

Rechtsanwälte Günther

Partnerschaft

Rechtsanwälte Günther • Postfach 130473 • 20104 Hamburg

Michael Günther * (bis 31.12.2022)
Hans-Gerd Heidel * (bis 30.06.2020)
Dr. Ulrich Wollenteit *¹
Martin Hack LL.M. (Stockholm) *¹
Clara Goldmann LL.M. (Sydney) *
Dr. Michéle John *
Dr. Dirk Legler LL.M. (Cape Town) *
Dr. Roda Verheyen LL.M. (London) *
André Horenburg *
John Peters
Sonja Garbers
Victor Görlich

¹ Fachanwalt für Verwaltungsrecht
* Partner der Partnerschaft
AG Hamburg PR 582

Mittelweg 150
20148 Hamburg
Tel.: 040-278494-0
Fax: 040-278494-99
www.rae-guenther.de

05.07.2023
00058/23 /R /R/dr
Mitarbeiterin: Jule Drzewiecki
Durchwahl: 040-278494-11
Email: drzewiecki@rae-guenther.de

G u t a c h t e n

Novelle des Bundes-Klimaschutzgesetzes: Bewertung des Referentenentwurfs und des Entwurfs für ein Klimaschutzprogramm 2023

Erstellt im Auftrag von Agora Verkehrswende und Agora Energiewende

von Rechtsanwältin Dr. Roda Verheyen
und Rechtsanwalt Dr. Johannes Franke

Buslinie 19, Haltestelle Böttgerstraße • Fern- und S-Bahnhof Dammtor • Parkhaus Brodersweg

Hamburger Sparkasse
IBAN DE84 2005 0550 1022 2503 83
BIC HASPDEHHXXX

Commerzbank AG
IBAN DE22 2008 0000 0400 0262 00
BIC DRESDEFF200

GLS Bank
IBAN DE61 4306 0967 2033 2109 00
BIC GENODEM1GLS

Inhalt

I. Sachverhalt und Gutachtenauftrag.....	3
II. Verfassungs- und unionsrechtliche Bewertung des KSG-E.....	3
1. Verfassungsrechtliche Bewertung.....	4
a. Mengensteuerung und indikative Sektorziele.....	4
b. Projektionsbasierter Nachsteuerungsmechanismus.....	6
c. Klimaschutzprogramm.....	9
d. Rolle des Expertenrats für Klimafragen.....	10
e. Berücksichtigungsgebot.....	11
f. Verordnungsermächtigung für technische Senken (§ 3b KSG-E).....	11
g. Zwischenergebnis.....	12
2. Unionsrechtliche Bewertung im Hinblick auf die ESR-Ziele.....	13
3. Ergebnis.....	15
III. Bewertung des „Gesamtpakets“ unter Einbeziehung des KSP-E und der veröffentlichten Projektionsdaten.....	15
1. Inhalt des KSP-E und der vorab veröffentlichten Projektionsdaten.....	16
2. Rechtswidrigkeit des KSP-E.....	18
3. Verfassungsrechtliche Bewertung der Klimapolitik auf Maßnahmenebene	20
IV. Fazit.....	22
Anhang: Tabelle: Bewertung des Referentenentwurfs für eine KSG-Novelle	24

I. Sachverhalt und Gutachtauftrag

Am 20. Juni 2023 hat die Bundesregierung den Referentenentwurf für die Novellierung des Bundes-Klimaschutzgesetzes (KSG-E) vorgelegt.¹ Zeitgleich wurden der Entwurf eines Klimaschutzprogramms (KSP-E)² sowie einzelne Zahlen aus dem Projektionsbericht 2023³ veröffentlicht.

Vor Veröffentlichung des Referentenentwurfs hatten die unterzeichnenden Rechtsanwält:innen im Auftrag von Agora Verkehrswende und Agora Energiewende ein umfassendes Gutachten zu den rechtlichen Anforderungen und Gestaltungsoptionen im Hinblick auf die Novellierung des KSG erstellt.⁴ Darin wurden zunächst die verfassungs- und europarechtlichen Leitplanken für die deutsche Klimaschutz-Governance herausgearbeitet. Darauf aufbauend unterbreitete das Gutachten konkrete Verbesserungsvorschläge für eine KSG-Reform, die den verfassungs- und unionsrechtlichen Anforderungen verstärkt Rechnung tragen.

Vor diesem Hintergrund untersucht das vorliegende Gutachten zunächst, inwieweit das KSG-E den verfassungs- und unionsrechtlichen Anforderungen genügt (**II.**). Sodann werden der KSP-E und die veröffentlichten Projektionsdaten mit in den Blick genommen (**III.**) und das „Gesamtpaket“ unter Einbeziehung der Programm- und Maßnamenebene an den Maßstäben des KSG-E sowie des Verfassungsrechts bewertet (**IV.**).

II. Verfassungs- und unionsrechtliche Bewertung des KSG-E

Im Folgenden werden die mit dem KSG-E vorgeschlagenen Veränderungen zunächst verfassungsrechtlich und im Anschluss unionsrechtlich bewertet. Für eine ausführliche Darstellung und Herleitung der rechtlichen Maßstäbe verweisen wir auf unser vorangegangenes Gutachten.⁵

¹ Abrufbar unter <https://www.bmwk.de/Redaktion/DE/Downloads/klimaschutz/entwurf-eines-zweiten-gesetzes-zur-aenderung-des-bundes-klimaschutzgesetzes.html>.

² Abrufbar unter <https://www.bmwk.de/Redaktion/DE/Downloads/klimaschutz/entwurf-eines-klimaschutzprogramms-2023-der-bundesregierung.html>.

³ Abrufbar unter <https://www.bmwk.de/Redaktion/DE/Downloads/klimaschutz/klimaschutzmassnahmen-projektionen-2023.html>.

⁴ Verheyen/Franke, Reform des Bundes-Klimaschutzgesetzes: Rechtliche Anforderungen und Gestaltungsoptionen, Gutachten im Auftrag der Agora Verkehrswende und Agora Energiewende, 12.06.2023, <https://www.agora-verkehrswende.de/veroeffentlichungen/reform-des-bundes-klimaschutzgesetzes/>. Im folgenden nur: Verheyen/Franke.

⁵ Verheyen/Franke, a.a.O., S. 4 ff., 12 ff.

1. Verfassungsrechtliche Bewertung

Für die verfassungsrechtliche Bewertung maßgeblich sind das Klimaschutzgebot (Art. 20a GG) und der Grundsatz intertemporaler Freiheitssicherung. Insoweit gelten die folgenden Leitplanken:⁶

*Das **Klimaschutzgebot** verlangt die Festlegung eines mengenbezogenen Reduktionspfades, der mit den Temperaturzielen des Pariser Übereinkommens vereinbar ist. Das beinhaltet, dass eventuelle (temporäre) Überschreitungen auf künftig verbleibende Emissionsmengen angerechnet werden, damit die zugrundgelegte Gesamtmenge nicht überschritten wird. Das Klimaschutzgebot verlangt zudem eine überprüfbare Ausrichtung auch der tatsächlichen Maßnahmen an diesem Reduktionspfad.*

*Der **Grundsatz intertemporaler Freiheitssicherung** verlangt, die Emissionsreduktionslast verhältnismäßig über die Zeit zu verteilen und nicht einseitig künftigen Generationen übermäßige Reduktionslasten aufzubürden. Notwendig sind – zur Gewährleistung von Planungssicherheit und Entwicklungsdruck – ferner gesetzliche Regelungen, welche die Verteilung der verbleibenden Emissionsmengen rechtzeitig sowie hinreichend differenziert und engmaschig ausgestalten und eine laufende Kontrolle und zeitnahe Nachsteuerung gewährleisten.*

Die Änderungen durch das KSG-E sind daraufhin zu überprüfen, inwieweit sie diesen Leitplanken Rechnung tragen. Dabei stellt die Einhaltung des **Klimaschutzgebots** eine **absolute verfassungsrechtliche Schranke** dar, soweit es um die Festlegung und tatsächliche Einhaltung eines Paris-kompatiblen Reduktionspfades geht,⁷ auch wenn bei der konkreten Ausgestaltung erhebliche gesetzgeberische Spielräume bestehen. Auf Ebene der **intertemporalen Freiheitssicherung** ist eine **Abwägung** geboten.⁸ Insoweit sind die Regelungen im KSG-E daraufhin zu untersuchen, inwieweit sie die Sicherung intertemporaler Freiheit fördern oder beeinträchtigen und ob die Verhältnismäßigkeit in der Gesamtschau gewahrt ist.

a. Mengensteuerung und indikative Sektorziele

⁶ Verheyen/Franke, a.a.O., S. 12.

⁷ BVerfG, Beschl. v. 24.03.2021, 1 BvR 2565/18 u.a., Rn. 189 f., 196: Bei einem Verstoß gegen das Klimaschutzgebot kann der in der Zulassung von Emissionen liegende Eingriff in die intertemporale Freiheit nicht gerechtfertigt werden.

⁸ BVerfG, Beschl. v. 24.03.2021, 1 BvR 2565/18 u.a., Rn. 192 ff.

aa. Inhalt des Gesetzesentwurfs

Das KSG-E gibt weiterhin einen **mengenbezogenen Reduktionspfad** vor. Allerdings sind nicht mehr sektorbezogene Jahresemissionsmengen maßgeblich, sondern sektorübergreifende **Jahresemissionsgesamtmengen** (§ 4 Abs. 1 i.V.m. Anlage 2a KSG-E). Eine **Anrechnung** von Über- oder Unterschreitungen in einzelnen Jahren auf die verbleibenden (Gesamt-)Mengen ist weiterhin gesetzlich vorgesehen (§ 4 Abs. 2 KSG-E). Eine **automatische Anpassung der Anlage 2a** des Klimaschutzgesetzes (z.B. durch Rechtsverordnung) ist nach wie vor **nicht vorgesehen**, sodass die dort angegebenen Mengen nicht mehr den tatsächlichen Reduktionspfad wiedergeben, sobald eine Anpassung nach § 4 Abs. 2 KSG-E erfolgt ist.

Die **sektorbezogenen Jahresemissionsmengen** sind nicht mehr verbindlich, bleiben aber **indikativ** erhalten (§ 5 Abs. 1 i.V.m. Anlage 2b KSG-E). Das Gesetz sieht zudem vor, dass alle Sektoren einen „angemessenen Beitrag“ zur Zielerreichung leisten (§ 5 Abs. 3 KSG-E). Anders als bei den Jahresemissionsgesamtmengen ist für die sektorbezogenen Jahresemissionsmengen eine **Pflicht zur Anpassung der Anlage 2b** durch Rechtsverordnung vorgesehen (§ 5 Abs. 5 KSG-E); nähere Vorgaben (z.B. zur Aufteilung auf die Sektoren) fehlen. Dabei sind auch Nachsteuerungsmaßnahmen nach § 8 Abs. 2 KSG-E zu „berücksichtigen“.

bb. Rechtliche Würdigung

Mit den dargestellten Neuregelungen dürfte das **Klimaschutzgebot** (Art. 20a GG) **gewahrt** bleiben. Die Jahresemissionsgesamtmengen wurden grundsätzlich – mit Besonderheiten im Energiesektor⁹ – durch Addition der bisherigen sektorbezogenen Jahresemissionsmengen gebildet. Der Reduktionspfad entspricht damit mengenmäßig demjenigen, den das Bundesverfassungsgericht durch die Nichtannahme einer Verfassungsbeschwerde gegen das KSG 2021 implizit für verfassungskonform erklärt hatte.¹⁰ Hierzu ist eine Beschwerde zum EGMR anhängig¹¹, deren positiver Ausgang für die Kläger natürlich Auswirkungen auch

⁹ Im Energiesektor, der keine jahresscharfen Ziele hatte, wurde eine lineare Reduktion zugrunde gelegt. Damit wurde die tatsächliche Emissionsentwicklung seit 2020 offenbar nicht abgebildet.

¹⁰ BVerfG, Beschluss vom 25.05.2022, 1 BvR 188/22.

¹¹ Engels u.a. / . Bundesrepublik Deutschland, Beschwerde Nr. 46906/22, nicht kommuniziert an die Vertragspartei und ausgesetzt bis zur Entscheidung über die Beschwerden Duarte (39371/20) und Verein Klimaseniorinnen (53600/20).

auf die verfassungsrechtliche Einordnung hätte.¹² Bis dahin jedoch ist wohl davon auszugehen, dass das BVerfG den bisher vom KSG vorgegebenen Reduktionspfad für ausreichend erachtet. Auch die verfassungsrechtlich notwendige **Anrechnung von temporären Zielverfehlungen** bleibt nach § 4 Abs. 2 KSG-E erhalten.

Unter dem Gesichtspunkt der **intertemporalen Freiheitssicherung** sind die geänderten Regelungen **nicht unproblematisch**. Die **Abschaffung der verbindlichen Sektorziele** und der klaren Ressortverantwortung schwächt Entwicklungsdruck und Planungssicherheit, weil weniger klar ist, „welche Produkte und Verhaltensweisen (...) bald erheblich umzugestalten sind“.¹³ Diese Vertiefung des Eingriffs in die intertemporale Freiheit wird zumindest teilweise dadurch relativiert, dass die Sektorziele immerhin indikativ erhalten bleiben (Anlage 2b zum KSG-E) und die Reduktionsverantwortung jedes Sektors betont wird (§§ 5 Abs. 3, 8 Abs. 2 KSG-E). Problematisch ist auch der **widersprüchliche Mechanismus zur Anpassung der Anlagen 2a und 2b bei Zielverfehlungen**. Eine solche ist nur für Anlage 2b und nicht für Anlage 2a vorgesehen, sodass die Anlagen bei künftigen Über- oder Unterschreitungen nicht mehr kongruent sein und auch nicht dem tatsächlichen Reduktionspfad entsprechen werden. Dies ist im Sinne einer transparenten Klimapolitik problematisch, zumal ausgerechnet eine Anpassung der Anlage 2a nicht vorgesehen ist, obwohl diese doch für die Zielerreichung maßgeblich ist. Nicht nachvollziehbar ist zudem, dass bei der Anpassung der Anlage 2b die (prognostizierten) Auswirkungen von Maßnahmen nach § 8 Abs. 2 KSG-E einbezogen werden sollen, obwohl der Mechanismus nach § 4 Abs. 2 KSG-E – wie verfassungsrechtlich geboten – an die tatsächliche Über- oder Unterschreitung anknüpft. Damit wird eine erhebliche **Verwirrung** in die Anlagen zum KSG-E hineingetragen, die ihrer Orientierungsfunktion (und damit der Planungssicherheit) abträglich ist. Die Vorschrift und ihre Folgen sind jedenfalls unklar.

b. Projektionsbasierter Nachsteuerungsmechanismus

aa. Inhalt des Gesetzesentwurfs

Der gesetzliche Nachsteuerungsmechanismus (§ 8 KSG-E, früher: Sofortprogramm) soll künftig auf **Projektionsdaten** beruhen, die **jährlich** zu erstellen sind (§ 5a Satz 1 KSG-E). Bei Abschätzung der künftigen Emissionen sind die Auswirkungen von verabschiedeten und in Kraft gesetzten Politiken und Maßnahmen zu berücksichtigen (§ 2 Nr. 10 KSG-E entsprechend Art 2 Nr. 9 EU Governance

¹² Zur notwendigen Berücksichtigung von EGMR-Urteilen bei der Verfassungsauslegung BVerfG, Beschluss vom 14.10.2004, 2 BvR 1481/04.

¹³ BVerfG, Beschl. v. 24.03.2021, 1 BvR 2656/18 u.a., Rn. 254. Näher Verheyen/Franke, a.a.O., S. 32 f.

Verordnung 2018/1999). Der Gesetzesentwurf sieht vor, dass die Projektionsdaten nicht durch das UBA selbst erstellt, sondern an ein **Forschungskonsortium** vergeben werden, über dessen Zusammensetzung Einvernehmen zwischen sämtlichen betroffenen Bundesministerien herzustellen ist (§ 5a Satz 2 KSG-E).

Der **Nachsteuerungsmechanismus** selbst wird ausgelöst, wenn die Projektionsdaten in **zwei aufeinanderfolgenden Jahren** ausweisen, dass die **Summe** der – unter Berücksichtigung von Anpassungen nach § 4 Abs. 2 KSG-E – zulässigen Jahresemissionsgesamtmengen für die **Jahre 2021 bis 2030** überschritten wird (§ 8 Abs. 1 Satz 1 KSG-E). In diesem Falle beschließt die Bundesregierung Maßnahmen, welche die Einhaltung der Summe der Jahresemissionsmengen für diese Jahre sicherstellen. Zur Vorbereitung des Beschlusses legen alle zuständigen Bundesministerien, insbesondere diejenigen, in deren Zuständigkeitsbereich die Sektoren liegen, die zur Überschreitung beitragen, innerhalb von drei Monaten nach Bewertung der Projektionsdaten durch den Expertenrat für Klimafragen Maßnahmenvorschläge vor (§ 8 Abs. 2 Satz 1 KSG-E). Neu ist die **Frist** für die Beschlussfassung durch die Bundesregierung, die **innerhalb desselben Kalenderjahres** stattfinden muss (§ 8 Abs. 2 Satz 3 KSG-E).

Nach § 8 Abs. 1 Satz 2 KSG-E ist eine **Nachsteuerung entbehrlich**, wenn die Bundesregierung in demselben Jahr, in dem die wiederholte Überschreitung festgestellt wurde, oder in dem vorangehenden Jahr bereits einen Beschluss gefasst hat, der die gesetzlichen Anforderungen erfüllt.

bb. Rechtliche Würdigung

Für die **Einhaltung des Klimaschutzgebots** (Art. 20a GG) ist zentral, dass der Nachsteuerungsmechanismus auf die Gesamtmenge der Emissionen abstellt und damit der verfassungsrechtlich notwendige mengenbezogene Reduktionspfad abgesichert wird. Ein Verstoß gegen das Klimaschutzgebot ist vor diesem Hintergrund nicht erkennbar.

Im Hinblick auf die **intertemporale Freiheitssicherung** ist die konkrete Ausgestaltung abermals im Ergebnis **nicht unproblematisch**.

Grundsätzlich ist die Umstellung auf einen **projektionsbasierten Mechanismus sinnvoll**, weil sie auf eine stärker vorausschauende Gestaltung der Nachsteuerung zielt und so geeignet ist, die Planungssicherheit zu fördern.¹⁴ **Positiv** ist zudem, dass bei den Projektionsdaten grundsätzlich nur die Auswirkungen bereits **verabschiedeter und in Kraft gesetzter** Maßnahmen zu berücksichtigen sind, nicht aber lediglich geplante und damit letztlich fiktive Maßnahmen. Dies reduziert die Gefahr von zu optimistischen Fehlprognosen, deren spätere Korrektur dann umso

¹⁴ Siehe Verheyen/Franke, a.a.O., S. 36 f.

drastischere Maßnahmen notwendig macht. Auch die neue **Frist zur Beschlussfassung** ist positiv zu bewerten, nachdem der Beschluss eines Sofortprogramms durch die Bundesregierung zuletzt in rechtswidriger Weise verschleppt wurde.¹⁵

Diese positiven Aspekte werden allerdings aufgewogen durch **erhebliche Schwächungen** des Nachsteuerungsmechanismus. Dies betrifft zunächst das Erfordernis einer **doppelten Zielverfehlung** in zwei aufeinanderfolgenden Jahren. Dies verschleppt die notwendige Nachsteuerung, ohne dass dafür ein sachlicher Grund erkennbar wäre.¹⁶ Eine verspätete Nachsteuerung verschiebt wiederum Reduktionslasten in die Zukunft, sodass später umso stärker einschneidende Maßnahmen notwendig werden – eine klare **Gefährdung künftiger Freiheit**. Diese wird noch dadurch verschärft, dass § 8 Abs. 1 Satz 2 KSG-E **Ausnahmen vom Nachsteuerungserfordernis** vorsieht, die so nicht nachvollziehbar sind. Allein die Tatsache, dass im laufenden oder vergangenen Jahr ein gesetzeskonformes Programm verabschiedet wurde, macht ein solches bei einer erneuten Zielverfehlung nicht entbehrlich. Denn die maßgeblichen Projektionen beziehen ja schon beschlossene Maßnahmen ein. Wenn diese nicht ausreichen, gibt es keinen Grund auf eine Nachsteuerung zu verzichten. Dies gilt umso mehr als sich Projektionen aufgrund der inhärenten Prognoseunsicherheiten auch verschlechtern können, sodass ein zuvor ausreichendes Programm aufgrund neuer Erkenntnisse unzureichend wird. Außerdem hängt die Anwendbarkeit der Ausnahme nicht davon ab, dass das Programm zur Nachsteuerung auch *tatsächlich* umgesetzt wird – selbst bei einer Nichtumsetzung der beschlossenen Maßnahmen würde es ausreichen, dass das Programm zum Erlasszeitpunkt prognostisch ausreichend war. Auch die Ausnahme in § 8 Abs. 1 Satz 2 KSG ist damit **strukturell darauf angelegt, Emissionsreduzierungen in die Zukunft zu verlagern** und beeinträchtigt damit die intertemporalen Freiheitsrechte, die nach dem BVerfG zu schützen sind. Unabhängig davon ist **unklar**, wer überhaupt feststellen soll, dass ein ausreichendes Programm beschlossen wurde. Die Auffassung der Bundesregierung kann hierfür kaum maßgeblich sein, der Expertenrat wiederum prüft nach dem Gesetz nur die Beschlussvorlage und nicht das verabschiedete Maßnahmenprogramm (§ 12 Abs. 2 KSG-E).

¹⁵ Dazu Wollenteit, Gutachten zum Verstoß der zuständigen Ministerien und der Bundesregierung gegen die Pflicht zu Vorlage und Beschluss wirksamer Sofortprogramme (§ 8 Abs. 1, Abs. 2 KSG), S. 20 ff., https://www.germanwatch.org/sites/default/files/germanwatch_rechtsgutachten_zu_klimaschutzsfort-programmen_2023.pdf

¹⁶ Siehe bereits Expertenrat für Klimafragen, Prüfbericht zur Berechnung der deutschen Treibhausgasemissionen für das Jahr 2022, Rn. 191.

Hinzu kommt, dass für das Funktionieren des Nachsteuerungsmechanismus die **rechtzeitige Veröffentlichung des Projektionsberichts** zentral ist.¹⁷ Zuletzt hat sich der Projektionsbericht 2021 um ein halbes Jahr verzögert, auch der Projektionsbericht 2023 ist weiterhin nicht veröffentlicht, obwohl er schon im März 2023 fällig gewesen wäre. Trotz dieser Erfahrungen soll nun zur Erstellung des Berichts ein Forschungskonsortium beauftragt werden (obwohl das UBA als Bundesbehörde wohl selber in der Lage wäre, diese Aufgabe zu übernehmen), über dessen Zusammensetzung zudem ein Einvernehmen zwischen sieben (!) Ministerien herzustellen ist. Abgesehen von schwerwiegenden vergaberechtlichen Bedenken birgt dieses Verfahren offensichtlich die Gefahr erheblicher Verzögerungen der Nachsteuerung.

Insgesamt ist festzustellen, dass **der gesamte Prozess** (auch wenn die Bestandteile grundsätzlich sinnvoll sind) voraussichtlich **sehr langwierig** sein wird: Auf die Veröffentlichung des Projektionsberichts folgt die Prüfung der Daten durch den Expertenrat, dann die Vorschläge von Maßnahmen durch die Ministerien und deren erneute Prüfung durch den Expertenrat, bevor schließlich die Bundesregierung die Maßnahmen beschließt. Ob dies in der Realität noch „spätestens innerhalb desselben Jahres“ geschehen wird, ist zweifelhaft. Verzögerungsanfällig erscheint nicht zuletzt, dass es an klaren Ressortverantwortlichkeiten fehlt. Auch wenn besonders die für die Zielverfehlung verantwortlichen Ministerien Maßnahmen vorlegen sollen (§ 8 Abs. 2 KSG), gibt es keine klaren Vorgaben, was entsprechende Streitigkeiten und resultierende Verzögerungen befördert.

c. Klimaschutzprogramm

aa. Inhalt des Gesetzesentwurfs

Ein Klimaschutzprogramm ist nach dem Gesetzesentwurf künftig **in jeder Legislaturperiode** zu verabschieden, und zwar zwölf Monate nach deren Beginn (§ 9 Abs. 1 KSG-E). Maßgeblich ist die Einhaltung der Jahresemissionsgesamtmengen (§ 9 Abs. 1 Satz 2 KSG-E). Soweit hierfür Maßnahmen erforderlich sind, schlagen die zuständigen Ministerien diese innerhalb von sechs Monaten vor, wobei jeder Sektor einen angemessenen Beitrag zu leisten hat (§ 9 Abs. 2 Satz 1 i.V.m. § 5 Abs. 3 KSG-E). Weiterhin sind im Klimaschutzprogramm **wissenschaftliche Abschätzungen** zu den voraussichtlichen Treibhausgasminderungswirkungen sowie zu möglichen ökonomischen, sozialen und weiteren ökologischen Folgen erforderlich (§ 9 Abs. 2 Satz 2 KSG-E).

bb. Rechtliche Würdigung

Die gesetzliche Stärkung des Klimaschutzprogramms ist sowohl im Hinblick auf das Klimaschutzgebot (Art. 20a GG) als auch unter dem Gesichtspunkt intertemporaler Freiheit **positiv zu bewerten**. Die bisherige Rechtslage hatte sich hier als

¹⁷ Verheyen/Franke, a.a.O., S. 38.

defizitär erwiesen.¹⁸ Das derzeitige Klimaschutzprogramm aus dem Jahr 2019 bezieht sich nicht einmal auf die seit 2021 geltenden Klimaziele. Die geplante Neuregelung würde künftig einer dauerhaften Nichtanpassung entgegenwirken. Die nach dem Gesetz nun in jeder Legislaturperiode erforderliche Quantifizierung der Emissionsminderungswirkung von Maßnahmen am Maßstab der Jahresemissionsgesamtmengen stärkt die tatsächliche Ausrichtung der Maßnahmen am Reduktionspfad im Sinne des Klimaschutzgebots und vermittelt zudem mehr Planungssicherheit als die alleinige Festlegung von Jahresemissionsmengen.¹⁹ Allerdings können auch diese positiven Auswirkungen selbstverständlich nur dann wirksam werden, wenn auch gesetzeskonforme Klimaschutzprogramme vorgelegt werden.²⁰

d. Rolle des Expertenrats für Klimafragen

aa. Inhalt des Gesetzesentwurfs

Die Rolle des Expertenrats für Klimafragen wird in dem Gesetzesentwurf **gestärkt**. Zum einen erstreckt sich sein Prüfungsauftrag nunmehr auch auf die **Projektionsdaten** nach § 5a KSG-E, wobei er sowohl die Einhaltung der aggregierten sektorübergreifenden Jahresemissionsgesamtmengen als auch die Einhaltung der sektorbezogenen Jahresemissionsmengen darstellt (§ 12 Abs. 1 KSG-E). Darüber hinaus wurden dem Expertenrat **neue Kompetenzen** zugewiesen. Vorgesehen ist eine Befugnis zur (anlasslosen und nicht fristgebundenen) Erstellung von **Initiativgutachten** zur Weiterentwicklung geeigneter Klimaschutzmaßnahmen, welche die Bundesregierung bei der Erstellung von Klimaschutz- oder Nachsteuerungsprogrammen zu berücksichtigen hat (§ 12 Abs. 5 KSG-E).

bb. Rechtliche Würdigung

Die Stärkung des Expertenrats für Klimafragen ist **zu begrüßen**. Der Expertenrat ist als unabhängiges wissenschaftliches Gremium strukturell geeignet, die Auswirkungen auf künftige Generationen zu berücksichtigen und weniger anfällig dafür, sie wegen kurzfristiger politischer Überlegungen zu vernachlässigen. Die Überprüfung auch der Projektionsdaten durch den Expertenrat ist eine notwendige und konsequente Ergänzung der bisherigen Befugnisse, weil gerade die für den Nachsteuerungsmechanismus maßgeblichen und daher besonders relevanten und politisch sensiblen Projektionen einer unabhängigen Prüfung bedürfen. Einen

¹⁸ Verheyen/Franke, a.a.O., S. 29.

¹⁹ Siehe auch Verheyen/Franke, a.a.O., S. 34 ff.

²⁰ Der mit dem KSG-E vorgelegte KSP-E genügt diesen Anforderungen nicht, dazu unten, II.

echten Fortschritt bedeutet zudem das „Initiativrecht“ zur Publikation von Gutachten, die ausdrücklich auch eigene Maßnahmenvorschläge umfassen.²¹ Sinnvoll wäre es allerdings, wenn die Vorschläge des Expertenrats direkt dem Bundestag zuzuleiten und dort öffentlich zu diskutieren wären.²² Die bloße Pflicht zur „Berücksichtigung“ durch die Bundesregierung bleibt unklar.

e. Berücksichtigungsgebot

Das Berücksichtigungsgebot ist im Gesetzesentwurf bis auf redaktionelle Anpassungen **unverändert** geblieben (§ 13 KSG-E).

Dies ist wegen der Abschaffung der Sektorziele und der Umstellung auf eine aggregierte Betrachtung allerdings nicht als neutral zu bewerten, sondern **schwächt** tendenziell die tatsächliche Einhaltung des Reduktionspfades (Art. 20a GG) und die Sicherung intertemporaler Freiheit. Angesichts der ohnehin restriktiven Rechtsprechung, insbesondere des Bundesverwaltungsgerichts zum Berücksichtigungsgebot²³, ist zu befürchten, dass die Vorschrift in der Rechtspraxis weiter an Steuerungskraft einbüßen wird. Eine Fortentwicklung hin zu einer Beachtungspflicht oder einem Optimierungsgebot wäre vor dem Hintergrund der Abschaffung der Sektorziele besonders dringlich. Gleiches gilt für eine Erleichterung der Anwendbarkeit durch Regelbeispiele und/oder die Schaffung der Voraussetzungen für eine (untergesetzliche) Konkretisierung, z.B. durch Verordnungen des BMWK.²⁴

Das enorme **Potenzial**, welches die Vorschrift für den Schutz des Klimas und künftiger Freiheit hat,²⁵ wird damit im schlechtesten Falle weiter **ungenutzt** bleiben, obwohl die Vorschrift Möglichkeiten bietet, die Behörden und Gerichte heute allerdings kaum nutzen.²⁶

f. Verordnungsermächtigung für technische Senken (§ 3b KSG-E)

Mit § 3b KSG-E wird erstmals eine Regelung zu technischen Senken in das KSG aufgenommen. Die Vorschrift ermächtigt die Bundesregierung, Ziele für technische Senken durch Rechtsverordnung festzulegen. Grundlage hierfür soll die nach dem Koalitionsvertrag geplante Langfriststrategie zum Umgang mit **unvermeidbaren Restemissionen** sein. Dementsprechend bezieht sich die Verordnungsermächtigung ausdrücklich **nur auf die Ziele von Klimaneutralität und**

²¹ Verheyen/Franke, a.a.O., S. 41 f.

²² Verheyen/Franke, a.a.O., S. 40.

²³ BVerwG, NVwZ 2022, 1549 (Rn. 97 ff.). Kritisch dazu Verheyen/Heß/Peters/Schöneberger, NVwZ 2023, 113 (118 f.).

²⁴ Näher dazu Verheyen/Franke, a.a.O., S. 42 f.

²⁵ Verheyen/Franke, a.a.O., S. 31, 42 f.

²⁶ Dazu Verheyen/Heß/Peters/Schöneberger, a.a.O.

Negativemissionen in 2045 und danach (§ 3b Satz 1 i.V.m. § 3 Abs. 2 KSG-E). Die Bedeutung der Ermächtigung und der Umfang dieser Ziele ist allerdings unklar und daher könnte sie auf Grundlage der Entscheidung des BVerfG im Klimabeschluss aus Bestimmtheitsgründen und auch im Hinblick auf die Wesentlichkeit (die Verordnung ist ohne Befassung des Bundestages möglich) problematisch sein.

Die **Klimaschutzziele** aus § 3 Abs. 1 KSG-E bleiben allerdings **unberührt**. Dies ist **positiv** zu bewerten, weil ein Verschieben von Reduktionsanstrengungen in der Hoffnung auf einen technologischen Durchbruch im Bereich der Speicherung äußerst riskant wäre.²⁷ Im Klimabeschluss stellte das Bundesverfassungsgericht fest, dass Negativemissionstechnologien nicht in größerem Umfang vorhanden sind,²⁸ weshalb eine Anrechnung auf die Klimaziele auch verfassungsrechtlich problematisch wäre. Allerdings **fehlt eine gesetzliche Definition technischer Senken**. Eine solche soll wohl ebenfalls erst per Rechtsverordnung festgelegt werden. Eine gesetzliche Definition – mit der damit verbundenen parlamentarischen Debatte – wäre angesichts der kontroversen Diskussion um die Anforderungen an derartige Technologien angezeigt gewesen.

g. Zwischenergebnis

Aus verfassungsrechtlicher Sicht enthält der Gesetzesentwurf einige problematische Elemente, weist an anderer Stelle aber auch Verbesserungen auf. Insofern dürfte er – unter Berücksichtigung gesetzgeberischer Gestaltungsspielräume und unter dem Vorbehalt von Entscheidungen des EGMR – **noch verfassungskonform** sein.

Entscheidend hierfür ist vor allem, dass der bisherige (vom Bundesverfassungsgericht für ausreichend gehaltene) **mengenbezogene Reduktionspfad** und die danach zulässige Gesamtemissionsmenge **erhalten** bleibt, sodass das Klimaschutzgebot (Art. 20a GG) nicht verletzt sein dürfte. Auf der anderen Seite ist nicht zu verkennen, dass in der Aufgabe der Sektorziele und den Defiziten des Nachsteuerungsmechanismus **erhebliche Gefährdungen intertemporaler Freiheit** angelegt sind. Andererseits sind – z.B. im Hinblick auf das Klimaschutzprogramm – **auch gewisse Verbesserungen** zu konstatieren. Da sowohl das Klimaschutzprogramm als auch die Nachsteuerung nach dem Gesetz die Einhaltung der (aggregierten) Emissionsmengen bis zum nächsten Zieljahr (derzeit 2030) zumindest auf dem Papier sicherstellen müssen, dürfte der Eingriff in die intertemporale Freiheit durch KSG-E im Ergebnis wohl noch zu rechtfertigen sein. Allerdings ist

²⁷ Wissenschaftsplattform Klimaschutz, Lücken in der deutschen Klimapolitik – Herausforderungen für eine

wirksame Langfriststrategie, März 2023, S. 22 ff.

²⁸ BVerfG, Beschl. v. 24.03.2021, 1 BvR 2565/18 u.a., Rn. 33.

für den tatsächlichen Schutz intertemporaler Freiheit entscheidend, dass die Vorgaben des Gesetzes auch **real umgesetzt** werden (z.B. Projektionen rechtzeitig vorliegen, Programme rechtzeitig erstellt werden und inhaltlich ausreichend sind). Dies ist gegenwärtig bereits nicht der Fall (dazu unten, **III.**).

2. Unionsrechtliche Bewertung im Hinblick auf die ESR-Ziele

Aus unionsrechtlicher Sicht ist das KSG vor allem für die Einhaltung der den Mitgliedstaaten nach der Lastenteilungs- bzw. Klimaschutzverordnung²⁹ 2018/842 (Effort Sharing Regulation, **ESR**) zugewiesenen Emissionsmengen relevant. Aus der ESR ergibt sich die folgende Leitplanke:³⁰

Für Emissionen, die außerhalb des ETS I anfallen, teilt die ESR den Mitgliedstaaten – auch nach Einführung des ETS II – jahresscharfe Budgets zu, deren tatsächliche Durchsetzung aber erstmalig 2027 überprüft wird. Bis dahin gilt die „Budgetführung“ der Mitgliedsstaaten. Stellt sich mengenmäßig eine Überschreitung heraus, reduziert sich das Budget (1,08 Faktor) für die Zukunft.

Weil eine **Compliance-Kontrolle** seitens der EU-Kommission **erst im Jahr 2027** (und dann erst wieder im Jahr 2032) stattfindet (Art. 9 ESR), sind **wirksame nationale Vorkehrungen** erforderlich, um die zugewiesenen Emissionsmengen einzuhalten. Hierfür können auch die in der ESR vorgesehenen Flexibilitätsmechanismen (Art. 5 ESR) genutzt werden, die in begrenztem Umfang eine Vorwegnahme von Emissionen aus späteren Jahren, eine Übertragung aus früheren Jahren und einen Ankauf von anderen Mitgliedstaaten erlauben.³¹

²⁹ So die Terminologie im KSG, siehe § 2 Nr. 4 KSG-E: Verordnung (EU) 2018/842 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 30. Mai 2018 zur Festlegung verbindlicher nationaler Jahresziele für die Reduzierung der Treibhausgasemissionen im Zeitraum 2021 bis 2030 als Beitrag zu Klimaschutzmaßnahmen zwecks Erfüllung der Verpflichtungen aus dem Übereinkommen von Paris sowie zur Änderung der Verordnung (EU) Nr. 525/2013 (ABl. L 156 vom 19.6.2018, S. 26), die zuletzt durch Verordnung (EU) 2023/857 zur Festlegung verbindlicher nationaler Jahresziele für die Reduzierung der Treibhausgasemissionen im Zeitraum 2021 bis 2030 als Beitrag zu Klimaschutzmaßnahmen zwecks Erfüllung der Verpflichtungen aus dem Übereinkommen von Paris sowie zur Änderung der Verordnung (EU) 2018/1999 (ABl. L 111 vom 26.4.2023, S. 1) geändert worden ist.

³⁰ Verheyen/Franke, a.a.O., S. 21. Zur Herleitung ausführlich a.a.O., S. 17 ff.

³¹ Näher Verheyen/Franke, a.a.O., S. 18.

Werden die Ziele bis zum Jahr 2027 **verfehlt**, so droht zum einen eine finanzielle **Belastung des Bundeshaushalts** entweder durch den Zukauf von Emissionszuweisungen anderer Mitgliedstaaten (soweit es insoweit überhaupt ein ausreichendes Angebot gibt) oder infolge eines Vertragsverletzungsverfahrens. Zum anderen werden die Emissionszuweisungen für die Zukunft mit einem Aufschlag auf die Verfehlung (Faktor 1,08) gekürzt. Damit geht eine verschärfte **Beeinträchtigung intertemporaler Freiheit** einher, weil künftig noch weniger Emissionen zulässig sind.

Diesen mit einem Verstoß gegen die ESR einhergehenden Gefahren trägt der Gesetzesentwurf nur unzureichend Rechnung:

- Die **Abschaffung verbindlicher Sektorziele** im KSG-E **erhöht die Gefahr einer ESR-Zielverfehlung**.³² Denn aufgrund der sektorübergreifenden Betrachtung verringert sich der Handlungsdruck auf die der ESR unterliegenden Sektoren (insbesondere Gebäude, Verkehr, Landwirtschaft). Dies wird nur teilweise dadurch kompensiert, dass die Sektorziele zumindest indikativ erhalten bleiben (Anlage 2b KSG-E) und die der ESR unterfallenden Emissionen sowohl bei den Emissions- als auch den Projektionsdaten gesondert auszuweisen sind (§§ 5 Abs. 2 Nr. 4, 5a Abs. 1 Satz 3 KSG-E).
- Die **Durchführungsvorschriften zur ESR** (§ 7 KSG-E) sind im Wesentlichen unverändert geblieben. Hier wäre allerdings zu berücksichtigen gewesen, dass sich die Reduktionsanforderungen aus der ESR in den kommenden Jahren deutlich verschärfen werden. Dies gilt auch für andere Mitgliedstaaten und wird daher die **Möglichkeit des Zukaufs von Emissionszuweisungen voraussichtlich stark begrenzen**. Insofern hätte der Gesetzesentwurf zumindest eindeutig regeln sollen, dass ein Ankauf nur dann berücksichtigt werden darf, wenn er bereits erfolgt ist, die Einhaltung der ESR-Ziele also nicht unter Verweis auf hypothetische künftige Ankaufsmöglichkeiten „fingiert“ werden darf.³³ Noch besser wäre eine Vorgabe, die Einhaltung der ESR-Ziele ohne Zukauf sicherzustellen. Der Gesetzesentwurf enthält jedoch nur eine „**weiche**“ **Regelung**, wonach die Bundesregierung **darauf hinwirkt, einen Ankauf** von Emissionszuweisungen zur Erfüllung der ESR-Pflichten **zu vermeiden** (§ 7 Abs. 3 KSG-E).

Dies alles bedeutet zwar **keinen Verstoß gegen Unionsrecht**, weil die Vorgaben der ESR – da es sich um eine Verordnung handelt – ohnehin unmittelbar gelten (Art. 288 Abs. 2 AEUV) und ihre Vorgaben auch laut dem Gesetzestext „unbe-

³² Verheyen/Franke, a.a.O., S. 33 f.

³³ Verheyen/Franke, a.a.O., S. 39.

rührt“ bleiben (§ 4 Abs. 2 KSG-E). Die Einhaltung der ESR-Vorgaben ist letztlich durch entsprechende **nationale Klimaschutzmaßnahmen** sicherzustellen (dazu weiter unten). Allerdings wird eine Einhaltung der ESR durch die genannten Regelungen faktisch erschwert.

3. Ergebnis

Insgesamt ist festzuhalten, dass der vorliegende Gesetzesentwurf die Klimarechtsarchitektur zwar an wichtigen Stellen schwächt, aber dennoch **als solcher verfassungs- und unionsrechtskonform** sein dürfte. Die gesetzlichen Regelungen dürften grundsätzlich keinen Verstoß gegen höherrangiges Recht bedeuten. Eine **tabellarische Bewertung** der Rechtsänderungen ist im **Anhang** beigefügt.

Für den **tatsächlichen Schutz** des Klimas und künftiger Freiheit (im Bereich der ESR auch des Bundeshaushalts) kommt es allerdings darauf an, dass die gesetzlichen Vorgaben auch **eingehalten** werden. Der Vollzug des KSG hat sich schon bislang als Schwachstelle des Gesetzes erwiesen.³⁴ Im Gesetzesentwurf sind (weitere) **Vollzugsschwierigkeiten angelegt**. Dies betrifft etwa die notwendige einvernehmliche Beauftragung eines Forschungskonsortiums, die eine rechtzeitige Erstellung der Projektionsdaten gefährdet, wenn nicht unmöglich macht (§ 5a Satz 2 KSG-E). Auch die **Abschaffung der Sektorziele** droht Druck von den besonders problematischen Sektoren zu nehmen und gefährdet die Einhaltung der nationalen und europäischen (ESR) Emissionsmengen. Vor diesem Hintergrund kommt den **Klimaschutz- und Maßnahmenprogrammen** (§§ 8 und 9 KSG-E) eine entscheidende Bedeutung zu. Daher wird im Folgenden der mit dem KSG-E vorgelegte Entwurf eines Klimaschutzprogramms untersucht.

III. Bewertung des „Gesamtpakets“ unter Einbeziehung des KSP-E und der veröffentlichten Projektionsdaten

Zeitgleich mit dem Referentenwurf für die KSG-Novelle hat das Bundesministerium für Wirtschaft und Klimaschutz (BMWK) den „Entwurf eines Klimaschutzprogramms 2023 der Bundesregierung“ (**KSP-E**) vorgelegt.³⁵ Außerdem wurden einige **Daten des Projektionsberichts 2023** veröffentlicht,³⁶ der freilich insgesamt bereits zum 31. März dem Bundestag hätte zugeleitet werden müssen (§ 10

³⁴ Verheyen/Franke, a.a.O., S. 28 ff.

³⁵ BMWK, Entwurf eines Klimaschutzprogramms 2023 der Bundesregierung, <https://www.bmwk.de/Redaktion/DE/Downloads/klimaschutz/entwurf-eines-klimaschutzprogramms-2023-der-bundesregierung.html>.

³⁶ BMWK, Die künftige Entwicklung der Klimagasemissionen bis 2030 – Aktuelle Zahlen des Projektionsberichts 2023 (Vorabveröffentlichung),

Abs. 2 KSG). Nach den vorgelegten Zahlen weist die Klimapolitik weiterhin eine **erhebliche Erfüllungslücke** auf, die gesetzlich vorgegebenen Klimaziele werden danach verfehlt.

Im Folgenden wird zunächst der **Inhalt** des KSP-E und der vorab veröffentlichten Projektionsdaten kurz dargestellt (**1.**). Auf dieser Grundlage ist zunächst festzustellen, dass der KSP-E den gesetzlichen Anforderungen des KSG-E nicht genügt und mithin – wird er nicht nachgebessert – sowohl nach geltendem Recht als auch am Maßstab des KSG-E **rechtswidrig** ist (**2.**). Weitergehend stellt sich die Frage nach der **verfassungsrechtlichen Bewertung** des „Gesamtpakets“ aus KSG-E und KSP-E auf Grundlage der vorliegenden unvollständigen Projektionsdaten (**3.**).

1. Inhalt des KSP-E und der vorab veröffentlichten Projektionsdaten

Der KSP-E stellt auf 28 Seiten dar, welche Maßnahmen die Bundesregierung zur Erreichung der Klimaziele geplant hat; teils werden auch bereits verabschiedete Maßnahmen aufgeführt (insbesondere im Energiesektor³⁷). Diese Maßnahmen sind aber nach den eigenen Angaben des BMWK **nicht ausreichend**, um die gesetzlichen Klimaschutzziele bis 2030 und darüber hinaus zu erreichen.

Dies ergibt sich aus dem KSP-E selbst sowie insbesondere aus den zeitgleich vorab veröffentlichten **Daten des Projektionsberichts 2023**. Der Projektionsbericht untersucht zwei Szenarien, das Mit-Maßnahmen-Szenario (MMS), welches nur bereits (gesetzlich) beschlossene Maßnahmen berücksichtigt (Art. 2 Nr. 9 EU Governance Verordnung) sowie das Mit-Weiteren-Maßnahmen-Szenario (MWMS), das auch lediglich geplante, jedoch noch nicht implementierte Maßnahmen einschließt (Art. 2 Nr. 10 EU Governance Verordnung).³⁸ Nach dem **MMS** läuft die Klimapolitik des Bundes im Jahr **2030** auf eine **Erfüllungslücke von 331 Millionen Tonnen CO₂-Äq.** hinaus, das Klimaschutzziel für 2040 wird ebenfalls verfehlt (79 % Minderung statt 88 %). Selbst nach dem **MWMS** kann diese Erfüllungslücke nicht geschlossen werden, sondern beträgt bis **2030 etwa 200 Millionen Tonnen CO₂-Äq.** Das 88%-Ziel für 2040 wird um fünf Prozentpunkte verfehlt. Das **MWMS** legt nach dem BMWK die geplanten Maßnahmen

<https://www.bmwk.de/Redaktion/DE/Downloads/klimaschutz/klimaschutzmassnahmen-projektionen-2023.html>.

³⁷ BMWK, Entwurf eines Klimaschutzprogramms 2023 der Bundesregierung, S. 4 f.

³⁸ BMWK, Die künftige Entwicklung der Klimagasemissionen bis 2030 – Aktuelle Zahlen des Projektionsberichts 2023 (Vorabveröffentlichung), S. 1; siehe auch Umweltbundesamt, Rahmendaten für den Klimaschutz-Projektionsbericht 2023, <https://www.umweltbundesamt.de/themen/rahmendaten-fuer-den-klimaschutz-projektionsbericht>.

aus „dem anvisierten Klimaschutzprogramm 2030“ zugrunde,³⁹ womit der zeitgleich vorgelegte **KSP-E** gemeint sein dürfte. Jedenfalls geht auch der **KSP-E** von einer weiter fortbestehenden Erfüllungslücke von circa **200 Millionen Tonnen** CO₂-Äq. aus.⁴⁰ Diese Lücke ist nach den von der Bundesregierung bekanntgegebenen Daten im Wesentlichen auf den **Verkehrssektor** zurückzuführen, auch wenn sich die Zahlen aus dem MWMS und dem KSP-E insoweit unterscheiden. Nach dem MWMS geht die Erfüllungslücke nahezu vollständig auf den Verkehrssektor zurück,⁴¹ nach dem KSP-E ebenfalls überwiegend.⁴²

Abgesehen davon, dass die im KSP-E angekündigten Maßnahmen – insbesondere im Verkehrssektor – die Erfüllungslücke nicht schließen können, ist es mehr als **ungewiss**, ob sie überhaupt im projizierten Umfang verringert werden kann. Die erheblichen Unklarheiten sollen hier nicht im Detail diskutiert, sondern nur einige besonders augenfällige hervorgehoben werden:

- Es **fehlt** eine belastbare Datengrundlage für die **Prognose der Minderungswirkungen**. Der KSP-E behauptet lediglich eine Verringerung der zuvor bestehenden Erfüllungslücke von 1.100 auf 200 Millionen Tonnen CO₂-Äq.⁴³ Das ist aus Transparenzgründen problematisch.
- Dieses Problem wird noch dadurch verschärft, dass viele der angekündigten Maßnahmen sehr vage gehalten sind (z.B. „Leitmärkte für klimaneutrale Produkte“⁴⁴) und damit nicht nur für Bürger:innen und Unternehmen die notwendige **Planungssicherheit fehlt**, sondern auch unklar ist, welche Annahmen für eine Bilanzierung der Emissionsreduktionswirkung gewählt wurden.
- Einige Maßnahmen stellen eher Ziele dar. Es **fehlt ein Plan**, wie diese erreicht werden sollen, z.B. das „Ziel (...)“, den Aufbau von Elektrolyseleis-

³⁹ BMWK, a.a.O., S. 1.

⁴⁰ BMWK, Entwurf eines Klimaschutzprogramms 2023 der Bundesregierung, S. 3.

⁴¹ Nach dem MWMS weist der Verkehrssektor eine Lücke von 186 Millionen Tonnen CO₂-Äq. auf, siehe BMWK, Die künftige Entwicklung der Klimagasemissionen bis 2030 – Aktuelle Zahlen des Projektionsberichts 2023 (Vorabveröffentlichung), S. 3.

⁴² Nach dem KSP-E beträgt die Lücke im Verkehrssektor zwischen 118 und 176 Millionen Tonnen CO₂-Äq., siehe BMWK, Entwurf eines Klimaschutzprogramms 2023 der Bundesregierung, S. 3 f.

⁴³ BMWK, a.a.O., S. 3

⁴⁴ BMWK, a.a.O., S. 11.

tung in Deutschland anzureizen und damit Unternehmen einen signifikanten An Schub zu geben und so das im Koalitionsvertrag festgelegte Ziel von 10 GW Elektrolyseleistung in 2030 zu erreichen.“⁴⁵

- Alle Maßnahmen stehen unter **Finanzierungsvorbehalt**.⁴⁶
- Es ist unklar, in welcher Form das zuletzt erheblich abgeschwächte Gebäudeenergiegesetz (**GEG**) in die Prognose eingeflossen ist. In der Pressekonferenz zur Novelle des KSG nimmt Minister Habeck auf den „Regierungsentwurf“ des GEG Bezug⁴⁷ und damit wohl auf den Stand vor der Verknüpfung mit der Wärmeplanung und der damit einhergehenden Verzögerung.

2. Rechtswidrigkeit des KSP-E

Der KSP-E dürfte wohl dahingehend auszulegen sein, dass er **sowohl Klimaschutzprogramm** nach § 9 KSG **als auch Sofort- bzw. Nachsteuerungsprogramm** nach § 8 KSG sein soll. Die Einordnung als Klimaschutzprogramm ergibt sich bereits aus der Überschrift. Dass der KSP-E zugleich als Nachsteuerungsprogramm fungieren soll, ergibt sich aus dem Hinweis, dass die **Maßnahmen der Sofortprogramme** im Verkehrs- und Gebäudesektor (nach § 8 KSG 2021) in das Programm eingeflossen seien.⁴⁸ Eine solche Verknüpfung ist wohl nicht per se ausgeschlossen, ist aber unter Verfahrensgesichtspunkten durchaus problematisch, weil z.B. die für die verschiedenen Programme vorgesehenen Prüfungen durch den Expertenrat teilweise entfallen.

Etwas unklar ist, auf welche Rechtsgrundlage bzw. auf **welchen Stand des KSG** sich der KSP-E bezieht. Einerseits bezieht er sich bereits auf die novellierte Gesetzeslage,⁴⁹ sodass er jedenfalls in Bezug auf seine Funktion als **Klimaschutzprogramm** am Maßstab des **§ 9 KSG-E** zu bewerten sein dürfte, jedenfalls sofern er zeitlich nach oder gemeinsam mit dem KSG-E verabschiedet wird. Im Hinblick auf seine Funktion als **Sofort- oder Nachsteuerungsprogramm** wäre dieses zunächst auf Grundlage der **derzeitigen Rechtslage** zu bewerten, weil die Pflicht zur Verabschiedung eines Sofortprogramms in den Sektoren Verkehr und Gebäude für die Jahre 2021 und 2022 bereits ausgelöst wurde, der nach § 8 Abs. 2 KSG erforderliche und materiell ausreichende Beschluss der Bundesregierung aber weiterhin fehlt.

⁴⁵ BMWK, a.a.O., S. 11

⁴⁶ BMWK, a.a.O., S. 3.

⁴⁷ <https://www.youtube.com/watch?v=eFm63-0CwaE> (bei Minute 14:30).

⁴⁸ BMWK, a.a.O., S. 2 f.

⁴⁹ BMWK, a.a.O., S. 2.

Letztlich kommt es darauf aber nicht entscheidend an, weil der KSP-E in seiner gegenwärtigen Form sowohl nach der geltenden Rechtslage als auch unter Zugrundelegung des KSG-E **klar rechtswidrig** wäre.

- Am **Maßstab der geltenden Vorschriften**, (also des KSG 2021) erfüllt der KSP-E weder die inhaltlichen Voraussetzungen eines Sofortprogramms noch die eines Klimaschutzprogramms. Als **Sofortprogramm** ist der KSP-E unzureichend, weil er nach eigenem Bekunden die Einhaltung der Jahresemissionsmengen für die folgenden Jahre gerade nicht sicherstellt (vgl. § 8 Abs. 1, Abs. 2 KSG). Als **Klimaschutzprogramm** leidet er unter demselben Mangel. Denn für die inhaltliche Rechtmäßigkeit des Klimaschutzprogramms sind die festgelegten Jahresemissionsmengen maßgeblich (§ 9 Abs. 1 Satz 3 KSG).⁵⁰ Im Übrigen fehlen die von § 9 Abs. 2 Satz 3 KSG geforderten wissenschaftlichen Abschätzungen zu den Treibhausgasminderungswirkungen sowie zu ökonomischen, sozialen und weiteren ökologischen Folgen gänzlich.
- Am **Maßstab des KSG-E** ist der KSP-E ebenso unzureichend. Als **Nachsteuerungsprogramm** ist er nach eigenen Angaben unzureichend, weil er die Einhaltung der kumulierten Jahresemissionsgesamtmengen der Jahre 2021 bis 2030 gerade nicht sicherstellt (§ 8 Abs. 1 KSG-E). Als **Klimaschutzprogramm** leidet er unter denselben Mängeln wie bei Zugrundelegung der gegenwärtigen Rechtslage; der Bezugspunkt wären nach § 9 Abs. 1 KSG-E die Jahresemissionsgesamtmengen, die aber gerade nicht als mit Umsetzung des Programms einhaltbar prognostiziert werden. Das Erfordernis wissenschaftlicher Abschätzungen zu Treibhausgasminderungswirkungen sowie zu ökonomischen, sozialen und weiteren ökologischen Folgen besteht auch nach § 9 Abs. 2 KSG-E, sodass der KSP-E auch unter diesem Gesichtspunkt rechtswidrig ist.

Der KSP-E ist daher als Klimaschutz- und/oder Sofort- bzw. Nachsteuerungsprogramm sowohl nach gegenwärtiger Rechtslage als auch am Maßstab des KSG-E rechtswidrig. Die derzeit **anhängigen Klagen**⁵¹ haben sich damit nicht erledigt, sodass sich bald (erneut) die Gerichte mit der weiterhin unzureichenden Klimaschutzpolitik des Bundes werden auseinandersetzen müssen.

⁵⁰ Guckelberger, in: Fellenberg/Guckelberger, Klimaschutzrecht, § 9 KSG Rn. 10.

⁵¹ Zu § 9 KSG: Klage der DUH gegen die Bundesregierung vom 8.3.2021, https://www.duh.de/fileadmin/user_upload/download/Projektinformation/Klimaschutz/Klimaschutzgesetz/OVGBB_Klimaschutzgesetz_-_Sektor%C3%BCbergreifende_Klage_final.pdf. Zu § 8 KSG: Klage des BUND gegen die Bundesregierung vom 20.1.2023, https://www.bund.net/fileadmin/user_upload_bund/materialien/pdfs/Klageschrift_Klimaschutz_24012023.pdf.

3. Verfassungsrechtliche Bewertung der Klimapolitik auf Maßnahmenebene
Angesichts der Rechtswidrigkeit des KSP-E (Verstoß gegen einfaches Recht, das KSG) und der weiterhin erheblichen Erfüllungslücke bis zum Jahr 2030 und darüber hinaus stellt sich die Frage, wie die derzeitige **Klimapolitik insgesamt** verfassungsrechtlich zu bewerten ist. Dabei geht es nicht darum, ob der KSP-E selbst nicht nur rechts- sondern auch verfassungswidrig sein könnte, sondern um eine Gesamtbewertung der klimapolitischen **Maßnahmenebene**, für die das nun vorgestellte Paket aus KSG-E und KSP-E zentrale Bedeutung hat.

Ob und inwieweit die Erfüllungslücke bereits das **Klimaschutzgebot** (ggf. auch in Verbindung mit einer Schutzpflichtenprüfung) verletzt, wäre detailliert zu prüfen und sprengt den Rahmen dieses Kurzugutachtens.

Im Vorläufigutachten wurde aber im Kontext der **intertemporalen Freiheitssicherung** ausgeführt:⁵²

„Insgesamt ist also neben der **Ausgestaltung des Reduktionspfades** (Emissionsmengen und deren Verteilung) auch die **Sicherung von dessen Einhaltung** (Zuständigkeit, Kontrolle und Durchsetzung) eine zentrale verfassungsrechtliche Anforderung, die sich aus dem Gebot intertemporaler Freiheitssicherung ergibt. Erst im Zusammenspiel beider Aspekte kann die vom Bundesverfassungsgericht gerügte unverhältnismäßige Verschiebung von Reduktionslasten in die Zukunft und eine damit drohende spätere „Vollbremsung“⁵³ verhindert werden.“

Gemessen daran ist folgendes zu konstatieren:

Das Unterlassen von Klimaschutzmaßnahmen in der Gegenwart (bzw. bis 2030) führt dazu, dass danach umso härtere/schneller greifende Maßnahmen notwendig werden, um die dann zur Einhaltung des Klimaschutzgebots notwendige Emissionsminderung in kürzerer Zeit zu bewerkstelligen. Der Grundsatz intertemporaler Freiheitssicherung ist damit **auch auf Maßnahmenebene zu beachten**. Die vom Bundesverfassungsgericht geforderte „Schonung künftiger Freiheit“ verlangt, den „Übergang zu Klimaneutralität rechtzeitig einzuleiten“.⁵⁴ Dies erfordert die **rechtzeitige Verabschiedung von Klimaschutzmaßnahmen**, weil erst reale Emissionsreduktionen die Gefahr radikaler und plötzlicher Maßnahmen in der

⁵² Verheyen/Franke, a.a.O., S. 11.

⁵³ BVerfG, a.a.O., Rn. 192.

⁵⁴ BVerfG, a.a.O., Ls. 4, Rn. 247 f.

Zukunft eindämmen können und auch auf der Maßnahmenebene eine hinreichende Orientierung, Planungssicherheit und Entwicklungsdruck gewährleistet werden muss.⁵⁵

Die im Klimabeschluss des Bundesverfassungsgerichts zur Festlegung eines Reduktionspfades entwickelte **Dogmatik** ist auf die Ebene der Maßnahmen grundsätzlich **übertragbar**. Insbesondere dürfte nach der Logik des Klimabeschlusses auch insoweit ein (gesetzgeberisches) Unterlassen von ausreichenden Reduktionsmaßnahmen **eingriffsähnliche Vorwirkung** entfalten. Dementsprechend wird in der Literatur angenommen, dass nach der Dogmatik des Klimabeschlusses eine „mangelhafte Eindämmung treibhausgasemittierender Tätigkeiten wie Energieerzeugung, Verkehr oder Gebäudebau ihrerseits eingriffsähnliche Vorwirkung entfalten“.⁵⁶

Die Einzelheiten sind allerdings ungeklärt. Nach der auf den Klimabeschluss folgenden Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts kommt eine eingriffsähnliche Vorwirkung „grundsätzlich“ nur mit Blick auf die **Gesamtheit der gegenwärtig zugelassenen Emissionen** in Betracht, „weil regelmäßig nur diese und nicht ein punktuell Tun oder Unterlassen des Staates die Reduktionslasten insgesamt unverhältnismäßig in die Zukunft verschieben“ können.⁵⁷ Diese Anforderung erschwert ggf. die Annahme einer eingriffsähnlichen Vorwirkung bei Einzelmaßnahmen (z.B. Zulassung klimaschädlicher Vorhaben), wobei sich dies mit fortschreitendem Klimawandel und wachsender Erfüllungslücke auch ändern kann. Unabhängig davon geht es vorliegend aber gerade um eine **Gesamtbewertung** der (gegenwärtigen und absehbaren) Klimapolitik des Bundes.

Die Einhaltung des Reduktionspfades oder der weiteren gesetzlichen Anforderungen des **KSG ersetzt nicht den verfassungsrechtlichen Maßstab** für die Beurteilung der Maßnahmenebene.

Anders als das Temperaturziel des Pariser Übereinkommens stellen die in § 3 Abs. 1 KSG aufgeführten Zwischenziele nach Auffassung des Gerichts keine maßstäbliche Konkretisierung des Art. 20a GG dar.⁵⁸ Verfassungsrechtlich muss auf Maßnahmenebene ein Pfad eingeschlagen werden, der unter angemessener Verteilung der Reduktionslasten den deutschen Beitrag zur Einhaltung der Pariser

⁵⁵ Siehe auch Verheyen/Franke, a.a.O., S. 11.

⁵⁶ Siehe auch v. Weschpfennig, in: Fellenberg/Guckelberger, Klimaschutzrecht, 2022, § 3 KSG Rn. 20.

⁵⁷ Zu den Landesklimaschutzgesetzen: BVerfG, Nichtannahmebeschluss vom 18.01.2022, 1 BvR 1565/21 u.a., Rn. 4; zum Tempolimit: BVerfG, Nichtannahmebeschluss vom 15.12.2022, 1 BvR 2146/22, Rn. 5.

⁵⁸ BVerfG, Beschluss vom 24.03.2021, 1 BvR 2656/18 u.a., Rn. 238.

Temperaturziele gewährleistet – dieser Pfad muss aber nicht zwingend dem im KSG vorgezeichneten entsprechen.

Gleichwohl ist die **Erfüllungslücke** im Vergleich zu den Vorgaben des KSG-Reduktionspfades ein maßgeblicher **Indikator** für den **Eingriff in die intertemporale Freiheit**. Denn das KSG setzt den Rahmen für die Klimapolitik des Bundes. Damit erfüllt es im Hinblick auf die intertemporale Freiheitssicherung eine zentrale Funktion, die ja gerade auch den Erwägungen im Klimabeschluss zugrunde lag: Der KSG-Reduktionspfad soll eine langfristige Berechenbarkeit der Klimaschutzpolitik herstellen und so Orientierung, Entwicklungsdruck und Planungssicherheit vermitteln. Dies setzt wiederum voraus, dass der Reduktionspfad auch tatsächlich verfolgt und gesichert wird.⁵⁹ Je weniger dies der Fall ist und je weiter der gesetzliche Anspruch und die tatsächliche Umsetzung auseinanderfallen, desto mehr erodiert auch die Orientierungsfunktion des Pfades und desto stärker beeinträchtigt ist die intertemporale Freiheit.

Wie oben ausgeführt zeichnet sich eine deutliche Erfüllungslücke im Hinblick auf die Einhaltung des KSG-Pfades ab. Die künftige Freiheit ist durch die unzureichend ambitionierten Maßnahmen damit erheblich gefährdet. Ein Verfassungsverstoß liegt darin, wie dargestellt, zwar noch nicht zwangsläufig, liegt aber doch nahe. Und auch unabhängig vom KSG-Reduktionspfad gilt: Mit der gegenwärtigen bzw. angekündigten Klimapolitik droht eine unzulässige Verschiebung von Emissionsreduktionslasten in die Zukunft, da ein übermäßig großer Teil des verbleibenden Restbudgets frühzeitig aufgebraucht wird. Dabei sind die unzureichenden und darüber hinaus teils vagen Maßnahmen ungeeignet, eine hinreichende Orientierung und Planungssicherheit zu vermitteln.

Eine vollständige rechtliche und tatsächliche Prüfung sprengt den Rahmen dieses Kurzgutachtens. Im Ergebnis erscheint das vorgelegte **klimapolitische „Gesamtpaket“** der Bundesregierung aber im Hinblick auf die Maßnahmenebene unter dem Gesichtspunkt intertemporaler Freiheitssicherung **verfassungsrechtlich problematisch**. Selbst bei Durchführung sämtlicher – zum Teil noch sehr unkonkret – geplanter Klimaschutzmaßnahmen aus dem KSP-E läuft bis 2030 eine erhebliche Erfüllungslücke auf. Um diese zu schließen, müsste in der Folge eine umso größere Minderungslast in kürzerer Zeit bewältigt werden, wofür bislang keinerlei grundrechtsschonende Vorkehrungen erkennbar sind.

IV. Fazit

Das im Juni von der Bundesregierung vorgelegte **klimapolitische „Gesamtpaket“** aus KSG-E, KSP-E und Projektionsdaten weist erhebliche Mängel auf, die in der Gesamtschau auch **verfassungsrechtlich problematisch** sind.

⁵⁹ Näher Verheyen/Franke, a.a.O., S. 10 ff.

Der **Gesetzesentwurf** zum KSG selbst dürfte für sich genommen noch **verfassungs- und unionsrechtskonform** sein. Allerdings müssen die Vorgaben des Rahmengesetzes auch tatsächlich vollzogen werden, um das Klima und künftige Freiheitsrechte zu schützen und die Vorgaben der ESR einzuhalten. Insofern enthält der Gesetzesentwurf **strukturelle Hürden, die eine effektive Umsetzung der gesetzlichen Vorgaben erschweren** (z.B. Wegfall der Sektorziele, kaum handhabbares Verfahren zur Beauftragung eines Forschungskonsortiums mit der rechtzeitigen Erstellung der jährlichen Projektionen, etc.).

Dass das **Problem** (weiterhin) vor allem auf Ebene der **tatsächlichen Umsetzung** des KSG liegt, verdeutlichen der **KSP-E** und die veröffentlichten unvollständigen Projektionsdaten. Danach läuft selbst bei Umsetzung sämtlicher im KSP-E vorgesehenen Maßnahmen bis 2030 eine erhebliche **Erfüllungslücke** von 200 Millionen Tonnen CO₂-Äq auf. Hinzu kommt, dass belastbare Abschätzungen zur Minderungswirkung einzelner Maßnahmen insgesamt fehlen und deren Umsetzung und Ausgestaltung zudem in weiten Teilen ungewiss erscheint. Daher ist das KSP-E sowohl nach alter Gesetzeslage als auch gemessen an dem aktuellen Novellierungsvorschlag **klar rechtswidrig**, und zwar unabhängig davon, ob man es als Klimaschutzprogramm oder (auch) als Sofort- bzw. Nachsteuerungsprogramm einordnet.

Die auf der Maßnahmenebene damit absehbaren erheblichen Zielverfehlungen sind auch **verfassungsrechtlich bedenklich**. Denn das Klimaschutzgebot (Art. 20a GG) und die intertemporale Freiheit müssen auch real durch ausreichende und rechtzeitige Klimaschutzmaßnahmen gesichert werden. Insofern ist die gegenwärtige bzw. angekündigte Klimapolitik jedenfalls im Hinblick auf die Sicherung **intertemporaler Freiheit** sehr problematisch, weil Emissionsreduktionslasten in die Zukunft verschoben werden, ohne dass Vorkehrungen für ihre grundrechtsschonende Bewältigung getroffen sind.

Rechtsanwältin
Dr. Roda Verheyen

Rechtsanwalt
Dr. Johannes Franke

Rechtsanwälte Günther

Partnerschaft

Rechtsanwälte Günther • Mittelweg 150 • 20148 Hamburg

Anhang: Bewertung des Referentenentwurfs für eine KSG-Novelle

Die nachfolgende Tabelle bewertet die unter II.1. analysierten Regelungen im KSG-E anhand ihrer Auswirkungen auf die verfassungs- und unionsrechtlichen Maßstäbe aus Sicht der Verfasser. Sie ergänzt bzw. aktualisiert insofern die Tabelle zu den Verbesserungsvorschlägen der Verfasser:innen in ihrem im Vorfeld der KSG-Reform erstellten Gutachten.⁶⁰

Die Bewertung unterstellt die tatsächliche Einhaltung der gesetzlichen Vorgaben.

Bewertung:

o = neutral; + = positiv; ++ = sehr positiv; - = negativ; -- = sehr negativ

Michael Günther * (bis 31.12.2022)
Hans-Gerd Heidel * (bis 30.06.2020)
Dr. Ulrich Wollenteit *¹
Martin Hack LL.M. (Stockholm) *¹
Clara Goldmann LL.M. (Sydney) *
Dr. Michéle John *
Dr. Dirk Legler LL.M. (Cape Town) *
Dr. Roda Verheyen LL.M. (London) *
André Horenburg *
John Peters
Victor Görlich
Ronja Hoffmann LL.M.

¹ Fachanwalt für Verwaltungsrecht
* Partner der Partnerschaft
AG Hamburg PR 582

Mittelweg 150
20148 Hamburg
Tel.: 040-278494-0
Fax: 040-278494-99
www.rae-guenther.de

	Klimaschutzgebot (Art. 20a GG): Tatsächliche Einhaltung des Reduktionspfades	Intertemporale Freiheitssicherung		
		Vermeidung der einseitigen Verschiebung von Emissionsreduktionslasten in die Zukunft	Planungssicherheit & Entwicklungsdruck	Na
Umstellung auf Jahresemissionsgesamtmengen und nur noch indikative Sektorziele (§§ 4, 5 KSG-E, Anlagen 2a und 2b)	-	-	-	o
Projektionsbasierter zweijährlicher Nachsteuerungsmechanismus mit Ausnahme (§§ 8, 5a KSG-E)	-	--	-	--

⁶⁰ Siehe Verheyen/Franke, Reform des Bundes-Klimaschutzgesetzes:

Rechtliche Anforderungen und Gestaltungsoptionen, Gutachten
im Auftrag der Agora Verkehrswende und Agora Energiewende,
12.06.2023, S. 44 f.

Buslinie 19, Haltestelle Böttgerstraße • Fern- und S-Bahnhof Dammtor • Parkhaus Brodersweg

Hamburger Sparkasse
IBAN DE84 2005 0550 1022 2503 83
BIC HASPDEHHXXX

Commerzbank AG
IBAN DE22 2008 0000 0400 0262 00
BIC DRESDEFF200

GLS Bank
IBAN DE61 4306 0967 2033 2109 00
BIC GENODEM1GLS

Projektionsdatenbasiertes Klimaschutzprogramm zu Beginn jeder Legislaturperiode (§ 9 KSG-E)	+	+	+	o
Stärkung der Rolle des Expertenrats für Klimafragen* (§ 12 KSG-E)	o/+	o/+	o/+	o/+
Unveränderte Beibehaltung des Berücksichtigungsgebots (§ 13 KSG-E)	-	-	-	o
Verordnungsermächtigung für technische Senken (§ 3b KSG)	o	o	o	o

* Es handelt sich hierbei um politisch-indirekt wirkende Verbesserungen, deren konkrete Auswirkungen schwer zu prognostizieren sind.