

[95] Die Corona-Pandemie stellt für den Auftraggeber ein unvorhersehbares Ereignis dar. Bei den Mindestfristen nach § 14 VI Nr. 3 VgV können auch die Frist für die Vorabinformation und Puffer für Bieterfragen und die Auswertung der Angebote einbezogen werden. Bei den äußerst dringlichen, zwingenden Gründen können auch eine unvorhersehbare Einschränkung der Leistungsfähigkeit der Vergabestelle berücksichtigt werden.¹⁰²

[96] Der Auftraggeber kann Aufträge im Verhandlungsverfahren ohne Teilnahmewettbewerb vergeben, wenn äußerst dringliche, zwingende Gründe im Zusammenhang mit unvorhersehbaren Ereignissen es nicht zulassen, die für vorrangige Verfahrensarten vorgeschriebenen Mindestfristen einzuhalten. Die Corona-Krise ist ein solches Ereignis. Die durch das SARS-CoV-2-Virus ausgelöste Dringlichkeit der Schutzmaskenbeschaffung beschränkte sich nicht nur auf den Abschluss der reinen Kaufverträge, sondern auch auf die Aufgabe der konkreten Abwicklung dieser Verträge.¹⁰³

[97] Ein Vergabeverfahren kann aufgehoben werden, wenn sich die Grundlagen der Ausschreibung in einer für den Auftraggeber bei Einleitung des Verfahrens nicht vorhersehbaren Weise wesentlich verändert haben. Die Corona-Pandemie und der damit seit März 2020 verbundene Lockdown können eine solche nicht vorhersehbare wesentliche Änderung der Rahmenbedingungen des Vergabeverfahrens sein.¹⁰⁴ Dies steht jedoch unter der Voraussetzung, dass sich Änderungen am Beschaffungsbedarf ergeben (hier verneint).¹⁰⁵

VIII. Ausblick

[98] Es wird abzuwarten sein, ob sich die Rechtsprechung im Rahmen der Corona-Pandemie auch in der kommenden Berichtsperiode weiter bestätigt. Die von der Regierung aufgestellten Leitlinien hielten bisher einer gerichtlichen Überprüfung im Kern stand. Dennoch erteilt die Rechtsprechung einem faktischen Freifahrtschein durch Direktvergaben (richtigerweise) eine Abfuhr, indem sie betont, dass stets kritisch zu hinterfragen ist, welcher Wettbewerb in welchem Umfang möglich erscheint. Das ist stets eine Einzelfallentscheidung.

[99] Abschließend sei, insbesondere unter Verweis auf das auch im Vergaberecht zukünftig relevante „Lieferkettengesetz“, noch auf ein aktuell beim *OLG Düsseldorf* (Verg 54/20) anhängiges Verfahren hingewiesen. Das BKartA hatte kürzlich entschieden, das Zuschlagskriterium „geschlossene EU-Lieferkette“ verstoße gegen § 127 IV, III GWB sowie den allgemeinen Gleichbehandlungsgrundsatz des § 97 II GWB.¹⁰⁶ Abzuwarten bleibt, ob das *OLG Düsseldorf* dies bestätigen wird. ■

102 BKartA MMR 2020, 840 u. hierzu *Schätzlein* VPR 2020, 229.

103 BKartA Beschl. v. 28.8.2020 – VK 2-57/20, BeckRS 2020, 24269 u. hierzu *Trautner* IBR 2020, 658.

104 BKartA Beschl. v. 6.5.2020 – VK 1-32/20, BeckRS 2020, 19525 u. hierzu *Otting* IBR 2020, 417.

105 BKartA ZfBR 2021, 204.

106 BKartA Beschl. v. 1.12.2020 – VK 1-90/20, BeckRS 2020, 37931.

FORUM

Prof. Dr. Gerhard Wagner*

Klimaschutz durch Gerichte

Zuletzt haben mehrere spektakuläre Entscheidungen zum Klimaschutz für große öffentliche Aufmerksamkeit gesorgt, darunter hierzulande der Beschluss des BVerfG zur teilweisen Verfassungswidrigkeit des Klimaschutzgesetzes. In den Niederlanden hat jetzt ein Gericht in erster Instanz ein Unternehmen verpflichtet, CO₂-Emissionen zu reduzieren. Eine genauere Betrachtung zeigt indes: Im demokratischen Rechtsstaat sind die Gerichte nicht die richtigen Instanzen, um über Zeitpunkt und Umfang der Begrenzung von Treibhausgasemissionen zur Vermeidung globaler Klimaschäden zu entscheiden. Vielmehr sind die dabei erforderlichen diffizilen Allokations- und Abwägungsentscheidungen auf der politischen Ebene zu treffen und zu verantworten – auch wenn dies bisher nicht zufriedenstellend gelungen ist.

I. Klimaklagen gegen Staaten und Unternehmen

[1] Vor zwei Jahren hat ein Kenner des deutschen Verfassungs- und Umweltrechts die Einschätzung geäußert, es sei „verfassungsrechtlich nur schwer vorstellbar, dass ein deutscher Verfassungs- oder Verwaltungsrechtsstreit vergleichbar wie im Urgenda-Fall ausgeht“¹. Auf Klage der Umweltschutzorganisation Urgenda hatten niederländische Instanzgerichte den eigenen Staat dazu verpflichtet, die CO₂-Emissionen stärker zu reduzieren als vorgesehen, nämlich gegenüber 1990 nicht bloß um 20 %, sondern um 25 % bis 2020.² Diese

ker zu reduzieren als vorgesehen, nämlich gegenüber 1990 nicht bloß um 20 %, sondern um 25 % bis 2020.² Diese

* Der Autor ist Inhaber eines Lehrstuhls für Bürgerliches Recht, Wirtschaftsrecht und Ökonomik an der Humboldt-Universität zu Berlin.

1 *Gärditz* ZfU 2019, 369 (383).

2 *Gerechthof Den Haag* 9.10.2018 – 200178145/01, ECLI:NL:GHDHA:2018:2610; im Internet abrufbar unter <https://uitspraken.rechtspraak.nl/inziendocument?id=ECLI:NL:GHDHA:2018:2610>; krit. dazu *Wegener* ZUR 2019, 3.

Rechtsprechung fand – und dies war die erste Überraschung – die Billigung des *Obersten Gerichtshofs der Niederlande*, des *Hoge Raad*, der eine entsprechende Verpflichtung auf der Grundlage von Art. 2, 8 EMRK bejahte.³ Das Argument, die Bekämpfung des Klimawandels sei eine Aufgabe der Politik, nicht der Gerichte, ließ der *Hoge Raad* nicht gelten.⁴

[2] Mit seinem Klimabeschluss vom 24.3.2021⁵ ist das *BVerfG* dem *Hoge Raad* gefolgt und sogar noch über ihn hinausgegangen. Während der *Oberste Gerichtshof der Niederlande* die Schutzdimension der Grundrechte bemühte,⁶ mobilisierte das *BVerfG* ihre Abwehrdimension, indem es eine „eingriffsähnliche Vorwirkung“ konstruierte.⁷ Ob die vom *BVerfG* im Klimaschutzbeschluss entwickelte Figur eines „Grundrechts auf zukünftige Freiheit“, das gegenwärtige Eingriffe in die Freiheit anderer erlaubt und sogar erfordert, verfassungsrechtlich tragfähig ist, soll hier dahinstehen.⁸ Es ist das Privileg der obersten Gerichtshöfe, das Recht so fortzubilden, wie sie es wollen. Die auszulegenden Rechtstexte sind zu vage und das methodische Instrumentarium zu formbar, als dass ein bestimmtes Interpretationsergebnis als juristisch fehlerhaft entlarvt werden könnte. Für die Verfassungsauslegung im Allgemeinen und die Anwendung der Grundrechte gilt dies erst recht. Das Grundgesetz verlangt genau das, was das *BVerfG* aus ihm herausholt.

[3] Von den Klagen gegen Staaten, wie sie dem *Hoge Raad* und jüngst dem *BVerfG* vorlagen, sind klimaschutzmotivierter Klagen gegen Unternehmen zu unterscheiden.

[4] In Deutschland ist RWE von einem peruanischen Bürger verklagt worden, der sein Eigentum dadurch gefährdet sieht, dass der Pegel eines Gletschersedes im Hochgebirge der Anden ansteigt und das akkumulierte Wasser zu Tal zu stürzen droht. Das *LG Essen* hat die Klage in erster Instanz abgewiesen, im Berufungsrechtszug hat das *OLG Hamm* das Begehren für schlüssig gehalten und ist in die Beweisaufnahme eingetreten.⁹ Einen Schritt weiter ist die *Rechtbank Den Haag* als erste Instanz in einem von Nichtregierungsorganisationen angestregten Rechtsstreit gegen das Unternehmen Royal Dutch Shell PLC gegangen. In einem aufsehenerregenden Urteil ist die Beklagte verurteilt worden, die von ihr selbst und ihren Kunden (!) verursachten Treibhausgasemissionen bis 2030 um 45 % zu senken.¹⁰ Das Gericht stützte sich dabei auf die allgemeine deliktsrechtliche Sorgfaltspflicht gem. Art. 6:162 Burgerlijk Wetboek,¹¹ ergänzt durch die Garantien der Art. 2, 8 EMRK.¹²

[5] Die Brisanz dieses Urteils wird daran deutlich, dass die niederländische Schwesternorm zu § 823 BGB herangezogen worden ist, um eine Reduktionspflicht im privatrechtlichen Horizontalverhältnis zu begründen.

[6] Was ist falsch daran, wenn die Gerichte auf ihre Weise einen Beitrag zur Lösung eines Menschheitsproblems leisten wollen? – Die Antwort muss bei der Struktur des Problems ansetzen.

II. Problemdefinition: Die Tragödie der Allmende

1. Das Weltklima als Allmende

[7] Der Klimawandel ist ein Anwendungsfall der Tragödie der Allmende.¹³ Das Klima ist ein unteilbares, globales öffentliches Gut. Die für die Klassifizierung als öffentliches Gut maßgeblichen Nichtrivalitäts- und die Nichtausschließlichkeitsbedingungen sind erfüllt, denn die Atmosphäre kann von vielen gleichzeitig als CO₂-Senke genutzt werden, und niemand kann von der Nutzung für diesen Zweck aus-

geschlossen werden. Da die globalen Kosten der Nutzung der Atmosphäre für CO₂-Emissionen in der Rechnung der einzelnen Emittenten nicht aufscheinen, erfolgt die Nutzung in einem exzessiven Umfang, der schließlich zur völligen Destabilisierung des Klimas führen kann.

[8] Der Allmende-Charakter des Weltklimas bedeutet selbstverständlich nicht, dass die Menschheit bzw. die sie repräsentierenden Staaten die Hände resignierend in den Schoß legen sollten. Wohl aber hat die Struktur des Problems wichtige Konsequenzen für die Wahl der zum Schutz des Klimas sinnvollerweise einzusetzenden Instrumente.

2. Anreizprobleme in Allmendesituationen

[9] Es zählt zu den unbestrittenen Einsichten der Umweltökonomie, dass der Schutz der Allmende durch die freiwillige Zurückhaltung Einzelner nicht erreicht werden kann (Tragedy of the Commons). Das Nutzungsverhalten des Einzelnen hat keinen nennenswerten Einfluss auf das öffentliche Gut, und die Zurückhaltung des einen wird prompt durch vermehrte Nutzung anderer ausgeglichen.

[10] Verzichtet beispielsweise ein Hochseefischer darauf, einen Schwarm Thunfische zu fangen, um den Bestand langfristig zu sichern, muss er damit rechnen, dass ein anderer Hochseefischer die sich ihm bietende Chance nutzen und den Fang einbringen wird. Der Bauer, der sein Vieh zum Grasen nicht auf die Gemeindewiese treibt, sondern anderweitig versorgt, hat nichts davon, wenn die übrigen Landwirte die Gemeindewiese in erhöhtem Umfang weitenutzen und damit zerstören. Der einzelne Fischer oder Bauer befindet sich in einem Gefangenendilemma,¹⁴ dem er – ohne Hilfe des Leviathans – allenfalls durch implizite Reziprozitätsarrangements im Rahmen überschaubarer sozialer Gruppen entkommen kann.¹⁵

3 *Hoge Raad* 20.12.2019 – 19/00135, ECLI:NL:HR:2019:2006; im Internet abrufbar unter <https://uitspraken.rechtspraak.nl/inziendocument?id=ECLI:NL:HR:2019:2006>.

4 *Hoge Raad* 20.12.2019 – 19/00135, ECLI:NL:HR:2019:2006 Rn. 8.3.1 ff.

5 *BVerfG* NJW 2021, 1723.

6 *Hoge Raad* 20.12.2019 – 19/00135, ECLI:NL:HR:2019:2006 Rn. 5.2.2 ff.

7 *BVerfG* NJW 2021, 1723 Rn. 116 ff., 182 ff.

8 Das Ergebnis vorwegnehmend *Schwabe*, Die sogenannte Drittwirkung der Grundrechte, 1971, 9 ff.; *Murswiek*, Die staatliche Verantwortung für die Risiken der Technik, 1985, 91 ff.

9 Eine Vielzahl von Dokumenten zu diesem Rechtsstreit ist im Internet zugänglich unter <https://germanwatch.org/de/14198>.

10 *Rechtbank Den Haag* ECLI:NL:RBDHA:2021:5339; auch in englischer Sprache im Internet abrufbar unter <https://uitspraken.rechtspraak.nl/inziendocument?id=ECLI:NL:RBDHA:2021:5339>.

11 Die Norm lautet in deutscher Übersetzung: „(1) Wer gegenüber einem anderen eine unerlaubte Handlung vornimmt, die ihm zugerechnet werden kann, ist verpflichtet, den Schaden zu ersetzen, der dem anderen hieraus entsteht. (2) Als unerlaubte Handlung ist jeder Verstoß gegen ein Recht und jedes Handeln oder Unterlassen anzusehen, das gegen eine gesetzliche Pflicht oder gegen eine nach der Verkehrssitte bestehende ungeschriebene Rechtsvorschrift verstößt, sofern kein Rechtfertigungsgrund vorliegt. (3) Eine unerlaubte Handlung ist dem Handelnden zuzurechnen, wenn sie durch ihn verschuldet wurde oder auf einen Umstand zurückzuführen ist, der ihm nach dem Gesetz oder nach den im Verkehr geltenden Auffassungen zuzuschreiben ist.“

12 *Rechtbank Den Haag* ECLI:NL:RBDHA:2021:5339 Rn. 3.2, 4.4.1 ff.

13 *Posner/Weisbach*, Climate Change Justice, 2010, 42 ff.; vgl. allgemein *Hardin*, The Tragedy of the Commons, Science 162 (1968), 1243; *Ostrom*, Governing the Commons, 2015, 2 ff.; *Ostrom/Burger/Field/Norgaard/Policansky*, Revisiting the Commons: Local Lessons, Global Challenges, Science 284 (1999), 278.

14 *Ostrom*, Governing the Commons, 4; *Hackett*, Environmental and Natural Resources Economics, 4. Aufl. 2011, 110.

15 *Ostrom/Burger/Field/Norgaard/Policansky*, Revisiting the Commons: Local Lessons, Global Challenges, Science 284 (1999), 278 (279 f.); *Hackett*, Environmental and Natural Resources Economics, 184.

[11] Genauso beim Klima: Die Zurückhaltung einzelner Akteure bei der Nutzung der Ressource generiert keinen Nutzen, wenn nicht die übrigen Akteure mitziehen und ihr Nutzungsverhalten ebenfalls einschränken. Im Fall des Klimawandels gilt die eben skizzierte Anreizstruktur gleichermaßen für Individuen und Unternehmen wie auch für Staaten. Wie das *BVerfG* selbst feststellt, liegt der Anteil Deutschlands an den globalen Treibhausgasemissionen bei lediglich 2%.¹⁶ Selbst wenn das Land sofort vollkommen klimaneutral würde, änderte sich dadurch an der globalen Dynamik des Klimawandels so gut wie nichts. Kein Land – jedenfalls keines von der Größe und dem Entwicklungsstand Deutschlands – ist allein dazu in der Lage, das Klima zu „retten“. Wir befinden uns deshalb nicht in einem Notstandsszenario, in dem die effektive Verhinderung einer immanenten Katastrophe durch *eigenes* Handeln infrage stünde. Dies einfach deshalb, weil ein Land allein die Katastrophe nicht verhindern kann.

[12] Der einzelne Staat und das einzelne Unternehmen, das seine CO₂-Emissionen einschränkt, um das Klima zu schonen, erzielt überhaupt keinen (Klima-)Nutzen, wenn die Lücke von anderen Akteuren gefüllt wird.¹⁷ Genau damit ist aus zweierlei Gründen zu rechnen: Zum einen bewirkt der Ausfall eines Teils der Nachfrage, die beispielsweise auf deutsche Verbraucher fossiler Brennstoffe zurückzuführen ist, einen Preisrückgang bei Kohle, Öl und Gas, der diese Produkte für andere Verbraucher erschwinglich macht, die wiederum die Nachfragelücke schließen (sog. carbon leakage).¹⁸ Darüber hinaus verteuert die Zurückhaltung bei der Nutzung der Atmosphäre als CO₂-Senke die Güter und Dienstleistungen, die in einer bestimmten Volkswirtschaft oder von einem bestimmten Unternehmen erzeugt werden. Folglich sinkt die Nachfrage nach diesen relativ „grünen“ Produkten, während die Nachfrage nach Gütern, die mithilfe „schwarzer“ Energie erzeugt wurden, steigt, weil deren Preise fallen. Treten diese Effekte ein, ist für den Klimaschutz nichts gewonnen.

3. International koordinierter Klimaschutz

[13] Ein wirksamer Schutz des Klimas als globale Allmende verlangt die koordinierte Aktion sämtlicher Beteiligter, durch vertragliche Vereinbarungen oder allseits bindende Regeln auf globaler Ebene.¹⁹ Dem entspricht die Klimaschutzpolitik insofern, als sie auf die globale Ebene zielt und sich nicht auf nationale Maßnahmen konzentriert. Im Pariser Klimaschutzübereinkommen von 2015 verpflichten sich die Staaten darauf, den Anstieg der globalen Temperatur auf deutlich unter („well below“) 2° C zu begrenzen und Anstrengungen zu unternehmen, gegebenenfalls einen Anstieg von lediglich 1,5° C zu erreichen (Art. 2 Nr. 1 Buchst. a Pariser Klimaschutzübereinkommen).²⁰ Die Reduktionsbeiträge der Vertragsstaaten sind in Art. 4 II Pariser Klimaschutzabkommen jedoch nicht rechtsverbindlich definiert, sondern von diesen selbst festzulegen.²¹ Die internationale Gemeinschaft setzt somit auf gemeinsame Ziele und Bemühungspflichten, konnte sich aber nicht auf konkrete Minderungsbeträge einigen, die im Sinne einer Erfolgspflicht zu erreichen wären.²²

[14] Das *BVerfG* und zuvor der *Hoge Raad* haben im Grunde die im Pariser Klimaschutzübereinkommen fehlende Erfolgspflicht mitsamt dem Emissionskontingent „nachgelie-

fert“. Damit haben sie dem Abkommen die „Zähne“ gegeben, über die es von sich aus nicht verfügt, die aber zur Erreichung des dort formulierten Klimaschutzziels – keine Erwärmung über 2° C, möglichst nicht mehr als 1,5° C – erforderlich wären.

[15] Die *Rechtbank Den Haag* ist darüber noch hinaus gegangen, indem sie die aus dem Pariser Übereinkommen abgeleiteten Emissionsminderungspflichten kurzerhand einem privaten Unternehmen auferlegt hat. Auf diese Weise wird eine völkerrechtliche Bemühungspflicht von Staaten in eine verfassungs- oder deliktsrechtliche Erfolgspflicht dieser Staaten bzw. von Unternehmen transformiert. Der Umfang der Erfolgspflicht wird mithilfe der Modellrechnungen von Expertengremien wie dem IPCC und dem Sachverständigenrat für Umweltfragen bestimmt. Den betroffenen Staaten und Unternehmen wird abverlangt, ihre proportionalen Beiträge zum Gelingen des kollektiven Unterfangens Klimaschutz zu leisten. Allerdings sind die Gerichte darauf beschränkt, den jeweils eigenen Staat oder im Inland ansässige Unternehmen zu Emissionsminderungsmaßnahmen zu verpflichten. Sie haben nicht die Macht, ausländische Staaten, die Staatengemeinschaft oder die großen privaten Emittenten aus aller Welt in Anspruch zu nehmen.

[16] Die entscheidende Frage lautet, ob die unilaterale Durchsetzung der aus den internationalen Klimazielen abgeleiteten Emissionskontingente durch nationale Gerichte den angestrebten Beitrag zum Klimaschutz leisten wird. Das *BVerfG* und die niederländischen Gerichte scheinen auf den positiven Effekt des „mit gutem Beispiel Vorangehens“ zu setzen. Angesichts der Struktur des Allmende-Problems muss bezweifelt werden, dass dieser Effekt eintreten wird.²³ Wahrscheinlich wird das Engagement einzelner Länder bei der Durchsetzung der Klimaziele zur Verlagerung der Produktion in Länder mit weniger ambitionierten Klimazielen führen und den Handlungsdruck für alle übrigen Länder vermindern.

[17] Selbst die mit Wohlstand und durchaus vulnerabler Natur reich gesegneten Schweizer wollten sich dem deutschen „Vorbild“ nicht anschließen und haben eine Verschärfung ihres CO₂-Gesetzes zur Einhaltung der Pariser Klimaziele abgelehnt.²⁴ Die Vorstellung, Staaten wie Saudi Arabien, Venezuela, Russland, China, Brasilien oder auch die Vereinigten Staaten unter einem Präsidenten wie *Donald Trump* würden ihr eigenes Emissionsverhalten deshalb ändern, weil Gerichte in Europa vermehrte Anstrengungen um den Klimaschutz für erforderlich halten, ist unrealistisch.

16 So das *BVerfG* BeckRS 2021, 8946 Rn. 30 des „Klima-Beschlusses“, insoweit in NJW 2021, 1723 nicht abgedruckt, unter Berufung auf Bundesministerium für Umwelt (Hrsg.), Klimaschutz in Zahlen, 2020, 12.

17 *Tirole*, Economics for the Common Good, 2017, 200.

18 Vgl. dazu *Ismer*, Klimaschutz als Rechtsproblem, 2014, 349 ff.; *Posner/Weisbach*, Climate Change Justice, 2, 179; *Tirole*, Economics for the Common Good, 201 ff.

19 *Posner/Weisbach*, Climate Change Justice, 5 f. (29 ff.); *Hackett*, Environmental and Natural Resources Economics, 278; *Tirole*, Economics for the Common Good, 216 ff.; Sachverständigenrat zur Begutachtung der gesamtwirtschaftlichen Entwicklung Aufbruch zu einer neuen Klimapolitik, 2019, 15 ff.

20 Zustimmungsgesetz in BGBl. 2016 II 1082; dazu BT-Drs. 18/9650.

21 BT-Drs. 18/9650, 32; vgl. *Franzius* ZUR 2017, 515 (518 f.).

22 *Böhringer* ZaöRV 2015, 753 (780 f.).

23 Abwägend Sachverständigenrat zur Begutachtung der gesamtwirtschaftlichen Entwicklung, Aufbruch zu einer neuen Klimapolitik, 2019, 25 f.

24 FAZ Nr. 154 v. 14.6.2021, 20.

Wenn dem so ist, haben die Gerichte die einheimische Wirtschaft geschwächt, ohne den Klimaschutz voranzubringen.

III. Klagen gegen Staaten

1. Zwecksetzungsprärogative der Politik

[18] Verfassungspolitisch ist die Entscheidung des *BVerfG* ein Meilenstein im Verhältnis zu den beiden politischen Gewalten, der Gesetzgebung sowie der Regierung und Verwaltung. Die Domäne des *BVerfG* im Bereich der Grundrechte lag bisher darin, die vom Gesetzgeber gewählten Zwecke im Lichte der dafür eingesetzten Mittel an den Garantien der Verfassung zu messen. Die Zwecksetzungen des Gesetzgebers werden dabei als politisch gesetzt hingenommen, wenn sie nicht als solche verfassungswidrig erscheinen, was nur äußerst selten der Fall ist.²⁵ Dementsprechend hat die Verhältnismäßigkeitsprüfung den legislatorischen Zweck zum Ausgangs- und nicht zum Prüfungspunkt. Geprüft wird, ob die für die Zweckerreichung eingesetzten Mittel geeignet, erforderlich und proportional sind.

[19] Der Klimabeschluss stellt die Zwecksetzungsprärogative des Gesetzgebers nicht explizit infrage. Im Gegenteil, das *BVerfG* bemängelt, dass zur Erreichung des Zwecks „zu wenig“ getan wurde. Das Gericht kleidet seinen Vorwurf nicht in die aus der Schutzpflichtdogmatik geläufige Figur des Untermaßverbots,²⁶ sondern es entwickelt auf abwehrrechtlicher Grundlage ein intertemporales Übermaßverbot bzw. Gleichbelastungsgebot. Die jetzt lebende Generation darf sich von einer endlichen Ressource nicht derart viel aneignen, dass künftigen Generationen nichts anderes übrigbleibt als eine „Vollbremsung“.²⁷

[20] Dem intertemporalen Gleichbelastungsgebot kann die Legislative nur Rechnung tragen – und dies ist der springende Punkt – indem sie die politischen Prioritäten verändert. Wenn heute mehr Klimaschutz betrieben werden muss als morgen, dann muss die vom *BVerfG* angemahnte „sozio-technische Transformation“²⁸ früher und entschlossener angegangen werden. Um dieser Vorgabe gerecht zu werden, müssen Legislative und Exekutive das Koordinatensystem ihrer politischen Ziele verschieben. Bei der Veränderung des rechtlichen Rahmens für die Energieerzeugung und -nutzung sind eine Vielzahl von gegenläufigen Interessen zu berücksichtigen: Das Interesse am Erhalt von Arbeitsplätzen, etwa in den Bereichen der Automobilindustrie und der Luftfahrt, aber auch die Interessen der Bürger an günstigen Transportdienstleistungen, an niedrigen Heizkosten und Strompreisen, an günstigen Nahrungs- und Genussmitteln – all dies muss neu bewertet und gewichtet werden.

[21] Für die Konstitutionalisierung speziell des Klimaschutzes lässt sich anführen, der demokratische Prozess benachteilige künftige Generationen systematisch, weil deren Belange im Kalkül der Wähler untergewichtet würden und deshalb für die Politik (zu wenig) handlungsleitend seien. Aber ist diese Sorge berechtigt? Die in den letzten Jahren zu beobachtenden Initiativen (Fridays for Future) und die in Gang gekommenen Verschiebungen im politischen Gefüge in Richtung auf mehr Klimaschutz legen nahe, dass die Zivilgesellschaft auch ohne verfassungsgerichtliche Nachhilfe funktioniert.

[22] Wer „Klimaschutz per Gerichtsbeschluss“ betreibt,²⁹ entzieht somit zentrale Fragen der Wirtschaft und der gesell-

schaftlichen Praxis dem demokratischen Prozess und den dafür vorgesehenen Mechanismen und Institutionen. Damit verbunden ist eine Verlagerung der Verantwortung – weg von den politischen Instanzen, hin zum *BVerfG*. Letzteres ist nunmehr mitzuständig, wenn es um die Verhinderung der Klimakatastrophe geht.

2. Klima- und andere Risiken

[23] Ist der Eingriff in die politische Gestaltungsaufgabe von Regierung und Parlament nicht im Hinblick auf das Gewicht und die Dringlichkeit des Klimaschutzes notwendig und legitim? – Diese Legitimation nach dem Motto „Not kennt kein Gebot“ ist hier nicht tragfähig. Das Tun und Lassen der gegenwärtig Lebenden beeinflusst zwangsläufig und unvermeidbar die Lebenschancen und -risiken künftiger Generationen. Dies gilt nicht nur für das Weltklima, sondern genauso für den Weltfrieden, die Weltwirtschaft, die Weltenernährung sowie die Weltgesundheit und die Wohlfahrt künftiger Generationen im Übrigen.

[24] Zum gegenwärtigen Zeitpunkt kann niemand seriös einschätzen, ob sich in den Jahren 2030, 2040 und 2050 das Klimaproblem als zentrale Determinante für die Zukunftschancen der dann lebenden Bevölkerung erweisen wird. Alternative Kandidaten sind das Risiko kriegerischer Auseinandersetzungen, der Rückgang der Bevölkerung in Deutschland und Europa bei gleichzeitiger Explosion der Zahlen in Afrika und anderen Kontinenten und die Überschuldung der öffentlichen Haushalte in vielen Ländern, erneut verschärft durch die Verschiebung der Lasten zur Bewältigung der Corona-Pandemie in die Zukunft. Hinzu kommen die sogenannten „unknown unknowns“, also Risiken, die heute noch nicht vorhergesehen werden können.³⁰

[25] Zwischen den bekannten und den (noch) unbekanntem liegen solche Zukunftsrisiken, die Experten bekannt sind, jedoch unterhalb des Radars der politisch interessierten Öffentlichkeit und der Medien bleiben. Die Corona-Pandemie ist ein gutes Beispiel. Das Risiko einer schweren Gesundheitskrise durch ein Virus aus der SARS-Familie war für Experten genauso absehbar wie der Klimawandel.

[26] Die Bundesregierung sandte im Jahr 2012 einen „Bericht zur Risikoanalyse im Bevölkerungsschutz“ an den Deutschen Bundestag, in dem als eines von zwei Risikoszenarien eine „Pandemie durch Virus Modi-SARS“ durchgespielt wurde, die im Jahr 2020 schließlich Realität wurde.³¹ Wie hätte das *BVerfG* entschieden, wenn im Jahr 2013 eine Gruppe von Menschen von Parlament und Regierung weitreichende Vorsichtsmaßnahmen gegen eine SARS-Virus-Pandemie verlangt hätte – im Interesse zukünftiger Freiheitssicherung? Da die Pandemie tausende Menschenleben gefordert hat, liegt ihre Relevanz für den Grundrechtsschutz auf der Hand. Die Formulierung des *BVerfG*, der „notwendige Entwicklungsdruck“ entstehe, wenn absehbar sei, welche Aktivitäten in welchem Umfang einzuschränken seien,

25 *Sachs*, Verfassungsrecht II, 3. Aufl. 2017, 192; *Kingreen/Poscher*, Staatsrecht II Grundrechte, 36. Aufl. 2020, Rn. 324; empirisch-quantitative Analyse bei *Engel* in *Jestaedt/Lepsius*, Verhältnismäßigkeit, 2015, 97 (117 ff.).

26 *BVerfGE* 88, 203 (254, 261 f.) = NJW 1993, 1751; *Canaris* AcP 184 (1984), 201 (228); *Isensee* in *Isensee/Kirchhof*, HdB des Staatsrechts, IX, 3. Aufl. 2011, § 191 Rn. 149; *Ruffert*, Vorrang und Eigenständigkeit des Privatrechts, 2001, 212.

27 *BVerfG* NJW 2021, 1723 Rn. 192.

28 *BVerfG* NJW 2021, 1723 Rn. 122.

29 Formulierung in Anlehnung an *Wegener* ZUM 2019, 3.

30 Dazu *Taleb*, *The Black Swan*, 2007.

31 BT-Drs. 17/12051, 5 f.

lässt sich eins-zu-eins auf die Wechselwirkungen zwischen der Entwicklung und der Produktion von Impfstoffen und Lockdown-Anordnungen übertragen. Wäre in den Jahren seit 2012 ausreichende Vorsorge für die Entwicklung von Virus-Impfstoffen, vor allem aber auch für deren massenhafte Herstellung und Verteilung getroffen worden, wären die Freiheitseinschränkungen, die seit dem März 2020 tatsächlich nötig wurden, um die Gesundheit und das Leben der Bürger zu schützen, wesentlich milder ausgefallen.

[27] Haben Parlament und Regierung also ihre verfassungsrechtliche Pflicht, zukünftige Freiheitseinschränkungen zu unterlassen, verletzt, weil sie der Vorsorge vor einer SARS-Virus-Pandemie zu wenig Gewicht beigemessen haben?

[28] Es liegt in der Natur der Judikative, dass sie es nur mit Einzelfällen zu tun bekommt. Das politische Gesamttabelleau mit seiner Vielzahl von Zielen und Priorisierungsentscheidungen kann nicht zum Gegenstand der verfassungsgerichtlichen Kontrolle gemacht werden. Genau deshalb ist es problematisch, wenn das *BVerfG* ein einziges Problem bzw. Politikziel – die Eindämmung des Klimawandels – zum Gegenstand einer für Gesetzgebung und Regierung verbindlichen Priorisierungsentscheidung macht.

3. Zu wenig Planung?

[29] Das *BVerfG* bemängelt in seiner Entscheidung vor allem, dass das Klimaschutzgesetz im Zeitraum bis 2030 zu hohe Emissionsobergrenzen bzw. zu wenig ehrgeizige Reduktionsziele enthält.³² Das Gericht beruft sich auf die Einschätzung des Sachverständigenrats für Umweltfragen,³³ nach der bei Zugrundelegung des Ziels des Pariser Übereinkommens, die Erderwärmung auf ca. 1,75° C zu begrenzen, mit einer Wahrscheinlichkeit von 67 % nach 2030 nur noch ein „minimaler Rest an Emissionsmöglichkeiten“ verbleibe.³⁴ Der Gesetzgeber sei deshalb dazu verpflichtet, „grundlegende Voraussetzungen und Anreize“ für die Entwicklung klimaschonender Praktiken in allen Lebensbereichen zu schaffen.³⁵ Es müsse klar werden, welche Produkte, Dienstleistungen, Infrastruktur-, Verwaltungs- und Kultureinrichtungen, einschließlich der daran geknüpften Konsumgewohnheiten umzugestaltet sind, um dem Klimaschutzziel zu genügen.³⁶

[30] Erstaunlicherweise bemängelt das *BVerfG* am Klimaschutzgesetz aber dann doch nicht, dass die bis 2030 definierten Minderungsziele zu bescheiden seien, sondern, dass die Umgestaltung der genannten Produktions- und Konsumpraktiken nach 2030 vom Gesetzgeber nicht hinreichend geplant worden seien.³⁷ Die Jahresemissionsmengen und Reduktionsmaßgaben müssten für die Zeit nach 2030 unter Berücksichtigung des Klimaschutzgebots des Art. 20a GG „so differenziert festgelegt werden, dass eine hinreichende Orientierung entsteht“³⁸.

[31] Diese Begründung ist widersprüchlich: Wenn es zutrifft, dass der Gesetzgeber das „Emissionsbudget“, das Deutschland nach dem Pariser Übereinkommen zusteht, zum allergrößten Teil in dem Zeitraum bis 2030 aufbrauchen will, dann besteht gerade keine Planungsunsicherheit. Vielmehr sendet eine solche Verteilung der Emissionsminderungslasten über die Zeit verbunden mit dem Ziel, bis 2050 vollständige Klimaneutralität zu erreichen, das klare Signal, dass nach 2030 sehr drastische Emissionsminderungen zu realisieren sind. An Planungssicherheit lässt diese Ver-

teilung der Emissionsminderungslasten eigentlich nichts zu wünschen übrig. Alle Beteiligten wissen, dass die Technologien zur Herstellung von Klimaneutralität bis 2030 bereits sehr weitgehend zur Verfügung stehen müssen. Es ist nicht ersichtlich, was der Gesetzgeber unter diesen Prämissen noch planen soll.

[32] Nicht von der Hand zu weisen ist der Eindruck, dass es dem Gericht gar nicht so sehr um die mangelnde Planung als um die Distribution der Emissionsminderungslasten ging: Diese werden durch das Klimaschutzgesetz weitgehend in die Zukunft geschoben. Demgegenüber scheint es im Ansatz durchaus vernünftig, wenn der Gesetzgeber die maßgeblichen Fortschritte bei der Emissionsminderung in der Zukunft sieht, denn die Technologien, die eine Emissionsminderung ermöglichen, müssen schließlich erst entwickelt und implementiert werden. Der Abschied vom Verbrennungsmotor im Straßenverkehr ist ein anschauliches Beispiel dafür.

4. Schutz der Politik vor dem Wähler?

[33] Gegen die eben vorgetragene Kritik am Übergriff des *BVerfG* in die politische Sphäre der Zieldefinition und -priorisierung spricht die Reaktion maßgebender politischer Akteure. Der Bundesminister für Wirtschaft und Energie, *Peter Altmaier*, verteidigte sich nicht etwa gegen die Zurechtweisung durch das *BVerfG*, sondern feierte die Entscheidung als „epochal“.³⁹ Sofort gingen Parlament und Regierung daran, das Klimaschutzgesetz zu verschärfen und noch ehrgeizigere Minderungsziele zu definieren.⁴⁰ Wie kann ein Regierungsmitglied eine Gerichtsentscheidung loben, die seine eigenen Entscheidungen verwirft und Nachbesserungen anmahnt?

[34] Eine plausible Erklärung für das scheinbar masochistische Verhalten der Politik liegt in der Verantwortlichkeit von Regierung und Parlament gegenüber Wählern und ihrer Zugänglichkeit für Interessengruppen. Zwar dürfte sich kaum ein ernstzunehmender Wähler oder Lobbyist dem Klimaschutzzweck versperren, bei der Verteilung der Lasten, die mit der Erreichung der in Paris vereinbarten Klimaschutzziele verbunden sind, schlägt jedoch wieder die Allmende-Struktur des zugrunde liegenden Problems durch. Innerstaatlich geht es darum, wie groß die Beiträge zu bemessen sind, die einzelne Sektoren zu den nationalen Reduktionszielen beisteuern sollen. International ist zu gewährleisten, dass die deutsche Wirtschaft bzw. deutsche Unternehmen nicht stärker belastet werden als Unternehmen aus anderen Ländern, mit denen sie im Wettbewerb stehen. Aber das Problem ist nicht nur die Wirtschaft. Auch viele Wähler werden es nicht goutieren, wenn infolge politischer Entscheidungen der Lebensstandard sinkt, weil etwa Flugreisen massiv verteuert werden, das Autofahren wirtschaftlich unattraktiv gemacht wird, die Baukosten explodieren und die Mieten und Mietnebenkosten steigen –

32 *BVerfG* NJW 2021, 1723 Rn. 243 ff.

33 Sachverständigenrat für Umweltfragen, Umweltgutachten 2020, 46 (52).

34 *BVerfG* NJW 2021, 1723 Rn. 246.

35 *BVerfG* NJW 2021, 1723 Rn. 248.

36 *BVerfG* NJW 2021, 1723 Rn. 249.

37 *BVerfG* NJW 2021, 1723 Rn. 252 ff.

38 *BVerfG* NJW 2021, 1723 Rn. 254 ff.

39 FAZ Nr. 100 v. 30.4.2021, 1.

40 Entwurf eines Ersten Gesetzes zur Änderung des Bundes-Klimaschutzgesetzes v. 11.5.2021, im Internet abrufbar unter <https://www.bmu.de/gesetz/entwurf-eines-ersten-gesetzes-zur-aenderung-des-bundes-klimaschutzgesetzes/>.

während diese Belastungen den Verbrauchern in anderen Ländern erspart bleiben.

[35] Vor diesem Hintergrund hat das *BVerfG* mit seinem Klimabeschluss der Politik einen „Nudge“ verpasst,⁴¹ indem es die den Wählern direkt oder indirekt verantwortlichen politischen Gewalten vor diesen selbst geschützt hat. Darüber hinaus hat es Wirtschaft und Gesellschaft eine Verpflichtung zum langfristig nachhaltigen Handeln auferlegt, zu dem diese selbst scheinbar nicht fähig gewesen wären, weil ihnen die Befriedigung aktueller Konsumwünsche näher liegt als das zukünftige Wohlergehen. Insofern ist die Entscheidung zwar nicht der Anfang einer „Öko-Diktatur“, wohl aber Ausdruck von gerichtlichem „Öko-Paternalismus“ und einer eigentümlichen Form der „Cohabitation“ des politischen Systems mit dem *BVerfG*. Das Gericht zwingt die Politik dazu, jetzt in die nationalen Verteilungskämpfe um die Emissionsminderungslasten zu gehen, anstatt dies (in größerem Umfang) auf die Zukunft zu verschieben – und die Politiker sind ihm dafür dankbar!

[36] Einen Zugriff auf die internationale Ebene hat das *BVerfG* indessen nicht. Dort kehrt die Allmende-Problematik mit voller Wucht zurück. Das Gericht hofft, deutsche Diligenz bei den Anstrengungen zur Einhaltung der Klimaziele werde das Vertrauen der übrigen Länder in das Pariser Übereinkommen stärken und sie zu eigenen, gleichgerichteten Anstrengungen anreizen.⁴² Eine Handhabe, die Gerichte oder sonstigen Instanzen anderer Länder dazu zu bewegen, es dem „deutschen Vorbild“ gleichzutun und die Pariser Klimaschutzziele ebenso konsequent durchzusetzen, hat es indessen nicht. Die Problemstruktur, aber auch die bisherigen Erfahrungen mit internationalen Klimaschutzverhandlungen,⁴³ sprechen dagegen. Schließlich reduziert jede Tonne CO₂, die in Deutschland eingespart wird, den Druck auf die übrigen Staaten.

IV. Klagen gegen Unternehmen

1. Fallkonstellationen und Grundwertung

[37] Das *BVerfG* hatte es mit Verfassungsbeschwerden gegen die Bundesrepublik Deutschland zu tun. Noch kritischer sind Begehren zu sehen, die sich gegen Unternehmen richten und diesen entweder die Senkung der von ihnen verursachten oder ihnen zugerechneten CO₂-Emissionen abverlangen oder auf Ersatz klimawandelbedingter Schäden bzw. auf Ersatz der Kosten von Maßnahmen zur Abwendung entsprechender Schäden gerichtet sind. Für die erste Fallgruppe steht das niederländische Urteil gegen Royal Dutch Shell, für die zweite Fallgruppe der beim *OLG Hamm* anhängige Rechtsstreit gegen RWE.

2. Einwände gegen die Inpflichtnahme von Unternehmen

[38] Urteile, die den Staat zu vermehrten Klimaschutzanstrengungen verpflichten, nehmen damit einen Akteur in Anspruch, der mit Blick auf Kompetenzen und Mittel prinzipiell zu einer koordinierten Planung und Umsetzung von Klimaschutzmaßnahmen in der Lage ist.⁴⁴ Dies gilt ungeachtet des Umstands, dass ein Gericht es sich nicht anmaßen sollte, die Entscheidung über die Intensität dieser Anstrengungen dem politischen Prozess zu entziehen. Ein Privat-

unternehmen jedoch hat schlechterdings nicht die Mittel, um auf nationaler, europäischer und internationaler Ebene diejenigen Maßnahmen ins Werk zu setzen, derer es bedürfte, um den Klimaschutz in praktisch nennenswerter Weise zu verbessern.

[39] Darüber hinaus ist der auf bilaterale Konflikte zwischen zwei Personen angelegte Zivilprozess nicht das geeignete Forum dafür, der Komplexität des Problems, seiner internationalen Dimension sowie der Vielzahl der zu berücksichtigenden Interessen gerecht zu werden. Trotz aller vermeintlichen Defizite des politischen Prozesses auf nationaler Ebene und der klimaschutzbezogenen Aushandlungsprozesse auf internationaler Ebene können diese nicht durch Entscheidungen von Zivilgerichten in Zwei-Personen-Streitigkeiten substituiert werden. Die Umstellung von Wirtschaft und Gesellschaft auf Klimaneutralität ist eine hoch komplexe Aufgabe, die unterschiedliche Strategien zulässt und die überdies nach Umfang und Zeit ständiger Abwägung mit konfligierenden politischen Zielen bedarf. Die Wahrnehmung dieser Aufgabe ist der Legislative und der Exekutive, also dem politischen Prozess anvertraut, nicht hingegen der Judikative.⁴⁵

[40] Die vorstehend begründete Skepsis gegenüber Klimaschutzklagen gegen Unternehmen wird durch die internationale Entwicklung bestätigt, jedenfalls bis zum Erlass des Urteils gegen Royal Dutch Shell. Eine von der Columbia Universität betriebene Datenbank für Klimaklagen, die außerhalb der Vereinigten Staaten von Amerika anhängig sind,⁴⁶ listet derzeit 379 Klimaklagen auf, die gegen Staaten geführt werden, aber nur 48, die sich gegen Unternehmen richten.

[41] Die Unterscheidung zwischen den klimabezogenen Pflichten von Staaten und ebensolchen Pflichten von Unternehmen liegt auch den sogenannten Oslo Prinzipien zugrunde.⁴⁷ Die Oslo Prinzipien sind zwar lediglich das Arbeitsprodukt einer privaten Gruppe selbsterannter Experten und können deshalb keinerlei Verbindlichkeit beanspruchen, gerade deshalb eignen sie sich jedoch gut dafür, die Grenzen unternehmensbezogener Pflichten zu markieren. Die Oslo Prinzipien verpflichten Staaten wie Unternehmen gleichermaßen auf das Vorsichtsprinzip und in der Folge zur Verminderung von Treibhausgas-Emissionen.⁴⁸ Allerdings werden nur den Staaten wirklich „harte“ Pflichten auferlegt.⁴⁹

[42] Der Pflichtenkanon von Unternehmen ist demgegenüber deutlich reduziert, die Pflichten sind zukunftsbezogen und die Staaten sind nicht gehalten, für gerichtliche Durchsetzungsmechanismen zu sorgen.⁵⁰ Darüber hinaus fehlt jeder Hinweis auf eine Haftung für Schäden, die bereits eingetreten sind. Dies ist kein Zufall, sondern Ergebnis der Einschätzung der Mehrheit der Mitglieder der Oslo Gruppe, dass eine Haftung für bereits eingetretene oder unmittelbar bevorstehende Klimaschäden kontraproduktiv wäre, weil

41 *ISv Thaler/Sunstein*, Nudge, 2008.

42 *BVerfG* NJW 2021, 1723 Rn. 204.

43 *Posner/Weisbach*, Climate Change Justice, 73 ff.

44 *Sutherland* JETL 2017, 177 (206).

45 *Pöttker*, Klimahaftungsrecht, 434 ff.

46 <http://climatecasechart.com/non-us-climate-change-litigation/>.

47 Die Grundsätze von Oslo zu Weltweiten Klimawandelverpflichtungen; im Internet abrufbar unter <https://globaljustice.yale.edu/sites/default/files/files/GermanTranslationOsloPrinciples.pdf>. Eingehend dazu *Sutherland* JETL 2017, 177 (181 ff.).

48 Oslo Prinzipien, Rn. 1, 6 ff.

49 Oslo Prinzipien, Rn. 13 ff., 25; eingehend dazu *Sutherland* JETL 2017, 177 (198 ff.); *Spier* JETL 2017, 218 (223 ff.).

50 Oslo Prinzipien, Rn. 27 ff.

die knappen finanziellen Ressourcen besser der technologischen Transformation zugute kommen sollten.⁵¹

3. Mangelnde Präventionswirkung von Schadensersatzklagen

[43] Auf den ersten Blick scheint es so, als würden Klagen gegen Unternehmen zumindest dem Klimaschutz in der Zukunft dienlich sein – doch diese Sicht ist zu einfach.⁵² Tatsächlich ist zu differenzieren: Soweit Unternehmen gerichtlich zur Unterlassung weiterer CO₂-Emissionen verpflichtet werden, tritt ein klimaschützender Effekt ein, der allerdings durch andere Unternehmen, die nicht derselben Reduktionspflicht unterliegen, kompensiert werden kann (carbon leakage). Wenn beispielsweise Royal Dutch Shell die Ölförderung herunterfahren muss, um dem Urteil der *Rechtbank Den Haag* zu genügen, können Konkurrenten wie BP (UK), ExxonMobil, Chevron und ConocoPhillips (USA), Aramco (Saudi Arabien), Rosneft (GUS) und Petrôleos de Venezuela darauf hoffen, ihren Absatz von Erdölprodukten zu steigern. Soweit dies gelingt, verpufft der Klimaeffekt.

[44] Anders liegt es bei Haftungsklagen, die an CO₂-Emissionen der Vergangenheit aktuelle Schadensersatz- oder Vermeidungskostenersatzansprüche knüpfen. Die haftungsrechtliche Zurechnung von Schäden, die aus einer langjährigen Emissionsgeschichte resultieren, bewirkt für den Klimaschutz nichts. Damit soll nicht in Abrede gestellt werden, dass Haftungsrecht durchaus Präventionseffekte erzielt und auch erzielen soll.⁵³ Die Androhung von Schadensersatzpflichten *ex post* generiert den Anreiz, *ex ante* Sorgfaltsmaßnahmen zu ergreifen oder die schadensträchtige Aktivität einzuschränken. Im Fall der Treibhausgase ginge es darum, das Entweichen von CO₂ in die Atmosphäre durch Filtertechniken zu vermeiden (Sorgfalt) oder auf nicht-karbonhaltige Energieträger umzustellen bzw. Energieproduktion und -verbrauch insgesamt einzuschränken (Reduktion des Aktivitätsniveaus). Bei Klimaschäden wirkten diese Anreize allerdings nur für die Zukunft, das heißt für Emissionen, die noch gar nicht stattgefunden haben.

[45] Eine Zurechnung von Klimaschäden, die durch abgeschlossene, lange zurückliegende Aktivitäten verursacht wurden und damals unvorhersehbar waren, entfaltet demgegenüber keine Präventionseffekte.⁵⁴ Die heute manifest werdenden Klimaschäden beruhen auf einer jahrhundertelangen Emissionsgeschichte, die über die meiste Zeit hinweg als harmlos angesehen wurde. Ihre nachträgliche Zurechnung zu bestimmten Unternehmen leistet keinen sinnvollen Beitrag zur Eindämmung der heute und morgen verursachten CO₂-Emissionen. Bei der Haftung von Unternehmen für bereits eingetretene Klimaschäden handelt sich um eine finanzielle Umverteilungsmaßnahme ohne nennenswerten Lenkungseffekt.

[46] Aus ökonomischer Sicht spricht alles dafür, pekuniäre Anreize zur Emissionsminderung zu setzen.⁵⁵ Anknüpfungspunkt dafür dürfen allerdings nicht die Emissionen der Vergangenheit, sondern es müssen die aktuellen und zukünftigen Freisetzung von CO₂ sein. Dieser Maßgabe trägt das bereits etablierte Emissionsrechtssystem (TEHG) mit Blick auf industrielle Emissionen Rechnung; seine Ausweitung auf weitere Sektoren wird mit dem Bundes-Klimaschutzgesetz vollzogen.

4. Wettbewerbsverzerrung

[47] Eine Belastung mit den Kosten von Schäden, die durch veränderte Klimabedingungen verursacht worden sind, würde die davon betroffenen Unternehmen im Wettbewerb mit anderen Unternehmen benachteiligen. Dies gilt selbst unter der Annahme, dass sämtliche inländischen Unternehmen gleichermaßen zum Ausgleich der Kosten des Klimawandels herangezogen würden. Die nationalen Gerichte haben nämlich weder die Kompetenz noch die Macht, in gleicher Weise auch gegen ausländische Großemittenten vorzugehen. Ausländische Unternehmen und sonstige Emittenten sind jedoch offensichtlich für den allergrößten Teil der weltweiten CO₂-Emissionen verantwortlich, und zwar sowohl der historisch verursachten als auch der gegenwärtig getätigten Emissionen.

[48] Es ist wettbewerbspolitisch bedenklich, nur inländische Unternehmen mit Pflichten zur Reduktion von Treibhausgasemissionen zu belasten oder zum Ausgleich von Klimaschäden heranzuziehen, ihre ausländischen Konkurrenten jedoch zu verschonen. Die Heranziehung inländischer Unternehmen zur Emissionsvermeidung oder zum Ausgleich von Klimaschäden wirkt wie eine Steuer auf das konkrete Unternehmen, die durch Anpassung der eigenen Aktivitäten nicht vermindert oder vermieden werden kann. Wegen der Möglichkeit, die Produktion in andere Staaten zu verlagern, und mit Blick auf eine steigende Nachfrage nach kostengünstigeren Produkten ist nicht damit zu rechnen, dass die Verzerrung der Wettbewerbsbedingungen durch entsprechende Fortschritte beim Klimaschutz kompensiert wird.⁵⁶

V. Judicial Self-Restraint US-amerikanischer Gerichte

[49] In der Vergangenheit waren es häufig US-amerikanische Gerichte, die eine aktive Rolle bei der Gestaltung von Wirtschaft und Gesellschaft für sich beanspruchten. Die US-amerikanischen Gerichte sehen sich als politisch legitimierte dritte Säule der Staatsgewalt (government),⁵⁷ während die Funktion der Justiz in Kontinentaleuropa im Wesentlichen darin gesehen wird, die Vorgaben des politisch legitimierten Gesetzgebers zu implementieren (bouche de la loi).⁵⁸ Trotz dieser aktivistischen Tradition ist die Rechtsprechung der US-Bundesgerichte zu Klimaklagen von großer Zurückhaltung geprägt.⁵⁹

51 Sutherland JETL 2017, 177 (180, 204 ff.); für die Ausweitung unternehmensbezogener Pflichten *Sperio* JETL 2017, 218.

52 Wegener ZUR 2019, 3 (10 ff.).

53 Hierzu und zum Folgenden Wagner, Deliktsrecht, 14. Aufl. 2021, Kap. 4 Rn. 4 ff.; Schäfer/Ott, Lehrbuch der ökonomischen Analyse des Zivilrechts, 6. Aufl. 2020, 171; speziell zum Klimaschutz durch Haftungsrecht Hinteregger JETL 2017, 238 (245 f.).

54 Vgl. Hinteregger JETL 2017, 238 (247 f.).

55 Tirole, Economics for the Common Good, 216 ff.; Sachverständigenrat zur Begutachtung der gesamtwirtschaftlichen Entwicklung, Aufbruch zu einer neuen Klimapolitik, 2019, 3 f. (58 ff.).

56 Vgl. dazu Ismer, Klimaschutz als Rechtsproblem, 349 ff.; Posner/Weisbach, Climate Change Justice, 2, 179.

57 Vgl. dazu nur Posner, 100 Cal. L. Rev. 519 (2010).

58 Klassisch Montesquieu, De l'esprit des lois, Buch XI, Kap. VI, 327: „Mais les juges de la nation ne font, comme nous avons dit, que la bouche qui prononce les paroles de la loi; des êtres inanimés, qui n'en peuvent modérer ni la force ni la rigueur.“ Zu dieser Tradition Zweigert/Kötz, Einführung in die Rechtsvergleichung, § 9 I, S. 118 f.

59 Hinteregger JETL 2017, 238 (243).

[50] So hat es der *Oberste Gerichtshof der Vereinigten Staaten* abgelehnt, private Ansprüche auf Reduktion von Treibhausgasen anzuerkennen. In der Leitentscheidung in Sachen *American Electric Power Co., Inc. et al./Connecticut et al.* hat der *Gerichtshof* die Entscheidungsprärogative der Legislative (Clean Air Act) und der von ihr geschaffenen und mit entsprechenden Befugnissen ausgestatteten Umweltschutzbehörde (Environmental Protection Agency – EPA) anerkannt.⁶⁰ Die demokratisch legitimierten Entscheidungen dieser Instanzen zur Begrenzung von Treibhausgas-Emissionen seien von den Gerichten zu akzeptieren. Sie dürften nicht durch die Anerkennung privater Klagen aus außervertraglicher Haftung unterlaufen werden. Maßgebend dafür war die Einsicht, dass es sich bei CO₂ um ein ungiftiges und ubiquitäres Gas handelt, dessen Emission nicht einfach unterbunden werden kann. Ein juristisches Verbot der Verursachung von CO₂-Emissionen wäre absurd. Die Aufgaben, das im globalen Maßstab zulässige Maß an CO₂-Emissionen zu bestimmen und die Gesamtmenge auf die einzelnen Emittenten zu verteilen, sind von den dafür zuständigen politischen Instanzen wahrzunehmen und zu verantworten. Die Gerichte sind nicht dazu legitimiert, diese Aufgaben an sich zu ziehen und ihrerseits Klimapolitik zu betreiben.

[51] Nicht anders erging es Schadensersatzklagen wegen durch den Klimawandel verursachter Beeinträchtigungen, die auf Geldersatz – und nicht auf das Verbot von CO₂-Emissionen – gerichtet waren. In dem medial viel beachteten Fall *Native Village of Kivalina/ExxonMobil Corp.* hat das Bundesberufungsgericht für den 9. Bezirk, das für sämtliche Bundesstaaten westlich der Rocky Mountains zuständig ist, den Vorrang des Bundesimmissionsschutzrechts auch für Schadensersatzklagen wegen in der Vergangenheit liegender Emissionen von Treibhausgasen bejaht.⁶¹ Klägerin in diesem Fall war eine von Angehörigen des Inupiat-Volkes bewohnte Kommune in Alaska, die infolge des Abschmelzens des Polareises buchstäblich im Meer zu versinken droht. Mit der Klage wurden Schadensersatzansprüche gegen die größten Öl- und Energiekonzerne der USA geltend gemacht. Bei aller Sympathie für das Anliegen der Klägerin sah sich das Gericht aus Gründen der Gewaltenteilung daran gehindert, der Klage stattzugeben.⁶²

[52] Schließlich ist im vergangenen Jahr der Versuch gescheitert, die amerikanische Bundesregierung zu vermehrten Anstrengungen um den Schutz von Kindern, Jugendlichen und künftigen Generationen vor klimawandelbedingten physischen und psychischen Beeinträchtigungen zu verpflichten.⁶³ Obwohl das Gericht die Sorgen der Kläger um das Weltklima und die Konsequenzen des Klimawandels für das

Wohlergehen der Bürger ausdrücklich teilte, sah es sich aus Gründen der Gewaltenteilung gehindert, Legislative und Exekutive eine bestimmte Politik vorzugeben („any effective plan would necessarily require a host of complex policy decisions entrusted, for better or worse, to the wisdom and discretion of the executive and legislative branches“).⁶⁴

VI. Fazit: Gebot richterlicher Zurückhaltung

[53] „Not every problem posing a threat – even a clear and present danger – to the American Experiment can be solved by federal judges.“⁶⁵ Dieser Satz eines US-amerikanischen Gerichts lässt sich auf Deutschland übertragen. Die für die Lösung des Klimaproblems erforderlichen diffizilen Allokations- und Abwägungsentscheidungen sind auf der politischen Ebene zu treffen und zu verantworten. Zudem muss Klimaschutzpolitik wegen des globalen Charakters des Problems auf der internationalen Ebene ansetzen und eine Vielzahl von Akteuren ansprechen und einbeziehen. Es trifft zu, dass dies bisher nicht zufriedenstellend gelungen ist. Je nach Einschätzung der Schwere der Bedrohung durch den Klimawandel und der Immanenz der Gefahr lässt sich der Standpunkt hören, Kollateralschäden an der Aufgabenteilung unter den Staatsgewalten müssten wegen der Dringlichkeit der Aufgabe hingenommen werden. Im Hinblick auf die Struktur des Problems ist jedoch zu bezweifeln, dass Maßnahmen gegen einzelne Akteure, wie sie durch die Gerichte gegen den jeweils eigenen Staat oder gegen Unternehmen angeordnet werden können, dem Klimaschutz wirklich nützen. Die Tragödie der Allmende kann leider nicht durch unilaterales Handeln aufgelöst werden – eben deshalb wird sie als Tragödie bezeichnet. ■

60 *American Electric Power Co., Inc. et al. v. Connecticut et al.*, 564 U. S. 410 (426, 427) (2011, *Bader Ginsburg, J.*).

61 *Native Village of Kivalina v. ExxonMobil Corp. et al.*, 696 F.3d 849 (856 ff.) (9th Cir. 2012).

62 *Native Village of Kivalina v. ExxonMobil Corp. et al.*, 696 F.3d 849 (858) (9th Cir. 2012).

63 *Juliana et al./United States*, 947 F.3d 1159 (9th Cir. 2020).

64 *Juliana et al./United States*, 947 F.3d 1159 (1171) (9th Cir. 2020, *Hurwitz, J.*).

65 *Juliana et al./United States*, 947 F.3d 1159 (1174) (9th Cir. 2020, *Hurwitz, J.*).