwicklung?, Baden-Baden 2005, S. 44.

17 K. Gehne, Nachhaltige Entwicklung als Rechtsprinzip, Tübingen 2011, S. 179 f.

18 Gehne, Rechtsprinzip (Fn. 17), S. 180.

19 Gehne, Rechtsprinzip (Fn. 17), S. 192-196.

20 Gehne, Rechtsprinzip (Fn. 17), S. 206-208. Katja Gehne systematisiert diese Ansätze nicht nur, sondern vergleicht und bewertet sie auch, indem sie etwa die Kongruenz mit den Vorgaben des UN-Kontextes erörtert und sich insbesondere theoretisch mit der Frage der Normqualität der Nachhaltigkeitsvorgabe beschäftigt, S. 217 f. Hier soll aber nur die Systematisierung der Ansätze erläuternd herangezogen werden.

Der Gesetzgeber selbst verwendet den Begriff „nachhaltig“ häufig.²¹ Auch hier finden sich in Ansätzen die von Katja Gehne herausgearbeiteten Verständnismöglichkeiten.

Insgesamt fällt auf, dass der Begriff der Nachhaltigkeit häufig als Prinzip oder Ziel verwendet wird, seltener in Vorschriften mit ganz konkreten Handlungsanweisungen.²² So nennt etwa § 1 Abs. 1 Nr. 2 BNatSchG die nachhaltige Nutzungsfähigkeit der Naturgüter als Ziel.

Im Bauplanungsrecht findet sich eine Normierung des Drei-Säulen-Modells. So schreibt § 1 V BauGB vor, die „Bauleitpläne sollen eine nachhaltige städtebauliche Entwicklung, die die sozialen, wirtschaftlichen und umweltschützenden Anforderungen auch in Verantwortung gegenüber künftigen Generationen miteinander in Einklang bringt [...], gewährleisten“. Hier zeigt sich der „weite dreidimensionale Nachhaltigkeitsbegriff“, „der die sozialen, wirtschaftlichen und ökologischen Belange ausgleichen soll.“²³ In § 1 BauGB, der viele Belange auflistet, die in Abwägungsentscheidungen einzubeziehen sind, ist eine solche begriffliche Unschärfe scheinbar verschmerzbar. Durch die Definition des Nachhaltigkeitsbegriffs im Gesetz, also die Nennung der einzubeziehenden Aspekte, bleibt der Spielraum des Verständnisses des Begriffs auch klein. Im Ergebnis dürfte aber schon hier ein Verständnis der Nachhaltigkeit bereits als Ergebnis einer Abwägung kollidierender Belange dazu führen, dass der Begriff an Steuerungsfähigkeit verliert.²⁴

Für ein auf ökologische Aspekte fokussiertes Nachhaltigkeitsverständnis kann das in Art. 20a GG verankerte Schutzgebot herangezogen werden:²⁵ „Der Staat schützt auch in Verantwortung für die künftigen Generationen die natürlichen Lebensgrundlagen und die Tiere im Rahmen der verfassungsmäßigen Ordnung durch die Gesetzgebung und nach Maßgabe von Gesetz und Recht durch die vollziehende Gewalt und die Rechtsprechung.“ Auch die Nachhaltigkeitskonzeption des Art. 11 AEUV stellt den Umweltschutz in den Vordergrund, anstatt das „auch dreidimensional zu

21 Laut *Frenzel*, Rechtsentwicklung (Fn. 16), S. 57, wurde der Begriff im Jahr 2003 in 166 Normen verwendet.

22 *Kment*, Die Neujustierung (Fn. 10), S. 21, *Kment* spricht auch von einem „Leitbild“ bzw. „Leitprinzip“, S. 21, 44.

23 *J. Kersten*, Nachhaltigkeit und Städtebau, in: W. Kahl (Hrsg.), Nachhaltigkeit als Verbundbegriff, Tübingen 2008, S. 412.

24 S. mit Nachweisen *Kersten*, Städtebau (Fn. 23), S. 412.

25 *Berg*, Umweltstaat (Fn. 15), S. 432.

verstehende Konzept der Nachhaltigkeit“ darzustellen.²⁶ Diese Konzeption des Nachhaltigkeitsprinzips wird dadurch womöglich „seiner Potenziale beschnitten“;²⁷ kann so aber das verbleibende Potenzial eventuell besser entfalten.

Die Vor- und Nachteile der verschiedenen Nachhaltigkeitsverständnisse sollen hier nicht vertieft werden. Ein auf ökologische Aspekte fokussiertes Nachhaltigkeitsverständnis macht es aber jedenfalls leichter, Abwägungs- und Auslegungsvorgänge transparent darzustellen.

Aus rechtsmethodischer Sicht lässt sich neben den inhaltlichen Einordnungsversuchen des Nachhaltigkeitsbegriffs außerdem noch eine weitere Perspektive auf den Nachhaltigkeitsbegriff ergänzen: Dieser lässt sich zunächst auch als Sammelbegriff für Ansätze und Probleme bei der Auslegung von Normen verstehen, die – verglichen mit anderen methodisch gerechten Auslegungsmöglichkeiten – zu einem nachhaltigeren Ergebnis führen. Dies kann Ausgangspunkt für weiterführende, systematisierende Überlegungen sein.

D. Beispiele – Was bedeutet nachhaltige Auslegung konkret?

I. Verantwortungsdiffusion und Zurechnung

Prominentes Beispiel für einen laufenden zivilrechtlichen Fall ist die Klage des peruanischen Landwirts und Bergführers Saúl Lliuya gegen die RWE AG. Lliuya ist Miteigentümer eines Hauses unterhalb eines Gletschersees, das durch das Abschmelzen des Gletschers in Folge des Klimawandels von einer Flutwelle bzw. Schlammlawine zerstört zu werden droht. Die Klage ist gerichtet auf die anteilige Übernahme von Kosten für Schutzmaßnahmen zur Sicherung des Hauses durch die RWE AG entsprechend ihrem Beitrag zu den globalen Treibhausgas-Emissionen.²⁸ „Der Anspruch könnte sich aus einem Abwehrrecht, das jedem Eigentümer gegen unterschiedliche Be-

26 *Kment*, Die Neujustierung (Fn.10), S.11. *Kment* spricht sich allerdings dafür aus, stärker alle drei Säulen des Begriffs (Umwelt, Ökonomie, Soziales) zu betonen, insbesondere Umweltverträglichkeitsprüfung und Strategische Umweltprüfung nicht auf ökologische Belange zu begrenzen, S. 35.

27 *Kment*, Die Neujustierung (Fn. 10), S. 46.

28 www.olg-hamm.nrw.de/behoerde/presse/pressemitteilung_archiv/archiv/2022_Press_earchiv/19_22_PE_Beweisaufnahme-in-Peru-im-Rechtsstreit-Lliuya-___-RWE/index.php (zuletzt abgerufen am 12.7.2023).

eintrüchtigungen seines Eigentums gegen jeden Störer zusteht gem. § 1004 in Verbindung mit §§ 677 ff. beziehungsweise § 812 BGB ergeben.“²⁹ Das zuständige OLG Hamm hält einen solchen Anspruch nicht für ausgeschlossen und ist vor Ort in die Beweisaufnahme eingetreten. Der Fall zeigt ein ganz grundlegendes Problem auf: Die Verantwortung für durch den Klimawandel entstandene Schäden teilt sich auf so viele Personen auf, dass diese Verantwortung sich zivilrechtlich kaum fassen lässt.

Modelle von Zurechnung sind grundsätzlich nicht explizit normiert.³⁰ An dieser Stelle liegt ein wichtiger Ansatzpunkt für die Rechtstheorie, mit der mit dem Klimawandel verbundenen Komplexität der Verantwortungsverteilung umzugehen. Die Formel einer Handlung, die nicht hinweggedacht werden kann, ohne dass ein Ereignis entfällt, greift hier jedenfalls zu kurz.

Die Rechtstheorie ist so mehr und mehr zu einer Kooperation mit anderen wissenschaftlichen Disziplinen gezwungen. Die Verantwortlichkeit für Schäden an der Natur lässt sich in aller Regel nur in Wahrscheinlichkeiten ausdrücken. Damit umzugehen, stellt eine große Herausforderung für die Rechtswissenschaft dar.

II. Verständnis des Art. 20a GG

Ein weiteres vieldiskutiertes Problem im Zusammenhang mit einer ökologischen Transformation der Rechtsordnung ist das Problem der subjektiven Betroffenheit, die zur Einklagbarkeit rechtlicher Positionen nachgewiesen werden muss.³¹ Immer häufiger wird daher vorgeschlagen, die Subjektqualität der Natur in der deutschen Rechtsordnung zu verankern.³² Allerdings könnte auch die bestehende Rechtsordnung bereits entsprechend ausgelegt werden. Andreas Fischer-Lescano schlägt vor, den personalen Anwendungsbereich

29 www.olg-hamm.nrw.de/behoerde/presse/pressemitteilung_archiv/archiv/2022_Press_earchiv/19_22_PE_Beweisaufnahme-in-Peru-im-Rechtsstreit-Lliuya-___-RWE/index.php.

30 S. etwa die offene Formulierung des § 276 Abs. 2 BGB.

31 Das Thema wird auch unter dem Stichwort der „Anthropozentrik“ der Rechtsordnung schon lange diskutiert, s. z. B. *Bosselmann*, *Wendezeit im Umweltrecht: Von der Verrechtlichung der Ökologie zur Ökologisierung des Rechts* (Teil 1), *Kritische Justiz*, 1985, 345 (357 f.).

32 Statt vieler *J. Kersten*, *Das ökologische Grundgesetz*, München 2022, S.100, der vorschlägt, Art. 19 GG entsprechend zu erweitern: „(3) Die Grundrechte gelten auch für ökologische und inländische juristische Personen, soweit sie ihrem Wesen nach auf diese anwendbar sind.“

der Grundrechte zu erweitern, indem Art. 19 Abs. 3 GG in systematischer Gesamtschau mit Art. 20a GG gelesen wird.³³ Art. 19 Abs. 3 GG sei zirkelschlüssig, da die Norm zwar „die Ausweitung des Kreises der Grundrechtsberechtigten“ anordne, zugleich aber diese Berechtigung davon abhängig mache, „dass die Berechtigten Zuordnungssubjekt von eben den verfassungsrechtlichen Rechten und Pflichten sind, die durch die Norm erst erweiternd zugeordnet werden sollen.“³⁴ Dieser Zirkel könne teleologisch geschlossen werden, indem nicht von Personen auf Recht, sondern umgekehrt von den Rechten und der „grundrechtstypischen Gefährdungslage auf die Person“ geschlossen werde.³⁵ Damit kann, muss aber nicht zwingend eine Einbeziehung von Kollektivgütern wie der Umwelt in den Kreis der Berechtigten gemeint sein.³⁶

III. Nachhaltigkeit in der Abwägung

Ein anderes prominentes Beispiel, bei dem auf Abwägungsebene Aspekte der Nachhaltigkeit besonders stark gemacht wurden, stammt aus Österreich. Das Bundesverwaltungsgericht hielt den Bau einer dritten Start- und Landebahn am Flughafen Wien-Schwechat für unzulässig. In seiner Erkenntnis führt es aus: „Insgesamt überwiegt das öffentliche Interesse, dass es in Österreich zu keinem weiteren markanten Anstieg an THG[Treibhausgas]-Emissionen durch Errichtung und Betrieb der dritten Piste kommt und Österreich seine national und international eingegangenen Verpflichtungen zur Reduktion der THG-Emissionen einhält, gegenüber den verschiedensten öffentlichen Interessen, die für die Errichtung des Vorhabens sprechen. Auch ist die Erhaltung wertvollen Ackerlands für zukünftige Generationen zur Nahrungsmittelversorgung dringend geboten.“³⁷ Das Bundesverwaltungsgericht betonte in der Begründung explizit, die Staatszielbestimmungen des BVG Nachhaltigkeit seien in die Interessenabwägung einzubeziehen.³⁸ Es wies somit methodisch direkt darauf hin, eine an einem Verfassungsgesetz orientierte Auslegung vorzunehmen.

33 A. Fischer-Lescano, Natur als Rechtsperson, Zeitschrift für Umweltrecht, 2018, 205 (213).

34 Fischer-Lescano, Rechtsperson (Fn. 33), 214.

35 Fischer-Lescano, Rechtsperson (Fn. 33), 214.

36 Fischer-Lescano, Rechtsperson (Fn. 33), 213.

37 Bundesverwaltungsgericht, Erkenntnis v. 2.2.2017, Z W109 2000179-1/291E, S. 80.

38 Bundesverwaltungsgericht, Erkenntnis v. 2.2.2017, Z W109 2000179-1/291E, S. 123.

Die Entscheidung wurde vom Österreichischen Verfassungsgerichtshof kassiert. Ein „willkürliches Verhalten des Verwaltungsgerichtes, das in die Verfassungssphäre eingreift“, liege „unter anderem in einer gehäuften Verknennung der Rechtslage“.³⁹ Kritisiert wird die Auslegung des Begriffs des „öffentlichen Interesses“ in § 71 Luftfahrtgesetz durch das Bundesverwaltungsgericht.⁴⁰

Bemerkenswert ist hierbei vor allem, dass der Verfassungsgerichtshof Ausführungen zur methodischen Einbeziehung von Belangen des Umweltschutzes in die Abwägung macht: „Es ist daher verfassungsrechtlich geboten, den umfassenden Umweltschutz sowohl bei der Interpretation der näher in Betracht kommenden abwägungsrelevanten Interessen, die nach dem LFG wahrzunehmen sind, als auch bei der nachfolgenden Gewichtung dieser Interessen miteinzubeziehen, wenn die als maßgeblich festgestellten Interessen einen Bezug zum Umweltschutz aufweisen. Durch die genannte Staatszielbestimmung werden die zu berücksichtigenden Interessen nicht über den Kreis jener nach dem LFG wahrzunehmenden Interessen hinaus und auch nicht der Bezugsrahmen von Emissionen oder Auswirkungen erweitert, die nach dem LFG zu untersuchen sind.“⁴¹ Was im ersten Moment nach einer Aussprache für die prinzipielle Einbeziehung des Staatsziels Nachhaltigkeit in den Auslegungsvorgang spricht, wird sodann stark relativiert: Letztlich sollen die einzubeziehenden Interessen doch wieder durch das einfache Recht beschränkt und definiert werden.

Konkret bedeutet das für den Verfassungsgerichtshof: „Das Bundesverwaltungsgericht hat in der angefochtenen Entscheidung in nicht nachvollziehbarer Weise seinen Feststellungen neben Werten von CO₂-Emissionen, die sich aus den Start- und Landevorgängen von Luftfahrzeugen ergeben (LTO-Emissionen) auch solche des internationalen Luftverkehrs (Emissionen während des Fluges, sog. „Cruise-Emissionen“) zugrunde gelegt, die es zur Gänze dem Vorhaben der erstbeschwerdeführenden Partei zurechnet, und damit in Verknennung der Rechtslage seine Entscheidung mit einem in die Verfassungssphäre reichenden Vollzugsfehler belastet [...]“⁴²

39 Österreichischer Verfassungsgerichtshof, 29.6.2017, E 875/2017-32, E 886/2017-31, Rn. 198.

40 Österreichischer Verfassungsgerichtshof, 29.6.2017, E 875/2017-32, E 886/2017-31, Rn. 201 f.

41 Österreichischer Verfassungsgerichtshof, 29.6.2017, E 875/2017-32, E 886/2017-31, Rn. 209.

42 Österreichischer Verfassungsgerichtshof, 29.6.2017, E 875/2017-32, E 886/2017-31, Rn. 209.

An dem Beispiel zeigt sich das Problem der Fassbarkeit ökologischer Probleme durch rechtliche Kategorien. Für die Umweltbilanz des Vorhabens spielt es keine Rolle, wem Emissionen zugerechnet werden, in der Argumentation des Gerichts ist dies jedoch ein entscheidender Punkt.

Zwar ist die Lage in Österreich mit der Lage in Deutschland allein schon durch die stärkere Implementierung des Nachhaltigkeitsbegriffs auf Verfassungsebene in Österreich⁴³ nicht vollständig vergleichbar. Gerade deshalb zeigt das Beispiel jedoch anschaulich, wie auf höchster gerichtlicher Ebene methodische Fragen des Umgangs mit rechtlichen Vorgaben verschiedener Ebenen mit Nachhaltigkeitsbezug erörtert werden.

IV. Grundrechte als intertemporale Freiheitssicherung

Das zuletzt wohl am heftigsten diskutierte Beispiel für eine Auslegung, die als „nachhaltig“ bezeichnet werden kann, lieferte das Bundesverfassungsgericht in seinem sog. „Klimabeschluss“ vom 24. März 2021.⁴⁴ Hierin stellte es fest, das Grundgesetz verpflichte „unter bestimmten Voraussetzungen zur Sicherung grundrechtsgeschützter Freiheit über die Zeit und zur verhältnismäßigen Verteilung von Freiheitschancen über die Generationen“.⁴⁵ Das BVerfG spricht hierbei von den Grundrechten „als intertemporale Freiheitssicherung“.⁴⁶ Das Anliegen der Beschwerdeführer, festzustellen, dass die Bemühungen des Gesetzgebers, Regelungen zum Klimaschutz zu treffen, generell unzureichend seien, wies das BVerfG hingegen als unzulässig zurück.⁴⁷ Gleichwohl wird die Vorstellung langfristigen Denkens, die auch Wurzel des Konzepts der Nachhaltigkeit ist, durch die Entscheidung in die Grundrechtsdogmatik implementiert.

V. Weitere Einzelbeispiele

Möglichkeiten für nachhaltige Lesarten von Normen finden sich häufiger am Rande vielschichtiger Erörterungen. 2019 befasste sich der Sach-

43 S. Bundesverfassungsgesetz über die Nachhaltigkeit, den Tierschutz, den umfassenden Umweltschutz, die Sicherstellung der Wasser- und Lebensmittelversorgung und die Forschung, Österreichisches BGBl. I Nr. III/2013.

44 BVerfGE 157, 30.

45 BVerfGE 157, 30 (31).

46 BVerfGE 157, 30 (31).

47 BVerfGE 157, 30 (89).

verständigenrat für Umweltfragen in einem Gutachten mit der Legitimation von Umweltpolitik. Die Ebene der Rechtsanwendung wird hierbei nicht als eigener Unterpunkt herausgearbeitet, spielt aber doch im Detail eine Rolle:

So weist der Sachverständigenrat darauf hin, „dass die Ziele und Prinzipien des europäischen Umweltschutzes im Primärrecht [Art. 191, 192 AEUV] konkretisiert sind, während sie im deutschen Verfassungsrecht durch Auslegung zu bestimmen sind“.⁴⁸ Im Anwendungsbereich des Unionsrechts sei Art. 20a GG im Lichte des Art. 191 AEUV auszulegen. Das nationale Umweltstaatsziel werde so europäisiert.⁴⁹ Somit wird aufgezeigt, dass eine sachgerechte Auslegung von Normen teilweise höhere Nachhaltigkeit-Standards bewirkt.

Als ein Problem bei der Orientierung der Politik an ökologischen Aspekten benennt der Sachverständigenrat zudem eine starke Spezialisierung der Verwaltungsstruktur. Dies führe dazu, dass auch Umweltaspekte als Partikularprobleme daherkommen und weniger „Querschnittsaspekte“ einbezogen werden. Dieses Problem trete „zumindest bei enger Auslegung des formellen Rahmens“ auf.⁵⁰ Auch hier wird wenigstens mittelbar ein Weg aufgezeigt, einen Auslegungsspielraum im Sinne einer ökologischen Entscheidung zu nutzen.

Zudem regt der Sachverständigenrat an, das Haushaltsrecht auch bezüglich seiner Auslegung „hinsichtlich einer langfristig ausgerichteten Politik“ zu prüfen, um dauerhafte finanzielle Maßnahmen zur Erreichung von Nachhaltigkeitszielen sicherzustellen.⁵¹

Ähnlich verhält es sich mit dem Beispiel einer Arbeitsgruppe zur „Nachhaltigkeit im Zivilrecht“ der Konferenz der Justizministerinnen und Justizminister der Länder. Diese beschäftigte sich vor allem mit möglichen Ansatzpunkten für Neuregelungen, zeigte aber vereinzelt auch Auslegungsspielräume auf.⁵² In Blick genommen wurde hier etwa die Beschaffenheitsvereinbarung nach § 434 Abs. 2 Nr. 2 BGB. Nach h. M. können Umweltbe-

48 Sondergutachten des Sachverständigenrats für Umweltfragen, Demokratisch regieren in ökologischen Grenzen – Zur Legitimation von Umweltpolitik, 2019, S. 81.

49 Sondergutachten des Sachverständigenrats für Umweltfragen, Demokratisch regieren in ökologischen Grenzen – Zur Legitimation von Umweltpolitik, 2019, S. 81.

50 Sondergutachten des Sachverständigenrats für Umweltfragen, Demokratisch regieren in ökologischen Grenzen – Zur Legitimation von Umweltpolitik, 2019, S. 125.

51 Sondergutachten des Sachverständigenrats für Umweltfragen, Demokratisch regieren in ökologischen Grenzen – Zur Legitimation von Umweltpolitik, 2019, S. 170.

52 www.justiz.bayern.de/media/pdf/jumiko2021/top_i_3_lag_nachhaltigkeit_im_zivilrecht_-_bericht_der_ag.pdf (zuletzt abgerufen am 11.7.2023).

ziehungen, die keinen Zusammenhang mit der physischen Verfassung einer Sache aufweisen, nicht Gegenstand einer solchen Beschaffenheitsvereinbarung sein.⁵³ Dies gilt beispielweise für Aspekte des Herstellungsprozesses, solange sie sich nicht auf das Produkt selbst auswirken.⁵⁴ Ähnliches gilt für die Reparaturfreundlichkeit von Sachen, die etwa auch mit der Frage zusammenhängt, welche Ersatzteile ein Hersteller bereithält.⁵⁵ Ein ökologisches Normverständnis würde hier zu einem sehr weiten Beschaffenheitsbegriff führen, der beispielsweise die Einbeziehung von Vorstellungen der Herstellungsprozesses ermöglicht. Auslegungsspielraum besteht auch dort, wo eine Beschaffenheitsvereinbarung nicht ausdrücklich getroffen wird. Bei einer konkludenten Vereinbarung steht häufig die Frage im Raum, was man vernünftigerweise von einem entsprechenden Produkt erwarten kann. Auch hier besteht Spielraum für die Einbeziehung von Mindesterwartungen an die Nachhaltigkeit eines Produkts.

Ein letztes Beispiel stammt von Hanno Kube. Er beschäftigte sich bereits 1997 mit der Frage des Zusammenbringens von ökologischen Überlegungen und Rechtstheorie. Kube meint, es sei „von der Seite des Rechts her sicherzustellen, daß die Begriffe der Ökologischen Ethik innerhalb der juristischen Dogmatik operationabel sind“.⁵⁶ Das nur scheinbar Selbstverständliche bringt Kube auf den Punkt: Die Dogmatik müsse „selbst dem faktisch Vorgefundenen gegenüber offen und die Struktur der Wirklichkeit in ihren eigenen Strukturen abzubilden bereit und fähig sein“.⁵⁷

Als konkretes Beispiel bringt Kube das Zusammenspiel zwischen naturschützendem Umweltrecht und verfassungsrechtlicher Eigentumsdogmatik. So herrsche eine zweistufige Eigentumsdogmatik vor, bei der auf erster Ebene eine Zuordnung von Gegenständen an Eigentümer vorgenommen werden, während auf zweiter Stufe sich aus dem Eigentum ergebende Einzelbefugnisse beschrieben würden. Naturschützende Normen klammerten dann lediglich einzelne Aspekte aus den Eigentümerbefugnissen aus.⁵⁸ Ku-

53 www.justiz.bayern.de/media/pdf/jumiko2021/top_i_3_lag_nachhaltigkeit_im_zivilrecht_-_bericht_der_ag.pdf, S. 86.

54 www.justiz.bayern.de/media/pdf/jumiko2021/top_i_3_lag_nachhaltigkeit_im_zivilrecht_-_bericht_der_ag.pdf, S. 86-87.

55 www.justiz.bayern.de/media/pdf/jumiko2021/top_i_3_lag_nachhaltigkeit_im_zivilrecht_-_bericht_der_ag.pdf, S. 87.

56 H. Kube, Die juristische Dogmatik auf dem Weg zu einer Ökologischen Rechtstheorie, ARSP, 1997, 416 (423).

57 Kube, Dogmatik (Fn. 56), 424.

58 Kube, Dogmatik (Fn. 56), 425.

be plädiert nun dafür, „naturgüterschützende Eigentumsausgestaltungen auf der ersten Betrachtungsebene des Eigentums anzusiedeln“.⁵⁹ Ein Beispiel: „Statuiert § 1 a Abs. 3 Wasserhaushaltsgesetz, daß das Grundeigentum die Nutzung von Oberflächen- und Grundwasser nicht umfaßt, so läßt sich diese legislative Aussage auf der ersten Betrachtungsebene des Eigentums dahingehend interpretieren, daß das Eigentumsrecht insoweit schon nicht auf das Grundstück zugreift, als das Naturgut ‚Wasser‘ betroffen ist.“⁶⁰

Dieses Beispiel zeigt zugleich, wie rechtliche Kategorien unsere Wahrnehmung der Wirklichkeit prägen. So hängt die Frage, inwieweit umweltschützende Normen als Freiheitseinschränkung wahrgenommen werden, auch mit der Lesart eben dieser Vorschriften zusammen.

E. Fazit

Es wurde gezeigt, dass Ideen zur nachhaltigen Auslegung existieren und teilweise auch gerichtliche Praxis sind, allerdings nicht so benannt werden. Aufgabe der Rechtswissenschaft ist es, solche Ansätze stärker zu systematisieren und methodische Gemeinsamkeiten herauszuarbeiten.

Bei den gezeigten Beispielen lässt sich kein einheitliches methodisches Vorgehen herausarbeiten, das zu nachhaltigeren Auslegungsergebnissen führt. Dennoch lässt sich tendenziell ein Vergleich zur verfassungsorientierten Auslegung ziehen. Die Auslegung findet so jeweils im Lichte eines höherrangigen Rechtswertes statt, der explizit als solcher benannt wird. Dem Umweltschutz etwa soll dadurch nicht mehr Gewicht zukommen, als ihm von Verfassung wegen zukommt. Die besondere Herausstellung dieses Aspekts führt eher zu einer fundierteren Begründung des Auslegungsvorgangs. Die verständliche Darstellung einer Entscheidung ist Teil der Aufgaben der rechtswissenschaftlichen Methodik.

Die Zusammenfassung und Systematisierung verschiedener Problemstellungen und Beispiele im Zusammenhang mit der Implementierung der Nachhaltigkeit in den Auslegungsvorgang kann aber schon als solche hilfreich sein. Auch sie kann unter dem Stichwort der „nachhaltigen Auslegung“ zusammengefasst werden.

59 Kube, Dogmatik (Fn. 56), 425.

60 Kube, Dogmatik (Fn. 56), 425-426.

Der Schutz von Mutter Erde – eine feministische Kritik am Nachhaltigkeitsprinzip im internationalen Recht

Carolin Heinzel

Der Beitrag untersucht, inwiefern *Gender* innerhalb der ökologischen Ausprägung der Nachhaltigkeit im Völkerrecht berücksichtigt wird und verbindet so die soziale und die ökologische Komponente des dreidimensionalen Nachhaltigkeitsprinzips. Dazu gilt es, die methodischen Grundlagen einer feministischen Rechtskritik und der Gegenstand der Kritik – das Nachhaltigkeitsprinzip – kurz zu erläutern (I. und II.). Anschließend wird der bestehende feministische Diskurs analysiert (III.), um darauf aufbauend eine Bestandsaufnahme entlang der historischen Entwicklung des Nachhaltigkeitsprinzips durchzuführen (IV.) und anhand der Klimarahmenkonvention (KRK) (V.) zu vertiefen. Der Beitrag schließt mit einem durchwachsenden Fazit hinsichtlich der Integration von feministischen und ökologischen Belangen (VI.)

I. Feministische Rechtskritik

Nahezu jedes Rechtsgebiet kann und sollte aus feministischer Perspektive betrachtet werden, das gilt auch für das in diesem Kontext weniger diskutierte Umweltrecht.¹ Einleitend ist zu beachten, dass der feministische

1 E. Jones, *Feminist Theory and International Law, Posthuman Perspectives*, Abingdon/New York 2023, S. 6.; s. dazu über die im Folgenden zitierten Beiträge hinaus. z.B. G. Heathcote, *Feminism and the Law of the Sea: a Preliminary Inquiry*, in: I. Papanicolopulu (Hrsg.), *Gender and the Law of the Sea*, Leiden/Boston 2019, S. 83 ff.; für den nationalen Diskurs s. S. Boysen, *Die postkoloniale Konstellation, Natürliche Ressourcen und das Völkerrecht der Moderne*, Tübingen 2021; P. Sußner, *Intersectionality in Climate Litigation*, *VerfBlog*, 20.4.2023; s. das DFG-Projekt *Recht-Geschlecht-Kollektivität* <https://www.recht-geschlecht-kollektivitaet.de/de/> (zuletzt abgerufen am 7.6.2023); sowie zu dem bereits erwähnten Buch L. Kulamadayil/I. Lischewski/S. Spitra, *Introducing the Symposium on Feminist Theory and International Law: Posthuman Perspectives* by Emily Jones, *Völkerrechtsblog*, 17.05.2023.

Diskurs überwiegend von *weißen* Autor*innen geprägt ist und auch hier aus dieser Position erfolgt.

Feministische Rechtswissenschaft ermöglicht es, die hinter bestimmten Regelungsstrukturen stehenden Vorstellungen zu analysieren und kritisch zu hinterfragen.² Dabei ist *Gender* – hier verstanden in Form des sozial konstruierten Geschlechts als gesellschaftliches Ordnungsprinzip und Machtverhältnis³ – die zentrale, aber nicht ausschließliche Analysedimension.⁴ Sofern neben *Gender* andere Analysedimensionen wie sozialer Status, Be_hinderung, ethnische Herkunft, Religion und Alter berücksichtigt werden, impliziert dies die hier angewandte intersektionale Perspektive, nach der das Zusammentreffen mehrere Diskriminierungsdimensionen diese verstärkt.⁵ Sonst besteht die Gefahr der Essentialisierung, also einer verallgemeinernden und verkürzenden Darstellung von Erfahrungen und Bedürfnissen der Gruppe *Frau*(*).⁶ Insgesamt ordnet sich die feministische Rechtswissenschaft damit neben anderen kritischen Theorien ein, welche Hierarchien und Machtverhältnisse dekonstruieren.⁷

Der Beitrag verbindet feministische und ökologische Fragestellungen: Einer ökofeministischen Perspektive liegt die Annahme zugrunde, dass die Herrschaftsbeziehungen zwischen Menschen strukturelle bzw. symbolische Ähnlichkeiten mit den Herrschaftsbeziehungen zwischen Mensch und Natur aufweisen.⁸ Es gibt dabei weder *den* Feminismus⁹ noch *den* Ökofemi-

2 Vgl. H. Charlesworth/C. Chinkin/S. Wright, *Feminist Approaches to International Law*, *American Journal of International Law* 1991, 613 ff.

3 Vgl. J. Ramji-Nogales, *Revisiting the category "women"*, in: S. Harris Rimmer/K. Ogg (Hrsg.), *Research Handbook on Feminist Engagement with International Law*, Cheltenham/Northampton 2019, S. 240 (243); *Gender* wird hier als Teil der Identität als fluid betrachtet, vgl. ebd. S. 247 ff.

4 D. Otto, *Feminist Approaches to International Law*, in: A. Orford/F. Hoffmann (Hrsg.), *The Oxford Handbook of the Theory of International Law*, Oxford 2016, S. 489 (492); dabei besteht die Gefahr, dass die *Gender*dimension in der Analyse zu dominant wird.

5 K. Crenshaw, *Demarginalizing the Intersection of Race and Sex: A Black Feminist Critique of Antidiscrimination Doctrine, Feminist Theory and Antiracist Politics*, *University of Chicago Legal Forum* 1989, 138 ff.

6 Vgl. zu dem verwendeten Terminus *Frau**, der hier als Proxy für die Analysedimension *Gender* bzw. die gemeinsame Ausschluss Erfahrung von FINTA*-Personen verwendet und kursiv geschrieben wird, um die soziale Konstruktion des Begriffs herauszustellen, Ramji-Nogales, *Revisiting the category "women"* (Fn. 3), S. 244 ff.; s. auch Fn. 21.

7 Vgl. Charlesworth/Chinkin/Wright, *Feminist Approaches* (Fn. 2), 613.

8 F. Mathews, *The Dilemma of Dualism*, in: S. MacGregor (Hrsg.), *Routledge Handbook of Gender and Environment*, London 2017, S. 54 (56 ff.).

9 Vgl. Charlesworth/Chinkin/Wright, *Feminist Approaches* (Fn. 2), 613 ff.

nismus¹⁰, sondern jeweils verschiedene Strömungen. Auch deshalb fehlt es an verallgemeinerbaren oder konkreten Zielen, welche über die Gleichberechtigung der bzw. aller Geschlechter (*gender equality*) hinausgehen.¹¹ Stattdessen wird Kritik – wie hier – als prozesshafter Auftrag gesehen.¹²

II. Nachhaltigkeit

Das Nachhaltigkeitskonzept stellt aufgrund seiner integrativen Gestaltung grundsätzlich einen guten Anknüpfungspunkt für die Implementierung feministischer Ansätze dar. Der „entscheidende Durchbruch“ des Konzepts wird in der unverbindlichen Rio-Deklaration von 1992¹³ gesehen, die anlässlich des Erdgipfels verabschiedet wurde.¹⁴ Hier wird ein dreidimensionales völkerrechtliches Nachhaltigkeitsverständnis zugrunde gelegt, dass die Integration von sozialer, ökologischer und ökonomischer Entwicklung beinhaltet und eine intra- und intergenerationelle Gerechtigkeit fordert.¹⁵

Im Folgenden bilden die Ursprünge des Nachhaltigkeitsprinzips sowie seine konkrete Umsetzung anhand der verbindlichen Klimarahmenkonvention¹⁶ und das begleitende *soft law*¹⁷ den Untersuchungsgegenstand. Die

10 Zu der teilw. schwierigen Rezeption des Ökofeminismus, vgl. G. Gaard, *Ecofeminism Revisited: Rejecting Essentialism and Re-Placing Species in a Material Feminist Environmentalism*, *Feminist Formations* 2011, 26 ff.

11 Vgl. Otto, *Feminist Approaches to International Law*, in: Orford/Hoffmann (Hrsg.), *Oxford Handbook* (Fn. 4), S. 492; dagegen beschreiben K. Ogg/S. Harris Rimmer, *Introduction*, in: Dies. (Hrsg.), *Research Handbook* (Fn. 3), S. 13 ff. die Ziele wie folgt: die Repräsentation von *Frauen* besonders in *hard areas* des internationalen Rechts, sowie den Einfluss feministischer Ideen auf den Mainstreamdiskurs auszudehnen, den Einfluss auf das tatsächlich Leben von *Frauen* auszubauen und die Schnittpunkten mit anderen kritischen Theorien auszubauen und neue Debatten zu eröffnen.

12 Vgl. Ramji-Nogales, *Revisiting the category "women"* (Fn. 3), S. 251.

13 Report of the United Nations Conference on Environment and Development v. 12.8.1992 (UN Doc. A/CONF.151/26 (Vol. I)), S. 874.

14 Vgl. Prinzip 3, 4, 8 und M.-C. Cordonier Segger/A. Khalfan/M. Gehring/M. Toering, *Prospects for Principles of International Law after the WSSD, Review of European Community and Environmental Law* 2003, 54 (55).

15 Vgl. dazu detailliert J. Monien, *Prinzipien als Wegbegleiter eines globalen Umweltrechts?*, Baden-Baden 2014, S. 149 ff.

16 Klimarahmenkonvention, 1771 UNTS 1994, S. 107 (angenommen am 9.5.1992, in Kraft getreten am 21.3.1994).

17 *Soft Law* hat trotz seines unverbindlichen Status als Auslegungs- und Umsetzungshilfe einen hohen Einfluss auf das internationale Recht und die Wortwahl ist Gegenstand von harten Verhandlungen, R. Maguire, *Gender, climate change and the*

Klimarahmenkonvention wurde im Vorfeld des Erdgipfels 1992 verhandelt und ist damit Teil der Geburtsstunde des Nachhaltigkeitsprinzips im Völkerrecht.¹⁸ Dabei soll insbesondere untersucht werden, ob das ausgeprägte Genderregime in der Klimarahmenkonvention ein Vorbild für die Verbindung von sozialen und ökologischen Zielsetzungen sein kann.

Der Fokus der Analyse liegt auf der Verwendung von *Gender language*, also der substantiellen Repräsentation in den Normtexten, sowie der deskriptiven Repräsentation, während das Konzept der nachhaltigen Entwicklung selbst nicht in Frage gestellt wird.¹⁹ Dabei ist mitzudenken, dass dem völkerrechtlichen System und dessen Normenhierarchie ein *Gender Bias* inhärent ist.²⁰

III. (Rechts)feministische Diskursanalyse im Bereich der Nachhaltigkeit

Im bestehenden Diskurs um Nachhaltigkeit und Feminismus werden *Frauen*²¹ multiple Rollen zugeschrieben, welche nicht zwingend falsch, aber einzeln betrachtet bestenfalls unvollständig oder zu pauschal sind.²²

United Nations Framework Convention on Climate Change, in: Harris Rimmer/Ogg (Hrsg.), *Research Handbook* (Fn. 3), S. 64.

- 18 Vgl. K. Gärditz, *Nachhaltigkeit und Völkerrecht*, in: W. Kahl (Hrsg.), *Nachhaltigkeit als Verbundbegriff*, Tübingen 2021, S. 137 (145 ff.).
- 19 Die Gefahr der Dominanz ökonomischer Interessen ist mitzudenken s. R. Gordon, *Unsustainable Development*, in: S. Alam/S. Atapattu/C. Gonzalez/J. Razzaque (Hrsg.), *International Environmental Law and the Global South*, New York 2015, S. 50 (63 ff.); A. Rochette, *Transcending the Conquest of Nature and Women: A Feminist Perspective on International Law*, in: D. Buss/A. Manji (Hrsg.), *International Law: Modern Feminist Approaches*, Oxford/Portland 2005, S. 203 (228 ff.); A. Agostino/R. Lizarde, *Gender and Climate Justice*, Development 2012, 90 ff.
- 20 Vgl. H. Charlesworth/C. Chinkin, *The boundaries of international law, A feminist analysis*, 2. Aufl., Manchester 2022, S. 66, 70, 97; Harris Rimmer, *Women as makers of international law: towards feminist diplomacy*, in: Harris Rimmer/Ogg (Hrsg.), *Research Handbook* (Fn. 3), S. 26 f. m.w.N.
- 21 Sofern von außen zugeschriebene Rollen analysiert werden, umfasst der Terminus *Frauen** hier alle weiblich gelesenen Personen, denen eben diese Rolle zugeschrieben werden. Das * trägt u.a. der Tatsache Rechnung, dass auch nicht weibliche gelesene Personen sich als Frauen identifizieren oder weiblich gelesene Personen sich nicht als solche identifizieren, vgl. Fn 6.
- 22 Für die Hintergründe, weitere Diskurse und Kritik daran, vgl. B. Ressurección, *Persistent women and environmental linkages in climate change and sustainable development agendas*, *Women's Studies International Forum* 2013, 33 ff.; Maguire, *Gender and the UNFCCC* (Fn. 17), S. 69.

Zunächst sind *Frauen** faktisch ökonomisch und sozial benachteiligt und stärker durch den Klimawandel betroffen. Dies betrifft selbstverständlich nicht alle *Frauen** und nicht nur *Frauen**, trotzdem nimmt der IPCC-Bericht mit hohem Vertrauen eine sog. genderspezifische Vulnerabilität an.²³ Ein Grund dafür ist zum Beispiel, dass *Frauen** mit einem erschwerten Zugang zu Ressourcen wie Land und Finanzmitteln konfrontiert sind²⁴, was wiederum auf patriarchale Strukturen zurückgeführt werden kann.²⁵ Dies gilt erst recht bei der Überschneidung mit anderen Diskriminierungsdimensionen, sog. Intersektionalität.²⁶ Der Vulnerabilitätsdiskurs²⁷ ist also eine Beschreibung der gelebten Erfahrung von *Frauen** und kann als Standpunktfeminismus beschrieben werden.²⁸ Kritisch ist dieser Diskurs, wenn *Frauen** nur als passive Betroffene bzw. Opfer beschrieben werden und ihnen die Handlungsmacht abgesprochen wird oder durch „Othering“ Stereotype verfestigt werden.²⁹ Dies gilt besonders für Erzählungen über

-
- 23 E. Schipper/A. Revi./B. Preston/E. Carr/S. Eriksen/L. Fernandez-Carril/B. Glavovic/N. Hilmi/D. Ley/R. Mukerji/M. Muylaert de Araujo/R. Perez/S. Rose/P. Singh, Climate Resilient Development Pathways, in: H.-O. Pörtner/D.C. Roberts/M. Tignor/E. Poloczanska/K. Mintenbeck, A. Alegría/M. Craig/S. Langsdorf/S. Löschke/V. Möller/A. Okem/B. Rama (Hrsg.), *Climate Change 2022: Impacts, Adaptation and Vulnerability. Contribution of Working Group II to the Sixth Assessment Report of the Intergovernmental Panel on Climate Change*, Cambridge/New York 2022, S. 2655 (2700 ff.) m.w.N.
- 24 Vgl. auch zu bestehenden Forschungslücken C. Trisos/ I. A.delekan/E. Totin, A. Ayanlade/J. Efitre/A. Gameda/K. Kalaba/C. Lennard/C. Masao/Y. Mgaya,/G. Ngaruiya, D. Olago/N. Simpson/S. Zakiideen, *Africa*, in: H.-O. Pörtner et al. (Hrsg.), *WK II 6th IPCC-Report 2022* (Fn. 23); S. 1285 (1319 f.) m.w.N.; zur Vulnerabilität indigener Gruppen vgl. E. Kronk Warner, *South of South: Examining the International Climate Regime from an Indigenous Perspective*, in: Alam et al. (Hrsg.), *Global South* (Fn. 19), S. 451 (453 f.).
- 25 Vgl. M. Tovar-Restrepo, *Planning for Climate Change*, in: MacGregor (Hrsg.), *Gender and Environment* (Fn. 8), S. 412 (416).
- 26 Schipper et al. (Fn. 23), S. 2700.
- 27 Z.B. M. Alston, *Gender Mainstreaming and Climate Change*, *Women's Studies International Forum* 2013, 287 (288 f.); S. Arora-Jonsson, *Virtue and vulnerability: Discourses on women, gender and climate change*, *Global Environmental Change* 2011, 744 ff.; S. Attapattu, *Human Rights Approaches to Climate Change*, London 2015, S. 198 ff.
- 28 Vgl. Maguire, *Gender and the UNFCCC* (Fn. 17), S. 63.
- 29 N. Wonders/M. Danner, *Gendering Climate Change: A Feminist Criminological Perspective*, *Critical Criminology* 2015, 401 (405).

*Frauen** im globalen Süden, welche der Vielfalt der angesprochenen Länder schon im Ansatz nicht Rechnung tragen können.³⁰

Stattdessen übernehmen *Frauen** ebenso aktiv Führungsrollen und sind an kritischen Schnittstellen in der Familie positioniert.³¹ Dabei sind sie – auch als Wissenschaftlerinnen* – an der Wissensproduktion, -verteilung und -organisation beteiligt und nicht bloßes Untersuchungsobjekt.³² Ein Fokus auf die positive Rolle als *agent of change* ist jedoch kritisch, wenn *Frauen** dadurch zusätzlich zu ihrer höheren Belastung durch Erwerbs- und Carearbeit weitere Aufgaben und zusätzliche Verantwortung aufgeladen wird.³³

Eine besondere Verantwortung wird *Frauen** teilweise ebenso aufgrund ihrer angeblichen Nähe zur Natur zugeschrieben, die sich auch in der Personifizierung der „Mutter Natur“ wiederfindet und je nach Strömung unterschiedlich begründet wird.³⁴ Auch indigenen und rassifizierten Menschen wird ein solches Verhältnis teilweise unterstellt.³⁵ Etwaige empirische Belege wie das höhere Verantwortungsgefühl von *Frauen** für die Umwelt oder ihre geringerer Co2-Fußabdruck³⁶ müssen kontextualisiert und Machtverhältnisse mitgedacht werden, um Rollenbilder nicht zu perpetuieren.

30 Patriarchale Strukturen wurden oft erst durch die Kolonialisierenden eingeführt, vgl. *J. Jarpa Dawuni*, Matri-legal feminism: an African feminist response to international law, in: Harris Rimmer/Ogg (Hrsg.), *Research Handbook* (Fn. 3), S. 445 (456 ff.).

31 Vgl. z.B. *Tovar-Restrepo*, *Planning for Climate Change* (Fn. 25), S. 423 ff.

32 Vgl. *G. Frisso*, *Third World Approaches to International Law: feminist' engagement with international law and colonial theory*, in: Harris Rimmer/Ogg (Hrsg.), *Research Handbook* (Fn. 3), S. 479 (492 ff.).

33 *S. MacGregor*, *A Stranger Silence Still: The Need for Feminist Social Research on Climate Change*, *Sociological Review* 2010, 124 (135 f.); *Maguire*, *Gender and the UNFCCC* (Fn. 17), S. 70.

34 Vgl. *N. Sturgeon*, *Ecofeminist Natures. Race, Gender, Feminist Theory and Political Action*, 1997, S. 28 f.; *M. Leach*, *Earth Mothers Myths and Other Ecofeminist Fables: How a Strategic Notion Rose and Fell*, *Development and Change* 2007, 67 ff.

35 *Kronk Warner*, *South of South* (Fn. 24), S. 454 ff.

36 *F. Creutzig/J. Roy/P. Devine-Wright/J. Díaz-José/F. Geels/A. Grubler/N. Maizi/E. Masanet/Y. Mulugetta/C.D. Onyige/P.E. Perkins/A. Sanches-Pereira/E.Weber*, Demand, services and social aspects of mitigation, in: *P. Shukla/J. Skea/R. Slade/A. Al Khourdajie/R. van Diemen/D. McCollum/M. Pathak/S. Some/P. Vyas/R. Fradera/M. Belkacemi/A. Hasija/G. Lisboa/S. Luz/J. Malley* (Hrsg.), *IPCC, 2022: Climate Change 2022: Mitigation of Climate Change. Contribution of Working Group III to the Sixth Assessment Report of the Intergovernmental Panel on Climate Change*, Cambridge/New York 2022, S. 503 (525 f.).

ren.³⁷ Insbesondere darf die Perspektive der „weißen Mittelstandsfrau“ aus dem globalen Norden nicht verallgemeinert werden.³⁸

Zusammenfassend besteht bei allen Diskursmustern die Gefahr der Essentialisierung. *Frauen** sind jedoch weder Opfer noch Heldinnen*.³⁹ Stattdessen müssen die genderspezifischen Auswirkungen der Überschreitung planetarer Grenzen berücksichtigt werden.⁴⁰

IV. Nachhaltigkeit als Durchbrechung der Natur-Kultur-Dichotomie?

1. Theoretische Ebene

Das Nachhaltigkeitsprinzip und ökofeministische Ansätze lassen sich wie folgt verbinden: Das Streben nach intra- und intergenerationaler Gerechtigkeit des Nachhaltigkeitsprinzips passt zu der feministischen Ablehnung von Hierarchien zwischen Individuen und Gruppen.⁴¹ Ebenso zielt die Nachhaltigkeit durch ihren weiten und integrativen Ansatz auf die gemeinsame Verwirklichung der drei Säulen ab und bricht damit die auch vom Ökofeminismus kritisierte Kultur-Natur-Hierarchie bzw. Dichotomie⁴² auf. Dies geschieht insbesondere durch die – jedenfalls theoretische – Gleichsetzung des Sozialen und Ökologischen mit dem Ökonomischen. So wird auch die *männlich*/weiblich**-Dichotomie aufgebrochen, indem vermeint-

37 Vgl. S. Hofmeister/C. Katz/T. Mölders, Grundlagen im Themenfeld Geschlechterverhältnisse und Nachhaltigkeit, in: Dies. (Hrsg.), Geschlechterverhältnisse und Nachhaltigkeit, Die Kategorie Geschlecht in den Nachhaltigkeitswissenschaften, Opaladen/Berlin/Toronto 2013, S. 33 (51).

38 Hofmeister/Katz/Mölders, Grundlagen, in: Dies. (Hrsg.), Geschlechterverhältnisse und Nachhaltigkeit (Fn. 37), S. 53 m.w.N.

39 Vgl. G. Di Chiro, Welcome to the white (M)Anthropocene?, in: MacGregor (Hrsg.), Gender and Environment (Fn. 8), S. 487 (488).

40 Vgl. Maguire, Gender and the UNFCCC (Fn. 17), S. 71 f., die auch einen beispielhaften Katalog dafür liefert, auch wenn der Vulnerabilitäts-/Agend of Change Diskurs dort ebenso sichtbar ist.

41 Hierzu und zum Folgenden vgl. Hofmeister/Katz/Mölders, Grundlagen, in: Dies. (Hrsg.), Geschlechterverhältnisse und Nachhaltigkeit (Fn. 37), S. 35 ff.

42 Grundlegend v. Plumwood, Feminism and the Mastery of Nature, London 1993, S. 41 ff.; in diese Richtung Hofmeister/Katz/Mölders, Grundlagen, in: Dies. (Hrsg.), Geschlechterverhältnisse und Nachhaltigkeit (Fn. 37), S. 46; kritisch Mathews, The Dilemma of Dualism (Fn. 8), S. 59 ff., nach der die Dualismenbildung dem Prozess der Theoriebildung jdf. teilw. inhärent ist. Eine Auflösung sei deshalb nur in der Praxis möglich.

lich *weibliche** Aspekte wie Gleichstellung und Umweltschutz auf eine Stufe mit dem vermeintlich *männlichen** Wirtschaftswachstum gehoben werden. Ebenso ist beiden Ansätzen eine transformative und prozesshafte Komponenten inhärent. Dies entspricht wiederum postmodernen, *queer*-feministische Ansätzen, die darüber hinaus das Mensch-Natur Verhältnis grundsätzlich in Frage stellen.⁴³ Dabei gilt es die *Gender*binarität aufzubrechen⁴⁴ und die besondere Vulnerabilität *queerer* Personen sichtbar zu machen und zu adressieren bzw. perspektivisch die Dimension *Gender* zu überwinden.

2. Normative Analyse

Die angesprochene Verbindung zwischen Nachhaltigkeit und Feminismus findet auch normative Anknüpfungspunkte: Schon der Brundtland-Bericht als Wiege der Nachhaltigkeit nimmt dieses Thema auf, indem er u.a. fordert, die Position von *Frauen*⁴⁵ in der Gesellschaft müsse verbessert und vulnerable Gruppen geschützt werden.⁴⁶ Auch die Rio-Deklaration hebt in Prinzip 20 die Rolle von *Frauen* auf dem Weg zu einer nachhaltigen Entwicklung hervor. Ebenso fordert die Agenda 21⁴⁷ an vielen Stellen die besondere Berücksichtigung von *Frauen* sowie der indigenen Gemeinschaft⁴⁸ ein und fordert, dass *Frauen* an allen Maßnahmen und Entscheidungen über nachhaltige Entwicklung beteiligt werden sollen.⁴⁹ Insgesamt reproduziert die Agenda 21 jedoch die beschriebenen Rollen von *Frauen* als Opfer, reproduktive Mütter und gleichzeitige Mangerinnen der Umwelt.⁵⁰

43 Jones, *Feminist Theory* (Fn. 1), S. 100 ff.

44 In Ansätzen Schipper et al. (Fn. 23), S. 2700.

45 Sofern die Quelle nicht ausdrücklich auf das zugrunde gelegte *Gender*verhältnis eingeht, wird hier und im Folgenden auf den * verzichtet wird, um eine Verfälschung der Aussage zu vermeiden. Dies schließt nicht aus, dass die Beiträge ein fluides *Gender*verständnis voraussetzen.

46 Report of the World Commission on Environment and Development, "Our Common Future", v. 4.8.1987 (UN Doc. A/42/427), Kap. 1 Rn. 43.

47 Agenda 21: Programme for Action for Sustainable Development v. 14.6.1992 (UN Doc A/CONF/152/26 Rev 1 (Vol I)).

48 Dazu s. *Kronk Warner*, *South of South* (Fn. 24), S. 451 ff.

49 Agenda 21 (Fn. 46), *Frauen* werden in Kap. 3-8, 10-14, 18-21, 14, 24-26, 28-36, 38, 40 erwähnt, dabei widmet sich Kapitel 20 eigenes der Rolle der Frau; ausführlich zum historischen Einfluss von *Frauen* s. *Rochette*, *Nature and Women* (Fn. 19), S. 214 ff.

50 Ausführlich *E. Foster*, *Gender, Environmental Governmentality, and the Discourses of Sustainable Development*, in: MacGregor (Hrsg.), *Gender and Environment* (Fn. 8), S. 216 (220 ff.).

Im Vergleich zu der Agenda 21 und den *Millennium Development Goals (MDGs)*⁵¹ ist *Gender Language* in der Agenda 2030⁵² dagegen deutlich präsenter. Während das MDG 3 kaum Zielvorgaben enthielt, ist das SDG 5 nun ausführlicher. Zudem etabliert die Agenda 2030 *Gendergleichheit* als Querschnittsthema und *Frauen* bzw. *Gender* werden in der Präambel, dem Ziel fünf sowie innerhalb der Zielvorgaben von acht anderen Zielen⁵³ erwähnt. Ferner ist Gleichstellung als Ziel aller Staaten anerkannt und nicht nur als Problem bestimmter Länder des globalen Südens.⁵⁴ Dies gilt allerdings nur bedingt für die Verknüpfung von *Gender* mit der Klimakrise, da nach Ziel 13.b zwar bestimmte Gruppen – u.a. *Frauen* und junge Menschen – besonders berücksichtigt werden sollen, das Ziel sich jedoch nur an kleine Inselstaaten und am wenigsten entwickelte Länder richtet. Positiv hervorzuheben ist, dass strukturelle Gründe wie der fehlende Zugang zu Land, Erbschaften sowie finanziellen und natürlichen Ressourcen adressiert werden, die mit der genderspezifischen Vulnerabilität korrespondieren.⁵⁵ Jedoch kann den SDGs der Vorwurf gemacht werden, keine strukturelle Transformation anzustoßen und strukturelle Gründe der Ungleichheit nicht vollumfänglich anzugehen.⁵⁶ So fehlt beispielsweise die Anerkennung von *queeren* Personen trotz positiv hervorzuhebender intersektionaler Ansätze⁵⁷ vollständig.

51 United Nations Millenium Declaration, v. 13.9.2000 (Un Doc A/Res/55/2).

52 Transforming our world: the 2030 Agenda for Sustainable Development v. 25.9.2015 (Un Doc A/Res/70/1) (Agenda 2030).

53 Außerhalb von Ziel fünf wird Gender in den Zielvorgaben von Goal 1, 4, 17 und *Frauen* in den Zielvorgaben der Goals 1, 2, 4, 6, 8, 11, 13 erwähnt.

54 A. Abelenda, A Feminist Perspective on the Post-2015 Development Agenda, The Equal Rights Review 2014, 117 (119 ff.).

55 S.o. Fn. 23.

56 V. Esquivel/C. Sweetmann, Gender and Sustainable Development Goals, Gender & Development 2016, 1 (6).

57 Vgl. die Zielvorgaben 10.2 und 17.8 in der Agenda 2030.

V. Regime der Klimarahmenkonvention

1. Verbindliche Abkommen

Die Klimarahmenkonvention und das Kyoto-Protokoll⁵⁸ erwähnen beide weder *Gender* noch *Frauen* spezifisch. Anders dagegen das Übereinkommen von Paris (PA)⁵⁹, das *Frauen* zwar nicht als eigene vulnerable Gruppe anerkennt, in der Präambel allerdings auf vulnerable Personen allgemein Bezug nimmt und fordert, dass *Gender*gleichstellung und das Empowerment von *Frauen* beachtet werden sollen. Der operative Teil des Abkommens erwähnt genderspezifische Maßnahmen in Art. 7 Abs. 5 PA und Art. 11 Abs. 2 PA im Rahmen der Klimawandelanpassungsmaßnahmen und des Kapazitätsaufbaus. Dabei fällt auf, dass die genderspezifischen Maßnahmen in Art. 11 Abs. 2 i.V.m. Abs. 1 PA vergleichbar zu 13.b SDG wiederum vorrangig den Entwicklungsländern aufgetragen werden. Ebenso bezieht sich das Pariser Übereinkommen in den erwähnten Bestimmungen mehr auf die Rolle von *Frauen* in der Klimawandelanpassung als auf die Möglichkeit zu der Minderung des Klimawandels beizutragen.⁶⁰ Positiv hervorzuheben ist, dass die Ungleichheit zwischen den Vertragsstaaten erwähnt wird. Trotzdem bleibt die finale Fassung des Pariser Übereinkommens ein deutlicher Rückschritt gegenüber den Entwürfen, da sich ein technisch-praktischer Fokus gegenüber weitreichenderen Stakeholderinteressen durchgesetzt hat.⁶¹ Darin zeigt sich, dass die technisch orientierte Klimarahmenkonvention ihren historisch engen Blick auf *Gender*fragen, die lange als „Frauensachen“ abgetan wurden, nur langsam weitet.⁶²

58 Kyoto Protokoll, 2303 UNTS 2005, S. 162 (angenommen am 11.12.1997, in Kraft getreten am 16.2.2005).

59 Pariser Übereinkommen, 3156 UNTS (angenommen am 12.12.2015, in Kraft getreten am 4.11.2016).

60 Allerdings nimmt Art. 11 Abs. 2 i.V.m. Abs. 1 PA auch auf den Klimaschutz Bezug.

61 Auch zu einer grundsätzlichen Kritik, vgl. *Maguire*, *Gender and the UNFCCC* (Fn. 17), S. 76 ff.

62 *K. Morrow*, *Cop26 and beyond: participation and gender – more of the same*, *Transnational Legal Theory* 2022, 191, 194; *A. Kaijsser/A. Kronsell*, *Climate change through the lense of intersectionality* 2014, *Environmental Politic*, 417 ff.; *K. Morrow*, *Gender in the global governance regime: A day late and a dollar short?*, in: *G. Mangusdottir/A. Kronsell* (Hrsg.), *Gender Intersectionality and Climate Institutions in Industrialised States*, Oxon/New York 2021, S. 17 (35).

2. Soft Law

Prominenter vertreten ist das Thema *Gender* dagegen in den unverbindlichen Abschlussdokumenten der Vertragsstaatenkonferenzen (COPs). Das Thema wurde erstmals 2001 in Form der fehlenden Repräsentation von *Frauen* thematisiert, womit bereits knapp 10 Jahre seit dem Erdgipfel verstrichen waren. Und auch dann war die Formulierung noch rhetorisch schwach: So wurden die Staaten lediglich eingeladen, die Ernennung von *Frauen* für Wahlposten in allen Organen aktiv mitzudenken.⁶³ So bekamen *Frauen* als eine zahlenmäßige große Stakeholdergruppe auch erst 2011 einen Beobachterstatus, der formale Beteiligungsrechte garantiert und die Glaubwürdigkeit sowie Position dieser Gruppe stärkt.⁶⁴ 2012 konnte sich die Vertragsstaatenkonferenz dann auf erste substanzielle Verbesserungen einigen und legte sich im Rahmen der Abschlussdokumente auf das Ziel der *gender balance* innerhalb der KRK-Organen fest und forderte die Vertragsstaaten auf, mehr *Frauen* für die Posten in den Organen der KRK zu nominieren und *gender balance* auch in den nationalen Delegationen anzustreben.⁶⁵ Für die Zukunft etablierten die Vertragsstaaten die deshalb einen wiederkehrenden Workshop auf COP, der sich mit dem Thema *Gender* und Klimawandel beschäftigt sowie *Gender* als einen wiederkehrenden Tagungsordnungspunkt.⁶⁶ Ebenso wurde das Sekretariat zu einem jährlichen Bericht über die Zusammensetzung der Gremien unter der KRK und ihrer Protokolle verpflichtet.⁶⁷ Der Bericht erschien das erste Mal im Jahr 2013⁶⁸, hat jedoch die bestehende Ungleichheit nur begrenzt verbessert (s.u.).⁶⁹

63 „Invites Parties to give active consideration to the nomination of women for elective posts in any body established under the Convention or the Kyoto Protocol“, Improving the participation of women in the representation of Parties in bodies established under the United Nations Framework Convention on Climate Change and the Kyoto Protocol v. 9.11.2001 (Un Doc UNFCCC/CP/2001/13/Add.4, Decision 36/CP.7).

64 *Morrow*, Cop26 and gender (Fn. 61), 194; *M. Hemmati/U. Röhr*, Engendering the climate-change negotiations: experiences, challenges, and steps forward, *Gender & Development* 2009, 19 (22).

65 Promoting gender balance and improving the participation of women in UNFCCC negotiations and in the representation of Parties in bodies established pursuant to the Convention or the Kyoto Protocol v. 7.12.2012 (Un Doc FCCC/CP/2012/8/Add.3, Decision 23/CP.18).

66 Ebd. Para. 8, 10.

67 Ebd. Para. 9.

68 Report on Gender Composition v. 27.8.2013 (Un Doc UNFCCC/CP/2013/4).

69 Vgl. *Alston*, Gender Mainstreaming (Fn. 27), 290.

Ein Durchbruch war das *Lima Workprogramme on Gender* (LWPG) 2014, das u.a. die gender-responsive Ausgestaltung der Klimaschutzmaßnahmen fordert und einen zweijährigen Arbeitsplan etabliert.⁷⁰ Das LWPG wurde durch die Genderaktionspläne verstärkt, die 2017 initiiert⁷¹ und dann 2019 ausgebaut wurden⁷². Ein Teil davon ist *Gender Mainstreaming*, bei dem *Frauen* aktiv in Entscheidungsprozessen auf allen Levels eingebunden werden, genderspezifische Belange und Perspektiven in Policies und Programmen einzubinden und Mechanismen auf nationaler, regionaler und internationaler Ebene zur Kontrolle des Einflusses von Entwicklungs- und Umweltpolitik auf *Frauen* zu stärken oder zu begründen.⁷³ *Gender Mainstreaming* ist im Ansatz positiv zu bewerten, allerdings braucht es regelmäßiges Monitoring und Follow-Up. Kritisch ist auch, dass sich dabei in der Regel auf *Frauen* bezogen wird, sodass keine Veränderungen von *Männern* erwartet werden und *queere* Personen nicht explizit mitgedacht werden.⁷⁴

Des Weiteren ist ein Blick auf die *National Determined Contributions* (NDCs), in denen die Vertragsstaaten ihre Treibhausgasreduktionspläne darlegen, aufschlussreich. In den NDCs kann und soll auch eine Verbindung zu *Frauen** bzw. *Gender* hergestellt werden. Während in der ersten Runde der NDCs 2016 nur 64 Reports – ca. 40 % der Vertragsstaaten – *Gender* überhaupt erwähnt haben und davon keines der Annex I Länder, hat sich dieses Bild deutlich verbessert.⁷⁵ Stand 2022 haben fast alle Staaten einen Report eingereicht, wobei 75% der abgegebenen NDCs auf genderspezifische Probleme eingehen und immerhin 39% dies auch bei der Umsetzung bedenken wollen; während 38% *Gender Mainstreaming* einführen bzw. fortführen.⁷⁶ Dies zeigt deutlich, dass es an einer Umsetzung durch die Nationalstaaten, insbesondere in vielen afrikanischen Ländern, fehlt.

70 Lima work programme on Gender v. 12.12.2014 (Un Doc FCCC/CP/2014/10/Add.3, Decision 18/CP.20), vgl. die Präambel und Para. 1 und 3.

71 Establishment of a gender action plan v. 17.11.2017 (Un Doc FCCC/CP/2017/11/Add.1, Decision 3/CP.23).

72 Enhanced Lima work programme on gender and its gender action plan v. 15.12.2019 (Un Doc FCCC/CP/2019/13/Add.1, Decision 3/CP.25).

73 Dazu grundsätzlich vgl. *Alston*, Gender Mainstreaming (Fn. 27), 289 ff.

74 *Charlesworth/Chinkin*, Boundaries of international law (Fn. 20), S. 196.

75 Vgl. WEDO, Research Paper – Gender & Climate Change, 2016, S. 3.

76 Nationally determined contributions under the Paris Agreement v. 26.9.2022 (Un Doc FCCC/PA/CMA/2022/4), Para. 25.

Dagegen nehmen Länder in Zentral- und Südamerika mehrheitlich eine Vorbildfunktion ein.⁷⁷

3. Repräsentation

Wie die sprachliche Analyse gezeigt hat, ist das Thema *Gender* bzw. *Frauen** über die Jahre immer präsenter geworden. Als eine Ursache für die stärkere Präsenz des Themas kann die stärkere deskriptive Repräsentation von *Frauen** bei den COPs identifiziert werden.⁷⁸ Einleitend gilt es zu bedenken, dass die *Frauen**, die in internationalen Organisationen arbeiten und internationales Recht mitgestalten aufgrund von formalisierter Bildung und transnationaler Beschäftigung zu der Elite zählen, gleichzeitig aber als Gruppe in den Vereinten Nationen eine Ausschluss erfahrung machen, die jedoch nicht essentialisiert werden darf.⁷⁹

Zunächst sind *Frauen** – historisch und aktuell – in der Konstruktion der internationalen Organisationen und bei der Entstehung des nachhaltigkeitsrelevanten Völkerrechts nicht hinreichend repräsentiert.⁸⁰ Repräsentation ist aber eine notwendige, wenn auch nicht hinreichende Bedingung auf für Gendergleichheit, da – ausgehend vom Standpunktfeminismus⁸¹ – die Wahrscheinlichkeit für multiple Perspektiven steigt, hohe Mobilisierungskapazitäten bestehen, sowie Legitimation und epistemischen Qualität des Outputs gestärkt werden.⁸² Allerdings ist sie kein Allheilmittel, da *Frauen** nicht zwangsläufig feministische Positionen vertreten und gegebenenfalls

77 Vgl. Schipper et. al, in: H.-O. Pörtner et al. (Hrsg.), WK II 6th IPCC-Report 2022 (Fn. 23), S. 2701 m.w.N.

78 Vgl. J. Kruse, Women's representation in the UN climate change negotiations: a quantitative analysis of state delegations, 1995–2011, *International Environmental Agreements* 2014, 349 (351).

79 Ramji-Nogales, Revisiting the category "women" (Fn. 3), S. 242 u. 247 ff.

80 Charlesworth/Chinkin, Boundaries of international law (Fn. 20), S. 174 ff. Das System wird auch als imperialistisch kritisiert, vgl. A. Antony, The Evolution of International Law: colonial and postcolonial realities, *Third World Quarterly* 2006, 739 (742 ff.).

81 Vgl. G. Magnusdottir/A. Kronsell, The (In)Visibility of Gender in Scandinavian Climate Policy Making, *International Feminist Journal of Politics* 2015, 308 (312) m.w.N.

82 Ausführlich Ramji-Nogales, Revisiting the category "women" (Fn. 3), S. 241; Dies., Designing Bespoke Transitional Justice: A pluralist Process Approach, *Michigan Journal of International Law*, 2010, 1 (23 f.); Charlesworth/Chinkin, Boundaries of international law (Fn. 20), S. 70 f., 191 ff.

bestehende Unterdrückungsmuster reproduziert werden.⁸³ Dies muss erst recht für *queere* Perspektiven gelten, die abermals nicht mitgedacht werden.

Mit Blick auf die Repräsentation von *Frauen* in staatlichen Delegationen bei der Klimarahmenkonferenz werden bereits erste Defizite deutlich: In den letzten beiden Jahren lag der Anteil bei ca. 35 %⁸⁴ und ist damit noch weit von Parität entfernt. Analysen des Frauenanteils finden sich ab 1995⁸⁵, wobei der höchste Anteil 2018 mit 38 % und der niedrigste 2015 mit 29 % verzeichnet wurde. Es liegt damit kein durchgehend positiver Trend vor, die Beteiligung ist aber auch nicht katastrophal; mit Blick auf die *critical mass theory* jedoch gerade nicht ausreichend, um auch einen substantiellen Einfluss zu vermitteln.⁸⁶ 2022 konnten sich Personen erstmals als non-binär registrieren⁸⁷, ob dieser positive Trend auch künftig Bestand haben wird, bleibt abzuwarten.

Die Defizite verstärken sich mit Blick auf die Delegationsleitungen: Der niedrigste Wert lag 2015 bei nur 9 %, stieg dagegen auf 26 % im Jahr 2017 an. 2021 war ebenfalls ein Tiefpunkt mit nur 13%, während 2022 immerhin 20 % *weiblich* waren. Das Ziel der Parität ist jedoch in weiter Ferne. Auffällig ist auch, dass der Anteil von *Frauen* in den Delegationen und

83 Vgl. D. Otto, Disconcerting 'Masculinities': Reinventing the Gendered Subject(s) of International Human Rights Law, in: D. Buss/A. Manji (Hrsg.), S. 105 (107).

84 Sofern nicht anders angegeben beruhen die Zahlen im Folgenden auf Women's Environment and Development Organization (WEDO), Women's Participation Statistics in Climate Diplomacy, abrufbar unter <https://genderclimatetracker.org/womens-participation-party-delegations> (zuletzt abgerufen am 8.7.2023); im Gegensatz zu den offiziellen Zahlen der UNFCCC liegen hier bereits erste Daten für das Jahr 2022 vor. Die von WEDO zugrunde gelegten Zahlen weichen leicht von den offiziellen Zahlen, vgl. ausführlich <https://genderclimatetracker.org/participation-stats/introduction> (zuletzt abgerufen am 31.05.2023); Zahlen für *queere* Personen liegen aktuell nicht vor, allerdings bestand 2022 die Möglichkeit sich als non binäre Person zu registrieren, davon haben zwei Personen Gebrauch gemacht, vgl. ebd.

85 Kruse, Women's Representation (Fn. 77), 349 f.

86 Dort werden Quoten von 40-60% angenommen, wobei der genaue Einfluss der Anwesenheit von *Frauen** auf die Ergebnisse schwierig zu bestimmen ist, weshalb die These nicht vollumfänglich empirisch bewiesen ist; die Ergebnisse von Studien zeigen aber in diese Richtung, vgl. Magnusdottir/Kronsell, (In)Visibility of Gender (Fn. 80), 312.

87 WEDO, Women's Participation Statistics in Climate Diplomacy, Introduction, abrufbar unter <https://genderclimatetracker.org/participation-stats/introduction> (zuletzt abgerufen am 8.7.2023).

ihren Leitungen gerade bei der zentralen COP21 in Paris – bei dem das verbindliche Abkommen verhandelt wurde – so niedrig war.⁸⁸

Anders sind die Zahlen dagegen bei den Vorbereitungstreffen der Vertragsstaatenkonferenzen, dort liegt die Anzahl *weiblicher* Delegationsleitungen seit 2017 bei über 30 % und zuletzt 2022 bei 36 %. Auch sind seit 2015 über 40% der Delegierten *weiblich*. Folglich ist der Trend hier positiver und konstanter, auch wenn noch nie Parität erreicht wurde.

Ein ähnliches Bild wie bei den COPs zeigt sich auch bei der seit 2021 aufgezeichneten Redezeit. Die Redezeit gibt zwar keinen Hinweis auf die qualitative Beteiligung, ermöglicht aber trotzdem weitere Einsichten: Mit mehr Sprechzeit geht ein größeres Potential einher, die Richtung und den Inhalt einer Diskussion zu beeinflussen.⁸⁹ Die Redezeit von *Männern* in den Plena, in denen alle Staaten anwesend sind, betrug während der COP26 74%.⁹⁰ Besser ist das Bild, mit Blick in die einzelnen Organe der KRK, allerdings lassen sich auch hier strukturelle Ungleichheiten feststellen: So sprechen *Frauen* vor allem in dem Gremium zu *Gender* und zur Klimawandelanpassung, während sie im Bereich Finanzen und Technischen deutlich geringer sind. Auch haben die *Männer* im Verhältnis auch in den Organen, in denen sie unterrepräsentiert sind, eine höhere Redezeit. Auch wenn bei der Besetzung der 17 konstituierten Organe unter der Klimarahmenkonvention ein Anstieg auf insgesamt 39% *Frauen* zu verzeichnen war, haben nur vier Gremien $\geq 50\%$ erreicht.⁹¹

Die insgesamt durchgängig durchgewachsene Bilanz bezüglich deskriptiver Repräsentation von *Frauen* bestätigt sich mit Blick auf die Organisationssteams der Klimarahmenkonvention und den Strukturen des IPCC.⁹²

88 Dieses Bild verstärkt sich besonders im Kontrast zu der COP20 2014 in Lima in dem *Frauen** noch 36 % der Delegationen und 25 % der Delegationsleitungen *Frauen** waren und dort das *Lima work programme on Gender* verabschiedet wurde, s. o.

89 Eine empirische Messung gestaltet sich schwierig, vgl. Fn. 85.

90 WEDO, *By the numbers: Women's Participation in the UNFCCC: 2022 Report*, 9.6.2022, S. 22, abrufbar unter https://wedo.org/wp-content/uploads/2022/06/WED_O_ParticipationNumbersBrief_2022.pdf (zuletzt abgerufen am 8.7.2023); die Zahlen für das Jahr 2022 liegen noch nicht vor; die Zahlen weichen leicht von den UNFCCC Zahlen ab, vgl. Fn. 83.

91 Die Zahlen für 2022 liegen noch nicht vor, insgesamt variiert die Beteiligung von zwischen 20% und 81%; von den vier Gremien mit über 50% *weiblicher** Beteiligung sind je 50%, 58%, 64% und 81% *Frauen**, *Gender composition and progress on Implementation, Report by the secretariat v. 26.8.2022 (Un Doc FCCC/CP/2022/3)*, Para .12 ff.

92 Ausführlich *Morrow, Cop26 and gender*, 200 f., 210.

Zusammenfassend hat die KRK ihr eigenes Ziel eine „*full, equal and meaningful participation*“⁹³ zu erreichen, also nicht erfüllt, obwohl die Delegationen insgesamt immer größer werden.⁹⁴

4. Aktuelle Entwicklung: die letzten Vertragsstaatenkonferenzen

Ein ähnlich mittelprächtiges Bild zeigte sich bei der Analyse der wichtigsten Entscheidungen der letzten beiden Vertragsstaatenkonferenzen. So wird *Gender* bzw. *Frauen* im *Glasgow Climate Pact*⁹⁵ nur in der Präambel und unter dem Stichwort Zusammenarbeit erwähnt, wobei Gendergleichheit und Empowerment rhetorisch eher als Anhängsel, denn als eigenständiges Recht formuliert sind.⁹⁶ Auffällig ist, dass *Frauen* nicht explizit als Stakeholdergruppe aufgeführt sind⁹⁷, positiv ist dagegen die Ausrichtung auf Partizipation, die jüngere und ältere Menschen explizit anspricht.⁹⁸

Das Review der *Gender Actions Plans*⁹⁹ (GAP) kämpft zunächst mit der geringen Anzahl von 18 Einreichung, auch wenn darunter einige Staaten-Gruppen waren, und der fehlenden Struktur des Reviews.¹⁰⁰ Eine Lücke zeigt sich insbesondere bei der finanziellen Unterstützung für die Umsetzung der GAPs.¹⁰¹ Ebenso sind die Fortschritte beim Sammeln von intersektional aufgeschlüsselten Daten gering.¹⁰²

Ähnlich schwach ist die *Gender Language* auch in den Abschlussdokumenten der COP 27: So findet sich in dem *Sharm el-Sheikh Implementation Plan* die gewohnte Formel wie u.a. aus der Präambel des *Glasgow Climate*

93 Vgl. Fn. 89 Para. 7.

94 WEDO, *Who Decides: Women's Participation in the UN Climate Change Convention*, 2023, S. 3.

95 *Glasgow Climate Pact* v. 13.11.2021 (Un Doc FCCC/CP/2021/12/Add.1, Decision 1/CP.26).

96 Ebd. Präambel, Para. 62, 68, 69; unergiebig ist auch die Decision 20/CP.26 *Gender and Climate*.

97 Ebd. Para. 55.

98 Ebd. Para. 55, 65; sowie die Präambel und Para. 27 ff. *Glasgow Work Programme on Action for Climate Empowerment* v. 11.11.2021 (Un Doc FCCC/CP/2021/12/Add.2, Decision 18/CP.26).

99 *Implementation of the activities contained in the gender action plan, areas for improvement and further work to be undertaken*, Synthesis report by the secretariat v. 3.6.2022 (UN Doc FCCC/SBI/2022/8).

100 Ebd. Para 10.

101 Ebd. Para 11, 80 und 121 ff.

102 Ebd. Para 30 ff., 107 ff.

Pact und des Pariser Übereinkommens beajnt; ansonsten werden *Frauen* wiederum nur im Abschnitt zur Umsetzung durch Nicht-Vertragsstaaten Stakeholder adressiert.¹⁰³

Positiver wurde dagegen die Grundsatzentscheidung für einen Loss & Damage-Mechanismus¹⁰⁴ in *Sharm el Sheikh* aufgenommen. Hier wurden allerdings nur die groben Rahmenbedingungen verhandelt, die Details sollen erst im Laufe des Jahres 2023 folgen. Die Umsetzung soll dabei genderspezifisch sein¹⁰⁵, insgesamt sind die darauf bezogenen Formulierungen allerdings schwach. Ebenso soll das *Advisory Board* nach der Präambel *gender balance* lediglich anstreben; es soll aber Stakeholderinteressen von *Frauen*, jungen Menschen und der indigenen Bevölkerung beachten.¹⁰⁶

Zusammenfassend lässt sich daraus eine strukturell fehlende Berücksichtigung der Dimension *Gender* in den operablen Teilen der Abkommen feststellen. Gleichzeitig ist die Auseinandersetzung auf Ebene des *Soft Laws* positiv hervorzuheben. Problematisch ist die deutliche Leerstelle betreffend *queerer* Personen. Folglich gilt es, die dahinterliegenden Strukturen und Konzepte zu überdenken.

VI. Fazit

Im Ergebnis hat sich das Konzept der nachhaltigen Entwicklung mit Blick auf genderspezifische Elemente von einer Leerstelle über einer Bezugnahme auf *Frauen* dazu hin entwickelt, die Rolle von Frauen und teilweise auch von *Gender* anzuerkennen und hervorzuheben. Dies kann als Übergang von der zweiten auf die dritte Welle des Feminismus betrachtet werden.¹⁰⁷ Dabei darf keinesfalls ein – tatsächlich bestehendes oder antizipiertes – besonderes Verantwortungsgefühl von *Frauen** für die Natur verwendet werden, um ihnen die Hauptlast für die Transformation aufzuerlegen, ohne sie

103 Sharm el-Sheikh Implementation Plan v. 20.11.2022 (Un Doc FCCC/CP/2022/10/Add.1, Decision 1/CP.27) Para 57, 58; rhetorisch ist die Verwendung mit "ermutigen" und "einladen" schwach, zumal nur bestehende Verpflichtung wiederholt werden.

104 Santiago network for averting, minimizing and addressing loss and damage associated with the adverse affects of climate change under the Warsaw International Mechanism for Loss and Damage associated with Climate Change Impacts v. 20.11.2022 (Un Doc FCCC/CP/2022/10/Add.1, Decision 11/CP.27).

105 Ebd. Para 20, allerdings nur im Rahmen des Review erwähnt.

106 Ebd. Para 9.

107 Die Beschreibung in verschiedenen Wellen wird heute teilweise als essentialisierend abgelehnt.

in Entscheidungsprozesse einzubeziehen. Hervorzuheben sind nochmals die bestehenden Lücken im Rahmen der Vulnerabilitätsforschung sowie die fehlende Berücksichtigung von *queeren* Personen. Hier zeigt sich die Grenze des Völkerrechts, das durch das Konsenserfordernis aller Vertragsstaaten *queere* Personen auch in der näheren Zukunft marginalisieren wird.¹⁰⁸

Zudem bestätigt die Analyse, die von *Charlesworth/Chinkin* aufgebraachte Unterteilung in verbindliche Verträge (*hard law*) als männlich dominiert und das weiblich konnotierte *Soft Law*.¹⁰⁹ Während ersteres *Frauen** und *Gender* kaum erwähnt und die Beteiligung von *Frauen** z.B. in den Verhandlungen des Pariser Übereinkommens auch deutlich geringer war, sind bei den Vorbereitungskonferenzen *Frauen** stärker vertreten und *Gender* wird im *Soft Law*-Dokumenten öfter erwähnt. Wie aufgezeigt bleibt aber auch dort die Berücksichtigung von *Frauen** eher schwach, während *queere* Personen wiederum nicht erwähnt werden. Zudem sind rein rhetorische Zugeständnisse nicht ausreichend, sondern es braucht vielmehr die Umsetzung von *Gender* als Querschnittsthema.¹¹⁰ Dafür sind vorrangig die Vertragsstaaten verantwortlich, dort findet sich aber ein für das Klimaschutz- und Völkerrecht typische Implementierungsdefizit. Gleichzeitig ist auch die juristische Methodik begrenzt, weshalb es für die Überprüfung der vorhandenen rhetorischen Zugeständnisse der Zusammenarbeit und des Rückgriffs auf andere Wissenschaften Bedarf.

Das internationale Recht kann dagegen den Rahmen für ausreichende empirische Daten, eine Berücksichtigungspflicht der Genderperspektive und *bottom-up* Ansätze sowie entsprechend Finanzierung bereitstellen. Die verschiedenen Erfahrungen können dann wiederum am besten auf regionaler, lokaler und nationaler Ebene umgesetzt werden.¹¹¹ Das Regime der Klimarahmenkonvention kann deshalb nur teilweise eine Vorbildfunktion entfalten.¹¹² Trotzdem ist das Genderregime deutlich umfangreicher als beispielsweise in der Biodiversitätskonvention¹¹³ und zeigt deshalb durchaus, inwiefern ökonomische und soziale Ansätze verbunden werden kön-

108 Vgl. *Maguire*, Gender and the UNFCCC (Fn. 17), S. 79 f.

109 *Charlesworth/Chinkin*, Boundaries of international law (Fn. 20), S. 70, 97.

110 *Alston*, Gender Mainstreaming (Fn. 27), 291.

111 Vgl. *Maguire*, Gender and the UNFCCC (Fn. 17), S. 79 f.

112 Damit lässt sich fragen, ob die bisherigen Ansätze feministischer Kritik überhaupt zielführend sind, vgl. *Morrow*, Cop26 and gender (Fn.), 195.

113 Dieser Bereich hat bislang nur wenig Aufmerksamkeit aus feministischer Perspektive erhalten, vgl. aber z.B. *K. Woolaston*, Wildlife and international law: can feminism transform our relationship with nature?, in: Harris Rimmer/Ogg (Hrsg.), Research Handbook (Fn. 3), S. 44 ff.; zudem erwähnt die BDK *Frauen* in der Präambel und

nen. Dies zeigt auf, dass feministische Ansätze und der dreidimensionalen Nachhaltigkeit sich überschneiden, es jedoch vor allem auf die praktische Umsetzung ankommt, beispielweise inwiefern *Gender* als fluides soziales Konstrukt verstanden wird.

auch dort gibt es einen Gender Action Plan und das jüngst verabschiedete Kuning-Montreal Biodiversity Framework geht in Traget 22 und 23 ausführlich auf das Thema *Gender* ein.

Mit der Spree verhandeln: Neue Grundlagen für nachhaltige Konfliktlösungsverfahren

Charlotte Duhnkrack

In Zeiten planetarer Krisen muss sich auch die gerichtliche Konfliktlösung die Frage stellen, inwieweit sie Wege zur ökologischen Nachhaltigkeit mitgestalten kann. Die Mediation hat es vorgemacht.

A. Einleitung: Choose Eco, not Ego

Die Mediation greift im Gegensatz zur gerichtlichen Konfliktlösung auf eine jüngere Historie und weniger Praxisfälle zurück. Dennoch hat sie der gerichtlichen Konfliktlösung einen wesentlichen – und angesichts der rasant voranschreitenden Umweltzerstörung vielleicht sogar entscheidenden – Aspekt voraus: Mediation kann Ökologie. Sie ist ein Konfliktlösungsverfahren, das in seiner konsequenten Anwendung originär zur Erhaltung der Lebensgrundlage beiträgt. Denn die Mediation, die als Verfahrensziel den Interessenausgleich der Konfliktbeteiligten anstrebt, weiß um die Notwendigkeit der Beteiligung aller vom Konflikt Betroffenen für die Gewährleistung einer ökologisch nachhaltigen Konfliktlösung. Damit hat sie nicht nur die menschliche Spezies, sondern auch die Tier- und Umwelt im Blick.

Die Berücksichtigung der Interessen der Tier- und Umwelt ist in der Mediation schon heute möglich und auch praktisch umsetzbar. Erforderlich für die Integration der Tier- und Umwelt ist die Erweiterung des anthropozentrischen – sozialen – Konfliktverständnisses hin zum ökozentrischen – biosozialen – Konfliktverständnis, das alle Lebewesen auf dieser Erde als Beteiligte im Konflikt einschließt. Auch das deutsche Recht und mit ihm die gerichtliche Konfliktlösung basiert auf einem anthropozentrischen Konfliktverständnis. Wenn in der Mediation der Weg vom sozialen zum biosozialen Konfliktverständnis beschritten werden kann, könnte dies ein Vorbild für andere Konfliktlösungsverfahren wie die gerichtliche Auseinandersetzung sein. Denn muss sich in Zeiten der planetaren Krisen nicht auch das deutsche Recht und die gerichtliche Konfliktlösung die dringliche Frage

stellen, inwieweit es Wege zur ökologischen Nachhaltigkeit mitgestalten kann?

Im Nachfolgenden möchte ich die bereits angesprochene Entwicklung des Konfliktverständnisses in der Mediation als einen Weg der Veränderung hin zur ökologischen Nachhaltigkeit nachvollziehen, um die Frage aufzuwerfen, ob dies auch in der deutschen Rechtsordnung vorstellbar sein könnte (oder sollte). Für die konfliktwissenschaftliche Annäherung an das Thema widme ich mich zunächst den Grundlagen des gegenwärtigen anthropozentrischen Konfliktverständnisses und wie dieses zu erweitern ist, um sicherzustellen, dass in Konfliktlösungsverfahren alle Beteiligten, die von Konflikten betroffen sind, gehört und gesehen werden („biosoziales Konfliktverständnis“). Ich schildere dann ein aktuelles Beispiel, den Konflikt um das Wasser der Spree und zeige konkrete Praxisideen, wie die Integration der Tier- und Umwelt in das Mediationsverfahren gelingen kann.

B. Unser aktuelles Konfliktverständnis – „Menschengemachtes Unglück“

Unser vorherrschendes Konfliktverständnis versteht Konflikte als soziale Tatbestände, deren Parteien dieser Konflikte (Einzelpersonen, Gruppen, Staaten etc.) ausschließlich Menschen und Zusammenschlüsse von Menschen sind.¹ Basis dieses Konfliktverständnisses ist der Anthropozentrismus, der Mensch im Mittelpunkt, der nur dem Menschen den Subjektstatus zuschreibt und daraus die Eigenschaften eines eigenen Willens, eines Bewusstseins und der Fähigkeit, intentional zu handeln, ableitet. Dabei konstruiert der Anthropozentrismus eine scharfe Trennung von Subjekt und Objekt sowie von Menschen und Natur. Tier- und Umwelt wurden traditionell Eigenschaften eines Subjekts abgesprochen, woraus sich ihr Status als Objekt ergibt und damit ihr Ausschluss aus der Gesellschaft bzw. der Berücksichtigung ihrer Interessen.² Es gibt zahlreiche Hypothesen, wo die Wurzel dieses „menschengemachten Unglücks“ liegt. Eine plausible Erklärung dafür ist die: Der Ursprung der Trennung des Menschen von der

1 T. Bonacker/P. Imbusch, Zentrale Begriffe der Friedens- und Konfliktforschung: Konflikt, Gewalt, Krieg, Frieden, in: P. Imbusch, R. Zoll (Hrsg.): Friedens- und Konfliktforschung. Eine Einführung, 5. Aufl., Wiesbaden 2010, S. 67 (69).

2 Ausführlich in: C. Duhnkrack/R. Schulte-Kellinghaus, Interspezifische Mediation: Beteiligung von nichtmenschlichen Akteurinnen, Frankfurt am Main 2022.

Natur wird in einem religiös fundierten Weltbild einer bestimmten exegetischen Tradition der hebräischen Bibel verortet, die Bezug nimmt auf den Herrschaftsauftrag an den Menschen in Gen 1, 28 „Machet euch die Erde untertan.“³ Damals war es womöglich in der Geschichte der Menschheit eine Hilfskonstruktion, sich die Welt begreifbar zu machen. Heutzutage ist das Ergebnis offenkundig: die künstliche Trennung des Menschen von seiner Umwelt. So sieht sich der westliche Mensch seit dieser Zeit als einziges Wesen mit Eigenwert. Das Resultat: die rücksichtslose Ausbeutung und Vernichtung der Tier- und Umwelt, und damit der natürlichen Lebensgrundlage des Menschen.

C. Die Basis für nachhaltige Konfliktlösungen – Eine Welt wertvoller Wesen

Die künstliche Erhebung des Menschen zur einzig rechtsrelevanten Akteurin auf diesem Planeten gilt es jedoch ebenso zu dekonstruieren, wie sie erdacht wurde. Die Erweiterung des anthropozentrischen Weltbildes wurde in der westlichen Welt spätestens mit den Schriften von Christopher Stone in den 1970er Jahren vorgedacht. Unabhängig von möglichen Begründungslinien für die Subjektivität von Tier- und Umwelt – wie der Akteur-Netzwerk-Theorie, die nicht nur Menschen zu potenziellen Träger*innen von Handlungsmacht macht, oder dem Anknüpfungspunkt der Kreatürlichkeit, der das Sein der Kreatur an sich⁴ oder ihre Fähigkeit zu leiden ins Zentrum rückt – meine ich, dass „umgekehrt“ vielmehr das Absprechen eines Eigenwerts von Tier- und Umwelt einer Begründung bedarf. Denn die Existenz einer lebenden und wirkenden Entität führt zu ihrer moralischen Werthaftigkeit. Das trifft auf den Eigenwert des Menschen zu aber auch auf den Eigenwert aller anderen, nicht-menschlichen Entitäten. Möchte sich der Mensch nicht dem Vorwurf der willkürlichen Exklusion und Scheinlogik ausgesetzt sehen, muss er auch allen anderen Entitäten einen Wert zugestehen, denn wir Menschen sind in unserer Existenz auf die Tier- und Umwelt angewiesen und untrennbar mit dieser verbunden.

3 C. Hardmeier/K. Ott, *Biblische Schöpfungstheologie*, in: K. Ott/J. Dierks/L. Voget-Kleschin (Hrsg.): *Handbuch Umweltethik*, Stuttgart 2016, S. 183 (187).

4 D. Ohrem, (In) *VulnerAbilities. Postanthropozentrische Perspektiven auf Verwundbarkeit, Handlungsmacht und die Ontologie des Körpers*, in: S. Wirth/A. Laue/M. Kurth/K. Dornenzweig/L. Bossert/K. Balgar (Hrsg.), *Das Handeln der Tiere. Tierliche Agency im Fokus der Human-Animal Studies*, Bielefeld 2016, S. 67 (74).

Wir benötigen von Pflanzen produzierten Sauerstoff zum Atmen und sind auf die Bestäubung von Pflanzen durch Insekten zur Nahrungsproduktion angewiesen,⁵ um nur einige Beispiele zu nennen. Auch all diejenigen, die moralische Begründungsansätze ablehnen und weiterhin am Menschen als Mittelpunkt der Natur festhalten wollen, müssten sich schon aus dem ureigenen Interesse, ihre Überlebensgrundlage zu sichern, veranlasst sehen, die Interessen und Bedürfnisse der Tier- und Umwelt zu berücksichtigen. Mit dieser Erweiterung des anthropozentrischen Weltbildes öffnet sich ein „Empathieraum“⁶ für alle anderen Lebewesen auf dieser Erde, der es uns ermöglicht, sie als mit-lebende Wesen zu betrachten, die Akteur*innen eines Konflikts sein können und eigene Interessen und Bedürfnisse haben. So wird der soziale Konflikt (anthropozentrisch) unter Menschen zum biosozialen Konflikt (ökozentrisch) unter Lebewesen, der Konfliktbegriff wird erweitert unter Einbeziehung aller biosozialen Entitäten. So entsteht die Basis für ökologisch nachhaltige Konfliktlösungen in der Mediation.

D. (Noch) Zukunftsmusik? – Mit der Spree, statt über sie verhandeln

Wie sich dieses neue Konfliktverständnis in der Mediation praktisch umsetzen lässt und welche Auswirkungen es auf die Lösungsfindung hat, veranschaulicht ein aktuelles Beispiel: die Geschichte der Spree. Im Jahr 2037 wird ihr aller Voraussicht nach ein Drittel des Wassers fehlen, denn mit dem Ende des Braunkohleabbaus in der Lausitz wird anders als heutzutage kein Grundwasser mehr für die Trockenlegung des Tagebaus in die Spree gepumpt. Hinzu kommen die Auswirkungen der Erderhitzung, die dem Wasserstand der Spree zu schaffen machen, weil sie mit Starkregenereignissen und langen Trockenphasen verbunden sind. Kurz gesagt: Der Spree geht das Wasser aus. Zugleich ist das knappe Wasser der Spree in Berlin und im Spreewald hart umkämpft. Es streiten sich Vertreter*innen der Tourismusbranche des Spreewaldes mit Interessenvertreter*innen des Biosphärenreservats Spreewald und Anrainer*innen des Spreewaldes mit der

-
- 5 E. S. Brondizio/J. Settele/S. Díaz/H.T. Ngo, IPBES, Global assessment report on biodiversity and ecosystem services of the Intergovernmental Science-Policy Platform on Biodiversity and Ecosystem Services, Bonn 2019, <https://doi.org/10.5281/zenodo.3831673>.
 - 6 S. T. Hussain/T. Breyer, Menschwerdung, Verkörperung und Empathie. Perspektiven im Schnittfeld von Anthropologie und Paläolitharchäologie, in: G. Etzelmüller/T. Fuchs/C. Tewes (Hrsg.), Verkörperung - eine neue interdisziplinäre Anthropologie, Berlin 2017, S. 211 (217).

Wasserbehörde Berlin, um nur einige Nutznießer*innen des Spreewassers zu nennen. Für sie alle ist das Wasser der Spree (überlebens-)wichtig und unverzichtbar. Fest steht, dass es in der Zukunft nicht mehr die gleiche Menge Wasser geben wird. Eine Lösung muss schnell gefunden werden, denn 2037 ist in der „ökologischen Zeitrechnung“ ein Wimpernschlag. Auf Grundlage unseres heutigen Konfliktverständnisses werden wir keine zufriedenstellende und nachhaltige Lösung finden. Es wird zwischen einzelnen Parteien gestritten über Wasserrechte, über das Abklemmen einzelner Fließe im Spreewald, über die Trinkwasserversorgung von Berlin. Es wird *über* die Spree gestritten statt *mit* ihr. Die zentrale Entität fehlt am Verhandlungstisch. Wenn aber die Spree nun auf Grundlage eines biosozialen Konfliktverständnisses selbst Beteiligte im Konflikt wäre, könnten ihre Interessen und Bedürfnisse berücksichtigt werden und damit der Konflikt umfassend und nachhaltig gelöst werden, anstatt in Streitigkeiten einzelner Parteien zu zerfallen. Mit der Spree als gleichberechtigte Konfliktbeteiligte wird sie sichtbar als mit-lebendes Wesen mit eigenem Wert, über welches nicht einfach verhandelt werden kann, sondern die im Konfliktlösungsverfahren Gehör finden muss.

Für eine Mediation unter Einbeziehung der Spree stellen sich zahlreiche praktische Fragen, die jedoch nur auf den ersten Blick unlösbar erscheinen: Wie kann sie vertreten werden? Wer oder was ist überhaupt „Teil“ der Spree? Wer ermittelt ihre Interessen und wie wird Unabhängigkeit gewährleistet? Die Liste der „Probleme“ ließe sich fortschreiben, tatsächlich wurden aber auch schon in anderen Rechtskontexten ähnliche Fragen gelöst. So kann beispielsweise eine juristische Person Trägerin von Rechten und Pflichten werden ohne Mensch zu sein, für Säuglinge, die keinen Willen äußern können werden Vormünder tätig, wenn Eltern nicht zur Verfügung stehen.

I. Erforschung der Eigeninteressen der Konfliktparteien

Zurück zur Spree: Ein wesentlicher Schritt auf dem Weg zu einer ökologisch nachhaltigen Konfliktlösung ist die Erforschung der Eigeninteressen der Konfliktparteien. Die Interessen und Bedürfnisse der Spree sind, wie in jeder „klassischen“ Mediation mit menschlichen Parteien, mithilfe der Mediator*innen über interspezifische Empathie und Mitgefühl erfahrbar. Der sprachlichen Ausdrucksfähigkeit bedarf es nicht notwendigerweise, denn Empathie funktioniert auch ohne Sprache, da wir mitfühlen können und

– nicht nur bei Kleinkindern – in der Lage sind, einen nicht-sprachlich vermittelten Willen zu antizipieren. Empathie hat zwei Elemente, die affektive (emotionale) und kognitive (hineindenkende) Empathie. Beides ist wichtig für das Verstehen der Spree. Zuerst bedarf es immer einer Motivation, sich in das Gegenüber hineinzufühlen, die nur gegeben ist, wenn ich mein Gegenüber als mit-lebendes Wesen anerkenne. Welches Interesse könnte ich sonst an seinen Bedürfnissen haben? Quellen zur Unterfütterung der kognitiven Empathie liefert die wissenschaftliche Forschung aus dem Bereich der Hydrologie, denn über sie bekommen wir wichtige Informationen über mögliche Bedürfnisse und Interessen der Spree als Gewässer, die wir aufgrund ihrer Andersartigkeit nicht intuitiv kennen wie beispielsweise ihre notwendige Fließgeschwindigkeit, die Wasserqualität, den Wasserstand etc. So wird es für andere Konfliktbeteiligte erfahr- und nachvollziehbar, welche Interessen die Spree als Fluss hat und was sie braucht. Sie wird von einem Objekt zu einem lebendigen Organismus, der Bedürfnisse hat, die im Verfahren sichtbar gemacht werden.

II. Vertretungsregelung

Da die Spree nicht selbst sprachfähig ist, bedarf es ihrer Vertretung, ein in der Rechtsordnung weitverbreitetes Konstrukt, um beispielsweise juristische Personen zu repräsentieren. Man kann über direkte oder indirekte Vertretung der Spree, angelehnt an die Modelle der Betreuung, geregelt in §§ 1896 ff. BGB oder der gesetzlichen Prozessstandschaft, der Geltendmachung fremder Rechte im eigenen Namen, nachdenken. Vorzugswürdig ist die direkte Vertretung für eine bessere Sichtbarkeit der Spree im Verfahren der Mediation. Bei Vertretungskonstellationen sind die Gewährleistung von Interessenunabhängigkeit und das Agieren in klaren Verantwortungszuständigkeiten als notwendige Voraussetzung zu beachten. Die Gefahren einer unreflektierten Vermenschlichung der Spree sind stets mitzudenken. Um Risiken der Interessenunabhängigkeit zu begegnen, kann man die Verantwortung der Vertretung nicht auf den Schultern einer Einzelperson abladen. So kann über eine Kommission als Vertreter*in nachgedacht werden, welche je nach vertretener Akteurin und Konflikt entsprechend besetzt wird und dann eine entsendete Person an einem Mediationsverfahren teilnimmt. Ein interessantes Beispiel für die Errichtung einer Kommission ist das Standortauswahlgesetz (StandAG), das mit Vertreter*innen aus verschiedenen Teilen der Gesellschaft den Versuch unternimmt, alle

maßgeblichen Interessen bei der Suche eines Endlagers für Atommüll zu berücksichtigen. Diese Suche soll in einem partizipativen, wissenschaftsbasierten, transparenten, selbsthinterfragenden und lernenden Verfahren erfolgen. Die Kommission bündelt zugleich wissenschaftlichen Sachverstand, es werden gesellschaftliche Gruppen repräsentiert und Empfehlungen für Gesetzgebung und Exekutive erarbeitet (BT-Drucks. 18/9100, S. 68). Mit den entsprechenden, oben genannten Vorkehrungen wird die Vertretung und damit Integration der Spree praktisch umsetzbar. Mit der Spree als Akteurin im Konflikt wird ein umfassender Interessenausgleich zwischen allen Konfliktbeteiligten möglich, der nachhaltige Lösungen schaffen kann.

*E. Ausblick – Sieht sich der Mensch im Mittelpunkt unter
Rechtfertigungsdruck?*

Am Beispiel der Spree zeigt sich, wie ein biosoziales Konfliktverständnis schon heute im Konfliktlösungsverfahren der Mediation realisierbar und notwendig ist, um für die Herausforderungen in Zeiten planetarer Krisen ökologisch nachhaltige Lösungen zu finden. In der deutschen Rechtsordnung ist seit der Verfassungsänderung des Art. 20a Grundgesetz im Jahr 2002 nicht mehr viel passiert, bis fast zwanzig Jahre später die Klima-Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts (BVerfGE 157, 30) für Aufsehen gesorgt hat. Ein Blick auf den Entwicklungsstand in anderen Ländern zeigt, dass etwa Ecuador, Bolivien, Kolumbien, Neuseeland, Indien und die Vereinigten Staaten von Amerika in dem Prozess der Rechtssubjektivierung und Rechtsanerkennung von Tier- und Umwelt schon wesentlich weiter vorangeschritten sind. Das jüngste Beispiel ist das Mar Menor, eine Salzlage in Spanien, die seit diesem Jahr ein Rechtssubjekt ist. Das Vorschreiten dieser Rechtssubjektivierung zugunsten der Tier- und Umwelt ist höchst erfreulich, werden durch sie doch erste zaghafte Schritte in die richtige Richtung auch in gerichtlichen Konfliktlösungsverfahren sichtbar. Auf den langwierigen Prozess der Rechtssubjektivierung muss die Mediation nicht warten. Sie kann schon heute eine Pionierinnenrolle einnehmen, von der die gerichtliche Konfliktlösung lernen kann. In einer Zeit, in der so viel notwendig infrage gestellt werden muss, um eine Zukunft auf diesem Planeten zu ermöglichen, ist eine anthropozentrische Ausrichtung der gerichtlichen Konfliktlösung einem neuen Rechtfertigungsdruck ausgesetzt. Kann auch in der gerichtlichen Konfliktlösung der Ökozentrismus Einzug halten? Wie werden Interessen von Tier- und Umwelt Gehör finden? Wel-

che und wie viele Ressourcen und ökologischen Dienstleistungen der Tier- und Umwelt können wir zukünftig noch ohne Entschädigung in Anspruch nehmen? Wir stehen erst am Anfang einer langen Kette komplizierter Aushandlungsprozesse. Zukünftig werden noch viele Schritte notwendig sein, um das Potential von Konfliktlösungsverfahren für die wichtigste Herausforderung des 21. Jahrhunderts, die Bewältigung der ökologischen Krise, weiter nutzbar zu machen – auch in der Mediation.

Verbraucherschutz vs. (ökologische) Nachhaltigkeit

Katharina Gelbrich

A. Problemaufriss

Ökologische Nachhaltigkeit hat auf den ersten Blick äußerst wenig mit Zivilrecht und noch weniger mit Verbraucherschutz zu tun. Ökologische Nachhaltigkeit sei, so die gängige Meinung, Aufgabe der Politik und daher hoheitlich im öffentlichen Recht zu regeln. Da ein nicht unbedeutender Anteil der Umweltverschmutzung (CO₂-Emission, Müll) von Verbraucher*innen und privaten Haushalten ausgeht¹, kann eine ökologische Transformation der Gesellschaft aber gar nicht anders funktionieren, als unter Einbeziehung von Privatrecht und Verbraucherschutzrecht. Es ist eben so, dass es keinen rein privaten Raum gibt, sondern alle zivilrechtlichen Rechtsgeschäfte und insbesondere der Konsum auch Einfluss auf die Umwelt und die Gesellschaft haben.²

Dass für eine Transformation hin zu einer nachhaltig lebenden Gesellschaft auch im Privatrecht Vorschriften geändert werden können und sogar müssen, ist mittlerweile zumindest zu Teilen Konsens. In der Literatur³ be-

1 Zum Treibhausgasausstoß durch Verbraucher*innen ausführlich: Statistisches Bundesamt zum Jahr 2021: https://www.destatis.de/DE/Presse/Pressemitteilungen/2022/10/PD22_437_43.html (zuletzt aufgerufen am 14.07.2023), zum Müllaufkommen privater Haushalte Statistisches Bundesamt zu den Jahren 2020 und 2021: <https://www-genesis.destatis.de/genesis/online?operation=previous&levelindex=1&step=1&titel=Ergebnis&levelid=1680689786396&acceptscookies=false#abreadcrumb> (zuletzt aufgerufen am 14.07.2023).

2 Ähnlich auch C. Bala/W. Schuldzinski, Einleitung: Der verantwortungsvolle Verbraucher in: C. Bala/W. Schuldzinski (Hrsg.), *Der verantwortungsvolle Verbraucher*, Düsseldorf, 2015, 8 (8); J.-E. Schirmer, Das Private ist politisch, *VerfBlog*, 2021/4/15, <https://verfassungsblog.de/das-private-ist-politisch/>, DOI: 10.17176/20210415-221255-0 (zuletzt aufgerufen am 14.07.2023).

3 Zuletzt besonders ausführlich J.-E. Schirmer, *Privatrecht und Nachhaltigkeit*, Tübingen, 2023; früher u.a. K. Tonner, Nachhaltiger Konsum, Verbraucherpolitik und Recht, in: T. Bosecke/P. Kersandt/K. Täufer (Hrsg.), *Meeresnaturschutz, Erhaltung der Biodiversität und andere Herausforderungen im "Kaskadensystem" des Rechts: Festgabe zur Emeritierung von Detlef Czybulka*, Berlin, 2012, 307 (319); A. Halfmeier, Nachhaltiges Privatrecht, *AcP* 216, 717 ff.; S. Schlacke/K. Tonner/E. Gawel, Stärkung eines

steht weitestgehend Einigkeit, dass durch hoheitliche Eingriffe in das Zivilrecht auf privatrechtliche Rechtsbeziehungen Einfluss genommen werden kann und muss, um ökologische Nachhaltigkeitsbestrebungen zu fördern. In der Praxis zeigt sich z.B. anhand der Vorschläge für eine Ökodesignverordnung⁴ (welche die bisherige Ökodesignrichtlinie ablösen soll) und der Richtlinie zur Stärkung der Verbraucher beim ökologischen Wandel⁵ sowie der Verbindung des Bundesministeriums für Umwelt, Naturschutz, nukleare Sicherheit und Verbraucherschutz, dass auch in Politik und Gesetzgebung Zivilrecht und ökologische Nachhaltigkeit nicht (mehr) als konträre Interessen gedacht werden (siehe hierzu ausführlich unten). Ambivalent ist aber immer noch das Verhältnis von Verbraucherschutz zur ökologischen Nachhaltigkeit zu sehen.

B. Begriffsbestimmung

Bevor der Beitrag nachfolgend einen tieferen Blick in das Verhältnis der beiden Interessen wirft, sollen vorab die Begrifflichkeiten definiert werden.

I. Verbraucherschutz

Verbraucherschutz ist ein historisch gewachsenes Regelungsgebiet, welches zunächst als Teil der allgemeinen Wirtschaftspolitik gesehen wurde und nur wenig Beachtung fand. Seinen Beginn hatte das mittlerweile zum eigenen Rechtsgebiet fortentwickelte Politikfeld Anfang des 20. Jahrhunderts mit Gründung der ersten Konsumentenzusammenschlüsse.⁶ Wobei

nachhaltigen Konsums im Bereich Produktnutzung durch Anpassungen im Zivil- und öffentlichen Recht, S. 273, abrufbar unter: <https://www.umweltbundesamt.de/publikationen/staerkung-eines-nachhaltigen-konsums-im-bereich> (zuletzt aufgerufen am 14.07.2023).

- 4 Vorschlag für eine Verordnung des europäischen Parlaments und des Rates zur Schaffung eines Rahmens für die Festlegung von Ökodesign-Anforderungen für nachhaltige Produkte und zur Aufhebung der Richtlinie 2009/125/EG vom 30.03.2002, COM(2022) 142.
- 5 Vorschlag für eine Richtlinie des europäischen Parlaments und des Rates zur Änderung der Richtlinien 2005/29/EG und 2011/83/EU hinsichtlich der Stärkung der Verbraucher für den ökologischen Wandel durch besseren Schutz gegen unlautere Praktiken und bessere Informationen vom 30.03.2022, COM(2022) 143.
- 6 *Bala/Schuldzinski*, Einleitung: Der verantwortungsvolle Verbraucher (Fn. 2), 8 (10).

es in den 60er Jahren zunehmend bekannt wurde⁷ und in den letzten Jahren insbesondere aufgrund verschiedener EU-Rechtsakte einen starken Ausbau erfuhr. Im Ergebnis geht es beim Verbraucherschutz darum, Verbraucher*innen vor Markt- und Konsumgefahren zu schützen⁸ und ihnen eine optimale Kaufentscheidung zu ermöglichen.⁹ Unter Verbraucherschutz soll daher vorliegend angelehnt an § 2 Abs.1 UKlaG die Gesamtheit der rechtlichen Vorschriften verstanden werden, die Verbraucher*innen vor Benachteiligungen im Wirtschaftsleben schützen und ihre rechtliche Stellung stärken.¹⁰ Eine genauere Definition, welche Vorschriften darunter zu verstehen sind, ist in Deutschland insbesondere deshalb nicht möglich, weil es kein eigenes Verbraucherschutzgesetz gibt, sondern die Regelungen in zahlreichen Vorschriften und verschiedenen Gesetzen verteilt sind.

Für die nachfolgenden Ausführungen ist entscheidend, dass es sich beim Verbraucherschutz um ein Regelungskonzept handelt, was Verbraucher*innen schützen und ungestörten Konsum ermöglichen und insoweit auch fördern soll. Im Ergebnis soll so das Erlebnis „Konsum“ für Verbraucher*innen angenehmer werden. Teilweise wird dies mit den Worten „Verbraucherschutz ist reiner Konsumschutz“ etwas überspitzt auf den Punkt gebracht.¹¹

II. (ökologische) Nachhaltigkeit

Auch für den Begriff Nachhaltigkeit gibt es keine allgemein gültige Definition. Vielmehr gibt es zahlreiche wissenschaftliche Bereiche, die sich mit

-
- 7 G. Schricker, Verbraucherschutzrecht - ein neues Rechtsgebiet? Zugleich eine Besprechung von E. von Hippel, Verbraucherschutz, J.C.B. Mohr (Paul Siebeck), Tübingen 1974, GRUR Int, 1976, 315 (315); Y. Tiede, Einführung in das Verbraucherschutzrecht der Republik Serbien, WiRO 2011, 289 (289); E. von Hippel, Grundfragen des Verbraucherschutzes, JZ 1972, 417 (417).
 - 8 M. Tamm in: K. Tonner/M. Tamm/T. Brönneke (Hrsg.) Verbraucherrecht, Rechtliches Umfeld, Vertragstypen, Rechtsdurchsetzung, Beratungshandbuch, 3. Aufl., Baden-Baden, 2020, § 1 Rn. 3 f.; G. Wiebe, Unternehmensfreiheit versus Verbraucherschutz?! Das Verhältnis zwischen Unternehmerfreiheit und Verbraucherschutz im Spiegel des öffentlichen Verbraucherschutzrechts, Baden-Baden, 2017, S. 75.
 - 9 E. von Hippel, Grundfragen Verbraucherschutz (Fn. 7), JZ 1972, 417, 418.
 - 10 So auch die Definition der Bundeszentrale für politische Bildung im Lexikon der Wirtschaft, <https://www.bpb.de/kurz-knapp/lexika/lexikon-der-wirtschaft/20971/verbraucher-schutz/> (zuletzt aufgerufen am 14.07.2023).
 - 11 A. Halfmeier, Abschied vom Konsumschutzrecht, VuR 2022, 3.

dem Thema beschäftigen und damit auch eine Vielzahl an Wissenschaftler*innen, die aufgrund der verschiedenartigen Herangehensweisen den Begriff unterschiedlich definieren. Schon im juristischen Bereich herrscht keine Einigkeit diesbezüglich.¹² Gemeinsamer Ansatzpunkt ist häufig der UN-Brundtland-Report und die darin im Jahr 1987 getroffene Definition für nachhaltige Entwicklung: Nachhaltige Entwicklung ist eine Entwicklung, die die Bedürfnisse der Gegenwart befriedigt, ohne die Fähigkeit künftiger Generationen zu gefährden, ihre eigenen Bedürfnisse zu befriedigen.¹³ In Deutschland hat sich auch aufgrund der Rio-Konferenz¹⁴ überwiegend das Drei-Säulen-Modell durchgesetzt, welches eine ausgewogene Verfolgung der drei Komponenten Ökologie, Ökonomie und Soziales proklamiert.¹⁵ Begrenzt wird aber die Förderung aller drei Komponenten durch die Endlichkeit der natürlichen Ressourcen.¹⁶ Die Umwelt als Grundlage der Bedürfnisbefriedigung ist damit eben auch die natürliche Grenze für

-
- 12 Vgl. hierzu für den juristischen Bereich ausführlich mwN A.-C. *Mittwoch*, Nachhaltigkeit und Unternehmensrecht, Tübingen, 2022, S. 15 ff. und für sämtliche Bereiche J. *Tremmel*, Nachhaltigkeit als politische und analytische Kategorie: der deutsche Diskurs um nachhaltige Entwicklung im Spiegel der Interessen der Akteure, München, 2003, S. 100 ff.
 - 13 United Nations, Report of the World Commission on Environment and Development Our Common Future, S. 37, abrufbar unter <https://www.are.admin.ch/are/de/home/medien-und-publikationen/publikationen/nachhaltige-entwicklung/brundtland-report.html> (zuletzt aufgerufen am 14.07.2023).
 - 14 UN-Konferenz für Umwelt und Entwicklung in Rio de Janeiro im Juni 1992.
 - 15 G. *Beaucamp*, Das Konzept der zukunftsfähigen Entwicklung im Recht, Tübingen, 2020, S. 18 ff.; R. *Brühl*, Corporate Social Responsibility: eine Ethik der gesellschaftlichen Verantwortung und ihre Umsetzung, München, 2018, S. 29; B. *Heins*, Nachhaltige Entwicklung – aus sozialer Sicht, in Zeitschrift für angewandte Umweltforschung, Jg. 7 (1994), S. 19; G. *Michelsen*/M. *Adomßent*, Nachhaltige Entwicklung: Hintergründe und Zusammenhänge, in: H. Heinrichs/G. Michelsen (Hrsg.), Nachhaltigkeitswissenschaften, Berlin, 2014, S. 3–28 ff.; I. *Pufé*, Nachhaltigkeit, 3. Aufl., Konstanz, 2017, S. 99 ff.; Enquete-Kommission „Schutz des Menschen und der Umwelt – Ziele und Rahmenbedingungen einer nachhaltig zukunftsverträglichen Entwicklung“ des 13. Deutschen Bundestages, Konzept Nachhaltigkeit vom Leitbild zur Umsetzung, BT-Drs. 13/11200 v. 26.06.1998, S. 30 ff.
 - 16 Konzept der planetaren Grenzen, J. *Rockström*/W. *Steffen* u.a., A safe operating space for humanity, Nature (London), Vol. 461 (7263), S. 472 ff.; dies. Ecology and society, 2009, Planetary Boundaries: Exploring the Safe Operating Space for Humanity, Vol. 14 (2), S. 32; ähnlich auch Umweltbundesamt, Nachhaltiges Deutschland. Wege zu einer dauerhaft umweltgerechten Entwicklung, 1997, S. 6 und Umweltbundesamt, Kommunale Agenda 21 – Ziele und Indikatoren einer nachhaltigen Mobilität. 2002, S. 2; im juristischen Kontext statt aller *Mittwoch*, Nachhaltigkeit und Unternehmensrecht (Fn. 12), S. 38.

die weiteren Säulen/Interessen der Nachhaltigkeit.¹⁷ Nachhaltigkeit erfordert daher den Erhalt bzw. die maßvolle Nutzung der natürlichen Ressourcen bzw. des Naturkapitals. Wobei im Sinne der Theorie der „starken Nachhaltigkeit“ nicht jeder Naturbestandteil bedingungslos erhalten bleiben muss.¹⁸ Dennoch geht es aber darum, die Ressourcen zu schonen und damit überwiegend um Nachhaltigkeitsbestrebungen im ökologischen Sinne,¹⁹ sodass diese vorliegend auch Grundlage sein sollen. Da Verbraucherschutz vorwiegend den sozialen und ökonomischen Komponenten der Nachhaltigkeit zuzuordnen ist, soll im nachfolgenden Beitrag die ökologische Nachhaltigkeit als einzelner Gegenspieler zum Verbraucherschutz betrachtet werden. Es wird bewusst eine einzelne Komponente der Nachhaltigkeit herausgegriffen, um an diesem Beispiel zu zeigen, dass die verschiedenen unter dem Begriff Nachhaltigkeit zusammengefassten Ziele zum Teil konfliktieren²⁰, zum Teil aber auch in Gleichlauf gebracht werden können.

C. Zielkonflikt

Bei der Begriffsdefinition zeigt sich bereits der Zielkonflikt. Der Verbraucherschutz schützt den Konsum und fördert damit indirekt den Verbrauch von Ressourcen, während im Gegenzug dazu Nachhaltigkeit im Sinne der Ressourcenschonung agiert.

Zurecht wird der Verbraucherschutz daher von einigen als „Konsumschutz“ kritisiert. Der übermäßige Warenverbrauch und unsere Konsumgewohnheiten als Verbraucher*innen seien es, die neben verschiedenen anderen Faktoren die Umwelt und damit auch unsere Lebensgrundlage bedrohten. Durch den Schutz dieses Verhaltens fördere man politisch die Zerstörung unserer Lebensgrundlage.²¹ Verbraucherschutz fördere das

17 UN- General Assembly, Report of the World Commission on Environment and Development, 11. Dezember 1987, UN Doc. A/RES/42/187 bzw. WCED, Our Common Future, S. 45.

18 K. Ott/R. Döring, Theorie und Praxis starker Nachhaltigkeit, 2. Aufl., Marburg, 2008, S. 145 ff.

19 Der Begriff ökologisch wäre im Titel dieses Beitrages im Ergebnis also gar nicht notwendig gewesen, wurde aber zur Klarstellung bewusst eingefügt.

20 Dazu, dass die Interessen durchaus konfliktieren können siehe *Mittwoch*, Nachhaltigkeit und Unternehmensrecht (Fn. 12), 46.

21 *Halfmeier*, Nachhaltiges Privatrecht (Fn. 3), AcP 216, 717, 750.

Wirtschaftswachstum, welches per se umweltschädlich sei.²² Der Verbraucherschutz stehe danach auf den ersten Blick vollständig im Widerspruch zum Umweltschutz und zur ökologischen Nachhaltigkeit.²³

Tatsächlich lassen sich gegen diese Argumentation keine Erwiderungen finden und es wäre nur folgerichtig, unsere Konsumgewohnheiten und gesellschaftlichen Konstrukte entsprechend umfassend und schleunigst anzupassen. Allerdings leben wir in einer Gesellschaft, die dieses Konsumverhalten tief verinnerlicht hat, sodass eine Veränderung wohl kaum innerhalb kürzester Zeit möglich ist, auch wenn dies notwendig wäre. Es ist folglich die Frage zu stellen, ob im Rahmen des aktuellen Systems nicht zumindest eine Anpassung der zivilrechtlichen Vorschriften dahingehend erfolgen kann, dass diese Gewohnheiten langsam verändert werden können und die gesellschaftliche und wirtschaftliche Anpassung Stück für Stück erfolgt.

D. Veränderungen zulasten der Verbraucher?

Entscheidet man sich für diesen systemimmanenten Weg, stellt sich die Frage, ob die Veränderungen ausschließlich zulasten der Verbraucher*innen möglich sind. Zum Teil werden sämtliche Nachhaltigkeitsbestrebungen damit in Verbindung gebracht, dass sie Teuerungen für die Verbraucher*innen mit sich bringen und damit die gesellschaftliche Veränderung auf dem Rücken der Verbraucher*innen ausgetragen werde.²⁴ Gut zusammengefasst wird diese Grundstimmung in der Gesellschaft in einem Zitat der Bild-Zeitung: „Was jetzt auf Mieter, Urlauber und Autofahrer zukommt – Bis 2045 soll Deutschland klimaneutral sein“²⁵.

22 U.a. F. Eckardt, Nachhaltigkeit und Recht Eine kurze Anmerkung zu Smeddinck, Tomerius/Magsig und anderen juristischen Ansätzen, ZfU 2009, 223, 229; zur wirtschaftswissenschaftlichen Kritik am ökologisch nicht tragbaren Wachstumsgedanken vgl. nur T. Hutzschenreuter/J. Weigand, Die Droge Wachstum, Süddeutsche Zeitung v. 10.12.2011, 26.

23 Vgl. hierzu ausführlich am Beispiel der Fluggastrechteverordnung *Halfmeier*, Nachhaltiges Privatrecht (Fn. 3), AcP 216, 717.

24 <https://consumerchoicecenter.org/de/european-green-deal-wird-fur-verbraucher-teuer-werden/>; so ähnlich auch im Ergebnis <https://www.tagesschau.de/wirtschaft/verbraucher/hohe-lebensmittelpreise-verbraucher-einkauf-nachhaltigkeit-101.html> (zuletzt aufgerufen am 14.07.2023).

25 Bild.de vom 12.05.2021, <https://www.bild.de/bild-plus/politik/inland/politik-inland/bei-auto-wohnung-und-industrie-so-viel-co2-muessen-wir-bis-2040-einsparen-76356066.bild.html> (zuletzt aufgerufen am 14.07.2023).

Sicherlich gibt es verbraucherschützende Vorschriften, bei denen ein Abbau des Verbraucherschutz-niveaus notwendig sein wird, wie das Widerrufsrecht. Schließlich hat das Widerrufsrecht ganz erhebliche Folgen für die Umwelt und trägt damit auch zur Verschärfung der planetaren Krisen bei.²⁶ So schätzt die Forschungsgruppe Retourenforschung der Universität Bamberg auf Basis der Umfrage „European Return-o-Meter“ (EUROM), dass das Widerrufsrecht in Deutschland im Jahr 2021 folgende ökologisch problematischen Folgen mit sich gebracht hat: Ca. 17 Mio. retournierte Artikel wurden entsorgt (wobei die Entsorgung durch Wiedervermarkter oder Kunden selbst wegen Erstattung ohne Retour nicht erfasst ist). Aufgrund der Retouren wurden ca. 795.000 Tonnen CO₂ e²⁷ emittiert. (Insgesamt wurden in Deutschland im Jahr 2021 762 Mio. t CO₂ e emittiert.²⁸) Das entspräche 5,3 Mrd. mit dem Pkw zurückgelegten Kilometern.²⁹ An dieser Stelle wäre es mit Blick auf ökologische Gesichtspunkte sinnvoll, die Rücksendung für Verbraucher*innen evtl. zu erschweren, indem zum Beispiel immer eine Beteiligung an den Rücksendekosten erfolgt.³⁰ Damit wäre aber auch ein Weniger an Verbraucherschutz gegeben. Es gibt also, das soll an dieser Stelle nicht geleugnet werden, auch solche zivilrechtlichen Gesetze,

-
- 26 Ausführlich zum problematischen Verhältnis von Versandhandel und Verbraucherschutz *H. W. Micklitz/N. Schiefke/C. Liedtke/P. H. Kenning/L. Specht-Riemenschneider/N. Baur*, Policy Brief: „Onlinehandel im Spannungsfeld von Verbraucherschutz und Nachhaltigkeit“, abrufbar unter https://www.svr-verbraucherfragen.de/wp-content/uploads/201110_SVRV_PB3_Onlinehandel_DEU_bf.pdf (zuletzt aufgerufen am 14.07.2023); allerdings ist nach aktuellem Stand der Forschung der Onlinehandel per se keine zusätzliche Umweltbelastung im Vergleich zum stationären Handel, *T. Zimmermann/R. Memelink/L. Rödig/A. Reitz/N. Pelke/R. John/U. Eberle*, Die Ökologisierung des Onlinehandels Teil I, abrufbar unter <https://www.umweltbundesamt.de/publikationen/die-oekologisierung-des-onlinehandels> (zuletzt aufgerufen am 14.07.2023).
- 27 Ergebnisse der Forschungsgruppe Retourenforschung abrufbar unter <http://www.retourenforschung.de/info-ergebnisse-des-europaeischen-retourentachos-veroeffentlich-t.html> (zuletzt aufgerufen am 14.07.2023).
- 28 Veröffentlichung des Umweltbundesamtes abrufbar unter <https://www.umweltbundesamt.de/daten/klima/treibhausgas-emissionen-in-deutschland#emissionsentwicklung> (zuletzt aufgerufen am 14.07.2023).
- 29 Ergebnisse der Forschungsgruppe Retourenforschung abrufbar unter <http://www.retourenforschung.de/info-ergebnisse-des-europaeischen-retourentachos-veroeffentlich-t.html> (zuletzt aufgerufen am 14.07.2023).
- 30 Diese und andere Lösung auch in Betracht ziehend *H.-W. Micklitz u.a.*, Policy Brief: „Onlinehandel im Spannungsfeld von Verbraucherschutz und Nachhaltigkeit“, 32, „abrufbar unter https://www.svr-verbraucherfragen.de/wp-content/uploads/201110_SVRV_PB3_Onlinehandel_DEU_bf.pdf (zuletzt aufgerufen am 14.07.2023).

bei denen sich der (europäische) Gesetzgeber zwischen Verbraucherschutz und ökologischer Nachhaltigkeit entscheiden muss und Einschnitte für die Verbraucher*innen notwendig sein werden.

Andererseits gibt es aber auch zahlreiche Änderungsmöglichkeiten, bei denen Verbraucherschutz und ökologische Nachhaltigkeit Hand in Hand gehen. An diesen Stellen muss den Verbraucher*innen kein Recht weggenommen werden und die natürlichen Ressourcen können trotzdem geschont werden. Ein Blick auf die Bestrebungen der EU im Bereich Nachhaltigkeit zeigt, dass dies tatsächlich möglich ist. Der Vorschlag zur Stärkung der Verbraucher beim grünen Wandel (COM(2022) 143) und zahlreiche im Vorschlag zur Ökodesign-Verordnung vorgesehene Änderungen sollen u.a. die Verbraucher*innen bei einer fundierten Kaufentscheidung unterstützen.³¹ Viele der geplanten Maßnahmen sind wohl dem öffentlichen Recht zuzuordnen, aber einige Änderungsvorschläge werden auch im zivilrechtlichen Bereich Auswirkungen haben. Für Vertragsverhältnisse zwischen Unternehmer*innen und Verbraucher*innen dürften insbesondere die Änderungen durch den Vorschlag zur Stärkung der Verbraucher beim grünen Wandel relevant sein. Die darin vorgesehenen Änderungen der Richtlinie 2005/29/EG über unlautere Geschäftspraktiken (UGP-RL) umfassen eine Erweiterung der in Art. 6 und 7 der UGP-RL genannten Verbote (umgesetzt werden müsste das in § 5 UWG (irreführende Handlungen) und § 5a UWG (irreführende Unterlassungen)) sowie der in Anhang I genannten per-se-Verbote unlauterer Geschäftspraktiken. Verboten werden sollen vor allem Greenwashing-Aussagen, irreführende Angaben über wesentliche Merkmale (ökologische und soziale Auswirkungen, Haltbarkeit und Reparierbarkeit) sowie fehlende Angaben darüber, dass ein Fall geplanter Obsoleszenz vorliegt³². Bei einer Verletzung dieser Verbote, würde den Verbraucher*innen in der Regel ein Schadensersatzanspruch aus § 9 Abs. 2 UWG zustehen.

Die vorgesehenen Änderungen an der Richtlinie 2011/83/EU über die Rechte der Verbraucher (Verbraucherrechte-RL) betreffen ausschließlich zusätzliche Informationspflichten betreffend Haltbarkeitsgarantien, den Zeitraum für Softwareaktualisierungen, Reparaturinformationen und die

31 COM(2022) 143, 1 und VO-E Ökodesignverordnung, III f., 114.

32 Formulierung als per-se-Verbot: „Unterlassung der Information des Verbrauchers, dass ein Merkmal einer Ware vorliegt, das eingeführt wurde, um ihre Haltbarkeit zu beschränken.“

sog. Reparaturkennzahl³³, die mit der Ökodesignverordnung eingeführt wird. Eine Verletzung derartiger Pflichten dürfte für Verbraucher*innen unter Umständen zu Ansprüchen aus §§ 280 ff. BGB, §§ 437 ff. BGB oder § 9 Abs. 2 UWG führen.

In der Ökodesignverordnung sind zahlreiche Gesetzesänderungen vorgesehen, die rein öffentlich-rechtlicher Natur und damit im Verhältnis Verbraucher*innen-Unternehmer*innen nicht bedeutsam sind. Daneben sind aber in Artikel 7 VO-E weitere Informationspflichten vorgesehen. Je nach Produktgruppe³⁴ muss über verschiedene Produktaspekte informiert werden. Gemäß Absatz 5 ist über Folgendes zwingend zu informieren:

- Angaben zum Energieverbrauch
- Rezyklatanteil
- Vorhandene besorgniserregende Stoffe (vgl. bei Chemikalien auch COM(2020) 667 final)
- Haltbarkeit
- Reparierbarkeit (einschließlich Reparierbarkeitswert)
- Verfügbarkeit von Ersatzteilen
- Recyclingfähigkeit.

Zudem soll nach Art. 8 ff. VO-E ein digitaler Produktpass eingeführt werden. Dieser soll wiederum zahlreiche Informationen enthalten, die für die Kreislauffähigkeit und Nachhaltigkeit (insbesondere auch für die Reparierbarkeit incl. Reparaturkennzahl) relevant sind. Je nach Produktgruppe sollen auch an dieser Stelle wieder unterschiedliche Anforderungen festgelegt werden, aber zumindest die soeben aufgezählten Informationen müssen enthalten sein. Bei Falschinformationen wären für die Verbraucher*innen die Durchsetzung von Ansprüchen nach §§ 280 ff. BGB sowie Mängelgewährleistungsansprüchen gem. § 437 BGB möglich. Denn bei den Angaben im Produktpass wird es sich häufig schon um eine Beschaffenheitsvereinbarung i.S.v. § 434 Abs. 2 Nr. 1 BGB handeln, vergleichbar mit einem Schild das an der Ware angebracht ist. Eine solche Angabe zählt schon

33 Im Koalitionsvertrag ist zumindest vorgesehen, dass Produkte möglichst reparierbar sein sollen und es ein Recht auf Reparatur geben soll, Koalitionsvertrag 2021-2025, 112, abrufbar unter <https://www.bundesregierung.de/resource/blob/974430/1990812/1f422c60505b6a88f8f3b3b5b8720bd4/2021-12-10-koav2021-data.pdf?download=1> (zuletzt aufgerufen am 14.07.2023).

34 Nahezu alle physischen Waren sollen zukünftig in bestimmte Produktgruppen eingeordnet werden, für die dann unterschiedliche Anforderungen gelten vgl. Art. 1 Abs. 2 VO-E Ökodesignverordnung.

heute als Beschaffenheitsvereinbarung, auch wenn sie im Vertrag nicht nochmal aufgegriffen wird.³⁵ Sollten die Voraussetzungen einer subjektiven Beschaffenheitsvereinbarung nicht erfüllt sein, handelt es sich zumindest um öffentliche Äußerungen i.S.v. § 434 Abs. 3 Nr. 2 BGB. Werden also Eigenschaften der Sache im Produktpass beschrieben, die dann später nicht eingehalten werden, liegt (je nach der eben dargestellten Einordnung) eine Abweichung entweder von den subjektiven oder objektiven Anforderungen an die Kaufsache vor und sie ist damit jedenfalls mangelhaft. Zudem wäre bei Vorliegen der entsprechenden Voraussetzungen auch eine Haftung nach § 9 Abs. 2 UWG denkbar.

Neben diesen Änderungen gibt es auch einen Kommissionsrichtlinien-vorschlag zur Förderung der Reparatur von Waren,³⁶ wobei das Recht auf Reparatur auch im Koalitionsvertrag vorgesehen ist, der scheinbar mit einer Änderung beim Mangelbegriff arbeiten will.³⁷

Der Vorschlag für eine Richtlinie zur Förderung der Reparatur von Waren sieht nach der ersten Lesung³⁸ folgende wesentlichen Änderungen vor: Hinsichtlich Nachlieferung und Nachbesserung sollen zukünftig Verkäufer*innen, wenn die Reparatur billiger als die Nachlieferung oder gleich teuer ist, eine kostenlose Reparatur innerhalb einer angemessenen Frist und ohne jegliche Unannehmlichkeiten für die Verbraucher*innen durchführen. Zudem sollen nach Art. 5 des Richtlinienentwurfs bestimmte Hersteller*innen von Waren, die nach Anhang II zum Entwurf eine Reparaturpflicht trifft (z.B. Hersteller*innen von Fernsehgeräten oder Geschirrspülern), je nach Art des Produktes für einen Zeitraum von fünf bis zehn Jahren zur Reparatur verpflichtet werden, sofern eine Reparatur nicht unmöglich ist (z.B. aufgrund starker Beschädigung). Dabei soll eine Reparatur gegen Entgelt oder kostenlos im Rahmen einer kommerziellen Garantie möglich sein. Zudem müssen Hersteller*innen, die zur Reparatur verpflichtet sind, die Verbraucher*innen über diese Verpflichtung informieren und Informationen über die Reparaturdienste bereitstellen (Art. 6 RL-E). Während des Reparaturzeitraums soll den Verbraucher*innen ein

35 BGHZ 87, 302, 305; *F. Faust*, in: BeckOK-BGB, 66. Ed. 2023, § 434, Rn. 32.

36 COM(2023) 155 final, deutsche Fassung in BR-Drs. 149/23.

37 So ist wohl auch die Ausführung im Koalitionsvertrag, III zu verstehen: "Die Lebensdauer und Reparierbarkeit eines Produkts machen wir zum erkennbaren Merkmal der Produkteigenschaft (Recht auf Reparatur).“ Kritisch zur Wirksamkeit einer solchen Änderung über die Beschaffenheitsvereinbarung *Schlacke/Tonner/Gawel*, nachhaltiger Konsum (Fn. 3), Bezeichnung als „zahnlos“ auf Seite 24 und 125.

38 2023/0083(COD).

Ersatzprodukt zur Verfügung stehen (Erwägungsgrund 28a RL-E) und es soll nach der Reparatur eine verlängerte Gewährleistungsfrist von weiteren zwei Jahren ab Reparatur eingeführt werden (Erwägungsgrund 28b RL-E)³⁹. Es soll nach Art. 7 des Entwurfs außerdem eine nationale Online-Reparaturplattform bereitgestellt werden, die Verbraucher*innen mit Reparaturbetrieben und Verkäufer*innen aufgearbeiteter Waren zusammenbringt. Die Plattform soll den Verbraucher*innen insbesondere helfen, verschiedene Reparaturdienste zu finden und zu vergleichen, und zwar auf der Grundlage verschiedener Reparaturbedingungen, einschließlich Richtpreise. Weiterhin soll nach Art. 4 des Richtlinienentwurfs ein europäisches Reparaturinformationsformular eingeführt werden. Das Formular soll standardisierte Schlüsselinformationen über die Bedingungen und den Preis des Reparaturdienstes enthalten. Die Verbraucher*innen sollen das Formular bei jeder Werkstatt anfordern können, die die Bedingungen 30 Tage lang nicht ändern darf. Damit soll ihnen der Vergleich von Reparaturdienstleistungen erleichtert werden. Zudem sieht der Vorschlag eine freiwillige europäische Qualitätsnorm für Reparaturdienstleistungen vor, die es Verbraucher*innen erleichtern soll, Werkstätten zu erkennen, die sich zu bestimmten Qualitätsstandards verpflichten.

Auch diese Vorschläge bringen den Verbraucher*innen im Grunde keine Nachteile, geben ihnen aber Rechte, die einen ökologisch nachhaltigeren Markt im Sinne der Ressourcenschonung fördern. Im Richtlinienvorschlag zur Förderung der Reparatur von Waren ist beispielsweise ein europäisches Formular für Reparaturinformationen vorgesehen (Art. 4 RL-E), auf welches die Verbraucher*innen gegenüber den Unternehmer*innen einen Anspruch haben und was ihnen den Vergleich von Reparaturmöglichkeiten erleichtern soll. Zudem soll eine Onlineplattform bereitgestellt werden, auf der Reparaturbetriebe aufgelistet sind (Art. 8 RL-E). Außerdem soll ein Recht auf Reparatur für bestimmte in Anhang II genannte Waren (z.B. Waschmaschinen, Geschirrspüler, Wäschetrockner u.v.m.) eingeführt werden (Art. 5 RL-E), wobei die Hersteller*innen die Verbraucher*innen auf ihre Reparaturpflicht hinweisen müssen (Art. 6 RL-E).

39 Die Richtlinie 2019/771 soll dafür entsprechend angepasst werden.

E. Abwälzen der Verantwortung auf die Verbraucher*innen

Zum Teil wird eine solche Ausstattung der Verbraucher*innen mit Rechten zur Förderung eines nachhaltigeren Konsums äußerst kritisch gesehen. *Grunwald* schreibt zur zunehmenden Stärkung des ökologisch nachhaltigen Konsums: „Warum ökologisch korrekter Konsum die Umwelt nicht retten kann.“⁴⁰ Findet an dieser Stelle aber tatsächlich ein Abschieben der Verantwortung auf die Verbraucher*innen statt?

Für die einzelnen Verbraucher*innen wird es sich häufig nicht lohnen, die dargestellten Ansprüche durchzusetzen. Bei § 9 Abs. 2 UWG dürfte es zudem schwer sein, den Schaden zu beziffern. Denn wie hoch ist der Vermögensnachteil, den ich dadurch erleide, dass ich ein Produkt gekauft habe, bei dem unrichtige Umweltaussagen getätigt wurden? Auch die Mängelgewährleistungsansprüche werden oft schwer durchsetzbar sein. Wie sollen die Verbraucher*innen nachweisen, dass schon die Konstruktion des Produkts reparaturunfreundlich war? Lohnt es für die Verbraucher*innen, die ein günstiges Produkt, wie einen Drucker, schon viele Jahre genutzt haben, einen Anspruch auf Reparatur aufwändig einzuklagen? Die Liste der Gründe, die zum Absehen der Durchsetzung der Ansprüche bei den Verbraucher*innen (zur „rationalen Apathie“⁴¹) führen können, ist lang. Die einzelnen Verbraucher*innen werden die Rechte also häufig nicht durchfechten wollen und auch nicht müssen.

Denn die vorgesehenen Gesetzesänderungen können gemeinsam mit den kollektiven Rechtsschutzinstrumenten nach dem neuen Verbraucher-rechtlich durchsetzungsgesetz (VDuG) im Wege der Musterfeststellungsklage (§ 1 Abs. 1 Nr. 2 VDuG) oder der Abhilfeklage (§ 1 Abs. 1 Nr. 1 VDuG) durchgesetzt werden. Dabei bietet insbesondere die in § 14 VDuG näher geregelte, neue kollektive Abhilfeklage (Leistungsklage) den Verbraucher*innen eine gute und niedrigschwellige Möglichkeit, ihre Rechte und Ansprüche gegenüber Unternehmer*innen durchzusetzen. Die Sorge vor einer Kollektivklage wiederum, welche nicht nur mit einer Vielzahl von Ansprüchen,

40 A. *Grunwald*, Wider die Privatisierung der Nachhaltigkeit: Warum ökologisch korrekter Konsum die Umwelt nicht retten kann GAIA 19, Nr. 3: 178-182; abrufbar unter <https://www.itas.kit.edu/pub/v/2010/grun10c.pdf> (zuletzt aufgerufen am 14.07.2023).

41 Vgl. ausführlich zur Problematik C. *Meller-Hannich*, Wenn die Klage sich nicht lohnt – Effektiver Rechtsschutz bei geringen Streitwerten, NZM 2022, 353.

sondern auch mit einem großen Ansehensverlust des Unternehmens⁴² verbunden ist, könnte sogar bereits vor einer Durchsetzung der Rechte durch Verbraucher*innen oder Verbände ihre Wirkung entfalten und die Unternehmen von vornherein zu ordnungsgemäßigem Verhalten anhalten. Damit wird den Verbraucher*innen die Macht verliehen, Druck auf Unternehmen auszuüben und Nachhaltigkeitsinteressen zu vertreten.

Ein reines Abwälzen auf Verbraucher*innen findet indes bei den derzeit geplanten Änderungen auch schon deshalb nicht statt, weil für das Ökodesignrecht in Art. 58 des VO-E eine umweltorientierte Vergabe öffentlicher Aufträge vorgesehen ist und in Abschnitt XI und XII des VO-E zahlreiche Marktüberwachungsmechanismen und auch Sanktionen bei Verstoß gegen die Verordnung (Art. 68 VO-E) angedacht sind. Auch bei den vorgesehenen Änderungen im UWG bleibt die Möglichkeit, dass Mitbewerber*innen, verschiedene Verbände oder Kammern gegen die Verstöße vorgehen (wegen des Anspruchs auf Beseitigung und Unterlassung § 8 Abs. 3 UWG, für Mitbewerber*innen beim Schadensersatzanspruch nach § 9 Abs. 1 UWG, die in § 8 Abs. 3 Nr. 2-4 genannten Verbände und Kammern bei Gewinnabschöpfungsanspruch nach § 10 Abs. 1 UWG). Außerdem ist unter bestimmten Umständen die Verhängung eines Bußgeldes nach § 19 UWG denkbar.

Auch der Richtlinienvorschlag zum Recht auf Reparatur sieht nicht eine schlichte Durchsetzung durch die Verbraucher*innen vor. Vielmehr müssen die Mitgliedsstaaten nach Art. 8 RL-E dafür Sorge tragen, dass die Einhaltung der Richtlinie sowie eine wirksame Rechtsschutzmöglichkeit bei Nichteinhaltung der Vorschriften sichergestellt werden.

Es zeigt sich, dass in der EU zunehmend ein Wandel des Verbraucherbildes stattfindet. Herrschte bisher das Bild von uninformatierten Verbraucher*innen vor, scheint die EU den Verbraucher*innen nunmehr sogar zuzutrauen, dass sie die Transformation hin zu einer nachhaltig lebenden Gesellschaft neben weiteren Akteur*innen aktiv mittragen.⁴³ Dieser Ansatz ist zu begrüßen und entspricht auch den tatsächlichen gesellschaftlichen Begebenheiten. Zum einen gibt es keine homogene Masse von Verbraucher*innen⁴⁴ und zum anderen ist ein großer Teil der Gesellschaft mittler-

42 Im Ansatz auch *Röthemeyer*, Befugnis zur Musterfeststellungsklage: Der Narrativ der Klageindustrie, seine Folgen und Überlegungen zur Überwindung, *VuR* 2020, 130, 137.

43 Vgl. hierzu u.a. COM(2020) 98 final, 6; COM(2022) 143 final, 1 ff.

44 *H.-W. Micklitz/A. Oehler/M.-B. Piorkowsky/L. Reisch/C. Strünck*, Der vertrauende, der verletzte oder der verantwortungsvolle Verbraucher? Plädoyer für eine differenzierte Strategie in der Verbraucherpolitik Stellungnahme des Wissenschaftlichen Bei-

weile bereit, sein alltägliches Verhalten umzustellen, um nachhaltiger zu leben. Dies haben zahlreiche Umfragen und Statistiken ergeben.⁴⁵

Außerdem sollten Verbraucher*innen für das Recht verbrauchen zu dürfen, auch Verantwortung übernehmen und ihre marktsteuernde Wirkung nutzen können oder kurz: „To live means to buy, to buy means to have power, to have power means to have responsibility“⁴⁶.

F. Fazit

Es genügt sicherlich nicht, im bestehenden System ökologische Nachhaltigkeit und Verbraucherschutz in Einklang zu bringen, um die globalen Krisen vollständig und wirksam zu beseitigen. Der Beitrag zeigt jedoch, dass an vielen Stellen bereits derzeit ein Gleichlauf beider Ziele möglich ist und im bestehenden System Gesetzesänderungen möglich und bereits geplant sind, die die ökologische Nachhaltigkeit verbessern und leicht umgesetzt werden können. Dies sollte zunächst auch forciert werden, da zügiges Handeln notwendig ist. Tiefgreifendere gesellschaftliche Änderungen, wie eine Aufgabe der Konsumgesellschaft, mögen erforderlich sein, benötigen aber viel Zeit und sind damit zumindest kurzfristig keine praktisch umsetzbare und auch eine politische und keine juristische Lösung.

Die EU-Vorschläge sind insoweit ein vorsichtiger Schritt in die richtige Richtung und dabei keinesfalls so strukturiert, dass ökologische Nachhaltigkeit allein von den Verbraucher*innen geschultert wird. Vielmehr ist es so, dass ein Zusammenwirken von Verbraucher*innen, Verbänden, Kammern, Konkurrent*innen und Behörden zu einem nachhaltigeren Markt

rats Verbraucher- und Ernährungspolitik beim BMELV, 2010; abrufbar unter https://www.vzbv.de/sites/default/files/downloads/Strategie_verbraucherpolitik_Wiss_BeiratBMELV_2010.pdf (zuletzt aufgerufen am 14.07.2023).

45 Siehe hierzu unter anderem: *Schlacke/Tonner/Gawel*, nachhaltiger Konsum (Fn. 3), S. 60 ff. mwN; Verbraucherzentrale: <https://www.verbraucherzentrale.de/die-wahren-kosten-unseres-konsums-80205>; <https://www2.deloitte.com/de/de/pages/consumer-business/articles/studie-nachhaltigkeit-und-verbraucherverhalten.html> (jeweils zuletzt aufgerufen am 14.07.2023); *I. Balderjahn/A. Buerke/M. Kirchengorg/M. Peyer/B. Seegebarth/K.-P. Wiedmann*, Consciousness for sustainable consumption: scale development and new insights in the economic dimension of consumers' sustainability, *Academy of Marketing Science Review* 4 (2013), S. 181 ff. haben eine Skala zur Messung der Bereitschaft aufgestellt.

46 *A. B. Carroll/K. J. Lipartito/J. E. Post/P. H. Werhane/Kenneth E. G.*, *Corporate responsibility, the american experience*, Cambridge, 2012, S. 99.

führen können. Das eine solche Zusammenarbeit Wirkung zeigen kann, zeigte kürzlich der Fall von Nintendo. Das Unternehmen erklärte sich nach tausenden Verbraucherbeschwerden, einer Warnung des Europäischen Verbraucherverbandes (BEUC), Kontakten mit der Europäischen Kommission und den EU-Verbraucherschutzbehörden (CPC) bereit, defekte Nintendo-Switch-Controller kostenfrei zu reparieren.⁴⁷

Dennoch bleibt schlussendlich zu sagen, dass aufgrund des unauflösbaren Interessenkonflikts: Ressourcenverbrauch vs. Ressourcenschonung nur eine Annäherung der Interessen möglich ist und der Zielkonflikt nicht vollständig aufgelöst werden kann. Wann daher im Zweifelsfall welchen Interessen der Vorrang eingeräumt wird, bleibt eine politische Entscheidung, solange die natürlichen Ressourcen noch einen Entscheidungskorridor zulassen.

47 https://germany.representation.ec.europa.eu/news/verbraucherschutz-nintendo-stimmt-kostenloser-reparatur-von-defekten-nintendo-switch-controllern-zu-2023-04-04_de (zuletzt aufgerufen am 14.07.2023).

Das Konzept der gesellschaftsrechtlichen Vermögensbindung zur Förderung nachhaltigen Unternehmertums

Lisa Beer¹

A. Einführung

Dass der Klimawandel und die zunehmende Zerstörung natürlicher Ökosysteme katastrophale Auswirkungen auf das menschliche Leben haben können, wird von Naturwissenschaftler:innen immer deutlicher skizziert.² Des Ausmaßes gegenwärtiger und bevorstehender ökologischer Krisen sind sich auch die Regierungen zahlreicher Staaten bewusst, die sich mit Unterzeichnung der UN-Agenda 2030 und des Klimaschutzabkommens von Paris politisch verpflichtet haben, größtmögliche Anstrengungen zu unternehmen, um diese Krisen zu bewältigen.³

Bei der Verursachung und der Bewältigung ökologischer Probleme wird Unternehmen eine entscheidende Rolle beigemessen. Aus diesem Grund finden immer mehr nachhaltigkeitsbezogene Vorschriften Eingang in Gesellschaftsrechtsordnungen, die ein breites Spektrum von Regulierungsstrategien abbilden und auf unterschiedliche Art und Weise Steuerungspotenzial entfalten. In einzelnen Staaten wurden bestimmten Unternehmen Sorgfaltspflichten auferlegt, wodurch die Einhaltung umwelt- und menschenrechtsbezogener Standards im Rahmen unternehmerischer Tätigkei-

1 Lisa Beer ist Doktorandin und Wissenschaftliche Mitarbeiterin am Institut für Handels- und Wirtschaftsrecht des Fachbereichs Rechtswissenschaften der Philipps-Universität Marburg. Der folgende Text basiert auf einem, am 24. Juni 2023 veröffentlichten, von Lisa Beer verfassten Verfassungsblogebeitrag („Nachhaltigkeit durch Vermögensbindung“), der zum Zwecke der Veröffentlichung in diesem Tagungsband leicht abgewandelt wurde.

2 S. z.B. J. Rockström et al., Planetary Boundaries: Exploring the Safe Operating Space for Humanity, Ecology and Society 14 (2009), Art. 32; W. Steffen et al., Planetary boundaries: Guiding human development on a changing planet, Science 347 (2015), 736.

3 Vgl. *United Nations*, Transforming Our World: The 2030 Agenda for Sustainable Development, A/RES/70/1; *United Nations*, Paris Agreement (2015).

ten entlang der gesamten Wertschöpfungskette verbessert werden soll.⁴ Auch werden auf europäischer und einzelstaatlicher Ebene immer mehr Berichterstattungs- und Offenlegungspflichten eingeführt, die Transparenz über Nachhaltigkeitsauswirkungen von Unternehmenstätigkeiten schaffen sollen.⁵

Einige Staaten verfolgen, um nachhaltiges Unternehmertum zu fördern, neben der Statuierung von Sorgfalts- und Transparenzpflichten einen Ansatz, der in Deutschland durch einen im Jahr 2020 vorgelegten Gesetzentwurf über eine „GmbH mit gebundenem Vermögen“ (GmbH-gebV)⁶ aufgegriffen wurde: Die Einführung einer gesellschaftsrechtlichen Vermögensbindung (*asset lock*).⁷ Obwohl grundsätzlich alle Staaten, die eine Vermögensbindung eingeführt haben, das Ziel verfolgen, nachhaltiges Unternehmertum zu fördern, erfolgt die konkrete Ausgestaltung der diesbezüglichen Vorschriften in verschiedenen Rechtsordnungen teilweise sehr unterschiedlich. Der GmbH-gebV-Gesetzentwurf sieht beispielsweise vor, dass eine GmbH-gebV keinen sozialen oder ökologischen Zweck verfolgen muss. Ob und inwiefern sich eine Vermögensbindung in dieser Form eignet, einen Beitrag zu nachhaltigem Unternehmertum zu leisten, ist umstritten.⁸

-
- 4 Sorgfaltspflichten finden sich beispielsweise in Frankreich (*Loi de Vigilance*) und im deutschen Lieferkettensorgfaltspflichtengesetz (LkSG). Auf europäischer Ebene sollen bestimmten Unternehmen künftig durch die *Corporate Sustainability Due Diligence Directive* (CSDDD) Sorgfaltspflichten auferlegt werden, hierzu *M. Nietsch/ M. Wiedmann*, Der Vorschlag zu einer europäischen Sorgfaltspflichten-Richtlinie im Unternehmensbereich (*Corporate Sustainability Due Diligence Directive*), CCZ 2022, 125.
 - 5 Hierzu *W. Schön*, „Nachhaltigkeit“ in der Unternehmensberichterstattung, ZfPW 2022, 207; zu den europäischen Entwicklungen *M. Nietsch*, Von der nichtfinanziellen Berichterstattung zur Nachhaltigkeitsberichterstattung – eine Momentaufnahme zum Vorschlag der *Corporate Sustainability Reporting Directive*, ZIP 2022, 449.
 - 6 Der Gesetzentwurf ist abrufbar unter: <https://www.gesellschaft-mit-gebundenem-vermoegen.de/der-gesetzesentwurf/> (letzter Abruf: 26. Juli 2023).
 - 7 Zur GmbH-gebV *S. Ulrich*, Stiftung Verantwortungseigentum: Neue Runde in der Diskussion über neue Rechtsform für gebundenes Vermögen, GmbHR 2023, R211; *M. Reiff*, Verantwortungseigentum im GmbHG? Zur Forderung nach einer eigenständigen Rechtsform mit gebundenem Vermögen, NZG 2023, 770; *H. Fleischer*, Ein Schönheitswettbewerb für eine neue Gesellschaftsform mit Nachhaltigkeitsbezug: zur rechtspolitischen Diskussion um eine GmbH mit gebundenem Vermögen, ZIP 2022, 345.
 - 8 S. hierzu *N. Neitzel*, Vermögensbindung und Nachhaltigkeit, KJ 55 (2022), 479.

B. Grundlegendes Konzept der gesellschaftsrechtlichen Vermögensbindung

Das Kernelement des Konzepts der Vermögensbindung ist ein Verbot von Gewinnausschüttungen an Anteilseigner:innen eines Unternehmens (Shareholder). Dieses Verbot kann an die Wahl einer bestimmten Gesellschaftsrechtsform geknüpft werden. Hierdurch soll sichergestellt werden, dass erwirtschaftete Gewinne langfristig im Unternehmen gebunden bleiben und dem Unternehmenszweck zugutekommen.

Rechtsregelungen, die die Möglichkeit einer Vermögensbindung vorsehen und verschiedene Ausgestaltungsoptionen repräsentieren, finden sich beispielsweise in Frankreich (*Entreprise Solidaire d'Utilité Sociale*), im Vereinigten Königreich (*Community Interest Company*), in Dänemark (*Registreret Socialøkonomisk Virksomhed*) und in Schweden (*aktiebolag med särskild vinstutdelningsbegränsning*).⁹

C. Vermögensbindung und nachhaltiges Unternehmertum

Doch wird die Unternehmenspraxis durch eine Vermögensbindung automatisch nachhaltig? Diese Frage wird in der rechtswissenschaftlichen Literatur unter Bezugnahme auf die konkrete Ausgestaltung von Rechtsvorschriften diskutiert.¹⁰ Dabei steht die Frage im Vordergrund, ob eine Vermögensbindung mit der Verfolgung eines ökologischen oder sozialen Zwecks verknüpft werden muss. Während im GmbH-gebV-Gesetzentwurf von einer Zweckbindung explizit Abstand genommen wird, die Gesellschaft also sowohl einen erwerbswirtschaftlichen als auch einen gemeinnützigen Zweck verfolgen kann (vgl. § 77a Abs. 1 S. 2 GmbHG-gebV-Gesetzentwurf), wird eine solche im Vereinigten Königreich (vgl. Sec. 35 *Companies [Audit, Investigations and Community Enterprise] Act 2004*) und in Frankreich (vgl. Art. L3332-17-1 *Code du travail*) ausdrücklich verlangt.

Im Folgenden soll aufgezeigt werden, dass eine Vermögensbindung auch ohne Zweckbindung geeignet sein kann, nachhaltiges Unternehmertum zu

9 S. F. Möslein/ A. Sanders, Vermögensbindung und Europäisches Gesellschaftsrecht, JZ 2022, 923 (924 f. m.w.N.); F. Möslein/ A. Sanders, Eine neue Rechtsform für Gesellschaften mit gebundenem Vermögen ist europarechtskonform, FAZ Einspruch vom 7.3.2023, abrufbar unter: <https://www.faz.net/einspruch/niederlassungsfreiheit-vereinbarkeit-der-neuen-rechtsform-fuer-gesellschaften-mit-gebundenem-vermoegen-18730502.html> (letzter Abruf: 26. Juli 2023).

10 Vgl. Neitzel, Vermögensbindung und Nachhaltigkeit (Fn. 7), 479 m.w.N.

fördern. Voraussetzung ist jedoch, dass bestimmte Anforderungen an den Umfang und die Abänderlichkeit erfüllt sind, die Vermögensbindung durch gesetzliche Vorschriften also auf eine bestimmte Art und Weise ausgestaltet ist.

I. Vollumfänglichkeit der Vermögensbindung

Der Umfang der Vermögensbindung variiert von Rechtsordnung zu Rechtsordnung.¹¹ Der GmbH-gebV-Gesetzentwurf zeichnet sich dadurch aus, dass das Vermögen zu 100 % in der Gesellschaft gebunden bleiben soll. Dies würde bedeuten, dass Gesellschafter:innen grundsätzlich (lediglich) eine Entlohnung für ihre Arbeit erhalten würden, während die Ausschüttung von Gewinnen an Anteilseigner:innen vollumfänglich ausgeschlossen wäre. Eine Beteiligung an einer vermögensgebundenen Gesellschaft würde also nicht primär, um das eigene Privatvermögen zu vermehren, sondern aus innerer Überzeugung von der Geschäftsidee- und Tätigkeit erfolgen.¹²

Je strikter das Ausschüttungsverbot ausgestaltet ist, desto geringer ist der Anreiz, das unternehmerische Handeln am Ziel der Gewinnmaximierung zugunsten der Anteilseigner:innen auszurichten.¹³ Gerade dann, wenn ein Unternehmen Nachhaltigkeit in seinen Geschäftszweck integrieren und einen Beitrag zur ökologischen und sozialen Transformation der Wirtschaft leisten will, kann durch eine Vermögensbindung verhindert werden, dass kurzfristige Gewinninteressen zu Lasten der Verwirklichung von Nachhaltigkeitszielen in den Vordergrund treten.¹⁴

Durch eine vollumfängliche Vermögensbindung und ein striktes Gewinnausschüttungsverbot wird einem Unternehmen also ausreichend Raum geboten, Aspekte in unternehmerische Entscheidungsprozesse einzubeziehen, die mit der Förderung von globalen Nachhaltigkeitszielen in Zusammenhang stehen. Es besteht keinerlei Druck, Gewinninteressen, die der Verfolgung eines nachhaltigen Geschäftszwecks entgegenstehen, gerecht werden zu müssen. Der Blick kann über die Interessen der Anteils-

11 Hierzu *Möslein/ Sanders*, Vermögensbindung und Europäisches Gesellschaftsrecht (Fn. 8), 923.

12 S. auch *B. Lomfeld/ N. Neitzel*, Verantwortungseigentum!, Verfassungsblog vom 13.3.2021, abrufbar unter: <https://verfassungsblog.de/verantwortungseigentum/> (letzter Abruf: 26. Juli 2023).

13 Zum Shareholder Value Modell A. *Mittwoch*, Nachhaltigkeit und Unternehmensrecht, Tübingen 2022, S. 123 ff.

14 *Neitzel*, Vermögensbindung und Nachhaltigkeit (Fn. 7), 481 ff.

eigner:innen hinaus auf die Interessen aller Stakeholder erweitert werden, die entlang der gesamten Wertschöpfungskette direkt oder indirekt von den Aktivitäten eines Unternehmens betroffen sind. Solche Rahmenbedingungen sind von großem Vorteil, um globale Nachhaltigkeitsziele erreichen und planetare Krisen bewältigen zu können.

II. Unabänderlichkeit der Vermögensbindung

Sofern die Vermögensbindung nicht ohne Weiteres abgeändert werden kann, können Vermögenswerte der Gesellschaft grundsätzlich nicht zur Mehrung des eigenen Vermögens veräußert werden. Die Gefahr, dass Rechtsnachfolger:innen aus rein finanziellen Motiven an ein anderes Unternehmen veräußern, das einen völlig anderen, auch nachhaltigkeitsfremden, Geschäftszweck verfolgt, ist dann sehr gering. Eine Umgehung von Vorschriften, die beispielsweise eine Abänderlichkeit durch einen Beschluss der Gesellschafter:innen ausschließen, muss durch gesetzliche Vorgaben hinsichtlich der Umwandlung und der Verwendung von Liquidationserlösen verhindert werden.

Vor allem dann, wenn ein Unternehmen in erster Linie zur Verfolgung eines ökologischen (oder sozialen) Zwecks gegründet werden soll, könnte ein großes Interesse daran bestehen, die Gesellschaft einem unabänderlichen *asset lock* zu unterwerfen. Hierdurch kann die nachhaltige Geschäftsidee über Generationen hinweg aufrechterhalten und der Gefahr einer unerwünschten Übernahme begegnet werden. Auch auf Seiten von Kund:innen und Investor:innen, die im Rahmen ihrer Kauf- und Investitionsentscheidungen auf Nachhaltigkeit achten, besteht ein Interesse, dass Unternehmen, die ökologische (und soziale) Verantwortungsübernahme versprechen, nicht von rein profitorientierten Unternehmen übernommen werden. Dies zeigt insbesondere der mediale Aufschrei, den die Übernahme des Unternehmens *Ankerkraut* durch den Großkonzern *Nestlé* verursacht hat.¹⁵

Gesetzliche Vorschriften, die verhindern, dass eine Vermögensbindung beispielsweise durch einen einfachen Beschluss aufgehoben werden kann

15 S. Diemand, Großkonzerne essen Seele auf, FAZ vom 16.5.2022, abrufbar unter: <https://www.faz.net/aktuell/wirtschaft/unternehmen/nestle-und-ankerkraut-warum-deutsche-grossen-konzernen-oft-misstrauen-18029254.html> (letzter Abruf: 26. Juli 2023).

– und Regelungen zur Verwendung eines etwaigen Liquidationserlöses und zu Umwandlungsmöglichkeiten vermögensgebundener Gesellschaften –, finden sich sowohl in ausländischen Rechtsordnungen als auch im GmbH-gebV-Gesetzentwurf.¹⁶ Es gilt: Je strenger die Vorschriften bezüglich der Abänderlichkeit ausgestaltet sind, desto attraktiver ist eine gesellschaftsrechtliche Vermögensbindung für Unternehmen, die über Generationen hinweg einen (nachhaltigkeitsfördernden) Zweck verfolgen wollen, der über die Gewinnmaximierung zugunsten der Anteilseigner:innen hinausgeht.¹⁷

III. Nachhaltigkeit trotz fehlender Zweckbindung

Anders als in einigen ausländischen Rechtsordnungen ist im GmbH-gebV-Gesetzentwurf vorgesehen, dass eine GmbH-gebV nicht zwingend einen sozialen oder ökologischen Zweck verfolgen muss.¹⁸ Ob sie einen erwerbswirtschaftlichen oder einen gemeinnützigen Zweck verfolgt, steht ihr frei (vgl. § 77a Abs. 1 S. 2 GmbH-gebV-Gesetzentwurf).

Vor diesem Hintergrund wäre es also möglich, dass eine GmbH-gebV gemeinwohlsschädliche Tätigkeiten ausübt, indem sie sich beispielsweise an der Förderung fossiler Energieträger beteiligt oder Textilien vertreibt, bei deren Produktion erhebliche Umweltschäden verursacht werden. Auch sind Fälle denkbar, in denen eine Gesellschaft zunächst hohe Ziele mit Nachhaltigkeitsbezug erreichen möchte, von diesem Vorhaben aber nach einiger Zeit Abstand nimmt und den Gesellschaftszweck sowie den Unternehmensgegenstand ändert.¹⁹ Dies wirft die Frage auf, ob das Konzept der Vermögensbindung, sofern eine solche nicht mit einer Beschränkung möglicher Geschäftszwecke kombiniert wird, tatsächlich geeignet sein kann, einen Beitrag zu nachhaltigem Unternehmertum zu leisten.

Im Rahmen der argumentativen Auseinandersetzung mit dieser Frage muss beachtet werden, dass sich in einigen ausländischen Rechtsordnungen

16 S. Möslein/ Sanders, Vermögensbindung und Europäisches Gesellschaftsrecht (Fn. 8), 924 ff.

17 So auch Neitzel, Vermögensbindung und Nachhaltigkeit (Fn. 7), 491.

18 Vgl. Möslein/ Sanders, Vermögensbindung und Europäisches Gesellschaftsrecht (Fn. 8), 924 ff.

19 Ausführlicher zum Gesellschaftszweck und Unternehmensgegenstand W. Servatius in: U. Noack/ W. Servatius/ U. Haas (Hrsg.), GmbHG, 23. Aufl., München 2023, § 1 Rn. 5.

zwar eine Beschränkung des Geschäftszwecks findet. Für eine GmbH-geV würden jedoch, im Einklang mit dem aktuellen Gesetzentwurf, strenge Regelungen hinsichtlich des Umfangs und der Abänderlichkeit des Gewinnausschüttungsverbots gelten.²⁰ Solche strengen Regelungen führen dazu, dass langfristiges Denken und Handeln – eine Grundvoraussetzung für die Bewältigung planetarer Krisen – im Unternehmen an erster Stelle stehen. Abgesehen davon ist es nicht leicht, eine präzise und, im Hinblick auf die Erreichung globaler Nachhaltigkeitsziele zielführende Definition von einem ökologischen oder sozialen Zweck, der in die Rechtsordnung integriert werden soll, zu finden. Flexibilität bei der Festlegung des Geschäftszwecks und der Ausübung wirtschaftlicher Tätigkeiten einer vermögensgebundenen Gesellschaft steht einem nachhaltigem Unternehmertum schließlich keineswegs zwingend im Wege.

1. Langfristigkeit als Grundvoraussetzung für Nachhaltigkeit

Gesellschafter:innen, die ihr Unternehmen einer Vermögensbindung mit Gewinnausschüttungsverbot unterwerfen, wollen ihren Geschäftszweck in der Regel mit allen Mitteln langfristig sichern. Hierdurch treffen sie auch eine bewusste Entscheidung, den Interessen von Shareholdern (z.B. an hohen Dividendenzahlungen), die oftmals kurzfristiger Natur sind, kein besonderes Gewicht zu verleihen.²¹ Das Konzept der Nachhaltigkeit ist mit dem Konzept der Langfristigkeit nicht völlig identisch, allerdings bestehen gewisse Überschneidungspunkte. Eine bedeutende Gemeinsamkeit ist darin zu erblicken, dass beide Konzepte dem unternehmerischen Ansatz entgegenstehen, den Unternehmenswert zur Befriedigung kurzfristiger Gewinninteressen von Anteilseigner:innen zu maximieren.²²

Gerade Unternehmen, die sich für Umwelt- und Klimaschutz einsetzen wollen, müssen von einer starken Fokussierung auf Shareholder Abstand nehmen und kurzfristiges Gewinnstreben vermeiden. Die Bewältigung pla-

20 Nach § 77g Abs. 2 S. 1 des Entwurfs darf das Vermögen der Gesellschaft nicht an die Gesellschafter:innen ausgezahlt werden (Vollumfänglichkeit). Gem. § 77b Abs. 1 S. 2 des Entwurfs kann die dauerhafte Vermögensbindung weder aufgehoben noch eingeschränkt werden (Unabänderlichkeit).

21 So bezüglich Sozialunternehmen *F. Möslein/ C. Sørensen*, Nudging for Corporate Long-Termism and Sustainability? Regulatory Instruments from a Comparative and Functional Perspective, *Columbia Journal of European Law* 24 (2018), 391 (404).

22 S. auch *Möslein/ Sørensen*, Nudging for Corporate Long-Termism and Sustainability? (Fn. 20), 393.

netarer Krisen erfordert naturgemäß eine umfassende Einbeziehung verschiedener Interessengruppen entlang der gesamten Wertschöpfungskette. Ohne langfristiges Denken und Handeln kann die Verwirklichung globaler Nachhaltigkeitsziele nur schwerlich gelingen. Dies ergibt sich auch daraus, dass sich die Folgen von umwelt- und klimaschädlichem Verhalten oft erst nach sehr langer Zeit zeigen.²³

Die Bedeutung, die vor diesem Hintergrund einer *vollumfänglichen* und *unabänderlichen* Vermögensbindung unabhängig von einer Zweckbindung zukommt, lässt sich am Beispiel eines Unternehmens veranschaulichen, welches Textilien auf besonders umweltverträgliche Art und Weise produzieren und vertreiben möchte: Haben sich die Gesellschafter:innen für eine Vermögensbindung, die nicht mit der Verfolgung eines bestimmten Zwecks verbunden ist, entschieden, steht es ihnen frei, zu einem beliebigen Zeitpunkt vom Gedanken der Umweltverträglichkeit Abstand zu nehmen. Dies ändert jedoch nichts daran, dass Dividendenzahlungen ausgeschlossen sind. Erwirtschaftete Gewinne können nach wie vor nicht zur Mehrung des eigenen Privatvermögens verwendet werden. Deshalb werden Gesellschafter:innen eine Vermögensbindung nicht leichtfertig, sondern nur dann wählen, wenn sie von der Geschäftsidee so überzeugt sind, dass sie diese unabhängig von persönlichen finanziellen Vorteilen langfristig, über Generationen hinweg aufrechterhalten wollen. Eine gesetzliche Vermögensbindung bietet insofern vielen nachhaltigkeitsbedachten Unternehmen ideale Rahmenbedingungen zur langfristigen Aufrechterhaltung ihrer Geschäftsidee.

2. Schwierigkeiten einer gesetzlichen Zweckbestimmung

Die gesetzliche Festlegung eines nachhaltigkeitsfördernden Zwecks ist außerdem mit enormen Schwierigkeiten verbunden.²⁴

Auf europäischer Ebene sollen Rechtsakte, mit denen beabsichtigt wird, einen Beitrag zur ökologischen und sozialen Transformation der Wirtschaft zu leisten, explizit der Verwirklichung der globalen Nachhaltigkeitsziele (SDGs und Pariser Klimaschutzziele) dienen. Dies kommt beispielsweise in den Erwägungsgründen 6 und 11 der Richtlinie 2022/2464 (*Corporate*

23 S. zum Verhältnis von Nachhaltigkeit und Langfristigkeit auch *Möslein/ Sørensen*, *Nudging for Corporate Long-Termism and Sustainability?* (Fn. 20), 393.

24 S. hierzu beispielsweise die europäischen Entwicklungen im Bereich der Schaffung einer Nachhaltigkeitstaxonomie.

Sustainability Reporting Directive [CSRD]) sowie dem EU-Aktionsplan zur Finanzierung nachhaltigen Wachstums²⁵ zum Ausdruck. Die Bestimmung des Nachhaltigkeitsbegriffs und dessen Operabilität sind seit vielen Jahren Gegenstand natur- und geisteswissenschaftlicher Forschung.²⁶ Eine – nicht ohne Weiteres abänderbare – Festlegung gesetzlich spezifizierter Nachhaltigkeitsziele, die eine Gesellschaft mit Vermögensbindung verfolgen muss, um im Einklang mit dem interdisziplinär und international ausgerichteten Nachhaltigkeitsverständnis zu agieren, gestaltet sich als äußerst komplexes Unterfangen. Hinzu kommt, dass neue wissenschaftliche Erkenntnisse im Hinblick auf Nachhaltigkeitsaspekte, die für die Verwirklichung der SDGs und Pariser Klimaschutzziele relevant sind, oft zeitnahe Reaktionen und innovative Ideen erfordern.

3. Erfordernis unternehmerischer Flexibilität

Die Möglichkeit einer freien Zweckbestimmung könnte für die Förderung nachhaltigen Unternehmertums sogar von Vorteil sein.

Es sind keine Gründe ersichtlich, weshalb Unternehmen, die sich an der Bewältigung ökologischer und sozialer Herausforderungen beteiligen wollen, nicht auch ohne gesetzlich festgelegte Zweckbindung einen bedeutenden Beitrag zur notwendigen ökologischen und sozialen Transformation der Wirtschaft leisten können. Ihnen steht sektorspezifisch und im Rahmen ihrer konkreten Geschäftstätigkeit eine Vielzahl an Möglichkeiten offen, nachhaltig zu handeln. Gerade für nachhaltigkeitsbewusste Unternehmen dürfte das Konzept der vollumfänglichen Vermögensbindung eine Chance bieten, sämtliche Gewinne zur Verwirklichung des nachhaltigkeitsfördernden Geschäftszwecks zu nutzen, ohne dem Druck ausgesetzt zu sein, Gewinninteressen von Shareholdern gerecht werden zu müssen. Gleichzeitig könnte angesichts der zunehmenden Nachfrage nach nachhaltigen Produkten und Dienstleistungen Wettbewerbsdruck dahingehend erzeugt werden, dass sich Unternehmen von anderen positiv abgrenzen, indem sie besonders innovative nachhaltige Geschäftspraktiken umsetzen.

25 EU-Kommission, Aktionsplan: Finanzierung nachhaltigen Wachstums, COM(2018) 97 final vom 8.3.2018.

26 Ausführlich zum Nachhaltigkeitsbegriff im Kontext des Unternehmensrechts *Mittwoch*, Nachhaltigkeit und Unternehmensrecht (Fn. 12), Teil 1.

D. Fazit

Ob und unter welchen Voraussetzungen eine gesellschaftsrechtliche Vermögensbindung einen Beitrag zu nachhaltigem Unternehmertum leistet, hängt von der konkreten Ausgestaltung der jeweiligen Rechtsvorschriften ab. Geht eine Vermögensbindung mit strengen Anforderungen an den Umfang und die Abänderlichkeit einher, haben Gesellschaften neben der Gründung eines „Sozialunternehmens“ zusätzliche Möglichkeit, ideelle Zwecke, die über kurzfristige Gewinninteressen hinausgehen, langfristig verfolgen zu können. Dies gilt unabhängig davon, ob eine vermögensgebundene Gesellschaft gesetzlich zur Verfolgung eines bestimmten Zwecks verpflichtet ist. Mit der Definition nachhaltiger Wirtschaftstätigkeiten und der Festlegung eines nachhaltigen Zwecks sind ohnehin erhebliche Schwierigkeiten verbunden. Außerdem kann Flexibilität bei der Ausgestaltung des Gesellschaftszwecks und des Unternehmensgegenstandes vor dem Hintergrund, dass sich die Forschung im Bereich der Operabilität des Nachhaltigkeitsbegriffs stets weiterentwickelt, sogar von Vorteil sein.

Unternehmen, die sich an der Bewältigung planetarer Krisen beteiligen wollen und zu diesem Zweck eine nachhaltige Geschäftsidee entwickeln, können durch die Wahl einer Vermögensbindung sicherstellen, dass Gewinne, die im Rahmen der Geschäftstätigkeit erwirtschaftet werden, langfristig und über Generationen hinweg dem Geschäftszweck zugutekommen. Durch die Einführung einer gesellschaftsrechtlichen Vermögensbindung werden somit Rahmenbedingungen geschaffen, in denen sich nachhaltiges Unternehmertum entfalten kann. Deshalb kann sie, unabhängig von einer gesetzlichen Bindung an die Verfolgung eines bestimmten Zwecks, als Baustein im Rahmen der ökologischen und sozialen Transformation der Wirtschaft betrachtet werden.²⁷ Sie ermöglicht und fördert eine Abkehr von der Fokussierung auf kurzfristige Gewinninteressen und eine Zuwendung zu verschiedenen Interessen aller Stakeholder.

27 S. auch *Möslein/ Sanders*, Vermögensbindung und Europäisches Gesellschaftsrecht (Fn. 8), 929 f.

Demokratische Nachhaltigkeit als legitimationsnotwendiges Verfassungsprinzip

David Schwarz*

Nimmt man an, dass die Prägung wirkungsvoller Begriffe ein zentrales Mittel der Teilnehmer demokratischer und juristischer Diskurse ist, so ist dem Bundesverfassungsgericht in seinem Klimabeschluss ein Coup gelungen: Die „intertemporale Freiheitssicherung“ lässt die Rechtswissenschaft seitdem nicht mehr los und zieht in immer neuen Varianten ihre Kreise.¹

Während also die Grundrechtsforschung ihr intertemporales Erwachen durchlebt,² stellen sich ähnliche Fragen auch an anderer Stelle, nämlich bei dem Problem der demokratischen Legitimation langfristig wirksamen Staatshandelns.³ Diese Fragen versucht der vorgelegte Beitrag mit einem Prinzip demokratischer Nachhaltigkeit zu beantworten und so intertemporale Erwägungen auch in diesem Bereich nutzbar zu machen.

* Der Autor dankt Carsten Bäcker, Valerie Wuermeling und Kevin Zaus für hilfreiche Anmerkungen. Den Teilnehmenden der Tagung dankt er für die anregende Diskussion. Alle zitierten Links wurden zuletzt am 26. Juni 2023 aufgerufen.

- 1 So etwa *Janda*, die eine Fruchtbarmachung der Rechtsfigur mit Blick auf den Sozialstaat und insbesondere das Rentensystem diskutiert, sie im Ergebnis aber ablehnt, C. *Janda*, Sozialstaat for Future. Der Klima-Beschluss des BVerfG und seine Bedeutung für die Sozialgesetzgebung, ZRP 2021, 149. Zur Übertragung auf private Klimahaftungsfragen vgl. *J.-E. Schirmer*, Haftung für künftige Klimaschäden, NJW 2023, 113 (Rn. 9).
- 2 Vgl. *F. Kalscheuer*, Endlichkeit im Recht – der Versuch einer verfassungsrechtlichen Einordnung, RphZ 2022, 463, der ein neues Bewusstsein für die Zeitlichkeit im Recht in den Entscheidungen des BVerfG zum Klimaschutzgesetz, zum Recht auf Vergessen(werden) und zum selbstbestimmten Sterben verortet.
- 3 Eine grundlegende Befassung hiermit findet sich zuletzt vor allem bei *J. Hohnerlein*, Recht und demokratische Reversibilität, Tübingen 2020. Zuvor wurde dies etwa im Kontext der Endlagerung von Atommüll diskutiert, vgl. *E.-W. Böckenförde*, Demokratie als Verfassungsprinzip, in: J. Isensee/P. Kirchhof (Hrsg.), Handbuch des Staatsrechts, Bd. I, Heidelberg 1987, § 22 Rn. 57 m.w.N.

A. Ausgangspunkt: Legitimation verlangt Reversibilität

Mit dem Abschied von naturrechtlichen Gewissheiten geht die Erkenntnis einher, dass moralische Fragen „einerseits kontingent und andererseits entscheidungsbedürftig“ sind.⁴ Zur Begründung, warum die daher erforderliche politische Setzung von Recht von denjenigen akzeptiert werden sollte, die mit ihr nicht einverstanden sind, dient im demokratischen Paradigma die Idee der Volkssouveränität, nach der das Individuum nur einer solchen Herrschaft unterworfen sein kann, an deren Begründung es selbst teilhat.⁵

Dieser Gedanke wurde in der Demokratietheorie auf verschiedene Weise konkretisiert. Die Mehrheitsregel versucht die Zahl derer, die durch politische Entscheidungen heteronom gebunden sind, dadurch zu minimieren, dass sie den Mehrheitswillen entscheiden lässt.⁶ Dagegen knüpfen Konzeptionen deliberativer Demokratie an das Diskursprinzip an, nach dem diejenigen Normen legitim sind, „denen alle möglicherweise Betroffenen als Teilnehmer an rationalen Diskursen zustimmen könnten.“⁷

Unabhängig von der genauen Ausprägung des demokratischen Gedankens kann sich Legitimation aber nicht in der ursprünglich legitimierten Rechtssetzung erschöpfen. Vielmehr verlangt sie, dass einmal getroffene Entscheidungen später wieder zur Disposition gestellt werden können: Mit Blick auf die Mehrheitsregel muss es der Minderheit möglich sein, zur Mehrheit zu werden und Entscheidungen neu zu treffen.⁸ Dagegen muss es im deliberativen Paradigma stets möglich bleiben, das Diskurser-

4 *Hohnerlein*, Reversibilität (Fn. 3), S. 17.

5 Zur historischen Entwicklung der Volkssouveränität *Böckenförde*, Demokratie (Fn. 3), § 22 Rn. 3. Die Volkssouveränität kennt dabei verschiedene Ausprägungen, die wahlweise das Individuum oder das Kollektiv in den Mittelpunkt rücken, vgl. dazu *Hohnerlein*, Reversibilität (Fn. 3), S. 21 f. Insgesamt zum Überblick über die Anforderungen an Legitimität in der Demokratie A. *Thiele*, Allgemeine Staatslehre, 2. Aufl., Tübingen 2022, S. 98 ff.

6 *Hohnerlein*, Reversibilität (Fn. 3), S. 22 f. In der repräsentativen Demokratie ist die Mehrheit der Abgeordneten entscheidend, ebd., S. 23 f.

7 *J. Habermas*, Faktizität und Geltung. Beiträge zur Diskurstheorie des Rechts und des demokratischen Rechtsstaats, Frankfurt a. M. 1992, S. 138. Zur Ausgestaltung eines deliberativ-demokratischen Systems der Rechtssetzung vgl. ebd., S. 431 ff.

8 *Hohnerlein*, Reversibilität (Fn. 3), S. 30 f.; vgl. auch *O. Lepsius*, Rechtswissenschaft in der Demokratie, *Der Staat* 2013, 157 (170).

gebnis durch neue, bessere Argumente infrage zu stellen.⁹ Demokratische Entscheidungen müssen folglich im Ausgangspunkt reversibel sein.¹⁰

Dieser Grundsatz gilt einerseits kurzfristig für die unmittelbar im politischen Prozess unterlegene Seite; andererseits ergeben sich besondere Probleme mit Blick auf die dargestellten Grundsätze der Volkssouveränität, wenn noch nicht geborene und somit am politischen Prozess noch unbeteiligte Personen in der Zukunft von heutigen Entscheidungen betroffen sind. Dies kann auf zwei Ebenen der Fall sein:

Rechtliche Verpflichtungen können so langfristig wirksam bleiben, dass sie noch Menschen betreffen, die bei ihrer Begründung noch nicht mitwirken konnten. Solche Verpflichtungen sind naturgemäß auch gegenüber diesen Menschen nur durch die Idee der Volkssouveränität zu rechtfertigen, was grundsätzlich voraussetzt, dass sie reversibel sind. Hier können sich durchaus Probleme ergeben, insbesondere wenn die Revision der Rechtssetzung nur unter erhöhten Mehrheitserfordernissen möglich oder sogar verfassungsrechtlich verboten ist.¹¹

Allerdings bringen die bloß *tatsächlichen Auswirkungen* heutigen Staatshandelns auf künftige Generationen besondere Schwierigkeiten mit sich: So sehr rechtliche Bindungen durch Revisionseinschränkungen verhärtet sein mögen, ist es dennoch möglich, sich ihnen durch die Setzung neuen Rechts, den Wegzug aus dem Wirkungsbereich der Rechtsordnung oder notfalls durch Revolution und Neubegründung des Staates zu entledigen. Dagegen zeigt das Beispiel des Klimawandels, dass tatsächliche Phänomene oft ungleich unausweichlicher sind. Es ergibt sich somit ein besonders dringendes Legitimationsproblem.

Daher beschäftigen sich die folgenden Ausführungen mit der Frage, wie solche tatsächlichen Auswirkungen heutiger demokratischer Entscheidungen der an ihnen unbeteiligten Nachwelt gegenüber zu rechtfertigen sind. Den Ausgangspunkt bildet dabei die These, dass auch in diesem Kontext die Legitimation der betreffenden Entscheidungen ihre Reversibilität erfordert. Es ergibt sich die Ausgangsthese:

(T₁) *Staatliches Handeln ist illegitim, wenn es der Nachwelt in tatsächlicher Hinsicht nicht erlaubt, seine Auswirkungen vollständig rückgängig zu*

9 *Habermas*, Faktizität (Fn. 7), S. 220.

10 *Hohnerlein*, Reversibilität (Fn. 3), S. 11 ff.; *K. Gärditz*, Zukunftsverfassungsrecht, AöR 2023, 79 (87) m.w.N.

11 Mit der Reversibilität solcher Bindungen beschäftigt sich eingehend *Hohnerlein*, Reversibilität (Fn. 3), S. 75 ff.

*machen und von demselben Ausgangspunkt zu einer neuen Entscheidung zu kommen.*¹²

B. Drei Einwände

Diese These muss in ihrer noch unausgereiften Form Einwänden ausgesetzt sein.

I. Einwand der Herrschaftsqualität: Was bedarf der Legitimation?

Zunächst muss die Ausgangsthese mit der Frage konfrontiert werden, was genau der Legitimation bedarf. Handelt es sich bei jeder Beeinflussung der Nachwelt, also insbesondere bei dem Entzug demokratischer Gestaltungsoptionen überhaupt um zu rechtfertigende Herrschaft? *Hohnerlein* verneint dies: Zwar drücke sich in der einseitigen Beeinflussung der Nachwelt ein Machtungleichgewicht zwischen den Lebenden und ihren Nachfahren aus; deren Beeinträchtigung sei aber nur eine Nebenfolge heutigen Handelns, die anders als die intentionale Beherrschung der Nachwelt durch rechtliche Bindungen keiner Rechtfertigung bedürfe.¹³

Dieser Einwand hat seine Berechtigung: Es leuchtet nicht ein, warum künftige Generationen ein Anrecht gerade auf eine spezifische Konstellation von Handlungsoptionen haben sollten, die selbst historisch durch vorangegangene Entscheidungen geprägt sind.¹⁴

Allerdings entsteht der Bedarf nach demokratischer Legitimation in einem individualistischen Paradigma¹⁵ nicht durch eine Beschneidung der politischen Gestaltungsfreiheit einer Generation, sondern durch die Beeinträchtigung der Selbstbestimmung und der Rechte eines Individuums.¹⁶

12 Diese These beschreibt freilich keine hinreichende, sondern nur eine notwendige Bedingung demokratischer Legitimität.

13 *Hohnerlein*, Reversibilität (Fn. 3), S. 68 ff.

14 *Hohnerlein*, Reversibilität (Fn. 3), S. 68.

15 Diesem schließt sich auch *Hohnerlein* ausdrücklich an, vgl. *Hohnerlein*, Reversibilität (Fn. 3), S. 22.

16 Vgl. *J. Rux* in: Beck'scher Online-Kommentar Grundgesetz, 54. Ed. vom 15.02.2023, Art. 20 Rn. 55, der darauf hinweist, dass das Demokratieprinzip des Grundgesetzes Ausdruck der Verpflichtung des Staates auf die (individuelle) Menschenwürde ist, die es nicht erlaubt, dass der Einzelne zum Objekt der Entscheidung Anderer gemacht wird.

Das, was in der Demokratie nur auf Grundlage eines Parlamentsgesetzes, also eines legitimierenden Akts der Selbstgesetzgebung möglich ist, sind nämlich Grundrechtseingriffe, etwa durch Beeinträchtigung der körperlichen Unversehrtheit.

Betrachten wir nun künftige Generationen, deren körperliche Unversehrtheit wir durch unser heutiges Verhalten insbesondere in Umweltfragen fraglos riskieren, so überrascht die Vorstellung, dass diese Entscheidungen ganz ohne die Beteiligung der Betroffenen legitimiert sein sollen. Da aber eine Beteiligung im heutigen demokratischen Verfahren nicht möglich ist, müsste es der Nachwelt wenigstens erlaubt sein, ihre demokratische Handlungsfreiheit dahingehend auszuüben, sich den Einwirkungen durch unsere heutigen Entscheidungen zu entziehen. Es ergibt sich damit die verfeinerte These:

(T₂) Staatliches Handeln ist illegitim, wenn es künftige Menschen in tatsächlicher Hinsicht irreversiblen Beeinträchtigungen ihrer Rechte aussetzt.

II. Einwand der Rechtelosigkeit: Welche Rechte binden uns heute?

Ein Unterschied zwischen der Lage lebender und zukünftiger Menschen ist es, dass – mindestens aus deutscher Sicht – nur erstere Grundrechtsträger sind.¹⁷ Für sie lässt sich die Legitimationsbedürftigkeit staatlichen Handelns ohne weiteres mit Blick auf etwaige Grundrechtseingriffe begründen.

Für künftige Generationen kommt dagegen nur der Rückgriff auf ihre Menschenrechte in Betracht. Dem kann nicht bereits entgegenstehen, dass nach der deutschen Verfassungsdogmatik die Menschenrechte durch die Grundrechte verwirklicht werden und ihnen gegenüber letzteren nur eine Auffangfunktion zukommt.¹⁸ Es geht hier nicht um Eingriffsmaßstäbe deutscher Grundrechte, es geht nicht einmal (nur) um das deutsche Verfassungsrecht. Die Frage, wie staatliche Herrschaft angesichts der menschlichen Autonomie gerechtfertigt werden kann, geht dem Staat vor; sie unter Verweis auf seine Verfassung zu beantworten, wäre zirkulär.

17 Die fehlende Grundrechtsfähigkeit künftiger Menschen hat das BVerfG im Klimabeschluss bekräftigt, BVerfGE 157, 30 (Rn. 109, 146) – Klimabeschluss.

18 So die herrschende Meinung, vgl. *H. Jarass* in: *H. Jarass/M. Kment/B. Pieroth* (Hrsg.), Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland, 17. Aufl., München 2022, Art. 1 Rn. 27 m.w.N.

Nichtsdestotrotz ist der Verweis auf die Menschenrechte nicht trivial, da umstritten ist, ob noch nicht geborene Menschen überhaupt Rechte haben können, die uns bereits heute in unserem Handeln binden.¹⁹ Hiergegen werden verschiedene Argumente vorgebracht:

Nach dem *non-existence argument* binden uns die Rechte künftiger Menschen noch nicht, da sie zu dem Zeitpunkt, in dem die korrespondierende Verpflichtung durch uns zu erfüllen wäre, nicht existieren.²⁰ Das *no-satisfaction argument* setzt dagegen am Zeitpunkt der Inanspruchnahme eines möglichen Rechts durch künftige Generationen an und besagt, dass ein Recht nicht bestehen kann, wenn es zum Zeitpunkt der Inanspruchnahme nicht (mehr) zu erfüllen ist. So könnten künftige Generationen kein Recht auf eine knappe Ressource haben, wenn diese bei ihrer Geburt bereits aufgebraucht ist.²¹

Betrachtet man diese beiden Argumente aus dem Zeitpunkt der potenziellen Verletzungshandlung heraus, so zeigen sie sich letztlich als Kehrseiten derselben Medaille: Die Geschädigten unseres Handelns existieren noch ebenso wenig wie ihre Rechte. Wir sind daher nicht verpflichtet, sie zu berücksichtigen. Sind sie dann erst einmal geboren, so ist es ohnehin zu spät, um nun vielleicht in der Theorie bestehende Ansprüche zu befriedigen, sodass die Anerkennung einer Rechtsverletzung nicht mehr zielführend ist.

Dieser Standpunkt ist nicht nur instinktiv unbefriedigend, sondern ist auch theoretisch zu kritisieren. Insbesondere ruht er selbst auf der Annahme, dass nur gegenwärtig bestehende Rechte unser heutiges Handeln binden können und ist in diesem Sinne tautologisch.²² Dass dies so sein

19 Vgl. zur Diskussion mit weiteren Nachweisen *L. Meyer*, Intergenerational Justice, in: E. Zalta (Hrsg.), Stanford Encyclopedia of Philosophy, Summer 2021 Edition, Abschnitt 2 ff.; abrufbar unter: <https://plato.stanford.edu/archives/sum2021/entries/justice-intergenerational/>.

20 *R. De George*, The Environment, Rights, and Future Generations, in: E. Partridge (Hrsg.), Responsibilities to Future Generations: Environmental Ethics, New York 1981, S. 157 (159): "Future generations by definition do not now exist. They cannot now, therefore, be the present bearer or subject of anything, including rights." Vgl. auch *W. Beckerman/J. Pasek*, Justice, Posterity, and the Environment, Oxford 2001, S. 16. Einen Überblick über Gegenargumente gibt *Meyer*, Intergenerational Justice, in: E. Zalta (Hrsg.), Encyclopedia (Fn. 19), Abschnitt 2.1.

21 Vgl. *Beckerman/Pasek*, Justice (Fn. 20), S. 16 sowie *De George*, Environment (Fn. 20), S. 160.

22 Vgl. *Meyer*, Intergenerational Justice, in: E. Zalta (Hrsg.), Encyclopedia (Fn. 19), Abschnitt 2.1.

soll, ist keineswegs selbstverständlich.²³ Es kann jedenfalls nicht genügen, dass wir bei unserem Handeln die späteren Rechteinhaber nicht kennen: Auch gegenüber unseren kontemporären Mitmenschen können wir nur unter Zuhilfenahme von Abstraktionen annehmen, dass ihre Interessen durch unser Handeln in einer gewissen Weise beeinträchtigt oder gefördert werden. Eine Besonderheit zeitlicher Distanz könnte sich daher bloß daraus ergeben, dass sich unsere Fähigkeit, zutreffende Annahmen über die Interessen anderer Menschen zu treffen, verschlechtert, je weiter sie in der Zukunft liegen.²⁴ Das führt aber nicht zur Blindheit, sondern bloß zur Unschärfe: Wir können nicht jedes einzelne Interesse unserer Nachkommen voraussehen, aber doch wenigstens einige grundlegende Bedürfnisse voraussetzen, die sich aus ihrem Menschsein selbst ergeben.²⁵ In der Folge können wir uns nicht hinter diesen ersten beiden Argumenten verstecken: Die für uns absehbaren essentiellen Interessen künftiger Generationen binden unser heutiges Handeln, auch wenn die Interessenträger noch nicht existieren.²⁶

Zu diskutieren ist allerdings noch ein drittes Argument, das als *non-identity problem* bekannt ist. Diesem Argument liegt die Annahme zugrunde, dass unser Handeln nicht bloß die Lebensbedingungen künftiger Generationen beeinflusst, sondern vielmehr die Voraussetzung der Existenz dieser spezifischen Gruppe von Menschen darstellt. Würden wir beispielsweise auf eine bestimmte umweltschädliche Verhaltensweise verzichten, so wäre die angeblich geschädigte Generation gar nicht erst in ihrer konkreten Form entstanden. Infolgedessen könne nicht behauptet werden, dass diese Menschen einen Nachteil erlitten hätten, da sie bei Unterlassen der Schädigungshandlung nicht besser gestanden, sondern schlichtweg nicht existiert

23 Vgl. auch Meyer, Intergenerational Justice, in: E. Zalta (Hrsg.), *Encyclopedia* (Fn. 19), Abschnitt 2.1: “*But we can safely assume, first, that future people will be bearers of rights in the future, second, that the rights they have will be determined by the interests they have then, and third, that our present actions and policies can affect their interests. If we can violate a person’s rights by frustrating her interests severely, and if we can so severely frustrate such interests of future people, we can violate their future rights.*” Auch für Hoerster führt der Umstand, dass die durch eine Handlung später beeinträchtigte Person im Zeitpunkt der Handlung noch nicht existiert, nicht dazu, dass die Handlung nicht deren Rechte verletzt, N. Hoerster, *Abtreibung im säkulären Staat*. Argumente gegen den § 218, Frankfurt a. M. 1995, S. 98 ff.

24 Vgl. auch Kalscheuer, *Endlichkeit* (Fn. 2), 474.

25 Vgl. auch Meyer, *Intergenerational Justice*, in: E. Zalta (Hrsg.), *Encyclopedia* (Fn. 19), Abschnitt 2.1; Hoerster, *Abtreibung* (Fn. 23), S. 98 f.

26 So auch Hoerster, *Abtreibung* (Fn. 23), S. 99.

hätten. Daher könnten künftige Menschen keine Rechte gegenüber vorangegangenen haben.²⁷

Dieser Auffassung sind in der Philosophie verschiedene Einwände entgegengebracht worden.²⁸ Insbesondere setzt sie voraus, dass ein Mensch nur dann eine Schädigung (*harm*) erleidet, wenn er durch die Folgen einer Handlung schlechter dasteht, als er es bei Unterlassen derselben getan hätte. Dieser Vorstellung setzen Vertreter der *threshold conception of harm* entgegen, dass eine Person schon dadurch verletzt werde, dass sie unterhalb einer gewissen Wohlfahrtsgrenze in die Welt komme, selbst wenn die Alternative gewesen wäre, gar nicht geboren zu werden.²⁹ Aus einem menschenrechtlichen Blickwinkel hat dieser Ansatz den Vorzug, dass er Verantwortung für die Folgen unseres Handelns übernimmt, anstatt schlimmstes Leid schlicht als gegenüber der Nicht-Existenz vorzugswürdig abzutun.

Die Diskussion über die Rechte-Fähigkeit künftiger Menschen im Allgemeinen und das *non-identity problem* im Besonderen ist zu umfangreich, als dass sie an dieser Stelle in Gänze rezipiert werden könnte. Ohnehin lässt sie sich insbesondere wegen der kaum zu lösenden Definitionsstreitigkeiten um den Schädigungsbegriff wohl nicht entscheiden. Es muss daher die Feststellung genügen, dass die Annahme, dass uns die Rechte künftiger Menschen binden, plausibel begründbar ist. Setzt man sie voraus, so lässt sich die Ausgangsthese weiter präzisieren:

(T₃) Staatliches Handeln ist illegitim, wenn es in tatsächlicher Hinsicht die Menschenrechte künftiger Menschen irreversiblen Beeinträchtigungen aussetzt.

Die so gefasste These bringt einen weiteren Vorteil mit sich: Durch die Beschränkung des Kreises legitimationsbedürftiger Handlungen auf solche, die absehbar zu einer Verletzung von Menschenrechten führen werden,

27 R. Adams, *Existence, Self-Interest, and the Problem of Evil*, *Noûs* 1979, 53 (54); vgl. G. Kavka, *The Paradox of Future Individuals*, *Philosophy & Public Affairs* 1982, 93.

28 Vgl. zum Überblick M. Roberts, *The Nonidentity Problem*, in: E. Zalta (Hrsg.), *Stanford Encyclopedia of Philosophy*, Winter 2022 Edition; abrufbar unter: <https://plato.stanford.edu/archives/win2022/entries/nonidentity-problem/>) mit zahlreichen Nachweisen.

29 So etwa L. Meyer, *Historical Injustice and the Right of Return*, *Theoretical Inquiries in Law* 2004, 305 (308). Mit Blick auf die Frage, ob die Zeugung eines Kindes, das nach seiner Geburt einen gewissen Lebensstandard nicht erreichen wird, falsch ist: E. Riviera-López, *Individual Procreative Responsibility and the Non-Identity Problem*, *Pacific Philosophical Quarterly* 2009, 336 (341 ff.).

können triviale Langzeitauswirkungen heutiger Entscheidungen aus dem Anwendungsbereich der Reversibilitätsregel ausgeschlossen werden. Damit lässt sie sich von dem Vorwurf der Ubiquität entlasten.

III. Einwand der Notwendigkeit: Wann ist Irreversibilität wünschenswert?

Doch auch gegen diese These lässt sich ein erheblicher Einwand erheben. Es ist, wie Gärditz schreibt, gerade der Zweck der Demokratie „im Rahmen einer stets im Fluss befindlichen Gesellschaft bestimmte Fragen verbindlich zu regeln, was es einschließt, über die Befolgung einer Regelung auch gesellschaftliche, ökonomische oder ökologische Folgen hervorzurufen, die die Gesellschaft und damit zugleich den tatsächlichen Handlungsrahmen für künftige demokratische Entscheidungen verändern.“³⁰

Damit ist der Zweck demokratischer Herrschaft treffend beschrieben; zu ihrer Rechtfertigung ist aber mehr zu sagen. Im Ausgangspunkt des klassischen demokratischen Denkens steht nämlich, wie gesehen, das selbstbestimmte Individuum, das keiner externen Herrschaft unterworfen ist. Um aber kollektive Handlungsfähigkeit und Sicherheit herzustellen, unterwirft sich das Individuum der Herrschaft des Staates. Dabei ist diese Unterwerfung aber weder einseitig noch absolut; vielmehr setzt sie voraus, dass das nun rechtsunterworfenen Individuum über das Recht mitbestimmen kann und dass dessen Willkür zugleich durch die Gewährung von Grundrechten auch dann Grenzen gesetzt sind, wenn sich eine Person in der Minderheit wiederfindet.³¹ Herrschaft ist in diesem Sinne ein Kompromiss zwischen kollektiver Handlungsfähigkeit und individueller Selbstbestimmung. Erst dieser Kompromiss rechtfertigt die Bindung an Entscheidungen, mit denen eine Person nicht übereinstimmt.

30 K. Gärditz in: M. Beckmann/W. Durner/T. Mann/M. Röckinghausen (Hrsg.), Landmann/Rohmer: Umweltrecht, Bd. 1, 100. EL, München 2023, Art. 20a Rn. 57.

31 Dieser Gedankengang reicht in die Anfangstage demokratischen Denkens zurück: “[...] [T]he power of the Society, or Legislative, constituted by them, can never be supposed [sic] to extend farther than the common good; but is obliged to secure every ones Property [...]”, J. Locke, Two Treatises on Government, London 1689, II Rn. 131. Den Tausch privater Autonomie gegen die Teilnahme an der Gemeinschaft wurde früh von Rousseau beschrieben: « Enfin chacun se donnant à tous ne se donne à personne; & comme il n’y a pas un associé sur lequel on n’acquiere [sic] le même droit qu’on lui cede [sic] sur soi, on gagne l’équivalent de tout ce qu’on perd [...] », J. Rousseau, Du contrat social ou Principes du droit politique, Amsterdam 1762, S. 31 f.

Überträgt man nun diese Überlegungen auf eine intergenerationelle Ebene, so ist auch ein künftiger Mensch Entscheidungen unterworfen, mit denen er möglicherweise nicht einverstanden ist. Doch das Gegengewicht von Rechtsbegrenzung und Mitbestimmung entfällt: Der künftige Mensch kann bei vergangenen Entscheidungen nicht mitwirken. Als sie getroffen wurden, war er auch nicht grundrechtsfähig und nur durch weit weniger handfeste Schutzpflichten geschützt.³²

Wie kann die Herrschaft über diesen künftigen Menschen dann gerechtfertigt werden? Man könnte sagen: Da jede Entscheidung, die wir treffen, Auswirkungen auf die Nachwelt hat, haben wir schlicht keine Wahl, als ihn zu beherrschen. Aber diese Feststellung kann uns nicht davon entbinden, die Rechte künftiger Generationen in unseren Entscheidungen zu berücksichtigen. Wir kommen nicht umhin, Einfluss auf die Lebensumstände unserer Nachfahren zu nehmen; ob wir aber in unumkehrbarer Weise in ihre Menschenrechte eingreifen, bleibt uns überlassen.

Nichtsdestotrotz trifft die Kritik einen wunden Punkt der bisherigen Überlegungen: So sehr künftige Generationen beanspruchen können, dass ihre Rechte nicht ohne ihre Mitsprache beeinträchtigt werden dürfen, so sehr haben wir heute ein Anrecht darauf, unsere demokratische Selbstbestimmung auszuüben, um uns selbst ein würdiges Leben unter Achtung unserer Menschenrechte zu gewährleisten.³³ Vor diesem Hintergrund kann die bislang diskutierte These nicht bestehen.

32 Zum Zukunftsbezug von Schutzpflichten BVerfGE 157, 30 (Rn.146) – Klimabeschluss.

33 *Hohnerlein* erkennt in der Reversibilitätsregel letztlich deswegen einen infiniten Regress. Wenn heute eine Entscheidung mit Blick auf die nächste Generation nicht getroffen werden dürfe, dann sei diese Generation wiederum gegenüber ihren Nachfahren in derselben Weise gebunden. Auf den Fall der Nutzung endlicher Ressourcen gewendet bedeutete dies, Ressourcen für eine Nachwelt zu bewahren, die sie ohnehin nie nutzen dürfte, *Hohnerlein*, Reversibilität (Fn. 3), S. 67 f. Dieser Einwand ist gleichwohl weniger fatal, als er erscheint. Einerseits sind seine Folgen nicht in jedem Fall so zwingend wie bei der Nutzung endlicher Ressourcen. So verhält es sich etwa bei dem Beispiel des Atommülls: Die Forderung, künftigen Generationen nicht das Problem radioaktiver Abfälle aufzubürden, wird nicht dadurch entwertet, dass diese Generation dieselbe Verpflichtung gegenüber ihren Nachkommen treffen würde. Andererseits ist eine solche nie endende Verpflichtung gegenüber der Nachwelt dem Verfassungsrecht nicht fremd: Auch Art. 79 III GG schränkt unsere demokratische Selbstbestimmung zwecks der Bewahrung der Selbstbestimmung unserer Nachfahren ein, erlegt diesen aber dieselbe Verpflichtung auf. Dem spezifischen Problem der Nutzung endlicher Ressourcen kann das Prinzip demokratischer Nachhaltigkeit (dazu

IV. Das Prinzip demokratischer Nachhaltigkeit

Gleichwohl gibt es keinen Grund zu ihrer völligen Aufgabe. Vielmehr ist hier der Schritt zum Prinzip demokratischer Nachhaltigkeit zu tun. Dieses lässt sich dabei unter Bezugnahme auf den Nachhaltigkeitsbegriff des Brundtland-Berichts verstehen:³⁴ Demokratische Nachhaltigkeit ist ein Ansatz, der die demokratische Handlungsfreiheit der Gegenwart gewährleistet, ohne zu riskieren, dass künftige Generationen ihre demokratische Handlungsfreiheit nicht zur Wahrung eines menschenwürdigen Lebens ausüben können.³⁵ Die bis hierhin getätigten Überlegungen zur Legitimierungsbedürftigkeit von Beeinträchtigungen der Rechte künftiger Menschen bleiben dabei gültig und finden Ausdruck in dem Prinzip intertemporaler Nichtverletzung (N):

*(N) Legitimes staatliches Handeln ist so auszugestalten, dass es künftige Menschen in tatsächlicher Hinsicht nicht irreversiblen Beeinträchtigungen ihrer Menschenrechte aussetzt.*³⁶

sogleich) begegnen, indem es das Erhaltungsinteresse künftiger mit dem Nutzungsinteresse heutiger Generationen in Ausgleich bringt.

34 *United Nations*, Report of the World Commission on Environment and Development: Our Common Future, 1987, Part I. 2. I.

35 Gegen die Berücksichtigung der faktischen Auswirkungen heutiger Entscheidungen auf die Nachwelt wendet Böckenförde ein, dass ein solcher Ansatz nicht mit dem Mehrheitsprinzip zu vereinbaren sei. Die Befürworter einer solchen Ansicht beanspruchten nämlich, dass manche Fragen wegen ihrer irreversiblen Natur nicht nach dem Mehrheitsprinzip entscheidbar seien. Wer aber Nichtentscheidbarkeit beanspruche, der beanspruche eigentlich eine Entscheidung für den status quo. Wenn dieser Anspruch durch eine Minderheit erhoben werde, so stelle seine Gewährung ein undemokratisches Privileg gegenüber der Mehrheit dar, Böckenförde, Demokratie (Fn. 3), Rn. 57. Hieran ist bereits problematisch, dass die Minderheit ggf. nur dadurch zu einer solchen wird, dass noch nicht geborene Betroffene nicht berücksichtigt werden. Auch ist es gerade der Grundstein unseres Grundrechtsstaates, dass das Mehrheitsprinzip dort Grenzen finden muss, wo es gilt, die Grund- und Menschenrechte einer Minderheit zu schützen.

36 Reversibilität meint die Schwierigkeit, die verursachten Beeinträchtigungen zu beseitigen. Dabei ist der Begriff nicht kategorial zu verstehen, sondern als ein Spektrum zunehmender Unumkehrbarkeit. Das Ausmaß der Irreversibilität kann dann ein Faktor in der Abwägung (dazu sogleich) sein.

Man könnte auf den Gedanken kommen, dass der Reversibilitätsgedanke hier überflüssig ist, da es doch schlicht darum gehen könnte, nicht die Menschenrechte künftiger Menschen zu verletzen. Tatsächlich spielt er aber eine wichtige Rolle: Die Irreversibilität der Folgen heutigen Handelns ist es, die die menschenrechtsverletzende Wirkung unseres Verhaltens in die Nachwelt übersetzt. Kann die in unserem Han-

Diesem steht das Prinzip heutiger demokratischer Selbstbestimmung (D) gegenüber:

(D) Legitimes Verfassungsrecht muss es seinen Rechtssubjekten erlauben, ihre kollektive demokratische Handlungsfreiheit zur Gestaltung ihrer Welt und zur Wahrung ihrer Menschenrechte auszuüben.

In der Synthese ergibt sich das Prinzip demokratischer Nachhaltigkeit (DN):

(DN) Legitimes staatliches Handeln muss die Ausübung des Prinzips heutiger demokratischer Handlungsfreiheit in einen angemessenen Ausgleich mit dem Prinzip intertemporaler Nichtverletzung bringen.

In diesem Prinzip steht die heutige demokratische Handlungsfreiheit somit in einem Abwägungsverhältnis zu den zu wahrenen Rechten künftiger Generationen.

C. Verfassungsdogmatische Einordnung und Anwendungsdimensionen

Bis hierhin handelt es sich bei der demokratischen Nachhaltigkeit um eine abstrakte Überlegung. Um ihre Relevanz aufzuzeigen, muss sie in die Kategorien der (hier: deutschen) Verfassungsrechtsdogmatik eingeordnet werden und auf ihre Anwendbarkeit hin überprüft werden.

I. Verfassungsrechtlicher Charakter und Verfassungswandel

Es soll hier nicht der Anspruch erhoben werden, verborgenes Verfassungsrecht entdeckt zu haben. Ein Prinzip demokratischer Nachhaltigkeit war von den Müttern und Vätern des Grundgesetzes nicht vorgesehen. Es findet keinen expliziten Ausdruck im Verfassungstext.

Vielmehr ist es als eine Art verfassungstheoretischer Oberton zu verstehen, der im Grundsatz der Volkssouveränität mitschwingt. Es ist eine Fa-

deln angelegte Möglichkeit einer Beeinträchtigung künftiger Generationen durch die Nachwelt ohne weiteres abgewendet werden, so steht sie selbst in der Verantwortung, ihre Welt lebenswürdig zu gestalten. Alles andere würde letztlich eine Rückkehr zu dem oben verworfenen Ansatz bedeuten, künftigen Generationen bestimmte Handlungsoptionen, nämlich einen möglichst leichten Pfad zum gewünschten Zustand, zu garantieren. Hierfür gibt es, wie gesehen, keine Grundlage.

cette des Demokratieprinzips, so wie der Vertrauensschutz eine solche des Rechtsstaatsprinzips ist.

Dass dieses Prinzip nicht vom historischen Gesetzgeber vorgesehen und von der klassischen Dogmatik anerkannt ist, nimmt diesen Überlegungen nicht ihre Bedeutung. Ein Blick in die Rechtsprechung des BVerfG zeigt, dass sich Verfassungsrechtswissenschaft selten in der Erkundung des Willens des historischen Verfassungsgebers erschöpft.³⁷ Es liegt daher nahe, dass auch das Prinzip demokratischer Nachhaltigkeit in der Verfassungsanwendung eine Rolle spielen kann, ohne im Normtext ausdrücklich vorgesehen zu sein.

Dem mag man – grundsätzlich zurecht – entgegenhalten, dass der kreative Umgang des Bundesverfassungsgerichts mit dem Verfassungstext problematisch ist. Die Verfassung ist der Ausgangspunkt unserer Rechtsordnung, durch den die Gewalten und auch die Verfassungsgerichtsbarkeit erst konstituiert werden. Je mehr Freiheiten sich letztere im Umgang mit der Verfassung nimmt, desto mehr droht das Gleichgewicht der Verfassungsorgane in eine Schiefelage zu geraten.³⁸

Gleichwohl scheint es sich bei der demokratischen Nachhaltigkeit um einen Sonderfall zu handeln. Die Wurzel des nachvollziehbaren Unbehagens in Teilen der Rechtswissenschaft gegenüber dem Verfassungswandel ist letztlich die Sorge um die Legitimation einer Verfassung, deren Inhalt wesentlich durch das nur entfernt durch das Volk legitimierte Verfassungsgericht geprägt ist. Das Ziel der demokratischen Nachhaltigkeit ist es aber gerade, die unzureichende legitimatorische Kraft des historischen und temporären Staatsvolks und damit des klassischen, auf dieses bezogenen Demokratieprinzips zu kritisieren. Ihre Berechtigung am Maßstab des historisch intendierten Prinzips der Volkssouveränität zu messen, wäre daher zirkulär.

37 Man denke nur an die zahlreichen durch das BVerfG im Verfassungssinn entdeckten – böse Zungen mögen meinen: erfundenen – Grundrechte wie dasjenige auf Bildung (BVerfGE 159, 355) oder dasjenige auf die Vertraulichkeit und Integrität informationstechnischer Systeme (BVerfGE 141, 220). Kritisch zu letzterem *M. Sachs/T. Krings*, Das neue „Grundrecht auf Gewährleistung der Vertraulichkeit und Integrität informationstechnischer Systeme“, JuS 2008, 481 (483).

38 Vgl. zu den Problemen des Verfassungswandels *C. Bäcker*, Begrenzter Wandel. Das Gewollte als Grenze des Verfassungswandels am Beispiel des Art. 6 I GG, AöR 2018, 339 (358 ff.) m.w.N.

II. Anwendungsdimensionen und Verhältnis zu sonstigem intertemporalem Verfassungsrecht

Es muss schließlich gefragt werden, wie die demokratische Nachhaltigkeit in der Rechtspraxis zur Geltung kommen kann und wie sie sich zu sonstigen Zukunftsbezügen im Verfassungsrecht verhält.

1. Subjektiver Rechtsschutz und die Generalisierung der intertemporalen Freiheitssicherung

Die wohl aufsehenerregendste Neuerung im deutschen Nachhaltigkeitsverfassungsrecht der letzten Jahre ist im Bereich der subjektiv gewährleisteten Grundrechte mit der Idee der intertemporalen Freiheitssicherung geschehen. Könnte mit ihr bereits die nötige Nachhaltigkeitsperspektive in das Verfassungsrecht eingezogen sein, welche die hier entworfene demokratische Nachhaltigkeit überflüssig machen würde?

Das ist zu bezweifeln. So öffentlichkeitswirksam der Klimabeschluss auch war, gibt es Grund zur Annahme, dass seine praktische Bedeutung nicht mit den teilweise formulierten Erwartungen Schritt halten wird. Das liegt nicht zuletzt daran, dass die Entscheidung weniger revolutionär war, als dies in der öffentlichen Debatte gelegentlich den Anschein hatte. Die intertemporale Freiheitssicherung verschafft künftigen Generationen keine eigenständige Rechtsposition,³⁹ sondern erlaubt bloß die frühzeitige rechtliche Berücksichtigung von Staatshandeln, das für heute lebende Menschen sicher Eingriffe zur Folge haben wird, die nach der ganz gewöhnlichen Grundrechtsdogmatik später ohnehin justiziabel gewesen wären. Dieser Ansatz ist damit zwar ein innovativer dogmatischer Kniff; in seinen Grundfesten erschüttert er das Verfassungsrecht aber nicht.

Das wäre möglicherweise anders, wenn eine Generalisierung dieser Rechtsfigur gelingen würde. Eine solche wird in der Literatur für verschiedenste Konstellationen unter Verweis auf unumkehrbare Folgen heutigen Handelns erwägt.⁴⁰ Dies übersieht gleichwohl, dass Unumkehrbarkeit al-

39 Diese sind auch weiterhin ausdrücklich nicht grundrechtsfähig, BVerfGE 157, 30 (Rn. 109, 146) – Klimabeschluss.

40 Kersten und Kaupp halten dies etwa für die Aufnahme von Staatsschulden, die Überlastung des umlagefinanzierten Rentensystems, die Abholzung von Wäldern und die Verunreinigung der Meere für möglich, J. Kersten/E. Kaupp, Die Verfassung einer prospektiven Gesellschaft. Wie zukunftsoffen ist das Grundgesetz?, JuS 2022, 473

lein noch nicht genügt: Beim Klimawandel handelt es sich insoweit um eine besondere Situation, als seine Abwendung dem Staat verfassungsrechtlich vorgeschrieben, die hierzu nötigen Grundrechtseingriffe also rechtlich unausweichlich sind.⁴¹ Erst diese notwendigerweise bevorstehenden staatlichen Eingriffe begründen eine eingriffsgleiche Vorwirkung.

Entscheidende Voraussetzung einer Übertragbarkeit sind daher verfassungsrechtlich verpflichtende Zielsetzungen, durch die sich der Staat zu Grundrechtsbeeinträchtigung gezwungen sehen würde. Betrachtet man nun etwa das Beispiel der Abholzung von Wäldern, so könnten diese zwar Teil der gem. Art. 20a GG zu schützenden Lebensgrundlagen sein; nichtsdestotrotz unterliegt der Staat hier nicht annähernd so engen Bindungen wie beim Klimaschutz, wo sich der Gesetzgeber verfassungskonkretisierend zur Einhaltung enger Temperatur- und folglich Emissionsgrenzen verpflichtet hat.⁴² Vor allem aber handelt es sich beim Klimawandel um ein Phänomen, das durch praktisch alle gesellschaftlichen Prozesse befördert wird und zu dessen Unterbindung daher umfassende und einschneidende Einschränkungen nötig werden können. Die meisten andere Umweltbelange sind damit wohl nicht zu vergleichen. Da also der Staat in anderen ökologischen Bereichen nicht verfassungsrechtlich zu gleichermaßen einschneidenden Maßnahmen verpflichtet sein wird, wäre ein intertemporaler Grundrechtseingriff praktisch nie zu begründen.

Andere Übertragungsversuche beziehen sich auf das Sozialsystem. Hier verpflichtet das Sozialstaatsprinzip den Staat dazu, die „Mindestvoraussetzungen für ein menschenwürdiges Dasein sicherzustellen.“⁴³ Gleichwohl hat er bei der Verwirklichung dieser Pflicht weitgehend freie Hand.⁴⁴ Sähe nun die Politik beispielsweise einer zunehmenden Überlastung des Rentensystems tatenlos zu, so würden zu seiner weiteren Finanzierung womöglich Beitragssteigerungen nötig, die für die Beitragszahler eine erhebliche Belas-

(477). Für eine Übertragung auf das Rentensystem auch *K. Rath/M. Benner*, Ein Grundrecht auf Generationengerechtigkeit?, Verfassungsblog vom 7.5.2021; abrufbar unter: <https://verfassungsblog.de/ein-grundrecht-auf-generationengerechtigkeit>. Für solche Überlegungen zumindest offen zeigt sich *S. Schlacke*, Klimaschutzrecht – Ein Grundrecht auf intertemporale Freiheitssicherung, NVwZ 2021, 912 (917).

41 BVerfGE 157, 30 (Rn. 184 f.) – Klimabeschluss.

42 BVerfGE 157, 30 (Rn. 208) – Klimabeschluss. Dass sich aus Art. 20a GG ähnliche Verpflichtungen mit Blick auf andere Umweltgüter ergeben könnten, ist grundsätzlich denkbar, bislang aber zumindest nicht anerkannt.

43 BVerfGE 40, 121 (144).

44 Siehe nur *Rux* (Fn. 16), Art. 20 Rn. 209.

tung bedeuten würden. Allerdings ist mindestens fraglich, ob hieraus jemals ein Eingriff in die Eigentumsfreiheit folgen kann.⁴⁵ Ohnehin hätte der Staat zumindest die Möglichkeit, dem Problem auf andere Weise beizukommen, etwa durch eine (begrenzte) Kürzung von Rentenleistungen oder einen verstärkten Fokus auf Formen privater Altersvorsorge. Ob solche Ansätze politisch durchsetzbar, populär oder sinnvoll wären, kann dahinstehen; sie zeigen zumindest auf, dass der Staat nicht in derselben Weise zu Grundrechtseingriffen gezwungen ist, wie dies beim Klimaschutz der Fall ist.

Soweit sich also zeigt, dass eine Verallgemeinerung des Klimabeschlusses auf sonstige intertemporale Sachverhalte schwerfällt, liegt nahe, die Tauglichkeit der demokratischen Nachhaltigkeit für den subjektiven Rechtsschutz auf intertemporaler Ebene zu erwägen. Könnte etwa eine Verfassungsbeschwerde mit dem Ziel, die Rodung eines Waldes zu verhindern, auf Art. 20 II 1 GG und eine Verletzung des darin mitschwingenden Gebots demokratischer Nachhaltigkeit gestützt werden?

Die Antwort hierauf muss nein lauten. Das gilt bereits aus strukturellen Gründen: Subjektiver Rechtsschutz setzt das Recht eines Subjekts voraus; ein solches individualisiertes Subjekt sind künftige Menschen aber nicht. Doch auch aus verfassungsprozessualer Sicht ist eine Subjektivierung der demokratischen Nachhaltigkeit problematisch: Eine Verfassungsbeschwerde setzt eine Grundrechtsverletzung beim Beschwerdeführer voraus; eine Popularklage kennt das Grundgesetz nicht.⁴⁶ Entgegengesetzte Bestrebungen müssen dem Problem begegnen, dass eine sich andernfalls ergebende Allzuständigkeit des BVerfG die durch das differenzierte System der Klagearten eingehegte Rolle des Gerichts im deutschen Staatsgefüge entgrenzen könnte.⁴⁷ Die demokratische Nachhaltigkeit ist in ihrer Natur ebenso objek-

45 Die Frage, ob Abgaben überhaupt einen Eingriff in das Grundrecht aus Art. 14 I GG darstellen, ist selbst innerhalb des BVerfG umstritten. Vgl. hierzu m.w.N. zur Diskussion *Jarass* (Fn. 18), Art. 14 Rn. 28.

46 So explizit BVerfGE 45, 63 (74); in folgedessen kritisch zur Subjektivierung des Art. 38 I GG zu einem „Grundrecht auf Demokratie“ *H. Dreier* in: *H. Dreier* (Hrsg.), *Grundgesetz-Kommentar*, Bd. II, 3. Aufl., Tübingen 2015, Art. 20 (Demokratie) Rn. 81 m.w.N.; ebenso *C. Schönberger*, *Die Europäische Union zwischen „Demokratiedefizit“ und Bundesstaatsverbot. Anmerkungen zum Lissabon-Urteil des Bundesverfassungsgerichts*, *Der Staat* 2009, 535 (539 ff.).

47 Siehe nur *Schönberger*, *Lissabon* (Fn. 46), 540.

tiv, wie es das Demokratieprinzip insgesamt ist.⁴⁸ Infolgedessen wäre eine auf sie gestützte Verfassungsbeschwerde unzulässig.⁴⁹

Dem mag man entgegenhalten, dass die Gewährleistung der demokratischen Handlungsfreiheit künftiger Generationen eine Farce ist, wenn sie nur im Rahmen objektiver Rechtsschutzverfahren und damit im Wesentlichen durch die Organe der heutigen demokratischen Meinungsbildung durchgesetzt werden kann. Gleichwohl würde diese Bevormundung auch in subjektiven Verfahren existieren, die durch heute lebende Menschen zu betreiben wären; sie ist schlichtweg unvermeidbar.⁵⁰

2. Objektiver Rechtsschutz und das Verhältnis zu Art. 20a GG

Damit rückt der objektive Rechtsschutz in den Fokus. Er erlaubt es, die im politischen Diskurs aufgekommenen Nachhaltigkeitserwägungen beispielsweise durch den Normenkontrollantrag einer besorgten parlamentarischen Minderheit rechtlich zu berücksichtigen, ohne eine Popularklage mit all ihren Problemen zu erlauben.⁵¹

Freilich existiert in der Welt des objektiven Verfassungsrechts bereits Art. 20a GG als enge Annäherung an ein explizites verfassungsrechtliches Nachhaltigkeitsprinzip. Ihm muss das Prinzip demokratischer Nachhaltig-

48 Vgl. erneut die obenstehende umfassende Kritik am „Grundrecht auf Demokratie“.

49 Die Frage einer andernfalls notwendigen Prozesstandschaft für künftige Generationen stellt sich damit nicht. Sie wäre besonders problematisch, da, anders als etwa bei der elterlichen Vertretung eines Kindes, nicht einmal ein konkreter Mensch herangezogen werden kann, dessen Rechte verletzt sein sollen.

50 Ein denkbarer Ausweg wäre es, ein Gremium einzurichten, das befugt ist, gerichtlich gegen eine mögliche Verletzung der demokratischen Nachhaltigkeit vorzugehen. Dies hätte den Vorzug, dass die Hürden zur Erlangung von Rechtsschutz im Interesse künftiger Generationen gegenüber denjenigen insbesondere der abstrakten Normenkontrolle abgesenkt würden, ohne eine Popularklage zu etablieren. Für eine solche Sonderrolle der demokratischen Nachhaltigkeit spricht sicherlich, dass künftige Generationen wegen ihrer fehlenden Mitsprachemöglichkeiten in einem Maße schutzbedürftig sind, dem das geltende Verfassungsprozessrecht nicht gerecht wird. Gleichwohl wirft eine solche Konzeption auch Fragen auf, etwa was ihre Besetzung und Legitimation anbelangt. Ohnehin ist eine solche Idee rechtspolitischer Natur; der geltenden Rechtsordnung lässt sie sich nicht entnehmen.

51 Dem steht nicht entgegen, dass sich insbesondere die abstrakte Normenkontrolle nicht gegen bloßes staatliches Unterlassen richten lässt. Es genügt hier, sie gegen ein sich mit der Materie befassendes Gesetz zu erheben, das nicht die nötigen Schritte zur Wahrung der Rechte künftiger Generationen unternimmt und so das Prinzip demokratischer Nachhaltigkeit verletzt.

keit etwas voraushaben, um einen dogmatischen Nutzen abzuwerfen. Hier tun sich drei Unterschiede auf.

Zunächst beschränkt sich Art. 20a GG auf die natürlichen Lebensgrundlagen, also auf Fragen ökologischer Nachhaltigkeit.⁵² Während dies freilich ein prominentes Anwendungsfeld der demokratischen Nachhaltigkeit ist, ist sie strukturell offener aufgestellt. Sie findet grundsätzlich überall dort Anwendung, wo die demokratische Legitimation von Staatshandeln wegen dessen Auswirkungen auf die Menschenrechte künftiger Generationen in Frage steht.

Zweitens ist die demokratische Nachhaltigkeit kein bloß national wirkendes Rechtskonzept. Auch wenn sie hier vorrangig vor dem Hintergrund deutschen Verfassungsrechts diskutiert wurde, stützt sich ihre Konstruktion nicht auf dieses. Vielmehr liegt ihr der vorrechtliche Grundsatz menschlicher Autonomie zugrunde. Sie lässt sich damit auch in andere Rechtsordnungen übertragen.

Schließlich ist Art. 20a GG ein bloßes Staatsziel, die demokratische Nachhaltigkeit dagegen Ausdruck eines Staatsstrukturprinzips. Dieses gibt nicht bloß ein im Rahmen eines weiten Ausgestaltungsspielraums zu erfüllendes Ziel vor,⁵³ sondern definiert eine Facette dessen, was der Staat des Grundgesetzes seinem Wesen nach ist: Eine - intertemporale - Demokratie.

D. Fazit und Ausblick

Auch in der Rechtswissenschaft steht am Ende jeder Antwort eine Reihe neuer Fragen. Nicht anders verhält es sich mit dem hier skizzierten Prinzip demokratischer Nachhaltigkeit: Welche sind die relevanten Rechte künftiger Menschen? Für welche Bereiche außerhalb der Ökologie ist eine Anwendbarkeit denkbar? Und wie ist im Einzelnen das Verhältnis heutiger und künftiger Interessen auszugestalten?

Doch trotz aller offener Fragen lässt sich ein Vorzug erkennen, den die demokratische Nachhaltigkeit in jedem Fall mit sich bringt: Sie erlaubt es, das Machtungleichgewicht zwischen uns und der Nachwelt rechtlich zu verarbeiten. Sie tut das, was Demokratien tun, wenn eine überlegene einer

52 Jarass (Fn. 18), Art. 20a Rn. 10.

53 Dazu in Bezug auf Art. 20a GG A. Voßkuhle, *Umweltschutz und Grundgesetz*, NVwZ 2013, 1 (4); siehe auch Rux (Fn. 16), Art. 20a Rn. 30.

unterlegenen Gruppe gegenübersteht: Sie begrenzt die Macht der Starken, um die essenziellen Interessen der Schwachen zu wahren. Sie ist damit Ausdruck jenes Strebens, das der Demokratie zugrunde liegt, dem nach der Achtung jedes Menschen als autonomes Individuum: egal wer, egal wo, - egal wann.

„Grüne Kartelle“

– Nachhaltigkeitsvereinbarungen im EU-Kartellrecht

Sarah Legner

A. Einleitung

Als Spross des Neoliberalismus zielt das europäische Kartellrecht in erster Linie auf den Schutz des Wettbewerbs als Institution. Damit untrennbar verbunden ist die unternehmerische Handlungsfreiheit, die – wie einst *Fikentscher* den Wettbewerb umschrieb – „*rivalisierendes Streben zwischen Konkurrenten um Geschäftsbindungen mit Dritten*“¹ erst ermöglicht. Während Wettbewerbstheorien des frühen 20. Jahrhunderts den vollständigen Wettbewerb als das anzustrebende – wenn auch unerreichbare – Ideal betrachteten, erlangten spätestens in den 1960er Jahren Konzepte des funktionsfähigen Wettbewerbs auch in Europa Beachtung.² Es ist vor allem der Verdienst des Ökonomen *Kantzenbach*, dass für die Schutzwürdigkeit des Wettbewerbs fortan auch die zahlreichen Funktionen, die er in der Lage ist zu erfüllen, ins Feld geführt wurden.³ Die Theorie betont, dass Wettbewerb unter anderem zu leistungsgerechter Einkommensverteilung, Konsumentensouveränität und technischem Fortschritt beitrage.⁴ Bereits diese frühen wettbewerbstheoretischen Erkenntnisse verdeutlichen, dass Wettbewerb und Gemeinwohl dem Grunde nach nicht in Konflikt miteinander stehen.⁵

1 *W. Fikentscher*, in: Kooperation und Gemeinschaftsunternehmen im Lichte des Art. 85 und 86 EWGV, in: Katholieke Universiteit Leuven Faculteit der Rechtsgeleerheid (Hrsg.), *Europees Kartelrecht*, Antwerpen/Utrecht 1969, S. 177 (181).

2 *E. Eucken*, *Grundsätze der Wirtschaftspolitik*, 7. Aufl., Stuttgart 2004, S. 246.

3 *E. Kantzenbach*, *Die Funktionsfähigkeit des Wettbewerbs*, 2. Aufl., Göttingen 1967.

4 *E. Kantzenbach*, *Die Funktionsfähigkeit des Wettbewerbs* (Fn. 3), S. 16 f.

5 Bundeskartellamt, *Offene Märkte und nachhaltiges Wirtschaften – Gemeinwohlziele als Herausforderung für die Kartellrechtspraxis*, Arbeitskreis Kartellrecht, 2020, S. 6; *A. Kersten*, *Die Herstellung von Wettbewerb als Verwaltungsaufgabe*, VVDStRL (69) 2010, 288 (291 ff.); *J. Kühling*, *Wettbewerb contra Gemeinwohl?*, in: J. Mohr (Hrsg.), *Energierecht im Wandel, Kolloquium zu Ehren des 75. Geburtstags von Franz Jürgen Säcker*, Baden-Baden 2018, S. 93 (97).

Dies gilt auch für Nachhaltigkeit als das aktuell wohl am meisten diskutierte Gemeinwohlbelang.⁶ Angesichts des Klimawandels hat sich die Europäische Union mit dem im Jahr 2019 präsentierten *European Green Deal* das Ziel gesetzt, bis zum Jahr 2050 eine CO₂-neutrale Volkswirtschaft zu werden.⁷ In Anbetracht der Folgen der drohenden Erderwärmung sollen nicht zuletzt erneuerbare Energien verstärkt zum Einsatz kommen, Mobilität umweltfreundlicher gestaltet und nach neuen Technologien zur Emissionsreduktion geforscht werden. Das europäische Kartellrecht im Allgemeinen und das Kartellverbot aus Art. 101 AEUV im Besonderen stehen der Förderung von Nachhaltigkeit im Grundsatz nicht entgegen. Auf der einen Seite bestehen keine Bedenken, wenn Unternehmenskooperationen infolge Kartellverstößes bebußt werden, die nur scheinbar Umweltbelange verfolgen, tatsächlich aber *green washing* betreiben, also lediglich aus Marketinggründen Nachhaltigkeit betonen. Auf der anderen Seite beschränkt nicht jedwede unternehmerische Zusammenarbeit zu Zwecken der Nachhaltigkeit den Wettbewerb. Beispielsweise hatten die japanische und die koreanische Vereinigung von Automobilherstellern (jeweils) Vereinbarungen zur Emissionsreduktion getroffen. Da die Absprachen keinerlei Verpflichtung enthielten, dieses Ziel mit spezifischen Methoden zu erreichen, bewertete die Kommission sie als wettbewerbsrechtlich unbedenklich.⁸

Als „grüne Kartelle“ sollen im Folgenden daher solche Unternehmenskooperationen betrachtet werden, die Konflikte zwischen Wettbewerbsschutz und Nachhaltigkeit bergen. Dabei wird der Fokus auf dem Umweltschutz liegen. Es gilt zu analysieren, wann es zu Spannungen zwischen Wettbewerb und Nachhaltigkeit kommt und wie solche Konflikte überzeugend aufgelöst werden können. Dem soll aus der Perspektive des geltenden Rechts nachgegangen werden. Klargestellt sei, dass in erster Linie der Gesetzgeber dazu berufen ist, Konflikte zwischen Wettbewerb und Nachhaltigkeit durch die Verabschiedung entsprechender Gesetze zu lösen.⁹ Dennoch können private Kooperationen staatliche Regulierung ergänzen.¹⁰

6 M. Kloepfer, Kartellrechtsfragen zum Umweltschutz, JZ 1980, 781 (781).

7 https://commission.europa.eu/strategy-and-policy/priorities-2019-2024/european-green-deal_de (zuletzt abgerufen am 25.10.2023).

8 Kommission, XXIX. Bericht über die Wettbewerbspolitik 1999, S. 180: JAMA and KAMA JAMA (Sache Nr. IV/F2/37.634) und KAMA (Sache Nr. IV/F2/37.611).

9 A. Heinemann, Nachhaltigkeitsvereinbarungen, sic! 2021, 213 (216). Dazu auch unten D. III. c).

10 R. Inderst/E. Sartzetakis/A. Xepapadeas, Technical Report on Sustainability and Competition, 2021, S. 43, abrufbar unter: <https://www.acm.nl/sites/default/files/>

Selbstregulierende Maßnahmen können ggfs. schneller implementiert werden. Zudem können private Akteure überlegenes Know-how einbringen. Hinzu kommt, dass international agierende Unternehmen durch übergreifende Maßnahmen zu einer gewissen Einheitlichkeit des Schutzstandards beitragen können.

Nachfolgend werden zunächst zentrale Ursachen für Konflikte zwischen Wettbewerbs- und Umweltschutz betrachtet (dazu B.). Sodann wird erläutert, weshalb Nachhaltigkeitsbelange dem Grunde nach bei Anwendung des europäischen Kartellverbots berücksichtigt werden müssen (dazu C.). Der Fokus wird schließlich auf der Frage liegen, wie Nachhaltigkeitserwägungen in die Freistellungsvoraussetzungen des Kartellverbots integriert werden können (dazu D.)

B. Konflikte zwischen Nachhaltigkeit und Wettbewerb

Konflikte zwischen Nachhaltigkeit und Wettbewerb können auf negativen externen Effekten beruhen.¹¹ In diesen Fällen haben unternehmerische Entscheidungen Auswirkungen auf unbeteiligte Dritte, die sich nicht im Marktpreis niederschlagen.¹² Als Beispiel diene ein Unternehmen, das bei seiner Stahlproduktion schädliche Emissionen ausstößt und zur Luftverschmutzung beiträgt. Dies mag den in der Nähe der Produktionsstätte lebenden Menschen schaden. Sind diese indes nicht zugleich Käufer der Stahlerzeugnisse, so besteht keine Vertragsbeziehung zwischen den Geschädigten und dem Verursacher.¹³ Wettbewerb wird in solchen Fällen nicht dazu führen, dass das Unternehmen Gemeinwohlbelange berücksichtigt.¹⁴ Vielmehr würde ein emissionsärmeres Produktionsverfahren, sofern es mit höheren Ausgaben verbunden ist, zu wettbewerblichen Nachteilen führen.

documents/technical-report-sustainability-and-competition_0.pdf (zuletzt abgerufen am 25.10.2023).

11 Bundeskartellamt, Offene Märkte und nachhaltiges Wirtschaften (Fn. 5), S. 9; M. Schmidt-Preuß, Rechtliche Rahmenbedingungen selbstregulativer Gemeinwohlverwirklichung, in: P. Kirchhof (Hrsg.), Gemeinwohl und Wettbewerb, Heidelberg 2005, S. 19 (24).

12 Heinemann, Nachhaltigkeitsvereinbarungen (Fn. 9), 215.

13 Bundeskartellamt, Offene Märkte und nachhaltiges Wirtschaften (Fn. 5), S. 10.

14 Kloepfer, Kartellrechtsfragen zum Umweltschutz (Fn. 6), 781.

Das auf die Umwelt bedachte Unternehmen würde an Gewinnen einbüßen.¹⁵

Dies gilt umso mehr, als eine umweltfreundliche Produktion nicht zwingend qualitativ höherwertige Erzeugnisse hervorbringt.¹⁶ Wissen die Käufer daher nicht um die positiven Umweltauswirkungen des Herstellungsprozesses oder wertschätzen sie Umweltschutz nicht, werden sie nicht bereit sein, einen höheren Preis für klimafreundlich produzierte Erzeugnisse zu bezahlen.¹⁷ Dies verdeutlicht, dass Unternehmen, die selbständig – also ohne Absprachen mit Wettbewerbern – Investitionen zum Schutz der Umwelt vornehmen, einen sog. First-Mover-Nachteil erleiden können.¹⁸ Ähnlich nachteilige Folgen können umweltschützende Investitionen haben, wenn im Anschluss daran die Verbraucherwertschätzung für Umweltbelange erheblich wächst.¹⁹ Wettbewerber, die erst zu einem späteren Zeitpunkt ihre Produktion umstellen, können in diesem Fall unmittelbar ihre Preise anheben, da Verbraucher nunmehr bereit sind, für klimaneutral produzierte Produkte mehr zu bezahlen.²⁰

Angesichts dessen haben Unternehmen in der Vergangenheit Absprachen getroffen, um gemeinsam umweltschützende Maßnahmen zu entwickeln. Eine solche Vereinbarung waren im Jahr 2019 beispielsweise fünf Automobilhersteller eingegangen. Ihr Ziel war es, eine Abgasreinigungstechnologie zur Reduktion schädlicher Emissionen zu entwickeln und einzusetzen. Die Kommission bewertete die Absprache indes als Kartellrechtsverstoß. Sie belegte die Unternehmen im Jahr 2021 mit einer Geldbuße von 875 Millionen EUR.²¹ In ihrer Entscheidung betonte sie, dass das

15 Monopolkommission, Wettbewerb 2022 – XXIV. Hauptgutachten, Bonn, 2022, Rn. 413.

16 Bundeskartellamt, Offene Märkte und nachhaltiges Wirtschaften (Fn. 5), S. 10.

17 Dazu im Detail unten D. III. 2.

18 J. Hertfelder/D. Drixler, Nachhaltigkeitsvereinbarungen im Kartellrecht im Spannungsfeld zwischen Wettbewerbsbeschränkung und Verbrauchernutzen, BB 2022, 1218 (1222); R. Inderst/F. Rhiel/S. Thomas, Sustainability Agreements and Social Norms, ZWeR 2022, 225 (235).

19 F. Riehl/ F. Schlütter, Less Competition for more Sustainability?, in A. Kirk, P. Offergeld, T. Rohner (Hrsg.), Kartellrecht in der Zeitenwende, Baden-Baden, 2023, S. 313 (324).

20 J. Haucap/R. Podszun/H. Rüdiger/C. Kreuter-Kirchhof/T. Rohner/A. Rösner/P. Offergeld/A. May, Wettbewerb und Nachhaltigkeit in Deutschland und der EU, Studie im Auftrag des Bundesministeriums für Wirtschaft und Klimaschutz, Düsseldorf 2023, S. 30.

21 Pressemitteilung v. 8.7.2021, abrufbar unter: https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/de/IP_21_3581 (zuletzt abgerufen am 25.10.2023).

Kartellrecht auch den Wettbewerb um Technologien und Innovationen schütze.²² Die niederländische Wettbewerbsbehörde kam in ihrem *Chicken of tomorrow*-Fall zu einem vergleichbaren Ergebnis:²³ Sie bewertete Vereinbarungen zwischen Unternehmen des niederländischen Geflügelsektors und niederländischer Supermarktketten zur Verbesserung des Tierschutzes – man wollte eine nachhaltigere Produktion von Hühnerfleisch erreichen – ebenfalls als kartellrechtswidrig.

C. Relevanz von Nachhaltigkeitsbelangen für das EU-Kartellrecht

Es gilt in einem ersten Schritt zu betrachten, ob Nachhaltigkeitsbelange grundsätzlich bei Anwendung des geltenden Kartellrechts Berücksichtigung finden. Dazu sollen die Ziele der europäischen Verträge in den Blick genommen werden, die für die Auslegung des Unionsrechts bedeutsam sind.²⁴ Zu diesen Zielen gehört gem. Art. 191-193 AEUV auch der Umweltschutz. Danach soll die Europäische Union unter anderem zur umsichtigen und rationellen Verwendung der natürlichen Ressourcen beitragen und Maßnahmen zur Bekämpfung des Klimawandels fördern. Es ist ferner unbestrittene Aufgabe der Union, ein System des unverfälschten Wettbewerbs zu errichten. So ist es seit dem Jahr 2009 in Protokoll Nr. 27 des Vertrags von Lissabon niedergelegt.

Für das Verhältnis der Unionsziele zueinander betont Art. 7 AEUV, dass auf Kohärenz zu achten ist. Als Rechtsbegriff ist Kohärenz eine Schöpfung des EU-Rechts. Seinem Wortlaut nach meint er eine Ausrichtung auf den „Zusammenhang von Dingen.“²⁵ Es geht also um eine Beachtung von

22 Kommission v. 8.7.2021, AT.40178 – PKW-Emission.

23 Authority for Consumers & Markets, ACM’s analysis of the sustainability arrangements concerning the ‘Chicken of Tomorrow’, 26.1.2015, abrufbar unter: <https://www.acm.nl/en/publications/publication/13761/Industry-widearrangements-for-the-so-called-Chicken-of-Tomorrow-restrict-competition> (zuletzt abgerufen am 25.10.2023).

24 H. Schweitzer, Die Bedeutung nicht-wettbewerblicher Aspekte für die Auslegung von Art. 101 AEUV im Lichte der Querschnittsklauseln, in: Monopolkommission (Hrsg.), Politischer Einfluss auf Wettbewerbsentscheidungen, Wissenschaftliches Symposium anlässlich des 40-jährigen Bestehens der Monopolkommission, Baden-Baden 2015, S. 21 (22).

25 F. Schorkopf, in: E. Grabitz/M. Hilf/M. Nettesheim (Hrsg.), Das Recht der Europäischen Union, Bd. I, 76. EL, München 2022, Art. 7 AEUV Rn. 11.

Zusammenhängen, um letztlich ein „*harmonisches Ganzes*“²⁶ zu schaffen. Vollständige Widerspruchsfreiheit wird dagegen nicht verlangt. Denn dies ergibt sich weder aus dem Wortlaut noch wäre es praktisch realisierbar.²⁷ Ferner enthält das Kohärenzgebot keine materiellen Vorgaben dafür, wie ein Ausgleich zwischen den Politikzielen erfolgen soll. Dem Gebot kann kein irgendwie gearteter Vorrang einzelner Ziele, etwa dem Ziel des Umweltschutzes vor dem des Wettbewerbsschutzes, entnommen werden.²⁸ Es wird lediglich gefordert, den „*Zielen in ihrer Gesamtheit Rechnung*“²⁹ zu tragen. In diese Grundsätze fügt sich die Querschnittsklausel aus Art. 11 AEUV ein. Danach „müssen“ die Erfordernisse des Umweltschutzes „bei der Festlegung und Durchführung der Unionspolitiken [...] einbezogen werden.“ Auch wenn sich Querschnittsklauseln in erster Linie an den Unionsgesetzgeber richten mögen,³⁰ sind sie ebenfalls für die Auslegung des geltenden Rechts relevant.³¹

Die Frage nach dem „Ob“ der Berücksichtigung von Umweltbelangen kann daher vergleichsweise schnell beantwortet werden: Die europäischen Verträge statuieren im Grundsatz die Pflicht, Umweltbelange zu berücksichtigen.³² Demnach müssen sie auch im Rahmen des Kartellverbots Berücksichtigung finden. Die Klauseln beinhalten indes keine Kompetenzerweiterung bzw. -einengung.³³ Die Kommission und nationalen Behörden dürfen bei der Durchsetzung des EU-Kartellrechts den Umweltschutz da-

26 M. Ruffert, in: C. Calliess/M. Ruffert (Hrsg.), *Das Verfassungsrecht der Europäischen Union*, 6. Aufl., München 2022, Art. 7 AEUV Rn. 2.

27 O. Andriychuk, *The Concept of Sustainability in EU Competition Law: A Legal Realist Perspective*, *Yearbook of Antitrust and Regulatory Studies*, 14 (23), 2021, S. 11 (14 f.); Schorkopf (Fn. 25), Art. 7 AEUV Rn. 11.

28 H. Ullrich, *Klimawandel im EU-Kartellrecht*, in: T. Jaeger/R. Palmstorfer (Hrsg.), *Kartellrecht im Wandel*, Wien, 2022, S. 13 (18 f.).

29 Schorkopf (Fn. 25), Art. 7 AEUV Rn. 17.

30 Bundeskartellamt, *Offene Märkte und nachhaltiges Wirtschaften* (Fn. 5), S. 20.

31 M. Nettesheim, in: E. Grabitz/M. Hilf/M. Nettesheim (Hrsg.), *Das Recht der Europäischen Union*, Bd. I, 76. EL, München 2022, Art. 11 AEUV Rn. 31; Ullrich, *Klimawandel im Kartellrecht* (Fn. 28), S. 17.

32 Andriychuk, *The Concept of Sustainability in EU Competition Law* (Fn. 27), 15; Schweitzer, *Die Bedeutung nicht-wettbewerblicher Aspekte für die Auslegung von Art. 101 AEUV* (Fn. 24), S. 22.

33 Ullrich, *Klimawandel im Kartellrecht* (Fn. 28), S. 17.

her nicht als gleichrangiges Ziel neben dem Wettbewerbsschutz anerkennen.³⁴ Dies zu ändern, obliegt allein dem Gesetzgeber.³⁵

D. Freistellung vom Kartellverbot infolge Nachhaltigkeitsförderung?

I. Aufbau des Kartellverbots

In einem zweiten Schritt ist zu erörtern, *wie* die Integration von Nachhaltigkeitsabwägungen gelingen kann. Weder das Kohärenzgebot noch die Querschnittsklausel enthalten hierzu Vorgaben.³⁶ Ausgangspunkt ist, dass die gesetzgeberischen Entscheidungen zu den Zielen und der Systematik des Kartellrechts anerkannt werden müssen. Um systemkonforme Ansätze auszumachen, soll daher vorab der Aufbau des Kartellverbots aus Art. 101 AEUV skizziert werden.

Der Verbotstatbestand des Art. 101 Abs. 1 AEUV verbietet im Wesentlichen Vereinbarungen zwischen Unternehmen, welche geeignet sind, den zwischenstaatlichen Handel zu beeinträchtigen, und dabei eine Verhinderung, Einschränkung oder Verfälschung des Wettbewerbs bezwecken oder bewirken. Den Tatbestand prägt eine strukturbezogene Sicht auf den Wettbewerb. Es soll jedwede Abstimmung verboten werden, die – so die ständige Rechtsprechung – *„bewusst eine praktische Zusammenarbeit an die Stelle des mit Risiken verbundenen Wettbewerbs treten lässt.“*³⁷ Neben Hardcore-Kartellen, bei welchen konkurrierende Unternehmen Wettbewerbsparameter – etwa den Preis oder die Menge – unmittelbar kartellieren, kann beispielsweise auch eine Vereinbarung zwischen Unternehmen, gemeinsam eine Produktionstechnologie zu entwickeln, die den Energieverbrauch des Endprodukts senkt, den Wettbewerb beschränken. Selbiges gilt für Produktions- oder Einkaufsvereinbarungen mit dem Ziel, den ökologischen Fußabdruck der Produktion bzw. ihres Inputs zu verringern. Auch Standardi-

34 Vgl. S. Thomas, Der Verbraucher und die Nachhaltigkeit im Kartellrecht, in: D. Joost/H. Oetker/M. Paschke (Hrsg.), Selbstverantwortete Freiheit und Recht, Festschrift für Franz Jürgen Säcker zum 80. Geburtstag, München, 2021, S. 331 (337).

35 Ebenso Bundeskartellamt, Offene Märkte und nachhaltiges Wirtschaften (Fn. 5), S. 20; Schweitzer, Die Bedeutung nicht-wettbewerblicher Aspekte für die Auslegung von Art. 101 AEUV (Fn. 24), S. 24.

36 Ullrich, Klimawandel im Kartellrecht (Fn. 28), S. 24.

37 Siehe EuGH v. 4.6.2009, C-8/08 – T-Mobile Netherlands, ECLI:EU:C:2009:343, Rn. 26.

sierungsvereinbarungen, mit denen Wettbewerber Verpackungsmaterialien normen, können den Wettbewerb beschränken.³⁸

Ist eine Absprache mit Art. 101 Abs. 1 AEUV unvereinbar, so besteht die Möglichkeit, dass sie von einer Freistellung aus Art. 101 Abs. 3 AEUV profitiert und im Ergebnis kartellrechtskonform ist. Die Legalausnahme greift, wenn die Absprache zum einen zur Verbesserung der Warenerzeugung und -verteilung oder zur Förderung des technischen und wirtschaftlichen Fortschritts beiträgt und zum anderen die Verbraucher an dem dadurch entstandenen Gewinn angemessen beteiligt. Im Kern geht es darum, dass Absprachen, bei welchen die positiven Auswirkungen auf die Marktgegenseite die wettbewerblichen Nachteile überwiegen, nicht untersagt werden sollen. Der Freistellungstatbestand fokussiert damit die *Auswirkungen* der Wettbewerbsbeschränkung.

Das Kartellverbot bietet im Wesentlichen zwei Ansätze,³⁹ welche auf ihre Eignung zur Integration von Nachhaltigkeitsaspekten untersucht werden können. Der erste Ansatz betrifft den Verbotstatbestand in Art. 101 Abs. 1 AEUV. Insoweit wird überlegt, ob die Förderung von Nachhaltigkeitsbelangen Anlass dazu gibt, den Verbotstatbestand teleologisch zu reduzieren.⁴⁰ Nachfolgend soll der zweite Ansatz näher betrachtet werden, der in der bisherigen Diskussion um Nachhaltigkeitsbelange im Kartellrecht im Fokus gestanden hat. Er knüpft an die Freistellungs Voraussetzungen des Art. 101 Abs. 3 AEUV an.

38 Kommission, Leitlinien zur Anwendbarkeit des Artikels 101 des Vertrags über die Arbeitsweise der Europäischen Union auf Vereinbarungen über horizontale Zusammenarbeit, ABl. 2023 Nr. C 259/1, Rn. 538.

39 Zu weiteren Ansätzen – auch im Missbrauchsrecht und der Fusionskontrolle – siehe *Haucap/Podszun/Rüdiger/Kreuter-Kirchhof/Rohner/Rösner/Offergeld/May*, Wettbewerb und Nachhaltigkeit in Deutschland und der EU (Fn. 20).

40 Hierzu *Haucap/Podszun/Rüdiger/Kreuter-Kirchhof/Rohner/Rösner/Offergeld/May*, Wettbewerb und Nachhaltigkeit in Deutschland und der EU (Fn. 20), S. 68-92; *R. Inderst/S. Thomas*, Legal Design in Sustainable Antitrust, ZBW – Leibniz Information Centre for Economics, 2022, abrufbar unter: <https://www.econstor.eu/handle/10419/253671> (zuletzt abgerufen am 25.10.2023); *J. Kokott/D. Dittert*, Die Pflicht zur Berücksichtigung außerwettbewerblicher Belange im Rahmen von Art. 101 AEUV und ihre praktische Umsetzung, in: Monopolkommission (Hrsg.), Politischer Einfluss auf Wettbewerbsentscheidungen, Wissenschaftliches Symposium anlässlich des 40-jährigen Bestehens der Monopolkommission, Baden-Baden 2015, S. 15 (19); *N. Nowag*, Competition Law's Sustainability Gap? Tools for an Examination and a Brief Overview, LundLawCompWP 3/2019, Lund University Legal Research Paper Series, 2019, S. 8.

II. Auslegung der Freistellungsvoraussetzungen

Es gilt zu überlegen, ob Umweltbelange eine Freistellung vom Kartellverbot ermöglichen. Hierzu soll zunächst das vorherrschende Verständnis der Freistellungsvoraussetzungen aus Art. 101 Abs. 3 AEUV umrissen werden.

Die Freistellungsvoraussetzungen sind nach der Leseart der europäischen Kartellrechtspraxis auf die Verbraucherwohlfahrt bezogen.⁴¹ In statischer Perspektive kann die Wohlfahrt der Verbraucher anhand der Konsumentenrente berechnet werden. Dabei ist die Differenz zwischen dem Preis, den der Verbraucher maximal bereit wäre, für das Produkt zu zahlen (sog. Reservationspreis), und dem Preis, den er tatsächlich für den Erwerb zahlen musste, zu ermitteln.⁴² Zwischen Wettbewerb und Verbraucherwohlfahrt besteht grundsätzlich Zielkonvergenz, da Wettbewerb in der Regel zu niedrigeren Preisen führt.⁴³ Wettbewerbsbeschränkende Absprachen können aber ebenfalls Vorteile für die Marktgegenseite mit sich bringen. Das ist etwa der Fall, wenn Kartellanten durch Skalen- oder Verbundeffekte Einsparungen erzielen und diese in Form von Preissenkungen an die Verbraucher weiterreichen.⁴⁴ Im Konzept der Verbraucherwohlfahrt können darüber hinaus qualitative Effizienzgewinne Berücksichtigung finden. Solche ergeben sich z.B. aus einer verbesserten Produktqualität.⁴⁵

Effizienzgewinne sind noch nicht hinreichend für eine Freistellung vom Kartellverbot. Es bedarf zudem einer angemessenen Beteiligung der Verbraucher daran. Dies bedeutet, dass die weitergegebenen Vorteile die negativen Auswirkungen der Wettbewerbsbeschränkung für Verbraucher zumindest ausgleichen müssen.⁴⁶ Führt eine wettbewerbsbeschränkende Absprache beispielsweise zu einer Preiserhöhung, so kommt eine Freistellung nur in Betracht, wenn die gestiegene Zahlungsbereitschaft – z.B. infolge

41 EuGH v. 11.9.2014, Rs. C-382/12 P – MasterCard, ECLI:EU:C:2014:2201; EuGH v. 23.11.2006, Rs. C-238/05 – ASNEF-EQUIFAX, ECLI:EU:C:2006:734; R. Inderst/S. Thomas, Reflective Willingness To Pay, *Journal of Competition Law & Economics* 2021, 17(4), 848 (868).

42 S. Legner, *Schadenstheorien bei Nachfragemacht*, Tübingen 2019, S. 16.

43 Glöckner, *Kartellrecht – Recht gegen Wettbewerbsbeschränkungen*, 3. Aufl., Stuttgart 2021, Rn. 106.

44 Kommission, *Leitlinien zur Anwendung Art. 81 Abs. 3 EGV*, ABl. EG 2004 Nr. C 101/97, 106 Rn. 64 ff.

45 R. Ellger, in: U. Immenga/E. Mestmäcker (Hrsg.), *Wettbewerbsrecht*, 6. Aufl., München 2019, Art. 101 Abs. 3 AEUV Rn. 153.

46 Ellger (Fn. 45) Art. 101 Abs. 3 AEUV Rn. 254.

verbesserter Qualität der Produkte – die kartellbedingte Preiserhöhung übersteigt.

III. Vorgehen bei der Berücksichtigung von Nachhaltigkeitsbelangen

1. Unmittelbare Vorteile

Das vorherrschende Verständnis der Freistellungsvoraussetzungen lässt Rückschlüsse darauf zu, welche Nachhaltigkeitsbelange im Rahmen des Art. 101 Abs. 3 AEUV berücksichtigt werden können. Als erste Kategorie können solche Belange benannt werden, die unmittelbare Vorteile für die Verbraucher mit sich bringen. Zu denken ist an die Verwendung längerlebiger Materialien bei der Herstellung, wodurch auch die Haltbarkeit der Produkte verlängert wird.⁴⁷ Ein weiteres Beispiel bietet pestizidfreies Gemüse, das besser schmeckt oder größere Gesundheitsvorteile bietet.⁴⁸ Der Umweltvorteil ist für Konsumierende in diesen Fällen direkt erfahrbar und kann in einen Effizienzgewinn übersetzt werden.⁴⁹ Die Kommission bezeichnet sie daher als „*individuelle nutzungsabhängige Vorteile*“.⁵⁰

Infolge des direkten, nutzungsabhängigen Vorteils ist der Verbraucher bereit, für die aus der wettbewerbsbeschränkenden Absprache hervorgehenden nachhaltigeren – aber teureren – Produkte, mehr zu bezahlen. Die Konsumentenrente wird durch eine kartellbedingte Preiserhöhung in diesen Fällen nicht verringert, solange sie nicht die gestiegene Zahlungsbereitschaft der Verbraucher übertrifft. Nachhaltigkeitsbelange, die zu unmittelbaren Verbrauchervorteilen führen, sind bei Prüfung der Freistellung daher zu berücksichtigen.

47 Kommission, Leitlinien zur Anwendbarkeit des Artikels 101 des Vertrags über die Arbeitsweise der Europäischen Union auf Vereinbarungen über horizontale Zusammenarbeit, ABl. 2023 Nr. C 259/1, Rn. 572.

48 Kommission, Leitlinien zur Anwendbarkeit des Artikels 101 des Vertrags über die Arbeitsweise der Europäischen Union auf Vereinbarungen über horizontale Zusammenarbeit, ABl. 2023 Nr. C 259/1, Rn. 571.

49 E. Malinauskaitė, Competition Law and Sustainability: EU and National Perspectives, *Journal of European Competition Law & Practice* 2022, 13(5), 336 (341).

50 Kommission, Leitlinien zur Anwendbarkeit des Artikels 101 des Vertrags über die Arbeitsweise der Europäischen Union auf Vereinbarungen über horizontale Zusammenarbeit, ABl. 2023 Nr. C 259/1, Rn. 571.

2. Mittelbare Vorteile

a) Befund

Andere Umweltbelange sind für Verbraucher jedoch nicht direkt erfahrbar. Um zu klären, ob auch sie zur Freistellung führen können, ist es zweckmäßig, zwischen zwei Gruppen von Umweltauswirkungen zu unterscheiden; nämlich solchen, die mittelbare Vorteile für die Marktgegenseite mit sich bringen, und solchen, die kollektive Vorteile generieren.

Einige Umweltbelange bieten Verbrauchern mittelbar einen Nutzen, *so weit* die Förderung von Nachhaltigkeit für den individuellen Verbraucher ein persönliches Anliegen ist.⁵¹ So kann ein Verbraucher auch dann bereit sein, pestizidfrei angebautes, aber teureres Gemüse zu kaufen, obwohl es nicht besser und keine größeren Gesundheitsvorteile bietet. Voraussetzung dafür ist aber, dass es ihm ein persönliches Anliegen ist, durch seine Konsumentscheidungen die Umwelt zu schützen. Die Kommission bezeichnet solche Umweltbelange daher als „*individuelle nutzungsunabhängige Vorteile*“.⁵²

Die Kartellrechtspraxis steht bei mittelbaren Vorteilen vor der Herausforderung, deren Verbraucherwertschätzung zuverlässig zu ermitteln. Die Beobachtung der tatsächlichen Konsumentscheidungen von Verbrauchern ist dafür nicht unbedingt geeignet. Denn sie können sowohl von Informationsdefiziten als auch von kognitiven Verzerrungen beeinflusst werden. Für den unter Zeitdruck im Supermarkt einkaufenden Verbraucher ist auf die Schnelle häufig nicht erkennbar, welche Produktvariante umweltverträglicher hergestellt wurde oder welche Auswirkungen seine Konsumentscheidung in zehn Jahren auf die Umwelt haben wird. Wüsste er hingegen um den positiven Umwelteinfluss der teureren Produktvariante, würde seine Kaufentscheidung mitunter anders ausfallen.⁵³

51 *Hertfelder/Drixler*, Nachhaltigkeitsvereinbarungen im Kartellrecht (Fn. 18), 1223; *N. Nowag*, Sustainability & Competition Law and Policy, Background Note, OECD (DAF/COMP(2020)3, 2020, S. 18.

52 Kommission, Leitlinien zur Anwendbarkeit des Artikels 101 des Vertrags über die Arbeitsweise der Europäischen Union auf Vereinbarungen über horizontale Zusammenarbeit, ABl. 2023 Nr. C 259/1, Rn. 575.

53 *R. Inderst/S. Thomas*, Nachhaltigkeit und Wettbewerb: Zu einer Reform des Wettbewerbsrechts für die Erreichung von Nachhaltigkeitszielen, SAFE Policy Letter No. 94, 2022, S. 15. Vgl. auch *I. Lianos*, Polycentric Competition Law, Current Legal Problems 2016, 71(1), 161 (197).

Hinzu kommen kognitive Verzerrungen. Sie haben zur Folge, dass Verbraucher sich in bestimmten Situationen berechenbar irrational verhalten.⁵⁴ Ein Beispiel bietet die hyperbolische Diskontierung. Hier gewichten Verbraucher Präferenzen für geringe, aber früher eintretende Vorteile stärker als größere, aber erst später realisierbare Vorteile.⁵⁵ Dies kann gerade bei Umweltauswirkungen von Bedeutung sein, da die Vorteile des Erwerbs nachhaltig produzierter Produkte mitunter erst einige Jahrzehnte später erfahrbar werden.

b) Ermittlungsmethoden

Aufgrund der dargelegten Informationsdefizite und kognitiven Verzerrungen sind die Analysemethoden, die in der Kartellpraxis zur Ermittlung der Verbraucherwertschätzung zum Einsatz kommen – z.B. Marktbeobachtungen – nur bedingt geeignet, mittelbare Verbrauchervorteile zu ermitteln.⁵⁶

Die Kommission schlägt in ihren im Juni 2023 veröffentlichten novellierten Horizontal-Leitlinien daher die Erprobung alternativer Methoden zur Ermittlung der Verbraucherwertschätzung vor.⁵⁷ Hierfür wird unter anderem auf die aus der Umweltökonomik bekannten kontingenten Bewertungsmethoden verwiesen.⁵⁸ Hierbei wird auf hypothetische Marktsituationen Bezug genommen. Verbrauchern können verschiedene Produkte mitsamt ihrer unterschiedlichen Umweltauswirkungen in Umfragen präsentiert werden, in welchen sie explizit zu ihrer Zahlungsbereitschaft befragt werden. Hieraus können Rückschlüsse auf die Wertschätzung der Verbraucher für mittelbare Umweltauswirkungen gezogen werden. Auch die aus dem Bereich des Marketing bekannten Conjoint-Analysen werden als geeignet erachtet.⁵⁹ Die Wertungen des Art. 11 AEUV könnten es sodann

54 Weiterführend *H. Beck*, Behavioral Economics, Heidelberg 2014; *P. Hacker*, Verhaltensökonomik und Normativität, Tübingen 2017.

55 Bundeskartellamt, Offene Märkte und nachhaltiges Wirtschaften (Fn. 5), S. 12.

56 *R. Inderst/S. Thomas*, Measuring Consumer Sustainability Benefits, working paper, 2021, S. 6.

57 Kommission, Leitlinien zur Anwendbarkeit des Artikels 101 des Vertrags über die Arbeitsweise der Europäischen Union auf Vereinbarungen über horizontale Zusammenarbeit, ABl. 2023 Nr. C 259/1, Rn. 579.

58 *Inderst/Thomas*, Measuring Consumer Sustainability Benefits (Fn. 56), S. 4; *S. Kingston*, Competition Law in an Environmental Crisis, *Journal of European Competition Law & Practice* 2019, 10(9), 517 (518).

59 Bundeskartellamt, Offene Märkte und nachhaltiges Wirtschaften (Fn. 5), S. 25.

gebieten, dem Entscheidungsszenario bei Ermittlung der Zahlungsbereitschaft Vorrang zu gewähren, bei welchem Nachhaltigkeitsbelangen die relativ betrachtet größte Wertschätzung entgegengebracht wird.⁶⁰

c) Grenzen

Dem Einsatz alternativer Methoden sind allerdings auch Grenzen gesetzt. Mit der Vorgehensweise, die Verbraucherwertschätzung in hypothetischen Szenarien zu ermitteln, werden einige, aber nicht sämtliche Verzerrungen bereinigt werden können. Verbraucher werden die bereitgestellten Informationen ggfs. nicht vollständig verstehen. Zudem werden Informationen sie mitunter nicht davon abhalten, Risiken weiterhin strukturell falsch zu bewerten. So besteht bspw. anerkanntermaßen die Tendenz, dass Konsumierende Nachteile unberücksichtigt lassen, obwohl sie gewichtig sind, aber nur mit einer sehr geringen Wahrscheinlichkeit eintreten werden.⁶¹ Das führt letztlich zu der Frage, ob in nahezu vollständiger Abkehr von der Ermittlung der Verbraucherwertschätzung anhand des tatsächlichen Konsumverhaltens auf einen fiktiven Nachfrager abgestellt werden sollte.

Dies liefe jedoch der Verbrauchersouveränität zuwider und wäre dem Wettbewerbsschutz abträglich.⁶² Alternative Ermittlungsmethoden sollten herangezogen werden, soweit sie dazu verhelfen, die *tatsächliche* Zahlungsbereitschaft zu ermitteln. Die Grenze ist jedoch dort erreicht, wo Verbrauchern vernünftige Entscheidungen aufgedrängt werden. Anders gewendet: Solche Verzerrungen, die auch in alternativen Szenarien fortbestehen, sollten nicht bereinigt werden. Ansonsten ginge es nicht mehr darum, eine Art reflektierte Zahlungsbereitschaft zu ermitteln. Stattdessen würde die Wertschätzung der Verbraucher ersetzt.⁶³ Ob Verbraucher vor Gefahrenlagen geschützt werden sollen, denen sie z.B. infolge falscher Risikoeinschätzung oder fehlender Selbstkontrolle selbst nicht entkommen, sollte nicht privater Selbstregulierung überlassen werden. Vielmehr hat der Gesetzgeber zu ent-

60 R. Inderst/S. Thomas, The Scope and Limitations of Incorporating Externalities in Competition Analysis within a Consumer Welfare Approach, working paper, 2021, S. 7.

61 Allgemein zur Verzerrungen in Bezug auf Wahrscheinlichkeiten Beck, Behavioral Economics (Fn. 54), S. 133 ff.

62 Vgl. Inderst/Thomas, The Scope and Limitations of Incorporating Externalities in Competition Analysis within a Consumer Welfare Approach (Fn. 60), S. 11.

63 Inderst/Thomas, The Scope and Limitations of Incorporating Externalities in Competition Analysis within a Consumer Welfare Approach (Fn. 60), S. 11.

scheiden, ob er den Gefahren durch entsprechende verbraucherschützende Regelungen begegnen will.

3. Kollektive Vorteile

a) Befund

Betreffen Umweltauswirkungen ausschließlich Dritte auf anderen Märkten oder die Gesellschaft als Ganzes, so handelt es sich – mit den Worten der Kommission – um „kollektive Vorteile“.⁶⁴ Sie treten unabhängig von der Zahlungsbereitschaft der Verbraucher auf den kartellbetroffenen Märkten auf. Ein kollektiver Vorteil kann sich etwa aus einer wettbewerbsbeschränkenden Absprache ergeben, in der die Wettbewerber vereinbaren, künftig emissionsärmer zu produzieren, dieser Umstand aber keine gesteigerte Zahlungsbereitschaft der Verbraucher als Käufer der kartellbefangenen Produkte zur Folge hat.⁶⁵ Heben die Kartellanten kollusiv den Preis dieser Produkte an, so wird die Preiserhöhung nicht durch eine gestiegene Zahlungsbereitschaft der Verbraucher kompensiert. Folglich wird die Konsumentenrente verringert. Eine Freistellung der wettbewerbsbeschränkenden Absprache scheidet grundsätzlich aus.⁶⁶ Es wird folglich relevant, ob *de lege lata* von dem Maßstab der Verbraucherwohlfahrt abgerückt und stattdessen im Rahmen des Art. 101 Abs. 3 AEUV auf die Auswirkungen für die Gesellschaft insgesamt abgestellt werden kann.

b) Ermittlungsmethoden

Dabei stellen sich nicht nur konzeptionelle (dazu sogleich), sondern auch praktische Fragen der Quantifizierbarkeit. Der Ansatz der Verbraucherwohlfahrt gibt vor, wie positive und negative Auswirkungen von Wettbewerbsbeschränkungen gegeneinander abgewogen werden können. Darauf

64 Kommission, Leitlinien zur Anwendbarkeit des Artikels 101 des Vertrags über die Arbeitsweise der Europäischen Union auf Vereinbarungen über horizontale Zusammenarbeit, ABl. 2023 Nr. C 259/1, Rn. 582.

65 Kommission, Leitlinien zur Anwendbarkeit des Artikels 101 des Vertrags über die Arbeitsweise der Europäischen Union auf Vereinbarungen über horizontale Zusammenarbeit, ABl. 2023 Nr. C 259/1, Rn. 582.

66 Schweitzer, Die Bedeutung nicht-wettbewerbllicher Aspekte für die Auslegung von Art. 101 AEUV (Fn. 24), S. 32.

kann für kollektive Vorteile nicht zurückgegriffen werden. Einige nationale Wettbewerbsbehörden haben sich mit diesem Problem bereits beschäftigt. Besondere Aufmerksamkeit hat eine Idee der niederländischen Wettbewerbsbehörde erlangt.⁶⁷ Sie schlägt vor, kollektive Auswirkungen von sog. *environmental-damage agreements* – damit sind Vereinbarungen gemeint, welche Umweltschäden betreffen und einen Beitrag dazu leisten, diesbezügliche staatliche Verpflichtungen zu erfüllen⁶⁸ – durch die Berechnung eines sog. Umweltpreises zu quantifizieren.⁶⁹ Übersteige der anhand des Umweltpreises berechnete Nutzen der Kooperation für die Umwelt die zu erwartende Erhöhung des Kaufpreises, spreche dies dafür, dass die Absprache freistellungsfähig sei.⁷⁰

Mit folgendem Beispiel veranschaulicht die niederländische Behörde ihren Ansatz zur Integration kollektiver Vorteile in den Freistellungstatbestand:⁷¹ Fünf Hersteller eines metallischen Halbfertigprodukts, das hauptsächlich in den Niederlanden verkauft wird, vereinbaren, dass sie ihre Prozesse innerhalb von fünf Jahren so umstellen werden, dass sie vollständig kohlenstoffneutral produzieren. Hierfür legen sie zwingende Standards fest. Infolge der Vereinbarung werden die Preise für das Halbfertigprodukt voraussichtlich um 7 % steigen. Zugleich wird die Vereinbarung zur Reduktion der CO²-Emissionen beitragen. Sie ist daher nach dem Begriffsverständnis der niederländischen Behörde ein *environmental-damage agreement*. Die Vereinbarung ergänzt die Maßnahmen der niederländischen Regierung zur Erreichung der Ziele des Pariser Klimaabkommens. Der Umweltpreis der Vereinbarung berechnet sich anhand von Vermeidungskosten. Hiernach ergibt sich zunächst, dass der Umweltpreis die zu erwartende Erhöhung der Verkaufspreise übersteigt.

Es ist sodann aber problematisch, dass im Beispielsfall, in welchem es um die Anwendung des niederländischen Kartellverbots geht, nur 30 % der

67 Authority for Consumers & Markets, Second draft guidelines on 'Sustainability Agreements', 2021, abrufbar unter: <https://www.acm.nl/sites/default/files/documents/second-draft-version-guidelines-on-sustainability-agreements-opportunities-with-in-competition-law.pdf> (zuletzt abgerufen am 25.10.2023).

68 Authority for Consumers & Markets, Second draft guidelines on 'Sustainability Agreements' (Fn. 67), Rn. 8.

69 Authority for Consumers & Markets, Second draft guidelines on 'Sustainability Agreements' (Fn. 67), Rn. 58.

70 Authority for Consumers & Markets, Second draft guidelines on 'Sustainability Agreements' (Fn. 67), Rn. 58.

71 Die nachfolgende Falldarstellung orientiert sich an Authority for Consumers & Markets, Second draft guidelines on 'Sustainability Agreements' (Rn. 67), Rn. 58.

niederländischen Bevölkerung Käufer des betroffenen Produkts sind. Sie tragen die gesamte Preiserhöhung. Mit Blick auf den anhand des Umweltpreises quantifizierten Nutzen der Vereinbarung kann den Verbrauchern jedoch nur ein Anteil direkt zugerechnet werden, da die gesamte niederländische Bevölkerung von den Umweltvorteilen profitiert. Der Anteil des Umweltnutzens ist indes nicht ausreichend, um den Anstieg der Verkaufspreise auszugleichen.⁷² Nunmehr vertritt die niederländische Behörde, den Marktbezug aufzugeben. Folglich soll bei der Prüfung, ob die Verbraucher an dem durch die wettbewerbsbeschränkende Absprache entstandenen Gewinn „angemessen beteiligt“ sind, der Vorteil der Absprache für die gesamte niederländische Bevölkerung eingestellt werden.⁷³ Die Verbraucher müssen demnach im Ergebnis nicht vollständig für den Preisanstieg kompensiert werden.⁷⁴

c) Grenzen

Trotz der vorhandenen Ansätze zur Quantifizierung kollektiver Vorteile überzeugt es nicht, sie bei der Subsumtion der Freistellungsvoraussetzungen im geltenden Kartellverbot einzubeziehen.⁷⁵ Vielmehr sollte die Entscheidung, ob kollektive Umweltvorteile die Freistellung ermöglichen, dem Gesetzgeber vorbehalten bleiben. Denn der Marktbezug der Freistellungsvoraussetzungen überzeugt konzeptionell. Das Kartellverbot dient in erster Linie dem Schutz der Wettbewerbsfreiheit. Die Verbraucherwohlfahrt steht nicht zusammenhangslos neben diesem Schutzziel. Stattdessen besteht im Grundsatz Gleichklang zwischen beiden Zielen, weil funktionsfähiger Wettbewerb die Verbraucherwohlfahrt grundsätzlich vergrößert. Verbrauchern kommt im Wettbewerbsprozess eine wichtige Rolle zu. Sie entscheiden letztlich, worum die Unternehmen wetteifern werden. Der Wettbewerb

72 Authority for Consumers & Markets, Second draft guidelines on 'Sustainability Agreements' (Fn. 67), Rn. 58.

73 Authority for Consumers & Markets, Second draft guidelines on 'Sustainability Agreements' (Fn. 67), Rn. 58.

74 Authority for Consumers & Markets, Second draft guidelines on 'Sustainability Agreements' (Fn. 67), Rn. 48, 60.

75 Andere Ansicht S. Holmes, Climate change, sustainability, and competition law, *Journal of Antitrust Enforcement*, 8(2), 2019, 354 (374 ff.).

als offener Prozess gibt keine Ziele vor.⁷⁶ Es sind die Verbraucher, die entscheiden, was sie für erstrebenswert halten und um welche Ziele die Unternehmen konkurrieren. Wenn kollektive Vorteile eine Freistellung ermöglichen, würde das EU-Kartellrecht den Verbrauchern letztlich vorschreiben, was sie wertzuschätzen haben. Dies ist mit dem Schutz eines freien Wettbewerbsprozesses schwer vereinbar.

Demnach können positive Auswirkungen auf andere als die kartellbetroffenen Verbraucher nur eingestellt werden, soweit die Verbraucher sie wertschätzen. Ist dies der Fall, handelt es sich nicht um kollektive, sondern um mittelbare Vorteile. Wie dargestellt,⁷⁷ sind mittelbare Vorteile im Rahmen der Freistellung berücksichtigungsfähig, da sie die Zahlungsbereitschaft der Verbraucher beeinflussen. Wie umfassend Umweltauswirkungen zukünftig in der Kartellrechtspraxis beachtet werden, wird daher davon abhängen, welche Methoden zur Ermittlung der Verbraucherwertschätzung zum Einsatz kommen. Dies soll abschließend anhand eines von der Kommission in ihren novellierten Leitlinien erwähnten Beispiels illustriert werden:⁷⁸ Wird Kleidung aus nachhaltiger Baumwolle produziert, so kommt dies der Umwelt unter anderem dadurch zugute, dass weniger Chemikalien beim Anbau der Baumwolle genutzt werden. Dieser Umweltvorteil kann in die kartellrechtliche Bewertung einbezogen werden, soweit die Verbraucher bereit sind, für Kleidung aus nachhaltiger Baumwolle einen höheren Preis zu bezahlen. In diesem Fall liegt ein mittelbarer Verbrauchernutzen vor, der nicht direkt erfahrbar ist. Ergibt die Ermittlung der Verbraucherwertschätzung jedoch, dass Verbraucher nicht bereit sind, für den nachhaltigen Anbau der Baumwolle mehr Geld auszugeben, so handelt es sich um einen kollektiven Vorteil. Dieser kann nach geltendem Recht keine Berücksichtigung im Rahmen der Freistellung finden.

Es ist nach alledem nicht die Aufgabe von Wettbewerbsbehörden, sondern die des Gesetzgebers, zu bestimmen, ob kollektive Vorteile für die wettbewerbsrechtliche Bewertung relevant sein sollen. In Österreich wurde das Kartellverbot in dieser Hinsicht bereits im Jahr 2021 novelliert. Gem. § 2 Abs. 1 S. 2 KartG werden Verbraucher auch dann angemessen am Gewinn

76 D. Higer, Nachhaltigkeitsvereinbarungen im Lichte jüngster Entwicklungen – endlich Rechtssicherheit?, NZKart 2022, 547 (547).

77 Siehe oben D. III. 2.

78 Kommission, Leitlinien zur Anwendbarkeit des Artikels 101 des Vertrags über die Arbeitsweise der Europäischen Union auf Vereinbarungen über horizontale Zusammenarbeit, ABl. 2023 Nr. C 259/1, Rn. 585.

beteiligt, wenn dieser „zu einer ökologisch nachhaltigen oder klimaneutralen Wirtschaft wesentlich beiträgt.“⁷⁹ Um den Vorrang des EU-Kartellverbots gem. Art. 3 Abs. 2 VO 1/2003 zu beachten, kann die österreichische Nachhaltigkeitsausnahme jedoch nur auf solche wettbewerbsbeschränkenden Absprachen Anwendung finden, die den zwischenstaatlichen Handel nicht zu beeinträchtigen geeignet sind.⁸⁰ In diesem Fall greift das europäische Kartellverbot nicht. Demnach werden vor allen regionale Nachhaltigkeitsinitiativen in Österreich von der erweiterten Freistellungsmöglichkeit profitieren.

Eine sektorspezifische Ausnahme auf europäischer Ebene findet sich seit dem Jahr 2021 in Art. 210a GMO-VO.⁸¹ Sie kommt landwirtschaftlichen Erzeugern zugute. Treffen diese vertikale oder horizontale wettbewerbsbeschränkende Initiativen, so findet das europäische Kartellverbot hierauf keine Anwendung, wenn sie darauf zielen, einen höheren Nachhaltigkeitsstandard anzuwenden als er durch das Unionsrecht oder das nationale Recht vorgeschrieben ist. Unter den Begriff des Nachhaltigkeitsstandards fallen gem. Art. 210a Abs. 3 GMO-VO unter anderem der Klimaschutz, die pestizidverringende landwirtschaftliche Erzeugung und das Tierwohl.

E. Schluss

Das europäische Kartellrecht prägt die auf die Freiheit des Wettbewerbs gerichtete Wirtschaftsordnung der Europäischen Union. Nachhaltigkeit ist kein primäres Ziel der kartellrechtlichen Vorschriften. Insbesondere darf das nur vorgeschobene Interesse am Umweltschutz nicht als Deckmantel für das *green washing* von wettbewerbsschädlichen Kartellen erhalten. Die Europäischen Verträge gebieten es auch nicht, das anerkannte Ziel der Verbraucherwohlfahrt aufzugeben und wettbewerbsbeschränkende Absprachen *de lege lata* wegen kollektiver Umweltvorteile freizustellen. Dies ist eine Entscheidung, die dem Gesetzgeber vorbehalten bleibt. Dennoch existiert die Wettbewerbsordnung nicht losgelöst von der europäischen Werteordnung. Es ist daher geboten, Nachhaltigkeit im Rahmen der Freistellungsvoraussetzungen umfassender zu berücksichtigen, insbesondere

79 Kartell- und Wettbewerbsrechts-Änderungsgesetz 2021, BGBl I 2021, 176. Dazu V. Strasser, Kartellrecht und Green Deal – der österreichische Weg, WuW 2022, 68 (71).

80 Strasser, Kartellrecht, (Fn. 79), 70.

81 Verordnung (EU) 1308/2013 über eine gemeinsame Marktorganisation für landwirtschaftliche Erzeugnisse, ABl. 2013 Nr. L 347/671.

durch die Erprobung neuer Analysemethoden zur Ermittlung der Verbraucherwertschätzung. Dadurch können nutzenunabhängige Verbrauchervorteile in die Abwägung eingestellt werden.

Hoffnungsträger Europäisches Beihilfenrecht – Antrieb oder Bremse für eine nachhaltige Zukunft Europas?

Leonie Heuer

A. Einführung

Seit dem European Green Deal¹ ist das Europäische Beihilfenrecht präsenter denn je. Wer an Investitionen in grüne Innovationen denkt, denkt gleichzeitig an staatliche Förderungen und damit - bewusst oder unbewusst - an das Europäische Beihilfenrecht. Und auch die Europäische Union setzt für ihre Nachhaltigkeitsstrategie große Hoffnung in die Unterstützung und Umsetzung innovativer Ideen durch die mitgliedstaatliche Vergabe umweltfreundlicher und Abschaffung umweltschädlicher Beihilfen.² Um den Mitgliedstaaten hierfür Anreize zu bieten, hat die Europäische Kommission bereits einige ihrer Beihilfevorschriften grundlegend überarbeitet und „fit für 55“³ gemacht.⁴

-
- 1 Mitteilung der Kommission an das Europäische Parlament, den Europäischen Rat, den Rat, den Europäischen Wirtschafts- und Sozialausschuss und den Ausschuss der Regionen, „der europäische Grüne Deal“, vom 11.12.2019, COM(2019) 640 final.
 - 2 Mitteilung der Kommission an das Europäische Parlament, den Europäischen Rat, den Rat, den Europäischen Wirtschafts- und Sozialausschuss und den Ausschuss der Regionen, „der europäische Grüne Deal“, vom 11.12.2019, COM(2019) 640 final, S. 21.
 - 3 „Fit für 55“ bezieht sich auf das Ziel der EU, die Netto-Treibhausgasemissionen bis 2030 um mindestens 55% zu senken und bezeichnet das EU-Klimaschutzpaket, das eine Reihe von Vorschlägen zur Überarbeitung und Aktualisierung der EU-Rechtsvorschriften umfasst, um diese mit dem Ziel für 2030 in Einklang zu bringen; abrufbar unter <https://www.consilium.europa.eu/de/policies/green-deal/fit-for-55-the-eu-plan-for-a-green-transition/>, zuletzt abgerufen am 31.08.2023.
 - 4 Hierzu zählen unter anderem die Mitteilung der Kommission, „Leitlinien für staatliche Klima-, Umweltschutz- und Energiebeihilfen 2022“, vom 18.02.2022, 22/C 80/01 (sog. KUEBLL), die Mitteilung der Kommission, „Unionsrahmen für staatliche Beihilfen zur Förderung von Forschung, Entwicklung und Innovation“, vom 19.10.2022, C(2022) 7388 final (sog. FuEuI-Unionsrahmen), die Mitteilung der Kommission, „Kriterien für die Würdigung der Vereinbarkeit von staatlichen Beihilfen zur Förderung wichtiger Vorhaben von gemeinsamem europäischem Interesse mit dem Binnenmarkt“, vom 25.11.2021, C(2021) 8481 final (sog. IPCEI-Mitteilung) und der „Green Deal Industrial Plan for the Net-Zero Age“, KOM(2023) 62 final.

Trotz dieser Bemühungen der Europäischen Kommission gilt nach wie vor: Auch „grüne Beihilfen“ haben sich an dem Beihilfenverbot des Art. 107 Abs. 1 AEUV messen zu lassen. Gleichzeitig stehen die Ausnahmetatbestände der Art. 107 Abs. 2 und Abs. 3 AEUV auch potenziell umweltschädlichen Beihilfen offen. Vor diesem Hintergrund stellt sich die Frage, was das Europäische Beihilfenrecht als Teil des EU-Wettbewerbsrechts für eine nachhaltige Entwicklung der Wirtschaft tun kann.

Der Beitrag widmet sich dieser Fragestellung und nimmt zunächst die Vorschrift des Art. 107 AEUV und seine Auslegung und Anwendung durch die Europäische Kommission und die Unionsgerichte in den Blick (B.). Sodann folgt eine Darstellung der Funktionen und Wirkungen des EU-Beihilfenrechts (C.). Abschließend wird die Einflussnahme der umweltschutzrechtlichen Querschnittsklausel des Art. 11 AEUV und des Kohärenzprinzips des Art. 7 AEUV auf das EU-Beihilfenrecht skizziert (D.) und zusammenfassend das Antriebspotenzial Letzteren für eine nachhaltige Zukunft Europas bewertet (E.). Die Ausführungen beschränken sich hierbei auf eine Betrachtung der ökologischen Nachhaltigkeit.

B. Die Zentralvorschrift des EU-Beihilfenrechts: Art. 107 AEUV

Zentrale Vorschrift des Europäischen Beihilfenrechts ist Art. 107 AEUV, der staatliche Beihilfen grundsätzlich mit dem Binnenmarkt unvereinbar (Abs. 1) und nur in Ausnahmefällen mit diesem vereinbar erklärt (Abs. 2 und Abs. 3).

Ähnlich wie die Grundfreiheiten, richten sich die Vorschriften des EU-Beihilfenrechts unmittelbar an die Mitgliedstaaten und legen diesen Handlungs- und Unterlassungspflichten auf.⁵ Beabsichtigt ein Mitgliedstaat die Einführung neuer Beihilfen oder die Umgestaltung bestehender Beihilfen, so ist er verpflichtet, die beabsichtigte Maßnahme vor Durchführung bei der Kommission anzumelden (Art. 108 Abs. 1 AEUV) und darf sie bis zu einem abschließenden Beschluss der Kommission nicht durchführen (Art. 108 Abs. 3 AEUV).⁶

Sobald sie in den Anwendungsbereich des EU-Beihilfenrechts fallen, sind notwendige staatliche Investition in grüne Innovationen, die den Un-

5 Vgl. B. Bär-Bouyssière, in: Schwarze/Becker/Hatje/Schoo (Hrsg.), EU-Kommentar, 4. Aufl. 2019, Art. 107 AEUV, Rn. 3.

6 Bär-Bouyssière (Fn. 5), Rn. 3.

ternehmen Anreize für eine nachhaltige Entwicklung der Wirtschaft bieten, demnach grundsätzlich untersagt bzw. können von den Mitgliedstaaten nicht unverzüglich, sondern erst nach Prüfung seitens der Europäischen Kommission durchgeführt werden. Dies birgt die Gefahr, dass notwendige Investitionen gar nicht oder erst zeitlich verzögert getätigt werden und dass das EU-Beihilfenrecht somit die grüne Transformation der Wirtschaft und eine nachhaltige Zukunft Europas bremst.

I. Der Beihilfenbegriff des Art. 107 Abs. 1 AEUV

Ausgangspunkt der Diskussion ist die Frage, wann eine staatliche Maßnahme eine staatliche Beihilfe im Sinne des Art. 107 Abs. 1 AEUV darstellt, sodass der Anwendungsbereich des Beihilfenverbots eröffnet ist und ob Umweltschutzaspekte hierbei (tatbestandsreduzierend) Berücksichtigung finden.

Gemäß Art. 107 Abs. 1 AEUV gilt:

*Soweit in den Verträgen nicht etwas anderes bestimmt ist, sind staatliche oder aus **staatlichen Mitteln** gewährte Beihilfen gleich welcher Art, die durch die **Begünstigung bestimmter Unternehmen** oder Produktionszweige den **Wettbewerb verfälschen** oder zu verfälschen drohen, mit dem Binnenmarkt unvereinbar, soweit sie den **Handel zwischen Mitgliedstaaten beeinträchtigen**. [Hervorhebung durch die Verfasserin]*

1. Weites Begriffsverständnis

Bei den kumulativ zu bejahenden Tatbestandsmerkmalen handelt es sich um unbestimmte Rechtsbegriffe, die von der Kommission durch ihre Kommissionspraxis sowie die Rechtsprechung der Unionsgerichte und seit 2016 auch durch die Bekanntmachung der Kommission zum Begriff der staatlichen Beihilfe⁷ ausgefüllt und bestimmbar werden. Hierbei gehen die Unionsorgane allgemein von einem weiten Verständnis des Begriffs der staatlichen Beihilfe aus, sodass zahlreiche Maßnahmen der Mitgliedstaaten unter den Anwendungsbereich des EU-Beihilfenrechts fallen und damit

⁷ Bekanntmachung der Kommission zum Begriff der staatlichen Beihilfe im Sinne des Artikels 107 Absatz 1 des Vertrags über die Arbeitsweise der Europäischen Kommission, vom 19.07.2016, 2016/C 262/01.

einer Kontrolle durch die Kommission unterstehen.⁸ In Teilen der Literatur wird aufgrund dieses weiten Begriffsverständnisses bereits kritisch von einer „Kompetenzanmaßung“ der Kommission gesprochen.⁹

2. Wirkungsbasierter Ansatz ohne Berücksichtigung von Umweltschutzaspekten

Ebenso differenziert der Beihilfenbegriff nicht zwischen den Zielen staatlicher Maßnahmen, sodass auch „grüne Beihilfen“, die dem Umweltschutz zu dienen bestimmt sind, grundsätzlich in den Anwendungsbereich des EU-Beihilfenrechts fallen und untersagt sind.¹⁰ Obwohl eine Berücksichtigung von Umweltschutzaspekten perspektivisch bei jedem Tatbestandsmerkmal denkbar wäre,¹¹ finden sie nur lückenhaft und eher durch Zufall Berücksichtigung.

Beispielsweise liegt eine *Begünstigung* nach der Unionsrechtsprechung vor, wenn ein Unternehmen einen wirtschaftlichen Vorteil erhält, den es unter normalen Marktbedingungen nicht erhalten hätte.¹² Für die Bestimmung verfolgen die Unionsgerichte einen reinen wirkungsbasierten Ansatz, der das Vorliegen einer Begünstigung ausschließlich nach den Wirkungen einer Maßnahme beurteilt und den Zielen oder Beweggründen einer staatlichen Förderentscheidung keine Bedeutung beimisst.¹³ Mit Blick auf diesen stringent wirkungsbasierten Ansatz werden Umweltschutzaspekte in die Beurteilung der Begünstigung nahezu gar nicht eingestellt.¹⁴ Denkbar erscheint eine Berücksichtigung im Rahmen des Prinzips vom marktwirtschaftlich handelnden Kapitalgeber (sog. *market investor principle*), nach welchem das Vorliegen einer Begünstigung für wirtschaftliches Handeln

8 M. Ludwigs, Demokratiefreie Gestaltung der europäischen Beihilfeaufsicht, EuZW 2017, 41 (42).

9 U. Soltész, Wo endet die „Allzuständigkeit“ des Europäischen Beihilferechts? - Grenzen der beihilferechtlichen Inhaltskontrolle, EuZW 2008, 97 (97).

10 A. Wiesbrock, Sustainable State aid - A full environmental integration into the EU's State aid rules?, in: B. Sjaafjell/A. Wiesbrock, The Greening of European Business under EU Law - Taking Article 11 Seriously, London 2015, S. 77 ff.

11 Wiesbrock, State aid (Fn. 10), S. 77 ff.

12 N. De Sadeleer, EU Environmental Law and the Internal Market, Oxford 2014, S. 438.

13 A. Bartosch, EU-Beihilfenrecht, 3. Aufl. 2020, Art. 107 Abs. 1 AEUV, Rn. 1; EuGH, 173/73, Italien/Kommission, ECLI:EU:C:1974:71, Rn. 13; Kommission (Fn. 7), Rn. 67.

14 vgl. J. Nowag, Environmental Integration in Competition and Free-Movement Laws, Oxford 2016, S. 94.

des Staates beurteilt wird.¹⁵ Die Unionsgerichte eröffnen hierfür jedoch nur einen begrenzten Spielraum.¹⁶ Es sei auf das Idealbild des marktwirtschaftlich handelnden Kapitalgebers abzustellen, welcher „unabhängig von allen sozialen oder regionalpolitischen Überlegungen oder Erwägungen einer sektorbezogenen Politik“¹⁷ entscheidet. Der EuGH räumt etwas Flexibilität ein, auch längerfristige Rentabilitätsaussichten in die Entscheidung einzustellen.¹⁸ Im Ergebnis ist dennoch auf einen informierten und umsichtigen privaten Kapitalgeber abzustellen, der unabhängig von allen möglichen Erwägungen, welche für die öffentliche Hand von Bedeutung sein mögen, auf eine angemessene Rendite abzielt.¹⁹ Ein Abstellen auf einen „nachhaltigen Investor“ erscheint nach der aktuellen Rechtsprechung nicht möglich, da gerade nicht entscheidend sei, ob das Unternehmen einen Investor hätte finden können, der unter den entsprechenden Bedingungen investiert hätte, sondern ob die Investition von einem anderen Investor unter denselben Bedingungen getätigt worden wäre.²⁰

Ähnliches gilt für die Bestimmung der *Selektivität*, die ebenfalls einem wirkungsbasierten Ansatz folgt, der nur wenig Raum für die Berücksichtigung von Umweltschutzaspekten bietet.²¹ Nach der Rechtsprechung des EuGH könnten Umweltschutzaspekte zumindest nicht zu dem Ergebnis führen, dass eine Maßnahme nicht selektiv sei.²² Ebenso stellten Umweltschutzaspekte keine hinreichende Rechtfertigung für eine Ungleichbehandlung von sich in einer vergleichbaren faktischen und rechtlichen Situation befindenden Unternehmen dar.²³ Eine Einbeziehung von Umweltschutzaspekten in die Prüfung der Selektivität findet demnach nur am Rande statt.²⁴

15 *Nowag*, Integration (Fn. 14), S. 93.

16 *Nowag*, Integration (Fn. 14), S. 97.

17 EuGH, 234/84, Belgien/Kommission, ECLI:EU:C:1986:302, Rn. 14.

18 EuGH, C- 305/89, Italien/Kommission; ECLI:EU:C:1991:142, Rn. 19 f.

19 *Bartosch*, EU-Beihilfenrecht (Fn. 13), Art. 107 Abs. 1 AEUV, Rn. 9.

20 EuG, T-163/05, Bundesverband deutscher Banken/Kommission, ECLI:EU:T:2010:59, Rn. 58 ff.; *Nowag*, Integration (Fn. 14), S. 99.

21 *Nowag*, Integration (Fn. 14), S. 100; *Wiesbrock*, State aid (Fn. 10), S. 83.

22 EuGH, C-487/06P, British Aggregates/Kommission, ECLI:EU:C:2008:757, Rn. 86 ff.; *Wiesbrock*, State aid (Fn. 10), S. 83.

23 EuGH, C-409/00, Spanien/Kommission, ECLI:EU:C:2003:92, Rn. 54; EuGH, C-487/06P (Fn. 22), Rn. 92.

24 Ebenso *Nowag*, Integration (Fn. 14), S. 102 f.; für eine eingehende Untersuchung des *Unternehmensbegriffs*, nach dessen Definition Umweltschutzmaßnahmen im Einzelfall durchaus eine nichtwirtschaftliche Tätigkeit darstellen können, die Begründung

Es erscheint daher, dass der Beihilfenbegriff nach der Unionspraxis ohne originäre Berücksichtigung von Umweltschutzaspekten und -zielen zu bestimmen ist. Insbesondere aufgrund der Anwendung eines wirkungsbasierenden Ansatzes, der nicht zwischen verschiedenen Zielen von Maßnahmen differenziert, gelten das Beihilfenverbot und der Anwendungsbereich des EU-Beihilfenrechts damit ebenso für dem Umweltschutz dienende Beihilfen, als auch für umweltschädliche Beihilfen. Eine Differenzierung auf Ebene des Art. 107 Abs. 1 AEUV findet nicht statt, obwohl bereits hier eine Einbeziehung von Umweltschutzaspekten durchaus denkbar erscheint.²⁵ Im Ergebnis lässt sich jedenfalls anerkennen, dass eine grundsätzliche Unterwerfung von Umweltschutzmaßnahmen unter die EU-Wettbewerbsregeln auch deren Qualität und Effizienz verbessern, Anreize für Innovationen schaffen und einen angemessenen Ausgleich zwischen den Interessen des Umweltschutzes und des Wettbewerbsschutzes herzustellen vermag und daher durchaus einen Antrieb für eine nachhaltige Zukunft Europas bedeuten kann.²⁶

II. Die Ausnahmetatbestände der Art. 107 Abs. 2 und Abs. 3 AEUV

Einer weiteren Betrachtung bedürfen auch die Ausnahmetatbestände der Art. 107 Abs. 2 und Abs. 3 AEUV und deren Auslegung durch die Unionsorgane.

1. Kein „Umwelttatbestand“ im Primärrecht

Zunächst ist festzustellen, dass keiner der Ausnahmetatbestände den Begriff „Umwelt“ oder „Umweltschutz“ enthält, sodass sich fragen lässt, ob Umweltschutzbeihilfen überhaupt vom Beihilfenverbot freigestellt werden können.

dieser Nichtwirtschaftlichkeit jedoch nicht aus einer Einbeziehung von Umweltschutzaspekten oder der Berücksichtigung des (Umweltschutz-)Ziels dieser Maßnahmen, sondern schlicht aus der nichtwirtschaftlichen Ausübung der konkret in Frage stehenden Tätigkeit folgt, vgl. *Nowag*, Integration (Fn. 14), S. 55 ff.

25 vgl. *Wiesbrock*, State aid (Fn. 10), S. 94; *Nowag*, Integration (Fn. 14), S. 106 ff.

26 ebenso *S. Kingston*, *Greening EU Competition Law and Policy*, Cambridge 2011, S. 204 f.

Unter die Tatbestände des Art. 107 Abs. 2 AEUV erscheint eine Subsumtion von Umweltschutzbeihilfen schwierig. In Betracht käme ggf. Art. 107 Abs. 2 lit. a) AEUV, wenn der Wortlaut „sozialer Charakter“ so weit ausgelegt würde, dass dieser auch den Umweltschutz umfasst.²⁷ Allerdings ist bislang keine dahingehende Kommissionspraxis erkennbar.²⁸

Die Unionspraxis geht jedoch dahin, Umweltschutzbeihilfen unter den Ausnahmetatbestand des Art. 107 Abs. 3 lit. b) zu fassen, wenn es sich um ein wichtiges Vorhaben von gemeinsamem europäischen Interesse handelt, das die Voraussetzungen der IPCEI-Mitteilung erfüllt, oder - und dies ist der Regelfall - unter den Ausnahmetatbestand des Art. 107 Abs. 3 lit. c) AEUV.

2. Einerseits: Art. 107 Abs. 3 lit. c) AEUV für Umweltschutzbeihilfen

Mit Art. 107 Abs. 3 lit. c) AEUV existiert ein offener, flexibler Ausnahmetatbestand, für dessen Anwendung der Kommission ein weites Ermessen zugestanden wird.²⁹ Gemäß Art. 107 Abs. 3 lit. c) AEUV gilt:

Als mit dem Binnenmarkt vereinbar können angesehen werden:

[...]

c) Beihilfen zur Förderung der Entwicklung gewisser Wirtschaftszweige oder Wirtschaftsgebiete, soweit sie die Handelsbedingungen nicht in einer Weise verändern, die dem gemeinsamen Interesse zuwiderläuft;

Da Art. 107 Abs. 3 lit. c) AEUV sehr weit gefasst ist und nur wenig Sekundärrecht im EU-Beihilfenrecht existiert, besteht der Bedarf nach einer Konkretisierung des Primärrechts. Um mehr Rechtssicherheit und Transparenz für die Mitgliedstaaten und die Beihilfeempfänger zu schaffen und die oft langwierigen Notifizierungsverfahren unabhängiger und vorhersehbarer zu gestalten, hat die Kommission ihr Ermessen in den letzten Jahren über den Erlass von Leitlinien, Unionsrahmen, Bekanntmachungen und Mittei-

27 vgl. *Nowag*, Integration (Fn. 14), S. 116.; EuG, T-347/09, Deutschland/Kommission, EU:T:2013:418, Rn. 31.

28 *Nowag*, Integration (Fn. 14), S. 116.

29 *W. Cremer*, in: *Calliess/Ruffert* (Hrsg.), *EUV/AEUV-Kommentar*, 6. Aufl., München 2022, Art. 107 AEUV, Rn. 53.

lungen (sog. *soft law*) konkretisiert und sich damit selbst für bestimmte Gruppen von Beihilfen eine Bindung ihres Ermessens auferlegt.³⁰

Eine der am häufigsten diskutierten Beihilfeleitlinien sind die Leitlinien für Umweltschutzbeihilfen, die in ihrer ersten Form als Mitteilung bereits seit dem Jahr 1974 das Ermessen der Kommission binden, seither stetig ausgebaut und angepasst wurden und seit dem 01.01.2022 im Rahmen des „Fit für 55“-Pakets als *Leitlinien für staatliche Klima-, Umweltschutz und Energiebeihilfen* neugefasst wurden.³¹ Der Anwendungsbereich dieser Beihilfeleitlinien ist sehr umfassend und die Freistellungsmöglichkeiten sind vielfältig. Gleiches gilt für den *Green Deal Industrial Plan*³², der für „grüne Beihilfen“ materielle und prozedurale Lockerungen der beihilfenrechtlichen Vorgaben vorsieht.³³ In Teilen der Literatur wird daher bereits (kritisch) von einer de facto Umkehr des Regel-Ausnahme-Verhältnisses des Art. 107 AEUV gesprochen.³⁴ Diese führt zwar zu einer großzügigen Genehmigung umweltfreundlicher Beihilfen, könnte in einer extensiven Form aber Gefahr laufen, das Beihilfenverbot zu untergraben und damit den Markt und den Wettbewerb dahingehend negativ beeinflussen, dass die Anreizwirkung von Beihilfen für innovative Ideen in das Gegenteil verkehrt und eine nachhaltige Entwicklung somit behindert, sowie der weltweite Subventionswettbewerb eher angefacht als abgeschwächt würde.³⁵

3. Andererseits: Art. 107 Ab. 3 lit. c) AEUV für umweltschädliche Beihilfen

Ebenso wie Art. 107 Abs. 3 lit. c) AEUV durch seinen weiten Wortlaut die Freistellung von dem Umweltschutz dienenden Maßnahmen ermöglicht, können jedoch auch umweltschädliche Beihilfen, wie beispielsweise solche für fossile Brennstoffe, als „Förderung gewisser Wirtschaftszweige“ grundsätzlich unter dessen Wortlaut fallen und von der Kommission genehmigt

30 Vgl. M. Auer, Das Europäische Beihilferecht und die Förderung erneuerbarer Energien - Praxis und Grenzen beihilferechtlicher Einflussnahme auf mitgliedstaatliche Politik, Baden-Baden 2020, S. 90 ff., 99 ff., 114 ff.

31 s. Fn. 4.

32 s. Fn. 4.

33 S. Meyer/C. Hoffmann, Die grüne Transformation des europäischen Beihilferechts, EuZW 2023, 413 (417).

34 Meyer/Hoffmann, Transformation, (Fn. 33), 417.

35 ähnlich Meyer/Hoffmann, Transformation (Fn. 33), 417; V. Lemonnier, The EU Green Deal Industrial Plan: Did the EU Just Avert a Revolution in State Aid Law?, EStAL 2 (2023), 123 (130 f.).

werden. Solange dem Ausnahmetatbestand dahingehend keine Grenzen gesetzt sind und die Kommission Umweltschutzaspekte nicht auch beihilfenverhindernd oder -einschränkend berücksichtigen muss bzw. kann, offenbar sich wiederum Hemmungspotenzial für eine nachhaltige Zukunft Europas.³⁶

Einer Betrachtung bedarf demnach die Frage, inwieweit Umweltschutzaspekte von der Kommission im Rahmen des Art. 107 Abs. 3 lit. c) AEUV berücksichtigt werden können bzw. berücksichtigt werden müssen, um eine umweltschädliche Beihilfenvergabe der Mitgliedstaaten zumindest einzuschränken. Den Rahmen hierfür bilden Fragen der Kompetenz der Kommission, der Konzeption des EU-Beihilfenrechts und der Möglichkeit der Einflussnahme von Umweltschutzaspekten. Entsprechend seiner Rechtsprechung in der Rechtssache *Hinkley Point C*³⁷ differenziert der EuGH zwischen einem Verstoß gegen EU-Umweltrecht einerseits und der Berücksichtigung von negativen Auswirkungen auf die Umwelt im Rahmen der Abwägungsprüfung des Art. 107 Abs. 3 lit. c) AEUV andererseits.

a) Verstoß gegen EU-Umweltrecht

Nach Ansicht des EuGH muss die Kommission im Rahmen ihrer Vereinbarkeitsprüfung nach Art. 107 Abs. 3 lit. c) AEUV prüfen, ob die mit der Beihilfe geförderte wirtschaftliche Tätigkeit nicht gegen Vorschriften im Bereich der Umwelt verstößt. Stellt sie einen Verstoß gegen diese Vorschriften fest, ist sie verpflichtet, die betreffende Beihilfe ohne weitere Prüfung für mit dem Binnenmarkt unvereinbar zu erklären.³⁸ Die Prüfung erstreckt sich sowohl auf einen Verstoß gegen das primäre als auch das sekundäre Unionsumweltrecht.³⁹ Die Prüfung ist verpflichtend von der Kommission

36 ähnlich C. Ziegler, *The Decommissioning of Lignite- and Coal-Fired Power Plants in the Commission's State Aid Practice and the European Green Deal*, EStAL 3 (2022), 237 (244); J. Nowag/L. Mundaca/M. Aahman, *Phasing out fossil fuel subsidies in the EU? Exploring the role of state aid rules*, Climate Policy, 21:8, 1037 (1048), abrufbar unter: <https://doi.org/10.1080/14693062.2021.1965523>, zuletzt abgerufen am 31.08.2023.

37 EuGH, C-594/18 P, Österreich/Kommission, ECLI:EU:C:2020:742.

38 EuGH, C-594/18 P, Österreich/Kommission, ECLI:EU:C:2020:742, Rn. 100.

39 *Olthoff/von Bonin*, Das „Hinkley Point“-Urteil des EuGH; Berücksichtigung von Nachhaltigkeitsaspekten in der beihilferechtlichen Prüfung sowie allgemein im EU-Kartell- und Fusionskontrollrecht, EuZW 2021, 181 (183); B. Peters, Anmerkung

durchzuführen und die Unvereinbarkeit der Beihilfe festzustellen, wenn der Verstoß durch die mit der Beihilfe geförderte wirtschaftliche Tätigkeit oder sonstiger mit der Beihilfe untrennbar verbundenen Modalitäten herbeigeführt wird.⁴⁰

b) Umweltschutzaspekte in der Abwägungsprüfung

Sofern ein Verstoß nicht festgestellt werden kann, tritt die Kommission in die Prüfung der Abwägung der positiven Auswirkungen der geplanten Beihilfe auf die Entwicklung der Tätigkeit, die sie fördern soll, gegen die negativen Auswirkungen, die diese Beihilfe auf den Binnenmarkt haben kann, ein. Mit der Argumentation des EuGH umfasst gem. Art. 26 Abs. 2 AEUV der Binnenmarkt „einen Raum ohne Binnengrenzen, in dem der freie Verkehr von Waren, Personen, Dienstleistungen und Kapital gemäß den Bestimmungen der Verträge gewährleistet ist“. Die Kommission habe daher die nachteiligen Auswirkungen der staatlichen Beihilfe auf den Wettbewerb und den Handel zwischen den Mitgliedstaaten zu berücksichtigen, erforderlich sei jedoch nicht, etwaige andere nachteilige Auswirkungen als diese zu berücksichtigen, insbesondere auch keine nachteiligen Auswirkungen auf die Umwelt.⁴¹

Mit dieser Auslegung des Art. 26 Abs. 2 AEUV und des Art. 107 Abs. 3 lit. c) AEUV steht letzterer auch für die Genehmigung von umweltschädlichen Beihilfen zur Verfügung, die zwar keinen Verstoß gegen EU-Umweltrecht bewirken (sei es dadurch, dass das Niveau eines Verstoßes nicht erreicht wird, oder aber kein dahingehendes EU-Umweltrecht besteht),

zu EuGH: Beihilferecht: Britische Beihilfen zugunsten des Kernkraftwerks Hinkley Point C, EuZW 2021, 72 (84).

40 EuGH, C-284/21 P, Braesch u. a./Kommission, ECLI:EU:C:2023:58, Rn. 97, womit der EuGH gleichzeitig ausdrücklich klarstellt, dass er weiterhin an dem Erfordernis der untrennbaren Verbindung festhält, nachdem in dem literarischen Diskurs zu der Rechtsprechung des EuGH in C-594/18 P, Österreich/Kommission („Hinkley Point C“) teilweise vertreten wurde, der EuGH habe - zumindest bei einem Verstoß gegen Umweltrecht - von diesem Erfordernis Abstand genommen (vgl. beispielsweise G. Hogan, Examining the wider considerations underpinning State aid and Article 107 TFEU: from BUPA to Hinkley Point, in: J. López/L. Hancher/L. Rubini (Hrsg.), The Future of EU State Aid Law: Consolidation and Expansion, Madrid 2023, S. 221; S. Kingston, State Aid and the European Green Deal: The Implications of Austria v. European Commission (C-594/18P), European Law Review, 2021, 46 (3), 365 (374 ff.)).

41 EuGH C-594/18 P, Österreich/Kommission, ECLI:EU:C:2020:74, Rn. 101, 102.

sich aber ansonsten nachteilig auf die Umwelt und damit die nachhaltige Entwicklung auswirken können. Ob es der Kommission im Rahmen ihres Ermessens unbenommen ist, Umweltschutzaspekte dennoch auf Seiten der negativen Auswirkungen zu berücksichtigen, ohne einen Ermessensfehler zu begehen, bleibt nach der Rechtsprechung des EuGH offen.⁴²

Hierdurch offenbart sich ein weiterer hemmender Faktor des EU-Beihilfenrechts.

C. Funktionen und Wirkungen des EU-Beihilfenrechts

Ein Blick auf die Funktion und Wirkung des EU-Beihilfenrechts lässt jedoch erkennen, dass dieses Rechtsgebiet durchaus auch geeignet sein kann, als ein Instrument des Umweltschutzes und der Umweltpolitik der Union eingesetzt zu werden, dessen entscheidender Vorteil darin besteht, dass es sich um ein flexibles, marktbasierendes Instrument handelt, welches gleichzeitig den Schutz des Binnenmarktes sicherzustellen geeignet ist.⁴³ Um zu skizzieren, wie das EU-Beihilfenrecht, von der Kommission gekonnt eingesetzt, geeignet ist, lenkend auf die mitgliedstaatliche Förder- und damit Wirtschaftspolitik einzuwirken, bedarf es einer näheren Betrachtung der Rolle des EU-Beihilfenrechts und einer Einordnung desselben in das Gesamtgefüge von negativer und positiver Integration.

I. Instrument negativer Integration

Das Europäische Beihilfenrecht als Teil der Wettbewerbspolitik ist geprägt von der *Beihilfenaufsicht* der Kommission. Dementsprechend folgt es der Logik der negativen Integration.⁴⁴ Instrumente der negativen Integration verhindern Wettbewerbsverfälschungen und schützen damit den EU-Binnenmarkt, indem sie wettbewerbsverzerrende Verhaltensweisen untersa-

42 Ebenso fragend P. Nicolaidis, *Must the Commission Prohibit State Aid That Harms the Environment?*, EStAL 1 (2023), 17 (28).

43 Mitteilung der Kommission „A Green Deal Industrial Plan for the Net-Zero Age“, KOM (2023) 62 final, S. 8.

44 M. Blauburger, *From negative to positive integration? European state aid control through soft and hard law*, MPfG Discussion Paper, No. 08/4, Max Planck Institute for the Study of Societies, Cologne 2008.

gen.⁴⁵ Eine Harmonisierung mitgliedstaatlicher Wirtschaftspolitik bezwecken Instrumente negativer Integration entsprechend ihrer ursprünglichen Intention nicht.⁴⁶ Die Mitgliedstaaten werden durch das EU-Beihilfenrecht und die Aufsicht der Kommission in ihrer Möglichkeit, Beihilfen zu gewähren und dadurch regulierend auf den Markt einzuwirken, beschränkt.⁴⁷ Schutzgut des EU-Beihilfenrechts ist hierbei der Binnenmarkt, der vor Verfälschungen durch Bevorteilung einzelner Marktteilnehmer und einem unkontrollierten Subventionswettbewerb zwischen den Mitgliedstaaten geschützt werden soll.⁴⁸

II. Instrument positiver Integration

In den vergangenen Jahren hat die Kommission das EU-Beihilfenrecht und seine weitgefassten primärrechtlichen Bestimmungen durch eine Palette von soft laws geprägt und ausgestaltet. Mit der hierdurch entstandenen *Beihilfenpolitik* gelingt es der Kommission, aktiv gestaltend tätig zu werden und den Mitgliedstaaten gezielt Anreize für die Vergabe solcher „guten“ Beihilfen zu geben und sie von der Vergabe „schlechter“ Beihilfen durch die Auferlegung strenger Erfordernisse abzuhalten.⁴⁹ Das EU-Beihilfenrecht wird so zu einem Instrument der Kommission, mit welchem sie lenkend auf die mitgliedstaatliche Förder- und damit Wirtschaftspolitik einwirken und die Mitgliedstaaten in Richtung der Verwirklichung der von der Union gesteckten und anvisierten Ziele bewegen kann.⁵⁰

Gleichzeitig gelingt es der Kommission durch ihre Beihilfenpolitik, die mitgliedstaatliche Ausgestaltung der Beihilfen und damit die Modalitäten der Beihilfen dahingehend zu gestalten, dass diese bei Erreichung der anvisierten Ziele zu der geringsten Wettbewerbsverzerrung führen. Recht anschaulich wird dieser Vorteil des Einsatzes eines marktbasiereten Instru-

45 Auer, Förderung (Fn. 30), S. 212.

46 Blauberger, Integration (Fn. 44), S. 5.

47 Auer, Förderung (Fn. 30), S. 211 ff.

48 G. Ollinger, Nachvollziehende Verfahrenskontrolle im EU-Beihilfenrecht - Zur unionsgerichtlichen Überprüfung komplexer wirtschaftlicher Bewertungen der EU-Beihilfenaufsicht, Tübingen 2019, S. 14.

49 vgl. S. Storr, Wirtschaftslenkung durch Beihilfenrecht unter besonderer Berücksichtigung der Bankenbeihilfen und der Regionalbeihilfen, in: T. Müller/N. Raschauer (Hrsg.), Europäisches Wirtschaftslenkungs- und Regulierungsrecht, Wien 2015, S. 27; Blauberger, Integration (Fn. 44), S. 6.

50 Storr, Wirtschaftslenkung (Fn. 49), S. 24; Blauberger, Integration (Fn. 44), S. 15.

ments zur Zielerreichung anhand der KUEBLL 2022, in welchen die Kommission für die Ausgestaltung der Beihilfen konkrete Mechanismen und Modalitäten vorschreibt, die den Wettbewerb schützen.⁵¹

Die mitgliedstaatlichen Politiken werden dementsprechend, orientiert an der Kommissionspraxis, (zumindest in Teilen)⁵² harmonisiert. Das EU-Beihilfenrecht wird so zu einem Instrument positiver Integration.⁵³

Diese Form der positiven Integration besteht im EU-Beihilfenrecht jedoch nicht grenzlos, insbesondere findet keine Vollharmonisierung statt. Im EU-Beihilfenrecht endet die Kompetenz der Kommission bei der Setzung von Anreizen mittels des soft laws und der Kontrolle ihr zur Genehmigung vorgelegten Beihilfen entsprechend ihrer Aufsichtskompetenz. Eine Kompetenz, die Mitgliedstaaten zur Vergabe staatlicher Beihilfen zu verpflichten, kommt ihr gerade nicht zu. Die endgültige Entscheidung zur Beihilfengewährung und zu der Wahl des Beihilfeinstruments sowie die finanzielle Hoheit über die staatliche Mittelvergabe verbleiben stets bei den Mitgliedstaaten selbst.⁵⁴ Für das „Ob“ der Beihilfengewährung kann die Kommission damit lediglich Anreize schaffen. Das EU-Beihilfenrecht kann daher niemals im Sinne einer *EU-Beihilfenpolitik* zu einer Vollharmonisierung der mitgliedstaatlichen Förder- und Wirtschaftspolitik führen.⁵⁵

Darüber hinaus liefe die Kommission Gefahr, ihre Kompetenz und Hoheit im Rahmen der Beihilfenaufsicht und damit ihr Instrument der negativen Integration zu untergraben, würde sie für sämtliche Bereiche detaillierte Regelungen treffen und sich damit im Rahmen der Selbstbindung ihrer Flexibilität bei der Beihilfenkontrolle berauben.⁵⁶ Um sich diese Freiheit selbst zu erhalten, wird die Kommission auch in ihrem soft law stets Freiräume durch ein Minus an Regulierung beibehalten und sich dadurch selbst von einer Vollharmonisierung distanzieren.⁵⁷

51 zu nennen sind hier beispielsweise das Erfordernis des Ausschreibungsverfahrens sowie von ex-post-Evaluierungen und die Befristung von Beihilferegelungen; vgl. KUEBLL (Fn. 4).

52 Auer spricht hier von einer „Mindestharmonisierung der mitgliedstaatlichen Förderpolitik“, Auer, Förderung (Fn. 30), S. 172.

53 Blauburger, Integration (Fn. 44), S. 5.

54 vgl. Auer, Förderung (Fn. 30), S. 222; Blauburger, Integration (Fn. 44), S. 22.

55 Blauburger, Integration (Fn. 44), S. 22.

56 Blauburger, Integration (Fn. 44), S. 23.

57 Blauburger, Integration (Fn. 44), S. 23.

III. Antriebspotenzial des EU-Beihilfenrechts durch die Kombination von negativer und positiver Integrationswirkung

Das EU-Beihilfenrecht präsentiert demnach ein marktbasierendes Instrument, das Elemente der negativen und der positiven Integration bestmöglich kombiniert und miteinander vereint. Hierdurch wird es zu einem bedeutenden und starken Instrument der Kommission, um Umwelt- und Klimaschutzziele zu adressieren und zu einer nachhaltigen Entwicklung der Wirtschaft beizutragen, gleichzeitig aber bei seinem Beitrag zur Zielverwirklichung immer auch den Schutz des Binnenmarktes zu gewährleisten. Dem EU-Beihilfenrecht gelingt es dadurch, wettbewerbsorientiert zur Zielerreichung beizutragen. Ihm kommt damit ein bedeutendes Antriebspotenzial für eine nachhaltige Zukunft Europas zu.

D. Umweltschutz im EU-Beihilfenrecht durch Art. 11 und Art. 7 AEUV

Die Bedeutung des EU-Beihilfenrechts für eine nachhaltige Zukunft Europas wird ferner durch den Einfluss von Umweltschutzaspekten auf das EU-Beihilfenrecht und der hieraus resultierenden Konsequenzen deutlich. Dafür bedarf es einer näheren Betrachtung von Art. 11 und Art. 7 AEUV.

I. Die Querschnittsklausel des Art. 11 AEUV im EU-Beihilfenrecht

Der Umweltschutz i. S. d. Art. 11 AEUV stellt ein Ziel der Europäischen Union dar, welches auch in Art. 3 Abs. 3 EUV als solches normiert ist und darüber hinaus nicht nur in Art. 11 AEUV, sondern auch in Art. 191 AEUV und 37 EU-GRCh seine gesetzliche Verankerung findet. Entsprechend seiner heutigen Fassung in Art. 11 AEUV gilt:

*„Die **Erfordernisse** des Umweltschutzes müssen bei der Festlegung und Durchführung der Unionspolitiken und **-maßnahmen** insbesondere zur Förderung einer nachhaltigen Entwicklung **einbezogen** werden.“* [Hervorhebung durch die Verfasserin]

Art. 11 AEUV ist eine der Querschnittsklauseln, die im Allgemeinen Teil des AEUV normiert ist. Sie führt zu einem querschnittsartigen Einwirken des Umweltschutzes in sämtliche Bereiche des Unionsrechts.⁵⁸

I. Bedeutung von Art. 11 AEUV

Im Vergleich zu den anderen Querschnittsklauseln nimmt Art. 11 AEUV eine Sonderstellung ein, da sie als einzige das *Einbeziehungs*postulat statuiert und damit eine *Integration* des Querschnittsziels Umweltschutz in die geöffneten Unionspolitiken und -maßnahmen verlangt.⁵⁹ Nach dem Wortsinne und Sprachgebrauch bedeuten *einbeziehen* und *integrieren*⁶⁰ „etwas in eine Beziehung bringen“ oder „als dazugehörend betrachten“, „eingliedern“, „zusammenschließen“, „aufnehmen“,⁶¹ sodass der Umweltschutz i. S. d. Art. 11 AEUV zum *Bestandteil* der Politiken und Maßnahmen in den anderen Bereichen zu erheben ist. Damit hat Art. 11 AEUV bereits vom Wortlaut her die stärkste und weitreichendste Bedeutung im Vergleich zu den anderen Querschnittsklauseln.⁶²

Für die Ausgestaltung dieses Einbeziehungspostulats und damit die Wirkung von Art. 11 AEUV lässt sich eine starke Interpretation vertreten, nach der sich die Erfordernisse des Umweltschutzes auch *inhaltlich* in den Entscheidungen niederschlagen müssen, indem sie das Ergebnis einer Entscheidungsfindung beeinflussen.⁶³

Durch die Normierung, dass die *Erfordernisse* des Umweltschutzes einbezogen werden müssen, wird eine gewisse Dringlichkeit, aber auch Flexibilität der Vorschrift deutlich. Zur Auslegung, was mit den Erfordernissen des Umweltschutzes gemeint ist, lässt sich zunächst auf Art. 191 AEUV abstellen.⁶⁴ Art. 11 AEUV erschöpft sich jedoch nicht in Art. 191 AEUV, son-

58 L. Breuer, Das EU-Kartellrecht im Kraftfeld der Unionsziele - Die finale Programmierung der Unionstätigkeit durch die Querschnittsklauseln am Beispiel des Art. 101 AEUV, München 2013, S. 42.

59 W. Kahl, in: Streinz (Hrsg.), EUV/AEUV-Kommentar, 3. Aufl., München 2018, Art. 11 AEUV, Rn. 1 ff.

60 so die englische Sprachfassung des Vertrages.

61 vgl. Duden, abrufbar unter: <https://www.duden.de/rechtschreibung/einbeziehen>, <https://www.duden.de/rechtschreibung/integrieren>, zuletzt abgerufen am 31.08.2023.

62 Kahl (Fn. 59), Art. 191 AEUV, Rn. 36 f.

63 Breuer, Kraftfeld (Fn. 58), S. 183 ff.

64 S. Breier, in: Lenz/Borchardt (Hrsg.), EU-Verträge, Art. 11 AEUV, Köln/Wien 2013, Rn. 7; ebenso: Breuer, Kraftfeld (Fn. 58), S. 104, S. 107; Kahl, (Fn. 59), Art. 11 AEUV, Rn. 16.

dern beinhaltet vielmehr durch das explizite Abstellen auf die Erfordernisse ein gewisses temporäres und dynamisches Element. Die konkrete Ausprägung der *Erfordernisse* des Umweltschutzes lässt sich durch die aktuellen Normierungen und Maßnahmen im Bereich des Umweltschutzes definieren.⁶⁵ Hierzu zählen unter anderem das Europäische Klimaschutzgesetz und der Green Deal ebenso wie das Pariser Klimaschutzübereinkommen und die Aktionsprogramme.⁶⁶ Die Summe all dieser Vorschriften und Regelungen bildet die (aktuellen) Erfordernisse des Umweltschutzes, die über Art. 11 AEUV einbezogen werden müssen und sich auch durch eine gewisse Dringlichkeit und die Berücksichtigung drohender irreparabler Schäden auszeichnen.

2. Ausprägung und Wirkung im EU-Beihilfenrecht

Mit diesem Verständnis kann Art. 11 AEUV in verschiedenen, von *Kahl* als *Regeln* bezeichneten, Ausprägungen relevant werden.⁶⁷ Im EU-Beihilfenrecht werden insbesondere die nachfolgenden Regeln relevant.

a) Die Handlungsregel

Nach der aus Art. 11 AEUV folgenden Handlungsregel unterliegen die Unionsorgane zum einen einem Rechtssetzungsauftrag, Rechtsakte zu erlassen, die Umweltschutzaspekte adressieren, und zum anderen einer permanenten Revisions- und Aktualisierungspflicht in Bezug auf bestehende Regelungen.⁶⁸ In Bezug auf das EU-Beihilfenrecht spiegelt sich diese Ausprägung

65 ebenso *S. Lünenbürger/C. Holtmann*, A State Aid Framework for a Green Recovery - Mainstreaming climate protection in EU State aid law, S. 32, abrufbar unter <https://www.clientearth.org/latest/documents/a-state-aid-framework-for-a-green-recovery-mainstreaming-climate-protection-in-eu-state-aid-law/>, zuletzt abgerufen am 31.08.2023; *S. Lünenbürger/C. Holtmann/J. Delarue*, Implementation of the Green Deal: Integrating Environmental Protection Requirements into the Design and Assessment of State Aid, *EStAL* 4 (2020), 418 (423).

66 *Lünenbürger/Holtmann/Delarue*, Green Deal (Fn. 65), 423.

67 *W. Kahl*, Umweltprinzip und Gemeinschaftsrecht - Eine Untersuchung zur Rechtsidee des „bestmöglichen Umweltschutzes“ im EWG-Vertrag, Heidelberg 1992, S. 92 ff.; ob es dieser Rechtsfigur tatsächlich bedarf, oder eine Ableitung dieser Regeln nicht allein aus der hervorgehobenen Stellung des Art. 11 AEUV folgt, sei an dieser Stelle dahingestellt; vgl. hierzu auch *Breier* (Fn. 64), Art. 11 AEUV, Rn. 17.

68 *Kahl*, Umweltprinzip (Fn. 65), S. 92 ff.

insbesondere in dem Fitnesscheck-Paket „Fit for 55“ wider, welches sämtliche Verordnungen, Mitteilungen und Bekanntmachungen der Kommission einer Revision- und Aktualisierung in Bezug auf die Ziele des European Green Deals unterzieht. Die Handlungsregel kommt im EU-Beihilfenrecht ferner bei der Frage zum Tragen, ob die primärrechtlichen Regelungen des Art. 107 AEUV, insbesondere die Ausnahmetatbestände der Abs. 2 und 3, den Anforderungen des Art. 11 AEUV genügen oder dieser nicht vielmehr primärrechtliche Regelungen mit Umweltbezug auch für das EU-Beihilfenrecht fordert.⁶⁹

b) Die Kooperationsregel

Die Kooperationsregel beinhaltet das Gebot zur funktionell-arbeitsteiligen Verwirklichung des Umweltschutzes i. S. d. Art. 11 AEUV und erhebt die Union zu einer „kooperativen Umweltunion“.⁷⁰ Im EU-Beihilfenrecht wirkt sich die Kooperationsregel im Besonderen in einer intrainstitutionellen Kooperation innerhalb der Kommission und hierbei der Generaldirektionen Wettbewerb und Umwelt, aber auch in Bezug auf die einzelnen Agenturen und die Frage nach der Notwendigkeit eines „Chief Ecologist“ innerhalb der Generaldirektion Wettbewerb aus.

c) Die Präferenz- und Abwägungsregel

Nach der Präferenz- und Abwägungsregel ist Art. 11 AEUV stets in die Abwägung einzustellen. Im Konflikt mit anderen Zielen und Interessen kommt ihm in der Abwägung zwar kein absoluter,⁷¹ bei gleicher Eingriffs-

69 vgl. in diese Richtung *T. Jaeger*, Zukunft des EU-Wettbewerbsrechts: Signale der Konferenz, Reformbedarf und Optionen, *EuZW*, 2022, 642 (647).

70 *Kahl*, Umweltprinzip (Fn. 67) S. 120.

71 Da jedem Einbeziehen bzw. Integrieren i.S.v. Art. 11 AEUV auch ein gewisses Abwägungselement immanent ist, das es erfordert, verschiedene Ziele zu einer Einheit zu verbinden und damit in Ausgleich bzw. Balance zu bringen und gerade nicht als selbständige Systeme nebeneinander zu stellen, ist ein absoluter Vorrang von Umweltschutzaspekten bereits mit dem Wortlaut von Art. 11 AEUV abzulehnen. Dieser würde zudem dazu führen, dass es per se gar keiner Abwägung mehr bedürfe, was mit dem Prinzip des Vertrages und insbesondere auch mit dem EU-Beihilfenrecht nicht zu vereinbaren ist, vgl. *Kahl*, Umweltprinzip (Fn. 67), S. 161 f.

intensität wohl aber ein relativer Vorrang,⁷² bzw. entsprechend seines Wortlauts nach der hier vertreten Ansicht ein *erfordernisbasierter, temporärer Vorrang* im Sinne eines *Wertungsvorsprungs* zu, der sich an den (aktuellen) Erfordernissen des Umweltschutzes orientiert, unter Berücksichtigung der hervorgehobenen Stellung des Art. 11 AEUV aber niemals hinter die Gewährleistung eines hohen Schutzniveaus entsprechend Art. 114 Abs. 3, 191 Abs. 3 AEUV zurücktreten darf.⁷³ Eine Grenze dieses Vorrangs bildet der *Wesensgehalt* des mit dem Umweltschutz konfligierenden Ziels.⁷⁴ Sofern eine Beeinträchtigung der Umwelt aufgrund des Wesensgehalts eines konfligierenden Ziels unvermeidbar ist, bedarf es nach Art. 11 AEUV eines Interessensausgleichs - beispielsweise der Normierung von Umweltauflagen oder Verpflichtungszusagen -, notfalls der Vornahme von Ersatzmaßnahmen ökologischer Natur.⁷⁵ Im Sinne der ökologischen Konfliktbewältigung fordert Art. 11 AEUV in diesem Fall gemessen an den Erfordernissen des Umweltschutzes einen *Mindestschutzstandard*.⁷⁶

d) Die Auslegungsregel

Die aus Art. 11 AEUV ebenfalls folgende und für das EU-Beihilfenrecht besonders bedeutsame Auslegungsregel macht den Grundsatz der *umwelt-*

72 Kahl, Umweltprinzip (Fn. 67), S. 166 f.; Breuer, Kraftfeld (Fn. 58), S. 199 ff.; C. Andrée, Zielverpflichtende Gemeinwohlklauseln im AEU-Vertrag - Merkmale, Rechtswirkungen und kompetenzielle Bedeutung der sogenannten „Querschnittsklauseln“ in einer Europäischen Wertegemeinschaft, Berlin 2014, S. 147 ff.; D.H. Scheuing, Umweltschutz auf der Grundlage der Einheitlichen Europäischen Akte, EuR, 1989, 152, 176 f.

73 ähnlich Lünenbürger/Holtmann, Recovery (Fn. 65), S. 26; N. Dhondt, Integration of Environmental Protection into other EC Policies: Legal Theory and Practice, Zutphen 2003, S. 95.

74 Kahl, Umweltprinzip (Fn. 67), S. 211; W. Frenz, Beihilfenaufsicht und Wettbewerbsneutralität in Kohärenz mit dem Demokratieprinzip, WRP 2017, 1045 (1048).

75 Kahl, Umweltprinzip (Fn. 67) S. 216; ob sich dies auch auf das EU-Beihilfenrecht übertragen lässt und dieses Verständnis von Art. 11 AEUV der Kommission demnach die Kompetenz einräumt, den Mitgliedstaaten bei der Vergabe von Beihilfen bereits im Beihilfenverfahren Umweltauflagen oder - vergleichbar mit dem Kartellrecht - Verpflichtungszusagen vorzuschreiben, oder dies nicht etwa einen unzulässigen Eingriff in das Subsidiaritätsprinzip und das Autonomieprinzip darstellt bzw. gegen das Koppelungsverbot verstößt, ist einer Untersuchung im Rahmen meiner Dissertation vorbehalten; vgl. hierzu auch Frenz, Beihilfenaufsicht (Fn. 72), 1047; A. Bleckmann, Zur Auflage im europäischen Beihilferecht, NVwZ 2004, 11 (14).

76 Kahl, Umweltprinzip (Fn. 67), S. 216.

schutzfreundlichen Auslegung zu einer Ausprägung der teleologischen Auslegung.⁷⁷ Nach der hier vertretenen Auffassung kann die Auslegungsregel unter anderem dazu führen, dass Art. 11 AEUV auch bei der Auslegung der Binnenmarktdefinition des Art. 26 Abs. 2 AEUV zu berücksichtigen ist⁷⁸ und der Binnenmarkt damit im Lichte des Art. 11 AEUV als *ökologisch qualifizierter Binnenmarkt* verstanden werden kann.⁷⁹

II. Umweltschutz durch Kohärenz nach Art. 7 AEUV im EU-Beihilfenrecht

Ebenso wie Art. 11 AEUV, führt auch das Kohärenzprinzip nach Art. 7 AEUV dazu, dass sich das EU-Beihilfenrecht einer Einflussnahme von Umweltschutzaspekten und aktuellen Bemühungen um eine nachhaltige Transformation der EU-Wirtschaft nicht entziehen kann.

Art. 7 AEUV statuiert ein unmittelbares und verbindliches Rechtsgebot an die Unionsorgane.⁸⁰ Ziel der Vorschrift ist in erster Linie, mögliche Bedeutungsunterschiede zwischen den in den Verträgen an unterschiedlichen Stellen statuierten allgemeinen und besonderen Zielbestimmungen auszugleichen und die Verträge zu einer politischen Einheit zu verbinden und Entscheidungen inhaltlich aufeinander abzustimmen.⁸¹ Die Ziele der Union sollen konsistent verwirklicht, die Handlungen der Organe inhaltlich aufeinander abgestimmt (sog. *Maßnahmenkohärenz*)⁸² und Zielkonflikte übereinstimmend und harmonisch aufgelöst werden. Nicht erforderlich ist hierbei jedoch die absolute Übereinstimmung von Maßnahmen.⁸³ Zur Erreichung von Kohärenz sind die Unionsorgane dementsprechend auf

77 Kahl, Umweltprinzip (Fn. 67), S. 218 ff.

78 ebenso Nowag, Integration (Fn. 14), S. 267 f.

79 ebenso Kahl, Umweltprinzip (Fn. 67) S. 221; ähnlich J. Haucap/R. Podszun/R. Hahn/C. Kreuter-Kirchhof/T. Rohner/A. Rösner/ P. Offergeld/ A. May, Wettbewerb und Nachhaltigkeit in Deutschland und der EU - Studie im Auftrag des Bundesministeriums für Wirtschaft und Klimaschutz, S. 42. f., abrufbar unter https://www.bmwk.de/Redaktion/DE/Publikationen/Studien/studie-wettbewerb-und-nachhaltigkeit.pdf?__blob=publicationFile&v=2, zuletzt abgerufen am 31.08.2023, die von Wettbewerb als „nachhaltiger Wettbewerb“ sprechen.

80 F. Schorkopf, in: Grabitz/Hilf/Nettesheim, Das Recht der Europäischen Union, Tübingen/München 2023, Art. 7 AEUV, Rn. 13.

81 Schorkopf (Fn. 80), Art. 7 AEUV, Rn. 6; U. Schuster, Das Kohärenzprinzip in der Europäischen Union, Baden-Baden 2017, S. 54.

82 E. Schmidt-Aßmann, Der Kohärenzgedanke in den EU-Verträgen: Rechtssatz, Programmsatz oder Beschwörungsformel?, in: FS Wahl, S. 819.

83 Schuster, Kohärenzprinzip (Fn. 81), S. 55.

eine Abwägung konfligierender Ziele angewiesen.⁸⁴ Im Sinne der *Inter- und Intraorgankohärenz* fordert Art. 7 AEUV die Abstimmung zwischen den Unionsorganen und innerhalb dieser.⁸⁵

Dass das Kohärenzprinzip zu einer besseren Integration von Umweltschutzaspekten in das EU-Beihilfenrecht führt, verdeutlichen die IPCEI-Mitteilung und die KUEBLL 2022.⁸⁶ Beide Beihilfeleitlinien beziehen die für private Investitionen geltende Taxonomie-Verordnung⁸⁷ in die Ermessensprüfung der Kommission im Rahmen des Art. 107 Abs. 3 AEUV ein. Hiernach hat die Kommission in ihrer Abwägungsprüfung auch zu berücksichtigen, inwieweit der *Grundsatz der Vermeidung erheblicher Beeinträchtigungen von Umweltzielen* i.S.v. Art. 17 Taxonomie-Verordnung bei der Beihilfengewährung berücksichtigt worden ist.⁸⁸ In diesem Fall führt Art. 7 AEUV über die kohärente Inbezugnahme der für private Investitionen entwickelten Taxonomie-Verordnung zu einem verbesserten und leichter umsetzbaren Umweltschutz auch im EU-Beihilfenrecht.

E. Fazit: Antriebspotenzial des EU-Beihilfenrechts für eine nachhaltige Zukunft

Nach alledem sind Umweltschutzaspekte entsprechend ihrer aktuellen Erfordernisse i. S. d. Art. 11 AEUV und zur Herstellung von Kohärenz i. S. d. Art. 7 AEUV auch in das EU-Beihilfenrecht einzubeziehen. Aufgrund seiner Konzeption mit unbestimmten und auslegungsbedürftigen Rechtsbegriffen und einem weiten Ermessen der Kommission im Rahmen der Ausnahmetatbestände sowie seiner Wirkung und Funktion sowohl als Instrument der negativen als auch der positiven Integration mit einer starken Kompetenz der Kommission bietet das EU-Beihilfenrecht eine Vielzahl von Anknüpfungspunkten für die Einbeziehung von Umweltschutzaspekten. Damit genießt es bereits in seiner jetzigen primärrechtlichen Ausgestaltung und Anwendung ein nicht zu unterschätzendes Antriebspotenzial für eine nachhaltige Zukunft Europas.

84 So auch *Schmidt-Aßmann*, Kohärenzgedanke (Fn. 82), S. 835.

85 *Schuster*, Kohärenzprinzip (Fn. 81), S. 71; ebenso *R. Streinz*, in: ders. (Hrsg.), *EUV/AEUV-Kommentar*, 3. Aufl., München 2018, Art. 7 AEUV, Rn. 4.

86 Fn. 4.

87 Verordnung (EU) 2020/852 über die Errichtung eines Rahmens zur Erleichterung nachhaltiger Investitionen und zur Änderung der Verordnung (EU) 2019/2088.

88 IPCEI-Mitteilung (Fn. 4), Rn. 20; KUEBLL (Fn. 4), Rn. 134.

Daraus, dass das EU-Beihilfenrecht als Teil der EU-Wettbewerbspolitik hierbei als marktbasierendes Instrument auftritt und bei seiner Anwendung und Auslegung daher auch nicht in den Hintergrund treten darf, dass es sich immer noch um Wettbewerbsrecht handelt, welches vom Grundsatz eines Beihilfenverbots zum Schutz des Binnenmarktes ausgeht, folgt jedoch kein Hindernis, sondern vielmehr eine Chance für eine nachhaltige Zukunft Europas. Gleiches gilt auch für die Tatsache, dass die letztendliche Entscheidung über die Vergabe und die Art von Beihilfen im Hoheitsbereich der Mitgliedstaaten liegt, die Kommission mit ihrer Beihilfenpolitik jedoch einen wesentlichen Beitrag zu den mitgliedstaatlichen Entscheidungen leistet. Das EU-Beihilfenrecht lässt sich demnach als ein weiteres Instrument in der Nachhaltigkeitsdebatte verstehen, welches gerade aufgrund seiner Besonderheiten und seiner flexiblen Ausgestaltung eine nicht zu unterschätzende Ergänzung zu anderen Instrumenten darstellt.

In der beihilfenrechtlichen Praxis seitens Kommission und Unionsgerichte wurde dieses Antriebspotenzial des EU-Beihilfenrecht zwar bereits erkannt und auch sind steigende Tendenzen in dessen Nutzung erkennbar, das volle Potenzial wurde bisher jedoch noch nicht ausgeschöpft. In diesem Sinne stellt das EU-Beihilfenrecht auf sämtlichen Ebenen noch eine Vielzahl weiterer Anknüpfungspunkte inhaltlicher, administrativer und verfahrensrechtlicher Art für eine Einbeziehung von Umweltschutzaspekten zur Verfügung, die unter Berücksichtigung von Art. 11 und Art. 7 AEUV durchaus auch geboten erscheinen.⁸⁹ Die Entwicklungen in Kommissionspraxis und Unionsrechtsprechung dürften mit Spannung verfolgt werden.

89 Einige dieser Anknüpfungspunkte wurde unter C. bereits angesprochen. Eine eingehende Darstellung und Untersuchung bleiben einer Untersuchung in meiner Dissertation vorbehalten.

Ökologische Nachhaltigkeit in der öffentlichen Kulturförderung

Justus Duhnkrack¹

A. Problembeschreibung

Damit ambitionierte Klimaziele erreicht werden können, müssen sie als gesamtgesellschaftliche Aufgabe verstanden werden. In diesem umfassenden Transformationsprozess muss auch das Zuwendungsrecht Verantwortung übernehmen. Im Kontext der Kulturförderung bedeutet das: Es ist nicht nur eine Aufgabe der Kunst, diesen Transformationsprozess kreativ zu gestalten und die dramatischen Veränderungen mittels künstlerischer Auseinandersetzung erzählbar und erfahrbar zu machen. Es geht auch um die betriebsökologischen Produktionsbedingungen der Kunst – konkret: ihren CO₂-Fußabdruck. Und zumindest in Deutschland fehlen bislang Basisdaten, Wissen und Erfahrungen. Angesichts der bedeutenden Rolle öffentlicher Zuwendungen für den Kulturbetrieb stellt sich die Frage, welchen Ordnungsrahmen das Zuwendungsrecht zugunsten ökologischer Nachhaltigkeit bieten kann.

National folgen Zuwendungen den Vorgaben der jeweiligen Bundes- bzw. Landeshaushaltsordnungen (B/LHO), die kaum Vorgaben für das Bewilligungsverfahren enthalten.² Die Vorschriften der B/LHO werden daher nicht nur durch die allgemeinen Verwaltungsvorschriften (VV-B/LHO) komplettiert, sondern insbesondere auch durch die Vorschriften des Verwaltungsverfahrensgesetzes. Die Vorschriften des Verwaltungsverfahrens sind wiederum das Scharnier (§ 36 VwVfG) für die Einbeziehung der jeweils anwendbaren Nebenbestimmungen (ANBest). Das Zuwendungsrecht als Schnittmengenmaterie verschiedener Regelungsebenen gilt als zersplit-

-
- 1 Dr. Justus Duhnkrack hat Rechtswissenschaften, Mediation und Konfliktmanagement in Hamburg, Südafrika und Frankfurt (Oder) studiert. Vor seiner Tätigkeit als Justitiar von Bündnis90/Die Grünen war er Leiter Recht&Personal bei der Kulturstiftung des Bundes. Der Beitrag gibt ausschließlich die persönliche Auffassung des Autors wieder. Alle angegebenen Links wurden zuletzt am 22. Juli 2023 abgerufen.
 - 2 M. Rossi in: C. Gröpl (Hrsg.): *Bundeshaushaltsordnung/Landeshaushaltsordnungen. Staatliches Haushaltsrecht*, München 2019, 2. Aufl., § 44 BHO, Rn. 3.

tert.³ In dieser Gemengelage ergibt sich ein weiter Gestaltungsspielraum der Verwaltung. Mit dem nachfolgenden praxisbezogenen Blick auf verschiedene Lenkungsmaßnahmen im Bereich der Leistungsverwaltung soll am Beispiel der Kultur eine Entscheidungshilfe angeboten werden, wie der angesprochene Gestaltungsspielraum zugunsten ökologischer Nachhaltigkeit genutzt werden kann. Im Zentrum der Betrachtung stehen dabei in Abgrenzung zum privaten Kultursponsoring und Mäzenatentum die Förderung der Kultur durch öffentliche Akteure. Als Fördermaßnahmen können die direkte Finanzierung von etablierten Institutionen wie auch Projekten der freien Szene als Beispiele genannt werden, die die gegenwarts- und zukunftsbezogenen Schaffung von Kulturwerken betreffen (Kulturentstehungsschutz).⁴

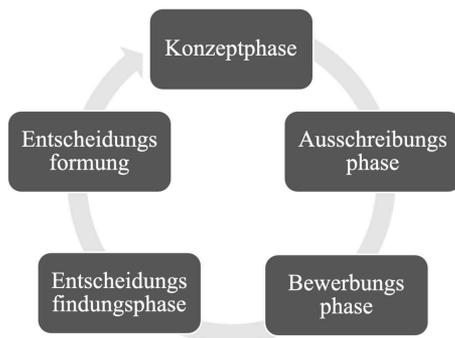
B. Betriebsökologie in der Kulturproduktion

Mit Blick auf die fehlende einfachgesetzliche Ausgestaltung der Kulturförderung bietet sich als „roter Faden“ der Betrachtung eine Systematisierung entlang eines typisierten „Förderkreislaufes“ an. Wie nachfolgend visualisiert, lassen sich Verteilungsverfahren wie die Kulturförderung in fünf Verfahrensphasen gliedern. Das umfasst die Konzept-, Ausschreibungs-, Bewerbungs-, Entscheidungsfindungs- und die Entscheidungsformungsphase.⁵ Anschließend wird die Entscheidung umgesetzt. In allen Phasen der Förderung spielt ökologische Nachhaltigkeit eine Rolle und sollte bedacht werden.

3 Rossi (Fn. 2), § 44 BHO, Rn. 11; J. Kühling, Öffentliches Wirtschaftsrecht in: D. Ehlers/M. Fehling/H. Pünder (Hrsg.), Besonderes Verwaltungsrecht, Band 1, 4. Aufl., Heidelberg 2019, § 30, Rn. 1; N. Dittrich, Bundeshaushaltsordnung, Losebl., 59. Aktualisierung, Heidelberg 2020, § 44 BHO, Rn. 7, wählt die Formulierung der „Gemengelage aus Haushaltsrecht und Verwaltungsverfahrenrecht“.

4 Kulturentstehungsschutz grenzt sich von Aufgaben wie beispielsweise dem Kulturerhaltungs- oder Kulturumgebungsschutz ab, eine gelungene Systematisierung findet sich bei S.-C. Lenski, Öffentliches Kulturrecht, Tübingen 2013, S. 181 ff.

5 F. Wollenschläger, Verteilungsverfahren, Tübingen 2010, S. 536.



I. Konzeptphase

In der Konzeptphase definiert die Verwaltung als Zuwendungsgeberin das Verteilungsobjekt, die Verteilungskriterien sowie die Verteilungsmodalitäten, die ihren Niederschlag in der Förderrichtlinie finden.⁶ Das Konzept dient der Verteilungsgerechtigkeit sowie dem öffentlichen Interesse der optimalen Ressourcenallokation im Wettbewerb.⁷ Die Bedeutung für die Zielerreichung des Verteilungsverfahrens hebt die Konzepterstellung zu einer Verpflichtung.⁸ Die Verwaltung hat es in der Hand, Nachhaltigkeit bereits in dieser ersten Phase einer Förderprogrammentwicklung zu berücksichtigen.

6 F. Wollenschläger in: H. v. Mangoldt/F. Klein/C. Starck (Hrsg.): Grundgesetz, Kommentar, 7. Aufl., München 2018, Art. 3 Abs. 1 GG, Rn. 309; Wollenschläger, Verteilungsverfahren (Fn. 5), S. 536; Zu unterscheiden sind ergänzende Förderrichtlinien, die inhaltlich nicht von den Verwaltungsvorschriften zur Haushaltsordnung abweichen (Regelfall) und abweichende Förderrichtlinien (Ausnahmefall), die unter Beteiligung des BMF und BRH entwickelt werden müssen, Dittrich (Fn. 3), § 44 BHO, Rn. 6.4.

7 Dittrich (Fn. 3), § 44 BHO, Rn. 6.23; Wollenschläger, Verteilungsverfahren (Fn. 5), S. 539.

8 E. Braun, Prinzipien öffentlicher Kunstförderung in Deutschland, Essen 2013, S. 291; Wollenschläger, Verteilungsverfahren (Fn. 5), S. 538; A. v. Arnould: Freiheit der Kunst, in: ders./J. Isensee/P. Kirchhof (Hrsg.), Handbuch des Staatsrechts der Bundesrepublik Deutschland, Band VII, 3. Aufl., Heidelberg 2009, § 167, Rn. 83; a. A. Dittrich (Fn. 3), § 44 BHO, Rn. 6.20.

1. Ästhetik der Nachhaltigkeit – oder nachhaltige Ästhetik?

Zunächst entscheidet sich die Verwaltung, ob sie Ökologie und Nachhaltigkeit dergestalt zum Gegenstand eines Fördervorhabens macht, dass sich Kulturschaffende dem „Thema“ der Klimakatastrophe widmen. Durch die ästhetische Erfahrbarkeit und die künstlerisch-inhaltliche Vermittlung des Themas vermag die Kulturförderung einen Beitrag zum Verständnis, Verantwortungsbewusstsein und der Krisenbewältigung beitragen. So haben sich in den letzten Jahren zahlreiche kleine und große künstlerische Programme mit Ökologie befasst, jüngst etwa mit einigem medialen Echo die Biennale di Architettura in Venedig.

Aus förderpolitischer Sicht – obgleich nicht der Verwaltung zuzurechnen – wird in Deutschland beispielsweise ein Fonds für Ästhetik und Nachhaltigkeit (FÄN) gefordert, der Projekte unter anderem ermutigen will, sich thematisch und strukturell der Nachhaltigkeit zu widmen, modellhaft über das eigene Projekt hinauszudeuten und eine holistische Perspektive auf sozialökologische Problemlagen einzunehmen.⁹

Von einer solchen Ästhetik der Nachhaltigkeit abzugrenzen ist die betriebsökologische Nachhaltigkeit, also die Frage nach dem „Wie“ der Kulturproduktion und ihrem eigenen Beitrag auf dem Weg zur Einhaltung des Pariser Klimaabkommens. Soweit ersichtlich begann die dezidierte Auseinandersetzung mit Betriebsökologie im Kulturbereich mit dem Pilotprojekt „Klimabilanzen in Kulturinstitutionen“ der Kulturstiftung des Bundes im Jahr 2020, das 19 Kultureinrichtungen dabei unterstützt hat, den eigenen CO₂-Fußabdruck zu ermitteln.¹⁰ Dabei kristallisierten sich bei aller Unterschiedlichkeit der teilnehmenden Institutionen die Klimatisierung der Gebäude und die Mobilität rund um den Betrieb (insbesondere Publikumsanreise, Dienstreisen, Theatergastspiele, und Transportlogistik beispielsweise für Museumsleihgaben) als wesentliche Faktoren heraus. Die

9 Fonds für Ästhetik und Nachhaltigkeit, abrufbar unter: <https://www.fonds-aesthetik-und-nachhaltigkeit.de>.

10 Ergebnisse abrufbar unter https://www.kulturstiftung-des-bundes.de/fileadmin/user_upload/Klimabilanzen/210526_KSB_Klimabilanzen_Publikation.pdf; ausführlich: S. Brünge/J. Duhnkrack, Ökologische Nachhaltigkeit in der Kulturförderung, in: F. Kröger/H. Mohr/N. Sievers/R. Weiß (Hrsg.), Jahrbuch für Kulturpolitik 2021/22, Bielefeld 2022, S. 283 (285).

Betriebsökologie wird im Folgenden im Vordergrund der Überlegungen zu einer ökologisch nachhaltigen Kulturförderung stehen.¹¹

2. Appellbotschaft – ein ökologisches Feigenblatt

In Förderkonzepten ist es zunehmend üblich geworden, dass Zuwendungsgeber und Zuwendungsgeberinnen ausdrücklich an die Geförderten appellieren, Vorhaben ökologisch nachhaltig durchzuführen (Appellbotschaft).¹² Damit geht die trügerische Hoffnung einher, Geförderte übernehmen von sich aus Verantwortung. Diese Hoffnung geht jedoch fehl, wenn die Verwaltung nicht darüber hinaus Anstrengungen unternimmt, den Boden für betriebsökologische Nachhaltigkeit zu bereiten. Eine Appellbotschaft mag zum Ausdruck bringen, dass die jeweilige Zuwendungsgeberin bzw. der Zuwendungsgeber nachhaltigkeitsorientierten Vorhaben offen gegenübersteht. Das reicht jedoch nicht aus, um die Ursachen zu beheben, warum Zuwendungsempfängerinnen Nachhaltigkeit nur in geringem Maß berücksichtigen. Diese Ursachen sind vielfältig: Nachhaltige Projektplanung erfordert ein hohes Maß an Zeit- und Wissensressourcen. Soweit eine nachhaltige bzw. klimaneutrale Durchführung zum Ziel eines Vorhabens gemacht wird, bemessen sich auch die zuwendungsfähigen Ausgaben am Maßstab der erreichten Nachhaltigkeitsziele. Zuwendungsempfänger gehen daher ein zusätzliches Risiko ein, dass aufgrund einer Zielverfehlung negative Konsequenzen drohen. Konsequenzen betreffen „im Kleinen“ die Zuwendungsfähigkeit von Ausgaben und „im Großen“ den Widerruf des Zuwendungsbescheides wegen nicht zweckentsprechender Verwendung (§ 49 Abs. 3 Nr. 1 VwVfG). Der Zuwendungsbescheid kann in dem Umfang widerrufen werden, wie ein Widerrufsgrund vorliegt. Haben Zuwendungsempfänger nur einen Teilbetrag nicht zweckentsprechend verwendet, ist der Widerruf im Regelfall auf diesen Betrag zu begrenzen.¹³

11 Zum Spannungsverhältnis Kunst und Betriebsökologie mit Beispielen aus der Praxis: N. Bramkamp/A. Rietschel, Klima wandelt Kunst, in: F. Kröger/H. Mohr/N. Sievers/R. Weiß (Hrsg.), Jahrbuch für Kulturpolitik 2021/22, Bielefeld 2022, S. 292 (295 f.).

12 Bspw. „... befürwortet den umweltbewussten, ressourcenschonenden Einsatz der Fördermittel bei der Planung, Durchführung und Nachbereitung der Vorhaben im Rahmen der geltenden Rechtsvorschriften“; siehe: https://www.kulturstiftung-des-bundes.de/fileadmin/user_upload/Foerdergrundsaeetze_Jupiter_Dezember-2020.pdf.

13 Dittrich (Fn. 3), § 44 BHO, Rn. 59.8.

Einzigster Anreiz dieses Risiko einzugehen und der Appellbotschaft Folge zu leisten, ist in der Regel die eigene ideelle Haltung. Insoweit mögen sich Appellbotschaften sogar als kontraproduktiv erweisen, wenn ökologisch ambitionierte Vorhaben spätestens in der Verwendungsnachweisprüfung mit einer konservativen Rechtsanwendung konfrontiert werden und auf diese Weise negative Erfahrungen machen, die sie zukünftig von ähnlichen Ambitionen abhalten. Die bereits erwähnten Anstrengungen der Verwaltung können Informations- und Beratungsangebote sein, wie ökologische Ambitionen und anwendbares Zuwendungsrecht zusammenfinden.¹⁴ Das schafft unweigerlich auch bei der Verwaltung einen erhöhten Personal- und Fortbildungsaufwand, der nicht zu unterschätzen ist.

II. Ausschreibungsphase

1. Antragsberatung – gut geplant ist halb ökologisch

Aufgrund der Bindung der Zuwendungsempfängenden an ihren mit dem Antrag verfolgten Zweck des Vorhabens und den damit erforderlichen Haushalt bzw. den Kosten- und Finanzierungsplan (VV 3.2 zu § 44 BHO), die in der Regel im Verlauf der Förderung nur in engen Grenzen geändert werden können, ist es auch für die ökologische Nachhaltigkeit essentiell, dass die Projektplanung Nachhaltigkeit vorausdenkt. Die bereits genannten Beratungsangebote helfen dabei ebenso wie horizontale Vernetzungsangebote unter den Zuwendungsempfängenden. Entsprechende Angebote binden selbstverständlich Zeit- und Wissensressourcen und sollten zur Wahrung der Chancengleichheit nicht nur selektiv einigen wenigen Interessierten zur Verfügung gestellt werden. Die Entwicklung von *best practice* Beispielen oder die Dokumentation gelungener nachhaltiger Vorhaben kann dabei helfen, Interessierte auf Gestaltungsmöglichkeit aufmerksam zu machen. Wissensträger können sowohl in der Vergangenheit erfolgreiche Projektträger sein, die in einer *peer-to-peer* Beratung Erfahrungen weitergeben, als auch private Dritte, die – ähnlich einem „Green-Consultant“¹⁵

14 Beispiele für eine Umsetzung finden sich bei S. Charles, Culture Climate Circle, in: F. Kröger/H. Mohr/N. Sievers/R. Weiß (Hrsg.), Jahrbuch für Kulturpolitik 2021/22, Bielefeld 2022, S. 179 (186).

15 Abrufbar unter: https://www.moin-filmfoerderung.de/download/97_Sonstiges/GreenMotion-Mindeststandards.pdf.

für Interessierte – grundlegende Erkenntnisse bereits in der Antragsphase vermitteln.

Des Weiteren kann in Betracht gezogen werden, eine Konzeptionsphase als „erste Stufe“ einer Zuwendung zu fördern. Innerhalb einer solchen Konzeptförderung werden unter niedrigschwelligen Voraussetzungen geringe Zuwendungen zur Verfügung gestellt, die der vertieften Planung oder Anpassung eines Projekts an nachhaltigkeitsbezogene Ansprüche dienen. Eine geförderte Planungsphase verspricht, dem Ziel Emissionen von vornherein zu vermeiden, in hohem Maße gerecht zu werden und Kompetenz aufzubauen. Durch eine spätere „Fehlervermeidung“ mag man sogar auf einen „Gewinn“ bzw. Kostenvermeidung mit Blick auf die wirtschaftliche Nachhaltigkeit der Förderung hoffen.

2. Zertifizierungen – ein zwiespältiger Trend

Als Bedingung im Kontext der Ausschreibungsvoraussetzungen kommen beispielsweise Zertifizierungen nach anerkannten Standards in Betracht. Bedingungen kennzeichnen sich dadurch, dass die Vornahme einer geforderten Handlung, Duldung oder Unterlassung konstitutiv für die rechtliche Geltung der Vergünstigung sein soll. Der Zweck der Bedingung liegt darin, dem Adressaten des Verwaltungsaktes nur eine Vergünstigung zu gewähren oder eine Belastung aufzuerlegen, wenn bestimmte Ereignisse eintreten.¹⁶

Beispielhaft ist eine Zertifizierung nach dem Eco-Management and Audit Scheme (EMAS) als eine der bedeutendsten Umweltmanagementsysteme zu nennen.¹⁷ In Betracht kommen aber selbstverständlich auch andere nachhaltigkeitsbezogene Zertifizierungen oder Nachweise.¹⁸ Der Vorteil einer Bedingung in Form von Zertifizierungen liegt in der Eindeutigkeit der administrativen Entscheidung. Das Vorliegen oder Nicht-Vorliegen einer Zertifizierung ist eine Entscheidung ohne Bewertungsspielraum und insofern ohne weitere Expertise und ohne die Ermittlung des vollständigen Sachverhalts möglich. Dadurch ist die Anwendung einer Bedingung vergleichsweise wenig fehleranfällig. Zudem besteht – bei oberflächlicher

16 P. Tiedemann in: J. Bader/M. Ronellenfitsch (Hrsg.): Beck'scher Online-Kommentar Verwaltungsverfahrensgesetz, 47. Ed., München 2020, § 36 VwVfG, Rn. 46.

17 Ein Zertifizierungsvorhaben wird auch für die Filmbranche angestrebt, abrufbar unter: <https://greenfilmshooting.net/blog/de/2021/05/14/start-des-reallabors-fuer-gruene-produktionen>.

18 Zu weiteren Beispielen und praktischen Umsetzung: Charles (Fn. 13), S. 179 (187).

Betrachtung – keine erhebliche Gefahr für eine chancengleiche Teilhabe aller Interessierten. Bei näherer Betrachtung ergeben sich in der Praxis erhebliche Herausforderungen bei der Herstellung eines ausgeglichenen Wettbewerbs angesichts einer Voraussetzung ohne Beurteilungs- oder Ermessensspielräume. Ein Ort der freien Szene wird im Vergleich mit einem Staatstheater immer im Nachteil sein, ähnlich belastbare Verwaltungsstrukturen für Ökomanagementsysteme aufzubauen. Insofern kommt es entscheidend auf den avisierten Adressatenkreis des Förderkonzepts an, ob bzw. welche Zertifizierung in Betracht gezogen wird. Eine flächendeckende Einführung ohne Überlegungen hinsichtlich der tatsächlichen Möglichkeiten verbietet sich mit Blick auf das Strukturprinzip des Pluralismus der Kulturförderung.¹⁹ Andererseits sind der Verwaltung durch einen fehlenden Beurteilungsspielraum Flexibilität und die Möglichkeit von Einzelfallbetrachtungen genommen, die mitunter für sachgerechte Entscheidungen erforderlich sind.

Aus Sicht der Interessierten verengt sich der Zugang zur begehrten Leistung durch eine Zertifizierung erheblich. Die meisten in Betracht kommenden Zertifizierungen dürften mit einem erheblichen Zeit- und Kostenaufwand einhergehen. Folglich müssen auf öffentliche Zuwendungen angewiesene Interessierte zunächst selbst finanziell in Vorleistung gehen, um Chancen auf öffentliche Zuwendungen zu erhöhen, ohne jedoch einen sicheren *return on investment* erwarten zu können. Des Weiteren dürften typischerweise zeitlich überschaubare Antragszeiträume bzw. der Bedarf kurzfristiger Zuwendungen Interessierte dazu drängen, anlassunabhängige Zertifizierungen durchzuführen und nicht auf die konkreten Ausschreibungen zu warten, um sich für eine Antragstellung bereitzuhalten. Angesichts des Föderalismus in der Kulturförderung ist mit zahlreichen unterschiedlichen Zertifizierungsanforderungen zu rechnen, die Kulturinstitutionen überfordern könnten. Zudem dürften insbesondere weniger professionalisierte und nur zeitweilig zusammenarbeitende Arbeitsverbände der freien Szene erhebliche Schwierigkeiten haben, so dass das Feld der Interessierten homogenisiert wird.

Soweit Zertifizierungen in Betracht gezogen werden, die durch private Dritte erfolgen, besteht die Gefahr einer „Schattenbranche“ um den Zugang zu öffentlicher Förderung, die wirtschaftlich orientierte private Dritte zu *Gatekeepern* öffentlicher Zuwendungen aufwertet. Mit der Entwicklung

19 Eingehend v. *Arnauld* (Fn. 8), § 167, Rn. 80.

einer überzeugenden „kultureigenen“ Zertifizierung tut sich die deutsche Kulturpolitik nach wie vor schwer.

III. Bewerbungsphase

1. Nachhaltigkeitsstrategie – ein Papiertiger

Schließlich kommt auch die Vorlage eines „Klimakonzepts“ oder einer „Nachhaltigkeitsstrategie“ in Betracht, die Interessierte beabsichtigen, in ihrem Projekt zu verfolgen. Dabei unterstützt beispielsweise der Deutsche Nachhaltigkeitskodex (DNK).²⁰

Die Auflage einer Nachhaltigkeitsstrategie oder eines Klimakonzepts verspricht auf der einen Seite eine vertiefte Auseinandersetzung mit Fragen der Betriebsökologie und auf der anderen Seite einen in die Zukunft gerichteten Ansatz, Nachhaltigkeit von vornherein zu berücksichtigen.²¹ Mangels einer Sanktionierungsmöglichkeit ist der „zwingende Charakter“ nur schwach ausgeprägt und Strategievorhaben können zu leeren Versprechungen verkommen, die lediglich als formelle Voraussetzung empfunden werden. Dieses Dilemma wiegt schwer, denn ohne (angemessene) Sanktionierung kann entweder der Anreiz der Überambitioniertheit gesetzt werden, wohingegen eine überzogene Sanktionierung zur Zurückhaltung bei der Zielsetzung führt. Zudem ist fraglich, inwieweit eine derartige Nachhaltigkeitsstrategie Gegenstand einer Auswahlentscheidung werden kann. Der administrative Aufwand ist hoch und die spezifische Kompetenz fehlt bei der Auswahlentscheidung zumeist, um eine entsprechende Bewertung vorzunehmen.²² Insbesondere die vergleichende Entscheidung unter mehreren Interessierten stellt eine Herausforderung dar, sofern keine verbindlichen Bewertungskriterien entwickelt werden. Letzteres fällt schwer, da die Bewertung nachhaltigkeitsbezogener Kriterien typischerweise nicht „abstrakt-generell“, sondern „konkret-individuell“ erfolgen muss, um Vergleichbarkeit

20 Abrufbar unter: <https://www.deutscher-nachhaltigkeitskodex.de/de-DE/Home/DNK/DNK-Overview>.

21 Ähnlich die Stadt Dresden, abrufbar unter: <https://www.dresden.de/de/kultur/nachhaltigkeit.php>.

22 Vgl. N. Sievers, Kulturpolitische Mitteilungen Nr. 175 IV/2021, S. 45 (47).

herzustellen.²³ Eine praxisnahe Folge ist daher, dass Nachhaltigkeitsstrategien zu einem „Papiertiger“ verkommen, da nur ihr bloßes „Vorhandensein“ seitens der Verwaltung überprüft werden kann, aber keine Bewertung ihrer Qualität und keine Sanktionierung bei „Verstößen“ zu erwarten sind. Hilfsweise könnten die Ansprüche an eine Nachhaltigkeitsstrategie dahingehend gesenkt werden, dass ein *pass or fail*-Ansatz gewählt wird, d.h. dass ein Mindestmaß erforderlicher Ziele festgelegt wird, die erreicht oder überschritten werden müssen.

2. Bilanzierung – what you measure you can manage

Bereits in der Bewerbungsphase können im Falle einer Erlaubnis zum vorzeitigen Maßnahmebeginn Auflagen in Form einer Bilanzierungspflicht Anwendung finden.²⁴ Interessierte werden während der Durchführung eines Projektes dazu verpflichtet, nachhaltigkeitsbezogene Daten zu sammeln und daraus eine CO₂-Bilanz zu erstellen.

In Abgrenzung zu Bedingungen sind Auflagen selbstständige modifizierende Nebenbestimmungen. Eine Auflage ist ein mit dem Verwaltungsakt verbundenes selbstständig erzwingbares Gebot oder Verbot, mit dem ein Tun, Dulden oder Unterlassen hoheitlich angeordnet wird.²⁵ Wird eine Auflage nicht erfüllt, kann die Verwaltung den Zuwendungsbescheid nach § 49 Abs. 3 S. 1 Nr. 2 VwVfG widerrufen. Das für den Widerruf vorgesehene Ermessen („kann“) besteht sowohl für den Umfang des Widerrufs (ganz oder teilweise) wie auch für das Wirksamwerden (für die Vergangenheit oder für die Zukunft).²⁶ Es ist eine Interessenabwägung im Einzelfall erforderlich (VV 8.3 zu § 44 BHO).

Ein Vorteil von Bilanzierungsauflagen kann darin bestehen, dass die Datensammlung und die Auseinandersetzung mit der Erstellung einer CO₂-Bilanz Lernprozesse für die eigene ökologische Nachhaltigkeit versprechen, die im besten Fall auf die Grundhaltung der gesamten geförderten Instituti-

23 Vertiefend siehe Kulturstiftung des Bundes (Hrsg.), Klimabilanzen in Kultureinrichtungen, S. 18 f.; zur Erforderlichkeit der Kontextualisierung auch S. Brünger, Kulturpolitische Mitteilungen Nr. 175 IV/2021, S. 48 (49).

24 Eine vergleichbare Regelung kennt § 67 Abs. 12 FFG, der die Hersteller einer Filmproduktion dazu verpflichtet, den durch die Produktion des Films verursachten Ausstoß von Treibhausgasen mittels eines CO₂-Rechners nachzuweisen.

25 Tiedemann (Fn. 16), § 36 VwVfG, Rn. 59.

26 Dittrich (Fn. 3), § 44 BHO, Rn. 59.4.

on ausstrahlen.²⁷ Die Verwaltung kann zudem erlauben, dass die Erstellung einer CO₂-Bilanz aus der bereitgestellten Zuwendung finanziert wird, so dass durch die Auflage den Geförderten keine zusätzlichen Kosten entstehen. Auf diesem Wege – das ist als Nachteil hervorzuheben – werden natürlich nur tatsächlich geförderte Zuwendungsempfänger erreicht und nicht diejenigen Interessierten, die sich erfolglos um Förderung bemühen. Mit einem erneuten Blick auf den Wettbewerb unter Interessierten mag man eine „Kompetenzschere“ zwischen jenen befürchten, die im Zuge einer Förderung Erfahrungen mit Betriebsökologie gesammelt haben und jenen, die nicht zum Zuge kommen.

Herausforderungen mit einer Bilanzierungsaufgabe ergeben sich weniger im Kontext der institutionellen Förderung, dafür jedoch umso mehr in der häufiger angewendeten – gerade für die freie Szene relevanten – Projektförderung. Die Datenerhebung für nur anteilig oder zeitweilig verwendete Strukturen macht eine präzise Datenerfassung aufwendig.

Die Auflage einer CO₂-Bilanzerstellung kann durch eine entsprechende Veröffentlichungspflicht in projektbezogenen Medien, einer dafür vorgesehenen Datenbank oder ähnliches flankiert werden. Durch eine Veröffentlichungspflicht der entsprechenden CO₂-Bilanz wird die zunehmende mediale und gesellschaftliche Aufmerksamkeit auf emissionsintensive und emissionsarme Vorhaben gelenkt. Auf diese Weise kann das Korrektiv der öffentlichen Meinung genutzt werden, Anreize zu setzen, die zu einer möglichst emissionsarmen Projektverwirklichung führen. Nachteilig wirkt sich der administrative Mehraufwand der Geförderten aus, der Veröffentlichung der eigenen CO₂-Bilanz einen erläuternden Kontext zu geben. Als Benchmark für die Verbesserung der eigenen Nachhaltigkeitsziele wird aufgrund der schwer vergleichbaren Vielzahl an Einzelfällen typischerweise auf die Emissionen der eigenen Vergangenheit Bezug genommen, um ein „Mehr“ oder ein „Weniger“ an Emissionen richtig einzuordnen. Das ist im Bereich der Projektförderung insoweit problematisch, als dass es selten geeignete Vergleichsprojekte aus der Vergangenheit gibt, was den Erklärungsaufwand erhöht. Alternativ kann auf einen *best in class*-Ansatz zurückgegriffen werden, soweit eine Vergleichsgruppe in Betracht kommt.

27 Vgl. S. Brünner, Kulturpolitische Mitteilungen Nr. 175 IV/2021, S. 48 (49).

3. CO₂-Obergrenze – rien ne va plus

Als weitere Auflage kann die Verwaltung eine angemessene CO₂-Emissionsobergrenze vorgeben. Mittelbar schließt das auch eine Pflicht zur CO₂-Bilanzierung ein (s.o.).

Mit Blick auf die Angemessenheit sollte im Interesse des Anreizcharakters in der Regel eine relative Obergrenze anhand der Fördersumme angewendet werden, beispielsweise 1 kg CO₂-Emission je 1 Euro Förderung. Im Gegensatz zu einer absoluten Grenze (bspw. 5 t CO₂ je Fördervorhaben) werden alle Kulturinstitutionen gleichermaßen zu betriebsökologischen Überlegungen bewegt, die entsprechende Vermeidung gewinnt an Akzeptanz und reduziert unzumutbare Härtefälle. Weitere anteilige Auf- oder Abschläge könnten sich aus den Spezifika der jeweiligen Sparte oder „Hintergrundstrukturen“ ergeben, wenn die Auswertung empirischer Daten zu der Erkenntnis führt, dass einzelne künstlerische Zusammenhänge ein „Mehr“ oder ein „Weniger“ an CO₂-Emission für die kulturelle Aufgabenerfüllung zwingend erfordern.

Mit Blick auf das Beispiel einer CO₂-Obergrenze ist es naheliegend, die Überschreitung mit anteiligen Rückforderungsansprüchen zu verknüpfen.²⁸ Bedenken liegen auf der Hand: Es werden Anreize gesetzt, bei der CO₂-Bilanzierung vorhandene Spielräume dahingehend zu nutzen, ein möglichst geringes Ergebnis zu erzielen. Eine Tendenz, die eigenen Ergebnisse möglichst positiv darzustellen, liefe grundlegenden Zielsetzung für die Auseinandersetzung und Verinnerlichung von nachhaltigkeitsbezogenen Lösungsstrategien entgegen. Soweit Rückforderungen in einer ohnehin prekären Branche skeptisch betrachtet werden, könnte eine *Blacklist* etabliert werden, die frühere Geförderte aufführt, die ökologisch verantwortungslos gehandelt haben. Bei einer – derzeit (noch) nicht vertretenen – weiten Auslegung der Voraussetzung, dass eine ordnungsgemäße Geschäftsführung durch den Empfänger gem. Ziff. 1.2 VV zu § 44 BHO gesichert erscheinen muss, wären Interessierte auszuschließen, die aufgrund einer Zuwiderhandlung gegen entsprechende CO₂-Grenzen aufgefallen sind. Auf diese Weise würden Sanktionen nur gegen schwerwiegende Verstöße erfolgen und in das Ermessen der Verwaltung gestellt werden. Damit ginge ein erhöhter Administrationsaufwand sowie die Notwendigkeit eines Clearing-Verfahrens einher, um Interessierten die Möglichkeit zu eröffnen, ihre Zuverlässigkeit wiederherzustellen.

28 Dittrich (Fn. 3), § 44 BHO, Rn. 59.3.

IV. Entscheidungsfindungsphase

1. Wer wird gefördert – Betriebsökologie als Entscheidungskriterium

Die für die Auswahlentscheidung heranzuziehenden Kriterien ergeben sich aus dem in der Förderrichtlinie aufgeschriebenen Förderkonzept. Die Präzisierung und Ausgestaltung der jeweiligen Auswahlkriterien ist maßgeblich von der kulturpolitischen Zielrichtung des Förderprogramms abhängig und unterliegt einem großzügigen Ermessensspielraum der Verwaltung.²⁹ In der Regel werden Aspekte der künstlerischen Qualität in verschiedenen Spielarten für eine Bewertung herangezogen.

Die Heranziehung der Betriebsökologie als Entscheidungskriterium überzeugt durch eine wirkmächtige Lenkungswirkung auf Interessierte, die sich im Interesse einer Auswahlentscheidung zu den eigenen Gunsten mit ihrem Vorhaben an den Auswahlkriterien orientieren werden. Die indirekte Steuerung zugunsten politischer Zwecke oder auch „Instrumentalisierung“ zugunsten der Nachhaltigkeit stellt sich im Kontext der Leistungsverwaltung keineswegs als Anomalie dar, sondern angesichts der beschränkten Wirkung traditionellen Ordnungsrechts vielfach als eine sachliche Notwendigkeit, um die Gestaltungskraft der Verwaltung in komplexen Gesellschaften zu sichern.³⁰ Die Zulässigkeit solcher nicht-künstlerischer Kriterien orientiert sich an vergaberechtlichen „beschaffungsfremden“ Kriterien, namentlich dass Kriterien nicht auf eine allgemeine gesellschaftspolitische Haltung abzielen, sondern nur auf die betreffende Leistung die Gegenstand des Verteilungskonflikts ist.³¹ In der Praxis muss ökologische Nachhaltigkeit folglich nicht bei jeder Produktion durch geförderte Kulturinstitutionen Berücksichtigung finden, sondern lediglich im Rahmen der konkret geförderten Maßnahme.³² Andernfalls würde ein problematisches Ungleichgewicht zwischen Primär- und Sekundärzielen der Kulturförderung entstehen. Die Berücksichtigung von Nachhaltigkeitskriterien trifft im Ergebnis daher auf keine grundsätzlichen Bedenken hinsichtlich ihrer Zulässigkeit.

29 *Starck/Paulus* (Fn. 7), Art. 5 GG, Rn. 446; *R. Wendt* in: I. v. Münch/P. Kunig (Begr./Hrsg.): Grundgesetz-Kommentar, 7. Aufl., München 2021, Art. 5 GG, Rn. 94.

30 *M. Fehling* in: H. Pünder/M. Schellenberg (Hrsg.), Vergaberecht-Kommentar, 3. Aufl., Baden-Baden 2019, § 97 GWB, Rn. 97; im Ergebnis zustimmend: *M. Mihatsch*, Öffentliche Kunstsubventionierung, Regensburg 1989, S. 122.

31 Vgl. *C. v. Bechtolsheim* in: M. Gabriel et al (Hrsg.), Vergaberecht, Beck'scher Online-Kommentar, 16. Ed., München 2020, § 127 GWB, Rn. 28.

32 Vgl. *J. Ziekow* in: ders./U.-C. Völlink (Hrsg.): Vergaberecht-Kommentar, 3. Aufl., München 2018, § 97 GWB, Rn. 69.

Die Grenzen des Zulässigen dürften erreicht sein, wenn ökologische Nachhaltigkeit in einer Weise in Konkurrenz zu den primären Zielen des jeweiligen Förderprogramms tritt, dass der (kultur)politische Zweck des Förderprogramms in den Hintergrund tritt.

Ein Anwendungsbeispiel ist das Kulturgesetzbuch Nordrhein-Westfalen (KulturGB), das an verschiedenen Stellen den Schluss nahelegt, dass Nachhaltigkeit auch als ein Entscheidungskriterium für die Auswahlentscheidung herangezogen wird, denn grundsätzlich sollen Aspekte der Nachhaltigkeit bei der Kulturförderung berücksichtigt werden (§ 11 Abs. 1 S. 1 KulturGB). Darüber hinaus sind ökologische Fragestellungen in der Kulturförderung zu berücksichtigen, um diese möglichst klimaneutral auszugestalten (§ 11 Abs. 3 KulturGB).

2. Wer wird gefördert – Expert*innen bei der Entscheidungsfindung

Werden Nachhaltigkeitskriterien für die Auswahlentscheidung herangezogen, muss in diesem Fall die Verwaltung ausreichend Wissen vorhalten, eine qualifizierte Beurteilung vornehmen zu können. Dem kann durch die Hinzuziehung von Expertinnen und Experten in Auswahlgremien begegnet werden. Die Heranziehung eines Gremiums im Interesse einer „Staatsmediatisierung“³³ ist im Bereich der Kunst ein häufiger Fall und im Verwaltungsverfahren von § 26 Abs. 1 S. 2 Nr. 2 VwVfG vorgesehen. Die Zusammenstellung eines Gremiums ist nicht gesetzlich normiert, die Freiheit der Verfahrenswahl ist Teil der Kompetenz, überhaupt fördernd aktiv zu werden.³⁴ Trotz fehlender ausdrücklicher Regelungen eines Gremienverfahrens – anders als beispielweise Kommissionen im Kontext der Filmförderung (§§ 20 ff. Filmförderungsgesetz) – zeichnet das Verwaltungsrecht einzelne Determinanten unter anderem mit Blick auf Unparteilichkeit, Expertise und Zusammensetzung vor, die für die Verfahrensgestaltung zu berücksichtigen sind.³⁵ Soweit Expertise der Verwaltung im Bereich der Nachhaltigkeit (noch) fehlt (s.o.), ist die Hinzuziehung von externem Sachverstand für die Ausübung pflichtgemäßen Ermessens erforderlich.

Bei der Besetzung von Gremien hat es die Verwaltung in der Hand, nachhaltigkeitsbezogenen kulturpolitischen Einfluss zu nehmen. Soweit

33 Eingehend Höfling, DÖV 1985, S. 391.

34 Lenski, Öffentliches Kulturrecht (Fn. 4), S. 438.

35 Eingehend u.a. Braun, Prinzipien der Kunstförderung (Fn. 8), S. 295; H. Graul, Künstlerische Urteile, Berlin 1970, S. 83.

eine Gremienbesetzung vor Antragsschluss veröffentlicht wird, dürfte auch eine Lenkungswirkung auf Interessierte ausgeübt werden, die ihre Vorhaben der Sachkunde des Gremiums anzupassen versuchen, um die Wahrscheinlichkeit einer positiven Berücksichtigung zu erhöhen.

V. Entscheidungsformungsphase

Während der Projektdurchführung bzw. bei der späteren Prüfung der Verwendung der öffentlichen Förderung steht die Zuwendungsfähigkeit von Ausgaben im Mittelpunkt. Was zuwendungsfähige Ausgaben sind, wird durch die BHO nicht definiert.³⁶ In der Regel findet eine allgemeine Definition der Zuwendungsfähigkeit Anwendung, nach der Ausgaben, die zur Durchführung der geförderten Maßnahme innerhalb des Bewilligungszeitraums notwendig sind, zuwendungsfähig sind.³⁷ Es kommt folglich ganz entscheidend auf das Projektdesign an (s.o.), ob Betriebsökologie Teil des Vorhabens ist und dadurch einerseits Emissionen vermieden werden, aber andererseits auch nachhaltigkeitsbezogene (Mehr-)Ausgaben über die „günstig möglichste“ Umsetzung hinaus sowie Kompensationen projektnotwendig und mithin zuwendungsfähig sind.

Bei dem Begriff „zuwendungsfähig“ handelt es sich um einen untergesetzlichen unbestimmten Rechtsbegriff, der der Auslegung zugänglich ist.³⁸ Dafür sind in erster Linie die Haushaltsgrundsätze heranzuziehen. Öffentliche Zuwendungen, die gerade nicht Gegenstand eines Austauschverhältnisses sind, sind den Zuwendungsempfängenden anvertraut und unterliegen bis zur zweckentsprechenden Verwendung derselben rechtlichen Bindung, wie als würden die Ausgaben durch die Verwaltung selbst getätigt werden.³⁹ Folglich sind an die Auslegung des Zuwendungsfähigkeitsbegriffs dieselben Maßstäbe anzulegen wie an die Verwaltung. Die Zuwendungsfähigkeit von Ausgaben mit Blick auf die Haushaltsgrundsätze „wirtschaftlich und sparsam“ sind auch im Lichte der übrigen Wertungen des Grundgesetzes auszulegen.

36 Rossi (Fn. 2), § 44 BHO, Rn. 102.

37 Dittrich (Fn. 3), § 44 BHO, Rn. 274.

38 H.-M. Müller/B. Richter/J. Ziekow, Handbuch Zuwendungsrecht, München 2017, Rn. 306.

39 Müller/Richter/Ziekow, Zuwendungsrecht (Fn. 38), Rn. 307.

Mit Blick auf ökologische Nachhaltigkeit ist es naheliegend, einen Paradigmenwandel herbeizuführen, der „wirtschaftlich und sparsam“ im Lichte einer ressourcenschonenden ökologischen Nachhaltigkeit versteht.⁴⁰ Im Kern geht es um die Vereinbarkeit von Haushaltsgrundsätzen und Nachhaltigkeit. Gewichtige Argumente liefert in diesem Zusammenhang das Pariser Klimaabkommen, der Beschluss des Bundesverfassungsgerichts zum Klimaschutz⁴¹ sowie das Staatsziel Umweltschutz gem. Art. 20a GG. Darauf dürften auch aktuelle politische Vorhaben wie die Nachhaltigkeitsstrategie der Bundesregierung zurückzuführen sein.⁴² Der BVerfG-Beschluss wird auch als „Übergang vom liberalen zum ökologischen Freiheitsverständnis“⁴³ bezeichnet und dürfte zeitnah grundlegende Ausstrahlungswirkung auf staatliche Aufgabenverantwortung entfalten. Für die Auslegung zuwendungsfähiger Ausgaben genießt Art. 20a GG keinen unbedingten Vorrang gegenüber anderen Belangen, die in den Haushaltsgrundsätzen Niederschlag finden. Jedoch nimmt im Zusammenhang einer Abwägung das relative Gewicht des Klimaschutzgebots bei fortschreitendem Klimawandel weiter zu.⁴⁴

Diese Auffassung deutet der Senat der Stadt Bremen in Reaktion auf eine große Anfrage der Fraktionen Bündnis 90/Die Grünen, der SPD und DIE LINKE an. Nach Auffassung des Senats dürften schon heute „ökologisch schädliche Zuwendungen, insbesondere solche, die die Klimakrise noch beschleunigen, nicht im Interesse der Freien Hansestadt Bremen liegen“.⁴⁵ Positiv gewendet, können mit diesem Begriffsverständnis nur ökologisch nachhaltige Ausgaben zuwendungsfähig sein.

Dieser Paradigmenwandel kann nur durch die jeweilige Förderverwaltung erfolgen.⁴⁶ Aufgrund der späteren Prüfung der zweckentsprechenden Verwendung der anvertrauten Zuwendung können Zuwendungsempfänger nicht das Risiko einer Rückforderung auf sich nehmen, sondern es bedarf der unzweifelhaften Rahmen- und Richtliniensezung durch die betreffende Verwaltung bzw. die entsprechende Konzepterstellung.

40 Eingehend der Beitrag von *Nora Brück*, Normen nachhaltig auslegen?, S. 53 ff. in diesem Tagungsband.

41 BVerfG, Beschluss des Ersten Senats vom 24. März 2021.

42 Abrufbar unter: <https://www.bundesregierung.de/resource/blob/998194/1875176/3d3b15cd92d0261e7a0bcd8f43b7839/deutsche-nachhaltigkeitsstrategie-2021-langfassung-download-bpa-data.pdf>.

43 *W. Frenz*, EnWZ 2021, S. 201 (202).

44 BVerfG, NJW 2021, 2085.

45 Mitteilung des Senats vom 26. Januar 2021, Drs. 20/797.

46 Vgl. *Müller/Richter/Ziekow* (Fn. 38), Zuwendungsrecht, Rn. 309.

C. Conclusio

Öffentliche Kulturförderung, die betriebsökologische Aspekte in den Blick nimmt, verspricht gegenüber einer künstlerischen Auseinandersetzung mit der Klimakrise, eine neue Dynamik zu entfalten. In der „Transformationsphase“ zu einer klimabewussten Leistungsverwaltung, dürfte ein Zusammenspiel verschiedener der hier beschriebenen Steuerungsmaßnahmen der vorzugswürdige Weg sein. Angesichts der föderalen Aufgabenkompetenz wird es eine Herausforderung mit diesem bunten Strauß an Lenkungsmaßnahmen Geförderte nicht zu überfordern. Die Fokussierung auf betriebsökologische Aspekte im Interesse der Emissionsreduktion erfordert einen Kompetenzzuwachs bei Zuwendungsempfängenden ebenso wie bei der Verwaltung – ein gemeinsames Lernen. Dabei muss berücksichtigt werden, dass die Verwaltung eine aktive und initiative Rolle einnimmt, Mut zur Veränderung kann nicht von den im Zuwendungsverhältnis strukturell unterlegenen Geförderten erwartet werden. Ebenso darf das Risiko, im Lernprozess auch Fehler zu machen, nicht einseitig Zuwendungsempfänger treffen, indem Verwaltung erst in der Verwendungsnachweisprüfung versucht, Ökologie zu implementieren. Ökologische Nachhaltigkeit durchdringt alle Phasen einer Förderung. Das gilt freilich über die Kulturförderung hinaus auch für andere Bereiche der Aufgabenerfüllung durch Zuwendungen.

Schließlich lässt sich auch konstatieren, dass mit Blick auf die Betriebsökologie erhebliche Potentiale zu heben sind, die nicht lediglich Investitionsdefizite sind. Ein „Mehr“ an Klimaschutz muss in diesem Sinne (noch) nicht teuer sein. „Teuer“ wird insbesondere der Verlust von Zeit und der noch ausstehende gesellschaftliche Zielkonflikt, wenn Ressourcen in dem Umfang aufgebraucht sind, dass Kultur und Klima in ein Konkurrenzverhältnis treten und sich die „entweder-oder“-Frage stellt.

Mehr Nachhaltigkeit durch Strafrecht?

Zu Aspekten der Nachhaltigkeit im Strafrecht *de lege lata* und *de lege ferenda* sowie zur Tauglichkeit des Strafrechts als Steuerungsinstrument

Nina Schrott

A. Nachhaltigkeit als ökologische Nachhaltigkeit

Möchte man klären, ob bzw. inwieweit das Strafrecht¹ bereits jetzt Nachhaltigkeitsaspekte berücksichtigt, bedarf es zunächst einiger terminologischer Konkretisierungen. Im Besonderen betrifft dies den schillernden Begriff der „Nachhaltigkeit“. Angesichts des beschränkten Rahmens würde ich mir hier aber erlauben, gewissermaßen mit der Tür ins Haus zu fallen, und an dieser Stelle mit einer Prämisse zu arbeiten:

Ich verstehe Nachhaltigkeit im Rahmen dieses Beitrags als *ökologische* Nachhaltigkeit und damit als den intergenerationell erhaltungsdienenden Umgang mit Umwelt, Klima und unseren natürlichen Ressourcen.^{2, 3}

-
- 1 Außer Betracht bleibt daher das Ordnungswidrigkeitenrecht; siehe hierzu U. Grube/S. Lehner, Klimaschutz durch Straf- und Ordnungswidrigkeitenrecht am Beispiel der Sanktionierung von Unternehmen bzw. deren Geschäftsleitungen, KlimaRZ 2/2023, 46.
 - 2 Der Begriff der Umwelt ist in einem klassisch-restriktiven Sinn zu verstehen, umfasst damit aber insbesondere auch den Tier- und Pflanzenschutz, vgl. F. Saliger, Umweltstrafrecht, 2. Aufl., München 2020, 1. Kap. Rn. 25. Klima bezeichnet den durch statistische Parameter beschriebenen Zustand und das für einen längeren Zeitraum charakteristische Verhalten der Atmosphäre, vgl. Lexikon der Geografie, Stichwort: Klima, abrufbar unter <https://www.spektrum.de/lexikon/geographie/klima/4147> (31.8.2023).
 - 3 Ähnlich A. Rühmkorf, Einleitung: Die Förderung nachhaltiger Entwicklung im deutschen Recht, in: A. Rühmkorf (Hrsg.), Nachhaltige Entwicklung im deutschen Recht, Baden-Baden 2018, S. 9 (21), der auf S. 16 ff. auch einen ausführlichen Überblick über den Begriff der „Nachhaltigkeit“ bzw. „nachhaltigen Entwicklung“ in der rechtswissenschaftlichen Diskussion gibt. Grundlegend Brundtland-Bericht (1987), 3.I.27., abrufbar unter <http://www.un-documents.net/our-common-future.pdf> (31.8.2023). Nach a.A. umfasst der Begriff der Nachhaltigkeit dagegen noch die beiden weiteren Säulen „Ökonomie“ und „Soziales“ (sog. „Drei-Säulen-Modell“), vgl. hierzu und zur entsprechenden Kritik Ekardt, ZfU 2009, 223 (227) m.w.N. Für ein Abstellen auf das (ungewichtete) Drei-Säulen-Modell (auch) im Bereich der Rechtswissenschaften plädiert Sommerer,

Ausgehend davon kurz zum Fortgang dieser Untersuchung:

Zunächst werde ich einen systematischen Streifzug durch das nationale Kern- und Nebenstrafrecht unternehmen: Wo und in welchem Umfang finden sich bereits jetzt – *de lege lata* – implementierte Aspekte ökologischer Nachhaltigkeit? Wo und warum lassen sich Leerstellen – vielleicht gar Schutzlücken – ausmachen, die es *de lege ferenda* zu schließen gilt? Und schließlich: Mit welchen konkreten Problemstellungen und etwaigen Systemfriktionen sehen wir uns auf dem Weg zu mehr Nachhaltigkeit im und durch Strafrecht konfrontiert? Welche möglichen Lösungswege gibt es? Ich ende mit einem Fazit sowie einem kurzen Ausblick.

B. Ökologische Nachhaltigkeit und Strafrecht

Aspekte ökologischer Nachhaltigkeit sind dem Strafrecht nicht fremd, wenngleich sie an wenigen Stellen so explizit gemacht werden, wie dies im Umweltstrafrecht der Fall ist: So sollen die §§ 324 ff. StGB – so *Schünemann* schon 1996 ausdrücklich – die Umwelt und ihre zentralen Güter im Interesse „der jetzt und künftig lebenden Generationen des homo sapiens“⁴ schützen. Es überrascht daher nicht, dass § 325 StGB, die Luftverunreinigung, oftmals als normierter Ausgangspunkt für ein Klima(schutz)strafrecht ausgemacht wird.⁵ Gleichwohl finden sich bei näherer Betrachtung noch eine Vielzahl weiterer Normen, die – ich bleibe an dieser Stelle bewusst vage – Dimensionen ökologischer Nachhaltigkeit zumindest mitberücksichtigen bzw. mittelbar in Bezug nehmen.

Dabei lassen sich anhand des Intensitätsgrades, mit dem nachhaltigkeitsbezogene Aspekte in Rechnung gestellt werden, grob drei Bereiche unterscheiden:

- (1) Zunächst sind Normen zu nennen, die einen unmittelbar nachhaltigkeitschützenden Charakter haben, indem sie zumindest auch – d.h.

Wirtschaftsstrafrechtliche Rahmenbedingungen einer nachhaltigen Gesellschaft, RW 2/2021, 119, die damit weitgehend jede Art von (intergenerationell ausgerichteten) „Systemerhaltungsnormen“ als „Nachhaltigkeitsnormen“ begreift. Da Strafrecht jedoch – zumindest auf einer letzten Stufe – immer auch dem gesellschaftlichen Systemerhalt dient, erscheint ein solch weites Nachhaltigkeitsverständnis in diesem Zusammenhang nur bedingt zielführend.

4 B. *Schünemann*, Zur Dogmatik und Kriminalpolitik des Umweltstrafrechts, in: K. Schmoller (Hrsg.), Festschrift für Otto Triffterer zum 65. Geburtstag, Wien/New York 1996, S. 437 (453).

5 Vgl. W. *Frisch*, Strafrecht und Klimaschutz, GA 2015, 427 (435 f.).

als mindestens eines von mehreren konkret benannten Schutzgütern – den intergenerationellen Erhalt unserer natürlichen Lebensbedingungen, insbesondere unserer Ressourcen, inkl. der Tier- und Pflanzenwelt zum Gegenstand haben.

- (2) Weitaus mehr Normen lassen sich dagegen der zweiten Kategorie, die ich hier als unspezifisch-mittelbar nachhaltigkeitserschützend bezeichnen möchte, zuordnen. Dieser Bereich umfasst all jene Vorschriften, die sich auf nicht nachhaltigkeitspezifische Tatobjekte beziehen, die jedoch im Einzelfall mit Aspekten ökologischer Nachhaltigkeit „aufgeladen“ werden können – etwa, indem ein ökologisch „wertvoller“ (im Sinne von „nachhaltigkeitsförderlicher“) Gegenstand zerstört wird, man über die „grüne“ Herstellung eines Produkts täuscht oder aber eine Sache schneller als nötig verschleißt lässt.⁶ Hierunter lassen sich – wie wir sehen werden – in ihrem Regelungsgehalt durchaus disparate Rechtsnormen fassen.
- (3) Unter eine dritte Kategorie – vielmehr eine „Nicht-Gruppe“ – möchte ich schließlich „Leerstellen“ fassen, also all die Bereiche, in denen nachhaltigkeitsbezogene Aspekte durch das geltende Strafrecht nicht bzw. nicht vollumfänglich abgedeckt werden. Hier wird es darum gehen, taugliche von nicht-tauglichen Anknüpfungspunkten zu unterscheiden und einen groben Rahmen für das weitere Vorgehen abzustecken.

I. Spezifisch-unmittelbar nachhaltigkeitserschützend Normen

Zunächst zur ersten Gruppe, den spezifisch-unmittelbar nachhaltigkeitserschützend Normen:

Neben den erwähnten umweltschutzrechtlichen Regelungen⁷, die insbesondere in der aktuellen Debatte um die Ausgestaltung eines künftigen Klimastrafrechts eine diskursive Renaissance erleben und auf die ich daher an dieser Stelle nicht vertieft eingehen möchte, dient auch das Tierschutzstrafrecht (§§ 17 ff. TierSchG) unmittelbar spezifisch dem generationsübergreifenden Erhalt der Tierwelt als Teilaspekt umweltbezogener, ökologischer Nachhaltigkeit:

⁶ Siehe hierzu ausführlich Teil B.II.

⁷ D.h. §§ 324 ff. StGB inkl. der weiteren Straftatbestände in den verschiedenen Umweltschutzgesetzen.

Zwar erfährt das Tier im TierSchG grundsätzlich um seiner selbst willen als „mitgeschöpfliches“ Lebewesen Schutz (vgl. § 1 S. 1 TierSchG).⁸ Dennoch bleibt es Schutzobjekt, wird also nicht zum „gleichberechtigte[n] Teilnehmer der Rechtsgemeinschaft“⁹. Auch das Tierschutzstrafrecht dient daher in letzter Konsequenz dem Erhalt „unserer“ Tier(um)welt, indem es etwa Tiertötungen nur in den – zumindest einigermaßen engen – Grenzen des § 17 Nr. 1 TierSchG¹⁰ zulässt und Tiermisshandlungen generell unter Strafe stellt, vgl. § 17 Nr. 2 TierSchG¹¹.

Entsprechend lassen sich auch die die Jagd- und Fischwilderei pönalisierenden §§ 292, 293 StGB als spezifisch-unmittelbar nachhaltigkeitsschützende Normen begreifen – zumindest dann, wenn man mit einer im Vordringen befindlichen Ansicht neben dem Aneignungsrecht des*der Jagd- bzw. Fischereiberechtigten *auch* das Interesse der Allgemeinheit am Schutz eines durch Hege erhaltenen Wildbestandes bzw. allgemeine Belange des Tierschutzes als weitere Schutzgüter anerkennt.¹²

Dagegen schützt die Sanktionsnorm des § 304 StGB, die Zerstörung von Naturdenkmälern, das Nutzungsinteresse der Allgemeinheit an den in Abs. 1 aufgeführten Gegenständen.¹³ Der Begriff des Naturdenkmals bestimmt sich dabei nach § 28 BNatSchG.¹⁴ Danach sind Naturdenkmäler rechtverbindlich festgesetzte Einzelschöpfungen der Natur oder entspre-

-
- 8 Ausführlich hierzu *T. Reinbacher*, Nothilfe bei Tierquälerei?, ZIS 11/2019, 509 (512 f.) m.w.N. Nach veralteter – insbesondere mit Blick auf § 1 S. 1 TierSchG abzulehnender – Ansicht, schützt das TierSchG dagegen „das im Mitgefühl für das Tier sich äussernde menschliche Empfinden“; so z.B. noch *W. Perron*, in: A. Schönke/H. Schröder, Strafgesetzbuch, Kommentar, 29. Aufl. 2014, § 32 Rn. 8.
 - 9 Vgl. *A. Halfmeier*, Nachhaltiges Privatrecht, AcP 216 (2016), 717 (722), der dies als „Spezieegosimus“ bezeichnet; siehe auch VG Hamburg NVwZ 1988, 1058.
 - 10 Vgl. hierzu *E. Metzger*, in: A. Lorz/E. Metzger (Hrsg.), Tierschutzgesetz Kommentar, 7. Aufl., München 2019, § 17 Rn. 9 ff. Einen knappen Überblick über das Tierschutzstrafrecht bieten *E. Hoven/J. Hahn*, Tierschutzstrafrecht – Ein Überblick, JuS 2022, 823.
 - 11 § 17 Nr. 2 TierSchG: Mit Freiheitsstrafe bis zu drei Jahren oder mit Geldstrafe wird bestraft, wer 1. ein Wirbeltier ohne vernünftigen Grund tötet oder 2. einem Wirbeltier a) aus Rohheit erhebliche Schmerzen oder Leiden oder b) länger anhaltende oder sich wiederholende erhebliche Schmerzen oder Leiden zufügt.
 - 12 Für eine solche duale Schutzgutkonzeption z.B. *L. Witteck* in: B. von Heintschel-Heinegg (Hrsg.), BeckOK-StGB, 58. Ed. 1.8.2023, § 292 Rn. 7 m.w.N.
 - 13 *M. Weidemann* in: B. von Heintschel-Heinegg (Hrsg.), BeckOK StGB, 58. Ed. 1.8.2023, § 304 Rn. 2; vgl. dazu auch BVerfG BeckRS 2009, 39828 = NVwZ 2010, 247 (249); OLG Hamm BeckRS 2015, 05465; *E.-R. Hönes*, Das europäische Übereinkommen zum Schutz des archäologischen Erbes vom 16.1.1992, NuR 27/2005, 750 (752 f.).
 - 14 *Weidemann* (Fn. 13), § 304 Rn. 5.

chende Flächen bis fünf Hektar, deren besonderer Schutz aus wissenschaftlichen, naturgeschichtlichen oder landeskundlichen Gründen oder wegen ihrer Seltenheit, Eigenart oder Schönheit erforderlich ist, vgl. § 28 Abs. 1 BNatSchG. Es geht i.R.d. § 304 StGB also weniger um den intergenerationalen erhaltungsdienenden Umgang mit unseren natürlichen Ressourcen als vielmehr um die Pönalisierung der Zerstörung enumerativ genannter Schutzobjekte, hier von Naturdenkmälern, die angesichts ihrer Bedeutung als Erkenntnisquelle sowie für das ästhetische Empfinden des Menschen unter besonderem Schutz stehen.¹⁵ Dagegen sind ökologische Gründe für eine Unterschutzstellung i.R.d. § 28 BNatSchG ausdrücklich nicht genannt.¹⁶ Es fehlt daher jedenfalls am spezifisch-unmittelbar (ökologisch) nachhaltigkeitserschützenden Charakter des § 304 StGB.¹⁷

Dasselbe gilt hinsichtlich des Inbrandsetzens bzw. der Zerstörung durch Brandlegung im Hinblick auf fremde Wälder, Heiden und Moore nach § 306 Abs. 1 Nr. 5 StGB. Auch hier sind nicht natürliche Umweltgegebenheiten in ihrer ökologischen Nachhaltigkeitsdimension geschützt, sondern – nach hM *ausschließlich* – das Eigentum an ihnen.¹⁸ § 306 StGB ist insofern ein qualifiziertes Sachbeschädigungsdelikt und damit keine spezifisch-unmittelbar die (ökologische) Nachhaltigkeit schützende Norm. Sofern § 306a Abs. 2 StGB die Tatobjekte des § 306 Abs. 1 StGB – und damit auch die der Nr. 5, also Wälder, Heiden und Moore – ohne Ansehung der Fremdheit in Bezug nimmt,¹⁹ ist Schutzgut der schweren Brandstiftung Leib und Leben der durch den Brand gefährdeten Menschen. Auch in diesem Zusammenhang fehlt es daher an einem spezifisch-unmittelbar nachhaltigkeitserschützenden Normcharakter.²⁰

15 J. Albrecht in: L. Giesberts/M. Reinhardt (Hrsg.), BeckOK-UmweltR, 66. Ed. 1.7.2020, BNatSchG § 28.

16 So auch ausdrücklich Albrecht (Fn. 15), BNatSchG § 28.

17 Zum unspezifisch-mittelbar nachhaltigkeitserschützenden Charakter der Norm siehe Fn. 26.

18 Siehe nur M. Heger in: K. Lackner/K. Kühl/M. Heger (Hrsg.), StGB Kommentar, 30. Aufl., München 2023, § 306 Rn. 1 m.w.N. Nach a.A. tritt der Schutz weiterer Rechtsgüter bzw. Rechtsgutsinhaber*innen vor der generellen Gemeingefährlichkeit der Tathandlung hinzu, vgl. H. Radtke in: O. Hohmann (Hrsg.), MüKo-StGB, Band 6, 4. Aufl., München 2022, § 306 Rn. 1.

19 Ganz h.M., siehe nur J. Wessels/M. Hettinger/A. Engländer, Strafrecht BT 1, 47. Aufl., Heidelberg 2023, § 21 Rn. 964 m.w.N.; vgl. auch BGH NSTz 1999, 32.

20 Dieselben Überlegungen gelten freilich auch – *mutatis mutandis* – für die Herbeiführung einer Brandgefahr nach § 306f Abs. 1 Nr. 3 StGB.

§ 311 Abs.1 StGB stellt die Freisetzung ionisierender Strahlen bzw. die Bewirkung von Kernspaltungsvorgängen unter Strafe, sofern diese geeignet sind, erhebliche Schäden an Tieren oder Pflanzen, Gewässern, der Luft oder dem Boden herbeizuführen. Die Norm ähnelt in ihrer Schutzrichtung der Bodenverunreinigung nach § 324a Abs.1 Nr.1 StGB sowie der Luftverunreinigung nach § 325 Abs.1 und 2 StGB und dient damit jedenfalls *auch* unmittelbar-spezifisch dem Schutz der Umwelt als Teilaspekt ökologischer Nachhaltigkeit.²¹ Angesichts der hohen Zerfallszeiten (Halbwertszeiten) radioaktiver Stoffe²² sind die Schädigungen der Umweltmedien auch intergenerationell spür- und nachweisbar, sodass § 311 Abs.1 StGB auch den generationsübergreifenden Zeithorizont von Nachhaltigkeit wahrt.

Dagegen bezwecken § 313 StGB, die Herbeiführung einer Überschwemmung, und § 314 Abs.1 Nr.1 StGB, die Gemeingefährliche Vergiftung von Wasser, keinen unmittelbaren Schutz von Umweltmedien und/oder natürlichen Ressourcen, sondern dienen dem Schutz von Leib, Leben und Gesundheit von Menschen bzw. von Sachen von bedeutendem Wert.²³ Sie sind daher nicht als spezifisch-unmittelbar nachhaltigkeitserschützende Normen zu qualifizieren.

II. Unspezifisch-mittelbar nachhaltigkeitserschützende Normen

Die Liste an strafrechtlichen Vorschriften, die unmittelbar-spezifisch den Schutz von Nachhaltigkeitsaspekten in den Blick nehmen, ist damit vergleichsweise kurz. Ungleich länger gerät dagegen eine Aufzählung von lediglich unspezifisch-mittelbar nachhaltigkeitserschützenden Normen, d.h. von solchen Vorschriften, bei denen Nachhaltigkeitsdimensionen lediglich einzelfallabhängige Variablen bilden, die anstelle nicht nachhaltigkeitsbezogener „Platzhalter“ eingesetzt werden können. Sie ließen sich daher auch als potentiell nachhaltigkeitserschützende Normen bezeichnen.

21 Vgl. Heger (Fn. 18), § 311 Rn.1; M. Bange in: B. von Heintschel-Heinegg (Hrsg.), BeckOK StGB, 58. Ed. 1.8.2023, § 311 Rn. 4.

22 Radioaktive Stoffe senden ionisierende Strahlung aus, vgl. Bundesamt für Strahlenschutz (BfS), Ionisierende Strahlung, abrufbar unter https://www.bfs.de/DE/themen/ion/ion_node.html (31.8.2023).

23 Siehe nur W. Kargl in: U. Kindhäuser/U. Neumann/H.-U. Paeffgen/F. Saliger (Hrsg.), StGB Kommentar, 6. Aufl., Baden-Baden 2023, § 313 Rn. 5 und § 314 Rn. 2.

Was ist damit gemeint? Greifen wir hierzu die oben genannten Beispiele wieder auf:

Wer einen (fremden) „nachhaltigkeitsförderlichen“ Gegenstand, z.B. ein Solarpanel, zerstört, macht sich u.U. wegen Sachbeschädigung nach § 303 StGB strafbar. Wer einen anderen darüber täuscht, dass ein Produkt klimaneutral hergestellt wurde, obwohl dies tatsächlich nicht der Fall war, unterfällt bei Vorliegen weiterer Voraussetzungen – insbesondere einem vorhandenen Vermögensschaden – einer Strafbarkeit wegen Betrugs nach § 263 StGB (sog. „Greenwashing“).²⁴ Und wer als Hersteller*in ein Produkt schneller verschleißt als üblich, kann – jedenfalls nach TdL (und in beschränktem Rahmen) – wegen sog. „geplanter Obsoleszenz“ zur Rechenschaft gezogen werden.^{25, 26}

Die Deliktsgesetze dieser zweiten Gruppe sind daher unter Nachhaltigkeitsgesichtspunkten nur lose miteinander verknüpft. Gleichwohl spielen sie eine wichtige Rolle im aktuellen strafrechtlichen Nachhaltigkeitsdiskurs.

III. „Leerstellen“ strafrechtlichen Nachhaltigkeitschutzes

Dasselbe gilt hinsichtlich bestehender „Leerstellen“, die sich – wird ein legitimes Schutzbedürfnis ausgemacht – zu „Schutzlücken“ verdichten können.

24 Ausführlich hierzu *N. Schrott/J. Mayer*, Greenwashing als Betrug?, GA 11/2023, 615 (Teil 1) und 12/2023 (Teil 2, im Erscheinen).

25 In Betracht kommt hier grundsätzlich eine Strafbarkeit wegen Betrugs (§ 263 StGB) und wegen Sachbeschädigung (§ 303 StGB); zum Ganzen *A. Busch*, Die Strafbarkeit geplanter Obsoleszenz nach § 303 Abs. 1 StGB, *wistra* 2021, 45; *E. Hoven*, Der „eingebaute“ Produktverschleiß – Die Strafbarkeit geplanter Obsoleszenz, *NJW* 2019, 3113; *F. Ruppert*, Der schmale Grat zwischen minderer Produktqualität und moderner Manipulation – die Strafbarkeit geplanter Obsoleszenz, *wistra* 2019, 348; gegen eine Strafbarkeit (jedenfalls) nach § 303 StGB aber *Kargl* (Fn. 23), § 303 Rn. 30a.

26 Die Liste ließe sich an dieser Stelle mehr oder minder beliebig fortsetzen. Letztlich könnten sogar Rechtfertigungs- und Entschuldigungsgründe sowie Erwägungen auf Strafzumessungsebene ökologisch nachhaltig „aufgeladen“ werden. Zum indirekten Klimaschutz durch „schon etablierte Straftatbestände des Wirtschaftsstrafrechts“ siehe *L. Foffani/A. N. Martin*, Klimaschutzstrafrecht durch Wirtschaftsstrafrecht?, GA 2/2023, 100. Spezifisch erwähnt seien an dieser Stelle auch noch einmal die auf ihre Tauglichkeit als spezifisch-unmittelbar nachhaltigkeitserschützende Normen gesondert (aber ablehnend) besprochenen §§ 304, 306 Abs. 1 Nr. 5, 306 Abs. 2, 313 und 314 Abs. 1 Nr. 1 StGB, die sich dergestalt ebenfalls als unspezifisch-mittelbar nachhaltigkeitserschützende Regelungen präsentieren können.

Unterscheiden lassen sich hier Fragen, inwieweit spezifisch-unmittelbar bzw. unspezifisch-mittelbar nachhaltigkeitsschützende Normen in ihrem Anwendungsbereich nicht weit genug gehen (Bsp. täterschaftliche Strafbarkeit von Amtsträger*innen i.R.d. Umweltdelikte²⁷) oder aber unspezifisch-mittelbar nachhaltigkeitsschützende Vorschriften – umgekehrt – überschießende, nachhaltigkeitshemmende Tendenzen aufweisen. Letzteres wird beispielsweise im Rahmen des Containers diskutiert, wo nach fast einhelliger Meinung das „Heraustauschen“ abgelaufener, aber noch brauchbarer Lebensmittel aus Müllcontainern von Supermärkten jedenfalls grundsätzlich den Tatbestand des § 242 StGB erfüllt.²⁸

Daneben finden sich aber auch Bereiche, in denen Aspekte (ökologischer) Nachhaltigkeit noch gänzlich unberücksichtigt bleiben.

Anknüpfen könnte man hier einerseits an unmittelbar (nachhaltigkeits-)belastende Tathandlungen wie dies beispielsweise in der aktuellen Debatte um die Implementierung eines Klima(präventions)strafrechts²⁹ geschieht. Strafrechtlich relevanter Ausgangspunkt ist dann das unmittelbare Emittieren von Treibhausgasen.³⁰

27 Vgl. hierzu z.B. *P. Krell*, Welche Lehren lassen sich aus der Kritik am Umweltstrafrecht für ein Klimastrafrecht ziehen?, GA 2/2023, 81 (91 f.); *F. Saliger*, Umweltstrafrecht (Fn. 2), Rn. 183.

28 Ausführlich zum Container *R. Verghe*, Zur Strafbarkeit von „Containern“, StraFo 2013, 15; *M. Jahn*, „Containern“ als Diebstahl, JuS 2020, 85; *Rennicke*, Zur strafrechtlichen Bewertung des Containers de lege lata und de lege ferenda, ZIS 2020, 343 (344); *C. Jäger*, Zur Strafbarkeit des Mülltauchens, JA 2020, 393; siehe hierzu auch *F. Zimmermann*, Strafrechtlicher Eigentumsschutz in der Wegwerfgesellschaft, JZ 2021, 186 (188); *R. Schmitz*, Strafreistellung des „Containers“, LMuR 2023, 109 sowie *N. Schrott*, „Containern“ nach dem Beschluss des BayObLG vom 2. Oktober 2019, in: *S. Jiang/J. Kaspar/H. Satzger* (Hrsg.), Das Vermögensstrafrecht vor den Herausforderungen einer modernen Gesellschaft – Ein fallbasierter Strafrechtsvergleich im Lichte der deutschen und chinesischen Rechtsprechung, Baden-Baden 2024 (im Erscheinen). A.A. aber *J. Bülte*, Containern: Eigentumsdelikt ohne Eigentumsverletzung?, in: *M. Engelhart/H. Kudlich/B. Vogel* (Hrsg.), Digitalisierung, Globalisierung und Risikoprävention – Festschrift für Ulrich Sieber zum 70. Geburtstag, 2. Aufl., Berlin 2022, S. 183 (193 f.), der für eine teleologische Reduktion der Zueignungsabsicht plädiert.

29 Zur Unterscheidung zwischen Klimapräventions- und Klimafolgenstrafrecht siehe *H. Satzger/N. von Maltitz*, Das Klimastrafrecht – ein Rechtsbegriff der Zukunft, ZStW 133 (2021), 1 (1 Fn. 2).

30 Ausführlich – auch zu den weiteren Strafbarkeitsvoraussetzungen und etwaigen Einwänden – *Satzger/von Maltitz*, Klimastrafrecht (Fn. 29), 2 ff.

Ein möglicher Ökozid-Tatbestand möchte dagegen – zumindest in seiner derzeitigen Vorschlagsfassung³¹ – bereits solche Handlungen unter Strafe stellen, die in dem Wissen begangen werden, dass eine erhebliche Wahrscheinlichkeit besteht, dass durch diese Handlungen schwere und entweder weitreichende oder langfristige Umweltschäden verursacht werden.³² Es müssen also – anders als bei den weitgehend als Erfolgsdelikte ausgestalteten §§ 324 ff. StGB – für eine Strafbarkeit gerade keine tatsächlichen Umweltschäden eintreten. Vielmehr nähme ein solcher Ökozid-Tatbestand als (konkretes) Gefährdungsdelikt v.a. das Schadensvor- und -umfeld ins (völker-)strafrechtliche Visier.³³

Schließlich ließe sich auch – gewissermaßen nachgelagert – auf Nutzung und Konsum, genauer: Verbrauch und Verschwendung, abstellen. In Rede stünden also Straftatbestände, die das individuelle Nutzungs- und Konsumverhalten Einzelner in Bezug nähmen, z.B. den ungezügelten Verbrauch endlicher natürlicher Ressourcen (z.B. fossiler Brennstoffe) oder die Verschwendung von unter massiven Menschen- bzw. Tierrechtsverletzungen und / oder Umweltschäden produzierten Gütern (z.B. Lebensmitteln aus der Massentierhaltung; im globalen Süden produzierte „Fast-Fashion“).^{34, 35}

C. Nachhaltigkeitshemmnisse und mögliche Lösungswege

I. Die Situation de lege lata

Soweit zum *status quo*. Das vorstehend skizzierte, wenngleich unvollständige „Schutzkonzept“ dient aber nicht nur einer systematisierten Darstel-

31 Definitionsvorschlag eines von der Nichtregierungsorganisation „Stop Ecocide International“ beauftragten Gremiums für ein eigenständiges Ökozid-Verbrechen im Rom-Statut aus dem Jahr 2021, abrufbar unter <https://www.stopecocide.earth/legal-definition> (31.8.2023).

32 Vgl. Article 8ter (1) Ecocide, abrufbar unter <https://www.stopecocide.earth/legal-definition> (31.8.2023).

33 Vgl. hierzu auch S. Bock, Ökozid – Ein neues völkerstrafrechtliches Kernverbrechen, ZRP 6/2021, 187 (188); ebenfalls kritisch zum Vorschlag M. Wagner, Ökozid vor dem Internationalen Strafgerichtshof?, ZfStW 7-8/2022, 477.

34 Vgl. hierzu den Vortrag von Mitsch, Klimaschutz durch Strafrecht? Sollte Verschwendung von Lebensmitteln strafbar sein?, vom 28.5.2021 auf der Tagung „Klimaschutz durch Strafrecht“, abrufbar unter https://www.uni-potsdam.de/fileadmin/projects/ls-mitsch/Vorträge/1622722597_Lebensmittelverschwendung.pdf (31.8.2023).

35 Zu dieser nicht unüblichen Dreiteilung in Vorfeld, unmittelbare Belastung (shandlung) und nachgelagerte Verhaltensweisen siehe auch Satzger/von Maltitz, Klimastrafrecht (Fn. 29), 14 Fn. 62.

lung, sondern es offenbart bei näherer Betrachtung zugleich die weitgehende „Kategorieabhängigkeit“ von Nachhaltigkeits*hemmnissen*, also den verschiedenen Hürden auf dem Weg zu mehr Nachhaltigkeit durch Strafrecht.

So wird beispielsweise im Zusammenhang mit spezifisch-unmittelbar nachhaltigkeitserschützenden Normen der Kategorie 1 (vereinfacht: Umwelt- und Tierschutzstrafrecht) seit jeher ein nicht unerhebliches Vollzugsdefizit beklagt.³⁶ Hinzukommt, dass im Bereich des Umweltstrafrechts die gesetzlich vorgesehene und dergestalt auch weitgehend für erforderlich gehaltene verwaltungsrechtsakzessorische³⁷ Ausgestaltung der §§ 324 ff. StGB jedenfalls einen strafrechts*autonomen* Schutz von Umweltmedien quasi unmöglich macht.³⁸ Entsprechend besteht auch im Tierschutzstrafrecht zumindest eine enge Anbindung an verwaltungsrechtliche Vorgaben, wenn beispielsweise i.R.d. § 17 Nr. 1 TierSchG, der Tiertötung, bei der Rechtswidrigkeitsprüfung maßgeblich auf behördliche Genehmigungen und spezielle Zulassungsnormen z.B. im Jagd-, Fischerei-, Naturschutz- und Pflanzenschutzrecht abgestellt wird.³⁹ Und auch §§ 292, 293 StGB sind als Blanketttatbestände an der Grenze zum öffentlichen Jagd- und Fischereirecht angesiedelt;⁴⁰ § 311 Abs. 1 StGB spricht ausdrücklich von der Verletzung verwaltungsrechtlicher Pflichten nach § 330d Abs. 1 Nr. 4, 5 und Abs. 2.

Im Rahmen der Kategorie 2, den unspezifisch-mittelbar bzw. potentiell nachhaltigkeitserschützenden Normen, ist es dagegen insbesondere das Ausgerichtetsein auf den Schutz bestimmter deliktsspezifischer Rechtsgüter⁴¹, welches einem strafrechtlichen Nachhaltigkeitschutz durch gerade *diese*

36 J. Hahn, Strafzumessung bei Tierschutzdelikten, NuR 43 (2021), 165 (167); J. Bülte, Massentierhaltung – Ein blinder Fleck bei der Verfolgung von Wirtschaftskriminalität?, NJW 2019, 19; aus empirischer Sicht J. Hahn/E. Hoven (Hrsg.), Strafrechtliche Verfolgung von Tierschutzkriminalität in der Landwirtschaft. Eine empirische Untersuchung, Baden-Baden 2022.

37 Zur Verwaltungs(rechts)akzessorietät des Umweltstrafrechts siehe nur Saliger, Umweltstrafrecht (Fn. 2), Rn. 63 ff.

38 Das ist freilich nicht *per se* ein Problem; der Umstand erscheint aber hinsichtlich der Ausgangsfrage, inwieweit gerade das Strafrecht taugliches Mittel für (mehr) Nachhaltigkeit ist, jedenfalls erwähnenswert.

39 So ist z.B. die Tötung von Wild nach § 1 Abs. 1, 3 und 4 BJagdG unter bestimmten Voraussetzungen gerechtfertigt. Vgl. zum Ganzen E. Metzger in: G. Erbs/M. Kohlhaas/E. Metzger (Hrsg.), 246. EL, München 2023, TierSchG § 17 Rn. 8; A. Hirt in: A. Hirt/C. Maisack/J. Moritz/B. Felde (Hrsg.), 4. Aufl., München 2023, § 17 Rn. 5.

40 Bzgl. § 292 StGB siehe Witteck (Fn. 12), § 292.

41 Verstanden in einem formellen, systemimmanenten Sinn als Mittel zur Systematisierung und Interpretation gesetzlicher Tatbestände, vgl. hierzu A. Engländer, Revitalisierung der materiellen Rechtsgutslehre durch das Verfassungsrecht, ZStW 127 (2015),

Delikte enge Grenzen setzt:⁴² So ist Greenwashing eben nur dann nach der das Vermögen schützenden Betrugsnorm des § 263 StGB strafbar, wenn hierdurch tatsächlich das Vermögen als solches betroffen ist – etwa, weil das erworbene „grüngewaschene“ Produkt in Wahrheit einen geringeren Markt- bzw. Verkehrswert aufweist, als in Form des gezahlten Kaufpreises aufgewendet wurde.⁴³ Und wegen geplanter Obsoleszenz kann nach § 303 StGB, der dem Schutz des Eigentums vor Minderung oder Aufhebung der Sachtauglichkeit dient,⁴⁴ nur dann bestraft werden, wenn das Opfer zuvor zumindest in Teilen mangelfreies Eigentum erworben hat, welches sodann erst durch den intendierten frühzeitigen Verschleiß eines abgrenzbaren Produktteils in Mitleidenschaft gezogen wird.⁴⁵ Usw. usf.

Ein erster Schritt auf dem Weg zu mehr Nachhaltigkeit durch das Strafrecht *de lege lata* ist es daher, diese Effektivitätshemmnisse so weit wie möglich zu beheben. Konkret heißt das:

Hinsichtlich der spezifisch-unmittelbar nachhaltigkeits-schützenden Normen hinreichende finanzielle und vor allem personelle Ressourcen bereitstellen, um bestehende Vollzugsdefizite so weit wie möglich zu beseitigen. Zugleich sind auch die praktisch-individuellen Voraussetzungen für eine effektive Strafverfolgung zu schaffen, z.B. durch eine institutionalisierte Spezialisierung bei der Verfolgung⁴⁶ oder spezifische Schulungs- und Fortbildungsmaßnahmen der mit der Verfolgung betrauten Behörden. Und schließlich könnte auch die altbekannte und weitgehend anerkannte Verwaltungsakzessorietät „neu gedacht“ werden müssen⁴⁷ – mindestens dahin-

616 (621); C.-F. Stuckenberg, Rechtsgüterschutz als Grundvoraussetzung von Strafbarkeit?, ZStW 129 (2017), 349 (349 f.); siehe hierzu auch Fn. 42.

42 Es geht also in diesem Zusammenhang um einen formellen, systemimmanenten Rechtsgutsbegriff als „Zweck“ einer positiven Norm „in seiner kürzesten Formel“ (so R. M. Honig, Die Einwilligung des Verletzten, Leipzig 1919, S. 94), der zur Systematisierung herangezogen wird und in dieser Funktion weitgehend unumstritten ist. Zum Ganzen Engländer, Revitalisierung (Fn. 41), 619 ff.

43 Ausführlich Schrott/Meyer, Greenwashing (Fn. 24), im Erscheinen. Dagegen wird bei „grünen“ Finanzprodukten ein Vermögensschaden (und damit ein vollendeter Betrug) in aller Regel nicht vorliegen, vgl. hierzu A. Mosbacher, Kapitalanlagebetrug durch „Greenwashing“, NJW 2023, 14.

44 Ganz hM, siehe nur M. Weidemann in: B. von Heintschel-Heinegg (Hrsg.), BeckOK StGB, 58. Ed. 1.8.2023, § 303 Rn. 3.

45 Vgl. Hoven, Obsoleszenz (Fn. 25), 3115; Busch, Obsoleszenz (Fn. 25), 53.

46 Krell, Lehren (Fn. 27), 83.

47 So H. Satzger, Umwelt- und Klimastrafrecht in Europa – die mögliche Rolle des Strafrechts angesichts des „Green Deal“ der Europäischen Union, in: M. Engelhart/H. Kudlich/B. Vogel (Hrsg.), Digitalisierung, Globalisierung und Risikoprävention –

gehend, dass durch das Neben- und Miteinander verschiedener Regelungsbereiche entstandene Unklarheiten durch klare strafrechtliche Vorschriften aufgelöst werden.⁴⁸ Zu nennen wäre hier beispielsweise die Regelung des § 330d Abs. 1 Nr. 5 StGB, die klarstellt, dass ein Handeln ohne Genehmigung i.S.d. §§ 324 ff. StGB auch dann vorliegt, wenn diese durch Drohung, Bestechung oder Kollusion erwirkt oder durch unrichtige oder unvollständige Angaben erschlichen wurde.

Im Bereich der Kategorie 2 sind die bestehenden Normen umfassend, wenngleich kritisch – d.h. unter stetem Rückbezug auf den zu wahrenen Rechtsgüterschutz⁴⁹ – auf ihr Potential zum Nachhaltigkeitsschutz „abzuklopfen“. Wo sich mit Blick auf Art. 20a GG Möglichkeiten zur verfassungskonformen Auslegung bieten, sind diese beherzt zu ergreifen.⁵⁰ Teleologische Reduktionen wiederum können dann „gute Dienste“ leisten, wenn der „nachhaltigkeitssanktionierende“ Anwendungsbereich einer Norm offensichtlich zu weit geraten ist. Diskutiert wird dies beispielsweise bei § 242 StGB im Falle des Containerns.⁵¹

II. Die Situation de *lege ferenda*

De lege ferenda stellt sich hinsichtlich der Leerstellen der Kategorie 3 die durchaus „große“ Frage nach Sinn, Zweck und Legitimität der Schaffung neuer Straftatbestände – z.B. der „Lebensmittelverschwendung“, des „Übermäßigen Ressourcenverbrauchs“ oder aber des „Freisetzens von Treibhausgasen“.

Oder anders gefragt: Ist das Strafrecht überhaupt ein taugliches Instrument zur Verhaltenssteuerung?

Festschrift für Ulrich Sieber zum 70. Geburtstag, 2. Aufl., Berlin 2022, S. 1267 (1278); vgl. aber auch *Krell*, Lehren (Fn. 27), 81, wonach jedenfalls ein mögliches Klimastrafrecht „weitestgehend verwaltungsakzessorisch ausgestaltet sein müsste“.

48 Ebenso *Krell*, Lehren (Fn. 27), 90 f.

49 Zugrunde gelegt ist hier erneut ein lediglich formeller Rechtsgutsbegriff (vgl. hierzu bereits Fn. 41 f.).

50 Zu den Möglichkeiten (und Grenzen) verfassungskonformer Auslegung mit Blick auf Art. 20a GG siehe *N. Schrott*, Die verfassungskonforme Auslegung vor dem Hintergrund aktivistischer Aktionen zum Schutz von Klima und Umwelt, in: *S. Jiang/J. Kaspar/H. Satzger* (Hrsg.), *Verfassung und Strafrecht*, Baden-Baden 2024, im Erscheinen.

51 Dahingehend z.B. *G. Britz/M. Torgau*, Cora und Franz gegen die Welt? – Containern und Strafrecht, *Jm* 2020, 257 (259); *A. Schiemann*, „Containern“ – Strafbar aber nicht strafwürdig?, *KriPoZ* 2019, 231 (232); *Bülte*, Containern (Fn. 28), S. 193 f.

1. Allgemeine Überlegungen zur Tauglichkeit des Strafrechts als Steuerungsinstrument

Hierzu zunächst einige allgemeine, angesichts des begrenzten Rahmens notwendigerweise etwas holzschnittartig bleibende Überlegungen:

Gegen die Schaffung neuer Straftatbestände und damit eine gewisse „Funktionalisierung“ des Strafrechts im Sinne der verfolgten Ziele spricht zunächst seine vielbeschworene *ultima-ratio*-Funktion:⁵² Das Strafrecht als schärfstes Schwert des Staates soll nur da zum Einsatz kommen, wo keine milderen, gleich effektiven Mittel zu Verfügung stehen. Zugleich sind nur solche Verhaltensweisen unter Strafe zu stellen, die tatsächlich „strafwürdig“ sind, mithin ein sozial-ethischen Unwerturteils des Staates erfordern.⁵³

Das Strafrecht ist daher notwendigerweise immer auch „unvollständig“, also gerade nicht allumfassend – eben fragmentarisch. Wer „alles“ bestraft, bestraft letztlich „nichts“.⁵⁴

Gleichzeitig verhindert der Einsatz von Strafrecht nicht selten das Nachdenken über Alternativmaßnahmen und ihre politische Durchsetzbarkeit.⁵⁵ Probleme werden lediglich symbolisch – und einigermaßen kostengünstig – durch das Strafrecht „gelöst“, ohne dass sie tatsächlich auf inhaltlich-materieller Ebene adressiert werden.⁵⁶

Hinzukommt, dass das Strafrecht oft nicht das leisten kann, was von ihm erwartet wird – Steuerung im Sinne der aufgestellten Verhaltensnorm

52 Vgl. allgemein in diesem Zusammenhang *M. Jahn/D. Brodowski*, Das Ultima Ratio-Prinzip als verfassungsrechtliche Vorgabe zur Frage der Entbehrlichkeit von Straftatbeständen, ZStW 129 (2017), 363.

53 Allgemein zur *ultima-ratio*-Funktion des Strafrechts und der Frage der Wirkkraft dieses Grundsatzes *K. F. Gärditz*, Demokratizität des Strafrechts und Ultima Ratio-Grundsatz, JZ 13/2016, 641 m.w.N.; *U. Kindhäuser*, Straf-Recht und ultima-ratio-Prinzip, ZStW 129 (2017), 382.

54 Gemeint ist damit, dass strafrechtliche Normen dann ihren Distinktionscharakter einbüßen: Es würde letztlich „alles“ mit einem sozial-ethischen Unwerturteil belegt, sodass sich dessen Wirkung insgesamt – und damit auch hinsichtlich schwer(st)er Verbrechen – neutralisiert bzw. jedenfalls deutlich abschwächt.

55 Ebenso *C. Prittwitz*, Funktionalisierung des Strafrechts, StV 1991, 435 (441).

56 Dahingehend auch die Kritik bei *K. Amelung*, Strafrechtswissenschaft und Strafgesetzgebung, ZStW 92 (1980), 19 (55 ff.); *W. Hassemer*, Symbolisches Strafrecht und Rechtsgüterschutz, NSTZ 1989, 553 (555 f.). Für eine Aufgabe des „Schlagwort[s] des symbolischen Strafrechts“ plädiert *K. Peters*, JR 2020, 414 (420).

–;⁵⁷ sei es, weil die neu geschaffenen Normen nicht konsequent umgesetzt werden, sei es, weil sie von vornherein aufgrund ihrer Beschaffenheit nicht geeignet sind, die Adressat*innen zu normgemäßem Verhalten anzuhalten.

Für den Einsatz des Strafrechts (auch) als Mittel der Verhaltenssteuerung lässt sich immerhin anführen, dass Straftatbestände jedenfalls in aller Regel eine gewisse Präventivwirkung entfalten⁵⁸ und ihnen zumindest allgemeine Symbolkraft zukommt.⁵⁹ So bringt etwa die Aufnahme neuer Delikte v.a. ins Kernstrafrecht einigermaßen „publikumswirksam“ die hohe Bedeutung zum Ausdruck, die der Gesetzgeber den jeweiligen Inhalten zumisst.⁶⁰

Normativ lässt sich die Schaffung neuer Straftatbestände jedenfalls damit begründen, dass ernstgenommener Rechtsgüterschutz auch bedeuten kann, dass bedrohte schutzwürdige Güter gerade durch das Strafrecht geschützt werden *müssen*.⁶¹ Rechtsgüterschutz kann daher auch strafbarkeitserweiternd wirken.⁶²

2. Spezifika im Bereich der Nachhaltigkeit

Diese allgemeinen Überlegungen lassen sich im Bereich nachhaltiger „Leerstellen“ weiter spezifizieren:

So spricht für die Schaffung neuer „Nachhaltigkeitsdelikte“ neben der verfassungsrechtlichen Absicherung ökologisch nachhaltiger Aspekte durch Art. 20a GG⁶³ der Umstand, dass jedenfalls die damit verfolgten Ziele –

57 Zur Rolle des Strafrechts als ein „prominentes Mittel der Großsteuerung“ ausführlich (und kritisch) *Prittwitz*, Funktionalisierung (Fn. 56), 438 ff.; *ders.*, Strafrecht und Risiko, Frankfurt a.M. 1991, S. 242 ff.

58 *Frisch*, Klimaschutz (Fn. 5), 432.

59 *Prittwitz*, Funktionalisierung (Fn. 55), 438 spricht in diesem Zusammenhang von der Rolle des Strafrechts als „Vermittler symbolischer Versicherung“. Allgemein zum Thema *Hassemer*, Symbolisches Strafrecht (Fn. 56), 553.

60 So *Frisch*, Klimaschutz (Fn. 5), 430; vgl. hierzu auch *Amelung*, Strafgesetzgebung (Fn. 56), 55.

61 Freilich ist damit noch nicht beantwortet, *was* als „schutzwürdiges“ Gut zu gelten hat bzw. wessen Einschätzung hierfür maßgeblich ist.

62 So ausdrücklich *Prittwitz*, Funktionalisierung (Fn. 55), 438.

63 Art. 20a GG enthält als Staatszielbestimmung eine bindende verfassungsrechtliche Zielsetzung und stellt folglich unmittelbar geltendes Recht dar, wenngleich die Gewährleistung als (bloßes) Prinzip ausgestaltet ist, mithin Ausnahmen zulässt und durch gegenläufige Vorgaben begrenzt wird, vgl. BT-Drucks. 12/6000, S. 67; *H. D. Jarass* in: *H. Jarass/B. Pieroth* (Hrsg.), Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland Kommentar, 17. Aufl., München 2022, Art. 20a GG Rn. 1; zum Ganzen siehe auch *Schrott*, Verfassungskonforme Auslegung (Fn. 50), im Erscheinen.

intergenerationeller Erhalt unserer Umwelt sowie unserer natürlichen Ressourcen – weitgehend konsentiert sind:⁶⁴ Ökologische Nachhaltigkeit, da herrscht mehr oder weniger Einigkeit, ist etwas „Gutes“, etwas „Schönes“, etwas „Erstrebenswertes“.⁶⁵ Ein grundsätzlich schützenswertes und allgemein anerkanntes Rechtsgut – Atmosphäre⁶⁶, natürliche Umweltressourcen, intergenerationelle Freiheit⁶⁷ usw. – wäre also schnell gefunden.⁶⁸

Und schließlich, dieses Argument liest man in der einschlägigen Fachliteratur erstaunlich oft, erfordere die (über)große (Klimakatastrophen-)Gefahr schlichtweg den Einsatz *aller* uns zur Verfügung stehenden rechtlichen Mittel – und damit eben auch die des Strafrechts.⁶⁹

Nichtsdestotrotz darf aber bei allem Zutrauen in ein solches Strafrecht *de lege ferenda* nicht aus dem Blick geraten, dass „mehr Nachhaltigkeit“ grundsätzlich, also *wesensgemäß*, eine gesamtgesellschaftliche Aufgabe darstellt. Eine übermäßige „Umwälzung“ politischer Verantwortlichkeit auf den Einzelnen mit den Mitteln des (Individual-)Strafrechts gilt es daher zu vermeiden.

Und wer Verhaltensweisen unter Strafe stellt, die (noch) sozial weitgehend anerkannt, mithin sozialadäquat sind, riskiert eine Verkehrung des Regel-Ausnahme-Verhältnisses: Die Abweichung wird zur Norm, die regelbrechende Minder- zur delinquenten Mehrheit.⁷⁰ Strafrechtliche Verhaltenssteuerung – sofern sie in diesen Fällen überhaupt noch erfolgt – beruht dann ganz überwiegend nicht mehr auf Norminternalisierung, sondern (al-

64 Vgl. Prittwitz, Funktionalisierung (Fn. 55), 436.

65 So auch D. Schulte-Tickmann, Was ist Nachhaltigkeit?, Baden-Baden 2023, S. 1.

66 Vgl. Satzger/von Maltitz, Klimastrafrecht (Fn. 29), 10.

67 Grundlegend BVerfG, Beschluss vom 24.3.2021 – 1 BvR 2656/18, 1 BvR 78/20, 1 BvR 96/20, 1 BvR 288/20, NJW 2021, 1723 („Klimabeschluss“).

68 Zur umstrittenen (Anschluss-)Frage, ob bzw. inwieweit der materiellen Rechtsgutslehre überhaupt kritische Potenz zukommt, siehe Engländer, Revitalisierung (Fn. 41), 619 ff. Kritisch auch Stuckenberg, Rechtsgüterschutz (Fn. 41), 350 ff. mit zahlreichen w.N. auch hinsichtlich der hoffnungsvolleren Gegenansicht.

69 Dahingehend z.B. G. Stratenwerth, Zukunftssicherung mit den Mitteln des Strafrechts?, ZStW 105 (1993), 679 (695 f.); A. Bohn, Ein neuer Straftatbestand des Ökozids – Offene Fragen und Problemfelder, KlimR 3/2023, 70 (74); wohl auch Sommerer, Rahmenbedingungen (Fn. 3), 142. Zum wesensverwandten Argument, andere Disziplinen seien bisher nicht hinreichend erfolgreich gewesen, könnten es also im Ergebnis auch nicht „besser“, Halfmeier, Nachhaltiges Privatrecht (Fn. 9), 720 [in Bezug auf das Zivilrecht].

70 Mitsch, Klimaschutz (Fn. 34), S. 8 f.

lein) auf Zwang.⁷¹ Denn: „Was alle oder fast alle tun, wird als Abweichung von einer Norm nicht ernst genommen, auch wenn es verwerflich ist.“⁷² Wer sich dennoch regelkonform verhält, tut dies nicht aus Überzeugung, sondern möchte allein Sanktionen vermeiden.

Zwar ist eine solche „Umkehr“ nicht *per se* unzulässig: Das Strafrecht kann hier durchaus eine „Vorreiterrolle“ einnehmen und einen noch bevorstehenden gesellschaftlichen Wandel in Teilen auch vorwegnehmen.⁷³ Es sollte aber in diesen Fällen – mehr noch als sonst – mit Bedacht eingesetzt und kritisch auf seine tatsächliche „Steuerungstauglichkeit“ hin überprüft werden. Die umfassende Pönalisierung individuellen „nachhaltigkeitsschädlichen“, in aller Regel aber sozialadäquaten Nutzungs- und Konsumverhaltens (z.B. der Kauf von Fast-Fashion) dürfte daher – zumindest derzeit – kaum erfolgsversprechend sein, wenn es darum geht, flächendeckend überzeugungsbasierte und damit „nachhaltige“ Verhaltensänderungen herbeizuführen.⁷⁴ Hinzu kämen praktische Durchsetzungsschwierigkeiten hinsichtlich der schieren Masse an zu erwartenden Verstößen.

Einen letzten Punkt, den es bei der Schaffung neuer Tatbestände im Blick zu behalten gilt, möchte ich schließlich noch einmal gesondert hervorheben: die Gefahr der Beseitigung rechtsstaatlicher Strukturen des Straf- und Strafprozessrechts.⁷⁵ Ohne sich hier in Einzelheiten zu verlieren: Neue Straftatbestände müssen jedenfalls die Grundzüge individueller Zurechenbarkeit und Verantwortlichkeit wahren, insbesondere also sicherstellen, dass sich (Gefährdungs-)Erfolge mit hinreichender Sicherheit auf das Handeln Einzelner rückbeziehen lassen. Nicht um dieser Strukturen selbst willen, sondern um dem aus der Menschenwürdegarantie ableitbaren

71 Ausführlich zur Bedeutung der Akzeptanz („*acceptatio legis*“) für das Recht und seine Geltung B. Rütters/C. Fischer/A. Birk, *Rechtstheorie und Juristische Methodenlehre*, 12. Aufl., München 2022, § 8 Rn. 341 m.w.N.

72 Mitsch, *Klimaschutz* (Fn. 34), S. 8.

73 So auch B. Brunhöber, *Grenzen der Grenzen des Strafrechts*, Vortrag auf der 39. Tagung der deutschsprachigen Strafrechtslehrer*innen in Frankfurt a.M., 20.5.2023.

74 Noch pessimistischer Mitsch, *Klimaschutz* (Fn. 34), S. 8: „Hiergegen das Strafrecht in Stellung zu bringen, hat keinen Sinn.“

75 In diese Richtung auch U. Kindhäuser, *Rechtstheoretische Grundfragen des Umweltstrafrechts*, in: K. Letzgas et al. (Hrsg.), *Für Recht und Staat – Festschrift für Herbert Helmrich zum 60. Geburtstag*, München 1994, S. 967 (969); Stratenwerth, *Zukunftssicherung* (Fn. 69), 688; vgl. in diesem Zusammenhang auch Satzger/von Maltitz, *Klimastrafrecht* (Fn. 29), 2 ff.

Schuldprinzip als tragender Säule unseres Rechtssystems Genüge zu tun.⁷⁶ Dass es hier insbesondere im Bereich des Klimastrafrechts bereits vielversprechende Ansätze gibt, indem z.B. auf die relativ einfach nachzuweisende und vor allem individuell zurechenbare Belastung der (globalen) Atmosphäre durch das Freisetzen von Treibhausgasen als Tathandlung rekurriert wird, dürfte nicht neu sein.⁷⁷

D. Fazit und Ausblick

Bleibt es also am Ende mit *Mitsch* bei der „ernüchternde[n] Feststellung, dass das Strafrecht jedenfalls gegenwärtig ein untaugliches Mittel zum Klimaschutz [als Teilaspekt ökologischer Nachhaltigkeit, *Anm. der Verf.*] ist“⁷⁸, oder offenbart sich in diesem Zusammenhang gerade „die Notwendigkeit des Einsatzes von Strafrecht“⁷⁹, wie *Satzger* und *von Maltitz* im Hinblick auf ein Klimastrafrecht meinen?

Wie so oft liegt die Wahrheit wohl irgendwo dazwischen und lässt sich jedenfalls nicht auf eine knappe, eingängig formulierte Antwort „herunterbrechen“. Zumindest gilt aber (insofern dann doch wieder halbwegs eingängig): Der Zweck heiligt nicht die Mittel und die Wahl der falschen Mittel kann der Zweckerreichung sogar schaden!⁸⁰ Will heißen: Wo neu geschaffene „Nachhaltigkeitsdelikte“⁸¹ so ausgestaltet sind, dass sie gegen grundlegende strafrechtliche Prinzipien verstoßen und wo Akzeptanz und Anerkennung dieser Tatbestände allein oder ganz überwiegend auf Zwang und nicht auf Norminternalisierung beruht, da ist – mindestens – Vorsicht

76 Vgl. BVerfGE 57, 250 (275); 80, 367 (378); 90, 145 (173); 123, 267 (413); zusammenfassend zum Schuldprinzip *J. Adam/K. Schmidt/J. Schumacher*, Nulla poena sine culpa – Was besagt das verfassungsrechtliche Schuldprinzip?, NSTz 2017, 7. Freilich schließt dies weder die Schaffung von im Umweltstrafrecht nicht unüblichen Kumulationsdelikten aus noch verbietet sich danach die Implementierung von Gefährdungsdelikten.

77 Grundlegend *Satzger/von Maltitz*, Klimastrafrecht (Fn. 29), 8 ff.

78 *Mitsch*, Klimaschutz (Fn. 34), S. 9.

79 *Satzger/von Maltitz*, Klimastrafrecht (Fn. 29), 23.

80 Ähnlich *Kindhäuser*, Grundfragen (Fn. 75), 968, hinsichtlich der Frage, ob das Strafrecht ökologischen Umweltschutz leisten kann: „Das Problem ist nur, daß ein relativ großer Schaden angerichtet werden kann, wenn ein Ziel mit den falschen Mitteln verfolgt wird. [...] Wer einen Nagel in die Wand schlagen will und hierzu keinen geeigneten Hammer, sondern die bloße Faust nimmt, hat am Ende nicht nur keinen Nagel in die Wand damit gebracht, sondern hat auch eine blutige Hand.“

81 Gemeint sind damit v.a. Delikte, die spezifisch-unmittelbar Nachhaltigkeitsaspekte in den Blick nehmen.

geboten. Hier empfiehlt sich dann wohl doch der (zumeist) etwas „leisere“ Weg des Zivil- bzw. Öffentlichen Rechts. Wo man dagegen strafrechtlich Neues mit bestehenden Strukturprinzipien und -mechanismen rückkoppelt und zugleich auf einen einigermaßen hohen Verinnerlichungsgrad als Voraussetzung allgemeiner Normakzeptanz bauen darf (wie wohl im Bereich des Klimastrafrechts), da kann das Strafrecht dann – jedenfalls flankierend⁸² – durchaus seinen „Nachhaltigkeitsbeitrag“ leisten.

Was als Argumentationstopos allerdings nie verfängt, hierauf sei an dieser Stelle noch einmal verwiesen, ist das schlichte Narrativ, die bevorstehende (Klima-)Katastrophe sei so groß, der Handlungsbedarf so akut, dass man nun alle rechtlich zur Verfügung stehenden Mittel ungeachtet ihrer konkreten Tauglichkeit in Stellung bringen müsse.⁸³ Mehr ist eben nicht immer mehr – ganz besonders nicht im Strafrecht!⁸⁴

82 Strenger *Kindhäuser*, Grundfragen (Fn. 75), 984: „nur flankierend und nachklappend“ [hinsichtlich des Umweltschutzes].

83 So aber *Stratenwerth*, Zukunftssicherung (Fn. 69), 695 f. und wohl auch *Sommerer*, Rahmenbedingungen (Fn. 3), 142. Besonders deutlich hinsichtlich der Einführung eines Ökozidatbestands z.B. auch *Bohn*, Straftatbestand des Ökozids (Fn. 69), 74: „[...] und es sollten in Anbetracht der schwindenden zur Verfügung stehenden Zeit, um den Klimawandel zu begrenzen, alle Möglichkeiten ausgeschöpft werden, die ihren Teil dazu beitragen könnten. Dies schließt die Implementierung eines Ökozid-Straftatbestands mit ein, auch wenn das Strafrecht an sich, wie oben beschrieben, nicht gut geeignet ist, um gesellschaftliche Probleme zu lösen.“ Zum Ganzen siehe auch bereits Fn. 69.

84 Ausführlich zur „dunklen Seite“ des Strafrechts *R. Kölbel*, Die dunkle Seite des Strafrechts, NK 3/2019, 249.

Zur nachhaltigen Gestaltung des Strafvollzugs

Jennifer Grafe

Der weit gefasste und definitorisch bisher wenig präzise ausgestaltete Begriff der Nachhaltigkeit findet in vielen Teilbereichen der Rechtspraxis Einzug. Angesichts aktueller politischer Debatten verwundert es daher umso mehr, dass das Suchen in den juristischen Datenbanken mit den Schlagworten „Nachhaltigkeit“ und „Strafvollzug“ keine einschlägigen Treffer hervorbringt. Auf den ersten Blick mag der Strafvollzug angesichts globaler Debatten um den Klimaschutz nicht dasjenige Thema sein, das ganz oben auf einer Agenda nachhaltigerer Politik steht. Möchte man aber eine Gesellschaft umfassend nachhaltig gestalten, so wird eine nationale, aber auch eine globale Strategie immer in den Blick nehmen müssen, wie mit Straftäter*innen umzugehen ist. Denn ein funktionierendes Sanktionsensystem ist für den Erhalt einer demokratischen Gesellschaft unabdingbar. Mit den Worten *Dostojewskis* gesprochen: „Den Grad der Zivilisation einer Gesellschaft kann man am Zustand ihrer Gefangenen ablesen.“ Auch wenn Strafvollzug regelmäßig nicht im Sichtfeld der Gesellschaft stattfindet, nehmen Menschen die Existenz desselben als selbstverständlich hin, ohne den Fokus auf seinen Zustand oder gar auf seine Nachhaltigkeit zu lenken. Ende März 2022 gab es in Deutschland 36.559 Strafgefangene und Sicherungsverwahrte im geschlossenen Vollzug und 5.933 Gefangene und Verwahrte im offenen Vollzug.¹ Die Mehrzahl dieser Personen hatte bereits mehrere Vorstrafen.² Im Jahr 2017 beliefen sich die Vollzugskosten nur im Land Nordrhein-Westfalen auf insgesamt 840,1 Mio. Euro.³ Aktuellere Zahlen liefert Baden-Württemberg mit Gesamtausgaben in Höhe von 298,9 Mio. Euro in 2022, davon entfielen allein 7,8 Mio. auf die Verpflegung

-
- 1 Statistisches Bundesamt, Strafvollzug – Demografie und kriminologische Merkmale der Strafgefangenen zum Stichtag 31. März 2022, https://www.destatis.de/DE/Themen/Sta at/Justiz-Rechtspflege/Publikationen/Downloads-Strafverfolgung-Strafvollzug/strafvollzug-2100410227005.xlsx?__blob=publicationFile (zuletzt abgerufen am 15. Juli 2023).
 - 2 Statistisches Bundesamt, Strafvollzug (Fn. 1).
 - 3 Ministerium der Justiz des Landes Nordrhein-Westfalen, Gesamtkosten des Vollzugs, https://www.justiz.nrw.de/Gerichte_Behoerden/zahlen_fakten/statistiken/justizvollzug/kosten.pdf (zuletzt abgerufen am 15. Juli 2023).

der Gefangenen.⁴ Diese Zahlen zeigen auf, dass der Strafvollzug sowohl Gesellschafts- als auch Wirtschaftsfaktor ist und damit einer Untersuchung von Nachhaltigkeitsaspekten verdient.

A. Thematische Eingrenzung

Der Strafvollzug ist ein Teilgebiet des öffentlichen Rechts und umfasst nicht alle strafgerichtlichen Rechtsfolgen, sondern beschränkt sich auf den stationären Vollzug der die Freiheit eines Straftäters entziehenden Kriminalstrafe. Zu ihm zählen die Freiheitsstrafe (§§ 38 ff. StGB), die Jugendstrafe (§§ 17 f. JGG), die Unterbringung in einem psychiatrischen Krankenhaus (§ 63 StGB) und in einer Entziehungsanstalt (§ 64 StGB) sowie militärischer Strafarrest (§ 9 WStG), soweit dieser in einer Justizvollzugsanstalt verbüßt wird. Bis zur Föderalismusreform 2006 war der Strafvollzug der konkurrierenden Gesetzgebung zugeordnet (Art. 74 Abs. 1 Nr. 1 GG a. F.),⁵ wobei der Bund insbesondere mit dem Strafvollzugsgesetz Bund und entsprechenden Verwaltungsvorschriften umfassend von seiner Gesetzgebungskompetenz Gebrauch gemacht hat. Nunmehr ist das Themengebiet der Kompetenz der Länder zugeordnet, wobei das Bundesrecht nach Art. 125a Abs. 1 GG fort gilt, soweit es nicht durch Landesrecht ersetzt wurde. Damit gewinnen bei der Betrachtung des Strafvollzugsrechts mehrere Rechtsquellen an Bedeutung. Die erlassenen Landesstrafvollzugsgesetze, die teilweise weitreichend ins Strafvollzugsgesetz des Bundes verweisen und die jeweiligen Verwaltungsvorschriften der Länder, die ihrerseits teilweise auf die ursprüngliche Verwaltungsvorschrift des Bundes verweisen. Beide gliedern sich in zwei Teilbereiche: Regelungen zum Vollzug als Prozess und Regelungen zur Vollzugsstruktur.⁶

Strafvollzugsrecht ist eine eigene Materie des öffentlichen Rechts. Davon abzugrenzen ist die Strafvollstreckung, die all jene Maßnahmen erfasst, die zur Ausführung der richterlichen Erkenntnisse notwendig sind. Regelungen dazu finden sich im Strafgesetzbuch, in den §§ 449 ff. StPO und in der Strafvollstreckungsordnung.⁷

4 *Ministerium der Justiz und für Migration Baden-Württemberg*, Justizvollzug (Fn. 4).

5 BGBl. I S. 2034.

6 Zur Struktur eingehend *K. Laubenthal*, Strafvollzug, 8. Aufl., München 2018, Rn. 16 f.

7 Weiterführend *K. Laubenthal*, Strafvollzug (Fn. 7), Rn. 11 ff.

Beide Themenbereiche verdienen Beachtung, wenn es um eine Beschäftigung mit der Nachhaltigkeit des Strafvollzugs geht. Denn sowohl der Eintritt in den Strafvollzug als auch die Ausgestaltung des Strafvollzugs selbst müssen sich an den Anforderungen der Fortführbarkeit des Konzepts und der Aufrechterhaltung der Gesellschaft und der Lebensgrundlage künftiger Generationen messen lassen. Nachhaltigkeit soll dabei im Folgenden der Definition des Brundtland-Berichts folgen, der darauf abstellt, dass die dauerhafte Entwicklung eine Entwicklung sei, die die Bedürfnisse der Gegenwart befriedige, ohne zu riskieren, dass künftige Generationen ihre Bedürfnisse nicht befriedigen können.⁸ Weiterhin heißt es: „Im Wesentlichen ist dauerhafte Entwicklung ein Wandlungsprozess, in dem die Nutzung von Ressourcen, das Ziel von Investitionen, die Richtung technologischer Entwicklung und institutioneller Wandel miteinander harmonisieren und das derzeitige und künftige Potential vergrößern, menschliche Bedürfnisse und Wünsche zu erfüllen.“⁹ Das bekannte und häufig wiedergegebene Drei-Säulen-Modell, das die Nachhaltigkeit in die Aspekte Ökologie, Ökonomie und Soziales unterteilt, ist vor dem Hintergrund dieser generationsübergreifenden und globalen Betrachtung natürlich nicht als strenge Unterteilung der Bereiche zu verstehen.¹⁰ Die drei Säulen sollen hier dennoch die Gliederung vorgeben, unter denen Strafvollzug im Hinblick auf Nachhaltigkeit näher betrachtet werden kann. Obwohl alle Themenbereiche ineinandergreifen und die Quantifizierung von Nachhaltigkeit zumeist an der fehlenden Messbarkeit scheitert, da die verschiedenen Faktoren (etwa finanzielle Einsparungen gegenüber sozialen Vorteilen) nicht verrechnet werden können, braucht es konkrete Ansatzpunkte, keine rein ethische oder moralische Betrachtung, um konkrete Handlungsoptionen aufzuzeigen. Dabei wird zunächst der Blick auf die teilweise schon bekannten Problematiken des Strafvollzugs gerichtet und sich auch in sozialen Aspekten des Strafvollzugs verfangen. Die kritische Leserschaft mag dagegen vorbringen, dass mit dieser Vorgehensweise nahezu jedes bestehende politische Problem unter dem Aspekt der Nachhaltigkeit beleuchtet werden kann. Das ist zwar richtig, diese Vorgehensweise ist dennoch notwendig, um schlussendlich

8 *World Commission on Environment and Development*, Our Common Future, Oxford 1987; Übersetzung aus V. Hauff, Unsere gemeinsame Zukunft: der Brundtland-Bericht der Weltkommission für Umwelt und Entwicklung, Greven 1987, S. 46.

9 *World Commission on Environment and Development*, Our Common Future (Fn. 10); Übersetzung aus Hauff, Unsere gemeinsame Zukunft (Fn. 10), S. 49.

10 Kritisch dazu F. Ekaradt, Theorie der Nachhaltigkeit, 3. Aufl., Baden-Baden 2021, S. 65 ff.

jene Nachhaltigkeitserwägungen, die man angesichts politischer Debatten erwartet, nämlich die des Umweltschutzes, in den Gesamtkontext einbetten zu können. Denn vorrangig bedeutet Strafvollzug staatlicher Freiheitsentzug, der sich immer in einer verfassungsrechtlichen Abwägung zu rechtfertigen hat. Das die Freiheit einschränkende und die Menschenwürde berührende Schutzgut, der Schutz der Allgemeinheit sowie die Resozialisierung der Straftäter:innen steht also stets über Erwägungen zum Umweltschutz. Das gilt es zu beachten und verändert daher die Perspektive: Der Schutz der Umwelt fußt stets auf der Handlungsfähigkeit einer Gesellschaft, die wiederum ihre Handlungsfähigkeit auch auf einer funktionierenden Strafrechtspflege, also dem Umgang mit kriminellen Verhalten, aufbaut. Denn wie sonst ließen sich andere umweltschützende Maßnahmen vorantreiben, wenn ein Zuwiderhandeln nicht mehr mit Strafe belegt werden kann, weil das Strafrechtssystem nicht mehr funktioniert? Nachhaltigkeit im Strafvollzug ist damit globaler zu denken. Nicht nur in Bezug auf ökologische Aspekte, sondern auch im Hinblick auf ihr Fortdauern zur Sicherstellung gänzlich anderer notwendiger Maßnahmen.

Ziel und Grenze dieser Betrachtung ist ein Gesamtkonzept eines nachhaltigen Strafvollzugs, der sich durch Normen abbilden lässt. Andere möglicherweise wünschenswerte Maßnahmen, wie etwa die Verstärkung der Bemühungen um ehrenamtliche Vollzugshelfer:innen und entsprechende Angebote, bleiben außen vor.

B. Die ökonomische Perspektive – Ein Selbstläufer?

Die ökonomische Nachhaltigkeit beschreibt, dass eine Gesellschaft wirtschaftlich nicht über ihren Verhältnissen leben soll, da dies zwangsläufig zu Einbußen der nachkommenden Generationen führen würde¹¹ – eine ökonomisch nachhaltige Gestaltung des Strafvollzugs zeichnet sich folglich dadurch aus, dass sie dauerhaft betrieben werden kann. Gaskrise, anhaltende Aufforderungen zum Energiesparen, die Folgen der Corona-Pandemie aber auch die Kosten pro Tag eines Gefangenen und die hohen Kosten der Ersatzfreiheitsstrafe waren spätestens im Winter des Jahres 2022 Politikum. Das Sanktionsrecht stand in diesem Jahr auf dem Prüfstand durch den Gesetzgeber: Ein soeben durch den Bundestag beschlossener und am

11 *World Commission on Environment and Development, Our Common Future* (Fn. 10).

7. Juli 2023 den Bundesrat passierter¹² Gesetzesentwurf möchte Resozialisierung und Prävention stärkere Bedeutung beimessen, etwa indem der Einsatz der Ersatzfreiheitsstrafe (die wenig Möglichkeiten der Resozialisierung mit sich bringt) verringert und die Möglichkeiten spezialpräventiver Einwirkung auf den:die Täter:in durch Bewährungsaussetzungen gestärkt werden. Nicht unwesentlich relevant scheint dabei auch immer mitgedacht, dass die Vollstreckung von (Ersatz-)Freiheitsstrafe mit erheblichen Kosten verbunden ist.¹³ Die wirtschaftliche Nachhaltigkeitssäule rückt damit schon wegen ihrer politischen Bedeutung regelmäßig in den Vordergrund, ohne diesen Aspekt jedoch bewusst in den Nachhaltigkeitskontext zu setzen. Der politische Blick bleibt aber scheinbar auf den Kostenfaktor beschränkt. Die aktuellen Kosten des Strafvollzugs scheinen kaum dauerhaft zu finanzieren, insbesondere, weil sie jährlich massiv ansteigen.¹⁴ Das Urteil fehlender Nachhaltigkeit in Bezug auf die dauerhafte Fortführbarkeit derartiger Ausgaben ist daher schnell gefällt. Man mag daher die etwas polemische Frage stellen, ob die ökonomische Perspektive nicht ein Selbstläufer sei, angesichts des breiten medialen Interesses. Wie zu zeigen sein wird, ist aber gerade der Widerstreit der ökonomischen und sozialen Perspektive aus einer nachhaltigen Sicht wichtig, der bei einer reinen auf das Einsparen finanzieller Mittel ausgelegten Betrachtungsweise, die die Nachhaltigkeit als Phänomen nicht mitdenkt, diese allzu oft außer Acht lässt. Wie also lässt sich ein Strafsystem schaffen, das die Funktionsweise der Demokratie und des staatlichen Strafens nicht berührt, also die Ordnung aufrechterhält und zeitgleich dergestalt finanzierbar ist, dass es auch über Generationen fort dauern kann?

I. Abschaffung des Strafvollzugs

Seit 1969 erlebt Deutschland ein Zurückdrängen freiheitsentziehender Sanktionen.¹⁵ Nicht nur in der Kriminologie, sondern vor allem auch in der Praxis sind die Probleme rund um den Strafvollzug und seiner in weiten Teilen fehlenden resozialisierenden Funktion hinlänglich bekannt. Den-

12 BR-Plenarprotokoll 1035, 219.

13 BT-Drucks. 20/5913, S. 13.

14 BT-Drucks. 20/5913, S. 13.

15 Zur historischen Entwicklung ausführlich K. Laubenthal, Strafvollzug (Fn. 7), Rn. 85 ff.

noch werden Gefängnisse von der Gesellschaft und eines jeden einzelnen als dauerhafter und unvermeidbarer Teil unserer Gesellschaft angesehen. Abolitionistische Bestrebungen, also die Forderung nach einer Abschaffung stationärer Unrechtsreaktionen und einer gefängnislosen Gesellschaft würden die ökonomische Perspektive auf einen Strafvollzug obsolet machen. Denn ein nicht existierender Strafvollzug verursacht auch keine Kosten. Geld, das an dieser Stelle eingespart wird, könnte anderweitig eingesetzt werden. Jedoch: Ein solches System müsste generationsübergreifend und dauerhaft funktionieren und neben der ökonomischen auch die soziale Perspektive sichern. Auch wenn die Kritik an der konkreten Ausgestaltung des Strafvollzugs berechtigt sein mag, fehlt es aktuell an umsetzbaren Alternativen. Die wenigsten Vertreter:innen des Abolitionismus fordern allein die Abschaffung staatlichen Strafens, sondern das Entwickeln neuer Konzepte.¹⁶ Einen Überblick hierüber übersteigt den Umfang dieser Betrachtung, zumindest aber verlangen sie einen derart gesamtgesellschaftlichen Wandel, dass es kaum tunlich wäre, sie ausschließlich unter Nachhaltigkeitsgesichtspunkten zu betrachten. Nach aktuellem Stand führt eine Abschaffung des Strafvollzugs zu einem Sanktionensystem ohne jedes Rückgrat. Das System staatlichen Strafens und damit der Verzicht des Individuums auf Selbstjustiz funktioniert indes nur, wenn die Gesellschaft dafür Sorge trägt, dass es eine staatliche Reaktion auf pönalisiertes Verhalten gibt und das Verhalten nicht nur folgenlos pönalisiert. Freiheitsentzug ist daher momentan eine notwendige Reaktion auf kriminelles Verhalten, für einen nachhaltigen sozialen Erhalt der Gesellschaft, also einem solchen, der auch in den folgenden Generationen fort dauert, notwendige Reaktion auf kriminelles Verhalten.

II. Reduktion der Vollzugskosten

Wie bereits eingangs angesprochen, bietet der Strafvollzug selbstverständlich vielfältige Möglichkeiten, um etwa Energie- und Gebäude- sowie Personalkosten zu reduzieren. Das Gebot der Wirtschaftlichkeit und Sparsamkeit (vgl. § 7 BHO, § 6 HGrG und Art. 114 Abs. 2 S. 1 GG), dem jede staatliche Einrichtung unterliegt, gibt diesbezüglich schon jetzt ein Ziel vor. Allerdings lassen sich derart spezifische Möglichkeiten nicht verallgemeinern

16 Einen Überblick bietet *H. Cornell*, Wie steht es um den Abolitionismus in Deutschland, FS 2021, 259.

und sind nicht nur in den Ländern, sondern sogar in den Justizvollzugsanstalten verschieden. Sie sind daher nicht – wie es als Ziel formuliert war – in Normen abzubilden und bleiben konkreter Ausgestaltung vorbehalten. Erforderlich ist hier vielmehr eine verallgemeinernde Perspektive, der es sich sogleich in den ökologischen Überlegungen zuzuwenden gilt.

III. Reduktion der Anzahl der Strafgefangenen

Eine Reduktion der Anzahl der Strafgefangenen spart finanzielle Ressourcen ein. Dazu gehört zweierlei: Zum einen kann die Reduktion der derzeitigen Strafgefangenen angestrebt werden. Das ist bei einer rein ökonomischen Betrachtung erstrebenswert, unter dem Aspekt der Nachhaltigkeit aber nicht zwingend, weil die derzeitigen Gefangenzahlen sich als finanziell zumindest tragbar erwiesen haben und es wohl auch in den kommenden Jahren sein werden. Zum anderen – und hier setzt die Nachhaltigkeitsdebatte an – muss aber ein stetiger Anstieg der Strafgefangenen-Zahlen verhindert werden. Denn ein solcher Zustand wäre dauerhaft und schon gar nicht generationsübergreifend tragbar.¹⁷ Die derzeit medial viel diskutierte und soeben beschlossene Reform des Sanktionenrechts knüpft an beidem an und reformiert die Ersatzfreiheitsstrafe. Denn bundesweit kostet nur die Ersatzfreiheitsstrafe die Landeshaushalte etwa 545.000 Euro am Tag.¹⁸

Eine Ersatzfreiheitsstrafe ist nach § 43 StGB jene Freiheitsstrafe, die vollzogen wird, wenn eine vom Gericht verhängte Geldstrafe nicht gezahlt wird. Sie ist echte Strafe, kein Beugemittel, faktisch aber Druckmittel zur effektiven Durchsetzung der Geldstrafe. 2020 lauteten 86 % aller Strafurteile auf Geldstrafe.¹⁹ Untersuchungen zur Effektivität der Ersatzfreiheitsstrafe ergaben, dass nach Haftantritt in knapp 50 % der Fälle die Geldstrafe, ganz überwiegend durch eigenes Geld gezahlt oder eine Ratenzahlung vereinbart wurde, sodass 63 % der Haftzeit nicht vollstreckt werden musste.²⁰ Am Beispiel Schwedens, das vor einiger Zeit die Ersatzfreiheitsstrafe abschaffte, lässt sich aufzeigen, dass ohne das Druckmittel der Ersatzfreiheitstrafe eine Geldstrafe ihre Wirkung verliert: Dort können seit Abschaffung der Ersatzfreiheitsstrafe fast die Hälfte aller Geldstrafen nicht mehr eingetrieben wer-

17 BT-Drucks. 20/5913, S. 13.

18 BT-Drucks. 20/5913, S. 13.

19 BT-Drucks. 20/5913, S. 11.

20 BT-Drucks. 20/5913, S. 11.

den.²¹ Die Anzahl jener verurteilten Personen, in Deutschland die wegen Nichtzahlung der gegen sie verhängten Geldstrafe eine Ersatzfreiheitsstrafe verbüßen, ist in den letzten zwei Jahrzehnten kontinuierlich gestiegen.²² Gleichzeitig wächst die Kritik am Modell Ersatzfreiheitsstrafe, da sie aufgrund der Kürze der Inhaftierungszeit nur sehr begrenzte Möglichkeiten zur Resozialisierung bietet und die vom Gericht verhängte, schuldangemessene Strafe die Geld- und nicht die Freiheitsstrafe ist. Zusätzliche Maßnahmen, wie etwa der Hinweis auf eine mögliche Stundung bei Übersendung der Zahlungsaufforderung, Einschaltung sozialer Dienste und das Anbieten der Möglichkeit der Ableistung von gemeinnütziger Arbeit haben zwar erste Wirkungen gezeigt, das Problem aber nicht vollumfänglich behoben.²³ § 43 S. 2 StGB soll daher dahingehend geändert werden, dass ein Tag Ersatzfreiheitsstrafe nicht mehr einem, sondern zwei Tagessätzen entspricht und die Haftzeit damit halbiert wird (§ 43 S. 2 StGB-E). Zur Begründung wird ausgeführt, dass ein Tag Freiheitsstrafe deutlich schwerer wiegt als die Einbuße eines Tageseinkommens und man dadurch dem Unterschied zur Ersatzfreiheitsstrafe besser Rechnung tragen könne.²⁴ Dabei ist jedoch keine Halbierung der Kosten zu erwarten – eine genaue Kostensenkung kann derzeit noch nicht vorhergesehen werden.²⁵

IV. Fazit

Die aufgezeigten Aspekte beweisen, dass ökonomische Einsparungen nicht nur mittelbar, sondern unmittelbar Nachhaltigkeitsaspekte dahingehend fördern kann, ein zukunftsfähiges Strafvollzugssystem zu schaffen. Dabei sind Einsparungsmaßnahmen allein kein Anlass, diesen Einsparungen das Label der Nachhaltigkeit geben zu können. Vielmehr sind sie insbesondere dann begrüßenswert, wenn sie zeitgleich dafür Sorge tragen, dass auch in sozialer Hinsicht eine Fortdauer des Strafvollzugssystems gewährleistet werden kann. Dabei ist stets und besonders die Praxis im Blick zu halten. Folgendes Zitat aus einem Praxisbericht fasst diese Abwägungsproblematik

21 BT-Drucks. 20/5913, S. 12.

22 BT-Drucks. 20/5913, S. 13.

23 Zur Kritik und möglichen Alternativen vgl. *H. Kudlich/H. Göken*, ZRP 2022, 177 (178).

24 BT-Drucks. 20/5913, S. 14.

25 BT-Drucks. 20/5913, S. 14.

zusammen: „Wir kriegen die Ware ‚Knackis‘, denen fehlt soziale Verantwortung, also geben wir sie ihnen. Das Ganze mit einem Minimum an Kostenaufwand – mithin im bestmöglichen Preis-Leistungsverhältnis.“²⁶ Das gilt es für eine nachhaltige Ausgestaltung des Strafvollzugs zu verhindern.

C. Die soziale Perspektive

Der soziale Nachhaltigkeitsaspekt verlangt, dass ein Staat so organisiert sein sollte, dass sich die sozialen Spannungen in Grenzen halten und Konflikte nicht eskalieren, sondern auf friedlichem und zivilem Wege ausgetragen werden können.²⁷ Der Strafvollzug dient zweierlei Zwecken: Zum einen sollen die Gefangenen im Vollzug der Freiheitsstrafe fähig werden, künftig in sozialer Verantwortung ein Leben ohne Straftaten zu führen (§ 2 S. 1 StVollzG Bund²⁸), zum anderen soll die Allgemeinheit geschützt werden (§ 2 S. 2 StVollzG Bund). Dem Strafvollzug wohnt also eine individuelle und eine kollektive Perspektive inne. Dass das Strafrecht eines der wichtigsten Instrumente dafür ist, Konflikte mit einem gesellschaftlich pönalisierten Verhalten institutionell und unter Achtung der Menschenwürde und des Anspruchs des Einzelnen auf Durchsetzung des staatlichen Strafanspruchs zu lösen, ist unbestritten. Damit ist es aber zeitgleich auch Instrument, soziale Nachhaltigkeit zu gewährleisten, namentlich eine Gesellschaft aufrechtzuerhalten, die klar definierte Mechanismen für einen Umgang mit kriminellem Verhalten kennt und wahrt. Der Strafvollzug arbeitet in vielerlei Hinsicht daran mit, Straftäter in die Gemeinschaft zurückzuführen und nimmt damit ebenfalls eine wichtige Rolle ein, diese zu erhalten. Strafvollzug dient dazu, soziale Verantwortung, also selbstverantwortliches Handeln im Einklang mit den bestehenden Normen und soziale Kompetenz, also die Bewältigung von Problemen und Konflikten ohne Begehung von Straftaten, zu vermitteln.

26 H. Glitza, Strafvollzug aus der Sicht eines Strafgefangenen, in: H.-D. Schwind/G. Blau (Hrsg.), Strafvollzug in der Praxis, Berlin 1988, S. 319 (319).

27 World Commission on Environment and Development, Our Common Future (Fn. 10).

28 Alle Landesstrafvollzugsgesetze kennen eine vergleichbare Norm.

I. Vermittlung nachhaltiger Lebensweisen im Vollzug

Angesichts des Gedankens der Resozialisation, der in vielerlei Hinsicht eben die Vermittlung erlaubter, aber auch empfehlenswerter Verhaltensweisen beinhaltet, drängt sich die Frage auf, ob eine nachhaltige Lebensweise, die sich etwa in einer umweltbewussten Lebensführung, dem schonenden Umgang mit Ressourcen und dem positiven Beeinflussen der Gesellschaft ausdrücken kann, nicht zum Ziel des Strafvollzugs gemacht werden kann. Ähnlich wie man also etwa in Schulen erwägt oder bereits umgesetzt hat, Informationen zum Thema Nachhaltigkeit und Umweltschutz zu vermitteln und Handlungsmöglichkeiten aufzuzeigen, ließen sich ähnliche Ansätze in die Struktur des Strafvollzugs etablieren, etwa wie die Möglichkeit für Gefangene, einer Arbeit nachzugehen. Dem steht zweierlei entgegen: Zum einen ist es Ziel des Strafvollzugs, zu resozialisieren (vgl. § 2 Abs.1 StrVollzG Bund). Solange die Gesellschaft also noch nicht flächendeckend oder zumindest weit überwiegend einen umweltbewussten und nachhaltigen Lebensstil ihr Eigen nennt, jede andere Lebensweise also kriminalisiert wird, verfolgt ein solcher Ansatz nicht der Eingliederung in die Gesellschaft. Zum anderen aber verlangt das sich aus der Verfassung ergebende Resozialisierungsgebot (Art. 2 Abs. 1 i. V. m. Art. 1 Abs. 1 GG) die Begrenzung der Vermittlung sozialer Verantwortung und sozialer Kompetenz.²⁹ Die Maßnahme zum Zwecke der Sozialisation, die ihrerseits dem Zwecke der positiven Spezialprävention entsprechen, dürfen nur so weit reichen, als dies zur Verwirklichung des Behandlungsauftrags eines Lebens ohne deliktische Handlungen erforderlich ist.³⁰ Damit wird sichergestellt, dass Entscheidungen über Grenzen strafbaren Verhaltens immer durch den demokratisch legitimierten Gesetzgeber vorgegeben werden und jegliche „Erziehung“ erwachsener Menschen durch staatliche Hand unterbunden wird.

II. Strafvollzug und das soziale Miteinander

Inwiefern beeinflusst der Strafvollzug das soziale Miteinander in der Gesellschaft, insbesondere die nachfolgende Generation? Gelingt unserer Generation eine Resozialisierung und eine Prävention, sodass auch die nachfol-

29 F. Arloth, in: F. Arloth/H. Krä (Hrsg.), Strafvollzugsgesetz, 5. Aufl., München 2021, StrVollzG Bund § 2 Rn. 7.

30 Arloth, in: Arloth/Krä (Hrsg.), Strafvollzugsgesetz (Fn. 30), StrVollzG Bund § 2 Rn. 3.

genden Generationen auf ein Rechtsstaatssystem aufbauen können, das für die Verfolgung von Straftaten und die Sicherheit von Bürger:innen garantiert? Nahezu jede Frage, die man sich im Hinblick auf eine nachhaltige Gestaltung des Strafvollzugs aus sozialer Perspektive stellen muss, wirft die Frage nach den aktuell stärksten Kritikpunkten am Strafvollzugssystem in Deutschland auf. Denn nur ein funktionierendes, das heißt seine gesetzten Ziele verfolgendes, Strafvollzugssystem kann überdauern und die Gesellschaft erhalten.

Neben dem Schutz der Allgemeinheit stellt sich also vor allem die Frage nach dem Erfolg der Resozialisation. Quantitativ erfassen lässt dieser sich anhand der Rückfallquote. Eine ältere, aber noch aussagekräftige Studie aus Nordrhein-Westfalen nahm den Rückfall von männlichen erwachsenen Strafgefangenen mit einer zu verbüßenden Freiheitsstrafe von 18 Monaten in den Blick und wertete die Rückfälle fünf bis sechs Jahre nach der Entlassung von 1077 dieser Menschen aus.³¹ 66,5 % von ihnen waren zu diesem Zeitpunkt erneut verurteilt, 55,1 % erneut zur Freiheitsstrafe, 40,6 % zur Freiheitsstrafe ohne Bewährung.³² Bei 15,2 % betrug die erneute Freiheitsstrafe mehr als zwei Jahre.³³ Zu beobachten ist dabei ein substantieller Zusammenhang zwischen Alter und Rückfälligkeit: Umso älter die Personen bei Haftentlassung, umso niedriger die Rückfallquote.³⁴ Eine aktuelle Rückfallstudie des Bundesministeriums der Justiz gibt die Rückfallquote mit 35 % an, wobei die Studie 1.049.816 Straftäter über einen dreijährigen Beobachtungszeitraum umfasste.³⁵ Die Rückfallquoten sind dabei stark abhängig vom Alter, der Geschlechtszugehörigkeit, dem Sanktionstyp sowie der Straftat.³⁶ Bemisst man mithin den Erfolg der Resozialisation quantitativ an der erneuten Straffälligkeit, so lässt sich kein solcher Erfolg verzeichnen. Denn wenn auch unklar bleibt, wo eine solche „Erfolgslinie“ zu ziehen wäre (eine vollständige und flächendeckende Resozialisation dergestalt, dass kein einmal inhaftierter Straftäter erneut straffällig wird, dürfte uto-

31 K. H. Baumann/W. Maetze/H. G. Mey, Zur Rückfälligkeit nach Strafvollzug, *Msch-Krim* 66 (1983), 133 ff.

32 Baumann/Maetze/Mey, Rückfälligkeit (Fn. 32), 133 ff.

33 Baumann/Maetze/Mey, Rückfälligkeit (Fn. 32) 133 ff.

34 Baumann/Maetze/Mey, Rückfälligkeit (Fn. 32), 137.

35 BJM, Legalbewährung nach strafrechtlichen Sanktionen – Eine bundesweite Rückfalluntersuchung, 2014.

36 BJM, Legalbewährung nach strafrechtlichen Sanktionen – Eine bundesweite Rückfalluntersuchung, 2014.

pisch sein), so ist doch eindeutig über ein Drittel nachweislich gescheiterter Resozialisation (die Dunkelziffer dürfte höher sein) kein Erfolgserzertifikat.

Die Probleme sind vielfältig und können kaum vollständig wiedergegeben werden.³⁷ Aufgrund der großen Aktualität sei zuerst auf die fehlenden Arbeitsangebote und die Höhe der Entlohnung verwiesen. Im Juni 2023 entschied das Bundesverfassungsgericht, dass die in Art. 46 Abs. 2 Satz 2, Abs. 3 und Abs. 6 S. 1 BayStVollzG und § 32 Abs. 1 S. 2, § 34 Abs. 1 StVollzG NRW festgesetzten Löhne gegen das Resozialisierungsgebot verstoßen.³⁸ Die Entwicklung bleibt abzuwarten. Dass ein Strafgefangener nicht arbeiten kann, obwohl er arbeiten möchte, erschwert ganz erheblich die Rückkehr in das Sozialleben außerhalb der Justizvollzugsanstalt und trägt dazu bei, dass das Finden von Arbeit in der Zeit danach nahezu unmöglich wird. Gleiches gilt für Bildungsangebote. Aufgrund der großen Anzahl an Häftlingen sind Hafträume häufig bis zu den als Minimalstandards errechneten Kapazitäten überbelegt; das führt zu Konflikten zwischen den Gefangenen.³⁹ Als Idealzustand wird die Alleinunterbringung zur Nachtzeit angesehen. Entspannung soll hierbei die bereits erläuterte Reduzierung der Menge der zu verbüßenden Ersatzfreiheitsstrafe verschaffen. Ein hoher Migrationsanteil bewirkt kulturelle Konflikte;⁴⁰ drogenfreie Justizvollzugsanstalten sind nach derzeitigem Stand undenkbar, viele Inhaftierte werden während der Inhaftierung abhängig und aus der Einnahme resultierte ein hohes Infektionsrisiko.⁴¹ Gewalt, die als wesentliches Element zur Herstellung von Rangordnung verwendet wird, macht deutlich, dass die Allgemeinheit zwar vor Gefahren geschützt wird, die Gefangenen aber nicht untereinander, was wiederum dem erklärten Schutzziel der Haft entgegenlaufen dürfte.⁴²

37 Vgl. ausführlich *G. Kett-Straub/F. Streng*, Strafvollzugsrecht, München 2016, S. 163 ff.

38 BVerfG, Urteil vom 20. Juni 2023, 2 BvR 166/16, 2 BvR 1683/17.

39 *F. Dünkel/A. Kunkat*, Zwischen Innovation und Restauration, 20 Jahre Strafvollzugsgesetz - eine Bestandsaufnahme, NK 1997, 24 (28 f.).

40 Vgl. beispielhaft: Strafvollzugsstatistik des Landes Nordrhein-Westfalen, <https://www.it.nrw/statistik/eckdaten/gefangene-und-verwahrte-personen-am-313-den-justizvollzugsanstalten-nach> (zuletzt abgerufen am 15. Juli 2023).

41 Schon 1992 wurde der Drogenkonsum in Vollzugsanstalten als das „drängendste Problem der aktuellen Vollzugsausgestaltung“ bezeichnet, *G. Kaiser/E. Kern/H. Schöch*, Strafvollzug, 4. Aufl., Karlsruhe 1992, § 17 Rn. 54.

42 Eingehend *S. Bieneck/C. Pfeiffer*, Viktimisierungserfahrung im Strafvollzug, Hannover 2012.

III. Fazit

Die Realität des Strafvollzugs offenbart Mängel der Resozialisierung und ist damit in Bezug auf soziale Nachhaltigkeit zu beanstanden. Versteht man, wie eingangs erläutert, den Strafvollzug als ein Instrument der Aufrechterhaltung einer funktionierenden Gesellschaft und diese ihrerseits als notwendig für einen umfassenden Umweltschutz, so muss dieser sozialen Perspektive besondere Bedeutung zugemessen werden. Die aktuelle Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts, die Löhne der Gefangenen betreffend, lässt darauf hoffen, dass die sozialen Fragen mehr in den Fokus der Öffentlichkeit rücken.

D. Die ökologische Perspektive

Sprechen die Medien von dem Thema „Nachhaltigkeit“ so versteht der Volksmund in der heutigen Zeit darunter eher die ökologische Perspektive, als die ökonomische und die soziale. Unzweifelhaft handelt es sich hierbei um die wichtigste, ohne dass das Zusammenspiel mit den anderen Perspektiven dabei vernachlässigt werden darf. Ökologisch nachhaltig wäre eine Lebensweise, die die natürlichen Lebensgrundlagen nur in dem Maße beansprucht, wie diese sich regenerieren, also insbesondere keinen Raubbau betreibt.⁴³ Das Thema „Planet“ betreffend verpflichtet auch die Agenda 2030 den Planeten zu schützen, damit auch künftige Generationen ein gutes Leben in einer intakten Umwelt führen können. Dazu zählen die nachhaltige Nutzung von Meeren und Ozeanen, der Erhalt von Ökosystemen und Biodiversität, die Bekämpfung des Klimawandels sowie ein nachhaltiger Umgang mit natürlichen Ressourcen.⁴⁴ Dass die Inhaftierung einer Person die CO₂-Bilanz derselbigen negativ verändert, dazu ist bisher keine Forschung bekannt. Aus logischen Gesichtspunkten dürfte sie sich wegen der fehlenden Mobilität der Person eher positiv verändern. Stets zu berücksichtigen ist, dass mit der erfolgten Inhaftierung der:die Gefangene in das soziale Gebilde einer Justizvollzugsanstalt eingegliedert und zeitgleich der Institution ausgeliefert ist.

43 *World Commission on Environment and Development*, Our Common Future (Fn. 10).

44 UN Agenda 2030, <https://www.coe.int/en/web/programmes/un-2030-agenda#:~:text=The%202030%20Agenda%20for%20Sustainable,equality%20and%20non%2Ddiscrimination> (zuletzt abgerufen am 15. Juli 2023).

An dieser Stelle sei noch einmal das den bisherigen Betrachtungen innewohnende Problem zusammengefasst: Die Aspekte der Nachhaltigkeit, die sich flächendeckend und durch Normen darstellen lassen, sind zunächst solche, die man nicht dergestalt in den Blick nehmen und womöglich angesichts des Themas nicht erwarten wird. Es geht dabei vor allem um die Aspekte sozialer Nachhaltigkeit, also der Etablierung einer Freiheitsstrafenverbüßung, die auch in den kommenden Generationen noch fortgeführt werden kann und die unsere Gesellschaft aufrechterhält. Streiften vorhergehende Ausführungen diejenigen Themengebiete, die die Leser:innenschaft wohl zu erwarten pflegt, nämlich Aspekte des Umweltschutzes, wurde bisher darauf verwiesen, dass sich Detailfragen (etwa ob eine Solaranlage zur Stromerzeugung installiert werden soll) kaum durch konkrete Gesetze, sondern höchstens durch Verordnungen wiedergeben lassen und einer verallgemeinernden Antwort nicht zugänglich sind.

Dabei soll es freilich nicht bleiben. Nimmt man die wichtige ökologische Perspektive ein, so drängt sich die folgende Frage auf: Wie lässt sich der Strafvollzug ökologisch nachhaltig ausgestalten, ohne sich in Detailfragen zu verlieren? Rechtstechnisch bietet sich vor allem eine Lösung an: Die Verpflichtung jeder Justizvollzugsanstalt, die Vollzugsgestaltung am Umweltschutz zu orientieren.

Dergestalt handlungsleitende Regelungen sind den Strafvollzugsgesetzen der Länder und dem Strafvollzugsgesetz Bund nicht unbekannt. § 3 StrVollzG bestimmt drei Grundsätze, namentlich den Angleichungsgrundsatz an die Verhältnisse außerhalb der Justizvollzugsanstalt (Absatz 1), den Gegensteuerungsgrundsatz gegen schädliche Folgen des Freiheitsentzugs (Absatz 2) und den Integrationsgrundsatz, also die Rückführung des Gefangenen in das Leben in Freiheit (Absatz 3). Ich schlage daher vor, diese Norm um einen Absatz 4 zu ergänzen, der lautet:

„Soweit die Absätze 1 bis 3 erfüllt werden können, hat sich die weitere Ausgestaltung des Strafvollzugs an dem Erhalt der natürlichen Lebensgrundlagen, insbesondere dem Umweltschutz zu orientieren.“

Genauso, wie die übrigen Grundsätze zur Gestaltung des Strafvollzugs, die eine doppelte Funktion erfüllen, namentlich bei der Auslegung anderer Bestimmung des Gesetzes wegweisend, aber auch bei der konkreten Ermessensentscheidung zu berücksichtigen sind,⁴⁵ soll auch dieser Grund-

45 Arloth, in: Arloth/Krä (Hrsg.), Strafvollzugsgesetz (Fn. 30), StrVollzG Bund § 3 Rn. 1.

satz dem Erhalt der natürlichen Lebensgrundlagen dienen. Klarstellend sei darauf hingewiesen, dass sich die Norm, wie sie hier vorgeschlagen wird, nicht dazu eignet, unmittelbare Rechte Gefangener abzuleiten. Sie ist lediglich verbindliche Anweisung an die Vollzugsbehörden, genauso wie auch die Grundsätze der Absätze 1 bis 3.⁴⁶ Dies im Sinne einer Generalklausel, also dergestalt, dass nicht jede Handlung für sich zu regeln ist, sondern sich jede Handlung und jede Entscheidung an diesem Gedanken zu orientieren hat und zeitgleich Raum bleibt für künftige, sehr viel konkretere Regelungen, sobald und soweit diese notwendig werden. Speziellere Regelungen sind dabei selbstverständlich vorrangig.⁴⁷

I. Vorrangige Erfüllung der Absätze 1 bis 3

Absatz 1 des § 3 StrVollzG Bund enthält eine Schutzfunktion des:r Gefangenen vor menschenunwürdigen Haftbedingungen.⁴⁸ Die übrigen Absätze 2 und 3 stellen sicher, dass eine Justizvollzugsanstalt nicht dem Sinn und Zweck der Haft zuwiderhandelt. Sie dienen dazu, dass das hohe Gefährdungspotential für das Grundrecht der Menschenwürde (Art. 1 Abs. 1 GG), das der Vollzug freiheitsentziehender Sanktionen in den Vollzugsanstalten mit sich bringt, gering gehalten wird. Das Bundesverfassungsgericht hat dazu mehrfach ausgeführt, dass Gefangenen die grundlegenden Voraussetzungen individueller und sozialer Existenz des Menschen auch in der Haft erhalten bleiben und die Rechtsbeschränkungen der Freiheitsrechte nicht nur in Art. 20 Abs. 3 GG, sondern gerade in Art. 1 Abs. 1 GG unüberwindbare Schranken finden.⁴⁹ Um diesen Prinzipien gerecht zu werden und einer Minimalisierung von Grundrechtspositionen entgegenzuwirken, ist die Vollzugsgestaltung stets zuvorderst an diesen Prinzipien auszurichten und erst nachrangig an Aspekten des Umweltschutzes.

46 KG Berlin ZfStrVo 1998, 307 (308); S. Anstötz, in: F. Arloth (Hrsg.), BeckOK StrVollzG Bund, 23. Ed., München 2023, § 3 Rn. 1.

47 Vgl. für die weiteren Grundsätze des § 3 StrVollzG Bund Arloth, in: Arloth/Krä (Hrsg.), Strafvollzugsgesetz (Fn. 30), StrVollzG Bund § 3 Rn. 1; vergleichbare Vorschriften sind in allen Landesgesetzen enthalten.

48 F. Arloth, ZfStrVo 1987, 328 (239).

49 BVerfGE 45, 187 (228); 109, 133 (150).

II. Erhalt der natürlichen Lebensgrundlagen

Die Begriffsverwendung knüpft an Art. 20a GG an und ist entsprechend ihrer verfassungsrechtlichen Verwendung weit zu verstehen. Er beschränkt sich mithin nicht auf das Existenzminimum für das Überleben in Deutschland, sondern umfasst die Grundlagen des tierischen, pflanzlichen und menschlichen Lebens.⁵⁰ Die Blickrichtung ist dabei nicht verengt auf einzelne Aspekte, sondern dient auch dem Schutz ganzer Ökosysteme. Entsprechend meint er auch den Erhalt der Artenvielfalt und ein artgerechtes Leben für Tierarten.⁵¹ Ähnlich wie im Verfassungsrecht, wo Art. 20a GG schon dort an die eigenen Grenzen stößt, wenn es darum geht, die relevanten Bedürfnisse folgender Generationen zu ermitteln und dadurch ein erheblicher Gestaltungsspielraum entsteht, ist auch hier bewusst auf eine Verengung verzichtet worden: Das Bundesverfassungsgericht hat in einer Leitentscheidung herausgearbeitet, dass der Umgang mit den natürlichen Ressourcen so auszurichten ist, dass nachfolgende Generationen von ihrem Freiheitsrecht Gebrauch machen können.⁵² Die Umwelt wird also nicht um ihrer selbst willen, sondern zum Erhalt humaner Lebensbedingungen geschützt.

III. Insbesondere Umweltschutz

Der weite Begriff des Erhalts der natürlichen Lebensgrundlage dient dazu, weitreichend alle Aspekte einbeziehen zu können, ob bekannt oder unbekannt, gegenwärtig oder zukünftig. Gleichzeitig gilt es, Generalklauseln vor Missbrauch zu schützen und ihren Sinn und Zweck zu normieren. Daher tritt als ein Unterfall des Erhalts der natürlichen Lebensgrundlage explizit und beispielhaft der Umweltschutz auf. Dem Strafrecht ist der Begriff des Umweltschutzes als Rechtsgut aus dem 29. Abschnitt bekannt, den Straftaten gegen die Umwelt. Als durch diesen Abschnitt geschützt werden die in den Vorschriften genannten Aspekte der Umwelt (Wasser, Luft, Boden) und ihre sonstigen Erscheinungsformen (Pflanzen- und Tierwelt)

50 J. Rux, in: V. Epping/C. Hillgruber (Hrsg.), BeckOK Grundgesetz, 55. Ed. München 2023, Art. 20a Rn. II.

51 Vgl. für Art. 20a GG: BVerfG NVwZ 2011, 94 Rn. 137.

52 Rux, in: Epping/Hillgruber (Hrsg.), Grundgesetz (Fn. 51), Art. 20a Rn. II.

angesehen.⁵³ Der Begriff ist damit enger gefasst und nicht so weitreichend, sodass einzelne Schutzaspekte nicht in ihren großen globalen und generationsübergreifenden Kontext, sondern eher für sich genommen zu betrachten sind. Nach derzeitigem Stand besteht zwischen beiden Begriffen kaum ein relevanter Unterschied. Jedoch lässt sich der Begriff der „Erhalt der Lebensgrundlagen“ an geänderte äußere Bedingungen anpassen, während der Umweltschutz in dieser Zeit verhaftet bleibt und konkret die hiesigen und jetzigen Bedingungen unserer natürlichen Umgebung bezeichnet.

IV. Beispiel: Gefangenenernährung

Eine Vollzugsgestaltung, die sich an den Grundsätzen einer ökologischen Gestaltung zu orientieren hat, bringt einige Veränderungen mit sich. Nur ein Beispiel soll herausgegriffen werden, das deutlich aufzeigt, wo Umweltaspekte derzeit nur eine sehr untergeordnete Rolle spielen. Die Gefangenenernährung ist geregelt in § 21 StVollzG Bund bzw. der entsprechenden Landesgesetze. Er bestimmt, dass Zusammensetzung und Nährwert ärztlich überwacht werden; auf ärztliche Anordnung muss zudem eine besondere Verpflegung gewährt werden. Zuletzt muss die Möglichkeit geschaffen werden, die Speisevorschriften der Religionsgemeinschaft zu befolgen. Darüber hinaus besteht die Möglichkeit der Gefangenen, sich weitere Nahrungs- und Genussmittel über den Einkauf (§ 22 StrVollzG Bund) zu besorgen.

Unsere Ernährung wird nicht nur von vielen als wichtiger Faktor für den Umweltschutz gehalten, sie ist es nachweislich auch. Tierische Produkte wie Fleisch, Milch oder Eier haben im Vergleich mit pflanzlichen Lebensmitteln mehr Auswirkungen auf die Umwelt. Das liegt vor allem daran, dass Tiere Futter benötigen und für den Anbau von Futter Flächen gebraucht werden. Um Lebensmittel mit dem gleichen Nährwert zu erzeugen, werden daher zum Beispiel für Fleisch mehr Quadratmeter gebraucht als für Getreide. Obwohl Rinder oder Ziegen von Natur aus Grasfresser sind, wird in der Tierhaltung häufig sogenanntes Kraftfutter wie Mais oder Soja verfüttert, damit die Tiere schneller wachsen. Wenn stattdessen Lebensmittel für Menschen angebaut werden würden, wäre das sehr viel

53 BT-Drucks. 8/2362 S. 10.

besser für Umwelt und Klima.⁵⁴ Daraus resultiert, dass eine nachhaltige Ernährungsweise entweder fleischlos (vegetarisch) ist oder sogar ohne jede Tierprodukte auskommt (vegan). Nach dem Gesetzeswortlaut kommt es bei der Ernährung von Inhaftierten aber nicht darauf an, wie nachhaltig das Essen zu bewerten ist, sondern lediglich darauf, ob die Zusammensetzung und der Nährwert stimmen. Dass dieser Aspekt sicherlich auch weiterhin eine Rolle spielen muss, steht außer Frage. Die Überlegungen gehen aber sehr viel weiter; denn nicht nur besteht kein Anspruch auf eine umweltbewusste, mithin nachhaltige Ernährungsweise, sie ist noch dazu auch nicht über den eigenständigen Einkauf abgesichert. So entschied das Landgericht Stendal 2014, ein Gefangener habe keinen Anspruch auf Sojamilch im Wege der Anstaltsverpflegung, da durch die Gewährung normaler Kuhmilch jedenfalls eine vollwertige Ernährung zur Verfügung gestellt werde.⁵⁵ Immerhin zieht es in Betracht, die Regelung des Satzes 3 analog auch auf den Veganismus anzuwenden;⁵⁶ Satz 3 beinhaltet lediglich ein Recht auf Selbstverpflegung, keine Pflicht zur Verfügungstellung der notwendigen Nahrungsmittel im Wege der Anstaltsversorgung. Das bedeutet jedoch, dass die Nahrungsmittel im Einkauf zur Verfügung stehen müssen (§ 22 Abs. 1 S. 1 StrVollzG Bund); die Einkaufsmöglichkeiten hängen mithin von den Arbeitsmöglichkeiten für den Gefangenen ab, die nicht schlechthin von der Arbeitswilligkeit, sondern auch von den Kapazitäten abhängig sind. Für den Einkauf wiederum muss der Gefangene über die notwendigen Mittel verfügen. Ob eine analoge Anwendung auf vegane und vegetarische Ernährungsweisen in Betracht kommt, ist von der Rechtsprechung bisher ungeklärt. Erste Bundesländer (Berlin, Brandenburg und Nordrhein-Westfalen [§ 58 S. 3 StVollzG Bln, § 63 Abs. 1 S. 3 BbgJVollzG; § 16 Abs. 1 S. 4 StVollzG NRW]) haben mittlerweile den Anspruch auf fleischlose (nicht vegane) Ernährung im Wege der Anstaltsverpflegung vorzusehen.

Bei Zuhilfenahme der oben vorgeschlagenen Vorschrift eines § 3 Abs. 4 StrVollzG-E dürfte sich die Norm des § 21 StrVollzG Bund in neuem Lichte sehen lassen. Zwar dürften schon jetzt erhebliche Zweifel daran bestehen, dass das vom Landgericht Stendal als „normale Kuhmilch“ bezeichnete Produkt tatsächlich den Anforderungen an eine gesunde Zusammensetzung und Nährwert entspricht. Die Verwaltungsvorschrift zu § 21 StrVoll-

54 C. Leitzmann, Vegetarische Ernährung - ein bewährtes Konzept für Nachhaltigkeit und Generationengerechtigkeit, *Journal für Generationengerechtigkeit* 13, 4 ff.

55 LG Stendal, Beschluss vom 18. Juni 2014, 509 StVK 256/14.

56 LG Stendal, Beschluss vom 18. Juni 2014, 509 StVK 256/14.

zG Bund bestimmt nämlich, dass die Anstaltsverpflegung eine vollwertige Ernährung der Gefangenen nach den Erkenntnissen der modernen Ernährungslehre gewährleisten soll. Zumindest aber orientiert sich eine reine Kuhmilchabgabe sicher nicht an dem Erhalt einer natürlichen Lebensgrundlage.

E. Ausblick

Der Strafvollzug in Deutschland leidet an einigen bekannten strukturellen Mängeln. Letztlich ist es möglich, jedes gesellschaftliche Problem, das begegnet, an Nachhaltigkeitsgrundsätzen zu messen und darauf hinzuweisen, dass eine Fortführung dergestalt vermutlich kommende Generationen nicht überdauern wird. Nachhaltigkeitsgedanken im Strafvollzug zu etablieren ist aber weit mehr als das: In sozialer Hinsicht muss sich eine Gesellschaft auch daran messen lassen, wie sie mit ihren Straftäter:innen umgeht. Dem Erhalt einer Demokratie kommt dabei in Bezug auf die Nachhaltigkeit ein wichtiger Faktor zu, denn nur dann kann auch in den übrigen Bereichen nachhaltiges Leben und Wirtschaften etabliert werden. Finanzielle Einsparungen sind dabei stets wünschenswert und können eine positive Prognose für die Zukunft fördern, sollten aber regelmäßig daraufhin überprüft werden, dass sie anderen Zielen nicht zuwiderlaufen. Zuvorderst jedoch sollte der Blick gerichtet werden auf die ökologische Perspektive. Ein erster wichtiger Schritt dabei ist die Ausrichtung des Strafvollzugs, neben den zwingenden und sich aus der Freiheitsberaubung ergebenden Grundsätzen, an dem Maßstab des Erhalts natürlicher Lebensgrundlagen. Manifestieren kann sich dieser Gedanke in einem neu geschaffenen Absatz 4 des § 3 StrVollzG in den jeweiligen Ländern. Schließlich ist aber auch all das lediglich ein Appell an die Länder, ihre Strafvollzugsausgestaltung einmal intensiv auf ihre Nachhaltigkeit zu überprüfen. Die ersten Länder richten dafür Fachbereiche ein. Die Zeit drängt dabei – der besondere Schutz des einzelnen Inhaftierten darf bei aller Nachhaltigkeitsbetrachtung aber niemals aus dem Blickfeld geraten.

Rechtliche Perspektiven aus Theorie und Praxis

Zweite Jahrestagung
des Jungen Nachhaltigkeitsrechts

Teilnahme bis zum 25. Mai registrieren: **Anmeldung**

Martin-Luther-Universität Halle-Wittenberg
Aula | Löwengebäude
Universitätsplatz 11 | 06108 Halle



MARTIN-LUTHER-UNIVERSITÄT
HALLE-WITTENBERG



Nach-
haltigkeit
im
Wandel

16. — 17.06.23

Programm

Freitag, 16.06.2023

- 09:30-10:00** Ankunft & Anmeldung
- 10:00-10:15** **Begrüßung**
— Prof. Dr. Dirk Hanschel & Jun.-Prof. Dr. Lucia Sommerer, MLU
- 10:15-11:00** **Panel 1**
Nachhaltigkeit vor Gericht: Die Rolle zukünftiger Generationen in der Rechtsprechung — Franziska Berg, Göttingen
Impuls: Eingriffsähnliche Vorwirkung zulasten des zukünftigen Gesetzgebers? Zur Finanzierbarkeit der künftigen Klimaschadens- und Anpassungskosten — Jannis Krüßmann, Bonn
- 11:00 - 11:15** Kaffeepause
- 11:15-12:15** **Panel 2**
Nachhaltigkeit durch Informiertheit?
Zur Rolle des aufgeklärten Individuums in Prozessen der Nachhaltigkeitstransformation — Dr. Andreas Buser, Berlin
Normen nachhaltig auslegen? — Nora Brück, Mainz
- 12:15-13:45** Mittagessen
- 13:45-15:45** **Workshops**
1. Rechte der Natur - eine nachhaltige Antwort auf die Herausforderungen des Anthropozäns? — Dr. Annette Mehlhorn & Florian Müller, MLU
2. Die ökologische Transformation. Die soziale Dimension am Beispiel des Arbeits- und Sozialrechts — Prof. Dr. Daniel Ulber, MLU
3. Compliance und Nachhaltigkeit in großen Unternehmen — Prof. Dr. Anne-Christin Mittwoch, MLU
4. Lebensmittelverschwendung, Containern und Strafrecht: Bestandsaufnahme und Lösungsansätze — Henning Lorenz & Anne Baldauf, MLU
5. Strafrecht & Klimaschutz: Vom strafbaren Klima-Protest bis zum Klimaschutzstrafrecht — Fynn Wenglarczyk, Uni Frankfurt am Main
- 15:45-16:00** Kaffeepause

Programm

16:00 - 16:45

Panel 3

Der Schutz von Mutter Erde - eine feministische Kritik am Nachhaltigkeitsprinzip im internationalen Recht — Carolin Heinzel, Leipzig
Impuls: Konflikte nachhaltig lösen durch die Beteiligung von Tier- und Umwelt — Charlotte Maier, Halle (Saale) / Frankfurt (Oder)

16:45 - 17:00

Kaffeepause

17:00 - 17:45

Panel 4

Verbraucherschutz vs. ökologische Nachhaltigkeit?
— Dr. Katharina Gelbrich, Halle (Saale) / Leipzig

Impuls: Das Konzept der gesellschaftsrechtlichen Vermögensbindung zur Förderung "nachhaltigen Unternehmertums"
— Lisa Beer, Marburg

17:45 - 19:00

Abendessen

19:00 - ca. 20:30

Podiumsdiskussion

Nachhaltigkeit unter Druck - Wie kann die Transformation zu einer nachhaltigen Gesellschaft in Zeiten multidimensionaler Krisen gelingen? — Felix Ekardt (Uni Rostock), Katja Gehne (BASF), Beate Müller-Gemmeke (MdB, Bündnis 90/ Die Grünen) & Martin Quaas (Uni Leipzig)

Moderation: Paula Mörstedt

ab ca. 21:00

Gemeinsamer Ausklang

Stichwortverzeichnis

- Abholzung 23ff., 28
- Abwägungsprinzip 63
- Akteur-Netzwerk-Theorie 95
- Anthropozentrismus 93 ff.
- Begriff „Nachhaltigkeit“ 6, 207 f.
 - s. auch: Drei-Säulen-Modell
 - Unbestimmtheit 63 f.
- Brundtland-Bericht 5 f., 104, 227
- Bundesverfassungsgericht Klima-Beschluss 140, 204
 - Eingriffsähnliche Vorwirkung 41f.
 - Einschätzungsprärogative des Gesetzgebers 33f., 40f., 43
 - intertemporale Freiheitssicherung 51, 58, 69, 138, 140
 - Schutzpflicht 34,40
- Conjoint-Analysen 158
- COPs
 - s. bei: Vertragsstaatenkonferenz
- Demokratieprinzip 55 f.
 - demokratische Nachhaltigkeit 127, 137, 140
 - Illegitimität staatlichen Handelns 129
 - Mitwirkungsrecht künftiger Menschen 136
 - Reversibilität demokratischer Entscheidungen 128
 - Revision der Rechtssetzung 129
 - Volkssouveränität 128, 139
 - Zweck demokratischer Herrschaft 135
- Drei-Säulen-Modell 5 ff., 64 f., 73 ff., 91, 104, 227
 - s. auch: Ökologiesäule
 - s. auch: Ökonomiksäule
 - s. auch: Sozialsäule
- Eigentum und Nachhaltigkeit 71 f.
- Emissionen 27, 35ff., 42
- Environmental-Damage Agreements 160
- Ernährung 47 f., 57 f.
 - s. auch: Strafgefangenenernährung
- Europarecht
 - Art. II AEUV 180ff., 187
 - Binnenmarkt 168f., 173, 175, 176, 177f., 180, 185
 - European Green Deal 167, 182f.
 - „Fit for 55“ 167, 174, 183
 - Harmonisierung 178f.
 - Kohärenzprinzip (Art. 7 AEUV) 185f., 187
 - Negative Integration 177f., 180
 - Ökodesign-Richtlinie 102
 - Positive Integration 177ff., 180
 - Querschnittsklausel 152,180ff.
 - Richtlinie 2005/29/EG (UGP-Richtlinie) 108
 - Richtlinie 2011/83/EU (Verbraucherrechtlichrichtlinie) 108
 - Richtlinie zur Förderung der Reparatur von Waren (Entwurf) 110 f.
 - Subventionswettbewerb 174, 178
 - Unionsumweltrecht 175, 176f.
 - Unionsziele 151
 - Wettbewerbsrecht 168, 172, 187
 - European Green Deal 167, 182f.
- Externalitäten 149
- Feministische Rechtskritik 73
- First-Mover-Nachteil 150
- Freiheit
 - Autonomie 56 f.
 - intertemporale Freiheitssicherung 51, 58, 69
 - positive Freiheit 57
- Freiwilligkeit
 - freiwillige Selbstverpflichtungen 54
- Gemeinwohl 148, 149
- Gender 74, 76, 81, 83ff., 87ff., 90f.
 - Gendergleichstellung 81, 82, 88
 - Gender language 76, 81, 88
 - genderspezifische Maßnahmen 82
 - gender balance 83, 89
 - Gender Mainstreaming 84
 - Queer 80, 81, 84, 86, 89f., 90
- Generaciones Futuras v. Colombia 25
- Geplante Obsoleszenz 213
- Gesellschaftszweck
 - freie Zweckbestimmung 125
 - Gesellschaftszweck Nachhaltigkeit 119, 121
 - gesetzliche Zweckbestimmung 124f.
- Gesellschaftsrechtliche Vermögensbindung
 - Abänderlichkeit 121 f.
 - Grundkonzept 118
 - Umfang 119, 124
 - zur Erreichung von Nachhaltigkeit 124, 126
- Gesetzgeber
 - Einschätzungsprärogative des Gesetzgebers 33f., 40f., 43
 - Handlungsspielraum künftiger Gesetzgeber 33,41 ff.

- Gewinne 121, 126
Greenwashing 108, 148, 164
– Strafbarkeit 213
Grundgesetz
– Art. 20a GG 54, 58, 66 f., 143, 204, 220
– Menschenbild des Grundgesetzes 50, 58
Grundrechtsdogmatik 66, 69
„Grüne“ Beihilfen 168, 170, 173, 174
– Beihilfenverbot (Art. 107 Abs. 1 AEUV)
 168ff., 174
– Leitlinien 174
– „market investor principle“ 170
– umweltschädliche Beihilfen 168, 174
Hinkley Point C-Urteil des EuGH 175
Information über Nachhaltigkeit 45 ff.
– öffentliche Meinungsbildung 59 f.
– Sachverständigenrat für Umweltfragen 69 f.
Innovation 167, 168, 172, 174
Interessenausgleich zwischen Mensch und Natur 93 ff.
Intergenerationelle Gerechtigkeit 15 f., 18f.
Intergovernmental Panel on Climate Change (IPCC) 34, 36
Kartellrecht 147
– Freistellung von Verboten 153 ff.
– Grüne Kartelle 148
– Kartellrechtsverstoß 150, 151
Klagebefugnis 21, 23, 29, 31
Klimakrise 33f., 36, 39
Klimarahmenkonvention 75f., 82, 83, 87f., 90
– Glasgow Climate Pact 88f.
– Loss & Damage-Mechanismus 89
– s. auch: Kyoto Protokoll
– s. auch: Pariser Übereinkommen
– Sharm el-Sheikh Implementation Plan 88f.
– Vertragsstaatenkonferenz 83, 85, 87f.
Klimaschutzmaßnahmen 33f., 36, 38, 40, 43
– Kosten 34, 36
Klimawandel 17, 19, 23, 26f., 31
Klimaschadenskosten 33f., 38, 42f.
– Zeitpräferenzrate 37 ff.
Klimastrafrecht 208, 214 f.
Kollektivklage 112
Konfliktlösung 93 ff.
– anthropozentrisches Verständnis 93 ff.
– biosoziales Verständnis 95 ff.
– ökozentrisches Verständnis 93
Konsum
– Konsummuster und -gewohnheiten 45 ff.
– Konsumverzicht 59
Kulturförderung
– Betriebsökologie 192, 200, 201f., 203, 205
– CO₂-Fußabdruck 189, 192, 198 f., 200
– CO₂-Obergrenze 200
– Förderkreislauf 190ff.
– Klimakonzept 197
– Kulturerbestehungsschutz 190
– Nachhaltigkeitskriterien 197 f., 204
– Verteilungsverfahren 191
Kyoto-Protokoll 82
Leistungsverwaltung 190, 201, 205
Lissabon
– s. bei: Vertrag von Lissabon
Mediation
– s. bei: Konfliktlösung
Menschenrechte
– Bindungswirkung von Menschenrechten 131 ff.
Musterfeststellungsklage 112
Nachhaltige Entwicklung 5 f.
– Agenda 2030 81
Nachhaltigkeitsbedeutung 228
Negative Externalitäten
– s. bei: Externalitäten
„Non-Identity-Problem“ 20, 133
Nudging 46 ff., 53
Obsoleszenz
– s. bei: geplanter Obsoleszenz
Ökodesignverordnung 102, 108 f., 113
– Ökodesign-Richtlinie 102
Ökologiesäule 6, 8 f., 63, 207 f., 237
Ökonomiksäule 10, 228, 229, 232f.
– Umweltökonomik 158
Ökozid-Tatbestand 215
Operationalisierung der Nachhaltigkeit 9
Oposa v. Factoran 23
– Philippinen 23 ff.
Pariser Übereinkommen 82, 89
Rechte der Natur
– Entwicklungsstand in anderen Ländern 99
– Interessenvertretung der Natur 97 ff.
– Rechtssubjektivierung von Tier—und Umwelt 95 ff.
– Subjektivität von Tier- und Umwelt 95
– Vertretung der Natur 97 ff.
Reparatur von Waren 108 ff.
– Richtlinie zur Förderung der Reparatur von Waren (Entwurf) 110 f.
Rio-Erklärung 16, 73, 80, 104
RWE 65
Schadenszurechnung 65 f.
Schutzpflichten 53 ff.
SDGs
– s. bei: nachhaltige Entwicklung
Soft Law 83 f., 89 f., 174, 178f.
Sozialsäule 10, 233
Strafrecht und Nachhaltigkeit
– Hemmnisse und Lösungswege (de lege lata) 215 ff.

- Hemmnisse und Lösungswege (de lege ferenda) 218 ff.
- s. auch: Klimastrafrecht
- Schutzlücken 213 f.
- Tauglichkeit als Steuerungsinstrument 218 ff.
- Tierschutzstrafrecht 209 f.
- Ultima-Ratio-Funktion 219
- Umweltstrafrecht 208
- Strafvollzug und Nachhaltigkeit
 - Ersatzfreiheitsstrafe 229, 231 f.
 - Resozialisierung 234 ff.
 - Rückfallquote 235
 - Strafgefangenenarbeit 234
 - Strafgefangenenernährung 241 f.
 - Strafgefangenenreduktion 231
 - Strafgefangenenstatistik 225
 - Strafvollzugsabschaffung 230
 - Strafvollzugsmöglichkeiten 226
 - Umweltschutz 240
 - Unterbringung 236
- Stockholmer Erklärung 16
- Umwelt 17, 22, 24 ff.
- Umweltschutzbeihilfen
 - s. bei: „Grüne“ Beihilfen
- Umweltverschmutzung 101
- UNFCCC
 - s. bei: Klimarahmenkonvention
- Unionsrecht
 - s. bei: Europarecht
- Unternehmensübernahme 121
- UWG 108 ff., 112 f.
- Verantwortung
 - der Einzelnen 49 f., 56 f.
 - des Gesetzgebers 56
 - Diffusion von Verantwortung 65 f.
- Verbot von Gewinnausschüttung 119, 120
- Verbraucherrechtedurchsetzungsgesetz (VDuG) 112
- Verbrauchersouveränität 159
- Verbraucherwohlfahrt 155, 164
- Vereinte Nationen
 - UN-Generalversammlung 17, 22
- Verhältnismäßigkeit 54
- Vertrag von Lissabon 151
- Wasserknappheit 96 f.
- Weltklimarat
 - s. IPCC
- Wettbewerbsschutz 159
- Zertifikatehandel 55
- Zukünftige Generationen 15 f., 18, 21ff., 33, 38ff.
 - Verantwortung 15 f., 18f.
 - Interessen 17 ff., 23, 27, 30
 - Bedürfnisse 15 ff., 20 f.
 - Verpflichtung 17, 19, 25 ff.
- Zuwendungen 189, 193, 195f., 203, 205
 - Zuwendungsrecht 189
 - Zuwendungsfähigkeit 203

