

Klimaklagen: eine Zeitenwende?*

Dr. Bernhard Burtscher, Mag. Dominik Schindl
Institut für Zivil- und Zivilverfahrensrecht
Wirtschaftsuniversität Wien

I. 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

* Der Beitrag beruht auf mehreren Vorträgen, die die Verfasser zum Thema gehalten haben. Er erscheint auch in der ÖJZ.

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://www.scientistwarning.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.

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 *BWM* und *Mercedes-Benz* anhängig.¹²

II. 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

⁵ <http://www.climatecasechart.com/climate-change-litigation/about/> (Stand 27. 3. 2022).

⁶ Ausf dazu unten B.3.

⁷ Siehe C.

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).

A. 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 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

¹⁴ Madner/Schulev-Steindl, Dritte Piste – Klimaschutz als Willkür? ZÖR 2017, 589 (599); krit B. Raschauer, Klimaschutz durch Richterspruch? ecolex 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 Janezic/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 (97 f); 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) 29 f; 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 (28 ff); Storr, Überlegungen zu Abwägungen: Die Erkenntnisse des BVwG und des VfGH zur „dritten Piste“ des Flughafens Wien, ÖZW 2017, 184 (186 ff); 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 (284 ff).

¹⁹ Ohdedar/McNab, Climate change litigation in the United Kingdom, in Kahl/Weller (Hrsg.), Climate Change Litigation (2021) 304 (Rz 52).

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 erteilte 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.

B. 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 Reduk-

²⁰ *R. v Secretary of State for Transport* [2020] EWCA Civ 214.

²¹ *Ohdedar/McNab in Kahl/Weller*, Climate Change Litigation 304 (Rz 51 f).

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-kiefert-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 (664 ff); *Spitzer/Burtscher*, JETL 2017, 137 (147 f); ausf aus niederländischer Perspektive *Van der Veen/De Graf*, Climate Change litigation in the

tion 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 „*allenfalls 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 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

Netherlands – the *Urgenda* case and beyond, in *Kahl/Weller* (Hrsg), *Climate Change Litigation* (2021) 363 (Rz 7 ff).

²⁹ *Spitzer* in FS Danzl 655 (666).

³⁰ Hoge Raad 20. 12. 2019, 19/00135; dazu die Anm von *Binder/Huremagić*, 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 10 f); *Wegener*, *Urgenda – Weltrettung per Gerichtsbeschluss?* ZUR 2019, 3 (3 f).

³¹ *Berka/Binder/Kneihls*, *Die Grundrechte*² (2019) 158 ff, 214 ff; grundlegend *Holoubek*, *Grundrechtliche Gewährleistungspflichten* (1997).

³² *Grabenwarter/Pabel*, *Europäische Menschenrechtskonvention*⁷ (2021) 164 ff; 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 ausf *Epstein/Deckert*, *Climate change litigation in France*, in *Kahl/Weller*, *Climate Change Litigation* (2021) 336.

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 2030³⁹ 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 klimaschädlich angesehene Verhaltensweisen als unzulässig⁴² zurückgewiesen hat.⁴³ Dass die Fälle teilweise im

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 13 ff).

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 ZBl 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,

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

C. 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 festgestellt.

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 dürfe 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

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 (320 f); 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: „Versubjektivierung“ des Art. 20a GG? ZUR 2021, 355 (355).

⁴⁷ dBGBI I 2019 S 2513.

⁴⁸ Rz 143 ff.

⁴⁹ Rz 176.

⁵⁰ Rz 173 ff.

⁵¹ Rz 151 ff, 180 f.

solcher, wozu das Gericht den Ansatz der „*intertemporale[n] Freiheitssicherung*“ entwickelt.⁵² Diese 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 Freiheitssicherung verlange vielmehr ein vorausschauendes Haushalten. Es geht nicht an, dass eine Generation

⁵² Rz 183.

⁵³ Rz 193.

⁵⁴ Rz 253.

⁵⁵ Rz 184 ff; diesem Ansatz zust etwa *Schlacke*, Klimaschutzrecht – Ein Grundrecht auf intertemporale Freiheitssicherung, NVwZ 2021, 912 (914 f); 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); *Faßbender*, 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 (356 f); zum Problem der dogmatischen Einordnung auch *E. Hofmann*, Der Klimaschutzbeschluss des BVerfG – Rezeption, Dogmatik, Kritik, NVwZ 2021, 1587 (1588 ff); *Ruttloff/Freihoff*, Intertemporale Freiheitssicherung oder doch besser „*intertemporale Systemgerechtigkeit*“? – auf Konturensuche, NVwZ 2021, 917.

⁵⁸ Rz 117, 120, 192.

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 unverhältnismäßigen 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 nF⁶⁰).

Evident ist, dass das BVerfG mit seiner Vorgabe weit in die Entscheidungsprärogative 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

III. 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

⁵⁹ Rz 192.

⁶⁰ dBGBl 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 (8 f); gegen eine Übertragbarkeit auf Österreich Schneider, ÖZW 2021, 95 (99) und *de lege lata* wohl auch Fitz/Rathmayer, Heute für Morgen, RdU 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 (706 f).

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

A. 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 Gerichte.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 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 ernüchternd: Zivilklagen in den USA „have had almost no tangible impact outside, perhaps, of the realm of public opinion“.⁶⁹

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 (144 f, 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 (627 ff); *Spitzer* in FS Danzl 655 (662 ff); *Spitzer/Burtscher*, JETL 2017, 137 (145 ff).

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

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 *Carlarne/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).

B. 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 Lokalausweis 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

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, I-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 *Gharibian/Pieper/Weichbrodt*, Climate Change Litigation – aktuelle Entwicklungen, BB 2021, 2819 (2822).

⁷⁴ LG Essen 15. 12. 2016, 2 O 285/15.

⁷⁵ *Koziol*, Comparative Conclusions, in *Koziol* (Hrsg), Basic Questions of Tort Law from a Comparative Perspective (2015) Rz 8/204; *Zimmermann*, Comparative Report, in *Wininger/Koziol/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.

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

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

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

⁸⁰ Für Deutschland zB G. Wagner in *MüKoBGB*⁸ (2020) § 823 Rz 72; für Österreich Perner/Spitzer/Kodek, Bürgerliches Recht⁷ (2022) 326.

⁸¹ Weir, *An Introduction to Tort Law*² (2006) 71 f; 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 (263 f, 267 f) 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 §§ 266 ff ZPO Rz 12.

⁸⁵ Spitzer in *Spitzer/Wilfinger*, Beweisrecht Vor §§ 266 ff 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); ausf 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 Beweismaßabstufungen zu praktischen Unterschieden führen.

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

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 oder später mit diesem nahezu unüberwindlichen Kausalitätsnachweis konfrontiert sehen, der zurecht schon als die „Achillesferse“⁹⁰ von 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

C. 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 ein finanzieller Ersatz für bereits entstandene Klimaschäden die Klimakrise kaum noch verhindert,⁹⁴ wäre eine Verpflichtung, pro futuro weniger CO₂ zu emittieren, wirkungsvoller.⁹⁵ Der

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).

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).

⁹² *Hellgardt/Jouannaud*, AcP 2022, 163 (191 f); *Perner/Spitzer*, ÖJZ 2021, 591 (591); G. Wagner, Klimahaftung 93 ff; vgl auch *Hinteregger*, Klimaschutz mit den Mitteln des Privatrechts? Der Beitrag des Haftungsrechts, in *Kirchengast/Schulev-Steindl/Schmedl* (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 (4 f).

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 3:305a 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 es für andere eine Übertragung des „aufsehererregende[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

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 (630 f).

⁹⁸ *Piska*, Das *Shell*-Urteil – Rechtsprechung am Limit, *ecolex* 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 (174 f).

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

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).

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 eingriffsintensiv,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

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

¹⁰⁴ *Perner/Spitzer*, ÖJZ 2021, 591 (591); *Perner/Spitzer/Kodek*, Bürgerliches Recht⁷ 314; *F. Hofmann*, Unterlassungsanspruch 282, 288; *G. Wagner*, Klimahaftung 79 ff; 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) 210 ff; zur Diskussion im vorliegenden Kontext *Pöttker*, Klimahaftungsrecht 98 ff und *G. Wagner*, Klimahaftung 79 ff.

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

¹⁰⁷ *Koziol* in FS Canaris I 631 (635, 639 ff); *ders*, Grundfragen Rz 2/7 mwN; *Spier* in *Spier/Magnus* 5 f; 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, 252 ff.

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 kreierte 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 „*[b]usiness enterprises should respect human rights*“¹²¹ so schwierige Fragen wie die mittelbare Dritt-

¹¹⁰ G. Wagner in MüKoBGB⁸ § 823 Rz 15 ff; ausf *Wilhelmi*, Risikoschutz 141 ff, insb 164 f, und 230 ff; 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 (174 f).

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.

wirkung 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 auszustoßen.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 Erwartungshal-

¹²² Dazu *Berka/Binder/Kneihls*, Grundrechte² 145 ff; *Schulev-Steindl*, Drittwirkung und Fiskalgeltung, in *Merten/Papier/Kucsko-Stadlmayer* (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 (947 ff); *Perner/Spitzer/Kodek*, Bürgerliches Recht⁷ 332; 344; *Spitzer/Burtscher*, JETL 2017, 137 (158 ff).

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 (164 f).

¹³⁰ *Burtscher/Spitzer*, ÖJZ 2017, 945 (948 f); *Spitzer/Burtscher*, JETL 2017, 137 (162 ff); 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 (214 f); *Pöttker*, Klimahaftungsrecht

tung, 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.

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 exkulpernde 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 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 erst-

118 ff; 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.

¹³² Rz 4.4.44. ff.

¹³³ Rz 4.4.45. f.

¹³⁴ *Ismer*, Klimaschutz als Rechtsproblem (2014) 349 ff; *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).

instanzliche Entscheidung Berufung erhoben,¹³⁷ sondern inzwischen auch seinen Verwaltungssitz nach Großbritannien verlegt.¹³⁸

IV. 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 schnurstracks „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-*

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 Rechtsprechung 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 MüKoBGB⁸ § 823 Rz 1055.

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

Entscheidung des BG Den Haag taugt daher nicht als Vorbild für die Zivilgerichte anderer Länder.

Anders ist die Ausgangslage im Öffentlichen Recht, weshalb der Klimabschluss 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. Wenn gleich 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.

¹⁴⁵ Siehe auch die Differenzierung bei Gross in Kahl/Weller, Climate Change Litigation 81 (Rz 54 f), 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 (423 ff); 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 (10 ff); für einen maßhaltenden Beitrag der Judikative als Impulsgeber Franzius in Walter, Machtverschiebungen 383 (426 ff, 430 f)