



Forschungsstelle  
für Europäisches  
Umweltrecht

FEU RESEARCH PAPER NO. 11/2021



## DIE FIGUR DER EINGRIFFSÄHNLICHEN VORWIRKUNG Zum Klimabeschluss des Bundesverfassungsgerichts

Prof. Dr. Claudio Franzius



**Forschungsstelle  
für Europäisches  
Umweltrecht**

**Arbeitspapier Nr. 11**

**Impressum**

**Herausgeber/Redaktion:**

**Forschungsstelle für Europäisches Umweltrecht  
Universität Bremen  
Universitätsallee, GW 1**

**Nachdruck:**

**28359 Bremen  
Nur mit schriftlicher Genehmigung des Herausgebers**

**Bildnachweis:**

**Universität Bremen**

**Bremen, im Juli 2021**

# Die Figur der eingriffsähnlichen Vorwirkung

## Zum Klimabeschluss des Bundesverfassungsgerichts

*Claudio Franzius* \*

### I. Einleitung

In seinem „Klimabeschluss“ hat das Bundesverfassungsgericht den vom Gesetzgeber im Klimaschutzgesetz festgelegten Transformationspfad in die Klimaneutralität für verfassungswidrig erklärt.<sup>1</sup> Mögen die unmittelbaren Folgen der Entscheidung nur marginal sein, so überrascht doch die Schnelligkeit des Bundesgesetzgebers, den Verfassungsverstoß mit der Novellierung des Klimaschutzgesetzes zu beseitigen.<sup>2</sup> Ob dies gelungen ist, soll an dieser Stelle nicht weiter interessieren.<sup>3</sup> Spektakulär ist der Klimabeschluss weniger im Ergebnis, sondern in der Begründung. Dazu gehört, dass der Erste Senat mit dem Budget-Ansatz klimawissenschaftliche Erkenntnisse aufgreift und in die Verfassung hineinliest, was für sich genommen schon eine Besprechung wert wäre. Aber es ist vor allem eine grundrechtsdogmatische Innovation, die für Überraschung gesorgt hat. Denn das Bundesverfassungsgericht modifiziert nicht seine Rechtsprechung zu den grundrechtlichen Schutzpflichten, hält vielmehr an dieser fest, beendet mit der Feststellung, dass „derzeit“ kein Verstoß gegen Schutzpflichten festgestellt werden könne, aber nicht die Prüfung, sondern fängt erst an, indem mit der Figur der eingriffsähnlichen Vorwirkung auf die abwehrrrechtliche Dimension der Grundrechte zurückgegriffen wird.<sup>4</sup> Dies hat Irritationen ausgelöst und sprengt dichotomische Unterscheidungen, bleibt teilweise vage und mag deshalb angreifbar sein, soll vorliegend aber zum Anlass genommen werden, die neue Figur eingriffsähnlicher Vorwirkungen im Kontext intertemporaler Freiheitssicherung auf ihre Anschlussfähigkeit in der Grundrechtsdogmatik zu befragen. Denn die „Nachhaltigkeit“ des Klimabeschlusses hängt nicht nur davon ab, dass er in der Rechtsprechung keine Episode bleibt, sondern in seinen zentralen Aussagen auch von der Rechtswissenschaft mit dem Ziel aufgegriffen wird, ihnen nähere Konturen zu geben und Grenzen aufzuzeigen.

---

\* Vorgesehen für KritV 2021, Heft 3. Ein Dank geht an meine Mitarbeiter *Sebastian Hapka*, *Kaspar Herbst* und *Joschka Schlake* für Anregungen und Kritik im Rahmen eines Seminars auf Wangerooge.

<sup>1</sup> BVerfG, Beschl. v. 24.3.2021, 1 BvR 2656/18 u.a., NVwZ 2021, 951 Rn. 116 ff., 181 ff.

<sup>2</sup> Gesetzentwurf der Bundesregierung v. 2.6.2021, BT-Drs 19/30230.

<sup>3</sup> Krit. *Verheyen*, Stellungnahme v. 18.6.2021, Deutscher Bundestag, Ausschuss für Umwelt, Naturschutz und Reaktorsicherheit, Ausschuss-Drs 19 (16) 589-F.

<sup>4</sup> Rn. 181 ff.

## II. Aktivierung der Eingriffsabwehrrechte

### 1. Kein Schutzpflichtenverstoß

Das Bundesverfassungsgericht hat entschieden, dass die Regelungen des Klimaschutzgesetzes über die nationalen Klimaschutzziele und die bis zum Jahr 2030 zulässigen Jahresemissionsmengen insofern mit Grundrechten unvereinbar sind, als hinreichende Maßgaben für die weitere Emissionsreduktion ab dem Jahr 2031 fehlen. Von den Beschwerdeführenden wurde in erster Linie ein Verstoß gegen grundrechtliche Schutzpflichten aus Art. 2 Abs. 2 GG gerügt, wobei schon die Beschwerdebefugnis in Zweifel stand.<sup>5</sup>

Erkennbar um eine genaue Analyse der tatsächlichen Sachlage bemüht, hebt der Erste Senat zutreffend hervor, dass die Frage, ob und auf welcher Höhe die CO<sub>2</sub>-Konzentration in der Erdatmosphäre und der Temperaturanstieg zu begrenzen sind, eine klimapolitische Frage ist, die nicht durch die Naturwissenschaften zu beantworten ist. Deren Erkenntnisse geben dem Gericht zufolge jedoch Anhaltspunkte dafür, welche Reduktionen erforderlich sind, um ein bestimmtes Klimaschutzziel zu erreichen. Insofern werden in Klimawissenschaft und -politik verschiedene Ziel- und Messgrößen verwendet, die sich auf die Temperatur, die CO<sub>2</sub>-Konzentration in der Atmosphäre oder die CO<sub>2</sub>-Emissionen beziehen.<sup>6</sup> Zwar finde sich im Sonderbericht des Weltklimarates nicht die Aussage, die Erwärmung müsse auf 1,5 °C begrenzt werden. Tatsächlich könne eine solche Feststellung gar nicht als naturwissenschaftliche Aussage getroffen werden, weil die Entscheidung, welche Klimaerwärmung hingenommen werden soll und darf, normativer Art sei und eine Wertung verlange. Das 1,5 °C-Höchstziel ist jedoch vor allem deshalb in das Zentrum der Aufmerksamkeit gelangt, weil der Sonderbericht des IPCC erkennen lässt, dass mit dieser Begrenzung die Wahrscheinlichkeit erkennbar verringert wird, dass sog. Kippunkte überschritten werden.<sup>7</sup>

Der Beschwerdebefugnis steht nicht entgegen, dass unsicher ist, wie hoch die Emissionsminderungslasten ab 2030 ausfallen. Das Bundesverfassungsgericht sieht die Beschwerdeführenden bereits heute als in ihren Freiheitsrechten gegenwärtig, selbst und unmittelbar betroffen an. Das ist insoweit konsequent, als die Gefahr bereits im aktuellen Recht angelegt ist, können CO<sub>2</sub>-Emissionen der Erdatmosphäre doch nicht in großem Umfang wieder entnommen werden. Durch die Festlegung einer Emissionsmenge wird möglicherweise unumkehrbar eine Grundrechtsbeeinträchtigung in Gang gesetzt, die die Annahme einer gegenwärtigen Betroffenheit rechtfertigt.<sup>8</sup>

---

<sup>5</sup> *Wefing*, *Daran kommt niemand mehr vorbei*, *Die Zeit* v. 29.4.2021: „Es wäre ein Leichtes gewesen, schon die Klagen für unzulässig zu erklären. Schließlich sind die Nachteile, die in den Jahren 2031 bis 2050 drohen, ja noch nicht gegenwärtig und aktuell, es sind vielmehr nur Wahrscheinlichkeiten.“

<sup>6</sup> Rn. 35.

<sup>7</sup> Rn. 160 f. mit Bezugnahme auf den Hoge Raad der Niederlande, *Urt. v. 20.12.2019*, 19/00135, Rn. 4.2, 4.4; *Irischer Supreme Court*, *Urt. v. 31.7.2020*, 205/19, Ziffer 3.7.

<sup>8</sup> Die Bejahung der Beschwerdebefugnis ist bemerkenswert. Allein der Umstand, dass eine sehr große Zahl von Personen betroffen ist, stehe einer individuellen Grundrechtsbetroffenheit nicht entgegen, so der Erste Senat unter Rückgriff auf *VG Berlin*, *Urt. v. 31.10.2019*, *ZUR* 2020, 160 Rn. 73. Im

Aber die Verletzung grundrechtlicher Schutzpflichten lasse sich nicht unmittelbar aus normativen Annahmen und Feststellungen zum Klimaschutz ableiten. Klimaschutz und der Schutz der in Art. 2 Abs. 2 S. 1 GG genannten Rechtsgüter menschlichen Lebens und körperlicher Unversehrtheit weisen dem Gericht zufolge zwar eine große Schnittmenge auf, sind aber nicht deckungsgleich. So können zur Bewahrung des Klimas Maßnahmen geboten sein, derer es allein um des Schutzes von Leben und Gesundheit der Menschen willen nicht bedürfte, und umgekehrt. Es sei nicht von vornherein auszuschließen, dass eine Temperaturschwelle von 1,5 °C zur Begrenzung des Klimawandels angeraten erscheint, zum Schutz menschlichen Lebens und menschlicher Gesundheit aber doch schon das vom Gesetzgeber übernommene Paris-Ziel ausreicht, den Temperaturanstieg auf deutlich unter 2 °C und möglichst auf 1,5 °C zu begrenzen. Unterschiede zwischen Klimaschutz- und Gesundheitsschutzanforderungen können sich auch deshalb ergeben, weil sich die Gefahren des Klimawandels für Leben und Gesundheit der Menschen zu einem Teil durch Anpassungsmaßnahmen lindern lassen.<sup>9</sup>

Im Ergebnis bejahte das Bundesverfassungsgericht das Vorliegen einer klimaschutzrechtlichen Schutzpflicht, konnte einen Verstoß am Maßstab seiner eigenen Rechtsprechung, die auf eine Evidenzkontrolle beschränkt ist, aber nicht feststellen. Das war zu erwarten, hätte der Wechsel zu einem strengeren Kontrollmaßstab doch mit den eigenen Maßstäben gebrochen, die in der Rechtsprechung zugunsten erheblicher Handlungsspielräume des Gesetzgebers entwickelt worden sind.<sup>10</sup>

## 2. Vorwirkungen der Freiheit

Das Gericht geht dem Recht auf ein ökologisches Existenzminimum aus dem Weg, in dem er erklärt, selbst wenn es ein solches gebe, sei es nicht verletzt.<sup>11</sup> Ebensowenig finden sich Aussagen zum Untermaßverbot, das wegen der latenten Übergriffigkeit in den Primat der Politik zu keiner Zeit richtig zu überzeugen vermochte.

Die Prüfung hätte spätestens hier beendet werden können. Aber der Senat sah den Sachverhalt mit der Schutzpflichtenprüfung, die schulmäßig ohne große Überraschungen zur Verneinung eines Verstoßes geführt hat, noch nicht hinreichend erfasst und erschöpfend verarbeitet, obwohl die Beschwerdeführenden primär hierauf rekurriert hatten und nur am Rande eine andere Sichtweise nahelegten. Das Bundesverfassungsgericht sieht die Grundrechte dadurch verletzt, dass die nach § 3 Abs. 1 S. 2 und

---

Verfassungsbeschwerdeverfahren werde eine über die bloße eigene Betroffenheit hinausgehende besondere Betroffenheit, die die Beschwerdeführenden von der Allgemeinheit abheben würde, regelmäßig nicht verlangt (Rn. 110). Anders die Rechtsprechung zu Art. 263 Abs. 4 AEUV, die sich mit Blick auf den Zugang zum Gericht hinter der „Plaumann-Formel“ versteckt, vgl. EuG, Beschl. v. 8.5.2019, T-330/18 (Carvalho), EU:T:2019:324 Rn. 33 ff., bestätigt durch EuGH, Urt. v. 25.3.2021, C-565/19 P, ECLI:EU:C:2021:252 Rn. 67 ff. Zur Rechtsprechung des EGMR *Hänni*, EuGRZ 2019, 1 (6 ff.).

<sup>9</sup> Rn. 163 f.

<sup>10</sup> Vgl. *Voßkuhle*, NVwZ 2013, 1.

<sup>11</sup> Rn. 113.

§ 4 Abs. 1 S. 3 KSG in Verbindung mit Anlage 2 bis zum Jahr 2030 zugelassenen Emissionsmengen die nach 2030 noch verbleibenden Emissionsmöglichkeiten erheblich reduzieren und dadurch grundrechtlich geschützte Freiheiten gefährden.

Der zentrale Leitsatz des Klimabeschlusses, insoweit Neuland betretend, lautet, dass als intertemporale Freiheitssicherung die Grundrechte die Beschwerdeführenden vor einer umfassenden Freiheitsgefährdung durch einseitige Verlagerung der durch Art. 20a GG aufgegebenen Treibhausgasreduzierungslast in die Zukunft schützen.<sup>12</sup> Der Gesetzgeber hätte Vorkehrungen zur Gewährleistung eines freiheitsschonenden Übergangs in die Klimaneutralität treffen müssen, an denen es bislang fehle. Hier liegt die Pointe des Klimabeschlusses: Die zum Teil noch sehr jungen Beschwerdeführenden sind durch die angegriffenen Bestimmungen in ihren Freiheitsrechten verletzt. Die Vorschriften verschieben hohe Emissionsminderungslasten „unumkehrbar“ auf Zeiträume nach 2030. Zum Ergebnis gelangt der Senat nicht über die Schutzpflichten, sondern über die Eingriffsabwehrrechte. Hier liegt das Neue, indem unerwartet die klassische und vertraute, in der vorliegenden Konstellation aber ungewöhnliche Dimension der grundrechtlichen Abwehrrechte aktiviert wird.<sup>13</sup>

Das Vehikel, um das Ergebnis zu begründen, wird in der neuen Figur eingriffsähnlicher Vorwirkungen gefunden. Die angegriffenen Regelungen entfalten solche „Vorwirkungen“ auf die durch das Grundgesetz umfassend geschützte Freiheit, denn die Möglichkeiten, von dieser Freiheit in einer Weise Gebrauch zu machen, die direkt oder indirekt mit CO<sub>2</sub>-Emissionen verbunden ist, stoßen an verfassungsrechtliche Grenzen, weil diese Emissionen nach derzeitigem Stand weitestgehend irreversibel zur Erwärmung der Erde beitragen, der Gesetzgeber einen ad infinitum fortschreitenden Klimawandel aber von Verfassungs wegen nicht tatenlos hinnehmen darf. Vorschriften, die jetzt CO<sub>2</sub>-Emissionen zulassen, begründen eine unumkehrbar angelegte rechtliche Gefährdung künftiger Freiheit, weil sich mit jeder CO<sub>2</sub>-Emissionsmenge, die heute zugelassen wird, die in Einklang mit Art. 20a GG verbleibenden Emissionsmöglichkeiten verringern; entsprechend wird CO<sub>2</sub>-relevanter Freiheitsgebrauch immer stärkeren, auch verfassungsrechtlich gebotenen Restriktionen ausgesetzt sein.<sup>14</sup>

Das ist in der Sache überzeugend, aber dogmatisch angreifbar, weil dieser Ansatz nicht erst in der Rechtfertigung mit objektivem Verfassungsrecht fruchtbar gemacht wird und aufgezeigt werden müsste, wie es gelingen soll, dorthin zu gelangen. Es muss allerdings auch gesehen werden, dass die eingriffsähnliche Vorwirkung schon in

---

<sup>12</sup> Leitsatz 4.

<sup>13</sup> Möglich und vorprogrammiert sind Eingriffe in Freiheitsrechte, doch ein Abwarten in der Gegenwart, bis eine Verletzung der Freiheitsrechte in Rede steht, sei nicht zumutbar. Vielmehr sind ausreichende Vorkehrungen zu treffen, um die späteren Emissionsminderungspflichten grundrechtsschonend zu bewältigen. So gesehen, kreierte der Erste Senat ein neues Prinzip der Zukunftssicherung. Als intertemporale Freiheitssicherung schützen die Grundrechte vor einer einseitigen Verlagerung der Treibhausgasreduzierungslast in die Zukunft (Rn. 183). Freiheit in Zeiten des Klimawandels, so resümiert *Gelinsky* Klimaschutz made in Karlsruhe, 2021, 5, ist also budgetiert; der Staat müsse den „Freiheitsgebrauch so organisieren, dass für künftige Generationen ein angemessener Anteil übrigbleibt“.

<sup>14</sup> Rn. 185.

der Zulässigkeit aufgriffen wird. Mit Blick auf ihre Freiheitsrechte seien die Beschwerdeführenden beschwerdebefugt, soweit sie § 3 Abs. 1 S. 2 und § 4 Abs. 1 S. 3 KSG in Verbindung mit Anlage 2 angreifen, weil danach ab dem Jahr 2031 möglicherweise sehr große Treibhausgasemissionsminderungslasten auf sie zukommen. Das Ausmaß der damit verbundenen Grundrechtsbeschränkung werde durch die genannten Regelungen bereits mitbestimmt. Diese „Vorwirkung auf künftige Freiheit“ könnte die Beschwerdeführenden in ihren Grundrechten verletzen.<sup>15</sup> Die bis zum Jahr 2030 zugelassenen Treibhausgasemissionsmengen haben dem Senat zufolge bereits Folgen für die in der Zeit danach anstehende Minderungslast. Sie bestimmen schon jetzt – nicht bloß faktisch, sondern auch rechtlich vorwirkend – über künftige Grundrechtsrestriktionen mit.<sup>16</sup>

Das Gericht kommt zum Ergebnis, dass ein Verstoß gegen Grundrechte vorliegt, weil es infolge der Emissionsmengen, die das Klimaschutzgesetz für den aktuellen Zeitraum zulässt, in späteren Zeiträumen zu hohen Emissionsminderungslasten kommen kann. Allerdings ist diese Gefährdung der Freiheitsrechte nicht bereits wegen einer Verletzung objektiven Verfassungsrechts verfassungswidrig. Einen Verstoß gegen Art. 20a GG kann der Erste Senat nicht feststellen. Es fehle jedoch an den grundrechtlich zur Freiheitssicherung über Zeit und Generationen hinweg gebotenen Vorkehrungen zur Abmilderung der hohen Emissionsminderungslasten, die der Gesetzgeber mit den angegriffenen Vorschriften auf Zeiträume nach 2030 verschoben hat und die er dann wegen Art. 20a GG und wegen des grundrechtlich gebotenen Schutzes vor klimawandelbedingten Schädigungen auch den Beschwerdeführenden wird auferlegen müssen.<sup>17</sup>

Konkret herbeigeführt wird die Gefährdung durch jene Regelungen, die festlegen, welche CO<sub>2</sub>-Emissionsmengen heute zulässig sind. Das sind § 3 Abs. 1 S. 2 und § 4 Abs. 1 S. 3 KSG in Verbindung mit Anlage 2 a.F. Der Verbrauch der dort bis 2030 geregelten Jahresemissionsmengen verzehre notwendig und unumkehrbar Teile des verbleibenden CO<sub>2</sub>-Budgets.<sup>18</sup> Diese Vorschriften entscheiden also auch darüber mit, wieviel Zeit für jene Transformationen bleibt, die zur Sicherung von Freiheit unter gleichzeitiger Wahrung des Klimaschutzgebots erforderlich sind. Die zugelassenen Jahresemissionsmengen haben damit eine „unausweichliche, eingriffsähnliche Vorwirkung“ auf die nach 2030 bleibenden Möglichkeiten, von der grundrechtlich geschützten Freiheit tatsächlich Gebrauch zu machen.

---

<sup>15</sup> Potenziell betroffen, so das BVerfG (Rn. 117), ist praktisch jegliche Freiheit, weil heute nahezu alle Bereiche menschlichen Lebens mit der Emission von Treibhausgasen verbunden sind.

<sup>16</sup> Rn. 118. „Vor diesem Hintergrund begründen Vorschriften, die jetzt CO<sub>2</sub>-Emissionen zulassen, eine unumkehrbar angelegte rechtliche Gefährdung künftiger Freiheit, weil sich mit jeder CO<sub>2</sub>-Emissionsmenge, die heute zugelassen wird, das verfassungsrechtlich vorgezeichnete Restbudget irreversibel verkleinert und CO<sub>2</sub>-relevanter Freiheitsgebrauch stärkeren, verfassungsrechtlich gebotenen Restriktionen ausgesetzt sein wird“ (Rn. 186).

<sup>17</sup> Rn. 142.

<sup>18</sup> Ist dieses nationale CO<sub>2</sub>-Budget aufgebraucht, dürften weitere CO<sub>2</sub>-Emissionen nur noch zugelassen werden, wenn das Interesse daran verfassungsrechtlich insbesondere gegenüber dem Klimaschutzgebots des Art. 20a GG überwiegt (Rn. 198).

Die Grundrechte verpflichten dem Bundesverfassungsgericht zufolge den Gesetzgeber, die nach Art. 20a GG verfassungsrechtlich notwendigen Reduktionen von CO<sub>2</sub>-Emissionen bis hin zur Klimaneutralität vorausschauend so zu gestalten, dass die damit verbundenen Freiheitseinbußen trotz steigender Klimaschutzanforderungen weiterhin zumutbar ausfallen und die Reduktionslasten über die Zeit und zwischen den Generationen nicht einseitig zulasten der Zukunft verteilt sind. Aus dem Gebot der Verhältnismäßigkeit folge, dass nicht einer Generation zugestanden werden darf, unter vergleichsweise milder Reduktionslast große Teile des CO<sub>2</sub>-Budgets zu verbrauchen, wenn damit zugleich den nachfolgenden Generationen eine – von den Beschwerdeführenden als „Vollbremsung“ bezeichnete – radikale Reduktionslast überlassen und deren Leben schwerwiegenden Freiheitseinbußen ausgesetzt würde. Zwar könnten selbst gravierende Freiheitseinbußen künftig zum Schutz des Klimas verhältnismäßig und gerechtfertigt sein, doch gerade aus dieser künftigen Rechtfertigbarkeit drohe die Gefahr, erhebliche Freiheitseinbußen hinnehmen zu müssen. Weil die Weichen für künftige Freiheitsbelastungen schon durch die aktuelle Regelung zulässiger Emissionsmengen gestellt würden, müsse deren Auswirkung auf künftige Freiheit aus heutiger Sicht und zum jetzigen Zeitpunkt – in dem die Weichen noch umgestellt werden können – verhältnismäßig sein.<sup>19</sup>

Die entscheidende Frage lautet, wie der Schwenk von den Schutzpflichten zu den Eingriffsabwehrrechten über die „Grundrechtsvorwirkungen“ begründet werden kann. Abgesehen von einer Reihe offener Fragen, namentlich zur Normenhierarchie, die sowohl mit der Heranziehung des Gesetzesrechts für die Entwicklung des verfassungsrechtlichen Maßstabs als auch mit der Aufwertung völkerrechtlicher Verpflichtungen aus dem Paris-Abkommen zu verfassungsrechtlichen Rechtfertigungspflichten des Art. 20a GG<sup>20</sup> aus dem Blick zu geraten scheint, liegt hier die dogmatisch entscheidende Weichenstellung, die manchen Kommentator nach der Lektüre etwas ratlos im Regen stehen lässt.<sup>21</sup>

### 3. Kritik und Gegenkritik

Kritisch wird vermerkt, dass das Gericht keinen Verstoß gegen Schutzpflichten festgestellt hat, obwohl es das hätte tun können, vielleicht auch müssen. Das verbindet sich mit Kritik an dem Weg, mit dem der Erste Senat auf Art. 20a GG als Scharnier zugreift, um mit dem Zukunftsbezug der jüngeren Generation die Enge der Schutzpflichtendogmatik zu überwinden. Auf dogmatische Kritik, die auf dem ersten Blick berechtigt zu sein scheint, trifft auch die neue Figur eingriffsähnlicher Vorwirkungen in den Emissionsminderungslasten des Klimaschutzgesetzes, worüber die in Art. 20a

---

<sup>19</sup> Rn. 192.

<sup>20</sup> Insoweit greift der Klimabeschluss auf, was in einem Vorschlag für eine Änderung des Grundgesetzes gefordert wurde, vgl. BT-Drs 19/4522 v. 25.9.2018. Danach sollte in Art. 20a GG eingefügt werden, dass „völkerrechtlich verbindliche Ziele und Verpflichtungen des Klimaschutzes“ alle staatliche Gewalt unmittelbar binden, was mehrheitlich abgelehnt wurde, vgl. *Saurer*, Stellungnahme v. 11.2.2019, Deutscher Bundestag, Ausschuss für Inneres und Heimat, Ausschuss-Drs. 19 (4) 214-E; krit. *Beckmann*, UPR 2021, 241 (244).

<sup>21</sup> *Calliess*, ZUR 2021, 355 (357) sei nach vertiefter Lektüre „mit einem kleinen Kater“ aufgewacht.



GG hineingelesenen Zielbestimmungen des Klimaschutzgesetzes abwehrrechtlich justiziabel werden. Damit wird die bisherige Schutzpflichtendogmatik über den Haufen geworfen, soweit von einer Alternative zwischen Schutzpflichten und Eingriffsabwehrrechten ausgegangen wird.

Grundrechtsdogmatisch gesprochen spricht viel dafür, dass man sich entscheiden muss, den „Fall“ entweder über die Schutzpflichten oder die Abwehrrechte zu lösen. Es ist zumindest ungewöhnlich, einen Schutzpflichtenverstoß zu prüfen, um dann unvermittelt, zumindest ohne klaren Anknüpfungspunkt, die abwehrrechtliche Dimension der Freiheitsrechte zu aktivieren, zumal nicht gesagt wird, welches Grundrecht konkret verletzt sein soll. Es geht um die Grundrechte in der Zukunft, deren Beeinträchtigung unumstößlich feststehe, wobei die klassische Prüfung von Schutzbereich und Eingriff ausbleibt, vielmehr verschwimmt.<sup>22</sup> Wie lässt sich also der Schwenk auf die Eingriffsabwehrrechte erklären?

Hierfür gibt es nur eine Möglichkeit, die in der intertemporalen Freiheitssicherung gefunden werden kann.<sup>23</sup> Unmittelbar auf Art. 20a GG kann nicht zugegriffen werden, weil das Gericht die gängige Lesart bestätigt, es handele sich um eine Staatszielbestimmung, die keine subjektiven Rechte vermittelt. So gesehen geht es nicht um eine Subjektivierung objektiven Rechts, wiewohl dagegen wenig zu sagen wäre.<sup>24</sup> Art. 20a GG kommt erst auf der Rechtfertigungsebene ins Spiel, wird aber erkennbar nicht zur Begründung subjektiver Abwehrrechte herangezogen. Gleichwohl ist es diese eigentümliche, aber nicht so genannte Kombination aus Art. 20a GG und den Freiheitsrechten, welche die neue intertemporale Dimension der Grundrechte trägt und zu einer Verknüpfung von Abwehr- und Schutzpflichtendimension beiträgt.<sup>25</sup> Das wird bereits in der Zulässigkeit aufgezeigt und hätte in der Begründetheit besser begründet werden können, mag mit den eingriffsähnlichen Vorwirkungen auch versucht worden sein, jenseits der herkömmlichen Figuren von Schutzbereich und Eingriff die neue Wirkungsweise der Grundrechte in intertemporaler Weise auf einen Begriff zu bringen. Dogmatisch noch offen, aber in die Zukunft weisend, wird damit die Präventionsaufgabe des Staates für den Klimaschutz auf den Punkt gebracht.

In der Rechtfertigung scheint man wieder auf vertraute Bahnen zu gelangen. Explizit wird nach der Rechtfertigung der „Grundrechtsvorwirkung“ der inkriminierten Vorschriften des Klimaschutzgesetzes gefragt.<sup>26</sup> Sie setze voraus, dass die angegriffenen Regelungen auch mit objektivem Verfassungsrecht vereinbar sind. Maßgeblich ist insoweit Art. 20a GG, aus dem in angreifbarer Weise unter Bezugnahme auf das

---

<sup>22</sup> *Ruttloff/Freihoff*, NVwZ 2021, 917 (919 f.).

<sup>23</sup> Verschiedentlich heißt es, es gehe um intertemporale Systemgerechtigkeit oder Belastungsgleichheit, aber nicht um Freiheit, vgl. *Ruttloff/Freihoff*, NVwZ 2021, 917 (921); *Ladeur*, Freiheit als Anspruch auf staatliche Lenkung?, FAZ v. 6.5.2021, 7.

<sup>24</sup> So auch *Faßbender*, NJW 2021, 2085 (2088).

<sup>25</sup> Zur „Koordination von Abwehr- und Schutzpflichtendimension in intertemporaler Weise“ *Schlacke*, NVwZ 2021, 912 (914 f.).

<sup>26</sup> Rn. 196.

einfache Gesetzesrecht das Gebot der Klimaneutralität entnommen wird.<sup>27</sup> Auch hier fokussiert der Erste Senat auf die intertemporale Dimension, wenn es heißt, derzeit könne nicht festgestellt werden, dass § 3 Abs. 1 S. 2 und § 4 Abs. 1 S. 3 KSG in Verbindung mit Anlage 2 oder die bislang zum Klimaschutz konkret getroffenen Einzelmaßnahmen gegen das Klimaschutzgebot verstoßen, dem Gesetzgeber aber aufgegeben bleibe, sein in Konkretisierung von Art. 20a GG bekundetes Bemühen zu realisieren, den Temperaturanstieg möglichst auf 1,5 °C zu begrenzen.<sup>28</sup>

Für die Rechtfertigung ist entscheidend, wie erheblich die nach 2030 aufgrund von Art. 20a GG gebotene Treibhausgasreduzierungsbelastung sein wird. Ob sie so einschneidend ausfällt, dass damit zwangsläufig aus heutiger Sicht unzumutbare Grundrechtsbeeinträchtigungen verbunden wären, lasse sich zwar nicht feststellen, aber das Risiko gravierender Belastungen sei hoch. Wegen der Verpflichtung, die Gefahr erheblicher Grundrechtsbeeinträchtigungen einzudämmen und schonend mit den Grundrechten umzugehen, können die bis zum Jahr 2030 im Gesetz vorgesehenen Emissionsmengen mit den künftig betroffenen Freiheitsgrundrechten im Ergebnis nur in Einklang gebracht werden, wenn dies mit Vorkehrungen zur grundrechtsschonenden Bewältigung der nach 2030 drohenden Reduktionslast verbunden ist.<sup>29</sup>

Das Gericht findet deutliche Worte: Praktisch verlange die Schonung künftiger Freiheit den Übergang zu Klimaneutralität rechtzeitig einzuleiten. So müsse es in allen Lebensbereichen – etwa Produktion, Dienstleistung, Infrastruktur, Verwaltung, Kultur und Konsum, letztlich bezüglich aller heute noch CO<sub>2</sub>-relevanten Vorgänge – zu Entwicklungen kommen, die ermöglichen, dass von grundrechtlicher Freiheit auch später noch auf der Grundlage CO<sub>2</sub>-freier Verhaltensalternativen gehaltvoll Gebrauch gemacht werden kann. Die Kritik, die im Klimabeschluss das Aufziehen einer Planwirtschaft sieht, ist unberechtigt.<sup>30</sup> So heißt es klar und deutlich, der Staat sei weder in der Lage noch sei es allein seine Aufgabe, alle technologischen und sozialen Entwicklungen zur Ersetzung und Vermeidung von treibhausgasintensiven Prozessen und Produkten und den Ausbau hierfür erforderlicher Infrastrukturen selbst zu erbringen. Es könne dem Gesetzgeber auch kaum gelingen, die erforderlichen Entwicklungen konkret vorzugeben. Verfassungsrechtlich verpflichtet sei er aber, grundlegende Voraussetzungen und Anreize dafür zu schaffen, dass diese Entwicklungen einsetzen.<sup>31</sup>

Der Erste Senat ist bemüht, dem Vorwurf, an die Stelle des Gesetzgebers zu treten, zu entgehen und der in Klimaklagen üblichen Kritik, es verschöben sich die Gewichte

---

<sup>27</sup> Rn. 198.

<sup>28</sup> Rn. 196.

<sup>29</sup> Rn. 245. Mit Möllers Freiheitsgrade, 2020, 267 könnte „eine Klimapolitik, die Rechte einschränkt, auch als Entscheidung für eine kontrollierte und gegen eine unkontrollierte Beschränkung von Freiheit“ verstanden werden.

<sup>30</sup> So aber Ladeur, Freiheit als Anspruch auf verschärfte staatliche Planung, FAZ-Einspruch v. 30.4. 2021.

<sup>31</sup> Rn. 248 f.

im Rahmen der Gewaltenteilung, keine Munition zu liefern.<sup>32</sup> Zwar ist die Kontrolle von Grundrechtseingriffen umfassender als in der Schutzdimension. Aber so „festgefahren“ wie hier ist der Kontrollmaßstab bei eingriffsähnlichen Vorwirkungen nicht. Da noch nicht feststeht, wie konkret die Belastung ausfällt, werden dem Gesetzgeber nicht unmaßgebliche Gestaltungsspielräume zugestanden. „Das Grundgesetz gibt nicht im Einzelnen vor, was zu regeln ist, um Voraussetzungen und Anreize für die Entwicklung klimaneutraler Alternativen zu schaffen.“<sup>33</sup> Grundlegend hierfür und damit für eine vorausschauende Schonung künftiger Freiheit sei allerdings, dass der Gesetzgeber einer möglichst frühzeitigen Einleitung der erforderlichen Entwicklungs- und Umsetzungsprozesse auch für die Zeit nach 2030 Orientierung bietet und diesen damit zugleich ein hinreichendes Maß an Entwicklungsdruck und Planungssicherheit vermittelt. Hier liegt eine nicht unwesentliche Pointe des Beschlusses: Gerade über die Eingriffsabwehrrechte wird der Versuchung widerstanden, die Kontrolle zu maximieren, wie es für die Schutzpflichten schon lange mit der Preisgabe der Evidenzkontrolle zugunsten einer Vertretbarkeitskontrolle gefordert wird.<sup>34</sup>

Natürlich bleiben Fragen. Das kann bei einer „großen“ Entscheidung nicht anders sein. Lässt man sich darauf ein, dass wir im Klimaschutz vielleicht gut beraten sind, neue Wege zu gehen statt zurückzurudern, um wieder in vertrautem Terrain zu sein, lautet eine Frage, welche Auswirkungen der Klimabeschluss für die vom Gesetzgeber festgelegten Emissionsminderungspflichten bis 2030 hat. Weil es immer wieder im Beschluss heißt, das nationale Restbudget sei bereits 2030 weitgehend aufgezehrt<sup>35</sup>, könnte die Erhöhung der Emissionsminderungspflichten, wie sie der Gesetzgeber im Anschluss an den Klimabeschluss bis 2030 vorgenommen hat, nicht nur unionsrechtlich, sondern auch verfassungsrechtlich gefordert sein.<sup>36</sup> Denn gibt es nach 2030 praktisch nichts mehr zu verteilen, sind die Vorwirkungen der Jahresemissionsmengen doch schon heute absehbar und unumkehrbar, so dass ein grundrechtsschonender Umgang mit der Freiheit politisches Handeln für die Zeit bis 2030 verlangen könnte. Der Erste Senat fordert zwar kein CO<sub>2</sub>-Restbudget<sup>37</sup> und hat die Ziele bis 2030 im

---

<sup>32</sup> Siehe *B. Wegener*, ZUR 2019, 3; anders *Graser*, RW 10 (2019), 317; mit Blick auf das BVerfG *ders.*, Darf es? Kann es? Soll es?, FAZ-v. 16.1.2020. Wird die Justiz angerufen, um Politik anzustoßen, nicht aber zu ersetzen, lässt sich ein Missbrauch der Dritten Gewalt nicht überzeugend darlegen. Ein „Monitoring“ durch die Justiz unter Wahrung von dessen Eigengesetzlichkeiten stellt kein Problem der Gewaltenteilung dar, vgl. *Franzius*, Prävention durch Verwaltungsrecht: Klimaschutz, VVDStRL 81 (im Erscheinen), These 22.

<sup>33</sup> Rn. 249.

<sup>34</sup> Vgl. *Calliess*, Rechtsstaat und Umweltstaat, 2001, 461 ff.

<sup>35</sup> Legt man ein ab 2020 verbleibendes nationales CO<sub>2</sub>-Restbudget von 6,7 Gigatonnen zugrunde, wie es der SRU für das Ziel ermittelt hat, den Anstieg der mittleren Erdtemperatur mit einer Wahrscheinlichkeit von 67% auf 1,75 °C zu begrenzen, wäre dieses Restbudget durch die in § 4 Abs. 1 S. 3 KSG iVm Anlage 2 zugelassenen CO<sub>2</sub>-Mengen bis 2030 „bereits weitgehend aufgezehrt“ (Rn. 231).

<sup>36</sup> Das sagt das Gericht nicht ausdrücklich, konnte es einen Verstoß gegen Art. 20a GG doch nicht feststellen. Art. 20a GG komme jedoch „normatives Gewicht bereits zu, bevor das verfassungsrechtlich maßgebliche Budget vollends verbraucht ist, weil es, ungeachtet verfassungsrechtlicher Bedenken, weder verantwortlich noch realistisch wäre, CO<sub>2</sub>-relevante Verhaltensweisen zunächst unvermindert hinzunehmen, dann aber zum Zeitpunkt des vollständigen Verbrauchs des Restbudgets unvermittelt Klimaneutralität einzufordern“ (Rn. 120).

<sup>37</sup> A.A. *Verheyen*, Stellungnahme v. 18.6.2021, Deutscher Bundestag, Ausschuss für Umwelt, Naturschutz und Reaktorsicherheit, Ausschuss-Drs 19 (16) 589-F, 5 f.

Ergebnis nicht beanstandet.<sup>38</sup> Ihre Verschärfung durch die Novellierung des KSG ist aber nicht bloß Ausdruck politischen Willens, sondern dürfte mittelbar durch die „Vorwirkungen“ der Freiheit verfassungsrechtlich gefordert sein, um nach 2030 überhaupt noch CO<sub>2</sub> emittieren zu können.<sup>39</sup>

### III. Eingriffsähnliche Vorwirkungen

Die Figur eingriffsähnlicher Vorwirkungen ist durch eine Ambivalenz gekennzeichnet. Einerseits ist sie von einer Weite, die es zweifelhaft erscheinen lässt, auf den Klimaschutz beschränkt zu bleiben. Andererseits bezieht der Erste Senat die Figur auf eine spezifische Konstellation, die mit der Bezugnahme auf das CO<sub>2</sub>-Budget wenig Möglichkeiten der Verallgemeinerung bietet. So heißt es, diese Vorwirkung sei nicht bloß faktischer Art, sondern rechtlich vermittelt: „Es ist das Verfassungsrecht selbst, das mit jedem Anteil, der vom endlichen CO<sub>2</sub>-Budget verzehrt wird, umso dringender aufgibt, weitere CO<sub>2</sub>-relevante Freiheitsausübung zu unterbinden. Diese rechtlich vermittelte eingriffsähnliche Vorwirkung aktueller Emissionsmengenregelungen bedarf wegen der gegenwärtig weitestgehend irreversiblen Wirkung der einmal zugelassenen und in die Erdatmosphäre gelangten Emissionsmengen bereits heute verfassungsrechtlicher Rechtfertigung.“<sup>40</sup> Soll der Maßstab praktikabel sein, müsste der Gedanke eingriffsähnlicher Vorwirkungen konkreter gefasst werden.

#### 1. Idee der Vorwirkung

Der Rechtsordnung sind Vorwirkungen nicht unbekannt, wenngleich eine grundrechtsbeeinträchtigende Vorwirkung in der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts bislang keine Rolle gespielt hat und, soweit ersichtlich, nur ein einziges Mal aufgegriffen wurde, weil die angegriffene gesetzliche Regelung darauf abzielte.<sup>41</sup> Dass Gesetze eine Vorwirkung entfalten können, ist seit längerer Zeit bekannt.<sup>42</sup> Praktisch bedeutsamer sind Vorwirkungen von EU-Richtlinien.<sup>43</sup> Dass bei irreversiblen Entscheidungen der verfassungsgerichtliche Rechtsschutz zu spät kommen kann und daher vorverlagert werden muss, ist keineswegs neu. Das zeigt das Institut der enteignungsrechtlichen Vorwirkung mit der Folge, dass auch dort, wo es noch nicht zum Entzug des Eigentums kommt, verbindlich über die Verwirklichung eines Vorhabens unter

---

<sup>38</sup> Mit der Festlegung quantifizierter Ziele schränkt der Gesetzgeber seine Gestaltungsfreiheit ein, noch fragend *T. Groß*, VVDStRL 79 (2020), 229. Es handelt sich um keine verfassungsrechtliche Bindung, kommt aber der Figur eines „Maßstabgesetzes“ nahe, wie es einst vom BVerfG für das Steuerrecht gefordert wurde und Fürsprecher im Umweltrecht fand, vgl. im Anschluss an BVerfGE 101, 158 *Calliess*, Rechtsstaat und Umweltstaat (Fn. 34), 235 ff.; aufgegriffen durch *SRU*, Demokratisch regieren in ökologischen Grenzen, 2019, 182 f. Zur Bindung von Gesetzen an Gesetze *Kloepfer*, in: ders. (Hrsg.), Gesetzgebung als wissenschaftliche Herausforderung, 2. Aufl. 2018, 93 ff.

<sup>39</sup> So auch *Frenz* EnWZ 2021, 201 (202 f.); zurückhaltender *Faßbender*, NJW 2021, 2085 (2090).

<sup>40</sup> Rn. 187.

<sup>41</sup> Vgl. *Faßbender*, NJW 2021, 2085 Fn. 39 mit dem Hinweis auf BVerfGE 146, 71 Rn. 109 ff.

<sup>42</sup> Vgl. *Kloepfer*, Vorwirkung von Gesetzen, 1974; *Guckelberger*, Vorwirkung von Gesetzen im Tätigkeitsbereich der Verwaltung, 1997.

<sup>43</sup> Vgl. *Kühling*, DVBl 2006, 857.

Inanspruchnahme fremden Eigentums entschieden wird, so dass eine Verfassungsbeschwerde unter Berufung auf Art. 14 Abs. 1 GG schon zum früheren Zeitpunkt zulässig ist.<sup>44</sup> Hier geht es jedoch um ein konkret benennbares Grundrecht mit eindeutig beschreibbaren Auswirkungen, die sich im Klimabeschluss mit der Figur der eingriffsähnlichen Vorwirkung gerade nicht formulieren lassen.<sup>45</sup> Mit anderen Worten: Vorwirkungen lassen sich häufig beschreiben, etwa mit Blick auf die Grundrechtsträgerschaft<sup>46</sup> oder im Verwaltungsrecht mit aufenthaltsrechtlichen Vorwirkungen<sup>47</sup> oder bodenrechtlichen Vorwirkungen und anderen Vorwirkungen der Planung. Sie haben mit den eingriffsähnlichen Vorwirkungen im Klimabeschluss jedoch wenig zu tun, mag der dahinter liegende Gedanke intertemporaler Freiheitssicherung auch im Schrifttum bereits angedacht worden sein.<sup>48</sup>

Dass der Staat die Gefahr eindämmen muss, dass er Grundrechte in der Zukunft gerade deswegen stark einschränken muss, weil er sie in der Gegenwart noch schont, findet in dieser den Klimabeschluss wie ein roter Faden kennzeichnenden Hervorhebung keine Vorläufer, ist vielmehr ein neuer Ansatz, der mit den Besonderheiten des Budget-Ansatzes für die grundrechtlichen Freiheiten zu tun haben könnte. Denn je mehr vom CO<sub>2</sub>-Budget aufgebraucht ist, desto drängender werden die verfassungsrechtlichen Anforderungen des Klimaschutzes und desto gravierender könnten Grundrechtsbeeinträchtigungen in verfassungsrechtlich zulässiger Weise ausfallen. Im Klimabeschluss werden die Besonderheiten der rechtlichen Bewältigung des Klimawandels mit den Worten akzentuiert, die „notwendigen Freiheitsbeschränkungen der Zukunft seien bereits in Großzügigkeiten des gegenwärtigen Klimaschutzrechts angelegt. Klimaschutzmaßnahmen, die gegenwärtig unterbleiben, um Freiheit aktuell zu verschonen, müssen in Zukunft unter möglicherweise noch ungünstigeren Bedingungen ergriffen werden, würden dann aber identische Freiheitsbedürfnisse und -rechte weit drastischer beschneiden“.<sup>49</sup>

## 2. Intertemporale Freiheitssicherung

Wird die Figur der eingriffsähnlichen Vorwirkung auf das Ziel intertemporaler Freiheitssicherung bezogen, ist damit nicht viel gewonnen, weil dieses Ziel keinen Begrenzungen zugänglich ist. Alle Freiheiten haben eine intertemporale Seite und es lässt sich kaum ein Gegenstand ausmachen, der sich nicht freiheitsrechtlich in die Zukunft denken ließe. Dennoch lässt der Klimabeschluss erkennen, dass eine freiheitliche Bekämpfung des Klimawandels einige Besonderheiten aufweist, etwa wenn es heißt,

---

<sup>44</sup> Dazu *Falter*, Die enteignungsrechtliche Vorwirkung – insbesondere von Planfeststellungsbeschlüssen, 2015.

<sup>45</sup> *M. Breuer*, Die Freiheit der Anderen, VerBlog v. 18.5.2021, <https://verfassungsblog.de/die-freiheit-der-anderen/>.

<sup>46</sup> *Hartleb*, Grundrechtsschutz in der Petrischale: Grundrechtsträgerschaft und Vorwirkungen bei Art. 2 Abs. 2 GG und Art. 1 Abs. 1 GG, 2006.

<sup>47</sup> VG München, Beschl. v. 21.1.2021, M 10 E 20.6771.

<sup>48</sup> Vgl. *Ekardt*, Das Prinzip Nachhaltigkeit, 2005, 90 ff. für die Anerkennung von intertemporalen Rechten auf Freiheit von Beeinträchtigungen des Lebens und der Gesundheit; s. auch *Strack*, Intergenerationelle Gerechtigkeit, 2015, 77 ff.

<sup>49</sup> Rn. 120.

dass „eine zu kurzfristige und damit einseitige Verteilung von Freiheit und Reduktionslasten zulasten der Zukunft verhindert werden“ müsse, was aber verlange, dass das knappe CO<sub>2</sub>-Restbudget hinreichend schonend aufgezehrt und so Zeit gewonnen wird, rechtzeitig erforderliche Transformationen einzuleiten, welche die Freiheitseinbußen durch die verfassungsrechtlich unausweichliche Reduktion von CO<sub>2</sub>-Emissionen und CO<sub>2</sub>-relevantem Freiheitsgebrauch lindern, indem sie CO<sub>2</sub>-neutrale Verhaltensalternativen“ verfügbar machen.<sup>50</sup>

Es ist nicht unbemerkt geblieben, dass im Klimabeschluss einerseits von Unumkehrbarkeit und Irreversibilität die Rede ist, andererseits Ungewissheit breiten Raum erhält.<sup>51</sup> Lasse sich „angesichts der vielfältigen Ungewissheit, wie groß das verbleibende CO<sub>2</sub>-Budget künftig tatsächlich sein wird, nicht mit Sicherheit feststellen oder ausschließen, dass es zu solchen aus heutiger Sicht unzumutbaren Freiheitseinbußen kommen muss, können heute aber doch Maßnahmen geboten sein, die ein solches Risiko wenigstens begrenzen. Nehmen Vorschriften ein Risiko erheblicher Grundrechtsbeeinträchtigung in Kauf, können die Grundrechte je nach der Art und Schwere der Folgen gebieten, rechtliche Regelungen so auszugestalten, dass auch die Gefahr von Grundrechtsverletzungen eingedämmt“ bleibt, so wird unter Rekurs auf die Kalkar-Entscheidung festgehalten.<sup>52</sup> Ohnehin schütze das Verhältnismäßigkeitsgebot nicht erst vor absoluter Unzumutbarkeit, sondern gebiete auch zuvor schon einen schonenden Umgang mit grundrechtlich geschützter Freiheit.

Dreh- und Angelpunkt ist insoweit die Argumentation mit dem Budget, dass der Erste Senat auf die Temperaturziele bezieht. Orientierung wird im Gesetzesrecht gesucht und unterstrichen, dass „die gewählte Temperaturschwelle nicht allein Ausdruck des politisch aktuell Gewollten, sondern (...) auch als Konkretisierung gerade des verfassungsrechtlich gebotenen Klimaschutzziels zu verstehen“ ist. Dafür spreche vor allem, dass es sich bei dem in § 1 S. 3 KSG genannten Klimaschutzziel um die international vereinbarte Temperaturschwelle des Art. 2 Abs. 1 lit. a PA handelt, die der Gesetzgeber bewusst und ausdrücklich als solche zugrunde gelegt hat (...). Mit der Statuierung der Temperaturschwelle des Art. 2 Abs. 1 lit. a PA hat der Gesetzgeber die grundlegende Ausrichtung des nationalen Klimaschutzrechts gerade in der Weise bestimmt, die dem deutschen Staat eine Möglichkeit eröffnet, seinen verfassungsrechtlichen Auftrag zum Klimaschutz international eingebettet durch eigene Anstrengungen effektiv zu erfüllen.<sup>53</sup> Der anschließende Schwenk ist bemerkenswert, denn „als verfassungsrechtlich notwendige, grundlegende Konkretisierung des Art. 20a GG entfaltet die dem Klimaschutz in § 1 S. 3 KSG zugrunde gelegte Temperaturmaßgabe ihrerseits verfassungsrechtliche Orientierungsfunktion.“ Auch für die verfassungsgerichtliche Kontrolle bilde sie die maßgebliche Konkretisierung des in Art. 20a GG enthaltenen Klimaschutzauftrags.<sup>54</sup>

---

<sup>50</sup> Rn. 194.

<sup>51</sup> Krit. *Ruttloff/Freihoff*, NVwZ 2021, 917 (918 f.).

<sup>52</sup> Rn. 194 mit dem Hinweis auf BVerfGE 49, 89 (141 f.).

<sup>53</sup> Rn. 210.

<sup>54</sup> Rn. 213.

Zwar ist der Erste Senat vorsichtig, klimawissenschaftliche Erkenntnisse eins zu eins in normative Aussagen des Grundgesetzes zu übersetzen.<sup>55</sup> Das gilt auch für das Restbudget, das zu bestimmen mit erheblichen Ungewissheiten verbunden ist und Wertungen verlange. Deshalb bleiben dem Gesetzgeber Entscheidungsspielräume, die er jedoch nicht nach politischem Belieben ausfüllen dürfe.<sup>56</sup> Bestehe wissenschaftliche Ungewissheit über umweltrelevante Ursachenzusammenhänge, setze Art. 20a GG den Entscheidungen des Gesetzgebers – zumal solchen mit unumkehrbaren Folgen für die Umwelt – vielmehr Grenzen und erlege ihm, auch in Verantwortung für die künftigen Generationen, eine besondere Sorgfaltspflicht auf (...). Ausdruck dieser besonderen Sorgfaltspflicht ist jedenfalls, dass der Gesetzgeber bereits belastbare Hinweise auf die Möglichkeit gravierender oder irreversibler Beeinträchtigungen – jeweils in Ansehung ihrer Belastbarkeit – berücksichtigen muss.<sup>57</sup>

Dennoch erweckt die Argumentation des Bundesverfassungsgerichts den Eindruck, als verstehe es die Staatszielbestimmung des Art. 20a GG wie ein normgeprägtes Grundrecht, dessen Inhalt zu weiten Teilen der einfache Gesetzgeber bestimmt. Das Gericht billigt nicht nur den Budget-Ansatz des Gesetzgebers, sondern stellt ihn unter den Vorbehalt des in Art. 20a GG hineingelesenen klimawissenschaftlichen Budgets, das, wie durchaus gesehen wird, nur einen relativen Maßstab liefert.<sup>58</sup> Die intertemporale Freiheitssicherung hängt damit etwas in der Luft, wengleich der Aussage, es müsse ein Planungshorizont entstehen, vor dem Anreiz und Druck erwachsen, die erforderlichen, teils langwierigen Entwicklungen in großer Breite in Gang<sup>59</sup> zu setzen, kaum zu widersprechen sein wird. Es erinnert an die alte, aber umstrittene „Freiraumthese“ im Immissionsschutzrecht.<sup>60</sup> Sie wird gewissermaßen auf die Freiheitsrechte bezogen, indem schnelle Entwicklungen angemahnt werden, um künftige Freiheit nicht plötzlich, radikal und ersatzlos beschneiden zu müssen.

---

<sup>55</sup> Vorentschieden wird die Klimapolitik in den Klimawissenschaften nicht. Das würde in eine Entpolitisierung von Politik führen während auf der anderen Seite der Politisierung von Wissenschaft kein Einhalt geboten wäre, vgl. *Beck*, Zwischen Entpolitisierung von Politik und Politisierung von Wissenschaft: Die wissenschaftliche Stellvertreterdebatte um Klimapolitik, in: Schüttemeyer (Hrsg.), *Politik im Klimawandel*, 2011, 239 (247 ff.). Zur Warnung vor naturalistischen Fehlschlüssen auch *Lepsius*, Risikosteuerung durch Verwaltungsrecht: Ermöglichung oder Begrenzung von Innovationen?, *VVDStRL* 63 (2004), 264 (281, 285 f.).

<sup>56</sup> Rn. 215.

<sup>57</sup> Rn. 229.

<sup>58</sup> Entwickelt vom *Wissenschaftlichen Beirat der Bundesregierung Globale Umweltveränderungen (WBGU)*, Kassensturz für den Weltklimavertrag – Der Budgetansatz, Sondergutachten 2009, hat sich jüngst auch der Sachverständigenrat für Umweltfragen dafür ausgesprochen, die Pariser Klimaziele mit einem CO<sub>2</sub>-Budget zu erreichen, vgl. *SRU*, Umweltgutachten 2020, 37 ff. Zwar sei für das Temperaturziel politisch kein globales CO<sub>2</sub>-Budget festgelegt. Es lasse sich jedoch klimawissenschaftlich ermitteln und helfe die rechtsverbindlich festgelegten Emissionsbudgets auf Unions- und nationaler Ebene daraufhin zu befragen, ob sie ausreichen, die Ziele des Paris-Abkommens zu erreichen. Vorgegeben ist durch das Paris-Abkommen lediglich die Festlegung eines nationalen Beitrags, der einen „fairen“ Anteil am Reduktionsfortschritt darstellt. Dafür kann nicht allein die Bevölkerungsgröße maßgeblich sein. Angemahnt wird auch die Berücksichtigung der ökonomischen Leistungsfähigkeit und der historischen Emissionen.

<sup>59</sup> Rn. 253.

<sup>60</sup> *Feldhaus*, DVBI 1980, 133 (135); *Sellner*, NJW 1980, 1255 (1257); *Kloepfer*, Umweltrecht, 4. Aufl. 2016, § 4 Rn. 19 ff.; § 14 Rn. 70.

Allzu schnelle Überhöhungen des Klimabeschlusses sollten aber vermieden werden. Denn am Ende steht ein schmales Ergebnis. Als verfassungswidrig gerügt wird lediglich, dass der Gesetzgeber die Verantwortung für die Fortschreibung des Reduktionspfads nach 2030 nicht ohne nähere Vorgaben der Bundesregierung überlassen darf. Lässt man die grundlegenden, aber für die Entscheidung nicht wirklich zwingenden Überlegungen zur intertemporalen Freiheitssicherung mit der Figur der eingriffsähnlichen Vorwirkung weg, so wird lediglich der Gesetzgeber ermahnt, die Schritte in die Klimaneutralität besser zu bestimmen.<sup>61</sup> Vielleicht liegt hier eine weitere Pointe des Klimabeschlusses: Das Verfassungsgericht hebt – insoweit seiner klassischen Aufgabe entsprechend – die Verantwortung des Gesetzgebers hervor. Dem Gesetzeserfordernis könne nicht der Gedanke dynamischen Grundrechtsschutzes entgegengehalten werden, denn „die Herausforderung liegt nicht darin, zum Schutz der Grundrechte regulatorisch mit Entwicklung und Erkenntnis Schritt zu halten, sondern es geht vielmehr darum, weitere Entwicklungen zum Schutz der Grundrechte regulatorisch überhaupt erst zu ermöglichen“.<sup>62</sup> Mit dem Aufzeigen von Delegationsgrenzen hat das Bundesverfassungsgericht parlamentarische Verantwortung nicht geschwächt, sondern gestärkt. Vorwürfe, das Gericht habe den Primat der Politik verkannt, laufen ins Leere. Denn dem Gesetzgeber wurden keine konkreten Maßnahmen vorgeschrieben. Auch der Ordnungsgeber kann tätig werden, aber es muss legislativ ein Planungshorizont vorgegeben sein.

### 3. Dogmatische Konturierung

Der Beschluss dient mit seiner intertemporalen Rekonstruktion grundrechtlicher Freiheiten der Abmilderung des Antagonismus von Kurzzeitlegitimation und Langzeitverantwortung.<sup>63</sup> Denn der Gesetzgeber muss für die Zukunft Verantwortung übernehmen und sich – als verfassungsrechtlich einklagbare Pflicht – gegenüber denen, die nach 2030 die Folgen seines heutigen Handelns zu tragen haben werden, rechtfertigen.

Es ist zu begrüßen, dass das Bundesverfassungsgericht die prognostischen Unsicherheiten im Hinblick auf die Eintrittswahrscheinlichkeit bestimmter mit dem Klimawandel verbundener Gefahren durchgängig zu Gunsten eines weiten Spielraums von Bundestag und Bundesregierung wertet<sup>64</sup> und auf die Figur des Untermaßverbots überhaupt nicht eingeht. Auch einen extraterritorialen Schutzpflichtenverstoß gegenüber den Beschwerdeführerinnen aus Bangladesh und Nepal konnte es nicht erkennen. Evident will das Gericht aus der Schutzpflichtendogmatik ausbrechen, was mit der neuen Figur eingriffsähnlicher Vorwirkungen geschieht.

---

<sup>61</sup> Rn. 257.

<sup>62</sup> Diese Aussage hat es sogar in die Leitsätze geschafft, vgl. Leitsatz 5.

<sup>63</sup> Dazu *Franzius*, Die Rolle von Gerichten im Klimaschutzrecht, in: Rodi (Hrsg.), Handbuch Klimaschutzrecht, 2021, § 7 Rn. 49 ff.

<sup>64</sup> A.A. *Buser*, Die Freiheit der Zukunft: Zum Klima-Beschluss des Bundesverfassungsgerichts, VerBlog v. 30.4.2021, <https://verfassungsblog.de/die-freiheit-der-zukunft/>.



Die Sorgen vor einer Juridifizierung der Klimapolitik<sup>65</sup> werden ernst genommen, denn der Erste Senat nimmt die Ungewissheiten und Risiken bzgl. der drohenden Gefahren nicht zum Anlass einer stärkeren Kontrolle, sondern im Gegenteil zur Beschränkung eben dieser. Wenn es heißt, das Gericht habe einen Grundrechtsverstoß erst in der fehlenden Festsetzung von Jahresemissionsmengen für die Jahre nach 2030 festgestellt, so ist das richtig, verfehlt aber die Pointe. Denn wenn es nach 2030 nichts mehr zu verteilen gibt, greifen die Vorwirkungen auch auf den Zeitraum vor 2030.

Vieles lädt zu Nachfragen ein. Aber zu viel sollte von einem Gericht nicht erwartet werden. Schon vor dem EuGH, aber auch dem VG Berlin wurde mit einem Eingriff in die Grundrechte<sup>66</sup> argumentiert, was der Senat jetzt aufgreift, indem ein Schutzpflichtenverstoß verneint, aber eine eingriffsabwehrrechtlich zu erfassende Konstellation im Verschieben von Emissionsminderungslasten in die Zukunft bejaht wurde. Die dogmatische Trennung der grundrechtlichen Zugriffe, die vom EGMR in dieser Schärfe nicht geteilt, in Deutschland aber für sankrosankt gehalten wird, relativiert sich dadurch nicht unerheblich.<sup>67</sup> Insoweit hat das Gericht eine ganz andere „Progressivität“<sup>68</sup> gebracht als erwartet und die Enge, in die es sich mit seiner eigenen Schutzpflichtenrechtsprechung<sup>69</sup> gebracht hat, durch eine Reaktivierung der Eingriffsabwehr überwunden.

Sicherlich mag die Aussage angreifbar sein, dass ohne das Aufzeigen eines Emissionsminderungspfads zur Klimaneutralität nahezu alle Freiheitsrechte unverhältnismäßig beschränkt werden. Aber ist damit die Kritik berechtigt, dass gar nicht gesagt werde, um welche Grundrechte es konkret geht? Ist das Budget aufgezehrt, können Emissionen nicht mehr verteilt werden, was vor allem für jüngere Menschen mit erheblichen Freiheitseinbußen einhergeht, die sich heute nicht verlässlich bestimmen lassen, aber zu erwarten sind und die Altersgruppe in der Blüte ihres Lebens treffen wird. Der Verhältnismäßigkeitsgrundsatz ist erneut der Schlüssel, losgelöst von konkreten Grundrechtspositionen, die abgewogen werden, um den eingriffsähnlichen Vorwirkungen zu begegnen.

---

<sup>65</sup> In dem Maße, wie die Rolle der Vertragsstaaten für den Klimaschutz gestärkt wird, wächst die Zahl der „Klimaklagen“ vor den nationalen Gerichten, vgl. für eine Übersicht *The Geneva Association*, Climate Change Litigation – Insights into the evolving global landscape, April 2021; *Franzius*, Rolle von Gerichten (Fn. 63), § 7 Rn. 4 ff. Das Paris-Abkommen sagt dazu nichts, befördert durch seine Steuerungsmechanismen aber Klagen in den Vertragsstaaten, was sich nicht zuletzt daran zeigt, dass in solchen Klagen auf das Paris-Abkommen häufig Bezug genommen wird, vgl. *ders./Kling*, The Paris climate agreement and liability issues, in: Kahl/Weller (Hrsg.), Handbook Climate Change Litigation, 2021, 197 (208 ff.); *L. Wegener*, TEL 9 (2020), 17 (19 ff.).

<sup>66</sup> Vgl. *Winter*, ZUR 2019, 259 (261 ff.). Das wurde in Deutschland mangels Zurechenbarkeit zum Staat zugunsten der schwächeren Schutzpflicht abgelehnt, vgl. VG Berlin, Urt. v. 31.10.2019, 10 K 412/18, ZUR 2020, 160 Rn. 65 ff.; *Stürmlinger*, EurUP 2020, 169 (176); *Buser*, DVBI 2020, 1389 (1392); *Oexle/Lammers*, NVwZ 2020, 1723 (1725); a.A. *Murswiek*, Staatliche Verantwortung für die Risiken der Technik, 1985, 102 ff.

<sup>67</sup> Krit. *Beckmann*, UPR 2021, 241 (242 ff.); *Faßbender*, NJW 2021, 2085 (2088 f.); *Calliess*, ZUR 2021, 355 (357).

<sup>68</sup> *Kahl*, JURA 2021, 117 (129).

<sup>69</sup> Rekonstruktion: *Meyer*, NJW 2020, 894.

Art. 20a GG wird zur Rechtfertigung herangezogen, verleiht aber keine subjektiven Rechte. Wird das so verstanden, fragt sich, wie das Gericht überhaupt zur Rechtfertigung von Grundrechtseingriffen kommt, nachdem ein Schutzpflichtenverstoß nicht festgestellt werden konnte. Wie also wird die Brücke von den Schutzpflichten zur un-spezifischen Eingriffsabwehr geschlagen? Das Scharnier sind die intertemporalen Wirkungen der Grundrechte, die vor einer Freiheitsgefährdung durch einseitige Verlagerung der Treibhausgasminde­rungs­last in die Zukunft schützen. Der normative Anknüpfungspunkt für diese Vorverlagerung der Abwehrrechte kann nur Art. 20a GG sein. Nicht Art. 20a GG wird subjektiviert, sondern die Freiheitsrechte werden intertemporalisiert, indem der Gesetzgeber aufgefordert wird, in den Festlegungen der Reduktionspfade nicht bloß die Beschränkungen im „hier und jetzt“ zu berücksichtigen, sondern auch die Lasten in der Zukunft, die umso stärkere Freiheitsgefährdungen mit sich bringen, je weniger ambitioniert die Reduktionsbemühungen heute ausfallen.

Unterstrichen wird diese Lesart durch das „unangetastet-bleiben“ der beiden Seiten der Grundrechte. Weder die Verneinung eines Schutzpflichtenverstoßes kommt überraschend noch werden neue Freiheitsrechte kreiert, etwa ein Recht auf ein ökologisches Existenzminimum. Es wird auch kein neues Abwehrrecht geschaffen, um den selbst entwickelten Maßstäben der Schutzpflichtendogmatik zu entgehen. Maßgeblich bleiben vielmehr die Grundrechte so wie wir sie kennen. Sie werden jedoch in der Zeit verstanden. Nicht in dem Sinne, dass auf Freiheitsrechte künftiger Generationen, sondern auf die Rechte der heute lebenden jüngeren Generation abgestellt wird, die mit den zu wenig in die Zukunft weisenden Festlegungen des Gesetzgebers beschränkt werden. Mit dem Hinausschieben der Verantwortung in die Zukunft wird ein Zustand geschaffen, der auf die Gegenwart zurückwirkt und eingriffsähnliche Vorwirkungen entfaltet. Art. 20a GG erlaubt es, die eingriffsabwehrrechtliche Funktion der Grundrechte zu reaktivieren.<sup>70</sup> Hier finden wir den Halt, der eine verfassungsgerichtliche Kontrolle erleichtert.<sup>71</sup> Das kommt überraschend, ist in der Sache aber überzeugend, weil ein neuer Weg aufgezeigt wird, die Freiheitsrechte gegen zu wenig ambitionierte Zielfestlegungen des Gesetzgebers in Stellung zu bringen.<sup>72</sup>

Das entbindet nicht von der Aufgabe dogmatischer Konturierung. Was bleibt von den Schutzpflichten, die der Erste Senat ja nicht ausblendet und im Klimabeschluss auch bei den Abwehrrechten im Hintergrund bleiben? Es ist offensichtlich, dass den

---

<sup>70</sup> Grundlegend *Lübbe-Wolff*, Die Grundrechte als Eingriffsabwehrrechte, 1988, 25 ff.

<sup>71</sup> Zwar kann in den Klimabeschluss das wissenschaftliche Konzept planetarer Belastungsgrenzen hineingelesen werden, das ein Überschreiten dieser Grenzen mit katastrophalen Folgen verhindern will, indem bei der Bestimmung kritischer Schwellenwerte ein Sicherheitsabstand herangezogen wird. Nicht aufgegriffen wurde jedoch die Kopplung mit den grundrechtlichen Schutzpflichten und dem Vorsorgeprinzip des Art. 191 AEUV, aus dem sich ein eigenständiger Grundsatz der Nichtausschöpfung ökologischer Belastungsgrenzen ergeben soll, vgl. *SRU*, Umweltgutachten 2020, 502 f.; *Callies*, ZUR 2019, 385 f. Das BVerfG lässt das Vorsorgeprinzip unerwähnt und vermeidet es, von einem „Abstandsgebot“ zu sprechen, das bereits im Vorfeld einer Gefahr, also der wissenschaftlich plausibel gemachten Möglichkeit eines Überschreitens kritischer Belastungen oder Kippunkte, politisches Handeln einfordert. Für die Aktivierung des Vorsorgeprinzips *Dobson*, *Climate Law* 8 (2018), 207.

<sup>72</sup> Vgl. *Franzius*, Prävention (Fn. 32), III.1.b).

Maßstäben zu entgehen versucht wurde, aus denen eine Selbstbindung folgt, die nicht einfach in Frage gestellt werden konnte. Kreiert das Gericht jetzt neue Maßstäbe, die weit über den Einzelfall hinausreichen? Dadurch, dass es die einfachgesetzlich und völkervertraglich festgelegten Temperaturziele aus § 1 KSG zum Maßstab des Art. 20a GG erhebt, hat es sich seinen verfassungsrechtlichen Prüfungsrahmen mehr oder weniger selbst geschaffen. Dies gelingt durch eine Unterscheidung des verfassungskonkretisierenden Gehalts von § 1 S. 3 KSG von dem daran zu messenden einfachgesetzlichen Gehalt von § 3 Abs. 1 S. 2 KSG und § 4 Abs. 1 S. 3 KSG in Verbindung mit Anlage 2. „Erst diese Erhebung der Temperaturziele zum verfassungsrechtlichen Maßstab erlaubt die spätere Konstruktion, nach der die Umsetzung der Temperaturziele in Emissionsziele nur bei einer ausgewogenen Fortschreibung der Emissionsziele auch über das Jahr 2030 hinaus gerechtfertigt wäre.“<sup>73</sup> So entwickelt sich der Erste Senat einen Maßstab, an dem er die Maßnahmen im Rahmen einer abwehrrichtlichen Kontrolle und darin am Grundsatz der Verhältnismäßigkeit überprüfen kann. Diese Rechtfertigungsprüfung wird dann durch die „eingriffsähnliche Vorwirkung“ eröffnet. Jetzt kann der Verfassungsverstoß im Rahmen einer Prüfung der Verletzung „sämtliche(r) menschliche(r) Freiheitsbetätigungen“ und als Verpflichtung aus dem Grundsatz der Verhältnismäßigkeit festgestellt werden.<sup>74</sup>

Nicht unproblematisch ist, dass es hier zu einer Vermischung unterschiedlicher Normenkategorien kommt, die in Konflikt mit der Normenhierarchie tritt.<sup>75</sup> Denn der Erste Senat lädt auf seinem Weg einfachrechtliche Wertungen verfassungsrechtlich auf und hebt sie normenhierarchisch auf eine Stufe oberhalb des übrigen einfachen Rechts. Gleichzeitig erhalten jene Wertungen jedoch keinen Verfassungsrang und werden nicht etwa dem Zugriff des einfachen Gesetzgebers entzogen. So entsteht eine Zwischenkategorie, die sich weder theoretisch verorten lässt noch im Grundgesetz angelegt sei.<sup>76</sup> Dieser Einwand müsste erst einmal widerlegt werden, um der Figur eingriffsähnlicher Vorwirkungen, die darauf aufbaut, dogmatische Konturen zu verleihen.

Weniger überzeugend ist der Einwand, die Gewaltengliederung werde durch den Klimabeschluss auf den Angeln gehoben. Sicherlich: Das Bundesverfassungsgericht zieht Art. 20a GG heran, um dem politischen Prozess etwas „entgegenzusetzen“. Hier sei der Umweltschutz „zur Angelegenheit der Verfassung gemacht, weil ein demokratischer politischer Prozess über Wahlperioden kurzfristiger organisiert ist, damit aber strukturell Gefahr läuft, schwerfälliger auf langfristig zu verfolgende ökologische

---

<sup>73</sup> *Stohlmann*, Keine Schutzpflicht vor zukünftigen Freiheitsbeschränkungen – warum eigentlich?, *VerfBlog* v. 4.5.2021, <https://verfassungsblog.de/keine-schutzpflicht-vor-zukunfftigen-freiheitsbeschränkungen-warum-eigentlich>.

<sup>74</sup> *Stohlmann* (Fn. 73) mit dem Hinweis auf Rn. 184 und Rn. 243; krit. *Calliess*, „Elfes“ Revisited? Der Klimabeschluss des Bundesverfassungsgerichts, *VerfBlog* v. 25.5.2021, <https://verfassungsblog.de/elfes-revisited/> („Öko-Elfes“).

<sup>75</sup> *Stohlmann* (Fn. 73) im Anschluss an *Lepsius*, Die maßstabsetzende Gewalt, in: *Jestaedt/Lepsius/Möllers/Schönberger*, Das entgrenzte Gericht, 2011, 249 f.

<sup>76</sup> *Stohlmann* (Fn. 73).

Belange zu reagieren“.<sup>77</sup> Dagegen ist wenig zu sagen, weil the „day-to-day political process, with the short intervals between elections, makes it structurally difficult to pursue long term ecological interests. It is therefore the task of the judiciary, not to concretise open textured constitutional norms in the place of the legislature but to ensure that these norms’ outer boundaries are respected“.<sup>78</sup> Für den Klimaschutz mögen operationalisierbare Maßstäbe noch nicht gefunden sein, aber dass der Klimabeschluss des Bundesverfassungsgerichts trotz aller Nebel, welche die Figur der eingriffsähnlichen Vorwirkungen ausgelöst hat, den Klimaschutz in Deutschland vorangebracht hat, steht außer Frage, mag Kritik an der Maßstabbildung auch berechtigt sein. Diese lässt offen, inwieweit sich die Aussagen im Klimabeschluss verallgemeinern lassen.

#### IV. Büchse der Pandora?

Öffnet sich die Büchse der Pandora? Der Senat entgeht seiner Bindung an die Maßstäbe der Schutzpflichtendogmatik, droht aber ein neues Maßstabsszenario zu schaffen, das nicht auf die Klimapolitik beschränkt bleiben könnte. In den ersten Reaktionen auf den Klimabeschluss wurde schnell die Frage gestellt, ob es nunmehr nicht angezeigt sei, auch die sozialen Sicherungssysteme oder die Staatsverschuldung unter dem Vorzeichen intertemporaler Freiheitssicherung neu zu bewerten.<sup>79</sup> Kann nicht auch hier von eingriffsähnlichen Vorwirkungen gesprochen werden?

Vorsicht ist geboten. Das Grundgesetz, so heißt es im Klimabeschluss, verpflichte „unter bestimmten Voraussetzungen“ zur verhältnismäßigen Verteilung von Freiheitschancen über Generationen.<sup>80</sup> Betrachten wir die Ausführungen genauer, so gehören zu diesen Voraussetzungen eine zweipolige Abwehrsituation, wobei die zukünftigen Freiheitseinbußen in der Gegenwart angelegt sein müssen, vor allem aber Art. 20a GG als Scharnier für den Freiheitsschutz in der Zeit mit der Irreversibilität als Voraussetzung für die eingriffsähnliche Vorwirkung zur Erfassung ungewisser Entwicklungen.<sup>81</sup>

---

<sup>77</sup> Rn. 206.

<sup>78</sup> So *Eckes*, Separation of Powers in Climate Cases: Comparing cases in Germany and the Netherlands, VerfBlog v. 10.5.2021, <https://verfassungsblog.de/separation-of-powers-in-climate-cases/> mit der Ergänzung: „The BVerfG stayed in safer waters as concerns reproaches in terms of separation of powers. It did not (have to) construe a positive duty to protect but identified a rights violation because an interference with fundamental freedoms could not be justified. By doing so, the Court protected individual autonomy, including into the future.“

<sup>79</sup> In dieser Richtung der Präsident des Bundessozialgerichts *Schlegel*, FAZ v. 7.5.2021, 17; *Rath/Benner*, Ein Grundrecht auf Generationengerechtigkeit?: Die Relevanz des Klimaschutz-Beschlusses des Bundesverfassungsgerichts für andere Rechtsgebiete mit intergenerationaler Bedeutung, VerfBlog v. 7.5.2021, <https://verfassungsblog.de/ein-grundrecht-aufgenerationengerechtigkeit/>; vorsichtiger *Schlacke*, NVwZ 2021, 912 (917) „zumindest diskutabel“.

<sup>80</sup> Rn. 183.

<sup>81</sup> Für die Präzisierung der Voraussetzungen danke ich meinem Mitarbeiter *Kaspar Herbst*.

Diese Voraussetzungen schaffen Grenzen, die einer Übertragbarkeit auf soziale Sicherungssysteme entgegenstehen. Was die zweipolige Abwehrsituation betrifft, sollte von dieser Voraussetzung nicht zu viel erwartet werden, lässt sich eine dreipolige Schutzpflichtenkonstellation doch relativ einfach in eine Abwehrkonstellation umdeuten, wenn man es will.<sup>82</sup> Das Bundesverfassungsgericht stellt auf den Staat ab, der mit dem Klimaschutzgesetz eine bestimmte Emissionsmenge erlaubt, nicht aber auf die privaten Verursacher, vor denen Schutz gesucht wird. Eine Besonderheit besteht im Angelegtsein in der Gegenwart, dürften die Ursachenzusammenhänge im Bereich sozialer Sicherungssysteme doch mit viel größeren Unwägbarkeiten behaftet sein, etwa der zukünftigen Wirtschaftsentwicklung mit dem Steuereinkommen oder der Bevölkerungsentwicklung. Mit Art. 20a GG wird schließlich der Bezug zu den „natürlichen“ Lebensgrundlagen hergestellt, der mit dem hier hineingelesenen Budget-Ansatz auf den Klimaschutz beschränkt bleiben dürfte. Die Figur eingriffsähnlicher Vorwirkungen kann grundrechtsdogmatisch nicht von Art. 20a GG losgelöst und damit freischwebend für intergenerationelle Gerechtigkeit herangezogen werden. Eine Eigenart des Klimaschutzes sind vor allem die geforderte Unumkehrbarkeit und Irreversibilität, die sich so für die sozialen Sicherungssysteme nicht behaupten lassen, sind doch hier gesetzgeberische Anpassungen stets möglich. Fragen der Generationengerechtigkeit sind natürlich nicht auf den Klimaschutz beschränkt, doch vergleichbare Kippunkte, wie sie den Klimawandel auszeichnen, sind im Bereich der sozialen Sicherungssysteme oder bei der Staatsverschuldung nicht auszumachen. Das spricht dafür, in den eingriffsähnlichen Vorwirkungen eine dogmatische Ausnahmekonstellation zu sehen, die auf Klimafragen zugeschnitten ist, sich jedenfalls nicht ohne weiteres auf Fragen der sozialen Sicherungssysteme übertragen lässt.

## V. Ausblick

Eine erschöpfende Analyse des Klimabeschlusses konnte hier nicht gegeben werden. Das war auch nicht die Absicht. Die Entscheidung ist ein Steinbruch, der uns noch lange beschäftigen wird. Ziel des Beitrags war zu zeigen, dass wir es mit einer bundesverfassungsgerichtlichen Innovation zu tun haben.<sup>83</sup> Auch hier wäre der Plural angemessen, sind doch ohne Verfassungsänderung aus völkerrechtlichen Pflichten über eine Neuinterpretation des Art. 20a GG verfassungsrechtliche Pflichten geworden. Das verdient eine gesonderte Betrachtung. Vorliegend sollte gezeigt werden, dass die Einsicht von *Tomasi di Lampedusa* im Leopard auch für das Zusammenspiel von Klimaschutz und Grundrechten gilt, denn wenn wir wollen, dass alles bleibt wie es ist,

---

<sup>82</sup> Vgl. *Poscher*, Grundrechte als Abwehrrechte, 2003; *Schwabe*, Probleme der Grundrechtsdogmatik, 1977. Diese Rückbesinnung auf die Abwehrrechte hat sich nicht durchgesetzt. Das Klimaschutzrecht, das die Nutzung des Klimas als knappes Gut versteht, weil die Verfügbarkeit von Emissionsquantitäten unter Zugrundelegung der Temperaturziele endlich ist, entwickelt sich mit der Akzentuierung der Freiheitsrechte aber auch nicht in die umgekehrte Richtung dergestalt, die Inanspruchnahme öffentlicher Umweltgüter nicht länger als Freiheitsbetätigung, sondern als Teilhabe zu verstehen. Danach bestehe auf Umweltgüter kein Zugriffsrecht, sondern nur ein Zuteilungsanspruch im Rahmen gleichheitsgerechter Bewirtschaftungsentscheidungen, vgl. *Murswiek*, DVBl 1994, 77 (79 ff.).

<sup>83</sup> Siehe auch *H. Kahl*, EnWZ 2021, 273 (274 f.) mit dem Hinweis auf das Ende populärer Ausreden.

dann ist es nötig, dass alles sich verändert.<sup>84</sup> Das hat der Erste Senat mit der Figur der eingriffsrechtlichen Vorwirkung getan.<sup>85</sup> Jetzt liegt es an uns, der Figur nähere Konturen zu verleihen und Grenzen zu geben.<sup>86</sup>

---

<sup>84</sup> *Di Lampedusa*, *Der Leopard*, 1959, 32.

<sup>85</sup> Anders *Calliess*, ZUR 2021, 355 (357) mit dem Hinweis auf den Goethe entlehnten und auf die Lisabon-Entscheidung des Zweiten Senats gemünzten Titel des Beitrags von *Jestaedt*, *Der Staat* 48 (2009), 497: „Warum in die Ferne schweifen, wenn der Maßstab liegt so nah?“

<sup>86</sup> Mit dem kritisierten „Bundesverfassungsgerichtspositivismus“ hat das nichts zu tun, dazu *Schlink*, *Der Staat* 28 (1989), 161. Es gehört vielmehr zum „normalen“ Handwerkszeug der Rechtswissenschaft, die gerichtliche Praxis zu begleiten. Dazu gehört nicht nur Ablehnung, sondern auch Zustimmung.