Rechtliche Möglichkeiten einzelner Staaten zum unilateralen Schutz globaler Umweltgüter – Kommentar zum Beitrag von *Claudio Franzius*

Prof. Dr. Kurt Faßbender[*]

I. Einführung 117
II. Zur Wiederentdeckung der nationalen Ebene 118
III. Zur Einbettung unilateraler Maßnahmen in das überstaatliche Recht 120
IV. Transnationale Ordnung als Gegenmodell 122
V. Zum Beispiel Kohleausstieg 123

I. Einführung

Claudio Franzius befasst sich in seinem vorstehend abgedruckten Beitrag mit den rechtlichen Möglichkeiten einzelner Staaten zum unilateralen Schutz globaler Umweltgüter. Dabei beschränkt er sich erklärtermaßen auf den Klimaschutz, der mit der Bekämpfung der gefährlichen Folgen des Klimawandels in der Tat ein Musterbeispiel für den Schutz globaler Umweltgüter darstellt. In der Sache stellt er seinem Beitrag die These voran, dass sich im Klimaschutzrecht besonders deutlich eine Wiederentdeckung der nationalen Ebene beobachten lasse. Anschließend geht er der Einbettung des Klimaschutzrechts in das überstaatliche Recht nach. Sodann wird an konkreten Beispielen aufgezeigt, welche rechtlichen Möglichkeiten zum unilateralen Schutz bestehen, bevor Konsequenzen für die transnationale Ordnung gezogen werden. Der vorliegende Kommentar greift einzelne Aspekte des Beitrags in zumeist zustimmender Weise auf und versteht sich daher vor allem als Ergänzung.

* Der Autor ist Inhaber des Lehrstuhls für Öffentliches Recht, insbesondere Umwelt- und Planungsrecht und geschäftsführender Direktor des Instituts für Umwelt- und Planungsrecht an der Universität Leipzig.

https://doi.org/10.5771/9783748919285-117 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

II. Zur Wiederentdeckung der nationalen Ebene

Seine bereits erwähnte Ausgangsthese, dass sich im Klimaschutzrecht „besonders deutlich" eine Wiederentdeckung der nationalen Ebene beobachten lasse, begründet *Claudio Franzius* zunächst einmal mit dem Hinweis, dass durch das Pariser Klimaabkommen von 2015 an die Stelle der „top down" gedachten Steuerung des Kyoto-Protokolls von 1997 eine stärker „bottom up" konzipierte Governance-Struktur getreten sei. Das ist zweifellos richtig und überzeugend. Daher wird insoweit lediglich ergänzend angemerkt, dass man die These von der „Wiederentdeckung" zusätzlich mit der Klimarahmenkonvention von 1992 belegen kann, da der „Bottom-up-Ansatz" dem Grunde nach bereits dort völkerrechtlich angelegt ist[1] und zudem seinerzeit auf der Umweltkonferenz in Rio de Janeiro mit der konkreten Aufforderung „Think global(ly), act local(ly)" populär gemacht wurde.[2] Daran kann und sollte man wieder anknüpfen.

Gefordert ist die nationale Ebene insbesondere bei der konkreten Umsetzung der Klimaschutzziele und damit – wie der vorstehend abgedruckte Beitrag zu Recht betont – bei den Instrumenten der Klimapolitik. Bei der Suche nach den Ursachen für die hier zu verzeichnende Präponderanz der nationalen Ebene würde ich indessen nicht so weit gehen wie *Claudio Franzius*, der in seinem Beitrag behauptet, es sei „wenig sinnvoll, dem Völkerrecht die instrumentelle Ausgestaltung der Maßnahmen zuzuschreiben". Hier bin ich vielmehr ebenso wie *Wolfgang Durner* der Ansicht, dass es durchaus gute Gründe wie zum Beispiel „Erwägungen des internationalen wirtschaftlichen Wettbewerbs" gibt, die für eine stärkere Koordination klimapolitischer Transformationsprozesse sprechen.[3] Dennoch stimme ich der Prognose von *Claudio Franzius* zu, dass insoweit von der internationalen Klimapolitik, vor allem angesichts der schwerfälligen Einigungsprozesse, keine nennenswerten Innovationen zu erwarten sind.

Ansonsten haben mich die Ausführungen zu den „Funktionen unilateraler Maßnahmen" überzeugt, so dass ich mich hier auf drei ergänzende

1 Vgl. insbesondere Art. 4 der Klimarahmenkonvention. Auf diesen Umstand hat auch *Claudio Franzius* in anderem Zusammenhang bereits hingewiesen; vgl. *Franzius*, Das Paris-Abkommen zum Klimaschutz als umweltvölkerrechtlicher Paradigmenwechsel, EurUP 2018, 166 (168).

2 Siehe zu diesem Zusammenhang auch *Faßbender*, Der Klima-Beschluss des BVerfG – Inhalte, Folgen und offene Fragen, NJW 2021, 2085 (2091).

3 Vgl. näher dazu *Durner*, Leistungskraft und Regelungstechniken des internationalen Klimaschutzrechts, EurUP 2021, 330 (340 f.).

https://doi.org/10.5771/9783748919285-117 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

Bemerkungen beschränke. Erstens ist daran zu erinnern, dass gerade beim Klimaschutz die Zeit drängt. So mahnt der sog. Weltklimarat (Intergovernmental Panel on Climate Change, IPCC) in seinem jüngsten Synthesebericht vom März 2023: „Das Zeitfenster, in dem eine lebenswerte und nachhaltige Zukunft für alle gesichert werden kann, schließt sich rapide". Daher heißt es im Anschluss: „Schneller und weitreichender Wandel in allen Sektoren und Systemen ist notwendig, um tiefgreifende und anhaltende Emissionsreduktionen zu erreichen und eine lebenswerte und nachhaltige Zukunft für alle zu sichern."[4] Hier könnten namentlich die von *Claudio Franzius* angesprochenen Vorbild- und Innovationsfunktionen von unilateralen Maßnahmen dazu beitragen, den notwendigen schnellen Wandel zu erreichen.[5]

Zweitens kann und sollte man aus deutscher Perspektive nicht nur der im Beitrag lediglich kurz angesprochenen Einspeisevergütung für erneuerbare Energien nach dem EEG und dem als Beispiel näher behandelten Brennstoffemissionshandelsgesetz (BEHG) eine Vorbild- und Innovationsfunktion zusprechen. Auch das im Juli 2021 vom Bundestag verabschiedete und an anderer Stelle im vorliegenden Band ausführlicher behandelte Lieferkettensorgfaltspflichtengesetz[6] könnte insoweit Erwähnung finden. Denn dieses Gesetz hat zum einen die jüngeren Überlegungen zur Normierung unternehmerischer Sorgfaltspflichten auf EU-Ebene zumindest mit angestoßen. Zum anderen zeigen die Überlegungen zu einer EU-Regelung bereits, dass man solche Pflichten auch für den Klimaschutz stärker fruchtbar machen könnte.[7]

Drittens lässt sich aus der von *Claudio Franzius* angesprochenen „Ambivalenz" der Legitimationsfunktion immerhin ein weiteres Argument für die Rechtfertigung einer Spielart unilateraler Klimapolitik generieren, die sich vor allem aus völkerrechtlicher Ebene einem besonderen Rechtfertigungsdruck ausgesetzt sieht[8]: die extraterritorial wirkenden Maßnahmen. Denn

4 Siehe die Gliederungspunkte C.1 und C.3 der deutschen Übersetzung der Hauptaussagen des Syntheseberichts, die unter https://www.de-ipcc.de/media/content/Hauptaussagen_AR6-SYR.pdf abrufbar ist.

5 Vgl. zu diesem zeitlichen Aspekt und zu weiteren Vorteilen eines unilateralen Vorgehens auch den Beitrag von *Till Markus* in diesem Band, S. 84.

6 Siehe die Beiträge von *Till Markus* und *Birgit Spießhofer* in diesem Band, S. 39 ff. und 150 ff.

7 Vgl. näher dazu *Gailhofer/Verheyen*, Klimaschutzbezogene Sorgfaltspflichten: Perspektiven der gesetzlichen Regelung in einem Lieferkettengesetz, ZUR 2021, 402 ff.

8 Vgl. auch dazu die nachfolgende Fußnote.

https://doi.org/10.5771/9783748919285-117 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

die im vorstehenden Beitrag aufgeworfene Frage, „wie sich Belastungen der Bürgerinnen rechtfertigen lassen, wenn der Erfolg unilateraler Schutzbemühungen unsicher ist, weil der Verantwortungsanteil des einzelnen Staates an der globalen Klimakrise nur gering ist", lässt sich im Fall von extraterritorial wirkenden Maßnahmen naturgemäß befriedigender beantworten, da die Belastungen dann eben nicht nur die eigenen Bürgerinnen bzw. Unternehmen treffen. Dies lässt sich ebenfalls am Beispiel des bereits erwähnten Lieferkettensorgfaltspflichtengesetzes aufzeigen, weil sich dieses Gesetz zumindest de facto auch auf ausländische Unternehmen auswirkt und so dem Einwand der einseitigen Benachteiligung der eigenen Unternehmen entgegenwirkt.[9]

Darüber hinaus belegt das, auch von *Claudio Franzius* zuvor erwähnte, Beispiel der beabsichtigten Einführung eines CO_2-Grenzausgleichssystems (Carbon Border Adjustment Mechanism – CBAM) auf EU-Ebene, dass ein (im weiteren Sinne) unilaterales Rechtsetzungsvorhaben sogar darauf abzielen kann, einseitige Belastungen der heimischen (europäischen) Industrie auszugleichen. In diesem Zusammenhang ist schließlich der überzeugende Hinweis von *Franzius* zu erwähnen, dass sich das Pariser Klimaübereinkommen extraterritorialen Wirkungen staatlicher Maßnahmen nicht in den Weg stellt, sondern im Gegenteil solche Maßnahmen unterstützt, indem es auf horizontale Anstoßfunktionen im Rahmen des allgemeinen Völkerrechts setzt.

III. Zur Einbettung unilateraler Maßnahmen in das überstaatliche Recht

Damit ist zugleich die von *Claudio Franzius* so genannte „Einbettung" unilateraler Maßnahmen in das überstaatliche Recht angesprochen, die indessen mit der gewählten Formulierung heimeliger daherkommt als sie

9 Vgl. näher dazu mit weiteren Nachweisen, auch zur Gegenansicht *Thalhammer*, Das umstrittene Lieferkettensorgfaltspflichtengesetz – Ein juristischer Blick auf Kritik aus Zivilgesellschaft, Wirtschaft und Politik, DÖV 2021, 825 (827 ff.), die jedoch – meines Erachtens zu Unrecht – meint, dass das Lieferkettensorgfaltspflichtengesetz hinsichtlich Staaten, für die die im Anhang genannten Abkommen zum Schutz der Menschenrechte nicht gelten, die Grenzen zulässiger extraterritorialer Jurisdiktion überschreite bzw. gegen das Interventionsverbot verstoße. Demgegenüber weist sie mit Blick auf die hier in erster Linie interessierenden umweltbezogenen Sorgfaltspflichten darauf hin, dass diese gerechtfertigt sein können, weil hier das Wirkungsprinzip greife. Denn durch Unternehmen im Ausland verursachte Umweltbelastungen machten nicht immer an Staatsgrenzen Halt, könnten sich also auch auf Deutschland negativ auswirken.

https://doi.org/10.5771/9783748919285-117 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

tatsächlich ist. Von daher ist es richtig und wichtig, dass im vorstehend abgedruckten Beitrag auch die von mir soeben erwähnten Vorbehalte und Bedenken, die insbesondere gegenüber extraterritorial wirkenden Maßnahmen aus dem allgemeinen Völkerrecht und dem WTO-Recht deduziert werden, angesprochen werden.

Der zu kommentierende Beitrag bleibt aber dabei nicht stehen, sondern spricht sich explizit gegen einen Rekurs auf ein darüberhinausgehendes „vages Kohärenzprinzip" aus, weil die Suche nach Kohärenz zwar politisch erstrebenswert, aber nicht als normatives Gebot zu verstehen sei. Mehr noch: Kohärenz sei eine „Nebelkerze, mit der eine rechtsordnungsübergreifende Stimmigkeit suggeriert wird, die es so nicht gibt und zugunsten der Politik mit ihren rechtlich freizuhaltenden Gestaltungsmöglichkeiten auch nicht geben sollte". Diese Aussagen betreffen einen Teilaspekt, der für die Beantwortung der allgemeinen Forschungsfrage des vorliegenden Bandes nach den *rechtlichen* Möglichkeiten und *Grenzen* einer unilateralen Umweltpolitik als Baustein für eine globale Umweltgovernance durchaus von erheblicher Relevanz ist, da *Charlotte Kreuter-Kirchhof* in einem jüngeren Beitrag just die fehlende Kohärenz von einzelnen unilateralen Klimaschutzmaßnahmen des deutschen Gesetzgebers bemängelt hat.[10]

Dabei teile ich in der Sache die ablehnende Haltung gegenüber Rekursen auf ein übergreifendes Kohärenzgebot. Denn das Kohärenzprinzip erscheint selbst auf EU-Ebene, wo es immerhin in Art. 7 AEUV eine ausdrückliche Regelung gefunden hat, in den Worten von *Hans-Georg Dederer* „auf den ersten Blick zunächst vielsagend (als klare Leitlinie), sodann sogleich wieder nichtssagend (als bloße Worthülse)", was sich in der Tat vor allem bei der prinzipiell fehlenden Konturenschärfung durch die Rechtsprechung bemerkbar macht. Etwas anderes gilt allein mit Blick auf die „Konturierung des Kohärenzprinzips im Rahmen der Verhältnismäßigkeitsprüfung mitgliedstaatlicher Beeinträchtigungen der Grundfreiheiten".[11] Aber auch insoweit betonen die deutschen Gerichte zu Recht die hierbei zu beachtenden Grenzen sowohl des unionsrechtlichen als auch eines verfassungsrechtlichen Kohärenzprinzips.[12]

10 Siehe *Kreuter-Kirchhof*, Kohärenz der Klimaschutzinstrumente, KlimR 2022, 70.

11 Siehe zum Ganzen *Dederer*, Grundsatz der Kohärenz, in: Kahl/Ludwigs (Hrsg.), Handbuch des Verwaltungsrechts, Bd. II, 2021, § 47 Rn. 5 mit Fn. 12.

12 Vgl. etwa BVerwG, NVwZ 2017, 791 (Rn. 51 und 84 f.); ferner BVerfG, NVwZ 2009, 1221 (Rn. 17).

https://doi.org/10.5771/9783748919285-117 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

Sodann ist mit Blick auf den rechtlichen Gehalt eines Kohärenzprinzips aus nationaler Perspektive daran zu erinnern, dass das Bundesverfassungsgericht nicht ohne Grund hierzulande auf breite und deutliche Ablehnung gestoßen ist, als es vor 25 Jahren den Ländern und Kommunen untersagt hat, bestimmte Abfälle mit einer Abgabe zu belegen und dies mit einem Rekurs auf ein – so zum ersten Mal postuliertes – Prinzip der Widerspruchsfreiheit der Rechtsordnung begründete.[13] Dabei richtet sich die Kritik (auch hier) vor allem gegen die Schwammigkeit und Konturlosigkeit dieses Postulats.[14] Am deutlichsten fiel die Kritik an dieser Judikatur bei einem früheren Präsidenten des Bundesverwaltungsgerichts aus, der das Bundesverfassungsgericht hier gar auf einer „Reise nach Absurdistan" wähnte.[15] Von daher ist es zu begrüßen, dass das Bundesverwaltungsgericht in seinem Urteil vom 24.05.2023 zur Tübinger Verpackungssteuer – anders als zuvor der Verwaltungsgerichtshof Baden-Württemberg[16] – die Grenzen dieses Prinzips aufgezeigt hat.[17]

Dies alles schließt jedoch – wie im Folgenden unter V. näher ausgeführt wird – keineswegs aus, einzelne Instrumente kritisch mit Blick auf ihre Vereinbarkeit mit anderen Instrumenten zu befragen, wenn und soweit es hierfür einen rechtlichen Anknüpfungspunkt gibt, der allgemein anerkannt und auch handhabbar ist.

IV. Transnationale Ordnung als Gegenmodell

Erfreulicherweise liefert *Claudio Franzius* in seinem Beitrag sogleich ein Gegenmodell zu derartigen Rekursen auf fragwürdige Prinzipien, indem er

13 BVerfGE 98, 83 (97 ff.); 98, 106 (118 ff.).

14 Vgl. zur vielfach geäußerten Kritik hier nur *Brüning*, Widerspruchsfreiheit der Rechtsordnung - Ein Topos mit verfassungsrechtlichen Konsequenzen?, NVwZ 2002, 33; *Führ*, Widerspruchsfreies Recht im uniformen Bundestaat? - Zum Sonderabfallabgaben-Urteil des Bundesverfassungsgerichts, KJ 1998, 503; *Koch*, Die neue Verpackungsordnung, NVwZ 1998, 1155 (1157 f.); *Lege*, Kooperationsprinzip contra Müllvermeidung?, Jura 1999, 125; *Schrader*, Kooperationsprinzip, Gebot der Widerspruchsfreiheit und die Folgen – Anmerkung zu den Urteilen des BVerfG vom 7. Mai 1998, ZUR 1998, 152.

15 *Sendler*, Grundrecht auf Widerspruchsfreiheit der Rechtsordnung? – Eine Reise nach Absurdistan?, NJW 1998, 2875.

16 VGH Mannheim, Urteil vom 29.03.2022 – 2 S 3814/20, BeckRS 2022, 7811 (Rn. 102 ff.); das Urteil ist auszugsweise auch abgedruckt in der ZUR 2022, 560.

17 Siehe die Pressemitteilung Nr. 40/2023 des BVerwG zum Urteil vom 24.05.2023 – 9 CN 1/22; das Urteil wird demnächst auszugsweise in der ZUR abgedruckt.

https://doi.org/10.5771/9783748919285-117 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

die Spielräume betont, die das Pariser Klimaabkommen und das Sekundärrecht der Union den Mitgliedstaaten belassen. In seiner Zusammenfassung charakterisiert er das Klimaschutzrecht daher zu Recht als transnationale Ordnung, die sich durch eine Abkehr von dichotomischen Ordnungsentwürfen auszeichne und in der es nicht um „Hierarchie, sondern Orchestrierung" gehe. Eine solche auf wechselseitige Ergänzung angelegte Perspektive würde man sich – im Rahmen der verfassungsrechtlich zwingend vorgegebenen Kompetenzverteilung – auch auf nationaler Ebene häufiger wünschen, wenn es um die Frage geht, welche Ebene im deutschen Bundesstaat sinnvoll einen Beitrag zur Lösung der vielfältigen Umweltprobleme leisten kann.

V. Zum Beispiel Kohleausstieg

Ungeachtet dieser grundsätzlich auf Offenheit angelegten Konzeption zeigt auch *Claudio Franzius* in seinem Beitrag beispielhaft die *Grenzen* einer unilateralen Umweltpolitik auf, indem er sich mit Blick auf „das vielleicht beste Beispiel für unilateralen Klimaschutz", nämlich den Kohleausstieg der zuvor in der Literatur[18] geäußerten Auffassung anschließt, dass die unionsrechtlich in das Ermessen gestellte Löschung überschüssiger Zertifikate[19] verfassungsrechtlich als Verpflichtung zur Löschung verstanden werden muss, damit der gegen einen unilateralen Kohleausstieg ins Feld geführte „Wasserbetteffekt" vermieden wird. Das überzeugt, weil ein unilateraler Kohleausstieg in der Tat nicht zu einer Reduktion, sondern nur zu einer Verlagerung von Treibhausgasemissionen führen könnte, wenn die hierdurch freiwerdenden Zertifikate nicht vollständig gelöscht werden, sondern den Handelsteilnehmern in anderen Mitgliedstaaten zur Verfügung stehen.[20] Dabei ist jedoch ausdrücklich darauf hinzuweisen, dass es hierzu keines Rekurses auf ein Kohärenzprinzip, einen Grundsatz der

18 Siehe *Kreuter-Kirchhof*, Kohärenz der Klimaschutzinstrumente, KlimR 2022, 70 (71 ff.).

19 Siehe Art. 12 Abs. 4 S. 2 und 3 der Richtlinie 2003/87/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 13.10.2003 über ein System für den Handel mit Treibhausgasemissionszertifikaten in der Union (ABl. 2003, Nr. L 275, S. 32), zuletzt geändert durch die Verordnung (EU) 2023/435 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 27.2.2023 (ABl. 2023, Nr. L 63, S. 1).

20 So auch *Kreuter-Kirchhof*, Kohärenz der Klimaschutzinstrumente, KlimR 2022, 70 (71).

https://doi.org/10.5771/9783748919285-117 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

Widerspruchsfreiheit der Rechtsordnung oder ein ähnlich vages Prinzip bedarf, weil das Unionsrecht das Emissionshandelssystem für solche nationale Schutzverstärkungsmaßnahmen ausdrücklich geöffnet hat[21] und die Verpflichtung zur Löschung verfassungsrechtlich aus dem allseits anerkannten Verhältnismäßigkeitsgrundsatz hergeleitet wird. Denn der Eingriff in die Eigentümerfreiheit der Kraftwerksbetreiber wäre ohne eine solche Löschung schon nicht geeignet, den Klimaschutz zu befördern.[22]

21 Diese Öffnung erfolgte durch Art. 1 Nr. 20 der Richtlinie 2018/410 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 14.3.2018 zur Änderung der Richtlinie 2003/87/EG (ABl. 2018, Nr. L 76, S. 3).

22 So auch die Argumentation von *Kreuter-Kirchhof*, Kohärenz der Klimaschutzinstrumente, KlimR 2022, 70 (71).

https://doi.org/10.5771/9783748919285-117 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY