



*Jean - Monnet - Lehrstuhl  
für Europäische Integration*

Freie Universität  Berlin

## *Berliner Online-Beiträge zum Europarecht Berlin e-Working Papers on European Law*

herausgegeben vom  
edited by

Lehrstuhl für Öffentliches Recht und Europarecht  
Chair of Public Law and European Law

Prof. Dr. Christian Calliess, LL.M. Eur  
Freie Universität Berlin

Nr. 145

24.01.2023

Mario Mosbacher:

### **Die Grundrechte zwischen Eingriffsabwehrrecht und Schutzpflicht – Zugleich eine grundrechts- dogmatische Analyse der Konzeption des BVerfG im Klimaschutzbeschluss vom 24.03.2021**

Zitiervorschlag:

VerfasserIn, in: Berliner Online-Beiträge zum Europarecht, Nr. XX, S. XX.



*Der Verfasser studiert Rechtswissenschaften an der Ruhr-Universität Bochum. Dieser Beitrag ist eine leicht angepasste Fassung einer häuslichen Arbeit, die im Rahmen des Seminars „Deutsches und Europäisches Wirtschaftsrecht“ im Sommersemester 2022 im Schwerpunktbereich „Wirtschaftsverwaltung, Umwelt und Infrastruktur“ entstand. Das Seminar wurde von Prof. Dr. Wolfram Cremer geleitet.*

## **Gliederung**

A. Einleitung .....	4
B. Verschiedene Grundrechtsdimensionen .....	6
I. Grundrechte als Abwehrrechte des Bürgers .....	6
II. Grundrechte als Schutzpflichten des Staates .....	7
1. Herleitung und Inhalt .....	7
2. Beurteilungsmaßstab .....	8
C. Betroffenheit von Abwehrrechten durch unzureichenden Klimaschutz.....	9
I. Die „eingriffsähnliche Vorwirkung“ im Klimaschutzbeschluss.....	9
1. Die Begründung des BVerfG .....	9
2. Die Struktur der Rechtsfigur – Kriterien.....	10
a) Verfassungsrechtliche Handlungspflicht des Gesetzgebers.....	10
b) Hinreichende Wahrscheinlichkeit künftiger Eingriffe.....	11
II. Die „eingriffsähnliche Vorwirkung“ im Spiegel der Grundrechtsdogmatik.....	12
1. Abweichungen vom bekannten Eingriffsschema .....	12
a) Keine aktuelle Beeinträchtigung .....	12
b) Unspezifischer Schutzbereich .....	13
2. Anknüpfung an bestehende Ansätze .....	14
a) Eingriff durch Unterlassen .....	14
b) Intertemporale Dimension grundrechtlicher Freiheit.....	16
III. Gesamtwürdigung und Stellungnahme .....	17
1. Kriterien der Rechtsfigur und intertemporale Dimension.....	17
2. Abgrenzung von Abwehr- und Schutzpflichtenfunktion .....	18
a) Allgemeine Kriterien.....	18

b) Verantwortlichkeit des Staates aufgrund Duldungspflicht .....	19
3. Fehlende Trennung von Abwehr- und Schutzpflichtenfunktion.....	22
4. Fazit.....	23
D. Verletzung von Schutzpflichten durch unzureichenden Klimaschutz .....	24
I. Anerkennung einer Schutzpflicht des Gesetzgebers.....	24
II. Verletzung der Schutzpflicht .....	26
1. Lösung des BVerfG.....	26
2. Abweichende Lösungsmöglichkeit .....	27
a) Wahl des Prüfungsmaßstabs .....	27
b) Verhältnismäßigkeitsprüfung.....	28
E. Zusammenfassung der Ergebnisse und Ausblick .....	29

## A. Einleitung

Die existenzielle Bedrohung der Menschheit durch den Klimawandel ist mittlerweile wissenschaftlich erwiesen.<sup>1</sup> Dennoch kam der Beschluss des BVerfG vom 24. März 2021 (Az.: 1 BvR 2656/18 u.a.), mit dem das Gericht das Bundes-Klimaschutzgesetz (KSG) a.F.<sup>2</sup> wegen unzureichender Regelungen zur Bekämpfung des Klimawandels in Teilen für verfassungswidrig erklärte<sup>3</sup>, einem juristischen „Paukenschlag“<sup>4</sup> gleich, der in politischer Hinsicht sogleich in eine Neufassung des Gesetzes<sup>5</sup> mündete. Zwar hatte die im Vorfeld breit diskutierte Frage der Rüge einer Verletzung grundrechtlicher Schutzpflichten durch unzureichenden Klimaschutz erwartungsgemäß<sup>6</sup> keinen Erfolg.<sup>7</sup> Entscheidend für den Erfolg der Verfassungsbeschwerden war jedoch die neuartige Konstruktion des Gerichts, das aus den Grundrechten die Notwendigkeit einer „intertemporale[n] Freiheitssicherung“<sup>8</sup> aufgrund einer „eingriffsähnlichen Vorwirkung“<sup>9</sup> auf zukünftige Freiheit ableitete, die von den in § 3 I 2 KSG a.F. und § 4 I 3 KSG i.V.m. Anlage 2 a.F. getroffenen Regelungen zur Zulassung von CO<sub>2</sub>-Emissionen ausgehe.<sup>10</sup> Dies stelle letztlich einen Verstoß gegen den Grundsatz der Verhältnismäßigkeit dar, weil durch die weitgehende Zulassung von Emissionen und fehlende Minderungsziele nach dem Jahr 2030 die Möglichkeit künftiger Freiheitsbetätigung wegen dann notwendigen Anstrengungen zum Klimaschutz unzumutbar beeinträchtigt werde.<sup>11</sup> Aus diesen Gründen sei der Gesetzgeber verpflichtet, Minderungsziele auch für die Zeit nach 2030 frühzeitig fortzuschreiben.<sup>12</sup>

Auch fast zwei Jahre nach dem Beschluss des BVerfG hat die neue verfassungsrechtliche Dogmatik zum Klimaschutzrecht nicht an Aktualität verloren. Vielmehr ergeben sich insbesondere im Zuge der Transformation der Wirtschaft hin zur Klimaneutralität auch verfassungsrechtlich mehr denn je Fragen mit Bezug zum Klimaschutz. Ausdruck dessen sind etwa

---

<sup>1</sup> Siehe nur *Intergovernmental Panel on Climate Change (IPCC)*, Climate Change 2021. The Physical Science Basis; *dass.*, Climate Change 2022. Impacts, Adaption and Vulnerability; dazu auch BVerfGE 157, 30, 50 ff.

<sup>2</sup> Bundes-Klimaschutzgesetz vom 12. Dezember 2019 (BGBl. I S. 2513).

<sup>3</sup> BVerfGE 157, 30, 33.

<sup>4</sup> So etwa *Schlacke*, NVwZ 2021, 912.

<sup>5</sup> Erstes Gesetz zur Änderung des Bundes-Klimaschutzgesetzes vom 18. August 2021 (BGBl. I S. 3905).

<sup>6</sup> Skeptisch bezüglich der Erfolgsaussichten einer auf Schutzpflichtverletzungen gestützten Verfassungsbeschwerde zuvor etwa schon *Bickenbach*, JZ 2020, 168, 176 f.; *Kahl*, JURA 2021, 117, 122 ff.; *Meyer*, NJW 2020, 894, 900.

<sup>7</sup> BVerfGE 157, 30, 110 f.

<sup>8</sup> BVerfGE 157, 30, 131.

<sup>9</sup> BVerfGE 157, 30, 130.

<sup>10</sup> Ebd.

<sup>11</sup> BVerfGE 157, 30, 163 ff.

<sup>12</sup> BVerfGE 157, 30, 176.

neuere Entscheidungen des BVerfG<sup>13</sup>, die den Ausbau der erneuerbaren Energien betreffen. Dabei werden Aussagen des Klimaschutzbeschlusses sogar in einer herkömmlichen abwehrrechtlichen Konstellation<sup>14</sup> wieder aufgegriffen, in der es nicht wie im Klimaschutzbeschluss um die Etablierung, sondern um die Abwehr von Maßnahmen geht, die die Förderung des Klimaschutzes bezwecken.<sup>15</sup> Es ist daher nicht fernliegend, zu prognostizieren, dass die Dogmatik des Klimaschutzbeschlusses die Rechtsprechung des BVerfG in jeglichen Klimaschutzfragen künftig prägen wird.<sup>16</sup>

Die Bedeutung des Klimaschutzbeschlusses wird noch zusätzlich dadurch unterstrichen, dass dessen neue dogmatische Konzeption womöglich nicht auf den Bereich des Klimaschutzes begrenzt ist, sondern mit ihrem intertemporalen Bezug möglicherweise auch auf andere, ebenfalls generationenübergreifende Themenkomplexe wie die Sozialversicherungssysteme oder die Staatsverschuldung übertragen werden kann.<sup>17</sup>

In grundrechtsdogmatischer Hinsicht auffällig ist aber im Besonderen, dass die bereits angesprochene Konzeption einer „eingriffsähnlichen Vorwirkung“ im Spannungsfeld zwischen den Grundrechtsfunktionen des Abwehrrechts und der Schutzpflichten steht.<sup>18</sup> Gegenstand dieser Abhandlung soll daher sein, wie sich die Möglichkeit eines Eingriffs durch unzureichenden Schutz vor dem Hintergrund der Grundrechtsdogmatik darstellt. Beachtung finden dabei insbesondere die Beziehung der „eingriffsähnlichen Vorwirkung“ zur bisherigen Dogmatik des Grundrechtseingriffs sowie das Verhältnis zwischen der Abwehrfunktion der Grundrechte und den grundrechtlichen Schutzpflichten. Im Fokus der Bearbeitung soll folglich die Konzeption der „eingriffsähnlichen Vorwirkung“ stehen, die erst den „Türöffner“ für die anschließende verfassungsrechtliche Rechtfertigung darstellt und in ihrer Herleitung somit die eigentliche Innovation ist.<sup>19</sup> Die neuen Aussagen des BVerfG zur Dogmatik des Art. 20a GG<sup>20</sup> sowie die vom BVerfG durchgeführte Rechtfertigungsprüfung sollen dagegen nicht den Schwerpunkt der Bearbeitung bilden, wenngleich diese – auch politisch – sicherlich nicht

---

<sup>13</sup> BVerfG NVwZ 2022, 861; BVerfG NVwZ 2022, 1890.

<sup>14</sup> BVerfG NVwZ 2022, 861.

<sup>15</sup> BVerfG NVwZ 2022, 861, 869, 871; vgl. auch *Britz*, NVwZ 2022, 825, 829; zu solchen Konstellationen allgemein *Frenz*, JA 2022, 1000.

<sup>16</sup> Vgl. *Faßbender*, NJW 2021, 2085, 2091; *Seibert*, DVBl 2021, 1141, 1146.

<sup>17</sup> Dazu näher unten unter E.; ausführlich *Kirchhof*, Intertemporale Freiheitssicherung: Klimaschutz – Sozialsysteme – Staatsverschuldung. Über einen notwendigen Grundrechtsschutz in der Zeit und seine Grenzen, 2022.

<sup>18</sup> Vgl. *Calliess*, ZUR 2021, 355, 356 f.; *Schlacke*, NVwZ 2021, 912, 914.

<sup>19</sup> Ähnlich auch *Hofmann*, NVwZ 2021, 1587, 1588; *Möllers/Weinberg*, JZ 2021, 1069, 1077.

<sup>20</sup> Dazu etwa *Berkemann*, DÖV 2021, 701, 701 ff., 713 f.; *Krohn*, ZUR 2021, 603, 603 ff.

weniger Aufsehen erregt haben.<sup>21</sup> Außerdem wird hier nicht weiter auf die ebenfalls bedeutsamen Neuerungen im Zuge der Beschwerdebefugnis<sup>22</sup> und die Verfassungsbeschwerde der aus Nepal und Bangladesch stammenden Beschwerdeführer eingegangen.<sup>23</sup>

Im Folgenden werden zur Untersuchung des oben skizzierten Forschungsgegenstandes nun zunächst die in dem Beschluss angesprochenen beiden Grundrechtsfunktionen beschrieben (B.). Anschließend wird die neue Konzeption der „eingriffsähnlichen Vorwirkung“ dargestellt (C. I.) und in ihren Strukturen näher beleuchtet (C. II.) sowie einer Gesamtwürdigung unterzogen (C. III.), bei der auch die Frage nach einer Abgrenzung der beiden Grundrechtsfunktionen in Bezug auf die vorliegende Konstellation beantwortet wird (C. III. 2.). Danach soll noch die Ablehnung der Verletzung von Schutzpflichten durch das BVerfG dargestellt und einer abweichenden Lösung zugeführt werden (D.). Abschließend werden in einem Fazit die Ergebnisse zusammengefasst und es wird ein Blick auf weitere Klimaklagen vor dem Verfassungsgericht geworfen (E.).

## **B. Verschiedene Grundrechtsdimensionen**

### **I. Grundrechte als Abwehrrechte des Bürgers**

Grundrechte stellen in ihrer primären Funktion „Abwehrrechte des Bürgers gegen den Staat“<sup>24</sup> dar, die den Staat zu einem Unterlassen von grundrechtsverletzenden Eingriffen in eine grundsätzlich staatsfreie Freiheitssphäre verpflichten.<sup>25</sup> Ist eine Verhaltensweise von einer grundrechtlich gewährleisteten Freiheitssphäre umfasst und verkürzt der Staat diese Freiheit durch ein ihm zurechenbares Verhalten, so liegt ein rechtfertigungsbedürftiger Eingriff vor.<sup>26</sup> Zur Beantwortung der Frage, ob ein solcher Vorgang im konkreten Fall zu bejahen ist, exist-

---

<sup>21</sup> Siehe dazu etwa nur *Wefing/Pinzler*, Die Zeit v. 06.05.2021, 3; kritisch *Ladeur*, FAZ v. 06.05.2021, 7; *Murswiek*, FAZ.NET v. 19.07.2021.

<sup>22</sup> Dazu etwa *Berkemann*, DÖV 2021, 701, 707 ff.; *Calliess*, ZUR 2021, 355; *Möllers/Weinberg*, JZ 2021, 1069, 1070 f.

<sup>23</sup> Zu deren Besonderheiten in der Zulässigkeit BVerfGE 157, 30, 91 f., 106; zur Begründetheit BVerfGE 157, 30, 124 ff.

<sup>24</sup> BVerfGE 7, 198, 204.

<sup>25</sup> BVerfGE 7, 198, 204 f.; *Dreier*, in: ders., GG – Kommentar, Band I: Präambel, Art. 1 – 19, 3. Aufl. 2013, Vorb. vor Art. 1, Rn. 84; *Kingreen/Poscher*, Grundrechte. Staatsrecht II, 37. Aufl. 2021, Rn. 132, 134; *Sachs*, in: ders., GG – Kommentar, 9. Aufl. 2021, Vorb. zu Abschnitt I, Rn. 38, 42.

<sup>26</sup> *Hillgruber*, Grundrechtlicher Schutzbereich, Grundrechtsausgestaltung und Grundrechtseingriff, in: Isensee/Kirchhof (Hrsg.), Handbuch des Staatsrechts des Bundesrepublik Deutschland, Band IX: Allgemeine Grundrechtslehren, 3. Aufl. 2011, § 200, Rn. 76.

tieren verschiedene Eingriffsbegriffe. Mit dem formalen klassischen Eingriffsbegriff<sup>27</sup> konnten vor allem Formen staatlichen Handelns, die sich aus einem immer stärkeren Einwirken des Staates auf das alltägliche Leben ergeben, nicht mehr gänzlich erfasst werden.<sup>28</sup> Daher wurde der Eingriffsbegriff weiterentwickelt und soll nunmehr jedes staatliche Verhalten erfassen, das ein grundrechtlich geschütztes Verhalten erschwert oder ganz beziehungsweise teilweise unmöglich macht.<sup>29</sup> Von dem Vorliegen eines Eingriffs hängt es ab, ob das staatliche Verhalten der verfassungsrechtlichen Rechtfertigung unterliegt und ein Gesetzesvorbehalt besteht.<sup>30</sup> In der materiellen Rechtmäßigkeitsprüfung ist das Verhalten vor allem am Grundsatz der Verhältnismäßigkeit in der Form des Übermaßverbots zu messen.<sup>31</sup>

## II. Grundrechte als Schutzpflichten des Staates

### 1. Herleitung und Inhalt

Neben der Grundrechtsfunktion des Eingriffsabwehrrechts hat das BVerfG aufbauend auf seiner Rechtsprechung zu den Grundrechten als eine „objektive Wertordnung“<sup>32</sup> diesen ebenso eine objektivrechtliche Funktion beigemessen, deren Ausfluss auch die grundrechtlichen Schutzpflichten sein sollen.<sup>33</sup> Der Befund der Schutzpflicht wird dadurch unterstützt, dass das GG neben der den Inhalt der einzelnen Schutzpflicht bestimmenden Wertentscheidung des jeweiligen Grundrechts auch eine aktive Pflicht des Staates (vgl. Art. 1 III GG) zum Schutz individueller Rechtsgüter in Art. 1 I 2 GG anerkennt.<sup>34</sup>

Inhaltlich führt die Anerkennung der Figur der grundrechtlichen Schutzpflicht<sup>35</sup> dazu, dass der Staat dazu verpflichtet ist, sich „schützend und fördernd“<sup>36</sup> vor die Grundrechte zu stellen

---

<sup>27</sup> Dazu BVerfGE 105, 279, 299 f.; ähnlich *Hillgruber*, in: HStR (Fn. 26), § 200, Rn. 89; *Sachs*, in: ders., GG (Fn. 25), Vorb. zu Abschnitt I, Rn. 78 ff.

<sup>28</sup> Vgl. *Hillgruber*, in: HStR (Fn. 26), § 200, Rn. 90; *Kingreen/Poscher*, Grundrechte (Fn. 25), Rn. 328; *Peine*, Der Grundrechtseingriff, in: Merten/Papier (Hrsg.), Handbuch der Grundrechte in Deutschland und Europa, Band III: Grundrechte in Deutschland – Allgemeine Lehren II, 2009, § 57, Rn. 29 f.

<sup>29</sup> Vgl. *Hillgruber*, in: HStR (Fn. 26), § 200, Rn. 89; *Kingreen/Poscher*, Grundrechte (Fn. 25), Rn. 329; *Peine*, in: HGR (Fn. 28), § 57, Rn. 31.

<sup>30</sup> Statt vieler *Kingreen/Poscher*, Grundrechte (Fn. 25), Rn. 350.

<sup>31</sup> Statt vieler *Kingreen/Poscher*, Grundrechte (Fn. 25), Rn. 391.

<sup>32</sup> BVerfGE 7, 198, 205.

<sup>33</sup> *Calliess*, Schutzpflichten, in: Mertens/Papier (Hrsg.), Handbuch der Grundrechte in Deutschland und Europa, Band II: Grundrechte in Deutschland – Allgemeine Lehren I, 2006, § 44, Rn. 5; *Vofßkuhle*, NVwZ 2013, 1, 6.

<sup>34</sup> Vgl. BVerfGE 88, 203, 251; *Calliess*, in: HGR (Fn. 33), § 44, Rn. 5; *Stern*, DÖV 2010, 241, 244.

<sup>35</sup> Zustimmend, aber mit in Teilen abweichender dogmatischer Begründung vgl. nur *Cremer*, Freiheitsgrundrechte. Funktionen und Strukturen, 2003, S. 228 ff.; *Isensee*, Grundrecht auf Sicherheit. Zu den Pflichten des freiheitlichen Verfassungsstaates, 1983, S. 33 ff.; *ders.*, Das Grundrecht als Abwehrrecht und als staatliche Schutzpflicht, in: *ders./Kirchhof* (Hrsg.), Handbuch des Staatsrechts der Bundesrepublik Deutschland, Band

und so für die Verwirklichung der objektiven Grundrechtsgehalte zu sorgen.<sup>37</sup> Dies betrifft insbesondere den Schutz vor grundrechtsgefährdenden und rechtswidrigen Beeinträchtigungen durch Dritte<sup>38</sup>, aber auch den Schutz vor solchen Grundrechtsgefährdungen, die von Naturkatastrophen<sup>39</sup> ausgehen.<sup>40</sup> Aus den Schutzpflichten folgen also statt Unterlassungspflichten positive Handlungspflichten des Staates.<sup>41</sup> Der Staat wird so „vom ‚Grundrechtsfeind‘ zum ‚Grundrechtsfreund‘“<sup>42</sup>. Diese Handlungspflichten greifen allerdings nur ein, wenn auch eine konkrete Gefährdungslage für die grundrechtlichen Schutzgüter besteht, also eine Gefahr im polizeirechtlichen Sinne<sup>43</sup> vorliegt.<sup>44</sup> Dabei sind die Anforderungen an die Wahrscheinlichkeit des Schadenseintritts umso geringer, je höherwertiger das betroffene Rechtsgut ist.<sup>45</sup> Daraus folgt, dass auch Vorgänge, deren rechtsgutsgefährdende Folgen erst in weiterer Zukunft eintreten würden und daher notwendigerweise eher unbestimmt sind, auch heute schon eine Schutzpflicht begründen können (Gefahrenvorsorge).<sup>46</sup>

## 2. Beurteilungsmaßstab

Anfänglich hat das BVerfG das Handeln des Staates nur daraufhin überprüft, ob es überhaupt Schutzvorkehrungen getroffen hat und ob diese vollkommen ungeeignet oder unzulänglich zur Gewährung des erforderlichen Schutzes sind.<sup>47</sup> Diese sogenannte Evidenzkontrolle<sup>48</sup> gewährt dem Gesetzgeber also einen weiten Einschätzungs- und Gestaltungsspielraum.<sup>49</sup> Der Maßstab der Evidenzkontrolle wurde im Laufe der Rechtsprechungsentwicklung sodann – wenn auch nur vereinzelt – durch die Anwendung des sogenannten Untermaßverbots strenger

---

IX: Allgemeine Grundrechtslehren, 3. Aufl. 2011, § 191, Rn. 181 ff.; *Stern*, in: ders. (Hrsg.), Das Staatsrecht der Bundesrepublik Deutschland, Band III/1: Allgemeine Lehren der Grundrechte, 1988, S. 932 ff.

<sup>36</sup> BVerfGE 39, 1, 42.

<sup>37</sup> Vgl. *Calliess*, in: HGR (Fn. 33), § 44, Rn. 5.

<sup>38</sup> BVerfGE 39, 1, 42.

<sup>39</sup> *Dietlein*, Die Lehre von den grundrechtlichen Schutzpflichten, 2. Aufl. 2005, S. 103; a.A. *Cremer*, Freiheitsgrundrechte (Fn. 35), S. 467 f.

<sup>40</sup> Zum Ganzen *Kingreen/Poscher*, Grundrechte (Fn. 25), Rn. 148.

<sup>41</sup> *Dreier*, in: ders., GG (Fn. 25), Vorb. vor Art. 1, Rn. 102; *Stern*, DÖV 2010, 241, 244.

<sup>42</sup> *Stern*, DÖV 2010, 241, 244.

<sup>43</sup> Zum polizeirechtlichen Gefahrenbegriff statt vieler *Kingreen/Poscher*, Polizei- und Ordnungsrecht, 11. Aufl. 2020, § 8, Rn. 2.

<sup>44</sup> Ausdrücklich *Gärditz*, in: Landmann/Rohmer, Umweltrecht – Kommentar, Band I, 96. Ergänzungslieferung, Art. 20a GG, Rn. 86 (01.09.2021); *Kahl*, JURA 2021, 117, 120; vgl. auch *Erichsen*, JURA 1997, 85, 87.

<sup>45</sup> BVerfGE 49, 89, 142; *Gärditz*, in: Landmann/Rohmer, Umweltrecht (Fn. 44), Art. 20a GG, Rn. 86 (01.09.2021); *Kahl*, JURA 2021, 117, 120.

<sup>46</sup> Vgl. BVerfGE 49, 89, 141 f.; *Gärditz*, in: Landmann/Rohmer, Umweltrecht (Fn. 44), Art. 20a GG, Rn. 87 (01.09.2021); *Kahl*, JURA 2021, 117, 120.

<sup>47</sup> BVerfGE 77, 170, 215.

<sup>48</sup> Begriff bei BVerfGE 50, 290, 333; *Calliess*, in: HGR (Fn. 33), § 44, Rn. 6; *Kahl*, JURA 2021, 117, 120.

<sup>49</sup> BVerfGE 77, 170, 214 f.; *Kahl*, JURA 2021, 117, 120.

gestaltet.<sup>50</sup> Danach müsse die staatliche Maßnahme einen wirksamen und in Abwägung mit kollidierenden Rechtsgütern angemessenen Mindestschutz gewährleisten, der auf sorgfältig ermittelten Tatsachen und vertretbaren Einschätzungen basiert.<sup>51</sup> Damit wird für diese sogenannte Vertretbarkeitskontrolle<sup>52</sup> eine Schwelle für mindestens erforderlichen Schutz formuliert, der im Gegensatz zur Evidenzkontrolle eine Abwägung mit entgegenstehenden Rechtsgütern einpreist und somit letztlich ein Element der Verhältnismäßigkeit beinhaltet.<sup>53</sup> Die Prüfung lässt trotzdem weiterhin einen – im Vergleich zur Kontrolle am abwehrrechtlichen Maßstab des Übermaßverbots – weiten Spielraum für den Gesetzgeber bei der Erfüllung seiner Schutzpflichten.<sup>54</sup>

### **C. Betroffenheit von Abwehrrechten durch unzureichenden Klimaschutz**

Das BVerfG sieht die Beschwerdeführer in der abwehrrechtlichen Dimension ihrer Freiheitsrechte verletzt.<sup>55</sup> Der Weg zu diesem Ergebnis wird erst durch die dogmatische Innovation der Entwicklung der Rechtsfigur der „eingriffsähnlichen Vorwirkung“<sup>56</sup> geebnet. Daher soll diese Rechtsfigur im Fokus der folgenden Ausführungen stehen und vor dem Hintergrund der gefundenen Ergebnisse einer Würdigung unterzogen werden.

### **I. Die „eingriffsähnliche Vorwirkung“ im Klimaschutzbeschluss**

#### **1. Die Begründung des BVerfG**

Das BVerfG stellt zunächst fest, dass die Grundrechte jegliche menschlichen Verhaltensweisen unter Schutz stellen.<sup>57</sup> Dazu gehörten auch solche, die mit dem Ausstoß von Treibhausgasen verbunden sind. Diesen sei aber durch den Gesetzgeber in Erfüllung der grundrechtlichen Schutzpflichten und des aus Art. 20a GG abzuleitenden und auf Treibhausgasneutrali-

---

<sup>50</sup> *Buser*, DVBl 2020, 1389, 1393; *Calliess*, in: HGR (Fn. 33), § 44, Rn. 6; *Kahl*, JURA 2021, 117, 121.

<sup>51</sup> BVerfGE 88, 203, 254.

<sup>52</sup> Begriff bei BVerfGE 50, 290, 333; *Kahl*, JURA 2021, 117, 121.

<sup>53</sup> Mit näherer Begründung und dem Ansatz einer Verhältnismäßigkeitsprüfung im Bereich der Schutzpflichten *Cremer*, DÖV 2008, 102, 103 ff.; eine Verhältnismäßigkeitsprüfung ebenfalls befürwortend etwa *Calliess*, in: HGR (Fn. 33), § 44, Rn. 29 ff.; *Dietlein*, Schutzpflichten (Fn. 39), S. 116; *Ericksen*, JURA 2021, 85, 88.

<sup>54</sup> *Bickenbach*, JZ 2020, 168, 176 f.; *Kahl*, JURA 2021, 117, 121.

<sup>55</sup> Mit dieser Interpretation auch *Calliess*, ZUR 2021, 355, 356; *Faßbender*, NJW 2021, 2085, 2088; *Hofmann*, NVwZ 2021, 1587, 1588.

<sup>56</sup> BVerfGE 157, 30, 130.

<sup>57</sup> BVerfGE 157, 30, 131 ff., dort auch zum folgenden gesamten Abschnitt.

tät<sup>58</sup> ausgerichteten Klimaschutzgebots Schranken zu setzen. In Abwägung mit den Freiheitsrechten gewinnen die Pflichten zum Klimaschutz im Angesicht eines weiter fortschreitenden Klimawandels immer stärker an Gewicht, womit der Emissionsreduktion dienende Freiheitseinschränkungen immer stärker verfassungsrechtlich gerechtfertigt werden könnten. Weil das Erreichen des verfassungsrechtlich gebotenen Klimaschutzes maßgeblich von der Einhaltung des noch bestehenden CO<sub>2</sub>-Emissionsbudgets abhängt und einmal emittiertes CO<sub>2</sub> dieses Budget unumkehrbar aufbrauche, müssten zum Zwecke der Emissionsreduktion umso intensivere Freiheitseinschränkungen durch den Staat verhängt werden, je weiter das verbleibende CO<sub>2</sub>-Budget schon aufgezehrt sei. Daher würden durch die Zulassung von Emissionen in § 3 I 2 KSG a.F. und § 4 I 3 KSG i.V.m. Anlage 2 a.F. künftige Freiheitseingriffe unausweichlich und eine „eingriffsähnliche Vorwirkung“ auf künftige Freiheit nach 2030 entfaltet, die nicht nur tatsächlich, sondern durch diese verfassungsrechtlichen Pflichten zum Klimaschutz insbesondere rechtlich vermittelt sei. Auch wenn der Bezugspunkt der „eingriffsähnlichen Vorwirkung“ die Möglichkeit zur künftigen Freiheitsbetätigung ist, werde deren Schicksal wegen der irreversiblen Vernichtung des CO<sub>2</sub>-Budgets durch einmal getätigte Emissionen bereits durch die heutigen Regelungen vorherbestimmt, sodass diese auch heute schon der verfassungsrechtlichen Rechtfertigung bedürften.

## **2. Die Struktur der Rechtsfigur – Kriterien**

In der Entscheidung des BVerfG heißt es, das GG verpflichte „unter bestimmten Voraussetzungen zur Sicherung grundrechtsgeschützter Freiheit über die Zeit“<sup>59,60</sup>. Die vom BVerfG neu entwickelte Rechtsfigur soll daher hier zunächst insbesondere im Hinblick darauf untersucht werden, was diese bestimmten Voraussetzungen sind, die für die Annahme einer „eingriffsähnlichen Vorwirkung“ aufzustellen sind.

### *a) Verfassungsrechtliche Handlungspflicht des Gesetzgebers*

Aus dem GG muss sich eine Handlungspflicht des Gesetzgebers ableiten lassen, die dazu führt, dass der Gesetzgeber zukünftig dazu verpflichtet sein wird, gerechtfertigte Grund-

---

<sup>58</sup> Dazu vor allem BVerfGE 157, 30, 135, 138 f.

<sup>59</sup> BVerfGE 157, 30, 130 f.

<sup>60</sup> Ebd.

rechtseinschränkungen vorzunehmen.<sup>61</sup> In dieser Funktion stellen diese Pflichten folglich die Grundlage beziehungsweise den legitimen Zweck für die Setzung von Schranken für die Grundrechtsausübung dar. Das BVerfG bezeichnet dies als „rechtliche Vermittlung“<sup>62</sup> der Vorwirkung und stützt die Handlungspflichten auf das aus Art. 20a GG fließende Gebot zum Klimaschutz sowie die Pflicht zum Klimaschutz aus den grundrechtlichen Schutzpflichten.<sup>63</sup> Dabei werden die Eingriffe aus Sicht des BVerfG aufgrund des bei fortschreitendem Klimawandel zunehmenden Gewichts der Klimaschutzpflicht auch gerechtfertigt sein; eine Rechtfertigungsbedürftigkeit heutiger Regelungen, die in Zukunft ungerechtfertigte Eingriffe, mithin Grundrechtsverletzungen, zeitigen würden, wäre schließlich auch nicht sinnvoll, weil man sich gegen diese auch noch zukünftig wehren könnte – anders als gegen gerechtfertigte Eingriffe, weshalb das BVerfG die Regelungen, in denen diese gerechtfertigten Eingriffe angelegt sind, der verfassungsrechtlichen Rechtfertigung unterwirft.<sup>64</sup>

#### *b) Hinreichende Wahrscheinlichkeit künftiger Eingriffe*

Diese Handlungspflichten müssen aufgrund heutiger Regelungen mit einer ebenfalls schon heute absehbaren hinreichenden Wahrscheinlichkeit zu Einschränkungen grundrechtlicher Freiheiten in der Zukunft führen.<sup>65</sup> Im Klimaschutzbeschluss wird dieses Merkmal dadurch erfüllt, dass aufgrund der Zulassung des CO<sub>2</sub>-Ausstoßes in § 3 I 2 KSG a.F. und § 4 I 3 KSG i.V.m. Anlage 2 a.F. das verbleibende CO<sub>2</sub>-Budget unumkehrbar aufgebraucht werde und es deswegen aufgrund der staatlichen Handlungspflicht zu Grundrechtseingriffen kommen müsse.<sup>66</sup> Auf diese Weise begründeten schon die derzeitigen Regeln eine „unumkehrbar angelegte rechtliche Gefährdung künftiger Freiheit“<sup>67</sup>. Aus der Feststellung, die Gefährdung sei „unumkehrbar“ in heutigen Regelungen angelegt, leitet das BVerfG in Verbindung mit der Handlungspflicht also die Prognose ab, dass es mit hinreichender Gewissheit zu künftigen Eingriffen kommen wird.<sup>68</sup> In Anbetracht der bis zur Verwirklichung dieser erwarteten Eingriffe

---

<sup>61</sup> So auch *Möllers/Weinberg*, JZ 2021, 1069, 1074, 1077; *Ruttloff/Freihoff*, NVwZ 2021, 917, 919; *Wahnschaffe/Lücke*, DÖV 2021, 1099, 1102 f.

<sup>62</sup> BVerfGE 157, 30, 133.

<sup>63</sup> BVerfGE 157, 30, 131 ff.; siehe daneben *Möllers/Weinberg*, JZ 2021, 1069, 1073, 1077; *Wahnschaffe/Lücke*, DÖV 2021, 1099, 1103.

<sup>64</sup> Vgl. BVerfGE 157, 30, 135; *Möllers/Weinberg*, JZ 2021, 1069, 1074, dort insbesondere auch Fn. 42; *Wahnschaffe/Lücke*, DÖV 2021, 1099, 1103.

<sup>65</sup> So auch *Möllers/Weinberg*, JZ 1069, 1077; *Ruttloff/Freihoff*, NVwZ 2021, 917, 918 f.; *Wahnschaffe/Lücke*, DÖV 2021, 1099, 1103 f.

<sup>66</sup> BVerfGE 157, 30, 131 ff.; siehe daneben *Möllers/Weinberg*, JZ 2021, 1069, 1077; *Ruttloff/Freihoff*, NVwZ 2021, 917, 918 f.

<sup>67</sup> BVerfGE 157, 30, 132.

<sup>68</sup> Vgl. *Ruttloff/Freihoff*, NVwZ 2021, 917, 918 f.

noch zu überwindenden Zeitspanne<sup>69</sup> und der in der Natur einer Prognose liegenden Unsicherheiten<sup>70</sup> kann damit keine vollständige Sicherheit gemeint sein. Angesichts der Tatsache, dass die „eingriffsähnliche Vorwirkung“ schon aktuell als rechtfertigungsbedürftig angesehen wird, obwohl es an einer Beeinträchtigung grundrechtlicher Freiheit noch fehlt<sup>71</sup>, muss eine möglichst hohe Wahrscheinlichkeit gefordert werden, sodass eine mit an Sicherheit grenzende Wahrscheinlichkeit künftiger Eingriffe erforderlich ist.<sup>72</sup>

## II. Die „eingriffsähnliche Vorwirkung“ im Spiegel der Grundrechtsdogmatik

Die soeben vorgestellte Rechtsfigur der „eingriffsähnlichen Vorwirkung“ ist nun in den Kontext der allgemeinen Grundrechtsdogmatik einzuordnen.

### 1. Abweichungen vom bekannten Eingriffsschema

#### a) Keine aktuelle Beeinträchtigung

Der Grundrechtseingriff setzt nach dem überkommenen Eingriffsverständnis stets eine aktuelle Freiheitsverkürzung voraus. Grundsätzlich ist ein staatliches Verhalten nur dann der verfassungsrechtlichen Rechtfertigung unterworfen.<sup>73</sup> Die Rechtsfigur der „eingriffsähnlichen Vorwirkung“ dagegen sieht keine derzeitigen Grundrechtsbeeinträchtigungen vor, sondern knüpft allein an solche in der Zukunft an, sodass ein Eingriff im herkömmlichen Sinne noch nicht gegeben ist.<sup>74</sup> Weil die künftigen Freiheitseinschränkungen, die in den heutigen Regelungen bereits angelegt seien<sup>75</sup>, schon heute berücksichtigt und dem Staat zugerechnet werden<sup>76</sup>, sieht das BVerfG diese bloße Gefährdung von Freiheit<sup>77</sup> bereits als rechtfertigungsbedürftige Maßnahme an. Die Schwelle für die Rechtfertigungsbedürftigkeit staatlichen Verhaltens wird mithin vorverlegt.<sup>78</sup> Der Grundrechtsschutz wird auf diese Weise intertemporalisiert<sup>79</sup>, der Be-

---

<sup>69</sup> Das BVerfG bezieht sich stets auf die Zeit nach 2030, vgl. BVerfGE 157, 30, 133.

<sup>70</sup> Etwa mit Blick auf technische Entwicklungen, die die Emissionsminderungslast lindern würden, z. B. durch verstärkte sogenannte negative Emissionen, vgl. *Möllers/Weinberg*, JZ 2021, 1069, 1077; *Ruttloff/Freihoff*, NVwZ 2021, 917, 918 f.

<sup>71</sup> Dazu näher unten C. II. 1. a.

<sup>72</sup> *Wahnschaffe/Lücke*, DÖV 2021, 1099, 1103 f.

<sup>73</sup> Dazu schon oben B. I.

<sup>74</sup> Auch so *Möllers/Weinberg*, JZ 2021, 1069, 1073; *Ruttloff/Freihoff*, NVwZ 2021, 917, 919 f.; *Wahnschaffe/Lücke*, DÖV 2021, 1099, 1102.

<sup>75</sup> BVerfGE 157, 30, 105, 133.

<sup>76</sup> So auch *Möllers/Weinberg*, JZ 2021, 1069, 1073.

<sup>77</sup> So das BVerfG selbst, vgl. etwa BVerfGE 157, 30, 132 f, 164.

<sup>78</sup> *Ruttloff/Freihoff*, NVwZ 2021, 917, 920.

griff des Grundrechtseingriffs erfährt eine „zeitliche Entgrenzung“<sup>80</sup>. Zwar hat das BVerfG schon früher anerkannt, dass auch „nicht unerhebliche Grundrechtsgefährdungen“<sup>81</sup> zu einem Grundrechtsverstoß führen können.<sup>82</sup> Jedoch wurde dies – soweit ersichtlich – primär im Kontext der grundrechtlichen Schutzpflicht<sup>83</sup> oder, soweit es um die abwehrrechtliche Seite geht, nur beim Grundrecht aus Art. 2 II 1 GG<sup>84</sup> behandelt. Im Klimaschutzbeschluss ergibt sich also insoweit eine Abweichung davon, als dass nur schwer vorstellbar ist, dass die zukünftigen staatlichen Maßnahmen zur CO<sub>2</sub>-Reduktion gerade das Grundrecht auf Leben und körperliche Unversehrtheit beeinträchtigen werden, dieses also heute schon gefährdet wäre. Die Gefährdung betrifft vielmehr spezifischere Freiheitsrechte, die mit dem Ausstoß von CO<sub>2</sub> verbunden sind.

#### *b) Unspezifischer Schutzbereich*

Darüber hinaus fällt auf, dass Bezugspunkt der Eingriffsprüfung anders als üblich kein klar umrissener Schutzbereich eines Grundrechts ist.<sup>85</sup> Stattdessen stellt das BVerfG allgemein auf die „Grundrechte“<sup>86</sup>, „die durch das Grundgesetz geschützte Freiheit“<sup>87</sup> oder „spezielle Freiheitsgrundrechte“<sup>88</sup> ab und stützt sich hilfsweise auf die allgemeine Handlungsfreiheit aus Art. 2 I GG.<sup>89</sup> Dies ist eine notwendige Konsequenz aus dem gewählten Ansatz, bei dem erst künftige staatliche Maßnahmen die tatsächlichen Freiheitseingriffe darstellen werden, heute aber nur das „Ob“ sicher zu sein scheint und das „Wie“ dieser Eingriffe noch unbestimmt ist.<sup>90</sup> Daher kann auch jetzt noch nicht genau bestimmt werden, welche Freiheitsrechte durch diese künftigen Maßnahmen betroffen sein werden.<sup>91</sup>

---

<sup>79</sup> Vgl. *Schlacke*, NVwZ 2021, 912, 914.

<sup>80</sup> *Wahnschaffe/Lücke*, DÖV 2021, 1099, 1100; ähnlich *Möllers/Weinberg*, JZ 2021, 1069, 1073.

<sup>81</sup> BVerfGE 49, 89, 141 f.

<sup>82</sup> Ebd.; BVerfGE 66, 39, 58.

<sup>83</sup> BVerfGE 49, 89, 141 f.; BVerfG NVwZ 2010, 702, 703.

<sup>84</sup> BVerfGE 66, 39, 58.

<sup>85</sup> *Faßbender*, NJW 2021, 2085, 2089; *Möllers/Weinberg*, JZ 2021, 1069, 1073; *Ruttloff/Freihoff*, NVwZ 2021, 917, 918.

<sup>86</sup> BVerfGE 157, 30, 130.

<sup>87</sup> BVerfGE 157, 30, 131.

<sup>88</sup> Ebd.

<sup>89</sup> BVerfGE 157, 30, 130 f.

<sup>90</sup> Vgl. *Möllers/Weinberg*, JZ 2021, 1069, 1073.

<sup>91</sup> Ebd.

## 2. Anknüpfung an bestehende Ansätze

Im nächsten Schritt gilt es zu untersuchen, auf welchen dogmatischen Konstruktionen die Rechtsfigur der „eingriffsähnlichen Vorwirkung“ aufbaut und inwiefern sie vom BVerfG im Klimabeschluss weiterentwickelt und zusammengeführt werden.

### a) Eingriff durch Unterlassen

Das BVerfG nimmt für die tatsächliche Freiheitsbeeinträchtigung auf zukünftige staatliche Grundrechtseingriffe Bezug, indem es an heutige Regelungen anknüpft, welche Emissionen zulassen, die das CO<sub>2</sub>-Restbudget schon weitgehend aufzehren.<sup>92</sup> Es wird also staatlicherseits eine weitere Reduzierung der Emissionen unterlassen, was nach dem oben Gesagten schon rechtfertigungsbedürftig sei.<sup>93</sup> Die Emissionen selbst gehen nicht vom Staat aus, sondern von privaten Dritten.<sup>94</sup> Die Rechtfertigungsbedürftigkeit nicht ausreichender Regelungen kann daher nicht von unmittelbarem staatlichen Verhalten, sondern nur mittelbar von einem Verhalten Dritter ausgehen.<sup>95</sup> Dieses staatliche Unterlassen<sup>96</sup> könnte allerdings als Anknüpfungspunkt für die Einordnung des Ansatzes des BVerfG fruchtbar gemacht werden.

Eine rechtfertigungsbedürftige „eingriffsähnliche“ Grundrechtsvorwirkung könnte gegeben sein, wenn den Staat eine Verantwortung dafür trifft, dass durch das Handeln Privater eine Grundrechtsbeeinträchtigung eintritt.

Diese Problemstellung wird durch einen Ansatz adressiert, der die grundrechtlichen Schutzpflichten – anders als es das BVerfG vertritt – nicht primär aus den objektivrechtlichen Gehalten der Grundrechte ableitet, sondern aus deren abwehrrichtlicher Funktion. Danach sei „alles erlaubt [...], was nicht verboten ist“.<sup>97</sup> Aus dem Gewaltmonopol des Staates und der damit einhergehenden „Friedenspflicht“<sup>98</sup> der Bürger folge, dass der Betroffene durch das staatliche Unterlassen des Erlasses eines Verbots gleichzeitig die Pflicht zur Duldung dieses nicht verbotenen und damit erlaubten Verhaltens habe. Der Staat sei daher verpflichtet, Beeinträchti-

---

<sup>92</sup> BVerfGE 157, 30, 132.

<sup>93</sup> Vgl. BVerfGE 157, 30, 130.

<sup>94</sup> Vgl. *Bickenbach*, JZ 2020, 168, 170; *Sachs*, JuS 2021, 708, 709.

<sup>95</sup> Vgl. *Bickenbach*, JZ 2020, 168, 170.

<sup>96</sup> Vgl. ebd.

<sup>97</sup> *Murswiek*, WiVerw 1986, 179, 182.

<sup>98</sup> Ebd.

gungen durch Dritte zu unterbinden, soweit sich die Pflicht zur Duldung dieser Beeinträchtigungen als Grundrechtsverletzung darstelle. Im Ergebnis benötige man daher die Konstruktion einer objektivrechtlichen Schutzpflicht nicht, sondern für das Verhalten Dritter trage der Staat insofern eine Verantwortung, als dass er das schädigende Verhalten nicht verbiete und die damit verbundene Duldungspflicht einen Grundrechtseingriff darstelle, der an den für Abwehrrechte geltenden Rechtfertigungsanforderungen zu messen sei.<sup>99</sup> Das Gleiche gelte, wenn der Staat einen Dritten durch Erteilung einer Genehmigung von einem präventiven Verbot dispensiert und ein Verhalten somit erlaubt.<sup>100</sup>

Die in § 3 I 2 KSG a.F. und § 4 I 3 KSG i.V.m. Anlage 2 a.F. zugelassenen Emissionen stellen zunächst eine Grundrechtseinschränkung derjenigen Grundrechtsträger dar, die sich in den dort genannten Sektoren betätigen. Überträgt man den soeben beschriebenen Ansatz auf die Konzeption des BVerfG, lässt sich darüber hinaus aber feststellen, dass die als Ansatzpunkt für die Vorwirkung ausgemachten Regelungen nicht nur Emissionen begrenzen, sondern ebenso zulassen und damit wie ein „Nicht-Verbot“ wirken.<sup>101</sup> Durch das Unterlassen weiterer Emissionsbegrenzungen wird mithin auch den Beschwerdeführern eine Pflicht zur Duldung der durch Dritte verursachten Emissionen auferlegt, die – wie ein Eingriff – rechtfertigungsbedürftig ist.<sup>102</sup> Konsequenter prüft das BVerfG die Regelungen des KSG sodann wie auch sonst Eingriffe in das Abwehrrecht vor allem am Maßstab des Verhältnismäßigkeitsgebots.<sup>103</sup> Dabei wird die Duldungspflicht zwar nicht als solche und auch nicht als Eingriff benannt, sondern eben nur als „eingriffsähnliche Vorwirkung“, weil die Freiheitsverkürzung ja erst durch künftiges Staatshandeln drohe.<sup>104</sup> Jedoch sind die Konsequenzen der heutigen Zulassung der Emissionen durch das KSG, namentlich die Rechtfertigungsbedürftigkeit, identisch mit denen eines Eingriffs.<sup>105</sup>

---

<sup>99</sup> Zum Ganzen grundlegend *Murswiek*, Die staatliche Verantwortung für die Risiken der Technik. Verfassungsrechtliche Grundlagen und immissionsschutzrechtliche Ausformung, 1985, S. 102 ff.; *ders.*, WiVerw 1986, 179, 181 ff.; *ders.*, NVwZ 1986, 611, 611 f.; zuvor ähnlich schon *Schwabe*, Probleme der Grundrechtsdogmatik, 1977, S. 213 ff.

<sup>100</sup> *Murswiek*, Staatliche Verantwortung (Fn. 99), S. 61 ff., 88 ff.; *ders.*, NVwZ 1986, 611, 611 f.; *Schwabe*, Grundrechtsdogmatik (Fn. 99), S. 213 ff.

<sup>101</sup> Vgl. *Sachs*, JuS 2021, 708, 709 f.

<sup>102</sup> Vgl. ebd.; mit ähnlicher Argumentation für den Bereich des Immissionsschutzes schon *Murswiek*, NVwZ 1986, 611.

<sup>103</sup> BVerfGE 157, 30, 133 f.

<sup>104</sup> BVerfGE 157, 30, 132 f.

<sup>105</sup> Vgl. dazu *Hofmann*, NVwZ 2021, 1587, 1590, der sogar explizit einen Eingriff in dem sieht, was eigentlich als „eingriffsähnliche Vorwirkung“ benannt ist.

## b) Intertemporale Dimension grundrechtlicher Freiheit

Indem die Auswirkungen der Regelungen des KSG a.F. auf die Möglichkeiten, künftig von grundrechtlichen Freiheiten Gebrauch zu machen, vom BVerfG bereits einkalkuliert werden, erkennt es an, dass heutige Freiheitsausübung nicht zeitlich isoliert ist, sondern eine intertemporale Dimension besitze.<sup>106</sup> Dies schließt an in der Literatur entwickelte Theorien an, die die Grundrechte junger Menschen oder sogar künftiger Generationen<sup>107</sup> gegen in der Zukunft liegende Gefahren zur Anwendung bringen wollen.<sup>108</sup> Grundlage dafür soll sein, dass jedem Grundrecht auch die realen Voraussetzungen für die Ausübung der ihm eigenen Freiheitsgewährleistung innewohnen.<sup>109</sup> Diese „Freiheitsvoraussetzungen“<sup>110</sup> bestünden etwa in einer lebenswerten Umwelt und einem damit einhergehenden Erdklima.<sup>111</sup> Daraus folge dann, dass der Staat zur Wahrung der Möglichkeiten der Freiheitsausübung diese Freiheitsvoraussetzungen auch gegen Einflüsse durch Dritte zu schützen habe.<sup>112</sup> Dies betreffe auch künftige und daher noch unbestimmte Grundrechtsbeeinträchtigungen (Vorsorgeprinzip).<sup>113</sup>

Das BVerfG entwickelt diese Ansichten insoweit weiter, als dass – anders als es bisher in erster Linie vertreten wurde<sup>114</sup> – nicht die klimawandelbedingten Umweltzerstörungen als Anknüpfungspunkt für die Freiheitsgefährdung herangezogen werden, sondern zukünftiges, vor allem rechtlich vermitteltes staatliches Handeln.<sup>115</sup> Mit der Theorie zum Schutz der Freiheitsvoraussetzungen<sup>116</sup> wird aber übereinstimmend erkannt, dass das letztlich Ziel die Erhaltung von Freiheit und der darin inbegriffenen Möglichkeiten zur Selbstentfaltung ist, denen

---

<sup>106</sup> Vgl. *Ekardt*, Theorie der Nachhaltigkeit: ethische, rechtliche, politische und transformative Zugänge – am Beispiel von Klimawandel, Ressourcenknappheit und Welthandel, 3. Aufl. 2021, S. 680 f.

<sup>107</sup> So *Kleiber*, Der grundrechtliche Schutz künftiger Generationen, 2014, S. 285 ff., S. 294.

<sup>108</sup> Grundlegend dazu *Ekardt*, Theorie der Nachhaltigkeit (Fn. 106), insbesondere S. 271 ff., 295 ff.; *ders.*, NVwZ 2013, 1105, 1107.

<sup>109</sup> *Ekardt*, Theorie der Nachhaltigkeit (Fn. 106), S. 271 ff.; *ders.*, NVwZ 2013, 1105, 1106 f.; ähnlich *Frenz*, DÖV 2021, 715, 720 ff.

<sup>110</sup> *Ekardt*, Theorie der Nachhaltigkeit (Fn. 106), S. 271; *ders.*, NVwZ 2013, 1105, 1106; nach *Kleiber*, Schutz künftiger Generationen (Fn. 107), S. 310 gleichbedeutend mit dem Begriff „Grundrechtsvoraussetzungen“, dazu ausführlich *Isensee*, Grundrechtsvoraussetzungen und Verfassungserwartungen an die Grundrechtsausübung, in: *ders./Kirchhof* (Hrsg.), Handbuch des Staatsrechts der Bundesrepublik Deutschland, Band IX: Allgemeine Grundrechtslehren, 3. Aufl. 2011, § 190.

<sup>111</sup> *Ekardt*, Theorie der Nachhaltigkeit (Fn. 106), S. 271 ff.; *ders.*, NVwZ 2013, 1105, 1106.

<sup>112</sup> *Ekardt*, NVwZ 2013, 1105, 1107.

<sup>113</sup> *Ekardt*, NVwZ 2013, 1105, 1109; *ders./Heß*, ZUR 2021, 579, 584.

<sup>114</sup> *Ekardt*, Theorie der Nachhaltigkeit (Fn. 106), S. 240 sieht aber unter dem Stichwort der sogenannten „doppelten Freiheitsgefährdung“ auch die Gefahr zukünftiger, stark freiheitsverkürzender staatlicher Klimaschutzmaßnahmen.

<sup>115</sup> So auch *Ekardt*, Theorie der Nachhaltigkeit (Fn. 106), S. 682; *ders./Heß*, ZUR 2021, 579, 580.

<sup>116</sup> *Ekardt*, Theorie der Nachhaltigkeit (Fn. 106), S. 275; *ders.*, NVwZ 2013, 1105, 1106 f.

ebenso der Bestand von Freiheitsvoraussetzungen dient.<sup>117</sup> Weil diese die Gefahr für die Freiheitsausübung aber vorwiegend in Umweltgefahren sieht und nicht im Staat, will sie die Intertemporalisierung durch die Neuinterpretation der Schutzpflichtendimension erreichen<sup>118</sup>, das BVerfG dagegen über die abwehrrechtliche Funktion der Grundrechte. Dennoch hindert dies das BVerfG nicht daran, durch die vorausschauende Berücksichtigung künftiger Eingriffe ebenso das Vorsorgeprinzip anzuwenden.<sup>119</sup> Folglich ist die Lösung des BVerfG zwar nicht mit der vorgestellten Auffassung identisch, nimmt aber dennoch wichtige Aspekte auf.

### III. Gesamtwürdigung und Stellungnahme

#### 1. Kriterien der Rechtsfigur und intertemporale Dimension

Im Zuge einer Gesamtbetrachtung ist zunächst positiv zu würdigen, dass das BVerfG erkannt hat, dass den Grundrechten nicht nur gegenwärtige Wirkung zukommt, sondern sie ebenso über die Zeit in ihren Gewährleistungsgehalten zu beachten sind.<sup>120</sup> Ein solches modernes Grundrechtsverständnis verdient Zustimmung angesichts der existenziellen und vor allem junge Menschen und deren Zukunft betreffenden Bedrohung durch den Klimawandel.<sup>121</sup> Andernfalls bestünde auch die Gefahr, dass es irgendwann zu spät ist, um einen effektiven Grundrechtsschutz zu gewährleisten.<sup>122</sup>

In diesem Zusammenhang wurde teilweise angemerkt, dass die zukunftsgerichtete Einbeziehung künftiger Eingriffe heute noch zu unbestimmt sei und man daher die Rechtfertigungsbedürftigkeit der Regelungen des KSG a.F. davon nicht abhängig machen dürfe.<sup>123</sup> Dem ist aber entgegenzuhalten, dass verbleibende Unsicherheiten im Wesen einer wie hier vom BVerfG vorgenommenen Prognoseentscheidung liegen. Zwar weist auch die Berechnung des vom BVerfG als Prognosegrundlage herangezogenen CO<sub>2</sub>-Restbudgets einige Unsicherheiten

---

<sup>117</sup> So auch *Ekardt*, Theorie der Nachhaltigkeit (Fn. 106), S. 681; *ders./Heß*, ZUR 2021, 579, 579 f.; vgl. zum Konzept vertiefend *Ekardt*, NVwZ 2013, 1105, 1106.

<sup>118</sup> *Ekardt*, Theorie der Nachhaltigkeit (Fn. 106), S. 309 ff.; *ders.*, NVwZ 2013, 1105, 1107 ff.; *ders./Heß*, ZUR 2021, 579, 580.

<sup>119</sup> So auch *Berkemann*, DÖV 2021, 701, 712; *Ekardt*, Theorie der Nachhaltigkeit (Fn. 106), S. 680 f.; *ders./Heß*, ZUR 2021, 579, 584.

<sup>120</sup> Vgl. *Ekardt*, Theorie der Nachhaltigkeit (Fn. 106), S. 680 f.

<sup>121</sup> Ebenso *Ekardt*, Theorie der Nachhaltigkeit (Fn. 106), S. 299 ff. mit näherer Begründung; *ders./Heß*, ZUR 2021, 579, 581.

<sup>122</sup> Vgl. *Ekardt*, Theorie der Nachhaltigkeit (Fn. 106), S. 680 f.; *ders.*, NVwZ 2013, 1105, 1109; *ders./Heß*, ZUR 2021, 579, 584.

<sup>123</sup> Siehe nur *Ruttloff/Freihoff*, NVwZ 2021, 917, 918 f.

auf<sup>124</sup>, jedoch kann dies nicht darüber hinwegtäuschen, dass die Wahrscheinlichkeit künftig notwendiger Grundrechtseingriffe im Allgemeinen unvermindert sehr hoch ist. Auch die Wahrscheinlichkeit künftiger technischer Möglichkeiten muss nach heutigem Kenntnisstand beurteilt und kann nicht von etwaigen Hoffnungen auf Innovationen abhängig gemacht werden. Insgesamt sind die Kriterien für die Anwendbarkeit der Rechtsfigur der „eingriffsähnlichen Vorwirkung“ hinreichend gesichert und plausibel.<sup>125</sup>

## 2. Abgrenzung von Abwehr- und Schutzpflichtenfunktion

Fraglich erscheint aber, ob der vom BVerfG gewählte Weg zur Anwendung des Zukunftsbezugs der Grundrechte überzeugen kann. Dabei wirft der Weg einer Anknüpfung an die unterlassende weitergehende Unterbindung von CO<sub>2</sub>-Emissionen die Frage auf, ob ein solches staatliches Verhalten wirklich eine rechtfertigungsbedürftige Grundrechtsvorwirkung erzeugen kann und mithin der abwehrrechtlichen Dimension der Grundrechte zuzuordnen ist oder ob der dem BVerfG zur Entscheidung vorgelegte Sachverhalt nicht vielmehr einen alleinigen Anwendungsfall der Schutzpflichtenfunktion darstellt. Die Notwendigkeit einer Abgrenzung folgt dabei aus dem sich gegenseitig ergänzenden Verhältnis dieser beiden Grundrechtsfunktionen, die auf einen Fall nur alternativ anwendbar sind.<sup>126</sup>

### a) Allgemeine Kriterien

Verpflichten die Schutzpflichten den Staat zum Schutz vor nicht-staatlichen Grundrechtsbeeinträchtigungen, während die Grundrechte in ihrer Abwehrdimension gegen staatliche Interventionen schützen<sup>127</sup>, so ist für die Abgrenzung der beiden Grundrechtsfunktionen zentral, ob in dem Unterlassen weitergehender Emissionsverbote als Anknüpfungspunkt für die „eingriffsähnliche Vorwirkung“ unter Geltung des modernen Eingriffsbegriffs ein Grundrechtseingriff beziehungsweise hier ein „eingriffsähnliches Verhalten“ zu sehen ist.<sup>128</sup> Es wird in diesem Sinne eine Negativdefinition für den Anwendungsbereich der Schutzpflichten vorgenommen: Dieser ist für alle jene Grundrechtsbeeinträchtigungen eröffnet, die dem Staat nicht

---

<sup>124</sup> BVerfGE 157, 30, 150 ff.; vgl. auch *Schlacke*, NVwZ 2021, 912, 916.

<sup>125</sup> Vgl. *Hofmann*, NVwZ 2021, 1587, 1588; im Ergebnis auch *Kirchhof*, Intertemporale Freiheitssicherung (Fn. 17), S. 25 f.

<sup>126</sup> *Calliess*, Rechtsstaat und Umweltstaat. Zugleich ein Beitrag zur Grundrechtsdogmatik im Rahmen mehrpoliger Verfassungsrechtsverhältnisse, 2001, S. 312; *Dietlein*, Schutzpflichten (Fn. 39), S. 87 f.

<sup>127</sup> Dazu oben B. II. 1.

<sup>128</sup> Vgl. *Calliess*, Rechtsstaat und Umweltstaat (Fn. 126), S. 309; *ders.*, FAZ v. 20.05.2021, 6.

zurechenbar sind, für die der Staat folglich nicht die Verantwortung trägt.<sup>129</sup> Wie die Grenze zwischen privatem und staatlichem Verantwortungsbereich zu ziehen ist, kann allgemein anhand der Intensität des staatlichen Einflusses auf das beeinträchtigende Verhalten Dritter bestimmt werden.<sup>130</sup> Dabei ist vorwiegend von Bedeutung, ob das staatliche Verhalten, das Anknüpfungspunkt der Zurechnung wäre, notwendige Bedingung der Grundrechtsbeeinträchtigung ist<sup>131</sup> und die Beeinträchtigung vom Willen des staatlichen Verhaltens umfasst ist und somit den verfolgten Zweck darstellt.<sup>132</sup>

Diese Maßstäbe<sup>133</sup> greifen jedoch nicht bei der Zulassung von Emissionen. Denn der Staat tut hier nichts weiter, als ein Verhalten, das Ausdruck grundrechtlicher Freiheitsbetätigung ist, sogar noch zu begrenzen. Es kann also nicht davon gesprochen werden, dass Zweck der Regelungen die künftige, noch stärkere Grundrechtseinschränkung ist. Er hat also keinerlei Einfluss auf den Ausstoß der Emissionen und fördert ihn auch nicht durch die angegriffenen Regelungen des KSG.<sup>134</sup> Der private CO<sub>2</sub>-Ausstoß kann dem Staat mithin nicht als „eingriffsähnliches Verhalten“ zugerechnet werden.

#### *b) Verantwortlichkeit des Staates aufgrund Duldungspflicht*

Nachdem oben bereits festgestellt werden konnte<sup>135</sup>, dass das BVerfG die Ansicht vertritt, durch die unterbliebene stärkere Restriktion von CO<sub>2</sub>-Emissionen werde den Beschwerdeführern die Pflicht auferlegt, diese Emissionen zu dulden, könnte sich die rechtfertigungsbedürftige Verantwortlichkeit des Staates für den Ausstoß von CO<sub>2</sub> allerdings aus der Auferlegung dieser Duldungspflicht ergeben. Dies hätte zur Folge, dass die Konstellation eines unzureichenden Schutzes der abwehrrechtlichen Dimension und nicht der Schutzdimension der Grundrechte zuzuordnen wäre. Mit dieser Vorgehensweise würde der Begriff des Eingriffs<sup>136</sup>

---

<sup>129</sup> Calliess, Rechtsstaat und Umweltstaat (Fn. 126), S. 309 f.

<sup>130</sup> Calliess, Rechtsstaat und Umweltstaat (Fn. 126), S. 309; Hermes, Das Grundrecht auf Schutz von Leben und Gesundheit. Schutzpflicht und Schutzanspruch aus Art. 2 Abs. 2 Satz 1 GG, 1987, S. 79.

<sup>131</sup> Dietlein, Schutzpflichten (Fn. 39), S. 100; Hermes, Grundrecht auf Schutz von Leben und Gesundheit (Fn. 130), S. 82.

<sup>132</sup> Cremer, Freiheitsgrundrechte (Fn. 35), S. 165 f.; Dietlein, Schutzpflichten (Fn. 39), S. 100; Hermes, Grundrecht auf Schutz von Leben und Gesundheit (Fn. 130), S. 82.

<sup>133</sup> Dazu ausführlich Calliess, Rechtsstaat und Umweltstaat (Fn. 126), S. 423 ff.; Cremer, Freiheitsgrundrechte (Fn. 35), S. 163 ff.; Dietlein, Schutzpflichten (Fn. 39), S. 90 ff.; Hermes, Grundrecht auf Schutz von Leben und Gesundheit (Fn. 130), S. 82 ff.

<sup>134</sup> Vgl. Buser, DVBl 2020, 1089, 1392; dort auch dazu, dass sich dieses Ergebnis anders darstelle, wenn es um den Betrieb von Straßen und den infolgedessen ausgestoßenen Emissionen ginge; vgl. dazu auch nur Cremer, Freiheitsgrundrechte (Fn. 35), S. 165; Dietlein, Schutzpflichten (Fn. 39), S. 99.

<sup>135</sup> Dazu oben C. II. 2. a.

<sup>136</sup> Vgl. Calliess, in: HGR (Fn. 33), § 44, Rn. 14.

und folglich auch die Abwehrdimension so stark erweitert, dass letztlich kein Raum mehr für die Anwendung einer Schutzpflichtenfunktion im herkömmlichen Sinne wäre.<sup>137</sup>

Der Grundrechtseingriff wird nach dieser abwehrrechtlichen Herleitung der Schutzpflichten durch die Duldungspflicht beigebracht.<sup>138</sup> Damit wird mit diesem Lösungsansatz gerade keine Zurechnung schädigenden Verhaltens Dritter zum Staat vorgenommen, sondern die im unterlassenen Schutz liegende Duldungspflicht stellt ein vom Staat aufgestelltes Verhaltensgebot dar, das – wie andere staatliche Rechtspflichten auch – eine Freiheitsverkürzung darstellt und dem Begriff des Grundrechtseingriffs daher grundsätzlich zugänglich ist.<sup>139</sup> In der Folge müssen Einwände, die beklagen, dieser Ansatz lasse die Grenzen zwischen staatlichen und privaten Grundrechtsbeeinträchtigungen unklar und damit den Grundrechtseingriff insgesamt nicht mehr händelbar werden<sup>140</sup>, ins Leere gehen.<sup>141</sup> Darüber hinaus ist der Ansatz insofern treffend, als dass alle Normen, mit denen der Staat Private zu Handlungen gegenüber anderen Grundrechtsträgern ermächtigt, als Kehrseite auch eine Pflicht für den Betroffenen beinhalten, sich gegen rechtmäßiges Handeln nicht wehren zu dürfen.<sup>142</sup> Ausdruck dessen ist beispielsweise, dass die Notwehr gem. § 32 II StGB nur gegen rechtswidriges Verhalten des Angreifers zulässig ist.<sup>143</sup>

Es fragt sich jedoch, ob daraus auch stets eine Duldungspflicht folgt. So basiert der Ansatz zwar auf der Idee, dass Zweck des Staates die Herstellung einer Friedensordnung zwischen den Bürgern sei und das staatliche Gewaltmonopol sowie das damit korrespondierende bürgerliche Gewaltverbot sich gegenseitig bedingen, sodass der Staat als Ausfluss seines Gewaltmonopols die Bürger vor Übergriffen Privater schützen müsse.<sup>144</sup> Allerdings ist zweifelhaft, ob Bürger Übergriffe tatsächlich erdulden müssen, wenn der Staat seiner Schutzaufgabe nicht nachkommt, indem er Beeinträchtigungen nicht verbietet. Dem entgegen steht nämlich zum einen, dass sich die Betroffenen eines Übergriffs diesem auch entziehen könnten, die Schädigung also gerade nicht erdulden müssen.<sup>145</sup> Zum anderen lässt die Rechtsordnung erkennen, dass es etwa wegen § 823 BGB und § 1004 BGB unabhängig von im konkreten Einzelfall nicht eigens verbotenen konkreten Handlungen allgemein dennoch unerlaubt ist, ande-

---

<sup>137</sup> Vgl. *Calliess*, Rechtsstaat und Umweltstaat (Fn. 126), S. 315, 427, 434.

<sup>138</sup> Ausdrücklich *Murswiek*, Staatliche Verantwortung (Fn. 99), S. 91, 108 f.; *ders.*, WiVerw 1986, 179, 182; *ders.*, NVwZ 196, 611, 612.

<sup>139</sup> Vgl. *Cremer*, Freiheitsgrundrechte (Fn. 35), S. 171 ff.; *Dietlein*, Schutzpflichten (Fn. 39), S. 41 ff.

<sup>140</sup> Vgl. *Hermes*, Grundrecht auf Schutz von Leben und Gesundheit (Fn. 130), S. 95.

<sup>141</sup> Vgl. *Cremer*, Freiheitsgrundrechte (Fn. 35), S. 171 f.

<sup>142</sup> *Dietlein*, Schutzpflichten (Fn. 39), S. 39 f.

<sup>143</sup> Vgl. *Murswiek*, WiVerw 1986, 179, 182.

<sup>144</sup> *Murswiek*, Staatliche Verantwortung (Fn. 99), S. 102 ff.

<sup>145</sup> *Sachs*, in: Stern (Hrsg.), Staatsrecht, Band III/1 (Fn. 35), S. 730.

ren Schaden zuzufügen.<sup>146</sup> Die Schlussfolgerung, aus dem fehlenden Verbot folge, dass eine Handlung bereits erlaubt sei<sup>147</sup>, kann daher nicht überzeugen.<sup>148</sup> Nun könnte man erwägen, dass sich diese Aspekte nicht auf den Sonderfall des schädigenden CO<sub>2</sub>-Ausstoßes übertragen lassen, weil man den daraus entstehenden Folgen für das weltweite Klima schlecht ausweichen kann. Daneben ist es schwierig, auf dem Rechtswege gegen dieses Verhalten vorzugehen, da es regelmäßig unmöglich sein dürfte, die Kausalität der Emissionen einer Person für die Beeinträchtigung festzustellen.<sup>149</sup> In diesem Sinne könnte es daher ausnahmsweise angebracht sein, dem Bürger, der durch die CO<sub>2</sub>-Emissionen betroffen ist, den Staat als Haftungssubjekt zur Verfügung zu stellen, indem dessen Verantwortlichkeit über die Konstruktion einer Duldungspflicht ausgeweitet wird.<sup>150</sup> Dagegen spricht wiederum, dass nicht nur die Zivilrechtsordnung einzelne Tatbestände zur Verfügung stellt, die deutlich machen, dass eine nicht verbotene Schädigung noch lange nicht erlaubt ist, sondern sich auch etwa aus der polizeilichen Generalklausel dasselbe ablesen lässt, sodass sich aus dieser Gesamtschau aller Normen ein ungeschriebenes allgemeines Nichtschädigungsprinzip ergibt, das schon ganz grundsätzlich gegen die Annahme einer allumfassenden Pflicht zur Duldung eines bloß nicht explizit untersagten Verhaltens spricht.<sup>151</sup>

Darüber hinaus spricht gegen die Annahme einer solch umfassenden Duldungspflicht, dass dem Staat damit die Verantwortung für Lebensbereiche übertragen wird, auf die er keinerlei Einfluss ausgeübt hat und die folglich ausschließlich dem privaten Lebensbereich zuzuordnen sind.<sup>152</sup> Damit würden die Sphären staatlicher Verantwortlichkeit so stark ausgeweitet, dass alleinige private Verantwortlichkeit nicht mehr existiert.<sup>153</sup> Die praktische Folge wäre, dass unter Geltung des Vorbehalts des Gesetzes (Art. 20 III GG) die Ausübung grundrechtlicher Freiheit, die mangels Verbots von einer staatlichen Duldungspflicht für Betroffene begleitet werde, durch eine gesetzliche Zulassung bedingt wäre, damit der Eingriff durch Duldungs-

---

<sup>146</sup> Vgl. *Dietlein*, Schutzpflichten (Fn. 39), S. 46 ff.; anschließend ebenso *Calliess*, Rechtsstaat und Umweltstaat (Fn. 126), S. 429.

<sup>147</sup> *Murawiek*, WiVerw 1986, 179, 182; *ders.*, NVwZ 1986, 611, 612; *Schwabe*, Grundrechtsdogmatik (Fn. 99), S. 213.

<sup>148</sup> Ebenso *Dietlein*, Schutzpflichten (Fn. 39), S. 46 ff.

<sup>149</sup> Vgl. *Murawiek*, NVwZ 1986, 611.

<sup>150</sup> Vgl. zu diesem Grundgedanken der Ausweitung der Verantwortlichkeit *Calliess*, in: HGR (Fn. 33), § 44, Rn. 14; zuvor schon *Murawiek*, NVwZ 1986, 611, 611 ff.

<sup>151</sup> *Dietlein*, Schutzpflichten (Fn. 39), S. 46; ähnlich zur Existenz einer „Nichtstörungsschranke“ *Isensee*, in: HStR (Fn. 35), § 191, Rn. 6.

<sup>152</sup> Vgl. *Calliess*, Rechtsstaat und Umweltstaat (Fn. 126), S. 431; *Hermes*, Grundrecht auf Schutz von Leben und Gesundheit (Fn. 130), S. 95; siehe auch den grundsätzlichen Gedanken zur Abgrenzung der Verantwortungsbereiche bei *Dietlein*, Schutzpflichten (Fn. 39), S. 97.

<sup>153</sup> Vgl. ebd.

pflcht rechtmäßig ist.<sup>154</sup> Dies würde das sogenannte rechtsstaatliche Verteilungsprinzip<sup>155</sup>, das von einer prinzipiell unbegrenzten, mithin auch nicht von einer gesetzlichen Grundlage abhängigen Freiheit des Individuums ausgeht, umkehren.<sup>156</sup>

Im Ergebnis kann die vorgenommene Gleichsetzung der Schutzpflichten- mit der Abwehrfunktion mithin nicht überzeugen. Daraus folgt, dass die vorliegende Konstellation kein staatliches Verhalten enthält, das als „eingriffsähnlich“ behandelt werden kann und somit kein Anwendungsfall der Grundrechte als Eingriffsabwehrrechte besteht, sondern die Schutzpflichtenfunktion betroffen ist.<sup>157</sup>

### 3. Fehlende Trennung von Abwehr- und Schutzpflichtenfunktion

Nach der abstrakten Abgrenzung lässt sich anhand des sogenannten „Störerdreiecks“<sup>158</sup> illustrieren, dass im konkreten Fall unzureichenden Klimaschutzes eine Eingriffsabwehrkonstruktion auf eine Konstellation angewendet wird, die vielmehr dem Wesen der Schutzpflichtenfunktion entspricht.<sup>159</sup> Die maßgebliche Beeinträchtigung geht von Dritten und nicht vom Staat aus – dies ist hier der Ausstoß von CO<sub>2</sub>-Emissionen und gerade nicht eine konstruierte Duldungspflicht. Diese Grundrechtsbeeinträchtigung löst die Schutzpflicht des Staates aus, die ihn dazu verpflichtet, gegen die Beeinträchtigung durch einen Eingriff in die abwehrrechtliche Freiheitssphäre des Schädigers einzugreifen. Genau ein solcher Eingriff – besser gesagt ein weitergehender Eingriff – wird von den Beschwerdeführern in Gestalt einer schärferen Vorgabe für den zulässigen Emissionsausstoß begehrt. Im Kern geht es hier daher um ein „Mehr“ an staatlichem Handeln, nicht aber um den für die Abwehrrechtsfunktion typischen Anspruch auf ein staatliches Unterlassen, also ein „Weniger“.<sup>160</sup>

Dass die vorliegend unpassende Grundrechtsfunktion zur Anwendung gebracht werden soll, ist im gesamten Begründungsgang erkennbar.<sup>161</sup> Dadurch, dass das Gericht auf eine aktuelle

---

<sup>154</sup> Vgl. *Calliess*, Rechtsstaat und Umweltstaat (Fn. 126), S. 431; vgl. auch *Dietlein*, Schutzpflichten (Fn. 39), S. 97.

<sup>155</sup> Dazu *Schmitt*, Verfassungslehre, 11. Aufl. 2017, S. 126.

<sup>156</sup> *Calliess*, Rechtsstaat und Umweltstaat (Fn. 126), S. 431.

<sup>157</sup> So auch die Schlussfolgerung von *Sachs*, JuS 2021, 708, 710 f.

<sup>158</sup> Dazu näher *Calliess*, in: HGR (Fn. 33), § 44, Rn. 18; *Dietlein*, Schutzpflichten (Fn. 39), S. 62; *Isensee*, Grundrecht auf Sicherheit (Fn. 35), S. 34 ff.; *ders.*, in: HStR (Fn. 35), § 191, Rn. 5; im Kontext des „Klimaschutzbeschlusses“ schon *Wahnschaffe/Lücke*, DÖV 2021, 1099, 1100 f.

<sup>159</sup> *Calliess*, ZUR 2021, 355, 356; *Faßbender*, NJW 2021, 2085, 2088; *Sachs*, JuS 2021, 708, 710 f.

<sup>160</sup> Vgl. *Faßbender*, NJW 2021, 2085, 2088; *Sachs*, JuS 2021, 708, 709 ff.

<sup>161</sup> Vgl. *Ruttloff/Freihoff*, NVwZ 2021, 917, 919.

Freiheitsverkürzung verzichtet und folgerichtig keinen klar abgegrenzten Schutzbereich von Freiheitsgrundrechten benennen kann, bleibt im Gleichlauf mit der Schutzpflichtenprüfung auch die Eingriffsprüfung unbestimmt.<sup>162</sup> Man kann in diesem Zusammenhang von einer „Koordination von [...] Abwehrrecht und [...] Schutzpflicht auf der Eingriffsebene“<sup>163</sup> sprechen, die sich auch darin fortsetzt, dass das BVerfG aus dem Verhältnismäßigkeitsgebot, dessen Zweck es ist, staatliches Handeln zu begrenzen<sup>164</sup>, eine Handlungspflicht des Staates ableitet, die zu Grundrechtseinschränkungen führen soll.<sup>165</sup> Dafür spricht auch, dass die hier adressierte Grundrechtsgefährdung in einem Stadium vor der tatsächlichen Freiheitsverkürzung bisher vor allem für die insoweit präventive Aktivierung der Schutzpflichten bekannt war<sup>166</sup> oder aber – in der abwehrrechtlichen Dimension – nur das Grundrecht aus Art. 2 II 1 GG<sup>167</sup> betraf.<sup>168</sup>

Man kann es als Antwort auf geäußerte Kritik verstehen, dass das BVerfG in einem späteren Beschluss zu der hier angesprochenen Thematik Stellung nimmt, indem es seine Ansicht verteidigt, dass es trotz Übereinstimmungen mit der Schutzpflichtenfunktion im Kern um die Abwehr künftiger Grundrechtseingriffe des Staates und damit um die abwehrrechtliche Grundrechtsdimension gehe.<sup>169</sup> Dies berücksichtigt aber nicht, dass – wie gezeigt – schon die Anknüpfung an Regelungen des KSG als „eingriffsähnlich“ verfehlt war und es somit an einer gegenwärtigen Grundlage für eine abwehrrechtliche Prüfung fehlte, sodass richtigerweise nur die Schutzpflichtendimension der Grundrechte betroffen war.

#### 4. Fazit

Somit ist abschließend festzuhalten, dass die Lösung des BVerfG über die Konstruktion der „eingriffsähnlichen Vorwirkung“ zwar begrüßenswerte Aspekte berücksichtigt, aber in der dogmatischen Begründung nicht überzeugen kann.

---

<sup>162</sup> Möllers/Weinberg, JZ 2021, 1069, 1073.

<sup>163</sup> Schlacke, NVwZ 2021, 912, 916; Calliess, ZUR 2021, 355, 357 spricht gar davon, dass „eine Schutzpflicht in ein Abwehrrecht umgedeutet [wird]“.

<sup>164</sup> Vgl. statt vieler Schulze-Fielitz, in: Dreier, GG – Kommentar, Band II: Art. 20 – 82, 3. Aufl. 2015, Art. 20, Rn. 179.

<sup>165</sup> BVerfGE 157, 30, 163 f., 176; vgl. Calliess, ZUR 2021, 355, 356 f.; Möllers/Weinberg, JZ 2021, 1069, 1073; Sachs, JuS 2021, 708, 710.

<sup>166</sup> Vgl. BVerfGE 49, 89, 141 f.; BVerfG NVwZ 2010, 702, 703.

<sup>167</sup> BVerfGE 66, 39, 58.

<sup>168</sup> Dazu oben C. II. 1. a.

<sup>169</sup> BVerfG NVwZ 2022, 321, 323, Rn. 11; dazu auch Britz, NVwZ 2022, 825, 833.

## D. Verletzung von Schutzpflichten durch unzureichenden Klimaschutz

Im Gegensatz zur Verletzung von Abwehrrechten hat das BVerfG eine Verletzung von Schutzpflichten durch unzureichenden Klimaschutz verneint.<sup>170</sup> Da die Frage einer Verletzung von Schutzpflichten durch fehlende oder mangelhafte Klimaschutzmaßnahmen den Gegenpart zur „eingriffsähnlichen Vorwirkung“ darstellt und bereits vor dem Beschluss in der rechtswissenschaftlichen Literatur ausführlich behandelt wurde<sup>171</sup>, ist die aktuelle Entscheidung des BVerfG in den bisherigen Stand der Diskussion einzuordnen und zu würdigen. Dabei soll aufgezeigt werden, dass eine Lösung abweichend von der des BVerfG möglich wäre.

### I. Anerkennung einer Schutzpflicht des Gesetzgebers

Das BVerfG erkennt im Anschluss an seine Rechtsprechung das Bestehen einer grundrechtlichen Schutzpflicht aus Art. 2 II 1 GG und Art. 14 I GG an.<sup>172</sup> Diese bestehe in Anbetracht der durch den Klimawandel verursachten Gefahren für grundrechtlich geschützte Güter auch mit Blick auf zukünftige, also noch nicht gegenwärtige Gefahren.<sup>173</sup> Dies ist auch vielfach anerkannt: Schutzpflichten seien danach auch auf zukünftige, noch nicht akut bestehende Gefahren durch den Klimawandel ausgerichtet und den Staat treffe daher die Pflicht, seine Bürger davor zu schützen.<sup>174</sup>

Dabei begründet das BVerfG jedoch nicht besonders, inwiefern eine Schutzpflicht auslösende Gefahr schon heute besteht, obwohl die Folgen des Klimawandels erst in der etwas fernerer Zukunft eintreten und es daher Ungewissheiten hinsichtlich des konkreten Grades der Grundrechtsbeeinträchtigungen gibt.<sup>175</sup> Es betont lediglich, dass „große Gefahren“<sup>176</sup> durch den Klimawandel entstehen könnten und einmal in Gang gesetzte Entwicklungen unumkehrbar seien.<sup>177</sup>

---

<sup>170</sup> BVerfGE 157, 30, 110 f.

<sup>171</sup> Siehe dazu etwa *Bickenbach*, JZ 2020, 168, 170 f., 176 f.; *Buser*, DVBl 2020, 1389 ff.; *Kahl*, JURA 2021, 117 ff.; *Meyer*, NJW 2020, 894, 894 ff.; *Murswiek*, WiVerw 1986, 179, 201.

<sup>172</sup> BVerfGE 157, 30, 110.

<sup>173</sup> BVerfGE 157, 30, 111 f., 123.

<sup>174</sup> *Bickenbach*, JZ 2020, 168, 170 f.; *Buser*, DVBl 2020, 1389, 1390; *Kahl*, JURA 2021, 117, 126; *Meyer*, NJW 2020, 894, 897.

<sup>175</sup> Dagegen ausführlich zu dieser Problematik *Meyer*, NJW 2020, 894, 895 ff.

<sup>176</sup> BVerfGE 157, 30, 113.

<sup>177</sup> BVerfGE 157, 30, 111 ff.

Etwas mehr Aufwand widmet das BVerfG der Frage, ob der Schutzpflicht des Staates die globale Dimension des Klimawandels und die daraus folgende Tatsache entgegensteht, dass dieser nur durch Anstrengungen der internationalen Staatengemeinschaft aufgehalten werden kann.<sup>178</sup> Dies wird mit der Begründung verneint, dass der Staat diesen Eigenheiten dadurch gerecht werden müsse, indem er auf den Abschluss internationaler Abkommen zum Klimaschutz hinzuwirken habe.<sup>179</sup> Gleichzeitig müsse er auch die sich aus den internationalen Absprachen folgenden Verpflichtungen erfüllen, um seinen eigenen Beitrag dafür zu leisten, Klimaneutralität zu erreichen und innerhalb der Staatengemeinschaft mit gutem Beispiel voranzugehen.<sup>180</sup>

Die somit bestehende Schutzpflicht erstrecke sich sowohl auf Maßnahmen, die Erderwärmung selbst einzudämmen oder gar aufzuhalten, als auch auf Maßnahmen zur Anpassung an durch den Klimawandel bedingte Veränderungen der Umwelt.<sup>181</sup>

Stimmen, die die Verneinung einer Schutzpflichtenverletzung mit dem Argument begrüßen, es bestehe schon gar keine Schutzpflichtenkonstellation, weil der vom BVerfG geprüfte Eingriff vom Staat und nicht von Privaten ausgehe oder von Umweltveränderungen verursacht sei<sup>182</sup>, verkennen dagegen, dass sich die Bezugspunkte der Schutzpflichtenprüfung und der anschließenden Prüfung der Verletzung von Abwehrrechten durch das BVerfG unterscheiden<sup>183</sup>: Diese betrifft zukünftige staatliche Freiheitseingriffe, jene dagegen genau solche klimawandelbedingten Umweltveränderungen, die eine Gefährdung von Grundrechtsgütern auslösen und daher typisch für eine Schutzpflichtenkonstellation sind.<sup>184</sup> Es spricht mithin nichts gegen die Möglichkeit, die Verfassungswidrigkeit der Regelungen des KSG auf eine Verletzung von Schutzpflichten zu stützen.

---

<sup>178</sup> BVerfGE 157, 30, 113.

<sup>179</sup> BVerfGE 157, 30, 113, 140 f.

<sup>180</sup> BVerfGE 157, 30, 140 ff.

<sup>181</sup> BVerfGE 157, 30, 111, 113.

<sup>182</sup> Vgl. *Möllers/Weinberg*, JZ 2021, 1069, 1072; ähnlich auch *Wahnschaffe/Lücke*, DÖV 2021, 1099, 1107 f.

<sup>183</sup> Vgl. *Berkemann*, DÖV 2021, 701, 711, der dies als „Perspektivwechsel“ bezeichnet.

<sup>184</sup> So auch *Britz*, NVwZ 2022, 825, 833.

## II. Verletzung der Schutzpflicht

### 1. Lösung des BVerfG

Zur Prüfung, ob eine Verletzung dieser Schutzpflicht vorliegt, stellt das BVerfG auf die Evidenzkontrolle<sup>185</sup> ab.<sup>186</sup> Die durch das KSG getroffenen Regelungen seien demnach nicht offensichtlich ungeeignet zur Erreichung des Schutzziels, da sie auf das Erreichen der Klimaneutralität abzielten und einen stetigen Emissionsminderungspfad vorsähen, der es ermögliche, dass bis zur Erreichung der Klimaneutralität nicht unbegrenzt CO<sub>2</sub> emittiert wird, sodass die Begrenzung der Erderwärmung auf eine bestimmte globale Temperatur im Rahmen des deutschen Beitrags nicht unmöglich werde.<sup>187</sup> Weil der deutsche Staat außerdem durch die Regelungen des KSG deutlich mache, dass er den Klimawandel nicht ungehindert voranschreiten lassen wolle, sondern auch das Ziel der Begrenzung der Erderwärmung verfolge, sei der durch den Gesetzgeber angestrebte Schutz vor den Gefahren des Klimawandels ebenfalls nicht völlig unzulänglich.<sup>188</sup> Angesichts noch bestehender Unsicherheiten bezüglich der tatsächlichen Folgen einer Erderwärmung auf eine bestimmte Temperatur habe der Gesetzgeber den ihm zukommenden Entscheidungsspielraum noch nicht überschritten.<sup>189</sup> Vielmehr seien Klimaschutz und Gesundheitsschutz nicht deckungsgleich, da der Schutz der Gesundheit vor klimawandelbedingten Folgen nicht nur durch Emissionsreduktion, sondern ergänzend auch durch geeignete Anpassungsmaßnahmen durchzuführen sei, sodass aus den Schutzpflichten nicht der Anspruch auf das Einhalten einer bestimmten Temperaturschwelle abgeleitet werden könne.<sup>190</sup> Die Möglichkeit, Anpassungsmaßnahmen vorzunehmen, führe darüber hinaus dazu, dass die Schutzpflichten selbst dann nicht verletzt seien, wenn aufgrund des festgeschriebenen Reduktionspfades das in § 3 I 2 KSG selbst gesetzte Minderungsziel verfehlt würde, solange der Staat weiterhin auf den Zustand der Klimaneutralität hinarbeite.<sup>191</sup> Im Ergebnis konnte das BVerfG nicht feststellen, dass die angegriffenen Normen erheblich hinter dem durch die grundrechtlichen Schutzpflichten gebotenen Schutz zurückblieben, sodass Schutzpflichten nicht verletzt seien.<sup>192</sup>

---

<sup>185</sup> Dazu oben B. II. 2.

<sup>186</sup> Vgl. BVerfGE 157, 30, 114; siehe ebenso *Calliess*, ZUR 2021, 355, 357; *Schlacke*, NVwZ 2021, 912, 914.

<sup>187</sup> BVerfGE 157, 30, 114 ff.

<sup>188</sup> BVerfGE 157, 30, 116.

<sup>189</sup> BVerfGE 157, 30, 116 ff.

<sup>190</sup> BVerfGE 157, 30, 116, 119 f.

<sup>191</sup> BVerfGE 157, 30, 120 ff.

<sup>192</sup> BVerfGE 157, 30, 110, 116, 124.

## 2. Abweichende Lösungsmöglichkeit

Die Begründung des BVerfG zur Ablehnung einer Schutzpflichtenverletzung ist in mehrfacher Hinsicht angreifbar.

### a) Wahl des Prüfungsmaßstabs

So kann schon die Wahl des Prüfungsmaßstabs und die daraus folgende nur restriktive Kontrolle in Frage gezogen werden.<sup>193</sup> Das BVerfG bedient sich hier der weniger strengen Evidenzkontrolle. Kriterien für die Wahl des Prüfungsmaßstabs sollten aber insbesondere die Bedeutung der kollidierenden Rechtsgüter und die Schwere der drohenden Gefahren sowie die tatsächlichen Schutzmöglichkeiten des Staates sein.<sup>194</sup> Für den Klimaschutz ist dabei anzuerkennen, dass den deutschen Staat bei Anstrengungen zur Bekämpfung auf internationaler Ebene nur ein geringer Einfluss zukommt. Für diesen Teil des Inhalts der Schutzpflicht kann daher kein strenger Maßstab angelegt werden.<sup>195</sup> Jedoch erstreckt sich die Schutzpflicht auch auf nationale Maßnahmen zum Schutz vor den Folgen des Klimawandels und die damit zusammenhängende internationale Vorbildfunktion.<sup>196</sup> Es besteht nach aktuellem Stand der Wissenschaft<sup>197</sup> eine hohe Gefährdung insbesondere der Schutzgüter des Lebens und der körperlichen Unversehrtheit, auf deren Abwenden der Einzelne keinen wesentlichen Einfluss hat. Das Recht auf Leben und körperliche Unversehrtheit stellt einen „Höchstwert“<sup>198</sup> der Verfassung dar.<sup>199</sup> Im Kontext des Klimawandels hat das BVerfG die grundrechtlichen Schutzpflichten zusammen mit Art. 20a GG aufgewertet<sup>200</sup>, sodass Art. 20a GG hier eine den Gehalt von Art. 2 II 1 GG verstärkende Wirkung einnimmt.<sup>201</sup> Ob der besonderen Schutzverantwortung des Staates ist in diesem Kontext folglich das Untermaßverbot der richtige Prüfungsmaßstab.<sup>202</sup>

---

<sup>193</sup> So auch *Berkemann*, DÖV 2021, 701, 710; *Calliess*, ZUR 2021, 355, 357.

<sup>194</sup> Vgl. BVerfGE 49, 89, 142; darauf aufbauend *Buser*, DVBl 2020, 1389, 1393.

<sup>195</sup> Vgl. *Buser*, DVBl 2020, 1389, 1394.

<sup>196</sup> So im Ergebnis auch *Buser*, DVBl 2020, 1389, 1393 f.; *Meyer*, NJW 2020, 894, 898.

<sup>197</sup> Siehe nur *IPCC*, Climate Change 2021 (Fn. 1); *dass.*, Climate Change 2022 (Fn. 1); siehe dazu auch BVerfGE 157, 30, 50 ff.

<sup>198</sup> BVerfGE 39, 1, 42.

<sup>199</sup> Ebd.

<sup>200</sup> BVerfGE 157, 30, 131 ff.

<sup>201</sup> *Calliess*, in: HGR (Fn. 33), § 44, Rn. 34; manche befürworten in diesem Zusammenhang, aus Art. 2 II 1 GG, zum Teil in Verbindung mit Art. 1 I GG und Art. 20a GG, ein Grundrecht auf ein ökologisches Existenzminimum abzuleiten; dazu exemplarisch *Buser*, DVBl 2020, 1389, 1391 f.; *Calliess*, Rechtsstaat und Umweltstaat (Fn. 126), S. 300; *Ekardt*, Theorie der Nachhaltigkeit (Fn. 106), S. 271 ff.; *Frenz*, DÖV 2021, 715, 718 ff.

<sup>202</sup> So auch *Buser*, DVBl 2020, 1389, 1394; *Calliess*, ZUR 2021, 355, 357.

## b) Verhältnismäßigkeitsprüfung

Weil das BVerfG den falschen Prüfungsmaßstab gewählt hat, fehlt es in seiner Lösung an einer Verhältnismäßigkeitsprüfung.<sup>203</sup> Dafür ist ein Schutzziel zu identifizieren<sup>204</sup> und zu prüfen, ob stärkere, bis dahin unterlassene Reduktionsziele und Maßnahmen, die einen Eingriff in Abwehrrechte der Emittenten darstellten, zur Erreichung dieses Schutzziels „geeignet, erforderlich und verhältnismäßig im engeren Sinne“<sup>205</sup> sind.<sup>206</sup> Dabei wurde eingewandt, ein solches Schutzziel sei dadurch nicht zu bestimmen, dass der Klimawandel nur global zu bekämpfen und der nationale Anteil daran nicht klar zu bemessen sei.<sup>207</sup> Dies mag im Hinblick auf Unsicherheiten bei der Berechnung des CO<sub>2</sub>-Restbudgets als nationaler Anteil am Klimaschutz allgemein zutreffend sein.<sup>208</sup> Jedoch hat das BVerfG genau diesen nationalen Anteil zu einem Kernelement der abwehrrechtlichen Prüfung gemacht. Wenn man zudem bedenkt, dass Anpassungsmaßnahmen nur eingetretene Schäden lindern, kann darin kein gleich geeigneter Schutz liegen.<sup>209</sup> Daher ist nicht ersichtlich, warum das CO<sub>2</sub>-Budget nicht genauso bei der Schutzpflichtprüfung fruchtbar gemacht werden kann.<sup>210</sup> Das Schutzziel muss daher die Einhaltung des nationalen CO<sub>2</sub>-Restbudgets sein, um dazu beizutragen, das globale Restbudget nicht zu überschreiten. Schärfere Emissionsminderungsziele sind geeignet zur Erreichung des Schutzziels und stellen dabei zwar intensivere Eingriffe in kollidierende Rechtsgüter dar, sind jedoch zugleich auch wirksamer und folglich erforderlich.

Die durch die zur Erreichung des Schutzziels zu treffenden, aber bisher unterlassenen Maßnahmen betroffenen Freiheitsrechte sind gegen das durch Art. 20a GG verstärkte Grundrecht auf Leben und körperliche Unversehrtheit in Abwägung zu bringen.<sup>211</sup> Auf der Seite der Freiheitsrechte sind mit Blick auf die in § 4 I 1 KSG a.F. genannten Sektoren vor allem die Wirtschaftsgrundrechte aus Art. 12 I, 14 I GG (ggf. i.V.m. Art. 19 III GG) etwa der Energieversorgungsunternehmen oder der Landwirte zu nennen, aber auch die allgemeine Handlungs-

---

<sup>203</sup> Vgl. *Berkemann*, DÖV 2021, 701, 710; ähnlich auch *Ekardt/Heß*, ZUR 2021, 579, 583; zur Verhältnismäßigkeitsprüfung beim Untermaßverbot schon oben unter B. II. 2.

<sup>204</sup> Vgl. *Eifert*, JURA 2021, 1085, 1091.

<sup>205</sup> *Cremer*, DÖV, 2008, 102, 108.

<sup>206</sup> Vgl. allgemein zur Prüfungsfolge *Cremer*, DÖV 2008, 102, 104 ff.

<sup>207</sup> *Eifert*, JURA 2021, 1085, 1091.

<sup>208</sup> Dazu oben C. III. 1.

<sup>209</sup> Vgl. *Ekardt*, Theorie der Nachhaltigkeit (Fn. 106), S. 683; *ders./Heß*, ZUR 2021, 579, 583; *Meyer*, NJW 2020, 894, 898.

<sup>210</sup> So auch *Faßbender*, NJW 2021, 2085, 2088; *Schlacke*, NVwZ 2021, 912, 915.

<sup>211</sup> Vgl. allgemein zur Prüfungsfolge *Cremer*, DÖV 2008, 102, 105; konkreter *Ekardt/Heß*, ZUR 2021, 579, 582 f.

freiheit (Art. 2 I GG) der Verkehrsteilnehmer.<sup>212</sup> In der Abwägung ist das BVerfG an den eigenen Erkenntnissen, die es in der Prüfung des Abwehrrechts entwickelt hat, festzuhalten. Dort statuiert es, dass das Gewicht des Art. 20a GG in Verbindung mit den grundrechtlichen Schutzpflichten mit fortschreitendem Klimawandel im Vergleich zu kollidierenden Rechtsgütern zunehme.<sup>213</sup> Da absehbar ist, dass der Klimawandel weiter fortschreitet, besteht kein Grund, nicht konsequenterweise auch die Schutzpflichten durch eine stärkere gegenwärtige Gewichtung in intertemporaler Weise aufzuwerten und künftige, aufgrund der unumkehrbaren Erhöhung der Erdtemperatur durch heutigen CO<sub>2</sub>-Ausstoß schon jetzt absehbare Beeinträchtigungen der Schutzgüter in Anwendung des Vorsorgeprinzips zu berücksichtigen.<sup>214</sup> Dies ist besonders mit Blick auf die klimatischen Kipppunkte notwendig.<sup>215</sup> Der Verweis darauf, dass „gegenwärtig“<sup>216</sup> Schutzpflichten nicht verletzt seien<sup>217</sup>, überzeugt aus diesem Grund nicht. Auch vor dem Hintergrund der vom BVerfG selbst aufgestellten Maßstäbe ist daher die Ablehnung einer Schutzpflichtenverletzung nicht stichhaltig.<sup>218</sup>

## E. Zusammenfassung der Ergebnisse und Ausblick

Abschließend kann festgehalten werden, dass der Klimaschutzbeschluss des BVerfG zum Teil einige dogmatische Neuerungen enthält, in anderen Aspekten aber auf der Linie bisheriger Rechtsprechung verbleibt.

Zunächst ist damit die Neuentwicklung der Rechtsfigur der „eingriffsähnlichen Vorwirkung“ angesprochen. Diese weicht von der bisherigen Grundrechtsdogmatik insoweit ab, als dass sie aktuelle Freiheitsverkürzungen für entbehrlich hält und stattdessen künftige Freiheitsbeeinträchtigungen einbezieht, die schon durch heutige Regelungen prädestiniert sein sollen. Sie kann nach den aus der Entscheidung herauszulesenden Kriterien nur angewendet werden, wenn eine verfassungsrechtlich vermittelte Handlungspflicht des Gesetzgebers existiert und es in Zukunft mit an Sicherheit grenzender Wahrscheinlichkeit zu Freiheitsverkürzungen kommt. Diese engen Kriterien sind sehr voraussetzungsvoll, sodass es schwerfällt, sich Kons-

---

<sup>212</sup> Vgl. allgemein zu den bei Klimaschutzmaßnahmen abwägungsrelevanten Belangen *Calliess*, ZUR 2021, 355, 357.

<sup>213</sup> BVerfGE 157, 30, 132.

<sup>214</sup> Vgl. *Calliess*, ZUR 2021, 355, 356; *Ekardt*, Theorie der Nachhaltigkeit (Fn. 106), S. 682 f.; *ders./Heß*, ZUR 2021, 579, 581 ff.; ähnlich *Faßbender*, NJW 2021, 2085, 2088 f.

<sup>215</sup> Zu den Kipppunkten siehe *Meyer*, NJW 2020, 894, 897 f.

<sup>216</sup> BVerfGE 157, 30, 120.

<sup>217</sup> Ebd.

<sup>218</sup> Im Ergebnis genauso etwa *Calliess*, ZUR 2021, 355, 357; *Ekardt*, Theorie der Nachhaltigkeit (Fn. 106), S. 682 f.; *ders./Heß*, ZUR 2021, 579, 581 ff.

tellationen neben dem Klimaschutz vorzustellen, in denen diese Kriterien ebenso erfüllt sein können.<sup>219</sup> Es wird kaum einen Fall geben, bei dem aufgrund so gut gesicherter wissenschaftlicher Erkenntnisse mit so hoher Wahrscheinlichkeit bestimmt werden kann, dass es zu Grundrechtseinschränkungen kommen wird oder sogar muss. Das liegt zum einen daran, dass in entscheidender Weise die Irreversibilität der Auswirkungen von einmal emittiertem CO<sub>2</sub> zur Rechtsfertigungsbedürftigkeit der gesetzlichen Vorschriften beiträgt.<sup>220</sup> Zum anderen liegt es daran, dass häufig eine so genau bestimmbare verfassungsrechtliche Handlungspflicht wie aus Art. 20a GG fehlen wird.<sup>221</sup>

Im Anschluss an die Kriterien konnte festgestellt werden, dass durch die „eingriffsähnliche Vorwirkung“ erstmals die Möglichkeiten künftiger Freiheitsbetätigung Gegenstand der Grundrechtsprüfung sind und damit das Vorsorgeprinzip in die Grundrechtsprüfung integriert wird. Der dafür verwendete Anknüpfungspunkt in heutigen Regelungen ist aber nicht überzeugend, weil die dort geregelte Zulassung nicht als „eingriffsähnlich“ der verfassungsrechtlichen Rechtfertigung unterliegen darf. Vielmehr ist mit der hiesigen Konstellation nicht die abwehrrechtliche Dimension der Grundrechte, sondern deren Schutzpflichtendimension anwendbar, die daher allein der richtige Standort für die verfassungsrechtliche Prüfung gewesen wäre.

Bei dieser verbleibt das BVerfG auf seiner bisherigen restriktiven Linie.<sup>222</sup> Dabei wäre nach den obigen Ausführungen statt der „Grundrechtsrevolution“ durch die Erfindung einer neuen Eingriffskategorie in dogmatisch schlüssigerer Weise und auf bekanntem Terrain eine „Grundrechtsevolution“ mit einer Weiterentwicklung der Dogmatik der grundrechtlichen Schutzpflichten möglich gewesen, die zudem zu demselben Ergebnis hätte führen können.<sup>223</sup> Eine solche Weiterentwicklung wäre in Anbetracht des singulären Vorgangs des Klimawandels auch zu rechtfertigen gewesen; erst recht, wenn das BVerfG sogar die Entwicklung einer gänzlich neuen Rechtsfigur für angebracht hielt.<sup>224</sup>

---

<sup>219</sup> So auch *Möllers/Weinberg*, JZ 2021, 1069, 1077; *Faßbender*, NJW 2021, 2085, 2089; gegen die Übertragbarkeit auf die Rentenversicherung *Koop*, NVwZ 2022, 519, 520 ff.; unentschieden *Wahnschaffe/Lücke*, DÖV 2021, 1099, 1108 f.; a.A. *Ruttloff/Freihoff*, NVwZ 2021, 917, 918, 921.

<sup>220</sup> Vgl. *Faßbender*, NJW 2021, 2085, 2089; in Bezug auf die Rentenversicherung auch *Koop*, NVwZ 2022, 519, 520.

<sup>221</sup> *Faßbender*, NJW 2021, 2085, 2089; *Koop*, NVwZ 2022, 519, 521 f.; *Muckel*, JA 2021, 610, 613.

<sup>222</sup> *Calliess*, ZUR 2021, 355, 357; *Faßbender*, NJW 2021, 2085, 2088; *Schlacke*, NVwZ 2021, 912, 914.

<sup>223</sup> Im Ergebnis ebenso *Berkemann*, DÖV 2021, 701, 710; *Calliess*, ZUR 2021, 355, 357; *Ekardt*, Theorie der Nachhaltigkeit (Fn. 106), S. 682 f.; *ders./Heß*, ZUR 2021, 579, 581 ff.; *Faßbender*, NJW 2021, 2085, 2088.

<sup>224</sup> Vgl. *Calliess*, ZUR 2021, 355, 357.

Bleibt zuletzt noch ein weiterführender Blick darauf, welche Auswirkungen die Entscheidung auf weitere Klimaklagen hatte und haben könnte. So hat das BVerfG Verfassungsbeschwerden, die auf eine Verschärfung oder den Erlass von Landesklimagesetzen gerichtet waren, mit der Begründung nicht zur Entscheidung angenommen, dass eine „eingriffsähnliche Vorwirkung“ in diesen Fällen nicht anzunehmen sei, da es an der Zuweisung eines CO<sub>2</sub>-Restbudgets an die Länder fehle und daher keine daraus ableitbare Reduktionslast festgestellt werden könne, die zwingend in staatliche Freiheitseinschränkungen in der Zukunft münden werde.<sup>225</sup> Damit hat das BVerfG betont, dass stets die Definierung eines sich absehbar erschöpfenden CO<sub>2</sub>-Restbudgetes die naturwissenschaftliche Voraussetzung für die hinreichend sichere Annahme künftiger Freiheitseinschränkungen ist und nur so bereits gegenwärtig eine „eingriffsähnliche Vorwirkung“ begründet werden kann.<sup>226</sup>

Dagegen kann eine neuerliche Verfassungsbeschwerde, nunmehr gegen die Neufassung des KSG<sup>227</sup>, wegen dessen Charakter als Gesetz des Bundes nicht mit diesem Argument abgelehnt werden. Es bleibt daher abzuwarten, ob das BVerfG auf Basis seines Beschlusses vom 24. März 2021 die strengeren und weiter in die Zukunft fortgeschriebenen Minderungsziele<sup>228</sup> als verfassungsgemäß anerkennen wird.<sup>229</sup>

---

<sup>225</sup> BVerfG NVwZ 2022, 321, 322 ff., Rn. 4, 14.

<sup>226</sup> Vgl. dazu und weiterführend *Wiedmann*, ZUR 2022, 358, 359 ff.

<sup>227</sup> Siehe dazu die Meldung von *Bauchmüller*, SZ v. 27.01.2022, 5.

<sup>228</sup> § 3 I, II KSG n.F., § 4 I KSG i.V.m. Anlagen 1-3 n.F.

<sup>229</sup> Diesbezüglich für die Verfassungsmäßigkeit *Faßbender*, NJW 2021, 2085, 2090.