



**Prof. Dr. Felix Ekardt, LL.M., M.A.**  
**Forschungsstelle Nachhaltigkeit und Klimapolitik, Leipzig/Berlin**

# **Eigentum, Klimaschutz und Verfassungsrecht**

Rechtsgutachten im Auftrag des  
Solarenergie-Fördervereins Deutschland e.V.

Aktualisierte Endfassung vom 05.07.2014

Prof. Dr. Felix Ekardt, LL.M., M.A. leitet die Forschungsstelle Nachhaltigkeit und Klimapolitik in Leipzig und Berlin ([www.nachhaltigkeit-gerechtigkeit-klima.de](http://www.nachhaltigkeit-gerechtigkeit-klima.de)), die sich der Grundlagenforschung und Politikberatung öffentlicher und gemeinnütziger Auftraggeber im Bereich der humanwissenschaftlichen Nachhaltigkeitsforschung zu Politikinstrumenten, Rechtsfragen, Bedingungen der gesellschaftlichen Transformation und Gerechtigkeitsfragen widmet. Ferner ist er Professor für Öffentliches Recht und Rechtsphilosophie am Ostseeinstitut für Seerecht, Umweltrecht und Infrastrukturrecht der Juristischen Fakultät der Universität Rostock sowie Long-term Fellow am Forschungsinstitut für Philosophie Hannover.

## Vorwort

Das vorliegende Rechtsgutachten untersucht aus verfassungsrechtlicher Sicht, ob neue (Braunkohle-)Tagebaue bezogen auf das Eigentumsgrundrecht aus Art. 14 Grundgesetz (GG) verfassungsrechtlich nach dem Garzweiler-II-Urteil des Bundesverfassungsgerichts (BVerfG) noch gerechtfertigt werden können. Eine wichtige Rolle spielt insoweit auch das Verhältnis zum gebotenen Schutz von Leben und Gesundheit im Zeichen des Klimawandels. Ebenso werden auch Fragen des EU-Wasserrechts einbezogen, die zugleich deutliche Zweifel an der rechtlichen Rechtfertigbarkeit des Kohlekraftwerksbetriebs wecken. Aufgrund des sehr kurzfristigen Zustandekommens der Untersuchung sowie der großen Breite der geplanten gesetzgeberischen Neuregelung fokussiert sich die Untersuchung auf die zentralen Gesichtspunkte.

Die Untersuchung entstand im Juni 2014 im Auftrag und mit Finanzierung des Solarenergie-Förderverein Deutschland e.V. (SFV). Sie gibt dabei die Auffassung des Verfassers und nicht notwendigerweise durchgängig die des SFV wieder, so wie sich Verfasser und Auftraggeber im gemeinsamen Ziel einer unvoreingenommenen Prüfung der Rechtslage einig waren. Auch wenn konkret keine anderen Autoren beteiligt waren, steht das Rechtsgutachten im übergreifenden Zusammenhang der Arbeiten und Diskussionen meiner Forschungsstelle Nachhaltigkeit und Klimapolitik in Leipzig und Berlin, weswegen ich meinen dortigen zehn Mitstreiter/innen zu Dank verpflichtet bin.

Das vorliegende Gutachten stellt die wissenschaftlichen Erkenntnisse des Verfassers dar und keine Rechtsberatung für konkrete Personen, die durch die energetische Kohlenutzung und den Kohleabbau negativ betroffen sein können, da abschließende Aussagen für einzelne Fälle ohne Kenntnis der dortigen fallspezifischen Einzelheiten nicht möglich sind und zudem immer die Möglichkeit besteht, dass ein mit einem konkreten Fall befasstes Gericht (ob inhaltlich überzeugend oder nicht) Rechtsfragen anders einschätzt als der Verfasser. Der Text verzichtet zudem aus Gründen der Leser- und Leserinnenfreundlichkeit auf entsprechende Hervorhebungen – gemeint sind aber stets die weibliche und die männliche Form.

Leipzig, im Juni 2014

Felix Ekardt

## **Kurzfassung des Rechtsgutachtens von Prof. Dr. Felix Ekardt „Eigentum, Klimaschutz und Verfassungsrecht“**

Das vorliegende Rechtsgutachten zeigt, dass die Gemeinwohlverträglichkeit von Braunkohletagebauen im Lichte der verfassungsrechtlichen Eigentumsgarantie gegen Enteignungen aus Art. 14 Abs. 3 GG massiv in Frage gestellt ist. Diese Norm lässt Enteignungen nur aus Gründen des Gemeinwohls zu.

- Das Gutachten legt dar, wie sich (im Überblick) die Rechtsgrundlagen für Braunkohletagebaue bezogen auf die Eigentumsgarantie darstellen, welches die relevanten Aussagen des Garzweiler-II-Urteils des BVerfG sind und dass durch das Urteil die Verfassungsmäßigkeit neuer Braunkohletagebaue bezogen auf die Eigentumsgarantie schon in der traditionellen verfassungsrechtlichen Interpretationsperspektive der deutschen Gerichte zu verneinen ist, weil der Gesetzgeber inzwischen andere Entscheidungen in puncto Klimaschutz getroffen hat als zu Zeiten der Planung des Tagebaus Garzweiler II seit den 1980er Jahren.
- Sodann wird die Analyse dahingehend vertieft, dass eine stärkere Strukturierung und argumentative Unterfütterung einiger Bedenken verglichen mit der im Garzweiler-II-Urteil des BVerfG angelegten Linie unternommen wurde, wobei auch der Bezug zum Grundrecht auf Leben und Gesundheit eine Rolle spielt. Denn dieses kann die Gründe konkretisieren, unter denen Enteignungen gemeinwohlkonform oder eben gerade unzulässig sind, und es kann auch ansonsten die einzuhaltenden Abwägungsregeln deutlicher sichtbar werden lassen, an deren Nichteinhaltung dann Braunkohletagebaue scheitern.
- Eine wesentliche Rolle spielen dabei die verfassungsrechtlichen Anforderungen an eine korrekte Ermittlung der Tatsachengrundlagen für eine Entscheidung über die Gemeinwohlkonformität von Tagebauen (etwa hinsichtlich der korrekten Ermittlung der Tatsachenbasis einer Entscheidung). Die Planung neuer Braunkohletagebaue, wie sie etwa in Brandenburg und Sachsen auf der Tagesordnung steht, geht von massiven empirischen Fehlannahmen aus, was beispielsweise die vermeintliche Wirtschaftlichkeit der Tagebaue, deren langfristige Betreibbarkeit in Zeiten des Klimawandels und die vermeintliche Eigenschaft der Kohlenutzung als Brückentechnologie in der Energiewende angeht.
- Anschließend wurde aufgezeigt, dass eine weitere Stärkung der Eigentumsgarantie in klimaschutzbezogenen Kontexten durch Bezüge der Ei-

gentumsgarantie zum EU-Wasserrecht und seinen Verschlechterungsverboten und Verbesserungsgeboten für die Gewässerqualität entsteht, wobei diese Bezüge zugleich den Betrieb von Kohlekraftwerken als solchen – unabhängig von den Tagebauen – rechtlich vor kaum überwindliche Probleme stellen. Hintergrund ist einerseits die Schädigung des Grundwassers infolge von Tagebauen und andererseits die mit dem Kohlekraftwerksbetrieb verbundene Quecksilberbelastung von Gewässern. Wenn aber Kohlekraftwerke nicht europarechtskonform (mittel- und langfristig) betrieben werden können, dann fehlt es auch an der Gemeinwohlbegründung im Sinne des Art. 14 Abs. 3 GG für die Tagebaue, die zur Versorgung dieser Kohlekraftwerke aufgeschlossen werden.

Die so dargelegte Problematik kann nach den Ergebnissen der vorliegenden Untersuchung von betroffenen Einzelpersonen sowie von Umweltverbänden, vermittelt über die völkerrechtliche Aarhus-Konvention (AK), gerichtlich geltend gemacht werden. Möglicher Klagegegenstand sind nach hier dargelegter Auffassung sowohl die Betriebsplanzulassung von Tagebauen als auch die vorgelagerte raumplanerische Entscheidung in Gestalt von landesrechtlichen Braunkohlenplänen.

# Inhaltsverzeichnis

<b>Kurzfassung</b>	<b>5</b>
<b>1. Gegenstand und Fragestellung des Rechtsgutachtens</b>	<b>7</b>
<b>2. Gemeinwohlanforderungen für Enteignungen für Braunkohletagebaue nach dem Garzweiler-II-Urteil des BVerfG</b>	<b>11</b>
2.1 Rechtliche Rahmenbedingungen für Braunkohletagebaue mit besonderem Fokus auf die Eigentumsfreiheit	11
2.2 Neuinterpretation der Enteignungsvoraussetzungen im Garzweiler-II-Urteil	13
2.3 Verneinung der Gemeinwohlverträglichkeit neuer Tagebaue auf der Grundlage (allein) des BVerfG-Urteils	14
<b>3. Weitere Gemeinwohlkonkretisierung durch den Umweltgrundrechts- und Abwägungsbezug</b>	<b>17</b>
3.1 Gemeinwohlkonkretisierung durch das Recht auf Leben, Gesundheit und Existenzminimum gegen den Klimawandel	18
3.2 Tatsachenerhebungsregeln	23
3.3 Verursacherprinzip	26
3.4 Parlamentsvorbehalt	27
<b>4. EU-Wasserrecht als weitere Gemeinwohlkonkretisierung bezogen auf Braunkohletagebaue (und als Genehmigungshindernis für Kohlekraftwerke)</b>	<b>29</b>
4.1 EU-Wasserrecht für Kohlekraftwerke	29
4.2 EU-Wasserrecht und Braunkohletagebaue	32
<b>5. Fazit und praktische Konsequenzen für die Klagebefugnis von Einzelpersonen und Umweltverbänden</b>	<b>33</b>

## 1. Gegenstand und Fragestellung des Rechtsgutachtens

Die Energiepolitik einschließlich der Auswahl der Energieträger bleibt (auch) in Deutschland ein politisch und rechtlich kontroverses Feld. Trotz vielfältiger Bewunderung für die postulierte deutsche Energie- und Klimawende führt die realistische Würdigung jener Wende bisher zu einem differenzierten bis ernüchternden Befund. Wie andernorts näher dargelegt sowie auf seine Ursachen und Steuerungsalternativen hin betrachtet und dargelegt wurde<sup>1</sup>, liegt Deutschland bei den Treibhausgasemissionen pro Kopf immer noch bei einem Vielfachen dessen, was verträglich wäre, wenn alle Menschen weltweit und auf Dauer sich in ihrem Leben und Wirtschaften ebenso verhalten würden. Die Ersetzung der fossilen Brennstoffe durch erneuerbare Energien (sowie eine verbesserte Energieeffizienz, ggf. auch Suffizienz) kommt in den Bereichen Wärme, Treibstoff und stoffliche Nutzungen (wie Kunstdünger und Kunststoffe) nur mäßig voran, allein beim Erneuerbare-Energien-Ausbau im Strommarkt gibt es Erfolge, die nunmehr durch die geplante EEG-2014-Novelle allerdings teils deutlich konterkariert zu werden drohen<sup>2</sup> (die sonstigen Fehler bei der Ausgestaltung der Politikinstrumente wurden ebenfalls andernorts thematisiert<sup>3</sup>).

Dass – bei Strom, Wärme usw. – die erneuerbaren Energien politisch nicht mit – gemessen an der nötigen Reduktion der Emissionen – hinreichender Konsequenz in den Markt gebracht und die fossilen Energieträger aus dem Markt gebracht werden, zeigt gerade das Beispiel der Kohlepolitik. Neben den Schwächen des bisherigen Emissionshandels fällt insoweit auf, dass unverändert neue Kohlekraftwerke und (Braun-)Kohletagebaue genehmigt und damit auf Jahrzehnte Fakten zulasten eines wirksamen Klimaschutzes geschaffen zu werden drohen.<sup>4</sup> Dies ist insofern bemerkenswert, als die Möglichkeit einer vollständigen Energieversorgung aus erneuerbaren Energien bis 2050 (oder sogar bis 2030) beispielsweise vom bundesregierungseigenen Sachverständigenrat für Umweltfragen – pars pro

---

<sup>1</sup> Ausführlich hierzu und zum Folgenden – für die naturwissenschaftlichen Daten bezugnehmend auf die Sachstandsberichte des IPCC – mit umfangreichen Nachweisen Ekardt, Theorie der Nachhaltigkeit: Rechtliche, ethische und politische Zugänge – am Beispiel von Klimawandel, Ressourcenknappheit und Welthandel, Neuausgabe bzw. 2. Aufl. 2011 (3. Aufl. i.V.), §§ 1, 6. Dort auch dazu, dass die oft beanspruchten Treibhausgasreduktionserfolge seit 1990 teilweise (bei Saldierung von Im- und Exporten) auf Verlagerungseffekte in andere Länder zurückzuführen sind.

<sup>2</sup> Ausführlich dazu wieder m.w.N. das Gutachten für den SFV (abrufbar unter [www.sfv.de](http://www.sfv.de)) Ekardt, EEG 2014: Verfassungs- und europarechtliche Probleme, 2014; ferner zuvor Ekardt, Menschenrechte und Klimapolitik, 2010 (ebenfalls abrufbar unter [www.sfv.de](http://www.sfv.de)).

<sup>3</sup> Siehe den Nachweis in Fn. 1 auch dazu, wie man die europa- und bundesrechtlichen Steuerungsinstrumente unter Vermeidung von Rebound-Effekten, Verlagerungseffekten, mangelnder Zielstrenge und Vollzugsproblemen wirksamer ausrichten könnte. Dazu ferner demnächst der Abschlussbericht eines Forschungsvorhabens von Ekardt/ Klinski/ Schomerus für das UBA.

<sup>4</sup> Siehe wieder den Nachweis in Fn. 1 zu den Schwächen des bisherigen EU-ETS und möglichen regulatorischen Optionen und Alternativen.

toto – eingehend dargelegt worden ist, ebenso wie die problematischen Aspekte der Kohlenutzung.<sup>5</sup> Gerade Braunkohle und ihr Abbau sind in hohem Maße klimaschädlich und ein schwerwiegender Eingriff in Natur, Gewässer und Landschaft. Kohlekraftwerke sind außerdem primär dann rentabel, wenn sie eine bestimmte Leistung erbringen und eine jahrzehntelange Laufzeit haben. Damit sind sie als Brückentechnologie, die der Ergänzung erneuerbarer Energien mit ihren in Abhängigkeit von Wind und Sonne fluktuierenden Leistungen dienen soll, ungeeignet. Auch mit der russisch-ukrainischen Gaskrise lässt sich voraussichtlich kein Kohlebedarf begründen, denn wer vom osteuropäischen Gas unabhängig werden will, kann dies ebenso über eine konsequente Förderung von erneuerbaren Energien, Effizienz und Energieeinsparung sowie von Energiespeichern – plus eine vorübergehende begrenzte Gasnutzung aus anderen Quellen – erreichen.

Auch die vieldiskutierte Variante, Kohlekraftwerke künftig mit einer Kohlendioxidabscheidung und unterirdischen Speicherung zu verbinden, dürfte der Kohle nach heutigem Erkenntnisstand eher keine Zukunft verschaffen<sup>6</sup>: Abgesehen von möglichen Risiken, hohen Kosten und ungeplanten Nebeneffekten wie unmerktem Entweichen oder Kontaminationen spricht bisher nämlich wenig dafür, dass eine dauerhafte (!) und vollständige (!) unterirdische Speicherung eines Gases wie Kohlendioxid tatsächlich gelingen könnte. Auf die vor all diesen Hintergründen entstehende zeitnahe Notwendigkeit einer Rückführung der Kohlenutzung hat zuletzt auch der fünfte Sachstandsbericht des IPCC in Würdigung des internationalen Forschungsstandes hingewiesen.<sup>7</sup>

Energie- und klimapolitisch ist der weitere Umgang mit der Kohle daher ein wichtiges Thema. Das vorliegende Rechtsgutachten greift dies als verfassungsrechtliches Problem auf. Nachdem an früherer Stelle<sup>8</sup> die Kollision der bisherigen deutschen und europäischen Energie- und Klimapolitik mit dem Grundrecht auf Leben, Gesundheit und Existenzminimum gegen die Folgen des anthropogenen Klimawandels untersucht wurden, steht vorliegend darauf aufbauend die Problematik des Eigentumsgrundrechts aus Art. 14 Grundgesetz (GG) im Fokus. Konkret wird untersucht, inwieweit die zuletzt nach dem Urteil des Bundesverfassungsgerichts (BVerfG) zum nordrhein-westfälischen Braunkohletagebau Garzweiler II<sup>9</sup> in

---

<sup>5</sup> Hierzu und zum Folgenden: Die verschiedenen Gutachten und Stellungnahmen des SRU zu dieser Thematik speziell seit 2010 finden sich unter [www.umweltrat.de](http://www.umweltrat.de).

<sup>6</sup> Der Sach- und Forschungsstand zu CCS findet sich m.w.N. zusammengestellt (unverändert aktuell) bei Ekardt/ van Riesten/ Hennig, ZfU 2011, 409 ff.

<sup>7</sup> Vgl. IPCC, Fünfter Sachstandsbericht, 2014, S. ...

<sup>8</sup> Siehe die Nachweise in Fn. 2 sowie allgemein in Fn. 1.

<sup>9</sup> BVerfG, Garzweiler II, Urt. vom 17.12.2013, Az. 1 BvR 3139/08, 1 BvR 3386/08, publiziert u.a. bei JURIS sowie unter dem Stichwort „Garzweiler“ auf [www.bverfg.de](http://www.bverfg.de).

Bewegung gekommenen Anforderungen an Enteignungen und ihre Gemeinwohlverträglichkeit dazu führen, dass aus Klimaschutzgründen Braunkohletagebaue heute womöglich nicht mehr rechtskonform genehmigt werden können. Im Kern geht es diesbezüglich um den Begriff des „Gemeinwohls“, der als Voraussetzung für Enteignung in Art. 14 Abs. 3 GG genannt wird und im Garzweiler-II-Urteil eine zentrale Rolle spielt, dabei aber weiterhin viele Fragen aufwirft. Die diesbezüglich im Gutachten anzustellenden Erwägungen beziehen, soweit nötig, auch Fragen des Europarechts ein. Braunkohletagebaue erfordern für ihre Erschließung in der Regel Enteignungen von Grund und Boden, was sodann die Eigentumsgarantie relevant werden lässt. Auch wenn das Problem der Tagebaue vorliegend im Vordergrund steht, haben die Darstellungen mittelbar große Relevanz auch für den Kraftwerksbetrieb als solchen.

Das Eigentumsgrundrecht hat, weil es insoweit um monetarisierbare und daher gut fassbare Güter geht, aber auch aus weiteren Gründen, eine traditionell starke Stellung in liberal-demokratischen Rechtssystemen.<sup>10</sup> Vorliegend wird daher für einen zentralen Fragenkreis untersucht, inwieweit aus dem Eigentumsgrundrecht mittelbar das ansonsten über das Lebens- und Gesundheits-Grundrecht aus Art. 2 Abs. 2 GG vermittelte Klimaschutzanliegen (u.U. wesentlich) verstärkt wird.<sup>11</sup> Die Analyse erfolgt in drei Schritten:

- Im Abschnitt 2 wird analysiert, wie sich (im Überblick) die Rechtsgrundlagen für Braunkohletagebaue bezogen auf die Eigentumsgarantie darstellen, welches die relevanten Aussagen des Garzweiler-II-Urteils des BVerfG sind und inwieweit durch das Urteil die Verfassungsmäßigkeit neuer Braunkohletagebaue bezogen auf die Eigentumsgarantie schon in der traditionellen verfassungsrechtlichen Interpretationsperspektive der deutschen Gerichte fraglich wird, wie sie aktuell etwa in der Lausitz zur Versorgung der Braunkohlekraftwerke mit Brennstoffen als angeblich gemeinwohlförderlich geplant sind. Denn das Urteil bestätigt im Grunde nur die Verfassungskonformität einer Braunkohletagebauplanung mit einem Planungsbeginn in den 1980er Jahren. Heute könnte die Verfassungskonformität angesichts wachsender klimaschutzbezogener Erkenntnisse jedoch

---

<sup>10</sup> Zu einigen historischen Hintergründen seit der Reformationszeit siehe Ekardt, Steuerungsdefizite im Umweltrecht: Ursachen unter besonderer Berücksichtigung des Naturschutzrechts und der Grundrechte. Zugleich zur Relevanz religiösen Säkularisats im öffentlichen Recht, 2001, § 18.

<sup>11</sup> Eine andere, in der ersten Fundstelle in Fn. 2 behandelte Frage wäre die Frage danach, inwieweit bereits die drohenden Schäden eines anthropogenen Klimawandels als solche aufgrund der Eigentumsgarantie eine staatliche Verpflichtung zu mehr Klimaschutz hervorbringen. Noch eine andere eigentumsgrundrechtliche Frage wäre die, inwieweit Art. 14 GG der nachträglichen Einführung von Kohlendioxidgrenzwerten für Kohlekraftwerke (oder verstärkten Wärmedämmungsvorgaben für z.B. mit Kohle beheizte Altbauten o.ä.) entgegensteht; dazu kurz Klinski, ER 2012, 47 ff.

vollkommen anders zu beurteilen sein.

- Im Abschnitt 3 wird die Analyse dahingehend vertieft, dass eine stärkere Strukturierung und argumentative Unterfütterung einiger Bedenken verglichen mit der im Garzweiler-II-Urteil des BVerfG angelegten Linie unternommen wird, wobei auch der Bezug zum Grundrecht auf Leben und Gesundheit eine Rolle spielt. Denn dieses kann die Gründe konkretisieren, unter denen Enteignungen zulässig oder eben gerade unzulässig sind, und es kann auch ansonsten die einzuhaltenden Abwägungsregeln (etwa hinsichtlich der korrekten Ermittlung der Tatsachenbasis einer Entscheidung) deutlicher sichtbar werden lassen, an deren Nichteinhaltung dann Braunkohletagebaue scheitern können.
- Im Abschnitt 4 wird aufgezeigt, dass eine weitere Stärkung der Eigentumsgarantie in klimaschutzbezogenen Kontexten durch Bezüge der Eigentumsgarantie zum Europarecht (genauer: europäischen Unionsrecht) entsteht, wobei diese Bezüge zugleich den Betrieb von Kohlekraftwerken als solchen – unabhängig von den Tagebauen – rechtlich vor immer schwerer überwindliche Probleme stellt.

## **2. Gemeinwohlanforderungen für Enteignungen für Braunkohletagebaue nach dem Garzweiler-II-Urteil des BVerfG**

In einem ersten Schritt sollen – den eben geschehenen Darlegungen folgend – die Rechtsgrundlagen für Braunkohletagebaue bezogen auf die Eigentumsgarantie darstellen, welches die relevanten Aussagen des Garzweiler-II-Urteils des BVerfG sind. Dabei ist auch zu klären, inwieweit durch das Urteil die Verfassungsmäßigkeit neuer Braunkohletagebaue bezogen auf die Eigentumsgarantie schon in der traditionellen verfassungsrechtlichen Interpretationsperspektive der deutschen Gerichte fraglich wird.

### **2.1 Rechtliche Rahmenbedingungen für Braunkohletagebaue mit besonderem Fokus auf die Eigentumsfreiheit**

Braunkohletagebaue bedürfen wie jede relevante (größere) Baumaßnahme im deutschen Verwaltungsrecht einer Genehmigung, mit der anhand bestimmter vom Gesetzgeber festgelegter Kriterien entschieden wird, ob sie durchgeführt werden dürfen. Dabei sind mehrere Schritte zu unterscheiden:

- Die spezifische Genehmigung für Tagebaue ist der Betriebsplan (§§ 51 Abs. 1, 55 Abs. 1 Bundesberggesetz/ BBergG), wobei die Unterscheidung zwischen den verschiedenen Arten wie Rahmenbetriebsplan und Hauptbetriebsplan hier nicht weiter vertieft werden soll.
- Aufbauend auf einer solchen Zulassungsentscheidung wird gemäß § 79 Abs. 1 BBergG in einem weiteren Verfahren gegenüber den betroffenen Grundstückseigentümern über die Enteignung entschieden.
- Diesen beiden Schritten voran geht regelmäßig ein weiterer Schritt, in dem über die raumplanerische Passfähigkeit des geplanten Vorhabens entschieden wird, im Falle der Tagebaue gemäß dem Landesrecht regelmäßig in einem sogenannten Braunkohlenplan. Planerisch macht diesbezüglich etwa in Brandenburg das Gesetz zur Regionalplanung und zur Braunkohlen- und Sanierungsplanung (RegBkPIG) Vorgaben. Gemäß § 12 Abs. 1 RegBkPIG legen Braunkohlenpläne Grundsätze und Ziele der Raumordnung fest, soweit dies für eine geordnete Braunkohlenplanung erforderlich ist. Nach § 12 Abs. 2 RegBkPIG ist Ziel des Braunkohlenplanes eine langfristig sichere Energieversorgung zu ermöglichen, die zugleich umwelt- und sozialverträglich ist. In Sachsen werden Braunkohlenpläne gemäß § 5 des Sächsischen Landesplanungsgesetzes (SächsLPIG) sowie § 8 Abs. 1 des (Bundes-

)Raumordnungsgesetzes (ROG) als Teilregionalpläne und damit als Satzung und nicht wie in Brandenburg als Rechtsverordnung aufgestellt, woran sich eine Genehmigung durch die Landesregierung gemäß § 19 Abs. 1 Sächs-LPlG anschließt. In der Sache entscheidet also jeweils die Landesregierung.

Wenn es ums Eigentum geht, tritt juristisch die Eigentumsgarantie aus Art. 14 GG auf den Plan. Grundrechtliche Prüfungen, so auch die der Enteignung, verlaufen dabei stets zweistufig. Ist ein Grundrecht prinzipiell betroffen, so ist im nächsten Schritt zu fragen, ob bestimmte formale Sicherungen und bestimmte inhaltliche Abwägungsregeln in der Konfliktlösung mit den Belangen, die für den Grundrechtseingriff sprechen, beachtet wurden. Wörtlich erwähnt sind diese formalen Sicherungen und Abwägungsregeln im deutschen Verfassungsrecht nicht immer, sie lassen sich jedoch als ungeschriebener Bestandteil der Grundrechte sowie des Rechtsstaatsprinzips aus Art. 20 Abs. 3 GG begreifen, welches häufig als Oberbegriff über die verschiedenen formalen und inhaltlichen Vorgaben des Freiheitschutzes im Rahmen der Grundrechte gelesen wird. Während die Berufsfreiheit des Art. 12 GG den wirtschaftlichen Erwerb schützt, schützt die Eigentumsgarantie aus Art. 14 GG den wirtschaftlichen Bestand, beispielsweise also die Verfügungsbefugnis über ein Grundstück. Klärungsbedürftig ist für die Eigentumsfreiheit stets, um was für eine Eigentumsbeeinträchtigung es sich hier handelt. Im deutschen Recht wird zwischen Inhaltsbestimmungen des Eigentums gemäß Art. 14 Abs. 1 S. 2 GG und Enteignungen gemäß Art. 14 Abs. 3 GG unterschieden. Inhaltsbestimmungen sind dabei (um nur einen besonders wichtigen Unterschied bei den Rechtsfolgen hervorzuheben) nur ausnahmsweise, Enteignungen dagegen im Wesentlichen durchgängig entschädigungspflichtig, wobei die entsprechende Festsetzung regelmäßig von vornherein so getroffen werden muss. Wenn konkret-individuell auf einzelne Grundstücke zugegriffen wird und diese einem neuen Verfügungsberechtigten für seine Zwecke übertragen werden sollen, so liegt eine Enteignung vor. Dies ist die Situation, die bei der Flächenbeschaffung von Braunkohletagebauen auftritt.

Gemäß Art. 14 Abs. 3 GG ist eine Enteignung, abgesehen von der erwähnten Entschädigungspflichtigkeit, nur insoweit verfassungskonform, als und soweit sie zum Wohle der Allgemeinheit (respektive, was juristisch sinngleich ist, im Gemeinwohl respektive öffentlichen Interesse) erfolgt. Ob dies der Fall ist, ob also in Abwägung verschiedener betroffener öffentlicher und privater Interessen der Tagebau bezogen auf die Inanspruchnahme von Grund und Boden der Privateigentümer verfassungskonform ist, war in der Vergangenheit erst im Enteignungsverfahren zu prüfen. Anders als bei anderen Großprojekten war eine solche Prüfung (verbunden mit einer sogenannten enteignungsrechtlichen Vorwirkung) nicht bereits im Raumordnungs- oder Projektzulassungsverfahren vorgesehen. Für das traditionelle deutsche Bergrecht ist damit zu konstatieren, dass viele Ent-

scheidungen auf planerischer (Braunkohlenplan) und behördlicher Ebene (Rahmenbetriebsplan, Hauptbetriebsplan) ergehen, die das Eigentum und seine gemeinwohlverträgliche Beeinträchtigung der Sache nach bereits weitgehend betreffen und den Bergbau ermöglichen sollen, theoretisch jedoch – dann jedoch in weitgehend vorentschiedener Form – die Rolle des Eigentümers erst ganz am Ende im Enteignungsverfahren thematisieren. Das Garzweiler-II-Urteil hat diese Prüfung der Gemeinwohlverträglichkeit der Enteignungen nunmehr vorverlegt; ferner hat es die schwierige Frage thematisiert, inwiefern ein Großprojekt wie ein Braunkohletagebau als „gemeinwohlförderlich“ aufgefasst werden kann oder eben gerade nicht. Dies ist in den folgenden zwei Abschnitten zu analysieren.

## 2.2 Neuinterpretation der Enteignungsvoraussetzungen im Garzweiler-II-Urteil

Das Garzweiler-II-Urteil vom Dezember 2013 bezieht sich auf zwei Verfassungsbeschwerden von Bürger- und Umweltverbandsseite, wobei es jeweils um die Enteignung von Grundstücken für den Tagebau Garzweiler II ging. Daraus sind folgende Grundaussagen für das vorliegende Gutachten wichtig:

- In der vordergründigen Tendenz hat das BVerfG zunächst einmal judiziert, dass die Braunkohlenutzung trotz ihrer fatalen Nebeneffekte für den Klimawandel und die Zerstörung der Landschaft verfassungsrechtlich weiterhin zulässig ist. Sie rechtfertigt auch Enteignungen.
- Jedoch bezieht sich diese Aussage darauf, dass zum Zeitpunkt der Planung des Braunkohletagebaus Garzweiler II, also mit einem Planungsbeginn in den 1980er Jahren (!), die Gemeinwohlkonformität angenommen werden konnte, da das Urteil – wie immer im Gesetzesrecht Deutschlands (das gerade kein Fallrecht bzw. Case Law ist) – einen konkreten Fall entscheidet und nicht rein abstrakte Aussprüche allgemeiner Art tätigt.<sup>12</sup> Für neue Braunkohletagebaue könnte angesichts der zwischenzeitlich erlangten klimabezogenen Erkenntnisse gerade etwas anderes gelten (dazu Abschnitt 2.3). Weitere argumentative Perspektiven (dazu die Abschnitte 3 und 4) ergeben sich daraus, dass die Argumentation des BVerfG u.U. viel klarer strukturierbar und teilweise auch angreifbar ist – und daraus, dass einige Aspekte in dem Urteil nicht thematisiert wurden.
- Speziell zum Gemeinwohl führt das BVerfG aus, dass letztlich allein der Gesetzgeber entscheide, was Gemeinwohl etwa im Sinne des Art. 14 Abs. 3 GG sei – und zwar beliebig, sofern nicht ausdrücklich verfassungsrechtlich

---

<sup>12</sup> Vgl. dazu auch m.w.N. Ekardt, Theorie, § 1 D. III. 4.

verbotene Handlungen (wie die in Art. 26 GG verbotene Führung von Angriffskriegen zum „Gemeinwohl“ erklärt werden). Dahinter steht die im Ausgangspunkt durchaus plausible Vorstellung, dass es sehr unterschiedliche Vorstellungen davon gibt, was in einer Gesellschaft als gemeinwohlförderlich gelten kann und was nicht. Der Gesetzgeber darf diese Aufgabe der Gemeinwohlfestlegung nach Auffassung des BVerfG aber nicht der Verwaltung überlassen. Genau das war in der Vergangenheit im Bergrecht der Fall. Denn § 79 Abs. 1 BBergG bestimmt: „Die Grundabtretung ist im einzelnen Falle zulässig, wenn sie dem Wohle der Allgemeinheit dient, insbesondere die Versorgung des Marktes mit Rohstoffen, die Erhaltung der Arbeitsplätze im Bergbau, der Bestand oder die Verbesserung der Wirtschaftsstruktur oder der sinnvolle und planmäßige Abbau der Lagerstätte gesichert werden sollen ...“ Durch das Wort „insbesondere“ hatte der Gesetzgeber eigentlich gezeigt, dass letztlich die Verwaltung weitere und auch ganz andere Gemeinwohlziele verfolgen könne. Zu einer Gesetzesänderung zwingt das gleichwohl nicht, denn man könne § 79 Abs. 1 BBergG so lesen, dass die zulässigen Enteignungszwecke dort abschließend aufgezählt sind, wobei die Rohstoffsicherung vom BVerfG wohl im Zentrum stehend gesehen wird.

- Das BVerfG bestätigte ferner eine zuletzt entstandene Rechtsprechung des Bundesverwaltungsgerichts (BVerwG): Nach dieser muss die Gesamtabwägung über einen Braunkohletagebau einschließlich einer darauf bezogenen Klagemöglichkeit Betroffener künftig – anders als in der Vergangenheit – bei der Tagebau-Genehmigung ansetzen und nicht erst bei der Enteignung. Das entspricht der Praxis bei allen anderen Großprojekten; das Bergrecht hatte hier bis dato eine Sonderrolle.

### **2.3 Verneinung der Gemeinwohlverträglichkeit neuer Tagebaue auf der Grundlage (allein) des BVerfG-Urteils**

Mit dem BVerfG-Urteil zu Garzweiler II ist klar ausgesprochen, dass nicht erst die Enteignung, sogar schon die Betriebsplanzulassung für einen Braunkohletagebau nur erfolgen kann, wenn das Projekt gemeinwohlverträglich im Sinne von Art. 14 Abs. 3 GG ist, wobei der Gesetzgeber diese Entscheidung allerdings jenseits dessen, dass er selbst die Gemeinwohldienlichkeit festlegen muss, weitestgehend in der Hand zu haben scheint. Damit entsteht anders als für den in den 1980er Jahren projektierten Tagebau Garzweiler II für neue Tagebaue z.B. in der Lausitz die

Frage, ob diese vor dem Hintergrund der heutigen Klimadebatte noch als gemeinwohlverträglich gelten können.<sup>13</sup>

Maßgeblich ist insoweit, folgt man dem BVerfG, wegen der Entscheidungsbefugnis des Gesetzgebers das, was der Gesetzgeber als gemeinwohlverträglich vorgegeben hat. Mit diesem Ausgangspunkt kommt eine Vielzahl gesetzlicher und Regierungsprogrammatischer Regelungen seit den 1990er Jahren in den Blick, die den Klimaschutz und den Übergang zu erneuerbaren Energien zum Gegenstand haben. Beginnend mit dem Staatsziel Umweltschutz in Art. 20a GG und in Art. 191 des Vertrags über die Arbeitsweise der Europäischen Union (AEUV), fortgesetzt über die Zielbestimmung diverser Gesetze wie insbesondere des § 1 EEG und zahlreicher Regierungsprogramme<sup>14</sup> hat der Gesetzgeber den Klimaschutz und damit der Sache nach – wie im einleitenden Abschnitt 1 oben dargelegt – das Gegenteil der Kohlenutzung zu seinem Ziel erklärt. Dies rekapituliert die seit etwa 20-25 Jahren intensive wissenschaftliche und gesellschaftliche Klimadebatte, kulminierend in den seitdem erschienenen fünf Sachstandsberichten des Weltklimarates (IPCC). Diese gab es in den 1980er Jahren jenseits wissenschaftlicher, politisch unbeachteter Einzelmeinungen nicht. Damit kann überzeugend dargetan werden, dass der Gesetzgeber heute ein gewandeltes Gemeinwohlkonzept als zu Zeiten der Planung von Garzweiler II vertritt und damit ein Braunkohletagebau heute nicht mehr als gemeinwohlverträglich zugelassen werden kann.

Zwar steht die Zulässigkeit von Enteignungen (und damit mittelbar von Tagebauen) zu Zwecken der Rohstoffversorgung immer noch in der ja ebenfalls vom Gesetzgeber geschaffenen bzw. in den letzten Jahrzehnten nicht veränderten – und damit aufrechterhaltenen – § 79 Abs. 1 BBergG. Jedoch kann angesichts des Wachstums der erneuerbaren Energien und der diesbezüglichen politischen Ziele, dargelegt etwa in § 1 EEG, heute wohl kaum noch vertreten werden, dass zu Zwecken der Rohstoffversorgung gerade Braunkohlevorkommen gesichert und genutzt werden müssen. Damit gewinnt, wenn man die verschiedenen Rechtsnormen systematisch aufeinander bezieht, also wechselseitig im Lichte der jeweils anderen Normen auslegt, orientiert etwa an § 1 EEG eine andere Bedeutung des § 79 Abs. 1 BBergG als in vergangener Zeit: Das Gemeinwohl erfordert auch heute noch eine Rohstoffversorgung, aber eben nicht mit Braunkohle.

Allerdings ist nicht gänzlich ausgeschlossen, dass das BVerfG auf solche Darlegungen (wie kritikwürdig auch immer) entgegnen würde, dass der Gesetzgeber

---

<sup>13</sup> Explizit dagegen Ziehm, Neue Braunkohletagebaue und Verfassungsrecht, 2014, S. 7 ff.; offen bei Frenz, NVwZ 2014, 194 (196); zum Garzweiler-Urteil ferner Kühne, NVwZ 2014, 321 ff.; Stevens, DVBl 2014, 349 ff.

<sup>14</sup> Eine teilweise Zusammenstellung dazu einschließlich der Fundstellen bietet Ziehm, Braunkohletagebaue, S. 7 ff.

gleichwohl nirgends einen klaren Kohleausstieg projiziert habe und damit Braunkohletagebaue eben doch nicht gemeinwohlwidrig seien, vielmehr die Kohlenutzung fortwährend als (wenn auch vermeintliche, siehe Abschnitt 1) Brückentechnologie in der deutschen und europäischen Regierungsprogrammatis weiterexistiere und der Gesetzgeber keinerlei Anstalten zu ihrem Verbot unternommen hat. Dies führt dann zwar zu einem programmatischen Widerspruch zu den Zielstellungen bezüglich Klimaschutz und erneuerbaren Energien. Doch der Gesetzgeber darf durchaus unterschiedliche und schlimmstenfalls widersprüchliche Ziele gleichzeitig zu verfolgen versuchen, mit der Konsequenz von ggf. deutlichen Abstrichen bei jedem einzelnen der verfolgten Ziele.

Jedoch sprechen zwei Argumente dagegen, die weitere gesetzgeberische Hin- nahme der Kohlenutzung als Argument für die Gemeinwohlverträglichkeit neuer Tagebaue zu interpretieren.

- Erstens gibt es sehr wohl gesetzgeberische Schritte in Richtung eines Kohleausstiegs vom (wenngleich bisher deutlich suboptimal ausgestalteten) EU-Emissionshandel über das Auslaufen der (Stein-)Kohlesubventionen bis zur Energiebesteuerung, die allerdings jenseits landesrechtlicher Gebüh- rentatbestände nicht schwerpunktmäßig auf die Kohle fokussiert ist.
- Zweitens legt ein spezieller, bisher nicht erwähnter Gedanke aus dem Garzweiler-II-Urteil Zweifel nahe, ob – auf Jahrzehnte angelegte – Braun- kohletagebaue heute noch gemeinwohlverträglich sein können. In dem Urteil heißt es: „Sofern die Enteignung zugunsten Privater (also z.B. von Braunkohleunternehmen, Anm. von F.E.) vorgesehen ist, hat das Gesetz zusätzliche Vorkehrungen für die dauerhafte Gemeinwohlsicherung des enteigneten Gutes vorzusehen.“<sup>15</sup> Das BVerfG macht damit deutlich, dass eine Enteignung zugunsten Privater – wie es bei Tagebauen der Fall ist – statt zugunsten des Staates wie etwa bei Deichen gesteigerten Anforder- ungen unterliegt. Und die geforderte „dauerhafte Gemeinwohlsicherung“ kann bei Braunkohletagebauen so wohl kaum erbracht werden. Denn es ist aufgrund des fortschreitenden Klimawandels und der fortschreitenden Klimadebatte nicht unwahrscheinlich, dass über eine schrittweise anzie- hende Energiepolitik die Kohle zunehmend aus dem Markt gedrängt wird.

Somit sprechen gute Argumente gegen eine Gemeinwohlverträglichkeit neuer Braunkohletagebaue und damit gegen deren Genehmigungsfähigkeit und Rech- fertigungstauglichkeit für Enteignungen. Die folgenden Abschnitte erörtern wie angekündigt verstärkende verfassungs- und unionsrechtliche Argumente.

---

<sup>15</sup> Vgl. BVerfG, Garzweiler II, Rn. 166 und 179.

### **3. Weitere Gemeinwohlkonkretisierung durch den Umweltgrundrechts- und Abwägungsbezug**

Die Analyse des Abschnitts 2 hat die Gemeinwohlwidrigkeit neuer Tagebaue bereits nach der immanenten Logik des Garzweiler-II-Urteils dargelegt. Unwägbarkeiten resultieren dabei aus der Vielfältigkeit gesetzgeberischer Äußerungen sowie daraus, dass der Gesetzgeber theoretisch seine Ziele – und damit im Verständnis des BVerfG das Gemeinwohl – jederzeit weiter darlegen könnte. Im vorliegenden Abschnitt wird deshalb die Analyse dahingehend erweitert, dass aufgezeigt wird, wo die Grenzen der gesetzgeberischen Freiheit bei der Gemeinwohlbestimmung liegen. Sind nämlich diese Grenzen durch Braunkohletagebaue respektive die Kohlenutzung im Ganzen verletzt, ist dem Gesetzgeber die Möglichkeit genommen, Tagebaue als gemeinwohlförderlich anzusehen. Die Argumentation nutzt dabei einerseits Gedanken aus der gängigen, in Deutschland vom BVerfG geprägten Verfassungsinterpretationspraxis, versucht diese aber stärker zu strukturieren und teilweise auch kritisch weiterzuentwickeln.<sup>16</sup> Dabei spielt auch der Bezug zum Grundrecht auf Leben und Gesundheit eine Rolle. Dies kann die Gründe konkretisieren, unter denen Enteignungen gemeinwohlverträglich sind oder eben gerade nicht, und es kann auch ansonsten die einzuhaltenden Abwägungsregeln beim Gewichten der unterschiedlichen betroffenen Belange in den jeweils vorzunehmenden Abwägungen der Entscheidungsstufen (etwa hinsichtlich der korrekten Ermittlung der Tatsachenbasis einer Entscheidung) deutlicher sichtbar werden lassen, an deren Nichteinhaltung dann Braunkohletagebaue scheitern können.

#### **3.1 Gemeinwohlkonkretisierung durch das Recht auf Leben, Gesundheit und Existenzminimum gegen den Klimawandel**

Das BVerfG erkennt zwar die fast völlige Vagheit der Interpretation des Gemeinwohlbegriffs, welchen traditionell jeder – besonders gerne autoritäre Regime – für die jeweils eigenen politischen Ziele nachdrücklich in Anspruch nimmt. Es zieht dann aber die wenig überzeugende und deshalb andernorts bereits näher

---

<sup>16</sup> Überraschend am Garzweiler-II-Urteil ist neben den im Fließtext ausführlicher erörterten Gesichtspunkten, dass das BVerfG dem Recht auf Freizügigkeit (Art. 11 GG) keinerlei Bedeutung beimisst, wenn jemand durch einen Tagebau seine jahrzehntelang angestammte Heimat verliert, sondern dies als rein wirtschaftliches Problem der Eigentumsfreiheit einordnet. Dabei beschränkt das Gericht den Schutzbereich des Art. 11 GG auf Wohnorte, an denen ein Wohnen erlaubt ist, statt einen Grundrechtseingriff zuzugeben und diesen dann auf seine Rechtfertigung anhand verfassungsimmanenter Schranken wie dem Schutzgut Energieversorgung zu prüfen. Vom Wortlaut der Art. 11 und 14 GG erscheint es wenig naheliegend, den Schutz des Wohnens allein dem Art. 14 GG unterfallen zu lassen.

kritisierte<sup>17</sup> Schlussfolgerung, dass der Gesetzgeber jedes beliebige Gemeinwohl festsetzen darf, solange die Verfassung ein Ziel nicht ausdrücklich verbietet. Solche explizite Verbote gibt es jenseits des gemäß Art. 26 GG verbotenen Angriffskriegs kaum. Damit läuft auch der Hinweis des BVerfG weitgehend leer, dass z.B. Enteignungen zugunsten Privater – wie bei Braunkohletagebauen – durch Gemeinwohlziele von besonderem Gewicht gedeckt sein müssten. Denn wenn etwas inhaltlich beliebig ist, lässt sich auch nicht sagen, wie ein inhaltlich Beliebiges von besonderem Gewicht aussehen könnte, weil bei Beliebigkeit schlicht der Maßstab fehlt, um ein „Gewicht“, zumal noch ein „besonderes“, zu ermitteln. Will man trotzdem eine völlig formelhafte Prüfung und Einschränkung von Grundrechten als den Höchstwerten einer liberal-demokratischen Verfassung aus beliebigem Anlass vermeiden, dann sollte anhand der Verfassung bestimmt werden, welche Interessen anzuerkennen sind und Grundrechtseingriffe rechtfertigen können. Und auch der Rang jener Belange kann verfassungsinterpretativ durchaus aufgeklärt werden, so dass die Angemessenheit von Eingriffen trotz aller anzuerkennenden demokratischen Spielräume nicht völlig beliebig bleibt.

Das BVerfG übergeht insbesondere, dass das Grundrecht auf Leben, Gesundheit und ein Existenzminimum aus Art. 2 GG gemeinsam mit europa- und völkerrechtlichen Menschenrechtsstandards verfassungsrechtliche Präzisierungen hinsichtlich des denkbaren Gemeinwohls statuiert und damit – mit Folgen eben auch für die Zulässigkeit der Kohlenutzung – hohe Hürden für ein „Weiter so“ bei klimaschädlichen Handlungen aufrichtet. Fördert der Staat den Klimawandel, indem er anhaltend auf die fossilen Brennstoffe wie Kohle bei Strom, Gas und Treibstoffen setzt, droht er nach natur- und wirtschaftswissenschaftlichem Kenntnisstand eine globale Katastrophe mit zu verursachen. Denn eine globale Erwärmung könnte vermehrt Naturkatastrophen auslösen, Nahrungs- und Wasserversorgung in Teilen der Welt prekär werden lassen, damit Migrationsströme, Kriege und Bürgerkriege wahrscheinlicher machen und mit alledem auch flagrante ökonomische Schäden anrichten. Dies ist dann jedoch nicht einfach eine Frage beliebiger gesetzgeberischer Zwecksetzungen und Abwägungsspielräume, wie es der Hinweis des BVerfG auf das vage Umweltstaatsziel in Art. 20a GG nahe legt. Vielmehr muss der Schutz vor einem verheerenden Klimawandel für Menschen hierzulande

---

<sup>17</sup> Hierzu und zum Folgenden m.w.N. Ekardt, Theorie, § 4 F. I. (dort auch zur autoritären, teilweise gar totalitären Rechtsgeschichte des Begriffs Gemeinwohl); vgl. demgegenüber für Versuche, den Begriff als (nicht inhaltlich gefüllte) Formel für nötige Abwägungen und Verfahrensschritte – die Sichtweise des BVerfG im Voraus adaptierend – beizubehalten: Häberle, Öffentliches Interesse als juristisches Problem, 1970; Uerpmann, Das öffentliche Interesse, 1999.

wie auch jenseits der Grenzen verfassungsinterpretativ Priorität haben, wie nachstehend kurz in Wiederholung andernorts sehr ausführlich angestellter Analysen<sup>18</sup> darzulegen ist.

Wie eingangs im Abschnitt 1 dargelegt, hat die deutsche Klimapolitik im Ganzen betrachtet bisher erhebliche Wirksamkeitsdefizite. Dies wirft die Frage auf, ob eine solche nationale Klimapolitik der Stagnation und partiellen (u.U. einschneidenden) Verschlechterung mit dem Grundrecht auf Leben, Gesundheit und Existenzminimum vereinbar ist und ob der Gesetzgeber verfassungsrechtlich verpflichtet ist, damit die grundsätzliche Begrenzungsintention des EEG 2014 fallen zu lassen. Die nationale und transnationale Rechtsprechung hat sich trotzdem insgesamt bisher wenig mit Schutzgrundrechten im Allgemeinen und „Umweltgrundrechten“ im Besonderen befasst bzw. hat hieran oftmals wenig Interesse gezeigt. Trotzdem – oder vielmehr gerade deshalb – sind die ungelösten abstrakten Grundrechtsfragen, die durch den Klimawandel zu konkreten politischen Fragen werden, drängend. Die insgesamt die Klimapolitik dominierende Annahme, das Ausmaß des Klimaschutzes stehe im völligen Belieben der Nationalstaaten, erweist sich insoweit als unzutreffend. Im Einzelnen kann zum (deutschen, europäischen und internationalen) Grund- bzw. Menschenrechtsschutz als andernorts näher dargelegtes Ergebnis rekapituliert werden:

1. Menschenrechte schützen nicht nur die Freiheit (der Wirtschaft, der Konsumenten usw.), sondern ebenso auch die elementaren Freiheitsvoraussetzungen wie die Existenz eines stabilen Globalklimas und einen basalen Energiezugang für alle, und zwar dauerhaft und global. Denn die elementaren Freiheitsvoraussetzungen sind in der Freiheit logisch mitgedacht und im Falle des Art. 2 Abs. 2 GG auch explizit normiert.
2. Und nicht nur Menschen hier und heute, sondern auch Menschen in Zukunft und in anderen Erdteilen stehen unter dem Schutz der Menschenrechte gegenüber unserem heutigen Verhalten, mit dem wir ihnen künftig und/ oder andernorts die Ausübung ihrer Rechte unmöglich zu machen drohen. Denn die Menschenrechtsträgerschaft ist nicht lokal begrenzt, sondern greift dem Sinn von Menschenrechten folgend immer dort, wo die Gefährdung droht.

---

<sup>18</sup> Vgl. für den gesamten Abschnitt 3.1 die Fundstellen in Fn. 1 und 2; dort auch zu der Frage, ob das genannte Grundrecht allein aus Art. 2 Abs. 2 GG oder erst in Verbindung mit Art. 2 Abs. 1 GG (oder noch anders) herzuleiten ist. Dort auch ausführlicher dazu, warum die grundrechtliche Herleitung mehr Verbindlichkeit und Konkretetheit ergibt als der Hinweis auf das Staatsziel Umweltschutz in Art. 20a GG. Zum Ganzen in Kurzform auch Ekardt, NVwZ 2013, 1105 ff.

3. Menschenrechte schützen nicht nur gegen den Staat, sondern verpflichten die Staaten auch zum Schutz. Nicht nur der Staat, sondern auch die Mitbürger sind eine Gefahr für die Menschenrechte, wie die parallele Erwähnung von „Achten“ und „Schützen“ in einer Norm wie Art. 1 Abs. 1 S. 2 GG (die sich wegen Art. 1 Abs. 2 GG auf die Grundrechte insgesamt überträgt) und die Erwähnung von „Freiheit“ und „Rechten anderer“ in Art. 2 Abs. 1 GG zeigt. Also müssen die Staaten regulierend tätig werden. Auch ein sehr einschneidender Klimaschutz ist also (dauerhafter und globaler) Freiheitsschutz und keinesfalls in erster Linie „bevormundend“.
4. Schutzrechte im Umweltschutzkontext fallen auch nicht dadurch aus dem zulässigen Abwägungsmaterial (oder sogar der Schutzbereichsbeeinträchtigung) heraus, dass Schutzrechte häufig bloße Grundrechtsgefährdungen betreffen; denn sonst würden die Grundrechte wegen Hinnahme irreversibler Gefährdungen in bestimmten Konstellationen leerlaufen.
5. Bei der Abwägung kollidierender Belange wie des Rechts auf Leben, Gesundheit und Existenzminimum (wie gesehen auch künftiger Generationen) einerseits und der wirtschaftlichen Freiheit – z.B. der Tagebaubetreiber – andererseits hat das jeweilige Parlament durchaus Spielräume. Soweit in diesen Abwägungen nämlich aus den kollidierenden Belangen unterschiedliche Abwägungsergebnisse herleitbar sind (oder verschiedene Tatsachenbefunde oder verschiedene Norminterpretationen vertretbar sind), ist die demokratisch besser legitimierte Institution – also ein Parlament eher als die Exekutive und die Exekutive eher als ein Gericht – zur Füllung dieser Spielräume befugt, weil dies die freiheitsfreundlichere Regelung sein dürfte (denn ein Parlament kann durch Abwahl kontrolliert werden, ein Gericht dagegen nicht). Es sind deshalb von Verfassungsgerichten nach Feststellung einer Beeinträchtigung des Schutzbereichs formelle und materielle Abwägungsregeln auf ihre Einhaltung zu prüfen, nicht aber selbst innerhalb (!) des verbleibenden Spielraums eine politische Entscheidung zu treffen. Welche Abwägungsregeln im Einzelnen gelten – und eben gerade einen erheblichen Entscheidungsspielraum zurücklassen –, lässt sich im Kern bereits aus den Freiheitsrechten selbst ableiten, und zwar für „wirtschaftliche Abwehrrechte“ und „ökologische Schutzrechte“ gleichermaßen.
6. Dies zeigt sich zunächst für die Grundregel von Abwägungen, die in der gewohnten Rechtsprechung-Begrifflichkeit der Abwägung als Verhältnismäßigkeitsprüfung meist unter der Überschrift „legitimer Zweck des Grundrechtseingriffs“ thematisiert wird: dass das Abwägungsmaterial vollständig sein muss und keine unzulässigen Belange enthalten darf. Wenn

die erneut a.a.O. näher begründete und oben kurz wiedergegebene Vermutung zutrifft, dass die Selbstbestimmung respektive die neu interpretierte Freiheit – und alles, was daraus folgt an grundrechtlichen elementaren Freiheitsvoraussetzungen sowie weiteren objektiv-rechtlichen freiheitsförderlichen Bedingungen (z.B. der Schutz der Biodiversität und letzten Endes die gesamte Rechtsordnung) – der einzige mögliche Regelungsgegenstand staatlichen Handelns ist, vermeidet man die Diffusität der Bestimmung des „Gemeinwohls“ – etwa bei Art. 14 Abs. 3 GG – sogar gänzlich. Geht man nicht so weit, dann helfen zumindest die folgenden Abwägungsregeln einzugrenzen, wann jedenfalls kein Gemeinwohl mehr vorliegt. Genau darum geht es vorliegend für Tagebaue.

7. Die Angemessenheit als ein Schritt im Rahmen der traditionellen Verhältnismäßigkeits- respektive Abwägungsprüfung für Grundrechtseingriffe<sup>19</sup> kann ferner als Dach über eine Reihe weiterer Abwägungsregeln begriffen werden, die ebenfalls aus dem Freiheitsprinzip folgen und im Fließtext sogleich folgen. Eine Regel davon lautet, dass nicht ein Belang evident zu einseitig zugunsten anderer Belange zurückgestellt werden darf; auch dies folgt wieder aus dem Gedanken, dass die Freiheit insgesamt maximiert werden soll. Wobei selbst bei relativ weitgehendem Klimaschutz, Lärmschutz usw. (den es bisher wie einleitend festgestellt nur bedingt gibt) immer noch Todesfälle und Gesundheitsschäden auftreten werden.<sup>20</sup> Das elementare Freiheitsvoraussetzungsrecht auf das Existenzminimum beispielsweise gegen die Folgen des Klimawandels (der hier und heute Lebenden, aber auch intergenerationell und global) darf, da Freiheit ohne diese physische Grundlage witzlos wird und ohne diese Grundlage die liberale Demokratie nicht bestehen kann, allenfalls in Randbereichen in der Abwägung mit der Wirtschafts- und Konsumfreiheit der hier und heute Lebenden zurückgestellt werden. Und insbesondere verletzt es die äußeren Grenzen möglicher politischer Abwägungsspielräume, das System der Freiheit selbst durch die drohende Herbeiführung einer Welt ständiger Kriege und Bürgerkriege aufgrund klimawandelbedingt schwindender Nahrungs- und Wasserversorgung selbst zum Einsturz zu bringen. Damit ergibt sich insoweit gerade ohne Abwägungsspielraum eine grundrechtliche Verpflichtung auf einschneidende klimapolitische Maßnahmen und damit auf

---

<sup>19</sup> Ferner folgen die bekannten Abwägungsregeln der Verhältnismäßigkeitsprüfung, die Geeignetheit und Erforderlichkeit einer Freiheitsverkürzung zugunsten der Belange anderer Beteiligter, unmittelbar aus der grundrechtlichen Freiheit: Es darf eben nicht dem einen etwas an Freiheit genommen werden, was gar keinem anderen Freiheitsträger zugutekommt.

<sup>20</sup> Dennoch könnte z.B. – um ein Beispiel auch jenseits des Klimaschutzes anzubieten – der Lärm- und Feinstaubschutz bisher zu gering ausgefallen sein; vgl. dazu etwa Ekardt, FluglärmG, Nomos Deutsches Bundesrecht, 2010, § 1 Rn. 6 ff.

ein Ende der Übernutzung der Atmosphäre – global, europäisch und national.<sup>21</sup>

8. Verbleibende Abwägungsspielräume betreffen die Auswahl der konkreten Instrumente und das genaue Ausmaß der Klimapolitik. Jedoch liegen die bisherigen unzureichenden Klimaschutzziele außerhalb des gegebenen (generell eher großen) politischen Spielraums, da das aufgezeigte gebotene Mindestmaß mit der in Abschnitt 1 kurz skizzierten latenten Hin- nahme des Klimawandels verfehlt wird. Vielmehr generiert hier der inter- generationelle und globale Grundrechtsschutz eine Verpflichtung zur ra- schen und massiven Reduzierung der Emissionen.
9. Auch die grundrechtliche Eigentumsfreiheit direkt bezogen auf die Klima- wandelfolgen unterstreicht die Verpflichtung zum Klimaschutz. Denn nicht nur Leben, Gesundheit und Existenzminimum, sondern auch Eigentumsgü- ter wie beispielsweise Häuser oder Unternehmen drohen durch einen vo- ranschreitenden Klimawandel mit vermehrten Naturkatastrophen (nicht zu reden von möglicherweise drohenden vermehrten Kriegen und Bürger- kriegen) massiv gefährdet zu werden.
10. Diese Einsichten werden nicht durch bestimmte verbreitete – ebenfalls a.a.O. analysierte – Einwände gegen die Anerkennung von Rechten auf ak- tives Tätigwerden der öffentlichen Gewalt (sei es des Staates, sei es auf transnationaler Ebene) gegenstandslos, vielmehr trägt die vorstehende Ar- gumentation diesen Einwänden, soweit sie denn berechtigt wären, gerade Rechnung. Das Gesagte schränkt weder demokratische Spielräume mehr ein, als es dies umgekehrt bei den (z.B. wirtschaftlichen) Abwehrgrund- rechten tut, noch ermöglicht es einem Gericht, den gewählten Parlamen- ten „genau eine“ Handlung vorzugeben. Auch wird kein Vorrang der klas- sischen Freiheit, „in Ruhe gelassen zu werden“, vor einem Recht auf Schutz der elementaren Lebens- bzw. Freiheitsvoraussetzungen verkannt; denn einen solchen Vorrang gibt es nicht. Ebenso wird kein „fehlender Bezug zum Einzelnen“ verkannt; denn es gibt gerade keine Regel, dass Men- schenrechte nur dann geltend gemacht werden können, wenn lediglich Einzelne und nicht viele oder gar alle Menschen betroffen sind. Auch der Hinweis, die bisherige nationale und transnationale Klimapolitik sei doch sehr umfangreich, verfängt nicht, da sie eben gleichwohl dem Ausmaß der Klimaproblematik nicht hinreichend adäquat ist. Auch können die Träger

---

<sup>21</sup> Für die am soeben angegebenen Ort diskutierte Frage, welche Rolle bei alledem eine stärkere Angleichung von Emissionen verschiedener Menschen sowie das Problem der sogenannten his- torischen Emissionen spielen müsste, wird auf die Fundstelle in der vorletzten Fn. verwiesen.

der Menschenrechte nicht darauf verwiesen werden, man werde (a) künftig sicherlich ambitioniertere Klimaschutzverträge abschließen, und (b) ein rein nationales oder europäisches Vorgehen könne das globale Klimaproblem nicht lösen. Denn (a) erscheint – wie seit Jahren mehr als offensichtlich – nicht hinreichend wahrscheinlich, um ein weiteres Abwarten zu rechtfertigen, und (b) ist unzutreffend, da die Möglichkeit verkannt wird, eine anspruchsvolle deutsche oder europäische Klimapolitik sukzessive global zu verbreiten.

11. Ebenso kann die Argumentation nicht dadurch relativiert werden, dass die nationalen Grundrechte durch EU-Recht überlagert seien und der EU-Gesetzgeber die Kohlenutzung nun einmal solange zulasse, wie der Emissionshandel die Kohle nicht vollständig aus dem Markt dränge. Denn die vorstehenden Argumente betreffen strukturell das nationale und europäische Verfassungs- bzw. Primärrecht gleichermaßen, setzen also der politischen Gestaltungsfreiheit beim Emissionshandel Grenzen.

Damit gebietet das Grundrecht auf Leben, Gesundheit und Existenzminimum einen wirksameren Klimaschutz. Aufgrund der Klimaschädlichkeit und netztechnischen Unverträglichkeit der Kohleverstromung, wie sie in Abschnitt 1 kurz dargelegt wurden, ist die Verpflichtung zu einem wirksameren Klimaschutz unverträglich mit dem weiteren Ausbau der Kohlenutzung durch Aufschluss neuer Tagebaue. Ein verfassungsrechtlich somit unzulässiger Vorgang kann jedoch nicht dem Gemeinwohl im Sinne des Art. 14 Abs. 3 GG dienen. Die Voraussetzungen für eine Enteignung zugunsten von Tagebauen liegen deshalb auch aus den im vorliegenden Abschnitt genannten Gründen – und nicht nur aufgrund der Erwägungen aus Abschnitt 2 zur Garzweiler-II-Judikatur des BVerfG – nicht vor. Gerichte, die mit Klagen gegen Braunkohletagebaue befasst werden, müssen somit die Einhaltung dieser Grenzen von Gesetzgebern und Behörden einfordern und gegenteilige Entscheidungen wie etwa Zulassungen für Braunkohletagebaue für unzulässig erklären.

### **3.2 Tatsachenerhebungsregeln**

Eine weitere Abwägungsregel ergibt sich aus sämtlichen Grundrechten und auch aus der Eigentumsgarantie, weswegen sie auch bezogen auf Enteignungen nach Art. 14 Abs. 3 GG einzuhalten ist. Die betreffende Abwägungsregel lautet, dass die der Abwägung als Subsumtionsmaterial zugrunde liegenden Tatsachenannah-

men stimmen müssen, wobei die Judikatur damit bisher sehr unterschiedlich verfährt.<sup>22</sup> Klare Tatsachen muss auch ein demokratischer Gesetzgeber als solche seinen Entscheidungen zugrunde legen und kann diese nicht durch beliebige fiktive Gegenannahmen ohne wissenschaftliche Grundlage ersetzen. Denn gerade von den Grundrechten bliebe nichts übrig, wenn man dem Gesetzgeber nicht nur – zwangsläufig – in Zweifelsfällen, sondern generell erlauben würde, sich die Tatsachen nach eigenem Mutwillen zurechtzulegen. Die jeweilige Entscheidung muss also beispielsweise die neueste Klimaforschung zugrunde legen, wenn sie wissen will, welche Gefahren der Freiheit künftiger Generationen drohen.

Wesentlich ist dabei, dass Tatsachen zwar Subsumtionsmaterial sind, um den Grad der Beeinträchtigung eines Belangs festzustellen, dass aber Tatsachenaussagen als solche nichts Normatives sind: Aus der faktischen Gefährlichkeit des Klimawandels folgt logisch erst einmal nicht, inwieweit etwa der Klimawandel verhindert werden muss. Die Entscheidung innerhalb des Rahmens (!) der Abwägungsregeln bleibt also stets eine politisch-demokratische und keine naturwissenschaftliche Entscheidung; deswegen ist z.B. auch das Vorliegen eines Klimawandels und seine möglichen Folgen eine Frage für naturwissenschaftliche Gutachter, die Zumutbarkeit respektive rechtliche Akzeptabilität des Klimawandels dagegen nicht, auch wenn dies im Umweltschutz oft vermengt wird.<sup>23</sup> Bei unsicheren Tatsachenlagen wie dem Klimawandel besteht unter Vorsorgegesichtspunkten eine Pflicht, vorläufige Entscheidungen zu treffen und diese später zu überprüfen. Solche Beobachtungs- und Nachbesserungspflichten sind seit langem aus der Judikatur geläufig, jedenfalls im Grundsatz.<sup>24</sup>

Bezogen auf die Zulassung von Braunkohletagebauen, wie sie aktuell etwa in der Lausitz geplant ist, stehen verschiedene unzutreffende Tatsachenannahmen der Bundes- und Landesgesetzgeber sowie der Behörden im Raum. Auch diese Fehler führen dazu, da eine korrekte Tatsachenerhebung wie erwähnt ein Bestandteil des Abwägungsregulariums ist, dass mit Braunkohletagebauen befasste Gerichte eine Korrektur legislatorischer und administrativer Entscheidungen einfordern

---

<sup>22</sup> Zu den Tatsachenerhebungsregeln m.w.N. insbesondere auch zur Judikatur Ekardt, Theorie § 5 C. II. 2.; Ekardt, in: Keil/ Poscher, Unschärfe Grenzen im Umwelt- und Technikrecht, 2012, S. 79 ff.; dort auch zur Einordnung in der gängigen Dogmatik als Unteraspekt der Geeignetheits-, Erforderlichkeits- und Angemessenheitsregel.

<sup>23</sup> Aus Sein/ Fakten folgt nie Sollen/ Normen; näher m.w.N. Ekardt, Theorie, §§ 1 D., 5 B.-C.

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

müssen, denen die unzutreffenden Annahmen hinsichtlich der Gemeinwohlbe-  
gründung zugrunde liegen:

- Die Vorstellung, eine weitere Kohlenutzung sei mit dem Klimaschutz kom-  
patibel, wird regelmäßig auf zu wenig anspruchsvollen Zielstellungen in  
puncto Klimaschutz beruhen, verglichen mit der in Abschnitt 1 dargelegten  
Sachlage.
- Die Vorstellung, Braunkohle sei volkswirtschaftlich empfehlenswert, impli-  
ziert eine ökonomische Kosten-Nutzen-Analyse, bei der zugunsten der  
Braunkohle ein günstiges Verhältnis von volkswirtschaftlichen (!) Kosten  
und Nutzen vorliegt. Selbst wenn man allein marktfähige Güter für diese  
ökonomische Bewertung abbildet (und nicht auch ideelle Güter wie durch  
den Klimawandel verlorene Lebensjahre zu monetarisieren versucht, was  
man aus einer Reihe von insbesondere rechtlichen Gründen nicht tun  
sollte<sup>25</sup>), sind kurzfristig geringfügig günstigere Strompreise wohl kaum ge-  
eignet, die drohenden drastischen klimawandelbedingten ökonomischen  
(!) Schäden zu überwiegen, so wie insgesamt die Kosten einer wirksamen  
Klimapolitik vom Mainstream der Klimaökonomik mit rund einem Fünftel  
(!) der Klimaschäden veranschlagt werden.<sup>26</sup>
- Deutliche Zweifel bestehen insoweit auch, ob die Landesregierungen die  
Relevanz der Braunkohle für Arbeitsmarkt und Wirtschaftsstruktur adä-  
quat errechnen; denn selbst wenn die Kohlenutzung kurzfristig Arbeits-  
plätze erhalten mag, so wird sie doch langfristig aufgrund des heute ver-  
zögerten Strukturwandels selbst in diesen Bereichen wohl kaum positive  
Wirkungen auslösen. Sehr zweifelhaft ist im Rahmen des Art. 14 Abs. 3 GG  
nach dem Garzweiler-II-Urteil zudem, ob die Landesregierungen diesen As-  
pekt überhaupt in die Gemeinwohlbegründung einführen dürfen, hat doch  
das BVerfG betont, dass seines Erachtens primär die Notwendigkeiten der  
Rohstoffversorgung Enteignungen im Tagebaubereich zu rechtfertigen  
vermögen. Allgemeine Darlegungen dazu, dass die Braunkohle preiswert  
sei und noch lange zur Verfügung stehe, wie sie bisher etwa die branden-  
burgischen und sächsischen Regierungsdokumente prägen, sind damit un-  
vollständig und verfehlen den relevanten Gesichtspunkt.

---

<sup>25</sup> Näher (jeweils m.w.N.) dazu, dass ökonomische Bewertungen lediglich zur Erfassung markt-  
fähiger Güter taugen – und dies auch dann nur, wenn man darin lediglich einen Beitrag zur Tat-  
sachenerhebung innerhalb juristischer Abwägungen sieht – ein ausführlicher Projektbericht von  
Ekardt/ Hennig zur Biodiversitäts- und Klimapolitik für den Bundestag, der im Herbst 2014 als  
Buch erscheinen wird; siehe auch bisher schon Ekardt, Theorie, §§ 3 D., 5 C. III.

<sup>26</sup> Siehe statt vieler Stern, A Blueprint for a Safer Planet, 2009 und Stern, The Stern Report, 2007.

- Fehlerhaft in tatsachenbezogener Hinsicht (und damit erneut die Gemeinwohlbegründung ausschließend) ist ferner gemäß den Darlegungen in Abschnitt 1 die Vorstellung, die Braunkohle sei eine Brückentechnologie auf dem Weg zu mehr Klimaschutz. Die unheilbare Paradoxie regierungsseitiger Tatsachenannahmen verdeutlicht sich daran, dass etwa die brandenburgische Landesregierung genau den energiewendebedingten größeren Bedarf an flexiblen Kraftwerken (also nicht an Kohlekraftwerken) und die Notwendigkeit des Abbaus fossiler Kapazitäten ausdrücklich anerkennt<sup>27</sup>, dies dann jedoch offenbar bei ihren Tagebauplanungen aus den Augen verliert.
- Von vornherein unzulässig ist es ferner vom Verfahren der Tatsachenerhebung her, wenn z.B. Landesregierungen wie in Brandenburg und Sachsen sich seit längerem auf eine Fortführung des Braunkohletagebaus festgelegt haben und dies nun im Nachhinein durch weitere Gutachten als Tatsachengrundlage zu unterstützen versuchen.<sup>28</sup> Die Tatsachenerhebung hat vielmehr der politischen Entscheidung voranzugehen. Denn die Pflicht zur ordnungsgemäßen Tatsachenerhebung dient nicht der adäquaten Dekoration ohnehin feststehender Vorurteile, sondern der Bereitstellung einer sachlichen Grundlagen für Entscheidungen; dies wird jedoch per se verfehlt, wenn die Entscheidung ohnehin schon feststeht. Das zutreffende Gutachten ist dann zwar zu begrüßen, doch dem Erfordernis, sich zunächst zu informieren, dann zu wägen und zu entscheiden, kann durch nachträgliche Tatsachengenerierung nicht mehr Rechnung getragen werden.

### 3.3 Verursacherprinzip

Eine weitere Abwägungsregel, die ebenfalls unter der Überschrift der Angemessenheit geprüft werden kann, ist das Verursacherprinzip, das wiederum aus dem Freiheitsprinzip selbst folgt. Denn Freiheit muss ein Entstehen für vorhersehbare

---

<sup>27</sup> Siehe <http://www.mugv.brandenburg.de/cms/detail.php/bb1.c.295361.de> sowie von Hirschhausen et al., Gutachten im Auftrag des Ministeriums für Umwelt, Gesundheit und Verbraucherschutz des Landes Brandenburg „Zur energiepolitischen Notwendigkeit der Inanspruchnahme der im Teilfeld II des Tagebau Welzow-Süd lagernden Kohlevorräte unter besonderer Berücksichtigung der Zielfunktionen der Energiestrategie 2030 des Landes Brandenburg, [https://www.diw.de/documents/publikationen/73/diw\\_01.c.418082.de/diwkompakt\\_2013-071.pdf](https://www.diw.de/documents/publikationen/73/diw_01.c.418082.de/diwkompakt_2013-071.pdf).

<sup>28</sup> Siehe auch die Nachweise in der letzten Fn.

Folgen des eigenen Tuns einschließen.<sup>29</sup> Die negativen Folgen einer für den Handelnden ansonsten positiven Handlung (z.B. der billigen freien Fortbewegung heute) müssen zumindest grundsätzlich also den Handelnden treffen, und sei es nur im Wege der Kostenanlastung für ökologische Schäden. Auch ein Verstoß gegen das Verursacherprinzip stellt damit die Gemeinwohlbegründung (hier für Tagebaue) im Sinne des Art. 14 Abs. 3 GG infrage. Die Wahrung des Verursacherprinzips ist im Falle von Braunkohletagebauen in zweierlei Hinsicht mehr als fraglich:

- Bezogen auf den Klimawandel, zu dem die Kohlenutzung maßgeblich beiträgt, müssen gemäß dem Verursacherprinzip die Klimaschädiger für die von ihnen gesetzten Beeinträchtigungen einstehen oder an jenen Beeinträchtigungen gehindert werden. Das ist momentan trotz der Belastung der Kohlenutzung mit verschiedenen Abgaben sowie den (geringen) Emissionshandelskosten wohl kaum der Fall. Dabei ist auch zu bedenken, dass die bisherige Praxis verdrängt, dass die Klimapolitik auch den Freiheitsrechten künftiger Generationen sowie von Menschen in anderen Erdteilen genügen muss, die die Hauptopfer (aber nicht die Hauptverursacher) des Klimawandels sein werden und dennoch in klimapolitischen Entscheidungen bisher allenfalls am Rande vorkommen.
- Auch unabhängig von Klimaschäden fehlt es bisher an einer adäquaten Anlastung der Folgekosten des Braunkohlebergbaus bei den davon profitierenden Bergbau- bzw. Energieunternehmen, da eine Reihe von Ausgaben rund um die Tagebaue und ihre gesamtgesellschaftlichen Folgen staatlich aufgefangen werden. Dies kann auch nicht durch einen ansonsten bestehenden gesamtgesellschaftlichen Mehrnutzen der Kohlenutzung gerechtfertigt werden, da ein solcher Mehrnutzen – siehe den letzten Abschnitt zu diesbezüglichen fehlerhaften Berechnungen – so gerade nicht besteht.

### **3.4 Parlamentsvorbehalt**

Zu den einzuhaltenden verfassungsrechtlichen Abwägungsregeln bei gesetzgeberischen Entscheidungen, auch hier wieder mittelbar durchschlagend auf Verwaltungsentscheidungen, gehören auch formale Regeln wie die, dass wesentliche politische Entscheidung per Gesetz (also per Parlamentsgesetz oder Verordnung) getroffen werden müssen – und dass besonders wesentliche Entscheidungen al-

---

<sup>29</sup> Das Verursacherprinzip taucht z.B. in BVerfGE 115, 118 ff. durchaus auf; allerdings erscheint der Rückgriff auf diesen Topos stets leicht arbiträr und nicht systematisch hergeleitet.

lein per Parlamentsgesetz getroffen werden dürfen. Wie alle formalen Abwägungsregeln – oder, in gängiger juristischer Diktion, formale Rechtmäßigkeitsanforderungen – dienen auch dieser Gesetzesvorbehalt und Parlamentsvorbehalt mittelbar der grundrechtlichen Freiheitssicherung: Wichtige Entscheidungen werden einem durch Wahl und Abwahl kontrollierbaren und ergo demokratischen Organ überlassen.

Verblüffend am Garzweiler-II-Urteil ist, dass es dem BVerfG genügt, dass eine Landesregierung das Gemeinwohl lediglich in einem allgemeinen Zweck „Rohstoffversorgung“ in § 79 BBergG formuliert und sodann beispielsweise in energiepolitischen Leitlinien rein programmatischer (also nicht gesetzlicher) Natur weiter ausbuchstabiert. Parlamentsvorbehalt und Gesetzesvorbehalt werden also auf eine sehr vage Ausgangsentscheidung reduziert, wogegen das Gericht in der Vergangenheit nur bedingt bedeutsame Themen wie die Einführung des Sexualkundeunterrichts oder das religiöse Tragen von Kopftüchern dem Parlamentsvorbehalt zugeordnet und diesbezüglich eine genauere Regelung als in § 79 BBergG bereits im Parlamentsgesetz eingefordert hat.<sup>30</sup> Man gewinnt hier den Eindruck, dass den Karlsruher Richtern die Tragweite der Energie- und Klimapolitik nicht vollauf bewusst ist und die Entscheidung hier eher im Problemhorizont früherer Zeiten verbleibt. Zutreffend erscheint, dass so weitreichende Eingriffe wie die Erschließung von Braunkohletagebauen einer parlamentsgesetzlichen Grundlage bedürfen, die nicht so vage sein darf wie § 79 Abs. 1 BBergG. Auch dies spricht gegen die Verfassungskonformität weiterer Tagebaue und ihre Inanspruchnahme von Eigentum im Sinne des Art. 14 Abs. 3 GG.

---

<sup>30</sup> Siehe zu letzterem Fall das berühmte Urteil BVerfG, NJW 2003, 3111 ff.

## **4. EU-Wasserrecht als weitere Gemeinwohlkonkretisierung bezogen auf Braunkohletagebaue (und Genehmigungshindernis für Kraftwerke)**

Im vorliegenden Abschnitt wird, wie einleitend angekündigt, aufgezeigt, dass eine weitere Stärkung der Eigentumsgarantie in Klimaschutzbezogenen Kontexten durch Bezüge der Eigentumsgarantie zum EU-Recht entsteht, wobei diese Bezüge zugleich den Betrieb von Kohlekraftwerken als solchen – unabhängig von den Tagebauen – rechtlich vor schwer überwindliche Probleme stellt. Verstöße gegen höherrangiges Recht dienen jedenfalls nicht dem Gemeinwohl und verstoßen damit gegen Art. 14 Abs. 3 GG. Denn selbst wenn der Gesetzgeber das Gemeinwohl frei konkretisieren darf, so reicht diese Befugnis jedenfalls nur so weit, wie der Gesetzgeber nicht selbst in seinen Handlungen durch höherrangiges Recht determiniert ist.

Die nachstehende Argumentation differenziert sich in zwei Teile aus. Zum einen kann direkt die Zulassung von Tagebauen ein Problem mit dem EU-Wasserrecht herbeiführen, welches sodann (auch) die Gemeinwohlbegründung von Tagebauen im Wortsinne untergräbt. Zum anderen – dies wird nachstehend als erstes behandelt – können der Betrieb und die Neugenehmigung von Kohlekraftwerken aufgrund des EU-Wasserrechts massiv in Frage gestellt werden. Wenn aber keine Kohlekraftwerke betrieben werden dürfen, können auch Tagebaue nicht gemeinwohlerträglich sein, denn Tagebaue werden sinnlos, wenn man anschließend die Kohle nicht wie in allererster Linie gewünscht verstromen kann.

### **4.1 EU-Wasserrecht und Kohlekraftwerke**

Die Neuerrichtung von Kohlekraftwerken – oder die Ersetzung alter durch neue Anlagen – gerät aufgrund der ökologischen Nebenfolgen des Kraftwerksbetriebs im Zusammenhang mit der Rauchgaswäsche in Konflikt mit dem EU-Wasserrahmenrichtlinie (WRRL).<sup>31</sup> Diese schreiben ein strenges Verbesserungs-

---

<sup>31</sup> Vgl. zum Folgenden näher Ekardt/ Steffenhagen, NuR 2010, 705 ff.; Köck/ Möckel, NVwZ 2010, 1390 ff.; siehe ferner Laskowski, ZUR 2013, 131 ff.; a.A. Durner/ Trillmich, DVBl 2011, 517 ff.; zur Widerlegung von dessen EU-primärrechtlichen Bedenken aber Gellermann, NVwZ 2012, 850 ff.; im Überblick auch Reinhardt, NuR 2011, 833.

gebot und Verschlechterungsverbot für Gewässer mit bestimmten Zeithorizonten als Bewirtschaftungsziele<sup>32</sup> sowie zusätzlich spezifische Vorgaben und Grenzwerte für prioritäre gefährliche Stoffe vor, die um ein Vielfaches unterhalb der heute gängigen Gewässer-Konzentration liegen. In der Verwaltungspraxis dominiert bisher ein gewisser Unwillen, die Inkompatibilität einer anhaltend kohle-basierten Stromversorgung – sofern sich in der Rauchgaswäsche nicht deutliche technische Innovationen ergeben – mit den anspruchsvollen WRRL-Zielen zu registrieren und daraus die Konsequenzen zu ziehen.

Die genannten wasserrechtlichen Bewirtschaftungsziele werden durch Sonderregelungen für eine Liste prioritärer Stoffe, die ein erhebliches Risiko für die aquatische Umwelt darstellen, konkretisiert.<sup>33</sup> So lautet etwa die emissionsseitige Verpflichtung aus Art. 4 Abs. 1 a) iv) WRRL für prioritäre Stoffe, ihre Nutzung zu „beenden oder schrittweise einzustellen“. Ferner gibt es immissionsseitige Regelungen im Sinne von Umweltqualitätsnormen: Basierend auf Art. 16 Abs. 1, Abs. 2 WRRL werden durch die EU-Entscheidung Nr. 2455/2001/EG<sup>34</sup> und darauf aufbauend durch die EU-Umweltqualitätsnormen-Tochtrichtlinie<sup>35</sup> – nun umgesetzt in Deutschland auf Verordnungsebene – konkrete Umweltqualitätsnormen<sup>36</sup> in einer Liste von 33 zu vermeidenden oder zu reduzierenden Stoffen benannt. Hierdurch wird das Verbesserungsgebot relativ gut überprüfbar. Ein im Sinne des Verbesserungsgebots vorgeschriebener „guter chemischer Zustand“ ist im Sinne der Definition des Art. 2 Nr. 24 WRRL der chemische Zustand, den ein Oberflächenwasserkörper erzielt, in dem kein Schadstoff in einer höheren Konzentration als nach den Umweltqualitätsnormen vorkommt, die in Anhang IX und

---

<sup>32</sup> Näher zum Verschlechterungsverbot im Kontext von Wasserrecht und Kohlekraftwerken Ekardt/ Steffenhagen, NuR 2010, 705 ff.; ähnlich Köck/ Möckel, NVwZ 2010, 1390 ff.; allgemein auch Ekardt/ Weyland/ Schenderlein, NuR 2009, 388 ff.

<sup>33</sup> Hierzu und zum folgenden Ekardt/ Steffenhagen, NuR 2010, 705 ff.

<sup>34</sup> Entscheidung Nr. 2455/2001/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 20.11.2001 zur Festlegung der Liste prioritärer Stoffe im Bereich der Wasserpolitik und zur Änderung der Richtlinie 2000/60/EG, ABl. Nr. L 331, S. 1. Vgl. auch Epiney/ Felder, Überprüfung internationaler wasserwirtschaftlicher Übereinkommen im Hinblick auf die Implementierung der Wasserrahmenrichtlinie, UBA-Texte 17/02, Berlin 2002, S. 34; Ginzky, ZUR 2009, 242 (244 ff.).

<sup>35</sup> Richtlinie 2008/105/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 16.12.2008 über Umweltqualitätsnormen im Bereich der Wasserpolitik und zur Änderung und anschließenden Aufhebung der Richtlinien des Rates 82/176/EWG, 83/513/EWG, 84/156/EWG, 84/491/EWG und 86/280/EWG sowie zur Änderung der Richtlinie 2000/60/EG, ABl. Nr. L 348, S. 84.

<sup>36</sup> Verfehlt ist der Versuch bei Fritsch, BDEW, [http://www.tuev-nord.de/cps/rde/xbcr/SID-AF0C3400-AC278AF2/tng\\_de/Fritsch-Umweltqualitaetsstandards\\_fuer\\_Gewaesser.pdf](http://www.tuev-nord.de/cps/rde/xbcr/SID-AF0C3400-AC278AF2/tng_de/Fritsch-Umweltqualitaetsstandards_fuer_Gewaesser.pdf), zwischen Umweltqualitätszielen und Umweltqualitätsnormen zu differenzieren, da insoweit falsche Vorannahmen über das Verhältnis von naturwissenschaftlicher und sozialwissenschaftlicher (hier: normativer, und zwar rechtlicher) Erkenntnis gemacht werden; dazu näher Ekardt, Theorie, § 5 C. II. 2.

gemäß Art. 16 Abs. 7 WRRL oder in anderen EU-Vorschriften festgelegt sind. Dabei ist zu unterscheiden zwischen prioritären und prioritären gefährlichen Stoffen.<sup>37</sup>

Bedeutsam können die aufgezeigten Vorgaben insbesondere auch bei der Genehmigung von Kohlekraftwerken werden, da deren Betrieb hohe Quecksilberemissionen aus der Rauchgaswäsche involviert. Damit gerät der Kraftwerksbetrieb in ein schwer auflösbares Spannungsverhältnis zum EU-Wasserrecht, ist gemäß Art. 4 Abs. 1 a) iv) WRRL die Freisetzung prioritärer Stoffe doch schrittweise zu verringern, die Freisetzung prioritärer gefährlicher Stoffe wie Quecksilber schrittweise sogar ganz einzustellen. Jene Regelung ist – wie sich aus der systematischen Stellung der Norm ergibt – eine Konkretisierung des Verbesserungsgebots, zielt mit der Formulierung „schrittweise gänzlich einstellen“ also auf den allgemeinen Zeithorizont des Jahres 2015. Neben dieser emissionsseitigen – also tätigkeitsbezogenen – Aussage findet sich immissionsseitig die Vorgabe des Art. 16 Abs. 6 WRRL, wonach ohne näheren Zeitplan bis zum Jahr 2028 die Quecksilberbelastung komplett zurückgefahren sein muss (Phasing out).

Die Erteilung weiterer wasserrechtlicher Genehmigungen insbesondere für neue Kohlekraftwerke wäre jedoch paradox, wenn ein Kohlekraftwerk wegen der Phasing-Out-Verpflichtung für prioritäre gefährliche Stoffe in absehbarer Zeit dann nicht mehr weiterbetrieben werden könnte. Berücksichtigt werden muss auch der Grundgedanke des Art. 4 Abs. 8 WRRL, dass die Erreichung der Bewirtschaftungsziele nie „dauerhaft ausgeschlossen“ werden darf durch einzelne Maßnahmen. Insoweit muss gewürdigt werden, dass ein Kohlekraftwerk eine durchschnittliche Betriebsdauer von 40 Jahren hat, dass gegenwärtig nicht ersichtlich ist, wie ein Kohlekraftwerk ohne Quecksilberemissionen betrieben werden sollte und dass die deutschen Flüsse heute bereits weit über den vorgeschriebenen Grenzwerten liegen. Im Ergebnis stellt jede Quecksilberableitung eines Kohlekraftwerks eine nach der WRRL ab dem Jahr 2015, spätestens aber ab 2028 untersagte Gewässerverschlechterung dar.

Das denkbare Gegenargument, eine Abschaffung der Kohleverstromung qua EU-Wasserrecht könne doch nicht gewollt sein, wo doch schließlich das EU-Recht kein ganz explizites Verbot gerade des Betriebs von Kohlekraftwerken vorsehe, ändert wenig am klaren Wortlaut der dargelegten Wasserrechtsnormen, zumal das mediale Umweltrecht durchaus Anforderungen formulieren kann, die zu substantiellem technischem Wandel nötigen. Vor diesem Hintergrund bestehen, wie einleitend des Abschnitts 4 dargelegt, massive Zweifel an der Gemeinwohlbe-

---

<sup>37</sup> Siehe zur Stoffthematik aktuell und m.w.N. auch Laskowski, ZUR 2013, 131 (134 ff.) sowie zu den Einzelheiten schon Ekarde/ Steffenhagen, NuR 2010, 705 ff.

gründung weiterer Braunkohletagebaue, deren Zweck eine langfristige Fortsetzung der Kohleverstromung ist, obwohl diese wie soeben gesehen gerade nicht europarechtskonform ist.

#### **4.2 EU-Wasserrecht und Braunkohletagebaue**

Daneben bestehen erhebliche EU-wasserrechtliche Bedenken aus dem Verschlechterungsverbot und Verbesserungsgebot auch direkt gegen die Braunkohletagebaue selbst. Diese führen – neben Aspekten wie z.B. einer Verunreinigung der Spree in der Brandenburger Lausitz – zu einer langfristigen Beeinträchtigung des Grundwasserdargebots. §§ 47 Abs. 3, 31 Abs. 2 des Wasserhaushaltsgesetzes (WHG) sowie Art. 4 Abs. 7 WRRL stehen dem jedoch entgegen. Eine Ausnahmefähigkeit dieser Vorgaben ist in WRRL und WHG nicht zu erkennen. Folglich fehlt es auch insoweit an einer Wasserrechtskonformität von Braunkohletagebauen und damit an der nötigen Gemeinwohlbegründung der für diese Tagebaue nötigen Enteignungen.

## 5. Fazit und praktische Konsequenzen für die Klagebefugnis von Einzelpersonen und Umweltverbänden

Das Gutachten hat gezeigt, dass die Gemeinwohlverträglichkeit von Braunkohletagebauen im Lichte der Eigentumsgarantie auf mehreren Ebenen massiv in Frage gestellt ist. Es hat dargestellt, wie sich (im Überblick) die Rechtsgrundlagen für Braunkohletagebaue bezogen auf die Eigentumsgarantie darstellen, welches die relevanten Aussagen des Garzweiler-II-Urteils des BVerfG sind und dass durch das Urteil die Verfassungsmäßigkeit neuer Braunkohletagebaue bezogen auf die Eigentumsgarantie schon in der traditionellen verfassungsrechtlichen Interpretationsperspektive der deutschen Gerichte massiv fraglich wird. Sodann wurde die Analyse dahingehend vertieft, dass eine stärkere Strukturierung und argumentative Unterfütterung einiger Bedenken verglichen mit der im Garzweiler-II-Urteil des BVerfG angelegten Linie unternommen wurde, wobei auch der Bezug zum Grundrecht auf Leben und Gesundheit eine Rolle spielt. Denn dieses kann die Gründe konkretisieren, unter denen Enteignungen zulässig oder eben gerade unzulässig sind, und es kann auch ansonsten die einzuhaltenden Abwägungsregeln (etwa hinsichtlich der korrekten Ermittlung der Tatsachenbasis einer Entscheidung) deutlicher sichtbar werden lassen, an deren Nichteinhaltung dann Braunkohletagebaue scheitern. Anschließend wurde aufgezeigt, dass eine weitere Stärkung der Eigentumsgarantie in klimaschutzbezogenen Kontexten durch Bezüge der Eigentumsgarantie zum EU-Wasserrecht entsteht, wobei diese Bezüge zugleich den Betrieb von Kohlekraftwerken als solchen – unabhängig von den Tagebauen – rechtlich vor kaum überwindliche Probleme stellen.

Aufbauend an diese inhaltlichen rechtlichen Erkenntnisse müssen für deren praktische Durchsetzung in Auseinandersetzungen um neue Tagebaue noch zwei wichtige Fragen erörtert werden:

- Kann die Neuinterpretation des Gemeinwohls nach der Garzweiler-II-Entscheidung (ergänzt durch einige vorliegend entwickelte Argumente) neben der Enteignung und zuvor der Betriebsplanzulassung vielleicht schon gegen die erste Stufe der Tagebauplanung, nämlich gegen den raumordnerischen Braunkohlenplan gewendet werden?
- Welche Arten von Klägern können die vorliegend entwickelten Erkenntnisse geltend machen?

Zunächst zur ersten Frage. Das Garzweiler-II-Gutachten statuiert wie erwähnt, dass nicht nur gegen die Enteignungsentscheidung, sondern auch gegen die Tagebauzulassung als solche eine Klage möglich sein und diesbezüglich die Gemein-

wohlverträglichkeitsprüfung stattfinden muss. Ob dies auch schon für die vorgelegte raumordnerische Entscheidung pro Tagebau im Rahmen eines Braunkohlenplans gilt, wird im Garzweiler-II-Gutachten nicht weiter betrachtet. Jedoch spricht viel dafür, dass schon insoweit die Gemeinwohlprüfung stattfinden muss, die gesamte Problematik des vorliegenden Rechtsgutachtens also nicht erst gegen die Betriebsplanzulassung, sondern schon gegen die raumordnerische Vorentscheidung im Rahmen eines Braunkohlenplans greift:

Ein Braunkohlenplan dient dazu, eine grundsätzliche Aussage darüber zu treffen, dass bestimmte Tagebaue in die Tat umgesetzt werden sollen. Sie unterliegen insoweit einer komplexen Abwägung aller betroffenen Belange. Soweit die öffentlichen und privaten Interessen in einem landesplanerischen Braunkohlenplanverfahren ermittelt wurden und in die Darstellung von sogenannten Zielen der Raumordnung eingegangen sind, sind diese über § 48 Abs. 2 Satz 1 BBergG für das anschließende Betriebsplanzulassungsverfahren verbindlich – die zuständige Behörde kann von den raumordnerischen Zielen also gerade nicht mehr abweichen. Nach § 48 Abs. 2 Satz 1 BBergG „kann, unbeschadet anderer öffentlich-rechtlicher Vorschriften, die für die Zulassung von Betriebsplänen zuständige Behörde eine Aufsuchung oder eine Gewinnung beschränken oder untersagen, soweit ihr überwiegende öffentliche Interessen entgegenstehen.“ Damit wird deutlich, dass es nicht möglich ist, dass die Leitentscheidung für den Abbau auf der Ebene der Raumordnung bereits getroffen ist und sodann im Betriebsplanverfahren und Grundabtretungsverfahren erneut eine völlig freie umfassende Abwägung zwischen öffentlichen und privaten Interessen erfolgt. Vielmehr ist die Betriebsplanzulassung dann weitgehend durch die raumordnerische Entscheidung vorstrukturiert. Das setzt letztlich auch das BVerfG voraus, wenn es betont, die bergrechtlichen Entscheidungen seien gebundene Entscheidungen, während der Braunkohlenplan der freien planerischen Abwägung unterliege.<sup>38</sup> Dass Ziele der Raumordnung verbindlich sind, ergibt sich aus § 7 Abs. 2 des Raumordnungsgesetzes (ROG), wo der abschließend (!) abgewogene Charakter von Raumordnungszielen betont wird, was dann folgerichtig keinen Raum für weitere ergebnisoffene Abwägungen belässt. Dazu bedarf es nicht erst einer Norm wie § 35 Abs. 3 BauGB, die für den bauplanerischen Außenbereich die Verbindlichkeit der Raumordnung noch einmal unterstreicht.<sup>39</sup> Dementsprechend unterliegt bereits der Braunkohlenplan den Anforderungen an die Gemeinwohlbegründung, wie sie im vorliegenden Rechtsgutachten dargelegt wurden.

Folgt man den vorstehenden Ergebnissen, dann haben (neben hier nicht weiter interessierenden, da nicht auf die Enteignungsproblematik abzielenden und in

---

<sup>38</sup> Vgl. BVerfG, Garzweiler II, Rn. 233 und 321.

<sup>39</sup> Übergangen bei Ziehm, Braunkohletagebaue, S. 7 ff. und Stevens, DVBl 2014, 349 ff.

der Sache regelmäßig auch nicht erfolgreichen Klagemöglichkeiten der Gemeinden<sup>40</sup>) zunächst einmal Enteignungsbetroffene eine Klagebefugnis gegen bergrechtliche Entscheidungen, und zwar nicht erst gegen die Betriebsplanzulassung, sondern schon gegen den Braunkohlenplan. Diese Klagebefugnis führt zu den Verwaltungsgerichten, im Falle eines ausbleibenden Erfolgs kann der Verstoß gegen die Eigentumsgarantie anschließend aber auch vor das BVerfG und den Europäischen Gerichtshof für Menschenrechte (EGMR) der völkerrechtlichen Organisation Europarat gebracht werden. Der Zugang zum Europäischen Gerichtshof (EuGH) als höchstem EU-Gericht aufgrund der wasserrechtlichen Probleme ergibt sich mittelbar über eine Vorlage der Verwaltungsgerichte an den EuGH. Ein Enteignungsbetroffener kann nach gefestigter Rechtsprechung dabei sämtliche Rechtsverstöße rügen, da eine Enteignung die vollständige Rechtmäßigkeit der angefochtenen Maßnahme voraussetzt.

Im Falle von Braunkohletagebauen kann ferner gefragt werden, inwieweit auch Umweltverbände eine Klagebefugnis haben. Generell haben das deutsche Umweltrechtsbehelfsgesetz (UmwRG) sowie die zugrunde liegende völkerrechtliche Aarhus-Konvention (AK) und die sie umsetzenden EU-Richtlinien die Klagemöglichkeiten der Verbände deutlich erweitert. Ohne hier auf die diesbezüglichen Einzelheiten einzugehen<sup>41</sup>, zielen diese Tendenzen sowohl auf eine erweiterte grundsätzliche Zulassung zur Klage (Klagebefugnis) als auch auf eine erweiterte Möglichkeit, sämtliche Rechtsverstöße auch tatsächlich geltend zu machen (gerichtlicher Kontrollumfang). Dabei stand zunächst die Möglichkeit im Fokus, gegen direkte Genehmigungen umweltbeeinträchtigender Maßnahmen klagen zu können, im Falle des Bergrechts also gegen den Betriebsplan. Die jüngere Rechtsprechung gerade auf europäischer Ebene<sup>42</sup> macht jedoch deutlich, dass auch weitere Entscheidungen wie etwa planerische Vorentscheidungen nunmehr ein möglicher Klagegegenstand werden. Die rechtliche Basis ist insoweit zunächst das EuGH-Braunbär-Urteil, in welchem der EuGH basierend auf Art. 9 Abs. 3 AK auch jenseits des auf umweltrechtliche Genehmigungen abzielenden Art. 9 Abs. 2 AK einen weiten Gerichtszugang einfordert.<sup>43</sup> Das BVerwG ist dem mit einem Urteil von Ende 2013 gefolgt und hat entschieden, dass anerkannten Umweltverbänden im Lichte des Art. 9 Abs. 3 AK ein Klagerecht gegen Luftreinhaltepläne im Sinne des § 47 BImSchG zusteht.<sup>44</sup> Art. 9 Abs. 3 AK sieht vor, dass unter von den Staaten

---

<sup>40</sup> Vgl. dazu Stevens, DVBl 2014, 349 (350 f.).

<sup>41</sup> Vgl. näher Ekardt, Information, Partizipation, Rechtsschutz, 2. Aufl. 2010.

<sup>42</sup> Näher dazu zuletzt m.w.N. Ekardt, NVwZ 2014, 393 ff.

<sup>43</sup> EuGH, Urt. v. 08.03.2011, C-240/09 – juris; dazu Schlacke, ZUR 2011, 312.

<sup>44</sup> BVerwG, Urt. v. 05.09.2013, 7 C 21.12 – juris; zustimmend Schlacke, NVwZ 2014, 11 (12 ff.); vorsichtiger Gärditz, NVwZ 2014, 1 (7 f.).

festzulegenden Kriterien auch in Fällen jenseits der Art. 6, 9 Abs. 2 AK umweltrechtliche Drittklagen für Verbände und Individuen möglich sind.<sup>45</sup>

Dies läuft auf eine flächendeckende umweltrechtliche Verbandsklage hinaus, ggf. ergänzt durch eine angenommene Verpflichtung aus Art. 9 Abs. 3 AK, die Individualklage deutlich zu erweitern.<sup>46</sup> In der Vergangenheit gingen auch vergleichsweise drittklagenfreundliche Autoren davon aus, dass Art. 9 Abs. 3 AK weitestgehende Umsetzungsspielräume für EU und Mitgliedstaaten beinhalte, und zwar für Verbands- und Individualklage.<sup>47</sup> Dies ist von der neueren Judikatur nunmehr überholt worden. Jedenfalls in der hier interessierenden Konstellation einer Grundrechtsbetroffenheit (Eigentum sowie Leben und Gesundheit) ist dies auch plausibel, denn der Rechtsschutz für diese Güter würde zumindest erschwert werden, wenn wesentliche Vorentscheidungen im raumplanerischen Kontext erst später implizit bei der Klage gegen eine Betriebsplanzulassung gerügt werden könnten. Soweit europarechtliche Garantien wie das EU-Wasserrecht betroffen sind, weist auch das Effektivitätsprinzip des Art. 4 Abs. 3 AEUV in diese Richtung.

---

<sup>45</sup> Vgl. OVG Koblenz, NVwZ 2013, 1040 (1042); Schink, DöV 2012, 622 (624); Gärditz, NVwZ 2014, 1 (5).

<sup>46</sup> Vgl. zumindest für die Verbandsklage, teils auch für die Individualklage: Schlacke, NVwZ 2014, 11 (12 ff.), zugleich mit einem Überblick über unter- und obergerichtliche Entscheidungen; Klinger, NVwZ 2013, 850 ff.; Radespiel, EurUP 2011, 238 (240); Seibert, NVwZ 2014, 1040 (1041 ff.); Gärditz, NVwZ 2014, 1 (7).

<sup>47</sup> Vgl. Dross, JEEPL 2005, 22 f.; Epiney, ZUR 2003, 179; Zschiesche, ZUR 2001, 177 (181); Schwerdtfeger, Verwaltungsrechtsschutz, S. 34; Schenderlein, Rechtsschutz, S. 151.