

Österreichische

JURISTEN ZEITUNG

ÖJZ

Chefredakteur Gerhard Hopf

Redaktion Robert Fucik, Kurt Kirchbacher, Hans Peter Lehofer

Evidenzblatt Christoph Brenn, Richard Hargassner, Herbert Painsi,

Eckart Ratz, Martina Weixelbraun-Mohr, Jörg Ziegelbauer

Anmerkungen Andreas Konecny, Martin Spitzer

13

Juli 2022

645 – 696

Aktuelles

Indexierung der Familienbeihilfen unionswidrig ➔ 645

Beiträge

Klimaklagen: eine Zeitenwende?

Bernhard Burtscher und Dominik Schindl ➔ 649

Der Nichterfüllungsschaden oder ein Plädoyer für einen Abschied vom deliktsrechtlichen Denken

Johannes W. Flume ➔ 657

EU-Notifizierungsbedürftigkeit mitgliedstaatlicher Änderungsgesetze

Christian Koenig und Krisztina Mezey ➔ 660

Evidenzblatt

Mietzinsreduktion für Fitness-Studio ➔ 670

Schenkung auf den Todesfall ist ein Erbvertrag *Claudia Rudolf* ➔ 676

UWG-Schaden des Verbrauchers *Anna-Maria Heil* ➔ 679

Willkür als Grundrechtsverletzung ➔ 682

Forum

Die britische Limited nach dem BREXIT *Thomas Bachner* ➔ 694

Klimaklagen: eine Zeitenwende?

Spätestens seit das BVerfG im März 2021 das deutsche Klimaschutzgesetz für verfassungswidrig erklärt hat, sind „Klimaklagen“ wieder in aller Munde. Zunehmend geraten dabei auch private Unternehmen ins Visier der Kläger: So verurteilte das BG Den Haag den *Shell*-Konzern zu einer dramatischen Kürzung seiner CO₂-Emissionen. Der Beitrag zeichnet die Entwicklungslinien im öffentlichen Recht und im Privatrecht nach und zeigt maßgebliche Weichenstellungen auf.

Von Bernhard Burtscher und Dominik Schindl¹⁾

Inhaltsübersicht:

- A. Ausgangspunkt
- B. Öffentliches Recht
 - 1. Dritte Pisten
 - 2. *Urgenda* und die Folgen
 - 3. Der „Klimabeschluss“ des BVerfG
- C. Privatrecht
 - 1. Der amerikanische Weg
 - 2. Schadenersatzklagen (*Liuuya v RWE*)
 - 3. Unterlassungsklagen (*Shell*)
- D. Fazit

A. Ausgangspunkt

Schmelzende Polkappen, Wirbelstürme, Hochwasserkatastrophen und Dürreperioden: Kaum jemand zweifelt noch an den verheerenden Konsequenzen der globalen Erderwärmung. Und kaum jemand bezweifelt, dass menschengemachte Treibhausgasemissionen einen entscheidenden Anteil am Klimawandel haben.¹⁾ Die erdrückende wissenschaftliche Evidenz lässt selbst nüchterne Naturwissenschaftler von einem „Klimanotfall“ sprechen.²⁾

Die Staatengemeinschaft hat sich deshalb im Pariser Klimaschutzabkommen das Ziel gesetzt, die globale Erderwärmung auf „well below 2°C above pre-industrial levels“ zu begrenzen.³⁾ Die Krisenbewältigung beschäftigt freilich nicht nur Regierungen und Parlamente; der Klimawandel ist längst auch ein Fall für die Gerichte geworden.⁴⁾ Eine Datenbank der Columbia University listet weltweit rund 2.000 „Klimaklagen“ auf,⁵⁾ die das Ziel eint, Treibhausgasemissionen per Gerichtsentscheidung zu reduzieren.

Während die Kläger damit lange erfolglos blieben, markiert 2021 eine Zeitenwende. Zum einen hob das deutsche Bundesverfassungsgericht (BVerfG) das deutsche Klimaschutzgesetz auf, weil „mehr Klimaschutz“ erforderlich sei.⁶⁾ Zum anderen verpflichtete das Bezirksgericht Den Haag den *Shell*-Konzern, CO₂-Emissionen bis 2030 um insgesamt 45% gegenüber 2019 zu reduzieren.⁷⁾ Während man in Deutschland eine „Verfassungsänderung durch die Hintertür“⁸⁾ ortet, ist die niederländische Entscheidung für viele ein „Paradigmenwechsel für den Klimaschutz“⁹⁾ ordnet das BG Den Haag doch geradezu „Unglaubliches“¹⁰⁾ an.

Die rezenten Erfolge haben bereits neue „Klimakläger“ inspiriert. Im Herbst 2021 brachte *Greenpeace* vor dem Landgericht Braunschweig eine Klage gegen

Volkswagen ein, die den Konzern dazu zwingen soll, ab 2030 keine Fahrzeuge mit Verbrennungsmotor mehr auf den Markt zu bringen und seine CO₂-Emissionen bis dahin um mindestens 65% gegenüber 2018 zu senken.¹¹⁾ Ähnliche Klagen sind auch gegen *BMW* und *Mercedes-Benz* anhängig.¹²⁾

B. Öffentliches Recht

Um diese Entwicklungen einordnen zu können, muss man die Uhr kurz zurückdrehen. Die Idee, Klimaschutz in den Gerichtssaal zu tragen, ist nämlich keineswegs neu. Sie wurde nur lange auf vergleichsweise ausgetretenen öffentlich-rechtlichen Pfaden verfolgt.¹³⁾

^{*)} Der Beitrag beruht auf mehreren Vorträgen, die die Verfasser zum Thema gehalten haben, ua an der Universität Liechtenstein (20. Österreichischer Europarechtstag) und an der Université Paris-Est Créteil in Paris; ausf. zum Thema auch der Beitrag von *Ennöckl*, Klimaklagen – Strukturen gerichtlicher Kontrolle im Klimaschutzrecht (in Druck), der den Verfassern erst nach Drucklegung dieses Beitrags zugegangen ist.

- 1) *Intergovernmental Panel on Climate Change*, Climate Change 2021. The Physical Science Basis – Summary for Policymakers (2021) 5, 8; <https://www.sueddeutsche.de/wissen/klimaforschung-klimawandel-mensch-ist-ursache-studie-1.5443664> (Stand 27. 3. 2022).
- 2) *Ripple et al*, World Scientists' Warning of a Climate Emergency, *BioScience* 2020, 8; *Ripple et al*, World Scientists' Warning of a Climate Emergency 2021, *BioScience* 2021, 894. *Hesslers* deutsche Übersetzung des zweiten Texts spricht von „Klimanotstand“ (<https://scientistswarning.forestry.oregonstate.edu/translations>) [Stand 27. 3. 2022]).
- 3) Art 2 Abs 1 lit a Paris Agreement (*United Nations*, Treaty Series vol 3156); völkerrechtlich nicht authentische deutsche Fassungen etwa in dBGBI II 2016 S 1082 und öBGBI III 2016/197; zur Entwicklung der völkerrechtlichen Rahmenbedingungen *Spitzer*, Der Klimawandel als juristische Kategorie – Internationale Perspektiven, in FS Danzl (2017) 655 (657 ff).
- 4) Dazu bereits ausführlich *Burtscher/Spitzer*, Haftung für Klimaschäden, ÖJZ 2017, 945; *Spitzer/Burtscher*, Liability for Climate Change: Cases, Challenges and Concepts, *JETL* 2017, 137; *Spitzer* in FS Danzl 655.
- 5) <http://www.climatecasechart.com/climate-change-litigation/about/> (Stand 27. 3. 2022).
- 6) Ausf. dazu unten B.3.
- 7) Siehe C.3.
- 8) <https://www.faz.net/aktuell/politik/staat-und-recht/karlsruher-klimabeschluss-17349181.html> (Stand 27. 3. 2022).
- 9) *Rajal/Weber*, Royal Dutch Shell – Paradigmenwechsel für den Klimaschutz? *AnwBl* 2021, 541 (541).
- 10) *E. Wagner*, Die Shell-Klimaklage und der Bedarf nach einer EU-Klimahaftungsrichtlinie, *RdU* 2021, 154 (157).
- 11) <https://www.tagesschau.de/wirtschaft/unternehmen/volkswagen-klimaklage-greenpeace-101.html> (Stand 27. 3. 2022).
- 12) <https://www.orf.at/stories/3229336/> (Stand 27. 3. 2022).
- 13) *Perner/Spitzer*, Royal Dutch Shell – Klimaklagen auf dem Weg ins Privatrecht, ÖJZ 2021, 591 (591).

ÖJZ 2022/78

§§ 1293ff ABGB;
Art 2, 8 EMRK;
Art 20a dGG

BVerfG
24. 3. 2021,
1 BvR 2656/18 ua;
Hoge Raad
20. 12. 2019,
19/00135;
OLG Hamm
30. 11. 2017,
5 U 15/17;
Rechtbank
Den Haag
26. 5. 2021,
C/09/571932/
HA ZA 19–379

intertemporale
Freiheits-
sicherung;
Klimaklagen;
Schadenersatz;
Unterlassungs-
anspruch

1. Dritte Pisten

So wurde es zwar als „Meilenstein für die Entwicklung des Umweltrechts“¹⁴⁾ gefeiert, dass das österr Bundesverwaltungsgericht (BVwG) den Bau einer dritten Piste am Wiener Flughafen mit Blick auf den CO₂-Ausstoß untersagte.¹⁵⁾ Juristisch ist die Entscheidung allerdings keine Sensation. Dass das BVwG gegenläufige Interessen abwägt – in concreto wirtschaftliche Interessen und das Interesse am Klimaschutz –, ist „das tägliche Brot solcher Verfahren“.¹⁶⁾ Für die meisten Beobachter kam es daher überraschend, dass der Verfassungsgerichtshof (VfGH) die Entscheidung später wegen Willkür aufgehoben hat;¹⁷⁾ überwiegend werden dem BVwG für seine Abwägungsentscheidung nämlich respektable Argumente attestiert.¹⁸⁾

„[M]ore conservative than activist“¹⁹⁾ liest sich auch die Entscheidung des britischen Court of Appeal, mit der seinerseits der Bau einer dritten Piste am Londoner Flughafen Heathrow gestoppt wurde²⁰⁾ und die in Wahrheit noch unspektakulärer als jene des BVwG ist. Der Klimaschutz war nämlich nicht einmal inhaltliches Argument, seine gänzliche Außerachtlassung bei der Interessenabwägung begründete schlicht einen Verfahrensfehler.²¹⁾ Der UK Planning Act verlange nämlich, dass die Verwaltungsbehörden auch den Klimaschutz berücksichtigen und erklären, wie sie das tun – „[n]one of that was ever done in the case“.²²⁾ Ob und wie der Flughafen erweitert werde, sei aber – unter Einhaltung des vorgeschriebenen Verfahrens – „a political question for the Government“ und daher „none of

the court’s business“: „We have not decided, and could not decide, that there will be no third runway.“²³⁾

Die Entscheidung des Court of Appeal erteilt letztlich das gleiche Schicksal wie die jene des BVwG; der UK Supreme Court hob sie auf und gab grünes Licht für den Bau der dritten Piste.²⁴⁾ Dass beide Bauprojekte dennoch auf Eis liegen und ihre Umsetzung trotz höchstrichterlicher Zustimmung unklar ist, ist der Coronapandemie zu verdanken,²⁵⁾ die sich insofern als wirkungsvoller für den Klimaschutz erwiesen hat als die Verwaltungsgerichtsbarkeit.

2. Urgenda und die Folgen

Diese eben skizzierten „Brot-und-Butter-Fälle“²⁶⁾ haben freilich Kläger animiert, Klimaklagen auf eine neue Ebene zu heben. So ist die Idee entstanden, den Staat in Sachen Klimaschutz zu zwingen, aktiv tätig zu werden – man spricht von „rulemaking petitions“.²⁷⁾

Ein Meilenstein ist dabei die niederländische Urgenda-Entscheidung.²⁸⁾ Die NGO Urgenda klagte die niederländische Regierung, weil die angestrebte Reduktion der CO₂-Emissionen bis 2020 gegenüber 1990 um 17% nicht ambitioniert genug sei; erforderlich seien mindestens 25%. Die Klage war in allen Instanzen erfolgreich, wobei sich das Begründungsmuster „weiterentwickelt“ hat: Das BG Den Haag stützte sich noch auf allgemeine zivilrechtliche Sorgfaltspflichten, konnte damit aber kaum kaschieren, dass es um „all-falls verschleiertes öffentliches Recht“²⁹⁾ ging. Der Hoge Raad benennt hingegen Ross und Reiter: Er leitet aus Art 2 (Recht auf Leben) und 8 EMRK (Recht auf Achtung des Privat- und Familienlebens) eine öffentlich-rechtliche Handlungspflicht des Staates ab, „to take suitable measures if a real and immediate risk to people’s lives or welfare exists and the state is aware of that risk“.³⁰⁾

Die Reichweite der Schutz- und Gewährleistungsfunktion von Grundrechten ist zwar traditionell umstritten.³¹⁾ Dass den Staat „positive obligations“ treffen, unmittelbar drohende Gefahren von seinen Bürgern abzuwenden, ist in der Judikatur des EGMR aber im

14) Madner/Schulev-Steindl, Dritte Piste – Klimaschutz als Willkür? ZÖR 2017, 589 (599); krit B. Raschauer, Klimaschutz durch Richterspruch? ecoloex 2017, 814; Sander, Neue Piste? Hier wertet ein Richter! Die Presse vom 13. 2. 2017.
 15) BVwG 2. 2. 2017, W109 2000179-1/291E; dazu die Anm von Janeczic/Stadlmeier, ZLW 2017, 371.
 16) Spitzer in FS Danzl 655 (659).
 17) VfGH 29. 6. 2017, E 875/2017 ua (VfSlg 20.185); dazu Niederhuber, Dritte-Piste-Entscheidung zeigt: Es gilt das Gesetz, Der Standard vom 4. 9. 2017; Schmelz, Der VfGH zur dritten Piste – Klimaschutz im Widerspruch zu Rechtsstaat und Demokratie? ZVG 2017, 288; zust auch Schneider, Verfassungs- und europarechtliche Grundlagen und Schranken einer österreichischen Klimaschutzpolitik, ÖZW 2021, 95 (97f); krit Madner/Schulev-Steindl, VfGH interpretiert Klimaschutz entschlossen weg, Die Presse vom 3. 7. 2017; E. Wagner, Was bislang geschah: Staatszieldebatte/VfGH hebt Urteil Dritte Piste auf, RdU 2017, 149; zum weiteren Verfahrensgang BVwG 23. 3. 2018, W109 2000179-1/350E; VfGH 4. 10. 2018, E 1818/2018–18; VfGH 6. 3. 2019, Ro 2018/03/0031.
 18) Grundlegend Merli, Ein seltsamer Fall von Willkür: Die VfGH-Entscheidung zur dritten Piste des Flughafens Wien, wbl 2017, 682 (686); s auch Fuchs, Interessenabwägung, Ermessen, dritte Piste Flughafen Wien, ÖZW 2017, 192; Griller, Die Neuordnung der Gerichtsbarkeit des öffentlichen Rechts, Gutachten 20. ÖJT I/1 (2018) 29f; Kerschner, VfGH 3. Piste und juristische Methode: Verfassungskonforme Auslegung verfassungswidrig? RdU 2017, 190; Madner/Schulev-Steindl, ZÖR 2017, 589 (599); Stadlmeier, Zur dritten Piste des Flughafens Wien, ZÖR 2019, 21 (28ff); Storr, Überlegungen zu Abwägungen: Die Erkenntnisse des BVwG und des VfGH zur „dritten Piste“ des Flughafens Wien, ÖZW 2017, 184 (186ff); Thienel, Bewährung der Verwaltungsgerichtsbarkeit, ZVG 2019, 321 (327); E. Wagner, Die Judikatur zur „3. Piste“ – Vom Senkrechtstart zur Bruchlandung in Sachen Klimaschutz, ZVG 2017, 282 (284ff).
 19) Ohdedar/McNab, Climate change litigation in the United Kingdom, in Kahl/Weller (Hrsg), Climate Change Litigation (2021) 304 (Rz 52).
 20) R. v Secretary of State for Transport (2020) EWCA Civ 214.
 21) Ohdedar/McNab in Kahl/Weller, Climate Change Litigation 304 (Rz 51f).
 22) R. v Secretary of State for Transport (2020) EWCA Civ 214 Rz 226.

23) R. v Secretary of State for Transport (2020) EWCA Civ 214 Rz 2, 281, 285.
 24) R. v Heathrow Airport Ltd (2020) UKSC 52.
 25) <https://www.derstandard.at/story/2000130561711/flughafen-kie-felt-an-corona-folgen-und-haelt-an-dritter-piste> (Stand 27. 3. 2022); <https://www.bloomberg.com/news/articles/2022-02-23/heathrow-puts-new-runway-back-on-agenda-as-travel-edges-back> (Stand 27. 3. 2022).
 26) Spitzer in FS Danzl 655 (659).
 27) Spitzer in FS Danzl 655 (660).
 28) Zum Fall Spitzer in FS Danzl 655 (664ff); Spitzer/Burtscher, JETL 2017, 137 (147f); ausf aus niederländischer Perspektive Van der Veen/De Graf, Climate Change Litigation in the Netherlands – the Urgenda case and beyond, in Kahl/Weller (Hrsg), Climate Change Litigation (2021) 363 (Rz 7ff).
 29) Spitzer in FS Danzl 655 (666).
 30) Hoge Raad 20. 12. 2019, 19/00135; dazu die Anm von Binder/Humaglic, NR 2021, 109. Schon die zweite Instanz hatte diesen Argumentationsstrang von Urgenda aufgegriffen; vgl Van der Veen/De Graf in Kahl/Weller, Climate Change Litigation 363 (Rz 10f); Wege-ner, Urgenda – Weltrettung per Gerichtsbeschluss? ZUR 2019, 3 (3f).
 31) Berka/Binder/Kneihns, Die Grundrechte² (2019) 158ff, 214ff; grundlegend Holoubek, Grundrechtliche Gewährleistungspflichten (1997).

Grundsatz anerkannt.³²⁾ Die Besonderheit der *Urgenda*-Entscheidung liegt darin, dass der Hoge Raad diese Pflicht auf den Schutz vor den Gefahren des globalen Klimawandels erstreckt.

Wenig überraschend hat *Urgenda* Nachahmer gefunden, deren Erfolgsbilanz freilich gemischt ausfällt: In einem als „*l’Affaire du Siècle*“ – als Fall des Jahrhunderts – bekannt gewordenen Amtshaftungsverfahren hat der Tribunal Administratif de Paris Frankreich wegen bisheriger Verfehlung seiner Klimaziele verurteilt;³³⁾ wenige Wochen davor hatte das oberste Verwaltungsgericht, der Conseil d’État, die französische Regierung schon zur Einhaltung dieser Vorgaben aufgefordert.³⁴⁾ Ein Brüsseler erstinstanzliches Gericht stellte zwar fest, dass Belgien durch unzureichenden Klimaschutz seine Schutzpflichten aus Art 2 und 8 EMRK verletzt habe, konkrete Reduktionsvorgaben wie in *Urgenda* traf das Gericht unter Berufung auf die Gewaltenteilung allerdings nicht.³⁵⁾ Gar kein Erfolg war bisher jener britischen Klage beschieden, mit der der Prime Minister zu klimaschützenden Maßnahmen verhalten werden sollte.³⁶⁾

Es ist auch nur noch eine Frage der Zeit, bis sich der EGMR selbst damit auseinandersetzen muss, inwieweit die EMRK Schutz vor dem Klimawandel gewährt;³⁷⁾ mehrere Verfahren sind anhängig: Sechs portugiesische Kinder und Jugendliche klagen 33 Staaten wegen Untätigkeit im Klimaschutz,³⁸⁾ die Schweizer *KlimaSeniorinnen* verlangen von der Eidgenossenschaft – verglichen mit 1990 – eine 50%-ige Reduktion der CO₂-Emissionen bis 2030,³⁹⁾ und *Greenpeace* wendet sich gegen die Genehmigung von Ölbohrungen in Norwegen.⁴⁰⁾ Zuletzt hat auch ein österr Fall den EGMR erreicht,⁴¹⁾ nachdem der VfGH Individualanträge zur Aufhebung von Steuerbefreiungen für als klimaschäd-

lich angesehene Verhaltensweisen als unzulässig⁴²⁾ zurückgewiesen hat.⁴³⁾ Dass die Fälle teilweise im Fast-Track-Verfahren prioritär behandelt werden, zeigt jedenfalls, dass man sie in Straßburg ernst nimmt; mittlerweile hat die zuständige Kammer den Fall der *KlimaSeniorinnen* sogar an die Große Kammer des EGMR abgetreten.⁴⁴⁾

3. Der „Klimabeschluss“ des BVerfG

Die grundrechtlichen Verstrickungen schlagen die Brücke zum nächsten Meilenstein in der Geschichte europäischer Klimaklagen: Mit seinem sogenannten „Klimabeschluss“⁴⁵⁾ hat das BVerfG eine „revolutionäre Wende“⁴⁶⁾ vollzogen und die Verfassungswidrigkeit des deutschen Klimaschutzgesetzes 2019 (KSG)⁴⁷⁾ feststellt.

Wie der Hoge Raad der Niederlande bejaht auch das BVerfG eine Schutzpflicht des Staates, Leben und Gesundheit vor den Gefahren des Klimawandels zu schützen.⁴⁸⁾ Das Gericht hält es dabei nicht für ausgeschlossen, dass den deutschen Staat eine (wenngleich eingeschränkte⁴⁹⁾) Schutzpflicht gegenüber im Ausland lebenden Menschen – im Anlassfall den Beschwerdeführern aus Nepal und Bangladesch – trifft.⁵⁰⁾ Darauf musste das BVerfG aber letztlich nicht eingehen, weil diese Schutzpflicht nicht verletzt worden sei. Das KSG sei zwar nicht überambitioniert; es dürfte aber – wie das BVerfG akribisch anhand wissenschaftlicher Daten herausarbeitet – wohl ausreichen, um das Allerschlimmste noch zu verhindern.⁵¹⁾

An dieser Stelle wird das BVerfG innovativ: In Betracht komme nämlich auch eine Verletzung der „durch das Grundgesetz umfassend geschützten Freiheit“ als solcher, wozu das Gericht den Ansatz der „intertemporale[n] Freiheitssicherung“ entwickelt.⁵²⁾ Diese

32) *Grabenwarter/Pabel*, Europäische Menschenrechtskonvention⁷ (2021) 164ff; aus der Rsp rezent EGMR 8. 7. 2021, 33056/17, *Tkheldze/Georgien*; 22. 3. 2022, 9077/18, *Y. ua/Bulgarien* (jeweils zu Art 2 EMRK).

33) Tribunal Administratif de Paris 3. 2. 2021, N° 1904967, 1904968, 1904972, 1904976/4–1 und 14. 10. 2021, N°s 1904967, 1904968, 1904972, 1904976/4–1; zu ersterer Entscheidung die Anm von *Orator*, NR 2021, 238.

34) Conseil d’État 19. 11. 2020 und 1. 7. 2021, N° 427301; generell zu französischen Klimaklagen und zu diesen Fällen auf *Epstein/Decker*, *Climate change litigation in France*, in *Kahl/Weller*, *Climate Change Litigation* (2021) 336.

35) Tribunal de premiere instance francophone de Bruxelles 17. 6. 2021, 2015/4585/A.

36) *Plan B Earth et al v Prime Minister et al* (2021) EWHC 3469 (Admin).

37) Zur Analyse der Judikatur verwandter Schutzpflichten (etwa vor Umweltverschmutzung) etwa *Binder/Huremagić*, NR 2021, 109 (112); *Gross*, *Climate change and duties to protect with regard to fundamental rights*, in *Kahl/Weller* (Hrsg), *Climate Change Litigation* (2021) 81 (Rz 13ff).

38) Anhängig zu EGMR 39371/20, *Duarte Agostinho ua/Portugal ua*: Die Nichtbeachtung der Pariser Klimaziele (dazu bei FN 3) verletze insb Art 2 und Art 8 EMRK. Nationale Vorverfahren gab es nicht, weil keine angemessenen Rechtsbehelfe zur Verfügung stünden.

39) Anhängig zu EGMR 53600/20, *Verein KlimaSeniorinnen ua/Schweiz*: Neben einer Verletzung von Art 2 und 8 EMRK wurde auch Art 6 ins Spiel gebracht, weil die Schweizer Gerichte sich des Falls nicht annahmen (zuletzt BGer 5. 5. 2020, 1C_37/2019; dazu die Anm von *Rauch*, *Schweizerisches ZBI* 2020, 489).

40) Anhängig zu EGMR 34068/21, *Greenpeace Nordic ua/Norway*: Verletzung von *inter alia* Art 2 und 8 EMRK; zum Verfahrensgang Norges Høyesterett 22. 12. 2020, HR-2020–2472-P.

41) *Mex M./Austria*; dazu <http://www.climatecasechart.com/climate-change-litigation/non-us-case/mex-m-v-austria/> (Stand 27. 3. 2022).

42) Dazu schon *Ennöckl*, *Wie kann das Recht das Klima schützen?* ÖJZ 2020, 302 (309); weiters *Schindl/Spitzer*, *Klimawandel, Klimanotstand, Klimaklagen*, ÖGZ 12/2019–1/2020, 20 (21). Ähnlich hatte auch die von *Armando Carvalho* erhobene Nichtigkeits- und Haftungsklage (Art 263, 340 AEUV) gegen verschiedene EU-Rechtsakte schon aus prozessualen Gründen keinen Erfolg (EuG 8. 5. 2019, T-330/18; EuGH 25. 3. 2021, C-565/19 P).

43) VfGH 30. 9. 2020, G 144/2020 ua. Initiator war *Greenpeace*, die Individualanträge (Art 139 Abs 1 Z 3, Art 140 Abs 1 Z 1 lit c B-VG) wurden allerdings von 8.000 Einzelpersonen eingebracht; zum Fall die Anm von *Rockenschaub*, NR 2021, 205; *Schulev-Steindl*, RdU 2020, 251 und ausführlich *Blecha*, *Die gescheiterte „Klimaklage“ gegen Begünstigungen für die Luftfahrt, in Baumgartner* (Hrsg), *Jahrbuch Öffentliches Recht* 2021 (2021) 127; *Buss*, *Der VfGH kann sich nicht für den Klimawandel erwärmen – Die „erste Klimaklage“ Österreichs*, SPWR 2021, 127.

44) Zum Fast-Track-Verfahren Art 41 Satz 2 der Verfahrensordnung des EGMR und *Schmahl*, *Internationale Klimaklagen aufgrund von Menschenrechtsverträgen: sinnvoll oder vergeblich?* JZ 2022, 317 (320f); zu den *KlimaSeniorinnen* Art 30 EMRK und die Pressemitteilung des EGMR vom 29. 4. 2022 (Relinquishment in favor of the Grand Chamber of the case Verein KlimaSeniorinnen Schweiz and Others v. Switzerland).

45) BVerfG 24. 3. 2021, 1 BvR 2656/18, 1 BvR 78/20, 1 BvR 96/20, 1 BvR 288/20.

46) *Calliess*, *Das „Klimaurteil“ des Bundesverfassungsgerichts: „Ver-subjektivierung“ des Art. 20a GG?* ZUR 2021, 355 (355).

47) dBGBI I 2019 S 2513.

48) Rz 143ff.

49) Rz 176.

50) Rz 173ff.

51) Rz 151 ff, 180f.

52) Rz 183.

verlange unterm Strich, „mit den natürlichen Lebensgrundlagen so sorgsam umzugehen und sie der Nachwelt in solchem Zustand zu hinterlassen, dass nachfolgende Generationen diese nicht nur um den Preis radikaler eigener Enthaltensamkeit weiter bewahren könnten“.⁵³⁾

Konkret verletze das KSG also nicht etwa die Pflicht, Leben und Gesundheit der Bürger vor zu viel CO₂ zu schützen; der Staat greife vielmehr in die Freiheit ein, in Zukunft noch CO₂ emittieren zu dürfen.⁵⁴⁾ Aus grundrechtsdogmatischer Sicht dreht das BVerfG den Spieß somit um, es prüft nicht die Gewährleistungs-, sondern die Abwehrfunktion der Grundrechte: Beurteilt wird also kein jetziges Untermaß an Schutz, sondern ein zukünftiges Übermaß an Eingriff und dessen „eingriffsähnliche Vorwirkung“.⁵⁵⁾ Damit kann das BVerfG in eine klassische Grundrechtsprüfung einsteigen und der Frage nachgehen, ob das „Grundrecht auf Freiheit“⁵⁶⁾ durch die staatlichen Maßnahmen zum Klimaschutz unverhältnismäßig eingeschränkt wird.⁵⁷⁾

Das BVerfG betont dabei, dass zukünftig gravierende Freiheitseinbußen zum Schutz des Klimas verhältnismäßig und gerechtfertigt sein werden, weil Deutschland – will man die Pariser Klimaziele erreichen – nur noch ein begrenztes CO₂-Budget zur Verfügung steht: Wer heute zu wenig tut, muss eben morgen besonders drastische Einsparungen in Kauf nehmen.⁵⁸⁾ Das widerspreche allerdings dem Verhältnismäßigkeitsgebot; eine zukunftsgerichtete Freiheits-sicherung verlange vielmehr ein vorausschauendes Haushalten. Es geht nicht an, dass eine Generation in Saus und Braus lebt und „unter vergleichsweise milder Reduktionslast große Teile des CO₂-Budgets verbrauch[t], wenn damit zugleich den nachfolgenden Generationen eine – von den Beschwerdeführenden als ‚Vollbremsung‘ bezeichnete – radikale Reduktionslast überlassen“ wird.⁵⁹⁾

Gerade der Umstand, dass zukünftig besonders einschneidende Einschränkungen zu erwarten wären, wenn man heute nicht handelt, führt also zur Verfassungswidrigkeit des (zu) laxen KSG. Damit räumt das BVerfG auch gleich etwaige Bedenken im Hinblick auf gegenläufige Grundrechtspositionen aus dem Weg: Dass klimaschützende Gesetze einen unverhältnismä-

ßigen Eingriff in die wirtschaftlichen Grundrechte darstellen, ist nach dem „Klimabeschluss“ kaum noch vorstellbar. Der Bundestag hat den Ball aus Karlsruhe bereits aufgegriffen: Deutschland hat seine Klimaziele verschärft, soll schon 2045 CO₂-neutral sein und ab 2050 sogar netto-negative Treibhausgas-Emissionen erreichen (§ 3 Abs 2 KSG nF).⁶⁰⁾

Evident ist, dass das BVerfG mit seiner Vorgabe weit in die Entscheidungsprerogative des Gesetzgebers eingreift. Was manche mit Blick auf die Dringlichkeit des Anliegens begrüßen, lehnen andere als ein verfassungsgerichtliches „Klimadiktat“⁶¹⁾ ab. Zu konstatieren bleibt jedenfalls „eine Verlagerung der Verantwortung – weg von den politischen Instanzen, hin zum BVerfG“.⁶²⁾

C. Privatrecht

Die Frage, wie weit sich Gerichte in politisches Terrain vorwagen sollen und dürfen, beschäftigt indes nicht nur den Leser des Klimabeschlusses. Sie bestimmte die längste Zeit auch die Diskussion um privatrechtliche Klimaklagen in deren Mutterland: den USA.⁶³⁾

1. Der amerikanische Weg

Als der Bundesstaat Kalifornien von *General Motors* und anderen Autoherstellern Schadenersatz für die gestiegenen Kosten zum Schutz der Küstenlinie und für das Gesundheitssystem verlangte, entschied etwa der zuständige District Court, dass er darüber nicht befinden könne „without making an initial policy determination of a kind clearly for nonjudicial discretion“: Wie weit der Klimaschutz geht, sei eben eine „political question“ und *California v General Motors* daher keine Angelegenheit für die Zivilgerichtsbarkeit.⁶⁴⁾

Wenngleich die Begründung im Einzelnen variiert, haben die amerikanischen Gerichte diesen Weg konsequent fortgesetzt.⁶⁵⁾ Weder verpflichtete der US Supreme Court die fünf größten CO₂-Emittenten der USA zur Begrenzung ihrer Emissionen (*American Electric Power v Connecticut*⁶⁶⁾) noch bekamen die Einwohner des alaskischen Dorfs Kivalina Ersatz für die wegen

53) Rz 193.

54) Rz 253.

55) Rz 184ff; diesem Ansatz zust etwa *Schlacke*, Klimaschutzrecht – Ein Grundrecht auf intertemporale Freiheitssicherung, NVwZ 2021, 912 (914f); zurückhaltend bspw *Polzin*, Menschenrechtliche Klimaklagen: Kreative Justiz und überforderte Grundrechte, DÖV 2021, 1089 (1096); ausf *Kirchhof*, Intertemporale Freiheitssicherung (2022).

56) Ein so allgemein gehaltenes Grundrecht kennt das deutsche Grundgesetz freilich nicht; krit zur vagen Schutzbereichsprüfung – es seien „Grundrechte verletzt“ (Rz 182; s auch bei FN 52) – daher *Calliess*, ZUR 2021, 355 (356); *Falßbender*, Der Klima-Beschluss des BVerfG – Inhalte, Folgen und offene Fragen, NJW 2021, 2085 (2089); *Wegener*, Menschenrecht auf Klimaschutz? – Grenzen grundrechtsgestützter Klimaklagen gegen Staat und Private, NJW 2022, 425 (429).

57) *Calliess*, ZUR 2021, 355 (356f); zum Problem der dogmatischen Einordnung auch *E. Hofmann*, Der Klimaschutzbeschluss des BVerfG – Rezeption, Dogmatik, Kritik, NVwZ 2021, 1587 (1588ff); *Ruttloff/Freihoff*, Intertemporale Freiheitssicherung oder doch besser „intertemporale Systemgerechtigkeit“? – auf Konturensuche, NVwZ 2021, 917.

58) Rz 117, 120, 192.

59) Rz 192.

60) dBGBI I 2021 S 3905.

61) *Frenz*, Klimaschutz nach BVerfG-Beschluss und EU-Klimagesetz, EnWZ 2021, 201 (208); krit auch *Meßerschmidt*, Der Karlsruher Klimaschutzbeschluss – kein Vorbild! ÖZW 2021, 109; *Polzin*, DÖV 2021, 1089; *Rodi/Kalis*, Klimaklagen als Instrument des Klimaschutzes, KlimR 2022, 5 (8f); gegen eine Übertragbarkeit auf Österreich *Schneider*, ÖZW 2021, 95 (99) und *de lege lata* wohl auch *Fitz/Rathmayer*, Heute für Morgen, RdJ 2021, 32 (37).

62) *G. Wagner*, Klimaschutz durch Gerichte, NJW 2021, 2256 (2259); ähnlich *Berkemann*, „Freiheitschancen über die Generationen“ (Art. 20a GG) – Intertemporaler Klimaschutz im Paradigmenwechsel, DÖV 2021, 701 (706f).

63) Dazu etwa *Farber*, Climate change litigation in the United States, in *Kahl/Weller* (Hrsg), Climate Change Litigation (2021) 237; *Gerrard*, United States Climate Change Law, in *Carlarne/Gray/Tarasofsky* (Hrsg), The Oxford Handbook of International Climate Change Law (2016) 607.

64) *California v General Motors et al*, No. C06–05755 MJJ (2007); zur „political question doctrine“ der US-Gerichte *Spitzer* in FS Danzl 655 (661, 665); *Spitzer/Burtscher*, JETL 2017, 137 (144f, 148); zum vergleichbaren Argument des britischen Court of Appeal schon oben bei FN 23.

65) Ausf zu den Fällen und der von den Gerichten in der Folge angeführten „Displacement-Doktrin“ *Gerrard* in *Carlarne/Gray/Tarasofsky* 607 (627ff); *Spitzer* in FS Danzl 655 (662ff); *Spitzer/Burtscher*, JETL 2017, 137 (145ff).

66) *American Electric Power Company v Connecticut*, 564 U.S. 410 (2011).

Bodenerosion nötig gewordene Verlegung ihrer Siedlung (*Kivalina v ExxonMobil*).⁶⁷⁾ Auch Herr *Comer* blieb auf dem von Hurrikan Katrina – der mutmaßlich erst durch die globale Erderwärmung seine volle Zerstörungskraft entfaltete – angerichteten Schaden an seinem Haus sitzen (*Comer v Murphy Oil*).⁶⁸⁾

Die Gesamtschau ist für Klimaschützer ermutigend: Zivilklagen in den USA „have had almost no tangible impact outside, perhaps, of the realm of public opinion“.⁶⁹⁾

2. Schadenersatzklagen (*Lliuya v RWE*)

Geschädigte versuchen ihr Glück daher zunehmend in Europa. 2015 klagte der peruanische Landwirt *Lliuya* den deutschen Energieversorger *RWE* vor dem LG Essen: Wegen der durch den menschengemachten Klimawandel voranschreitenden Gletscherschmelze gehe vom immer weiter anschwellenden Palcacocha-See ein erhebliches Flutrisiko für sein Grundstück aus, weshalb *RWE* – immerhin für 0,47% der weltweiten Treibhausgasemissionen verantwortlich – anteilmäßigen Kostenersatz für notwendige Schutzmaßnahmen leisten solle.

Während die Klage in erster Instanz am „komplexe[n], mehrpolige[n] und damit diffuse[n] und gleichzeitig in der Wissenschaft umstritten[en]“ Kausalzusammenhang scheiterte,⁷⁰⁾ ist die zweite Instanz seit fast fünf Jahren mit der Beweisaufnahme beschäftigt.⁷¹⁾ Der für 2021 geplante Lokalausgleich in Peru⁷²⁾ musste pandemiebedingt allerdings wieder abgesagt werden.⁷³⁾

Indessen ist die Sorge des Erstgerichts, „eine auch nur annähernd lineare Verursachungskette von einer bestimmten Emissionsquelle zu einem bestimmten Schaden“ lasse sich „nicht mehr ausmachen“⁷⁴⁾ wohl berechtigt. Denn auch ohne auf die Feinheiten nationaler Haftungsrechte einzugehen, ist klar: Grundvoraussetzung für einen Ersatzanspruch ist, dass sich der Schaden auf das schädigende Verhalten zurückführen lässt.⁷⁵⁾

Dabei reicht es nicht, dass der Klimawandel ganz pauschal für irgendwelche Schäden verantwortlich ist – man könnte das als „general causation“⁷⁶⁾ bezeichnen.

Gehaftet wird vielmehr nur dann, wenn eine konkrete Aktivität⁷⁷⁾ einen konkreten Schaden verursacht hat („specific causation“).^{78), 79)} Was der Kontinentaleuropäer mit der *Conditio-sine-qua-non*-Formel prüft,⁸⁰⁾ ist im Common Law der *But-for-Test*: „The basic idea is very simple, and is said to be a matter of common sense [...]. [...] Did it make any difference to the outcome that [the tortfeasor] misconducted himself in the way he did?“⁸¹⁾

Doch wie soll dem – allgemeinen Grundsätzen entsprechend⁸²⁾ – beweispflichtigen Geschädigten der Nachweis des Kausalzusammenhangs bei einer so verworrenen Gemengelage gelingen? Ob man – wie in Deutschland⁸³⁾ – fordert, dass die RichterIn diesen mit an Sicherheit grenzender Wahrscheinlichkeit annimmt (Wahrheitsüberzeugungstheorie), sich – wie in Österreich⁸⁴⁾ – mit hoher Wahrscheinlichkeit begnügt (Wahrscheinlichkeitsüberzeugungstheorie), oder gar – wie im Common Law – bloß überwiegende Wahrscheinlichkeit (*preponderance of evidence/balance of probabilities*) ausreichen lässt,⁸⁵⁾ ist dabei ebenso wenig entscheidend wie der Umstand, dass man Klägern gerade beim Kausalitätsnachweis etwas entgegenkommt.⁸⁶⁾ Er wird so und so nur schwer zu erbringen sein:⁸⁷⁾ Nur 0,47% der globalen Treibhausgasemissionen gehen auf das Konto von *RWE*, der Beitrag von CO₂ zum Klimawandel liegt nur zwischen neun und 26%.⁸⁸⁾ Wer kann vor diesem Hintergrund schon sagen, wohin der Wind die CO₂-Moleküle aus dem *RWE*-Kraftwerk getragen hat und ob gerade sie es sind, die den Palcacocha-See zum Überlaufen bringen?⁸⁹⁾

Die allermeisten privatrechtlichen Klimakläger werden sich bei ihren Schadenersatzforderungen früher

67) *Native Village of Kivalina et al v ExxonMobil et al*, No.4:08-cv-01138-SBA (2012).

68) *Comer v Murphy Oil USA*, 585 F.3d 855 (5th Cir. 2009).

69) *Gerrard in Carlane/Gray/Tarasofsky* 607 (625); ähnlich *Farber in Kahl/Weller*, *Climate Change Litigation* 237 (Rz 58); *Schnedl*, Die Rolle der Gerichte im Klimaschutz, in *Kirchengast/Schulev-Steindl/Schnedl* (Hrsg.), *Klimaschutzrecht zwischen Wunsch und Wirklichkeit* (2018) 128 (159).

70) LG Essen 15. 12. 2016, 2 O 285/15; zur internationalen Zuständigkeit (Art 4 Brüssel Ia) und Anwendbarkeit deutschen Rechts (Art 7 Rom II) *Burtscher/Spitzer*, *Klimahaftungsklagen aus Sicht von IZPR und IPR*, *Zak* 2017, 287 (287, 289); *Spitzer/Burtscher*, *JETL* 2017, 137 (150, 155).

71) Vgl den Beweisbeschluss des OLG Hamm 30. 11. 2017, 5 U 15/17; Bemühungen von *RWE*, die Beweisaufnahme doch noch zu verhindern, waren bislang erfolglos (OLG Hamm 1. 2. 2018, 5 U 15/17).

72) *Verheyen*, *Klagen für Klimaschutz*, *ZRP* 2021, 133 (134).

73) *Gharbian/Pieper/Weichbrodt*, *Climate Change Litigation – aktuelle Entwicklungen*, *BB* 2021, 2819 (2822).

74) LG Essen 15. 12. 2016, 2 O 285/15.

75) *Kozioł*, *Comparative Conclusions*, in *Kozioł* (Hrsg.), *Basic Questions of Tort Law from a Comparative Perspective* (2015) Rz 8/204; *Zimmermann*, *Comparative Report*, in *Winerger/Kozioł/Koch/Zimmermann* (Hrsg.), *Digest of European Tort Law I* (2007) Rz 1/29/1.

76) *Voigt*, *Climate Change and Damages*, in *Carlane/Gray/Tarasofsky* (Hrsg.), *The Oxford Handbook of International Climate Change Law* (2016) 465 (483).

77) Zur Rechtswidrigkeit der Handlung als Voraussetzung noch unten bei FN 104.

78) *Voigt in Carlane/Gray/Tarasofsky*, *Handbook* 465 (483 ff).

79) *Spitzer/Burtscher*, *JETL* 2017, 137 (167); *G. Wagner*, *Klimahaftung vor Gericht* (2020) 49f.

80) Für Deutschland zB *G. Wagner in MüKoBGB*⁹ (2020) § 823 Rz 72; für Österreich *Perner/Spitzer/Kodek*, *Bürgerliches Recht*⁷ (2022) 326.

81) *Weir*, *An Introduction to Tort Law*² (2006) 71f; explizit mit Blick auf Klimaklagen *Wilde*, *Causation and climate change litigation: „bridge too far“?* *ALJ* 2021, 268 (274 ff) und aus völkerrechtlicher Perspektive *Voigt in Carlane/Gray/Tarasofsky*, *Handbook* 465 (483 ff).

82) *Schindl/Spitzer*, *Beweiserleichterungen im Haftpflichtprozess – Überlegungen zu Amtshaftung und Beweisrecht am Beispiel Ischgl*, *ZVR* 2021, 263 (263f, 267f) mwN.

83) *Rosenberg/Schwab/Gottwald*, *Zivilprozessrecht*¹⁸ (2018) § 114 Rz 13; *Prütting* in *MüKoZPO*⁶ (2020) § 286 Rz 41: „sehr hohe Wahrscheinlichkeit“.

84) *Spitzer in Spitzer/Wilfinger*, *Beweisrecht* (2020) Vor §§ 266ff ZPO Rz 12.

85) *Spitzer in Spitzer/Wilfinger*, *Beweisrecht* Vor §§ 266ff ZPO Rz 12.

86) *Prütting* in *MüKoZPO*⁶ § 286 Rz 48; im konkreten Kontext *Koch/Lühns/Verheyen*, *Germany*, in *Lord/Goldberg/Rajamani/Brunnée* (Hrsg.), *Climate Change Liability* (2012) 376 (Rz 15.72) und völkerrechtlich *Voigt in Carlane/Gray/Tarasofsky*, *Handbook* 465 (485); auf zu – teils richterrechtlich entwickelten – Erleichterungen *Schindl/Spitzer*, *ZVR* 2021, 263 (270 ff).

87) *Burtscher/Spitzer*, *ÖJZ* 2017, 945 (950); *Spitzer/Burtscher*, *JETL* 2017, 137 (167); vgl auch *Rosenberg/Schwab/Gottwald* § 114 Rz 15, die generell bezweifeln, dass die verschiedenen Beweismaßstufungen zu praktischen Unterschieden führen.

88) *Burtscher/Spitzer*, *ÖJZ* 2017, 945 (951); *Spitzer/Burtscher*, *JETL* 2017, 137 (138).

89) Ausführlich *G. Wagner*, *Klimahaftung* 48 ff; allg zu den Kausalitätsproblemen bei Klimaklagen *Burtscher/Spitzer*, *ÖJZ* 2017, 945 (949 ff); *Spitzer/Burtscher*, *JETL* 137 (166 ff).

oder später mit diesem nahezu unüberwindlichen Kausalitätsnachweis konfrontiert sehen, der zurecht schon als Achillesferse⁹⁰⁾ ziviler Klimaklagen bezeichnet wurde. Nicht umsonst fordern Proponenten einer EU-Klimahaftungs-Richtlinie de lege ferenda die Normierung einer unwiderleglichen (!) Kausalitätsvermutung.⁹¹⁾ De lege lata sollte sich Herr *Lliuya* indes wohl nicht allzu große Hoffnungen machen.⁹²⁾

3. Unterlassungsklagen (Shell)

Deshalb haben Klimakläger zuletzt andere Wege gesucht, wobei in Sachen Klimaschutz alle Wege nach Den Haag zu führen scheinen. Im Frühjahr 2021 hat das dortige Bezirksgericht in einem Paukenschlag den *Shell*-Konzern zu einer drastischen Reduktion seiner CO₂-Emissionen verpflichtet.⁹³⁾ Für den Klimaschutz scheint dies ohnehin die beste Lösung zu sein: Während finanzieller Ersatz für bereits entstandene Klimaschäden die Klimakrise kaum noch verhindert,⁹⁴⁾ wäre eine Verpflichtung, pro futuro weniger CO₂ zu emittieren, wirkungsvoller.⁹⁵⁾ Der entscheidende Unterschied zu *Urgenda* ist, dass erstmals ein privater Akteur zu Klimaschutz verpflichtet wurde.⁹⁶⁾ Droht *Shell* damit zum Menetekel für andere europäische Unternehmen zu werden?

Zwar ist die Klagebefugnis der in *Shell* auftretenden NGOs ein niederländisches Spezifikum (Art 3:305 a Niederländisches Burgerlijk Wetboek [NBW]). Den Anspruch selbst leitet das Gericht aber aus der deliktischen Generalklausel des Art 6:162 NBW ab, einer Norm, die mit § 823 BGB und § 1295 ABGB vergleichbar ist. Während manche der „fundierten und völlig schlüssigen“ Entscheidung des BG Den Haag daher über die niederländischen Staatsgrenzen hinweg „grundsätzliche Beachtlichkeit“ attestieren,⁹⁷⁾ ist für an-

dere eine Übertragung des „aufseherregende[n] juristische[n] Fehltritt[s]“ gänzlich „undenkbar“.⁹⁸⁾

Nach österr Verständnis geht es in *Shell* um einen Unterlassungsanspruch.⁹⁹⁾ Problematisch ist schon, hier einfach auf das Kausalitätserfordernis zu verzichten. Soll der Unterlassungsanspruch die Beeinträchtigung absolut geschützter Rechte – etwa von Leib, Leben oder Eigentum – verhindern,¹⁰⁰⁾ setzt auch das eine Art Kausalitätsprüfung in Form einer Gefährdungsprognose voraus.¹⁰¹⁾ Womöglich kann man hier zwar großzügiger sein, weil es nicht um die konkrete Zurechnung einzelner Schäden zu einzelnen vergangenen Emissionen, sondern „nur“ um die Verhinderung zukünftiger Beeinträchtigungen geht.¹⁰²⁾ Trotzdem: Will man ein Verhalten verbieten, weil es in fremde Rechte eingreift, muss dieser Eingriff eben konkret drohen,¹⁰³⁾ was bei Klimaschäden angesichts des verworrenen Kausalzusammenhangs zweifelhaft ist.

Selbst wenn man aber von Kausalitätsbedenken absieht, ruft eine Rückbesinnung auf dogmatische Grundlagen in Erinnerung, dass Voraussetzung für Unterlassungsansprüche die Pflichtwidrigkeit des zu unterlassenden Verhaltens ist.¹⁰⁴⁾ Manche stellen dabei bei drohenden Eingriffen in absolut geschützte Rechtsgüter nicht auf die schadenersatzrechtliche Rechtswidrigkeit ab, sondern lassen mit *Koziol* grundsätzlich die „*Tatbestandsmäßigkeit der Bedrohung*“ genügen.¹⁰⁵⁾ Sie fordern also kein Verhaltensunrecht, sondern gewähren schon wegen drohenden Erfolgsunrechts Unterlassungsansprüche,¹⁰⁶⁾ was für den vorliegenden Fall relevant sein könnte.

Diese Reduktion der Anforderungen für den Unterlassungs- im Vergleich zum Schadenersatzanspruch geht freilich auf eine Interessenabwägung zurück. Unterlassungspflichten seien typischerweise weniger ein-

90) *Epstein/Deckert* in *Kahl/Weller*, Climate Change Litigation 336 (Rz 37): „Achilles’ heel“; zuversichtlich hingegen *Schirmer*, Klimahaftung und Kausalität – und es geht doch! JZ 2021, 1099; vgl auch *Stuart-Smith et al*, Filling the evidentiary gap in climate litigation, Nature Climate Change 2021, 651.

91) *E. Wagner*, RdU 2021, 154 (159); *de lege ferenda* eine Proportionalhaftung ohne konkreten Kausalitätsnachweis diskutierend *Hellgardt/Jouannaud*, Nachhaltigkeitsziele und Privatrecht, AcP 2022, 163 (193). Der Entwurf der „Lieferketten-RL“ (COM(2022) 71 final, der auch auf die Eindämmung des Klimawandels abzielt (Art 15), dürfte hier keine Abhilfe schaffen; zum Entwurf *Heil*, Menschenrechte in Lieferketten: Trend zur Verrechtlichung, wbl 2022 (in Druck).

92) *Hellgardt/Jouannaud*, AcP 2022, 163 (191 f); *Perner/Spitzer*, ÖJZ 2021, 591 (591); *G. Wagner*, Klimahaftung 93ff; vgl auch *Hinterregger*, Klimaschutz mit den Mitteln des Privatrechts? Der Beitrag des Haftungsrechts, in *Kirchengast/Schulev-Steindl/Schnedl* (Hrsg), Klimaschutzrecht zwischen Wunsch und Wirklichkeit (2018) 197 (213), die zugesteht, es sei „*letztlich eine rechtspolitische Frage*“, wie weit man dem Geschädigten mit dem Kausalitätsnachweis entgegenkommen will.

93) BG Den Haag 26. 5. 2021, C/09/571932 / HA ZA 19–379; dazu die Anm von *E. Wagner*, NR 2021, 347.

94) *G. Wagner*, NJW 2021, 2256 (2262).

95) *Spier*, Injunctive Relief: Opportunities and Challenges: Thoughts About a Potentially Promising Legal Vehicle to Stem the Tide, in *Spier/Magnus* (Hrsg), Climate Change Remedies (2014) 1 (4f).

96) So auch *Van der Veen/De Graaf* in *Kahl/Weller*, Climate Change Litigation 363 (Rz 41).

97) *E. Wagner*, RdU 2021, 154 (161); für Deutschland in Ansätzen *Gailhofer/Verheyen*, Klimaschutzbezogene Sorgfaltspflichten: Perspektiven der gesetzlichen Regelung in einem Lieferkettengesetz, ZUR 2021, 402 (402); *Verheyen/Franke*, Deliktsrechtlich begründete CO₂-Reduktionspflichten von Privatunternehmen, ZUR 2021, 624 (630f).

98) *Piska*, Das *Shell*-Urteil – Rechtsprechung am Limit, *ecolx* 2021, 805 (805, 807); eine „ähnlich kühne Entscheidung“ eines österr Gerichts für unwahrscheinlich haltend auch *Perner/Spitzer*, Klimaschutz durch ein kühnes Gericht? Die Presse vom 31. 5. 2021.

99) *Perner/Spitzer*, ÖJZ 2021, 591 (591); zum Problem schon *Burtscher/Spitzer*, ÖJZ 2017, 945 (952); *Spitzer/Burtscher*, JETL 2017, 137 (174f).

100) Zu Unterlassungsansprüchen als Folge der Verletzung absoluter Rechte *F. Hofmann*, Der Unterlassungsanspruch als Rechtsbehelf (2017) 278ff.

101) *Pöttker*, Klimahaftungsrecht (2014) 74, 93; *E. Wagner*, Klimaschutz mit den Mitteln des Privatrechts? Präventive privatrechtliche Instrumente: Klimaschutzklagen, in *Kirchengast/Schulev-Steindl/Schnedl* (Hrsg), Klimaschutzrecht zwischen Wunsch und Wirklichkeit (2018) 217 (227).

102) So *Spier* in *Spier/Magnus* 13; wohl auch *E. Wagner* in *Kirchengast/Schulev-Steindl/Schnedl* 217 (227).

103) Anderes würde nur gelten, wenn ein Verhalten nach der Rechtsordnung schon von seiner selbst willen verpönt wäre; zu derartigen Unterlassungsansprüchen *F. Hofmann*, Unterlassungsanspruch 286ff.

104) *Perner/Spitzer*, ÖJZ 2021, 591 (591); *Perner/Spitzer/Kodek*, Bürgerliches Recht⁷ 314; *F. Hofmann*, Unterlassungsanspruch 282, 288; *G. Wagner*, Klimahaftung 79ff; freilich gesteht auch das BG Den Haag zu, dass *Shell* derzeit (noch) nicht rechtswidrig handelt (Rz 4.5.8.).

105) *Koziol*, Gedanken zum privatrechtlichen System eines Rechtsgüterschutzes, in FS Canaris I (2007) 631 (639); *ders*, Grundfragen des Schadenersatzrechts (2010) Rz 2/7 jeweils mwN; s auch *dens*, Österreichisches Haftpflichtrecht I⁴ (2020) Rz C/1/15 mit FN 41; weiters *E. Wagner*, Gesetzliche Unterlassungsansprüche im Zivilrecht (2006) 210ff; zur Diskussion im vorliegenden Kontext *Pöttker*, Klimahaftungsrecht 98ff und *G. Wagner*, Klimahaftung 79ff.

106) *Reischauer* in *Rummel* (Hrsg), ABGB II/2 a³ (2007) § 1294 Rz 29; *Rummel* in *Rummel/Lukas* (Hrsg), ABGB⁴ (2014) § 859 Rz 9.

griffsintensiv,¹⁰⁷⁾ weil dem Verpflichteten unmittelbar vor Augen geführt wird, welche konkrete Gefährdung er gegenüber welchem individualisierten Gefährdeten zu unterlassen habe.¹⁰⁸⁾ Ob diese Prämisse im Kontext von Klimaklagen zutrifft, ist freilich höchst zweifelhaft. *Shell* wird immerhin zur – zumindest partiellen – Einstellung seines legalen Geschäftsbetriebs verpflichtet!¹⁰⁹⁾

Was bleibt, ist jedenfalls die Erkenntnis, dass sich absolute Aussagen nicht treffen lassen, im Ergebnis bedarf es immer einer Berücksichtigung der beteiligten Interessen.¹¹⁰⁾ Das BG Den Haag kommt dieser Anforderung nur *prima vista* nach: Es kreiert aus 14 frei gewählten¹¹¹⁾ und frei gegeneinander abgewogenen Faktoren einen „*unwritten standard of care*“,¹¹²⁾ den *Shell* verletzt haben soll. Was bei nicht einmal völkerrechtlich verbindlichem *soft law* wie den Sustainable Development Goals und den UN Guiding Principles on Business and Human Rights beginnt,¹¹³⁾ führt über die Menschenrechte der EMRK und des UN-Pakts über bürgerliche und politische Rechte¹¹⁴⁾ bis zu einer allgemeinen „*responsibility of states and society*“¹¹⁵⁾ und soll im Ergebnis bewirken, dass *Shell* seine CO₂-Emissionen um 45% reduzieren muss.¹¹⁶⁾ Das betrifft die eigenen Emissionen, aber auch jene der Zulieferer und sogar der Endabnehmer, denn „*the end-users of the products produced and traded by the Shell group are at the end of [its] value chain*“,¹¹⁷⁾

Wer 14 willkürlich ausgewählte Faktoren gegeneinander abwägt, kann freilich „*alles und nichts begründen*“¹¹⁸⁾ und kaschiert damit womöglich nur „*freie Entscheidungsfindung*“,¹¹⁹⁾ Das BG Den Haag rekurriert auf die Grundsätze der völkerrechtlichen Staatenverantwortlichkeit,¹²⁰⁾ geht aber großzügig darüber hinweg, dass *Shell* kein Staat ist, und lässt mit dem lapidaren Satz, dass „*[b]usiness enterprises should respect human rights*“,¹²¹⁾ so schwierige Fragen wie die mittelbare

Drittwirkung der Grundrechte¹²²⁾ gänzlich unter den Tisch fallen.¹²³⁾ Dafür wird das Einstampfen eines Geschäftsmodells kurzerhand damit gerechtfertigt, dass „*every contribution towards a reduction of CO₂ emissions may be of importance*“. ¹²⁴⁾ Im Anschluss an die „*Learned Hand*“-Formel¹²⁵⁾ wägt das BG Den Haag die Risiken der CO₂-Emission und den potentiellen Vermeidungsaufwand ab,¹²⁶⁾ wobei die Antwort auf die Suggestivfrage nicht überraschend ausfällt: Einerseits birgt der globale Klimawandel ein großes Gefährdungspotential; andererseits wäre die Lösung recht simpel – man müsse doch einfach nur weniger Öl fördern.¹²⁷⁾

Aus gesamtgesellschaftlicher Perspektive kann man dem wenig entgegenhalten. Konzertierte, globale Anstrengungen zur Eindämmung der Klimakrise wären zweifellos wünschenswert, und natürlich wäre es dabei sinnvoll, weniger fossile Brennstoffe zu fördern. Freilich wäre es auch sinnvoll, weniger zu fliegen; dennoch ist noch niemand auf die Idee gekommen, Unterlassungsklagen gegen Ibizaurlauber zu erheben. Der Vorwurf der Pflichtwidrigkeit darf eben nicht auf aggregierter Ebene, sondern nur mit Blick auf individuell-konkrete Situationen erhoben werden: Was kann die Rechtsordnung vom Einzelnen in spezifischen Situationen erwarten?¹²⁸⁾

Dabei springt ins Auge, dass Unternehmen in der EU nach der Emissionshandelsrichtlinie im Rahmen der von ihnen gehaltenen Emissionszertifikate öffentlich-rechtlich sogar berechtigt sind, CO₂ auszustößen.¹²⁹⁾ Eine solche öffentlich-rechtliche Genehmigung führt zwar nicht zwingend zur privatrechtlichen Zulässigkeit ihres Handelns, sie ist aber immerhin ein starkes Indiz dafür.¹³⁰⁾ Die staatliche Allokation von CO₂-Zertifikaten schafft eine berechtigte Erwartungshaltung, diese nutzen zu dürfen. Treffend spricht *J. H. Dales*, einer der Ideengeber für den Emissionszertifikatshandel, von „*pollution rights*“,¹³¹⁾ es wäre reichlich seltsam, wenn die privatrechtliche Hand dem Emittenten einfach wieder nehmen könnte, was ihm die öffentlich-rechtliche Hand zuvor gegeben hat. →

107) *Koziol* in FS Canaris I 631 (635, 639ff); *ders.*, Grundfragen Rz 2/7 mwN; *Spier* in *Spier/Magnus* 5f; vgl auch *G. Wagner* in MüKoBGB⁸ § 823 Rz 18 („*bloßes Nichtstun*“), der im Ergebnis sehr wohl zu einer Haftung nur für „*drohendes Verhaltensunrecht*“ gelangt.

108) *Koziol*, Grundfragen Rz 2/7; *ders.* in FS Canaris I 631 (639); vgl auch *G. Wagner* in MüKoBGB⁸ § 823 Rz 16.

109) Die Vermeidungskosten des potentiell Verpflichteten beim Pflichtwidrigkeitsurteil zu berücksichtigen, fordern etwa *G. Wagner* in MüKoBGB⁸ § 823 Rz 18 und *Wilhelmi*, Risikoschutz durch Privatrecht (2009) 165, 252ff.

110) *G. Wagner* in MüKoBGB⁸ § 823 Rz 15ff; ausf *Wilhelmi*, Risikoschutz 141ff, insb 164f, und 230ff; im Ergebnis wohl auch *Koziol*, Grundfragen Rz 2/7, 2/9; *ders.* in FS Canaris I 631 (639, 643). Bedenken gegen einen Unterlassungsanspruch im vorliegenden Kontext äußern daher schon *Burtscher/Spitzer*, ÖJZ 2017, 945 (952); *Spitzer/Burtscher*, JETL 2017, 137 (174f).

111) BG Den Haag, 26. 5. 2021, C/09/571932 / HA ZA 19–379 Rz 4.4.2.: „*In its interpretation of the unwritten standard of care, the court has included: [...]*“.

112) Rz 4.1.3.

113) Rz 4.4.11. ff, 4.4.41. f.

114) Rz 4.4.9. f.

115) Rz 4.4.51. f.

116) Rz 5.3.

117) Rz 4.4.18.

118) *Perner/Spitzer*, ÖJZ 2021, 591 (592); *dies.*, Die Presse vom 31. 5. 2021; zust *Piska*, *ecolex* 2021, 805 (806).

119) *Perner/Spitzer*, Die Presse vom 31. 5. 2021; ähnlich *Wegener*, NJW 2022, 425 (430).

120) Rz 4.4.51. f.

121) Rz 4.4.15.

122) Dazu *Berka/Binder/Kneihls*, Grundrechte² 145ff; *Schulev-Steindl*, Drittwirkung und Fiskalgeltung, in *Merten/Papier/Kucsko-Stadtmayer* (Hrsg), Handbuch der Grundrechte VII/1: Grundrechte in Österreich² (2014) 187 (Rz 7 ff).

123) Krit auch *Wegener*, NJW 2022, 425 (430).

124) Rz 4.3.5.

125) *Spitzer/Burtscher*, JETL 2017, 137 (160).

126) Rz 4.4.6. ff: „*consequences*“; Rz 4.4.53.: „*onerousness*“; Rz 4.4.54.: „*proportionality*“.

127) Rz 4.4.4.

128) *Burtscher/Spitzer*, ÖJZ 2017, 945 (947ff); *Perner/Spitzer/Kodek*, Bürgerliches Recht⁷ 332, 344; *Spitzer/Burtscher*, JETL 2017, 137 (158ff).

129) RL 2003/87/EG idF RL (EU) 2018/410; ausführlich im hiesigen Kontext *Burtscher/Spitzer*, ÖJZ 2017, 945 (949); *Spitzer/Burtscher*, JETL 2017, 137 (164f).

130) *Burtscher/Spitzer*, ÖJZ 2017, 945 (948f); *Spitzer/Burtscher*, JETL 2017, 137 (162ff); aA wohl *E. Wagner*, Weltklimavertrag und neue Dynamik im Klimaschutzrecht: Klimaklagen, in *Pabel* (Hrsg), 50 Jahre JKU (2018) 11 (31); zum Problem im vorliegenden Kontext *Hinteregger* in *Kirchengast/Schulev-Steindl/Schnedl* 197 (214f); *Pöttker*, Klimahaftungsrecht 118ff; weiters *Wilhelmi*, Risikoschutz 275 und grundlegend *G. Wagner*, Öffentlich-rechtliche Genehmigung und zivilrechtliche Rechtswidrigkeit (1989).

131) *J. H. Dales*, Pollution, property & prices (1968) 77 ff.

Das BG Den Haag gibt *Shell* freilich mit auf den Weg, man habe das Europäische Emissionshandelssystem („emissions trading system“, ETS) ohnehin ausreichend berücksichtigt.¹³²⁾ Dennoch: „*The most recent emissions reduction targets in the ETS system are still not sufficient to achieve the goals agreed under the Paris Agreement*“ und *Shell* „cannot rely on the indemnifying effect of the ETS system insofar as this system entails a less far-reaching reduction target“ als die vom Gericht individuell für *Shell* entworfene Verpflichtung zur CO₂-Reduktion.¹³³⁾ Am Ende kommt dabei – die exkulpierende Wirkung der gehaltenen Zertifikate angeblich schon einkalkuliert – eine Reduktionsverpflichtung von genau 45% heraus, womit das BG Den Haag gleich die (vermeintlichen) rechtspolitischen Defizite des Emissionshandelssystems bereinigt.

Dabei ist freilich auch die Gefahr von Wettbewerbsverzerrungen zu bedenken,¹³⁴⁾ weil derartige Unterlassungsansprüche notwendig arbiträr gegen einzelne Unternehmen gerichtet sind. Die Marktlücke, die *Shell* hinterlässt, wird die Konkurrenz gerne füllen. Die Produktion klimaschädlicher Produkte lässt sich häufig in Staaten mit weniger „klimasensiblen“ Gerichten verlegen. Das soll keineswegs den Startschuss für ein Klimaschutzrechtliches „race to the bottom“ geben, sondern lenkt den Blick auf ein strukturelles Problem: Der Klimawandel ist eine globale Bedrohung, der nur global entgegengetreten werden kann.¹³⁵⁾ Ob der Verhandlungssaal eines niederländischen Bezirksgerichts dafür eine geeignete Bühne bietet, scheint zweifelhaft;¹³⁶⁾ *Shell* hat jedenfalls nicht nur gegen die erstinstanzliche Entscheidung Berufung erhoben,¹³⁷⁾ sondern inzwischen auch seinen Verwaltungssitz nach Großbritannien verlegt.¹³⁸⁾

D. Fazit

Damit lässt sich ein Fazit ziehen: Klimaklagen sind in Europa angekommen, und sie sind gekommen, um zu bleiben; ihr Zeitalter ist gerade erst angebrochen. Während sie im öffentlichen Recht ihren Ausgang genommen haben, sind Klimaklagen mittlerweile auch zielstrebig „auf dem Weg ins Privatrecht“.¹³⁹⁾ Was mit Blick auf die öffentliche Aufmerksamkeit positiv sein mag, macht freilich aus juristischer Sicht skeptisch; manche Beobachter sehen wegen der skizzierten Zeitenwende sogar den Rechtsstaat in Gefahr.¹⁴⁰⁾

Bei näherem Hinsehen sollte man differenzieren: Jedenfalls im Privatrecht führt „die Idee einer Weltrettung durch Gerichtsbeschlüsse letztlich in die Irre“.¹⁴¹⁾ Der bilaterale Zivilprozess ist nicht das geeignete Forum, um intrikate generationen- und länderübergreifende wirtschafts- und sozialpolitische Verteilungsfragen zu lösen.¹⁴²⁾ Das „globale Risiko in deliktische Sorgfaltspflichten einzelner inländischer Betreiber von Emissionsquellen umzumünzen, erscheint weder möglich noch angemessen“.¹⁴³⁾

Einzelne Unternehmen können nicht für die Untätigkeit der Politik und den Lebensstil einer gesamten Gesellschaft verantwortlich gemacht werden. Zurecht wird von europäischen Richtern ein ähnlicher judicial self-restraint eingefordert wie von ihren amerikanischen Kollegen;¹⁴⁴⁾ die aufsehenerregende *Shell*-Entscheidung des BG Den Haag taugt daher nicht als Vorbild für die Zivilgerichte anderer Länder.

Anders ist die Ausgangslage im öffentlichen Recht, weshalb der Klimabeschluss des BVerfG und die *Shell*-Entscheidung nicht in einen Topf geworfen werden sollten.¹⁴⁵⁾ Anders als private Unternehmen ist der Staat der richtige Akteur, um die mit einer Transformation in eine CO₂-freie Gesellschaft verbundenen Probleme in den Griff zu bekommen; und wo die Politik untätig bleibt, werden die Gerichte in die Bresche springen.¹⁴⁶⁾

Auch hier muss man sich aber bewusst sein, dass damit elementare gesellschaftspolitische Fragen dem demokratischen Prozess entzogen werden. Wenngleich dieser Prozess oft träge und irrational erscheint, gehört der Klimawandel doch primär in die Parlamente und nicht in die Gerichtssäle, will man „Kollateralschäden an der Aufgabenteilung unter den Staatsgewalten“ vermeiden.¹⁴⁷⁾ Unterm Strich ist und bleibt der Klimaschutz eine political question, auf die eine baldige Antwort notwendig ist.

132) Rz 4.4.44. ff.

133) Rz 4.4.45. f.

134) *Ismer*, Klimaschutz als Rechtsproblem (2014) 349ff; *Posner/Weisbach*, Climate Change Justice (2010) 2; *G. Wagner*, NJW 2021, 2256 (2262).

135) So auch *Gross* in *Kahl/Weller*, Climate Change Litigation 81 (Rz 61); *Kahl/Weller*, Liability for Climate Damages – Synthesis and Future Prospects, in *Kahl/Weller* (Hrsg), Climate Change Litigation (2021) 532 (Rz 47).

136) *Perner/Spitzer*, ÖJZ 2021, 591 (592).

137) <https://www.shell.com/media/news-and-media-releases/2021/shell-confirms-decision-to-appeal-court-ruling-in-netherlands-climate-case.html> (Stand 27. 3. 2022).

138) Das Unternehmen begründet das mit Strukturvereinfachungen, <https://www.shell.com/investors/simplified-share-structure.html> (Stand 27. 3. 2022); manche Beobachter sehen aber eine Verbindung zur klimafreundlichen Rsp in den Niederlanden, <https://www.qz.com/2089366/why-shell-is-moving-from-the-netherlands-to-the-uk/> (Stand 27. 3. 2022).

139) *Perner/Spitzer*, ÖJZ 2021, 591 (591).

140) *Wegener*, NJW 2022, 425 (431).

141) *Wegener*, ZUR 2019, 3 (3).

142) *G. Wagner*, Klimahaftung 114; zurückhaltend auch *Kahl/Weller* in *Kahl/Weller* 532 (Rz 55): „primarily a task of international law and public law and there, above all, legislature“.

143) *G. Wagner* in *MüKoBGB* § 823 Rz 1055.

144) *Perner/Spitzer*, ÖJZ 2021, 591 (592); *dies*, Die Presse vom 31. 5. 2021; *G. Wagner*, Klimahaftung 111ff; *ders*, NJW 2021, 2256 (2262f).

145) Siehe auch die Differenzierung bei *Gross* in *Kahl/Weller*, Climate Change Litigation 81 (Rz 54f), der die Frage der Gewaltenteilung bei Klimaklagen freilich generell als das „ultimate problem“ identifiziert (Rz 52).

146) *Franzius*, Prävention durch Verwaltungsrecht: Klimaschutz, in *Walter* (Hrsg), Machtverschiebungen (2022) 383 (423ff); vgl auch *Rodi/Kalis*, KlimR 2022, 5 (10).

147) *G. Wagner*, NJW 2021, 2256 (2263); krit auch *Meßerschmidt*, ÖZW 2021, 109 (109) und *Wegener*, ZUR 2019, 3 (10ff); für einen maßhaltenden Beitrag der Judikative als Impulsgeber *Franzius* in *Walter*, Machtverschiebungen 383 (426ff, 430f).



→ In Kürze

Klimaklagen sind in den europäischen Gerichtssälen angekommen, wo Kläger zuletzt sowohl im öffentlichen als

auch im Privatrecht spektakuläre Erfolge gefeiert haben. Die unterschiedlichen Schauplätze sollten aber nicht über einen Leisten geschlagen werden: So ist es in der Sache

durchaus nachvollziehbar, dass Gerichte den Staat in die Pflicht nehmen. Dagegen scheint es nicht angezeigt, durch deliktische Sorgfaltspflichten inter privatos ein klimaschutzrechtliches „private enforcement“ zu fördern. Unabhängig davon zeigt sich aber in beiden Fällen eine durchaus einschneidende Machtverschiebung von der Legislative hin zur Judikative.

→ Zum Thema

Über die Autoren:

Dr. Bernhard Burtscher und Mag. Dominik Schindl sind Universitätsassistenten am Institut für Zivil- und Zivilverfahrensrecht der WU Wien. Kontaktadresse: Wirtschaftsuniversität Wien, Welthandelsplatz 1, AD, 1020 Wien.
Tel: +43 (0)1 313 36-5667 bzw +43 (0)1 313 36-5662,
E-Mail: bernhard.burtscher@wu.ac.at bzw dominik.schindl@wu.ac.at

