

Klimakrisenrecht

Philipp Hellwege, Daniel Wolff

Angaben zur Veröffentlichung / Publication details:

Hellwege, Philipp, and Daniel Wolff, eds. 2024. *Klimakrisenrecht*. Tübingen: Mohr Siebeck.
<https://doi.org/10.1628/978-3-16-163886-2>.

Nutzungsbedingungen / Terms of use:

CC BY-SA 4.0

Dieses Dokument wird unter folgenden Bedingungen zur Verfügung gestellt; / This document is made available under these conditions:
CC-BY-SA 4.0: Creative Commons: Namensnennung - Weitergabe unter gleichen Bedingungen
Weitere Informationen finden Sie unter; / For more information see:
<https://creativecommons.org/licenses/by-sa/4.0/deed.de>



Klimakrisenrecht

Herausgegeben von
PHILLIP HELLWEGE
und DANIEL WOLFF

Mohr Siebeck

Klimakrisenrecht



Klimakrisenrecht

herausgegeben von
Phillip Hellwege und Daniel Wolff

Mohr Siebeck

Phillip Hellwege ist Inhaber des Lehrstuhls für Bürgerliches Recht, Wirtschaftsrecht und Rechtsgeschichte an der Universität Augsburg.
orcid.org/ 0000-0001-9012-2682

Daniel Wolff ist Inhaber der Juniorprofessur für Öffentliches Recht an der Universität Augsburg.

ISBN 978-3-16- 163885-5 / eISBN 978-3-16- 163886-2
DOI 10.1628/978-3-16- 163886-2

Die Deutsche Nationalbibliothek verzeichnet diese Publikation in der Deutschen Nationalbibliographie; detaillierte bibliographische Daten sind über <https://dnb.dnb.de> abrufbar.

Publiziert von Mohr Siebeck Tübingen [2024]. www.mohrsiebeck.com

© [Phillip Hellwege], [Daniel Wolff] (Hg.); Beiträge: jeweiliger Autor/jeweilige Autorin.

Dieses Werk ist lizenziert unter der Lizenz „Creative Commons Namensnennung – Weitergabe unter gleichen Bedingungen 4.0 International“ (CC BY-SA 4.0). Eine vollständige Version des Lizenztextes findet sich unter: <https://creativecommons.org/licenses/by-sa/4.0/>.

Jede Verwendung, die nicht von der oben genannten Lizenz umfasst ist, ist ohne Zustimmung der jeweiligen Urheber unzulässig und strafbar.

Das Buch wurde von AZ Druck und Datentechnik in Kempten auf alterungsbeständiges Werkdruckpapier gedruckt und gebunden.

Printed in Germany.

Vorwort

Der vorliegende Band ist aus einer Gesprächsreihe mit insgesamt zwölf Vorträgen hervorgegangen, die wir im Sommersemester 2023 und im Wintersemester 2023/2024 unter dem Titel „Die Klimakrise und das Recht“ an der Juristischen Fakultät der Universität Augsburg organisiert haben. Für den Band haben wir weitere Beiträge eingeworben. Mitveranstalter der Gespräche war die Juristische Gesellschaft Augsburg e.V., der wir sehr herzlich für die Unterstützung bei der Realisierung der Veranstaltungsreihe danken. Unser Dank geht ferner an die Juristische Fakultät der Universität Augsburg, die die Buchveröffentlichung finanziell ermöglicht hat, sowie an den Verlag Mohr Siebeck für die Aufnahme des Bandes ins Verlagsprogramm.

Augsburg, März 2024

Phillip Hellwege
Daniel Wolff

Inhaltsverzeichnis

Vorwort.....	V
--------------	---

Die Klimakrise rechtlich erfassen

<i>Daniel Wolff und Phillip Hellwege</i> Die Klimakrise und das Recht	3
--------------------------------------------------------------------------------	---

<i>Sina Fontana</i> Klimawandelfolgenrecht als Analysekategorie des Klimarechts	27
------------------------------------------------------------------------------------------	----

<i>Andrea Kießling und Wilfried R. Fuß</i> Der Schutz der menschlichen Gesundheit im Klimawandelfolgenrecht	51
----------------------------------------------------------------------------------------------------------------------	----

Demokratie, Freiheit und Ethik in der Klimakrise

<i>Reiner Schmidt und Sophie Borchert</i> Demokratie und Klimaschutz	85
-------------------------------------------------------------------------------	----

<i>Josef Franz Lindner</i> Freiheit in der Klimakrise.....	99
---------------------------------------------------------------	----

<i>Kerstin Schlögl-Flierl</i> Normative Weichenstellungen in der Klimaethik – auch aus theologischer Sicht.....	123
-----------------------------------------------------------------------------------------------------------------------	-----

Der Klimaprotest und das Recht

<i>Svenja Behrendt</i> Der Klimaaktivismus im Lichte von Grundrechts- und Demokratietheorie	145
---------------------------------------------------------------------------------------------------------	-----

<i>Johannes Kaspar</i> Volle Härte oder volles Verständnis? Zur Sanktionierung von Klima-Aktivist:innen durch die Strafgerichte	165
---------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------	-----

Michael Kubiciel

Politisierte Strafrechtsanwendung als Gefahr für den Rechtsstaat 191

Lenard Patros und Alexander Pollithy

Die zivilrechtliche Haftung für zivilen Ungehorsam
im Rahmen von Klimaprotesten 217

Die Rolle der Gerichte in der Klimakrise

Stefan Lorenzmeier

Klimaschutz durch globale und europäische Streitbeilegungsorgane? 243

Tobias Lutzi

Grenzüberschreitende Klimaklagen gegen Private 273

Leonhard Hübner

Klimaklagen gegen Private –
CO₂-Reduktionsklagen gegen deutsche Autohersteller 289

Rechtsfragen der ökologischen Transformation

Alexander Hellgardt

Klimaschutz und Vertragsrecht 317

Peter Kasiske

Klimaschutzregulierung als Herausforderung
für das Wirtschaftsstrafrecht 339

Martin Kment und Torben Buck

Anstrengungen beim Ausbau erneuerbarer Energien
dargestellt am Beispiel von Agri-Photovoltaikanlagen 365

Andreas Decker

Planung und Bau von Höchstspannungsfreileitungen:
Wo kann noch beschleunigt werden? 383

Simon Bulla

Die Lenkungswirkung des Vergaberechts 417

Benedikt Buchner und Benedikt Becke

Resilienz im Gesundheitswesen..... 453

Verzeichnis der Autorinnen und Autoren 471

Die Klimakrise rechtlich erfassen

Die Klimakrise und das Recht*

Daniel Wolff und Phillip Hellwege

I.	Einführung: Die Klimakrise, das Recht und die Rechtswissenschaft	3
II.	Die Klimakrise: eine Skizze	4
	A. Naturwissenschaftlicher Befund als Ausgangspunkt	4
	B. Politische Schlussfolgerung: die Notwendigkeit einer „Großen Transformation“	6
	C. Gesellschaftliche Reaktionen auf die ergriffenen Transformationsbemühungen	9
III.	Das Recht und die Klimakrise	11
	A. Die Rolle des Rechts in der Klimakrise	11
	B. Die Rechtswissenschaft und die Klimakrise	12
	C. Der Status quo: Klimaschutzrecht und Klimaanpassungsrecht als Säulen des Klimarechts.....	13
	D. The way forward: Das Klimakrisenrecht	16
	1. Normebenen des Klimakrisenrechts sowie seine Akteurinnen und Akteure	20
	2. Methodik des Klimakrisenrechts	22
IV.	Struktur des Bandes.....	24

I. Einführung:

Die Klimakrise, das Recht und die Rechtswissenschaft

Im Zeitalter der Polykrise ragt eine Krise heraus: die Klimakrise.¹ Ihre Bewältigung durch eine „große Transformation“ ist die vordringliche Aufgabe unserer Zeit (unter II). Dabei kommt dem Recht eine tragende Rolle zu (unter III.A), die es rechtswissenschaftlich zu reflektieren und zu unterstützen gilt.

* Die zitierten Internetquellen wurden zuletzt überprüft am 14.4.2024.

¹ Der Begriff der Klimakrise wird im Folgenden verwendet, weil er Dringlichkeit und Gefahr der Klimaveränderungen besser zum Ausdruck bringt als der neutralere Begriff des Klimawandels; siehe dazu *E. Klinenberg/M. Araos/L. Koslov*, *Sociology and the Climate Crisis*, *Annual Review of Sociology* 46 (2020), 649, 650, im Anschluss an *D. Carrington*, *Why the Guardian is changing the language it uses about the environment*, 17.5.2019, <https://www.theguardian.com/environment/2019/may/17/why-the-guardian-is-changing-the-language-it-uses-about-the-environment>. Siehe für eine rechtswissenschaftliche Perspektive auf den Krisenbegriff *L. Khakzadeh-Leiler*, *Recht und Krise*, in: M. Aigner et al. (Hrsg.), *Recht und Krise – Tagung der Österreichischen Assistentinnen und Assistenten Öffentliches Recht* (2016), 1 ff.

Dazu bedarf es neben der Expertise und dem Engagement rechtswissenschaftlicher Akteure auch adäquater konzeptioneller Grundlagen. Zu diesen gehört das als Schnittstellengebiet und Forschungsplattform zu verstehende „Klimakrisenrecht“ (unter III.B).

II. Die Klimakrise: eine Skizze

A. Naturwissenschaftlicher Befund als Ausgangspunkt

Das Jahr 2023 war nach der Weltwetterorganisation das heißeste Jahr seit Beginn der Wetteraufzeichnungen vor 174 Jahren, und bereits die vorangegangenen acht Jahre waren die jeweils heißesten Jahre seit Messbeginn.² Nach Einschätzung des *Intergovernmental Panel on Climate Change* (IPCC), des sogenannten Weltklimarats, hat sich die Erde im Vergleich zur mittleren Jahrestemperatur zwischen 1850 und 1900 bereits um etwa 1,1 °C erwärmt. Je nach Szenario wird dieser Wert bis zum Ende des 21. Jahrhunderts auf 1,4 °C bis hin zu 4,4 °C ansteigen.³ Dieser Temperaturanstieg ist vor allem auf die mit Beginn der Industrialisierung einsetzende Nutzung fossiler Rohstoffe zurückzuführen, bei deren Verbrennen Kohlenstoffdioxid freigesetzt wird und in die Atmosphäre gelangt.⁴ Die Folgen dieser Erwärmung sind bereits spürbar. Sie reichen von Meereis- und Gletscherschmelzen und dem damit einhergehenden Anstieg des Meeresspiegels über das Anwachsen von Dürrezonen bis hin zu vermehrt auftretenden Extremwetterereignissen. Etliche Ökosysteme an Land und im Wasser wurden bereits stark und teils irreversibel beschädigt. Zu beobachten ist ein Verlust an Nahrungs- und Wasserversorgungssicherheit ebenso wie die Zunahme gesundheitlicher Risiken für den Menschen.⁵ Es bestehen keine Zweifel, dass sich diese Auswirkungen mit zunehmender Erwärmung weiter

² Danach lag die durchschnittliche Temperatur bis Oktober etwa 1,4 °C über der mittleren Jahrestemperatur zwischen 1850 und 1900; siehe zum Ganzen *World Meteorological Organization*, Provisional State of the Global Climate (2023), 1.

³ IPCC, Climate Change 2023 – Synthesis Report: Summary for Policymakers (2023), A.1.1, B.1.1.

⁴ CO₂ wird neben anderen Gasen wie Methan, Lachgas oder Fluorkohlenwasserstoffen (FCKW) und Wasserdampf als Treibhausgas bezeichnet, da es dafür sorgt, dass die von der Erde ausgehende Strahlung wie in einem Gewächshaus zurück reflektiert wird. Dies hat den Effekt, dass mit steigender CO₂-Konzentration in der Atmosphäre die globale Durchschnittstemperatur zunimmt. Die erwärmende Wirkung des CO₂ ist in der Wissenschaft bereits seit mehr als hundert Jahren anerkannt. Spätestens seit den 1990er Jahren besteht allgemeiner Konsens in den Klimawissenschaften, dass der Mensch durch seinen CO₂-Ausstoß für die Erwärmung verantwortlich ist; siehe zum Ganzen S. Rahmstorf/H. Schellnhuber, Der Klimawandel (9. Aufl., 2019), 29 ff.

⁵ Zu den bereits eingetretenen Folgen der Klimakrise siehe IPCC (Fn. 3), A.2.

verstärken werden,⁶ wobei zahlreiche Wechselwirkungen bestehen und das Erreichen sogenannter Kipppunkte besonders gravierende Folgen haben wird. Worst-Case-Szenarios reichen bis hin zu einem möglichen Aussterben der Menschheit,⁷ sind bislang allerdings wenig erforscht.⁸

Regional fallen die Auswirkungen der Klimakrise in Art und Intensität sehr unterschiedlich aus, wobei der globale Süden insgesamt stärker betroffen ist.⁹ Gleichwohl geht die Klimakrise auch an den Staaten Nordamerikas und Europas nicht vorbei. Die Bundesrepublik Deutschland stellt insoweit keine Ausnahme dar. Laut der *World Weather Attribution* hat sich die Wahrscheinlichkeit für Starkregen, wie derjenige, der im Juli 2021 zur Flutkatastrophe im Ahrtal geführt hat, durch die Klimakrise um das 1,2- bis 9-Fache erhöht.¹⁰ In den letzten Jahren waren hierzulande neben Starkregen und Überschwemmungen zudem vermehrt Hitze- und Dürreperioden zu beobachten, die zahlreiche Menschen an Leib und Leben geschädigt haben. Extreme Hitze ist daneben ein zentraler Faktor für häufigere Waldbrände und Ertragseinbußen in der Landwirtschaft.¹¹

Angesichts des wissenschaftlichen Konsenses über Gründe und Folgen der Erderwärmung besteht heute weitgehende Einigkeit, dass die Bekämpfung der Klimakrise eine epochale Herausforderung für die Menschheit darstellt. Zur Größe der Aufgabe kommt erschwerend der zeitliche Handlungsdruck hinzu. Nach Einschätzung des IPCC schließt sich bereits das Zeitfenster, in dem eine lebenswerte und nachhaltige Zukunft für alle gesichert werden kann. Die in diesem Jahrzehnt getroffenen Entscheidungen und durchgeführten Maßnah-

⁶ Zu zukünftigen Folgen siehe IPCC (Fn. 3), A.2.; zu Kipppunkten siehe B.3.2.

⁷ Die ökologische Krise als erste existenzgefährdende Krise der Menschheit bezeichnend V. Hösle, *Praktische Philosophie in der modernen Welt* (1995), 166 f.

⁸ Siehe dazu L. Kemp et al., *Climate Endgame: Exploring Catastrophic Climate Change Scenarios*, *Proceedings of the National Academy of Sciences – PNAS* 119 (2022).

⁹ Siehe dazu den Globalen Klima-Risiko-Index der Umweltorganisation Germanwatch, abrufbar unter https://www.germanwatch.org/sites/default/files/Global%20Climate%20Risk%20Index%202021_2.pdf.

¹⁰ F. Kreienkamp et al., *Rapid attribution of heavy rainfall events leading to the severe flooding in Western Europe during July 2021*, abrufbar unter <https://www.worldweatherattribution.org/wp-content/uploads/Scientific-report-Western-Europe-floods-2021-attribution.pdf>.

¹¹ Durch die Klimakrise hervorgerufene gesundheitliche Gefährdungen haben ihren Grund nicht nur in den gestiegenen Temperaturen selbst, sondern werden auch durch die Zunahme von Pollenallergien, von Hautkrebserkrankungen infolge von UV-Strahlung, von Herz-Kreislauf- und Atemwegserkrankungen durch Luftschadstoffe sowie durch die Zunahme von Infektionskrankheiten hervorgerufen. Siehe ausführlich zu Klimawandelfolgen in Deutschland den Monitoringbericht 2023 zur Deutschen Anpassungsstrategie an den Klimawandel des Umweltbundesamts, abrufbar unter <https://www.umweltbundesamt.de/publikationen/monitoringbericht-2023>.

men werden sich – so der Weltklimarat – nicht nur jetzt, sondern in den nächsten Jahrzehnten, Jahrhunderten und gar Jahrtausenden auswirken.¹²

B. Politische Schlussfolgerung: die Notwendigkeit einer „Großen Transformation“

Diese Bestandsaufnahme zusammen mit der Beobachtung weiterer tiefgreifender und anthropogen verursachter Eingriffe in das Erdsystem¹³ haben Teile der Wissenschaft nicht nur dazu veranlasst, mit dem Anthropozän ein neues Erdzeitalter auszurufen.¹⁴ Vielmehr wird heute im Anschluss an ein im Jahr 2011 veröffentlichtes Gutachten des Wissenschaftlichen Beirats der Bundesregierung Globale Umweltveränderungen (WBGU) ganz überwiegend davon ausgegangen, dass es der „Großen Transformation“¹⁵ hin zu einer nachhaltigen Gesellschaft bedarf, um die Klimakrise zu bewältigen.¹⁶

Den Transformationsimpuls aufgreifend haben auch die politischen Entscheidungsträgerinnen und -träger in Brüssel und Berlin ambitionierte Programme zum klimaverträglichen Umbau von Staat, Gesellschaft und Wirtschaft aufgelegt. So hat es sich die Europäische Union mit dem *European Green Deal* zur Aufgabe gemacht, bis zum Jahr 2050 der erste klimaneutrale Kontinent zu werden. Dazu wurde das „Fit für 55“-Paket verabschiedet, womit zunächst die Emissionen bis 2030 um 55 % gesenkt werden sollen. Es umfasst neben der Weiterentwicklung des CO₂-Bepreisungssystems Maßnahmen zur Umgestaltung sämtlicher Wirtschaftszweige ebenso wie einen Klima-Sozialfonds, der finanziell schwächer gestellte Bürgerinnen und Bürger ebenso wie kleinere Unternehmen beim ökologischen Wandel unterstützen soll. Im Ein-

¹² IPCC (Fn. 3), C.1.

¹³ Zu diesen Eingriffen zählen die fortschreitende Urbanisierung, der übermäßige Verbrauch natürlicher Ressourcen, die Vernichtung von Arten und ihrer Lebensräume sowie die Vermüllung der Ozeane.

¹⁴ Begriff und These des Anthropozäns gehen zurück auf P. Crutzen/E.F. Stoermer, The „Anthropocene“, IGBP Newsletter 41 (2000), 17 f.; siehe auch P. Crutzen, Geology of Mankind, Nature 415 (2002), 23 ff.; siehe dazu aus rechtswissenschaftlicher Perspektive J. Kersten, Das Anthropozän-Konzept: Kontrakt – Komposition – Konflikt (2014), passim.

¹⁵ Der Begriff der „Großen Transformation“ wird vom WBGU in Anlehnung an die beiden fundamentalen Transformationen der Weltgeschichte verwendet, namentlich die Neolithische Revolution, die Ackerbau und Viehzucht hervorgebracht hat, sowie die Industrielle Revolution, die den Übergang von der Agrar- zur Industriegesellschaft markiert und die K. Polanyi in seinem gleichnamigen, 1944 erschienenen Buch als „Great Transformation“ bezeichnet hat; siehe WBGU, Welt im Wandel – Gesellschaftsvertrag für eine Große Transformation (2011), 2, 5, abrufbar unter https://www.wbgu.de/fileadmin/user_upload/wbgu/publikationen/hauptgutachten/hg2011/pdf/wbgu_jg2011.pdf.

¹⁶ WBGU (Fn. 15), 8; siehe zur seitdem entstandenen sogenannten Transformationsforschung Umweltbundesamt, Transformationsforschung – Definitionen, Ansätze, Methode (2017), abrufbar unter <https://www.umweltbundesamt.de/publikationen/transaktionsforschung>.

zelen soll etwa der Verkehr nachhaltiger gestaltet – unter anderem, indem auch ländliche und abgelegene Regionen Zugang zu klimaverträglicher Mobilität erhalten – und die Produktion sauberer Technologien gefördert werden. Im Stromsektor soll der Anteil erneuerbarer Energien bis zum Jahr 2030 42,5 % betragen. Schließlich sind auch Maßnahmen in den Bereichen Gebäudesanierung und Biodiversität vorgesehen.¹⁷

Spezifisch für die Bundesrepublik Deutschland finden sich ähnlich ambitionierte Ziele in der von der Bundesregierung noch unter *Angela Merkel* im Jahr 2021 verabschiedeten Deutschen Nachhaltigkeitsstrategie,¹⁸ die sich sowohl an den beschriebenen unionalen Vorgaben orientiert als auch an der „Agenda 2030 für nachhaltige Entwicklung“ der Vereinten Nationen aus dem Jahr 2016, die mit ihren 17 Zielen einen globalen Plan zur Förderung nachhaltigen Friedens und Wohlstands und zum Schutz des Planeten skizziert.¹⁹ Die Deutsche Nachhaltigkeitsstrategie sieht Maßnahmen in sechs verschiedenen Transformationsbereichen vor.²⁰ Im Bereich Energiewende und Klimaschutz wird die Halbierung des Energieverbrauchs und Treibhausgasneutralität bis zum Jahr 2050 angestrebt. Die Wirtschaft soll zu einer Kreislaufwirtschaft umgestaltet werden, was unter anderem mit einer Entkoppelung von Treibhausgasemissionen und Wirtschaftswachstum, mit der Umgestaltung des individuellen Konsums und der Wertschöpfungsmuster, mit Ressourceneffizienz, nachhaltigen Lieferketten und der Vermeidung sowie der verantwortungsvollen Entsorgung von Abfällen einhergeht. Ein weiterer Bereich zielt auf die emissionsreichen Sektoren Bauen und Verkehr. Der für etwa 40 % der Emissionen verantwortliche Gebäudesektor soll energieeffizienter und klimaneutral werden, indem Ressourcen geschont und nachwachsende Rohstoffe verwendet werden. Auch ist eine Reduzierung des Flächenverbrauchs vorgesehen. Die Verkehrswende soll vor allem durch die CO₂-Bepreisung unterstützt und dadurch technologische Innovationen und Entwicklungen im Bereich alternative Antriebstechnologien und Kraftstoffe gefördert werden. Agrar- und Ernährungssysteme sollen nachhaltig umgestaltet und gleichzeitig die Versorgung der Bevölkerung mit einer Vielfalt an sicheren, gesunden und erschwinglichen Lebensmitteln sichergestellt werden. Schließlich führt die Deutsche Nachhaltigkeitsstrategie

¹⁷ *EU-Kommission*, Mitteilung der Kommission an das Europäische Parlament, den Europäischen Rat, den Rat, den Europäischen Wirtschafts- und Sozialausschuss und den Ausschuss der Regionen. Der europäische Grüne Deal, 11.12.2019, COM (2019) 640 final; siehe dazu statt aller *M. Burgi*, Klimaverwaltungsrecht angesichts von BVerfG-Klimabeschluss und European Green Deal, NVwZ 2021, 1401, 1402 f.

¹⁸ *Bundesregierung*, Deutsche Nachhaltigkeitsstrategie – Weiterentwicklung 2021 (2021), abrufbar unter <https://www.bundesregierung.de/resource/blob/975274/1873516/9d73d857a3f7f0f8df5ac1b4c349fa07/2021-03-10-dns-2021-finale-langfassung-barrierefrei-data.pdf?download=1>.

¹⁹ Siehe *Vereinte Nationen*, Agenda 2030 (2016), abrufbar unter <https://unric.org/de/17ziele/>.

²⁰ Siehe zum Ganzen eingehend *Bundesregierung* (Fn. 18), 49 ff.

als Ziel noch eine schadstofffreie Umwelt als Grundlage für Gesundheit und Wohlergehen an.

Die 17 Nachhaltigkeitsziele der Vereinten Nationen dienen auch den Koalitionspartnern aus SPD, Bündnis 90/Die Grünen und FDP als Vorlage für ihren Koalitionsvertrag,²¹ der das Regierungsprogramm in fünf Bereiche strukturiert. Für den Wirtschaftsbereich wird der Industrie eine zentrale Rolle bei der Transformation zugesprochen, insbesondere der Automobilindustrie, die vor allem beim Wandel hin zur Elektromobilität unterstützt werden soll, damit 2030 das Ziel von mindestens 15 Millionen vollelektrischen Pkw erreicht werden kann. Dazu soll unter anderem die Ladesäuleninfrastruktur ausgebaut und die Forschung an neuen, nachhaltigen Batterie-Generationen gefördert werden. Ziele im Bereich Umwelt- und Naturschutz sollen vor allem durch die Weiterentwicklung der Deutschen Nachhaltigkeitsstrategie und anderer Maßnahmenprogramme sowie die Erhöhung deren Verbindlichkeit erreicht werden. Teilbereiche sind hier Naturschutz und Biodiversität, Klima-, Meeres-, Wasser- und Bodenschutz, Luftreinhaltung, Chemikalienpolitik, Kreislaufwirtschaft sowie die Klimaanpassung. Auch im Bereich Landwirtschaft und Ernährung sind zahlreiche Maßnahmen vorgesehen. Der Mobilitätsbereich soll dekarbonisiert werden, indem unter anderem der Öffentliche Personennah- und -fernverkehr ausgebaut werden. Wichtige Veränderungen stehen schließlich im Bereich Klima, Energie und Transformation an. Das Klimaschutzgesetz soll angepasst werden, die erneuerbaren Energien sollen bis zum Jahr 2030 80 % des Stroms ausmachen. Dafür wird die Beschleunigung von Planungs- und Genehmigungsverfahren für Windenergie und Photovoltaik sowie ein beschleunigter Netzausbau für notwendig erklärt.²²

Einige der hochgesteckten Ziele wurden in den letzten Jahren bereits erreicht.²³ So verdrängt in Deutschland etwa der Ausbau der erneuerbaren Energien zunehmend fossile Energieträger und trägt damit wesentlich zur Reduk-

²¹ Mehr Fortschritt wagen. Bündnis für Freiheit, Gerechtigkeit und Nachhaltigkeit. Koalitionsvertrag zwischen SPD, Bündnis 90/Die Grünen und FDP (2021). Zum Folgenden siehe 25 ff., 36 ff., 48 ff., 54 ff.

²² Der Netzausbaubedarf beläuft sich laut Bundesnetzagentur auf rund 14.000 km Hochspannungsleitungen: *Bundesnetzagentur*, Stromnetzausbau – Stand der Genehmigungsverfahren der Bundesnetzagentur (2024), abrufbar unter https://www.netzausbau.de/SharedDocs/Downloads/DE/Monitoringberichte/Netzausbauprognose/Netzausbauprognose.pdf?__blob=publicationFile. Zum Ausbau von Photovoltaikanlagen siehe *M. Kment/T. Buck*, S. 365 ff., zur Beschleunigung des Ausbaus von Höchstspannungsleitungen *A. Decker*, S. 383 ff., in diesem Band.

²³ Was genau und inwieweit lässt sich mit dem Koalitionstracker von FragDenStaat verfolgen: <https://fragdenstaat.de/koalitionstracker/>; zudem erstellt die Bundesregierung nach § 10 Abs. 1 S. 1 KSG jährlich einen Klimaschutzbericht, in dem sie über die Fortschritte beim Klimaschutz Auskunft gibt; siehe den aktuellen Klimaschutzbericht 2022: https://www.bmwk.de/Redaktion/DE/Downloads/Energie/klimaschutzbericht.pdf?__blob=publicationFile&v=6.

tion der Treibhausgasemissionen bei.²⁴ Die für rund die Hälfte der Genehmigungsverfahren für den Netzausbau zuständige Bundesnetzagentur hat zwar bislang erst die Verfahren für 1.300 km neue Leitungen abgeschlossen, ein deutlicher Anstieg der Genehmigungen ist aber ab Mitte 2024 absehbar.²⁵ Auch der Anteil vollelektrischer Pkw war in Deutschland im Jahr 2023 mit 2,1 % weiterhin gering, hat sich jedoch im Vergleich zu 2020 bereits versiebenfacht. Bei den Neuzulassungen zeichnet sich mit einem Anteil von 17,7 % bereits ein klarer Trend hin zur Elektromobilität ab.²⁶ Weitere Beispiele ließen sich müheelos nennen.

Nichtsdestotrotz reichen die bislang ergriffenen Maßnahmen nicht aus, um die im Klimaschutzgesetz gesteckten Ziele zu erreichen.²⁷ Der aktuelle Projektionsbericht des Umweltbundesamtes kommt gar zum Ergebnis, dass die Minderungszielvorgaben des Bundesklimaschutzgesetzes bis 2030 mit den bisher beschlossenen Maßnahmen deutlich verfehlt werden.²⁸ Da es derzeit weltweit keinen einzigen Staat gibt, der bereits ausreichende Maßnahmen ergriffen hat, um den Pariser Klimazielen gerecht zu werden,²⁹ sprengen die prognostizierten Treibhausgasemissionen das für die Erreichung des in Paris vereinbarten 1,5 °C-Ziels vorhandene CO₂-Budget.³⁰

C. Gesellschaftliche Reaktionen auf die ergriffenen Transformationsbemühungen

Der beschriebene Status der politischen Transformationsbemühungen wird in der Bevölkerung kritisch bewertet, allerdings aus disparaten Gründen. Während Teilen der Bevölkerung die bisherigen, mit gigantischen staatlichen Investitionen sowie zahlreichen Freiheitseingriffen verbundenen Maßnahmen bereits deutlich zu weit gehen, beklagen andere Teile der Bevölkerung eine

²⁴ *Umweltbundesamt*, Emissionsbilanz erneuerbarer Energieträger. Bestimmung der vermiedenen Emissionen im Jahr 2022 (2023), 15, abrufbar unter <https://www.umweltbundesamt.de/publikationen/emissionsbilanz-erneuerbarer-energetraeger-2022>.

²⁵ *Bundesnetzagentur* (Fn. 22).

²⁶ Siehe dazu <https://www.adac.de/news/pkw-bestand-deutschland/>.

²⁷ Dies einräumend *Bundesregierung*, Klimaschutzbericht 2022 (Fn. 23), 2, 6 ff.

²⁸ *Umweltbundesamt*, Projektionsbericht 2023 für Deutschland (2023), 5, abrufbar unter <https://www.umweltbundesamt.de/publikationen/projektionsbericht-2023-fuer-deutschland>; zu ähnlichen Ergebnissen gelangen die Berichte des Expertenrats für Klimafragen; siehe insbesondere das Zweijahresgutachten 2022. Gutachten zu bisherigen Entwicklungen der Treibhausgasemissionen, Trends der Jahresemissionsmengen und Wirksamkeit von Maßnahmen (2022), sowie den Prüfbericht zur Berechnung der deutschen Treibhausgasemissionen für das Jahr 2022. Prüfung und Bewertung der Emissionsdaten gemäß § 12 Abs. 1 Bundes-Klimaschutzgesetz (2023). Die Gutachten und Berichte sind abrufbar unter <https://www.expertenrat-klima.de>.

²⁹ Zur Performance der einzelnen Staaten existieren verschiedene Tracker, siehe insbesondere <https://ccpi.org/> und <https://climateactiontracker.org/>.

³⁰ *IPCC* (Fn. 3), B.5.

ineffektive Klimapolitik. Viele machen auch von ihrer Versammlungsfreiheit Gebrauch und gehen für eine ambitioniertere Klimapolitik auf die Straße, wie etwa die Bewegung Fridays-for-Future, andere freilich, um gegen aus ihrer Sicht zu weitgehende Transformationsmaßnahmen zu protestieren, wie man am Beispiel der bundesweiten Demonstrationen gegen das „Heizungsgesetz“ sehen konnte.³¹

Einzelne setzen ganz grundsätzlich an, indem sie etwa für ein neues, klimaverträgliches Freiheitsverständnis³² plädieren oder, wenn sie nicht gleich die Geeignetheit der Demokratie als Herrschaftsform zur Bewältigung der Klimakrise prinzipiell infrage stellen, zumindest grundlegende institutionelle Reformen verlangen.³³ Eine kleine Gruppe sieht angesichts der zögerlichen Klimapolitik sogar die Notwendigkeit für Aktionen zivilen Ungehorsams, um ihren Forderungen nach mehr Klimaschutz Ausdruck zu verleihen. Dazu gehört die ursprünglich aus Großbritannien stammende Gruppe „Extinction Rebellion“, besonders prominent in Deutschland ist aber die „Letzte Generation“, die Politik und Gesellschaft vor allem durch Straßenblockaden zum Handeln bewegen will. Hierfür erntet die Gruppe viel Kritik,³⁴ hat gleichzeitig jedoch gesellschaftliche, politische und wissenschaftliche Debatten über die Rechtfertigung solcher Aktionen ebenso wie über den Umgang mit zivilem Ungehorsam in der Demokratie losgetreten.³⁵

³¹ Gemeint ist die Novelle zum Gebäudeenergiegesetz, die am 1.1.2024 in Kraft getreten ist. Siehe BGBl. I 2023, Nr. 280. Siehe zur ungleich folgenreicheren und bislang weitgehend der öffentlichen Aufmerksamkeit entgangenen Reform der unionsrechtlichen Gebäuderichtlinie *W. Franz*, EU-„Heizungsgesetz“: eigentumsrechtliche und soziale Grenzen des Klimaschutzes, EuR 2023, 417 ff.

³² Siehe jüngst etwa *P. Lepenies*, Verbot und Verzicht: Politik aus dem Geiste des Unterlassens (2022); kritisch dazu sowie eingehend zur Freiheit in der Klimakrise der Beitrag von *J.F. Lindner*, S. 99 ff., in diesem Band.

³³ Siehe zur Frage, ob Demokratien mit der Klimakrise effektiv umgehen können, etwa *D. Fiorino*, Can Democracy Handle Climate Change? (2018), sowie den Beitrag von *R. Schmidt/S. Borchert*, S. 85 ff., in diesem Band.

³⁴ Laut einer Civey-Umfrage lehnen 79 % der Deutschen die Aktionen ab, <https://www.spiegel.de/politik/deutschland/letzte-generation-grosse-mehrheit-der-deutschen-lehnt-proteste-ab-umfrage-a-2d516a58-b12d-4f92-84e4-27aaa16e2a38>. Weitere Umfragen kommen zu ähnlichen Ergebnissen, siehe z.B. <https://www.ndr.de/ndrfragt/Umfrage-Letzte-Generation-geht-Mehrheit-zu-weit,ergebnisse1158.html>, <https://www.tagesschau.de/inland/innenpolitik/klima-proteste-umfrage-aktivisten-letzte-generation-100.html>.

³⁵ Siehe beispielhaft *M. Bönnemann* (Hrsg.), Kleben und Haftens – Ziviler Ungehorsam in der Klimakrise (2023), sowie die Beiträge von *S. Behrendt*, S. 145 ff., *J. Kaspar*, S. 165 ff., *M. Kubiciel*, S. 191 ff. und *L. Patros/A. Pollithy*, S. 217 ff., in diesem Band.

III. Das Recht und die Klimakrise

A. Die Rolle des Rechts in der Klimakrise

Dem Recht kam in den Debatten um die Klimakrise bisher keine größere Relevanz zu.³⁶ Doch wandelt sich dies seit kurzem grundlegend.³⁷ Klimapolitische Fragestellungen werden nicht nur in der Gesellschaft mit „zunehmender Intensität und steigender Konfliktbereitschaft“ diskutiert, sondern beschäftigen auch immer stärker Gesetzgeber, Behörden und Gerichte.³⁸ Die Rolle, die das Recht dabei spielt, wird unterschiedlich bewertet. Während sie manche marginalisieren und Juristinnen und Juristen lediglich eine Hilfestellung bei der rechtstechnischen Umsetzung klimapolitischer Vorstellungen in rechtliche Formen attestieren,³⁹ weisen andere darauf hin, dass rechtliche Argumente entscheidenden Einfluss auf die Substanz internationaler und nationaler Klimapolitik haben.⁴⁰ Häufig wird dieser Einfluss freilich dezidiert negativ bewertet. Das Recht wird als Hemmnis für als notwendig erachtete klimapolitische Maßnahmen angesehen und für die Ineffektivität politischen Handelns in der Klimakrise (mit-)verantwortlich gemacht.⁴¹ Und in der Tat hat das Recht für die Klimakrisenbekämpfung nicht nur eine ermöglichende Funktion. Materielles und Verfahrensrecht strukturieren, verlangsamen und begrenzen klimapolitisches Handeln auch,⁴² jedoch nicht selbstzweckhaft, sondern aus guten Gründen. Zwar ist das Ziel – die Bekämpfung der Klimakrise – unumstritten. Auf dem Weg dorthin besteht die zentrale juristische Herausforderung freilich darin, den Klimabelang in den unzähligen zu treffenden Entscheidungen mit anderen, ebenfalls legitimen Interessen abzustimmen.⁴³ Das Recht spielt insoweit

³⁶ Siehe seinerzeit noch ein fehlendes Interesse der Rechtswissenschaft an der „rechtlichen Organisation des biologischen Überlebens des Menschen“ beklagend *E. Rehlinger*, Grundfragen des Umweltrechts, ZRP 1970, 250, 251.

³⁷ So bereits die Diagnose von *M. Mehling*, Editorial, Carbon and Climate Law Review 1 (2007), 2, 2.

³⁸ *M. Rodi/S. Schäfer-Stradowsky*, Zum ersten Geburtstag der Klima und Recht, KlimR 2023, Editorial.

³⁹ Eine auf die Umsetzung von Klimapolitik beschränkte Rolle von Recht und Rechtswissenschaft beschreibt etwa *P. Hilbert*, Resilientes Klimarecht, EuRUP 2022, 408, 408. Analysierend zu dieser Wahrnehmung *M. Mehling*, The Comparative Law of Climate Change: A Research Agenda, Review of European Community & International Environmental Law 24 (2015), 341, 344.

⁴⁰ Vgl. etwa *Mehling* (Fn. 37), 2.

⁴¹ Siehe dazu *Mehling* (Fn. 39), 344.

⁴² Siehe zur ambivalenten Rolle des Rechts im Kontext der Klimaanpassung *J. McDonald/P. McCormack*, Rethinking the Role of Law in Adapting to Climate Change, WIREs Climate Change 12 (2021), e726, 2.

⁴³ Vgl. *M. Klopfer/J.-L. Wiedman*, Die Architektur des deutschen Klimaschutzrechts, EurUP 2022, 304, 305.

eine wichtige Rolle als Forum für die Vermittlung zwischen unterschiedlichen Akteurinnen und Akteuren in der Klimapolitik,⁴⁴ stellt es doch Verfahren und Instrumente bereit, um die jeweils berührten Interessen herauszuarbeiten und Interessenkonflikte aufzulösen.⁴⁵ Da das Recht in verfassungsstaatlichen Demokratien zudem „the most robust expression of collective will“ darstellt, tragen Verrechtlichung und rechtliche Auflösung der zwangsläufig entstehenden Interessenkonflikte in der Klimakrise letztlich auch dazu bei, dass die gesellschaftliche Akzeptanz der Klimapolitik zunimmt.⁴⁶ Hinzu kommt noch ein weiterer Aspekt zur Rolle des Rechts in der Klimakrise: Gerichtliche Verfahren werden von Klägern bewusst als Forum genutzt, um auf Defizite in Klimapolitik und im Klimakrisenrecht⁴⁷ hinzuweisen, mit dem Ziel gesellschaftliche Diskussionen anzustoßen und auf diese Weise zu beeinflussen, wie die erwähnten Interessenkonflikte aufzulösen sind.⁴⁸

B. Die Rechtswissenschaft und die Klimakrise

Die rechtswissenschaftliche Beschäftigung mit der Klimakrise steht selbst im dritten Jahrzehnt des 21. Jahrhunderts noch eher am Anfang.⁴⁹ Im letzten Jahrzehnt hat die notwendige Auseinandersetzung mit der Klimakrise und konkret mit Fragenstellungen wie Klimaschutz, Klimaanpassung und Klimagerechtigkeit⁵⁰ aber rapide zugenommen.⁵¹ Ausweis dessen sind die Vielzahl veröffentlichter Monographien, Handbücher und Sammelbände zum Thema,⁵² mehrere

⁴⁴ J. Peel, *Climate Change Law: The Emergence of a New Legal Discipline*, Melbourne University Law Review 32 (2008), 922, 927.

⁴⁵ Mehling (Fn. 39), 345.

⁴⁶ So überzeugend Mehling (Fn. 39), 345. Hierzu auch der Beitrag von Schmidt/Borchert, S. 85 ff., in diesem Band.

⁴⁷ Zum Begriff des Klimakrisenrechts siehe unten S. 16 ff.

⁴⁸ Siehe dazu Behrendt, S. 145 ff., Kaspar, S. 165 ff., Kubiciel, S. 191 ff., S. Lorenzmeier, S. 243 ff., T. Lutz, S. 273 ff. und L. Hübner, S. 289 ff., in diesem Band.

⁴⁹ Abgesehen von einzelnen Ausnahmen finden sich systematische Darstellungen zum Klimarecht (unter Verwendung unterschiedlicher Begrifflichkeiten) erst seit Mitte der 2000er Jahre. Lehrveranstaltungen zum Klimarecht folgten einige Jahre später; siehe dazu aus vergleichender Perspektive B. Mayer/A. Zahar, Introduction, in: dies. (Hrsg.), *Debating Climate Law* (2021), 1, 1 f.

⁵⁰ Siehe zur Schaffung von Klimagerechtigkeit als Aufgabe des Rechts *Umweltbundesamt*, *Ambitionierter Klimaschutz: Fallstricke und Bedingungen des Gelingens* (2023), 13; im Anschluss daran auch A. Klafki, *Klimaschutzrecht und Klimagerechtigkeit*, *Die Verwaltung* 56 (2023), 179, 191 f.

⁵¹ Vgl. bereits Mayer/Zahar (Fn. 49), 3.

⁵² Siehe für die drei genannten Genres aus der englischsprachigen Literatur etwa C. Wold/D. Hunter/M. Powers, *Climate Change and the Law* (2009); R. G. Hildreth, *Climate Change Law: Mitigation and Adaptation* (2009); C. Carlarne, *Climate Change Law and Policy* (2010); H.M. Osofsky/L.K. McAllister, *Climate Change: Law and Policy* (2012); S. Farrall/T. Ahmed/D. French (Hrsg.), *Criminological and Legal Consequences of Climate Change*

jüngst aus der Taufe gehobene klimaspezifische Rechtszeitschriften⁵³ sowie etliche neugeschaffene universitäre Institute,⁵⁴ Forschungsstellen,⁵⁵ Studiengänge,⁵⁶ Vortragsreihen und Vorlesungen.⁵⁷

C. Der Status quo: Klimaschutzrecht und Klimaanpassungsrecht als Säulen des Klimarechts

Am Anfang rechtswissenschaftlicher Thematisierung der Klimakrise stand das Klimaschutzrecht, verstanden als systematisches Rechtsgebiet, das die Summe derjenigen Rechtsnormen umgreift, die das Klima vor anthropogenen Einwirkungen schützen und die Ursachen des Klimawandels abschwächen sollen („mitigation“).⁵⁸ Insoweit hat man es beim Klimaschutzrecht mit einer Quer-

(2012); M. Peeters/M. Stallworthy/J. de Cendra de Larragan, *Climate Law in EU Member States: Towards National Legislation for Climate Protection* (2012); E. Hollo/K. Kulovesi/M. Mehling (Hrsg.), *Climate Change and the Law* (2013); K. Bäckstrand/E. Lövbrand (Hrsg.), *Research Handbook on Climate Governance* (2015); H. Bulkeley, *Accomplishing Climate Governance* (2015); C. Carlarne/K.R. Gray/R. Tarasofsky (Hrsg.), *The Oxford Handbook of International Climate Change Law* (2016); D. Bodansky/J. Brunne/L. Rajamani, *International Climate Change Law* (2017); D.A. Farber/C.P. Carlarne, *Climate Change Law* (2018); D.A. Farber/M. Peeters, *Climate Change Law* (2018); konkret mit Blick auf das Klimaschutzrecht sind aus der deutschsprachigen Literatur etwa zu nennen D. Winkler, *Klimaschutzrecht* (2005); H. Schulze-Fielitz/T. Müller, *Europäisches Klimaschutzrecht* (2009); I. Härtel, *Einführung in das Klimaschutzrecht* (2009); M. Rodi (Hrsg.), *Handbuch Klimaschutzrecht* (2021); W. Frenz (Hrsg.), *Klimaschutzrecht* (2. Aufl., 2022); F. Fellenberg/A. Guckelberger (Hrsg.), *Klimaschutzrecht* (2022).

⁵³ Vgl. die englischsprachigen Journals „Climate Law“, „Carbon and Climate Law Review“ und „Journal of Environmental Law and Climate Policy“. In Deutschland sind in den vergangenen Jahren die Zeitschrift „Klima und Recht“ sowie die „Zeitschrift für materielles und prozessuales Klimaschutzrecht“ entstanden.

⁵⁴ Aus dem anglo-amerikanischen Raum sind diesbezüglich zu erwähnen das Sabin Center for Climate Change Law der Columbia Law School, das Centre for Climate Law & Governance des King's College London, das Centre for Climate Engagement Hughes Hall der University of Cambridge; das Grantham Research Institute on Climate Change and the Environment der London School of Economics, das Oxford Sustainable Law Programme der University of Oxford und das Australian Centre for Climate and Environmental Law der University of Sydney. In Deutschland kann beispielsweise das Center for Interdisciplinary Research on Energy Climate and Sustainability der Bucerius Law School genannt werden.

⁵⁵ So z.B. die Forschungsstelle für Klimarecht mit dem daran angeschlossenen LMU Klimaforum, das unter anderem die Munich Climate School veranstaltet.

⁵⁶ Siehe etwa den an der University of Edinburgh angebotenen LL.M.-Studiengang Global Environment and Climate Change Law.

⁵⁷ Siehe zum Ganzen m.w.N. etwa C. Hilson, *It's All About Climate Change, Stupid! Exploring the Relationship Between Environmental Law and Climate Law*, *Journal of Environmental Law* 25 (2013), 359, 360; R. Mitchell, *Climate Law: Accomplishments and Areas for Growth*, *Climate Law* 8 (2018), 135, 137.

⁵⁸ So die weitgehend konsentrierte Definition von K. Gärditz, *Einführung in das Klimaschutzrecht*, *JuS* 2003, 324, 324; im Anschluss daran auch H.-J. Koch, *Klimaschutzrecht*,

schnittsmaterie zu tun: Es ist nicht nur in völkerrechtlichen Abkommen und dem vergleichsweise jungen Klimaschutzgesetz niedergelegt, sondern auch und gerade in Normtexten, die verschiedenen anderen Rechtsgebieten zugeordnet sind, wie dem Energiewirtschaftsrecht und dem Baurecht.⁵⁹

Während bis heute ein, wenn nicht gar der zentrale Fokus gesellschaftlicher, politischer und rechtlicher Aufmerksamkeit auf dem Klimaschutz liegt, gilt mittlerweile als gesichert, dass die bereits bewirkten Klimaveränderungen in Gegenwart und Zukunft unabwendbare Folgen zeitigen (werden). Konsequenz dessen sind in rechtliche Formen gegossene Klimaanpassungsmaßnahmen der Politik („adaptation“).⁶⁰ In Anlehnung an die Definition des IPCC⁶¹ ist Klimaanpassung zu verstehen als der Prozess der Einstellung auf das tatsächliche oder erwartete Klima und seine Auswirkungen durch proaktive Maßnahmen, um unabwendbare (negative) Folgen für Mensch und Natur so weit wie möglich zu beschränken.⁶² Anpassungsmaßnahmen können nach dem IPCC (rein) ökologische Systeme⁶³ ebenso betreffen wie soziale bzw. sozialökologische.⁶⁴

NVwZ 2011, 641, 642; *M. Rodi*, Begriff und Charakteristika des Klimaschutzrechts, in: ders. (Fn. 52), § 1 Rn. 5; *Kloepfer/Wiedman*, (Fn. 43), 304.

⁵⁹ So *Gärditz* (Fn. 58), 325, mit weiteren Beispielen.

⁶⁰ Vgl. *R. Craig*, „Stationarity is Dead” – Long Live Transformation: Five Principles for Climate Change Adaptation Law, *Harvard Environmental Law Review* 34 (2010), 9, 14; *Y. Huang et al.*, Climate Change and the Puget Sound: Building the Legal Framework for Adaptation, *Climate Law* 2 (2011), 299, 300 und 302 f.; siehe ferner *K. Kulovesi/M. Mehling/E. Hollo*, Introduction, in: dies. (Fn. 52), 2. Eine lesenswerte soziologische Perspektive auf die Anpassungsthematik bietet *P. Staab*, Anpassung: Leitmotiv der nächsten Gesellschaft (2022).

⁶¹ Siehe *IPCC*, Klimawandel 2022 – Folgen, Anpassung und Verwundbarkeit: Zusammenfassung für die politische Entscheidungsfindung (2022), 5 mit Fn. 10.

⁶² Ähnlich *Huang et al.* (Fn. 60), 302; siehe auch *P. Hilbert*, Klimawandelanpassung durch Verwaltungsrecht, *DVBj.* 2022, 1409, 1409; *ders.*, Klimaanpassungsstrategien auf internationaler und nationaler Ebene, *ZUR* 2023, 259, 259. Der Anpassungsbegriff ist bis heute umstritten; siehe zu den Begriffskontroversen etwa *L. Nishimura*, Adaptation and Anticipatory Action: Integrating Human Rights Duties into the Climate Change Regime, *Climate Law* 12 (2022), 99, 102.

⁶³ Etwa Biodiversitätsmanagement, Agroforstwirtschaft oder nachhaltige Aquakultur und Fischerei.

⁶⁴ Die Beispiele reichen hier vom Küstenschutz und der Stadtplanung über die Wasserversorgungs-, Ernährungs- und Energiesicherheit bis hin zu Themen wie Gesundheit, (Klima-)Migration und Katastrophenschutzmanagement; siehe für weitere Beispiele *Craig* (Fn. 60), 29. Einen ähnlich übergreifenden Ansatz wählt das kürzlich beschlossene Bundes-Klimaanpassungsgesetz, das die „vorsorgende, risikobasierte Anpassung von Gesellschaft, Wirtschaft und Infrastruktur sowie Natur und Ökosystemen an die Folgen des Klimawandels in Deutschland“ zum Ziel hat; BT-Drs. 20/8764, 1; siehe dazu *P. Hilbert*, Eine gesetzliche Pflicht zur Klimaanpassung, *VerfBlog* v. 9.12.2023, abrufbar unter <https://verfassungsblog.de/eine-gesetzliche-pflicht-zur-klimaanpassung/>.

Bald nach der allgemeinen Anerkennung der Klimaanpassungsnotwendigkeit wurde der betreffende, rasant größer werdende Rechtsbestand⁶⁵ mit dem Begriff des Klimaanpassungsrechts terminologisch gefasst.⁶⁶ Das Klimaanpassungsrecht ist rechtswissenschaftlich zwar weiterhin deutlich weniger erforscht als das Klimaschutzrecht,⁶⁷ allerdings hat die wissenschaftliche Konturierung und dogmatische Durchdringung dieses Rechtsgebiets⁶⁸ in den vergangenen Jahren deutliche Fortschritte gemacht. Ähnlich wie das Klimaschutzrecht handelt es sich auch beim Klimaanpassungsrecht um eine Querschnittsmaterie, deren rechtliche Grundlagen sich in verschiedenen Normtexten finden.⁶⁹ Auch wenn durchaus inter- und supranationale Vorgaben zur Klimaanpassung existieren, ist das Klimaanpassungsrecht deutlich stärker durch das nationale (Verwaltungs-)Recht geprägt als das Klimaschutzrecht, tragen die zu bewältigenden Herausforderungen und damit die zu ergreifenden Maßnahmen doch regelmäßig ortsspezifischen Charakter.⁷⁰

Heute sind Klimaschutz und Klimaanpassung als die beiden zentralen Säulen des seinerseits einen Querschnittscharakter aufweisenden⁷¹ Klimarechts weitgehend anerkannt.⁷² Bei ihnen handelt es sich um zu unterscheiden-

⁶⁵ Zur erwartbaren weiteren Bedeutungszunahme des Klimaanpassungsrechts siehe etwa *McDonald/McCormack* (Fn. 42), e726, 13.

⁶⁶ Siehe etwa *J. Saurer*, Klimaanpassung im Mehr-Ebenen-System des Rechts, NuR 2022, 513, 517; zuvor bereits *M. Kment*, Anpassung an den Klimawandel: Internationaler Rahmen, europäische Strategische Adaptionsprüfung und Fortentwicklung des nationalen Verwaltungsrechts, JZ 2010, 62 ff.; siehe dazu eingehend *S. Klepp/L. Chavez-Rodriguez* (Hrsg.), *A Critical Approach to Climate Change Adaptation: Discourses, Policies, and Practices* (2018); siehe zur Abhängigkeit des Klimaanpassungsrechts von der jeweiligen Rechtskultur *E. Hoddy et al.*, Legal Culture and Climate Change Adaptation: An Agenda for Research, WIREs Climate Change 14 (2023), e825, 1 ff.

⁶⁷ Siehe für Gründe dafür im Kontext des Umweltrechts etwa *Hilson* (Fn. 57), 368. Siehe bereits eingehend zum Klimaanpassungsrecht *C. Fischer*, Grundlagen und Grundstrukturen eines Klimawandelanpassungsrechts (2013), passim.

⁶⁸ Siehe zur internationalen Diskussion darüber, ob es sich beim Klimaanpassungsrecht um ein eigenständiges Rechtsgebiet handelt, etwa *Mayer/Zahar* (Fn. 49), 11.

⁶⁹ Vgl. *Hilbert*, Klimawandelanpassung (Fn. 62), 1409.

⁷⁰ Vgl. *Peel* (Fn. 44), 951; siehe zur besonderen Komplexität der Klimaanpassungsregulierung etwa *Craig* (Fn. 60), 15.

⁷¹ Vgl. *Mehling* (Fn. 39), 349.

⁷² Vgl. etwa *Peel* (Fn. 44), 977; *F. Sailer*, Klimaschutzrecht und Umweltenergierecht – Zur Systematisierung beider Rechtsgebiete, NVwZ 2011, 718, 720; *Farber/Peeters*, The emergence of global climate law, in: dies. (Fn. 52), 687, 688; *Hilbert* (Fn. 39), 408 f.; *ders.*, Klimaanpassungsstrategien (Fn. 62), 259. Siehe zum Vorschlag, zwischen Klimaschutzrecht und Klimawandelfolgenrecht zu unterscheiden, wobei das Klimaanpassungsrecht als „ein auf das Umwelt- und Planungsrecht fokussierter Teilrechtsbereich des Klimawandelfolgenrechts“ verstanden wird, den Beitrag von *S. Fontana*, S. 27 ff., in diesem Band; ähnlich zuvor bereits *Gärditz* (Fn. 58), 329.

de,⁷³ aber letztlich komplementäre Modi der Klimakrisenbekämpfung, das heißt, (nur) zusammen können sie die Klimakrise und ihre Auswirkungen effektiv adressieren.⁷⁴ Zu ihrer Komplementarität tritt schließlich noch ihre Interdependenz hinzu: Sie bedingen sich gegenseitig, weil der Bedarf nach Klimaanpassung vom Ausmaß des Klimaschutzes abhängt, während der Bedarf an Klimaschutz seinerseits von den politischen und gesellschaftlichen Potenzialen abhängig ist, negative Auswirkungen der Klimaveränderungen durch Anpassungsmaßnahmen zu verhindern.⁷⁵

D. The way forward: Das Klimakrisenrecht

Die skizzierte rechtswissenschaftliche Konzeptionalisierung des Verhältnisses von Recht und Klima gilt es angesichts der zu bewältigenden Transformationsherausforderungen weiterzuentwickeln. Konkret schlagen wir vor, das sich aus Klimaschutzrecht und (weitverstandenem) Klimaanpassungsrecht zusammensetzende *Klimarecht im engeren Sinne* als Teilmenge des *Klimarechts im weiteren Sinne* zu verstehen, für das wir den Begriff „Klimakrisenrecht“ vorschlagen. Zum Klimarecht im engeren Sinne sind danach ausschließlich rechtliche Regelungen zu zählen, welche die Ursachen oder Folgen der Klimakrise explizit adressieren oder berücksichtigen. Insoweit ließe sich alternativ auch von „direktem“ Klimarecht sprechen. Das Klimakrisenrecht (Klimarecht im weiteren Sinne) umfasst darüber hinaus auch „indirektes“ Klimarecht und damit Vorschriften, die deshalb „Klimarelevanz“ entfalten, weil ihre Anwendung Auswirkungen auf Klimaschutz oder Klimaanpassung sowie auf die staatlicherseits verfolgte Klimapolitik haben, ohne dass dies in ihrem Normtext angelegt oder auch nur vom Normgeber berücksichtigt worden wäre.⁷⁶ Beispiele für entsprechendes indirektes Klimarecht reichen vom Delikts-, Vertrags-, Gesellschafts-, Sachen- und Versicherungsrecht über das allgemeine und besondere Strafrecht bis hin zu Teilbereichen des Verfassungsrechts, des Steuer-

⁷³ Zur Notwendigkeit der Unterscheidung zwischen Klimaschutzrecht und Klimaanpassungsrecht siehe etwa Rodi (Fn. 58), § 1 Rn. 6.

⁷⁴ Ähnlich R. Ismer, Klimaschutz als Rechtsproblem (2014), 33 f.; Hilbert, Klimaanpassungsstrategien (Fn. 62), 259.

⁷⁵ So zu Recht Farber/Peeters (Fn. 72), 688; siehe auch Huang et al. (Fn. 60), 300.

⁷⁶ Insoweit zwischen „direct“ und „indirect climate legislation“ unterscheiden E. Scotford/S. Minas, Probing the Hidden Depths of Climate Law: Analysing National Climate Change Litigation, Review of European, Comparative & International Environmental Law 28 (2019), 67, 74.

rechts sowie des besonderen Verwaltungsrechts.⁷⁷ Es handelt sich also um eine dezidiert fachsäulenübergreifende Rechtsmaterie.⁷⁸

Das Klimakrisenrecht ist nicht als eigenständiges systematisches Rechtsgebiet zu verstehen, das bestehende Rechtsgebiete ersetzt oder verdrängt. Zwar wird die Klimakrise die bestehenden Rechtsgebiete durchaus herausfordern und zahlreiche Anpassungen von überkommenen Dogmatiken notwendig machen.⁷⁹ Diese Veränderungen werden aber aller Voraussicht nach in den meisten Fällen evolutiver als revolutionärer Natur sein.⁸⁰ So kann anders als etwa bei der Entstehung des Umweltrechts in den 1970er Jahren⁸¹ kaum davon die Rede sein, dass sich die Klimakrise – zumindest perspektivisch – nicht in die grundlegenden dogmatischen Strukturen der bestehenden Rechtsgebiete einpassen ließe.⁸²

Das Spezifikum der Klimakrise, das die hier propagierte klimakrisenrechtliche Konzeption bedingt, besteht vielmehr in der epochalen Herausforderung, vor die die Klimakrise Politik und Gesellschaft stellt. Mit anderen Worten: Wenn tatsächlich die skizzierte „große Transformation“ notwendig ist – und

⁷⁷ Freilich sind die genannten Rechtsgebiete weder allumfassend noch alle in gleicher Weise klimarelevant. Zu betonen ist überdies, dass es Rechtsgebiete gibt, deren Klimarelevanz beschränkt ist, wie etwa das Familien- und Telekommunikationsrecht; siehe dazu *J.B. Ruhl/J. Salzman*, *Climate Change Meets the Law of the Horse*, *Duke Law Journal* 62 (2013), 975, 1008.

⁷⁸ Ebenfalls gegen eine „Säulenordnung“ der rechtswissenschaftlichen Beschäftigung mit der Klimakrise *C. Franzius*, *Klimarecht und Mehrebenensystem*, *RdE* 2021, 521, 524, der den Begriff des Klimarechts anders als die h.M. und ähnlich wie den hier vorgeschlagenen Begriff des Klimakrisenrechts versteht. Der Begriff des Klimarechts habe – so Franzius – womöglich gegenüber dem ebenfalls in der Diskussion gebrauchten Begriff des Klimaverwaltungsrechts (begriffsprägend insoweit *Burgi* (Fn. 17), 1401 ff.) den Vorteil, „von kaum hinterfragten Fokussierungen auf den Staat vorsichtig Abstand zu nehmen“.

⁷⁹ Ähnlich mit Blick auf den notwendigen „ökologischen Umbau“ der Industriegesellschaft bereits *E.H. Ritter*, *Von den Schwierigkeiten des Rechts mit der Ökologie*, *DÖV* 1992, 641, 649. Siehe auch *A. Proelß*, *Einführung*, in: *Bitburger Gespräche. Jahrbuch 2021 – Der Klimawandel als Herausforderung für das Recht* (2022), 1, 1, wonach der Klimawandel auch für das Recht eine epochale Herausforderung verkörpert.

⁸⁰ So überzeugend *Ruhl/Salzman* (Fn. 77), 1013.

⁸¹ Siehe zur Entstehung des Umweltrechts eingehend *R.J. Lazarus*, *The Making of Environmental Law* (2. Aufl., 2022), 59 ff.; siehe dazu ferner sowie allgemein zur Entwicklung neuer Rechtsgebiete *H. Schulze-Fielitz*, *Umweltrecht*, in: *D. Willoweit* (Hrsg.), *Rechtswissenschaft und Rechtsliteratur im 20. Jahrhundert* (2007), 989 ff.; siehe zu letzterem auch *R. Wahl*, *Wie entsteht ein neues Rechtsgebiet: Das Beispiel des Informationsrechts*, in: *P. Baumeister/W. Roth/J. Ruthig* (Hrsg.), *Staat, Verwaltung und Rechtsschutz. Festschrift für Wolf-Rüdiger Schenke zum 70. Geburtstag* (2011), 1305 ff.

⁸² Ähnlich *Ruhl/Salzman* (Fn. 77), 1011; a.A. *E. Fisher/E. Scotford/E. Barritt*, *The Legally Disruptive Nature of Climate Change*, *Modern Law Review* 80 (2017), 173 ff., die dem Klimawandel eine rechtliche Disruptivität zusprechen; im Anschluss daran auch *M. Young*, *Climate Change and Law: A Global Challenge for Legal Education*, *University of Queensland Law Journal* 40 (2021), 351, 358.

davon ist auszugehen –, dann ist der rechtswissenschaftliche Fokus auf das Klimarecht im engeren Sinne zu eng, um das Verhältnis von Recht und Klimakrise adäquat abzubilden.⁸³ Der Versuch, die Klimathematik in einem Spezialrechtsgebiet zu verorten und dort den betreffenden Expertinnen und Experten zu überlassen, ist von vornherein zum Scheitern verurteilt, wenn es darum geht, den Transformationsprozess rechtlich zu erfassen und zu begleiten, den die nahezu alles und alle und damit auch einen Großteil der überkommenen Rechtsgebiete betreffende und durchdringende Klimakrise notwendig macht.⁸⁴

Vor diesem Hintergrund hat das Klimakrisenrecht als thematische Klammer sowie als Schnittstelle und Forschungsplattform rechtlicher Klimakrisenbewältigung nicht nur die Funktion, klimarelevantes Recht abzubilden, dogmatisch zu durchdringen und systematisch aufzubereiten, sondern auch zur Optimierung des mit rechtlichen Mitteln zu bewerkstellenden Transformationsprozesses beizutragen.⁸⁵ Konkret verspricht die Etablierung des Klimakrisenrechtskonzepts fünf Vorzüge gegenüber dem oben beschriebenen Status quo.

Erstens ist die weitausgreifende Perspektive des Klimakrisenrechts anders als ein Denken in isolierten Rechtsgebieten aufmerksam gegenüber dem Zusammenspiel verschiedener klima- und klimapolitikrelevanter Rechtsbestände.⁸⁶ Im Zuge des anstehenden Transformationsprozesses müssen politische Entscheidungen unter Berücksichtigung ökologischer, sozialer und wirtschaftlicher Rahmenbedingungen getroffen werden, die eine Vielzahl von Politikfeldern betreffen werden. Dementsprechend sind auch von Recht(setzung)spraxis und Rechtswissenschaft rechtsgebietsübergreifende Lösungen für die komplexen Probleme gefordert.⁸⁷

Bei der Suche nach entsprechenden Lösungen hilft die Schnittstelle „Klimakrisenrecht“ – *zweitens* – auch dadurch, dass Gefahren von Friktionen und in der Folge von Dysfunktionalitäten besser entdeckt und gebannt werden können, die aufgrund fehlender Aufmerksamkeit für das Zusammenspiel rechtlicher Regelungen mit klimapolitischen Zielvorgaben (Klimarecht im engeren Sinne) untereinander, aber auch und gerade mit „indirektem“ Klimarecht entstehen.⁸⁸ Positiv gewendet hat die klimakrisenrechtliche Perspektive also das Potenzial, die Bekämpfung der Klimakrise durch die Abstimmung verschiede-

⁸³ In diesem Sinne auch *Scotford/Minas* (Fn. 76), 68 f. und 71.

⁸⁴ Ähnlich *Farber/Peeters* (Fn. 72), 688; *M. Faure/J. Liu*, Urgently Needed: Climate Lawyers, *Climate Law* 8 (2018), 161, 162; *Scotford/Minas* (Fn. 76), 68 und 80. Zur umfassenden sektoren- und rechtsgebietsübergreifenden Relevanz der Klimakrise siehe etwa auch *Peel* (Fn. 44), 923.

⁸⁵ Ähnlich *Ruhl/Salzman* (Fn. 77), 985.

⁸⁶ Ähnlich *Ruhl/Salzman* (Fn. 77), 1015.

⁸⁷ Ähnlich *Ruhl/Salzman* (Fn. 77), 1015; siehe ferner *Proelß* (Fn. 79), 4.

⁸⁸ Ähnlich *Scotford/Minas* (Fn. 76), 77; *Ruhl/Salzman* (Fn. 77), 1016; siehe zu den beschriebenen Kollisionen etwa *Farber/Peeters* (Fn. 72), 700. Zu Friktionen zwischen Klima- und Umweltrecht siehe *Mayer/Zahar* (Fn. 49), 12; *Proelß* (Fn. 79), 4.

ner klimakrisenrelevanter Regelungskomplexe und Instrumente zu effektuieren.⁸⁹

Dazu trägt – *drittens* – noch ein Weiteres bei. Die breite Plattform des Klimakrisenrechts legt offen, dass sich bestimmte klimakrisenbedingte Rechtsprobleme in verschiedenen (systematischen) Rechtsgebieten auf ähnliche Art und Weise stellen, sodass stärker als bislang Analyseergebnisse und Lösungsvorschläge gegenseitig fruchtbar gemacht werden können. Beispiele dafür sind Fragen von Kausalität und Zurechnung, die sich sowohl mit Blick auf privates als auch staatliches CO₂-ermittlerndes Verhalten stellen, wenn klimakrisenbedingte Rechtsbeeinträchtigungen und Schäden in Rede stehen. Entsprechende Fragen entstehen – wenngleich nicht in gleicher, aber doch – in ähnlicher Weise im Kontext völker-, verfassungs-, delikts- und strafrechtlicher „Klimaklagen“.⁹⁰

Darüber hinaus entspricht die klimakrisenrechtliche Perspektive – *viertens* – der Perspektive der Rechtspraxis auf das Verhältnis von Klimakrise und Recht und bildet „die Praxis“ insoweit besser ab als das Denken in systematischen Rechtsgebieten. So können sich auf die Klimakrise spezialisierte Anwältinnen und Anwälte kaum auf das Klimarecht im engeren Sinne beschränken, sondern müssen zwangsläufig verschiedene Rechtsgebiete beherrschen und dezidiert rechtsgebietsübergreifend denken.⁹¹ Zudem agieren bereits heute große Teile der Juristerei und nahezu alle jetzigen und künftigen Juristinnen und Juristen im oder zumindest vor dem Hintergrund des oben skizzierten Klimakrisenrechts.⁹² Mit anderen Worten: „we are all climate lawyers now“.⁹³

Schließlich geht – *fünftens* – von der hier vorgeschlagenen stärkeren Einbettung des Phänomens der Klimakrise in den Gesamtzusammenhang des Rechts-

⁸⁹ In diesem Sinne auch *Faure/Liu* (Fn. 84), 163; siehe ferner *Ruhl/Salzman* (Fn. 77), 1015.

⁹⁰ Klimawissenschaftliche Einsichten für die Beantwortung der Kausalitätsfrage kann insbesondere die Attributionsforschung liefern, die abzuschätzen hilft, inwieweit der vom Menschen verursachte Klimawandel für das Auftreten individueller Wetter- oder Klimaextreme verantwortlich ist; siehe für eine populärwissenschaftliche Einführung zum Thema *F. Otto*, Wütendes Wetter – Auf der Suche nach den Schuldigen für Hitzewellen, Hochwasser und Stürme (2019), passim.

⁹¹ Vgl. *Farber/Peeters* (Fn. 72), 700; im Ergebnis auch *K. Kulovesi*, Exploring the Landscape of Climate Law and Scholarship: Two Emerging Trends, in: dies./Hollo/Mehling (Fn. 52), 31, 31 f. Siehe zu den damit verbundenen Herausforderungen für die Rechtsausbildung *Young* (Fn. 82), 362; eingehend zu Fragen der klimarechtlichen Lehre *M. Mehling et al.*, Teaching Climate Law: Trends, Methods and Outlook, *Journal of Environmental Law* 32 (2020), 417 ff.

⁹² Ähnlich *K. Bouwer et al.*, „Climate Change isn’t Optional“: Climate Change in the Core Law Curriculum, *Legal Studies* 43 (2022), 1, 1 und 4.

⁹³ *Young* (Fn. 82), 358; *ders.*, Charting the Course When International Law is Fragmented, *American Society of International Law Proceedings* 115 (2021), 210, 210.

systems ein wichtiges klimapolitisches Signal aus.⁹⁴ Ohne in einseitigen Klimaaktivismus zu verfallen, bringen Recht und Rechtswissenschaft damit die Bereitschaft zum Ausdruck, an der notwendigen Lösung der komplexen Transformationsaufgabe effektiv mitwirken zu wollen.⁹⁵

Das hier vorgeschlagene Konzept des Klimakrisenrechts geht über das von *Sina Fontana* in ihrem Beitrag entwickelte Klimawandelfolgenrecht hinaus.⁹⁶ Beide Konzepte verbindet, dass sie rechtliche Regeln unabhängig davon zusammenführen wollen, ob sie die Klimakrise explizit adressieren oder ob sie nur indirekt Klimarelevanz entfalten. Konkret stellt sich das von *Fontana* skizzierte Klimawandelfolgenrecht als ein Ausschnitt des Klimakrisenrechts im weiteren Sinne. Beide Ansätze widersprechen sich daher nicht, sondern ergänzen einander. Damit sprechen die eben aufgezeigten Vorzüge des Konzepts des Klimakrisenrechts gleichermaßen für das von *Fontana* entwickelte Konzept des Klimawandelfolgenrechts, wie *Andrea Kießling* und *Wilfried R. Fuß* in ihrem Beitrag dartun, indem sie Friktionen und Dysfunktionalitäten im bestehenden klimawandelfolgerechtlichen Gesundheitsrecht herausarbeiten.⁹⁷ Im Übrigen belegen die Beiträge dieses Bands nachdrücklich die Vorzüge der Konzepte des Klimakrisenrechts und des (engeren) Klimawandelfolgenrechts.

1. Normebenen des Klimakrisenrechts sowie seine Akteurinnen und Akteure

Das Klimakrisenrecht ist, wie auch bereits häufig für das Klimaschutzrecht festgestellt, ein Mehrebenengebiet,⁹⁸ das heißt, es ist nicht nur durch die horizontale Verwobenheit mehrerer thematisch eigenständiger Rechtsgebiete, sondern auch durch das Zusammenspiel mehrerer normhierarchischer Ebenen geprägt, angefangen vom Völker-, Unions- und (nationalen) Verfassungsrecht über das Bundes- und Landesrecht bis hin zu kommunalen Rechtssätzen.⁹⁹ Vor diesem Hintergrund besteht eine wichtige Aufgabe der Klimakrisenrechtswissenschaft darin, besagtes Zusammenspiel zu analysieren, Spannungen und Widersprüche aufzudecken und zur Herstellung von Synergien beizutragen.¹⁰⁰

Das Klimakrisenrecht ist zudem nicht nur durch eine Pluralität von Rechtsebenen, sondern auch durch eine Vielzahl von Akteurinnen und Akteuren geprägt. Zu diesen gehören nicht nur inter- und supranationale Organisationen sowie Nationalstaaten und deren innerstaatliche Untergliederungen, sondern

⁹⁴ Siehe zur rechts- und hochschulpolitischen Funktion des Ausrufens neuer Rechtsgebiete etwa *Ruhl/Salzman* (Fn. 77), 988.

⁹⁵ Ähnlich *Peel* (Fn. 44), 978 f.

⁹⁶ Siehe *Fontana*, S. 27 ff., in diesem Band.

⁹⁷ Siehe *A. Kießling/W.R. Fuß*, S. 51 ff., in diesem Band.

⁹⁸ Zum Klimaschutzrecht siehe *S. Schlacke*, Klimaschutzrecht im Mehrebenensystem, *EnWZ* 2020, 355 ff.; im Anschluss daran auch *Kloepfer/Wiedman*, (Fn. 43), 305.

⁹⁹ Vgl. *Peel* (Fn. 44), 927 und 978; *Kulovesi* (Fn. 91), 32; *Scottford/Minas* (Fn. 76), 70.

¹⁰⁰ Ähnlich *Kulovesi* (Fn. 91), 32.

auch und gerade private Akteurinnen und Akteure, angefangen von privatwirtschaftlichen Unternehmen über Klimaschutzorganisationen bis hin zum einzelnen Individuum.¹⁰¹

Während die rechtswissenschaftliche Beschäftigung zu Beginn stark auf das Völkerrecht konzentriert war, wurde im letzten Jahrzehnt das Augenmerk immer stärker auch auf innerstaatliche Rechtsentwicklungen gelegt.¹⁰² Diese Aufmerksamkeitsverschiebung ist gerechtfertigt und gilt es weiter zu vertiefen. Zwar stellt die Klimakrise ein globales Problem dar, dessen Lösung ohne internationale Koordination mit den Mitteln des Völkerrechts nicht gelingen kann. Entsprechend hat die internationale Gemeinschaft und mit ihr die Rechtswissenschaft viel Mühe darauf verwandt, auf dieser Ebene voranzukommen.¹⁰³ Ganz abgesehen von der letztlich immer wieder Enttäuschungen produzierenden Klimadiplomatie sind aber auch die daraus hervorgehenden klimavölkerrechtlichen Zielvorgaben letztlich auf innerstaatliche Implementierung angewiesen, die allen voran mit Mitteln des staatlichen Rechts vollzogen wird. Vor diesem Hintergrund spielt das internationale Recht nicht die Hauptrolle in der Klimakrisenbekämpfung. Ihm kommt allein eine rahmensetzende und unterstützende Funktion zu. Hintergrund dessen ist nicht zuletzt, dass Staaten und internationale Organisationen als Subjekte des Völkerrechts keinesfalls die Hauptverursacher der Klimakrise sind. Dafür sind vielmehr primär Private verantwortlich und insbesondere privatwirtschaftliche Unternehmen,¹⁰⁴ deren finanzielle Investitionen es im Übrigen auch sind, auf die es zur Bekämpfung der Klimakrise entscheidend ankommen wird.¹⁰⁵ Um demnach gegen die Klimakrise effektiv vorgehen zu können, muss gerade das Verhalten dieser privaten Akteurinnen und Akteure beeinflusst werden. Dies wird durch Anreize oder Verbote, aber in jedem Fall auch und gerade durch die Handlungsformen des nationalen Rechts geschehen.¹⁰⁶ Aus diesem Grund gilt es auch die rechtswissenschaftliche Aufmerksamkeit in Zukunft noch stärker auf die Ebene des nationalen Rechts zu lenken.

Die Empfehlung, den rechtswissenschaftlichen Fokus stärker auf das nationale Recht zu belangen, darf freilich nicht als Aufruf zu nationalstaatlich verengter Forschung missverstanden werden. Die entscheidende Rolle des nationalen Rechts zur Bewältigung der globalen Klimakrise gilt nämlich nicht nur für Deutschland, sondern für alle Staaten der Weltgemeinschaft.¹⁰⁷ Vor diesem

¹⁰¹ Ähnlich *Peel* (Fn. 44), 922.

¹⁰² Siehe zur Zunahme entsprechender innerstaatlicher Rechtsakte etwa *Mehling* (Fn. 39), 346.

¹⁰³ Vgl. *Mehling* (Fn. 39), 345.

¹⁰⁴ Vgl. zum Ganzen *A. Zahar*, *The Nature of Climate Law*, *Journal of Environmental Law* 35 (2023), 295, 296.

¹⁰⁵ Siehe dazu *Kulovesi* (Fn. 91), 34.

¹⁰⁶ Vgl. *Zahar* (Fn. 104), 296.

¹⁰⁷ Freilich sind die Staaten in bisweilen stark divergierender Art und Weise von der Klimakrise betroffen.

Hintergrund und angesichts von Größe und Dringlichkeit des Klimaproblems drängt sich der Einsatz von rechtsvergleichenden Untersuchungsmethoden geradezu auf. Auf diese Weise können Erfahrungen anderer Jurisdiktionen bei der rechtlichen Klimakrisenbekämpfung für die eigene Rechtsordnung fruchtbar gemacht werden, um Fehler zu vermeiden und bewährte Ansätze – gegebenenfalls in abgewandelter Form – zu übernehmen.¹⁰⁸ Ist rechtsvergleichende Forschung dringend notwendig, so ist sie doch mit Blick auf die dafür erforderlichen Sprach- und Rechtskenntnisse auch besonders herausfordernd.¹⁰⁹ Dieser Herausforderung sollte sich die deutsche Rechtswissenschaft nichtsdestotrotz stellen. Ein erster Schritt wäre es bereits, wenn deutsche Rechtswissenschaftlerinnen und Rechtswissenschaftler stärker als bislang an der internationalen und auf Englisch geführten Diskussion über „die Klimakrise und das Recht“ teilnehmen würden.¹¹⁰ Freilich eine Anregung, die auch die Autoren dieses Beitrags und Herausgeber des vorliegenden Bandes bereits hätten aufnehmen können.

2. Methodik des Klimakrisenrechts

Neben vergleichenden Untersuchungen ist der methodische Zugriff der Klimakrisenrechtswissenschaft bislang vor allem rechtsdogmatischer Natur, was sich aus sachlichen und strukturellen Gründen auch perspektivisch nicht ändern wird.¹¹¹ In Zukunft verstärkt hinzutreten sollten allerdings rechtsetzungswissenschaftliche Studien,¹¹² die bestehende Regelungsstrukturen analysieren und abstrakte Regulierungsmodelle sowie konkrete Regulierungsregime entwickeln, mit deren Hilfe (klima-)politisch verantwortete Zielvorgaben effizienter und effektiver als bislang verwirklicht werden können.¹¹³ Angesichts des vielfach beklagten Implementationsproblems klimapolitischer Maßnahmen sollte sich die Rechtswissenschaft ferner verstärkt Fragen (verwaltungs-)rechtlicher Implementierung widmen.¹¹⁴ Schließlich stellt die jüngst vorgeschlagene öko-

¹⁰⁸ In diesem Sinne auch *Mehling* (Fn. 39), 347.

¹⁰⁹ Vgl. im hiesigen Kontext *Farber/Peeters* (Fn. 72), 691; siehe auch *B. Mayer*, *The Critical Functions of Scholarship in Climate Law*, *Climate Law* 8 (2018), 151, 155.

¹¹⁰ Eine ähnliche Zurückhaltung gegenüber dem internationalen Austausch legte die deutsche Rechtswissenschaft in der Covid-19-Pandemie an den Tag; siehe dazu *D. Wolff*, (Post-)Pandemische Rechtswissenschaft – Zehn Thesen zu Forschung und Lehre in und nach der Gesundheitskrise, *RW* 2022, 319, 348 ff.

¹¹¹ Siehe dazu etwa *Mayer* (Fn. 109), 154.

¹¹² Ein Beispiel für eine in fruchtbarer Weise sowohl rechtsdogmatisch als auch rechtspolitisch argumentierende Studie ist *Ismer* (Fn. 74).

¹¹³ Ähnlich *Mitchell* (Fn. 57), 143. Siehe allgemein zum Bedarf nach mehr rechtswissenschaftlicher Forschung zu Rechtsetzung und Rechtsgestaltung *Wolff* (Fn. 110), 338 f. m.w.N.

¹¹⁴ Vgl. *Farber/Peeters* (Fn. 72), 700.

logische Analyse des Rechts eine begrüßenswerte Bereicherung des methodischen Repertoires dar,¹¹⁵ die es weiter auszubauen gilt.¹¹⁶

Gehaltvolle rechtsetzungs- und implementationswissenschaftliche Forschungen sind freilich ebenso wie die ökologische Analyse des Rechts auf Methoden und Wissensbestände anderer Disziplinen angewiesen,¹¹⁷ angefangen von der Klimawissenschaft¹¹⁸ über die Politik- und Verwaltungswissenschaft bis hin zur Volkswirtschaftslehre.¹¹⁹ Insoweit zeigt sich an dieser Stelle die Notwendigkeit trans-, wenn nicht gar (echten) interdisziplinären Arbeitens¹²⁰ im Kontext des Klimakrisenrechts,¹²¹ der die rechtswissenschaftliche Praxis bislang (noch) nicht hinreichend nachkommt.¹²² Allerdings ist auch gehaltvolles interdisziplinäres Arbeiten praktischen Hindernissen ausgesetzt, die die bisherige Situation vielleicht nicht entschuldigen, aber doch zumindest ansatzweise erklären.¹²³ Angesichts dessen sowie mit Blick auf den Bedarf nach mehr rechtsvergleichenden Studien sowie auf die oben beschriebene inhärente Intradisziplinarität des Klimakrisenrechts sind zukünftig vermehrt Kooperationen verschiedener Rechtswissenschaftlerinnen und Rechtswissenschaftler untereinander sowie mit Forscherinnen und Forschern anderer Disziplinen anzuraten.¹²⁴ Anders gewendet: Die für echte Fortschritte im Klimakrisenrecht notwendigen Erkenntnisse lassen sich zunehmend schwerer durch einzelne Rechtswissenschaftlerinnen und Rechtswissenschaftler gewinnen.¹²⁵

¹¹⁵ Siehe programmatisch I. Bach/E.-M. Kieninger, *Ökologische Analyse des Zivilrechts*, JZ 2021, 1088 ff.

¹¹⁶ So im Ergebnis auch Klafki (Fn. 50), 191.

¹¹⁷ Ähnlich Mitchell (Fn. 57), 150.

¹¹⁸ Instruktiv zum Verhältnis von Recht und Klimawissenschaften C. Franzius, *Klimawissenschaften und Recht*, in: R. Broemel/S. Kuhlmann/A. Pilniok (Hrsg.), *Forschung als Handlungs- und Kommunikationszusammenhang*, Beiträge zur Verarbeitung gesellschaftlichen Wandels im Recht. Festschrift für Hans-Heinrich Trute zum 70. Geburtstag (2023), 337 ff.

¹¹⁹ Vgl. Mehling (Fn. 39), 347.

¹²⁰ Siehe umfassend zur Interdisziplinarität im Recht jüngst P. Hellwege/M. Soniewicka (Hrsg.), *Law and Interdisciplinarity* (im Erscheinen).

¹²¹ Die Interdisziplinarität des Klimarechts ist in der rechtswissenschaftlichen Debatte zwischenzeitlich weitgehend konsentiert; siehe statt vieler Faure/Liu (Fn. 84), 165 f.; so auch mit Blick auf das Klimaschutzrecht Rodi (Fn. 58), § 1 Rn. 32.

¹²² Dezidiert mehr und vertieftere Interdisziplinarität im Klimakontext einfordernd Mitchell (Fn. 57), 136 und 143.

¹²³ Zu den praktischen Herausforderungen interdisziplinären Arbeitens siehe etwa M. Burgi, *Intradisziplinarität und Interdisziplinarität als Perspektiven der Verwaltungswissenschaft*, in: ders. (Hrsg.), *Zur Lage der Verwaltungsrechtswissenschaft*, Die Verwaltung – Beiheft 12 (2017), 33, 43 ff.

¹²⁴ Ähnlich Mehling (Fn. 39), 348.

¹²⁵ In diesem Sinne auch Farber/Peeters (Fn. 72), 691.

IV. Struktur des Bandes

Die Beiträge des vorliegenden Bandes beleuchten verschiedene Aspekte des Klimakrisenrechts im weiten Sinne,¹²⁶ ohne den Anspruch zu erheben (oder erheben zu können), das Klimakrisenrecht vollständig abzubilden. Eine solche vollständige Abbildung des Klimakrisenrechts ist auch nicht notwendig, zeigen sich doch die Vorzüge des oben vorgestellten Konzepts des Klimakrisenrechts als rechtsgebietsübergreifende Analyseplattform¹²⁷ anhand der in diesem Band versammelten Beiträge beispielhaft.

Im ersten Abschnitt „Die Klimakrise rechtlich erfassen“ stehen neben dem vorliegenden Beitrag noch die Aufsätze von *Fontana*¹²⁸ sowie von *Kießling* und *Fuß*.¹²⁹ Sie befassen sich ebenso wie der vorliegende Beitrag mit der Fragestellung, mit welchen Konzepten wir die Klimakrise rechtlich denken sollten. Den Beitrag von *Kießling* und *Fuß* hätte man freilich ebenso gut im letzten Abschnitt zu den „Rechtsfragen der ökologischen Transformation“ verorten können, befassen sich die beiden Autoren doch mit Fragen des Gesundheitsrechts. *Kießling* und *Fuß* verstehen ihren Aufsatz jedoch selbst auch als Beitrag zur Etablierung eines geeigneten Analysekonzepts, zeigen sie doch die Probleme auf, die mit der Zerstretheit des klimawandelfolgenrechtlichen Gesundheitsrechts einhergehen, so dass es angebracht schien, diesen Beitrag bereits in den ersten Teil dieses Bandes aufzunehmen.

Im zweiten Abschnitt zu „Demokratie, Freiheit und Ethik in der Klimakrise“ kehren *Reiner Schmidt* und *Sophie Borchert*¹³⁰ sowie *Josef Franz Lindner*¹³¹ zu den oben aufgeworfenen grundsätzlichen Fragen zu Demokratie und Freiheit zurück, erörtern damit zwar allgemeine verfassungsrechtliche bzw. verfassungsrechtsdogmatische Fragestellungen, die aber im Rahmen der Klimakrise noch einmal eine spezifische Relevanz erlangt haben.¹³² Ergänzt werden diese Beiträge um einen außerrechtlichen Zugriff auf die Klimakrise: *Kerstin Schlögl-Flierl* beleuchtet die normativen Weichenstellungen in der Klimathetik.¹³³ Dadurch wollen wir den inter- bzw. transdisziplinären Diskurs anregen. *Schlögl-Flierl* diskutiert ethische Dimensionen der Klimakrise, mit denen sich auch die juristischen Beiträge dieses Bandes intensiv auseinandersetzen.

Unter der Überschrift „Der Klimaprotest und das Recht“ versammeln wir im dritten Abschnitt vier Beiträge. *Svenja Behrendt* greift die von *Lindner* erörterten Fragestellungen auf, spiegelt sie aber spezifisch auf die Probleme, die

¹²⁶ Siehe oben S. 16 ff.

¹²⁷ Siehe oben S. 18 ff.

¹²⁸ *Fontana*, S. 27 ff., in diesem Band.

¹²⁹ *Kießling/Fuß*, S. 51 ff., in diesem Band.

¹³⁰ *Schmidt/Borchert*, S. 85 ff., in diesem Band.

¹³¹ *Lindner*, S. 99 ff., in diesem Band

¹³² Siehe oben S. 9.

¹³³ *K. Schlögl-Flierl*, S. 123 ff., in diesem Band.

der gegenwärtige Klimaaktivismus aufwirft.¹³⁴ *Johannes Kaspar* beleuchtet den Klimaaktivismus aus strafrechtlicher Perspektive umfassend, unter Einbeziehung der sanktionenrechtlichen Dimension,¹³⁵ während *Michael Kubiciel* spezifisch die Frage in den Blick nimmt, ob sich Klimaaktivistinnen und -aktivisten auf den rechtfertigenden Notstand berufen können, geht dabei aber über eine rein dogmatische Analyse weit hinaus.¹³⁶ *Lenard Patros* und *Alexander Pollithy* ergänzen schließlich die zivilrechtliche Perspektive.¹³⁷

Die Autoren des vierten Abschnitts erörtern sodann „Die Rolle der Gerichte in der Klimakrise“. *Stefan Lorenzmeier* beginnt mit der europäischen und völkerrechtlichen Dimension.¹³⁸ Die Probleme, denen sich Gerichte in Klimaklagen gegen Private ausgesetzt sehen, erörtern *Tobias Lutzi* aus Perspektive des Internationalen Zivilverfahrens- und Privatrechts¹³⁹ sowie *Leonhard Hübner* aus der des deutschen Deliktsrechts, wobei er Reduktionsklagen gegen deutsche Autohersteller fokussiert.¹⁴⁰

Die Autoren des fünften und letzten Abschnitts wenden sich schließlich unterschiedlichen „Rechtsfragen der ökologischen Transformation“ zu: *Alexander Hellgardt* analysiert Klimaschutzregulierung mittels Vertragsrechts¹⁴¹ und *Peter Kasiske* die mittels Wirtschaftsstrafrechts.¹⁴² *Martin Kment* und *Torben Buck*¹⁴³ sowie *Andreas Decker*,¹⁴⁴ *Simon Bulla*¹⁴⁵ sowie *Benedikt Buchner* und *Benedikt Becke*¹⁴⁶ erörtern schließlich Rechtsfragen beim Ausbau erneuerbarer Energien und Höchstspannungsfreileitungen, des Vergaberechts und der Telemedizin. Es sind vor allem die Beiträge des vierten und fünften Abschnitts, die die Vorzüge der Anerkennung des Klimakrisenrechts als Analyseplattform belegen.¹⁴⁷

¹³⁴ *Behrendt*, S. 145 ff., in diesem Band.

¹³⁵ *Kaspar*, S. 165 ff., in diesem Band.

¹³⁶ *Kubiciel*, S. 191 ff., in diesem Band.

¹³⁷ *L. Patros/A. Pollithy*, S. 217 ff., in diesem Band.

¹³⁸ *Lorenzmeier*, S. 243 ff., in diesem Band.

¹³⁹ *Lutzi*, S. 273 ff., in diesem Band.

¹⁴⁰ *Hübner*, S. 289 ff., in diesem Band.

¹⁴¹ *A. Hellgardt*, S. 317 ff., in diesem Band.

¹⁴² *P. Kasiske*, S. 339 ff., in diesem Band.

¹⁴³ *Kment/Buck*, S. 365 ff., in diesem Band.

¹⁴⁴ *Decker*, S. 383 ff., in diesem Band.

¹⁴⁵ *S. Bulla*, S. 417 ff., in diesem Band.

¹⁴⁶ *B. Buchner/B. Becke*, S. 453 ff., in diesem Band.

¹⁴⁷ Siehe oben S. 18 ff.

Klimawandelfolgenrecht als Analysekategorie des Klimarechts*

Sina Fontana

I.	Regelungsbereiche des Klimarechts.....	28
A.	Klimaschutz und Klimaanpassung.....	29
B.	Erweiterung der Perspektiven.....	29
II.	Erfassung als Klimawandelfolgenrecht.....	30
A.	Regelungspotentiale.....	31
B.	Intra- und Interdisziplinarität.....	31
III.	Verklammerte Analysekriterien.....	33
A.	Multidimensionalität.....	33
B.	Kontinuität.....	36
C.	Vulnerabilität.....	39
D.	Multilateralität.....	41
VI.	Folgerungen für das Klimarecht.....	43
A.	Verhältnis zu Klimaschutz und Klimaanpassung.....	43
1.	Abgrenzung zum Klimaschutzrecht.....	43
2.	Erweiterung gegenüber der Klimaanpassung.....	44
B.	Eigenständige Bedeutung.....	45
1.	Neue Handlungsfelder.....	45
2.	Fortbestehende Eigengesetzlichkeiten.....	46
3.	Referenzgebiet „Klimaflucht“.....	46
C.	Begrifflichkeiten.....	49
V.	Fazit.....	49

Ausgehend von dem Befund, dass sich die Folgen des Klimawandels nicht mehr vollständig aufhalten lassen, hat sich neben dem Klimaschutzrecht ein Klimawandelanpassungsrecht herausgebildet. Durch Schutz- und Anpassungsmaßnahmen sollen der menschliche Lebensraum und die Natur ertüchtigt werden, wobei der Regelungszugriff überwiegend im Umwelt- und Planungsrecht verortet wird. Dieser Fokus der Rechtswissenschaft wird der Breite und Entwicklungsdynamik des Themenfeldes allerdings nicht hinreichend gerecht. Die Folgen des Klimawandels manifestieren sich mit zunehmender Sichtbarkeit

* Der Text basiert in weiten Teilen auf einem Beitrag, der unter dem Titel „Klimawandelfolgenrecht“ in der ZUR 2023, 528, veröffentlicht wurde. Alle Internetquellen wurden zuletzt abgerufen am 14.4.2024.

jenseits territorialer Grenzen simultan in zahlreichen Lebensbereichen. Zudem sind sie häufig nicht monokausal.

Daraus ergeben sich Steuerungsbedarfe und Konflikte im sozialen, ökonomischen sowie ökologischen System, die es unter Einbeziehung nachbarwissenschaftlicher Erkenntnisse und in Anerkennung der Breite des Themenfeldes im Sinne einer problemadäquaten Rechtsentwicklung durch das Recht zu adressieren und dogmatisch abzubilden gilt. Dem können das Klimaschutz- und Klimaanpassungsrecht als die anerkannten Teilrechtsbereiche des Klimarechts nicht hinreichend gerecht werden. Vielmehr müssen weitere Rechtsgebiete in die Betrachtung einbezogen werden. Dafür bedarf es einer Erweiterung der Perspektiven der Rechtswissenschaft auf die Klimawandelfolgen. Geschehen kann dies anhand des Klimawandelfolgenrechts als Analysekategorie des Klimarechts.

I. Regelungsbereiche des Klimarechts

Sowohl der Klimaschutz als auch die Bewältigung der Klimawandelfolgen sind eine zeitgerechte Aufgabe des modernen Staates,¹ auf die er nach Maßgabe der Verfassung zugreift oder zugreifen darf,² bisweilen sogar zugreifen muss.³ Dies erfolgt derzeit anhand des Klimaschutz- und des Klimaanpassungsrechts als Teilrechtsbereiche des Klimarechts,⁴ deren Regelungszugriff überwiegend im Umwelt- und Planungsrecht verortet wird. Tatsächlich greifen die Auswirkungen des Klimawandels allerdings deutlich über den Sachbereich des Umwelt- und Planungsrecht hinaus. Daraus ergeben sich Folgen in Hinblick auf die Bewältigung der Klimawandelfolgen als Staatsaufgabe, die es durch das Recht zu erfassen und dogmatisch abzubilden gilt. Erfolgen kann dies anhand eines Klimawandelfolgenrechts als Analysekategorie des Klimarechts.

¹ Zum Staat als Bezugspunkt *G. Jellinek*, Allgemeine Staatslehre (3. Aufl., 1914), 595.

² *J. Isensee*, Staatsaufgaben, in: ders./P. Kirchhof (Hrsg.), Handbuch des Staatsrechts, Bd. 4 (3. Aufl., 2006), § 73 Rn. 13; *W. Leisner*, Grundgesetzliche Staatszielbestimmungen, in: B. Rill (Hrsg.), Fünfzig Jahre freiheitlich-demokratischer Rechtsstaat (1999), 65, 66; *W. Martens*, Öffentlich als Rechtsbegriff (1969), 131.

³ Für die Bewältigung der Klimawandelfolgen BVerfGE 157, 30, 111.

⁴ Zum Begriff *M. Kloepper*, Umweltrecht (4. Aufl., 2016), § 17 Rn. 230; *P. Hilbert*, Klimawandelanpassung durch Verwaltungsrecht, DVBl. 2022, 1409, 1409; ders., Klimaanpassungsstrategien auf internationaler und nationaler Ebene, ZUR 2023, 259, 259. Der Begriff findet sich etwa auch bei *M. Rodi/M. Kalis*, Klimaklagen als Instrument des Klimaschutzes, KlimR 2022, 5, 6; *T. Markus/D. Heß/D. Otto/R. Dittmeyer*, Direct Air Capture Use & Storage, ZUR 2023, 131, 139.

A. Klimaschutz und Klimaanpassung

Das Klimaschutzrecht umfasst als Querschnittsmaterie⁵ die Summe derjenigen Rechtsnormen, die das Klima vor anthropogenen Einwirkungen schützen sollen.⁶ Dies sind solche, die auf eine Vermeidung des Ausstoßes von Treibhausgasen in die Atmosphäre gerichtet sind (sogenannte Mitigation), sowie jene, die die Abscheidung und Speicherung von Kohlendioxid bezwecken.⁷ Nicht erfasst sind hingegen Maßnahmen der Zurückhaltung oder Entnahme, die anders als Maßnahmen zur Vermeidung nicht bereits die Entstehung von Treibhausgasen verhindern.⁸ Gleiches gilt für Maßnahmen zur Ertüchtigung des menschlichen Lebensraums und der Natur durch Schutz- und Anpassungsmaßnahmen,⁹ die durch das Klimawandelanpassungsrecht erfasst werden.¹⁰ Bei fortbestehendem Bedarf nach weiterer dogmatischer Durchdringung¹¹ besteht zumindest eine Vorstellung davon, welche Teilrechtsbereiche von dieser Querschnittsmaterie erfasst sind. Ein besonderer Fokus wird dabei auf das Umwelt- und Planungsrecht gelegt, wenn etwa Bauplanungs-, Wasser- und Bodenschutzrecht genannt werden.¹² Das Klimaanpassungsrecht erfasst damit insbesondere die ökologischen Klimawandelfolgen, die im Inland entstehen.

B. Erweiterung der Perspektiven

Die Folgen des Klimawandels manifestieren sich allerdings mit zunehmender Sichtbarkeit jenseits territorialer Grenzen simultan in zahlreichen Lebensbereichen und sind häufig nicht monokausal. Beispielhaft zu nennen sind klima-

⁵ S. Schlacke, Klimaschutzrecht (8. Aufl., 2021), § 16 Rn. 2.

⁶ K. Gärditz, Einführung in das Klimaschutzrecht, JuS 2008, 324, 324.

⁷ M. Wickel, Die Abscheidung und Speicherung von Kohlendioxid (Carbon Capture and Storage), ZUR 2011, 115, 116.

⁸ Markus/Heß/Otto/Dittmeyer (Fn. 4), 139 f.

⁹ Hilbert, Klimawandelanpassung (Fn. 4), 1409; vgl. M. Kment, Anpassung an den Klimawandel, JZ 2010, 62, 63; sowie § 2 Nr. 1 KAnG-E („Ausrichtung an den aktuellen oder erwarteten Auswirkungen des Klimawandels“).

¹⁰ Kloepfer (Fn. 4), Rn. 230; ders., Die Angemessenheit und die Anpassung im Recht, EurUP 2018, 34, 38; H.-J. Koch, Ziele, Instrumente und Strukturen eines neuen Rechtsgebiets, NVwZ 2011, 641, 643; P. Hilbert, Resilientes Klimarecht, EurUP 2022, 408, 409 f.; W. Köck, Immissionsschutzrechtliche Störfallvorsorge vor den Herausforderungen der Anpassung an den Klimawandel, ZUR 2011, 15; C. Fischer, Grundlagen und Grundstrukturen eines Klimawandelanpassungsrechts (2013), 18 ff.; T. Müller/H. Schulze-Fielitz, Auf dem Weg zu einem Klimaschutzrecht, in: H. Schulze-Fielitz/T. Müller (Hrsg.), Europäisches Klimaschutzrecht (2009), 9, 11.

¹¹ Darauf explizit hinweisend Hilbert, Klimawandelanpassung (Fn. 4), 1415.

¹² Vgl. die genannten Regelungsmaterien bei Kloepfer (Fn. 4), Rn. 231; ders. (Fn. 10), 38; M. Reese, Hochwasserschutz, in: Umweltbundesamt (Hrsg.), Rechtlicher Handlungsbedarf für die Anpassung an die Folgen des Klimawandels (2. Aufl., 2016), 36 ff.; W. Köck, Klimaanpassung in der Regionalplanung, ZUR 2023, 266, 267; Hilbert, Klimawandelanpassung (Fn. 4), 1410 ff.

bedingte Migrationsbewegungen, Folgen für die Gesundheit¹³ und den Tourismus, Wirtschaftslenkung und -förderung, die Vergabe öffentlicher Aufträge, aber auch soziale Fragen wie Wohnumfeld und Lebensunterhalt sowie Friedenssicherung und Konfliktprävention.

Auf einer übergeordneten Ebene gehen mit dem Klimawandel individuelle sowie zwischenstaatliche Gleichheits- und Verteilungsfragen einher, die sich wiederum als weitere mittelbare Klimawandelfolgen darstellen oder bereits bestehende Klimawandelfolgen verstärken können. Auch die Bewältigung solcher scheinbar fernerer Klimawandelfolgen ist Teil der Staatsaufgaben, die sich nicht auf einen abgrenzbaren Sachbereich beschränken¹⁴ und sich angesichts des Klimawandels erheblich verändern und weiterentwickeln. Zunehmend werden die zahlreichen Verschränkungen des Klimaschutzes mit anderen Lebensbereichen in Wissenschaft¹⁵ und Rechtsprechung¹⁶ aufgegriffen, ohne dass sich ein abschließendes Spektrum an Regelungsmaterien herausbilden konnte. Eine dogmatische Durchdringung und Systematisierung der Rechtsbereiche mit Bezug zur Bewältigung der Klimawandelfolgen ist bisher ebenfalls nicht erfolgt.

II. Erfassung als Klimawandelfolgenrecht

Die Analysekategorie Klimawandelfolgenrecht fungiert als analytische Betrachtungsweise für eine erweiterte Sicht der Rechtswissenschaft auf die Klimawandelfolgen als Voraussetzung einer problemadäquaten Rechtsentwicklung. Dahinter steht die Annahme, dass Klimawandelfolgen in der Rechtswissenschaft zu eng gesehen werden, das Recht aber auch die bislang nicht adressierten Klimawandelfolgen erfassen sollte. Dafür bedarf es einer breiteren Rezeption nachbarwissenschaftlicher Erkenntnisse über Klimawandelfolgen in der Rechtswissenschaft oder zumindest die Anerkennung dessen, dass Klimawandelfolgen breiter zu verstehen sind als von der Rechtswissenschaft bislang angenommen. Hierfür kann die Analysekategorie Klimawandelfolgenrecht

¹³ Dazu umfassend A. Kießling/W.R. Fuß, S. 52 ff., in diesem Band.

¹⁴ Vgl. Isensee (Fn. 2), § 73 Rn. 15. In § 9 Abs. 2 S. 4 KSG hat dieser Gedanke nunmehr normativ Einzug gefunden.

¹⁵ Siehe nur *Sachverständigenrat für Integration und Migration*, Klimawandel und Migration. Jahresgutachten (2023); *Wissenschaftlicher Beirat der Bundesregierung Globale Umweltveränderungen*, *Gesund leben auf einer gesunden Erde* (2023); *UN GA*, *Violence against women and girls, its causes and consequences*, A/77/136, Ziff. 73 (“Climate change is and will undoubtedly be the most consequential phenomenon that dictates new and existing forms of gendered inequities”).

¹⁶ Vgl. auch BVerfGE 157, 30, 113, mit der Verankerung der Klimaanpassung in Art. 2 Abs. 2 S. 1 GG in dessen Schutzpflichtdimension.

dienen. Ein neues Rechtsgebiet soll demgegenüber durch das Klimawandelfolgenrecht nicht geschaffen werden.

A. Regelungspotentiale

Jenseits der sachlichen Grenzen eines Rechtsgebiets liegt der Mehrwert einer solchen analytischen Betrachtungsweise in der Erfassung eines Systemzusammenhangs. Das Klimawandelfolgenrecht bewegt sich innerhalb eines sozialen, ökonomischen sowie ökologischen Systems, das aus der Sicht des Rechts einen übergeordneten Regelungskontext entstehen lässt. Aus der kausalen Rückführung auf den Klimawandel erfolgt zumindest eine gedankliche Verschränkung mit den von den Klimawandelfolgen betroffenen Lebensbereichen. Diese macht zunächst Synergieeffekte und Koordinierungspotential sichtbar und kann ebenso im Klimaschutz- und Klimaanpassungsrecht sowie in anderen Regelungsgebieten mit Bezug zur Bewältigung der Klimawandelfolgen wie etwa im Öffentlichen Wirtschaftsrecht, Gesundheits-¹⁷, Migrations- und Sozialrecht normativ Berücksichtigung finden. Eine Erfassung als Klimawandelfolgenrecht¹⁸ fördert auf diese Weise eine problemadäquate Berücksichtigung der Klimawandelfolgen.¹⁹

B. Intra- und Interdisziplinarität

Die durch das Klimawandelfolgenrecht erfassten Sachbereiche werden schon angesichts dessen Ausrichtung zwischen klassischer Ordnung²⁰ und wirkungsorientierter Steuerung²¹ vielfach im Verwaltungsrecht, insbesondere im Klimaverwaltungsrecht,²² abzubilden sein. Allerdings sind bereits Rechtseentwicklungen im Zivil- und im Strafrecht auszumachen, die einen Bezug zur Bewältigung der Klimawandelfolgen aufweisen und damit ebenso in die rechtswissenschaftliche Betrachtung eines Klimawandelfolgenrechts einzubeziehen sind.²³

¹⁷ Vgl. Kießling/Fuß, S. 74 ff., in diesem Band.

¹⁸ Dieser Begriff findet sich auch bei Gärditz (Fn. 6), 329; Kloepper (Fn. 4), Rn. 230; Müller/Schulze-Fielitz (Fn. 10), 11.

¹⁹ Vgl. M. Burgi, Klimaverwaltungsrecht angesichts von BVerfG-Klimabeschluss und European Green Deal, NVwZ 2021, 1401, 1404; allgemein ders., Allgemeines Verwaltungsrecht und Fachrecht, in: A. Voßkuhle/M. Eifert/C. Möllers (Hrsg.), Grundlagen des Verwaltungsrechts, Bd. 1 (3. Aufl., 2022), § 18 Rn. 109.

²⁰ Dazu H. Wißmann, Grundmodi der Aufgabenwahrnehmung, in: Voßkuhle/Eifert/Möllers (Fn. 19), § 14 Rn. 108.

²¹ Grundlegend G. Schuppert, Verwaltungsrechtswissenschaft als Steuerungswissenschaft, in: W. Hoffmann-Riem/E. Schmidt-Aßmann (Hrsg.), Reform des Allgemeinen Verwaltungsrechts (1993), 65.

²² Burgi, Klimaverwaltungsrecht (Fn. 19), 1401; C. Franzius, Prävention durch Verwaltungsrecht: Klimaschutz, VVDStRL 81 (2022), 383, 430.

²³ In diesem Sinne auch Burgi, Klimaverwaltungsrecht (Fn. 19), 1404.

Im Zivilrecht betrifft das etwa die Haftung Privater²⁴ einschließlich der gerichtlichen Geltendmachung²⁵ und im Strafrecht die Rechtfertigung von Straftaten im Namen des Umweltschutzes.²⁶ Auf einer abstrakten Ebene können etwa die Verantwortung Privater²⁷ sowie die Grundlagen von Verbots- und Sanktionsnormen überdacht werden. Soweit die Rechtsfragen nicht ohnehin miteinander verschränkt sind,²⁸ ergeben sich hieraus für die Rechtswissenschaft intradisziplinäre Potentiale.

Die durch die Analysekategorie Klimawandelfolgenrecht bewirkte Erweiterung der Perspektiven bildet zugleich die dem starken Wirklichkeitsbezug der Regelungsmaterie entsprechende²⁹ Lebensrealität besser ab. Hierfür ist die Rechtswissenschaft auf die Erkenntnisse anderer Wissenschaften angewiesen.³⁰ Das Klimawandelfolgenrecht kann also interdisziplinäre Potentiale eröffnen,³¹ um aus der Sicht der Rechtswissenschaft die erforderlichen Wissensbestände zu erlangen,³² Perspektivenenerweiterung vorzunehmen³³ oder Impulse zu setzen³⁴ und zugleich über einen empirischen Diskurs³⁵ die Anschlussfähig-

²⁴ G. Wagner, Klimahaftung vor Gericht (2020); M. Thöne, Klimaschutz durch Haftungsrecht, ZUR 2022, 323.

²⁵ Wegweisend The Hague District Court, Urt. v. 26.5.2021 – C/09/571932/HA ZA 19-379, ZUR 2021, 632. Zu Klimaklagen gegen Private etwa H. Saurer, Strukturen gerichtlicher Kontrolle im Klimaschutzrecht, eine rechtsvergleichende Analyse, ZUR 2018, 679, 683; G. Wagner, Klimaschutz durch Gerichte, NJW 2021, 2256, 2261 f.

²⁶ Aus der Rechtsprechung OLG Düsseldorf, BeckRS 2022, 29889; OLG Celle, NStZ 2023, 113; AG Flensburg, KlimR 2023, 25. Unter Einordnung als „Klimastrafrecht“ F. Schmidt, Der „Klimanotstand“ als rechtfertigender Notstand?, KlimR 2023, 16, 16 f.

²⁷ Ansätze sind etwa umweltbezogene Sorgfaltspflichten in Lieferketten (vgl. § 3 Abs. 1 LsKG).

²⁸ Das gilt etwa für die strafrechtliche Bewertung von Klimaprotesten, die Fragen der Reichweite der Meinungs- (Art. 5 Abs. 1 GG) und Versammlungsfreiheit (Art. 8 Abs. 1 GG) tangieren; vgl. AG Berlin-Tiergarten, NStZ 2023, 242; OLG Düsseldorf, BeckRS 2022, 29889; F. Herber, „Dann klebe ich mich eben an der Straße fest, später dann auf der Flughafen-Rollbahn ...“, NZV 2023, 49.

²⁹ Allgemein C. Gusy, „Wirklichkeit“ in der Rechtsdogmatik, JZ 1991, 213, 214; A. Steinbach, Gesetzgebung und Empirie, Der Staat 54 (2015), 267, 269 f.; mit Bezug auf die Klimafolgen Kment (Fn. 9), 69.

³⁰ Vgl. die Nennung der Bereiche Klimawissenschaften, Wirtschaftswissenschaften, Umweltwissenschaften sowie soziale Fragen in § 11 Abs. 1 S. 2 KSG.

³¹ Dazu D. Grimm, Notwendigkeit und Bedingungen interdisziplinärer Forschung in der Rechtswissenschaft, in: S. Kirste (Hrsg.), Interdisziplinarität in den Rechtswissenschaften (2016), 21.

³² A. Repko, Interdisciplinary Research (2008), 11 f.

³³ J. Mittelstraß, Häuser des Wissens (1998), 43; D. Owen/C. Noblet, Interdisciplinary Research and Environmental Law, Ecology Law Quarterly 41 (2015), 887, 892 f.

³⁴ R. Posner, The Problems of Jurisprudence (1990), 150; L. Münkler, Pfadabhängigkeiten im Rechtssystem, DÖV 2016, 839, 843.

³⁵ S. Harbarth, Empirieprägung von Verfassungsrecht, JZ 2022, 157, 159.

keit an die Rechtswissenschaft zu ermöglichen.³⁶ Letzteres gilt insbesondere für solche Disziplinen, die angesichts der umwelt- und planungsrechtlichen Ausrichtung im Klimaanpassungsrecht bisher nicht hinreichend mitgedacht werden.

III. Verklammerte Analysekriterien

Die Analysekatgorie Klimawandelfolgenrecht lässt sich anhand der wesentlichen Wirkdimensionen der Klimawandelfolgen weiter ausdifferenzieren. Daraus ergeben sich die Analysekriterien Multidimensionalität, Kontinuität, Vulnerabilität sowie Multilateralität. Diesen kommt Rechtsprinzipien entsprechend³⁷ daneben die Funktion zu, das Fachrecht in einem Systemzusammenhang zu verstehen.

A. Multidimensionalität

Die Folgen des Klimawandels manifestieren sich simultan in einer Vielzahl von Lebensbereichen und sind häufig nicht monokausal. Als Folge klimatischer Veränderungen entsteht bereits eine Ressourcenknappheit, die ihrerseits Verteilungsfragen mit sich bringt.³⁸ Dadurch verstärken sich Vulnerabilitäten, da von den Folgen des Klimawandels diejenigen besonders betroffen sind, die ohnehin eingeschränkten Zugang zu sozialen und ökonomischen Ressourcen haben. So werden durch die Steigerung der Energiepreise Haushalte mit geringem Einkommen am stärksten belastet,³⁹ und der gesundheitlich bedeutsame Zugang zu Grünflächen ist sozialräumlich ungleich verteilt.⁴⁰ Weiterhin denkbar sind Auswirkungen des Klimawandels auf die menschliche Gesundheit sowie auf Versorgungssicherheit und Behandlungsqualität.⁴¹

³⁶ Dazu A. Voßkuhle, Neue Verwaltungsrechtswissenschaft, in: Voßkuhle/Eifert/Möllers (Fn. 19), § 1 Rn. 39; A. Stark, Interdisziplinarität der Rechtsdogmatik (2020), 206.

³⁷ J. Esser, Grundsatz und Norm in der richterlichen Fortbildung des Privatrechts (4. Aufl., 1990), 6; mit Bezug speziell zum Umweltrecht C. Calliess, Rechtsstaat und Umweltstaat (2001), 179; C. Schrader, Das Kooperationsprinzip, DÖV 1990, 326, 326.

³⁸ BVerfGE 157, 30, 58; Klopfer (Fn. 4), § 4 Rn. 16.

³⁹ Vgl. S. Bach/J. Knautz, Hohe Energiepreise: Ärmere Haushalte werden trotz Entlastungspaketen stärker belastet als reichere Haushalte, DIW Wochenbericht 17/2022, abrufbar unter https://www.diw.de/de/diw_01.c.840044.de/publikationen/wochenberichte/2022_17_1/hohe_energiepreise_aermere_haushalte_werden_trotz_entlastungspaketen_staerker_belastet_als_reichere_haushalte.html.

⁴⁰ Dazu A. Heiler, Die Wahrnehmung, Nutzung und gesundheitliche Bedeutung von öffentlichen Grünräumen in den Städten Bielefeld und Gelsenkirchen (2016).

⁴¹ N. Kaeding, Klimaschutz und Klimaanpassung in der akut-stationären Gesundheitsversorgung, MedR 2023, 16, 21.

Unter Einbeziehung globaler Perspektiven kann eine klimabedingte Ressourcenknappheit zudem bewaffnete Konflikte⁴² und damit zugleich Fluchtursachen hervorrufen oder verstärken,⁴³ was nicht nur gegebenenfalls eine migrationsrechtliche Folge auslöst,⁴⁴ sondern auch Auswirkungen auf den Sozialstaat⁴⁵ sowie das Bauplanungsrecht⁴⁶ haben kann. Solche multipolaren „Krisenphänomene“ sind nebeneinander sowie in ihrer Verschränkung zu betrachten. Da der Klimaschutz nicht abstrakt vor anderen Verfassungsgütern Vorrang genießt,⁴⁷ dürfen weder die Bewältigung einer akuten Krise noch die Wahrnehmung eines fortdauernden Regelungsauftrags einschließlich des Klimaschutzes dazu führen, dass andere Staatsaufgaben vernachlässigt werden und sich so von einem zunächst schlicht regelungsbedürftigen Sachverhalt zu einer Krise potenzieren.

Der Multidimensionalität entspricht es, dass der Regelungszugriff des Klimawandelfolgenrechts von einem Denken in verschränkten normativen Strukturen geprägt ist. Die gesamte Rechtsordnung ist auf ihre Regelungspotentiale für die Bewältigung der Klimawandelfolgen hin zu untersuchen. Mit dem Entwurf eines Klimawandelanpassungsgesetzes zeigt sich erstmals eine entsprechende Regelungstechnik für die Klimawandelfolgen, die sich als Querschnittsmaterie notwendig innerhalb der Bund, Ländern und Kommunen in der Verfassung zugewiesenen Gesetzgebungskompetenzen bewegt.⁴⁸ Die Schaffung eines Rahmens für eine vorsorgende Klimaanpassung unter Benennung einzelner Handlungsfelder⁴⁹ im staatlichen Mehrebenensystem⁵⁰ bewirkt eine normative Verklammerung verschiedener Regelungsmaterien, die sodann der Verpflichtung aller Staatsgewalten zur Verwirklichung einer Staatsaufgabe entsprechend⁵¹ umgesetzt wird. Eine gesetzliche Lenkung ermöglicht eine nor-

⁴² Vgl. *H. Welzer*, Klimakriege (2008).

⁴³ *S. Vöneky/F. Beck*, Umweltschutz und Menschenrechte, in: A. Proelß (Hrsg.), Internationales Umweltrecht (2. Aufl., 2022), 5. Abschnitt Rn. 117.

⁴⁴ Dazu *S. Fontana*, „Klimaflucht“ – Regelungsbedarf und Regelungspotentiale, ZAR 2023, 55.

⁴⁵ Vgl. *J. Isensee*, Integration mit Migrationshintergrund, JZ 2010, 317, 319; BVerfGE 132, 134, 164.

⁴⁶ Normativ verankert in § 1 Abs. 3 Nr. 13, § 31 Abs. 2 Nr. 1, § 246 Abs. 8 bis 17 BauGB. Dazu *S. Fontana*, Die Unterbringung von Flüchtlingen und Asylbegehrenden als Herausforderung für das Bauplanungsrecht, in: R. Lehner/F. Wapler (Hrsg.), Die herausgeforderte Rechtsordnung – Aktuelle Probleme der Migrationspolitik (2018), 223.

⁴⁷ BVerfGE 157, 30, 139; BT-Drucks. 12/6633, 6 f.; *H. Schulze-Fielitz*, in: H. Dreier (Hrsg.), Grundgesetz (3. Aufl., 2015), Art. 20a Rn. 46; *C. Calliess*, in: Dürig/Herzog/Scholz, Grundgesetz (99. EL, September 2022), Art. 20a Rn. 202.

⁴⁸ Vgl. die Klarstellung in § 9 Abs. 1 S. 1 KAnG-E.

⁴⁹ Vgl. § 3 KAnG-E.

⁵⁰ Vgl. §§ 3 ff. sowie §§ 9 ff. KAnG-E.

⁵¹ Vgl. *K. Sommermann*, Staatsziele und Staatsaufgaben (1997), 383.

mative Konkretisierung nach Vorbild des § 13 Abs. 1 KSG⁵² oder als Formulierung von Zielen als Auslegungsmaßstab, wie sie mitunter auch jenseits der traditionellen Rechtsgebiete Klimaschutz- und Klimaanpassungsrecht denkbar erscheint. Da ein gemeinsames Ziel im Wege unterschiedlicher, ihrerseits miteinander abzustimmender Gesetze und Instrumente angestrebt werden kann,⁵³ stünde dies einer späteren Erfassung als Rechtsgebiet nicht entgegen. Eine normative Verklammerung kann ebenso ohne ein solches Rahmengesetz durch die Formulierung konkreter Ziele oder Leitlinien in einschlägigen Rechtsnormen erfolgen,⁵⁴ die ebenso wie verfassungs- und völkerrechtliche Direktiven über das Umwelt- und Planungsrecht hinaus die Auslegung von Rechtsnormen⁵⁵ sowie die Ermessensausübung prägen. Mangels konkreter verfassungsrechtlicher Vorgaben ergeben sich Gestaltungsspielräume, aus denen unterschiedliche Konzepte hervorgehen können.⁵⁶ Über rechtsstaatliche Vorgaben⁵⁷ verwirklicht sich der Grundsatz der Einheit der Rechtsordnung auf vertikaler Ebene⁵⁸ und trägt damit zur Entfaltung der Integrationskraft⁵⁹ der Rechtsordnung bei.

Die differenzierte Aufgabenzuweisung durch das Verwaltungsrecht⁶⁰ soll sicherstellen, dass innerhalb der pluralisierten Verwaltung⁶¹ die Behörde mit der jeweils größten Sachnähe für die betreffende Materie tätig wird, und zugleich Kompetenzunsicherheiten vorbeugen, sodass trotz der einheitsstiftenden Funktion kein Anlass besteht, im Klimawandelfolgenrecht von der Behördenvielfalt abzurücken. Die Zuordnung eines Lebensbereichs zu mehreren Rechtsgebieten kann allerdings ein verstärktes Zusammenwirken der zuständigen Fachbehörden gebieten. Auf der Regierungsebene entspricht dies dem ressort-

⁵² In diesem Sinne auch *Burgi*, Klimaverwaltungsrecht (Fn. 19), 1406.

⁵³ *Müller/Schulze-Fielitz* (Fn. 10), 10.

⁵⁴ Zum Beispiel § 3 Abs. 1 S. 2 BRKG zur umweltverträglichen und nachhaltigen Durchführung von Dienstreisen sowie § 2 Abs. 1 S. 3 NdsSchG zur Befähigung, für die Erhaltung der Umwelt Verantwortung zu tragen, als Teil des Bildungsauftrags der Schule.

⁵⁵ Beispielhaft für eine klimafreundliche Auslegung des Mietrechts im Lichte von Art. 20a GG *B. Gsell*, *Miete und Recht auf Klimaschutz*, NZM 2022, 481, 487 ff. Für eine völkerrechtskonforme Auslegung der §§ 60a Abs. 2 S. 1, 60 Abs. 7 S. 1 AufenthG im Falle der „Klimaflucht“ *Fontana* (Fn. 44), 57.

⁵⁶ *C. Brüning*, Widerspruchsfreiheit der Rechtsordnung, NVwZ 2002, 33, 34.

⁵⁷ Zu deren Bedeutung auch *Burgi*, Klimaverwaltungsrecht (Fn. 19), 1406.

⁵⁸ *H. Sodan*, Das Prinzip der Widerspruchsfreiheit der Rechtsordnung, JZ 1999, 864, 868; *U. Di Fabio*, Das Kooperationsprinzip, NVwZ 1999, 1153, 1157. Zur Rechtseinheit in föderalen Ordnungen auch *M. Rossi*, *Föderale Vielfalt im Spannungsverhältnis zur postulierten Einheit der Rechtsordnung*, in: P. Hellwege/M. Soniewicka (Hrsg.), *Die Einheit der Rechtsordnung* (2020), 107, 112.

⁵⁹ *P. Kirchhof*, *Unterschiedliche Rechtswidrigkeiten in einer einheitlichen Rechtsordnung* (1978), 8 f.

⁶⁰ Vgl. zur verfassungsrechtlichen Fundierung BVerfGE 76, 1, 73.

⁶¹ *B. Bryde*, *Die Einheit der Verwaltung als Rechtsproblem*, VVDStRL 46 (1988), 181, 183; *G. Schuppert*, *Die Einheit der Verwaltung als Rechtsproblem*, DÖV 1987, 757, 758.

übergreifenden Austausch im Rahmen von ressortübergreifenden Kabinettsausschüssen⁶² oder informellen Arbeitsstrukturen als Ergänzung der regulären Kabinettsitzungen.⁶³ Eine einseitige Privilegierung des Klimaschutzes wie sie etwa mit der Einführung eines Vetorechts des zuständigen Ministeriums intendiert wird,⁶⁴ begegnet hingegen angesichts der Multidimensionalität gleichrangiger Staatsaufgaben sowie aus demokratietheoretischen Gründen⁶⁵ Bedenken.

B. Kontinuität

Die Bewältigung der Klimawandelfolgen betrifft keine akute Krise, sondern ist eine langfristig zu bewältigende Herausforderung. Das Recht hat auf die Folgen des Klimawandels zu reagieren, während dieser fortschreitet und stetig weitere Folgen entstehen lässt. Dafür muss es im Normalfall⁶⁶ resilient sein, sich also gegen Widerstände durchsetzen und behaupten.⁶⁷ Das Instrumentarium kann daher allerdings abgesehen von einzelnen Ausnahmesituationen nicht in der zeitweisen Aktivierung eines bereitgestellten Krisenrechts⁶⁸ liegen.⁶⁹ Auch ein Politikplanungsrecht mag sich zwar für den Klimaschutz als taugliches Instrument erweisen⁷⁰ und bisweilen sogar individualrechtlich begründen lassen,⁷¹ wird aber der Eigendynamik des Klimawandelfolgenrechts nicht gerecht. Eine damit einhergehende Festlegung auf konkrete Handlungsfelder widerspricht zunächst der intendierten Erweiterung des Regelungszugriffs. Zudem erscheint die Planung nicht für alle in das Klimawandelfolgenrecht einbezogenen Regelungsmaterien als sachgerechtes Instrument.

⁶² BVerfGE 137, 185, 140 ff.; E.-W. Böckenförde, Die Organisationsgewalt im Bereich der Regierung (2. Aufl., 1998), 246 f.

⁶³ H. Horn, Die Regierung – die Bundesregierung, in: K. Stern/H. Sodan/M. Möstl (Hrsg.), Das Staatsrecht der Bundesrepublik Deutschland im europäischen Staatenverbund, Bd. 2 (2. Aufl., 2022), § 39 Rn. 41.

⁶⁴ Dazu Franzius (Fn. 22), 422; J. Kersten, Das ökologische Grundgesetz (2022), 147 ff.

⁶⁵ Hilbert (Fn. 10), 414 f.; W. Kahl, „Soziale Gerechtigkeit“ oder Generationengerechtigkeit?, ZRP 2014, 17, 20.

⁶⁶ Das herkömmliche Verständnis der Resilienz geht demgegenüber vom Ausnahmezustand aus; dazu J. Isensee, Resilienz von Recht im Ausnahmefall, in: K. von Lewinski (Hrsg.), Resilienz des Rechts (2016), 33, 54 ff.; T. Barczak, Der nervöse Staat (2020), 612; S. Rixen, Verwaltungsrecht der vulnerablen Gesellschaft, VVDStRL 80 (2021), 37, 50.

⁶⁷ Barczak (Fn. 66), 612 ff.; Isensee (Fn. 66), 33 ff.; T. Würtenberger, Resilienz, in: P. Baumeister/W. Roth/J. Ruthig (Hrsg.), Staat, Verwaltung und Rechtsschutz. Festschrift für Wolf-Rüdiger Schenke zum 70. Geburtstag (2011), 561, 562 f.

⁶⁸ Dazu Barczak (Fn. 66), 634 ff., 649 ff.; C. Gusy, Katastrophenrecht, GSZ 2020, 101.

⁶⁹ Hilbert (Fn. 10), 410.

⁷⁰ In diesem Sinne C. Franzius, Infrastrukturen zwischen Regulierung und Planung, Herausforderungen des Energie-Infrastrukturrechts, EnWZ 2022, 302, 304; M. Reese, Das EU-Klimagesetz, Nachhaltigkeit durch Umweltpolitikplanungsrecht?, ZUR 2020, 641, 642; S. Schlacke, Klimaschutz im Mehrebenensystem, NVwZ 2022, 905, 909.

⁷¹ B. Wegener, Menschenrecht auf Klimaschutz?, NJW 2022, 425, 428.

Aus einem Systemzusammenhang heraus betrachtet erfordert die Bewältigung der Klimawandelfolgen eine umfassende soziale, ökonomische sowie ökologische Transformation,⁷² die auch verfassungsrechtlich determiniert ist. Aus freiheitsrechtlicher Perspektive sowie auf Grundlage eines ungeschriebenen Staatsziels Integration⁷³ hat der Staat dafür Sorge zu tragen, dass eine soziale, kulturelle und politische Teilhabe weiterhin gehaltvoll möglich ist.⁷⁴ Mit Blick auf die Klimawandelfolgen umfasst die Verpflichtung zur Schaffung und Gewährleistung der Grundrechtsvoraussetzungen⁷⁵ auch die sozial-ökologischen Bedingungen. Diese Verpflichtung gehört als Teil der Verpflichtung zur Gestaltung der Lebensbedingungen⁷⁶ im Sozialstaat ohnehin zu den Funktionen des Rechts.

Der angesichts der Vielzahl betroffener Rechtsgüter und Interessen erforderliche Abwägungsvorgang sowie die dem Klimawandelfolgenrecht immanenten Gleichheits- und Verteilungsfragen bedürfen einer Aushandlung im demokratischen Prozess, wobei das Parlament als zentrales demokratisches Verfassungsorgan⁷⁷ den wesentlichen Diskursraum bildet. Als Element prospektiver Konzepte⁷⁸ und interdisziplinärer Beitrag zur Folgenorientierung des Rechts⁷⁹ erscheint die Einführung einer klimafolgenorientierten Gesetzesfolgenabschätzung als explizite Ergänzung des § 44 Abs. 1 S. 3 GGO.⁸⁰ Eine Verschiebung der Gewichte zugunsten einer erweiterten Handlungsmacht der Exekutive begegnet bereits in akuten Krisenzeiten Bedenken⁸¹ und kann nicht als taugliches Handlungsinstrument zur Bewältigung einer Daueraufgabe dienen. Vielmehr erfordern die Kontinuität der Aufgabe sowie der temporäre Charakter

⁷² BVerfGE 157, 30, 65; *Burgi*, Klimaverwaltungsrecht (Fn. 19), 1403.

⁷³ Umfassend *S. Fontana*, Integrationsrecht (2022), 286 ff.

⁷⁴ BVerfGE 157, 30, 96; *J. Kersten/E. Kaupp*, Die Verfassung einer prospektiven Gesellschaft, JuS 2022, 473, 481.

⁷⁵ Dazu *J. Isensee*, Grundrechtsvoraussetzungen und Verfassungserwartungen an die Grundrechtsausübung, in: ders./P. Kirchhof (Hrsg.), Handbuch des Staatsrechts, Bd. 9 (3. Aufl., 2011), § 190 Rn. 49.

⁷⁶ *K. Llewellyn*, The Normative, the Legal, and the Law-Jobs, Yale Law Journal 49 (1939/40), 1355, 1373.

⁷⁷ BVerfGE 62, 1, 32.

⁷⁸ *Kersten/Kaupp* (Fn. 74), 480; *C. Franzius*, Verfassungsfragen der Planung politischer Transformationsentscheidungen am Beispiel der Klimaschutzplanung, ZUR 2023, 199, 203.

⁷⁹ *K. Mathis*, Folgenorientierung im Recht, in: *Kirste* (Fn. 31), 272.

⁸⁰ Zurückhaltend *Hilbert* (Fn. 10), 415.

⁸¹ Dazu *T. Kingreen*, Der demokratische Rechtsstaat in der Corona-Pandemie, NJW 2021, 2766, 2767; *H. Heinig/T. Kingreen/O. Lepsius/C. Möllers/U. Volkmann/H. Wißmann*, Why Constitution Matters, JZ 2020, 861, 867 ff. Allgemein zum Parlamentsvorbehalt und dessen Unschärfen *O. Lepsius*, Gesetz und Gesetzgebung, in: *M. Herdegen et al.* (Hrsg.), Handbuch des Verfassungsrechts (2021), § 12 Rn. 61 ff.

der demokratischen Konsensbildung⁸² eine sich immer wieder aktualisierende Zugriffsmöglichkeit, wobei die Minderheit die Möglichkeit haben muss, zur Mehrheit werden zu können.⁸³ Eine solche fördert die Berücksichtigung der jeweiligen Macht- und Herrschaftsstrukturen⁸⁴, die es gerade bei Gleichheits- und Verteilungsfragen besonders in den Blick zu nehmen gilt.⁸⁵ Dasselbe gilt für außerparlamentarische Räume als egalitäre⁸⁶ Erweiterung demokratischer Partizipation.⁸⁷ Daher gefährdet es den Diskurs, wenn Personen oder Personengruppen aus einem Kommunikationsraum herausgedrängt werden, etwa weil sie Anfeindungen erleben und keinen hinreichenden Schutz durch das Recht erfahren⁸⁸ oder zu Unrecht kriminalisiert werden. Da die Zivilgesellschaft in einem Begegnungs- und Gestaltungsraum wirkt, der vom Staat nicht zu kontrollieren, sondern zu respektieren ist,⁸⁹ hat Letzterer mit Zurückhaltung zu agieren,⁹⁰ ohne dass dies die Verfolgung von Straftaten ausschließt.⁹¹

Wenngleich Klimaklagen eine fortgesetzte demokratische Partizipation⁹² und damit einen aktualisierten Zugriff ermöglichen, gilt es zur Umsetzung der

⁸² H. Heller, Staatslehre (1934), 269; C. Starck, Nationaler Grundkonsens und Verfassungsgerichte, in: G.F. Schuppert/C. Bumke (Hrsg.), Bundesverfassungsgericht und gesellschaftlicher Grundkonsens (2000), 227, 227 f.

⁸³ C. Schmitt, Legalität und Legitimität (6. Aufl., 1998), 30; K. Hesse, Grundzüge des Verfassungsrechts der Bundesrepublik Deutschland (20. Aufl., 1995), Rn. 143; H. Hofmann/H. Dreier, Repräsentation, Mehrheitsprinzip und Minderheitenschutz, in: H.-P. Schneider/W. Zeh (Hrsg.), Parlamentsrecht und Parlamentspraxis in der Bundesrepublik Deutschland (1989), § 5 Rn. 58. Umfassend zur Rechtfertigung des Mehrheitsprinzips in der Demokratie W. Heun, Das Mehrheitsprinzip der Demokratie (1983), 79 ff.

⁸⁴ Zu diesen L. Foljanty/U. Lembke, Feministische Rechtswissenschaft (2. Aufl., 2012), § 3 Rn. 18; S. Baer, A Different Approach to Jurisprudence? Feminisms in German Legal Science, Legal Cultures, and the Ambivalence of Law, Cardozo Women's Law Journal 3 (1996), 251, 264.

⁸⁵ A. Kallhoff, Klimagerechtigkeit und Klimaethik (2015), 9; S. Laskowski, Demokratisierung des Umweltrechts, ZUR 2010, 171, 172.

⁸⁶ Dazu S. Fontana, Freiheit – Disparität – Egalität, DVBl. 2022, 1125, 1127 ff.

⁸⁷ BVerfGE 8, 104, 113; K. Schelter, Demokratisierung der Verbände (1976), 71.

⁸⁸ Zur Demokratierelevanz von „Hate Speech“ C. Eckes/D. Geschke/A. Klaffen/M. Quent, #Hass im Netz – Der schleichende Angriff auf unsere Demokratie (2019).

⁸⁹ K. Grewlich, Nichtregierungsorganisationen, in: J. Isensee/P. Kirchhof (Hrsg.), Handbuch des Staatsrechts, Bd. 10 (3. Aufl., 2012), § 233 Rn. 9.

⁹⁰ Zu verschiedenen Ansätzen R. Zippelius, Allgemeine Staatslehre (17. Aufl., 2019), 210 ff.

⁹¹ Vielmehr verpflichtet das Legalitätsprinzip die Staatsanwaltschaft, bei einem Anfangsverdacht die Ermittlungen aufzunehmen; U. Kindhäuser/K. Schumann, Strafprozessrecht (6. Aufl., 2022), § 4 Rn. 18.

⁹² Insbesondere im Wege der strategischen Prozessführung; dazu A. Graser, Strategic Litigation, oder: was man mit der dritten Gewalt sonst noch anfangen kann, RW 10 (2019), 317, 320; V. Strobel, Strategischer Zugang zum Recht, DÖV 2021, 1067; N. Markard, Strategische Prozessführung als Mittel zur Öffnung von Räumen, djbZ 2022, 20.

klimabezogenen Staatsaufgaben, nicht durch Private initiierten⁹³ Klagen zuzuwarten, sondern vorrangige Instrumente zu ergreifen,⁹⁴ über die im parlamentarischen Prozess zu entscheiden ist. Klagen dienen zuvörderst der Herstellung eines rechtmäßigen Zustands,⁹⁵ sodass sie im Erfolgsfall ein rechtsstaatliches Defizit aufzeigen, das auch in einem Unterlassen liegen kann. Zudem ist der Zugang zu Gericht von Voraussetzungen abhängig, sodass nicht jede Sachfrage einer gerichtlichen Entscheidung zugeführt werden kann. Dies sind insbesondere prozessuale Hürden, die jenseits überindividueller Rechtsbehelfe⁹⁶ das Erfordernis der Klage- oder Beschwerdebefugnis bildet.

C. Vulnerabilität

Die Vermeidung oder Verminderung von Vulnerabilitäten durchzieht die Aufgaben des Verfassungsstaates⁹⁷ einschließlich der Bewältigung der Klimawandelfolgen. Aus Gleichheitssicht ist bedeutsam, dass sich die klimabedingte Ungleichverteilung von Ressourcen einschließlich derjenigen von Umweltressourcen nachteilig auf die soziale, kulturelle und politische Integration und Teilhabe auswirkt.⁹⁸ Wenn das Klimarecht bisher sowohl gegenwärtig als auch intertemporal⁹⁹ vorwiegend freiheitlich gedacht wird,¹⁰⁰ entfaltet sich damit immer auch die gleichheitliche Dimension der Freiheitsrechte.¹⁰¹ Darüber hinaus wirkt der Gleichheitssatz aus Art. 3 Abs. 1 GG in Verbindung mit einem Freiheitsrecht oder einer Staatszielbestimmung einschließlich Art. 20a GG als intertemporale Gleichheits- und Teilhabesicherung.¹⁰² Jedenfalls in ihrer Funktion als Diskriminierungsverbote, wenn nicht sogar als Begründung positiver Maßnahmen¹⁰³ werden durch Art. 3 Abs. 2 und 3 GG diejenigen adressiert, die

⁹³ W. Köck/T. Markus, Der europäische „Green Deal“, ZUR 2020, 257, 257; zu intraföderalen Klagen Saurer (Fn. 25), 681.

⁹⁴ Hilbert (Fn. 10), 416; Wegener (Fn. 71), 430.

⁹⁵ Vgl. C. Voigt, Climate Change as a Challenge for Global Governance, Courts and Human Rights, in: W. Kahl/M.-P. Weller (Hrsg.), Climate Change Litigation (2021), 2, 12. Grundlegend zur Funktion von gerichtlichen Rechtsbehelfen J. Masing, Die Mobilisierung der Bürger zur Durchsetzung des Rechts (1997).

⁹⁶ Dazu S. Schlacke, Überindividueller Rechtsschutz (2008).

⁹⁷ Vgl. Rixen (Fn. 66), 44.

⁹⁸ Laskowski (Fn. 85), 172.

⁹⁹ Zur intertemporalen Dimension des Klimaschutzes BVerfGE 157, 30, 98; S. Schlacke, Klimaschutzrecht, NVwZ 2021, 912, 913.

¹⁰⁰ Vgl. nur BVerfGE 157, 30, 131.

¹⁰¹ Dazu P. Häberle, Grundrechte im Leistungsstaat, VVDStRL 30 (1972), 95 f.

¹⁰² Ebenso Kersten/Kaupp (Fn. 74), 478 f.

¹⁰³ F. Wapler, Gleichheit angesichts von Vielfalt als Gegenstand des philosophischen und des juristischen Diskurses, VVDStRL 78 (2019), 53, 67; S. Baer/N. Markard, in: von Mangoldt/Klein/Starck, GG, Bd. 1 (7. Aufl., 2018), Art. 3 Abs. 2 und 3 Rn. 423; R. Uerpmann-Witzack, Strikte Privilegierungs- und Diskriminierungsverbote, in: D. Merten/H.-J. Papier

auch aus intersektionaler Perspektive¹⁰⁴ von strukturellen Benachteiligungen¹⁰⁵ und damit vielfach ebenso von den Folgen des Klimawandels besonders betroffen sind. Zuletzt verpflichtet das Sozialstaatsprinzip den Staat dazu, zu verhindern, dass die Gesellschaft an ihren sozialen Gegensätzen zerbricht.¹⁰⁶

Im Klimawandelfolgenrecht auf die Vermeidung und Verminderung von Vulnerabilitäten hinzuwirken, ist mithin Bestandteil der Integrationsaufgabe. Dies erfordert gegebenenfalls Ausgleichsmaßnahmen oder Differenzierungen nach der sozialen Leistungsfähigkeit,¹⁰⁷ wie sich für das Klimaschutzrecht am Beispiel der Preisgestaltung des Anwohnerparkens mit dem Klimaschutz als Lenkungsziel zeigt.¹⁰⁸ Dass die Ebene der Bewältigung der Klimawandelfolgen ebenso betroffen ist, verdeutlicht etwa die ungleiche Belastung durch ansteigende Energiepreise. Hieran knüpft die Idee des „Klimageldes“¹⁰⁹ als sozialer Kompensationsmechanismus an, während § 171e BauGB über die soziale Stadt beispielhaft zeigt, wie soziale Belange¹¹⁰ in einen planungsrechtlichen Kontext integriert¹¹¹ werden können. Die Einbeziehung sozialer Vulnerabilitäten kann zudem dazu Anlass geben, Gewissheiten zu überdenken. Wenn überkommene Vorstellungen nicht mehr als Zentrum und Norm verstanden werden,¹¹² fördert dies bisweilen nicht nur den Klimaschutz, sondern kann sich

(Hrsg.), Handbuch der Grundrechte in Deutschland und Europa, Bd. V/2 (2013), § 128 Rn. 46.

¹⁰⁴ Grundlegend zum Konzept der Intersektionalität *K. Crenshaw*, Demarginalizing the Intersection of Race and Sex: A Black Feminist Critique of Antidiscrimination Doctrine, Feminist Theory and Antiracist Politics, University of Chicago Legal Forum (1989), 139; *dies.*, Mapping the Margins: Intersectionality, Identity Politics, and Violence against Women of Color, Stanford Law Review 43 (1991), 1241.

¹⁰⁵ *M. Sachs*, Die Merkmale verfassungsgesetzlicher Unterscheidungsverbote in Deutschland vom Ende des alten Reiches bis zum Grundgesetz, Der Staat 23 (1984), 549, 576; *U. Sacksofsky*, Das Grundrecht auf Gleichberechtigung (2. Aufl., 2019), 311.

¹⁰⁶ *A. Voßkuhle/T. Wischmeyer*, Das Sozialstaatsprinzip, JuS 2015, 693, 693; *H. Zacher*, Das soziale Staatsziel, in: J. Isensee/P. Kirchhof, Handbuch des Staatsrechts, Bd. 2 (3. Aufl., 2004), § 28 Rn. 34.

¹⁰⁷ Zur Relevanz sozialer Aspekte auch *Kloepfer* (Fn. 4), § 4 Rn. 16.

¹⁰⁸ VGH Mannheim, ESG 2022, 207, 218. Zur Unwirksamkeit der Satzung BVerwG, Urt. v. 13.6.2023, 9 CN 2.22.

¹⁰⁹ Koalitionsvertrag 2021–2025, S. 49. Dazu *B. Operhalsky*, Energie- und Klimaschutzrecht im Koalitionsvertrag 2021–2025, ZRP 2022, 46, 49.

¹¹⁰ Vgl. BT-Drucks. 15/2250, 32.

¹¹¹ Zu diesem integrativen und partizipativen Ansatz siehe die Mitteilung der Kommission an den Rat und das Europäische Parlament, Die Kohäsionspolitik und die Städte: Der Beitrag der Städte zu Wachstum und Beschäftigung in den Regionen, v. 13. 7. 2006, KOM (2006) 385 endgültig, Ziff. 4.

¹¹² Zum Beispiel des sogenannten Androzentrismus erstmals *C. Gilman*, The Man-Made World or Our Androcentric Culture (1911).

auch dahingehend auswirken, dass den Bedürfnissen aller Mitglieder der Gesellschaft besser Rechnung getragen wird.¹¹³

D. Multilateralität

Klimaschädliche Handlungen innerhalb der Territorialhoheit eines Nationalstaates wirken sich in anderen Staaten aus¹¹⁴ und können von dort aus auf den Nationalstaat zurückwirken. Letzteres zeigen die Beispiele der „Klimaflucht“ sowie die grenzüberschreitende Verbreitung klimabedingter Infektionskrankheiten, die als Klimawandelfolge den Zugriff des Gesundheitsvölkerrechts¹¹⁵ auslösen. Deshalb liegt die Bewältigung der Klimawandelfolgen im gemeinsamen Interesse der Staatengemeinschaft¹¹⁶ und lässt sich ebenso wie der Klimaschutz durch unilaterale Maßnahmen allein nicht adressieren. Im globalen Süden sind nicht nur die unmittelbaren Klimawandelfolgen, sondern auch die dadurch verstärkten Vulnerabilitäten besonders deutlich sichtbar, etwa wenn Lebensräume indigener Völker durch die Agrar- und Rohstoffindustrie bedroht werden oder 80 % der von Umsiedlungen betroffenen Personen Frauen sind, die dabei sexualisierte Gewalt erleben.¹¹⁷ Auch das Recht auf eine gesunde Umwelt¹¹⁸ hat nicht zuletzt aufgrund der akzessorischen Diskriminierungsverbote¹¹⁹ seinerseits eine gleichheitliche Relevanz.

¹¹³ Vgl. etwa die Präambel des Berliner Mobilitätsgesetzes v. 5.7.2018, GVBl. 2018, 464: „Dieses Gesetz schafft die rechtlichen Rahmenbedingungen für eine in allen Teilen Berlins gleichwertige, an den Mobilitätsbedürfnissen von Stadt und Umland ausgerichtete, individuelle Lebensgestaltung, unabhängig von Alter, Geschlecht, Einkommen und persönlichen Mobilitätsbeeinträchtigungen sowie von Lebenssituation, Herkunft oder individueller Verkehrsmittelverfügbarkeit. Die durch dieses Gesetz geregelte Mobilität umfasst die besonderen Anforderungen aller Mobilitätsgruppen [...]“.“

¹¹⁴ *Intergovernmental Panel on Climate Change*, AR6 Synthesis Report Climate Change 2023, IPCC AR6 SYR, Ziff. 2.1.; darauf hinweisend auch BVerfGE 157, 30, 140; *Inter-American Court of Human Rights*, Advisory Opinion, OC-23/2017, Ziff. 96.

¹¹⁵ Zu diesem Rechtsgebiet U. Gassner, Internationales und Europäisches Infektionsschutzrecht, in: S. Kluckert (Hrsg.), *Das neue Infektionsschutzrecht* (2. Aufl., 2021), § 1 Rn. 4; B. Tobes, *International Health Law*, *Indian Journal of International Law* 55 (2015), 299.

¹¹⁶ Präambel sowie Art. 2 Abs. 2 Pariser Übereinkommen.

¹¹⁷ *United Nations*, *Climate change exacerbates violence against women and girls*, abrufbar unter <https://www.ohchr.org/en/stories/2022/07/climate-change-exacerbates-violence-against-women-and-girls>.

¹¹⁸ *Human Rights Council*, Resolution 48/13, 8.10.2021, A/HRC/RES/48/13, Ziff. 1.

¹¹⁹ Vgl. Art. 2 Abs. 2 ICCPR, Art. 2 Abs. 2 ICESCR.

Angesichts der globalen Dimension des Regelungsbereichs¹²⁰ konstituiert sich das Klimawandelfolgenrecht als transnationales Recht.¹²¹ Es ist wie das Klimaschutzrecht als solches auf internationale Kooperation angewiesen,¹²² sodass auf multilateraler Ebene eine fortgesetzte Konsensfindung¹²³ sowie eine Effektuierung internationaler Abkommen¹²⁴ geboten sein wird. Eine solche aktualisierte Zugriffsmöglichkeit auf der Ebene des Völkerrechts wirkt mit Blick auf die internationale Umweltgerechtigkeit¹²⁵ einer Fortschreibung kolonialer Kontinuitäten¹²⁶ entgegen. Der zwischenstaatlichen Umweltgerechtigkeit dient weiterhin der im Klimavölkerrecht verankerte¹²⁷ Grundsatz der gemeinsamen, aber unterschiedlichen Verantwortung. Für die individuelle Umweltgerechtigkeit können unter der Prämisse eines kultursensiblen Ansatzes¹²⁸ die Menschenrechte eine gemeinsame normative Basis bilden.

Eine begrenzte Wirkung unilateraler Klimaschutzmaßnahmen wirft Legitimationsfragen auf,¹²⁹ die im globalen Kontext den Zugriff des Klimawandelfolgenrechts auslösen. Unter Berücksichtigung der unterschiedlichen Verantwortlichkeit¹³⁰ ist insbesondere die administrative und finanzielle Unterstützung bei der Bewältigung der Klimawandelfolgen¹³¹ als Teil der folgenrechtlichen Ausgleichskomponente denkbar. Hierzu können bei einem durch die analytische Betrachtung als Klimawandelfolgenrecht erweiterten Regelungszugriff neben Klimawandelanpassungsmaßnahmen¹³² etwa auch innerstaatliche

¹²⁰ J. Saurer, Klimaschutz global, europäisch, national, Was ist rechtlich verbindlich?, NVwZ 2017, 1574, 1574; T. Markus, Die Problemwirksamkeit des internationalen Klimaschutzrechts, ZaöRV 2016, 715, 717.

¹²¹ Vgl. C. Franzius, Das Paris-Abkommen zum Klimaschutz, ZUR 2017, 515, 515 ff. Zum Begriff O. Dilling/T. Markus, Transnationalisierung des Umweltrechts, ZUR 2016, 3, 4 f.

¹²² BVerfGE 157, 30, 140; J. Saurer, Rechtsvergleichende Betrachtung der Energiewende, JöR 2016, 411, 413 f.

¹²³ P. Hilbert, Klimaanpassungsstrategien auf internationaler und nationaler Ebene, ZUR 2023, 259, 261.

¹²⁴ Dazu Markus (Fn. 120), 735 ff.

¹²⁵ Kloepper (Fn. 4), § 4 Rn. 14; R. Anand, International Environmental Justice (2004).

¹²⁶ B.S. Chimni, Third World Approaches to International Law, International Community Law Review 8 (2006), 3, 3; M. Pichl, Die Verrechtlichung der Welt, KJ 2012, 131, 132 f.

¹²⁷ Präambel sowie Art. 2 Abs. 2 Pariser Übereinkommen; Präambel sowie Art. 4 Abs. 1 Klimarahmenkonvention.

¹²⁸ Grundlegend C. Mohanty, Under Western Eyes, in: dies. (Hrsg.), Third World Women and the Politics of Feminism (1991), 51 ff.

¹²⁹ T. Markus, Unilaterales Umweltrecht als Baustein einer globalen Umweltgovernance, in: T. Markus/M. Reese/W. Köck (Hrsg.), Zukunftsfähiges Umweltrecht III (2023), 11, 35.

¹³⁰ Präambel sowie Art. 2 Abs. 2 Pariser Übereinkommen.

¹³¹ Hilbert (Fn. 123), 266.

¹³² Mit einem Fokus auf der Planung Hilbert (Fn. 123), 260; J. Saurer, Klimaanpassung im Mehr-Ebenen-System des Rechts, NuR 2022, 513, 519.

Umsiedlungen als Beitrag zur Verhinderung der „Klimaflucht“¹³³ oder die Förderung der Partizipation indigener Völker in der Umweltpolitik¹³⁴ gehören. Die Achtung der souveränen Gleichheit der Staaten sowie die Berücksichtigung der jeweiligen Begebenheiten gebieten, dass solche Maßnahmen nicht einseitig aufgedrängt, sondern bi- oder multilateral konsensual vereinbart werden.

VI. Folgerungen für das Klimarecht

Als Analysekatgorie kann das Klimawandelfolgenrecht den Regelungsbe-
reich des Klimarechts erweitern. Hierbei fügt es sich in die anerkannte Systematik mit der Differenzierung zwischen Klimaschutz und Klimaanpassung ein. Zugleich trägt es dem Umstand Rechnung, dass die Unterscheidungen und Begrifflichkeiten im Klimarecht zunehmend brüchig werden und sich neue Kategorien und Perspektiven entwickeln, die sprachlich und dogmatisch abzubilden sind.¹³⁵

A. Verhältnis zu Klimaschutz und Klimaanpassung

Das Klimawandelfolgenrecht verfolgt bereits eine andere Zielsetzung als das Klimaschutzrecht. Enger ist die systematische Nähe zum Klimawandelanpassungsrecht, mit dem das Klimawandelfolgenrecht allerdings weder identisch ist noch darin aufgeht.

1. Abgrenzung zum Klimaschutzrecht

Im Verhältnis zum auf die Vermeidung und Verringerung der Klimawandelfolgen ausgerichteten Klimaschutzrecht¹³⁶ kommt dem Klimawandelfolgenrecht die Funktion zu, auf klimawandelbedingte Veränderungen in der Wirklichkeit sowie des Rechts zu reagieren.¹³⁷ Da es sich trotz der Wechselbeziehung um zwei unterschiedliche Aufgaben handelt,¹³⁸ wird Klimaschutzrecht durch das Klimawandelfolgenrecht nicht ersetzt, wohl aber ergänzt. Die primäre Verpflichtung des Staates liegt weiterhin im Klimaschutz, der in der Vermeidung und Verminderung der Klimawandelfolgen seine Begründung findet.

¹³³ Vgl. *Economic and Social Council*, Guiding Principles on Internal Displacement, 11.2.1998, E/CN.4/1998/53/Add.2, denen jedoch keine Rechtsverbindlichkeit zukommt.

¹³⁴ *E. Belfer/J. Ford/M. Maillet/M. Araos/M. Flynn*, Pursuing an Indigenous Platform, *Global Environmental Politics* 19 (2019), 12.

¹³⁵ So etwa im Falle der Entnahme; dazu *Markus/Heß/Otto/Dittmeyer* (Fn. 4), 139 f.

¹³⁶ In diesem Sinne Art. 2 Klimarahmenkonvention sowie Art. 2 Abs. 1 lit. a und Art. 4 Abs. 1 Pariser Übereinkommen: „Stabilisierung der Treibhausgaskonzentration in der Atmosphäre“.

¹³⁷ Für die Klimawandelanpassung *Kloepfer* (Fn. 10), 37 f.

¹³⁸ Vgl. *Kment* (Fn. 9), 70.

Das daraus folgende Primat des Klimaschutzrechts¹³⁹ entspricht nicht nur der staatlichen Verpflichtung zum Klimaschutz und trägt dazu bei, dass Freiheitsräume¹⁴⁰ und demokratische Entscheidungsspielräume¹⁴¹ langfristig erhalten bleiben. Dennoch werden Maßnahmen zur Bewältigung der Klimawandelfolgen durch den Klimaschutz vielfach nicht entbehrlich,¹⁴² sodass das Klimawandelfolgenrecht stets als weiterer Regelungszugriff mitgedacht werden muss. Zugleich kann sich die Verpflichtung zum Klimaschutz dadurch verringern, dass sich die Gefahren auf der Ebene der Klimawandelfolgen mildern lassen.¹⁴³

Trotz der Wechselwirkungen ist mit Blick auf die Handlungsfehler, aber auch auf das Instrumentarium allerdings schon angesichts der unterschiedlichen Zielsetzung eine klare Trennung von Klimaschutz und Bewältigung der Klimawandelfolgen und damit von Klimaschutz- und Klimawandelfolgenrecht geboten.¹⁴⁴ Das schließt nicht aus, einen von den Klimawandelfolgen betroffenen Lebensbereich in den Begründungszusammenhang des Klimaschutzrechts einzubeziehen und gerade auf die Verhinderung und Minimierung konkreter Klimawandelfolgen hinzuwirken. Vielmehr wird das Klimaschutzrecht sogar den problemadäquateren und sachnäheren Regelungszugriff begründen, soweit es noch Steuerungspotentiale eröffnet.

2. Erweiterung gegenüber der Klimaanpassung

Dem Klimawandelfolgenrecht kommt ebenso wie dem Klimaanpassungsrecht die Funktion zu, auf klimabedingte Veränderungen der Wirklichkeit sowie des Rechts zu reagieren.¹⁴⁵ Zudem erfolgt der Regelungszugriff nach beiden Zugängen vor allem dort, wo das Klimaschutzrecht an seine tatsächlichen oder rechtlichen Grenzen stößt. Im Unterschied zum auf das Umwelt- und Planungsrecht fokussierten Klimaanpassungsrecht bewirkt die Erfassung als Klimawandelfolgenrecht allerdings eine systematische Erweiterung der Perspektive und ermöglicht auf diese Weise, auch die sozialen und ökonomischen Klimawandelfolgen zu adressieren. Insoweit ist das Klimawandelanpassungsrecht ein auf

¹³⁹ Vgl. BVerfGE 157, 30, 116; T. Groß, Die Ableitung von Klimaschutzmaßnahmen aus grundrechtlichen Schutzpflichten, NVwZ 2020, 337, 341.

¹⁴⁰ BVerfGE 157, 30, 131; Schlacke (Fn. 99), 914.

¹⁴¹ Wegener (Fn. 71), 428.

¹⁴² Internal Displacement Monitoring Centre, Global Report on Internal Displacement (GRID). Für Zahlen und Prognosen zur „Klimafucht“ abrufbar unter <https://www.internal-displacement.org>.

¹⁴³ In diesem Sinne BVerfGE 157, 30, 119, zu den Gefahren des Klimawandels für Leben und Gesundheit der Menschen.

¹⁴⁴ Vgl. T. Markus, Grundprobleme eines zukunftsfähigen Umweltrechts im Anthropozän, in: W. Köck/T. Markus/M. Reese (Hrsg.), Zukunftsfähiges Umweltrecht I (2023), 23, 67.

¹⁴⁵ Für die Klimawandelanpassung Klopfer (Fn. 10), 37 f.

das Umwelt- und Planungsrecht fokussierter Teilrechtsbereich¹⁴⁶ des Klimawandelfolgenrechts.

B. Eigenständige Bedeutung

Über das Klimawandelfolgenrecht werden zunächst neue Regelungsgegenstände für das Klimarecht erschlossen. Hierbei ermöglicht das Verständnis als Analysekategorie in Abgrenzung zum Rechtsgebiet, dass die Eigengesetzlichkeiten des jeweils auch betroffenen Regelungsbereichs aufrechterhalten werden. Eine Einordnung in die sachlichen Grenzen eines Rechtsgebiets würde demgegenüber dem Querschnittscharakter nicht gerecht und die Dynamik der Rechtsentwicklung inadäquat einengen.

1. Neue Handlungsfelder

Durch die gedankliche Verschränkung der vom Klimawandel betroffenen Lebensbereiche kann sich der Zugriff des Klimarechts auf neue Regelungsmaterien erstrecken. Deren abschließende Festlegung würde die Entwicklungsdynamik des Klimawandelfolgenrechts als Querschnittsmaterie eher begrenzen sowie den Grundannahmen des erweiterten Regelungszugriffs zuwiderlaufen. Zudem wird das Klimawandelfolgenrecht durch die eintretenden Klimawandelfolgen und damit durch das Klimaschutzrecht sowie dessen Effektivität bedingt.

Die Regelungsmaterien sind daher immer wieder neu auszumachen und zu hinterfragen. Der gemeinsame Bezugspunkt liegt in einem einheitlichen Lebensbereich, der sich mit der Vermeidung und Verminderung der Klimawandelfolgen umschreiben lässt. Darüber erschließen sich zunächst Regelungsmaterien, die auf die Bewältigung der unabwendbaren Folgen des Klimawandels ausgerichtet sind,¹⁴⁷ auch wenn sie sich jenseits der sachlichen Grenzen des Klimaschutzrechts bewegen. Einbezogen werden weiterhin Regelungsmaterien mit Bezug zur Bewältigung der Klimawandelfolgen, auch über den Sachbereich des Klimaanpassungsrechts hinaus. Über die Zuordnung zu diesem sozialen Lebensbereich ergibt sich ein von der gesetzlichen Anerkennung unabhängiger innerer Zusammenhang,¹⁴⁸ den das Recht vorfindet. Dafür sind anhand der verklammernden Analyse Kriterien zunächst Vulnerabilitäten¹⁴⁹ inner-

¹⁴⁶ Für weitere Ausdifferenzierungen vgl. *W. Köck*, Klimaanpassung in der Regionalplanung, ZUR 2023, 266, 267.

¹⁴⁷ Für das Klimaanpassungsrecht *Hilbert*, Klimawandelanpassung (Fn. 4), 1409; *Fischer* (Fn. 10), 13 ff.; *M. Reese*, Rechtliche Aspekte der Klimaanpassung, in: A. Marx (Hrsg.), Klimaanpassung in Forschung und Politik (2017), 73, 74 ff.; *Köck* (Fn. 146), 266.

¹⁴⁸ Vgl. zu Annahme und Umgrenzung eines Rechtsgebiets anhand der Zuordnung zu einem sozialen Bereich *M. Kloepper*, Systematisierung des Umweltrechts (1978), 68; *ders.* (Fn. 4), § 1 Rn. 96.

¹⁴⁹ *W. Köck*, Klimawandel und Recht, ZUR 2007, 393, 395; *Kment* (Fn. 9), 69.

halb des sozialen, ökonomischen sowie ökologischen Systems auszumachen und sodann in den jeweils betroffenen Rechtsgebieten abzubilden.

2. Fortbestehende Eigengesetzlichkeiten

Die Erfassung der über das Klimaanpassungsrecht hinausgehenden Klimawandelfolgen durch das Klimawandelfolgenrecht gewährleistet, dass einerseits Eigenständigkeit und dogmatische Einheit des Klimaanpassungsrechts durch die Erweiterung der Perspektive nicht durchbrochen werden und andererseits die Bewältigung der über dessen Sachbereich hinausgehenden Klimawandelfolgen innerhalb der Eigengesetzlichkeiten der jeweils betroffenen Rechtsgebiete erfolgt. Dem Querschnittscharakter des Klimawandelfolgenrechts entspricht es, dass sich dieses bereichsspezifisch im jeweiligen Fachrecht manifestiert,¹⁵⁰ wobei die Betrachtung eines Systemzusammenhangs deren Verklammerung bewirkt. Die klimawandelfolgenrechtlich orientierte Betrachtung kann das Bedürfnis nach Anpassungen oder Modifizierungen des Fachrechts an die Klimawandelfolgen offenbaren.¹⁵¹ Diese Überlegungen gelten bereits für das Klimaanpassungsrecht, das sich weitgehend geschlossen in die Strukturen des Umwelt- und Planungsrechts einfügt,¹⁵² und setzen sich in weiteren Rechtsgebieten fort.¹⁵³

3. Referenzgebiet „Klimaflicht“

Die Wechselbeziehung zwischen Klimaschutz und Klimawandelfolgen bei gleichzeitiger Aufrechterhaltung von Eigengesetzlichkeiten des Migrationsrechts als betroffener Regelungsbereich lässt sich am Beispiel der „Klimaflicht“¹⁵⁴ verdeutlichen. Zwar ist nicht abschließend geklärt, wie viele Migra-

¹⁵⁰ Dazu grundlegend *Burgi*, Allgemeines Verwaltungsrecht (Fn. 19), § 18 Rn. 109; *U. Penski*, Rechtsgrundsätze und Rechtsregeln, JZ 1989, 105, 112; *D. MacCormick/O. Weinberger*, Grundlagen des institutionalistischen Rechtspositivismus (1985), 45; *K. Larenz/C. Canaris*, Methodenlehre der Rechtswissenschaft (3. Aufl., 1995), 153 f.

¹⁵¹ *Kießling/Fuß*, S. 77 ff., in diesem Band.

¹⁵² Vgl. nur *Hilbert*, Klimawandelanpassung (Fn. 4), 1410 ff.

¹⁵³ Für das Gesundheitsrecht siehe *Kießling/Fuß*, S. 75 f., in diesem Band.

¹⁵⁴ Da er der Vielschichtigkeit des Phänomens nicht gerecht wird und eine zumeist unzutreffende Nähe zum Flüchtlingsrecht suggeriert, ist der Begriff „Klimaflicht“ eigentlich zu undifferenziert. Allerdings hat sich bisher keine alternative adäquate Begriffsbezeichnung herausbilden können. Zu den Alternativen und Diskussionen umfassend *B. Nümann*, Umweltflüchtlinge? (2014), 76 ff.; *B. Mayer*, Definitions and concepts. in: R. McLeman/F. Gemmenne (Hrsg.), Routledge Handbook of Environmental Displacement and Migration (2020), 323 ff.; *B. Müller/M. Haase/A. Kreienbrink/S. Schmid*, Klimamigration – Definitionen, Ausmaß und politische Instrumente in der Diskussion. Working Paper 45, BAMF (2012), 18 ff.; *Vöneky/Beck* (Fn. 43), Rn. 117.

tionsbewegungen tatsächlich auf den Klimawandel zurückgehen,¹⁵⁵ doch tragen Klimaveränderungen zumindest dazu bei,¹⁵⁶ auch indem sie andere Fluchtursachen¹⁵⁷ hervorrufen oder verstärken. Spätestens nach Grenzübertritt und Äußerung eines Asylgesuchs¹⁵⁸ ist die Bundesrepublik Deutschland mit der Aufgabe konfrontiert, die zunächst in einem anderen Staat entstehenden Klimawandelfolgen zu bewältigen. Sofern nicht weitere Fluchtgründe wie etwa ein bewaffneter Konflikt hinzukommen¹⁵⁹ oder nachteilige Folgen des Klimawandels gezielt auf bestimmte Individuen gelenkt werden,¹⁶⁰ ist die „Klimafucht“ nicht als Fluchtgrund erfasst¹⁶¹ und überdies systemfremd, da keine individuelle Verfolgung durch einen Staat aufgrund asylrelevanter Merkmale erfolgt.¹⁶² Die im Falle der ernsthaften Bedrohungen durch den Klimawandel¹⁶³ bestehenden Spielräume des Migrationsrechts¹⁶⁴ weisen allerdings für die

¹⁵⁵ Vgl. *R. Black*, *Environmental Refugees: Myth or Reality?*, UNHCR Working Paper No. 34 (2001); *C. Fröhlich*, *Klimaflüchtlinge*, in: T. Scharrer et al. (Hrsg.), *Flucht- und Flüchtlingsforschung – Handbuch für Wissenschaft und Studium* (2023), 333.

¹⁵⁶ *United Nations*, *Global Compact on Refugees*, 2.8.2018, A/73/12 (Part II), angenommen von der Generalversammlung mit der Resolution 73/12, 17.12.2018, A/73/12 (Part II), Ziff. 8. Eindrücklich *K. Rigaud* et al., *Groundswell: Preparing for Internal Climate Migration* (2018).

¹⁵⁷ *Vöneky/Beck* (Fn. 43), Rn. 117. Beispielhaft zu nennen sind bewaffnete Konflikte; dazu *Welzer* (Fn. 42).

¹⁵⁸ Vgl. Art. 13 AsylG.

¹⁵⁹ Im Falle einer individuellen Bedrohung greift § 4 Abs. 1 Nr. 3 AsylG; dazu *Fontana* (Fn. 44), 56.

¹⁶⁰ *A. Zimmermann/C. Mahler*, in: A. Zimmermann (Hrsg.), *The 1951 Convention on Relating to the Status of Refugees and its 1967 Protocol* (2011), Art. 1 A para. 2 Rn. 565; *D. Hanschel*, *Klimaflüchtlinge und das Völkerrecht*, ZAR 2017, 1, 3; *C.M. Kozoll*, *Poisoning the Well: Persecution, the Environment, and Refugee Status*, *Colorado Journal of International Environmental Law and Policy* 15 (2004), 271, 273.

¹⁶¹ Weder greift das Asylrecht (Art. 16a GG und § 2 AsylG) noch der Internationale Schutz (§§ 3–4 AsylG); dazu *K. Gärditz*, in: *Dürig/Herzog/Scholz* (Fn. 47) (98. EL März 2022), Art. 16a GG Rn. 102; *B. Nümann*, *Kein Flüchtlingsschutz für „Klimaflüchtlinge“*, ZAR 2015, 165, 168; *C. Brouers*, *Der Schutz der Umwelt- und Klimaflüchtlinge im Völkerrecht*, ZUR 2012, 81, 83.

¹⁶² Dazu näher *Fontana* (Fn. 44), 57 f.

¹⁶³ Für eine Anerkennung der Schutzbedürftigkeit vgl. die ständige Rechtsprechung zum durch Art. 2 Abs. 2 S. 1 GG begründeten Abschiebungsschutz BVerwGE 99, 324, 328; BVerwG, NVwZ 1996, 199, 200; NVwZ 1999, 666, 667. Aus menschenrechtlicher Sicht *Human Rights Committee*, Views adopted by the Committee under article 5 (4) of the Optional Protocol, concerning communication No. 2728/2016, 23.9.2020, CCPR/C/127/D/2728/2016, Ziff. 9 ff. In diesem Sinne auch New Zealand Supreme Court, *Ioane Teitiota vs. The Chief Executive of the Ministry of Business, Innovation and Employment*, Urt. v. 20.7.2015, [2015] NZSC 107.

¹⁶⁴ Denkbar ist eine völkerrechtskonforme Auslegung der §§ 60a Abs. 2 S. 1, 60 Abs. 7 S. 1 AufenthG.

„Klimaflucht“ Regelungsdefizite auf.¹⁶⁵ Die Regelungsdefizite könnten durch Anpassungen des Migrationsrechts behoben werden, die angesichts der mit dem Klimaschutz zugleich eine unilaterale Maßnahme¹⁶⁶ zur Bewältigung der Klimawandelfolgen wären. Solche Anpassungen hätten innerhalb der Eigengesetzlichkeiten des Migrationsrechts zu erfolgen. Neben der Einbeziehung der „Klimaflucht“ in die Schutztatbestände des Asyl- und Flüchtlingsrechts kommt eine Erleichterung der regulären Migration¹⁶⁷ in Betracht.¹⁶⁸

Eine ausschließlich migrationsrechtliche Lösung würde allerdings dem Universalitätsanspruch der Menschenrechte¹⁶⁹ sowie dem Recht auf eine saubere, gesunde und nachhaltige Umwelt¹⁷⁰ nicht gerecht, da der Genuss der Menschenrechte mit einer Migrationserwartung verbunden wäre. Problemadäquat erscheint es daher, die „Klimaflucht“ jedenfalls auch in den Kontext des Klimarechts einzubeziehen und von einem Primat des Klimarechts gegenüber dem Migrationsrechts auszugehen. Denn im Wege des Klimaschutzes kann auf die Verhinderung und Verminderung von Fluchtursachen hingewirkt werden, womit sich das Klimarecht im Sinne der durch das Migrationsrecht intendierten Migrationssteuerung¹⁷¹ auswirkt und darüber hinaus durch die Eröffnung von Bleibeperspektiven die individuelle Entscheidungsfreiheit¹⁷² aufrechterhält. Dieselbe Wirkung erzielen Maßnahmen auf der Ebene der Klimawandelfolgen wie etwa die Unterstützung positiver Anpassungsmaßnahmen in vom Klimawandel besonders betroffenen Staaten¹⁷³ sowie über die Klimaanpassung hin-

¹⁶⁵ Näher Fontana (Fn. 44), 57.

¹⁶⁶ Zum Begriff T. Markus, Unilaterales Umweltrecht als Baustein einer globalen Umweltgovernance, in: Markus/Reese/Köck (Fn. 129), 11, 16.

¹⁶⁷ Zur Differenzierung zwischen regulärer und humanitärer Migration W. Kluth, Grundlagen und Strukturen eines Migrationsfolgenrechts, DVBl. 2016, 1081, 1082 unter Verweis auf Art. 76 ff. AEUV.

¹⁶⁸ Vgl. Sachverständigenrat für Integration und Migration (Fn. 15), 115 ff.

¹⁶⁹ C. Tomuschat, Human Rights (3. Aufl., 2014), 35 ff.; N. Rodley, International human rights law, in: M. Evans (Hrsg.), International Law (5. Aufl., 2018), 774, 788 f. In diesem Sinne auch die Präambel der AEMR („das von allen Völkern und Nationen zu erreichende gemeinsame Ideal“).

¹⁷⁰ Human Rights Council, Resolution 48/13, 8.10.2021, A/HRC/RES/48/13, Ziff. 1. Vgl. auch Human Rights Committee (Fn. 163), Ziff. 9.5.

¹⁷¹ Vgl. die in § 1 Abs. 1 S. 1 AufenthG normierte Zielsetzung („Steuerung und Begrenzung des Zuzugs von Ausländern“).

¹⁷² Vgl. die Differenzierung der Migrationssoziologie zwischen freiwilliger und unfreiwilliger Migration; dazu F. Heckmann, Integration von Migranten (2015), 24; I. Oswald, Migrationssoziologie (2007), 65; A. Treibel, Migration, in: N. Baur et al. (Hrsg.), Handbuch Soziologie (2008), 295; dies., Migration in modernen Gesellschaften (3. Aufl., 2003), 20.

¹⁷³ Vgl. Bundesregierung, Deutsche Anpassungsstrategie an den Klimawandel (2008), 54 ff.; dies., Zweiter Fortschrittsbericht zur Deutschen Anpassungsstrategie an den Klimawandel (2020), 60 f.

ausgehende Maßnahmen wie etwa innerstaatliche Umsiedlungen.¹⁷⁴ Ebenso wie für den Klimaschutz¹⁷⁵ bedarf es dafür Bemühungen der Staatengemeinschaft und mithin der internationalen Kooperation.

C. Begrifflichkeiten

Die Zusammenfassung von Klimaschutzrecht und Klimawandelfolgenrecht unter dem Oberbegriff Klimarecht¹⁷⁶ in Abgrenzung zum Klimaverwaltungsrecht entspricht der rechtsgebietsübergreifenden Manifestation der Regelungsmaterie unter Einbeziehung etwa auch des „Klimastrafrechts“¹⁷⁷ und des „Klimaprivatrechts“¹⁷⁸. Sie bewirkt zudem eine stärkere Verschränkung sämtlicher Teilrechtsbereiche. Im Verhältnis zur Klimaanpassung besteht kein Ausschlussverhältnis. Zunächst ist Klimawandelfolgenrecht lediglich eine Analysekatgorie ohne Rechtsgebietscharakter. Hierbei ist Klimawandelfolgenrecht der weitere Begriff, der das Klimaanpassungsrecht mit umfasst. Für die intendierte Erfassung der sozialen, ökonomischen sowie ökologischen Klimawandelfolgen bietet ein neuer Rechtswissenschaftsbegriff¹⁷⁹ einen wesentlichen Mehrwert, da er Perspektiven erweitert und überkommene Kategorien durchbricht.

V. Fazit

Die Bewältigung der weitreichenden Klimawandelfolgen erfordert keine grundsätzliche Neuausrichtung des Rechts, wohl aber eine der Breite des Themenfeldes entsprechende Erweiterung der Perspektive. Das Klimawandelfolgenrecht kann hierfür als Analysekatgorie dienen. Als solche ermöglicht sie es, die sozialen, ökonomischen sowie ökologischen Klimawandelfolgen systematisch durch das Recht zu adressieren und dogmatisch abzubilden. Eine weitere Ausdifferenzierung der Analysekatgorie erfolgt über die Analysekriterien

¹⁷⁴ Vgl. *Economic and Social Council*, Guiding Principles on Internal Displacement, 11.2.1998, E/CN.4/1998/53/Add.2, denen jedoch keine Rechtsverbindlichkeit zukommt.

¹⁷⁵ BVerfGE 157, 30, 139 f.

¹⁷⁶ Kloepfer (Fn. 4), § 17 Rn. 230; Hilbert (Fn. 10), 409; ders. (Fn. 123), 259. Der Begriff findet sich etwa auch bei Rodi/Kalis (Fn. 4), 6; Markus/Heß/Otto/Dittmeyer (Fn. 4), 139.

¹⁷⁷ H. Satzger/N. von Maltitz, Das Klimastrafrecht, ein Rechtsbegriff der Zukunft, ZStW 2021, 1, 33; W. Frisch, Strafrecht und Klimaschutz, GA 2015, 427.

¹⁷⁸ Begriff bei Burgi, Klimaverwaltungsrecht (Fn. 19), 1404. Zur Bedeutung des Privatrechts etwa J.-E. Schirmer, Nachhaltiges Privatrecht (2023).

¹⁷⁹ Zu den Begrifflichkeiten R. Wank, Die juristische Begriffsbildung (1985), 100 f.; M. Jestaedt, „Öffentliches Recht“ als wissenschaftliche Disziplin, in: C. Engel/W. Schön (Hrsg.), Das Proprium der Rechtswissenschaft (2007), 241, 263 f.; K. Engisch, Logische Studien zur Gesetzesanwendung (3. Aufl., 1963), 99.

Multidimensionalität, Kontinuität, Vulnerabilität sowie Multilateralität, die zugleich eine Verklammerung der einschlägigen Regelungsmaterien bewirken.

Die mit der Erweiterung der Perspektiven einhergehende Durchbrechung überkommener Kategorien fördert die Entwicklungsdynamik des Klimarechts auch in Hinblick auf die fortgesetzte demokratische Willensbildung. Nicht durch die Erfassung als Klimawandelfolgenrecht intendiert ist die Zusammenführung sämtlicher einschlägiger Regelungsmaterien in einem eigenständigen neuen Rechtsgebiet. Zwar sollen diese in ihrer Wechselbeziehung zum Klimaschutz betrachtet und dementsprechend gegebenenfalls modifiziert oder erweitert werden. Grundsätzlich gilt es aber, den Bestand der vom Klimawandelfolgenrecht erfassten Rechtsgebiete nicht infrage zu stellen sowie deren jeweiligen Eigengesetzlichkeiten aufrechtzuerhalten. Wie die Wechselbeziehung zwischen Klimaschutz und Klimawandelfolgen bei gleichzeitiger Aufrechterhaltung der Eigengesetzlichkeiten von Klima- und Migrationsrecht durch das Recht aufgegriffen werden kann, zeigt das Beispiel der „Klimaflucht“. Diese lässt sich problemadäquat regeln, wenn der Zugang über beide Rechtsgebiete erfolgt.

Der Schutz der menschlichen Gesundheit im Klimawandelfolgenrecht*

Andrea Kießling und Wilfried R. Fuß

I.	Die Auswirkungen des Klimawandels auf die menschliche Gesundheit	52
A.	Übertragbare Krankheiten	52
B.	Nicht-übertragbare Krankheiten und die psychische Gesundheit	54
II.	Klimaschutz, Klimaanpassung und Gesundheitsschutz im Verfassungsrecht	55
A.	Pflicht zum Klimaschutz	55
1.	Schutzpflicht	55
2.	Bedeutung des Art. 20a GG	57
3.	Ökologisches Existenzminimum	57
a)	Verhältnis zum physischen und soziokulturellen Existenzminimum	58
b)	Zu gewährleistendes Niveau	60
B.	Pflicht zur Klimaanpassung	61
C.	Pflicht zum Schutz vor akuten Gesundheitsgefahren	63
1.	Übertragbare Krankheiten	63
2.	Nicht-übertragbare Krankheiten	64
a)	Gesundheitsrisiken durch menschliches Verhalten	64
b)	Gesundheitsrisiken ohne Risikoakteure	64
D.	Verhältnis von Klimaschutz, Klimaanpassung und Gesundheitsschutz	65
III.	Der Umgang mit den Folgen des Klimawandels im Verwaltungsrecht	66
A.	Bestandsaufnahme	67
1.	Klimaanpassungsgesetze	67
2.	Bau- und Planungsrecht	68
3.	Arbeitsschutzrecht	70
4.	Umweltrecht	70
5.	Infektionsschutzrecht	72
6.	Wasserrecht	73
B.	Klimarecht oder Gesundheitsrecht?	74
1.	Gesundheitsrecht	74
2.	Klimaanpassungsrecht	75
3.	Klimawandelfolgenrecht	76
4.	Klimawandelfolgenrechtliches Gesundheitsrecht	77
C.	Defizite des bestehenden klimawandelfolgenrechtlichen Gesundheitsrechts	77
1.	Hitzeschutz	78
2.	Atembare Luft	80
3.	Schutz vor übertragbaren Krankheiten	81
IV.	Fazit	81

* Alle Internetquellen wurden zuletzt abgerufen am 14.4.2024.

Der Klimawandel ist kein in der Zukunft liegendes Ereignis, er findet vielmehr bereits statt. Neben häufiger auftretenden Extremwetterereignissen, wie Starkregen und Überschwemmungen, hat er auch unmittelbare Auswirkungen auf die menschliche Gesundheit: durch Hitze, Schadstoffbelastungen und übertragbare Krankheiten, die auf bislang in Mitteleuropa nicht heimische Erreger zurückzuführen sind. Die gesundheitlichen Auswirkungen stellen das Recht vor eine doppelte Herausforderung, einerseits in seiner Funktion, den Klimaschutz zu fördern, andererseits als Instrument zur Bekämpfung der Folgen des Klimawandels. Dieser Beitrag beschäftigt sich nach einem Blick auf die Wirkungen des Klimawandels für die menschliche Gesundheit (unter I) mit den staatlichen Schutzpflichten, wie sie sich aus dem Verfassungs- (unter II) und dem Verwaltungsrecht (unter III) ergeben. Dabei liegt der Fokus im verwaltungsrechtlichen Teil auf der Frage, ob der Staat die Herausforderungen im notwendigen Umfang adressiert und kohärent dem Klimarecht oder dem Gesundheitsrecht zuordnet. Es wird deutlich, dass derzeit Regelungsdefizite bei der unmittelbaren Abwehr von Gefahren durch den Klimawandel bestehen.

I. Die Auswirkungen des Klimawandels auf die menschliche Gesundheit

Die Auswirkungen des Klimawandels werden „zunehmend zu einem wichtigen Risikofaktor für die Gesundheit“.¹ Umweltverschmutzung, Klimawandel und Biodiversitätsverlust stehen in einem sich gegenseitig verstärkenden Kausalitätsverhältnis und bergen Gesundheitsgefahren für alle Lebewesen.² Dadurch nimmt die Zahl übertragbarer sowie nicht-übertragbarer Krankheiten zu, des gleichen steigen psychische Belastungen.³

A. Übertragbare Krankheiten

Durch die erhöhten Temperaturen sowie als Folge von Überflutungen und anschließenden Hygienemängeln werden bislang hierzulande nicht auftretende Infektionskrankheiten häufiger vorkommen.⁴ Die Veränderungen der klimatischen Bedingungen werden zu Verlagerungen von Vektoren, also bestimmten

¹ E. Hertig et al., Klimawandel und Public Health in Deutschland – Eine Einführung in den Sachstandsbericht Klimawandel und Gesundheit 2023, *Journal of Health Monitoring* 2023 8(S3), 7, 10.

² *Wissenschaftlicher Beirat der Bundesregierung Globale Umweltveränderungen*, *Gesund leben auf einer gesunden Erde* (Entwurf, 2023), 43, abrufbar unter https://www.wbgu.de/fileadmin/user_upload/wbgu/publikationen/hauptgutachten/hg2023/pdf/wbgu_hg2023_vorlaeufig.pdf; Hertig et al. (Fn. 1), 11.

³ Hertig et al. (Fn. 1), 11.

⁴ Hertig et al. (Fn. 1), 10.

Zecken- und Mückenarten,⁵ in höhere Breiten- und Höhenlagen führen, sodass die Übertragung von vektor-assoziierten Krankheitserregern zunehmen wird. Dies betrifft unter anderem Krankheiten wie Chikungunya, Dengue und West-Nil-Fieber sowie FSME (Frühsommer-Meningoenzephalitis) und Lyme-Borreliose.⁶

Ein weiteres Krankheitsrisiko besteht in der Aufnahme infizierter Lebensmittel. Bakterien wie *Campylobacter* und *Salmonella* können bei Hitze schneller wachsen und damit auch Erkrankungen befördern.⁷ Dabei kann es zu Magen-Darm-Infektionen, Fieber und Übelkeit bis hin zu Vergiftungen kommen.⁸

Bakterien wachsen und vermehren sich insbesondere bei hoher Luftfeuchtigkeit und höheren Temperaturen, wobei die Optimaltemperatur meist bei über 30 °C liegt.⁹ Die Krankheitsbekämpfung wird daher einen erhöhten Einsatz von Antibiotika erfordern, wodurch wiederum die Gefahr antimikrobieller Resistenzen wachsen wird.¹⁰

Ebenfalls zunehmen wird die Übertragung von Erregern über Gewässer. Diese Entwicklung wird einerseits durch den Anstieg von Wassertemperaturen und eine schwächere Gewässerumwälzung sowie andererseits durch ein verstärktes Aufkommen von Sturmfluten und Überschwemmungen begünstigt.¹¹ Die Übertragung etwa von Nicht-Cholera-Vibrionen auf den Menschen erfolgt durch den Kontakt mit Hautverletzungen, aber auch durch die Nahrungsaufnahme roher oder ungenügend erhitzter Meeresfrüchte.¹²

⁵ Ein Großteil der in Deutschland einheimischen Stechmücken ist vektorkompetent, also zur Aufnahme, Weiterentwicklung und schließlich Übertragung von Krankheitserregern in der Lage (23 von in Deutschland vorkommenden 52 Stechmückenarten; S. Beermann et al., Auswirkungen von Klimaveränderungen auf Vektor- und Nagetier-assoziierte Infektionskrankheiten, *Journal of Health Monitoring* 2023 8(S3), 36, 37 f.). Mit steigenden Lufttemperaturen verbessern sich die Bedingungen für das Wachstum von Stechmückenpopulationen und auch die Stichfrequenz nimmt zu (ebd., 38). Auch bei Schildzecken besteht eine Korrelation zwischen hohen Lufttemperaturen und der Populationsdichte. In Deutschland sind mindestens 19 Schildzeckenarten einheimisch (ebd., 44 ff.).

⁶ Hertig et al. (Fn. 1), 17.

⁷ J. Dietrich et al., Auswirkungen des Klimawandels auf lebensmittelassoziierte Infektionen und Intoxikationen, *Journal of Health Monitoring* 2023 8(S3), 85, 86, 89.

⁸ Hertig et al. (Fn. 1), 18.

⁹ A. Meinen et al., Antibiotikaresistenz in Deutschland und Europa – Ein systematischer Review zur zunehmenden Bedrohung, beschleunigt durch den Klimawandel, *Journal of Health Monitoring* 2023 8(S3), 102, 103.

¹⁰ Wissenschaftlicher Beirat (Fn. 2), 35; Meinen et al. (Fn. 9), 110.

¹¹ S. Dupke et al., Auswirkungen des Klimawandels auf wasserbürtige Infektionen und Intoxikationen, *Journal of Health Monitoring* 2023 8(S3), 67, 68, 71.

¹² Dupke et al. (Fn. 11), 69.

B. Nicht-übertragbare Krankheiten und die psychische Gesundheit

Eine spürbare Folge des Klimawandels sind längere und intensivere Hitzeperioden mit teils fatalen Auswirkungen auf die menschliche Gesundheit.¹³ In der heißen Jahreszeit steigt daher die hitzebedingte Übersterblichkeit.¹⁴ Vor allem ältere Personen sowie Menschen mit vorbestehenden Herz-Kreislauf- oder Lungenerkrankungen leiden darunter.¹⁵

Die erhöhten Temperaturen führen außerdem zu einer früher einsetzenden und verlängerten Pollenflugsaison, sodass sich die Auswirkungen von Allergien verstärken und pollen-assoziierte allergische Atemwegserkrankungen zunehmen werden.¹⁶ Auch die zurückgehende Biodiversität erhöht die Gefahr dafür, dass Menschen Allergien und Immunerkrankungen entwickeln.¹⁷

Der Anstieg der mittleren Lufttemperaturen begünstigt außerdem die Entwicklung von Extremwetterereignissen.¹⁸ Hierzu zählen Dürren, Niedrigwasser, Starkregen, Stürme, Brände und Überschwemmungen. Erinnert sei in diesem Zusammenhang an die Starkregenereignisse mit anschließenden Überschwemmungen im Juli 2021 im Ahrtal.¹⁹

Solche Extremereignisse werden von vielen als Umweltkatastrophen wahrgenommen und können sich damit auch negativ auf die psychische Gesundheit auswirken. Sie befeuern ein wachsendes Gefühl der Hilflosigkeit gegenüber dem menschengemachten Klimawandel und können Schlafstörungen, Depressionen bis hin zu posttraumatischen Belastungsstörungen erzeugen.²⁰

Unter Extremwetterereignissen leidet auch die Trinkwasser- und insbesondere die Nahrungsmittelversorgung, indem langanhaltende Trockenperioden zu Ernteaussfällen führen, die noch durch Wald- und Buschbrände intensiviert werden. Brände führen außerdem neben den durch den Straßenverkehr und die Industrie ausgestoßenen Luftschadstoffen in länger dauernden Hochdruckperioden zu einer erhöhten Feinstaub- und Ozonkonzentration in Bodennähe, wodurch Lungen- sowie Herz-Kreislaferkrankungen zunehmen werden.²¹

Weil die mittlere Sonnenscheindauer gewachsen ist, steigt schließlich das Risiko UV-strahlenbedingter Erkrankungen von Haut und Augen.²²

¹³ *Wissenschaftlicher Beirat* (Fn. 2), 52 f.

¹⁴ Zwischen April und September 2022 etwa 4.500 Sterbefälle aufgrund der hohen Temperaturen, *Wissenschaftlicher Beirat* (Fn. 2), 52 f.

¹⁵ RKI, Epidemiologisches Bulletin 42 v. 20.10.2022, 2.

¹⁶ Hertig et al. (Fn. 1), 10, 21.

¹⁷ Hertig et al. (Fn. 1), 11.

¹⁸ *Wissenschaftlicher Beirat* (Fn. 2), 53 ff.; Hertig et al. (Fn. 1), 12.

¹⁹ Hertig et al. (Fn. 1), 10.

²⁰ Hertig et al. (Fn. 1), 22.

²¹ *Wissenschaftlicher Beirat* (Fn. 2), 56; Hertig et al. (Fn. 1), 19.

²² Hertig et al. (Fn. 1), 15.

II. Klimaschutz, Klimaanpassung und Gesundheitsschutz im Verfassungsrecht

Der Staat ist verfassungsrechtlich sowohl zum Klimaschutz – also zur Verlangsamung des fortschreitenden Klimawandels – als auch zum Schutz der Bevölkerung vor den Auswirkungen des Klimawandels verpflichtet. Diese Pflichten müssen voneinander unterschieden werden, auch wenn sie einen gemeinsamen Kern aufweisen. Sie lassen sich beide auf die Pflicht des Staates zurückführen, die Gesundheit der Bevölkerung zu schützen.²³

A. Pflicht zum Klimaschutz

1. Schutzpflicht

Bereits in den 1970er Jahren – also lange vor der Aufnahme von Art. 20a ins Grundgesetz²⁴ – urteilte das Bundesverfassungsgericht in zwei Entscheidungen zum Atomrecht,²⁵ dass die Pflicht zum Schutz des Lebens und der körperlichen Unversehrtheit nach Art. 2 Abs. 2 S. 1 GG den Schutz vor Beeinträchtigungen durch Umweltbelastungen einschließt. Gegenstand der Schutzpflichtendogmatik war zu Beginn – abseits der Entscheidungen zum Schwangerschaftsabbruch – also das Umwelt- und Technikrecht. Große Beachtung fand auch die Fluglärm-Entscheidung²⁶ aus dem Jahr 1981.²⁷ Im sogenannten Klima-Beschluss knüpfte das Bundesverfassungsgericht im Jahr 2021 an diese Rechtsprechung an und stellte klar, dass die staatliche Schutzpflicht aus Art. 2 Abs. 2 S. 1 GG auch für Gefahren gilt, die der Klimawandel für das menschliche Leben und die Gesundheit darstellt.²⁸ Der Staat müsse

²³ Allgemein zum Umweltschutz C. Calliess, in: Dürig/Herzog/Scholz, Grundgesetz-Kommentar (Stand: Mai 2023), Art. 20a Rn. 154: „Alle gesundheitsgefährdenden Umweltbeeinträchtigungen begründen im Grundsatz eine staatliche Schutzpflicht für die dadurch bedrohten Rechtsgüter Leben und körperliche Unversehrtheit.“ Vgl. außerdem ders., Umweltpolitik im Grundgesetz, JuS 2023, 1, 6: „Im Vordergrund des umweltbezogenen Grundrechtsschutzes steht das in Art. 2 II 1 GG geschützte Recht auf Leben und körperliche Unversehrtheit“. Hinzu tritt der Eigentumsschutz, der insbesondere bei Hochwasser- und Starkregenschäden eine Rolle spielt.

²⁴ Art. 20a GG wurde im Jahr 1994 in das Grundgesetz aufgenommen und im Jahr 2002 durch den Schutz der Tiere ergänzt, BGBl. I 1994, 3146 und BGBl. I 2002, 2862.

²⁵ BVerfGE 49, 89, 141 f.; 53, 30, 57.

²⁶ BVerfGE 56, 54.

²⁷ Ausführlich zur Rechtsprechung A. Voßkuhle, Umweltschutz und Grundgesetz, NVwZ 2013, 1, 6 f.

²⁸ BVerfGE 157, 30, 91, 112.

„dem erheblichen Gefahrenpotenzial des Klimawandels durch Maßnahmen begegnen, die in internationaler Einbindung dazu beitragen, die menschengemachte Erwärmung der Erde anzuhalten und den daraus resultierenden Klimawandel zu begrenzen“.²⁹

Dabei greife die Schutzpflicht „nicht erst dann ein, wenn Verletzungen bereits eingetreten sind“, sie sei vielmehr auch in die Zukunft gerichtet und könne „eine Schutzverpflichtung auch in Bezug auf künftige Generationen“ begründen.³⁰

Die Begründung des Klimaschutzgebots mit dem Verweis auf die Gefahren, die der Klimawandel für Leben und Gesundheit der Bevölkerung mit sich bringt, könnte dazu veranlassen, Maßnahmen, die mit dem Ziel des Klimaschutzes ergriffen werden, bereits wegen des Gesundheitsbezugs als gerechtfertigt anzusehen. Entsprechende Sorgen dürften ihre Wurzeln für manche in den Erfahrungen aus der Corona-Pandemie haben: Insbesondere zu Beginn der Pandemie bestanden die verwaltungsgerichtlichen Eilentscheidungen in ihren Begründungen vorrangig aus einer Beschreibung der jeweiligen Infektionszahlen und Erkenntnissen des Robert-Koch-Instituts sowie einem eher pauschalen Verweis auf die „überragende[...] Bedeutung von Leben und Gesundheit“,³¹ ohne dass eine tatsächliche Verhältnismäßigkeitsprüfung stattfand.³²

Dass die Bezugnahme auf den Gesundheitsschutz für das Bundesverfassungsgericht derart weitreichende Folgen hat, lässt sich aber weder dem Klimabeschluss noch der späteren Rechtsprechung des Gerichts entnehmen. So enthält der Klimabeschluss die – wenn auch sehr kurze – Aussage, dass der Gesetzgeber „die Erfordernisse des Gesundheitsschutzes auch mit entgegenstehenden Belangen in Einklang zu bringen“ habe.³³ Außerdem weist das Gericht darauf hin, dass Klimaschutz und der Schutz von Leben und körperlicher Unversehrtheit zwar „eine große Schnittmenge“ aufwiesen, „aber nicht deckungsgleich“ seien. So könnten „zur Bewahrung eines umwelt-, tier- und

²⁹ BVerfGE 157, 30, 111.

³⁰ BVerfGE 157, 30, 111. Eine Verletzung der grundrechtlichen Schutzpflicht sah das BVerfG allerdings nicht, sondern begründete die Verfassungswidrigkeit einiger Regelungen des Bundes-Klimaschutzgesetzes mit einer abwehrrechtlichen Konstruktion (BVerfGE 157, 30, 111, 130 ff.; dazu *E. Hofmann*, Der Klimaschutzbeschluss des BVerfG – Rezeption, Dogmatik, Kritik, NVwZ 2021, 1587; *M. Eifert*, Verfassungsauftrag zum freiheitsschonenden Klimaschutz – Der Klimaschutz-Beschluss des BVerfG, Jura 2021, 1085, 1092 ff.; *C. Franzius*, Der Klimabeschluss des BVerfG – Eine verfassungsrechtliche Einordnung, KlimR 2022, 102; *J. Kersten*, Das ökologische Grundgesetz (2022), 35 ff.); zur Begründung, warum die Schutzpflicht nach Ansicht des BVerfG gegenwärtig nicht verletzt ist, *Eifert*, Jura 2021, 1085, 1088.

³¹ Vgl. beispielhaft bay. VerfGH, NVwZ 2020, 624, 626.

³² Ausführlich zu den Verhältnismäßigkeitsprüfungen in der Corona-Pandemie *S. Wagner*, Leben in der Abwägung, COVuR 2023, 152; vgl. auch *P. Berger*, Proportionality, Evidence and the COVID-19-Jurisprudence in Germany, European Journal for Security Research 2022, 211.

³³ BVerfGE 157, 30, 118.

menschenfreundlichen Klimas Maßnahmen geboten sein, derer es allein um des Schutzes von Leben und Gesundheit der Menschen willen nicht bedürfte, und umgekehrt“. Es sei

„nicht von vornherein auszuschließen, dass eine Temperaturschwelle von 1,5 °C zwar zur Begrenzung des Klimawandels angeraten erscheine, zum Schutz menschlichen Lebens und menschlicher Gesundheit aber doch schon das vom deutschen Gesetzgeber übernommene Paris-Ziel ausreiche, den Temperaturanstieg auf deutlich unter 2 °C und möglichst auf 1,5 °C zu begrenzen.“³⁴

2. Bedeutung des Art. 20a GG

Auch die Staatszielbestimmung des Art. 20a GG verpflichtet den Staat dazu, Klimaschutz zu betreiben.³⁵ Ihr Gegenstand sind allerdings „die natürlichen Lebensgrundlagen und die Tiere“. Zwar lassen sich die künftigen Generationen als „Verantwortungsgegenüber“ des Staates begreifen,³⁶ auf dem Gesundheitsschutz liegt aber kein besonderer Fokus. Art. 20a GG schließt nur mittelbar den Schutz der menschlichen Gesundheit ein: Der Schutz hängt davon ab, dass die Gesundheit „im Gefolge der Beeinträchtigung der natürlichen Lebensgrundlagen gefährdet ist“.³⁷ In diesen Fällen verstärkt Art. 20a GG die grundrechtlichen Schutzpflichten,³⁸ d.h. in der Abwägung mit entgegenstehenden Freiheitsrechten gewönne das mit der klimaschützenden Maßnahme verfolgte Ziel an Gewicht.³⁹

3. Ökologisches Existenzminimum

Auch das Recht auf ein ökologisches Existenzminimum fußt auf der Überlegung, dass Umweltbelastungen – und somit auch die Erderwärmung – nicht hinnehmbare Auswirkungen auf die menschliche Gesundheit haben können.⁴⁰ Das ökologische Existenzminimum soll die ökologischen Mindeststandards garantieren,⁴¹ d.h. die Umweltbedingungen, die „für das menschliche Leben

³⁴ BVerfGE 157, 30, 118 f.

³⁵ BVerfGE 157, 30, 138 ff. m.w.N. aus der Rspr.

³⁶ Kersten (Fn. 30), 28.

³⁷ A. Epiney, in: v. Mangoldt/Klein/Starck, Grundgesetz (7. Aufl., 2018), Art. 20a Rn. 22.

³⁸ Allgemein zum Verhältnis von Schutzpflichten und Art. 20a GG statt aller E. Lohse, in: K. Stern/H. Sodan/M. Möstl (Hrsg.), Das Staatsrecht der Bundesrepublik Deutschland im europäischen Staatenverbund (2. Aufl., 2022), § 26 Rn. 20 m.w.N.; für den Klimaschutz bezogen auf den Beschluss des BVerfG L. Lang, Art. 20a GG in der Hand des Bundesverfassungsgerichts – Potential für einen Anspruch auf Gesetzgebung?, NuR 2022, 230, 234.

³⁹ Allgemein zum Umweltschutz Dürig/Herzog/Scholz/Calliess (Fn. 23), Art. 20a Rn. 178.

⁴⁰ A.A. BVerfGE 157, 30, 96 f., das die ökologischen Mindeststandards dem soziokulturellen Existenzminimum zuzurechnen scheint, vgl. dazu noch unten S. 58 ff.

⁴¹ Ablehnend T. Barczak, in: H. Dreier (Hrsg.), Grundgesetz-Kommentar (4. Aufl., 2023), Art. 2 Abs. 1 Rn. 74.

und die menschliche Gesundheit notwendige Voraussetzung sind“.⁴² Teile der Literatur leiten daraus einen Anspruch auf atembare Luft, trinkbares Wasser, essbare Lebensmittel⁴³ und Erhaltung der Ozonschicht⁴⁴ ab. Als verfassungstextliche Grundlage eines solchen Existenzminimums wird im Schrifttum auf Art. 20a i.V.m. Art. 1 Abs. 1 und Art. 2 Abs. 2 GG,⁴⁵ Art. 20a i.V.m. Art. 1 Abs. 1 GG⁴⁶ oder nur Art. 2 Abs. 2 S. 1 GG⁴⁷ verwiesen.

a) Verhältnis zum physischen und soziokulturellen Existenzminimum

Das Verhältnis der „ökologischen Mindeststandards“ zum sozialen Existenzminimum mit seiner physischen und soziokulturellen Dimension⁴⁸ ist noch nicht geklärt. Wegen des Gesundheitsbezugs bestehen Überschneidungen zum physischen Existenzminimum, das einen Anspruch auf „Nahrung, Kleidung, Hausrat, Unterkunft, Heizung, Hygiene“ und eine medizinische Mindestversorgung gewährleistet.⁴⁹ Das Bundesverfassungsgericht öffnet sich der Idee eines ökologischen Existenzminimums – ohne es indes explizit anzuerkennen⁵⁰ – hingegen nur unter dem Blickwinkel des soziokulturellen Existenzminimums. Eine eigenständige Wirkung könne das ökologische Existenzminimum nur dann entfalten, wenn zwar physisches Leben noch möglich, die Voraussetzungen für ein soziales, kulturelles und politisches Leben angesichts einer „lebensfeindlichen Umwelt“ aber nicht mehr erfüllt seien.⁵¹ Dabei spricht das Bundesverfassungsgericht von „Umweltschäden mit katastrophalen oder gar apokalyptischen Ausmaßen“. Den Schutz vor solchen Umweltschäden selbst will das Gericht aber bereits über andere Grundrechte abgesichert wissen.⁵²

Anders sieht das die Literatur, die extreme Beispiele anführt, die an die vom Bundesverfassungsgericht genannten „apokalyptischen“ Zustände erinnern, um zu bestimmen, wann das ökologische Existenzminimum nicht mehr ge-

⁴² S. Rixen, in: M. Sachs (Hrsg.), Grundgesetz (9. Aufl., 2021), Art. 2 Rn. 227; M. Klöpfer, Umweltrecht (4. Aufl., 2016), 135.

⁴³ Dürig/Herzog/Scholz/Calliess (Fn. 23), Art. 20a Rn. 188 m.w.N.; ders., Klimapolitik und Grundrechtsschutz, ZUR 2021, 323, 329; ders. (Fn. 23), 1, 9; Kersten (Fn. 30), 33.

⁴⁴ A. Buser, Ein Grundrecht auf Klimaschutz? Möglichkeiten und Grenzen grundrechtlicher Klimaklagen in Deutschland, DVBl. 2020, 1389, 1391; Calliess (Fn. 43), 329; W. Kahl, Klimaschutz und Grundrechte, Jura 2021, 117, 124.

⁴⁵ Dürig/Herzog/Scholz/Calliess (Fn. 23), Art. 20a Rn. 186; ders. (Fn. 43), 329; ders. (Fn. 23), 9.

⁴⁶ Buser (Fn. 44), 1391.

⁴⁷ K. Waechter, Umweltschutz als Staatsziel, NuR 1996, 321; ähnlich H. Schulze-Fielitz, in: H. Dreier (Hrsg.), Grundgesetz-Kommentar (3. Aufl., 2015), Art. 20a Rn. 4.

⁴⁸ Zu diesen zwei Dimensionen BVerfGE 125, 175, 223.

⁴⁹ BVerfGE 125, 175, 223.

⁵⁰ Kritisch Kersten (Fn. 30), 33 f.

⁵¹ BVerfGE 157, 30, 96 f. Vgl. für die Interpretation der Aussage im Klima-Beschluss auch Lang (Fn. 38), 232.

⁵² BVerfGE 157, 30, 96 f. m.w.N.

währleistet ist. Dies sei in Situationen der Fall, in denen die Menschen nur noch mithilfe technischer Hilfsmittel überleben könnten – wenn sie etwa unter einer Glaskuppel leben müssten oder das Haus nur mit Schutzmaske verlassen könnten.⁵³ In diesen Fällen sei zwar das physische Überleben gesichert, aber kein Leben in Würde.⁵⁴

Das Bundesverfassungsgericht mag – ohne dies im Klima-Beschluss ausdrücklich so zu formulieren – davon ausgehen, dass Leben und Gesundheit bereits über das physische Existenzminimum als Teil des sozialen Existenzminimums abgesichert sind, was bedeutete, dass die Herleitung eines ökologischen Existenzminimums über Art. 20a GG keinen Mehrwert⁵⁵ für das physische Existenzminimum hätte. Dies überzeugt aber nicht. Eine über das physische Existenzminimum nach klassischem Verständnis (das die individuelle Bedürftigkeit in den Blick nimmt⁵⁶) hinausgehende Funktion übernimmt das ökologische Existenzminimum, insoweit es eine kollektive Dimension aufweist:⁵⁷ Atembare Luft und trinkbares Wasser kann man – anders als Kleidung und Unterkunft – nicht Einzelnen individuell zuteilen, sondern nur kollektiv bereitstellen.⁵⁸ Entsprechendes gilt für „essbares Essen“, wenn man darunter z.B. die Gewährleistung landwirtschaftlicher Flächen versteht, die den Anbau nicht-gesundheitsschädlichen Getreides ermöglichen. Die Heranziehung von Art. 20a i.V.m. Art. 2 Abs. 2 S. 1 GG an dieser Stelle bedeutet (unabhängig davon, ob man Art. 1 Abs. 1 GG zusätzlich heranzieht⁵⁹), dass im Vordergrund die Um-

⁵³ Waechter (Fn. 47), 322; C. Calliess, Rechtsstaat und Umweltstaat (2001), 300; ders. (Fn. 43), 329; Buser (Fn. 44), 1391.

⁵⁴ Vgl. Calliess (Fn. 53), 300; ders., (Fn. 23), 9; Buser (Fn. 44), 1391; vgl. auch K.F. Gärditz, in: Landmann/Rohmer, Umweltrecht (Stand: Juni 2023), Art. 20a Rn. 78.

⁵⁵ So wohl die Interpretation von Lang (Fn. 38), 232.

⁵⁶ BVerfGE 125, 175, 252.

⁵⁷ Allgemein zur kollektiven Dimension des menschenwürdigen Existenzminimums A. Kießling, Das Recht der öffentlichen Gesundheit (2023), 180.

⁵⁸ Durch diesen Kollektivbezug entsteht andererseits das Problem, dass diese Umweltgüter nicht durch die deutsche Staatsgrenze begrenzt werden: Luft- und Wasserqualität sind auch davon abhängig, dass in angrenzenden Staaten keine Verschmutzung stattfindet. Insofern ist es konsequent, dass das BVerfG den Staat verpflichtet sieht, „im Rahmen internationaler Abstimmung auf Klimaschutz hinzuwirken“ (BVerfGE 157, 30, 140 f.). Allerdings ist es „schwierig, ein verfassungsrechtliches Maß für den deutschen Beitrag an den konkret erforderlichen Minderungen der Treibhausgasemissionen oder für die Beteiligung an den internationalen Bemühungen zu bestimmen“ (Eifert (Fn. 30), 1087). – Einen anderen Kollektivbezug sieht E.-W. Luthé, Das ökologische, gesundheitliche und soziale Existenzminimum und das Vorsorgeprinzip, in: ders. et al. (Hrsg.), Der Rechtsstaat zwischen Ökonomie und Ökologie. Festschrift für Götz Frank (2014), 77, 84 ff., der an kollektive Risiken denkt, also Risiken, deren Verursachung nicht Einzelnen zugeschrieben werden kann. Solche kollektiven Risiken sind aber keine Besonderheiten des Anwendungsbereichs des ökologischen Existenzminimums.

⁵⁹ Auch beim sozialen Existenzminimum wird zum Teil auf die Heranziehung von Art. 1 Abs. 1 GG verzichtet, vgl. z.B. T. Kingreen, Schätzungen „ins Blaue hinein“: Zu den Aus-

weltgüter stehen müssen, die unmittelbar relevant für das Leben und die menschliche Gesundheit sind.⁶⁰ Die Beeinträchtigung der Möglichkeiten sozialer Teilhabe in Fällen, in denen die Umwelt zerstört ist, bliebe bei einem solchen Verständnis der soziokulturellen Dimension des sozialen Existenzminimums zugeordnet und würde nicht zum Problem des ökologischen Existenzminimums.

b) Zu gewährleistendes Niveau

Die Frage nach dem genauen Gewährleistungsinhalt der von Art. 20a i.V.m. Art. 2 Abs. 2 S. 1 GG geschützten „ökologischen Mindeststandards“ ist bisher unbeantwortet. Zum Teil gründet die Skepsis gegenüber einem ökologischen Existenzminimum gerade darin, dass sich aus der Verfassung „keine konkreten Belastungsschwellen“ ergeben.⁶¹ Das ist allerdings beim seit langem auch verfassungsgerichtlich anerkannten sozialen Existenzminimum nicht anders⁶² und kann somit der Begründung eines solchen Anspruchs nicht entgegenstehen. Andere, die diese Bedenken nicht teilen, sprechen eher vage von den „elementaren ökologischen Gefährdungen von Leben und Gesundheit“⁶³ bzw. von der „Erhaltung solcher Umweltbedingungen, die für das menschliche Leben und die menschliche Gesundheit notwendige Voraussetzung sind“.⁶⁴

Erschwert wird die Bestimmung des zu gewährleistenden Niveaus dadurch, dass das ökologische Existenzminimum im Umwelt- bzw. Klimaschutzrecht als etwas strukturell mit Schutzpflichten oder Abwehrrechten Vergleichbares, aber bezüglich der Gefahrenlage Qualifiziertes verstanden wird. Dies scheint durch, wenn von der „Abwehr existenzbedrohender Umweltbelastungen“⁶⁵ bzw. der „Abwehr extrem umweltfeindlicher Staatseingriffe“⁶⁶ die Rede ist.

Ein solches Verständnis entspricht nicht der Funktion und Begründung des Existenzminimums im Sozialrecht. Der Anspruch auf das soziale Existenzminimum ist ein Leistungsrecht: Er verpflichtet den Staat dazu, die grundlegenden Lebensbedingungen zu gewährleisten.⁶⁷ Das physische und das soziokulturelle Existenzminimum greifen dabei nicht erst in Extremsituationen ein, sondern viel früher: Bei allen Streitfragen im Detail käme der Staat jedenfalls

wirkungen des Hartz IV-Urteils des Bundesverfassungsgerichts auf das Asylbewerberleistungsgesetz, NVwZ 2010, 558, 558 f., oder *S.E. Schulz*, Neues zum Grundrecht auf Gewährung des menschenwürdigen Existenzminimums, SGB 2010, 201, 202.

⁶⁰ Von einem staatlich garantierten Minimum „an gesundheitlicher Vorsorge durch entsprechende staatliche Umweltfördermaßnahmen“ spricht *Luthe* (Fn. 58), 77, 80.

⁶¹ *Voßkuhle* (Fn. 27), 6.

⁶² Darauf weisen auch hin *Buser* (Fn. 44), 1391; *Kahl* (Fn. 44), 124; *Calliess* (Fn. 43), 329.

⁶³ *Dreier/Schulze-Fielitz* (Fn. 47), Art. 20a Rn. 4.

⁶⁴ *Buser* (Fn. 44), 1391.

⁶⁵ *So Lang* (Fn. 38), 232.

⁶⁶ *Calliess* (Fn. 43), 329.

⁶⁷ BVerfGE 125, 175, 223.

seiner Pflicht nicht nach, wenn er Menschen nur vor dem Verhungern, aber nicht dem Hungern bewahrte, und wenn er Kleidung bereitstellte, die bloß vor dem Erfrieren, aber nicht vor dem Frieren schützte.

Nichts anderes kann für das ökologische Existenzminimum gelten.⁶⁸ Das heißt: Nicht erst, wenn in Deutschland eine Feinstaubbelastung wie in New York während der Waldbrände in Kanada im Sommer 2023 herrschte, würde der deutsche Staat nicht mehr das ökologische Existenzminimum in Form von atembarer Luft gewährleisten. Man kann dies vielmehr bereits annehmen, sobald die Luft gesundheitsschädliche Schadstoffkonzentrationen enthält. Der Anspruch auf das ökologische Existenzminimum verpflichtet den Staat deswegen, das Umweltrecht so auszugestalten, dass es gar nicht erst zu einer solchen Belastung der Umweltgüter kommt. Kann dies nur durch internationale Anstrengungen⁶⁹ erreicht werden, muss sich der deutsche Staat um entsprechende Abkommen bemühen. Für die Frage, wann von einer zu großen Belastung der verschiedenen Umweltgüter auszugehen ist, kann auf Richtwerte zurückgegriffen werden, für die Luftverschmutzung etwa diejenigen der Weltgesundheitsorganisation.⁷⁰

Soweit auch der Klimaschutz als ein Umweltgut verstanden wird,⁷¹ kann auch hier auf Belastungsschwellen zurückgegriffen werden. Die planetaren Grenzen samt ihrer Kippunkte (im Bereich des Klimaschutzes also das 1,5 bis 2 °C-Ziel) sollen eine *widerlegliche Vermutung dahin formulieren, dass spätestens bei ihrem Überschreiten wegen der dann drohenden irreversiblen Umweltschäden, „die eine Art ‚Verwüstungsszenario‘ zur Folge haben können“, der Anspruch auf das ökologische Existenzminimum „verletzt“ ist.*⁷² Wegen des fortgeschrittenen Klimawandels ergebe sich aus dem Anspruch auf das ökologische Existenzminimum ein „konkretes Handlungsgebot“, von den planetaren Grenzen „sichtbar wegzusteuern“. ⁷³

B. Pflicht zur Klimaanpassung

Aus der Schutzpflicht nach Art. 2 Abs. 2 S. 1 GG folgt auch die Pflicht des Staates, positive Schutzmaßnahmen zum Schutz von Leben und Gesundheit der Bevölkerung zu ergreifen, soweit der Klimawandel nicht aufgehalten werden kann oder bereits eingetreten ist. Auch das stellte das Bundesverfassungs-

⁶⁸ Vgl. auch Luthé (Fn. 58), 77, 79, der die Annahme einer „Minimalgarantie unterhalb der staatlichen Schutzverpflichtung“ ablehnt.

⁶⁹ Zur internationalen Einbindung BVerfGE 157, 30, 111.

⁷⁰ World Health Organization, WHO global air quality guidelines: particulate matter (PM_{2.5} and PM₁₀), ozone, nitrogen dioxide, sulfur dioxide and carbon monoxide (2021).

⁷¹ So wohl Kahl (Rn. 44), 124.

⁷² Dürig/Herzog/Scholz/Calliess (Fn. 23), Art. 20a Rn. 191; ders. (Fn. 43), 330.

⁷³ Dürig/Herzog/Scholz/Calliess (Fn. 23), Art. 20a Rn. 194. Vgl. auch Buser (Fn. 44), 1392; Kahl (Rn. 44), 124.

gerichtet im Klima-Beschluss klar.⁷⁴ Diese Anpassungsmaßnahmen seien „ergänzend erforderlich, um die Gefahren durch die tatsächlich eintretenden Folgen des Klimawandels auf ein verfassungsrechtlich hinnehmbares Maß zu begrenzen“.⁷⁵ Unter dem Begriff „Anpassungsmaßnahmen“ versteht das Bundesverfassungsgericht unter Verweis auf die Anpassungsstrategie der Bundesregierung aus dem Jahr 2009 Maßnahmen, die dazu beitragen sollen, die klimatisch bedingte Aufheizung der Städte zu verringern (durch eine geeignete Architektur, unverbaute Frischluftschneisen und extensive Grünanlagen als „Kälteinseln“) und das Hochwasserrisiko zu senken (durch passive Sicherungsmaßnahmen und aktive Abflussregulierung).⁷⁶

Klimaanpassungsmaßnahmen treten neben Maßnahmen zum Klimaschutz: Verfassungsrechtlich unzulässig wäre es, wenn der Staat keine Maßnahmen zur Begrenzung des Klimawandels ergreife, sondern versuchte, die Gesundheit der Bevölkerung allein durch Anpassungsmaßnahmen zu schützen,⁷⁷ werden die Klimawandelfolgen das Schutzpotehtial von Anpassungsmaßnahmen doch angesichts des drohenden Überschreitens von Kippunkten voraussichtlich überstrapazieren.⁷⁸

Das Bundesverfassungsgericht macht aber auch deutlich, dass sich Unterschiede zwischen Klimaschutz- und Gesundheitsschutzerfordernissen ergeben:

„Während der Klimawandel als solcher nicht durch Anpassungsmaßnahmen verhindert werden kann und insoweit alle Anstrengungen auf die Begrenzung der Erderwärmung zu richten sind, ist bei den Gefahren für Leben und Gesundheit prinzipiell ein ergänzender Schutz durch Anpassungsmaßnahmen möglich.“⁷⁹

Ein vom Gesetzgeber vorgesehener Emissionsreduktionspfad kann im Ergebnis mit der Pflicht aus Art. 2 Abs. 2 S. 1 GG zur Klimaanpassung vereinbar sein, weil der Staat ergänzend Klimaanpassungsmaßnahmen ergreifen kann, während dieser Pfad für einen verfassungskonformen Klimaschutz nicht ausreicht.⁸⁰

„Im Übrigen gilt auch insofern, dass sich die Anforderungen des grundrechtlich gebotenen Gesundheitsschutzes nicht ohne Weiteres mit denen des verfassungsrechtlichen Klimaschutzgebots aus Art. 20a GG oder mit den einfachrechtlichen Klimaschutzvorgaben decken“.⁸¹

⁷⁴ Davor bereits *M. Kment*, Anpassung an den Klimawandel: Internationaler Rahmen, europäische Strategische Adaptionsprüfung und Fortentwicklung des nationalen Verwaltungsrechts, JZ 2010, 62, 68; *C. Fischer*, Grundlagen und Grundstrukturen eines Klimawandelanpassungsrechts (2013), 62.

⁷⁵ BVerfGE 157, 30, 113.

⁷⁶ BVerfGE 157, 30, 119 f.

⁷⁷ BVerfGE 157, 30, 116.

⁷⁸ *Eifert* (Fn. 30), 1090.

⁷⁹ BVerfGE 157, 30, 119.

⁸⁰ BVerfGE 157, 30, 121 f.

⁸¹ BVerfGE 157, 30 123.

C. Pflicht zum Schutz vor akuten Gesundheitsgefahren

Wo Klimaanpassungsmaßnahmen die Gesundheitsrisiken nicht mehr abwehren oder signifikant abmildern können, realisieren sich schon heute Gesundheitsgefahren, die auf den Klimawandel zurückzuführen sind. In diesem Fall wird die Schutzpflicht aus Art. 2 Abs. 2 S. 1 GG nicht in Form der Risikovorsorge, sondern in Form der Gefahrenabwehr aktiviert. Der Staat ist somit verpflichtet, die Bevölkerung vor akuten Hitzewellen, grassierenden Pandemien und Luftschadstoffen zu schützen. Art. 20a GG kommt an dieser Stelle keine Bedeutung zu, weil nicht mehr die natürlichen Lebensgrundlagen geschützt werden sollen, sondern unmittelbar die Gesundheit der Bevölkerung selbst.⁸²

Wie weit diese Pflicht zur Gefahrenabwehr geht und welche Maßnahmen der Staat ergreifen muss, ist damit nicht gesagt. Die Reichweite der Pflicht hängt unter anderem davon ab, inwieweit sich die Bevölkerung selbst vor den Gesundheitsgefahren schützen kann.⁸³ Gegebenenfalls kann es auch ausreichen, dass der Staat vor den Gefahren bzw. Risiken warnt, also die Bevölkerung informiert.⁸⁴ Ist Eigenschutz nicht oder nur eingeschränkt möglich, können Maßnahmen gegenüber den Risikoakteuren ergriffen werden, also denjenigen, die dazu beitragen, dass das Gesundheitsrisiko entsteht.⁸⁵ Grundrechtseinschränkende Maßnahmen gegenüber den Gefährdeten sind hingegen nicht ohne weitere Begründung zulässig.

1. Übertragbare Krankheiten

Inwieweit der Staat zum Schutz der Bevölkerung vor übertragbaren Krankheiten verpflichtet ist, hängt zunächst von der Schwere der Krankheit ab.⁸⁶ Keine Pflicht besteht dann, wenn ein nebenwirkungsarmer, vor Erkrankung schützender Impfstoff verfügbar ist.⁸⁷ Da ein solcher zu Beginn einer neuen Epidemie regelmäßig nicht verfügbar sein wird und neu entwickelte Impfstoffe ggf. nicht vollständig vor der Erkrankung schützen, ist grundsätzlich von einer staatlichen Pflicht zur Epidemiebekämpfung auszugehen. Unklar war in der Corona-Pandemie aber schon das genaue Ziel der staatlichen Maßnahmen – ging es nur um den Schutz der Krankenhäuser vor Überlastung und somit um die Sicherstellung der stationären Versorgung oder auch um den Schutz der ambulanten Versorgung und/oder der Bevölkerung vor Langzeitschäden?⁸⁸

⁸² Ähnlich, aber etwas allgemeiner, Landmann/Rohmer/Gärditz (Fn. 54), Art. 20a Rn. 80.

⁸³ Kießling (Fn. 57), 158 f.

⁸⁴ Fischer (Fn. 74), 134 f., 161, für die Klimawandelanpassung.

⁸⁵ Kießling (Fn. 57), 191 f.

⁸⁶ Kießling (Fn. 57), 247.

⁸⁷ Kießling (Fn. 57), 159.

⁸⁸ Kießling (Fn. 57), 247 ff.

Die Aufarbeitung dieser rechtlichen Fragen nach der Corona-Pandemie hat gerade erst begonnen.⁸⁹ Gesichert ist aber bereits die allgemeine Erkenntnis, dass der Eigenschutz vor übertragbaren Krankheiten immer nur eingeschränkt möglich ist: Die Übertragung eines Erregers hängt schließlich auch vom Verhalten Dritter ab. Werden Kontakte zu anderen Menschen nicht vollständig eingestellt, ist der Schutz vor Übertragung auch bei Eigenschutzmaßnahmen wie dem Tragen von Schutzkleidung nie garantiert. Weil das Risiko von Dritten ausgeht – wie beispielsweise auch beim Nichtraucherschutz – wird die Pflicht des Staates aktiviert, Maßnahmen zu ergreifen, die das Ansteckungsrisiko senken.

2. Nicht-übertragbare Krankheiten

a) Gesundheitsrisiken durch menschliches Verhalten

Dieser Drittbezug gilt auch für den Schutz vor Gesundheitsrisiken, die durch den Schadstoffausstoß von Kraftfahrzeugen in Kombination mit Hitze⁹⁰ verursacht werden. Auch wenn hohe Temperaturen notwendige Bedingung für die Entstehung gesundheitsgefährdender Ozonwerte ist, können die Fahrerinnen und Fahrer der Kraftfahrzeuge als Risikoakteure gelten, denn ohne den Schadstoffausstoß entstünde das Gesundheitsrisiko nicht in diesem Umfang. Denkbar sind insbesondere Verkehrsbeschränkungen und ggf. auch Verkehrsverbote in Form von Fahrverboten.⁹¹

b) Gesundheitsrisiken ohne Risikoakteure

Anders gelagert ist die Situation beim Hitzeschutz. Hier ist zu berücksichtigen, dass gegen Hitze und UV-Strahlung grundsätzlich Eigenschutz möglich ist – durch entsprechende Schutzkleidung und Sonnencreme. Eine staatliche Pflicht zum Gesundheitsschutz kann dann nur nachrangig bestehen.⁹² So spricht viel dafür, dass der Staat gegenüber Erwachsenen grundsätzlich keine Maßnahmen zu ihrem eigenen Schutz treffen darf, die intensiv in ihre Grundrechte eingreifen. Mit anderen Worten: Wer sich im Wissen über die drohenden Gesundheitsschäden selbst gefährdet, hat dazu ein grundrechtlich gesichertes Recht und kann daran nicht unter Rekurs auf grundrechtliche Schutzpflichten zu sei-

⁸⁹ Vgl. J. Gallon/A.-L. Hollo/A. Kießling, Epidemiegesetz (2023).

⁹⁰ So entstehen potentiell gesundheitsschädliche Ozonwerte bei Hitze, weil Ozon als sekundärer Luftschadstoff bei hohen Temperaturen und ausreichend UV-Strahlung aus verschiedenen Vorläuferstoffen wie u.a. Stickstoffoxiden gebildet wird, die wiederum zur Hälfte durch den Straßenverkehr verursacht werden (<https://www.umweltbundesamt.de/themen/heisse-tage-viel-ozon-0>).

⁹¹ Siehe dazu unten S. 71 f.

⁹² Kießling (Fn. 57), 159.

nen eigenen Gunsten gehindert werden.⁹³ Ein Verbot, bei Hitze das Haus zu verlassen oder an einer Veranstaltung im Freien teilzunehmen, wäre somit unzulässig. Entsprechendes gilt im Falle einer Schadstoffbelastung der Luft, für die keine bestimmte Personengruppe verantwortlich gemacht werden kann, wenn also z.B. die Feinstaubbelastung aufgrund von Waldbränden gesundheitsgefährdend ist. Hier wäre auch eine Schutzmaskenpflicht für Erwachsene unverhältnismäßig.

Maßnahmen zum Eigenschutz können aber auch Erwachsene nur (rechtzeitig) – in Eigenverantwortung – ergreifen, wenn sie um das Gesundheitsrisiko und wirksame Eigenschutzmaßnahmen wissen. Der Staat ist deswegen verpflichtet, die Bevölkerung über bestehende Risiken aufzuklären und auf adäquate Eigenschutzmaßnahmen hinzuweisen. Dazu können etwa Warnungen vor Hitzewellen oder hohen Feinstaubbelastungen sowie Verhaltensempfehlungen gehören.

Anders stellt sich die Situation im Falle Minderjähriger dar, die als eingeschränkt autonomiefähig gelten. Es wäre deswegen nicht unzulässig, Veranstaltungen im Freien, die sich ausdrücklich an Kinder richten, zu verbieten; dem steht auch das elterliche Erziehungsrecht aus Art. 6 Abs. 2 GG nicht entgegen.⁹⁴ Erst recht muss der Staat Kinder dort vor Hitze und Schadstoffen schützen, wo sie sich in seiner „Obhut“ befinden, etwa in Kindertageseinrichtungen und Schulen.

Die Schutzpflicht besteht auch in Situationen, in denen sich erwachsene Personen in einer Abhängigkeitssituation zu Dritten befinden, etwa im Angestelltenverhältnis – die strukturelle Überlegenheit der Arbeitgebenden kann hier durch Vorgaben zum hitzebezogenen Arbeitsschutz ausgeglichen werden, zu deren Durchsetzung Private in die Pflicht genommen werden.⁹⁵ Befinden sich Erwachsene gezwungenermaßen in staatlichen Einrichtungen, hat der Staat für ausreichenden Hitzeschutz zu sorgen – etwa in Gefängnissen und Gemeinschaftsunterkünften für Geflüchtete. Dies gilt ebenso für Pflegeheime und Krankenhäuser (unabhängig davon, ob sich diese in öffentlicher Trägerschaft befinden), in denen sich – besonders vulnerable – Erwachsene in struktureller Unterlegenheit gegenüber Dritten aufhalten.

D. Verhältnis von Klimaschutz, Klimaanpassung und Gesundheitsschutz

Die staatliche Pflicht, sowohl Klimaschutz zu betreiben als auch die Bevölkerung vor den Auswirkungen des Klimawandels zu schützen, hat drei verschiedene Dimensionen: Der Staat muss den Klimawandel verlangsamen (Klima-

⁹³ Ausführlich *Kießling* (Fn. 57), 304 ff.

⁹⁴ Vergleichbar ist die Situation hier mit dem Sonnenstudioverbot für Minderjährige, das das BVerfG für verfassungsmäßig erklärte (vgl. BVerfG, NJW 2012, 1062).

⁹⁵ Vgl. § 3 Abs. 1 und Punkt 3.5 des Anhangs zur Arbeitsstättenverordnung, die konkretisiert werden durch die Technischen Regeln für Arbeitsstätten, Raumtemperatur, ASR A3.5.

schutz), positive Schutzmaßnahmen zur Anpassung des Lebensraumes an die Folgen des Klimawandels ergreifen (Klimaanpassung) und die Bevölkerung vor akuten Gesundheitsgefahren schützen (akuter Gesundheitsschutz).

Das Bundesverfassungsgericht hat im Klima-Beschluss deutlich gemacht, dass Maßnahmen in der Zukunft umso dringender werden, je weniger Klimaschutz in der Gegenwart betrieben wird.⁹⁶ Das verfassungsrechtlich unterfütterte relative Gewicht des Klimaschutzes wächst mit der Zeit in der Abwägung,⁹⁷ d.h. je dringender klimaschützende Maßnahmen werden, desto eher wird sich das Ziel des Klimaschutzes gegenüber entgegenstehenden Interessen durchsetzen können. Anders formuliert: Ab einem bestimmten Zeitpunkt werden auch „sehr harte[...] Freiheitseinschränkungen“ zur CO₂-Reduktion verfassungskonform sein.⁹⁸

Gleiches gilt auch für die Klimaanpassung. Die Notwendigkeit zur Anpassung an klimawandelbedingte Veränderungen wird in dem Maße zunehmen, wie der Staat in der Gegenwart den Klimaschutz vernachlässigt. Je weniger Anpassung (im Sinne von Vorsorge) betrieben wird, desto eher werden sich gesundheitliche Gefahren realisieren, die den akuten Gesundheitsschutz auf den Plan rufen. Dies bedeutet im Umkehrschluss, dass auch das Gewicht der Klimaanpassung im Laufe der Zeit in der verfassungsrechtlichen Abwägung anwachsen muss.⁹⁹ Wenn sich die Hitze in Städten nicht mehr ohne Klimaanlagen und eine bestimmte Dämmung von Gebäuden aushalten lässt, sind entsprechende Umsetzungspflichten für Hauseigentümer (die ihr Haus vermieten) nicht undenkbar, auch wenn sie ggf. intensiv in das Eigentumsgrundrecht eingreifen.

III. Der Umgang mit den Folgen des Klimawandels im Verwaltungsrecht

Die aus dem Verfassungsrecht abgeleitete Pflicht zum Schutz der Bevölkerung vor den Folgen des Klimawandels muss durch einfaches Recht ausgestaltet werden. Das Verwaltungsrecht enthält entsprechende Regelungen bislang in unterschiedlichen Rechtsgebieten und in unterschiedlicher Detailtiefe. Eine besondere Systematik ist (noch) nicht zu erkennen: Das herkömmliche, zum

⁹⁶ BVerfGE 157, 30, 139 und Ls. 1 a. So auch *M. Müller*, Verhältnismässigkeit (2. Aufl., 2023), 142, der schon heute „rigorose“ Maßnahmen fordert, um nicht später zu weit strenger gezwungen zu sein.

⁹⁷ *G. Britz*, Klimaschutz in der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts, NVwZ 2022, 825, 829; *P. Hilbert*, Klimawandelanpassung durch Verwaltungsrecht, DVBl. 2022, 1409, 1413.

⁹⁸ *Kersten* (Fn. 30), 40.

⁹⁹ Skeptisch *Hilbert* (Fn. 97), 1413.

Klimarecht zählende Klimaanpassungsrecht beschäftigt sich nicht mit akuten Gesundheitsgefahren. Das Gesundheitsrecht wiederum hat den Schutz vor Klimawandelfolgen noch nicht systematisch integriert.

A. Bestandsaufnahme

Neben den die Klimaanpassung als Querschnittsaufgabe begreifenden Klimaanpassungsgesetzen finden sich über verschiedene Rechtsgebiete verstreut zahlreiche Regelungen, die mit unterschiedlich engem Bezug vor den gesundheitlichen Folgen des Klimawandels schützen sollen.

1. Klimaanpassungsgesetze

Derzeit gibt es in neun Bundesländern¹⁰⁰ Klimaschutz- und Klimaanpassungsgesetze, in denen die Landesregierungen dazu verpflichtet werden, zur Begrenzung der negativen Folgen des Klimawandels Klimaanpassungsstrategien bzw. Maßnahmenprogramme¹⁰¹ zu entwickeln.¹⁰² Teilweise wird auch die kommunale Ebene in die Pflicht genommen.¹⁰³ Konkrete Anpassungsziele normieren die Gesetzgeber jedoch nicht.

Dass die negativen Folgen des Klimawandels in erster Linie um der Gesundheit der Menschen willen begrenzt werden müssen, wird zumeist stillschweigend vorausgesetzt. Vereinzelt scheint dieser Bezug jedoch auch im Gesetzeswortlaut durch. So dient die Klimaanpassung in Nordrhein-Westfalen gemäß § 3 Abs. 2 KlAnG NRW explizit der Gefahrenvorsorge, der menschlichen Gesundheit sowie der Sicherung einer menschenwürdigen Umwelt. Dabei wird auch deutlich, dass die Klimaanpassung zur Gewährleistung des ökologischen Existenzminimums beitragen soll. Thüringen stellt den Schutz der Gesundheit im Rahmen der Anpassungsziele an erste Stelle (§ 10 Abs. 1 ThürKlimaG). Weitere Ziele, wie der Schutz der Umwelt und Biodiversität, sind dem Gesundheitsschutz nachgeordnet. Andere Landesgesetze enthalten sich jeglicher ausdrücklichen Bezugnahme zur menschlichen Gesundheit.¹⁰⁴

Ende 2023 wurde auf Bundesebene ein Bundes-Klimaanpassungsgesetz verabschiedet.¹⁰⁵ In der Zielbestimmung wird der Schutz von Leben und Gesund-

¹⁰⁰ Dies sind Baden-Württemberg, Bayern, Berlin, Hamburg, Niedersachsen, Nordrhein-Westfalen, Saarland, Schleswig-Holstein und Thüringen.

¹⁰¹ Vgl. hierzu auch die Pflicht zur Erstellung von Luftreinhalteplänen im Sinne der § 47 BImSchG.

¹⁰² Vgl. etwa § 11 ThürKlimaG oder § 8 KlAnG NRW; eine Übersicht gibt *J. Saurer*, Klimaanpassung im Mehr-Ebenen-System des Rechts, NuR 2022, 513, 518.

¹⁰³ Siehe § 5 Abs. 2 BayKlimaG und § 5 Abs. 3 S. 1 KlAnG NRW.

¹⁰⁴ So etwa Berlin, Baden-Württemberg und Schleswig-Holstein.

¹⁰⁵ BGBl. 2023 I, Nr. 393.

heit an erster Stelle erwähnt.¹⁰⁶ Das Gesetz verpflichtet unter anderem die Bundesregierung, bis zum 30.9.2025 eine vorsorgende Klimaanpassungsstrategie mit messbaren Zielen vorzulegen, in die bestimmte „Cluster und ihnen zugeordnete Handlungsfelder“ aufzunehmen sind (§ 3 Abs. 1, Abs. 2 KAnG). Hierzu gehören das Cluster „menschliche Gesundheit und Pflege“ (Abs. 2 Nr. 3). Eine Erläuterung, was hiermit gemeint ist, enthält die Begründung des Entwurfs allerdings nicht.¹⁰⁷

2. Bau- und Planungsrecht

Im Städtebaurecht geht es im Kontext der Klimaanpassung derzeit hauptsächlich um die Vorbeugung und Verringerung wachsender Hitzebelastung sowie um den Schutz vor Extremwetterereignissen, also Starkregen, Hochwasser und Überschwemmungen.¹⁰⁸

Die dichte Bebauung in den urbanen Gebieten und die dadurch bedingte verringerte Abkühlung in den Nächten führt zur Entstehung von sogenannten Wärmeinseln, wobei die Temperaturdifferenz zum Umland bis zu 10 °C betragen kann.¹⁰⁹ Mit der gezielten Freihaltung von Flächen sollen Freiluftschneisen erhalten bleiben oder neu geschaffen werden,¹¹⁰ durch die ein Luftaustausch stattfinden kann. Auf der Ebene kommunaler Bauleitplanung ermöglicht § 9 Abs. 1 Nr. 2, 10, 15 BauGB aus städtebaulichen Gründen¹¹¹ zahlreiche Festsetzungen, die auf eine Freihaltung von Flächen innerhalb des Plangebiets gerichtet sind.

Durch die starke Bodenversiegelung in Stadtgebieten besteht außerdem eine erhöhte Gefahr von Überschwemmungen, soweit größere Regenmengen nicht abgeleitet werden können. Auch hiergegen hilft die Freihaltung von Flächen (§ 9 Abs. 1 Nr. 15, 16 lit. d BauGB), insbesondere eine gezielte Festsetzung von Grün- und Versickerungsflächen.¹¹² Auch zur Vorbeugung von Schäden durch Hochwasser- und Starkregenereignissen sind in Bebauungsplänen Fest-

¹⁰⁶ § 1 S. 1 KAnG: „Ziel dieses Gesetzes ist es, zum Schutz von Leben und Gesundheit, von Gesellschaft, Wirtschaft und Infrastruktur sowie von Natur und Ökosystemen negative Auswirkungen des Klimawandels, insbesondere die drohenden Schäden, zu vermeiden oder, soweit sie nicht vermieden werden können, weitestgehend zu reduzieren.“

¹⁰⁷ Ausführlich hierzu A. Kießling, Klimaanpassung und Gesundheit – Kompetenzen, Aufgaben und Befugnisse am Beispiel des Hitzeschutzes, Gesundheitsrecht.blog Nr. 34, 2023, 5 ff.

¹⁰⁸ Eine Übersicht über städtebauliche Maßnahmen für den Baubestand und in der Planung gibt J. Albrecht, Klimaanpassung im Städtebaurecht, ZUR 2023, 273, 275.

¹⁰⁹ J. Albrecht, Die Stadt im Klimawandel: Handlungsfelder, Rechtsinstrumente und Perspektiven der Anpassung (climate resilient cities), ZUR 2020, 12; dies. (Fn. 108), 273.

¹¹⁰ Etwa im Rahmen des Rückbau- und Entsiegelungsgebots gemäß § 179 BauGB.

¹¹¹ Hierzu zählen gemäß § 1 Abs. 5 S. 2 BauGB explizit auch Klimaschutz und Klimaanpassung.

¹¹² Ausführlich Albrecht (Fn. 109), 12.

setzungen möglich (§ 9 Abs. 1 Nr. 16 lit. b und lit. c BauGB). Danach können Flächen für Hochwasserschutzanlagen, namentlich Deiche, und für Retentionsflächen neben Fließgewässern sowie Maßnahmen, die bei der Neuerrichtung von Gebäuden der Vermeidung solcher Schäden dienen, festgesetzt werden.¹¹³ Das Wasserrecht enthält umgekehrt Regelungen zum Hochwasserschutz (§§ 72 ff. WHG) wie die Festsetzung von Überschwemmungsgebieten (§ 76 WHG), die als Rückhalteflächen erhalten (§ 77 WHG) und grundsätzlich von Bebauung freigehalten werden müssen (§ 78 WHG).

Abseits der genannten Beispiele sind zahlreiche weitere Maßnahmen städtebaulicher Art denkbar, etwa Vorgaben zur Anlagenbegrünung¹¹⁴ und zum Anbau hitzeresilienter Bäume, aber auch die Einbeziehung von Fließgewässern in die Siedlungsstruktur.¹¹⁵

Neben den planerischen tritt im Klimaanpassungsrecht ein integrativer Ansatz. Konkret bedeutet dies, dass die Pflicht zur Vornahme von Minderungs- und Anpassungsmaßnahmen in das geltende Recht durch neue Vorgaben integriert wird und die Pflicht zur Anpassung an den Klimawandel bei behördlichen Entscheidungen berücksichtigt werden muss. Eine solche Berücksichtigungspflicht hinsichtlich der Klimawandelfolgen sowie von Bekämpfungs- und Milderungsmaßnahmen ergibt sich dann entweder daraus, dass der Gesetzgeber die Klimawandelfolgen als entscheidungsrelevante Belange normiert oder dass sie in vorhandene auslegungsbedürftige Rechtsbegriffe durch die Verwaltung „hineingelesen“ werden. So enthalten nicht nur verschiedene Landesangepassungsgesetze Berücksichtigungsgebote, nach denen das Ziel der Klimaanpassung bei Planungen und Entscheidungen stets in die Abwägung einzustellen ist.¹¹⁶ Der integrative Ansatz von Klimaanpassungszielen ist vielmehr auch und gerade in der Raumplanung zu beobachten. So wurde im Jahre 2011 § 1a Abs. 5 in das BauGB eingefügt. Die explizite Erwähnung von Maßnahmen für den Klimaschutz und die Klimaanpassung zwingt seitdem zur Berücksichtigung dieser Belange in planerischen Abwägungsentscheidungen. Allerdings soll hierdurch kein Vorrang der Klimabelange vor anderen privaten und öffentlichen Belangen gemäß § 1 Abs. 7 BauGB im Sinne eines Optimierungsgebots entstehen.¹¹⁷

Die Klimawandelanpassung ist seitdem auch ein abwägungsrelevanter Belang bei der Aufstellung von Bauleitplänen sowie ein Grundsatz der Raumordnung nach § 2 Abs. 2 Nr. 6 S. 7 ROG. Die Berücksichtigung der Klimawandelanpassung ist mithin bei der Beplanung von Räumen gesetzgeberisch vorgeplant, etwa bei der Frage, welche Flächen unbebaut bleiben oder für

¹¹³ Vgl. Hilbert (Fn. 97), 1412.

¹¹⁴ Etwa in Form von kommunalen Gestaltungssatzungen.

¹¹⁵ Weiterführend auch Albrecht (Fn. 109), 275.

¹¹⁶ Etwa in § 6 KlAnG NRW, § 7 KlimaG BW.

¹¹⁷ Hilbert (Fn. 97), 1412.

die Anpflanzung von Bäumen ausgewiesen werden sollen, § 9 Abs. 1 Nr. 2 und 25 BauGB.

Parallelregelungen finden sich auch in der Fachplanung, wo die Klimawandelanpassung als öffentlicher Belang Eingang in die Abwägung zur Planfeststellung findet, vgl. etwa § 17 Abs. 1 S. 4 FStrG, § 18 Abs. 1a S. 2 AEG.¹¹⁸

3. Arbeitsschutzrecht

Der Schutz vor hitzebedingten Gesundheitsgefahren ist bislang fast ausschließlich im Arbeitsschutzrecht geregelt. Die Raumtemperatur gehört zu den Arbeitsbedingungen nach § 3 Abs. 1 ArbStättV (vgl. Ziff. 3.5 des Anhangs). Diese werden konkretisiert durch die technischen Regeln für Arbeitsstätten Raumtemperatur.¹¹⁹ Ziffer 4.2 Abs. 3 legt fest, dass die Lufttemperatur in Arbeitsräumen sowie in Pausen-, Bereitschafts-, Sanitär-, Kantinen- und Erste-Hilfe-Räumen 26 °C nicht überschreiten soll. Bei einer Lufttemperatur im Raum von 26 °C sollen gemäß Ziff. 4.4 Abs. 1 zusätzliche Maßnahmen ergriffen werden, z.B. Lüften in den Morgenstunden, Nutzung von Ventilatoren, Lockerung der Kleidungsregelungen. Bei Überschreitung der Lufttemperatur im Raum von 30 °C müssen wirksame Maßnahmen gemäß Gefährdungsbeurteilung (siehe Tabelle 4) ergriffen werden, die die Beanspruchung der Beschäftigten reduzieren (Ziff. 4.4 Abs. 2). Ab einer Lufttemperatur von 35 °C im Raum kann die Eignung als Arbeitsraum vollständig entfallen (Ziff. 4.4 Abs. 3).

Schulen orientieren sich beim Umgang mit Hitze an den arbeitsschutzrechtlichen Bestimmungen. Die Entscheidungen über temperaturbedingte Maßnahmen sowie über „Hitzefrei“ und daraus resultierende Unterrichtsausfälle an Schulen obliegen in der Regel der Schulleitung nach den Schulgesetzen der Länder und werden teilweise durch Erlasse der Landesregierungen gesteuert, die auf das arbeitsschutzrechtliche Raumtemperatur-Stufenmodell verweisen.¹²⁰

4. Umweltrecht

Für die durch den Individualverkehr verursachte Schadstoffbelastung hält das Immissionsschutzrecht Maßnahmen der Vorsorge und der Gefahrenabwehr bereit. Diese reichen von der Pflicht zur Erstellung von Luftreinhalteplänen bis zur Verhängung von Fahrverboten, also konkreten Verkehrsbeschränkungen.

¹¹⁸ P. Hilbert, Klimaanpassungsstrategien auf internationaler und nationaler Ebene, ZUR 2023, 259, 263.

¹¹⁹ ASR A3.5.

¹²⁰ Vgl. etwa den hessischen Erlass v. 12.1.2021 über andere Unterrichtsformen und Unterrichtsausfall bei großer Hitze an allgemeinbildenden Schulen, Az. Z.3 – 821.100.000-00032, Gült.Verz.Nr. 7200, ABl. 2021, 66.

Dabei liegt der Zweck im Schutz der Bevölkerung vor dem Kontakt mit Schadstoffen in gesundheitsschädlicher Konzentration.

Zum Erlass von Verkehrsbeschränkungen bzw. -verboten für Kraftfahrzeuge ist die Straßenverkehrsbehörde nach §§ 40 Abs. 1, 47 BImSchG verpflichtet, soweit ein Luftreinhalteplan oder ein Plan für kurzfristig zu ergreifende Maßnahmen dies vorsieht. Die Verpflichtung zur Erstellung von Luftreinhalteplänen und Plänen für kurzfristig zu ergreifende Maßnahmen ergibt sich aus §§ 27 und 28 der 39. BImSchV.

Wenn der Kraftfahrzeugverkehr zur Überschreitung von Immissionswerten aus einer Rechtsverordnung nach § 48a Abs. 1a BImSchG beiträgt, kann die Straßenverkehrsbehörde, soweit sie es zur Vermeidung oder Verminderung schädlicher Umwelteinwirkungen durch Luftverunreinigungen im Hinblick auf die örtlichen Verhältnisse für geboten hält, Verkehrsbeschränkungen auf bestimmten Straßen oder Gebieten erlassen (§ 40 Abs. 2 BImSchG). Von der Verordnungsermächtigung aus § 48a Abs. 1a BImSchG, die zur Regelung von Grenzwerten ermächtigt, die nicht schon in einem bindenden EU-Rechtsakt nach § 48a Abs. 1 BImSchG geregelt sind, wurde bislang noch kein Gebrauch gemacht.¹²¹ Für Kraftfahrzeuge mit Dieselmotoren bestehen besonders ausdifferenzierte Regelungen hinsichtlich etwaiger Verkehrsbeschränkungen in § 47 Abs. 4a BImSchG,¹²² die als Konkretisierung des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes verstanden werden.¹²³

Eine Ermächtigung zum Erlass von Verkehrsbeschränkungen im Einzelfall, d.h. auch unabhängig von einem Luftreinhalteplan oder Plänen für kurzfristig zu ergreifende Maßnahmen, findet sich im BImSchG hingegen nicht. Insbesondere enthält § 48a Abs. 1a BImSchG nur eine Ermächtigung für Rechtsverordnungen zur Regelung weiterer Schadstoffe, hinsichtlich deren nicht schon EU-Rechtsakte bestehen. Daraus lässt sich schließen, dass § 48a Abs. 1a BImSchG jedenfalls nicht die Ermächtigung enthält, die im EU-Recht geregelten Immissionswerte auf dem Verordnungswege zu verschärfen.

Aus § 30 i.V.m. der 14. Anlage der 39. BImSchV ergeben sich Unterrichtungspflichten. Die Öffentlichkeit ist nach § 30 Abs. 1 S. 1 Nr. 1 der 39. BImSchV von der zuständigen Behörde über die Luftqualität zu unterrichten. Die Bevölkerung soll rechtzeitig über festgestellte oder vorhergesagte Überschreitungen der Alarmschwellen¹²⁴ und Informationsschwellen¹²⁵ informiert wer-

¹²¹ Landmann/Rohmer/M. Thiel (Fn. 54), Stand: Juni 2023, § 48a BImSchG Rn. 32.

¹²² Zu Dieselfahrverboten siehe BVerwG, NVwZ 2018, 883; NVwZ 2018, 890.

¹²³ Vgl. H. Jarass, in: ders., BImSchG (14. Aufl., 2022), § 47 Rn. 38 ff.

¹²⁴ Die „Alarmschwelle“ bezeichnet einen Wert, bei dessen Überschreitung bei kurzfristiger Exposition ein Risiko für die Gesundheit der Gesamtbevölkerung besteht und unverzüglich Maßnahmen ergriffen werden müssen (§ 1 Nr. 1 der 39. BImSchV).

¹²⁵ Die „Informationsschwelle“ ist ein Ozonwert in der Luft, bei dessen Überschreitung schon bei kurzfristiger Exposition ein Risiko für die Gesundheit besonders empfindlicher

den.¹²⁶ Dazu gehören neben den Vorhersagen über Gebiet, Beginn und Dauer der Überschreitungen auch die Information über die betroffene Bevölkerungsgruppe, mögliche Gesundheitsauswirkungen und empfohlenes Verhalten (Nr. 4 lit. c). Des Weiteren sollen auch mögliche Symptome beschrieben und über empfohlene Vorsichtsmaßnahmen unterrichtet werden. Die Unterrichtung soll über Rundfunk, Fernsehen, Zeitungen oder das Internet erfolgen, § 30 Abs. 3 der 39. BImSchV.

5. Infektionsschutzrecht

Das Infektionsschutzrecht enthält mehrere Vorkehrungen für den Umgang mit konkreten Gesundheitsgefahren, die durch übertragbare Krankheitserreger ausgelöst werden. Für bereits erfolgte Ausbrüche von Infektionskrankheiten stehen mit §§ 28, 29 bis 31 IfSG verschiedene Maßnahmen zur Verfügung, die im Umfeld bekannter Infektionsherde ansetzen können.¹²⁷

Die Vektorbekämpfung – z.B. Maßnahmen zur Bekämpfung von Stechmücken, ggf. auch durch deren gezielte Vernichtung oder die Vernichtung der Eier durch mikrobielle Bekämpfungsmittel, biochemische Methoden oder Adultizide¹²⁸ – kann auf § 17 Abs. 2 IfSG gestützt werden, wobei die Vorgaben der Biozid-Verordnung (EU) Nr. 528/2012 und § 18 IfSG beachtet werden müssen. Voraussetzung für entsprechende Maßnahmen ist nach § 17 Abs. 2 IfSG die konkrete¹²⁹ Gefahr, dass durch die Stechmücken (die Gesundheitsschädlinge im Sinne der § 2 Nr. 12 IfSG darstellen¹³⁰) Krankheitserreger verbreitet werden. Solange aber noch kein Krankheitserreger nachgewiesen wurde, also z.B. nur das Auftreten der Tigermücke dokumentiert ist, wird davon ausgegangen, dass die Voraussetzungen von § 17 Abs. 2 IfSG nicht erfüllt sind.¹³¹

Die Landesregierungen können durch Rechtsverordnungen nach § 17 Abs. 5 IfSG abstrakt-generell vorgeben, dass die Bevölkerung alle potentiellen Brut-

Bevölkerungsgruppen besteht und bei dem unverzüglich geeignete Informationen erforderlich sind (§ 1 Nr. 16 der 39. BImSchV).

¹²⁶ § 30 Abs. 2 i.V.m. Nr. 4 der 14. Anlage der 39. BImSchV.

¹²⁷ Dazu A. Kießling, in: dies. (Hrsg.), IfSG (3. Aufl., 2022), § 28 Rn. 5; zur Lücke im Gesetz bezogen auf die Epidemiebekämpfung siehe unten S. 81.

¹²⁸ Dazu *Nationale Expertenkommission für Stechmücken am Friedrich-Loeffler-Institut*, Integriertes Management von vektorkompetenten Stechmücken in Deutschland unter Berücksichtigung der Anwendung von Adultiziden (2022), 8 f.

¹²⁹ Kießling/J. Mers, (Fn. 127), § 17 Rn. 17; X. Zwanziger, in: C.D. Eckart/M. Winkel-müller, BeckOK-InfSchR (17. Ed., Stand: 8.7.2023), § 17 IfSG Rn. 27.

¹³⁰ So definiert z.B. die Landesverordnung zur Bekämpfung von Gesundheitsschädlingen M-V v. 6.7.2011 in § 1 Abs. 1 S. 1 Nr. 1 stechende Mücken als Gesundheitsschädlinge.

¹³¹ *Friedrich-Loeffler-Institut*, Vektorübertragbare Krankheiten in Deutschland: Mapping der Akteure und Strukturen (2022), 23.

stätten beseitigt oder abdeckt (wie im Garten ungenutzte Behälter, in denen sich Wasser ansammeln kann, z.B. Regentonnen).¹³²

An der Schnittstelle von Wasser- und Infektionsschutzrecht angesiedelt erlaubt es § 39 Abs. 2 S. 1 Nr. 2 IfSG den Behörden generalklauselartig,¹³³ die notwendigen Maßnahmen zu treffen, um Gefahren für die menschliche Gesundheit abzuwenden, die von Schwimm- oder Badeteichen ausgehen können, insbesondere um das Auftreten oder die Weiterverbreitung übertragbarer Krankheiten zu verhindern. Maßnahmen im Sinne der Vorschrift können z.B. Badeverbote sein.¹³⁴ Die Rechtsgrundlage ergänzt die wasserrechtlichen Regelungen der Länder, die für Badegewässer im Sinne der Richtlinie 2006/7/EG gelten, während § 39 Abs. 2 S. 1 Nr. 2 IfSG diese Badegewässer durch einen Verweis auf § 37 Abs. 2 S. 1 Nr. 2 IfSG ausnimmt.

6. Wasserrecht

Um der zunehmenden Wasserknappheit und den sinkenden Grundwasserspiegeln zu begegnen sowie die Trinkwasserversorgung zu gewährleisten, wird die Nutzung von Gewässern für heimische Gärten und hauseigene Swimming-Pools immer häufiger reglementiert. Die trockeneren Gebiete des Bundesgebiets sind davon besonders betroffen. Solche Wasserentnahme- sowie Bewässerungsverbote werden von den Landkreisen als untere Wasserbehörden in Form von Allgemeinverfügungen erlassen. Dabei stützen sie sich auf die wasserpolizeiliche Generalklausel des § 100 Abs. 1 WHG. Will dagegen eine Gemeinde die Aufrechterhaltung der örtlichen Trinkwasserversorgung sicherstellen, die sie als öffentliche Einrichtung betreibt, kann der Bürgermeister auf Grundlage der gefahrenabwehrrechtlichen Generalklausel vorgehen. Von Bewässerungsverboten werden in der Regel die frühen Morgen- und die späten Abendstunden ausgenommen, weil dann die unmittelbare Verdunstung geringer ist.¹³⁵

Auf Verordnungsermächtigungen aus dem Landeswasserrecht stützen sich Wasserbewirtschaftungsverordnungen der Bundesländer, mittels deren die Richtlinie 2006/7/EG¹³⁶ umgesetzt werden soll und die Rechtsgrundlagen zur Verhängung von Badeverboten enthalten, mit denen auf Gesundheitsgefahren etwa durch erhöhte Konzentrationen von Blaualg (Cyanobakterien) reagiert werden kann. Die Belastung von ausgewählten Badeseen wird mithilfe von

¹³² Zu diesen Maßnahmen *Nationale Expertenkommission* (Fn. 128), 8.

¹³³ Eckart/Winkelmüller/S. Pommer (Fn. 129), § 39 IfSG Rn. 20.

¹³⁴ VG Ansbach, BeckRS 2022, 15845.

¹³⁵ Vgl. etwa die Allgemeinverfügungen der Landkreise Altmarkkreis Salzwedel v. 12.6.2023, Salzlandkreis v. 10.8.2022, Jerichower Land v. 19.6. 2023.

¹³⁶ Richtlinie 2006/7/EG v. 15.2.2006 über die Qualität der Badegewässer und deren Bewirtschaftung.

Gewässerprofilen überwacht.¹³⁷ Für bestimmte Keimarten werden Grenzwerte normiert, bei deren Überschreitung die Behörden zum Erlass von Badeverboten verpflichtet sind.¹³⁸ Badeempfehlungen bzw. -verbote werden in einigen Bundesländern von den Gesundheitsbehörden, in anderen von den Wasser- bzw. Umweltbehörden ausgesprochen.¹³⁹

B. Klimarecht oder Gesundheitsrecht?

Die Bestandsaufnahme zeigt, dass das geltende Recht bereits eine Vielzahl an Regelungen enthält, die die Gesundheit der Bevölkerung vor den Folgen des Klimawandels schützen soll. Angesichts der gemeinsamen Klammer „Gesundheit“ stellt sich die Frage, ob diese Regelungen einem eigenen Rechtsgebiet zugeordnet werden können.

1. Gesundheitsrecht

Der Begriff „Gesundheitsrecht“ wird in der Rechtswissenschaft nicht einheitlich verwendet. Nach einem mittlerweile überholten Verständnis umfasst er nur das Krankenversicherungsrecht.¹⁴⁰ Zum Gesundheitsrecht müssen zumindest alle Gesetze gezählt werden, die unmittelbar das Ziel verfolgen, die Gesundheit der Bevölkerung zu schützen, und deren Vollzug den Gesundheitsbehörden überantwortet ist (Gesundheitsrecht im engeren Sinne).

Ein noch weiteres Verständnis bezieht unabhängig von der Behördenzuständigkeit alle Regelungen mit ein, die das Ziel verfolgen, die Gesundheit der Bevölkerung zu schützen und zu fördern,¹⁴¹ mit der Folge, dass auch das Umwelt- und Klimarecht zum Gesundheitsrecht – bzw. zum Recht der öffentlichen Gesundheit – gehören.¹⁴² Bei einem so verstandenen Recht der öffentlichen Gesundheit handelt es sich aber nicht um ein eigenes Rechtsgebiet,¹⁴³ sondern um eine besondere Analyseperspektive, die sich an dem Realbereich¹⁴⁴ bzw. sozia-

¹³⁷ § 6 VO-BGW Hessen; § 6 BadegewässerVO NRW; § 6 BadegewässerVO.

¹³⁸ Für Intestinale Enterokokken und Escherichia Coli etwa § 7 Abs. 2 VO-BGW Hessen i.V.m. der Anlage 1.

¹³⁹ Vgl. Brandenburg: §§ 8, 2 Nr. 12 Alt. 1 BbgBadV i.V.m. § 2 Abs. 2 Nr. 3 BbgGDG; Hessen: §§ 7 Abs. 1, 14 Abs. 1 VO-BGW Hessen i.V.m. § 3 Abs. 1 S. 1 HGöGD; NRW: § 7 BadegewässerVO NRW i.V.m. § 4, Anhang II der ZustVU NRW; Sachsen-Anhalt: §§ 7, 8 BadeGewV Sachsen-Anhalt.

¹⁴⁰ Vgl. T. Kingreen, Medizinrecht und Gesundheitsrecht, in: H.-J. Ahrens (Hrsg.), Medizin und Haftung: Festschrift für Erwin Deutsch zum 80. Geburtstag (2009), 283, 292 f.

¹⁴¹ D. Ehlers/M. Fehling/H. Pünder (Hrsg.), Besonderes Verwaltungsrecht, Bd. 2 (4. Aufl., 2019), Achstes Kapitel.

¹⁴² Kießling (Fn. 57), 4; zur Einordnung des Umweltrechts ebd., 54 f.

¹⁴³ Kießling (Fn. 57), 5 f.

¹⁴⁴ Kießling (Fn. 57), 2.

len Lebensbereich¹⁴⁵ orientiert, die das Recht beim Gesundheitsschutz vorfindet.

2. Klimaanpassungsrecht

Einige Regelungen des Bau- und Planungsrechts sowie die Klimaanpassungsgesetze werden zum Klimaanpassungsrecht gezählt, das seinerseits Teil des Klimarechts ist.¹⁴⁶ Unter dem Begriff „Klimaanpassungsrecht“ (oder „Klimawandelanpassungsrecht“) wird zunächst allgemein die Summe der Rechtsnormen verstanden, die darauf abzielen, die Folgen des Klimawandels zu bewältigen. Es adressiert die Auswirkungen des Klimawandels für Mensch und Umwelt und will sie möglichst begrenzen bzw. kontrollierbar machen.¹⁴⁷ Nach einem weiteren Verständnis umfasst der Begriff die rechtlichen Vorgaben, die „Risiken und Schäden gegenwärtiger und zukünftiger negativer Wirkungen des Klimawandels in allen Bereichen und Systemen“ verringern sollen.¹⁴⁸

Ein verbreitetes engeres Begriffsverständnis begrenzt das Klimaanpassungsrecht auf Schutz- und Anpassungsmaßnahmen, die den menschlichen Lebensraum und die Natur ertüchtigen sollen.¹⁴⁹ Nach diesem engen Begriff gehören zum Klimaanpassungsrecht insbesondere Teile des Bau- und Planungsrechts; die dort geregelten Maßnahmen kann man der Vorsorge zurechnen: Städte, die von Hitze besonders belastet sind, sollen Anpassungen vornehmen, damit die Temperaturen dort erträglich sind; zum Schutz vor Hochwasser sollen Deiche gebaut werden. Vorsorge ist hier teilweise im Sinne einer „Vorbereitung auf den Ernstfall“¹⁵⁰ gemeint, man könnte auch von „Klimawandelvorsorge“¹⁵¹ sprechen, die im Klimaanpassungsrecht vorgesehen ist.

Was das Klimarecht nicht zum Klimaanpassungsrecht zählt und auch ansonsten keiner näheren Betrachtung unterzieht, sind Maßnahmen, die bei akuten Klimawandelfolgen oder in der Zukunft zum Einsatz kommen könnten. Mit „akuten Klimawandelfolgen“ sind solche Folgen des Klimawandels gemeint, die sich bereits realisiert haben: Wenn sich etwa in einer Hitzewelle die Städte derart aufheizen oder wegen Waldbränden die Schadstoffbelastung in einer Weise steigt, dass eine Gefahr für die Gesundheit der Bevölkerung besteht. Weil die Klimaanpassung in Form der Vorsorge in diesen Fällen nicht ausgereicht hat (oder ggf. unterlassen wurde), wird die Abwehr der konkreten

¹⁴⁵ S. Fontana, Klimawandelfolgenrecht, ZUR 2023, 528, 535.

¹⁴⁶ P. Hilbert, Resilientes Klimarecht, EurUP 2022, 408, 408 f.; ders. (Fn. 118), 259.

¹⁴⁷ M. Klopfer, Die Angemessenheit und die Anpassung im Recht, EurUP 2018, 34, 38.

¹⁴⁸ Fischer (Fn. 74), 14.

¹⁴⁹ Hilbert (Fn. 118), 259.

¹⁵⁰ F. Ekardt, Katastrophenvermeidung und Katastrophenvorsorge, in: M. Klopfer (Hrsg.), Katastrophenrecht (2008), 61, 62.

¹⁵¹ Diesen Begriff verwendet die Richtlinie über die Gewährung von Zuwendungen zur Klimawandelvorsorge in Kommunen des nordrhein-westfälischen Umweltministeriums v. 21.6.2022, MBl. NRW, 648.

Gefahren für die menschliche Gesundheit notwendig. Es geht also nicht um die „Vorbereitung auf den Ernstfall“, sondern um den Ernstfall selbst.

Mit dieser Gefahrenabwehr beschäftigt sich das Klimarecht nicht.¹⁵² Die Regelungen zählen entweder zum Gesundheitsrecht im engeren Sinne (Infektionsschutzrecht, Arbeitsschutzrecht) oder zum Umweltrecht (Wasserrecht, BImSchG).¹⁵³ Statt den Lebensraum des Menschen zu ertüchtigen (eine Ausnahme mag man allein in der Vektorbekämpfung sehen), wollen sie die menschliche Gesundheit vor einer akuten Gefährdungslage schützen, indem Gefahren abgewendet und Schäden verhindert bzw. minimiert werden. Zum Klimaanpassungsrecht kann man diese Regelungen nur zählen, wenn man diesen Begriff weit versteht.¹⁵⁴ Vertreter des engen Klimaanpassungsrechtsbegriffs klammern diese Maßnahmen aus.

3. Klimawandelfolgenrecht

Möglicherweise könnte hier der Begriff „Klimawandelfolgenrecht“ weiterhelfen. Darunter kann man all die Rechtsgebiete bzw. Regelungen fassen, „die sich der Bewältigung von Klimawandelfolgen widmen“¹⁵⁵ bzw. die mit „den Konsequenzen des Klimawandels konfrontiert“ sind oder sein werden.¹⁵⁶ Bei Verwendung einer solchen Definition wird der Anwendungsbereich aber sehr weit¹⁵⁷ – auch das Flüchtlingsrecht,¹⁵⁸ das Katastrophenrecht¹⁵⁹ und das Restitutions- und Haftungsrecht¹⁶⁰ wären dann zu berücksichtigen.

Das Klimawandelfolgenrecht ist – wie das Recht der öffentlichen Gesundheit¹⁶¹ – ebenfalls kein eigenes Rechtsgebiet.¹⁶² Dieser Begriff fungiert „als analytische Betrachtungsweise für die Erfassung der Klimawandelfolgen“¹⁶³

¹⁵² Das gleiche gilt für den Umgang mit Überschwemmungen: Hier wäre unter anderem das Katastrophenrecht einschlägig.

¹⁵³ Eine Ausnahme bildet das Schulrecht.

¹⁵⁴ Siehe dazu bereits oben S. 75 f. Auch wenn *Fischer* (Fn. 74), 134 Fn. 55, nicht ausführlich den Umgang mit Gefahren durch Hitzewellen behandelt, scheint er ihn zur Klimaanpassung zu zählen.

¹⁵⁵ *P. Hilbert*, Grundstrukturen und Gütekriterien eines Klimawandelfolgenrechts, in: M. Böhm/M. Ludwigs (Hrsg.), *Klimaschutz und Resilienz* (2023), 91, 93.

¹⁵⁶ So *F. Gärditz*, Schwerpunktbereich – Einführung in das Klimaschutzrecht, JuS 2008, 324, 329.

¹⁵⁷ Vgl. den Ansatz von *Fontana* (Fn. 145), 528; *dies.*, S. 27 ff., in diesem Band.

¹⁵⁸ *Gärditz* (Fn. 156), 329; dazu *S. Fontana*, „Klimaflucht“ – Regelungsbedarf und Regelungspotentiale, ZAR 2023, 55.

¹⁵⁹ So *Fischer* (Fn. 74), 185; vgl. auch *Ekardt* (Fn. 150), 61 f., der den Katastrophenschutz bereits zur Klimaanpassung zählt.

¹⁶⁰ *Hilbert* (Fn. 155), 93 f.

¹⁶¹ Dazu oben S. 74 f.

¹⁶² *Hilbert* (Fn. 155), 94 f.; so auch *Fontana* (Fn. 145), 533.

¹⁶³ *Fontana* (Fn. 145), 533; *dies.*, S. 27 und S. 31, in diesem Band.

bzw. als Such- und Auffangkategorie, die verschiedene Regelungen vereint.¹⁶⁴ In einem so verstandenen Sinne gehört das Gesundheitsrecht (jedenfalls teilweise) zum Klimawandelfolgenrecht.¹⁶⁵

4. Klimawandelfolgenrechtliches Gesundheitsrecht

Die vorstehenden Ausführungen haben gezeigt, dass man sowohl das Klimarecht als Teil des Rechts der öffentlichen Gesundheit ansehen als auch das Gesundheitsrecht als Teil des Klimawandelfolgenrechts verstehen kann, wenn man jeweils keine rechtsgebietsbezogenen Begriffe verwendet. Soweit man sich auf den Umgang mit Gesundheitsgefahren konzentriert, die auf den Klimawandel zurückzuführen sind, und die klimaanpassungsrechtliche Vorsorge ausklammert, könnte unter dem Stichwort „klimawandelfolgenrechtliches Gesundheitsrecht“¹⁶⁶ untersucht werden, inwieweit das Gesundheitsrecht im engeren Sinne die Klimawandelfolgen bereits adressiert bzw. der Bezug zu den Klimawandelfolgen Synergieeffekte und Koordinierungsbedarf mit anderen Rechtsgebieten hervorruft.¹⁶⁷ Möglicherweise muss das Gesundheitsrecht modifiziert oder erweitert werden.¹⁶⁸ Dies soll im folgenden Abschnitt näher ausgeführt werden.

C. Defizite des bestehenden klimawandelfolgenrechtlichen Gesundheitsrechts

Bislang lassen sich klimawandelfolgenrechtliche Regelungen im Gesundheitsrecht nur verstreut in unterschiedlichen Gesetzen finden. Eine Abstimmung müsste auch mit dem Umweltrecht erfolgen, soweit es Regelungen für die Abwehr konkreter Gesundheitsgefahren enthält. Mit dem Wasserrecht ist hier aber insbesondere eine Materie betroffen, die in engem Zusammenhang mit dem Infektionsschutzrecht steht: So enthält das IfSG mit den §§ 37 bis 41 selbst Regelungen, die die Wasserqualität betreffen.

Aber selbst eine Zusammenschau von Gesundheits- und Umweltrecht fördert noch nicht für alle erforderlichen Maßnahmen die entsprechenden Rechtsgrundlagen zu Tage. Dies gilt sowohl für die Gefahrenabwehr als auch für die Vorsorge. Das Gesundheitsrecht ist weder auf die aktuellen noch auf die erwarteten Klimawandelfolgen ausreichend vorbereitet. Insbesondere die Vorsorge/Planung ist ein blinder Fleck des klimawandelfolgenrechtlichen Gesundheitsrechts. In der Praxis arbeiten verschiedene Akteure zwar bereits mit Plänen, diese sind jedoch – anders als im Klimawandelanpassungsrecht – nicht

¹⁶⁴ Das Klimaanpassungsrecht bilde ein eigenes, schon konstituiertes Teilrechtsgebiet eines möglichen Klimawandelfolgenrechts: *Hilbert* (Fn. 155), 93; *Fontana* (Fn. 145), 534.

¹⁶⁵ *Fontana* (Fn. 145), 533; *dies.*, S. 27 ff., in diesem Band.

¹⁶⁶ Auch hierbei handelt es sich nicht um ein eigenes Rechtsgebiet. Auf Rechtsgebietsebene bleibt es bei einer solchen Betrachtung bei den bestehenden Rechtsgebietsgrenzen.

¹⁶⁷ Vgl. *Fontana* (Fn. 145), 533; *dies.*, S. 27 und S. 30 ff., in diesem Band.

¹⁶⁸ Vgl. *Fontana* (Fn. 145), 535; *dies.*, S. 27 und S. 30 ff., in diesem Band.

gesetzlich vorgeschrieben bzw. gesteuert. Aber auch besondere Rechtsgrundlagen für die Gefahrenabwehr fehlen.

Durch den engen Bezug des klimawandelfolgenrechtlichen Gesundheitsrechts zum Umwelt- und Klimaschutzrecht sind im Falle unvollständiger oder ungenauer Regelungen außerdem die Zuständigkeiten oft nicht klar verteilt.

1. Hitzeschutz

Der Hitzeschutz wird bislang vom Arbeitsschutzrecht (in Verbindung mit dem Schulrecht) adressiert.¹⁶⁹ Darüber hinausgehende Regelungen fehlen.

Ein wichtiges Instrument des Hitzeschutzes sind Hitzeaktionspläne, die neben kurzfristigen Sofortmaßnahmen auch langfristige, vorsorgende Maßnahmen enthalten und dadurch sowohl der Vorbereitung auf Hitzewellen dienen als auch das Vorgehen während extremer Hitze steuern. Hitzeaktionspläne gehören teilweise zur Klimaanpassung¹⁷⁰ bzw. Klimawandelvorsorge,¹⁷¹ ansonsten aber zur akuten Gefahrenabwehr. Zu den entsprechenden Sofortmaßnahmen gehört ein Stufenkonzept, das an unterschiedliche Hitze-Warnstufen unterschiedlich weitgehende Maßnahmen knüpft, die der Bevölkerung entweder empfohlen oder durch die Behörden eingeführt werden sollen.

Im Jahr 2017 erstellte das Bundesumweltministerium „Handlungsempfehlungen für die Erstellung von Hitzeaktionsplänen zum Schutz der menschlichen Gesundheit“¹⁷² – damals galt der Hitzeschutz als Teil der Klimaanpassung, die als Aufgabe des Umweltressorts angesehen wurde. Die Verknüpfung mit Gesundheit konnte man auf politischer Ebene¹⁷³ erst 2020 beobachten, als sich die 93. Gesundheitsministerkonferenz für die Erstellung von Hitzeaktionsplänen aussprach.¹⁷⁴ Im Sommer 2023 veröffentlichte das Bundesgesundheits-

¹⁶⁹ Dazu oben S. 70 f.

¹⁷⁰ Vgl. zu den verschiedenen Maßnahmen des Hitzeschutzes in Deutschland überblicksartig A. Fischer-Hotzel/A.-K. Jolk, Kommune, Pass dich an! – Hitze und Trockenheit auf lokaler Ebene begegnen, APuZ 28–29 2023, 31, 34 f., 36 ff.; sehr differenziert die Studie von L. Hannemann et al., Heat in German cities: a study on existing and planned measures to protect human health, Journal of Public Health 2023.

¹⁷¹ Vgl. Ziff. 2.3 der Richtlinie über die Gewährung von Zuwendungen zur Klimawandelvorsorge in Kommunen des nordrhein-westfälischen Umweltministeriums v. 21.6.2022, MBl. NRW, 648.

¹⁷² https://www.bmu.de/fileadmin/Daten_BMU/Download_PDF/Klimaschutz/hap_handlungsempfehlungen_bf.pdf.

¹⁷³ Vgl. aber den „Policy Brief für Deutschland 2021“ verschiedener außerhalb der Politik stehender Akteure, die zum Teil auch aus dem Gesundheitssystem stammten: https://www.klimawandel-gesundheit.de/wp-content/uploads/2021/10/20211020_Lancet-Countdown-Policy-Germany-2021_Document_v2.pdf.

¹⁷⁴ Beschluss der Gesundheitsministerkonferenz, 30.9./1.10.2020 zu TOP 5.1: <https://www.gmkonline.de/Beschluesse.html?id=1018&jahr=2020>.

ministerium einen „Hitzeschutzplan für Gesundheit“,¹⁷⁵ der aber hauptsächlich aus der Auflistung von Zielen besteht; Alarmstufen, die jeweils bestimmte Maßnahmen auslösen sollen, legt er nicht fest. Einzelne Gemeinden sind schon weiter und haben eigene Hitzeaktionspläne beschlossen.¹⁷⁶

Sollten Hitzeaktionspläne als Maßnahme der letzten Warnstufe die Absage von Veranstaltungen im Freien wie Konzerte oder Sportveranstaltungen vorsehen, gäbe es dafür derzeit keine besondere Rechtsgrundlage. Es käme allein die gefahrenabwehrrechtliche Generalklausel in Betracht. Ob die Entscheidung über solche Maßnahmen als so wesentlich einzustufen ist, dass sie den Parlamentsvorbehalt¹⁷⁷ auslöst und somit eine besondere Regelung durch den Parlamentsgesetzgeber erforderlich macht, soll hier dahinstehen. Eine besondere Regelung für den Hitzeschutz hätte jedenfalls den Vorteil, dass sie den zulässigen Rahmen klar absteckte. Dies brächte sowohl für die Bevölkerung als auch für die Behörden Rechtssicherheit.

Auch eine gesetzlich verankerte Pflicht, Hitzepläne aufzustellen und regelmäßig an neue Erkenntnisse und Gegebenheiten vor Ort anzupassen, gibt es aktuell nicht. Dass der richtige Ort hierfür das Klimawandelanpassungsgesetz des Bundes ist,¹⁷⁸ ist zweifelhaft. Zwar sollten Hitzeaktionspläne in Klimaanpassungskonzepten einbezogen werden;¹⁷⁹ der inhaltliche Fokus dieser Pläne liegt aber auf der Frage, wie im Falle extremer Hitze in einer Gemeinde die Gesundheit der Bevölkerung geschützt werden kann.

Da es keine Hitzeschutzvorschriften außerhalb des Arbeitsrechts gibt, ist auch nicht geklärt, in wessen Aufgabenbereich der Hitzeschutz fällt. Aktuelle Ausarbeitungen zum Hitzeschutz sehen die Gesundheitsbehörden als zuständig an.¹⁸⁰ Ohne gesetzliche Regelung ist dies aber nicht zwingend, und insbeson-

¹⁷⁵ https://www.bundesgesundheitsministerium.de/fileadmin/Dateien/3_Downloads/H/Hitzeschutzplan/230727_BMG_Hitzeschutzplan.pdf.

¹⁷⁶ Vgl. zu den unterschiedlichen Maßnahmen auf kommunaler Ebene T. Kaiser/C. Kind/L. Dudda/K. Sander, Klimawandel, Hitze und Gesundheit: Stand der gesundheitlichen Hitzevorsorge in Deutschland und Unterstützungsbedarf der Bundesländer und Kommunen (2021), abrufbar unter https://www.umweltbundesamt.de/sites/default/files/medien/4031/publikationen/umid_01-2021-beitrag_3_hitze.pdf.

¹⁷⁷ Vgl. nur BVerfGE 116, 24, 58; 128, 282, 317; 134, 141, 184; 141, 143, 170; 147, 253, 309 f.

¹⁷⁸ So Sachverständigenrat zur Begutachtung der Entwicklung im Gesundheitswesen, Resilienz im Gesundheitswesen (2023), 528; M. Herrmann von KLUG (Deutsche Allianz Klimawandel und Gesundheit e.V.) in der Bundespressekonzferenz am 13.6.2023, <https://www.ardmediathek.de/video/phoenix-vor-ort/forderungen-zum-hitzeschutz/phoenix/Y3JpZDovL3Bob2VuaXguZGUvMzE2NzgXNw>.

¹⁷⁹ Vgl. dazu § 12 Abs. 6 KAnG. Zu den damit verbundenen Rechtsfragen Kießling (Fn. 107), 12 f.

¹⁸⁰ Vgl. z.B. Sachverständigenrat (Fn. 178), 531; Bundesärztekammer/Deutscher Pflegeverband/KLUG (Deutsche Allianz Klimawandel und Gesundheit e.V.), Politische Kernforderungen zum Hitzeaktionstag. Hitzeschutz – was jetzt zu tun ist (2023), 2, abrufbar unter

dere hitzebedingte Veranstaltungsverbote müssten derzeit sogar durch die Ordnungsbehörden ausgesprochen werden, weil nur die gefahrenabwehrrechtliche Generalklausel als Rechtsgrundlage in Betracht kommt (siehe oben).

Eine umfassende gesetzliche Regelung des Hitzeschutzes sollte aufgrund der Sachnähe der Behörden im Gesundheitsrecht vorgenommen werden.¹⁸¹ Hier bieten sich z.B. die Gesetze über den Öffentlichen Gesundheitsdienst an.¹⁸²

2. Atembare Luft

Seiner universellen Pflicht zur Bereitstellung atembarer Luft versucht der Gesetzgeber derzeit mit Vorschriften zur Luftreinhaltung nachzukommen, die sich im BImSchG finden. Zwar besteht der Zweck des Gesetzes nach § 1 Abs. 1 BImSchG auch darin, Menschen vor schädlichen Umwelteinwirkungen zu schützen, es richtet sich aber insbesondere an umweltschädlichen Anlagen und den Emittenten aus. Die Befugnisnormen im Bereich Luftreinhaltung im BImSchG wenden sich in der Folge größtenteils gegen das Betreiben bestimmter Anlagen.¹⁸³ Maßnahmen sind entsprechend des Verursacheranteils gegenüber den Emittenten zu erlassen (vgl. § 47 Abs. 4 S. 1 BImSchG). Soweit in einer Befugnisnorm die Öffentlichkeit in Bezug genommen wird, beschränken sich die Maßnahmen auf die Unterrichtung (§§ 46a, 48a Abs. 1 BImSchG). Sie finden sich in § 30 und der 14. Anlage zur 39. BImSchV.

Gezielte Maßnahmen zum Schutz empfindlicher Bevölkerungsgruppen, einschließlich Maßnahmen zum Schutz von Kindern, können in Luftreinhalteplänen (§ 27 Abs. 2 S. 2 der 39. BImSchV) und in Plänen für kurzfristige Maßnahmen (§ 28 Abs. 2 S. 4 der 39. BImSchV) vorgesehen werden. Darüber hinaus könnten jedoch weder veranstaltungsbezogene Verbote noch individuelle Schutzmaßnahmen auf einen Luftreinhalteplan bzw. Plan für kurzfristige Maßnahmen gestützt werden: Weder das eine noch das andere lässt sich unter den Wortlaut „gezielte Maßnahmen zum Schutz empfindlicher Bevölkerungsgruppen“ fassen, da der Kreis der Betroffenen unbegrenzt wäre und es sich gerade nicht um besonders betroffene Bevölkerungsgruppen handeln würde. Auch in diesen Fällen müsste man also auf die ordnungsrechtliche Generalklausel zurückgreifen.¹⁸⁴

https://www.bundesaerztekammer.de/fileadmin/user_upload/BAEK/Themen/Klimawandel/Politische_Forderungen_Hitzeaktionstag.pdf.

¹⁸¹ So auch *Bundesärztekammer* et al. (Fn. 180), 2. Zur Gesetzgebungskompetenz *Kießling* (Fn. 107), 8 ff.

¹⁸² So auch *Sachverständigenrat* (Fn. 178), 529.

¹⁸³ Etwa in § 47 Abs. 7 BImSchG.

¹⁸⁴ Siehe für den Hitzeschutz oben S. 78 ff.

3. Schutz vor übertragbaren Krankheiten

Auch das Infektionsschutzrecht ist auf die Herausforderungen des Klimawandels nicht vorbereitet. Spezielle Regelungen für die Eindämmung einer Epidemie enthält das IfSG nicht;¹⁸⁵ einzige Ausnahme stellt § 28a IfSG dar, der aber auf COVID-19 beschränkt ist. Verursachte in Zukunft ein anderer Krankheitserreger eine Epidemie, könnten in Deutschland keine flächendeckenden Maßnahmen wie Maskenpflichten oder Abstandsgebote eingeführt werden.¹⁸⁶

Lückenhaft ist die Ausgestaltung der Vorschriften zur Vektorbekämpfung. Die Bekämpfung von Vektoren nach § 17 Abs. 2 IfSG durch deren Vernichtung ist nur möglich, wenn die Gefahr besteht, dass sie Krankheitserreger verbreiten.¹⁸⁷ Die vorsorgende Vernichtung im Falle eines bloßen Gefahrverdachts ist nicht zulässig.¹⁸⁸ Das Friedrich-Loeffler-Institut plädierte 2022 für die Ermöglichung der frühzeitigen Vektorbekämpfung bzw. -reduktion.¹⁸⁹

Auch Regelungen, die die Behörden zur Erarbeitung von Plänen verpflichteten, gibt es derzeit nicht. Dies gilt sowohl für die Pandemievorsorge bzw. -planung¹⁹⁰ als auch für die Bekämpfung von Vektoren. Das Friedrich-Loeffler-Institut beklagte, dass das „notwendige frühzeitige Management neu angesiedelter bzw. sich ausbreitender hocheffizienter und gefährlicher Vektoren in der Gesetzgebung keine Berücksichtigung“ finde.¹⁹¹

Das Institut stellte außerdem fest, dass in vielen Landes- und Kommunalbehörden nicht geklärt sei, welches Ministerium, Amt oder Referat für das Management von Vektoren zuständig ist; in Frage kämen die Gesundheits-, Veterinär-, Umwelt-/Naturschutz-, Verbraucherschutz- und Ordnungsressorts.¹⁹²

IV. Fazit

Aus dem Verfassungsrecht ergibt sich die Pflicht des Staates, nicht nur den Klimawandel zu verlangsamen, sondern auch die Bevölkerung vor den gesund-

¹⁸⁵ Vgl. aber dazu den Vorschlag von *Gallon/Hollo/Kießling* (Fn. 89).

¹⁸⁶ Möglich wären allein individuell-konkrete Maßnahmen im Umfeld eines bekannten Krankheitsausbruchs, also z.B. die Absonderung Infizierter oder von Kontaktpersonen Infizierter nach § 30 IfSG. Die Generalklausel des § 28 IfSG kann in einer neuen Epidemie nicht mehr herangezogen werden (*Kießling/Kießling* (Fn. 127), § 28 Rn. 67).

¹⁸⁷ Siehe oben S. 72 f.

¹⁸⁸ *Kießling/Mers* (Fn. 127), § 17 Rn. 18.

¹⁸⁹ *Friedrich-Loeffler-Institut* (Fn. 131), 27.

¹⁹⁰ Dazu *M. Pflug*, *Pandemievorsorge* (2013), 175 ff.; *A. Klafki*, *Risiko und Recht* (2017), 243 ff.

¹⁹¹ *Friedrich-Loeffler-Institut* (Fn. 131), 26. Zu den Handlungsempfehlungen *Nationale Expertenkommission* (Fn. 128); *dies.*, *Aedes albopictus* in Deutschland. Handlungsbedarf und -optionen im Umgang mit der Asiatischen Tigermücke (2016).

¹⁹² *Friedrich-Loeffler-Institut* (Fn. 131), 27.

heitlichen Folgen des Klimawandels zu schützen. Mittelbar gelingt dies durch Anpassungsmaßnahmen; sobald sich aber akute Gesundheitsgefahren realisieren – z.B. in Hitzewellen oder Pandemien – ist der Staat zum unmittelbaren Gesundheitsschutz verpflichtet. Wo sich die Bevölkerung selbst schützen bzw. eigenverantwortliche Entscheidungen treffen kann, darf der Staat aber Erwachsene – anders als bei übertragbaren Krankheitserregern – nur informieren und warnen.

Die verwaltungsrechtliche Analyse hat gezeigt, dass es zwar bereits eine Vielzahl an Regelungen gibt, die die gesundheitlichen Auswirkungen des Klimawandels adressieren. Sie sind aber weitestgehend dem Klimaanpassungsrecht und damit dem Klimarecht zuzuordnen und bestehen aus Vorsorgemaßnahmen. Der akute Gesundheitsschutz ist regelungstechnisch noch unterentwickelt; ggf. müssten Maßnahmen übergangsweise auf die polizeirechtlichen Generalklauseln gestützt werden. Bei der Überarbeitung und Erweiterung der Regelungen zum akuten Gesundheitsschutz ist auf eine Abstimmung mit dem Umweltrecht zu achten; außerdem erscheint es empfehlenswert, diesbezügliche Regelungen konsequent im Gesundheitsrecht zu verankern.

Demokratie, Freiheit und Ethik in der Klimakrise

Demokratie und Klimaschutz

Reiner Schmidt und Sophie Borchert

I.	Einleitung.....	85
II.	Gefährdung der konstitutionellen Demokratie.....	86
III.	Die Aufgabe des Gesetzgebers	88
	A. Zukunftsvorsorge in der Demokratie	89
	B. Klimaschutz durch die dritte Gewalt.....	92
IV.	Lösungsansätze	95
V.	Die Leistungsfähigkeit der Demokratie.....	96

I. Einleitung

„In den gesellschaftlichen Auseinandersetzungen um die Kernenergie, um die militärische Rüstung, um den Bau von Fernstraßen, Schifffahrtswegen und Flughäfen, bekundet sich ein gewachsenes Bewusstsein für die Ambivalenz der wissenschaftlich technischen Entwicklung. In weiten Teilen unserer Gesellschaft sieht man das Leben der Menschheit zunehmend bedroht. Die Eindämmung der gefährlichen Nebenfolgen wissenschaftlicher, wirtschaftlicher und technischer Erfolge ist zu einem vorrangigen Problem geworden. Zweifel an der Kontrollierbarkeit dieser Entwicklungen [...] verdichten sich zu Zweifeln gegenüber dem Instrumentarium der Demokratie. [...] Längerfristige Perspektiven als die der jetzt lebenden Generation stellen eine neue Herausforderung an die Demokratie dar. Sie ruft nach weitergehender Verantwortung über den Interessenausgleich hier und heute hinaus.“¹

Sogar von einem „Versagen der Repräsentativverfassung“ (*Jürgen Habermas*) ist die Rede.² Das demokratische Grundprinzip der Verfassung, die Mehrheitsentscheidung durch die Repräsentanten, wird angeblich nicht mehr akzeptiert.³ Diese Aussagen widersprechen der Ausgangsbasis des Grundgesetzes, der dort enthaltenen, vom Bundesverfassungsgericht in ständiger Rechtsprechung entwickelten und konkretisierten Vorstellung von der menschlichen Würde.

„Die vom GG verfasste Ordnung geht vom Eigenwert und der Würde des zur Freiheit befähigten Menschen aus. Diese Ordnung ist rechtsstaatliche Herrschaft auf der Grundlage der

¹ *Kirchenamt im Auftrage des Rates der Evangelischen Kirche in Deutschland* (Hrsg.), *Evangelische Kirche und freiheitliche Demokratie. Eine Denkschrift der Evangelischen Kirche in Deutschland* (4. Aufl., 1990), 36.

² Vgl. *J. Habermas*, *Ziviler Ungehorsam – Testfall für den demokratischen Rechtsstaat*, in: P. Glotz (Hrsg.), *Ziviler Ungehorsam im Rechtsstaat* (3. Aufl., 2015), 29 ff.

³ Zum Ganzen siehe *R. Steinberg*, *Der ökologische Verfassungsstaat* (1998), 335.

Selbstbestimmung des Volkes nach dem Willen der jeweiligen Mehrheit in Freiheit und Gleichheit. [...] Die Bürger sind danach keiner politischen Gewalt unterworfen, der sie nicht ausweichen können und die sie nicht prinzipiell und sachlich zu gleichem Anteil in Freiheit zu bestimmen vermögen.“⁴

Gilt dies auch für den Klimaschutz? Kann in diesem Bereich wirklich von „Selbstgesetzgebung“ die Rede sein? Die weltweite Krise der konstitutionellen Demokratie, hindert sie uns nicht daran, unsere Hoffnung noch auf diese Regierungsform zu setzen? Es gehört zu den Grundprinzipien des deutschen Verfassungsrechts, dass die „rechtfertigende Herleitung (Legitimation) [...] nur vom Volk selbst, nicht von einer Instanz außerhalb des Volkes ausgehen“ kann.⁵ Diejenigen, die als Adressaten dem Recht unterworfen sind, sollen sich zugleich als dessen Autoren verstehen können.

II. Gefährdung der konstitutionellen Demokratie

Eine Analyse der angenommenen Krise hat zum Ausgangspunkt die Bestimmung dessen zu nehmen, was als konstitutionelle Demokratie zu verstehen ist. Im Wesentlichen wird sie durch drei Elemente bestimmt: ein System freier Wahlen, die klassischen demokratischen Mitwirkungsrechte wie Meinungs-, Rede- und Vereinigungsfreiheit und die Herrschaft des Rechts, zu der auch eine unabhängige Gerichtsbarkeit gehört.

Die Alarmsignale für diese Art von Staat sind nicht zu übersehen. Im Vordringen sind autoritäre Ordnungsmodelle.⁶ Die geschwundene Attraktivität der konstitutionellen Demokratie ist vor allem darauf zurückzuführen, dass den Bürgern der Glaube an den demokratischen Rechts- und Verfassungsstaat abhandengekommen ist.⁷ Dies wird u.a. mit einer Schwächung der politischen Parteien, einem neuen „Kult der Unmittelbarkeit“ (*Günter Frankenberg*) und einer fortschreitenden gesellschaftlichen Polarisierung begründet.⁸ Der Verfall „ungeschriebener Normen“⁹, der Verlust gegenseitiger Achtung, ein verantwortungsloser Umgang mit anvertrauten Ämtern sind nicht zu übersehen. Als tiefere Gründe für diese Entwicklung werden u.a. die Kluft zwischen Arm und Reich, die Steuerungsverluste des Nationalstaats in einem internationalen Um-

⁴ BVerfGE 123, 267, 341.

⁵ So *E.-W. Böckenförde*, Demokratie als Verfassungsprinzip, in: J. Isensee/P. Kirchhof (Hrsg.), *Handbuch des Staatsrechts*, Bd. 2 (3. Aufl., 2004), § 24 Rn. 3.

⁶ Zum Ganzen vgl. *U. Volkmann*, Krise der konstitutionellen Demokratie? Reflexionen anlässlich der Lektüre einschlägiger Literatur, *Der Staat* 58 (2019), 643.

⁷ Vgl. *E. Kennedy*, Constitutional Failure Revisited, in: M.A. Graber/S. Levinson/M. Tushnet (Hrsg.), *Constitutional Democracy in Crisis?* (2018), 67.

⁸ *G. Frankenberg*, *Autoritarismus* (2020), 255.

⁹ *S. Levitsky/D. Ziblatt*, *Wie Demokratien sterben. Und was wir dagegen tun können* (4. Aufl., 2018).

feld und die zunehmende Machtverlagerung von den Parlamenten auf die Exekutive angegeben.¹⁰ Immer deutlicher werde wahrgenommen, dass die Verfassung als Projektion einer guten, gerechten, auch sozial gerechten Ordnung ihr Versprechen nicht einlöse. Dies nage an ihrer Glaubwürdigkeit.¹¹ Hinzu kommen Verlustängste, Ängste vor der Marginalisierung, der Entwertung der eigenen Lebenswelt und der eigenen tradierten Kultur sowie Sorgen wegen der Gegensätze von ländlich gegen städtisch, religiös gegen säkular, lokal gegen kosmopolitisch. Wer sich nicht im Mainstream bewegt, fühlt sich schnell mit dem eigenen Anliegen vom demokratischen System vernachlässigt und wird anfällig für populistische Bewegungen. Der konstitutionellen Demokratie drohen deshalb vor allem Gefahren „von innen“, eine innere Auszehrung, eine nachlassende Responsivität des politischen Systems gegenüber den Bürgern und eine vernachlässigte Gemeinwohlorientierung der politischen Repräsentanten.¹²

Wie soll angesichts dieser Situation in der Demokratie die Herkulesaufgabe Klimaschutz bewältigt werden? Zu den tatsächlichen Funktionsbedingungen einer intakten Demokratie, auch der sogenannten deliberativen Demokratie, gehört ein Mindestmaß an Homogenität der Bürger,

„da sonst der über die Gemeinwohlziele zu führenden politischen Debatte der nötige gemeinsame Erfahrungshorizont als intersubjektiv geteilter Kontext möglicher Verständigung fehlt und die grundsätzlich freiwillige Akzeptanz von verbindlichen Mehrheitsentscheidungen gefährdet ist“.¹³

Die Gerichtsbarkeit, insbesondere die hier geforderte Verfassungsgerichtsbarkeit, kann die fehlende Homogenität nicht ausgleichen. Zwar befinden wir uns in einem „Übergang vom parlamentarischen Gesetzgebungsstaat zum verfassungsgerichtlichen Jurisdiktionsstaat“¹⁴. Auf Dauer kann die fehlende parlamentarische Mehrheit aber nicht durch die demokratisch schwächer abgesicherten Gerichte ersetzt werden, soll die Gewaltenteilung nicht völlig aus dem Gleichgewicht geraten.

¹⁰ So *Volkman* (Fn. 6), 651, m.w.N. in Fn. 44.

¹¹ So *S. Issacharoff*, Populism versus Democratic Governance, in: Graber/Levinson/Tushnet (Fn. 7), 446 f.

¹² So *Volkman* (Fn. 6), 653.

¹³ So – unter Berufung auf *Habermas* – *B. Grzeszick*, in: Dürig/Herzog/Scholz, Grundgesetz (101. EL, 2023), Art. 20 Rn. 309.

¹⁴ *E.-W. Böckenförde*, Zur Lage der Grundrechtsdogmatik nach 40 Jahren Grundgesetz (1990), 60 ff.

III. Die Aufgabe des Gesetzgebers

In erster Linie ist es dem Gesetzgeber überlassen, darüber zu entscheiden, welche Gemeinschaftsinteressen so gewichtig sind,

„dass das Freiheitsrecht des Einzelnen zurücktreten muss. Dieser Entscheidungspflicht kann sich der politische Gesetzgeber nicht beliebig entziehen. Vielmehr ist in einem Staatswesen, in dem das Volk die Staatsgewalt am unmittelbarsten durch das von ihm gewählte Parlament ausübt, vor allem dieses Parlament dazu berufen, im öffentlichen Willensbildungsprozeß unter Abwägung der verschiedenen, unter Umständen widerstreitenden Interessen über die von der Verfassung offengelassenen Fragen des Zusammenlebens zu entscheiden“.¹⁵

Die wesentliche legitimierende Kraft liegt im Gedanken der Gesamtrepräsentation, in der Idee, dass die Mehrheit die Gesamtheit des Volkes vertritt, dass die von der Mehrheit getroffene Entscheidung dem Volk als Ganzes zugerechnet werden kann.¹⁶

„Weil Mehrheit wie Minderheit mit gleichem Recht zur Gesamtheit gehören, hat die Minderheit der Repräsentanten und der Repräsentierten auch die mehrheitlich gefaßten Beschlüsse der Gesamtheit gegen sich gelten zu lassen. Dieser Zusammenhang ist nicht auflösbar und in der Demokratie die erste Voraussetzung für den Rechtsgehorsam aller.“¹⁷

Dieser Rechtsgehorsam, durchaus gefährdet, ist angesichts der Bedeutung der Aufgabe wichtiger denn je. Der Staat ist längst in eine vorliberale Ära zurückgekehrt. Er ist zum Interventionsstaat geworden, der eine umfassende Systemvorsorge zu bieten versucht, die alle Lebensrisiken minimiert, Arbeitslosigkeit und Armut, Krankheit und Klimaschäden.¹⁸ Grundsätzlich neu ist diese Dimension staatlicher Aufgabenwahrnehmung nicht. Schon die Rezeption der politischen Idee des Wohlfahrtsstaates in das Verfassungsprinzip des sozialen Rechtsstaats hatte eine weitgehende staatliche Verantwortung des Staates nicht nur für die Wirtschaft begründet.¹⁹ Verteilt werden keineswegs nur wirtschaftliche Güter, sondern Risiken.²⁰

¹⁵ BVerfGE 33, 125, 159.

¹⁶ BVerfGE 44, 125, 141 f. Zum Ganzen vgl. auch C. Hillgruber, Die Herrschaft der Mehrheit, AöR 127 (2002), 460 und R. Schmidt, Das Mehrheitsprinzip in der Moderne, DÖV 2023, 405.

¹⁷ BVerfGE 70, 324 (abweichende Meinung E. G. Mahrenholz 366, 369).

¹⁸ Zum Ganzen D. Grimm, Recht und Staat der bürgerlichen Gesellschaft (1987), 53 ff.

¹⁹ Vgl. P. Badura, Wirtschaftsverfassung und Wirtschaftsverwaltung (1971), 33. Grundlegend schon A. Wagner, Grundlegung der politischen Ökonomie, Bd. I/2 (3. Aufl., 1893), 879 f. Außerdem R. Schmidt, Staatliche Verantwortung für die Wirtschaft, in: J. Isensee/P. Kirchhof (Hrsg.), Handbuch des Staatsrechts, Bd. 4 (3. Aufl., 2006), § 92; ders., Der Staat der Umweltvorsorge, DÖV 1994, 749.

²⁰ Hierzu der Klassiker von U. Beck, Risikogesellschaft. Auf dem Weg in eine andere Moderne (1986), passim.

A. Zukunftsvorsorge in der Demokratie

Die demokratische Gegenwartspräferenz gerät in Schwierigkeiten, wenn, wie beim Klimaschutz, ein gewachsenes Bedürfnis nach einer rechtlich gefassten Zukunftsverantwortung gestellt wird. Ein strukturelles Defizit besteht darin, dass künftige Generationen mangels Repräsentation im demokratischen Prozess im Gegensatz zur gegenwärtigen Generation benachteiligt sind. Die starke Präferenz gegenwärtiger Demokratien führt tendenziell zu einer Benachteiligung künftiger Generationen.²¹ Damit stellt sich ganz generell die Frage, ob Demokratien überhaupt zukunftsverantwortlich handeln können.²² Die Asymmetrie bei der Lösung von Gegenwarts- und Zukunftsaufgaben ist ein Hemmschuh der Politik gegen zu erwartende Katastrophen, weil sich in der Gegenwart Vorteile für Wählergruppen besser auszahlen als weitreichende zukunftsorientierte Pläne.²³

„Aufgeworfen ist damit letztlich die Frage, ob der demokratisch verfasste – auf kurzfristige Wahlerfolge gegründete und durch diese zugleich legitimierte – Staat herkömmlicher Prägung überhaupt die Rolle eines langfristig entscheidenden, übergeordneten Steuerungsorgans zu übernehmen und rechtzeitig die richtigen Weichen für die Zukunft zu stellen imstande ist.“²⁴

Trotz dieser allgemeinen Erkenntnis gibt es auf allen Ebenen (Völkerrecht, europäisches Recht, nationales Recht) Normen bzw. Gesetze, welche die Klimaentwicklung zu regulieren versuchen. Maßgebliche verfassungsrechtliche Bestimmungen für die deutsche Umweltpolitik finden sich im konstitutionellen Verfahrensrecht, während die materiellen Vorgaben trotz ihrer großen Symbolik nur geringe Steuerungskraft besitzen.²⁵ Vorwürfe wegen eines Verstoßes gegen das Staatsziel Umweltschutz sind meist erfolglos, weil das Bundesverfassungsgericht dem Gesetzgeber jeweils einen weiten Einschätzungsspielraum einräumt, der auch die Berücksichtigung konkurrierender öffentlicher und privater Interessen zulässt.²⁶ Auch die grundrechtlichen Schutzpflichten erweisen sich zumeist als stumpfes Schwert.²⁷ Im nationalen Bereich ist neben den zahlreichen Bundes- und Landesgesetzen vor allem das am 18.12.2019 in Kraft getretene Klimaschutzgesetz (KSG)²⁸ zu nennen. Das Gesetz verfolgt den

²¹ So M. Kleiber, Der grundrechtliche Schutz künftiger Generationen (2014), 5.

²² Vgl. P. Graf Kielmansegg, Können Demokratien zukunftsverantwortlich handeln?, Merkur 2003, 583.

²³ So I. Appel, Staatliche Zukunfts- und Entwicklungsvorsorge (2005), 85, unter Heranziehung von C. Böhrer, Nachweltschutz (1991).

²⁴ Appel (Fn. 23), 85.

²⁵ W. Kahl/K.F. Gärditz, Umweltrecht (13. Aufl., 2023), § 3 Rn. 35, 37.

²⁶ Kahl/Gärditz (Fn. 25), § 3 Rn. 37.

²⁷ A. Voßkuhle, Umweltschutz und Grundgesetz, NVwZ 2013, 1, 7.

²⁸ Art. 1 des Gesetzes zur Einführung eines Bundes-Klimaschutzgesetzes und zur Änderung weiterer Vorschriften v. 12.12.2019 (BGBl. I, 2513).

Zweck, „zum Schutz vor den Auswirkungen des weltweiten Klimawandels die Erfüllung der nationalen Klimaschutzziele sowie die Einhaltung der europäischen Zielvorgaben zu gewährleisten“ (§ 1 S. 1 KSG). Es ist das zentrale Steuerungsinstrument für die verschiedenen Teilbereiche der Klimaschutzpolitik.²⁹ Aufgrund des Klimabeschlusses des Bundesverfassungsgerichts³⁰ sah sich der Gesetzgeber dazu veranlasst, das Klimaschutzziel auf eine Minderung der Treibhausgas-Emissionen von mindestens 65 % bis 2030 und 88 % bis zum Jahr 2040 zu erhöhen und bereits ab diesem Zeitpunkt das Ziel der Netto-Treibhausgasneutralität zu verankern.³¹

Angesichts des grundsätzlichen Klimaschutzgesetzes und der gesetzlichen Gesamtlage ist zu erörtern, inwieweit die ständige Wissensvermehrung im Umweltbereich bzw. die Dynamik der Entwicklung überhaupt vom Gesetzgeber bewältigt werden kann. Die rechtsstaatlichen Erfordernisse des Vorbehalts des Gesetzes und des Bestimmtheitsgebots sind, wie bereits die tatsächliche Entwicklung zeigt, wenig geeignet, um die Erfordernisse des Umweltschutzes angemessen zu bewältigen. Zwar wird das Gesetzesrecht in hoher Frequenz der jeweiligen tatsächlichen Entwicklung angepasst. Entscheidend ist aber das untergesetzliche Regelwerk. Zu Recht konnte deshalb spöttisch von einer umgekehrten Wesentlichkeitsgarantie im Umweltrecht gesprochen werden. Die Maßstäbe für die Inanspruchnahme und Belastbarkeit der natürlichen Ressourcen fänden sich „kaum jemals im Gesetz, auch nur sehr selten in Rechtsverordnungen“. ³² Die wesentlichen Entscheidungen stehen gerade nicht im Gesetz.

Unserer Frage nach der Leistungsfähigkeit der Demokratie zum Schutz des Klimas hat ein Blick auf die rechtlichen Rahmenbedingungen insgesamt vorzuzugehen. Die Einbettung des deutschen Umweltrechts in das internationale Mehrebenensystem lässt sich, wenn überhaupt, nur schwer mit dem deutschen Legitimationskonzept in Einklang bringen, weil sich nach diesem die Legitimation von Recht und Herrschaft nur aus der Gleichheit der Herrschaftsunterworfenen ergibt, was im internationalen Kontext nicht gewährleistet ist.³³ International begründete Verpflichtungen sind auf nationale Rechtsordnungen selten passgenau zugeschnitten. Gerade im Umweltrecht entstehen Umsetzungsprobleme mit den nationalen Rechtsordnungen.³⁴ Durch die internationale und supranationale Kooperation ergeben sich zwar für den deutschen Staat zusätzliche Gestaltungsmöglichkeiten. Die Entwicklung macht aber vor den

²⁹ R. Schmidt, Internationalisierung des Verwaltungsrechts, in: W. Kahl/M. Ludwigs (Hrsg.), Handbuch des Verwaltungsrechts, Bd. 1 (2021), § 9 Rn. 30.

³⁰ BVerfGE 157, 30.

³¹ Vgl. Kahl/Gärditz (Fn. 25), § 6 Rn. 17.

³² So J. Salzwedel, Schutz natürlicher Lebensgrundlagen, in: Isensee/Kirchhof IV (Fn. 19), § 97 Rn. 20.

³³ Vgl. J. Masing, Verfassung im internationalen Mehrebenensystem, in: M. Herdegen et al. (Hrsg.), Handbuch des Verfassungsrechts (2021), § 2 Rn. 18.

³⁴ Vgl. Schmidt (Fn. 29), § 9 Rn. 30.

Grundfesten der deutschen Demokratie nicht halt. Verfassungsrechtliche Grundprinzipien werden vielfach schlicht überrollt. Das gilt auch für die bundesstaatliche Kompetenzordnung.

Die Gesetze sind aus sich heraus vielfach gar nicht vollziehbar. Die Grenzwerte und Standards (z.B. für Anlagen) ergeben sich jeweils nur aus den einschlägigen Verordnungen bzw. technischen Anleitungen. Bei komplexen technischen Zusammenhängen sind unbestimmte Rechtsbegriffe unausweichlich. Sie werden auch vom Bundesverfassungsgericht grundsätzlich akzeptiert.³⁵ Europarechtlich stößt der deutsche Verfassungsstaat hier aber an seine Grenzen. Die konkretisierenden Regeln bestehen nämlich vielfach nur aus Verwaltungsvorschriften, die der Europäische Gerichtshof wegen der verminderten Publizitätserfordernisse und dem Fehlen unmittelbarer Außenwirkung zur Umsetzung von Unionsrecht für ungeeignet hält. Das deutsche Bemühen, Verwaltungsvorschriften normativ aufzuwerten, hat damit einen erheblichen Rückschlag erlitten. Das bedauert *Matthias Herdegen* zu Recht nicht, weil es zeige, dass es der deutschen Rechtsdogmatik noch nicht gelungen sei, Klarheit über die Bindungswirkungen von Verwaltungsvorschriften zu schaffen.³⁶ Man kann dies auch so werten: Hier liegt einer der wenigen Fälle vor, in denen der nationale Gesetzgeber zu klareren rechtsstaatlichen Maßstäben veranlasst wird.

Für die Versuche, die dynamische Materie im Umweltbereich, insbesondere im Klimaschutz, rechtlich in den Griff zu bekommen, eröffnet der Rechtsstaat eine Reihe von innovativen Wegen. Verwaltungsvorschriften enthalten dann norminterpretierende oder ermessenssteuernde Vorgaben, sie werden als antizipierende Sachverständigengutachten qualifiziert³⁷ oder man rechnet ihnen „normkonkretisierende Wirkung“³⁸ zu. Gewiss, dabei handelt es sich um unabhängig vom Klimaschutz entwickelte Rechtsfiguren, aber hier in diesem volatilen Bereich spielen sie eine besonders große Rolle. Weitergehend bzw. noch weiter entfernt vom Rechtsstaat sind die von Privaten erlassenen untergesetzlichen normkonkretisierenden Vorschriften internationaler und europäisch vernetzter Organisationen wie des Deutschen Instituts für Normung (DIN), des Vereins Deutscher Ingenieure (VDI) oder der Deutschen Vereinigung für Wasserwirtschaft, Abwasser und Abfall (DWA). Deren technische Standards entfalten weltweit faktisch eine Steuerungskraft wie Rechtsverordnungen, obwohl sie verfassungsrechtlich unsichert sind.³⁹

Zusammenfassend kann von einer nur begrenzten Steuerungskraft des deutschen Umweltrechts gesprochen werden.⁴⁰ In den ausländischen Rechtsord-

³⁵ So z.B. BVerfGE 128, 1, 59 f., 73 f.

³⁶ *M. Herdegen*, Europarecht (24. Aufl., 2023), § 8 Rn. 65.

³⁷ BVerwGE 55, 250, 256.

³⁸ BVerwGE 107, 338, 340 f.

³⁹ Vgl. *W. Durner*, Umweltverfassungsrecht, in: Herdegen (Fn. 33), § 26 Rn. 81.

⁴⁰ So auch *Kahl/Gärditz* (Fn. 25), § 3 Rn. 37.

nungen ist die materielle Kontrolldicke noch geringer als in Deutschland.⁴¹ Durch die Europäisierung des Rechts wurde die traditionelle Gesetzesbindung relativiert, gleichzeitig wurden die Spielräume der Exekutive ausgeweitet.⁴² An die Stelle emissionsorientierter Standards und Grenzwerte ist inzwischen die Festsetzung von Umweltqualitätszielen getreten. Die Stärkung des integrativen Umweltschutzes, die Fokussierung auf Verfahren und Partizipation werfen die Frage auf, ob diese Entwicklung als Demokratisierung des Umweltrechts verstanden werden kann oder ob sie nicht im Demokratieprinzip ihre Grenzen findet.⁴³ Das mit Anwendungsvorrang ausgestattete Unionsrecht hat auch eine Relativierung der nationalen Grundrechte (betroffen sind vor allem die Art. 2 Abs. 2 S. 1, Art. 12 Abs. 1 S. 1, Art. 14 Abs. 1 S. 1 GG) zur Folge. Beruht nationales Recht auf Unionsrecht, dann wird es grundsätzlich nicht mehr an den nationalen Grundrechten, sondern nur an den entsprechenden EU-Grundrechten gemessen.⁴⁴ Im Ganzen gesehen enthalten die materiellen Vorgaben der Verfassung im Umweltbereich eher Symbolik, sie sind mehr konkretisiertes Unionsrecht als konkretisiertes Verfassungsrecht.⁴⁵

B. Klimaschutz durch die dritte Gewalt

Das Thema, ob und inwieweit Klimaschutz im Rahmen der demokratischen Staatsform durch die Rechtsprechung gefördert bzw. sinnvollerweise angestrebt werden kann, soll am Beispiel des Klimabeschlusses des Bundesverfassungsgerichts vom 24.3.2021⁴⁶ verfolgt werden. Es stellt sich die Grundfrage, ob und in welchem Umfang eine eingriffsähnliche Vorwirkung, eine intertemporale Freiheitssicherung oder anders ausgedrückt die intergenerationelle Gerechtigkeit im Rahmen der Bemühungen um Klimaschutz als grundrechtsrelevant angesehen werden kann,⁴⁷ und bejahendenfalls, ob der Gedanke der intertemporalen Freiheitssicherung auf andere Bereiche im Sinne einer generell notwendigen Nachhaltigkeit⁴⁸ beispielsweise auf das Problem der Staatsverschul-

⁴¹ Vgl. *M. Fehling*, Eigenwert des Verfahrens im Verwaltungsrecht, VVDStRL 70 (2011), 280, 304 m.w.N.

⁴² Vgl. *Durner* (Fn. 39), § 26 Rn. 84 f. Siehe schon *Appel* (Fn. 23), 160 ff., der insbesondere auf das Potential von Rationalitätsgewinn, die frühzeitige Verarbeitung von Interdependenzen und die Abstimmung der Einzelinstrumente verweist.

⁴³ *Durner* (Fn. 39), § 26 Rn. 85 Fn. 211.

⁴⁴ Vgl. BVerfGE 118, 79, 95; BVerwGE 124, 47, 56 f.; *Kahl/Gärditz* (Fn. 25), § 3 Rn. 38.

⁴⁵ Vgl. *Durner* (Fn. 39), § 26 Rn. 88.

⁴⁶ BVerfG 157, 30.

⁴⁷ Bejaht von *U. Kramer/M. Baumgärtel*, Die eingriffsähnliche Vorwirkung auf die Grundrechte, *GewArch* 2022, 90.

⁴⁸ Zur Nachhaltigkeit vgl. *W. Kahl*, Nachhaltigkeitsverfassung (2018). Dort wird die Einfügung eines Art. 20b in das GG vorgeschlagen: „Der Staat hat bei seinem Handeln insbesondere zum Schutz der Interessen künftiger Generationen das Prinzip der Nachhaltigkeit zu beachten“ (21).

dung übertragen werden kann.⁴⁹ Bei *Wolfgang Kahl* und *Klaus Ferdinand Gärditz* wird noch vorsichtig von einer „grundrechtlichen Sonderdogmatik“ ausgegangen.⁵⁰

Wenn Klimawandel eine Schicksalsfrage unserer Zeit ist, woran kein Zweifel besteht, dann müssen wir vorweg die Frage beantworten, ob dieses Problem in der Demokratie in den richtigen Händen liegt oder ob etwa eine autokratische Staatsform mit weitergehenden Durchgriffsmöglichkeiten, wie wir dies während der Pandemie in China mit den dortigen rigorosen Eingriffen gesehen haben, besser geeignet ist, um das in der Sache Gebotene ohne falsche Rücksicht auf die Empfindlichkeit der Bürger durchzusetzen. Ein Prüfstein soll die Analyse des Versuchs der Bewältigung der Klimakrise durch den Beschluss des Bundesverfassungsgerichts vom 24.3.2021⁵¹ sein.

Mit plausiblen Gründen lässt sich sagen, dass es sich „um eine unbefugte Teilhabe des BVerfG an der Gesetzgebung“ handelt.⁵² Mit der Konstruktion einer „eingriffsähnlichen Vorwirkung“ wurde ein neuer Weg der Verfassungsinterpretation beschritten und gleichzeitig die bisher restriktive Judikatur zu den grundrechtlichen Schutzpflichten umgangen.⁵³ Im Klimabeschluss lässt sich eine Reihe von weiteren verfassungsdogmatischen Brüchen feststellen.⁵⁴

Zum Ersten: Dem Bürger wird ein Initiativrecht zu einer prinzipialen verfassungsgerichtlichen Normenkontrolle darüber zugestanden, ob die gesetzliche Lösung der Verteilungskonflikte (zwischen der derzeitigen und den zukünftigen Generationen) angemessen ist. Dabei bleibt die eng begrenzte Antragsberechtigung für die abstrakte Normenkontrolle (Art. 93 Abs. 2 Nr. 2 GG, § 76 BVerfGG) unberücksichtigt.

Zum Zweiten wird die bisherige Rechtsprechung zur möglichen Verletzung grundrechtlicher Schutzpflichten umgangen. Nach dem Beschluss des Ersten Senats lasse sich derzeit nicht feststellen, dass die grundsätzliche Schutzpflicht durch die beanstandeten Regelungen des KSG verletzt sei. Ein Verfassungsverstoß liege erst dann vor, wenn Schutzvorkehrungen überhaupt nicht getroffen, die getroffenen Regeln und Maßnahmen offensichtlich ungeeignet oder völlig unzulänglich wären.⁵⁵ Trotzdem kommt das Gericht über die Konstruktion einer eingriffsähnlichen Vorwirkung zur Feststellung der Verfassungs-

⁴⁹ Hierzu vorsichtig abwägend, aber letztlich bejahend *G. Kirchhof*, Intertemporale Freiheitssicherung (2022), 55 ff. Für die Energiewende sehr grundsätzlich *M. Kment/S. Borchert*, Intertemporalität in der Energiewende, AöR 147 (2022), 582 ff.: Die Übernahme der intertemporalen Freiheitssicherung in das allgemeine Umweltrecht sei „dogmatisch vertretbar und pragmatisch erforderlich“ (644).

⁵⁰ *Kahl/Gärditz* (Fn. 25), § 3 Rn. 39.

⁵¹ BVerfGE 157, 30.

⁵² So *R. Breuer*, Klimaschutz durch Gerichte?, NVwZ 2022, 1233, 1237.

⁵³ Vgl. *K. Faßbender*, Der Klima-Beschluss des BVerfG, NJW 2021, 2085, 2089.

⁵⁴ Vgl. *Breuer* (Fn. 52), 1238 f.

⁵⁵ BVerfGE 157, 30 Rn. 172.

widrigkeit der §§ 3 Abs. 1 S. 2 und 4 Abs. 1 S. 3 KSG 2019. Der Senat verschafft sich auf diese Weise den Zugang zu einer strengen Eingriffsprüfung entsprechend der *Elfes*-Dogmatik nach Maßgabe der Verhältnismäßigkeit.⁵⁶ Die eingriffsähnliche Vorwirkung soll dann gerechtfertigt sein, wenn diese mit elementaren Entscheidungen des Grundgesetzes, insbesondere mit Art. 20a GG, vereinbar ist und nicht zu unverhältnismäßigen Belastungen künftiger Generationen führt.⁵⁷ Gemäß einem intertemporalen Rücksichtnahmegebot dürfe es allerdings einer Generation nicht zugestanden werden, unter

„vergleichsweise milder Reduktionslast große Teile des CO₂-Restbudgets zu verbrauchen, wenn damit zugleich den nachfolgenden Generationen eine [...] radikale Reduktionslast überlassen und deren Leben schwerwiegenden Freiheitseinbußen ausgesetzt würde“.⁵⁸

Zwar sei die „aktuell noch hohe Zahl an Verhaltensweisen des täglichen Lebens, des Arbeitens und des Wirtschaftens“ geschützt, die unmittelbar dazu führen, dass CO₂-Emissionen in die Erdatmosphäre gelangen. Diese Freiheitsausübung unterliege aber den zum Schutz des Klimas nach Art. 20a GG und zur Erfüllung von Schutzpflichten zu ziehenden Grenzen, weil CO₂-Emissionen nach dem derzeitigen Stand unumkehrbar zur Erwärmung der Erde beitragen, der Gesetzgeber den fortschreitenden Klimawandel aber „nicht tatenlos hinnehmen darf“. „Verfassungsrechtlich maßgeblich ist insoweit das Klimaschutzgebot des Art. 20a GG.“ Vorschriften, die jetzt CO₂-Emissionen zuließen, würden deshalb „eine unumkehrbar angelegte rechtliche Gefährdung künftiger Freiheit“ begründen.⁵⁹

In dieser Aussage liegt eine Subjektivierung des Art. 20a GG, mit der die Grenze zwischen Staatszielbestimmung und Grundrecht (angesprochen ist vor allem Art. 2 Abs. 1 GG) verwischt wird.⁶⁰ So sehr man auch die Absicht des Gerichts, eine drohende Klimakatastrophe abzuwenden, begrüßen mag, verdeutlichen die dogmatischen Klimzüge der Entscheidung einmal mehr, dass die notwendigen Richtungs- und Abwägungsentscheidungen primär in die Kompetenz von Parlament und Regierung gehören.⁶¹ Die Zukunftsverantwortung liegt vornehmlich bei diesen. Zum Steuerungspotential gehören auch staatliche Zielsetzungen, Informations-, Bildungs- und Beteiligungsprozesse.⁶²

⁵⁶ So *Breuer* (Fn. 52), 1239; *F. Fellenberg*, Rechtsschutz als Instrument des Klimaschutzes, NVwZ 2022, 913, 915; *W. Kahl*, Der Klimabeschluss des Bundesverfassungsgerichts, EurUP 2022, 2, 13 ff.

⁵⁷ BVerfGE 157, 30 Rn. 188.

⁵⁸ BVerfGE 157, 30 Rn. 192.

⁵⁹ BVerfGE 157, 30 Rn. 185 f.

⁶⁰ Ähnlich auch *Breuer* (Fn. 52), 1239.

⁶¹ So auch *Breuer* (Fn. 52), 1241. Nicht klar genug zu diesem Problem *G. Britz*, Klimaschutz in der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts, NVwZ 2022, 825: Die auf den Klimawandel bezogenen Maßgaben des „Grundgesetzes in Art. 20a GG und in den Grundrechten“ verlangten vom „Staat“ Maßnahmen (833).

⁶² *Appel* (Fn. 23), 535 f.

Zwar werden, wie bereits eingangs angedeutet, an der Zukunftsverantwortlichkeit von Demokratien Zweifel angemeldet, ob der auf kurze Wahlerfolge gegründete „Staat herkömmlicher Prägung überhaupt die Rolle eines langfristig entscheidenden, übergeordneten und souveränen Steuerungsorgans“ übernehmen kann.⁶³ Der Gerichtsbarkeit darf diese Rolle aber jedenfalls nicht überlassen werden. „Institutionelle Zurückhaltung“ ist eine für den Bestandserhalt der Demokratien entscheidende Regel.⁶⁴

IV. Lösungsansätze

Zur Bewältigung der Klimakrise werden mehrere Instrumente vorgeschlagen wie ein Nachhaltigkeitsrat, Bürgerräte, Elemente der direkten Demokratie oder die Ergänzung des Grundgesetzes um eine Staatszielbestimmung Nachhaltigkeit (Art. 20b GG). Bereits in der bisherigen Staatszielbestimmung des Art. 20a GG ist allerdings der Nachhaltigkeitsgrundsatz ohne spezielle Nennung enthalten sowie die besondere Zukunftsverantwortung des Staates, die Generationengerechtigkeit.⁶⁵ Diese Instrumente sollen das monistische demokratische Legitimationsmodell ergänzen und Akzeptanz und Transparenz politischer Entscheidungen verbessern.⁶⁶

Wenig zu erhoffen ist vom Konzept „Direkter Parlamentarismus“, das die Mitwirkung der Bürger an allen Abstimmungen im Parlament ermöglichen will. Durch eine flexible Stimmendelegation sollen direkte und repräsentative Entscheidungsmodi miteinander verbunden werden können. Die sogenannte „liquid democracy“ würde zwar das freie Mandat rechtlich nicht antasten. Sie würde aber zu nicht kalkulierbaren Nebenwirkungen führen.⁶⁷ Außerdem ist eine computerbasierte Stimmabgabe noch zu fehler- und manipulationsanfällig und scheidet schon deshalb aus verfassungsrechtlichen Gründen aus.⁶⁸

Im Sinne einer Selbstprogrammierung der Verwaltung sollten verstärkt Leitbilder eingesetzt werden, die im Umweltschutz- bzw. Klimaschutzrecht schon wegen der dort vielfach verwendeten unbestimmten Gesetzesbegriffe eine besonders prägende Wirkung entfalten können. Man mag diese als „soft law“ belächeln. Die Rechtsprechung zeigt aber, dass Bilder des Vertrauens durchaus

⁶³ So Appel (Fn. 23), 85. Vgl. auch Graf Kielmansegg (Fn. 22), 583 ff.; W. Kahl/A. Glaeser, Die Nachhaltigkeitsfähigkeit der parlamentarischen Demokratie, in: K. Lange (Hrsg.), Nachhaltigkeit im Recht (2003), 9.

⁶⁴ Levitsky/Ziblat (Fn. 9), 125.

⁶⁵ Vgl. Kahl/Gärditz (Fn. 25), § 4 Rn. 38.

⁶⁶ So eindrucksvoll Kahl (Fn. 48), 138 f. Näheres zum Nachhaltigkeitsprinzip bei Kahl/Gärditz (Fn. 25), § 4 Rn. 36.

⁶⁷ So auch P. Cancik, Wahlrecht und Parlamentsrecht als Gelingensbedingungen repräsentativer Demokratie, VVDStRL 72 (2013), 268, 321.

⁶⁸ So BVerfGE 123, 39.

Wirkungen entfalten können als „postmoderne Antwort auf das Ende der Ver-textung des Staates“. Gerade im Umwelt- und Klimarecht zeigt sich, wie maßstabsbildend Leitbilder sein können.⁶⁹ Die Chance für Bewusstseinsänderung durch staatliche Zielsetzungen, durch Informations- und Bildungsprozesse gerade in diesem Bereich sind nicht zu vernachlässigen, wenn es darum geht, im Rahmen langfristig angelegter Prozesse einzelne Verhaltensanforderungen zu stellen.⁷⁰

V. Die Leistungsfähigkeit der Demokratie

Die bisherige Entwicklung der Klimakrise wird nicht zuletzt auf die Langsamkeit demokratischer Entscheidungsprozesse zurückgeführt. Es wird deshalb immer wieder gefragt, ob Klima und Umwelt in der Demokratie in den richtigen Händen liegen. Die Ansicht, ökologisch gesinnte Autokraten könnten das Klima besser schützen als demokratische Politiker, hat Konjunktur.

Führen Klima- und Umweltschutz in eine Ökodiktatur, in welcher alle Rechte und Pflichten, ja die freiheitliche demokratische Grundordnung insgesamt unterminiert werden?⁷¹ Dies ist denkbar, aber nicht unausweichlich. Die Stimmung in der Bevölkerung, deren sinkende Zufriedenheit mit dem Funktionieren der Demokratie, könnte allerdings bedenklich stimmen.⁷²

So verfahren, wie sie scheint, ist die Situation jedoch nicht. Die Demokratie verfügt in ihrem Zustand innerer Erosion über Mittel, um den klimatischen Herausforderungen zu begegnen. Ihre Schwächen bieten den Ansatzpunkt für therapeutische Maßnahmen. Für die Krise der Demokratie und die Krise des Klimas lassen sich, so stark sie in ihren Ursachen und Mechanismen divergieren mögen, gemeinsame Lösungsstrategien finden. Gelangt die Demokratie zu neuer Kraft, ist sie auch in der Lage, mittels eines intakten Staatsapparats den ökologischen Missständen zu begegnen. Im Gegensatz zur Diktatur verfügt die Demokratie über eine Opposition und über grundlegende Freiheiten, die es ermöglichen, neue Ideen zu finden und zu verwirklichen.

Die Ergänzung des gegenwärtig das demokratische Regierungssystem bestimmenden Repräsentationsprinzips mit den genannten direkteren, persönli-

⁶⁹ So C. Franzius, Modalitäten und Wirkungsfaktoren der Steuerung durch Recht, in: A. Voßkuhle/M. Eifert/C. Möllers (Hrsg.), Grundlagen des Verwaltungsrechts (3. Aufl., 2022), § 4 Rn. 20; ders., in: W. Kahl/M. Ludwigs (Hrsg.), Handbuch des Verwaltungsrechts, Bd. 5 (2023), § 135 Rn. 20 f.

⁷⁰ So schon Appel (Fn. 23), 535 f.

⁷¹ Beschreibung einer Dystopie bei D.C. Fleck, Go! Die Ökodiktatur. Erst die Erde, dann der Mensch (2006).

⁷² *Infratest dimap* (Hrsg.), ARD-Deutschlandtrend Oktober 2023. Eine repräsentative Studie zur politischen Stimmung im Auftrag der ARD-Tagesthemen und der Tageszeitung DIE WELT (2023), 13.

cheren, individuelleren Formen der Herrschaftsausübung und Zielsetzungen, Bildungs- und Beteiligungsprozessen könnte bewirken, dass das Volk auch beim Klimaschutz deutlicher Ausgangspunkt, Vehikel und Ziel der Staatsgewalt⁷³ wird.⁷⁴

Vielleicht kann es gelingen, die Demokratie zu erweitern zu einem System, das die physikalischen Grenzen der Erde respektiert und diesen Respekt politisch organisiert.⁷⁵ Genauso, wie sich die derzeitige Polykrise aus verschiedenen Einzelkrisen – Klimakrise, Demokratiekrise, Wirtschaftskrise, Sicherheitskrise – zusammensetzt, muss auch bei deren Bewältigung eine multimodale Strategie verfolgt werden. Versuche, das Klima zu retten, Frieden zu stiften oder die Integrität der Demokratie wiederherzustellen, werden nur nachhaltige Wirkung erzielen, wenn sie Hand in Hand gehen.⁷⁶

„Wenn wir den Klimawandel nicht ernsthaft bekämpfen, werden wir auch die Demokratie nicht retten; und wenn wir die demokratischen Ideale nicht ernst nehmen, werden wir auch das Klima nicht retten.“⁷⁷

⁷³ So die Definition von Demokratie nach der sogenannten Gettysburg-Address Abraham Lincolns aus dem Jahr 1863: „government of the people, by the people, for the people“; dazu S. Salzborn, *Demokratie* (2. Aufl., 2021), 9.

⁷⁴ J. Radtke, Dilemmata demokratischer Beteiligung in der Nachhaltigkeitstransformation, *APuZ* 21-22/2022, 35, 39 f.

⁷⁵ Dies skizzierend B. Pötter, *Ausweg Ökodiktatur? Wie unsere Demokratie an der Umweltkrise scheitert* (2010), 29.

⁷⁶ Ähnlich bereits das Gutachten der *Ethikkommission Sichere Energieversorgung*, Deutschlands Energiewende – Ein Gemeinschaftswerk für die Zukunft (2011); vgl. auch C. Berg, *Ist Nachhaltigkeit utopisch?* (2020), 392 ff.

⁷⁷ So J.-W. Müller, *NZZ* v. 21.10.2023, 17.

Freiheit in der Klimakrise*

Josef Franz Lindner

I.	Einleitung.....	99
II.	Freiheit und Klima – eine Typologie	101
	A. Klimakrise durch Freiheit.....	101
	B. Klimaschutz durch Freiheit	101
	C. Tatsächliche Freiheitsverluste durch Klimakrise	102
	D. Normative Freiheitsverluste durch Klimaschutz	102
	E. Freiheitsgewinne durch Klimaschutz	103
III.	Welche Freiheit?	103
	A. Der Kampf um die Deutungshoheit	104
	B. Materieller Freiheitsbegriff?.....	105
	C. Formal-entnormativierter Freiheitsbegriff	106
	D. Freiheit als Maßstabs- und Ergebnisbegriff.....	107
IV.	Das Freiheitskonzept des Grundgesetzes (im Lichte der Klimakrise)	108
	A. Freiheitsrechte ohne Klimavorbehalt	108
	B. Grundrechte als Schutzpflichten	109
V.	Intertemporale Freiheit: Die Klimaschutzentscheidung des Bundesverfassungsgerichts.....	110
	A. Die Konstruktion des Bundesverfassungsgerichts	110
	B. Kritik	112
	C. Dogmatische Entbehrlichkeit der eingriffsähnlichen Vorwirkung	112
VI.	Desiderate zur Krisenresilienz grundrechtlicher Freiheit	113
	A. Fokussierung des verfassungsrechtlich legitimen Zwecks	114
	B. Bestehen eines tatsächlichen Zweckverwirklichungsbedürfnisses	115
	C. Akzentuierung der konkreten Abwägung	116
	D. Konturierung des gesetzgeberischen Einschätzungsspielraums	118
	E. Dogmatische Erfassung von „Kollateralschäden“	119
	F. Fazit.....	120
	1. Ein sechsstufiges Verhältnismäßigkeitsmodell	120
	2. Zum Einwand der Komplexitätserhöhung	121

I. Einleitung

Der gängigste Blickwinkel auf Freiheit in der Klimakrise sind Freiheitsbeschränkungen zu Gunsten von Klimaschutz und deren Rechtfertigung. Welche Beschränkungen der Freiheit des Einzelnen sind zulässig, um den Klimaschutz

* Auf alle Internetquellen wurde zuletzt am 14.4.2024 zugegriffen.

voranzutreiben und die Klimakatastrophe abwenden zu können? Diese negative Dimension von Freiheit – also die klassische Abwehrdimension der Grundrechte – greift jedoch zu kurz. Sie ist nur ein Ausschnitt aus der Gesamtsystemproblematik. Denn Freiheit und Klimakrise sind unter verschiedenen Relationen zu betrachten und zu analysieren (unter II). Auch Begriff und Verständnis von „Freiheit“ sind alles andere als selbstverständlich. „Freiheit“ ist vor allem seit der Coronapandemie und verstärkt durch die Diskussion über den Klimawandel stark unter Druck geraten. Der Deutungskampf um den Inhalt oder sogar die Berechtigung von Freiheit prägt die Debatte in Feuilletons, Essayistik und wissenschaftlicher Literatur. Will man substanzielle und weitgehend vorurteils- und vorverständnisbefreite Überlegungen zu Inhalt, Bedeutung und Reichweite von Freiheit im Angesicht der Klimakrise anstellen,¹ gilt es den Begriff von Freiheit transparent zu machen, der dem weiteren Verlauf des Textes zu Grunde gelegt wird. Welche Freiheit also (unter III)? Es lässt sich zeigen, dass ein entmaterialisierter, formaler Freiheitsbegriff als Grundlage für den wissenschaftlichen Diskurs vorzugswürdig ist. Ein formaler, metaphysikbefreiter Freiheitsbegriff liegt auch der Freiheitsverfassung des Grundgesetzes² zu Grunde (unter IV). Die grundrechtliche Relevanz von Freiheit in der Klimakrise, um die es in diesem Beitrag schwerpunktmäßig gehen soll, hat zumal durch den Klimaschutzbeschluss des Bundesverfassungsgerichts³ mit der Figur der Intertemporalität von Freiheitsschutz eine eher unerwartete Richtung erfahren (unter V). Ungeachtet dessen bleibt der Schutz der individuellen Freiheit im Lichte der genannten Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts in der Klimakrise zentral. Die Freiheitsrechte gelten auch in der Klimakrise ohne Abstriche. Das Grundgesetz kennt weder einen allgemeinen Notstandsvorbehalt noch einen besonderen Klimavorbehalt. Freiheitseinschränkungen, die zum Klimaschutz, insbesondere zur Erreichung der Ziele des Pariser Klimaschutzabkommens notwendig sind oder politisch für notwendig erachtet werden, müssen sich nach Maßgabe des allgemeinen grundrechtsdogmatischen Rationalitätsschemas rechtfertigen lassen. Hierbei besteht freilich die Gefahr oder mindestens Neigung von Politik, Klimaschutzmaßnahmen auf der Waagschale der Abwägung stets „gewinnen“ zu lassen – so wie die Gesundheit bei den Corona-Schutzmaßnahmen. Daher ist es notwendig, das grundrechtliche Rationalitätsschema – auch im Lichte der Erfahrungen mit Freiheitsbeschränkungen in der Coronapandemie – zu schärfen und zu präzisieren. Im Mittelpunkt stehen dabei der Verhältnismäßigkeitsgrundsatz und die Präzisierung sowie Ergänzung seiner einzelnen Prüfungsbestandteile (unter VI).

¹ Zu diesem Postulat siehe J.F. Lindner, *Rechtswissenschaft als Metaphysik* (2017), 17 ff., 145 ff.

² Vergleichbares gilt für die EU-Grundrechtecharta und die EMRK, die nachfolgend ebenso wie landesverfassungsrechtliche Grundrechtsnormen jedoch außer Betracht bleiben.

³ BVerfGE 157, 30.

II. Freiheit und Klima – eine Typologie

Das Verhältnis von Freiheit und Klima kann man in unterschiedlichen Relationen denken, um der komplexen Thematik insgesamt Rechnung zu tragen. Freiheit ist nicht nur „Gegner“ des Klimas, die es zu dessen Schutz einzudämmen gälte, sie ist auch Chance für das Klima. Insgesamt lassen sich mindestens fünf Relationsmodalitäten unterscheiden.

A. Klimakrise durch Freiheit

Zunächst ist der anthropogene, also sogenannte „menschengemachte“ Klimawandel ein Produkt individuellen Freiheitsgebrauchs. Nahezu jegliche Verwirklichung von Freiheitsinteressen verursacht CO₂-Emissionen, die für die Erderwärmung mit ursächlich sind. Fossile Energieträger waren lange Zeit und sind nach wie vor Basis für Industrieproduktion, Mobilität, Heizen, Nahrungsproduktion, Energiebereitstellung sowie Freizeit- oder Urlaubsverhalten. All dies ist Ausdruck individueller, zumal wirtschaftlicher Freiheit und nach wie vor ursächlich für die Erderwärmung, auch wenn es beim Ausbau erneuerbarer Energiequellen weltweit deutlich vorangeht. Klimakrise durch Freiheit ist daher nach wie vor ein bestimmender negativer Faktor.

B. Klimaschutz durch Freiheit

Eine quasi entgegengesetzte, von manchen Akteuren in der Klimapolitik nicht selten ausgeblendete Relation von Freiheit und Klimakrise ist eine positive. Freiheitsgebrauch kann dem Klimawandel entgegenwirken, ihn begrenzen und seine Folgen mildern. Der technologische Fortschritt als Produkt individueller wissenschaftlicher und wirtschaftlicher Freiheit ist ein entscheidender Faktor für die Bekämpfung des Klimawandels und seiner Folgen – oder sollte es zumindest sein. Die Freiheit von Forschung und Wissenschaft ist die Bedingung für die Erfindung und Entwicklung alternativer Energieerzeugung, Produktion und Mobilität. Der wissenschaftlich-technische Fortschritt schafft Möglichkeiten CO₂-freier Energiegewinnung und -speicherung, effizienterer Mobilität, neuer Formen des Heizens oder der Nahrungsmittelproduktion. Durch die Freiheit des wirtschaftlichen Wettbewerbs unter Einsatz von im Privateigentum stehenden Produktionsmitteln werden aus dem wissenschaftlich-technischen Fortschritt marktfähige Produkte; man denke an die E-Mobilität, die Entwicklung der Wärmepumpe oder anderes mehr. Diese positive Relation von Freiheit und Klima verläuft aktuell parallel zu der oben skizzierten negativen, jedoch mit einiger zeitlicher Verzögerung, wenn man sich zeitlich am Beginn der industriellen Revolution orientiert. Sie ist entwicklungs offen-dynamisch, potenziell – durch neue Erfindungen – disruptiv und staatlich unterstützt, wohingegen die negative Relation möglichst Beschränkungen unterworfen werden soll.

C. Tatsächliche Freiheitsverluste durch Klimakrise

Freiheit und Freiheitsgebrauch sind ohne Zweifel gewissermaßen „Täter“ und mit verantwortlich für die Klimakrise. Freiheit ist aber gleichzeitig auch „Opfer“ der Klimakrise, wenn auch in zunächst geringerem Ausmaß. Klimawandel und Klimakrise führen mittel- und langfristig, zum Teil sogar kurzfristig zu Freiheitsverlusten. Dies in doppelter Hinsicht, nämlich in einer tatsächlichen (sogleich) wie in einer rechtlichen (unter D).

Die Folgen der Klimakrise haben potenziell gravierende Auswirkungen auf die tatsächliche Realisierbarkeit von Freiheitsinteressen. Dies gilt zunächst für solche Interessen, die infolge der Erderwärmung faktisch nicht mehr oder nicht mehr in bisher üblichem Umfang verwirklicht werden können. Als banales Beispiel sei der Wintersport genannt. Zunehmende Hitzewellen im Sommer erschweren die Ausübung bestimmter Tätigkeiten, führen zur Absage von Veranstaltungen sowie zu gesundheitlichen Problemen oder gar zum Tod. Nicht außer Betracht bleiben dürfen auch klimawandelbedingte Pandemierisiken, die zu deutlichen Freiheitsverlusten führen können, wie man am Beispiel der Coronapandemie gesehen hat. Klimawandel und Erderwärmung führen schließlich zu Schадwetterereignissen, die die Durchführung von Reisen und Urlauben in gewissen Regionen verhindern oder erschweren, ganz zu schweigen von den Freiheitsverlusten der Menschen, die in besonders betroffenen Regionen leben und ihre Lebensgrundlagen zu verlieren drohen.

D. Normative Freiheitsverluste durch Klimaschutz

Zu den tatsächlichen, soeben (unter C) nur fragmentarisch skizzierten Freiheitsverlusten treten solche normativer Provenienz. Gemeint sind Beschränkungen der Freiheit, die durch rechtliche Maßnahmen zur Bekämpfung des Klimawandels und der Klimawandelfolgen entstehen. Soeben angesprochen waren schon Veranstaltungsabsagen (zumal im Sport- und Unterhaltungsbereich) wegen zu großer Hitze, Sperrungen und Evakuierungen von Bergregionen wegen drohender Felsstürze (auch als Folge des Abschmelzens von Gletschern) und vor allem solche rechtlichen Maßnahmen, die ergriffen werden, um den CO₂-Ausstoß zu reduzieren. Genannt seien beispielsweise die Regelungen zum Heizungstausch im Gebäudeenergiegesetz, die geplanten Vorgaben zur Gebäudedämmung auf EU-Ebene und das für 2035 beschlossene Verbot der Neuzulassung von Personenkraftwagen mit Verbrennungsmotor. Solche rechtlichen Freiheitsverluste werden aktuell und zukünftig relevant. Die zukünftigen Freiheitseinbußen beim fortschreitendem Klimawandel hat das Bundesverfassungsgericht im Blick, wenn es den Staat bereits jetzt in der

Pflicht sieht, die Klimapolitik so (effektiv) zu gestalten, dass künftige Freiheitseinbußen in einem erträglichen Rahmen bleiben.⁴

E. Freiheitsgewinne durch Klimaschutz

Schließlich lassen sich im Umkehrverhältnis zu den Freiheitsverlusten durch Klimaschutz in positiver Hinsicht auch Freiheitsgewinne als Folgen von Klimaschutzmaßnahmen thematisieren, auch wenn diese in der Diskussion oft ausgeblendet werden. Solche können grundsätzlich politischer Art sein, wenn durch den Ausbau erneuerbarer Energiequellen Abhängigkeiten von Staaten mit fossilen Energieträgern vermindert werden. Auch technologische Fortschritte und Erfindungen zu Gunsten des Klimaschutzes können Freiheitsgewinne mit sich bringen. So können etwa klimaschutzbedingte Reduktionen der Individualmobilität in Innenstädten insgesamt zu einer Verbesserung der dortigen Lebensqualität führen.

III. Welche Freiheit?

Der Begriff der Freiheit ist mit der Coronapandemie und durch die Klimakrise ins Zentrum wissenschaftlicher und feuilletonistisch-essayistischer Diskurse gelangt. Freiheit – so klingt es in manchem Text – müsse angesichts der Krise neu und das heißt regelmäßig beschränkt gedacht werden. Blickt man in den 30-spaltigen Eintrag im Historischen Wörterbuch der Philosophie,⁵ zeigt sich, dass der Begriff bisher schon zu den umstrittensten der Geistes- und Sozialgeschichte zählt. Im Zeichen der Krise(n) hat sich diese Diskussion deutlich verschärft und zu einem Deutungskampf um den Begriff und dessen Inhalt zugespitzt (unter A). Dieser mitunter auch ideologisch gefärbte Interpretationswettbewerb darf den Blick darauf nicht versperren, dass ein materiell gehaltvoller, gar von vornherein materiell begrenzter Freiheitsbegriff erkenntnistheoretischen Problemen begegnet; er ist aus hier vertretener Sicht erkenntnistheoretisch unmöglich (unter B). Nur ein weitestgehend vorverständnisbefreiter

⁴ BVerfGE 147, 30 Ls. 4: „Das Grundgesetz verpflichtet unter bestimmten Voraussetzungen zur Sicherung grundrechtsgeschützter Freiheit über die Zeit und zur verhältnismäßigen Verteilung von Freiheitschancen über die Generationen. Subjektivrechtlich schützen die Grundrechte als intertemporale Freiheitssicherung vor einer einseitigen Verlagerung der durch Art. 20a GG aufgegebenen Treibhausgasminderungslast in die Zukunft. Auch der objektivrechtliche Schutzauftrag des Art. 20a GG schließt die Notwendigkeit ein, 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 Enthaltsamkeit weiter bewahren könnten.“

⁵ R. Spaemann, in: J. Ritter (Hrsg.), Historisches Wörterbuch der Philosophie, Bd. 2 (1972), Sp. 1064 ff.

Freiheitsbegriff taugt für den philosophischen, aber auch politischen Diskurs. Ein entmaterialisiertes Verständnis von Freiheit, ein letztlich formalisierter und *a priori* entnormativierter Freiheitsbegriff ist tauglicher Ausgangspunkt jeder Diskussion über Freiheit sowie deren Konturen und Reichweite (unter C). Dies bedeutet nun nicht grenzenlose, unbeschränkbare Freiheit. Vielmehr gilt es, zwischen einer *a priori* unbegrenzt gedachten Maßstabs-Freiheit und einer rational legitimierten Ergebnis-Freiheit zu unterscheiden, also zwischen einem Brutto- und einem Netto-Begriff der Freiheit (unter D).

A. Der Kampf um die Deutungshoheit

Vor allem in der Corona-Pandemie, sodann verstärkt mit dem Aufkommen der Klimakrise hat sich die Diskussion um Bedeutung, Inhalt und Wert von Freiheit zugespitzt. Der Liberalismus⁶ ist ebenso aktueller Gegenstand neuerer Publikationen wie der Begriff der Freiheit selbst und dessen Gehalte.⁷ In der Tendenz stehen sich klassisch liberalistische Konzepte, die Freiheit als Prinzip verstehen, und reduktionistisch-kollektivistische Modelle, die Freiheit von ihren Grenzen her verstehen, gegenüber. Letztere wollen Freiheit von vornherein Beschränkungen unterwerfen, die bereits im Begriff der Freiheit selbst zu verankern oder als immanente Begrenzungen zu qualifizieren seien.⁸ Auch aus der Soziologie werden scharfe Geschütze gegen das klassische Verständnis eines weiten Freiheitsbegriffes aufgeföhren,⁹ die in der Polemik eines „Vulgärliberalismus“¹⁰ ihren Kulminationspunkt finden. Auch in einem wieder aufkeimenden Antikapitalismus¹¹ finden sich antiliberale Affekte. Allen reduktionistischen Konzepten gemeinsam sind Versuche, die Freiheit unter Vorbehalt zu stellen, etwa einen Gemeinwohl-, Klima- oder sonstigen Vorbehalt und sie damit *a priori* zu begrenzen, ohne Begrenzungen dann noch rechtfertigen zu müssen. Im Herausdefinieren bestimmter Interessen aus dem Freiheitsbegriff und in dem damit zwangsläufig verbundenen Herauslösen staatsinterventionistischer Maßnahmen (insbesondere Verbote, Verknappungen, Zuteilungen etc.) aus dem rationalistischen Rechtfertigungsdiskurs liegt der wesentliche Unterschied zu liberalen Freiheitsverständnissen, die von einem weiten Freiheitsbegriff ausgehend jegliche Freiheitsverkürzung einer qualifizierten Rechtferti-

⁶ Exemplarisch E. Özmen, Was ist Liberalismus? (2023).

⁷ Exemplarisch C. Möllers, Freiheitsgrade (2020); O. Höffe, Kritik der Freiheit (2015).

⁸ So etwa aus philosophischer Sicht die reduktionistische These von der Freiheit als „Bleibefreiheit“: E. von Redeker, Bleibefreiheit (2023): „Freiheit, an einem Ort zu leben, an dem wir bleiben könnten“. Damit sind wesentliche Facetten von Freiheit, wie sie liberalen Konzepten von Freiheit zugrunde liegen, aus dem Begriff der Freiheit herausdefiniert. Reduktionistisch auch P. Lepenies, Verbot und Verzicht (2022), der allerdings Freiheit als Maßstab und Ergebnis analytisch nicht trennt.

⁹ Exemplarisch C. Amlinger/O. Nachtwey, Aspekte des libertären Autoritarismus (2022).

¹⁰ B. Förster/A. Nassehi, Wie die Freiheit unter die Räder kommt, FAZ v. 9.9.2021, 6.

¹¹ Exemplarisch U. Herrmann, Das Ende des Kapitalismus (2022).

gungslast unterwerfen. Zugespitzt könnte man sagen: Liberale, einem modern-aufgeklärten, durchaus auch kritischen Rationalismus verpflichtete Theorien einer möglichst weitreichenden, mit guten Gründen aber auch beschränkbaren Freiheit streiten mit postmodernen, in der Tendenz antiliberalen, mitunter ideologischen¹² Konzepten einer *a priori* beschränkten Freiheit.

B. Materieller Freiheitsbegriff?

Materielle, also inhaltlich angereicherte Freiheitsbegriffe sind erkenntnistheoretisch angreifbar und als Basis philosophischer oder gesellschaftspolitischer Debatten über Freiheit, deren Inhalt und Gebrauch weitgehend wertlos. Erkenntnistheoretisch angreifbar sind sie deswegen, weil das „Materielle“ an diesen Begriffen der Begründung bedarf, die letztlich – wie jede Begründung mit Geltungsanspruch – dem berühmten „Münchhausentrilemma“ anheimfällt: Das Begründungsverfahren gerät entweder in den infiniten Regress, einen Zirkelschluss oder in einen gewillkürten Abbruch des Verfahrens.¹³ Materielle Begriffsverengungen von Freiheit sind daher abzulehnen. In ihnen bricht sich nicht selten ein persönliches, ideologisches, weltanschaulich-religiöses oder politisches Vorverständnis von Freiheit Bahn. Selbst wenn man es erkenntnis- und begründungstheoretisch zuließe, einen materiellen Freiheitsbegriff zugrunde zu legen, weil man das Ideal der Letztbegründung ablehnt, wäre es doch wissenschaftlich unbefriedigend, von einem materiellen Freiheitsbegriff auszugehen, weil ein solcher zu einer Verkürzung des Diskurses insgesamt führen würde. Da jegliche materielle Anreicherung des Freiheitsbegriffs, jede – wenn man so will – Definition bereits per se eine Begrenzung darstellt, schneidet ein materiell begrenzter Freiheitsbegriff den Rechtfertigungsbedarf für die mit der Definition verbundenen Beschränkungen ab. Würde man etwa ein verantwortungsethisches Verständnis von Freiheit postulieren, Freiheit also *a priori* unter einen Klimaverträglichkeitsvorbehalt stellen, läge in einem solchen Begriffsverständnis bereits ein Zuviel an Begrenzung, gälte es doch erst zu begründen, welche Verhaltensweisen weshalb und inwieweit verantwortbar sind und welche aus welchen Gründen (noch) nicht. Gleiches gilt für konsequentialistische

¹² Vgl. z.B. Lepenies (Fn. 8), der mit einem ideologisch geprägten, negatierten Neoliberalismusbegriff agiert und auf dieser Folie den Liberalismus insgesamt delegitimiert.

¹³ Die erkenntnistheoretische Unmöglichkeit (materieller) *Letztbegründung* wird heute nicht mehr grundsätzlich bestritten. Näher dazu H. Albert, Traktat über kritische Vernunft (5. Aufl., 1991), 9. Ähnlich auch N. Hoerster, Was können wir wissen? Philosophische Grundfragen (2010), 59: „Es gibt eine lange Tradition in der Geschichte der Philosophie, wonach es außer logischem und empirischem Wissen auch ein sogenanntes metaphysisches Wissen gibt. Ein solches metaphysisches Wissen würde sich, falls vorhanden, offenbar auf eine ganz eigene, weder logisch noch empirisch zugängliche Wirklichkeit beziehen.“ Grundsätzlich J.L. Mackie, Ethik. Die Erfindung des moralisch Richtigen und Falschen (1981), 11: „Es gibt keine objektiven Werte“ – und damit auch keine objektiven materiellen Aussagen über Inhalt, Reichweite und Grenzen von Freiheit.

und deontische Ansätze eines Verständnisses von Freiheit.¹⁴ Auch hier würde man durch eine begriffliche Engführung von Freiheit deren Beschränkungen bereits im Begriffsverständnis „verstecken“ und sie damit der eigentlichen Rechtfertigungsprozedur entziehen. Der Diskurs würde insgesamt unvollständig, tendenziell ideologisch und verbliebe im Bereich metaphysischer Spekulation über der Freiheit wesensmäßig innewohnende Inhalte und Grenzen.

C. Formal-entnormativierter Freiheitsbegriff

Da ein materieller Freiheitsbegriff erkenntnis- und wissenschaftstheoretisch abzulehnen ist, sollte Freiheit als Basis eines vorverständnis- und metaphysikbefreiten wissenschaftlichen Diskurses zunächst ohne philosophische Konnotation verstanden werden.¹⁵ Freiheit meint eigenverantwortete Beliebigkeit individuellen Handelns.¹⁶ Nur ein metaphysikbefreiter,¹⁷ nicht substanztontologischer und transzendental reduzierter¹⁸ Begriff der Freiheit wird dem wissenschaftstheoretischen Postulat weitestmöglicher Vorverständnisreduzierung gerecht.¹⁹ Wer Freiheit bereits begrifflich eingrenzt, etwa unter einen Gemein-

¹⁴ D. Birnbacher Einführung in die analytische Ethik (2003), 113, 173.

¹⁵ Ich greife hier zurück auf meine Überlegungen bei J.F. Lindner, Selbstbestimmung und Fremdbestimmung in der liberalen Demokratie – Entwicklungsdynamik, VVDStRL 82 (2023), 109 ff.

¹⁶ Freiheit kann synonym zu Selbstbestimmung und Autonomie verstanden werden.

¹⁷ Zur Kritik der substanztontologischen („metaphysischen“) „Aufladung“ juristischer, zumal verfassungsrechtlicher Begriffe Lindner (Fn. 1), passim. Zur „Metaphysik der Freiheit“ grundsätzlich C. Dierksmeier, Qualitative Freiheit (2016), 63.

¹⁸ Zur Methode der transzendentalen Reduktion siehe J.F. Lindner, Theorie der Grundrechtsdogmatik (2005), 95; E. Husserl, Die phänomenologische Fundamentalbetrachtung (= 2. Abschnitt in Band 1 der „Ideen zu einer reinen Phänomenologie und phänomenologischen Philosophie“) (1913).

¹⁹ Jede Begriffsdefinition unterliegt wie alle erkenntnisbezogenen Kommunikationsakte dem Problem des hermeneutischen Zirkels. Der Interpret legt sein Vorverständnis (hier: von Freiheit) – nicht selten unbewusst – in die Definition ein und gelangt damit zu von ihm präferierten Prämissen, Inhalten oder Grenzen, die er in der Folge dann nicht mehr näher begründen muss; grundsätzlich J. Esser, Vorverständnis und Methodenwahl in der Rechtsfindung (2. Aufl., 1972). Dieser Zirkel ist zwar nicht gänzlich vermeidbar, aber er ist reduzierbar: M. Heidegger, Sein und Zeit (16. Aufl., 1986), 153: „Das Entscheidende ist nicht, aus dem Zirkel hinaus-, sondern in ihn nach der rechten Weise hineinzukommen.“ Dazu gehört zumindest zweierlei: Erstens das Bewusstsein der unausweichlichen Zirkelbehaftetheit jeden interpretatorischen und kommunikativen Handelns und zweitens die Offenlegung der eigenen Wertungspräferenzen. Die Unterscheidung von legitimem (also unvermeidbarem) und illegitimem (in Begriffen verstecktem) Vorverständnis geht maßgeblich zurück auf H.-G. Gadamer, Wahrheit und Methode (2. Aufl., 1965), 261: „Es bedarf einer grundsätzlichen Rehabilitierung des Begriffs des Vorurteils und einer Anerkennung dessen, dass es legitime Vorurteile gibt, wenn man der endlich-geschichtlichen Seinsweise des Menschen gerecht werden will. Damit wird die für eine wahrhaft geschichtliche Hermeneutik zentrale Frage, ihre erkenntnistheoretische Grundfrage, formulierbar: Worin soll die Legitimität von Vorur-

wohl-, Vernünftigkeit-, Klima- oder Moralvorbehalt stellt, entzieht solche Eingrenzung dem Rechtfertigungsbedarf.²⁰ Definierte man etwa bestimmte Formen der Mobilität, der Ernährung oder des Freizeitverhaltens als (potenziell) klimaschädlich aus dem Bereich der Freiheit heraus, ersparte man sich die Mühe der Rechtfertigung entsprechender Verbote oder Beschränkungen. Für das so Hinwegdefinierte würde eine materielle Rechtfertigung nach Maßgabe eines anspruchsvollen Rationalitätsprogramms, zumal der Grundrechte obsolet. Dies wäre im Lichte eines Paradigmas kritisch-rationaler Wissenschaft nicht akzeptabel.

D. Freiheit als Maßstabs- und Ergebnisbegriff

Man wird einwenden, ein formalisierter Freiheitsbegriff sei zu weit, weltfremd, zu einseitig, libertär oder gar anarchisch und für einen anspruchsvollen Freiheitsdiskurs in Zeiten multipler Krisen inadäquat. Doch das wäre ein Missverständnis: *A priori* unbegrenzt gedachte Freiheit bedeutet gerade nicht tatsächlich unbegrenzte oder unbegrenzbare Freiheit. Es ist vielmehr analytisch zu unterscheiden²¹ zwischen Freiheit als Bruttobegriff, der als *a priori* unbegrenzter und unbegrenzt gedachter Maßstab den Ausgangspunkt freiheitlicher Rechtfertigungspraxis bildet, und der Freiheit als Nettobegriff, der das umfasst, was nach einer Rechtfertigungsprüfung „übrigbleibt“²² oder für den Einzelnen tatsächlich realisierbar ist.

teilen ihren Grund finden? Was unterscheidet legitime Vorurteile von all den unzähligen Vorurteilen, deren Überwindung das unbestreitbare Anliegen der kritischen Vernunft ist?“; ähnlich auch *J. Esser*, Bemerkungen zur Unentbehrlichkeit des juristischen Handwerkszeugs, *JZ* 1975, 555: „Vorurteile im schlechten Sinne und Vorverständnis bleiben zweierlei.“; *R. Dreier*, Zur Problematik und Situation der Verfassungsinterpretation, in: ders., *Recht – Moral – Ideologie. Studien zur Rechtslehre* (1981), 106 ff., 126.

²⁰ Klarsichtig *J. Ross*, Wir sind so frei, *Die Zeit* v. 9.12.2021, 11: „Wohlgemerkt: ‚Freiheit ist Freiheit‘ bedeutet nicht ‚Freiheit ist alles‘. Wer auf einem klaren Freiheitsbegriff besteht, muss deswegen noch lange nicht die Freiheit absolut setzen. Kein vernünftiger Mensch bestreitet, dass Freiheit eingeschränkt werden kann und manchmal sogar muss.“

²¹ Der hier und bereits in *VVDStRL* 82 (2023), 109 ff., vertretene Ansatz ist also ein analytischer, kein materieller. Es handelt sich insbesondere nicht um ein libertäres Konzept etwa im Sinn der Minimalstaatstheorie von *R. Nozick*, *Anarchy, State, and Utopia* (1974) oder von *F.A. von Hayek*, *Die Verfassung der Freiheit* (3. Aufl., 1991). Es geht *nicht* darum zu postulieren, dass jegliche nach individueller Beliebigkeit definierten Interessen auch realisiert werden dürfen oder gar sollen, sondern darum, dass jegliche staatliche Beschränkung der Realisierbarkeit einer gehaltvollen Rechtfertigungspflicht unterworfen werden muss. Um festzustellen, ob überhaupt eine Beschränkung vorliegt, benötigt man einen unbeschränkten (im Sinne von unbeschränkt gedachtem) Maßstabsbegriff.

²² Um ein Beispiel außerhalb der Klimathematik zu wählen: Der Konsum von Betäubungsmitteln ist Ausprägung weit verstandener Freiheit als eigenverantworteter Beliebigkeit. Der Staat kann diesen einschränken, wenn er dafür gute Gründe hat, die vor dem Rationalitätsprogramm der Grundrechtsprüfung standhalten. Ist dies der Fall, gehört der Konsum

IV. Das Freiheitskonzept des Grundgesetzes (im Lichte der Klimakrise)

Die Unterscheidung zwischen Maßstab und Ergebnis liegt auch dem grundgesetzlichen Freiheitskonzept zu Grunde. Dies zeigt sich bereits im Wortlaut der Grundrechtsnormen und der grundrechtlichen Regelungssystematik, die zwischen grundrechtlichem Schutzbereich – das ist der Maßstab – und der Rechtfertigung von Beschränkungen durch den jeweiligen Vorbehaltsbereich sowie die Schranken-Schranken – das ist das Ergebnis – differenzieren. Zudem ist durch die verfassungsgerichtliche, seit jeher allerdings umstrittene Interpretation des Art. 2 Abs. 1 GG im Sinn einer allgemeinen Handlungsfreiheit²³ und damit als freiheitsrechtliches Auffanggrundrecht prinzipiell jegliches denkbare Freiheitsinteresse grundrechtlich geschützt, das nicht dem Schutzbereich eines speziellen Grundrechts zugeordnet ist. Die freiheitsrechtliche Interessendefinitionskompetenz liegt beim Einzelnen, nicht beim Staat. Insofern liegt dem Grundgesetz der oben (unter III.C) postulierte formale, entmaterialisierte Freiheitsbegriff zu Grunde.²⁴

A. Freiheitsrechte ohne Klimavorbehalt

Für die verfassungsrechtliche Verarbeitung von Eingriffen in die prinzipiell unbegrenzt gedachte Freiheit haben Staatsrechtslehre und Bundesverfassungsgericht eine etablierte Dogmatik generiert. Diese gilt auch für staatliche Maßnahmen zur Bekämpfung des Klimawandels und zum Umgang mit den Klimawandelfolgen. Der heute weitgehend anerkannte Kern der grundrechtlichen Abwehrdogmatik ist ein analytischer Regel-Ausnahme-Mechanismus, der aus vier Elementen besteht: (1) Der Ausgangsvermutung²⁵ zu Gunsten von Freiheit

von Betäubungsmitteln nicht zur Freiheit im Sinne des Nettobegriffs. Auch in der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts zeigt sich diese Differenzierung: Das Gericht weist dem Schutzbereich des Art. 2 Abs. 1 GG ein „Recht auf Rausch“ zu, welches allerdings nur nach Maßgabe des Betäubungsmittelrechts realisiert werden kann (soweit dieses seinerseits verfassungskonform ist) – BVerfGE 90, 145.

²³ Seit BVerfGE 6, 32.

²⁴ Zur Konstruktion des grundgesetzlichen Freiheitskonzeptes und dessen Konsequenzen siehe Lindner (Fn. 18), 179 ff.

²⁵ Gegen diesen grundsätzlichen Konstruktionsansatz wird gelegentlich vorgebracht, er würde auch offensichtlich unerwünschtes, dritt- oder gemeinwohlsschädigendes, klimaschädigendes oder gar kriminelles Verhalten zunächst grundrechtlichen Schutzbereichen zuordnen und dessen Verbot einer – offensichtlich sinnlosen – Rechtfertigungsprozedur unterwerfen; so in der Sache *D. Grimm*, Die Zukunft der Verfassung (2. Aufl., 1994), 416, der der Annahme einer umfassend gedachten, gewissermaßen natürlichen Freiheit angesichts der Verwiesenheit von Freiheit auf staatliche Strukturen und Vermittlung kritisch gegenübersteht. Der Hinweis auf diese Verwiesenheit ist zwar richtig, widerspricht aber der Annahme einer Ausgangsvermutung zu Gunsten der Freiheit nicht. Denn die Figur der (widerlegbaren)

und Selbstbestimmung, (2) deren Einschränkung nur im Ausnahmefall, (3) dem Zwang zur Rechtfertigung der Einschränkung und (4) der rationalen Strukturierung der Rechtfertigungsprüfung insbesondere durch den Verhältnismäßigkeitsgrundsatz.²⁶ Nur wenn sich eine Beschränkung der Freiheit – in unserem Kontext zum Zweck des Klimaschutzes – in diesem gehaltvollen Rechtfertigungsschema legitimieren lässt, ist sie vom Bürger hinzunehmen. Entscheidend ist: Das Grundgesetz kennt für die Grundrechte keinen allgemeinen Notstands- oder Krisenvorbehalt²⁷ und ebenso wenig einen Klima-, Gemeinwohl- oder Vernünftigkeitvorbehalt. Auch klimaschädliche Verhaltensweisen fallen zunächst ohne Weiteres in den Schutzbereich der Freiheitsrechte und unterliegen den grundrechtsdogmatischen Spielregeln. Postulate wie: „Wir müssen alle unser Leben ändern“²⁸ mag als moralischer oder politischer Appell durchgehen oder sogar berechtigt sein, ist aber verfassungsrechtlich (zunächst) irrelevant.

B. Grundrechte als Schutzpflichten

Grundrechtsnormen verbürgen nicht nur Abwehrrechte gegenüber dem freiheitsintervenierenden Staat, sie begründen auch die Pflicht des Staates, sich schützend vor diese Grundrechte zu stellen, wenn sie durch Dritte oder in sonstiger Weise bedroht sind. Diese Schutzpflichtdimension,²⁹ die das Bundesverfassungsgericht in einer umfangreichen Rechtsprechung seit der ersten Entscheidung zum Schwangerschaftsabbruch entwickelt hat und die hier nicht nachgezeichnet werden kann,³⁰ ist auch für die Klimathematik heranzuziehen.³¹ Aus ihr lassen sich Handlungspflichten für den Gesetzgeber zu Klima-

Ausgangsvermutung ist eine *analytisch-dogmatische* Argumentationsfigur, mit der verhindert werden soll, dass a-priori-Beschränkungen der Freiheit dem grundrechtsdogmatischen Rechtfertigungsprozess entzogen werden. In der Figur der (durch Eingriffsrechtfertigung) widerlegbaren Ausgangsvermutung zu Gunsten der Freiheit findet die methodisch und analytisch notwendige Unterscheidung zwischen Freiheit als Brutto- und Nettobegriff (oben S. 107) ihre grundrechtsdogmatische Konsequenz.

²⁶ Kanonisch *P. Lerche*, Übermaß und Verfassungsrecht (1961).

²⁷ *J. Kersten/S. Rixen*, Der Verfassungsstaat in der Corona-Krise (3. Aufl., 2022), 153.

²⁸ So die Überschrift eines Beitrags von *J. Kersten*, Verfassungsblog v. 23.6.2022, abrufbar unter <https://verfassungsblog.de/wir-muessen-alle-unser-leben-andern/>.

²⁹ Zu den dogmatischen Grundlagen, insbesondere zur Frage, wann eine grundrechtliche Schutzpflicht ausgelöst wird, sowie zum Untermaßverbot und dessen Verhältnis zum Übermaßverbot siehe *Lindner* (Fn. 18), 351 ff.

³⁰ Siehe den zusammenfassenden Überblick bei *G. Britz*, Grundrechtliche Schutzpflichten in bald 50 Jahren Rechtsprechung des BVerfG, NVwZ 2023, 1449 ff.

³¹ BVerfGE 157, 30 Ls. 1: „Der Schutz des Lebens und der körperlichen Unversehrtheit nach Art. 2 Abs. 2 Satz 1 GG schließt den Schutz vor Beeinträchtigungen grundrechtlicher Schutzgüter durch Umweltbelastungen ein, gleich von wem und durch welche Umstände sie drohen. Die aus Art. 2 Abs. 2 Satz 1 GG folgende Schutzpflicht des Staates umfasst auch die Verpflichtung, Leben und Gesundheit vor den Gefahren des Klimawandels zu schützen. Sie

schutzmaßnahmen entwickeln, wobei ihm stets ein Gestaltungsspielraum zusteht, der seine Grenze zumal am Übermaßverbot findet. Der Schutzpflichtenansatz lässt sich im Klimakontext in doppelter Hinsicht konstruieren, nämlich (1) als Schutz von Gesundheit und Leben (Art. 2 Abs. 2 S. 1 GG) vor den Folgen des Klimawandels jetzt und in Zukunft durch ein effektives Klimawandelfolgenrecht und (2) in intertemporaler Hinsicht als Schutz vor Freiheitsbeschränkungen, die in Zukunft wegen dann notwendiger strenger Klimaschutzmaßnahmen erfolgen werden. Interessanterweise hat das Bundesverfassungsgericht der Schutzpflichtdimension der Grundrechte in der Klimaentscheidung einen eher untergeordneten Stellenwert beigemessen. Zwar hat das Gericht zunächst mit der Schutzpflicht aus Art. 2 Abs. 2 S. 1 GG vor den Gefahren des Klimawandels argumentiert und dieser auch eine intergenerationelle Dimension zugewiesen.³² Da der Gesetzgeber diese Schutzpflicht nach Auffassung des Gerichts aber nicht verletzt hatte,³³ hat das Gericht einen neuen dogmatischen Ansatz unter Heranziehung von Art. 20a GG entwickelt (dazu sogleich unter V).

V. Intertemporale Freiheit: Die Klimaschutzentscheidung des Bundesverfassungsgerichts

A. Die Konstruktion des Bundesverfassungsgerichts

Eine grundsätzlich neue dogmatische Konstruktion zur Relevanz der Grundrechte und des Art. 20a GG hat das Bundesverfassungsgericht in seinem bereits jetzt schon legendären und in der Literatur stark beachteten³⁴ Klimabeschluss entwickelt. Diese komplizierte und an die bisherige freiheitsrechtliche Dogmatik kaum anschlussfähige Konstruktion ist nicht nur schwer nachvollziehbar, sie wäre auch gar nicht nötig gewesen. Überzeugend ist es zwar noch, dass das Gericht zunächst mit der Schutzpflicht aus Art. 2 Abs. 2 S. 1 GG vor den Gefahren des Klimawandels argumentiert und dieser auch eine intergenerationelle Dimension zuweist.³⁵ Da der Gesetzgeber diese Schutzpflicht nach Auffassung

kann eine objektivrechtliche Schutzverpflichtung auch in Bezug auf künftige Generationen begründen.“

³² BVerfGE 157, 30 Rn. 146.

³³ BVerfGE 157, 30 Rn. 151 ff.: „Dass die grundrechtliche Schutzpflicht durch die von den Beschwerdeführenden als unzureichend beanstandeten Regelungen verletzt ist, lässt sich derzeit nicht feststellen“ (Rn. 151).

³⁴ Exemplarisch K. Faßbender, Der Klimabeschluss des BverfG – Inhalte, Folgen und offene Fragen, NJW 2021, 2085 ff.; S. Lenz, Der Klimabeschluss des Bundesverfassungsgerichts – Eine Dekonstruktion, Der Staat 61 (2022), 73 ff.; N. Grosche, Recht und intertemporale Gerechtigkeit, Der Staat 61 (2022), 113 ff.

³⁵ BVerfGE 157, 30 Rn. 146; vgl. bereits oben S. 109 f.

des Gerichts nicht verletzt habe, hat es einen zusätzlichen dogmatischen Anknüpfungspunkt gesucht und diesen in der klassischen abwehrrechtlichen Dimension der Grundrechte gefunden, diese jedoch in die Zeit projiziert. Die durch eine heute unzureichende Klimaschutzgesetzgebung in Zukunft notwendig werdenden Freiheitseingriffe seien bereits *jetzt* als Eingriffe zu werten, was das Gericht als „eingriffsähnliche Vorwirkung“³⁶ bezeichnet. Dogmatische Konsequenz dieser zeitlich divergenten Eingriffskonstruktion wäre eigentlich, dass das Bundesverfassungsgericht nach einer Rechtfertigung für den zeitlich vorverlagerten Eingriff (in die Freiheitsrechte auch künftig lebender Menschen) suchen müsste, insbesondere nach einem verfassungsrechtlich legitimen Zweck. Damit würde sich das Gericht ersichtlich in Schwierigkeiten bringen. Denn welcher Zweck könnte es sein, der den künftigen, vorwirkenden Eingriff in Grundrechte *jetzt* rechtfertigen könnte? Aus dieser Schwierigkeit will sich der Erste Senat durch eine gewagte Konstruktion retten, die teilweise der *Elfes* „Logik“ entnommen ist:³⁷ Der (vorwirkende) Eingriff sei nur gerechtfertigt, wenn er in jeder Hinsicht mit der Verfassung übereinstimme, also auch mit Art. 20a GG und dem dort verankerten Schutzauftrag.³⁸ Über diesen Hebel gelangt das Gericht zur Prüfung des Art. 20a GG.³⁹ Dem fügt das Gericht dann noch eine Verhältnismäßigkeitsprüfung an, die in der Sache eigentlich eine intergenerationelle Gleichheitsprüfung ist.⁴⁰ Das Bundesverfassungsgericht verschraubt also vier dogmatische Figuren oder Kategorien in einander: (1) die neue Argumentationsfigur „eingriffsähnliche Vorwirkung“, (2) deren Recht-

³⁶ BVerfGE 157, 30 Rn. 184: „Die Entscheidung des Gesetzgebers, bis zum Jahr 2030 die in § 3 Abs. 1 Satz 2 und § 4 Abs. 1 Satz 3 KSG in Verbindung mit Anlage 2 geregelte Menge an CO₂-Emissionen zuzulassen, entfaltet eingriffsähnliche Vorwirkung auf die durch das Grundgesetz geschützte Freiheit der Beschwerdeführenden.“

³⁷ BVerfGE 6, 32 Ls. 1, 2: „Verfassungsmäßige Ordnung im Sinne des Art. 2 Abs. 1 GG ist die verfassungsmäßige Rechtsordnung, d.h. die Gesamtheit der Normen, die formell und materiell der Verfassung gemäß sind. Jedermann kann im Wege der Verfassungsbeschwerde geltend machen, eine seine Handlungsfreiheit beschränkende Rechtsnorm gehöre nicht zur verfassungsmäßigen Ordnung.“

³⁸ BVerfGE 157, 30 Rn. 189 f.

³⁹ BVerfGE 157, 30 Rn. 190: „Eine solche grundlegende Verfassungsbestimmung enthält Art. 20a GG [...]. Die Vereinbarkeit mit Art. 20a GG ist daher Voraussetzung für die verfassungsrechtliche Rechtfertigung von Grundrechtseingriffen [...]. Auch die Gefährdung künftiger Freiheit durch § 3 Abs. 1 Satz 2 und § 4 Abs. 1 Satz 3 KSG in Verbindung mit Anlage 2 wäre demnach verfassungsrechtlich nicht zu rechtfertigen, wenn die Vorschriften gegen Art. 20a GG verstießen, weil der verfassungsrechtlich gebotene Klimaschutz nach den dort bis 2030 zugelassenen Emissionsmengen nach 2030 nicht mehr realisiert werden könnte.“

⁴⁰ BVerfGE 157, 30 Rn. 192: „Aus dem Gebot der Verhältnismäßigkeit folgt, dass nicht einer Generation zugestanden werden darf, unter vergleichsweise milder Reduktionslast große Teile des CO₂-Budgets zu verbrauchen, wenn damit zugleich den nachfolgenden Generationen eine – von den Beschwerdeführenden als ‚Vollbremsung‘ bezeichnete – radikale Reduktionslast überlassen und deren Leben schwerwiegenden Freiheitseinbußen ausgesetzt würde.“

fertigung durch die *Elfes*-, „Logik“, (3) den Schutzauftrag des Art. 20a GG und (4) den Verhältnismäßigkeitsgrundsatz.

B. Kritik

Diese Konstruktion vermag nicht zu überzeugen, da sie an die bisherige Grundrechtsdogmatik nicht anschlussfähig ist. Sie wäre auch nicht notwendig gewesen, um den – grundsätzlich überzeugenden – Ansatz der intertemporalen Freiheitssicherung zur Geltung zu bringen. Zur Herstellung der grundrechtsdogmatischen Anschlussfähigkeit der Figur von der intertemporalen Freiheitssicherung lassen sich prinzipiell drei Gestaltungsmöglichkeiten denken: Erstens über den vom Bundesverfassungsgericht nicht weiter verfolgten Schutzpflichtenansatz, zweitens über den Gleichheitssatz im Hinblick auf eine gleichheitskonforme Verteilung⁴¹ der CO₂-Budgets auf der Schiene der Zeit im Sinne intergenerativer Gleichheit⁴² oder drittens über die klassische Abwehrrechtsdogmatik. Am anschlussfähigsten scheint eine Verbindung von Schutz- und Abwehrdimension der Grundrechte zu sein: Der Staat greift *jetzt* zum Klimaschutz in Grundrechte ein, um Freiheitsräume in Zukunft zu erhalten. Eine auch subjektiv-rechtlich zu verstehende Schutzpflicht für die Zukunfts-Freiheit fungiert als verfassungsrechtlich legitimer Zweck im Rahmen der Rechtfertigung von heute vorzunehmenden Freiheitseingriffen.

C. Dogmatische Entbehrlichkeit der eingriffsähnlichen Vorwirkung

Die Figur der eingriffsähnlichen Vorwirkung wäre bei einem solchen Kombinationsansatz im Grunde entbehrlich. An deren Stelle träte eine prospektive, bereits jetzt Eingriffsmaßnahmen rechtfertigende Schutzpflicht (zu Gunsten künftiger Freiheitsinteressen), die subjektiv-rechtlichen Charakter hätte und vom Einzelnen unter argumentativer Anreicherung mit dem Untermaßverbot mit der Verfassungsbeschwerde geltend gemacht werden könnte. Die abwehrrechtliche Konstruktion erweist sich jedenfalls insofern als vorzugswürdig, als sie an bisherige dogmatische Routinen und Gewissheiten anknüpft und die dogmatischen Verschraubungen, die die Konstruktion des BVerfG mit sich bringt (vgl. soeben unter A), vermeidet.⁴³

⁴¹ Diese Variante deutet das Bundesverfassungsgericht selbst an, BVerfGE 157, 30 Rn. 192: „Die Grundrechte verpflichten den Gesetzgeber, die nach Art. 20a GG verfassungsrechtlich notwendigen Reduktionen von CO₂-Emissionen bis hin zur Klimaneutralität vorausschauend so zu gestalten, dass die damit verbundenen Freiheitseinbußen trotz steigender Klimaschutzanforderungen weiterhin zumutbar ausfallen und die Reduktionslasten über die Zeit und zwischen den Generationen nicht einseitig zulasten der Zukunft verteilt sind.“

⁴² F. Wollenschläger, in: von Mangoldt/Klein/Starck, GG, Bd. 1 (7. Aufl., 2018), Art. 3 Rn. 214 m.w.N.

⁴³ Allerdings bringt auch diese Konstruktion insoweit eine Neuerung, als sich die Schutzpflicht zu Gunsten künftiger Freiheit in der Sache als Schutzpflicht gegen den Staat erweist:

VI. Desiderate zur Krisenresilienz grundrechtlicher Freiheit

Die abwehrrechtliche Dimension der Grundrechte steht in der Klimakrise im Vordergrund: Der Staat greift in Freiheitsrechte ein, um Klimaschutz zu ermöglichen, Klimawandelfolgen abzumildern und künftige Freiheit insofern zu sichern, als durch Klimaschutz heute in Zukunft drastischere Maßnahmen vermieden oder mindestens begrenzt werden können. Krisen stellen jedoch die abwehrrechtliche Dimension der Grundrechte vor besondere Herausforderungen, weil die Eingriffsrechtfertigung – krisenbedingt – stets ohne größere argumentative Mühen zu gelingen scheint. Das hat die Coronapandemie deutlich vor Augen geführt. Selbst härteste Eingriffe wie Ausgangsbeschränkungen⁴⁴ und Schulschließungen⁴⁵ wurden vom Bundesverfassungsgericht mühelos und sogar ohne mündliche Verhandlung für grundrechtskonform erklärt: Gesundheits- und Lebensschutz „gewinnt“ in der Abwägung gegenüber anderen grundrechtlich geschützten Interessen scheinbar immer. Der Verhältnismäßigkeitsgrundsatz hat sich in seiner bisherigen Anwendungsdogmatik als teilweise stumpfes Schwert erwiesen. Man kann sich keine Coronaschutzmaßnahme vorstellen, die das Bundesverfassungsgericht am Verhältnismäßigkeitsgrundsatz hätte scheitern lassen.⁴⁶ Solche Entwicklungen sind auch im Zuge von Klimaschutzmaßnahmen wahrscheinlich: Klimaschutz „gewinnt“ im Rahmen der Abwägung immer. Deswegen erscheint es notwendig, den Verhältnismäßigkeitsgrundsatz zu schärfen und seine freiheitsschützenden Teilaspekte zu präzisieren und zu ergänzen. Fünf Vorschläge seien hier unterbreitet:⁴⁷ Es bedarf zunächst einer präziseren Herausarbeitung, einer Fokussierung des verfassungsrechtlich legitimen Zwecks, der mit einer freiheitseinschränkenden Maßnahme verfolgt werden soll (unter A). Für diesen Zweck muss zweitens ein tatsächliches Zweckverwirklichungsbedürfnis bestehen und vom Gesetzgeber begründet werden (unter B). Sodann muss drittens die konkrete Dimension der Abwägung im Rahmen der Verhältnismäßigkeit im engeren Sinne geschärft werden (unter C). Des Weiteren ist der Topos vom Einschätzungsspielraum des Gesetzgebers im Rahmen der Angemessenheitsprüfung zu überdenken (un-

Der Einzelne wird durch jetzige Freiheitseingriffe des Staates davor bewahrt, dass sich der Staat in Zukunft zu noch intensiveren Freiheitsbeeinträchtigungen gezwungen sieht. Noch zugespitzt: Schutz des Einzelnen vor in Zukunft gerechtfertigten Freiheitsbeeinträchtigungen.

⁴⁴ BVerfGE 159, 223.

⁴⁵ BVerfGE 159, 355.

⁴⁶ Anderes gilt zum Teil für die Fachgerichte, zumal die Verwaltungsgerichte. Insbesondere das BVerwG hat sich der vom BVerfG vorgenommenen Marginalisierung des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes nicht durchweg angeschlossen: vgl. z.B. BVerwG, NVwZ 2023, 1011 (Unverhältnismäßigkeit von Ausgangsbeschränkungen).

⁴⁷ Einige der hier behandelten Aspekte finden sich bereits bei *Lindner* (Fn. 15), 109 ff., 131 ff.; vgl. auch *Lindner*, Thesen zur Weiterentwicklung des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes, NJW 2024, 564 ff.

ter D). Zusätzlich ist ein Prüfungsschritt einzufügen, in dem nicht nur die von der jeweils zur Prüfung stehenden Eingriffsmaßnahme betroffenen Freiheitsinteressen, sondern ausdrücklich auch neben- und folgewirkende Nachteile („Kollateralschäden“) verarbeitet werden können (unter E).

A. Fokussierung des verfassungsrechtlich legitimen Zwecks

Erster Prüfungspunkt im Rahmen des als Schranken-Schranke fungierenden Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes ist die Frage, ob der Gesetzgeber mit der grundrechtsbeeinträchtigenden Maßnahme einen verfassungsrechtlich legitimen Zweck verfolgt. Diese Frage wird üblicherweise kurz abgehandelt und ist selten wirklich problematisch.⁴⁸ Die Corona-Maßnahmen haben jedoch gezeigt, dass es mitunter nicht klar ist, welchen Zweck der Gesetzgeber genau verfolgt. In den Gesetzesbegründungen und in der politischen Diskussion wurden eine Fülle von Zwecken genannt:⁴⁹ der Schutz des Einzelnen oder von besonders vulnerablen Personen vor Infektionen, die Bekämpfung der Pandemie als solcher, die Ausrottung des Virus, die Verhinderung der Überlastung des Gesundheitssystems, der Schutz kritischer Infrastrukturen vor krankheitsbedingten Personalausfällen usw.⁵⁰ Je nach Zwecksetzung verläuft die Verhältnismäßigkeitsprüfung aber unterschiedlich. Wählt man als Zweck den Schutz jedes Einzelnen vor Infektion, kommt man im Hinblick auf den Aspekt der Eigenverantwortung als vorrangigem Schutzmechanismus zu ganz anderen Abwägungsergebnissen, als wenn man den Schutz des Gesundheitssystems, insbesondere der intensivmedizinischen Infrastruktur als Ziel ausgibt. Man mag einwenden, dieser erste Prüfungspunkt sei bei Klimaschutzmaßnahmen regelmäßig unproblematisch, da Klimaschutz (und damit verbunden der Schutz von Gesundheit, Leben und Eigentum sowie künftiger Freiheit) zweifelsohne ein verfassungsrechtlich legitimer Zweck sei. Das wird tatsächlich regelmäßig so sein, lässt aber außer Betracht, dass der Gesetzgeber Maßnahmen als Klimaschutzmaßnahmen „verkaufen“ kann, obwohl er damit eigentlich primär einen anderen Zweck oder auch Sekundärzwecke verfolgt. Ein Beispiel: Der Gesetzgeber verbietet motorisierte Individualmobilität in Innenstädten, um diese

⁴⁸ Das BVerfG hat jüngst betont, dass für die verfassungsrechtliche Überprüfung von Grundrechtseingriffen nicht (nur) die vom Gesetzgeber ausdrücklich genannten Zwecke ausschlaggebend seien, sondern (auch) solche, die „nach dem gesetzgeberischen Willen nahe-liegen oder im Verfassungsbeschwerdeverfahren von den am Gesetzgebungsverfahren beteiligten Organen vorgebracht werden“ (Beschl. v. 29.9.2022 – 1 BvR 2380/21, Ls. 1). Das ändert nichts daran, dass für die Verhältnismäßigkeitsprüfung als solche der legitime Zweck ausdrücklich zu benennen ist.

⁴⁹ A. K. Mangold, Relationale Freiheit. Grundrechte in der Pandemie, VVDStRL 80 (2022), 7, 23.

⁵⁰ Allein im ersten Absatz der Begründung des Gesetzentwurfes zur Einfügung der sogenannten „Bundesnotbremse“ in das IfSG (§ 28b) werden sechs verschiedene Ziele benannt (BT-Drs. 19/28444, 1).

attraktiveren Nutzungskonzepten zuführen zu können. Eine solche Maßnahme hätte zwar auch klimapolitische Bezüge, im Vordergrund steht aber ein städtebaulicher Aspekt. Vergleichbares gilt etwa für Tempolimits, wenn diese auch für E-Autos gelten sollen. Bei ihnen steht nicht das Klimaschutzziel, sondern andere gesetzgeberische Zwecke im Fokus, wie die Reduzierung der Unfallzahlen und Verkehrstote. Oder der Gesetzgeber erlässt Konsumverbote im Bereich von Lebensmitteln und begründet diese nicht mit Klimaaspekten, sondern mit gesundheitlichen Zielen. Nicht selten werden sich also für eine freiheitsbeschränkende Maßnahme mehrere verfassungsrechtlich legitime Zwecke benennen lassen, die zudem als unmittelbare und mittelbare Zwecke in einem Rangverhältnis von Primär-, Sekundär- oder Tertiärzweck stehen können.

B. Bestehen eines tatsächlichen Zweckverwirklichungsbedürfnisses

Nun könnte man meinen der Gesetzgeber dürfe in dieser Situation den Zweck oder die Zwecke wählen, habe er doch einen Zweckbenennungs- und -gewichtungsspielraum. Dies ist im Grundsatz sicher zutreffend, da der Gesetzgeber nicht gehindert ist, mit einer Maßnahme mehrere (unmittelbare und mittelbare) Zwecke zu verfolgen. Dieser Spielraum ist jedoch insofern eingegrenzt, als der Gesetzgeber nur einen solchen Zweck mit freiheitseinschränkenden Maßnahmen verfolgen darf, für den auch ein tatsächliches Zweckverwirklichungsbedürfnis besteht. Anders formuliert: Ein Zweck, der als solcher – also bei abstrakter Betrachtung – legitim ist, für dessen Verfolgung aber kein tatsächliches Bedürfnis besteht, kann eine freiheitseinschränkende Maßnahme nicht rechtfertigen. Beispiel: Der Schutz vor Überlastung der intensivmedizinischen Infrastruktur durch zu viele intensivpflichtige Coronapatienten ist ohne Zweifel ein verfassungsrechtlich legitimer, von der Schutzpflicht aus Art. 2 Abs. 2 S. 1 GG gebotener Zweck. Er kann freiheitsbeschränkende Maßnahmen aber nur rechtfertigen, solange das Coronavirus tatsächlich⁵¹ so „gefährlich“ ist, dass eine Überlastung der medizinischen Intensivkapazitäten tatsächlich droht. Das war etwa im Herbst und Winter 2022/2023 infolge der typischerweise mild verlaufenden sogenannten „Omikron“-Variante und angesichts eines hohen Immunitätsniveaus nicht mehr der Fall, so dass die damals erneut ins Spiel

⁵¹ Hierfür muss es tatsächlich belastbare Hinweise geben. Zwar besteht bei unsicherer Datenlage ein gewisser Einschätzungsspielraum des Normgebers, dieser darf sich jedoch nicht einfach auf einzelne Modellierungen beziehen und verlassen, sondern hat sich ein breites Bild über die Lage unter Einholung verschiedener Modellierungsszenarien zu verschaffen. Je intensiver die beabsichtigten Maßnahmen, desto breiter muss die zugrunde gelegte Tatsachenbasis sein. Insofern ist es auch drängend, sich darüber Gedanken zu machen, wie ein professionelles Experten-Management aussehen könnte. Neben mangelnder Datenerhebung und -auswertung war die überwiegend einseitige Expertenauswahl Grund für überzogene Maßnahmen seitens der Politik. Dies gilt nicht nur für die Pandemiebekämpfung, sondern auch für die Klimapolitik, die ebenfalls auf externen Sachverstand angewiesen ist.

gebrachten Maßnahmen wie Kontaktbeschränkungen nicht mehr gerechtfertigt gewesen wären.

Auch im Hinblick auf freiheitsbeschränkende Klimaschutzmaßnahmen ist stets zu fragen, ob es für den jeweils verfolgten Zweck ein Zweckverwirklichungsbedürfnis gibt. Dies ist im Hinblick auf den Zweck „Klimaschutz“ per se leicht zu begründen. Sorgfältiger ist aber zu argumentieren, wenn der Gesetzgeber (auch oder vor allem) andere Zwecke verfolgt. Dies kann etwa bei Maßnahmen im Kontext der Klimawandelfolgenbekämpfung eine Rolle spielen. Erlässt der Gesetzgeber z.B. ein Hitzeschutzkonzept, wonach man sich bei sehr hohen Temperaturen nicht mehr in der Öffentlichkeit aufhalten darf, um hitzebedingte Gesundheitsschäden zu vermeiden, stellt sich die Frage, ob solche Temperaturen für alle Personen schädlich sind oder nur für einen bestimmten Personenkreis: Insofern kann ein Zweckverwirklichungsbedürfnis nur für diesen Personenkreis, etwa ältere Menschen, bejaht werden.

Allerdings ist das Bestehen eines tatsächlichen Zweckverwirklichungsbedürfnisses bisher kein eigener Prüfungspunkt im Rahmen der Verhältnismäßigkeitsprüfung. Dies ist ein Manko. Denn behauptet oder vorgeschoben wird ein legitimer Zweck politisch schnell – ob er *tatsächlich* verfolgungsbedürftig ist, ist mitunter weniger klar. Das Vorliegen eines tatsächlichen Zweckverwirklichungsbedürfnisses sollte⁵² daher ein eigenes⁵³ Element der Verhältnismäßigkeitsprüfung bilden, flankiert von einer diesbezüglichen Begründungspflicht des Gesetzgebers. Dies könnte Transparenz und Rationalität der Grundrechtsprüfung weiter erhöhen und ihren Tatsachenbezug verdichten.

C. Akzentuierung der konkreten Abwägung

Beim vierten Prüfungspunkt, der Verhältnismäßigkeit im engeren Sinne, also der Angemessenheitsprüfung, ist Akzentuierungsbedarf gegeben. Auch das ist eine Lehre der Corona-Pandemie. Manche Gerichtsentscheidung begnügte sich etwa im Rahmen der Prüfung von weitgehenden Ausgangsbeschränkungen in der Quintessenz mit der Aussage, dass der Schutz von Leben und Gesundheit in einer Pandemie wichtiger sei als z.B. alleiniges nächtliches Spaziergehen oder Joggen.⁵⁴ Das ist abstrakt sicher richtig, aber ersichtlich unzureichend.

⁵² Grundlegend H.-U. Gallwas, Grundrechte (2. Aufl., 1995), Rn. 611 ff., der das Zweckverwirklichungsbedürfnis begrifflich und als eigene dogmatische Kategorie in die Grundrechtsdogmatik eingeführt hat. Dies wurde in der Folgezeit erstaunlicherweise nur selten aufgegriffen; vgl. etwa Lindner (Fn. 18), 222.

⁵³ Näher J.F. Lindner, Das Zweckverwirklichungsbedürfnis als grundrechtsdogmatische Kategorie, ZG 2020, 215. Das Zweckverwirklichungsbedürfnis lässt sich insbesondere nicht mit der Kategorie der Erforderlichkeit des Zweckverwirklichungsmittels erfassen. Bei der Erforderlichkeit geht es um die Frage, welches unter gleich geeigneten Mitteln die geringste Eingriffsintensität aufweist, also um die *Mittelauswahl*, nicht indes um die Frage, ob für die Realisierung des Zwecks überhaupt ein tatsächliches Bedürfnis besteht.

⁵⁴ Vgl. z.B. BayVGH, Beschl. v. 14.12.2020 – 20 NE 20.2907, Rn. 38 ff.

Denn mit dieser Begründung wäre nahezu jede auch tiefgreifende Grundrechtsbeeinträchtigung abstrakt zu rechtfertigen – Leben und Gesundheit sind wichtiger als nahezu alles.⁵⁵ Damit der Verhältnismäßigkeit im engeren Sinne vor diesem Hintergrund überhaupt eine nennenswerte Freiheitsschutzfunktion beigemessen werden kann, muss die abstrakte Rechtsgutsabwägung durch eine konkrete Betrachtungsweise ergänzt werden. Dazu ist auf die (potenzielle) konkrete Wirksamkeit der Maßnahme abzustellen, die bei der Prüfung der Geeignetheit und Erforderlichkeit noch weitgehend ausgeblendet bleibt. Es ist das Verhältnis des konkret zu erwartenden Zweckverwirklichungsbeitrags einer Maßnahme zu deren Eingriffstiefe in den Blick zu nehmen.⁵⁶ Eine ausdrückliche Regel könnte wie folgt lauten: „Ein Mittel ist unverhältnismäßig, wenn sein konkreter Beitrag zur Zweckverwirklichung derart marginal ist, dass im Verhältnis dazu die Eingriffstiefe unangemessen ist.“ Dadurch könnte auch die notorische Entgrenzung des Eignungsbegriffs kompensiert werden, die auf der Ebene der Erforderlichkeit keine hinreichende Korrektur erfährt.⁵⁷ Beispielsweise hätte man etwa das Verbot nächtlichen Spazierengehens als unverhältnismäßig qualifizieren können: Es mag zwar zweckförderlich und damit geeignet sein, weil es einige Kontakte und damit auch Infektionen vermieden hat und insofern auch noch die Erforderlichkeit mangels eines gleich geeigneten milderer Mittels bejaht werden kann. Der in der Summe eher geringe konkrete Zweckverwirklichungsbeitrag, der die Schwelle von Geeignetheit und Erforderlichkeit noch überspringt, steht jedoch in einem Missverhältnis zur Eingriffstiefe. Gleiches gälte etwa für eine pauschale Maskenpflicht im Freien. Strukturell ähnliche Probleme sind auch bei staatlich verordneten Klimaschutzmaßnahmen denkbar. Zwar sagt das Bundesverfassungsgericht in der Klimaschutzentscheidung deutlich, dass der im weltweiten Maßstab geringe Beitrag

⁵⁵ T. Kingreen, Das Recht auf Leben und körperliche Unversehrtheit, in: K. Günther/U. Volkmann (Hrsg.), Freiheit oder Leben? (2022), 103, 120, spricht von „lustlosen Verhältnismäßigkeitsprüfungen, denen unausgesprochen die Vorstellung eines Ausnahmezustandes im materiellen Sinne zugrunde liegt“.

⁵⁶ Diese konkrete Abwägung im Hinblick auf den Zweckerreichungsbeitrag eines Mittels fordert das BVerfG mitunter ausdrücklich, thematisiert dies aber nicht durchgehend. Vgl. etwa BVerfG, Beschl. v. 21.7.2022 – 1 BvR 469/20 u.a. (Masernimpfpflicht): „Die Angemessenheit und damit die Verhältnismäßigkeit im engeren Sinne erfordern, dass der mit der Maßnahme verfolgte Zweck und die zu erwartende Zweckerreichung nicht außer Verhältnis zu der Schwere des Eingriffs stehen“ (Rn. 130; Hervorhebung ergänzt).

⁵⁷ Die „Geeignetheit“ eines Zweckverwirklichungsmittels wäre damit also an zwei Stellen zu prüfen: (1) bei der Eignung und (2) bei der Verhältnismäßigkeit im engeren Sinne, wo sie ins Verhältnis zur Eingriffstiefe zu setzen ist. Eine ähnliche Doppelprüfung hat das BVerfG jüngst bei der Erforderlichkeit vorgenommen: Trotz Bejahung der Erforderlichkeit einer Maßnahme mangels des Vorliegens eines milderer, gleich geeigneten Mittels könne es an der Angemessenheit fehlen, wenn ein milderer Mittel zur Verfügung stehe, das zwar nicht gleich geeignet sei, dessen Wirksamkeit aber „nur wenig geringer ist als die zu überprüfende Regelung“ (Beschl. v. 29.9.2022 – 1 BvR 2380/21, Ls. 3).

Deutschlands am gesamten CO₂-Aufkommen keine verfassungsrechtliche Rechtfertigung dafür sein dürfe, auf Klimaschutzmaßnahmen zu verzichten oder solche nur in geringem Umfang vorzusehen.⁵⁸ Dies bedeutet aber nicht, dass im Rahmen der Abwägung auf eine konkrete Betrachtungsweise verzichtet werden dürfte, die die Eingriffstiefe der Maßnahme mit ihrem konkreten Zweckverwirklichungsbeitrag abgliche. Würde man etwa aus Klimaschutzgründen jegliche Individualmobilität beschränken, wäre der Eingriff in Freiheitsrechte enorm, der Beitrag zum Klimaschutz – insgesamt gesehen – gleichwohl minimal.

D. Konturierung des gesetzgeberischen Einschätzungsspielraums

Des Weiteren sollte die Figur des Einschätzungsspielraums des Gesetzgebers konkretisiert werden. Das Bundesverfassungsgericht bezieht den Einschätzungsspielraum nicht nur auf die Geeignetheit und Erforderlichkeit einer Maßnahme, sondern auch auf die Verhältnismäßigkeit im engeren Sinne.⁵⁹ Damit droht das Übermaßverbot aber einen wesentlichen Teil seiner Freiheitssicherungsfunktion einzubüßen.⁶⁰ Denn jedes Mittel, das der Gesetzgeber in vertretbarer Weise – und was ist schon *un*-vertretbar – als angemessen *einschätzt*, ist es nach dieser Logik auch. Im Ergebnis drohen die Grundrechte dann doch unter einen allgemeinen Pandemie- oder sonstigen Krisenvorbehalt zu geraten, den das Grundgesetz gerade nicht vorsieht. Die Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts, genauer des Ersten Senats, weist insofern Inkonsistenzen auf.⁶¹ Während insbesondere die Entscheidungen zur sogenannten Bundesnotbremse den Verhältnismäßigkeitsgrundsatz unter einen breiten Einschätzungsvorbehalt stellen und damit erheblich schwächen, leitet derselbe Senat für das Sicherheitsrecht⁶² aus dem Verhältnismäßigkeitsgrundsatz eine Kaskade an

⁵⁸ BVerfGE 157, 30 Ls. 2c: „Der nationalen Klimaschutzverpflichtung steht nicht entgegen, dass der globale Charakter von Klima und Erderwärmung eine Lösung der Probleme des Klimawandels durch einen Staat allein ausschließt. Das Klimaschutzgebot verlangt vom Staat international ausgerichtetes Handeln zum globalen Schutz des Klimas und verpflichtet, im Rahmen internationaler Abstimmung auf Klimaschutz hinzuwirken. Der Staat kann sich seiner Verantwortung nicht durch den Hinweis auf die Treibhausgasemissionen in anderen Staaten entziehen.“

⁵⁹ Z.B. BVerfG, Beschl. v. 19.11.2021 – 1 BvR 781/21 u.a. („Bundesnotbremse I“), Rn. 217: „Auch bei der Prüfung der Angemessenheit besteht grundsätzlich ein Einschätzungsspielraum des Gesetzgebers.“

⁶⁰ Kritik bei S. Rixen, Abschied von der Verhältnismäßigkeit?, Verfassungsblog v. 25.5.2022, abrufbar unter <https://verfassungsblog.de/abschied-von-der-verhaltnismasigkeit/>.

⁶¹ In BVerfGE 153, 182 Rn. 266, legte das Gericht (allerdings der 2. Senat) einen strengen Maßstab an: „hohe Kontrolldichte“.

⁶² Maßgeblich vor allem in der Entscheidung zum BKAG, BVerfGE 141, 220, zur Ausland-Ausland-Aufklärung des BND, BVerfGE 154, 152 und zuletzt im Urteil zum BayVerfSchG, BVerfGE 162, 1.

konkreten Anforderungen ab – obwohl auch das Sicherheitsrecht mit erheblichen tatsächlichen Ungewissheiten umgehen muss.

E. Dogmatische Erfassung von „Kollateralschäden“

Die bisher gängige Dogmatik des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes ist nicht oder mindestens zu wenig in der Lage, negative Folgewirkungen von Freiheitseinschränkungen zu verarbeiten. Die Verhältnismäßigkeitsprüfung hat insofern einen blinden Fleck. Sie bildet die soziale und gesellschaftliche Folgedimension von Grundrechtseingriffen nicht angemessen, jedenfalls nicht in einem eigenständigen Prüfungspunkt, ab. *Oliver Lepsius* hat dies zutreffend als „juristisch unsichtbare soziale Dimension der Grundrechtseingriffe“, als „grundrechtliches Vakuum“⁶³ bezeichnet. In der Tat gibt es im Rahmen der Verhältnismäßigkeit (und auch außerhalb) jedenfalls keinen gesonderten Prüfungspunkt, bei dem soziale, psychische, gesellschaftliche oder wirtschaftliche „Kollateralschäden“ – etwa von Schul- oder Betriebsschließungen oder von Kontakt- oder Ausgangssperren – ausdrücklich zu berücksichtigen wären. Die Verhältnismäßigkeit im engeren Sinne ist zunächst (nur) eine Zweck-Eingriffs-Relation: Man fragt, ob der in der Maßnahme liegende Eingriff (z.B. die Schließung von Bildungseinrichtungen in der Pandemie als Eingriff in das Grundrecht auf Bildung) verhältnismäßig im Hinblick auf den mit dieser Maßnahme verfolgten Zweck (Lebens- und Gesundheitsschutz) ist. Diese Relation ist in der Struktur bipolar und schließt die Berücksichtigung von Folge- oder Nebenschäden (z.B. psychische Schäden der Schüler, familiäre Belastungen durch *home schooling* und damit verbundene Gesundheitsprobleme, Bildungs- und Erziehungsverluste und damit einhergehende langfristige gesellschaftliche Verwerfungen etc.) zunächst aus. Eine solche Verengung wäre indes problematisch, weil damit das eigentliche Eingriffs- und Schadenspotenzial staatlicher Maßnahmen ausgeblendet würde. Man bekommt das Problem der Kollateralschäden von Grundrechtsbeeinträchtigungen auch mit der Figur des faktischen oder mittelbaren Grundrechtseingriffs nicht in den Griff, weil sich nicht jeder Folge- oder Nebenschaden einer Grundrechtsnorm oder allenfalls Art. 2 Abs. 1 GG zuordnen lässt.⁶⁴ Es ist daher sinnvoll, die Verhältnismäßigkeitsprüfung (im engeren Sinne) entweder über die traditionelle bipolare Zweck-Eingriffs-Relation hinaus auf Folge-, Neben- und Drittnachteile zu erstrecken (so macht es das Bundesverfassungsgericht)⁶⁵ oder – um das Problem noch transparenter und expliziter zu machen – insofern einen *eigenen* Prüfungspunkt zu etablieren: Man könnte dazu im Rahmen einer „Verhältnismäßigkeit im

⁶³ *O. Lepsius*, Ausnahme als Rechtsform der Krise, DVBl. 2023, 701, 703.

⁶⁴ Zutreffend *Lepsius* (Fn. 63), 703 f.

⁶⁵ BVerfGE 159, 355 Rn. 137 ff.; *S. Lucenti*, Keine „Lex-COVID-19“ für Corona-Maßnahmen – Teil I, NVwZ-Online 2/2023, 1, 12: „Gesamtabwägung der Eingriffsauswirkungen und der Eingriffsbedeutung“.

engeren Sinne 2“⁶⁶ den intendierten Zweck in ein multipolares⁶⁷ Verhältnis zu erwartbaren „Kollateralschäden“ setzen.⁶⁸ Dies würde auch für die grundrechtliche Prüfung von Klimaschutzmaßnahmen Relevanz entfalten. Würde beispielsweise der Gesetzgeber die Stilllegung oder Reduzierung bestimmter energie- und CO₂-intensiver Industriebereiche verfügen, wäre nach bisherigem Verständnis im Rahmen einer „Verhältnismäßigkeit im engeren Sinne 1“ der Zweck des Klimaschutzes mit den Freiheitsinteressen der Wirtschaftsunternehmen (Art. 12 Abs. 1 GG, Art. 14 Abs. 1 GG) in Bezug zu setzen und abzuwägen. Darüber hinaus müssten in einer (zusätzlichen) Prüfung der „Verhältnismäßigkeitsprüfung im engeren Sinne 2“ eigens und ausdrücklich auch die Folgeschäden für wirtschaftliche Prosperität, den Arbeitsmarkt, die Sozialsysteme, den gesellschaftlichen Zusammenhalt etc. einbezogen werden. Sowohl bei der Verhältnismäßigkeit im engeren Sinne 1 als auch 2 ist die oben (unter D) postulierte konkrete Betrachtung des Ausmaßes des Zweckverwirklichungsbeitrages zusätzlich mit einzustellen.

F. Fazit

Berücksichtigte man die soeben erörterten Vorschläge zur Präzisierung und Arrondierung des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes, würde aus der bisher vierstufigen Prüfungsfolge (legitimer Zweck, Eignung, Erforderlichkeit, Verhältnismäßigkeit im engeren Sinne) eine sechsstufige (unter 1). Der zu erwartende Einwand, damit würde die Grundrechtsdogmatik noch komplexer, verfängt gegenüber den Vorteilen eines erweiterten Verhältnismäßigkeitsmodells nicht (unter 2).

1. Ein sechsstufiges Verhältnismäßigkeitsmodell

Folgt man den hier und zuvor an anderer Stelle⁶⁹ vorgestellten Überlegungen zur Verhältnismäßigkeitsprüfung, ergibt sich ein sechsstufiges Modell. Eine

⁶⁶ Die bisherige Verhältnismäßigkeitsprüfung im engeren Sinne würde damit zur „Verhältnismäßigkeitsprüfung im engeren Sinne 1“.

⁶⁷ So Kersten/Rixen (Fn. 27), 166.

⁶⁸ Insoweit stellt sich allerdings eine Fülle weiterer Fragen, die hier nicht näher behandelt, sondern nur benannt werden können: (1) Kommen als „Kollateral“-Schäden nur individuelle oder auch kollektive Rechtsgüter und Erwägungen in Betracht? (2) Welche Anforderungen sind an Kausalität oder objektive Zurechnung zwischen grundrechtseingreifender Maßnahme und den befürchteten Kollateralschäden zu stellen? (3) Wie wirken sich Ausmaß und Intensität der Kollateralschäden sowie die Dichte der Zurechnung auf die Verhältnismäßigkeit im engeren Sinne 2 aus? (4) Wie steht es mit dem gesetzgeberischen Einschätzungsspielraum diesbezüglich? (5) Treffen den Gesetzgeber entsprechende Erläuterungs- oder Begründungspflichten, und (6) in welcher Dichte und wie wären diese zu erfüllen?

⁶⁹ Lindner (Fn. 15), 109 ff., 131 ff.

grundrechtsbeschränkende Maßnahme (Eingriff oder Beeinträchtigung)⁷⁰ ist verhältnismäßig, wenn

1. sie einen konkret zu benennenden (exakt fokussierten) verfassungsrechtlich legitimen Zweck verfolgt (oder auch mehrere – ggf. gestufte – Zwecke),
2. sie für die Verfolgung dieses legitimen Zwecks ein tatsächliches, vom Gesetzgeber empirisch zu begründendes, nicht lediglich politisch vorgeschobenes Zweckverwirklichungsbedürfnis besteht,
3. die grundrechtsbeschränkende Maßnahme (das Zweckverwirklichungsmittel) zur Zweckrealisierung geeignet und
4. erforderlich ist,
5. der mit dem Eingriff verfolgte Zweck (genauer: der Schutz des dahinterstehenden Rechtsguts) in einer (a) abstrakten sowie (b) konkreten Gewichtung zu den mit der Eingriffsmaßnahme beeinträchtigten Freiheitsinteressen (wobei zumal das Ausmaß des konkret zu erwartenden Zweckverwirklichungsbeitrages einzustellen ist) in einem angemessenen Verhältnis steht (Verhältnismäßigkeit im engeren Sinne 1) sowie
6. der mit dem Eingriff verfolgte Zweck (genauer: der Schutz des dahinterstehenden Rechtsguts) in einer (a) abstrakten und (b) konkreten Gewichtung zu den mit der Eingriffsmaßnahme zu erwartenden Folge- und Nebenbeeinträchtigungen („Kollateralschäden“) in einem angemessenen Verhältnis steht (Verhältnismäßigkeit im engeren Sinne 2).

2. Zum Einwand der Komplexitätserhöhung

Gegen die hier vorgeschlagene Erweiterung der bisher viergliedrigen Verhältnismäßigkeitsprüfung auf dann sechs Elemente ist der Einwand zu erwarten, die (deutsche) Grundrechtsdogmatik sei ohnehin schon zu komplex und bedürfe eher der Komplexitätsreduzierung als der -erweiterung.⁷¹ Diese Kritik am

⁷⁰ Dieses Prüfungsschema gilt für jede einzelne grundrechtsbeeinträchtigende Maßnahme, auch für solche, die vom Gesetzgeber im Rahmen eines Gesamtkonzeptes verankert werden. Auch wenn das Gesamtkonzept als solches – etwa das Ziel der Kontaktreduzierung zur Beschränkung von Infektionen oder die Reduzierung der CO₂-Emissionen im Verkehrssektor – per se grundrechtlich zu rechtfertigen ist, kann die Gesamtrechtfertigung nicht automatisch jede einzelne grundrechtsbeeinträchtigende Maßnahme, die diesem Gesamtkonzept zugeordnet ist, rechtfertigen.

⁷¹ Zur häufig zu vernehmenden Klage über eine zu komplexe Dogmatik bereits K.-A. Bettermann, *Hypertrophie der Grundrechte* (1984); O. Lepsius, *Kritik der Dogmatik*, in: G. Kirchhof/S. Magen/K. Schneider (Hrsg.), *Was weiß Dogmatik?* (2012), 39; pointiert J. Schwabe, *Verfassungsrecht und Verfassungspraxis*, NJW 1999, 3614: „Nirgend sonst im Recht eröffnet sich dem Interpreten ein solcher Tummelplatz der Beliebigkeit wie bei der Grundgesetzauslegung und nirgend sonst ist die Fähigkeit höher entwickelt, auf Glatzen Locken zu drehen. Dass in diesen kunstvollen Gebilden kein Haar ungespalten bleibt, versteht sich von selbst.“; M. Jestaedt, *Grundrechtsentfaltung im Gesetz* (1999), 6 („Grundrechts-

Zustand der deutschen Grundrechtsdogmatik erscheint angesichts der schieren Menge an Grundrechtsliteratur und angesichts von mehr als 160 Bänden „BVerfGE“ nachvollziehbar, in der Sache aber doch überzogen. Jedenfalls die allgemeinen Grundstrukturen der Grundrechtsdogmatik sind im Grunde genommen wenig komplex. Dies gilt insbesondere für den Verhältnismäßigkeitsgrundsatz mit seinen bisher vier Elementen. Eine Erweiterung um die Elemente des tatsächlichen Zweckverwirklichungsbedürfnisses und der Verhältnismäßigkeit im engeren Sinne 2 würde die Komplexität nicht nennenswert, die Transparenz und Rationalität der Prüfung jedoch signifikant erhöhen. Die Grundrechte und die von ihnen geschützte Freiheit jedes Einzelnen sind es wert.

wucherungen“). Zur Forderung nach einer Komplexitätsreduktion siehe K.-E. Hain, Ockham's Razor – ein Instrument zur Rationalisierung der Grundrechtsdogmatik?, JZ 2002, 1036.

Normative Weichenstellungen in der Klimaethik – auch aus theologischer Sicht*

Kerstin Schlögl-Flierl

I.	Problemanalyse aus klimaethischer Sicht.....	123
A.	Klimaethik als neue Bereichsethik.....	125
B.	Der „moralische“ Sturm.....	127
C.	Historische Verantwortung.....	129
D.	Theoretische Einbettung.....	130
II.	Klimagerechtigkeit.....	132
A.	Egalitarismus.....	133
B.	Non-Egalitarismus.....	134
III.	Schwellenwertkonzeption.....	136
A.	Die innergesellschaftliche Dimension.....	137
B.	Die internationale Dimension.....	137
C.	Die intergenerationelle Dimension.....	137
IV.	„Laudate Deum“ von Papst Franziskus.....	138
A.	Inhalt.....	139
B.	Interpretation.....	140
V.	Schluss.....	142

I. Problemanalyse aus klimaethischer Sicht

Die meisten ethischen Urteilsbildungen bedürfen zu Beginn einer Sachanalyse. Auch in Fragen des Klimawandels und dessen Folgen ist dies unabdingbar, aber damit wäre der Inhalt der nächsten Seiten schon mit natur- und sozialwissenschaftlichen Analysen gefüllt. Und man würde, wie so oft in ethischen Abhandlungen, nicht zu den eigentlichen Problemen und Fragen kommen. Deswegen möchte ich auf bereits bestehende Sachanalysen verweisen und als Ausgangspunkt festhalten wollen, dass es sich um einen anthropogen verursachten Klimawandel handelt, der unter anderem natur- und sozialwissenschaftlich beschrieben werden kann¹ und mit dessen Folgen wir umgehen müssen. Dabei ist

* Mein Dank geht an Mark Schweda, mit dem ich im Rahmen des Deutschen Ethikrates das Thema der Klimagerechtigkeit ausführlich diskutiert habe. Auf alle Internetquellen wurde zuletzt am 14.4.2024 zugegriffen.

¹ Vgl. nur den sechsten IPCC-Sachstandsbericht, abrufbar unter <https://www.de-ipcc.de/250.php>.

die Akzeleration der Entwicklungen als weiteres Spezifikum des Klimawandels zu nennen, aus der zahlreiche weitere Folgeprobleme resultieren.

Die Menschen haben als Verursacher:innen eine besondere Verantwortung. Dies werde ich im Weiteren noch begründen. Damit vertrete ich einen methodischen oder aufgeklärten relationalen Anthropozentrismus,² der die Pflicht zur Verantwortungsübernahme beim Menschen sieht, aber – durch das Attribut relational ausgedrückt³ – auch den Menschen in Interdependenz zur nicht-menschlichen Welt versteht. Diese Positionsbestimmung zu Beginn ist wichtig, gäbe es doch auch gute Gründe für verschiedene Arten des Physiozentrismus, bei dem die Natur bzw. nicht-menschliche Entitäten einen Eigenwert haben und der Mensch in keine Sonderstellung gehoben wird bzw. sich in diese hebt.

Hauptgrund, eine relationale Anthropozentrik zu vertreten, ist für mich, dass vor allem der Sachgegenstand Klimakrise in vielen Bereichen eine bewusste Verantwortungsübernahme benötigt: Die Maßnahmen zum Klimaschutz werden nicht ohne Änderungen unserer Vorstellungen vom guten Leben vorstattegehen können und verlangen von uns, Einschränkungen der individuellen Freiheiten hinzunehmen. Hier ist der Mensch als moralfähiges Wesen für die nicht-menschliche Natur auch in der Verantwortung.

Bleibt man bei diesem relationalen Anthropozentrismus, so muss man sich vor allem die gesundheitlichen Effekte des Klimawandels vor Augen führen.⁴ Als solche direkten Effekte bezeichnen Expert:innen die Morbidität und Mortalität, die aus extremen Temperaturereignissen resultieren, Verletzungen bis hin zur Mortalität, die andere klimabezogene Ereignisse (Sturmfluten als Beispiel) verursachen können, oder auch Risiken für die mentale Gesundheit und das Wohlbefinden (Stichwort Klimaangst). Als allgemeine (also nicht nur auf die Gesundheit bezogene) indirekte Effekte werden vom *Nuffield Council on Bioethics* gelistet: Mangelernährung durch Knappheit von Nahrungsmitteln und Wasser; gestiegene klimasensitive infektiöse Krankheiten; Umsiedlung und Migration als Antwort auf den Klimawandel; Verlust der Biodiversität und Unwuchten des Ökosystems resultierend aus den Extremwetterereignissen; gestiegene Armut und Verschärfung schon bestehender Ungleichheiten; ansteigendes troposphärisches Ozon; Rückgang möglicher physischer Aktivität; und indirekte Auswirkungen auf die mentale Gesundheit. Dies ist sicherlich keine abschließende Liste, aber soll vor allem die Intersektionalität der Ursachen wie auch Folgen des Klimawandels aufzeigen. All dies ist der Ausgangspunkt für die nun zu beschreibende Ethik.

² Vgl. A. Grunwald/J. Kopfmüller, *Nachhaltigkeit* (3. Aufl., 2022).

³ Vgl. A. Merkl/K. Schlögl-Flierl, *Moraltheologie kompakt* (2022), 321 ff.

⁴ Vgl. *Nuffield Council on Bioethics*, *Health, climate change & ethics* (2023).

A. Klimaethik als neue Bereichsethik

Klimaethik, als neue Bereichsethik,⁵ ist diejenige wissenschaftliche Disziplin, die sich damit beschäftigt, wie der moralisch richtige Umgang mit den Folgen des Klimawandels aussehen sollte. Dabei können verschiedene Ansätze gewählt werden. Beispielsweise würde ein utilitaristischer Ansatz die Folgenbestimmung in einer Nutzen-Kostenabwägung vornehmen.⁶ Bevor jedoch einzelne Ansätze zur Klimagerechtigkeit referiert und damit notwendige normative Pflöcke eingeschlagen werden, soll es noch zu einer Bestimmung der ethischen Signatur des Klimawandels kommen.

Wie muss das Klima insgesamt betrachtet werden, und welche Folgen hat eine solche Betrachtung für die Charakterisierung der oben bereits erläuterten Verantwortung des Menschen? Ich möchte hier der Einordnung folgen, nach der die Klimakrise Folge der Übernutzung von Allmende-Ressourcen ist.⁷ Eine Allmende war im Mittelalter die Gemeindewiese, die von jedem:r Dorfbewohner:in genutzt werden durfte. Wenn aber einzelne (oder auch viele oder gar alle) der berechtigten Nutzer:innen ihre Tiere zu intensiv auf der Allmende weiden ließen, kam es zu einer Übernutzung, und das Ende der Gemeindewiese aufgrund von Überlastung war besiegelt. 1968 wurde diese Problematik vom Biologen *Garrett Hardin* als „tragedy of the commons“ auf den Punkt gebracht.⁸ In den Augen *Hardins* ist der:die Einzelne stets bestrebt, für sich selbst einen möglichst großen Gewinn zu erzielen unter Missachtung der damit einhergehenden Kosten für alle. Jede:r Einzelne trägt zum Ruin der Gemeinschaft bei, aber damit auch zum je eigenen. Übertragen auf das Klima heißt das: Da das Klima ein globales Gemeingut (*global common*) ist, sind wir alle beteiligt, also mitverursachend, und zugleich betroffen. Doch hat *Hardins* Analyse auch Kritik erfahren. So schreibt die Wirtschaftswissenschaftlerin *Elinor Ostrom*:

„Zwar hat Hardin zu Recht darauf verwiesen, dass wertvolle Ressourcen übernutzt werden können, wenn der Zugang zu ihnen unbegrenzt ist, aber wenn er das Fazit zieht, dies sei eine unvermeidliche Tragödie, dann schert er alles über einen Kamm. Und das ist viel zu pauschal.“⁹

Ostrom hat in ihrer Forschung untersucht, wie Gemeingüter gestaltet sein müssen, damit sie nicht übernutzt werden, und sie hat gezeigt, dass in konkreten

⁵ Ob es so viele neue Bereichsethiken wie etwa die Maschinenethik, die KI-Ethik, die Wasserethik geben soll, ist umstritten.

⁶ *D. Birnbacher*, Klimaethik. Eine Einführung (durchgesehene und aktualisierte Ausgabe, 2022).

⁷ Vgl. auch *M. Vogt*, Klimaschutz, Christliche Sozialethik: Grundlagen – Kontexte – Themen. Ein Lehr- und Studienbuch (2022), 472–482.

⁸ *G. Hardin*, The Tragedy of the Commons, Science, New Series, Vol. 162, No. 3859 (1968), 1243–1248.

⁹ *E. Ostrom*, Was mehr wird, wenn wir teilen. Vom gesellschaftlichen Wert der Gemeingüter (2011), 54.

Grenzen und Gemeinschaften, in denen Millionen von Menschen leben, bei funktionierenden, selbstbestimmten Regelwerken durchaus nachhaltig gewirtschaftet werden kann. So können Gemeingüter, die normalerweise einer Gemeinschaft gehören, etwa klar definierten Benutzergruppen zugewiesen werden. Auch die nähere Definition des jeweiligen Gemeingutes (ob der Erfolg von dem schwächsten Glied oder von gemeinsamen aggregierten Anstrengungen abhängt) wird als zielführend in der Debatte wahrgenommen.

Überträgt man die Erkenntnisse der Commons-Forschung auf den Klimawandel und dessen Folgen, kommen weitere Probleme hinzu: Die Beiträge zur Übernutzung des Klimas als Allmende bzw. *global common* wie auch die Folgen dieser Übernutzung sind räumlich und zeitlich unterschiedlich verteilt. Diese räumliche und zeitliche Ungleichheit in Verursachung und Betroffenheit ruft erste ethische Reflexionen auf den Plan, die für den Ausgleich dieser Ungleichheiten normative Orientierung geben sollen. Hier wird vor allem in der Kategorie der ausgleichenden Gerechtigkeit gedacht. Bei Übertragung dieser Erkenntnis der Commons-Forschung auf den Klimawandel ist es möglich, bisher eingeschlagene Lösungsmöglichkeiten kritisch zu hinterfragen, wie dies Jörg Haas und Peter Barnes mit Blick auf den Emissionshandel tun:

„Bisher wurde die Atmosphäre wie Niemandsland und nicht als Gemeingut behandelt. Verschmutzer konnten sie – erlaubnisfrei und kostenlos – als Mülldeponie missbrauchen. Da mit der Verbrennung fossiler Brennstoffe nach wie vor viel Geld verdient werden kann, wird die Atmosphäre bisher gnadenlos übernutzt. Mit katastrophalen Konsequenzen für uns und unsere Nachkommen. Eine tragische Entwicklung ganz nach Garrett Hardin. Die Einführung des Emissionshandels kann als ein Instrument angesehen werden, um den Zugang zur atmosphärischen Allmende zu regulieren und ihre Nutzung schrittweise auf ein tragfähiges Maß zurückzuführen. Doch so, wie es bisher gehandhabt wird, kommt der Emissionshandel einer Privatisierung der Gemeingüternutzung zugunsten der größten Emittenten gleich. Ein Skandal, wie wir meinen.“¹⁰

Nicht einfacher wird die ethische Signatur des Klimawandelproblems für Klimaethiker:innen, da die intersektionale Wirkung immer deutlicher zutage tritt. Die Intersektionalitätstheorie kann dabei helfen, auf mehrdimensionale Diskriminierungserfahrungen aufmerksam zu machen und Strategien gegen jene Wechselbeziehungen zu eröffnen.¹¹ Man denke nur an die Verbindung von Geschlecht und Armut in der Klimakrise, also dass (vor allem arme) Frauen durch die Folgen, etwa in ihrer Gesundheit, ungleich mehr betroffen sind als

¹⁰ J. Haas/P. Barnes, Die Atmosphäre als Gemeingut. Zur Zukunft des Europäischen Emissionshandels, in: S. Helfrich/Heinrich-Böll-Stiftung (Hrsg.), Wem gehört die Welt? Zur Wiederentdeckung der Gemeingüter (2009), 229–236, 229.

¹¹ Siehe weitergehend K. Crenshaw, Demarginalizing the Intersection of Race and Sex (1989).

Männer.¹² Das weitere Problem der Klimaflüchtlinge würde einen eigenen Aufsatz benötigen und sollte in rechtlicher Perspektive erst einmal bedacht werden.¹³ Eine Komplexitätssteigerung folgt schließlich noch daraus, dass die (Klimawandel-)Folgen für manche positiv ausfallen können, z.B. für invasive Arten, die von einer Klimaerwärmung profitieren.¹⁴ Dies bedeutet Ambiguitäten in der Bekämpfung des Klimawandels und dessen Folgen. Angesichts dessen ist es umso wichtiger, die ethische Signatur des Klimawandels zu reflektieren. Wie kann der Klimawandel ethisch richtig gefasst werden?

B. Der „moralische“ Sturm

Der berühmte Klimaethiker *Stephen M. Gardiner* hat ein wirkmächtiges Bild geprägt und nennt drei Herausforderungen, die bei der Frage des Klimawandels und dem Umgang mit dessen Folgen unglücklich zusammentreffen. Er fasst seine Auffassung in das Bild des „moral storm“. ¹⁵ Wie ein Schiff ist die Gesellschaft im 21. Jahrhundert in einen Sturm geraten, aus dem nicht mehr leicht ein Ausweg gefunden werden kann. Einfache Lösungen stehen nicht zur Verfügung, sondern es muss sich der Komplexität des Problems bewusst gemacht werden.

„Die charakteristischen Eigenschaften des Klimawandelproblems führen zu einer erheblichen Beeinträchtigung unserer Fähigkeit, diejenigen schwierigen Entscheidungen zu treffen, die notwendig sind, um das Problem erfolgreich zu adressieren. Der Klimawandel ist ein perfekter moralischer Sturm und eine Folge dieses Sturms ist es, dass wir selbst dann, wenn wir die schwierigen ethischen Fragen rund um den Klimawandel beantworten könnten, es immer noch schwierig fänden zu handeln. Denn dieser Sturm macht uns äußerst anfällig für moralische Korruption.“¹⁶

Es sind drei Dimensionen, die *Gardiner* identifiziert. (1) Der Sturm ist global: Die Verteilung von Ursachen und Wirkungen des Klimawandels ist weltweit (wie aber auch innergesellschaftlich) ungleich. Die Ursachen sind z.B. übermäßige Emissionen im Globalen Norden, welche Auswirkungen auf das Leben im Globalen Süden haben. So ist der:die Verursacher:in nicht der:die Betrof-

¹² Vgl. zu neuen Entwicklungen: <https://www.bmz.de/de/themen/frauenrechte-und-gender/gender-und-klima>. Vgl. auch *P.E. Perkins*, Climate justice, gender and intersectionality, in: T. Jafrey (Hrsg.), Routledge Handbook of Climate Justice (2019), 349–358.

¹³ Siehe dazu etwa *S. Fontana*, „Klimaflucht“ – Regelungsbedarf und Regelungspotentiale, ZAR 2023, 55.

¹⁴ Vgl. die Kernaussagen des Berichts des Weltbiodiversitätsrates, abrufbar unter https://www.de-ipbes.de/files/IPBES_IAS_SPM_Uebersetzung_Kernaussagen.pdf.

¹⁵ Der englische Ausdruck geht auf *S. Junger*, The Perfect Storm (1997) zurück. Das Buch handelt von einem verheerenden Hurrikan, der nur durch das Zusammentreffen mehrerer Stürme und weiterer Wetterereignisse entstehen konnte.

¹⁶ *S.M. Gardiner*, Ein perfekter moralischer Sturm: Klimawandel, intergenerationelle Ethik und das Problem der moralischen Korruption, in: J. Gehrmann (Hrsg.), Klimawandel und Ethik (2020), 125, 126.

fene und erst allmählich sind die Bewohner:innen des Globalen Nordens ebenso betroffen wie diejenigen des Globalen Südens. Bisher wurde institutionell nicht adäquat auf diese fragmentierte Akteursschaft reagiert. Genau aus diesem Grund gibt es auch Kritik am Begriff „Anthropozän“ oder „anthropogene Klimakrise“. Es sind eben nicht alle Menschen, oder Menschen allgemein, die die Klimakrise verursachen, sondern bestimmte Handlungen bestimmter Menschen. Vor diesem Hintergrund spricht der Umwelthistoriker *Jason W. Moore* vom „Kapitalozän“.¹⁷

(2) Neben der globalen ist auch die intergenerationelle Dimension einzubeziehen. Besonders in Fragen der Bewältigung des Klimawandels wird uns vor Augen geführt, dass unser Handeln Auswirkungen auf das Leben der zukünftigen Generationen hat. Hier geht es um Fragen der Mitigation (Abschwächung) und Adaption (Anpassung). Es handelt sich also neben den globalen auch um zeitliche, in die Zukunft gedachte Fragen.

(3) Die dritte Dimension, die den Sturm weiter antreibt, ist die theoretische Dimension, da die Instrumente zur Bewältigung des Klimawandels und seiner Folgen bislang nicht klar und weil die bislang genutzten Instrumente angesichts der Größe des Problems nicht adäquat sind oder auf sehr unterschiedlichen Ebenen (Mikro-, Meso- und Makroebene) liegen. In der Gesamtschau sieht *Gardiner* die moralischen Herausforderungen des Klimawandels als „ethische Katastrophe“, die sich ebenfalls aus mehreren „Stürmen“ zusammensetzt.

Bei einer solchen multidimensionalen Problemlage gibt es nach dem deutschen Umweltethiker *Konrad Ott* keine idealen Lösungen.¹⁸ Sie müssen im besten Fall „fair“ genug sein, aber eine Verhinderung des Klimawandels bzw. eine Rückkehr in eine vorindustrielle Zeit ist nicht möglich. Und hier setzt genau die Aufgabe der Ethik an, diese Fairness als Klimagerechtigkeit auszubuchstabieren.

In seinen neuesten Veröffentlichungen zur *Future Ethics* spricht *Gardiner* bezogen auf die Herausforderungen im Umgang mit dem Klimawandel von einer „Tyrannei des Gegenwärtigen“.¹⁹ Damit ist ein ethisches Problem noch einmal „verdichtet“, welches die Gegenwartspräferenz der jetzigen Lebenden auf den Punkt bringt. Wie kann überhaupt für zukünftige Generationen²⁰ (wie aber auch für die nicht-menschliche Welt) gedacht und entschieden werden? Damit ist die Schwierigkeit der Antizipation des Lebens für noch nicht Gebo-

¹⁷ Vgl. *J.W. Moore*, The Capitalocene, Part I: on the nature and origins of our ecological crisis. *The Journal of peasant studies* 44/3 (2017), 594–630.

¹⁸ Vgl. *K. Ott*, Domänen der Klimaethik, ein neuer Blick – Domains of Climate Ethics Revisited, in: U. Breuer/D.D. Genske (Hrsg.), *Ethik in den Ingenieurwissenschaften. Eine Annäherung* (2021), 379.

¹⁹ *Gardiner* sieht darin eine „Tyrannei des Gegenwärtigen“, das Festhalten am gegenwärtigen Lebensstil als Zumutung für alle zukünftigen Generationen: *S.M. Gardiner*, *Future Ethics*, in: A. Grunwald/R. Hillebrand (Hrsg.), *Handbuch Technikethik* (2021), 203.

²⁰ Vgl. *D. Parfit*, *Reasons and Persons* (1984), 351 ff.

rene angesprochen. Wir können uns nur theoretisch vorstellen, wie sie leben möchten. Diese nur theoretische Antizipation bildet mit *Gardiner* das Einfallstor für eine Vorteilsnahme der Gegenwart.

Oft wird versucht, die mit der Metapher des moralischen Sturms auf den Punkt gebrachten Ungleichheiten mit einem Egalitarismus zu beantworten. Aber meine These ist, dass solch eine egalitäre Sichtweise, wonach die Ungleichheit ausgeglichen werden muss, das Problem nur teilweise löst. Ich vertrete nach der Vorstellung der verschiedenen Konzeptionen der Klimagerechtigkeit (unter II) eine verschränkende Position, die versucht, die unterschiedlichen Problemlagen zusammenzubringen, die mit dem Klimawandel einhergehen, und die Fragen nach der Gerechtigkeit mit denjenigen des guten Lebens zu verknüpfen (unter III). Am Ende dieser Ausführungen steht eine Schwellenwertkonzeption.²¹

Neben dieser ethischen Signatur kommt noch etwas Weiteres hinzu: Die Diskrepanz zwischen der Rolle des Individuums und des Kollektivs. Der individuelle Beitrag zur Bewältigung des Klimawandels wurde in der Vergangenheit sehr unterschiedlich eingeschätzt. Prägte lange das Paradigma der Konsument:innenverantwortung und damit die individuelle Einflussnahme als Beitrag zum nachhaltigen Konsum die Debatte, so wird immer mehr von einer Verschränkung von individueller und kollektiver Ebene gesprochen.²² Denn ohne entsprechende Rahmenbedingungen kann sich das Individuum nicht für einen klimasensiblen Konsum entscheiden.

Zusammenfassend sei formuliert: Die Bewältigung des Klimawandels stellt also das größte Kollektivgutproblem dar, welches die Menschheit je hatte. Für jedes *common*, wie beispielsweise das Wasser,²³ stellen sich entsprechende Herausforderungen. Eine solche ist etwa das Trittbrettfahrerproblem. Damit wird eine Verhaltensweise bezeichnet, die den eigenen Beitrag als geringfügig erachtet und sich mit der Aufforderung verbindet, andere mögen zunächst tätig werden. Man ist Trittbrettfahrer der Anstrengung der meisten, wenn sich etwa die Wasserqualität verbessert, aber man selbst keinen Beitrag leistet. Neben diesen klassischen Herausforderungen ist aber noch ein weiterer Punkt beim *global common* Klima anzusprechen, nämlich die historische Schuld oder die aus der Geschichte erwachsene Verantwortung.

C. Historische Verantwortung

Man kann den Klimawandel von einer einfachen *loss and damage*-Seite betrachten und überlegen, welche Verluste und welche Schäden durch den men-

²¹ Vgl. S. Kistler, Wie viel Gleichheit ist gerecht? Sozialethische Untersuchungen zu einem nachhaltigen und gerechten Klimaschutz (2018).

²² Vgl. A. Kallhoff (Hrsg.), Klimagerechtigkeit und Klimaethik (2015).

²³ Vgl. A. Kallhoff, Water Ethics: Toward Ecological Cooperation, in: S. Gardiner/A. Thompson (Hrsg.), The Oxford Handbook of Environmental Ethics (2017), 416.

schengemachten Klimawandel der ganzen Welt aufgebürdet werden und wie diese durch die ganze Welt aufgefangen werden können. Doch hierbei stellt sich die Frage nach einer historischen Verantwortung. Viele Industrieländer haben lange Zeit Emissionen in großer Menge ausgestoßen und damit den anthropogenen Klimawandel verursacht bzw. verstärkt. Dies kann man als historische „Schuld“ begreifen und auf das Verursacherprinzip (derjenige, der CO₂-Emissionen ausgestoßen hat, trägt mehr Verantwortung) zurückführen.

Aber wie weit reicht diese „Schuld“ zurück? Bis zur Industrialisierung? Oder bis zum Zeitpunkt, an dem die Staatengemeinschaft erkannte, dass die Höhe der CO₂-Emissionen sinken muss, um die vom *Intergovernmental Panel on Climate Change* (IPCC) ausgerechneten Ziele zu erreichen, also von 1990 an gerechnet? Wie auch in Belangen der Zukunft, ist das Ansetzen am genauen Zeitpunkt in der Vergangenheit, um von dort aus die Schadenshöhe zu berechnen, nicht unumstritten. Das als *grandfathering* bekannte Vorgehen, also die Verhältnisse zu Großvaters Zeiten als Berechnungsgrundlage zu nehmen, ist als Ausgangsniveau eine klare normative Aussage, denn damit geht das Prinzip der Bestandserhaltung einher.²⁴ Lässt diese Bedingung im Nachhinein genügend Platz für neue Ideen und Transformationen?

Um den normativen Festlegungen gerecht zu werden, wird speziell für den Bereich der Klimaethik die Abwägung oder auch Zusammenführung von drei Prinzipien vorgeschlagen: das Verursacherprinzip, das Leistungsfähigkeitsprinzip und die Ausrichtung an der Nutznießerschaft. Zum einen kann die Klimaethik vom Verursacherprinzip her entwickelt werden. Derjenige, der in der Vergangenheit am meisten CO₂ verursacht hat und gegenwärtig verursacht, muss danach anteilmäßig den größten Teil der Kosten übernehmen. Ein zweites Prinzip bezieht sich auf die Leistungsfähigkeit: Nur diejenigen Länder, die am meisten einbringen können und wirtschaftlich dazu in der Lage sind, sollen diese Leistungen erbringen. Davon zu unterscheiden ist drittens das Nutznießerprinzip, das die größten Nutznießer des Klimawandels und dessen Folgen am meisten in der Pflicht sieht.

D. Theoretische Einbettung

Schließlich ist zu klären, von welchem Leitgedanken die Klimaethik „formiert“ werden soll. Handelt es sich beispielsweise um eine Risikoethik,²⁵ so muss das Risiko in diesem Bereich näher bestimmt werden. Nach *Ortwin Renn*²⁶ ist das Risiko im Klimawandel die Unwissenheit über die eigene Betroffenheit. Die konkrete Form der Betroffenheit wird jeder und jedem in unterschiedlicher Art und Weise deutlich und hängt etwa vom Wohnort und

²⁴ Vgl. *Birnbacher* (Fn. 6), 50 f.

²⁵ Vgl. *F.C. Günther*, Klimaethik – Klimapolitik – Klimasoziologie. Zur Theorie der sozialen Klimakatastrophe (2022).

²⁶ *O. Renn*, Das Risikoparadox. Warum wir uns vor dem Falschen fürchten (2014).

sozio-ökonomischem Status des:der Einzelnen ab. Deswegen ist das Risiko hier weniger stark gewichtet.

Neben diesen grundsätzlichen Überlegungen sind es aber vor allem die Theorieintergründe, die wichtig sind, um die Diskussion der Klimawandelbewältigung nicht in neue Abhängigkeitsdiskurse zu führen. Deshalb wird häufig vorgebracht, dass ein postkolonialistischer Theorierahmen eine wichtige Hintergrundfolie bilde. Einen solchen Theorierahmen bietet beispielsweise der indische Historiker *Dipesh Chakrabarty*,²⁷ der aufgrund der anthropogenen Verursachung des Klimawandels die Auflösung der humanistischen Unterscheidung zwischen Natur- und Menschheitsgeschichte befürwortet. Da der Mensch im Anthropozän massiv in die Geschichte eingreift, kann die menschliche Geschichtsschreibung nicht ohne Naturgeschichte der menschlichen Spezies gelingen.

Was ist nun die Zielperspektive einer Klimaethik? Hier hat der Philosoph *Marcus Düwell* die deutliche Fokussierung auf das politische Handeln gefordert.

„Natürlich sind diese Herausforderungen in erster Linie politische Herausforderungen, sie können – wenn überhaupt – nur durch politisches Handeln bewältigt werden. Doch zugleich setzt erfolgreiches politisches Handeln voraus, dass relevante Handlungsmöglichkeiten vorhanden sind. [...] Die Frage ist also, wodurch die Wissenschaft zur Erweiterung der Handlungsmöglichkeiten und -perspektiven beitragen kann.“²⁸

Dabei soll es weder darum gehen, neue Technologien als Wundermittel zu betrachten noch technische Lösungen per se zu diskreditieren. Für die Ethik geht es darum, die Kriterien für die Beurteilung der technischen Lösungen zu entwickeln. Dies soll im Folgenden durch Einlassungen zur Klimagerechtigkeit erfolgen. Zuvor jedoch muss noch das Verhältnis zwischen Fragen der Gerechtigkeit und denjenigen des zukünftigen Lebens geklärt werden.

„Eine angemessene Verhältnisbestimmung zwischen beiden Begriffen darf sich nicht darauf beschränken, das Gerechte nur als einen Teilbereich des Guten anzusehen. Ein sektorales Verständnis des Gerechten übersieht, dass diesem innerhalb des Guten eine Sonderstellung zukommt, als es die Bedingungen benennt, die bei der Verwirklichung des Guten niemals verletzt werden dürfen und insofern vorrangige Beachtung erfordern. Der Begriff des Gerechten ist somit dem des Guten einerseits nachgeordnet, da dieser umfassender ist; andererseits erweist er sich dem Guten gegenüber als logisch prioritär, da dieses die Anerkennung moralischer Rechte voraussetzt. Die konkrete Realisierung des Guten verlangt daher die unbedingte Achtung vor dem Gerechten – auch um den Preis des Verzichts auf die weitere Maximierung des Guten, wenn diese nur durch eine Verletzung der Gerechtigkeit erkaufte werden könnte.“²⁹

²⁷ Vgl. *D. Chakrabarty*, Das Klima der Geschichte im planetarischen Zeitalter (2022).

²⁸ Vgl. *M. Düwell*, Zur Zukunft der Klimaethik, Jahrbuch für Wissenschaft und Ethik 21/1 (2017), 115.

²⁹ *E. Schockenhoff*, Grundlegung der Ethik. Ein theologischer Entwurf (2. Aufl., 2014), 530.

In ganz unterschiedlichen Ethikansätzen wie denjenigen von *Charles Taylor*, *Alasdair MacIntyre*, *Martha C. Nussbaum*, *Ursula Wolf* oder *Martin Seel* wird um die Wiedergewinnung der Frage nach dem Guten gerungen. Dabei wird angeknüpft an eine aristotelische Strebensethik, welche die Sphäre des Gerechten mit derjenigen des Guten verbindet. Die Verwiesenheit des Gerechten auf das Gute zeigt sich in der Abhängigkeit von den starken Wertungen des Subjekts und seiner moralischen Identität. Das Gerechte bekommt auf der anderen Seite seine Eigenständigkeit, indem seine Forderungen von jedem Standpunkt aus als verbindlich angesehen werden.

„Auch wenn das Gerechte wirksam und dauerhaft nur verfolgt werden kann, wenn der Handelnde zugleich über eine umfassende Anschauung des Guten verfügt, muss es unabhängig von dieser erkennbar sein und darf daher nicht aus ihr abgeleitet werden.“³⁰

So wird von einer grundsätzlichen Verwobenheit zwischen dem Guten und dem Gerechten ausgegangen.

Neben diesen grundsätzlichen Annahmen fällt auf, dass Fragen der Bewältigung des Klimawandels von weiteren sehr unterschiedlichen Faktoren abhängen. Auf eine nicht zu unterschätzende Rolle der Medien in der Thematisierung des Ob und Wie des Klimawandels verweist etwa die Österreichische Bioethikkommission.³¹ Dies wäre auch noch spannend zu erarbeiten, aber kann in diesem Beitrag nicht geleistet werden.

II. Klimagerechtigkeit

In diesem zweiten Abschnitt, der sich der Klimagerechtigkeit als zentraler Kategorie der ethischen Beschäftigung mit dem Klimawandel widmet, sollen verschiedene theoretische Ansätze beleuchtet werden.

Gerechtigkeit kann aus der Tradition heraus z.B. als Tugend verstanden werden, aber auch als (Struktur-)Frage nach den notwendigen Rahmenbedingungen, sodass Menschen sowie Umwelt gegenüber gerecht gelebt werden kann. In der englischsprachigen Debatte herrscht zum einen die Frage nach der „Equality of what“, also in Hinsicht auf die Gleichverteilung vor: Welche Güter sollen gleich verteilt werden? Diese wird ergänzt zum anderen durch die Debatte „Why equality“, in der darauf verwiesen wird, dass es nicht (nur) Gleichheit als Ziel gibt, sondern auch andere Aspekte für die wesentliche Bestimmungslücke der Gerechtigkeit zuständig und auszumachen sind.

Diese Gerechtigkeitsfragen sind schwierig zu beantworten, und ihre Beantwortung wird tiefe Einschnitte (sprich Freiheitseinschränkungen) auf allen

³⁰ Schockenhoff (Fn. 29), 573 f.

³¹ Vgl. Österreichische Bioethikkommission, *Der Klimawandel als ethische Herausforderung* (2022).

Ebenen nach sich ziehen. Es überrascht daher wenig, dass für viele die Zukunft weniger in normativen als in technischen Lösungen dieser Probleme lag. Die Haltung des *technological fix* ist nicht grundsätzlich abzulehnen, aber es stellt sich die Frage, ob es genügend technische Innovationen zur Lösung all der vom Klimawandel verursachten Probleme gibt oder ob nicht so manche technische Lösung zukünftigen Generationen wiederum unverhältnismäßige Bürden auferlegt. Von *Ottmar Edenhofer* und *Martin Kowarsch* kommt hierzu folgende Einschätzung:

„Ambitionierte Klimaziele erfordern vielen Modellszenarien zufolge auch ‚negative Emissionen‘ (IPCC 2018): Mittels verschiedener, jedoch teilweise riskanter oder unausgereifter Technologie kann der Atmosphäre in gewissem Umfang CO₂ wieder entzogen werden, um es z.B. unterirdisch einzulagern, biologisch zu binden oder gar als Rohstoff zu verwenden (IPCC 2018). Deutlich umstrittener, riskanter und spekulativer sind andere, als angebliche Notlösung diskutierte, bisher aber verzichtbare Varianten des Geo-Engineerings. Hier geht es um die gezielte Veränderung der Strahlungsbilanz (‚Solar Radiation Management‘), bei dem z.B. durch Partikeleintrag oder Sonnensegel in höheren Atmosphärenschichten die Sonneneinstrahlung reduziert werden soll.“³²

M.E. ist es verfehlt, allein auf technologische Innovationen zu setzen. Es bedarf einer großen (gesellschaftlichen) Transformation,³³ die ein Umdenken in allen Bereichen sowie eine Umsetzung auf der individuellen wie kollektiven (institutionellen, politischen, staatlichen und strukturellen) Ebene erfordert. Eine solche – oft als sozial-ökologische bezeichnete – Transformation ist dabei nicht als Verordnung von oben zu verstehen, sondern als Bewegung, die alle Bürger:innen mitnehmen will, also von den Menschen kommt.

A. Egalitarismus

Eine egalitäre klimaethische Position betrachtet das Klima im Ausgangspunkt als Gemeingut, dessen Teilhabe allen (Menschen wie Nicht-Menschen) zu gleichen Teilen und Bedingungen zusteht. Ein Ergebnisegalitarismus gibt dabei das Ziel aus, dass für alle ein gleiches Wohlfahrtsniveaus erreicht werden soll. Demgegenüber stehen im Ressourcenegalitarismus pro Person gleiche Rechte auf Emissionen zu, sodass ungleiche Emissionsrechte begründungsbedürftig sind.

Bei genauerer Betrachtung aber wird deutlich, dass sich die gleichen Anteile gar nicht so einfach berechnen lassen, z.B. aufgrund der zeitlichen Dimension und des demographischen Wandels. Aus gleichen Eigentumsverhältnissen folgen zudem nicht unbedingt gleiche Nutzungsrechte.³⁴ Letztlich ist das Gleich-

³² O. Edenhofer/M. Kowarsch, Klimaschutz und Klimawandel, in: C. Neuhäuser et al. (Hrsg.), Handbuch Angewandte Ethik (2023), 867.

³³ Vgl. Wissenschaftlicher Beirat der Bundesregierung Globale Umweltveränderungen, Welt im Wandel. Gesellschaftsvertrag für eine Große Transformation (2011).

³⁴ Vgl. D. Roser/C. Seidel, Ethik des Klimawandels. Eine Einführung (2013), 123.

heitsparadigma aber angesichts der Herausforderungen des Klimawandels nicht hinreichend tragfähig. Die geografischen (je nach Lebensort im Globalen Süden oder Norden) und kulturellen Differenzen (unterschiedliche Verständnisse des guten Lebens) erzeugen einen unterschiedlichen Bedarf an Ressourcen für das Leben (und sei es nur das Überleben).

Der normative Sinn von Gleichheit ist nicht die Nivellierung von Unterschieden, sondern die Sicherung der Menschenrechte und die Ermöglichung von Interaktion. In diese Richtung hat *Henry Shue* in seinem Buch „Basic Rights. Subsistence, Affluence, and U.S. Foreign Policy“ wegweisend zwischen Sicherheit und Subsistenz-Rechten auf der einen und Luxusrechten auf der anderen Seite unterschieden. Mit den *security rights* sind *physical rights* verbunden.

„It will emerge that subsistence, or minimal economic security, which is more controversial than physical security, can also be shown to be as well justified for treatment as a basic right as physical security is – and for the same reasons.“³⁵

Minimale ökonomische Sicherheit meint etwa unverschmutzte Luft und Wasser, adäquates Essen und passende Kleidung.³⁶ Subsistenz-Rechte gehören also ebenfalls zu den Grundrechten. „Therefore, security and subsistence must be socially guaranteed, if any rights are to be enjoyed. This makes them basic rights.“³⁷ Angewandt auf die Emissionen unterscheidet *Shue* Luxusemissionen, die nicht unbedingt für das Überleben notwendig sind, von Subsistenzemissionen.

B. Non-Egalitarismus

Neben egalitären Positionen haben sich in der Debatte auch nicht-egalitäre Positionen herausgebildet, z.B. der Suffizientarismus und der Prioritarismus. Mit *Shue* wurde schon die Position des Suffizientarismus angesprochen, dem es um die Sicherstellung geht, dass alle über ein ausreichendes Maß an (grundlegenden) Gütern verfügen. Die Frage, wie diese Güter definiert werden, wird unter Rekurs auf die (grundlegenden) Bedürfnisse von Menschen und je nach Ansatz auch mit Blick auf die nicht-menschliche Natur beantwortet.³⁸ Es geht also um die Sicherung eines allgemeinen Existenzminimums, wie es etwa auch die

³⁵ *H. Shue*, Basic Rights. Subsistence, Affluence, and U.S. Foreign Policy (2. Aufl., 1980), 23.

³⁶ Vgl. *Shue* (Fn. 35), 23.

³⁷ *Shue* (Fn. 35), 30.

³⁸ Vgl. *J. Ostheimer*, Der Klimawandel als gesellschaftliche Herausforderung, in: M. Dabrowski/P. Ehret/J. Wolf (Hrsg.), Klimaschutz global gerecht gestalten (2023), 8–32, 22, abrufbar unter <https://www.kas.de/documents/d/guest/sozialethik-konkret-klimaschutz-global-gerecht-gestalten>.

Nachhaltigkeitsdefinition im *Brundtland*-Bericht³⁹ und die Zielkorridore der *Sustainable Development Goals*⁴⁰ vorgeben.

Der moralische Grundsatz dabei lautet, dass den Menschen ein angemessenes Existenzminimum garantiert werden soll und diejenigen, die dieses Maß unterschreiten, vorrangig die notwendigen Mittel erhalten und/oder sie von eigenen Leistungsbeiträgen befreit werden.⁴¹ Den Theorierahmen zu Beginn aufnehmend, haben die inhaltlichen Festlegungen des Minimums die soziokulturellen Besonderheiten zu beachten.⁴² Als ethische und anthropologische Konzeptionen dient hier der Befähigungsansatz von *Amartya Sen* und *Martha C. Nussbaum* als Grundlegung.⁴³ Bei einer Schädigung geht es um die Gefährdung des Existenzminimums.

„Nötig sind [...] inhaltliche Diskussionen darüber, welche Tätigkeiten oder Fähigkeiten ein gutes Leben ausmachen und welche sozio-strukturellen Voraussetzungen dafür erforderlich sind.“⁴⁴

Neben dem Suffizientarismus findet sich auch die Position des Prioritarismus (Vorrangprinzip). In Belangen des Klimawandels steht hier die Vermutung am Anfang, dass künftige Menschen im Vergleich mit der gegenwärtigen Generation schlechter gestellt sind, weil sich die klimatischen Verhältnisse in den meisten Regionen der Welt verschlechtern werden.

Das Vorrangprinzip sieht dabei vor, dass diese Bewohner:innen bevorzugt werden. Auf die globalen Verhältnisse angewendet, bedeutet dies, dass die Ungleichverteilung von Emissionsrechten zugunsten ärmerer Länder und Menschen gelöst werden muss. Aber dieses Vorrangprinzip kann genauso für die schlechtergestellten Menschen der jetzigen Generationen sowohl konsequentialistisch (Folgen von sozialer Spaltung verhindern) als auch deontologisch (Vorrang der Bedürftigen aufgrund der gleichen Menschenwürde aller) begründet werden.

Der große Unterschied zum Suffizientarismus besteht darin, dass die vorrangige Berücksichtigung der Schlechtergestellten auch weiterhin gilt, selbst wenn diese mittlerweile über einen festgelegten Schwellenwert gelangt sind, sollte dieser Ansatz mit einem Schwellenwertkonzept verbunden werden, was nun im nächsten Punkt erfolgt.

³⁹ <https://www.are.admin.ch/are/de/home/medien-und-publikationen/publikationen/nachhaltige-entwicklung/brundtland-report.html>.

⁴⁰ <https://sdgs.un.org/goals>.

⁴¹ Vgl. *Ostheimer* (Fn. 38), 23.

⁴² Vgl. *Ostheimer* (Fn. 38), 23.

⁴³ Siehe dazu auch *A. Sen*, Die Idee der Gerechtigkeit, in: Bundeszentrale für politische Bildung, Schriftenreihe Bd. 1092 (2010); *M.C. Nussbaum*, Creating Capabilities. The Human Development Approach (2011).

⁴⁴ *Ostheimer* (Fn. 38), 24.

III. Schwellenwertkonzeption

Die Ethiktheorie zur Klimagerechtigkeit kann also ganz unterschiedliche Ausgangspunkte nehmen. Eine rein folgenorientierte Betrachtung würde den maximalen Klimaschutz ohne Berücksichtigung von Minderheiten oder Schlechtergestellten vorsehen. Eine an Rechten orientierte Auffassung würde sich um den gerechten Ausgleich zwischen verschiedenen Stakeholdern mit jeweils unterschiedlichen Rechtsansprüchen bemühen. Ein vornehmlich am Verursacherprinzip orientierter Ansatz würde klar die Verantwortungsträger:innen benennen, also z.B. die Industrieländer. Damit geht allerdings die schon angesprochene Schwierigkeit einer historischen Dimensionierung einher. Ein an der Leistungsfähigkeit ansetzender Theoriestrang könnte zwar auch die Frage der Übernahme der Kosten für *loss* und *damage* klären, birgt jedoch die Gefahr in sich, dass ein neo-kolonialistischer Rahmen geschaffen wird, d.h., dass Ländern des Globalen Südens westliche Konzepte „aufoktroziert“ werden.

Ich möchte im Weiteren einem Schwellenwertansatz⁴⁵ folgen, der vor allem die politischen und gesellschaftlichen Aushandlungsprozesse in den Blick nimmt. Eine Schwellenwertkonzeption hat den Vorteil, dass es die Bedürfnisse der gegenwärtig und zukünftig lebenden Menschen berücksichtigen kann. Anders als im Gleichheitsparadigma, bei dem die Relation zu jeweils anderen Menschen ausschlaggebend ist, sind es hier die vorhersehbaren Bedürfnisse, die erfüllt werden sollen. Dazu braucht es die Bereitstellung entsprechender Ressourcen.

Dabei ist zu beachten, dass man mit der Schwellenwertkonzeption zwei unterschiedliche Ziele kumulativ verfolgen kann: das Ziel eines guten Lebens oder das der Deckung von Grundbedürfnissen. Es gilt: „Je höher der Schwellenwert liegt, desto eher kann man das Prinzip als Forderung nach umfassender Bedürfnisbefriedigung verstehen.“⁴⁶ Daher sind die Schwellenwerte so anzusetzen, dass die Menschenwürde gewahrt bleibt. Hinter einem so verstandenen Schwellenwertansatz steht dann ein menschenrechtlicher Egalitarismus, insofern jeder Mensch das Recht hat, die individuellen Schwellenwerte erreichen zu können.

Diesen ergänzt das Prinzip des Prioritarismus. Prioritär ist damit den Menschen zu helfen, die am weitesten von den Schwellenwerten entfernt sind. Aber welche Menschen sind davon betroffen, die heute Lebenden, die zukünftig Lebenden, alle Menschen und wie kommt die Umwelt zum Tragen? Dies deutet schon an, dass die Klimagerechtigkeit auf mindestens drei Dimensionen hin entfaltet werden muss: innergesellschaftlich, international und intergenerational.

⁴⁵ Vgl. Kistler (Fn. 21).

⁴⁶ B. Gesang, Klimaethik (2011), 52.

A. Die innergesellschaftliche Dimension

Innergesellschaftlich, also den Diskurs zwischen den heutigen Generationen betreffend, sollte gefragt werden, was es für die Bundesrepublik Deutschland und die hier lebenden Menschen bedeutet, ein ausreichend gutes Leben zu haben? Welche Gewohnheiten dürfen beibehalten werden (freie Tempowahl auf der Autobahn) und welche Einschränkungen müssen hingenommen werden (vorgeschriebenes Tempolimit auf der Autobahn)?

Ferner ist zu thematisieren, mit welchen Mitteln die notwendigen und verhältnismäßigen Freiheitseinschränkungen durchgesetzt werden dürfen. Die mit diesen Fragen verknüpften gegenwärtigen Debatten über den zivilen Ungehorsam und die damit heute zusammenhängenden Fokusse auf den (Klima-)Aktivismus sind nicht zu unterschätzende Themen einer innergesellschaftlich ausgerichteten Klimagerechtigkeit. Wie bereits erwähnt, sollten diejenigen, die sich am weitesten entfernt vom Schwellenwert befinden, prioritär behandelt werden.

Die Aushandlung eines solchen Schwellenwertes stellt dabei eine eigene Aufgabe dar. Dazu müssen die verschiedenen Akteur:innen vernetzt mit globalen Akteur:innen und der Repräsentanz von zukünftigen Generationen einen solchen Prozess aufsetzen. Die Leitfrage müsste sein: Was sind die Mindestvoraussetzungen für ein ausreichend gutes Leben?

B. Die internationale Dimension

Auch in internationaler Hinsicht müssen unterschiedliche Betroffenheiten in Rechnung gestellt werden. Das Verursacher- und Leistungsfähigkeitsprinzip gibt Ländern wie China und dem Globalen Norden eine besondere moralische Verpflichtung mit auf den Weg, sich um die Erreichung des Schwellenwerts für die anderen Länder zu kümmern. Dabei wird vor allem der postkolonialistische Theorierahmen bedeutend, um nicht erneut überwunden geglaubte Abhängigkeiten zu (re-)produzieren.

C. Die intergenerationelle Dimension

In intergenerationeller Hinsicht ist damit angesprochen, dass auch für zukünftige Generationen der Schwellenwert nicht unterschritten werden darf. Technische Lösungen müssen zukünftigen Generationen Entscheidungsspielräume lassen und dürfen keine unverhältnismäßigen dauerhaften Belastungen nach sich ziehen. Bei manchen technischen Lösungen, die zwar schnell für die heutige Generation vermeintliche Abhilfe in Sachen Klimawandel schaffen, ist aber auch die oft finanzielle Bürde für zukünftige Generationen nicht zu unterschätzen.

„Unsere Ururgroßkinder werden in einer kulturell, technologisch, politisch und religiös derart anderen Welt leben, dass wir schwer abschätzen können, was ihre Präferenzen und Werte

sein werden und was somit ihrem Wohlergehen zu- oder abträglich ist. Was wird ihnen die unberührte Natur, ein hohes Bruttoinlandprodukt oder die Möglichkeit zu reisen bedeuten? Deshalb ist es auch schwer zu sagen, was es braucht, damit es ihnen gleich gut geht wie uns. Diese Einschätzung ist beim Suffizienzschwellenwert viel einfacher: Die Güter, welche durch Menschenrechte geschützt sind, werden mit größter Wahrscheinlichkeit auch unseren Nachkommen wichtig sein. Das Bedürfnis nach Nahrung und Gesundheit verändert sich über die Zeit kaum [...].⁴⁷

Bei einer Gleichheitspflicht⁴⁸ soll es den zukünftigen Generationen gleich gut gehen wie uns jetzt. An diese Zugangsweise stellen sich diverse Anfragen. Wie kann Gleichheit über so lange Zeiträume hinweg bestimmt werden? Bei der Gleichheit geht es um den vergleichenden Charakter mit zukünftigen Generationen. Wie können wir antizipieren, was sie wollen werden? So kann sich das Erreichen von Gleichheit freiheitseinschränkender als das Erreichen der Suffizienzschwelle für uns heute erweisen.

Bei der Suffizienzforderung hingegen heißt das, dass wir zukünftigen Generationen genug bereithalten, damit auch sie ausreichend gut leben können. Die Orientierung an den Menschenrechten hat eine besonders relevante Interpretation des Schwellenwertes. Die Beispiele Nahrung und Gesundheit im direkten Zitat stellen hier eine gute Veranschaulichung dar. Orientierung kann auch der *Green Development Rights*-Ansatz⁴⁹ geben, der eine Operationalisierung von Verteilungsvorschlägen für die klimapolitische Praxis vorhält und vor allem die Fragen an die Entwicklungspolitik adressiert.

Bis jetzt wurde sehr stark in menschlichen Gerechtigkeitskategorien gedacht. Dazu komplementär muss die ökologische Gerechtigkeit auch herangezogen werden. Unter anderem für dieses Zusammenbinden von Mensch und Umwelt steht das Wirken des jetzigen Papstes, dessen neuestes Mahnschreiben zum Schluss in seinem Austrag für die vorgestellte Gerechtigkeitsdimension ergänzt werden soll.

IV. „Laudate Deum“ von Papst Franziskus

Zum Abschluss dieser gerechtigkeits-theoretischen Ausführungen in Sachen Klimawandel und dessen Folgen für Mensch und Umwelt soll – einer katholischen Theologin angemessen – auch ein kirchenlehramtliches Schreiben zum Tragen kommen. Die Herausforderungen der Klimakrise beschäftigen nämlich

⁴⁷ Roser/Seidel (Fn. 34), 56 f.

⁴⁸ Vgl. Roser/Seidel (Fn. 34), 57 f.

⁴⁹ Vgl. P. Baer/T. Athanasiou/S. Kartha/E. Kamp-Benedict, Greenhouse Development Rights. A Framework for Climate Protection that is „More Fair“ than Equal per capita Emissions Rights, in: S.M. Gardiner et al. (Hrsg.), *Climate Ethics. Essential Readings* (2010), 215–230.

ebenso Päpste und Bischöfe.⁵⁰ Nicht in eine in wissenschaftlichen Kreisen übliche rechtliche und ethische Abhandlung, sondern in ein Apostolisches Mahnschreiben (*Exhortatio*) mit dem Titel *Laudate Deum*⁵¹ verpackt, hat sich Papst Franziskus jüngst zur Klimakrise geäußert, nachdem er acht Jahre zuvor in der Umwelt- und Sozialenzyklika *Laudato si'*⁵² den menschlichen Umgang mit der Umweltkrise und das grundsätzliche Mensch-Natur-Verhältnis kritisiert hat.

A. Inhalt

Noch schärfer als in *Laudato si'* ruft der Papst zu schnellen und umfassenden Maßnahmen die Klimawandelfolgen betreffend auf, näherhin zur Beschleunigung der globalen Energiewende. Er adressiert dabei Regierungen, Unternehmen wie auch den:die Einzelne:n und macht deutlich, dass wir die Folgen des Klimawandels „unter anderem in den Bereichen der Gesundheit, der Arbeitsplätze, des Zugangs zu den Ressourcen, des Wohnraums und der Zwangsmigration spüren“ werden (*Laudate Deum* 2). Der Umgang mit dem Klimawandel soll in den Augen des Papstes vor allem als soziales Problem aufgefasst werden. Deshalb beschäftigt er sich mit Einwänden von Klimawandelleugner:innen und -skeptiker:innen. Diese werden gezeichnet als Widerstand und Verwirrung. All dies und vor allem die erdrückende wissenschaftliche Evidenz betrachtend, schreibt Franziskus (*Laudate Deum* 19):

„Dies erlaubt mir, zwei Überzeugungen zu bekräftigen, auf denen ich bis zum Überdruß bestehe: ‚Alles ist miteinander verbunden‘ und ‚Niemand rettet sich allein‘.“

Dass diesen Grundüberzeugungen mit einem wachsenden technokratischen Paradigma begegnet wird, sieht er kritisch. Demgegenüber fragt der Papst nach dem Sinn allen Suchens und Strebens (vgl. *Laudate Deum* 33). Den Weg aus der Klimakrise sieht er im Multilateralismus, aber nicht in der überkommenen Form der Aushandlung von Parteien, sondern auf der Basis zivilgesellschaftlicher Stimmen.

„Diesbezüglich ist der Ottawa-Prozess gegen den Einsatz, die Produktion und die Herstellung von Antipersonenminen ein Beispiel dafür, wie die Zivilgesellschaft und ihre Organisationen in der Lage sind, effiziente Dynamiken zu schaffen, die die Vereinten Nationen nicht erreichen. Auf diese Weise findet das *Subsidiaritätsprinzip* auch auf die global-lokale Beziehung Anwendung.“ (*Laudate Deum* 37).

⁵⁰ Vgl. *Deutsche Bischofskonferenz*, Unser Einsatz für die Zukunft der Schöpfung – Klima- und Umweltschutzbericht 2021 der Deutschen Bischofskonferenz (2021); *dies.*, Zehn Thesen zum Klimaschutz. Ein Diskussionsbeitrag (2019).

⁵¹ https://www.vatican.va/content/francesco/de/apost_exhortations/documents/20231004-laudate-deum.html.

⁵² Vgl. K. Schlögl-Flierl, Papst Franziskus als Akteur für Nachhaltigkeit, in: J. Tögel/K. Zierer (Hrsg.), Nachhaltigkeit ins Zentrum rücken: Ein interdisziplinärer Zugang zu den wichtigsten Fragen unserer Zeit (2020), 156.

Dieser Vorschlag eines Multilateralismus „von unten“ bedarf einer eigenen politikwissenschaftlichen Einschätzung. Ungeachtet der Tatsache, dass immer wieder die Diskussion aufflammt, ob ein Papst oder die Kirche sich politisch äußern darf und sollte, ist doch festzuhalten, dass der Papst einen klaren Handlungsauftrag für die nächste Klimakonferenz formuliert. Die Vereinigten Arabischen Emirate werden die COP 28 ausrichten. Der Papst erhofft sich von dort – einem Land, das vom Erdöl lebt – Verhandlungsergebnisse mit drei Merkmalen für die Energiewende: dass diese Ergebnisse effizient sind, dass sie verpflichtend sind und dass sie leicht überwacht werden können (vgl. *Laudate Deum* 59).

Neben diesen klaren politischen Forderungen formuliert der Papst schließlich die geistlichen Beweggründe, warum man sich der Herausforderung der Klimakrise aktiv nähern sollte, und er erläutert die Intention hinter dem Titel des Schreibens „Lobt Gott“. Dieser soll den Menschen daran erinnern, sich nicht an die Stelle Gottes zu setzen (vgl. *Laudate Deum* 73).

Als Quellen verwendet der Papst in der Mehrheit klimawissenschaftliche Ergebnisse, zwei frühere Schreiben, nämlich *Laudato si'* und *Fratelli tutti*. Dabei bedient er sich des im sozialetischen Diskurs üblichen Dreischritts: Sehen, Urteilen (hier im Paradigma einer sogenannten integralen Ökologie) und Handeln mit dem Ziel einer globalen Solidarität, um die Menschheit zu retten.⁵³

B. Interpretation

Beschäftigt man sich vertieft mit einem lehramtlichen Text, so wandert der Blick sofort in die Fußnoten. Wird nur selbstreferenziell auf andere lehramtliche Dokumente rekuriert oder auch wissenschaftliche Literatur angegeben? Man trifft (auch) in diesem Dokument auf außergewöhnliche Referenzierungen. So wird etwa der Band „When Species Meet“ von *Donna J. Haraway* zitiert.⁵⁴ Hierin reflektiert die Autorin, eine Posthumanistin, unter anderem über Hunde als Begleiterspezies, hinterfragt damit im Grunde die Stellung des Menschen im Gesamtgefüge. Im Haupttext wird dies höchstens angedeutet bzw. kann aus den Ausführungen in *Laudato si'* zur Frage des Mensch-Umwelt-Verhältnisses abgeleitet werden. Dem despotischen Anthropozentrismus müsse auf jeden Fall ablehnend begegnet werden.

„Zur kontrovers geführten Debatte um den Anthropozentrismus führt Franziskus den Begriff ‚Situierter Anthropozentrismus‘ (Nr. 67), der die Interaktion der natürlichen und sozialen Systeme im Blick hat (Nr. 27), neu ein. Dies könnte sich in der vielschichtig umstrittenen Debatte als eine wegweisende Kompromissformel erweisen.“⁵⁵

So beschreibt der Sozialetiker *Markus Vogt* die Position des Papstes.

⁵³ Vgl. *M. Vogt*, Dringende Mahnung, Christ in der Gegenwart 43 (2023), 3.

⁵⁴ *D.J. Haraway*, When Species Meet (2008), 205–249.

⁵⁵ *Vogt* (Fn. 53), 3.

Es handelt sich um eine politische Streitschrift, die vor allem die Vorbereitungen der nächsten Klimakonferenz begleiten will. Operationalisierbare Vorschläge für konkrete Maßnahmen finden sich jedoch nicht. So hätten beispielsweise Zukunftsräte zur Vertretung der Interessen der zukünftigen Generationen wie in Israel und Ungarn⁵⁶ genannt werden können, die dort als eine Art zusätzliche Kammer mit aufschiebendem Vetorecht fungier(t)en und Gesetze blockieren können, die nicht zukunftsgerecht sind.

Vor dem Hintergrund des vorgestellten Konzeptes der Klimagerechtigkeit möchte ich zwei Aspekte des päpstlichen Schreibens betonen. Erstens den Aufruf zur Umkehr. Diesen braucht es dringend, aber wer ist die moralische Instanz, diesen auch auszuführen? Auch wenn man die moralische Strahlkraft der Katholischen Kirche aufgrund des sich immer weiter in die Länge ziehenden Missbrauchsskandals als (zumindest) geschwächt ansehen mag, so ist doch ihre Vermittlerrolle auch in diesen Fragen nicht zu unterschätzen. *Laudato si'* wurde vor der Klimakonferenz in Paris lanciert und hatte nach Eindruck vieler durchaus Einfluss auf die Verhandlungen.

Viel wichtiger indes ist zweitens die Stoßrichtung des Schreibens, nämlich weder die individuelle noch die kollektive Ebene auszublenden oder gegeneinander auszuspielen. Der Mensch darf angesichts der gewaltigen Herausforderungen nicht fatalistisch resignieren. Zudem müssen die politischen und gesellschaftlichen Rahmenbedingungen geschaffen werden, die klimagerechtes Verhalten überhaupt erst ermöglichen. Diese Perspektive kommt insbesondere dort zum Ausdruck, wo der Papst den Einzelnen zum Umdenken bzw. zur Umkehr und die „Mächtigen“ der Welt zu grundsätzlichen klimapolitischen Weichenstellungen aufruft. Programmatisch wird die Stoßrichtung des päpstlichen Schreibens mit Blick auf die kollektive Ebene mit „Unseren Umgang mit der Macht überdenken“ überschrieben. Insgesamt setzt *Franziskus* sehr stark auf die Rolle der Vernunft.

Im Grunde vertritt Papst *Franziskus* in diesem Mahnschreiben eine suffizientaristische Position. Nicht mehr das „Höher, Schneller, Weiter“ steht im Mittelpunkt, sondern das gemeinsame Ziel, nämlich die Rettung der Menschheit und des Planeten. Der Weg führt für ihn vor allem über die internationale Dimension der Klimagerechtigkeit. Im hier vorgestellten Ansatz bedarf es aber zusätzlich sowohl der innergesellschaftlichen wie auch der intergenerationellen Gerechtigkeitsdimension.

⁵⁶ J. Tremmel, Zukunftsräte zur Vertretung der Interessen kommender Generationen. Ein praxisorientierter Vorschlag für Deutschland, in: T. Mannewitz (Hrsg.), *Die Demokratie und ihre Defekte. Analysen und Reformvorschläge* (2018), 107.

V. Schluss

Angesichts der großen Umwälzungen, die in den nächsten Jahren anstehen, scheint es neben allen notwendigen rechtlichen Interventionen, wie beispielsweise dem Urteil des Bundesverfassungsgerichts zur intertemporalen Freiheitssicherung, auch im ethischen Diskurs notwendig zu sein, grundlegende Prinzipien und Ansätze zu diskutieren. In diesem Beitrag wurde versucht, die Frage der Gerechtigkeit mit derjenigen des guten Lebens zu verknüpfen. Das heißt übersetzt für die Belange der Klimagerechtigkeit, dass Ungleichheiten adressiert werden sollen, aber nicht mit einem Prinzip oder einem Gleichheitsansatz für alle, sondern mit der viel grundlegenderen Frage nach dem guten Leben verknüpft werden.

Der Ansatz des Suffizientarismus steuert hierzu bei, dass diese Frage nach dem Genügen, der Suffizienz, überhaupt diskutiert wird. Was sind die existenziellen Bedürfnisse, um ein gutes Leben zu führen, auch angesichts der Bedürfnisse der nachfolgenden Generationen? Dass damit große Fragen angestoßen sind, versteht sich von selbst. Aber mir scheint es, dass die großen Fragen gestellt werden müssen, um die notwendigen großen (Problem-)Lösungen bewerkstelligen zu können.

Der Klimaprotest und das Recht

Der Klimaaktivismus im Lichte von Grundrechts- und Demokratietheorie*

Svenja Behrendt

I.	Einleitung.....	145
II.	Grundrechtstheoretische Perspektiven auf die politischen Positionen der Klimaaktivisten	146
	A. Zwei Ebenen des Grundrechtsschutzes	146
	B. Erste Ebene: Ebene des Prima-facie-Schutzes.....	148
	1. Entstehen von Rechtfertigungslasten und Grundrechtsbindung staatlicher und nicht-staatlicher Akteure.....	149
	2. Prima-facie-Pflichten zum Schutz künftiger Interessen.....	153
	3. Konsequenzen für die grundrechtstheoretische Lesart der von den Klimaaktivisten eingenommenen Position	155
	C. Zweite Ebene: Ebene der definitiven Geltung.....	155
	D. Zwischenergebnis	156
III.	Demokratiethoretische Dimension grundrechtlicher Freiheit	156
	A. Grundrechtlicher Schutz politischer Meinungsäußerung als Kompensation für Verluste beim Transport der Interessen auf die staatliche Ebene	157
	B. Grundrechtlicher Schutz der Teilhabe am (gesellschaftlichen) politischen Diskurs	158
	C. Anwendung auf den Klimaaktivismus	161
IV.	Schlussbemerkungen	163

I. Einleitung

Der gegenwärtige Klimaaktivismus wirft Fragen auf, welche die Grundlagen einer sich selbst regierenden, rechtlich geordneten Gesellschaft betreffen. Wie weit darf politischer Aktivismus in einer Demokratie gehen? Wirken sich die politischen Inhalte auf die Grenzen des Zulässigen aus (und wenn ja, weshalb)? Dieser Beitrag behandelt diese Frage und entwickelt die Ansicht, dass das im Klimaaktivismus artikulierten Anliegen, nicht „nur“ als Ausdruck politischer Präferenzen oder moralischer Überzeugungen, sondern auch als grundrechtstheoretische Kritik an den bestehenden Verhältnissen verstanden werden muss (unter II). Außerdem wird aufgezeigt, dass die (politisch gefärbte) Ausübung

* Auf alle Internetquellen wurde zuletzt am 14.4.2024 zugegriffen.

grundrechtlicher Freiheit eine demokratietheoretische Bedeutung hat und was daraus für die Anwendung des (Straf-)Rechts folgt (unter III).

II. Grundrechtstheoretische Perspektiven auf die politischen Positionen der Klimaaktivisten

Der Klimaaktivismus zielt auf die Mitteilung bestimmter politischer Positionen. So wird mit den Protesten behauptet, dass Politik und Gesellschaft im Großen und Ganzen zu zukunftsvergessen sind und dringend mehr zur Begrenzung klimaschädlicher Emissionen tun müssen.¹ Klimaschutz soll zugunsten der Zukunft ernster genommen und das Ziel der Klimaneutralität mit mehr Nachdruck und Ehrgeiz verfolgt werden. Schließlich wird behauptet, dass die gegenwärtige Gestaltung des gesellschaftlichen Zusammenlebens defizitär ist und verbessert werden muss.

Besagte politische Forderung kann moralisch unterlegt sein, wenn etwa die Erhaltung der gegenwärtigen klimatischen Lebensbedingungen oder des bestehenden Ökosystems als moralische Werte ausgewiesen werden.² Im Folgenden soll dargestellt werden, dass die politische Forderung der Klimaaktivisten auch grundrechtstheoretisch interpretiert werden kann. Konkret lässt sich ihr der Vorwurf entnehmen, dass Staat und Gesellschaft grundrechtlich geschützte Interessen nicht bzw. nicht hinreichend berücksichtigen. Dieser Vorwurf einer fehlenden bzw. unzureichenden Berücksichtigung betrifft auf einer ersten Ebene das Entstehen einer Rechtfertigungslast als solcher; auf einer zweiten Ebene geht es um die materiellen Entscheidungen.

A. Zwei Ebenen des Grundrechtsschutzes

In der verfassungsrechtlichen Literatur ist immer wieder von zwei Ebenen die Rede.³ In der normtheoretisch geprägten, grundrechtstheoretischen Diskussion

¹ Vgl. <https://letztegeneration.org/verfassungsbruch/>; <https://fridaysforfuture.de/forderungen/>.

² Dabei würde es sich dann um eine wertethische Begründung handeln. Die Frage einer moralischen Pflicht gegenüber künftigen Generationen wird allerdings auch in der Moralphilosophie intensiv diskutiert und kann keineswegs als geklärt gelten, vgl. exemplarisch R. Kumar, Future Generations, in: S. Olsaretti (Hrsg.), *The Oxford Handbook of Distributive Justice* (2018), 689; S.M. Gardiner, On the Scope of Institutions for Future Generations: Defending an Expansive Global Constitutional Convention That Protects against Squandering Generations, *Ethics & International Affairs* 36 (2022), 157. Die moralphilosophische Begründbarkeit ist nicht Gegenstand dieses Beitrags.

³ In der Grundrechtsdogmatik wird gelegentlich darauf hingewiesen, dass der „klassische“ grundrechtliche Prüfungsdreischritt (Schutzbereich, Eingriff, Rechtfertigung) auch als Zweischritt (Beeinträchtigung eines grundrechtlich geschützten Interesses, Rechtfertigung) verstanden werden kann, M. Borowski, *Grundrechte als Prinzipien* (3. Aufl., 2018), 309 (mit

über die Frage, was man abstrakt unter einem „subjektiven Recht“ verstehen soll und welchen Einfluss Einschränkungen auf dessen Konzipierung haben, stehen sich außen- und innentheoretische Modelle gegenüber.⁴ Nach dem innentheoretischen Modell besteht das subjektive Recht von vorneherein nur in dem Ausmaß, in dem es nach Berücksichtigung der Einschränkungen gewährleistet wird. Zwei Ebenen lassen sich insofern allenfalls als dogmatische Annäherung an das subjektive Recht ausmachen. Das außen-theoretische Modell geht hingegen davon aus, dass das subjektive Recht umfassend besteht, aber auf vielfältige Weise eingeschränkt wird. Dieses Verständnis spricht dem subjektiven Recht also einen überschießenden Gehalt zu; das, was hinsichtlich des subjektiven Rechts tatsächlich (also „definitiv“) gewährleistet wird (zweite Ebene), bleibt gegebenenfalls erheblich hinter dem zurück, was das subjektive Recht in uneingeschränktem Zustand zu gewährleisten behauptet (erste Ebene). In der Rechts- und Grundrechtstheorie von *Robert Alexy* kommt dem Zwei-Ebenen-Gedanken eine hervorgehobene Bedeutung zu. *Alexy* verknüpft den von ihm eingehend entfalteten Zwei-Ebenen-Gedanken aber nicht nur mit dem außen-theoretischen Modell, sondern auch mit seinem normtheoretisch-qualitativen Dualismus (Prinzipien seien etwas qualitativ anderes als Regeln)⁵ und seinem nicht-positivistischen Verständnis des Rechts.⁶

Das außen-theoretische Modell ist vorzugswürdig, weil es den Entscheidungsfindungsprozess als vollumfänglich rechtlich geformt fasst und den Diskurs darüber erleichtert, welche Faktoren bei der rechtlichen Entscheidungsfindung einbezogen werden dürfen.⁷ Das innentheoretische Modell immunisiert sich demgegenüber gegen Kritik, weil es mehr oder minder dezisionär festlegt, was das subjektive Recht ist, ohne diese Dezisionen überhaupt zu thematisieren. Dezisionen sind zwar häufig unumgänglich, im außen-theoretischen Modell werden sie aber zumindest als solche erkennbar.⁸ Die zwei Ebenen er-

Nachweisen zur Lehre vom funktionalen Schutzbereich); *C. Enders*, in: Berliner Kommentar zum Grundgesetz (Stand 2/23), Vor Art. 1 Rn. 94. Im gegenwärtigen Diskurs dürften „zwei Ebenen“ jedoch primär mit der im Text angesprochenen normstrukturtheoretischen Diskussion assoziiert werden.

⁴ *Borowski* (Fn. 3), 66 ff.

⁵ Grundlegend *R. Alexy*, Theorie der Grundrechte (9. Aufl., 2020, Erstveröffentlichung 1985). Zur Diskussion über die Frage, ob der qualitative normtheoretische Dualismus tragfähig und was unter einem Prinzip (im Unterschied zur Regel) genau zu verstehen ist, siehe *Borowski* (Fn. 3) und *C. Kallmeyer*, Ideales Sollen: Eine Analyse der Prinzipienkonstruktion (2016).

⁶ Zu seinem nichtpositivistischen Verständnis und seiner Doppelnaturthese siehe beispielsweise *R. Alexy*, Die Doppelnatur des Rechts, *Der Staat* 50 (2011), 389.

⁷ Ausführlicher dazu *S. Behrendt*, Entzauberung des Rechts auf informationelle Selbstbestimmung: Eine Untersuchung zu den Grundlagen der Grundrechte (2023), 147 ff. (insbesondere 164 ff.) m.w.N.

⁸ *W. Kahl*, Vom weiten Schutzbereich zum engen Gewährleistungsgehalt: Kritik einer neuen Richtung der deutschen Grundrechtsdogmatik, *Der Staat* 43 (2004), 167, 192; *Behrendt* (Fn. 7), 167. Kritiker werfen einer abwägungsorientierten Grundrechtsdogmatik vor,

möglichen es auch, das unausweichliche Problem subjektiver Einschätzungen (Gewichtung, Prognosen, Erkenntnisdefizite) konzeptionell zu verarbeiten.⁹

B. Erste Ebene: Ebene des Prima-facie-Schutzes

Klimaproteste lassen sich so verstehen, dass mit ihnen die folgende These artikuliert wird: Die Grundrechte verpflichten sowohl staatliche als auch nicht-staatliche Akteure zum Schutz künftiger Interessen gegenwärtig und künftig lebender Grundrechtsträger. Unabhängig von der Frage, in welchem Umfang gegenläufige Interessen bei der Ermittlung dessen, was grundrechtlich definitiv erlaubt, ge- oder verboten ist, entstünde eine vollumfängliche Rechtfertigungslast, sofern gegenwärtiges Verhalten der Rechtsadressaten künftige Interessen gegenwärtig und künftig lebender Grundrechtsträger berührt. In dieser Tragweite geht die These über das hinaus, was den Grundrechten bislang entnommen wird. Das Bundesverfassungsgericht hat zwar grundrechtlich begründete Pflichten zum Schutz künftiger Freiheit anerkannt, weicht diese aber durch die Einräumung weitreichender Spielräume wieder auf.¹⁰ Zugunsten künftiger Grundrechtsträger geht es zwar von einer objektiv-rechtlich begründeten Schutzpflicht aus,¹¹ die mangels eines dem Abwehrrecht äquivalenten Schutzstandards freilich praktisch folgenlos bleibt.¹² Die Anerkennung grundrechtlich begründbarer Pflichten gegenüber künftigen Interessen von gegenwärtig und künftig lebenden Grundrechtsträgern durch den Klimabeschluss bleibt also hinter der grundrechtstheoretischen Position der Klimaaktivisten zurück, soweit es um eine grundrechtlich begründete Pflicht (auch) Privater und um grundrechtliche Pflichten zugunsten künftiger Interessen künftig lebender Grundrechtsträger geht.

irrationalen Entscheidungen Vorschub zu leisten, vgl. exemplarisch *B. Schlink*, Abwägung im Verfassungsrecht (1976), 99 (zur Kritik an der Abwägung als Methode siehe 134 ff.); *R.C. de Oliveira*, Zur Kritik der Abwägung in der Grundrechtsdogmatik (2013), 216. Dazu, dass die Abwägung als Methode durchaus rational ist, siehe exemplarisch *J.A.P. Quispe*, Der autoritative Charakter der Grundrechtsabwägung: Eine Untersuchung über die Rolle der formellen Prinzipien in der Grundrechtsinterpretation (2014), 113. Zur Abwägung sowie zur Rationalitätskontrolle siehe auch *R. Poscher*, Das Grundgesetz als Verfassung des verhältnismäßigen Ausgleichs, in: M. Herdegen et al. (Hrsg.), Handbuch des Verfassungsrechts. Darstellung in transnationaler Perspektive (2021), § 3 Rn. 68 ff.; *ders.*, Verhältnismäßigkeit und Inkommensurabilität, in: W. Lübbe/T. Grosse-Wilde (Hrsg.), Abwägung. Voraussetzungen und Grenzen einer Metapher für rationales Entscheiden (2022), 285; *M. Borowski*, Die rechtliche Abwägung, in: Lübbe/Grosse-Wilde, op.cit., 267.

⁹ Ähnlich *Quispe* (Fn. 8), 119 f.

¹⁰ Vgl. BVerfGE 157, 30, 144 ff., 166.

¹¹ BVerfGE 157, 30, 111 f.

¹² Zur Kritik an der Schutzpflichtendogmatik siehe beispielsweise *C. Calliess*, Rechtsstaat und Umweltstaat (2001), 461 ff.; *S. Lenz*, Der Klimabeschluss des Bundesverfassungsgerichts – eine Dekonstruktion, *Der Staat* 61 (2022), 73, 79.

Zudem stellt sich die Frage, inwiefern die Position der Klimaaktivisten durch den Klimabeschluss tatsächlich untermauert werden kann. Die skizzierte Konstruktion des Bundesverfassungsgerichts sieht sich nämlich berechtigter Kritik ausgesetzt.¹³ Entgegen der impliziten Annahme des Bundesverfassungsgerichts kann man der Problematik, dass eine grundrechtliche Pflicht einen korrespondierenden Anspruch voraussetzt,¹⁴ selbst dann nicht entgehen, wenn es nur um Pflichten gegenüber künftigen Interessen bereits gegenwärtig lebender Grundrechtsträger geht.¹⁵ Ein solcher Anspruch setzt sowohl die Existenz des Grundrechtsträgers als auch des jeweiligen Interesses voraus und der grundrechtliche Schutz von Interessen ist auf komplexe Weise mit Entscheidungen des Grundrechtsträgers verbunden.

Die These, dass Grundrechte bereits gegenwärtig Pflichten zum Schutz künftiger Interessen gegenwärtig und künftig lebender Grundrechtsträger begründen, kann indes auf andere Weise überzeugend konzeptualisiert werden, wie im Folgenden zu zeigen sein wird.¹⁶

1. Entstehen von Rechtfertigungslasten und Grundrechtsbindung staatlicher und nicht-staatlicher Akteure

Ausgangspunkt ist die Frage nach der Natur eines Grundrechts. Jenseits aller Kontroversen über die Frage, was ein Grundrecht kennzeichnet, dürfte man sich darauf verständigen können, dass Grundrechte subjektive Rechte sind, die dem Träger um seiner selbst willen eingeräumt werden.¹⁷ Grundrechte müssen

¹³ Vgl. exemplarisch *J. Berkemann*, „Freiheitschancen über die Generationen“ (Art. 20a GG) – Intertemporaler Klimaschutz im Paradigmenwechsel, DÖV 2021, 701, 710 ff.; *C. Calliess*, Das „Klimaurteil“ des Bundesverfassungsgerichts: „Versubjektivierung“ des Art. 20a GG?, ZUR 2021, 355, 357; *Lenz* (Fn. 12), 73.

¹⁴ *H. Kelsen*, Reine Rechtslehre (2. Aufl., 1960), 133 ff. Dieses Thema hängt aber auch mit der Frage zusammen, in welchem Verhältnis Ansprüche und Rechte zueinanderstehen und wie mit den Problemfeldern um Abstraktion und Individualisierung/Konkretisierung bzw. mit der strukturellen Offenheit des Rechts umgegangen wird (diese Thematik zeigt sich unter anderem auch in den Themenkomplexen um Regeln und Prinzipien sowie um Rechtsetzung und Rechtsanwendung). Die Beschäftigung mit der Frage nach der Korrelativität von Rechten und Pflichten sowie von Ansprüchen und Pflichten wird auch durch diese Themen und darauf bezogene Vorverständnisse beeinflusst.

¹⁵ *S. Behrendt*, Intertemporaler Schutz grundrechtlicher Freiheit (in review).

¹⁶ Die Begründbarkeit von Pflichten in Ansehung künftig lebender Grundrechtsträger unterliegt allerdings auch auf Basis des vorzustellenden Konzepts gewisser Grenzen; grundlegend *S. Behrendt*, Grundrechtstheoretische Begründbarkeit einer Verantwortung gegenüber künftigen Generationen: Das grundrechtstheoretische Rechtsverhältnis in der Zeit, in: *O. Ammann et al.* (Hrsg.), Verantwortung und Recht (2022), 259.

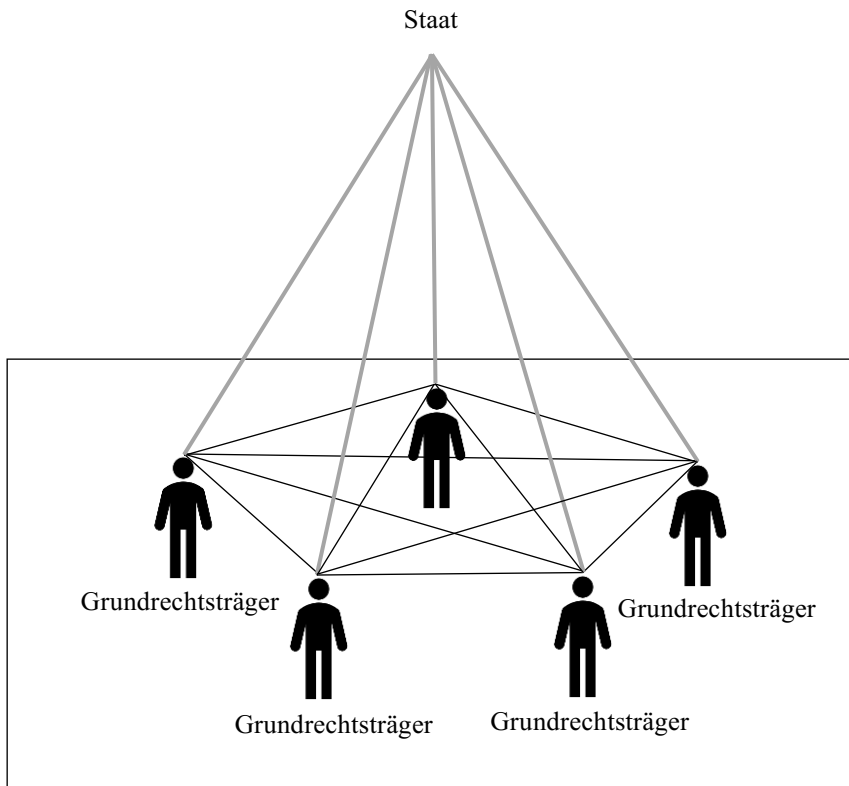
¹⁷ Dieser Gedanke wird in der Grundrechtsdiskussion häufig ins Spiel gebracht, bezieht sich aber meist nicht auf die Natur eines Grundrechts, sondern auf das bzw. ein bestimmtes Verständnis von Menschenwürde. Zur Menschenwürde siehe exemplarisch *R. Poscher*, Menschenwürde, in: *Herdegen* (Fn. 8), § 17. Zur Diskussion hinsichtlich der Begründung

daher immer die Voraussetzungen der Grundrechtsträgerschaft festlegen. Beispielsweise kann das die Grundrechtsträgerschaft begründende Kriterium die Zugehörigkeit zur Gattung Mensch sein. Jeder Akteur, der dieses Kriterium erfüllt, ist also Grundrechtsträger. Da es mehr als einen Menschen gibt, entstehen zwischen allen Grundrechtsträgern grundrechtliche Rechtsverhältnisse.¹⁸ Diese Rechtsverhältnisse basieren auf der Gleichrangigkeit ihrer Rechtssubjekte. Das hat seinen Grund darin, dass die Mitgliedschaft in dem Rechtsverhältnis durch ein dualcodiertes Kriterium determiniert wird. Am Beispiel des menschenrechtlichen Codes: Entweder der Akteur ist „Mensch“ oder nicht, aber die Qualifizierung als Mensch ist keiner graduellen Einstufung zugänglich. Wegen dieser Gleichrangigkeit kann jedes Mitglied von jedem anderen Mitglied die Achtung als Gleichrangiger beanspruchen.¹⁹ Es entsteht ein Geflecht von (rein horizontalen) grundrechtlichen Rechtsverhältnissen. Der Staat taucht in diesem Rechtsverhältnisgeflecht zunächst nicht auf, weil er nicht „Mensch“ ist. Erst in einem konzeptionell zweiten Schritt tritt der Staat als Grundrechtsverpflichteter in Erscheinung, denn das Formen und Realisieren von Interessen hat auch eine kollektive Dimension. Es erfordert gewisse institutionelle Rahmenbedingungen, die bilaterale Rechtsbeziehungen übersteigen, wozu beispielsweise das Lösen von Konflikten gehört, die durch gegenläufige Prima-facie-Ansprüche entstehen. Aus diesem Grund wird das Rechtsverhältnisgeflecht komplexer, denn der Staat tritt als zwischengeschaltete Stelle, als Mediator der vielfältigen Prima-facie-Ansprüche, hinzu. Die horizontalen Rechtsbeziehungen bleiben bestehen, begründen aber auch vertikale Rechtsbeziehungen zum Staat (Grafik 1).

von Menschenrechten siehe exemplarisch die Übersicht bei *S. Fredman*, *Comparative Human Rights* (2018), 29 ff.

¹⁸ Stellt man auf das die Grundrechtsträgerschaft definierende Kriterium der Zugehörigkeit zur Gattung Mensch ab, könnte man auch sagen, dass menschenrechtliche Rechtsverhältnisse entstehen.

¹⁹ Insoweit ähnelt der Ansatz dann anerkennungstheoretischen Modellen, siehe aus dem Schrifttum zur Anerkennungstheorie exemplarisch *A. Honneth*, *Kampf um Anerkennung: Zur moralischen Grammatik sozialer Konflikte* (1992); *H. Hofmann*, *Die versprochene Menschenwürde*, AöR 118 (1993), 353, 368; *E.A. Wolff*, *Die Abgrenzung von Kriminalunrecht zu anderen Unrechtsformen*, in: W. Hassemer (Hrsg.), *Strafrechtspolitik* (1987), 137, 182 ff.; zu Fichtes anerkennungstheoretischer Philosophie des Rechts siehe *M. Rothhaar*, *Die Menschenwürde als Prinzip des Rechts* (2015), 207 ff.



Grafik 1: Mehrpoliges Grundrechtsmodell auf der Basis horizontaler grundrechtlicher Rechtsverhältnisse.

Auf der Basis dieses Verständnisses zeigt sich, dass Grundrechte nicht nur den Staat verpflichten, sondern – entgegen der etablierten Auffassung – auch andere Grundrechtsträger.

Der These, dass auch nicht-staatliche Akteure grundrechtsgebunden sind, werden unterschiedlich Argumente entgegengehalten. So spricht Art. 1 Abs. 3 GG von einer Grundrechtsbindung des Staates, was der derzeit herrschenden Sichtweise Vorschub leistet, dass nur Hoheitsträger grundrechtsgebunden sind.²⁰ Indes schließt die ausdrückliche Anerkennung einer Grundrechtsbindung des Staates keineswegs die Möglichkeit einer Grundrechtsbindung Privata-

²⁰ Statt aller *M. Jestaedt*, Diskriminierungsschutz und Privatautonomie, VVDStRL 64 (2005), 298, 331; *T. Kingreen/R. Poscher*, Grundrechte (39. Aufl., 2023), Rn. 272; *J. Isensee*, Positivität und Überpositivität der Grundrechte, in: D. Merten/H.-J. Papier (Hrsg.), Handbuch der Grundrechte in Deutschland und Europa, Bd. 2 (2006), § 26 Rn. 13; *B. Kempen*, Grundrechtsverpflichtete, in: Merten/Papier, op.cit., § 54 Rn. 23 f.; *H.-J. Papier*, Drittwirkung der Grundrechte, in: Merten/Papier, op.cit., § 55 Rn. 1.

ter aus.²¹ Überdies kann einem grundrechtstheoretischen Konzept schwerlich entgegengehalten werden, dass der Normtext einer bestimmten Rechtsordnung nur eine Grundrechtsbindung bestimmter Akteure vorsieht. Der grundrechtliche Diskurs wird allerdings auch jenseits dieses Wortlautarguments (noch immer) von einem Rollenverständnis geprägt, demzufolge nur Private Grundrechtsträger und nur Hoheitsträger Grundrechtsverpflichtete sein können.²² Diese Rollenverteilung wird auch durch die historische Entwicklung der Grundrechte getragen: Grundrechte haben sich als Abwehrrechte gegen staatliche Macht entwickelt.²³ Mit der Rollenverteilung bei Grundrechtsberechtigung und Grundrechtsverpflichtung wird diesem Machtgefälle Rechnung getragen. Freilich können Machtasymmetrien auch unter Grundrechtsträgern auftreten, weshalb das Bundesverfassungsgericht bei einem vergleichbaren Machtgefälle in bestimmten Konstellationen eine Grundrechtsbindung Privater mittlerweile zurückhaltend anerkennt.²⁴ Der Schutz vor willkürlicher Machtausübung war zwar eine historische Triebfeder für die Entwicklung der Grundrechte, das bedeutet aber nicht, dass das Verständnis der Grundrechte stets machttheoretisch fundiert werden muss und keiner anderen Konzipierung zugänglich ist. Das beschriebene „semantische“ Modell eröffnet beispielsweise einen anderen interpretatorischen Zugriff auf Grundrechte, ist aber durchaus in der Lage, Machtasymmetrien Rechnung zu tragen. Das Bestehen eines Machtgefälles ist auf der Basis des semantischen Modells nicht der Grund für das Bestehen einer Grundrechtsbindung, wirkt sich aber unter Umständen auf die Gewichtung der gegenläufigen Interessen aus. Zugespitzt dargestellt: Wenn ein (privater oder staatlicher) Grundrechtsadressat die individuelle Persönlichkeitsentfaltung in der Gesellschaft mit Blick auf ein bestimmtes Interesse monopolisiert, dann muss er bei der Eröffnung einer möglichen Interessensrealisierung (z.B. der Besuch eines Fußballspiels) auch dem Umstand Rechnung tragen, dass das Interesse der jeweiligen Grundrechtsträger grundsätzlich von gleichem Gewicht ist bzw. sein kann. Damit wäre es grundsätzlich nicht vereinbar, wenn der Grundrechtsverpflichtete bestimmte soziale Gruppen katego-

²¹ S. Müller-Franken, Bindung Privater an Grundrechte? Zur Wirkung der Grundrechte auf Privatrechtsbeziehungen, in: S. Detterbeck/J. Rozek/C. von Coelln (Hrsg.), Recht als Medium der Staatlichkeit. Festschrift für Herbert Bethge zum 70. Geburtstag (2009), 223, 226; A. Kulick, Horizontalwirkung im Vergleich (2020), 408.

²² Dieses „klassische“ Verständnis wird aber auch unter dem Gesichtspunkt einer Grundrechtsberechtigung juristischer Personen des öffentlichen Rechts kritisch diskutiert, vgl. exemplarisch A.-K. Kaufhold, in: Dreier, Grundgesetz (4. Aufl., 2023), Art. 19 Abs. 3 Rn. 56 ff.

²³ Statt vieler Dreier/H. Sauer (Fn. 22), Vor Art. 1 Rn. 7 ff.; C. Bäcker, Historische und ideengeschichtliche Grundlagen der Grundrechte, in: K. Stern/H. Sodan/M. Möstl (Hrsg.), Das Staatsrecht der Bundesrepublik Deutschland im europäischen Staatenverbund (2. Aufl., 2022), § 58 Rn. 26 f., 35 f. m.w.N.

²⁴ BVerfGE 128, 226, 248 f.; 148, 267, 283 f.

risch ausschließt. In gewissen Grenzen muss der Grundrechtsverpflichtete eventuell Vorkehrungen dafür schaffen, dass die Teilhabe nur von solchen Kriterien abhängig gemacht wird, die grundsätzlich jedem eine Partizipation ermöglichen.²⁵ Der Grundrechtsverpflichtung Privater kann insofern nicht entgegengehalten werden, sie konterkariere den mit der Anerkennung von Grundrechten bezweckten Freiheitsschutz sowie die Privatautonomie.²⁶ Eine absolute grundrechtliche Freiheit kann es nicht geben. Es handelt sich immer um sozialgebundene Freiheit.²⁷ Auch Private sind in ihren Entscheidungen deshalb nicht vollumfänglich frei; es geht vielmehr stets um die Frage, inwiefern sich die grundrechtlich geschützten Interessen anderer auf den Entscheidungsspielraum des grundrechtsgebundenen Privaten auswirken.²⁸

2. *Prima-facie-Pflichten zum Schutz künftiger Interessen*

Prima-facie-Pflichten zum Schutz künftiger Interessen gegenwärtiger (und teils auch künftig lebender) Grundrechtsträger wohnen bereits der relationalen Konzeption der Grundrechte selbst inne. Das folgt aus einer dynamischen Entwicklung des grundrechtstheoretischen Rechtsverhältnisses. Wie ich an anderer Stelle ausführlicher dargestellt habe,²⁹ kommt es für die Begründung grundrechtlicher Ansprüche und korrespondierender Pflichten lediglich darauf an, ob ein entsprechender Grundrechtsträger existiert und dieser Grundrechtsträger ein entsprechendes Interesse hat. Das grundrechtstheoretische Modell legt sich als interpretatorische Deutungsfolie darüber. Relevanz für das positive Recht entfaltet das Modell erst, wenn ein Interpret in Bezug auf das positive Recht behauptet, dass dieses Grundrecht gewährt und dass die Grundrechtsträgerschaft den betreffenden Akteuren zugestanden wird. Mit Blick auf die gegen-

²⁵ Auch „neutrale“ Kriterien können indes wegen der realen sozialen Ungleichheit faktisch zu einem Ausschluss bestimmter Gruppen führen. Inwiefern das kompensiert werden muss, ist bei der Determinierung des definitiv rechtlich gebotenen Verhaltens zu berücksichtigen und wird insbesondere auch durch die Bedeutung des jeweiligen Interesses für den Grundrechtsträger beeinflusst. Sofern es um den Zugang zu einer überlebensnotwendigen Ressource geht, würde sich das beispielsweise anders auf den Entscheidungsspielraum des Grundrechtsverpflichteten auswirken, als wenn die Teilhabe an einem sportlichen Ereignis in Rede steht.

²⁶ So aber K. Hesse, *Verfassungsrecht und Privatrecht* (1988), 25; Kingreen/Poscher (Fn. 20), Rn. 272; Jestaedt (Fn. 20), 331.

²⁷ Statt vieler BVerfGE 4, 7, 15 f.; 30, 1, 20; J. Aulehner, *Grundrechte und Gesetzgebung* (2011), 140; U. Volkmann, *Solidarität – Programm und Prinzip der Verfassung* (1998), 247; A.K. Mangold, *Relationale Freiheit. Grundrechte in der Pandemie*, VVDStRL 80 (2021), 7, 13 ff.; A. Leisner-Egensperger, *Die Freiheit und ihr Schutz*, NJW 2021, 2415, 2416 f. Im Kontext der Drittwirkungsfrage: Kulick (Fn. 21), 395 ff.

²⁸ Eine ausführlichere Auseinandersetzung mit den sich bei der Grundrechtsbindung Privater stellenden Fragen würde den Rahmen dieses Beitrags sprengen und ist deshalb einem gesonderten Beitrag vorbehalten.

²⁹ Behrendt (Fn. 16).

wärtige Kodifizierung von Grundrechten in der deutschen Verfassung kann das grundrechtstheoretische Modell also in der Interpretation der Grundrechte wirksam werden.

Interessenskonkretisierende Entscheidungen sind grundsätzlich von erheblicher Relevanz für das Entstehen grundrechtlicher Ansprüche, denn erst eine entsprechende Entscheidung konkretisiert die zuvor nur in einem undifferenzierten Stadium bestehenden grundrechtlichen Ansprüche.³⁰ Dennoch sind grundrechtlich begründbare Ansprüche und Pflichten auch jenseits einer interessenskonkretisierenden Entscheidung konzipierbar. Einige Interessen sind derart essentiell, dass sie grundsätzlich nicht von einer interessenskonkretisierenden Entscheidung abhängen (z.B. das Überleben als grundrechtliches Interesse). Aber auch jenseits solcher Interessen können grundrechtliche Ansprüche und Pflichten entstehen, denen keine interessenskonkretisierende Entscheidung zugrunde liegt. Denn die Durchsetzungskraft interessenskonkretisierender Entscheidungen hängt (bei gegenläufigen Interessen) auch davon ab, wie viel Aufwand zum Schutz bzw. zur Erfüllung dieses Interesses betrieben werden muss.³¹

Da grundrechtstheoretische Rechtsverhältnisse zwischen allen Grundrechtsträgern bestehen, die zu dem jeweiligen Zeitpunkt existieren, wird bei einer dynamischen Betrachtung auch eine dynamische Entwicklung der grundrechtstheoretischen Rechtsverhältnisse sichtbar.³² Weil sich der Mitgliederbestand fortlaufend ändert, unterliegt auch das Gefüge der bilateralen Rechtsbeziehungen einer entsprechend dynamischen Entwicklung. In 30 Jahren werden sich die grundrechtlichen Rechtsbeziehungen eines heute lebenden Grundrechtsträgers durch eine Vielzahl zwischenzeitlich begründeter bilateralen Rechtsbeziehungen verändert haben. Zwar entstehen entsprechende Pflichten erst mit Begründung dieser Rechtsverhältnisse, aber wenn sie entstehen werden, können sie entsprechende Vorwirkungen entfalten. Die Frage, ob sie entstehen werden, ist – auf der Grundlage eines deterministischen Weltbildes – rein epistemischer Natur und betrifft deshalb nur die Frage, ob eine nicht gerechtfertigte Beeinträchtigung des grundrechtlich geschützten Interesses vorwerfbar ist.³³

Das Bestehen einer Prima-facie-Pflicht begründet eine Rechtfertigungslast bei einem Verhalten des Grundrechtsverpflichteten, das das Interesse negativ beeinträchtigen wird (bzw. bei pflichtgemäßer Prognose beeinträchtigen kann). Die Begründbarkeit von gegenwärtigen Pflichten zum Schutz künftiger Interessen gegenwärtig und teils auch künftig lebender Grundrechtsträger führt deshalb zu entsprechenden Rechtfertigungslasten. Diese Rechtfertigungslasten

³⁰ Behrendt (Fn. 7), 295 f.

³¹ Zum relativen Gewicht siehe exemplarisch Poscher, Inkommensurabilität (Fn. 8), 289.

³² Ausführlich Behrendt (Fn. 16).

³³ Die Bewältigung dieser epistemischen Problematik hängt nur davon ab, wie das Recht mit Entscheidungen unter Ungewissheit umgeht. Damit rückt die Frage in den Fokus, ob die Beeinträchtigung des grundrechtlich geschützten Interesses vorhersehbar gewesen ist.

sind strukturell gleichermaßen gewichtig wie die Rechtfertigungslast, welche sich aus gegenwärtig bzw. zeitnah interessensbeeinträchtigenden Effekten staatlichen Handelns ergibt.³⁴

3. Konsequenzen für die grundrechtstheoretische Lesart der von den Klimaaktivisten eingenommenen Position

Das mit dem Klimaaktivismus zum Ausdruck gebrachte Anliegen – das Bestehen von grundrechtlichen Rechtfertigungslasten in Ansehung von künftigen Interessen gegenwärtig und künftig lebender Grundrechtsträger – kann also auch grundrechtstheoretisch gelesen werden. Es wird schließlich angeprangert, dass diese verfassungsrechtliche Rechtfertigungslast grundrechtsverpflichteter Akteure bislang übersehen wird. Da sich diese von den Aktivisten eingenommene Position grundrechtstheoretisch fundieren lässt, weisen die Aktivisten auf Defizite der etablierten Lesart der Grundrechte hin.

C. Zweite Ebene: Ebene der definitiven Geltung

Die Klimaaktivisten nehmen auch mit Blick auf die *zweite Ebene* des Grundrechtsschutzes eine Position ein. Denn sie behaupten in der Regel nicht nur, dass grundrechtliche Rechtfertigungslasten gar nicht erkannt werden. Kernanliegen der Klimaaktivisten ist vielmehr, dass Entscheidungen *zu gegenwartsorientiert* ausfallen.³⁵ Damit geht es jedenfalls auch um die definitive Ebene des Grundrechtsschutzes, auf der festgelegt wird, was letzten Endes grundrechtlich erlaubt, ge- oder verboten ist, und um den Prozess der Abwägung, aus dem die Entscheidung hervorgeht. Der Vorwurf geht auch dahin, dass staatliche und nicht-staatliche Entscheidungsträger bei der Ermittlung des definitiven Sollens den Belangen der Zukunft nicht genügend Gewicht zumessen. Das zielt schlussendlich auf die definitive Ebene des Grundrechtsschutzes ab, soweit implizit die (plausible) These mitschwingt, dass die Entscheidungen anders ausfielen, wenn man die Gewichtung korrigierte.

Da grundrechtliche Pflichten in Ansehung künftiger Interessen gegenwärtig und künftig lebender Grundrechtsträger begründbar sind, können staatliche und nicht-staatliche Akteure mit gegenwärtigem Handeln den Achtungsanspruch gegenwärtig oder künftig lebender Grundrechtsträger verletzen. Wenn und soweit man der Ansicht ist, dass Politik und Gesellschaft Belange der Zukunft nicht oder mit einem zu geringen Gewicht berücksichtigen, lässt sich dies nicht nur als Angriff, sondern auch als Verletzung der Achtungsansprüche gegenwärtig oder künftig lebender Grundrechtsträger verstehen. Diese Verlet-

³⁴ Das Erfordernis der Bewältigung epistemischer Ungewissheit hat keinen Einfluss auf das Bestehen grundrechtlich begründeter Prima-facie-Pflichten.

³⁵ Nachweise in Fn. 1.

zung wirkt umso schwerer, als es um die künftigen klimatischen Lebensbedingungen geht, die in Zukunft nurmehr eingeschränkt beeinflussbar sein werden.

Für die Berechtigung dieses Anliegens spricht der vielfach diagnostizierte sogenannte *presentist bias*,³⁶ wonach Demokratien aus strukturellen Gründen für politische Gegenwartszentrierung anfällig sind.³⁷ Dies wirft die Frage auf, wie man diesen Schwächen effektiv entgegenwirken kann.³⁸

D. Zwischenergebnis

Die von den Klimaaktivisten inhaltlich vertretene politische Forderung lässt sich als grundrechtstheoretischer Standpunkt konzeptualisieren. Die Klimaaktivisten machen insofern darauf aufmerksam, dass grundrechtlich begründete Rechtfertigungslasten entstehen, und behaupten, dass staatliche und nicht-staatliche Akteure den künftigen Interessen gegenwärtig und künftig lebender Grundrechtsträger in ihren Entscheidungen nicht hinreichend Rechnung tragen.

III. Demokratietheoretische Dimension grundrechtlicher Freiheit

Nicht nur die von den Klimaaktivisten vertretenen inhaltlichen Positionen lassen sich grundrechtlich lesen, auch das Verhalten der Klimaaktivisten wirft die Frage auf, ob und inwiefern es grundrechtlich geschützt ist. Aufgrund der dezidiert politischen Stoßrichtung der Aktivitäten der Klimaaktivisten muss die Frage des grundrechtlichen Schutzes im Lichte der politischen Dimension grundrechtlicher Freiheitsausübung beantwortet werden.

³⁶ Zum sogenannten *presentist bias* und zu *political short-termism* siehe exemplarisch A.M. Jacobs, *Policy Making for the Long Term in Advanced Democracies*, *Annual Review of Political Sciences* 19 (2016), 433, 438 ff.; M.K. MacKenzie, *Institutional Design and Sources of Short-Termism*, in: I. González-Ricoy/A. Gosseries (Hrsg.), *Institutions for Future Generations* (2016), 24; D.F. Thompson, *Representing future generations: political presentism and democratic trusteeship*, *Critical Review of International Social and Political Philosophy* 13 (2010), 17; J. Boston, *Governing for the Future. Designing Democratic Institutions for a Better Tomorrow* (2016), 4 ff.; Gardiner (Fn. 2), 157; W.D. Nordhaus, *The Political Business Cycle*, *Review of Economic Studies* 42 (1975), 169; A. Drazen, *The Political Business Cycle after 25 Years*, *NBER Macroeconomics Annual* 15 (2000), 75.

³⁷ Boston (Fn. 36), 4 ff. m.w.N.

³⁸ V. Koskimaa/T. Raunio, *Curtailling political short-termism in legislatures: a trade-off between influence and institutionalization?*, *European Journal of Futures Research* 11 (2023), Beitrag Nr. 8, <https://doi.org/10.1186/s40309-023-00220-2>; MacKenzie (Fn. 36).

A. Grundrechtlicher Schutz politischer Meinungsäußerung als Kompensation für Verluste beim Transport der Interessen auf die staatliche Ebene

Übereinstimmend wird angenommen, dass der Grundgedanke der Demokratie die Idee der Volkssouveränität ist, also Selbstherrschaft des Volkes.³⁹ Auch die Annahme, dass Grundrechte und Demokratie eine enge Verbindung aufweisen, ist weitgehend konsentiert.⁴⁰ Die Selbstherrschaft des Volkes setzt autonome politische Willensbildungsprozesse auf Seiten der beteiligten Individuen voraus. Mit anderen Worten: Kollektive Selbstbestimmung ist ohne individuelle Selbstbestimmung nicht denkbar, wäre doch ohne autonome Setzung von Präferenzen und Determinierung von Interessen auf Seiten der Individuen jegliche Form der Herrschaftsausübung nicht als Selbstherrschaft begründbar. Zur Verwirklichung von Volkssouveränität bedarf es deshalb des Transports der (Individual-)Interessen auf die kollektive Ebene (z.B. durch Wahlen und/oder Abstimmungen). Dieser Interessentransport ist indes nicht verlustfrei möglich. Angesichts der gesellschaftlichen Pluralität ist das Volk zur Herstellung der eigenen Handlungsfähigkeit auf eine gesamtgesellschaftliche Willensbildung angewiesen⁴¹ und kollektive Willensbildungsprozesse gehen mit erheblichen Reduktionen und Verlusten einher.⁴² Dem substantiellen Verlust des Interessentransports des Souveräns (des Volkes) auf die kollektive Ebene muss deshalb durch einen entsprechenden Grundrechtsschutz Rechnung getragen werden – sowohl in Bezug auf das Handeln staatlicher Akteure bei der Ausübung staatlicher Gewalt als auch mit Blick auf die politische Meinungsäußerung jenseits formalisierter Akte des Interessentransports. Um dem genannten Verlust Rechnung tragen zu können, muss der Grundrechtsschutz, der die Partizipation an den politischen Entscheidungsprozessen absichert, auf die Kommunikationsbeiträge der Mitglieder des Volkes gerichtet sein, die sich ihrerseits auf die Gestaltung der Gesellschaft beziehen.⁴³

³⁹ Statt aller *M. Coppedge et al.*, *Conceptualizing and Measuring Democracy: A New Approach*, *Perspectives on Politics* 2011, 247, 248; *D. Held*, *Models of Democracy* (2006), 1.

⁴⁰ Statt aller siehe *J. Habermas*, *Faktizität und Geltung: Beiträge zur Diskurstheorie des Rechts und des demokratischen Rechtsstaats* (1992), 154 f., 157 ff.; *J. Isensee*, *Grundrechtsvoraussetzungen und Verfassungserwartungen*, in: *ders./P. Kirchhof* (Hrsg.), *Handbuch des Staatsrechts*, Bd. 9 (3. Aufl., 2011), § 190 Rn. 150; *C. Starck*, in: *v. Mangoldt/Klein/Starck*, *GG* (7. Aufl., 2018), Art. 1 Rn. 183; *BVerfGE* 27, 71, 81; 69, 315, 345 ff.

⁴¹ Exemplarisch *C. Möllers*, *Demokratie*, in: *Herdegen* (Fn. 8), § 5 Rn. 51; *M. Morlok*, *Demokratie und Wahlen*, in: *P. Badura/H. Dreier* (Hrsg.), *Festschrift 50 Jahre Bundesverfassungsgericht*, Bd. 2 (2001), 559, 578.

⁴² Das gilt unabhängig davon, ob man das Problem direktdemokratisch oder nach dem Modell einer repräsentativen Demokratie angeht. Sowohl repräsentative als auch direktdemokratische Modelle laufen, so *Möllers* (Fn. 41), Rn. 49, letzten Endes auf eine Vermittlung hinaus.

⁴³ *N. Ullrich*, *Das Demonstrationsrecht* (2015), 82 ff.; *G. Frankenberg*, *Demonstrationsfreiheit – eine verfassungsrechtliche Skizze*, *Kritische Justiz* 14 (1981), 370.

B. Grundrechtlicher Schutz der Teilhabe am (gesellschaftlichen) politischen Diskurs

Unter dem Grundgesetz wird der auf die Teilhabe am (gesellschaftlichen) politischen Diskurs bezogene Grundrechtsschutz insbesondere den in Art. 5 und Art. 8 GG kodifizierten Kommunikationsfreiheiten zugeschlagen,⁴⁴ wobei sich die Meinungsfreiheit als Kernelement der grundrechtlichen Kommunikationsfreiheiten verstehen lässt.⁴⁵ Meinungs- und Versammlungsfreiheit werden als „unentbehrliche Funktionselemente des demokratischen Gemeinwesens“ verstanden.⁴⁶ Dabei wird die individuelle politische Meinungsäußerung – schematisch betrachtet – grundsätzlich der Meinungsfreiheit zugeschlagen, während die kollektive politische Meinungsäußerung dem Schutz der Versammlungsfreiheit unterfällt. Die Versammlungsfreiheit gewinnt in Verbindung mit der Meinungsfreiheit eine politische Dimension und tritt insofern als Demonstrationsfreiheit in Erscheinung.⁴⁷

Nach Art. 8 Abs. 1 GG geschützte Versammlungen können unterschiedlichsten Zwecken dienen. Eines der Grundanliegen der Versammlungsfreiheit ist der Schutz von Situationen, in denen ein Meinungsaustausch bzw. die (Selbst-)Entfaltung durch Andere⁴⁸ stattfinden kann.⁴⁹ Insofern geht es allerdings (nur) um die soziale Interaktion zwischen den Versammlungsteilneh-

⁴⁴ BVerfGE 69, 315, 343 ff.; A. Nußberger, Kommunikationsfreiheiten, in: Herdegen (Fn. 8), § 20 Rn. 40 ff., 64 ff., 112, zählt auch Art. 9 GG zu den Kommunikationsfreiheiten. Zur Relevanz der Meinungsfreiheit für die Demokratie in der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts siehe BVerfGE 7, 198, 208; 62, 230, 247; 76, 196, 208 f. Siehe dazu auch Dreier/A.-B. Kaiser (Fn. 22), Art. 5 Rn. 41, 144. Zur Bedeutung der Versammlungsfreiheit für die Demokratie in der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts siehe exemplarisch BVerfGE 69, 315, 346; 128, 226, 250, und aus der Literatur Dreier/Kaiser (Fn. 22), Art. 8 Rn. 22 ff.; C. Dürig-Friedl/C. Enders, Versammlungsrecht (2. Aufl., 2022), Einleitung Rn. 2; T. Blanke/D. Sterzel, Demonstrationsfreiheit – Geschichte und demokratische Funktion, Kritische Justiz 14 (1981), 347; Ullrich (Fn. 43), 80 ff.

⁴⁵ Nußberger (Fn. 44), Rn. 68.

⁴⁶ BVerfGE 69, 315, 344 f. In anderen Entscheidungen ist von einer konstituierenden Bedeutung der Versammlungsfreiheit und der Meinungsfreiheit für die Demokratie die Rede, siehe zur Meinungsfreiheit: BVerfGE 7, 198, 208; zur Versammlungsfreiheit: BVerfG, NVwZ-RR 2022, 673.

⁴⁷ M. Kniesel/R. Poscher, Versammlungsrecht, in: H. Liskens/E. Denninger (Hrsg.), Handbuch des Polizeirechts (7. Aufl., 2021), Rn. 46; Blanke/Sterzel (Fn. 44), 351; BVerfGE 69, 315, 344 f.; 104, 92, 104.

⁴⁸ Dieter Suhr hat die Wendung von der Entfaltung der Menschen durch die Menschen geprägt, insbesondere in *ders.*, Die Entfaltung der Menschen durch die Menschen: Zur Grundrechtsdogmatik der Persönlichkeitsentfaltung, der Ausübungsgemeinschaften und des Eigentums (1976).

⁴⁹ Es kann insoweit bereits um kollektive Freiheitsausübung gehen, wenn und soweit die Selbstentfaltung hier in Form der Umsetzung eines gemeinsamen (kollektiven) Handlungsprojektes in Rede steht. Siehe dazu beispielsweise Kniesel/Poscher (Fn. 47), Rn. 44.

mern. Diese kann bereits eine demokratietheoretische Dimension haben, denn die Willensbildungsprozesse in der Gesellschaft sind auf Kommunikation und Austausch angewiesen. Die demokratietheoretische Bedeutung der Versammlungsfreiheit kommt allerdings erst über die Kommunikation mit nicht an der Versammlung teilnehmenden Akteuren voll zum Tragen. In diesem Fall dient die Versammlung weniger Austausch, Bildung und Entfaltung der eigenen Persönlichkeit durch andere Versammlungsteilnehmer, sie ist vielmehr Mittel zur Kommunikation mit der Gesellschaft und insofern *kollektive* öffentliche Meinungsäußerung. Wer dieses Mittel sucht, der will in der Regel auf einen Missstand hinweisen: „Demonstrationen fungieren gleichsam als öffentliche Herrschafts- und Ideologiekritik“. ⁵⁰ Demonstrationen werden daher auch als „notwendige Bedingung eines politischen Frühwarnsystems“ begriffen, das „Störpotentiale anzeigt, Integrationsdefizite sichtbar und damit auch Kurskorrekturen der offiziellen Politik möglich macht, zumindest aber den Unzufriedenen gestattet, Unmut und Kritik öffentlich zu artikulieren und abzuarbeiten.“ ⁵¹ Demonstrationen sind „Ausdruck der Volkssouveränität und [...] demokratisches Bürgerrecht zur aktiven Teilnahme am politischen Prozeß“. Der Schutz der Versammlungsfreiheit entfällt erst bei einer Unfriedlichkeit, wobei dieses Negativkriterium des grundrechtlichen Schutzes eng auszulegen ist. ⁵² Strafbares und ordnungswidriges Verhalten genügt für sich genommen nicht, um eine Unfriedlichkeit im Sinne des Art. 8 Abs. 1 GG zu begründen. ⁵³

Die Meinungsfreiheit schützt die Meinungsäußerung grundsätzlich über alle Medien und Formen, durch die eine Meinung geäußert und verbreitet werden kann. ⁵⁴ Dazu ist auch rein faktisches Verhalten zu zählen, sofern sich dieses als „Teilnahme am öffentlichen Kommunikationsprozess und nicht als bloße soziale Interaktion“ darstellt. ⁵⁵ Nicht geschützt sind nach herrschender Ansicht hingegen „Äußerungsformen, die eine ‚rein geistige‘ Wirkung der Meinung überschreiten und durch zusätzliche Mittel der aktiven Machtausübung der eigenen Meinung Nachdruck zu verleihen suchen“. ⁵⁶ Die tatbestandliche Grenze der Friedlichkeit gilt nach herrschender Ansicht insofern auch für den Schutz

⁵⁰ Frankenberg (Fn. 43), 372.

⁵¹ Blanke/Sterzel (Fn. 44), 347, zitiert in BVerfGE 69, 315, 347. Ähnlich Kniesel/Poscher (Fn. 47), Rn. 46; Dreier/Kaiser (Fn. 22), Art. 8 Rn. 23.

⁵² Dreier/Kaiser (Fn. 22), Art. 8 Rn. 42.

⁵³ BVerfGE 104, 92, 106; Dreier/Kaiser (Fn. 22), Art. 8 Rn. 42; A. Sinn, in: Münchener Kommentar zum StGB (4. Aufl., 2021), § 240 Rn. 139.

⁵⁴ Dreier/Kaiser (Fn. 22), Art. 5 Rn. 71.

⁵⁵ C. Grabenwarter, in: Dürig/Herzog/Scholz, Grundgesetz-Kommentar (102. EL, August 2023), Art. 5 Abs. 1 Rn. 82.

⁵⁶ Dreier/Kaiser (Fn. 22), Art. 5 Rn. 69. Vgl. auch Dürig/Herzog/Scholz/Grabenwarter (Fn. 55), Art. 5 Abs. 1 Rn. 85; H. Bethge, in: Sachs, GG (9. Aufl., 2021), Art. 5 Abs. 1 Rn. 34 f.

durch die Meinungsfreiheit.⁵⁷ Hier ist vielfach die Rede von einem allgemeinen Friedlichkeitsvorbehalt grundrechtlicher Freiheitsausübung.⁵⁸

Nach überzeugender Ansicht sind die die vermeintliche Unfriedlichkeit tragenden Erwägungen hingegen auf der Schrankenebene zu thematisieren.⁵⁹ Der Sache nach ergibt sich die fehlende grundrechtliche Schutzwürdigkeit privater Gewaltanwendung zur Durchsetzung eigener Interessen erst aus der Berücksichtigung gegenläufiger Interessen. Auch diese Konstellationen sind entsprechend den obigen Ausführungen zu den zwei Ebenen des Grundrechtsschutzes zu konzeptualisieren. Das bedeutet, dass das in Rede stehende Verhalten vollumfänglich mit Blick auf die Förderung oder Beeinträchtigung grundrechtlich geschützter Interessen ausgewertet und gewürdigt werden muss.

Der staatlich gewährleistete grundrechtliche Schutz sowohl durch die Meinungs- als auch durch die Versammlungsfreiheit ist nach etabliertem Verständnis inhaltsneutral.⁶⁰ Eine grundrechtliche Unterscheidung zwischen „guten“ und „schlechten“ bzw. „wertvollen“ und „wertlosen“ Meinungen wird als unzulässig angesehen.⁶¹ Der Staat ist der inhaltlichen Neutralität verpflichtet, um den gesellschaftlichen politischen Willensbildungsprozessen grundsätzlich freien Lauf zu lassen.⁶² Das bedeutet nicht, dass allen (politischen) Meinungen auch die gleiche Plattform gegeben werden muss. Weder der Staat noch Private sind grundrechtlich verpflichtet, Meinungen ungeachtet ihres Inhalts die gleiche Wirkmacht zu verleihen – eine Pflicht zur Duldung ist nicht dasselbe wie

⁵⁷ Statt aller Dreier/*Kaiser* (Fn. 22), Art. 5 Rn. 69; C. Hillgruber, Grundrechtlicher Schutzbereich, Grundrechtsausgestaltung und Grundrechtseingriff, in: Isensee/Kirchhof (Fn. 40), § 200 Rn. 33.

⁵⁸ Hillgruber (Fn. 57), Rn. 33; J.F. Lindner, Theorie der Grundrechtsdogmatik (2005), 229 ff. (insbesondere ab 235).

⁵⁹ K.E. Hain, Freiheit unter Friedlichkeitsvorbehalt? Eine rechtsphilosophische und methodologische Kritik, in: R. Alexy (Hrsg.), Juristische Grundlagenforschung, ARSP, Beiheft 104 (2005), 157, 179 f. Zu dem normstrukturtheoretischen Hintergrundstreit siehe Behrendt (Fn. 7), 170.

⁶⁰ Dreier/*Kaiser* (Fn. 22), Art. 5 Rn. 43; Dürig/Herzog/Scholz/*Grabenwarter* (Fn. 55), Art. 5 Abs. 1 Rn. 68. Für einen Vergleich zwischen der Rechtsprechung des BVerfG und des EGMR siehe M. Hong, Hassrede und extremistische Meinungsäußerungen in der Rechtsprechung des EGMR und nach dem Wunsiedel-Beschluss des BVerfG, ZaöRV 2010, 73, 75.

⁶¹ Ständige Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts, siehe exemplarisch BVerfGE 33, 1, 14 f.; 90, 241, 247; 124, 300, 320; C. Hillgruber, Die Meinungsfreiheit als Grundrecht der Demokratie: Der Schutz des demokratischen Resonanzbodens in der Rechtsprechung des BVerfG, JZ 2016, 495, 496.

⁶² Hillgruber (Fn. 61), 496; B. Koll, Liberales Versammlungsrecht: Zum Stellenwert der Freiheit in den Versammlungsgesetzen (2015), 295 f.; M. Cornils, Behördliche Kontrolle sozialer Netzwerke: Netzkommunikation und das Gebot der Staatsferne, in: M. Eifert/T. Gostomzyk (Hrsg.), Netzwerkrecht: Die Zukunft des NetzDG und seine Folgen für die Netzwerkkommunikation (2018), 217, 231.

eine Pflicht zur Weitergabe.⁶³ Die inhaltliche Neutralität des grundrechtlichen Schutzes ist im Übrigen keineswegs absolut, das zeigt sich unter anderem daran, dass eine Strafbarkeit in bestimmten Fällen (siehe beispielsweise § 130 StGB) an die kommunikative Bedeutung eines Verhaltens und den Inhalt einer Äußerung anknüpft.

C. Anwendung auf den Klimaaktivismus

Dem Klimaaktivismus zuzuschlagende Verhaltensweisen weisen ein breites Spektrum auf, die an dieser Stelle nicht einzeln erörtert werden sollen. Vielmehr möchte ich den Blick auf die Grundlinien der grundrechtlichen Beurteilung lenken:

(1) Radikale Formen symbolischer Meinungsäußerungen, wie beispielsweise Farbattacken auf Kulturgegenstände, unterfallen nach Maßgabe der herrschenden Ansicht nicht dem Schutz der Meinungsfreiheit, begnügen sie sich doch nicht mit der rein geistigen Einwirkung auf das soziale Gegenüber, sondern verleihen ihren Positionen mit Gewalt und Mitteln der aktiven Machtausübung Nachdruck. Ob es sich dabei um Beiträge zum politischen Diskurs handelt, ist nach dieser Ansicht nicht von Relevanz, da ein solches Verhalten von vorneherein vom grundrechtlichen Schutz ausgeschlossen ist. Anders ist dies nach der überzeugenden Ansicht, die den genannten Faktoren im Kontext der Abwägung Rechnung trägt.

(2) Demonstrationen der Klimaaktivisten unterfallen grundsätzlich dem Schutz der Versammlungsfreiheit.⁶⁴ Straßenblockaden erfüllen zwar – jedenfalls nach der sogenannten Zweite-Reihe-Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs⁶⁵ – das Merkmal der Gewalt im Sinne von § 240 StGB,⁶⁶ das bedeutet indes nicht, dass die Versammlung als unfriedlich gelten kann.⁶⁷ Die Klima-

⁶³ Diese Problematik wird insbesondere bei der Inhaltsmoderation durch die Betreiber von Social-Media-Plattformen sowie ihrer rechtlichen Regulierung deutlich, vgl. exemplarisch C. Wagner, Kommunikation in sozialen Medien und Grundrechte – Zur Drittwirkung der Meinungsfreiheit und Ausgestaltung einer dienenden Medienfreiheit, ZUM 2022, 861, 866 ff.; Cornils (Fn. 62); M. Eifert, Das Netzwerkdurchsetzungsgesetz und Plattformregulierung, in: ders./Gostomzyk (Fn. 62), 9, 12 ff.

⁶⁴ J. Botta, Klimaaktivismus im demokratischen Rechtsstaat, VerwArch 2023, 206; D. Busche, Verfassungsrechtliche Vorgaben für die strafrechtliche Bewertung der Sitzblockaden von Klimaaktivisten, KlimR 2023, 103, 104; F.-L. Schmidt, Zur Strafbarkeit von Straßenblockaden der „Letzten Generation“ wegen Nötigung und Widerstands gegen Vollstreckungsbeamte, KlimR 2023, 210, 211.

⁶⁵ BGHSt 41, 182; siehe dazu MüKo-StGB/Sinn (Fn. 53), § 240 Rn. 44 f.

⁶⁶ Exemplarisch T. Zimmermann/F. Griesar, Die Strafbarkeit von Straßenblockaden durch Klimaaktivisten gem. § 240 StGB, JuS 2023, 401, 402 f.; V. Erb, „Klima-Kleber“ im Spiegel des Strafrechts, NSZ 2023, 577, 577 f.

⁶⁷ R. Schröder, Rechtfertigung von Klimaprotesten: Gibt es einen „strafrechtlichen Klimanotstand“ – und wenn ja wie viele?, GA 2023, 633, 634; Busche (Fn. 64), 104.

kleber-Aktionen werden zwar typischerweise von den durch sie Betroffenen als störend empfunden, Störungen sind indes regelmäßige Nebenfolge jeglicher Versammlung im Straßenraum.⁶⁸ Ein gewisses Maß an Störung und aufgezwungener Aufmerksamkeit ist eine Begleiterscheinung des demokratischen Diskurses, lebt er doch von der Auseinandersetzung mit den Positionen Anderer.⁶⁹

(3) Da der grundrechtliche Schutz nach etabliertem Verständnis inhaltsneutral ist, ist es für den grundrechtlichen Schutz politischer Meinungsäußerungen innerhalb wie außerhalb von Versammlungen nicht relevant, ob die geäußerte Meinung aus grundrechtstheoretischer Perspektive berechtigterweise auf einen Missstand in Politik und Gesellschaft aufmerksam macht. Rechtsextremistische Versammlungen genießen, so gesehen, grundsätzlich den gleichen Schutzstandard wie Versammlungen, die auf die Realisierung von Freiheit und Gleichheit aller Menschen ausgerichtet sind.⁷⁰

Das wirkt sich naturgemäß auch auf die Anwendung des Rechts aus. Beispielsweise genießt der Klimaaktivismus bei der Äußerung von Meinungen innerhalb wie außerhalb von Versammlungen keine Sonderrechte, nur weil die Aktivisten aus grundrechtstheoretischer Sicht mit einiger Berechtigung auf einen Missstand in Politik und Gesellschaft hinweisen.⁷¹ Das bedeutet jedoch nicht, dass das grundrechtstheoretische Fundament der von den Klimaaktivisten vertretenen Position rechtlich völlig ohne Bedeutung wäre. Denn hinsichtlich der Frage, inwiefern auf eine Straftat reagiert werden sollte, kommt es durchaus auf das Ausmaß der Vorwerfbarkeit an⁷² und diese wird auch von Vorstellungen über die Werthaftigkeit der Motivation beeinflusst (vgl. § 46 Abs. 2 S. 2 StGB). Im Schrifttum wird zu Recht darauf hingewiesen, dass die Motivation bei klimaaktivistisch geprägten Straftaten grundsätzlich schuld-mindernd berücksichtigt werden muss.⁷³ Es kann durchaus einen Unterschied

⁶⁸ BVerfGE 73, 206, 250; *L. Friedrich*, Versammlungsinfrastrukturen: An den Grenzen des Versammlungsrechts, DÖV 2019, 55, 57 f.

⁶⁹ Die Meinungsfreiheit erfährt erst durch sehr gewichtige gegenläufige Interessen Grenzen, siehe exemplarisch *W. Cremer*, Der Schutzbereich der grundgesetzlichen Meinungsfreiheit, NVwZ 2023, 1463, 1464 f. In Bezug auf Duldungspflichten bzgl. der Nutzung von dem öffentlichen Verkehr eröffneten Flächen durch Versammlungen BVerfGE 128, 226, 250 und *Koll* (Fn. 62), 58 f.

⁷⁰ Eine Auseinandersetzung mit der sich aufdrängenden Frage, ob die Annahmen des etablierten Verständnisses (beispielsweise) auch auf der Basis des semantischen Grundrechtsmodells überzeugen können, kann an dieser Stelle nicht geleistet werden. Das muss einem gesonderten Beitrag vorbehalten bleiben.

⁷¹ *J. Kersten*, Das ökologische Grundgesetz (2022), 19 ff.

⁷² Das folgt schon aus dem in § 46 Abs. 1 S. 1 StGB einfach-rechtlich verankerten Grundsatz schuldangemessen Strafens.

⁷³ Siehe exemplarisch *T. Rönna*, Grundwissen – Strafrecht: Klimaaktivismus und ziviler Ungehorsam, JuS 2023, 112, 114 f.; *Busche* (Fn. 64), 107; *I. Coca-Vila*, Punishing the Last

machen, ob eine Straftat rechtsextremistisch motiviert wurde oder ob sie zur Korrektur einer grundrechtlichen Schieflage begangen wurde. Es ist zwar richtig, dass die Frage, wann eine grundrechtliche Schieflage besteht, von subjektiven Wertungen und Dezisionen abhängt. Dennoch ermöglichen gerade grund- und menschenrechtstheoretische Konzepte eine Auseinandersetzung mit der Frage, ob und inwiefern eine bestimmte Ideologie mit dem menschenrechtlichen Fundament eines Anspruchs auf Achtung als Gleichrangiger bzw. eines rechtlichen Gleichgestelltseins⁷⁴ aller Menschen zu vereinbaren ist.

IV. Schlussbemerkungen

Der Klimaaktivismus nimmt inhaltlich eine politische Position ein, die grundrechtstheoretisch konzeptualisiert werden kann. Klimaaktivisten weisen insofern darauf hin, dass grundrechtlich begründete Rechtfertigungslasten entstehen, und behaupten, dass staatliche und nicht-staatliche Akteure die künftigen Interessen gegenwärtig und künftig lebender Grundrechtsträger in ihren Entscheidungen nicht hinreichend berücksichtigen. Bei der grundrechtlichen Bewertung klimaaktivistischer Handlungen ist es nicht überzeugend, bestimmten Verhaltensweisen von vornherein den grundrechtlichen Schutz zu versagen. Angesichts der inhaltlichen Neutralität des Staates beim Schutz von Meinungsäußerungen in und außerhalb von Versammlungen führt auch ein grundsätzlich berechtigtes Anliegen nicht zu Sonderrechten. Die Motivation kann indes bei der Anwendung des Strafrechts eine Rolle spielen.

Citizens? On the Climate Necessity Defence, Res Publica (2023), <https://doi.org/10.1007/s11158-023-09642-y>.

⁷⁴ Statt aller *H. Arendt*, Elemente und Ursprünge totaler Herrschaft (Erstauflage 1951, 14. Aufl., 2011), 622; *S. Augsberg*, Gleichheit angesichts von Vielfalt als Gegenstand des philosophischen und des juristischen Diskurses, VVDStRL 78 (2019), 7, 13; *Dreier/Wapler* (Fn. 22), Art. 1 Abs. 1 Rn. 64; *C. Hillgruber*, BeckOK GG (56. Ed., 15.8.2023), Art. 1 Rn. 12; *A. Barak*, Human Dignity (2015), 7.

Volle Härte oder volles Verständnis?

Zur Sanktionierung von Klima-Aktivist:innen durch die Strafgerichte*

Johannes Kaspar

I.	Klimaproteste als Testfall für das Strafrecht	165
II.	Zur materiellen Strafbarkeit.....	169
	A. Tatbestandsmäßigkeit.....	169
	1. Kriminelle Vereinigung, § 129 StGB	169
	2. Anwendung von „Gewalt“, § 240 und § 113 StGB	171
	B. Rechtswidrigkeit	174
	1. § 34 StGB.....	174
	2. Gerechtfertigter „zivilier Ungehorsam“	175
	3. Verwerflichkeit, § 240 Abs. 2 StGB	176
III.	Sanktionswahl und Strafzumessung	180
	A. Überblick über die analysierten Fälle	180
	B. Rechtlicher Rahmen	180
	C. Sanktionswahl.....	181
	D. Strafzumessungserwägungen	183
	E. Diskussion	185
IV.	Fazit.....	187

I. Klimaproteste als Testfall für das Strafrecht

Die Aktionen der Klima-Aktivist:innen der sogenannten „Letzten Generation“,¹ mit denen auf das Problem des Klimawandels aufmerksam gemacht werden soll, haben den Zorn der Nation auf sich gezogen. Nicht so sehr die katastrophalen Folgen der Erderwärmung scheinen die Menschen zu erregen, sondern der Umstand, dass man auf dem Weg zur Arbeit von den „Klima-Klebern“ aufgehalten wird. Genau dies steht bekanntlich im Zentrum der Aktionen der Letzten Generation: Man setzt sich nicht nur auf die Straße, um den Forderungen nach mehr Klimaschutz Nachdruck zu verleihen, sondern klebt sich auch noch fest, um das Wegtragen durch die Polizei zeitlich hinauszuzögern. Eine Sitzblockade also, wie man sie aus früheren Zeiten als Mittel des politi-

* Alle Internetquellen wurden zuletzt abgerufen am 19.3.2024.

¹ Siehe <https://letztegeneration.org/>.

schen Protests bzw. des „zivilen Ungehorsams“² kennt,³ nun aber eben mit Haft-Komponente. Und das im doppelten Sinn,⁴ denn in Bezug auf die Störenfriede (oder sollte man besser sagen: friedlichen Störer) der Letzten Generation ist schnell und reflexartig auch der Ruf nach dem Strafrecht laut geworden, einschließlich erster Verurteilungen zu Haftstrafen ohne Bewährung.⁵

Dabei wird rhetorisch wie strafjustiziell scharf geschossen.⁶ Von der Gefahr einer „Klima-RAF“ war ernsthaft die Rede,⁷ und auch der Vorwurf der strafbaren Bildung einer „kriminellen Vereinigung“ gemäß § 129 StGB wird erhoben. Die Generalstaatsanwaltschaft München hatte zwischenzeitlich (ersichtlich mit der Absicht, einen präventiven Schockeffekt zu erzielen) auf der beschlagnahmten Website der Letzten Generation einen Hinweis platziert, dass diese eine kriminelle Vereinigung sei, die man auch durch Spenden nicht unterstützen dürfe, wenn man sich nicht strafbar machen wolle.⁸ Zwar wurde dieser Hinweis nach Protesten alsbald entfernt. Der Vorwurf steht aber im Raum und wird womöglich demnächst zu Verurteilungen führen: Das Landgericht München II hat jedenfalls in einer am 23.11.2023 ergangenen Beschwerdeentscheidung das Vorliegen einer kriminellen Vereinigung bestätigt.⁹ Die Grund-

² Siehe nur AG Heilbronn, Urt. v. 6.3.2023 – 26 Ds 16 Js 4813/23.

³ Siehe nur BGHSt 41, 182; BVerfGE 92, 1; BVerfGE 104, 92.

⁴ Siehe auch den schönen Titel des instruktiven Sammelbands *M. Bönnemann* (Hrsg.), *Kleben und Haft. Ziviler Ungehorsam in der Klimakrise* (2023).

⁵ AG Heilbronn, Urt. v. 6.3.2023 – 26 Ds 16 Js 4813/23. Siehe dazu näher unten. Berichtet wird außerdem von einer Verurteilung zu acht Monaten Freiheitsstrafe ohne Bewährung durch das AG Tiergarten vom September 2023, siehe nur <https://www.zeit.de/gesellschaft/zeitgeschehen/2023-09/letzte-generation-strassenblockaden-berlin-haftstrafe>. Soweit ersichtlich ist diese Entscheidung bislang unveröffentlicht geblieben.

⁶ Kritisch *D. Bayer* et al., *Warum es falsch ist, Klimaprotest und Seenotrettung zu kriminalisieren*, F.A.Z. v. 30.11.2023, abrufbar unter <https://www.faz.net/aktuell/politik/staat-und-recht/warum-es-falsch-ist-klimaprotest-und-seenotrettung-zu-kriminalisieren-19348547.html>.

⁷ So die Äußerung des CSU-Politikers Alexander Dobrindt, siehe <https://www.zeit.de/politik/deutschland/2022-11/alexander-dobrindt-klimaaktivisten-strafen-raf>; zu Recht kritisch *K. Höffler*, *Klima-RAF herbeireden*, *Verfassungsblog* v. 17.11.2022, abrufbar unter <https://verfassungsblog.de/klima-raf-herbeireden/>.

⁸ Siehe zum Ganzen *K. Höffler*, *„Ziviler Ungehorsam – Testfall für den demokratischen Rechtsstaat“*, in: Bönnemann (Fn. 4), 25.

⁹ Siehe dazu <https://www.zeit.de/gesellschaft/zeitgeschehen/2023-11/letzte-generation-landgericht-muenchen-kriminell-klimaprotest>; <https://www.justiz.bayern.de/gerichte-und-behoerden/oberlandesgerichte/muenchen/presse/2023/68.php>. Kritisch (mit Hinweis auf die Eigenschaft von § 129 StGB als „Türöffner“ für strafprozessuale Eingriffe) *F. Wenglarczyk*, *Wie man eine kriminelle Vereinigung macht*, *Verfassungsblog* v. 24.5.2023, abrufbar unter <https://verfassungsblog.de/wie-man-eine-kriminelle-vereinigung-macht/>; siehe auch *Höffler* (Fn. 8), 25; relativierend *K.F. Gärditz*, *Organisierte „Klimakleber“ als kriminelle Vereinigung? Anmerkungen aus verfassungsrechtlicher Perspektive*, in: Bönnemann (Fn. 4), 127, 132 ff.

lage dieser Annahme ist insbesondere der bei Sitzblockaden klassische Vorwurf der Nötigung gemäß § 240 StGB, auf den ich mich im Folgenden konzentrieren möchte – hier gab es erste Verurteilungen, aber auch vereinzelte Freisprüche wegen einer angenommenen Rechtfertigung gemäß § 34 StGB¹⁰ bzw. der Annahme fehlender Verwerflichkeit gemäß § 240 Abs. 2 StGB.¹¹ Das sind aber Ausnahmen: Ganz überwiegend wird auf das Strafrecht gesetzt und sogar aktuell in einem Gesetzentwurf der CDU/CSU-Fraktion eine Verschärfung der Strafdrohung für den (angeblich) „radikalen und aggressiven Protest“ der Klima-Aktivist:innen gefordert.¹² Friedliche Demonstrationen, so lautet die Begründung des Entwurfs, seien „ein wichtiges und im Grundgesetz verbürgtes Instrument demokratischer Mitwirkung“ – wer aber Straftaten begehe, beschädige im Ergebnis das Anliegen des Klimaschutzes und sei nicht schutzwürdig. Ein offensichtlicher Zirkelschluss, der sich in ähnlicher Weise, wie später noch gezeigt wird, auch in einigen strafgerichtlichen Urteilen findet:¹³ Die zunächst offene Frage, ob es sich um strafbares Verhalten handelt oder (auch aufgrund verfassungsrechtlicher Erwägungen) nicht, wird ohne Weiteres bejaht, um daraus den fehlenden Schutz durch die Verfassung abzuleiten.

Der schnelle Griff zum Strafrecht, um ein gesellschaftlich-politisches Problem zu „bearbeiten“, ist Ausdruck einer generellen Tendenz.¹⁴ Die *ultima ratio* ist, so scheint es, immer mehr zur *prima ratio* geworden, zu einem üblichen Mittel staatlichen Handelns, das seine scharfen Konturen und seinen eng begrenzten Ausnahmecharakter mehr und mehr zu verlieren droht. Dabei drängt das Verfassungsrecht doch eigentlich zum Maßhalten, zur Zurückhaltung und zur Präzision, wenn es um das Strafrecht als das „schärfste Schwert“ im Arsenal staatlicher Maßnahmen geht. Das auf der Menschenwürde basierende Schuldprinzip verbietet übermäßiges, dem Schuldvorwurf nicht angemessenes Strafen. Der Verhältnismäßigkeitsgrundsatz wird durch den Eingriff in Freiheitsgrundrechte aktiviert, den staatliches Strafen mit sich bringt. Er zwingt zur Begrenzung auf geeignete, erforderliche und angemessene Mittel. Und das Gesetzlichkeitsprinzip (Art. 103 Abs. 2 GG) fordert klare und bestimmte rechtliche Regeln, die den Bürger:innen als „Magna Charta“¹⁵ idealerweise Orientierung bieten, indem sie *ex ante* erkennen lassen, ob ein Verhalten überhaupt strafbar ist und wenn ja, mit welcher strafrechtlichen Sanktion zu rechnen sein

¹⁰ AG Flensburg, Urt. v. 6.12.2022 – 440 Cs 107 Js 7252/22.

¹¹ AG Freiburg (Breisgau), Urt. v. 21.11.2022 – 24 Cs 450 Js 18098/22.

¹² Siehe den Antrag der CDU/CSU-Fraktion, BT-Drs. 20/4310. Kritisch zu dieser Tendenz Bayer et al. (Fn. 6).

¹³ Siehe nur die Ausführungen in OLG Celle, Beschl. v. 29.7.2022 – 2 Ss 91/22, Rn. 46.

¹⁴ Ähnlich (im vorliegenden Kontext) auch F. Wenglarczyk, Feindbild Klimaaktivismus, Verfassungsblog v. 10.11.2022, abrufbar unter <https://verfassungsblog.de/feindbild-klimaaktivismus/>.

¹⁵ So die bekannte Wendung von F. von Liszt, Strafrechtliche Aufsätze und Vorträge, Bd. 2 (1905), 80.

wird.¹⁶ Das Beispiel der Aktionen der Klima-Aktivist:innen zeigt nun, dass die Realität oft hinter diesen Postulaten zurückbleibt. Vielmehr existieren sowohl auf der Ebene der Strafbarkeit als solcher als auch auf der Ebene der Sanktionierung Unschärfen und Wertungsspielräume der Gerichte, die weder dem Ideal eines durch das Verfassungsrecht eng begrenzten noch dem eines präzise formulierten und für die Bürger:innen vorhersehbaren Strafrechts entsprechen.

Gegenstand dieses Beitrags soll vor allem eine Analyse der bislang ergangenen und veröffentlichten Aburteilungen von Klima-Aktivist:innen sein. Wie ich gleich noch genauer zeigen möchte, haben Strafgerichte in Bezug auf Sitzblockaden sehr ähnliche Sachverhalte unterschiedlich beurteilt. Allein mit dem Hinweis auf die unumgängliche Arbeitsteilung zwischen Gesetzgeber und Gerichten und damit auf die Konkretisierungsbedürftigkeit von abstrakt-generellen Regeln im Einzelfall lässt sich dieser Befund nicht erklären. Vielmehr zeigt das vorliegende Beispiel meines Erachtens, dass es nach wie vor an einem ausreichend geklärten theoretischen Fundament für die Frage fehlt, anhand welcher Kriterien Wertungsspielräume und unbestimmte Rechtsbegriffe auszufüllen sind. Dieser Befund gilt für die Frage der materiellen Strafbarkeit vor allem in den Fällen, in denen wie im Kontext der Klimaproteste die Strafbarkeit von unbestimmten Rechtsbegriffen wie der „Verwerflichkeit“ abhängt. Und er gilt erst recht für die Rechtsfolgenrechtsseite. Für die Auswahl und Bemessung der Strafe findet man im Gesetz nur wenige strikte Vorgaben, vieles wird der individuellen Wertung der Gerichte überlassen – ein altbekannter Befund, der zu den notorischen regionalen Ungleichheiten im Bereich der Strafzumessung beiträgt.¹⁷ Besonders sichtbar (und eben auch problematisch) wird dieser Umstand dann, wenn es wie hier um politisch kontrovers beurteilte Handlungen geht, so dass vermutlich noch mehr als sonst¹⁸ persönliche, d.h. auch politische Einstellungen und Überzeugungen der entscheidenden Richter:innen großen Einfluss auf die Entscheidung haben können.

Alles in allem ist das kein befriedigender Zustand. *Günter Ellscheid* und *Winfried Hassemer* haben schon vor fast 50 Jahren in einem grundlegenden straftheoretischen Beitrag moniert, dass wir uns ungelöste Grundlagenfragen ausgerechnet im eingriffsintensiven Bereich des Strafrechts eigentlich überhaupt nicht leisten können.¹⁹ Und wenn *Jürgen Habermas* in einer schon Jahrzehnte zurückliegenden Publikation den „zivilen Ungehorsam“ als „Testfall für

¹⁶ Zur Geltung von Art. 103 Abs. 2 GG auch für die Rechtsfolgenrechtsseite siehe nur BVerfGE 105, 135.

¹⁷ Genauer zu diesem Befund mit Nachweisen und möglichen Lösungsansätzen *J. Kaspar*, Gutachten C für den 72. Deutschen Juristentag: Sentencing Guidelines versus freie tatrichterliches Ermessen – Brauchen wir ein neues Strafzumessungsrecht? (2018).

¹⁸ Zu entsprechenden empirischen Befunden siehe nur *Kaspar* (Fn. 17), C 18 f.

¹⁹ *G. Ellscheid/W. Hassemer*, Strafe ohne Vorwurf, in: F. Lüderssen/K. Sack (Hrsg.), Abweichendes Verhalten II. Die gesellschaftliche Reaktion auf Kriminalität 1 (1975), 266, 277.

den demokratischen Rechtsstaat“ bezeichnet,²⁰ heißt das, dass er natürlich erst recht ein Testfall für das Strafrecht ist. Und genau diesen Test besteht das Strafrecht derzeit eben nicht ohne Weiteres. Am Ende des Beitrags will ich daher noch einige kursorische Überlegungen anstellen, wie mit dem Befund der großen Wertungsspielräume und Unschärfen im Strafrecht umgegangen werden könnte.

II. Zur materiellen Strafbarkeit

Über die materielle Strafbarkeit der Aktionen der Letzten Generation wurde schon viel gesagt und geschrieben, während die Rechtsfolgenseite, insbesondere die Fragen der Sanktionswahl und Strafzumessung sowie deren Begründung, bislang in der Diskussion eher stiefmütterlich behandelt wurden. Dennoch bedarf es der Untersuchung der materiellen Strafbarkeit auch für die folgende sanktionenrechtliche Analyse, da richtigerweise von einem zwingenden Zusammenhang der beiden Fragenkreise auszugehen ist. Die Sanktion soll, so lässt sich § 46 Abs. 1 S. 1 StGB interpretieren, auf die Höhe des „verschuldeten Unrechts“ reagieren. Bei allen Schwierigkeiten, welche die Ausfüllung dieses Maßstabs mit sich bringt, liegt die Annahme nahe, dass eine Sanktion umso milder ausfallen muss, je mehr es sich um einen (vielleicht auch umstrittenen) Grenzfall handelt, dessen Tatbestandsmäßigkeit nur gerade noch bejaht wird bzw. bei dem ein Rechtfertigungsgrund im Raum steht und vielleicht nur knapp verfehlt wird. Anders formuliert: Eine Nähe zum tatbestandslosen bzw. gerechtfertigten Verhalten müsste sich, so die Prämisse, zwingend auf die Strafzumessung auswirken. Sofern man eine Strafbarkeit überhaupt bejaht, liegt eine solche Konstellation hier vor, wie ich im Folgenden zeigen möchte.

A. Tatbestandsmäßigkeit

1. Kriminelle Vereinigung, § 129 StGB

Was die Annahme einer Strafbarkeit gemäß § 129 StGB (Bildung einer kriminellen Vereinigung) anbelangt, halte ich diese im Ergebnis für verfehlt; jedenfalls eine verfassungsrechtlich fundierte restriktive Auslegung spricht im Ergebnis dagegen.²¹ Fraglich ist insbesondere, ob die Letzte Generation eine

²⁰ J. Habermas, Ziviler Ungehorsam – Testfall für den demokratischen Rechtsstaat, in: P. Glotz (Hrsg.), Ziviler Ungehorsam im Rechtsstaat (1983), 35; dazu vertiefend Höffler (Fn. 8), 25.

²¹ T. Singelstein/D. Winkler, Wo die kriminelle Vereinigung beginnt. Zur strafverfassungsrechtlichen Reduktion § 129 StGB, NJW 2023, 2815. Siehe auch M. Kuhl/J. Papenfuß, Warum die „Letzte Generation“ (noch) keine kriminelle Vereinigung ist, KripoZ 2023, 71.

ausreichende Gefahr für die öffentliche Sicherheit²² darstellt. Das wird vom Landgericht München II in seinem bereits erwähnten Beschwerdebeschluss vom 16.11.2023²³ mit der Begründung bejaht, dass der gesellschaftliche Diskurs durch illegitime Mittel verletzt werde, wenn eine Gruppierung versuche, „sich – gegebenenfalls moralisch überhöhend – über die rechtsstaatliche Ordnung und die konsentierten Formen der demokratischen Abläufe zu stellen“. Straftaten seien „kein Mittel der freiheitlichen, demokratischen, rechtsstaatlichen Diskussion, sondern Ausdruck krimineller Energie und als solche juristisch nüchtern zu bewerten“. Moralische Argumente könnten „jenseits der Gesetze eine Strafbarkeit weder begründen noch negieren“. Das überzeugt in mehrfacher Hinsicht nicht. Die Begehung von „Straftaten“, der Einsatz „illegitimer Mittel“, ein Agieren außerhalb der „rechtsstaatlichen Ordnung“ sind ohnehin Voraussetzungen für die Bejahung einer „kriminellen“ Vereinigung und können deshalb nicht (erneut) zur Begründung des davon unabhängigen Merkmals der Gefährdung öffentlicher Sicherheit herangezogen werden.²⁴

Auch dass man sich als Protestierender, der von der Versammlungs- und Meinungsfreiheit Gebrauch macht, (fast schon *per definitionem*) für ein für richtig gehaltenes politisches Ziel einsetzt, kann nicht ernsthaft zu Lasten der Betroffenen gewertet werden, um daraus eine Gefährdung der öffentlichen Sicherheit abzuleiten – genau dies wird aber mit dem Hinweis auf das „moralisch überhöhend(e)“ Handeln angedeutet. Was mit den „moralischen Argumenten“ gemeint ist, die „jenseits der Gesetze“ keinen Einfluss auf die Strafbarkeit haben sollen, bleibt unklar. Dass Umstände, die keinen gesetzlichen Anknüpfungspunkt haben, gerade im Strafrecht mit seiner strikten Bindung an das Gesetzlichkeitsprinzip (Art. 103 Abs. 2 GG) außer Betracht zu bleiben haben, ist eine triviale, an sich überflüssige Feststellung, die den Kern des Problems verfehlt. Die eigentliche Frage ist doch, welche Aspekte in die Bewertung eines Verhaltens einfließen, wenn das Gesetz selbst offensichtliche Wertungsspielräume eröffnet. Bei der Nötigung, die mit der „Verwerflichkeitsklausel“ Raum für eine umfassende Gesamtwürdigung lässt, liegt es nun mehr als nahe, auch die Motive und Ziele der Aktivist:innen und damit, wenn man das so bezeichnen möchte, auch „moralische“ Aspekte einzubeziehen – dazu sogleich mehr. Zumindest mit Blick auf die im Kern der Aktionen der Letzten Generation

²² Siehe dazu BGHSt 41, 47.

²³ LG München, Beschl. v. 16.11.2023 – 2 Qs 14/23. Die Begründung des Beschlusses ist bislang nicht veröffentlicht worden; die folgenden Zitate stammen aus der Meldung bei beck-aktuell, abrufbar unter <https://rsw.beck.de/aktuell/daily/meldung/detail/lg-muenchen-i-staatsanwaltschaft-darf-gegen-letzte-generation-wegen-verdachts-krimineller-vereinigung-ermitteln>.

²⁴ Zur vergleichbaren Argumentation mancher Gerichte im Rahmen der Strafzumessung siehe unten S. 186 f.

stehenden Sitzblockaden steht der Vorwurf der Bildung einer „kriminellen Vereinigung“ also auf tönernen Füßen.²⁵

Allerdings muss man zugeben, dass zumindest der im Jahr 2017 festgelegte Wortlaut der Norm eine Bejahung der Strafbarkeit gemäß § 129 StGB erlaubt, insbesondere, weil bei den in Bezug genommenen Straftaten der abstrakt-generelle Strafraum mit einer Höchststrafe von mindestens zwei Jahren entscheidend ist, so dass fast alle Straftaten des Besonderen Teils des Strafgesetzbuchs einbezogen sind. Die Schwelle wurde also denkbar niedrig angesetzt. Unter der Prämisse der Strafbarkeit der Sitzblockaden der Letzten Generation ist die Annahme einer „kriminellen Vereinigung“ somit eine vertretbare juristische Entscheidung.²⁶ Selbst dann müsste man aber zugestehen, dass es sich hier im Vergleich zu den Gruppen, die dem Gesetzgeber vorgeschwebt haben dürften, um eine mehr als atypische kriminelle Vereinigung handelt, die sich auf gewaltlosen Protest beschränkt, der die Allgemeinheit möglicherweise nervt und im Alltag stört, aber soweit ersichtlich kein nennenswertes „Unsicherheitsgefühl“ in der Bevölkerung hervorruft. Bei der Sanktionierung müsste der Umstand der Nähe zur Tatbestandslosigkeit entsprechend stark zu Buche schlagen.

2. Anwendung von „Gewalt“, § 240 und § 113 StGB

Eine weitere sehr umstrittene Frage ist, ob eine Sitzblockade tatsächlich die Ausübung von „Gewalt“ darstellt. Das wird von der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs bekanntlich in seiner „Zweite-Reihe-Rechtsprechung“ in Bezug auf den Straftatbestand der Nötigung gemäß § 240 StGB bejaht.²⁷ Die zweite Reihe der ankommenden Autofahrer stoße, so wird argumentiert, auf das unüberwindliche Hindernis der ersten Reihe; hierin liege die Anwendung von „physischem Zwang“. Und dieser sei eben kein rein „psychischer Zwang“²⁸ mehr, dessen Einordnung als „Gewalt“ das Bundesverfassungsgericht für verfassungswidrig erklärt hatte.²⁹ In einer späteren Entscheidung hat das Bundesverfassungsgericht diese Rechtsprechung für verfassungskonform erklärt.³⁰

²⁵ Soweit sich das Landgericht München II daneben noch auf (angeblich) geplante Blockaden von Flughäfen oder die Sabotage von Ölpipelines bezieht, könnte dies eine andere rechtliche Einordnung begründen. Allerdings sind Aktionen dieser Dimension soweit ersichtlich bislang von Angehörigen der Letzten Generation nicht durchgeführt worden; dass entsprechende Pläne bestehen, wäre erst noch darzulegen.

²⁶ Vgl. A. Heinze/J. Steinmetz, Vom „Verbrecherverein“ zum Zusammenschluss mit kriminellem Zweck, NK 2023, 387; K.F. Gärditz, Aus der Mottenkiste politischer Theorie. Ziviler Ungehorsam als Lizenz zur Straftat?, in: Bönnemann (Fn. 4), 37, 40.

²⁷ BGHSt 41, 182.

²⁸ Dazu BGHSt 23, 46.

²⁹ BVerfGE 92, 1.

³⁰ BVerfGE 104, 92; siehe auch BVerfG, Beschl. v. 7.3.2011 – 1 BvR 388/05.

Eine solche (sehr) extensive Auslegung von § 240 StGB ist aber alles andere als überzeugend – und zwar wohlgemerkt unabhängig von der Frage, ob man das politische Anliegen der Protestierenden sympathisch findet oder nicht.³¹ Man kann auf der Grundlage der Zweite-Reihe-Rechtsprechung nur zur Bejahung von „Gewalt“ gelangen, wenn man auch das entscheidende Kriterium der „physischen Zwangswirkung“ sehr weit interpretiert. Anders als beim Einsperren, das oft als (mittelbare) Gewalt und „physischer Zwang“ verstanden wird,³² kann die Zwangswirkung für die Fahrer der zweiten Reihe nämlich nur darin bestehen, dass sie nicht weiter (geradeaus) fahren können. Sehr wohl können sie entweder (je nach den Straßenverhältnissen) umdrehen oder zumindest das Auto verlassen und sich dann – etwa zu Fuß – weiter frei fortbewegen. Wenn das Kriterium des „physischen Zwangs“ gerade in Abgrenzung zum rein „psychischen Zwang“ den nötigen Körperbezug sichern soll, muss man ihn auch körperbezogen bestimmen. Das bloße nicht mehr weiter geradeaus Fahren-Können ist eine Beeinträchtigung der Dispositionsfreiheit und sicher im Einzelfall äußerst ärgerlich – aber richtigerweise keine „Gewalt“, die sich in beschränkender Weise gerade auf den menschlichen Körper auswirkt. Niemand käme auf die Idee, das Aufstellen einer zwei Meter hohen Mauer auf einem Weg, an der man als Fußgänger unproblematisch vorbeigehen kann, als „unüberwindbares Hindernis“³³ zu qualifizieren, das körperlich wirkenden Zwang und damit „Gewalt“ begründen kann.

Interessant sind insofern die Ausführungen des Landgerichts Berlin in einer Berufungsentscheidung, in der die Verurteilung wegen Nötigung durch das Amtsgericht Tiergarten bestätigt wurde:³⁴ Das Gericht bejaht zunächst die Anwendung von Gewalt im Einklang mit der bisherigen Linie der Rechtsprechung. Bei der Diskussion der „Verwerflichkeit“ wird dann ausgeführt, dass die Autofahrer zwar hätten aussteigen, aber ihr Fahrzeug realistischerweise nicht hätten verlassen können – sie seien „für die Zeit bis zur Beendigung der Blockade durch die Polizei räumlich auf den Bereich in ihrem bzw. unmittelbar um ihr Fahrzeug herum beschränkt“ gewesen, was dem „Zustand des Eingesperrtseins zwar nicht gleich-, aber in seiner ganz erheblichen Zwangswirkung doch durchaus nahe kommt“. Das klingt verdächtig nach verfassungsrechtlich verbotener Analogie – und verwischt zudem die Grenze zwischen psychischer und physischer Zwangswirkung. Denn genauso wie die Fahrer der ersten Reihe (theoretisch) mit ihren Autos die Demonstrant:innen überfahren könnten, wäre

³¹ Kritisch unter anderen auch *A. Sinn*, in: Münchener Kommentar zum Strafgesetzbuch (4. Aufl., 2021), § 240 Rn. 45; *K. Amelung*, Zur Strafbarkeit einer Straßenblockade als Nötigung, *NStZ* 1996, 230; *J. Hruschka*, Die Blockade einer Autobahn durch Demonstranten – eine Nötigung?, *NJW* 1996, 160; aus jüngerer Zeit *D. Magnus*, Der Gewaltbegriff der Nötigung (§ 240 StGB) im Lichte der neuesten BVerfG-Rechtsprechung, *NStZ* 2012, 538, 542.

³² So bereits *RGSt* 13, 49.

³³ Vgl. *MüKo-StGB/Sinn* (Fn. 31), § 240 Rn. 45.

³⁴ *LG Berlin*, *BeckRS* 2023, 6800.

es den Fahrer:innen der hinteren Reihen (theoretisch) möglich, ihre Autos zu verlassen und zu Fuß weiterzugehen. Beides ist zwar völlig lebensfremd, aber jeweils existiert eben eine Handlungsalternative, die eine ausreichend „physische“ Zwangswirkung im Ergebnis ausschließt.

Andernfalls gerät man auch in die Gefahr, das Nötigungsmittel Gewalt im Wesentlichen aus dem Vorliegen des Nötigungserfolgs (der hier im Dulden des Nicht-mehr-weiter-Fahren-Könnens besteht) abzuleiten, was gegen das vom Bundesverfassungsgericht vor allem mit Bezug auf § 266 StGB formulierte „Verschleifungsverbot“ verstoßen würde.³⁵ Das Bundesverfassungsgericht selbst hat diesen Gedanken schon in seiner Sitzblockadenentscheidung ganz ähnlich formuliert:

„Da die Ausübung von Zwang auf den Willen Dritter bereits im Begriff der Nötigung enthalten ist und die Benennung bestimmter Nötigungsmittel in § 240 Abs. 2 StGB die Funktion hat, innerhalb der Gesamtheit denkbarer Nötigungen die strafwürdigen einzugrenzen, kann die Gewalt nicht mit dem Zwang zusammenfallen, sondern muß über diesen hinausgehen.“³⁶

Ergänzend spricht für diese enge Auslegung schließlich noch, dass juristische Laien den Vorgang kaum als „Gewalt“ einordnen würden.³⁷ Diese Beobachtung kann vor dem Hintergrund der *ratio* von Art. 103 Abs. 2 GG nicht vollständig ausgeblendet werden, auch wenn man die Ausfüllung des möglichen Wortsinns nicht vom empirisch ermittelten Begriffsverständnis der Allgemeinheit abhängig machen möchte.

Erst recht überzeugt es nicht, im Rahmen von § 113 StGB (Widerstand gegen Vollstreckungsbeamte) die Anwendung von „Gewalt“ zu bejahen.³⁸ Worin sollte hier ein (auf die handelnden Polizist:innen bezogener) „körperlicher Zwang“ liegen? Die Klima-Aktivist:innen der Letzten Generation gehen nach ihrem Selbstverständnis ausdrücklich „gewaltlos“ in dem Sinne vor, dass sie sich passiv und ohne körperliche Gegenwehr wegtreten lassen. Dass sie die Prozedur für die handelnden Polizeibeamt:innen lästiger und aufwändiger gestalten, indem sie sich festkleben, kann nicht ernsthaft den Vorwurf der „Gewalt“ begründen.³⁹ Dafür muss, wie das Amtsgericht Tiergarten in einem Be-

³⁵ BVerfGE 126, 170; BVerfGE, NJW 2013, 365.

³⁶ BVerfGE 92, 1, 17. Siehe dazu auch *A. Sinn*, Gewaltbegriff – quo vadis?, NJW 2002, 1024, sowie aktuell im vorliegenden Kontext *K. Höffler*, Brauchen wir eine Kritik der Gewalt? (bislang unveröffentlichtes Manuskript).

³⁷ Vgl. den Hinweis auf die „Parallelwertung in der Laiensphäre“ bei *Magnus* (Fn. 31), 542.

³⁸ Vgl. auch *V. Homann*, Heiligt der Zweck alle Mittel? – Die Strafbarkeit der „Letzten Generation“ im Rahmen ihrer Klimaproteste Teil I, JA 2023, 554; *F.-L. Schmidt*, Zur Strafbarkeit von Straßenblockaden der „Letzten Generation“ wegen Nötigung und Widerstands gegen Vollstreckungsbeamte, KlimR 2023, 210.

³⁹ A.A. (mit Bezug auf § 240 StGB) *N. Lund*, Zur Strafbarkeit der Straßenblockaden von Klimaaktivisten, NStZ 2023, 198, 199, mit Verweis auf BVerfG, NJW 2002, 1031, 1032. Im dort entschiedenen Fall hatten sich Demonstrant:innen mit Metallketten an einem Tor

schluss unter Verweis auf den Verhältnismäßigkeitsgrundsatz ausführt, „die Grenze bloß passiver Gewalt und zivilen Ungehorsams überschritten sein“⁴⁰ – aber schon der Hinweis auf (immerhin) „passive Gewalt“ sowie den nicht durchgehend eindeutige Ergebnisse produzierenden Verhältnismäßigkeitsgrundsatz zeigt, dass hier andere Wertungen denkbar sind. Und so überrascht es nicht, dass das Landgericht Berlin in einer Berufungsentscheidung die Strafbarkeit gemäß § 113 StGB für möglich gehalten hat;⁴¹ die Begründung, wonach hier eine (irgendwie?) gegen die Polizeibeamten gerichtete „Kraftäußerung“ genüge und diese im Festkleben auf der Fahrbahn liegen könne, überzeugt allerdings nicht, da auf diese Weise die Anforderung des „physischen Zwangs“ auf der Seite der Genötigten fast vollständig unterschlagen wird.

Richtigerweise fehlt es also bei beiden Delikten schon an tatbestandsmäßiger „Gewalt“. Wer sie hingegen bejaht, muss zumindest zugestehen, dass es sich um wenig erhebliche Vorgänge im Grenzbereich des tatbestandsmäßigen Verhaltens handelt.

B. Rechtswidrigkeit

1. § 34 StGB

Nur kurz will ich andeuten, dass mich die Lösung über einen (pauschalen) rechtfertigenden Notstand gemäß § 34 StGB nicht überzeugt, weil dessen Voraussetzungen m.E. auf deutlich akutere und konkrete Not- bzw. Gefahrenlagen zugeschnitten sind.⁴² Die Annahme eines (ab jetzt für immer andauernden?) „Klima-Notstands“⁴³ quasi als „Dauer-Gefahr“ droht, die Konturen dieses Rechtfertigungsgrunds zu verwischen. Auch lassen sich Geeignetheit und Erforderlichkeit von Protestaktionen zur Abwendung der Gefahren des Klimawandels bezweifeln⁴⁴ – obwohl das Amtsgericht Flensburg bekanntlich im Fall

befestigt. Auch insoweit lässt sich aber eben eine ausreichende physische Zwangswirkung bestreiten; kritisch auch *Sinn* (Fn. 36), 1024; *MüKo-StGB/N. Bosch* (Fn. 31), § 113 Rn. 20.

⁴⁰ AG Tiergarten, BeckRS 2022, 31817. Siehe auch bereits AG Tiergarten, NSTz 2023, 239.

⁴¹ LG Berlin, BeckRS 2022, 40639; siehe auch die Revisionsentscheidung des KG Berlin, Beschl. v. 16.8.2023 – 3 ORs 46/23 – 161 Ss 61/23.

⁴² Vgl. auch *M. Kubiciel*, S. 191 ff., in diesem Band, sowie *D. Busche*, Verfassungsrechtliche Vorgaben für die strafrechtliche Bewertung der Sitzblockaden von Klimaaktivisten, *KlimR* 2023, 103, 105; siehe zum Ganzen auch m.w.N. *T. Zimmermann/F. Griesar*, Die Strafbarkeit von Straßenblockaden durch Klimaaktivisten gem. § 240 StGB, *JuS* 2023, 401, 404 ff., die erst die Angemessenheit gemäß § 34 S. 2 StGB verneinen. So auch *V. Homann*, Heiligt der Zweck alle Mittel? – Die Strafbarkeit der „Letzten Generation“ im Rahmen ihrer Klimaproteste – Teil II, *JA* 2023, 649, 653.

⁴³ Siehe dazu *M. Bönke*, Ziviler Ungehorsam im Klimanotstand, *HRRS* 2021, 164.

⁴⁴ Vgl. OLG Celle, Beschl. v. 29.7.2022 – 2 Ss 91/22, Rn. 46; BayObLG, Beschl. v. 21.4.2023 – 205 StRR 63/23; OLG Schleswig, NSTz 2023, 740. Siehe auch *T. Rönnaus*, Klimaaktivismus und ziviler Ungehorsam, *JuS* 2023, 111, 114 f.; *F.-L. Schmidt*, Der Klimanotstand als rechtfertigender Notstand?, *KlimR* 2023, 16.

einer Baumbesetzung durch Klima-Aktivist:innen anders entschieden und unter anderem mit Hinweis auf Art. 20a GG eine Rechtfertigung gemäß § 34 StGB angenommen hat.⁴⁵

2. Gerechtfertigter „ziviler Ungehorsam“

Zweifelhaft ist auch eine in ihren Konturen unscharfe und daher auch in bisherigen Gerichtsentscheidungen nicht anerkannte ungeschriebene Rechtfertigung kraft „zivilen Ungehorsams“.⁴⁶ Zu diesem naheliegenden Ergebnis kommt auch das Oberlandesgericht Celle,⁴⁷ das dabei aber allgemeine Ausführungen zur rechtlichen Bewertung der Sitzblockaden von Klima-Aktivist:innen macht, die in dieser Form nicht überzeugen. Das Gericht betont, dass niemand berechtigt sei, „in die Rechte anderer einzugreifen, um auf diese Weise die Aufmerksamkeit der Öffentlichkeit zu erregen und eigenen Auffassungen Geltung zu verschaffen“. Das ist ersichtlich zu eng formuliert, denn wenn es um die Frage der Rechtfertigung eines Verhaltens geht, bedeutet dies, dass der Tatbestand eines Strafgesetzes erfüllt ist – das wird aber in der Regel mit dem Eingriff in fremde Rechtsgüter und damit im Zweifel in „Rechte Dritter“ verbunden sein. Letzteres kann daher kein zwingendes Ausschlusskriterium darstellen. Weiter führt das Gericht aus:

„Wer auf den politischen Meinungsbildungsprozess einwirken möchte, kann dies [...] in Wahrnehmung seiner Grundrechte aus Art. 5 GG (Meinungsfreiheit), Art. 8 GG (Versammlungsfreiheit), Art. 17 GG (Petitionsrecht) und Art. 21 Abs. 1 GG (Freiheit der Bildung politischer Parteien), nicht aber durch die Begehung von Straftaten tun.“

Das ist eine bemerkenswert zirkuläre Argumentation, wenn es gerade um die Prüfung der Rechtfertigung eines Verhaltens kraft Verfassungsrecht geht: Die Strafbarkeit des Verhaltens, also die Frage, die es eigentlich erst zu beantworten gilt, wird vorausgesetzt, um daraus abzuleiten, dass die Handelnden sich nicht mit Erfolg auf die Verfassung berufen können bzw. nicht schutzwürdig sind. Die Korrektur dieser Annahme ist wichtig, weil die Frage, ob und in welchem Umfang Grundrechte zugunsten der Aktivist:innen ins Feld geführt werden können, spätestens bei der Frage der Verwerflichkeit nach § 240 Abs. 2 StGB relevant wird.

⁴⁵ AG Flensburg, Urt. v. 7.11.2022 – 440 Cs 107 Js 7252/22; die Entscheidung wurde in der Revisionsinstanz aufgehoben, siehe OLG Schleswig, NStZ 2023, 740.

⁴⁶ Siehe etwa OLG Schleswig, NStZ 2023, 740; dazu auch T. Preuß, Die strafrechtliche Bewertung der Sitzblockaden von Klimaaktivisten, NZV 2023, 60, 71 f. Positivere Einschätzung bei A. Dießner, Fiat iustitia ... – heißt es „et“ oder „aut“ pereat mundus? Überlegungen zur Rechtswidrigkeit der „Klimaproteste“, StV 2023, 547; C. Gätsch, Legitimität und Legalität von zivilem Ungehorsam im Kampf gegen die Klimakrise, KlimR 2023, 141.

⁴⁷ OLG Celle, Beschl. v. 29.7.2022 – 2 Ss 91/22, Rn. 46.

3. Verwerflichkeit, § 240 Abs. 2 StGB

Sofern man nicht ohnehin – wie hier vertreten – die Anwendung von „Gewalt“ verneint, besteht im Rahmen der „Verwerflichkeit“ die Möglichkeit, die Klima-Proteste mit ihren speziellen Rahmenbedingungen sachgerecht zu behandeln.⁴⁸ Danach ist eine Gesamtbewertung der Tat anzustellen mit Blick auf den verfolgten Zweck, die eingesetzten Mittel sowie die Zweck-Mittel-Relation. Die tatbestandliche Weite von § 240 StGB soll damit eingegrenzt und eine Beschränkung auf tatsächlich strafwürdige Konstellationen erzielt werden.

Speziell für Sitzblockaden hat das Bundesverfassungsgericht relevante Kriterien dieser Prüfung benannt: Relevant seien unter anderem die Dauer und Intensität der Aktionen, deren mögliche vorherige Ankündigung, die Ausweichmöglichkeiten von Verkehrsteilnehmern über andere Strecken sowie der Sachbezug zwischen dem Protestgegenstand und der Einschränkung der Fortbewegungsfreiheit der Verkehrsteilnehmer.⁴⁹ Vor diesem Hintergrund wird man die Frage der Rechtfertigung der Aktionen der Klima-Aktivist:innen nicht pauschal, sondern nur einzelfallbezogen beantworten können. Dennoch fällt auf, dass auch in dieser Hinsicht ähnlich gelagerte Fälle (noch dazu am selben Ort und nahezu zeitgleich) unterschiedlich beurteilt wurden: Während das Amtsgericht Freiburg in einem Urteil vom 21.11.2022⁵⁰ die Verwerflichkeit einer Sitzblockade verneinte, wurde diese in einem Urteil desselben Gerichts vom darauffolgenden Tag in Bezug auf dieselbe Protestaktion bejaht.⁵¹

Sehr umstritten und im vorliegenden Kontext offensichtlich relevant ist insbesondere, ob dabei die verfolgten „Fernziele“ in die Gesamtbetrachtung einzubeziehen sind. Ursprünglich wurde dies vom Bundesverfassungsgericht zumindest nicht als verfassungsrechtlich zwingend erachtet: Dem Grundsatz der Verhältnismäßigkeit und dem Gebot schuldangemessenen Strafens könne durch eine Einbeziehung von Fernzielen und Tatmotiven erst auf der Ebene der Strafzumessung Genüge getan werden.⁵² Die Strafzumessungsrelevanz der „Fernziele“ ist eine Selbstverständlichkeit, da § 46 Abs. 2 StGB ohnehin explizit auf die „Motive und Beweggründe des Täters“ als Strafzumessungsfaktor verweist. Das ändert aber nichts daran, dass auch die Bejahung der Strafbarkeit

⁴⁸ Siehe auch *D. Bayer*, Auto fahren oder Klima retten?, Verfassungsblog v. 6.10.2023, abrufbar unter <https://verfassungsblog.de/auto-fahren-oder-klima-retten/>.

⁴⁹ BVerfGE 104, 92; BVerfG, Beschl. v. 7.3.2011 – 1 BvR 388/05.

⁵⁰ AG Freiburg (Breisgau), Urt. v. 21.11.2022 – 28 Cs 450 Js 23773/23.

⁵¹ AG Freiburg (Breisgau), Urt. v. 22.11.2022 – 24 Cs 450 Js 18098/22. Der Umstand dieser eklatant uneinheitlichen Entscheidungspraxis spricht klar dafür, dass die Verwerflichkeitsklausel in § 240 Abs. 2 StGB trotz der Präzisierungsbemühungen seitens des Bundesverfassungsgerichts unter dem Gesichtspunkt des Bestimmtheitsgebots (Art. 103 Abs. 2 GG) hochproblematisch ist. Für Verfassungswidrigkeit im vorliegenden Kontext *A. Kerschnitzki*, „Klimakleber“ als Nachweis der Verfassungswidrigkeit des § 240 StGB, JuWissBlog v. 9.1.2023, abrufbar unter <https://www.juwiss.de/1-2023/>.

⁵² BVerfGE 73, 206, 261; siehe dazu auch *Preuß* (Fn. 46), 68; *Busche* (Fn. 42), 107.

selbst verhältnismäßig sein muss. Der Gesetzgeber hat hier mit der „Verwerflichkeit“ ein stark wertausfüllungsbedürftiges Merkmal zur Begrenzung des weiten Tatbestands von § 240 StGB installiert. Wenn es dabei *per definitionem* darum gehen soll, eine Gesamtbetrachtung anzustellen, um Strafwürdiges von nicht Strafwürdigem zu unterscheiden, liegt es nahe, dabei auch die das äußere Bild solcher Aktionen prägenden Motive bzw. „Fernziele“ mit zu berücksichtigen und im Einzelfall sogar stark zu gewichten. Das gilt vor allem dann, wenn nicht nur die Aktion selbst in den Schutzbereich der Grundrechte (Art. 5 bzw. Art. 8 GG) fällt, sondern auch das Fernziel (Klimaschutz) verfassungsrechtliche Dignität besitzt. Genau dies ist mit Blick auf Art. 20a GG und seine Akzentuierung durch den Klimabeschluss des Bundesverfassungsgerichts der Fall.⁵³

Gegenteilig entschieden hat diese Frage allerdings das Landgericht Berlin in der bereits oben erwähnten Berufungsentscheidung.⁵⁴ Es betont den Charakter von Art. 20a GG als Staatsziel, das nur den Staat verpflichte. Eine „Ermächtigung des einzelnen zum (willkürlichen) Eingriff in die Rechte anderer zum Zwecke der Erreichung von medialer öffentlicher Aufmerksamkeit für weiter gehende Klimaschutzmaßnahmen“ sei damit nicht verbunden. Aus diesem Grund habe die Regelung des Art. 20a GG bei der gemäß § 240 Abs. 2 StGB vorzunehmenden Prüfung der Zweck-Mittel-Relation außer Beachtung zu bleiben. Dieser Schluss überzeugt nicht, werden hier doch zwei Ebenen vermischt: Dass aus Art. 20a GG keine „Ermächtigung“ zum Handeln folgt, bedeutet nur, dass sich daraus keine unmittelbare Rechtfertigung ableiten lässt. Eine ganz andere Frage ist, ob innerhalb der Gesamtwürdigung, die im Rahmen von § 240 Abs. 2 StGB ohnehin angestellt werden muss, die verfassungsrechtliche Wertentscheidung, die Art. 20a GG trifft, berücksichtigt werden kann oder gar muss.⁵⁵ Hält man sich vor Augen, dass auch der in Art. 20a GG erwähnte Tierschutz als kollektives Gut in der Rechtsprechung für notstandsfähig erklärt wurde,⁵⁶ liegt es nahe, auch das Ziel einer Förderung des Klimaschutzes als für die Rechtswidrigkeit eines Verhaltens relevanten Aspekt anzuerkennen.⁵⁷

Gegen eine Berücksichtigung von Fernzielen bereits im Rahmen der Verwerflichkeit hat der Bundesgerichtshof in einer Entscheidung aus dem Jahr 1988 eingewandt, dass dies die Entscheidung von der „nicht kalkulierbaren politischen Einstellung des zuständigen Richters“ abhängig machen würde. Eine

⁵³ BVerfG, Beschl. v. 24.3.2021 – 1 BvR 2656/18.

⁵⁴ LG Berlin, BeckRS 2023, 6800.

⁵⁵ Siehe auch die ähnlich anfechtbare Argumentation des AG Tiergarten, Urt. v. 30.8.2022 – (422 Cs) 231 Js 1831/22 (11/22) Jug, im Rahmen der Verwerflichkeitsprüfung: „Grundrechte verbürgen grundsätzlich Rechte gegenüber dem Staat, bilden aber keine Grundlage für Eingriffe in die Rechte anderer Grundrechtsträger, und können daher Ausübung von Gewalt diesen gegenüber nicht legitimieren“.

⁵⁶ OLG Naumburg, NSTZ 2018, 472.

⁵⁷ A.A. Gärditz (Fn. 26), 46.

Unterscheidung zwischen „eigennützigem“ und „gemeinwohlorientiertem“ Handeln lasse sich nicht auf einen allgemeinen Konsens stützen. Auch das Bundesverfassungsgericht hat in neueren Entscheidungen eine „Bewertung“ der Fernziele durch die Gerichte mit Hinweis auf die staatliche Neutralitätspflicht abgelehnt.⁵⁸ Die Gefahr einer „Politisierung“ strafrechtlicher Entscheidungen anhand subjektiver Einstellungen der Richter:innen ist ernst zu nehmen. Allerdings erschließt sich nicht, warum diese Gefahr nur auf der Tatbestandsebene, aber nicht auf der Strafzumessungsebene problematisch sein sollte⁵⁹ – jedenfalls dort soll nach der sogenannten „Strafzumessungslösung“ ja eine Bewertung der Fernziele erfolgen dürfen. Was die Bedeutung für die Grundrechte und den Bestimmtheitsgrundsatz angeht ist die Rechtsfolge derseits jedenfalls nicht weniger bedeutsam als diejenige der materiellen Strafbarkeit.⁶⁰ Außerdem ist eine gewisse Objektivierung der Fernziel-Bewertung durchaus möglich, wenn man die Wertungen des Verfassungsrechts als Maßstab heranzieht: Wer Ausländer:innen ihre Rechte abspricht, ist mit seinem Anliegen offensichtlich nicht schutzwürdig, wer als Aktivist zum Klimaschutz und damit zur Sicherung der (objektiv bedrohten) Lebensgrundlagen von existierenden und zukünftigen Generationen beitragen will, ist dies mit Blick auf grundrechtliche Schutzpflichten (insbesondere auch Art. 2 Abs. 2 S. 1 GG) und Art. 20a GG sehr wohl. Es ist vor diesem Hintergrund schwer verständlich, warum man ausgerechnet hier Angst vor einer (gegebenenfalls subjektiv gefärbten) Wertungsentscheidung seitens der Gerichte hat, wo letztere sich doch ansonsten durch die gesamte Rechtsordnung ziehen.

Das Bundesverfassungsgericht selbst hat das Verbot der Berücksichtigung von Fernzielen immerhin insofern gelockert, als es davon ausgeht, dass es bei der Prüfung der Verwerflichkeit auch auf einen inhaltlichen Bezug des Protestgegenstands zum eingesetzten Mittel bzw. zum betroffenen Adressatenkreis ankomme.⁶¹ Jedenfalls insofern werden die Fernziele also relevant, und im vorliegenden Kontext lässt sich mit guten Gründen ein solcher Bezug bejahen, da die Sitzblockaden ganz bewusst den Autoverkehr betreffen, der als eine der Hauptquellen des CO₂-Ausstoßes gilt.⁶² So hat es auch das Amtsgericht Freiburg in seinem freisprechenden Urteil vom 21.11.2022 gesehen:⁶³ Das Gericht betont zunächst, dass ihm keine Bewertung zustehe, „ob das Anliegen der Demonstranten als nützlich und wertvoll oder als missbilligenswert eingeschätzt wird“. Dann aber wird festgehalten, dass die Verwerflichkeit entfallen könne,

⁵⁸ BVerfG, NJW 2002, 1031.

⁵⁹ Vgl. *D.O. Effer-Uhe*, Zivilrechtliche und strafrechtliche Notwehr gegen Nötigungshandlungen trotz fehlender Verwerflichkeit?, NJOZ 2023, 576, 579.

⁶⁰ Siehe *Kaspar* (Fn. 17), C 10.

⁶¹ BVerfGE 104, 92; BVerfG, Beschl. v. 7.3.2011 – 1 BvR 388/05.

⁶² Vgl. *Bayer* (Fn. 48). So auch *Zimmermann/Griesar* (Fn. 42), 407; *Busche* (Fn. 42), 106; *Dießner* (Fn. 46), 559.

⁶³ AG Freiburg (Breisgau), Urt. v. 21.11.2022 – 24 Cs 450 Js 18098/22.

wenn ein „Zusammenhang zwischen den ausgelösten Behinderungen und dem Versammlungsthema besteht“. Es sei „im Rahmen der Abwägung zu berücksichtigen, ob und inwieweit die Wahl des Demonstrationsortes und der konkreten Ausgestaltung sowie der betroffenen Personen einen Bezug zum Versammlungsthema“ habe. Der Kommunikationszweck sei bereits hier, und nicht erst bei der Strafzumessung zu berücksichtigen. Mit Bezug auf den Klimabeschluss des Bundesverfassungsgerichts wird dann ausgeführt:

„Dass der Angeklagte auf die – nach seinem Empfinden – Untätigkeit der Bundesregierung und die kommenden Einschränkungen des CO₂-Verbrauchs in der gewählten Form einer Straßenblockade hinweist, ist vor dem Hintergrund der Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts geradezu eine direkte Verknüpfung von Mittel und Zweck. Den Autofahrern mit dem drastischen Mittel der Blockade die Endlichkeit des CO₂-Budgets und die künftigen, schwerwiegenderen sowie verfassungsrechtlich gebotenen Eingriffe in die Fortbewegungsfreiheit aufzuzeigen, ist im Ergebnis [...] nicht als verwerflich anzusehen.“

Auch das Landgericht Berlin geht in seinem Beschluss vom 31.5.2023 von einem „sehr konkreten Bezug des Protestgegenstandes zum Straßenverkehr“ aus.⁶⁴ Im Ergebnis ähnlich – und ebenso überzeugend – argumentiert das Amtsgericht Tiergarten in seinem freisprechenden Beschluss vom 5.12.2022:⁶⁵ Es komme im Rahmen der Abwägung nicht darauf an, ob das Gericht selbst die Belange der Demonstrierenden für nützlich oder wertvoll erachte. Vielmehr sei auf die „objektiv [...] dringliche Lage bei gleichzeitig nur mäßigem politischem Fortschreiten unter Berücksichtigung namentlich der kommenden Generationen“ abzustellen, wie es das Bundesverfassungsgericht im Klima-Beschluss angemahnt habe. Im Ergebnis sei mit Blick auf die Versammlungsfreiheit (Art. 8 Abs. 1 GG) und das eher geringe Gewicht der Beeinträchtigungen der Autofahrer:innen die Verwerflichkeit zu verneinen.

Zusammengefasst: Selbst wenn man „Gewalt“ hier bejaht, kann man unter Berücksichtigung der billigenswerten und gewichtigen Fernziele der Aktivist:innen und unter Einbezug verfassungsrechtlicher Wertungen mit guten Gründen zur Verneinung der Verwerflichkeit gelangen.⁶⁶ Wer die Verwerflichkeit dennoch bejaht, müsste zumindest anerkennen, dass man sich aufgrund der Nähe zur Tatbestandslosigkeit bzw. fehlenden Rechtswidrigkeit am unteren Ende des Spektrums des strafwürdigen Verhaltens bewegt.

⁶⁴ LG Berlin, Beschl. v. 31.5.2023 – 502 Qs 138/22.

⁶⁵ AG Tiergarten, NStZ 2023, 239.

⁶⁶ So auch Zimmermann/Griesar (Fn. 42), 407 f.; Homann (Fn. 38), 557. A.A. H.-H. Kühne/A. Kühne, Rechtfertigung durch Moral? Die „Letzte Generation“ und die Rettung der Welt, StV 2023, 560.

III. Sanktionswahl und Strafzumessung

A. Überblick über die analysierten Fälle

Im Folgenden werden die Ergebnisse einer Analyse von insgesamt elf erstinstanzlichen Urteilen dargestellt, die allesamt die Konstellation von Sitzblockaden im Straßenverkehr durch Klima-Aktivist:innen betreffen. Es handelt sich dabei soweit ersichtlich um alle bis Anfang 2024 veröffentlichten Urteile, bei denen die Sanktionsentscheidung anhand der abgedruckten Urteilsgründe ausgewertet werden konnte. Selbstverständlich stellen diese Judikate nur eine (vermutlich eher kleine) Auswahl der bundesweit ergangenen Urteile dar, die keinen Anspruch auf Repräsentativität erheben kann. Weitere und umfassendere Analysen einschließlich der in Zukunft zu erwartenden Urteile wären nötig. Offen ist auch die Frage, in wie vielen Fällen entsprechende Verfahren wegen Geringfügigkeit gemäß §§ 153 ff. StPO bzw. §§ 45, 47 JGG eingestellt worden sind. Die Tatsache, dass vergleichbare Verfahren vereinzelt auch mit einem Freispruch geendet haben, spricht jedenfalls dafür, dass auch bereits auf der vorgelagerten Ebene von den Staatsanwaltschaften in manchen Fällen keine Anklage erhoben wurde, sondern viele Verfahren entweder nach § 170 Abs. 2 StPO oder eben nach §§ 153 ff. StPO eingestellt worden sind.

Die elf Urteile setzen sich aus zehn Entscheidungen von Amtsgerichten und der bereits mehrfach erwähnten Berufungsentscheidung des Landgerichts Berlin in Bezug auf eine Entscheidung des Amtsgerichts Tiergarten zusammen, in der die Verurteilung wegen Nötigung bestätigt wurde. Die Fälle wurden in fünf verschiedenen Bundesländern entschieden: dreimal vom Amtsgericht Freiburg, zweimal vom Amtsgericht München sowie je einmal von den Amtsgerichten Flensburg, Frankfurt am Main, Heilbronn, Stuttgart-Bad Cannstatt und Tiergarten sowie vom Landgericht Berlin.

B. Rechtlicher Rahmen

Der Strafraum des Grunddelikts der Nötigung (§ 240 Abs. 1 StGB) sieht eine Geldstrafe oder eine Freiheitsstrafe bis zu drei Jahren vor. In besonders schweren Fällen erhöht sich der Strafraum nach § 240 Abs. 4 StGB auf sechs Monate bis fünf Jahre Freiheitsstrafe.

Die Auswahl zwischen Geld- und Freiheitsstrafe (Strafzumessung im weiteren Sinne) ist vom Gericht nach Maßgabe von § 47 StGB vorzunehmen; danach gilt im Bereich der Freiheitsstrafe von unter sechs Monaten ein Vorrang der Geldstrafe, es sei denn, es liegen „besondere Umstände, die in der Tat oder der Persönlichkeit des Täters liegen“ vor, welche „die Verhängung einer Freiheitsstrafe zur Einwirkung auf den Täter oder zur Verteidigung der Rechtsordnung“ erforderlich machen. Welche „besonderen Umstände“ dies sind, wird vom Gesetzgeber nicht näher umschrieben.

Die Bemessung der Höhe der Strafe (Strafzumessung im engeren Sinne) muss innerhalb des eröffneten Strafrahmens anhand der – ebenfalls nicht besonders klaren – Vorgaben von § 46 StGB erfolgen.⁶⁷ Die „Schuld“ wird in § 46 Abs. 1 S. 1 StGB als „Grundlage“ für die Strafzumessung bezeichnet, womit die Unschärfen des seit jeher umstrittenen Schuldbegriffs in das Strafzumessungsrecht transportiert werden. Nach § 46 Abs. 1 S. 2 StGB soll daneben auch der spezialpräventive Aspekt der „Wirkungen“ der Strafe auf den Täter relevant sein; gleiches gilt für die hier nicht explizit erwähnte, aber in anderen Vorschriften wie dem eben genannten § 47 StGB als Strafzweck vorausgesetzte „Verteidigung der Rechtsordnung“, die einen generalpräventiven Aspekt darstellt. In § 46 Abs. 2 StGB ist ein recht heterogener (nicht abschließender) Katalog von Strafzumessungsfaktoren genannt, deren Zuordnung zur „Schuld“ bzw. zu präventiven Belangen oft nicht eindeutig vorgenommen werden kann und der auch keine Priorisierung oder Hierarchisierung von Aspekten erkennen lässt. Auch hier bleibt also vieles den Gerichten überlassen, einschließlich der Bestimmung und Gewichtung der für relevant gehaltenen Strafzumessungskriterien. Zu erwähnen ist schließlich noch das Doppelverwertungsverbot in § 46 Abs. 3 StGB. Umstände, die schon Merkmale des gesetzlichen Tatbestands sind, dürfen danach bei der Strafzumessung nicht (erneut) berücksichtigt werden.

C. Sanktionswahl

In den elf hier untersuchten Fällen wurden von den Gerichten in neun Verfahren Geldstrafen verhängt. Die Anzahl der Tagessätze, welche die Tat- und Schuldschwere widerspiegelt, bewegte sich zwischen 25 und 60 Tagessätzen, also im unteren Schwerebereich, der einer Freiheitsstrafe von circa einem Monat bis zwei Monaten entspricht. Die Tagessatzhöhe, die am täglich verfügbaren Einkommen orientiert ist, bewegte sich in einem Spektrum von zehn bis 80 Euro, was auf einen Täterkreis mit eher geringem bis mittlerem Einkommen hinweist.

Eine bloße Verwarnung mit Strafvorbehalt gemäß §§ 59 ff. StGB, bei der die Geldstrafe zunächst nur festgesetzt wird, dann aber auf die Vollstreckung während einer festgelegten Bewährungszeit vorläufig verzichtet wird, wurde in drei Fällen ausdrücklich erwogen, im Ergebnis aber jeweils abgelehnt.⁶⁸ Alle drei Gerichte verwiesen übereinstimmend auf die nach § 59 Abs. 1 Nr. 1 StGB erforderliche Prognose, dass vom Betroffenen keine Straftaten mehr zu erwarten seien. Diese konnte in den zugrundeliegenden Fällen nicht bejaht werden, da sämtliche Angeklagten ausdrücklich mitgeteilt hatten, dass sie auch in

⁶⁷ Siehe dazu *Kaspar* (Fn. 17), C 11 ff.

⁶⁸ AG Freiburg (Breisgau), Urt. v. 28.3.2023 – 23 Cs 451 Js 15439/22; AG Freiburg (Breisgau), Urt. v. 13.12.2022 – 32 Cs 450 Js 18115/22; AG Flensburg, Urt. v. 6.7.2023 – 430 Cs 107 Js 4027/23.

Zukunft die Teilnahme an entsprechenden Blockaden nicht ausschließen könnten.⁶⁹ Der Überzeugungstäter, der dies freimütig äußert, wird an dieser Stelle also (nach der Logik des spezialpräventiven Kriteriums der Rückfallgefahr durchaus konsequenterweise) schlechter gestellt als „normale“ (schweigende) Täter.

In zwei Fällen wurde die Anwendung von Jugendstrafrecht bei heranwachsenden Angeklagten gemäß § 105 Abs. 1 JGG diskutiert. Während das Landgericht Berlin bei dem angeklagten 20-jährigen Klimaaktivisten weder eine Reifeverzögerung noch eine Jugendverfehlung erkennen konnte und daher zur Anwendung von allgemeinem Strafrecht kam,⁷⁰ zog das Amtsgericht Tiergarten Jugendstrafrecht heran.⁷¹ Es sei nicht auszuschließen, dass beim 20-jährigen Angeklagten, der erst kurz zuvor sein Studium aufgenommen hatte und dort mit der Klimaschutzbewegung in Kontakt gekommen war, „jugendtypische dynamische Entwicklungs- und Reifeprozesse wirksam waren“. Das Gericht verhängte hier eine Arbeitsauflage gemäß § 15 JGG in Höhe von 60 Stunden.

In zwei Verfahren erfolgte eine Verurteilung zu Freiheitsstrafen. Das Amtsgericht Heilbronn⁷² verhängte gegen zwei von fünf Angeklagten eine Freiheitsstrafe von zwei bzw. drei Monaten. Bei beiden Betroffenen war entscheidend, dass sie bereits mit vergleichbaren Straftaten aufgefallen waren. Auch hatten beide bekundet, dass sie „keine Strafe der Welt“ von der Begehung weiterer vergleichbarer Taten abhalten könne. Einer der Angeklagten gab dabei (offenbar in Unkenntnis der drohenden Ersatzfreiheitsstrafe) an, mittellos zu sein, so dass ihn eine Geldstrafe ohnehin nicht treffe. Für beide Angeklagte sah das Gericht vor diesem Hintergrund „besondere Umstände“ im Sinne von § 47 StGB, die auch unter Berücksichtigung des Übermaßverbots eine Freiheitsstrafe zur Einwirkung auf den Täter unerlässlich machen. Mit ähnlicher Argumentation wurde dann auch die Aussetzung zur Bewährung gemäß § 56 StGB verneint. Außerhalb des Strafvollzugs sei „die Wahrscheinlichkeit künftigen straffreien Verhaltens nicht größer als diejenige neuer Straftaten“. Bei beiden Angeklagten sei „mit weiteren gleichgelagerten Straftaten jederzeit zu rechnen“, sodass eine „Einwirkung auf sie mittels des Strafvollzugs als einzig zur Verfügung stehendes Mittel anzusehen“ sei. Dabei handelt es sich zwar um eine vertretbare Anwendung der gesetzlichen Vorschriften, bei der aber die

⁶⁹ Im Fall der Sachbeschädigung durch einen Klimaaktivisten wurde vom AG Lüneburg, Urt. v. 12.4.2022 – 15 Ds 186/21, der Weg über §§ 59 ff. StGB gewählt; hier sah man (anhand der Aussagen des Angeklagten) keine entsprechende Rückfallgefahr.

⁷⁰ LG Berlin, BeckRS 2023, 6800.

⁷¹ AG Tiergarten, Urt. v. 30.8.2022 – (422 Cs) 231 Js 1831/22 (11/22) Jug, teilweise abgedruckt in NSTZ 2023, 242.

⁷² AG Heilbronn, Urt. v. 6.3.2023 – 26 Ds 16 Js 4813/23.

Frage im Raum steht, ob diese „Einwirkung“ durch kurze Inhaftierung irgendeinem sinnvollen Zweck dient.⁷³

Das Amtsgericht Frankfurt am Main⁷⁴ verhängte gegen die beiden Angeklagten sogar eine Freiheitsstrafe von sieben Monaten, wobei durch das Überschreiten der Sechs-Monats-Grenze keine „besonderen Umstände“ im Sinne von § 47 StGB dargelegt werden mussten. Aufgrund der Tatsache, dass eine Vielzahl von Autofahrern über mehrere Stunden genötigt worden sei, wurde sogar ein „besonders schwerer Fall“ der Nötigung gemäß § 240 Abs. 4 StGB angenommen, also von einem Strafraumen von mindestens sechs Monaten bis fünf Jahren Freiheitsstrafe ausgegangen. Es handle sich hier um „erheblich gesteigertes Unrecht“. Diese Einschätzung war offenbar den besonderen Umständen des Falls geschuldet, handelte es sich doch nicht um eine herkömmliche Sitzblockade. Vielmehr hatten sich die Aktivist:innen über der Autobahn von einer Brücke abgeseilt, was nach Ansicht des Gerichts zu einer abstrakten Lebensgefährdung anderer Verkehrsteilnehmer geführt hatte.⁷⁵ Zwar wurde ein Verbotsirrtum gemäß § 17 StGB bejaht; dieser wurde allerdings als vermeidbar eingestuft und zugleich von der Möglichkeit einer Strafraummilderung abgesehen. Anders als im Fall des Amtsgerichts Heilbronn wurden die Haftstrafen dann allerdings jeweils gemäß § 56 StGB zur Bewährung ausgesetzt. Es sei „davon auszugehen, dass die Verhängung einer Bewährungsstrafe und der drohende Bewährungswiderruf ausreichend und dazu geeignet sind, die Angeklagten von weiteren Straftaten abzuhalten“.

D. Strafzumessungserwägungen

Bei den Strafzumessungserwägungen zeigen sich zunächst im Hinblick auf die auch sonst üblicherweise angelegten Kriterien⁷⁶ ganz ähnliche Muster. Strafmildernd werden Geständnisse sowie bislang fehlende strafrechtliche Vorbelastung gewertet. Umgekehrt werden einschlägige Vortaten bzw. Vorstrafen deutlich strafschärfend berücksichtigt. Auch der Umstand, dass von der Nötigung eine Vielzahl von Personen betroffen wurde, wird regelmäßig zu Lasten der Angeklagten gewertet.

Besonders interessant (und zum Teil auch problematisch) werden die Strafzumessungserwägungen dort, wo sie sich nicht auf diese gängigen und anerkannten Kriterien beziehen, sondern die spezifische Situation der Klimaproteste in den Blick nehmen. Was die politische Motivation der Aktivist:innen

⁷³ Zur Kritik siehe auch *F. Wenglarczyk/J. Wolf*, Warum Haftstrafen für „Klima-Kleber“ die falsche Antwort sind, Verfassungsblog v. 2.5.2023, abrufbar unter <https://verfassungsblog.de/warum-haftstrafen-fur-klima-kleber-die-falsche-antwort-sind/>.

⁷⁴ AG Frankfurt am Main, Urt. v. 13.5.2022 – 901 Ds 6120 Js 248353/20.

⁷⁵ Zu Recht kritisch angesichts des insgesamt dennoch eher geringen Unrechtsgehalts *Lund* (Fn. 39), 200.

⁷⁶ Siehe dazu mit Nachweisen aus der empirischen Forschung *Kaspar* (Fn. 17), C 16.

und deren konkrete Umsetzung im Wege einer Sitzblockade angeht, fällt die Bewertung ambivalent aus, zum Teil sogar innerhalb eines Urteils. Nicht alle Ausführungen sind überzeugend, auch wenn man zugrunde legt, dass die „Motive und Beweggründe“ ein anerkannter, in § 46 Abs. 2 StGB ausdrücklich genannter Strafzumessungsfaktor sind, dessen Bewertung in beide Richtungen (also strafschärfend oder strafmildernd) gehen kann.

Strafmildernd gewertet wird vom Amtsgericht Freiburg etwa der Umstand, dass die Öffentlichkeit auf den Klimaschutz aufmerksam gemacht werden sollte. Es sei besonders zu berücksichtigen, dass der Täter aufgrund der „Unfähigkeit der Politik in Sachen Klimaschutz“ verzweifelt gewesen sei und sich „völlig zu Recht“ Sorgen um die Zukunft seiner Kinder gemacht habe.⁷⁷ Das Amtsgericht Heilbronn wertet es strafmildernd, dass das Motiv der Aktivist:innen „ein für die Allgemeinheit wichtiges Thema“ gewesen sei und sie „mittels ihrer Banner dafür sorgten, den Sinn ihrer Aktion zu verdeutlichen“.⁷⁸ In ähnlicher Weise wird es vom Amtsgericht Stuttgart-Bad Cannstatt positiv gewürdigt, dass das „kommunikative Anliegen der Blockade im Interesse der Allgemeinheit nämlich des Klimaschutzes gelegen“ habe,⁷⁹ und vom Amtsgericht München, dass die Angeklagten die Blockaden „zur Erreichung billigenswerter Ziele durchgeführt haben, nämlich zum Zwecke der Erregung medialer Aufmerksamkeit für ihr nachvollziehbares Anliegen, der unverzüglichen Einleitung nachhaltiger Maßnahmen gegen den Klimawandel“.⁸⁰

Eine andere, nämlich ambivalente Bewertung des Vorgangs mit letztlich stark negativer Konnotation findet sich dagegen im Urteil des Landgerichts Berlin.⁸¹ Das Gericht hält dem Angeklagten zunächst zugute, dass er gehandelt habe, „um Aufmerksamkeit für die durch den Klimawandel verursachten erheblichen Schäden für die Menschheit, den Planeten und künftige Generationen zu erzeugen und dem Phänomen dadurch entgegenzuwirken“. Er habe „aus einer ehrlichen Sorge um die Zukunft des Planeten gehandelt“ und sei davon überzeugt gewesen, dass auch von der Bundesregierung bzw. dem Bundesgesetzgeber „weitergehende Schritte unternommen werden müssen, um den Klimawandel aufzuhalten“. Dem wird dann aber strafschärfend gegenüber gestellt, dass der Angeklagte „grundlegende Regelungen eines demokratischen Rechtsstaates bewusst ignoriert“ habe. Er habe sich

„selbst ermächtigt, um ein vermeintlich oder tatsächlich hochstehendes Ziel mit Gewalt und auf Kosten anderer durchzusetzen. Er steht aber – wie jeder andere auch – nicht über dem Gesetz. Selbstjustiz darf in einem Rechtsstaat von niemandem ausgeübt werden und das

⁷⁷ AG Freiburg (Breisgau), Urt. v. 28.3.2023 – 23 Cs 451 Js 15439/22.

⁷⁸ AG Heilbronn, Urt. v. 6.3.2023 – 26 Ds 16 Js 4813/23.

⁷⁹ AG Stuttgart-Bad Cannstatt, Urt. v. 30.1.2023 – 3 Cs 244 Js 98266/22.

⁸⁰ AG München, Urt. v. 30.11.2022 – 864 Ds 113 Js 200103/22; vgl. auch AG Freiburg (Breisgau), Urt. v. 22.11.2022 – 28 Cs 450 Js 23773/22, wonach der Hintergrund „ein kommunikatives, die Öffentlichkeit angehendes Anliegen“ sei.

⁸¹ LG Berlin, Urt. v. 18.1.2023 – 518 Ns 31/22.

Recht des Stärkeren, Lauteren, Radikaleren usw. darf sich nicht durchsetzen. Mit seinem Verhalten hat der Angeklagte den Rechtsstaat als solchen, wenn auch vielleicht nur in einem kleinen Rahmen, in Frage gestellt, und damit eine letztlich undemokratische, rechtsfeindliche Grundhaltung offenbart.“

Das Gericht habe berücksichtigt, dass es dem Angeklagten „an sich um ein nachvollziehbares, an sich nicht verwerfliches Anliegen ging, auch wenn er dies mit einem Mittel verfolgte, das eine tiefe Abneigung gegenüber demokratischen Prinzipien“ ausgedrückt habe. In ähnlicher Weise sieht es das Amtsgericht Frankfurt am Main als strafscharfend an, dass die Angeklagten bereit waren,

„zur Gewinnung medialer Aufmerksamkeit und zur Durchsetzung ihrer politischen Interessen unter Missachtung der demokratischen Grundordnung eine Vielzahl von Personen in Lebensgefahr zu bringen und durch einen Verkehrsstau für einige Stunden zu behindern, anstelle eine der vielen legalen Möglichkeiten des Protests mit weniger Beeinträchtigungen für Dritte zu nutzen“.

Weiter heißt es:

„Die Aktivisten nehmen zwar für sich die freiheitlich-demokratische Grundordnung in Anspruch und berufen sich auf die Meinungs- und Versammlungsfreiheit, versuchen jedoch gleichzeitig rechtsstaatswidrig ihre eigene politische Meinung zwangsweise auf Kosten Dritter durchzusetzen und bringen damit die Missachtung der freiheitlich-demokratischen Grundordnung zum Ausdruck“.⁸²

Das Amtsgericht Tiergarten⁸³ wiederum wertet es strafscharfend, dass der Angeklagte „in nicht unerheblichem Maße und gezielt mit den Mitteln der Gewaltausübung eine Vielzahl von Dritten an der Betätigung ihrer grundgesetzlich geschützten Handlungsfreiheit gehindert“ habe.

E. Diskussion

Dass die Gerichte (sofern man eine Strafbarkeit bejaht) überwiegend zur Geldstrafe gegriffen haben, ist konsequent, wenn man die Wertung des § 47 StGB berücksichtigt, also den Vorrang der Geldstrafe vor der *ultima ratio* Freiheitsstrafe, die hier angesichts einer regelmäßig eher geringen Tat- und Schuld schwere nicht angemessen erscheint. Dennoch kamen einige Gerichte zur Verhängung von Freiheitsstrafen, was sich innerhalb des weiten rechtlichen Rahmens bewegt, der den Gerichten eröffnet ist. Das System sieht vor allem auch die Berücksichtigung spezialpräventiver Aspekte vor, so dass eine hohe Rückfallgefahr, die hier bei vielen Angeklagten vorlag, zur Begründung einer Freiheitsstrafe herangezogen werden kann. Allerdings zeigt sich hier eine der oben erwähnten nicht befriedigend gelösten „Grundlagenfragen“: Wird auch die „Tatschuld“, die ja das zentrale Strafzumessungskriterium sein soll, durch eine

⁸² AG Frankfurt am Main, Urt. v. 13.5.2022 – 901 Ds 6120 Js 248353/20.

⁸³ AG Tiergarten, Urt. v. 30. 8.2022 – (422 Cs) 231 Js 1831/22 (11/22) Jug.

Vorstrafenbelastung und eine hohe Rückfallgefahr erhöht? Oder können die in der Praxis üblichen darauf gestützten und zum Teil drastischen Strafzuschläge allein auf die Spezialprävention zurückgeführt werden? Müsste es in einem Tatstrafrecht nicht eine (idealerweise gesetzlich geregelte) „Deckelung“ für die strafscharfende Wirkung der Rückfallgefahr geben, und zwar sowohl für die Strafzumessung im engen Sinne als auch für den Übergang von Geld- zu Freiheitsstrafe? Im Ergebnis könnte das dazu führen, dass in einem Fall geringer Tat- und Schuldschwere trotz Rückfallgefahr (die sich hier ja auf vergleichbare, also erneut eher geringfügige Taten beziehen wird!) keine kurze Freiheitsstrafe verhängt werden darf, deren Eignung, auf den Täter sinnvoll „einzuwirken“ ohnehin äußerst zweifelhaft ist. An solchen gesetzlichen „Leitplanken“, um die Strafzumessung in etwas vorhersehbarere Bahnen zu lenken, fehlt es nahezu vollständig. Ein ähnliches Problem stellt sich bei der Verwarnung mit Strafvorbehalt gemäß §§ 59 ff. StGB. Diese wäre an sich eine salomonische Lösung, um dem eher geringen Unrechts- und Schuldgehalt der hier vorliegenden Taten (sofern man von einer Strafbarkeit ausgeht) Rechnung zu tragen.⁸⁴ Sobald man aber – wie der Gesetzeswortlaut – die Rückfallgefahr als hartes Ausschlusskriterium formuliert, verbaut man sich diesen Lösungsweg ohne Not.

Was die Strafzumessungserwägungen angeht fällt zunächst auf, dass keines der Gerichte dabei den oben formulierten Gedanken explizit aufgreift, dass eine Nähe zur Tatbestandslosigkeit bzw. Rechtfertigung für eher geringes verwirklichtes Unrecht und damit für eine milde Strafe spricht. Das kann verschiedene Gründe haben: Entweder die Gerichte haben dies berücksichtigt (und unter anderem deswegen zu eher geringen Strafen gegriffen), ohne dies ausdrücklich in die Begründung aufzunehmen. Ein weiterer Grund könnte sein, dass die Gerichte hier gar keine Nähe zur Tatbestandslosigkeit bzw. Rechtfertigung gesehen haben, sondern (angesichts der gefestigten Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs nachvollziehbar) klare Fälle von verwerflicher Anwendung von „Gewalt“. Drittens ist denkbar, dass die Gerichte hier zwar bisweilen einen Grenzfall angenommen haben, aber die Prämisse ablehnen, dass dieser Umstand strafzumessungsrelevant ist, etwa, weil man von einer stärkeren (auch inhaltlichen) Trennung von materieller Strafbarkeit und Strafzumessung ausgeht.

Dass die Gerichte bei der Strafzumessung regelmäßig auf die Tatfolgen, die Vorstrafenbelastung sowie die Frage eines Geständnisses abstellen, war zu erwarten und deckt sich mit empirischen Erkenntnissen zu den auch sonst dominanten Strafzumessungsfaktoren.⁸⁵ Das ist nicht zu beanstanden. Die von manchen Gerichten vorgenommenen Strafschärfungen aufgrund der konkreten

⁸⁴ Darauf verweist (neben anderen Möglichkeiten einer milden Sanktionierung) auch *Rönnau* (Fn. 44), 115, allerdings ohne Erörterung der Voraussetzungen von § 59 StGB.

⁸⁵ Nachweise bei *Kaspar* (Fn. 17), C 16.

Vorgehensweise der Klima-Aktivist:innen sind dagegen zweifelhaft. Es überzeugt nicht, den Aktivist:innen, die sich richtigerweise auf die Meinungs- und Versammlungsfreiheit berufen können, einerseits billigenswerte Ziele zu attestieren, ihnen dann aber zugleich strafscharfend (!) vorzuhalten, dass sie dabei in Rechte Dritter eingegriffen oder keine legalen Mittel verwendet haben. Letztlich sind die verwendeten Begrifflichkeiten (einschließlich des Vorwurfs, gegen die „freiheitlich-demokratische Grundordnung“ verstoßen oder gar „Selbstjustiz“ geübt zu haben) bei nüchterner Betrachtung nichts weiter als reichlich übertriebene und skandalisierende Paraphrasierungen der schlichten Tatsache, dass sich Personen zur Betonung ihrer politisch-gesellschaftlichen Ziele nach Ansicht des Gerichts strafbar gemacht haben. Letzteres kann aber nicht ernsthaft strafscharfend gewertet werden, weil es jeden Fall betrifft, in dem Strafe zugemessen werden muss. Jeder Ladendieb bereichert sich auf Kosten anderer und verstößt dabei gegen Rechtsnormen, betreibt also (in der fragwürdigen Terminologie des Landgerichts Berlin bzw. des Amtsgerichts Frankfurt am Main) „Selbstjustiz“ bzw. verhält sich „rechtsstaatswidrig“. Niemand käme auf die Idee, diesen Umstand strafscharfend zu werten. Warum es Personen nun aber zum Nachteil gereichen soll, dass sie im Rahmen ihrer Grundrechtsausübung zur Verfolgung verfassungsrechtlich anerkannter und billigenwerter Ziele (zumindest nach Ansicht des Gerichts) gegen Strafgesetze verstoßen haben, erschließt sich nicht. Die Strafbarkeit als solche strafscharfend heranzuziehen wäre offensichtlich ein Verstoß gegen das Doppelverwertungsverbot aus § 46 Abs. 3 StGB; gleiches gilt für den Umstand, dass manche Gerichte (wie besonders deutlich das Amtsgericht Tiergarten⁸⁶) strafscharfend berücksichtigen, dass hier mit „Gewalt“ vorgegangen und in Rechte von Dritten eingegriffen wurde. Beides ist schon Bestandteil des gesetzlichen Tatbestands des § 240 Abs. 1 StGB und darf daher bei der Strafzumessung keine Rolle spielen.

IV. Fazit

Volle Härte oder volles Verständnis für die Klima-Aktivist:innen? Das war die Ausgangsfrage. Die Analyse der Urteile hat gezeigt, dass die Unterschiede und Diskrepanzen nicht ganz so extrem ausfallen, wie man es hätte erwarten können. Das gilt jedenfalls für die Rechtsfolgenseite, wo maximal zu einer (zur Bewährung ausgesetzten) Freiheitsstrafe von sieben Monaten bzw. zu zwei- und dreimonatigen Vollzugsstrafen gegriffen wurde. Härte ja, aber angesichts eines bis zu drei bzw. (bei § 240 Abs. 4 StGB) sogar bis zu fünf Jahren reichenden Strafraumens bestand hier durchaus noch „Luft nach oben“.

⁸⁶ AG Tiergarten, Urt. v. 30. 8.2022 – (422 Cs) 231 Js 1831/22 (11/22) Jug.

Eklatant sind die Unterschiede bei der Frage, ob sich die Aktivist:innen bei ihren Sitzblockaden überhaupt strafbar gemacht haben. Hier drängt sich der Eindruck auf, dass insbesondere die Beurteilung der „Verwerflichkeit“ des Verhaltens als recht offene Wertungsfrage (trotz der vom Bundesverfassungsgericht formulierten Abwägungsparameter) von der Grundhaltung der entscheidenden Richter:innen geprägt war: Sieht man den Protest wohlwollend, auch im Licht des Verfassungsrechts und damit nicht nur mit Blick auf Art. 5 und Art. 8 GG, sondern auch auf Art. 20a GG in seiner Akzentuierung durch den Klimabeschluss des Bundesverfassungsgerichts? Oder attestiert man den Handelnden eine rechtsstaatsfeindliche Gesinnung und ein gegen die „freiheitlich-demokratische Grundordnung“ verstoßendes Verhalten bzw. „Selbstjustiz“, was dann sogar strafscharfend zu berücksichtigen ist? Letzteres kann nicht überzeugen, auch und gerade vor dem Hintergrund des Doppelverwertungsverbots. Bezieht man die (in einem objektiven Sinn) billigungswerten Ziele und Motive der Aktivist:innen im gebotenen Umfang in die Abwägung ein, wird in vielen Fällen die Verwerflichkeit richtigerweise abzulehnen sein. Nach hier vertretener Ansicht sind Sitzblockaden, bei denen man auf aktive Gegenwehr verzichtet, sogar schon mangels Vorliegens von „Gewalt“ straflos. Weder die Tatsache, dass man sich festklebt, noch die Tatsache, dass mehrere Reihen von Autos zum Anhalten gezwungen werden, kann zur Begründung von „Gewalt“ genügen.

Was bleibt ist die (nicht neue) Erkenntnis, dass die Richter:innen nicht der bloße „Mund“ des Gesetzes im Sinne von *Montesquieu* sind, sondern selbst Recht schaffen, indem sie unbestimmte Rechtsbegriffe auslegen und mit Leben füllen – hier etwa die „Verwerflichkeit“ gemäß § 240 Abs. 1 StGB sowie die „Schuld“ gemäß § 46 Abs. 1 S. 1 StGB. Letztlich geht es um das ewige Spannungsverhältnis von Rechtssicherheit und gesetzlicher Bestimmtheit auf der einen und Einzelfallgerechtigkeit auf der anderen Seite, das nie ganz befriedigend aufgelöst werden kann. Zumindest wäre etwas mehr Problembewusstsein auf Seiten des Gesetzgebers nötig, so dass (zu) unbestimmte Rechtsbegriffe und Generalklauseln im Strafrecht in Zukunft vermieden bzw. durch präzisere und leichter subsumierbare Begriffe ersetzt werden. Auch sollte das Petition des Bundesverfassungsgerichts stärker beachtet werden, dass bei unbestimmten Begriffen eine restriktive Auslegung angezeigt ist⁸⁷ – das gilt hier vor allem für die „Verwerflichkeit“. Drittens sollten die Regeln über die Strafzumessung präzisiert werden, gerade was die Bedeutung der Strafzwecke sowie die Gewichtung einzelner Strafzumessungsfaktoren angeht. Insbesondere gilt es die in der Praxis sehr große Bedeutung der Vorstrafenbelastung bzw. der Rückfallgefahr durch entsprechende Regelungen einzuhegen, einen Vorschlag dazu habe ich in meinem Gutachten auf dem 72. Deutschen Juristentag formuliert.⁸⁸

⁸⁷ Siehe (zur Untreue gemäß § 266 StGB) BVerfGE 126, 170.

⁸⁸ Siehe *Kaspar* (Fn. 17), C 104 ff.

Letztlich wird es aber stets bei Spielräumen für die Gerichte bleiben und auch bleiben müssen. Es ist kein vorzugswürdiger Weg, die Strafzumessung zu mathematisieren oder ihr ein starres Korsett aus Strafzumessungsrichtlinien zu verpassen.⁸⁹ Umso mehr gilt es dann aber, für ein entsprechendes kritisches Bewusstsein der Strafrichter:innen zu sorgen, für das sprichwörtliche „schlechte Gewissen“ im Sinne von *Gustav Radbruch*, das zum Maßhalten beim Einsatz der staatlichen Strafe zwingt. Auch wenn es vielfach bestritten wird: Bei Grenzfällen und offenen Wertungsfragen ist vor dem Hintergrund der bekannten Unzulänglichkeiten und Kollateralschäden der staatlichen Strafe im Zweifel gegen sie zu entscheiden – *in dubio pro libertate*.⁹⁰

⁸⁹ Siehe auch insofern *Kaspar* (Fn. 17), C 76 ff.

⁹⁰ Siehe dazu *J. Kaspar*, Verhältnismäßigkeit und Grundrechtsschutz im Präventionsstrafrecht (2014), 152.

Politisierte Strafrechtsanwendung als Gefahr für den Rechtsstaat*

Michael Kubiciel

I.	Anlass und Gegenstand des Beitrages	191
II.	Folgen einer Rechtfertigung des zivilen Ungehorsams	194
III.	Strafrecht als Kommunikationsstrategie.....	195
	A. Politische und rechtliche Wirkrichtungen zivilen Ungehorsams	195
	B. Politische Polarisierung	197
	C. Die rechtstheoretischen Pole	199
	D. Attraktivität des Strafrechts	201
IV.	Dogmatik unter politischem Druck	203
	A. Strukturierung und Begrenzung des Entscheidungsspielraums	203
	B. Deformation der Notstandsdogmatik	204
	1. Selbstprogrammierung des Gerichts	204
	2. Entkernte Eignungsprüfung.....	205
	3. Entkernte Erforderlichkeits- und Angemessenheitsprüfung	207
	4. Interessenabwägung	208
	5. Bewertung	209
V.	Verteidigung der Dogmatik	210
	A. Reflexion der Grundlagen	210
	B. Richter und Rechtsgehorsam	212
VI.	Und die Strafrechtswissenschaft?	213
VII.	Fazit.....	214

I. Anlass und Gegenstand des Beitrages

Die Protestaktionen der „Letzten Generation“ haben die Debatte um den zivilen Ungehorsam wiederbelebt. Diese verbindet sich mit der schon früher vorgetragenen Forderung, strafatbestandsmäßige Protesthandlungen im Wege einer an politischen Zielen orientierten Strafrechtsanwendung zu rechtfertigen¹ –

* Alle Internetquellen wurden zuletzt abgerufen am 14.4.2024.

¹ So etwa *D. Bayer* et al., Warum es falsch ist, Klimaprotest und Seenotrettung zu kriminalisieren, FAZ v. 29.11.2023; *A. Bohn*, Aktuelle Protestformen der Klima(schutz)bewegung – Eine strafrechtliche Würdigung, HRRS 2023, 225, 227 ff.; *M. Bönte*, Ziviler Ungehorsam im Klimanotstand, HRRS 2021, 164 ff.; *C. Gätsch*, Legitimität und Legalität von zivilem Ungehorsam im Kampf gegen die Klimakrise, KlimR 2023, 141, 144 f.; *R. Schröder*,

nötigenfalls übergesetzlich.² Einzelne Entscheidungen unterer Instanzen sind, damals wie heute, diesen Forderungen nachgekommen.³ Dabei handelt es sich zwar um Einzelfälle, doch werden diese nicht die letzten gewesen sein. Denn seine spezifischen Funktionen machen das Strafrecht zu einem attraktiven Instrument bei der Austragung (gesellschafts-)politischer Deutungskämpfe. Bislang hat sich vor allem die Politik des Strafrechts als Mittel zum *virtue* bzw. *value signalling* bedient. So sind medial skandalisierte Straftaten sowie neue, als strafwürdig erachtete Phänomene sozialschädlichen Verhaltens von den Großen Koalitionen der letzten eineinhalb Jahrzehnte regelmäßig in Vorschläge zur Verschärfung des Strafrechts umgemünzt worden, um in einer Zeit innerer und äußerer Umbrüche Stabilität zu signalisieren.⁴ Die sozialliberal-grüne Koalition führt hingegen Entkriminalisierungsdiskurse als Zeichen des politischen Fortschritts und der Liberalisierung.⁵ Auch gesellschaftliche Gruppen haben die Symbolkraft des Strafrechts entdeckt und immer wieder Strafverfahren als Mittel der strategischen Prozessführung genutzt: Verurteilungen wegen § 219a StGB oder wegen Diebstahls entsorgter Lebensmittel sind in Kauf genommen bzw. gezielt herbeigeführt worden, um öffentlichkeitswirksam die Entkriminalisierung der Werbung für Schwangerschaftsabbrüche und des sogenannten Containers fordern zu können.⁶

Die letztgenannten Fälle protestgegenstandsbezogener Straftaten lassen sich als Form des zivilen Ungehorsams verstehen.⁷ Der Begriff erfasst aber auch und vor allem Handlungen, mit denen die Aufmerksamkeit auf ein politisches Problem gelenkt werden soll, das nicht in der *Strafbarkeit* des Verhaltens der Protestierer besteht. Dementsprechend vielfältig sind die historischen Erschei-

Rechtfertigung von Klimaprotesten: Gibt es einen „strafrechtlichen Klimanotstand“ – und wenn ja, wie viele?, GA 2023, 632 ff.

² Eine übergesetzhliche strafrechtliche Rechtfertigung unmittelbar aus den Grundrechten ableitend R. Dreier, Widerstandsrecht im Rechtsstaat? Bemerkungen zum zivilen Ungehorsam, in: N. Achterberg et al. (Hrsg.), Festschrift für Hans Ulrich Scupin (1983), 573, 592 ff. Vgl. auch H. Schüler-Springorum, Strafrechtliche Aspekte zivilen Ungehorsams, in: P. Glotz (Hrsg.), Ziviler Ungehorsam im Rechtsstaat (1983, hier zitiert nach 2. Aufl., 2015), 76, 91, der die „übersetzhliche Pflichtenkollision“ ins Spiel bringt.

³ Siehe die Nachweise bei M. Jahn/F. Wenglarczyk, Organisierte Klimaproteste und Strafverfassungsrecht, JZ 2023, 895, 889. Vergleichbare Urteile stellte Tiedemann bereits im Konfliktjahr 1968 fest, siehe K. Tiedemann, Bemerkungen zur Rechtsprechung in den sog. Demonstrationsprozessen, JZ 1969, 717 mit Fn. 1 und 2.

⁴ Siehe dazu M. Kubiciel, Kriminalpolitik und Strafrechtswissenschaft, JZ 2018, 171, 174 ff.; ders., Das Strafrecht einer fragmentierten Gesellschaft, in: J. Bublitz et al. (Hrsg.), Recht, Philosophie, Literatur. Festschrift für Reinhard Merkel, Bd. 1 (2022), 529, 533 ff.

⁵ Am Beispiel des § 219a StGB M. Kubiciel, Aufhebung des § 219a StGB und Kassation von Strafurteilen: Eine verfassungsrechtliche Analyse, JZ 2022, 934 ff.

⁶ Siehe zum Containers (die Prozessgeschichte) der Entscheidung BVerfG, Beschl. der 3. Kammer des Zweiten Senats v. 5.8.2020 – 2 BvR 1985/19, Rn. 2.

⁷ Auf den „weiten Phänomenbereich“ des Begriffs verweist zutreffend Schröder (Fn. 1), 632.

nungsformen des zivilen Ungehorsams in Deutschland, die von Demonstrationen gegen Atomkraftwerke und die Nachrüstung über das sogenannte Kirchenasyl bis zum Phänomen der „Wutbürger“ (Stuttgart 21, Pandemiemaßnahmen) und Bewegungen wie „Occupy Wallstreet“ reichen.⁸ Auch in dieser Fallgestaltung speist sich der Nutzen des zivilen Ungehorsams als kommunikative Strategie aus dem Symbolwert des Strafrechts. Gerade weil der Protest öffentlich Regeln überschreitet, deren Geltung strafrechtlich garantiert wird, die Protestierer also für ihr Anliegen hinnehmen, bestraft zu werden, finden die Aktionen Aufmerksamkeit.⁹

Die Instrumentalisierung des Strafrechts zur Erreichung politischer Ziele begründet die Gefahr, dass die Strafrechtsanwendung als primär politischer Vorgang begriffen wird. So werden die einen erwarten, dass die Strafjustiz öffentlich begangenen, politisch motivierten Straftaten entschieden entgegentritt, während andere verlangen, den als moralisch achtenswert empfundenen Zielen mit einer Rechtfertigung der Straftat Rechnung zu tragen. Wenn derartige Kräfte wirken, gerät mit der Auslegung auch die Dogmatik unter Druck, die für eine Rationalisierung durch Dekontextualisierung und Entpolitisierung der Fallentscheidung sorgen soll. Dies gilt zumal dann, wenn nicht periphere politische Probleme verhandelt werden, sondern Großkrisen wie die atomare Nachrüstung oder der Klimawandel mit potenziell apokalyptischen Folgen. Sollte dieser Druck dazu führen, dass dogmatische Strukturen verformt werden oder gar brechen, reichten die Folgen weit über die genannten Ausnahmefälle hinaus. Denn eine von den Besonderheiten der Ausnahmelage veränderte Dogmatik lässt sich systematisch kaum isolieren; sie verändert vielmehr die Anwendungsbedingungen des Rechts in der Alltags- bzw. Normallage. Der Tendenz zu einer aus politischen Motiven in Kauf genommenen Deformation der Dogmatik soll hier entgegengetreten werden. Es ist eine wesentliche Leistung der Strafrechtsdogmatik (deutscher Provenienz), eine unvermittelte Übertragung politischer und anderer rechtsexterner Ziele ins Strafrecht zu verhindern und damit die freiheitssichernde Funktion des Strafrechts zu sichern. Letzterem (und nicht kontingenten politischen Zielen) sollten sich Strafjustiz und Strafrechtswissenschaft weiterhin verpflichtet fühlen.

⁸ Ähnliche Unterscheidung bei *H. Radtke*, Überlegungen zum Verhältnis von „zivilem Ungehorsam“ zur „Gewissenstat“, GA 2000, 19 f. Beispiele für zivilen Ungehorsam in der Bundesrepublik bei *M.-E. Geis*, Ziviler Ungehorsam, in: E. Hilgendorf/J. Joerden (Hrsg.), Handbuch Rechtsphilosophie (2. Aufl., 2021), 534, 535.

⁹ Statt vieler *Geis* (Fn. 8), 537.

II. Folgen einer Rechtfertigung des zivilen Ungehorsams

Auf dem Höhepunkt der Nachrüstungsdebatte, die nicht nur im Deutschen Bundestag, sondern auch auf Straßen und vor Kasernen ausgetragen wurde, stellte der damalige SPD-Bundesgeschäftsführer *Peter Glotz* die Frage, ob der Versuch zur Legalisierung des zivilen Ungehorsams richtig sei. Sollte man Demonstranten nicht zumuten, die Strafe für Akte zivilen Ungehorsams auf sich zu nehmen, „statt sie güterabwägend wegzuzargumentieren“?¹⁰ *Glotz* gab zu bedenken, dass mit der Rechtfertigung des zivilen Ungehorsams ein „Podium für künftige rechte Protestbewegungen“ gezimmert werde, und verwies auf die Gefahr für den öffentlichen Frieden: „Je mehr Gesetzesübertretungen ich legalisiere, desto größer werden die Gesetzesüberschreitungen der hart dissertierenden Mehrheit werden.“ Damit brachte *Glotz* zwei Kernprobleme des zivilen Ungehorsams auf den Punkt, deren Aktualität heute größer ist denn je, da auch Rechtsradikale, Reichsbürger oder sogenannte Querdenker die demonstrative Rechtsverletzung als Mittel der politischen Kommunikation einsetzen und nicht wenige Verkehrsteilnehmer bereits hart gegen die Blockaden der „Letzten Generation“ dissertiert und Demonstranten mit Gewalt von der Straße entfernt haben.

Zu den beiden von *Glotz* benannten Problemen gesellt sich noch ein drittes. Wer Protestaktionen durch einen dogmatisch unvermittelbaren Rückgriff auf politische Ziele rechtfertigt, ebnet den Weg für eine Politisierung der Strafrechtsanwendung, die sich nicht durch die Exzeptionalität des Klimaschutzes oder die (nur behauptete) Verfassungswidrigkeit des geltenden Klimarechtes relativieren lässt.¹¹ Tatsächlich tritt der Versuch der Legalisierung des zivilen Ungehorsams heute nicht mehr nur als Gedankenspiel in Zeitschriften oder auf Konferenzen auf, sondern mit dem Anspruch auf rechtliche Geltung, wie das umstrittene Urteil des Amtsgerichts Flensburg zur Rechtfertigung der Besetzung eines zur Abholzung vorgesehenen Baumes sowie vergleichbare Urteile zeigen.¹² Dass derartige Entscheidungen weiterhin von Rechtsmittelinstanzen korrigiert werden,¹³ ist aber keineswegs ausgemacht. Vielmehr erfreut sich der Gedanke, beim zivilen Ungehorsam handele es sich nur um ein „Prima-Facie-

¹⁰ Dazu und zum Folgenden *P. Glotz*, Nachwort, in: ders. (Fn. 2), 147, 148 f.

¹¹ Siehe aber *A. Dießner*, *Fiat iustitia ... – heißt es ‚et‘ oder ‚aut‘ perea mundus? Überlegungen zur Rechtswidrigkeit der Klimaproteste*, StV 2023, 547, 557 f.

¹² AG Flensburg, JR 2023, 136 ff., m.krit.Anm. *F. Zieschang*; dazu auch *A. Engländer*, *Der entgrenzte Notstand – zur Anwendung des § 34 StGB bei sogenannten Klimaprotesten*, JZ 2023, 255 ff.

¹³ Siehe die Aufhebung des Urteils des Amtsgerichts Flensburg durch das Schleswig-Holsteinische Oberlandesgericht, Urt. v. 9.8.2023 – 1 ORs 4 Ss 7/23 – juris.

Unrecht“, das sich als gerechtfertigt erweisen könne,¹⁴ anhaltender Beliebtheit. Je häufiger und deutlicher sich aber der Wille zu einer – unter Rückgriff auf Verfassungsziele begründeten – materiellen Strafrechtsanwendung artikuliert, desto mehr wird der Glaube an die Funktion, Rationalität und Überzeugungskraft scheinbar formaler strafrechtsdogmatischer Strukturen unterminiert. Und umso notwendiger ist eine Verteidigung des Strafrechts und seiner Dogmatik vor der Verwendung als Mittel politischer Kommunikation.

III. Strafrecht als Kommunikationsstrategie

A. Politische und rechtliche Wirkrichtungen zivilen Ungehorsams

Ziviler Ungehorsam meint das von einer „Richtigkeitsüberzeugung getragene Protesthandeln gegen Gesetze, Institutionen, Unternehmen oder staatliche Maßnahmen, das (zumindest potenziell) illegal ist.“¹⁵ Während die tonangebenden Figuren in den 1980er Jahren darauf Wert legten, dass nur gewaltlose Regelverletzungen Akte des zivilen Ungehorsams seien,¹⁶ wird dies heute (teils offen) in Frage gestellt.¹⁷ Unter Hinweis auf das „nicht-egoistische, prinzipienbasierte“ Verhalten der Protestierer bzw. einen „glaubwürdigen Bezug der Aktivisten zum Allgemeinwohl“¹⁸ soll der zivile Ungehorsam gleichwohl von „klassischen Straftaten“ unterschieden werden¹⁹ und zu einer legitimen politischen Aktion aufgewertet werden.²⁰ Dieser wird sodann attestiert, sie könne „die diskursiven Verhältnisse aufbrechen und zu gesellschaftlichen und politischen Veränderungen anstoßen“. So betrachtet, zeichnet sich der zivile Unge-

¹⁴ So F. Saliger, Widerstandsrecht – ein Menschenrecht. Überlegungen zu Recht und Moral, in: D. Charalambis et al. (Hrsg.), Festschrift für Johannes Strangas zum 70. Geburtstag (2017), 267, 279. Ähnlich auch der Aufruf von Bayer et al. (Fn. 1).

¹⁵ So die Definition von S. Akbarian, Ziviler Ungehorsam als Verfassungsinterpretation (2023), 1.

¹⁶ W. Hassemer, Ziviler Ungehorsam – ein Rechtfertigungsgrund?, in: C. Broda (Hrsg.), Festschrift für Rudolf Wassermann (1985), 325, 327 f.; G. Frankenberg, Ziviler Ungehorsam und rechtsstaatliche Demokratie, JZ 1984, 268, 269; U. Karpen, Ziviler Ungehorsam im demokratischen Rechtsstaat, JZ 1984, 250 f.; H. Schüler-Springorum, Strafrechtliche Aspekte zivilen Ungehorsams, in: Glotz (Fn. 2), 60, 79.

¹⁷ Siehe dazu die Nachweise bei Akbarian (Fn. 15), 254 (mit Fn. 363), die selbst das „Paradigma der Gewaltlosigkeit“ nicht infrage stellt, wohl aber das „Legal Framework gerechtfertigter Staatsgewalt und nicht-gerechtfertigter Gewalt durch Aktivist*innen“ funktional-kritisch hinterfragt (239 ff.).

¹⁸ Schröder (Fn. 1), 633, der sich jedoch nicht zu dem Problem verhält, dass „das“ Allgemeinwohl keine empirisch feststellbare Größe ist, sondern – vielfach durch Auflösung von Zielkonflikten – festzulegen ist, ob das in Rede stehende Gebäudeenergie-Gesetz oder Tempolimit dem Allgemeinwohl dient oder nicht.

¹⁹ Akbarian (Fn. 15), 2. So bereits Karpen (Fn. 16), 251.

²⁰ Dazu und zum Folgenden Akbarian (Fn. 15), 2.

horsam dadurch aus, „dass er Visionen einer normativen Zukunft vorstellt und insofern einen Beitrag zur Entwicklung der politischen Gemeinschaft und ihrer Verfassung leistet.“²¹ Dabei soll es jedoch nicht nur um die *Formulierung* solcher Visionen gehen, sondern durchaus auch um deren *Erzwingung*. Falls sich die „Organe der Legislative und Exekutive“ weigerten, das Notwendige zu tun, dürfe der Gesetzgeber – jenseits der „Regeln des demokratischen Diskurses“ – durch zivilen Ungehorsam zum Handeln gedrängt werden.²² Dabei soll zwar am Mehrheitsprinzip festgehalten werden; dies letztlich aber nur formal, d.h. als prozedurale Voraussetzung zur Verabschiedung der von den Aktivisten für notwendig erachteten Gesetze. Verweigert die parlamentarische Mehrheit weiterhin die Einsicht in das Notwendige, soll der Zwang aufrechterhalten werden dürfen, bis sich der Wille der parlamentarischen Mehrheit den Zielen der Aktivisten angepasst hat – eine Pointe, die nicht zufällig an die Konsequenzen des Staatsdenkens *Rousseaus* gemahnt.²³

Ziviler Ungehorsam ist also kein rein kommunikativer Akt in einer politischen Debatte.²⁴ Er will *realen* Einfluss auf Politik und Gesellschaft nehmen – und damit auch auf die Ausgestaltung des Rechts, da die Politik vor allem mit Hilfe der Gesetzgebung gestaltend auf die Gesellschaft einwirkt. So heißt es, der öffentliche Protest solle geltendes Recht in Frage stellen²⁵ und idealiter auf Gesetzesänderungen bzw. die Auslegung des Rechts²⁶ Einfluss nehmen. Dies bezieht sich zunächst und vor allem auf die von den Protestierern adressierten Primärziele, die wie die Klimaschutzpolitik durch eine Veränderung des Wirtschafts-, Planungs- oder Energierechts befördert werden sollen.²⁷ Auf sekundä-

²¹ S. Akbarian, *Gesetz ist Gesetz? Zur Diskreditierung zivilen Ungehorsams*, in: M. Bönnemann (Hrsg.), *Kleben und Haften. Ziviler Ungehorsam in der Klimakrise*, 2023, 53. Siehe bereits J. Velasco Arroyo, *Politische Dissidenz und partizipative Demokratie*, ARSP 84 (1998), 87 ff.

²² Dazu und zum Folgenden Schröder (Fn. 1), 640 f. Dass damit das Mehrheitsprinzip „wenigstens partiell“ aufgehoben werde, meint (zutreffend) Radtke (Fn. 8), 26.

²³ Ausführlich dazu M. Pawlik, *Hegels Kritik an der politischen Philosophie Jean-Jacques Rousseaus*, *Der Staat* 38 (1999), 21, 38, wonach bei Rousseau die als gegeben vorgestellte *volonté général* eine Art „institutionell unvermittelte Tugend“, ein einzelner Wille, sei, den jeder Einzelne zu repräsentieren habe. Dies führt zu einem institutionell ungezügelter Kampf um das, was als Allgemeinwohl zu gelten hat und für alle verbindlich sein soll.

²⁴ Schröder (Fn. 1), 632: politischer Akt, unter Verweis auf J. Rawls, *Eine Theorie der Gerechtigkeit* (1979), 409.

²⁵ In diese Richtung Jahn/Wenglarczyk (Fn. 3), 888; Dießner (Fn. 11), 557.

²⁶ Vgl. zu dieser Position Akbarian (Fn. 15), 128.

²⁷ Diese Primärziele können jedoch sehr vielgestaltig sein, da der zivile Ungehorsam als eine Art *umbrella concept* zur Durchsetzung unterschiedlichster politischer, ideologischer oder religiöser Ziele verwendet werden kann, zumal politische Freiheitsrechte, auf die sich die Protestierer berufen, unabhängig vom Inhalt des Protestes zugestanden werden, siehe K. Gärditz, *Aus der Mottenkiste politischer Theorie. Ziviler Ungehorsam als Lizenz zur Straftat?*, in: Bönnemann (Fn. 21), 39, 44 f., der anfügt, dass der zivile Ungehorsam ein Begriff von „schillernder Unbestimmtheit“ sei (47).

rer Ebene ist aber auch das Strafrecht betroffen, mit dem die Protestaktionen in Konflikt geraten. Denn die Frage, ob eine Sitzblockade eine strafbare Nötigung darstellt oder eine Baum- oder Grundstücksbesetzung durch § 34 StGB gerechtfertigt werden kann, birgt interpretatorische Unklarheiten, die den Raum für eine materielle, an politischen Zielen orientierte Strafrechtsauslegung schaffen. Wer Verkehrskreuzungen blockiert, kann daher auf die strafrechtliche Rechtfertigung seiner Tat hinwirken, um den Nachweis der Legitimität der Ziele mit Hilfe der Legalisierung seiner Tat zu führen. Philosophen und Rechtstheoretiker haben zwar immer wieder betont, die Bereitschaft, Strafe zu dulden, gehöre zum Wesen des *zivilen* Ungehorsams, weil daran „die grundsätzliche Anerkennung von Staat und Verfassung abgelesen werden“ könne.²⁸ Dessen ungeachtet wurde und wird aber regelmäßig der Versuch unternommen, den zivilen Ungehorsam unter Rechtfertigungstatbestände zu subsumieren und damit zu legalisieren. Dies nicht so sehr, um die Strafe abzuwenden, sondern um die Tat und ihre Motive aufzuwerten. So meinte *Ralf Dreier* im Jahr 1983, der zivile Ungehorsam könne auch als „Kampf ums Recht“ geübt werden, indem versucht wird, die Normverletzung vor Gericht als gerechtfertigt zu erweisen.²⁹

B. Politische Polarisierung

Das Bemühen, mit Hilfe der Legalisierung des zivilen Ungehorsams implizit auch eine Anerkennung der Ziele zu erwirken, korrespondiert mit Versuchen, die Protestierenden und ihre Aktionen symbolisch ins Unrecht zu setzen. So ertönten in der Debatte um die Aktionen der „Letzten Generation“ rasch Rufe, diese als kriminelle Vereinigung „einzustufen“,³⁰ was nicht nur der Markierung eigener politischer Positionen, sondern auch der Diskreditierung des Protests dienen sollte.³¹ Derart deutlich formulierte Forderungen der Politik an die Strafjustiz lassen dogmatische Fragen in den Hintergrund treten. Dabei wäre zu erörtern, ob die von § 129 StGB vorausgesetzte Schwere der Bezugstat bei Taten mit einem Mindeststrafrahmen unterhalb von fünf Jahren zu verneinen ist, solange keine weiteren Anhaltspunkte für ein erhebliches Gefährdungspotenzial der Vereinigung vorliegen. In diesem Zusammenhang könnte ferner zu berücksichtigen sein, dass die hauptsächlich begangenen Verkehrsblockaden –

²⁸ Siehe nur *Geis* (Fn. 8), 536.

²⁹ *R. Dreier*, Widerstand und ziviler Ungehorsam im Rechtsstaat, in: Glotz (Fn. 2), 54, 61 f. Ähnlich *Frankenberg* (Fn. 16), 269.

³⁰ Statt vieler *Der Tagesspiegel* v. 28.5.2023, abrufbar unter <https://www.tagesspiegel.de/politik/eindeutig-eine-kriminelle-vereinigung-dobrindt-prangert-letzte-generation-an-esken-mahnt-zur-besonnenheit-9891155.html>. Kritisch *S. Seel*, Klimaaktivismus mit Sitzblockaden und symbolischen Aktionen – kein Fall von § 129 StGB, StV 2023, 784 ff.

³¹ Treffend *H. Heinig*, Heiligt der Zweck die Mittel? Zum Umgang mit zivilem Ungehorsam im demokratischen Rechtsstaat, NK 2023, 231, 232, der darin keine juristische Stellungnahme mit rechtlicher Substanz sieht, sondern politische Kommunikation.

selbst dort, wo sie strafbar sind – in den Schutzbereich des Art. 8 GG fallen.³² Dies zeigt: § 129 StGB ist offen für eine ergebnisorientierte Interpretation in die eine wie die andere Richtung.

Besonders intensiv diskutiert wurde in der Öffentlichkeit die Frage, ob Verkehrsteilnehmer, die (festgeklebte) Sitzblockierer von der Fahrbahn reißen, gemäß § 32 Abs. 1 StGB gerechtfertigt handeln.³³ Die mediale Rezeption dieser Thematik lässt sich auch als Versuch begreifen, privaten Widerstand gegen zivilen Ungehorsam der „Letzten Generation“ aufzuwerten, etwa wenn plakativ die „Rechte der ausgebremsten Bürger“³⁴ betont werden. Solche Töne finden auch deshalb einen breiten Resonanzboden, weil die Verkehrsblockaden in zweierlei Hinsicht einer „implizit vorausgesetzten Egalitätserwartung“³⁵ widersprechen. Zum einen hinterlässt es bei vielen Bürgern ein Störgefühl, wenn sich *eine* Gruppe, die sich als Avantgarde versteht, über die für alle geltenden Regeln des Strafrechts hinwegsetzt.³⁶ Zum anderen müssen viele der „Ausgebremsten“ befürchten, von Klimaschutzmaßnahmen ungleich härter betroffen zu werden als die „Sanftgebetteten, (die) sich um das Ende der Welt [...] sorgen“.³⁷ All dies erklärt nicht nur die Vehemenz, mit der einige das Notwehrrecht in Stellung bringen, sondern auch die Zielrichtung. Die Betonung des Notwehrrechts soll nicht allein der Rechtfertigung des konkreten Täters und der Anerkennung seines individuellen Rechts (auf Fortbewegung) dienen. Es soll vor allem auf eine symbolisch besonders wirkmächtige Weise kommuniziert werden, wer „das Recht“ – durchaus in einem umfassenden Sinne – auf seiner Seite hat.

Macht man sich diesen politischen Impetus bewusst, wird klar, weshalb die formalen Voraussetzungen *und* Einschränkungen des Notwehrrechts aus dem Blick geraten können. Der von der Tageszeitung „Die Welt“ hervorgehobene Satz: „Die Aktivisten von der Fahrbahn loszureißen und wegzutragen ist hingegen eindeutig zulässig, auch wenn das wegen des Klebers zu erheblichen Handverletzungen führen sollte“,³⁸ trifft eine verbreitete Intuition, so dass normative Kriterien, die dieser Aussage ihre vermeintlich absolute Geltung neh-

³² Siehe Jahn/Wenglarczyk (Fn. 3), 894; ferner M. Kubiciel, Manövrieren an den Grenzen des § 129 StGB, in: Bönnemann (Fn. 21), 118 ff.

³³ Überblick über die Positionen bei W. Mitsch, Notwehr gegen „Klimakleber“?, JZ 2023, 230 f.

³⁴ So C. van Lijnden, Die Rechte der ausbremsen Bürger, Die Welt v. 18.11.2022, abrufbar unter <https://www.welt.de/politik/deutschland/plus242078995/Klimaaktivisten-Wie-wehren-Die-Notwehr-Regeln-fuer-Autofahrer-gegen-Klima-Kleber.html>.

³⁵ Vgl. dazu S. Mau/T. Lux/L. Westheuser, Triggerpunkte (2023), 248 f., 252.

³⁶ Siehe dazu E. Hoven/F. Rostalski/T. Weigend, Klimaaktivismus: Angriff oder Verteidigung?, Die Zeit v. 15.12.2022, abrufbar unter <https://www.zeit.de/2022/52/klimaaktivismus-autofahrer-letzte-generation-notwehr>.

³⁷ Umfassend zur Klassenspezifität der Klimawandeldiskussionen Mau/Lux/Westheuser (Fn. 35), 205 ff. (Zitat S. 209).

³⁸ Van Lijnden (Fn. 34).

men, unter Rechtfertigungszwang geraten. Dabei ist gerade in den Fällen innerstädtischer Verkehrsblockaden zu berücksichtigen, dass Notwehr ausscheidet, wenn staatliche Hilfe am Ort oder in unmittelbarer Nähe ist; zudem ist gegenüber bagatelartigen Angriffen nicht jede erforderliche Notwehrhandlung geboten. Wer nur einige Minuten bis zur Auflösung der Versammlung bzw. das polizeiliche Einschreiten gegen die Blockade warten muss, wird also im Regelfall nicht so drastisch in seiner Freiheit beschränkt, dass die Hinnahme schwerer Verletzungen durch Notwehrhandlungen als angemessen erschiene.³⁹ Auch hier ist der Umstand in die Prüfung einzubeziehen, dass die Einschränkung der Bewegungsfreiheit durch die Blockierer auch dann in den Schutzbereich der Versammlungsfreiheit als zentrales politisches Grundrecht fällt, wenn die konkrete Tat als rechtswidrig zu bewerten ist.⁴⁰ Und schließlich scheidet die Rechtfertigung durch Notwehr immer dann aus, wenn der Gewaltausübende nicht mit Verteidigungswillen agiert, er beispielsweise aus Frustration handelt, und ihm somit das subjektive Rechtfertigungselement fehlt.

Die Anwendung des § 32 StGB und des § 129 StGB ist daher rechtspraktisch und rechtsdogmatisch deutlich anspruchsvoller als es die Feststellung, das Losreißen von Protestierenden sei „eindeutig zulässig“ und die „Letzte Generation“ eine kriminelle Vereinigung, glauben machen. Ohne Darlegung der rechtsdogmatischen Voraussetzungen, auf denen diese Einschätzungen basieren, transportieren sie eher eine politische Botschaft als eine rechtliche – nicht anders als jene, die gleichsam voraussetzungslos die Rechtfertigung von Straftaten der „Letzten Generation“ und anderer zivilgesellschaftlicher Gruppen verlangen. Sie zeigen, in welchem Ausmaß die Strafrechtsanwendung zum Spielball einer polarisierten gesellschaftlichen Debatte werden kann.

C. Die rechtstheoretischen Pole

Das Vorstehende hat gezeigt, dass der zivile Ungehorsam eine größere Sprengkraft birgt als die Rede vom „kommunikativen Akt“ bzw. von der „Vision einer normativen Zukunft“ insinuiert. Als kommunikative Strategie lädt ein weithin wahrgenommener und diskutierter Protest andere Gruppen dazu ein, sich diese Strategie zum Vorbild zu nehmen. Greift der zivile Ungehorsam in Rechte anderer Bürger ein, beschwört er Gegenreaktionen derjenigen herauf, die mit ihrer Freiheit auch die allgemeine Geltung des Rechts zu verteidigen glauben. Kurzum: Indem der zivile Ungehorsam bei den einen eine gewaltsame

³⁹ A.A. V. Erb, „Klima-Kleber“ im Spiegel des Strafrechts, NStZ 2023, 577, 560.

⁴⁰ So bereits M. Kubiciel, Beide Seiten der Blockade, FAZ v. 16.11.2022, abrufbar unter <https://www.faz.net/einspruch/klimaproteste-beide-seiten-der-blockade-18466091.html>; C. Rückert, Der Wutbürger aus der zweiten Reihe – Überlegungen zur Einschränkung des Notwehrrechts durch die Versammlungsfreiheit, KriPZ 2023, 456, 460; zur Berücksichtigung der Grundrechte von Protestierenden auf Tatbestands- und Rechtfertigungsebene Radtke (Fn. 8), 27 f.

Gegenwehr am Rande des Notwehrrechts provoziert und bei anderen als Kommunikationsform anschlussfähig wird, unterminiert er die Geltung strafrechtlicher Normen in einem Umfang, der deutlich über die Einzeltat hinausweist. Die normative Zukunft, die er heraufbeschwört, leuchtet daher keineswegs hell. *Glötz* – der intellektuelle Politiker mit Sinn für Realitäten – hat den Versuch einer rechtlichen Adelung des zivilen Ungehorsams – der „Verlängerung der Theorie des zivilen Ungehorsams ins positive Recht“⁴¹ – denn auch umgehend zurückgewiesen.⁴²

Pikanterweise rückt *Jürgen Habermas* in dem von *Glötz* herausgegebenen Band dieses Beharren auf Gesetz und Legalität in die Nähe des Handelns eines ehemaligen „NS-Marinerichters, der meinte, daß, was einmal Recht war, auch Recht bleiben müsse.“⁴³ *Habermas* spitzt seine Polemik weiter zu, indem er das Beharren auf die Geltung des Rechts als Ausdruck eines „autoritären Legalismus“⁴⁴ identifiziert. Diesem Legalismus hält er entgegen, dass der demokratische Rechtsstaat in seiner Legalordnung nicht aufgehe. Die „politische Kultur eines entwickelten demokratischen Gemeinwesens“ schließe es aus, „den Regelverletzer als Kriminellen“ zu verfolgen.⁴⁵ Von dort ist es nicht weit bis zu einer Rechtfertigung des zivilen Ungehorsams im Wege einer Anwendung des geltenden Rechts, die politischen Zielen verpflichtet ist. *Habermas* hat sich dazu zwar nicht (ausdrücklich) bekannt.⁴⁶ Andere stellen aber explizit in Abrede, dass sich die Problematik des zivilen Ungehorsams „rechtspositivistisch“ entscheiden lasse.⁴⁷ Dies wird man so deuten können, dass zumindest innere dogmatische Strukturen, wenn nicht sogar die äußeren Grenzen des Rechts überwunden werden sollen, um ein für richtig erkanntes Ergebnis zu erzielen. Der Gesetzesinterpret soll, anders gewendet, in der „konkreten Fall-

⁴¹ *Hassemer* (Fn. 16), 329.

⁴² *Glötz*, in: ders. (Fn. 2), 7, 12, 14, der zudem davor warnt, „zu schnell aus der Politik ins Gewissen zu retirieren“.

⁴³ *J. Habermas*, Ziviler Ungehorsam – Testfall für den demokratischen Rechtsstaat, in: *Glötz* (Fn. 2), 29, 51. Gemeint war offenkundig der ehemalige Ministerpräsident von Baden-Württemberg, Hans Filbinger. Von einem autoritären Legalismus spricht auch *Frankenberg* (Fn. 16), 266.

⁴⁴ *Habermas* (Fn. 43), 29, 43 und 51.

⁴⁵ *Habermas* (Fn. 43), 29, 43.

⁴⁶ Indes legt er eine rechtspraktische Privilegierung der Straftat nahe, wenn er den Satz, das „Recht“ auf zivilen Ungehorsam bleibe in der Schwebe zwischen Legalität und Legitimität, mit der Mahnung ergänzt, der Rechtsstaat geriete auf Abwege, wenn er zivilen Ungehorsam wie ein gemeines Verbrechen verfolge, siehe *Habermas* (Fn. 43), 29, 43. Falls das nicht nur ein politisches Bekenntnis ist, sondern einen rechtlichen Inhalt haben soll, kann das nur als Plädoyer für eine Rechtfertigung, Entschuldigung oder einen Strafverzicht bzw. -nachlass verstanden werden.

⁴⁷ Vgl. *Dießner* (Fn. 11), 547, 558. Ferner *Dreier* (Fn. 29), 70 ff.; *Schüler-Springorum* (Fn. 2), 76, 87 ff., auf Grundlage einer kursorisch-selektiven Prüfung des als „rand-offen“ bezeichneten § 34 StGB.

Entscheidung [...] richtiges Recht, Gerechtigkeit“ auch dann schaffen können, wenn sich dieses nicht durch „vorherbestimmte generelle Normierungen“ vermitteln lasse.⁴⁸ Die „Fiktion eines geschlossenen Legalitätssystems“ soll aufgebrochen werden, um die „Legitimität eines wirklich vorhandenen, rechtmäßigen Willens“ hervortreten zu lassen.⁴⁹

Der Legalismus ist folglich der erklärte Gegner derjenigen, die den zivilen Ungehorsam rechtlich aufwerten wollen. Er läuft aber auch der Auffassung jener zuwider, die meinen, dem zivilen Ungehorsam unter Vernachlässigung der Voraussetzungen des Notwehrrechts mit Gewalt entgegenzutreten zu dürfen. Der Gegner ist derselbe, nur die ihm zugeordneten Attribute unterscheiden sich. *Habermas* und seine Anhänger sehen im Beharren auf Einhaltung gesetzlicher Grenzen des zivilen Ungehorsams einen *autoritären* Legalismus am Werk, während diejenigen, die das Recht auf Notwehr gegen Protesthandlungen stark machen, Hinweise auf die Grenzen des § 32 StGB eher als *liberalen* (und vielleicht auch etwas langweiligen) Legalismus erachten dürften. Solchen Versuchen, den Inhalt des Gesetzes und die Form der Auslegung einem an Legitimitätsvorstellungen orientierten Willen unterzuordnen,⁵⁰ ist entgegenzutreten. Der zivile Ungehorsam ist nämlich vor allem deshalb ein „Testfall für den Rechtsstaat“, ⁵¹ weil er die Tür zu einer materiell aufgeladenen Strafrechtsinterpretation öffnet, die zwar mit Verweis auf Verfassungsziele oder Rechtsgüter gerechtfertigt wird, hinter der sich aber nichts anderes verbirgt als der politische Wille des Interpreten.⁵² Die Attraktivität des Strafrechts für eine an materiell-politischen Zielen orientierte Auslegung speist sich aus seiner besonderen kommunikativ-symbolischen Wirkung, auf die im Folgenden einzugehen ist.

D. Attraktivität des Strafrechts

Schon während der Proteste gegen die Nachrüstung wurde die Tendenz deutlich, politische Kontroversen „sozusagen durchzukriminalisieren“. ⁵³ Durchkriminalisiert wird, wie wir gesehen haben, auch die Debatte um die Klimaproteste. Das ist kein Zufall, sondern Folge der Besonderheiten des Strafrechts. Kommunikations- bzw. sozialpsychologisch betrachtet zeichnet sich das Strafrecht nämlich durch eine hohe Salienz (Auffälligkeit) und Valenz (Eignung zur

⁴⁸ C. Schmitt, Legalität und Legitimität (8. Aufl., 2012), 9.

⁴⁹ Schmitt (Fn. 48), 10.

⁵⁰ Vgl. dazu die Positionierung von G. Dahm, Der Methodenstreit in der heutigen Strafrechtswissenschaft, ZStW 57 (1938), 225, 228, im sogenannten Methodenstreit.

⁵¹ Habermas (Fn. 43), 29.

⁵² Vgl. auch H.H. Kühne/A. Kühne, Rechtfertigung durch Moral, StV 2023, 560, 565: „politischer Anspruch, im Besitz der Wahrheit zu sein“.

⁵³ Schüler-Springorum (Fn. 2), 94.

verdichteten Vermittlung von Werten) aus.⁵⁴ Die Salienz speist sich aus dem Umstand, dass das Strafrecht traditionell zentrale Verhaltensnormen einer Gesellschaft garantiert,⁵⁵ indem es für die Übertretung solcher Normen die Verhängung einer sowohl in tatsächlicher wie symbolischer Hinsicht exzeptionellen Rechtsfolge ermöglicht.⁵⁶ Damit eignet dem Strafrecht die Fähigkeit, normative Aussagen in eine verdichtete, leicht decodierbare und besonders gut wahrnehmbare Form zu bringen.⁵⁷ Es sichert auf diese Weise die normative Identität der Gesellschaft.⁵⁸ Ob eine Handlung strafbar ist oder gerechtfertigt werden kann, ist folglich eine Aussage über das Recht, die sich wegen der Besonderheiten der Rechtsmaterie von anderen rechtlichen Aussagen symbolisch-kommunikativ unterscheidet: Wer strafbar handelt, verletzt eine für das Gemeinwesen und die Bürger zentrale Norm, was durch die Einleitung eines Strafverfahrens und ggfs. durch Strafausspruch und Vollzug der Strafe zum Ausdruck gebracht wird. Wer hingegen für sich reklamieren darf, dass seine Handlung strafrechtlich gerechtfertigt ist, kann darauf verweisen, dass er derart gewichtige Gründe hat, dass das Recht potenziell strafbare Eingriffe in fremde Rechtssphären gestattet.

Damit erklärt sich, weshalb bei der strafrechtlichen Beurteilung von Taten, die politische Ziele verfolgen, versucht wird, die rechtliche Relevanz eben dieser Ziele mitzuverhandeln: nicht nur als Kriterium bei der strafrechtlichen Würdigung der Tat, sondern auch und vor allem zur Aufwertung dieser Ziele. Funktion und Symbolkraft des Strafrechts tragen folglich dazu bei, auch die Strafrechtsanwendung als Instrument im Ringen um politische Deutungsmacht einzusetzen.⁵⁹ Daher überrascht es nicht, dass das Strafrecht in Zeiten gesellschaftlicher Fragmentierung bzw. disruptiver Entwicklungen „verlässlich zur Stelle“⁶⁰ ist. Während Politik und Justiz innenpolitische Signale der Stabilität

⁵⁴ Zur Salienz und Valenz der Kriminalpolitik siehe *G. Wenzelburger/H. Staff*, Im Zweifel für mehr Sicherheit. Law-and-Order-Politik zwischen Terror und Flüchtlingskrise, in: R. Zohlnhöfer/T. Saalfeld (Hrsg.), Zwischen Stillstand, Politikwandel und Krisenmanagement (2019), 549, 552 ff.

⁵⁵ *G. Jakobs*, Strafrecht als wissenschaftliche Disziplin, in: C. Engel/W. Schön (Hrsg.), Das Proprium der Rechtswissenschaft (2007), 103, 106; *ders.*, in: M. Pawlik (Hrsg.), Strafrechtswissenschaftliche Beiträge (2017), 163, 166 ff.

⁵⁶ Umfassend dazu *G. Jakobs*, Rechtsgüterschutz? Zur Legitimation des Strafrechts (2012), 18 ff.; *M. Pawlik*, Das Unrecht des Bürgers (2012), 90 ff.; *M. Kubiciel*, Die Wissenschaft vom Besonderen Teil des Strafrechts (2013), 135 ff.

⁵⁷ Treffend *R. Kölbl*, Schwerpunkte der internationalen Kriminalitätsentwicklung, in: E. Hoven/M. Kubiciel (Hrsg.), Zukunftsperspektiven des Strafrechts (2020), 13, 28: „emblematische Leistungsfähigkeit“.

⁵⁸ Siehe *G. Jakobs*, Das Strafrecht zwischen Funktionalismus und „alteuropäischem“ Prinzipiendenken, ZStW 107 (1995), 843, 844.

⁵⁹ In diese Richtung bereits *Frankenberg* (Fn. 16), 269, demzufolge das Rechtsverfahren „in den Protest einbezogen und politisiert“ wird.

⁶⁰ Treffend *Jahn/Wenglarczyk* (Fn. 3), 886.

auszusenden versuchen, können die Protestierer im Gerichtssaal geltend machen, ihre Ziele seien so gravierend, dass sie sich zur Erreichung dieser Ziele über strafrechtlich garantierte Normen hinwegsetzen dürfen. Ein Rechtsstaat kann die Berechtigung eines Anliegens jedenfalls nicht deutlicher zum Ausdruck bringen als durch die Rechtfertigung von Straftaten, die der Verfolgung eben dieses Anliegens dienen.

IV. Dogmatik unter politischem Druck

A. Strukturierung und Begrenzung des Entscheidungsspielraums

Die Frage, ob Taten gerechtfertigt werden können, die unter Verweis auf individuelle Gewissensnot, moralische Überzeugungen oder politische Ziele begangen werden, führt zurück zum Begriff des Rechts.⁶¹ Dieser ist jedoch anspruchsvoller, als es ein am Gesetzestext haftendes, gesetzespositivistisches Verständnis nahelegt. Zwar ist der Geltungsanspruch des Rechts grundsätzlich unabhängig von der moralischen Dignität seines Inhalts und der Vereinbarkeit der Norm mit individuellen Richtigkeitsüberzeugungen der Adressaten. Jedoch hat das Recht keine von der Wirklichkeit abgelöste Existenz, sondern muss in seinem Vollzug zur Geltung kommen.⁶² Anwendbar ist eine abstrakte Rechtsnorm immer nur auf einen konkreten Fall, was ihre Auslegung und Entfaltung auf diesen Fall erfordert. Diejenigen, die diese fallspezifische Auslegung und Anwendung leisten, sind keine vom Gesetz programmierten Subsumtionsautomaten, sondern Menschen, durch deren „Kopf hindurch“ das Recht zur Wirklichkeit gelangt.⁶³ Infolgedessen fließen die durch familiäre, gesellschaftliche und berufliche Sozialisation geformten Wertüberzeugungen unweigerlich in die Auslegungsarbeit – auch von Richtern – ein.

Dennoch folgt daraus nicht, dass die autoritative Strafrechtsauslegung durch Richter primär ein Willensakt wäre, der maßgeblich von individuellen Vorstellungen des Entscheiders und seinem Blick auf das Ergebnis geleitet wird. Vielmehr schuldet das rechtsanwendende Gericht der Rechtsgemeinschaft eine kunstgerechte – und das heißt in Deutschland: *dogmatische* – Begründung, die den eigenen Entscheidungsspielraum mit Hilfe von Definitionen, Präjudizien und Lehrmeinungen eingrenzt und die Entscheidung mit Hilfe solcher Theorien kurzer und mittlerer Reichweite an den zu interpretierenden Gesetzestext

⁶¹ Vgl. auch *L. Eidam*, Klimaschutz und ziviler Ungehorsam, JZ 2023, 224, 225; *Saliger* (Fn. 14), 268.

⁶² *C. Waldhoff*, Kritik und Lob der Dogmatik, in: G. Kirchhof et al. (Hrsg.), Was weiß Dogmatik? (2012), 17.

⁶³ Treffend *J. Braun*, Einführung in die Rechtsphilosophie (2. Aufl., 2011), 362 f. Umfassend zur Bedeutung des Vorverständnisses für die Interpretation des Strafrechts *M. Pawlik*, Normbestätigung und Identitätsbalance (2017), 71 ff.

zurückbindet.⁶⁴ Damit soll die Rechtsanwendung rationalisiert, d.h. auf fallübergreifend gültige Anwendungsregeln gestützt, und eine einigermaßen gleichmäßige Interpretation des Rechts gewährleistet werden. Die Entscheidung wird, anders gewendet, von den Hintergründen und Kontexten des Einzelfalls gelöst und dadurch in zweifacher Weise entpolitisiert. Zum einen kann der Fall von seinen politischen Implikationen getrennt werden, soweit diese nicht vom Recht für relevant erklärt werden. Zum anderen kann die Person des Richters mit ihren jeweiligen Vorverständnissen hinter der Dogmatik zurücktreten und so zum Ausdruck bringen, dass hier Recht gesprochen und keine persönliche Präferenzentscheidung getroffen worden ist.⁶⁵

B. Deformation der Notstandsdogmatik

Auch das (eingangs angesprochene) Urteil des Amtsgerichts Flensburg will kein an gesellschaftspolitischen Zielen ausgerichteter, subjektiver Willensakt sein, sondern sich als eine Entscheidung empfehlen, die auf dem Boden des geltenden Rechts ergangen ist, wie die ausführlichen Literatur- und Rechtsprechungsnachweise verdeutlichen. Indes scheint an zentralen Stellen ein zielgerichteter, dogmatisch nicht „übersetzbarer“ Wille des Interpreten durch. Deutlich wird damit, wie sehr die Dogmatik, die man vordergründig zu achten bereit ist, unter Druck gerät, wenn der politische Wille dem Richter die Feder führt.

1. Selbstprogrammierung des Gerichts

Nach Auffassung des Amtsgerichts Flensburg ist das notstandsfähige Rechtsgut, zu deren Rettung der Angeklagte einen Baum auf fremdem Grundstück besetzt hatte, das menschengerechte Klima (auch wenn das Urteil missverständlich von „dem Klimaschutz“ spricht). Das Rechtsgut hat eine verfassungsrechtliche Grundlage in Art. 20a GG und ist daher auch ein grundsätzlich schutzwürdiges Gut im Sinne der Notstandsvorschrift.⁶⁶ § 34 StGB, so das Gericht, gestatte gemäß der „ganz überwiegenden Auffassung“ auch den Schutz solcher Allgemeinrechtsgüter durch Private.⁶⁷ Zwar entfalte die Klimaschutzverpflichtung nach Art. 20a GG keine unmittelbare Drittwirkung, sie binde

⁶⁴ Zu dieser Funktion von Urteilsbegründungen statt vieler *W. Hassemer*, Dogmatik zwischen Wissenschaft und richterlicher Pragmatik, in: Kirchhof (Fn. 62), 3, 7; *Kubiciel* (Fn. 56), 31 ff.; *Waldhoff* (Fn. 62), 27 f.

⁶⁵ Allgemein dazu *U. Di Fabio*, Systemtheorie und Rechtsdogmatik, in: Kirchhof (Fn. 62), 63, 66 f.; *M. Pawlik* (Fn. 63), S. 79 f.

⁶⁶ *Engländer* (Fn. 12), 256; *Schröder* (Fn. 1), 635; *T. Hörter/T. Zimmermann*, Rechtfertigung der Verwirklichung von Straftatbeständen zum Schutz des Klimas durch allgemeine Notrechte – Teil 1, GA 2023, 440, 448. A.A. *Erb* (Fn. 39), 581, der meint, Art. 20a GG gewähre Privaten keine Handlungsrechte, andererseits aber auf die in Folge des Klimawandels bedrohten Individualrechte abhebt.

⁶⁷ Dazu und zum Folgenden AG Flensburg, JR 2023, 136 ff.

aber als unmittelbar geltende und justiziable Rechtsnorm alle staatlichen Organe. Für die Gerichte folge hieraus unter anderem, dass unbestimmte Rechtsbegriffe des einfachen Rechts im Lichte und unter Berücksichtigung einer effektiven Verwirklichung der verfassungsrechtlichen Klimaschutzverpflichtung gemäß Art. 20a GG auszulegen seien.

Allerdings verpflichtet Art. 20a GG zuvorderst Zivil- und Verwaltungsgerichte, den Klimaschutz bei der Beurteilung der Zulässigkeit der Rodung eines Waldes einzubeziehen. Das Amtsgericht Flensburg leitet aus der postulierten Bindungswirkung des Art. 20a GG jedoch auch *seine* Aufgabe ab, durch die nunmehr eröffnete Prüfung der weiteren Voraussetzungen des § 34 StGB selbst *mittelbaren* Klimaschutz zu betreiben, indem die Straftat des Angeklagten als Beitrag zum Klimaschutz anerkannt und ggfs. gerechtfertigt wird. Während das Amtsgericht in Bezug auf die Einbeziehung überindividueller Rechtsgüter in den Anwendungsbereich des § 34 StGB betont, der „ganz herrschenden Meinung“ zu folgen, beschreitet es von diesem Punkt aus neue, von der herrschenden Meinung stark abweichende Wege.

2. Entkernte Eignungsprüfung

Deutlich wird diese Selbstprogrammierung des Gerichts auf das Ziel Klimaschutz zunächst im Umgang mit einer, für die innere Statik des § 34 StGB wichtigen Voraussetzung: die Feststellung, dass die Gefahr nicht anders als durch die Straftat abwendbar war. Dies setzt zunächst die Eignung der Tat, also des Hausfriedensbruchs, zum Schutz des menschengerechten Klimas voraus. An dieser Stelle versucht das Amtsgericht Flensburg zunächst der heiklen Frage zu entgehen, ob sich die Eignung nicht schon daraus ergebe, dass der zivile Ungehorsam als Protestaktion „die politische, mediale, gesellschaftliche und damit öffentliche Aufmerksamkeit für die Dringlichkeit des Handelns“ erhöhe. Wäre das Gericht in die Prüfung eingetreten, hätte es erörtern müssen, ob solche Protestaktionen der Anerkennung der Ziele in Gesellschaft und Politik mehr nutzen als schaden⁶⁸ und ob die Strafgesetze nicht eine absolute Schranke der Ausübung von Protest unter dem Schutzschirm politischer Grundrechte bilden.⁶⁹ Vor allem aber stand dem Amtsgericht Flensburg offenbar die bereits von *Glötz* angesprochene Problematik vor Augen, dass die Anerkennung der Eignung des öffentlichen Protests in diesem – dem Gericht als akzeptabel erscheinenden – Einzelfall auch Protestierern, die andere Ziele verfolgen, die Möglichkeit eröffnet, mit Duldung des Rechts, zivilen Ungehorsam zu üben. Es ist daher in jeder Beziehung verständlich, dass das Gericht die Frage, ob die Eignung der Notstandshandlung bereits aus der kommunikativen Wirkung des zivilen Ungehorsams folgen könnte, offenlassen will.

⁶⁸ Skeptisch *Erb* (Fn. 39), 581.

⁶⁹ So *T. Horter/T. Zimmermann*, Rechtfertigung der Verwirklichung von Straftatbeständen zum Schutz des Klimas durch allgemeine Notrechte – Teil 2, GA 2023, 481, 489.

Stattdessen verweist es darauf, dass im konkreten Fall ein „unmittelbarer Wirkungszusammenhang zwischen der Tat des Angeklagten und der Abwendung der Gefahr für das notstandsfähige Rechtsgut gegeben“ sei. Der Angeklagte habe auf dem Baum „verweilt“, um diesen vor dem Fällen zu schützen, wobei die Tat aber zugleich den Erhalt des innerstädtischen Waldes zum Ziel gehabt habe, um auf diese Weise das Fortschreiten von Klimawandel und Erderwärmung zu verhindern.⁷⁰ Damit bestehe ein unmittelbarer Wirkungszusammenhang „zwischen der Tat und *Intention* des Angeklagten sowie der Abwendung der Gefahr“.⁷¹ Den sich aufdrängenden Einwand, dass die kurzfristige „Rettung“ eines einzelnen Baumes, ja selbst die Verzögerung der Abholzung des Waldes keinen messbaren Einfluss auf das Weltklima habe, versucht das Gericht mit dem Argument zu entkräften, dass bei „komplexen“ Wirkungszusammenhängen, die „ein komplexes und ggf. längerfristiges Vorgehen“ erfordern, alle „Verhaltensweisen“ geeignet seien, die sich als „sinnvolle Bestandteile eines Vorgehens“ zur Bewältigung der Notlage erachten ließen.

Diese Argumentation ist offenkundig unzureichend, da sie die Prüfung der Eignung nicht auf die konkrete Tat – kurzfristige Besetzung eines Baumes – begrenzt, sondern die gesamte Intention des Angeklagten einbezieht: die angestrebte dauerhafte Rettung von Baum und Forst (mittelfristiges Ziel) als ein – vom Angeklagten erhoffter – Beitrag zu dem verfolgten Fernziel, dem Schutz des Weltklimas. Werden die Anforderungen an einen Wirkungszusammenhang abgesenkt, indem nicht nur die Tat selbst fokussiert wird, sondern auch die vom Notstandstäter intendierten (näheren und fernerer) Wirkung der Tat, kann die Eignung keine Begrenzungsfunktion mehr entfalten. Dies gilt erst recht, wenn mit dem diffusen Hinweis auf die Komplexität von Wirkungszusammenhängen und Rettungshandlungen im Unklaren gelassen wird, durch welche – tatsächlichen, rechtlichen, politischen etc. – Anschlusshandlungen die Besetzung eines Baums mit der Milderung des Klimawandels verbunden ist.⁷² Die Konsequenz einer derart reduzierten Prüfung des Eignungserfordernisses liegt auf der Hand. Bei solch niedrigen Anforderungen ist beinahe jede Tat geeignet, solange ihr optimistische Annahmen über mögliche Folge- und Fernwirkungen unterlegt werden können. Damit nicht genug. Wird dieser normative Einlassfilter des rechtfertigenden Notstands derart erweitert, kann jede noch so gravierende Straftat gerechtfertigt werden, solange in die Abwägung nur ein hinreichend gewichtiges Erhaltungsgut eingespeist wird.⁷³ Die Konsequenzen zeigen sich gerade am Beispiel des Klimaschutzes. Wäre bei dem vom Amts-

⁷⁰ AG Flensburg, JR 2023, 136, 138.

⁷¹ Insoweit nicht abgedruckt in AG Flensburg, JR 2023, 136, 138. Siehe daher Rn. 34 des Volltextes abrufbar unter <https://openjur.de/u/2459076.html> (Hervorhebung diesseits).

⁷² Dabei muss auch bei komplexen Zusammenhängen dargetan werden, weshalb die konkrete Tat aus ex ante Sicht geeignet war, den Klimawandel abzumildern. Siehe *Zieschang* (Fn. 12), 145.

⁷³ Ähnlich *Engländer* (Fn. 12), 258.

gericht Flensburg angelegten Maßstab nicht auch die Tötung von tausenden Kälbern zum Klimaschutz geeignet und auch verhältnismäßig, weil Rinder während ihres Lebens beträchtliche Mengen an klimaschädlichen Stoffen emittieren? Das Beispiel zeigt die abschüssige Bahn, auf die sich begibt, wer dem Eignungskriterium nicht die Bedeutung beimisst, die ihm gerade in Fällen wie diesen aus strukturellen Gründen zukommen muss.⁷⁴

3. Entkernte Erforderlichkeits- und Angemessenheitsprüfung

Verschärft wird diese Problematik noch durch die Art und Weise, wie das Gericht den Einwand vom Tisch wischt, zur (angestrebten) Rettung des Walds hätte es nicht der Besetzung eines Baums bedurft, sondern der Einholung fachgerichtlicher Hilfe. Hätten nämlich die Fachgerichte die Rodung untersagt, wäre jedenfalls das unmittelbare Ziel der Baubesetzung erreicht worden. Spricht aber nicht die Möglichkeit, dass die Gerichte die Rodung gestatten könnten, für die Erforderlichkeit der Baubesetzung? Selbst wenn man das so sieht, scheiterte die Rechtfertigung zwar nicht an der Erforderlichkeit, wohl aber an der Angemessenheitsklausel des § 34 Abs. 1 S. 2 StGB. Denn nach ganz herrschender Meinung ist der private Versuch, die Durchsetzung einer gerichtlichen Entscheidung zu verhindern, unangemessen, da die Straftat nicht nur in subjektive Rechte des von der Notstandshandlung Betroffenen eingreift, sondern auch in das staatliche Rechtsdurchsetzungs- und Gewaltmonopol.⁷⁵

Diese Hürde versucht das Gericht gar nicht erst mit dogmatischen Erwägungen zu nehmen. Es bringt stattdessen seine Überzeugung zum Ausdruck, dass diese Voraussetzungen hier keine Geltung haben. Das Gericht, heißt es generös, sei zwar von der „Richtigkeit und Wichtigkeit“ des Grundsatzes des Vorrangs „staatlicher, von demokratischer Legitimation getragener und auf der Basis rechtsstaatlich geregelter und kontrollierter Verfahren erfolgender Gefahrenabwehrmaßnahmen“ überzeugt. Es entspreche „in diesem Zusammenhang aber auch der Überzeugung des Gerichts, dass, ebenso wie die Vorschrift insgesamt, so auch das Tatbestandsmerkmal der Erforderlichkeit [...] im Lichte der [...] Bedeutung des Klimaschutzes auszulegen sind.“ Das Ziel des Klimaschutzes gleichsam als Joker nutzend, bemüht sich das Gericht nicht um eine Prüfung, sondern bekundet schlicht seine „Überzeugung“, fachgerichtlicher Rechtsschutz käme kein Vorrang vor privater Selbsthilfe zu, da diese „nach dem für die vorliegende rechtliche Beurteilung allein relevanten aktuellen Sach- und Kenntnisstand keine objektiv gleiche Eignung aufweise.“ Daraus

⁷⁴ Auch in der Literatur wird die Frage der Eignung der Protesthandlung zur Abwendung der Gefahr von den Befürwortern der Rechtfertigung nicht einmal angesprochen. Siehe etwa *Schüler-Springorum* (Fn. 2), 89 f.; *D. Bayer*, Auto fahren oder Klima retten?, *Verfassungsblog* v. 6.10.2023, abrufbar unter <https://verfassungsblog.de/auto-fahren-oder-klima-retten/>.

⁷⁵ Näher zum Vorrang staatlichen Schutzes kollektiver Güter *M. Pawlik*, *Der rechtfertigende Notstand* (2002), 183 f., 200 ff.

wird man ableiten müssen, dass das Amtsgericht Flensburg nicht damit gerechnet hat, dass die Fachgerichte die Rodung gestoppt hätten. Am Ende des zivil- und verwaltungsgerichtlichen Rechtsweges hätte, so die Befürchtung des Strafgerichts, die Entscheidung ihrer zivil- oder verwaltungsrechtlichen Kollegen, gestanden, dass die Rodung des Waldes auch im Lichte der Notwendigkeiten des Klimaschutzes eine rechtmäßige Ausübung des Eigentumsrechts darstellt. Die Ausschöpfung rechtlich geordneter, staatlicher Verfahren zur Gefahrenabwehr schließt die Angemessenheit privater Hilfe jedoch aus.

Auch diesen Grundsatz lässt das Amtsgericht Flensburg nicht gelten. Es entspreche „der Überzeugung des Gerichts, dass auch die Angemessenheit i.S.d. § 34 StGB [...] wiederum aus verfassungsrechtlicher Perspektive im Lichte der sich sowohl auf die Staatszielbestimmung des Art. 20a GG also auch die Grundrechte des GG stützenden und damit normativ verstärkten, zentralen Bedeutung des Klimaschutzes auszulegen ist.“ Vor diesem Hintergrund sei „das Gericht der Überzeugung, dass jedenfalls im vorliegend relevanten Kontext des Klimaschutzes einem Handeln, welches, erstens, trotz des prinzipiellen Vorrangs staatlicher Gefahrenabwehrmaßnahmen und -verfahren unter Berücksichtigung der Umstände des Einzelfalls als erforderlich angesehen werden kann sowie, zweitens, den Inhaber des Eingriffsgutes nicht in dessen durch Art. 1 Abs. 1 GG geschützten Menschenwürde verletzt, nicht die Angemessenheit i.S.d. § 34 StGB abgesprochen werden kann.“⁷⁶ Bis zur Grenze der Menschenwürdeverletzung billigt das Amtsgericht Flensburg also Straftaten, die Rechte anderer verletzen *und* den Vorrang staatlicher Gefahrenabwehr bzw. Rechtsdurchsetzung unterlaufen, weil die Straftat – über nicht näher erläuterte Wirkungszusammenhänge – dem politischen Fernziel (Klimaschutz) dienen *könnte*. Mit derart vagen Gründen übergeht das Gericht sowohl eine Prämisse des demokratischen Rechtsstaats als auch eine wichtige Schranke privater Notrechte.⁷⁷

4. Interessenabwägung

Es überrascht nicht, dass bei einer derart zielorientierten, um zentrale Aspekte verkürzten Prüfung der Notstandsvoraussetzung das Verhältnismäßigkeitserfordernis der Rechtfertigung nicht im Wege steht. Das Interesse der Inhaberin des Hausrechts an einem Waldgelände ist nach Überzeugung des Gerichts wesentlich weniger wert als das Interesse an der Verhinderung der „mit der aktuellen globalen Erderwärmung und dem nachweisbaren Klimawandel verbundenen negativen Folgen wie Hitzewellen, Überschwemmungen sowie Wirbelstürmen“ und Gefahren für Individualrechtsgüter.⁷⁸ Hieran zeigt sich, dass gerade die Anerkennung eines derart voluminösen Kollektivrechtsguts als

⁷⁶ AG Flensburg (Fn. 71), Rn. 54.

⁷⁷ Vgl. dazu auch *Engländer* (Fn. 12), 259; *Erb* (Fn. 39), 581.

⁷⁸ AG Flensburg, JR 2023, 136, 140 f.

notstandsfähig zu einer restriktiven Prüfung von Eignung, Erforderlichkeit und Angemessenheit angehalten hätte, da sein großes, gleichsam unvergleichliches, Gewicht beinahe jedes andere Interesse überwiegt. Im Ergebnis eröffnet die Entscheidung des Amtsgerichts Flensburg daher den Weg zur Rechtfertigung eines kaum begrenzten Sets von Straftaten.⁷⁹

5. Bewertung

Das Urteil ist keine bloße „kreative Neuvermessung und Weiterentwicklung der Notstandsvoraussetzungen“,⁸⁰ sondern überspannt die innere Statik des rechtfertigenden Notstands. Zu dieser Überspannung kommt es, weil das Amtsgericht Flensburg einerseits das menschengerechte Klima unter Verweis auf Art. 20a GG als notstandsfähiges Kollektivgut erachtet und andererseits an Eignung, Erforderlichkeit und Angemessenheit der Notstandshandlung äußerst geringe Anforderungen stellt. Damit zeichnet es den Weg zu einer Rechtfertigung der Tat vor. Letztlich behandelt das Gericht § 34 StGB als eine Art leere Form, deren schmalen Öffnungen es unter Bruch anerkannter dogmatischer Strukturen erweitert, um die politischen Ziele des Notstandstäters einspeisen und mit den subjektiven Rechten des vom Eingriff Betroffenen abwägen zu können. Eine Reflexion der Bedeutung der Notstandsvoraussetzungen fehlt ebenso wie eine Beachtung der Grundlagen der Notstandsdogmatik. Hätte das Gericht die dogmatischen Grundlagen ernsthaft berücksichtigt, hätte es sich schon vor Eintritt in die Prüfung der einzelnen Voraussetzungen fragen müssen, weshalb der Grundstücksbesitzer Adressat einer Notstandshandlung sein soll. Weder begründet die behördlich genehmigte und gerichtlich nicht untersagte Ausübung seines Eigentumsrechtes an den Bäumen eine Defensivnotstandslage, noch wird dargetan, weshalb dieser Grundstücksbesitzer eine solidarische Sonderpflicht zur Milderung des Klimawandels durch Erhalt seines Walds haben soll.⁸¹ Trotz ihres Umfangs bleibt die Entscheidung eine Begründung dafür schuldig, weshalb dem Einzelnen zugemutet werden darf, dass andere – unter Verzicht auf staatlich-gerichtliche Hilfe – in seine Rechte eingreifen, um eine Handlung vorzunehmen, deren faktischer Beitrag zum Klimaschutz in diffusen Zusammenhängen untergeht. Dabei wäre eine solche Begründung schon deshalb notwendig gewesen, weil sich die Rechtfertigung der

⁷⁹ Vgl. H.M. Heinig, Heiligt der Zweck die Mittel? Zum Umgang mit zivilem Ungehorsam im demokratischen Rechtsstaat, NK 2023, 231, 242 f., dem zufolge man die verfassungsrechtliche Gemengelage geschützter Rechtspositionen verkennt, deklarierte man Art. 20a GG zu einer Art Supernorm, die Abwägungen kollidierender Rechte so präformiert, dass selbst der gewaltsame Umweltprotest stets obsiegt.

⁸⁰ Engländer (Fn. 12), 255.

⁸¹ Näher dazu S. Kemper, Die Rechtfertigung tatbestandsmäßiger Protestaktionen im Namen des Klimanotstandes. Zugleich ein Beitrag zum strafrechtlichen Neutralitätsversprechen, demnächst in GA 2024.

Baumbesetzung nicht auf die günstige Wirkung für den Täter beschränkt, sondern dem von der Notstandstat Betroffenen eine Duldungspflicht auferlegt: Er muss den Eingriff in seine subjektiven Rechte hinnehmen.

V. Verteidigung der Dogmatik

A. Reflexion der Grundlagen

Verzichtet man auf die Reflexion solcher dogmatischen Fragen und behandelt die rechtlichen Voraussetzungen des Notstands stattdessen als Hürden, die es zu überspringen oder zu umgehen gilt, sind die Folgen kaum absehbar. Dies gilt vor allem in konfliktträchtigen Zeiten, in denen subjektive Ansprüche, moralische Forderungen oder vorgebliche Allgemeinwohlbelange im Diskurs als „Trümpfe“⁸² verwendet werden, die scheinbar absolute (politische und rechtliche) Anerkennung verlangen. Gerade dann kommt aber der relativierenden und regulierenden Dogmatik eine besondere Bedeutung zu. Mit ihrer Hilfe wird der Streit um moralische oder politische Einzelanliegen in etablierte und fallunabhängig gültige Auslegungs- und Anwendungsregeln überführt. Er kann gerade deshalb „abgekühlt“ und idealerweise *rechtlich* befriedet werden, weil das Strafrecht und seine Dogmatik nicht das politisch Partikulare bzw. ideologisch Trennende fokussieren, sondern die Grundgemeinsamkeiten der Gesellschaft sichern bzw. das fallübergreifend Gültige betonen. Das Strafrecht garantiert Normen, die grundlegende Verhaltenserwartungen im Umgang mit subjektiven Rechten bzw. gegenüber Institutionen formulieren. Es dient nicht der Durchsetzung einzelner (wirtschaftlicher, politischer etc.) Interessen, sondern sichert Normen mit dem Ziel einer freiheitsermöglichenden Koordination von Rechtssphären und der in diesen eingeehten Interessen. Auch und gerade das Notstandsrecht lässt sich daher freiheitstheoretisch rechtfertigen und ist als solches zu interpretieren.⁸³ Vom Zweck des Strafrechts aus betrachtet, hat die Notstandsdogmatik daher eine freiheitsermöglichende und in diesem Sinne konfliktregulierende Ausrichtung, an der die Auslegung und Anwendung der Vorschrift zu orientieren ist. Im Fall des Defensivnotstands muss derjenige Eingriffe in seine Rechtssphäre dulden, der die Gefahr zurechenbar verursacht hat. Der Aggressivnotstand lässt sich hingegen nur als Akt der Solidarität des Eingriffsadressaten im Rahmen einer auf wechselseitiger Freiheitsermöglichung gepolten Rechtsgemeinschaft legitimieren, was eine sorgsame Prüfung der Notstandsvoraussetzungen erfordert. Werden unberührt von solchen Erwägun-

⁸² Zur Metapher moralischer Rechte als politische Trümpfe vgl. R. Dworkin, Bürgerrechte ernstgenommen (1984), 14.

⁸³ Grundlegend Pawlik (Fn. 75). Siehe ferner M. Kubiciel/M. Wachter, Strafrechtlich garantierte Solidarität, in: C. Hofmann et al. (Hrsg.), Solidarität im Gesundheitswesen: Strukturprinzip, Handlungsmaxime, Motor für Zusammenhalt? (2022), 201 ff.

gen schlicht politische Ziele so in den § 34 StGB eingeschliffen, dass der Weg zu einer Abwägung frei wird, mutiert eine dogmatisch gezügelte, Rechtsanwendungsgleichheit ermöglichende und freiheitsorientierte Strafrechtsanwendung in ein Instrument zur Ad-hoc-Durchsetzung partikularer Interessen. Die Entfernung vom Zweck des § 34 StGB könnte kaum größer sein.

Dabei reichen die Folgen einer dogmatisch entkernten, rhetorisch lediglich bemäntelten Auslegung weit über die Rechtfertigung politisch motivierter Taten des zivilen Ungehorsams hinaus. Denn bei einer Ausblendung der freiheitstheoretischen Grundlagen des § 34 StGB und Relativierung zentraler Voraussetzungen schrumpft seine Bedeutung insgesamt auf die Funktion zusammen, dem situativ überwiegenden Interesse Geltung zu verschaffen. Ein solches Verständnis eignet sich nicht nur für die Rechtfertigung des zivilen Ungehorsams, sondern vor allem für die Anwendung der Norm in Alltagssituationen kollidierender Interessen. Es wäre jedenfalls kaum darzutun ist, weshalb an die Prüfung der Eignung, Erforderlichkeit und Angemessenheit einer Handlung zum Schutz zentraler subjektiver Rechte wie Leib und Leben höhere Anforderungen gestellt werden sollen als an Handlungen zum Schutz des künftigen Klimas im Wege unklarer Wirkungszusammenhänge. Wollte man einen solchen *spill over* der Rechtsanwendung in einem Sonderfall auf Alltagslagen ausschließen, müsste man den ersten Fall von allen anderen Fällen systematisch isolieren. Möglich wäre dies beispielsweise, indem man eine neue Rechtfertigungsfigur *neben* die gängige Notstandsdogmatik platziert. So hat der Bundesgerichtshof den tödlichen Behandlungsabbruch gerade nicht mit einer (analogen) Anwendung des § 34 StGB gerechtfertigt, sondern auf Grundlage einer neuartigen dogmatischen Figur. Damit war das besondere Problem systematisch isoliert, die Grundlagen und Grundsätze der Notstandsdogmatik blieben unberührt.⁸⁴

Die Entscheidung verdeutlicht auch, dass die Zurechnungsregeln nicht statisch sind. Diese entwickeln sich vielmehr mit der Gesellschaft und im Zusammenspiel von Rechtsprechung und Literatur fort. Jedoch vollzieht sich dieser Vorgang selten disruptiv, sondern schrittweise, indem die Interpretation nicht nur nach Anpassung an die vorherrschenden Plausibilitätsstandards der Gesellschaft sucht, sondern auch Anschluss an die Überlieferungszusammenhänge der Dogmatik und tradierte Deutungen hält.⁸⁵ Eine Fortschreibung des Rechts, welche die dem Recht eingeschriebene Grammatik außer Acht lässt, ist daher so selten wie rechtfertigungsbedürftig. Legitime Gründe für eine solche disruptive Auslegung können Gesetzesänderungen sein oder unmittelbar einschlägige Vorgaben des Bundesverfassungsgerichts oder des Europäischen Ge-

⁸⁴ BGHSt 55, 191. Vergleichbares gilt für die (später für verfassungswidrig erklärte) Rechtfertigung des Abschusses gekapeter Flugzeuge, siehe dazu *M. Pawlik*, § 14 Abs. 3 des Luftsicherheitsgesetzes – ein Tabubruch?, JZ 2004, 1095.

⁸⁵ Ausführlich *M. Kubiciel*, Die Flexibilisierung des Strafrechts, in: E. Hilgendorf et al. (Hrsg.), Handbuch des Strafrechts, Bd. 1 (2019), 1083 ff.

richtshofs, keinesfalls jedoch die politische Wünschbarkeit des Ergebnisses, mag der Wunsch auch mit verfassungsrechtlichen Erwägungen unterfüttert sein. Denn für die verbindliche Festlegung politischer Ziele ist allein der Gesetzgeber zuständig, während sich ein Strafgericht zu einer solchen Willensentscheidung auch nicht mit Hilfe einer einseitigen, weil kollidierende Grundrechte ausblendenden Grundgesetzinterpretation ermächtigen kann. Urteile, die dogmatische Strukturen übergehen und die sich einer ergebnisorientierten Deutung des Rechts befleißigen, tragen daher einen rechtlich-dogmatischen Makel und stellen grundlegende Prinzipien in Frage: zum einen die Rechtsanwendungsgleichheit als Resultat der an dogmatischen Strukturen orientierten Interpretation des Rechts und zum anderen die Funktions- und Aufgabenverteilung zwischen den Staatsgewalten.⁸⁶

B. Richter und Rechtsgehorsam

So betrachtet sind nicht diejenigen, die zivilen Ungehorsam üben, an den „Rechtsgehorsam“⁸⁷ zu erinnern. Denn auch strafrechtlich garantierte Normen lassen ihre Übertretung ausdrücklich zu. Anders als polizeirechtliche Präventionsnormen oder Maßregeln der Sicherung versucht das Strafrecht nämlich gar nicht erst, normkonformes Verhalten durch Kontrolle und Zwang zu erzwingen,⁸⁸ sondern stellt den intrinsischen Gründen für Normkonformität lediglich eine Klugheitserwägung – Angst vor Strafe – an die Seite. Verhaltensnormgemäßes Verhalten ist also nur eine Möglichkeit des Normadressats,⁸⁹ der für den Fall einer ihm zurechenbaren Normübertretung strafprozessrechtliche und ggfs. auch strafrechtliche Folgen – von der Einleitung eines Ermittlungsverfahrens bis zur Strafvollstreckung – dulden muss. Daher ist es zu einfach, den zivilen Ungehorsam „als Negation des Rechtsstaates“ zu brandmarken.⁹⁰ Richtig ist zwar, dass die *gleiche Geltung* zentraler Verhaltensnormen, für die das Strafrecht sorgt, eine wesentliche Bedingung dafür ist, dass die Bürger eines Staats mit einer pluralistischen Gesellschaft im Zustand realer Freiheit leben können. Die „Aufkündigung des Gesetzesgehorsams“⁹¹ ist jedoch weniger den Protestierern vorzuwerfen, als vielmehr den Richtern: Wer für die kontrafaktische Stabilisierung von Normen, d.h. die Sicherung gleicher Geltung, und

⁸⁶ So schon Tiedemann (Fn. 3), 717.

⁸⁷ So K. Schwarz, Rechtsstaat und ziviler Ungehorsam, NJW 2023, 275, 277.

⁸⁸ M. Nettesheim Verfassungsrechtliche Kriminalisierungspflichten und -grenzen, in: M. Bäcker/C. Burchardt (Hrsg.), Straerverfassungsrecht (2022), 94 ff.

⁸⁹ Näher C. Möllers, Die Möglichkeit der Normen (2015), 125 ff.

⁹⁰ So Schwarz (Fn. 87), 275, der selbst von einer „vielleicht zugespitzten und provokanten“ These spricht. Gegen diese Einseitigkeit wendet sich das Plädoyer von L. Leitmeier, Ziviler Ungehorsam und autoritärer Legalismus?, HRRS 2023, 70 f.

⁹¹ Schwarz (Fn. 87), 280.

damit den Erhalt des Zustands von Rechtlichkeit zuständig ist, darf keine dogmatische Grenzen durchbrechen, um politische Ziele zu befördern.

VI. Und die Strafrechtswissenschaft?

Anders als die Strafjustiz ist die Strafrechtswissenschaft nicht zur autoritativen Interpretation und Durchsetzung des Rechts befugt. Sie wirkt aber an der Pflege der Dogmatik mit und damit auf die Anwendung des Rechts ein. Dies stellt sie vor ein nicht unerhebliches Problem. Auf der einen Seite zeichnet sich Wissenschaft gerade durch innovative Problemzugänge, aber auch durch die historische, philosophische, wirtschaftliche, soziale und politische Kontextualisierung rechtlicher Fragen aus. Durch diesen Zugriff auf dogmatische Probleme kann die Strafrechtswissenschaft jene Komplexität wiederherstellen, die ein Strafgericht ausblenden muss, will es zu einer Entscheidung auf Basis des für alle gleichermaßen geltenden Rechts gelangen. Anders als Strafrichter müssen Strafrechtswissenschaftler auch nicht hinter dem Gesetz und der Dogmatik zurücktreten, sondern können ihre Meinung zu den sozialen, politischen und anderen Implikationen eines Rechtsproblems artikulieren. Auf der anderen Seite muss sich die Strafrechtswissenschaft bewusst sein, dass sie mittelbar „Herrschaft“ ausübt, insofern sie der Strafjustiz anwendungsbezogene Dogmatik zur Entfaltung auf den Fall und damit auf den in den Anwendungsbereich des Strafrechts gelangten Einzelnen zur Verfügung stellt.⁹² Die Strafrechtswissenschaft arbeitet also in einem Spannungsfeld zwischen Forschungsfreiheit einerseits und Rechtsbindung andererseits, das sich nur auflösen lässt, indem sie Räume für Kreativität, Kontextualisierung, Re-Politisierung und auch eine interessen- oder ideologiegeprägte Subjektivität schafft, die deutlich von jenen Foren getrennt sind, auf denen Vorschläge für die Auslegung des geltenden Rechts verhandelt werden. Der seit einiger Zeit zu beobachtende Trend zu Rechtswissenschaftlerinnen und -wissenschaftlern, die sich als Sachwalter (gesellschafts-)politischer Forderungen verstehen bzw. im Modus des Interessenvertreters gesellschaftlicher Gruppen arbeiten,⁹³ ist daher für die gleiche Geltung des Rechts solange unschädlich, wie deutlich wird, dass hier keine objektive Interpretation des geltenden Rechts unterbreitet wird, sondern eine subjektive Rechtsauslegung oder ein interessengeleiteter Vorschlag *de lege ferenda*. Man kann daher „Rechtswissenschaft als politischen Beruf“⁹⁴ betreiben und sich dabei auf Generationen von *rechtspolitisch* arbeitenden Gelehrten beru-

⁹² M. Pawlik, Vom Nutzen der Philosophie für die Allgemeine Verbrechenslehre, GA 2014, 369, 372.

⁹³ Siehe dazu C. Moes, Wenn Juristen zu Politikern werden, FAZ v. 9.2.2022, abrufbar unter <https://www.faz.net/aktuell/politik/wie-juristen-zu-politikern-werden-17791965.html>.

⁹⁴ Moes (Fn. 93).

fen,⁹⁵ wenn gewisse Mindeststandards gewährleistet sind. Neben der bereits erwähnten Notwendigkeit, dogmatische Texte zur Auslegung des geltenden Rechts von rechtspolitischen Forderungen, interessengeleiteten Policy-Papieren oder bezahlten Rechtsgutachten deutlich sichtbar abzugrenzen, gehört zu den Essentialia jeder rechtswissenschaftlichen Arbeit, dass ein Auslegungsvorschlag bzw. eine rechtspolitische Forderung mit Gründen unterlegt wird, die nach den Maßstäben der Strafrechtswissenschaft als rational gelten können. Strafrechtswissenschaftler können sich also ehrbaren Zielen wie dem Klimaschutz verschreiben und in diesem Geiste Texte verfassen. Als Angehörige einer Wissenschaft müssen sie aber normative oder empirische Argumente für ihre Auffassung unterbreiten. Wer hingegen mit der Präferenz für ein politisches Ziel argumentiert oder seiner individuellen Überzeugung Ausdruck verleiht, schreibt als Bürger, nicht als Wissenschaftler. Wird diese Grenze verwischt, droht ein Ansehensverlust, den sich die Wissenschaft insgesamt nicht leisten kann.

VII. Fazit

Der Versuch der Rechtfertigung des zivilen Ungehorsams führt zu einer – von manchen angestrebten, von anderen hingenommenen – Politisierung der Strafrechtsanwendung. Vor dieser ist eindringlich zu warnen. Das symbolisch wirkmächtigste und faktisch schärfste Schwert im staatlichen Arsenal des Rechts darf nicht zu einem Ort politischer Deutungskämpfe werden. Dies ist vor allem denjenigen gegenüber in Erinnerung zu rufen, die für die Durchsetzung des Rechts zuständig sind: Richtern. Missachten sie die Vorgaben der Dogmatik, verkennen sie nicht nur die Funktion des Strafrechts, sondern verfehlen auch ihre eigene Rolle, die ihnen im Rechtsstaat zukommt. Demgegenüber ist mit der strafrechtlichen Bewertung von Protestaktionen der Stab über Protestierer, die zivilen Ungehorsam üben, noch nicht gebrochen. So wie es die dogmatischen Strukturen des Notstandsrechts nicht zulassen, politische Ziele ungebrochen ins Rechtliche zu transponieren und den zivilen Ungehorsam rechtlich zu nobilitieren, so ist der zivile Ungehorsam zu komplex, als dass er sich allein mit dem Instrumentarium des Strafrechts angemessen bewerten ließe. Denn das Strafrecht kennt – wie das Recht insgesamt – nur die binäre Unterscheidung von rechtmäßig und rechtswidrig (und fügt dieser noch die Kategorie der Schuld als persönliche Vorwerfbarkeit hinzu). In der Gesellschaft aber ist die rechtliche Bewertung einer Handlung nur eine unter vielen Möglichkeiten der

⁹⁵ Siehe etwa zu Franz von Liszt, einem der an der Schnittstelle von Politik und Wissenschaft arbeitenden „Mandarine“ der deutschen Rechtswissenschaft des Kaiserreichs, A. Koch, Der unbekannte Franz von Liszt (02.03.1851–21.06.1919) – Schlaglichter auf das Spätwerk anlässlich des 100. Todestages, ZStW 131 (2019), 451 ff.

Bewertung. Daher kann man Aktionen des zivilen Ungehorsams auch dann für *moralisch* gerechtfertigt halten, wenn man sie rechtlich für strafbar erklärt und politisch für unklug erachtet. Eine Rechtspflicht zur Duldung des zivilen Ungehorsams erwächst daraus jedoch weder für den Staat noch den betroffenen Bürger.

Die zivilrechtliche Haftung für zivilen Ungehorsam im Rahmen von Klimaprotesten*

Lenard Patros und Alexander Pollithy

I.	Einleitung.....	217
II.	Haftung nach § 826 BGB	218
	A. Historische Fundierung des § 826 BGB und seine Funktion im System des deutschen Deliktsrechts.....	219
	B. Anwendung des § 826 BGB auf Fälle zivilen Ungehorsams	221
	1. Straßenblockaden.....	221
	2. Rollfeldblockaden.....	226
III.	Haftung nach § 823 Abs. 1 BGB	227
	A. Die Gebrauchsbeeinträchtigung als Eigentumsverletzung	228
	B. Das Recht am eingerichteten und ausgeübten Gewerbebetrieb	230
IV.	Haftung nach § 823 Abs. 2 BGB	234
V.	Rechtswidrigkeit	235
	A. Ziviler Ungehorsam als Rechtfertigungsgrund?	235
	B. Rechtfertigender Notstand	236
	C. Meinungs- und Versammlungsfreiheit.....	237
VI.	Haftungssubjekte.....	239
VII.	Fazit.....	240

I. Einleitung

Ziviler Ungehorsam ist kein neues Phänomen. Bereits namhafte Persönlichkeiten wie *Mahatma Gandhi* oder *Martin Luther King Jr.* wussten um die Macht des illegitimen, aber gewaltfreien Protests, um gesellschaftliche Veränderungsprozesse anzustoßen. Gegenwärtig erleben wir eine vergleichbare Dynamik im Zusammenhang mit Klimaprotesten, im Rahmen derer Aktivisten weltweit auf die sich verschärfende Klimakrise aufmerksam machen und strengere politische Maßnahmen fordern. Dabei hat der zivile Ungehorsam in diesem Kontext jüngst eine bemerkenswerte Entwicklung erfahren. Was mit den von *Greta Thunberg* angestoßenen *Fridays for Future*-Demonstrationen begonnen hat,

* Der Beitrag vertieft Fragen, denen sich die Autoren bereits in ihrem Aufsatz „Zivilrechtliche Haftungsfolgen von Sitzblockaden zu Protestzwecken – welche Verantwortung trifft die Klimaaktivisten?“, NJOZ 2023, 1, gewidmet haben. Alle Internetquellen wurden zuletzt abgerufen am 14.4.2024.

eskaliert nunmehr in radikaleren Protestformen etwa der „Letzten Generation“, die insbesondere mit Straßen- und Flughafenblockaden Aufsehen zu erregen sucht. Wenig überraschend ist diese Dynamik vor Kritik nicht gefeit, sei es seitens der Bundesregierung, der Mehrheit der Gesellschaft oder nunmehr auch aus den Reihen der Klimaaktivisten selbst.¹ Die Protestaktionen beschäftigen inzwischen aus rechtlicher Perspektive auch die Justiz. Dabei drängt sich vermehrt die Frage auf, ob die Protestierenden neben strafrechtlichen auch zivilrechtliche Konsequenzen treffen können.

Der nachfolgende Beitrag zielt darauf ab, die deliktische Verantwortlichkeit von Einzelpersonen, die sich am zivilen Ungehorsam im Rahmen von Klimaprotesten beteiligen, sowie die der „Letzten Generation“ im Ganzen zu beleuchten. Dabei werden die jeweils in Betracht kommenden Ansprüche der Geschädigten – differenziert nach den verschiedenen Protestformen – einer eingehenden Analyse unterzogen. Die Bedeutung einer solchen Analyse zeigt sich schon daran, dass immer mehr Privatakteure ankündigen, ihre teilweise in die Millionenhöhe gehenden Schäden gerichtlich geltend machen zu wollen.²

II. Haftung nach § 826 BGB

Vor den beiden Haftungstatbeständen des § 823 BGB wird nachfolgend zunächst die Vorschrift des § 826 BGB auf ihre Einschlägigkeit hin überprüft. Denn § 826 BGB ist gegenüber den Tatbeständen des § 823 BGB insoweit vorteilhaft konzipiert, als er auf Tatbestandsebene anders als § 823 Abs. 1 BGB nicht auf bestimmte absolut geschützte Rechte begrenzt ist, sondern auch den bloßen Vermögensschaden ersatzfähig stellt.³ Auf dem Ersatz solcher Schäden liegt in den Fällen von Straßen- und Rollfeldblockaden der Schwerpunkt des klägerseitigen Interesses. Zudem bedarf es im Rahmen des § 826 BGB keiner zusätzlichen Schutzgesetzverletzung, wie dies bei § 823 Abs. 2 BGB erforderlich ist. § 826 BGB nimmt für die diesem Beitrag zugrundeliegenden Sachverhaltskonstellationen daher eine besonders zentrale Stellung ein. Gleichwohl werden im zweiten Teil des Beitrags auch die Tatbestände des § 823 Abs. 1 und Abs. 2 BGB näher beleuchtet: einerseits für den Fall, dass § 826 BGB nicht zur Ersatzfähigkeit entstandener Schäden führt, andererseits deshalb, weil die sich im Rahmen des § 823 BGB eröffnenden Problemkreise nicht minder diskussionswürdig sind.

¹ www.tagesschau.de/inland/gesellschaft/neubauer-kritik-letzte-generation-100.html.

² Vgl. nur www.zeit.de/politik/deutschland/2023-07/letzte-generation-blockade-flughafen-klage-fluglinien-eurowings-condor-und-tuifly.

³ C. Förster, in: Beck'scher Online-Kommentar BGB (67. Ed.), § 826 Rn. 1; C. Kern, in: Jauernig. Bürgerliches Gesetzbuch (19. Aufl., 2023), § 826 Rn. 1.

Weil § 826 BGB als besonders scharfes Schwert des deutschen Deliktsrechts aufgefasst werden kann, wird im Folgenden im Wege einer historischen Auslegung der Vorschrift zunächst aufgezeigt, warum ihre Anwendung auf die jüngsten Fälle zivilen Ungehorsams angebracht und die Einordnung des Protestverhaltens als gegen die guten Sitten verstößend nicht überzogen ist. Dafür wird der rechtshistorische Ursprung des § 826 BGB, seine Einbettung in das System des Deliktsrechts sowie seine originäre Zielsetzung untersucht. Sodann schließt sich die inhaltliche Untersuchung des § 826 BGB im Hinblick auf Straßen- und Rollfeldblockaden an.

A. Historische Fundierung des § 826 BGB und seine Funktion im System des deutschen Deliktsrechts

Die grundsätzliche Zielsetzung des Deliktsrechts ist es, begangenes Unrecht durch die Gewährung privatrechtlichen Schadensersatzes zu kompensieren und dadurch die infolge der unrechtmäßigen Handlung entstandene Konfliktlage zwischen Schädiger und Geschädigtem zu befriedigen.⁴ So soll insbesondere verhindert werden, dass der Geschädigte aus Vergeltungsmotiven in die Selbstjustiz getrieben wird. Allein die Pflicht zur Ersatzleistung bildet den kompensatorischen Charakter des Deliktsrechts jedoch nicht vollständig ab; vielmehr ist der Zubilligung eines deliktischen Schadensersatzanspruchs stets ergänzend ein „Urteilsspruch“ über den Schädiger inhärent, der neben der monetären eine weitere Dimension der Kompensationswirkung des Deliktsrechts, nämlich eine moralische, begründet. Hierin zeigt sich auch die inhaltliche Nähe des Deliktsrechts zum Strafrecht. Als Ausdruck der *iustitia commutativa* soll das Deliktsrecht mithin einen monetären wie moralischen Ausgleich für Schäden schaffen, die infolge unrechtmäßiger Handlung im Rechtskreis eines anderen hervorgerufen wurden.

§ 826 BGB erfüllt dabei nach dem Willen des historischen Gesetzgebers den Zweck, die vorbezeichnete deliktische Haftung auszufüllen, indem er „eine wichtige, durch die Bedürfnisse des Verkehrs gebotene Erweiterung“⁵ des sachlichen Anwendungsbereichs des Deliktsrechts vornimmt.⁶ Die Vorschrift bildet eine der drei Grundsäulen der deliktischen Generalklausel, wie sie im ersten Entwurf eines Bürgerlichen Gesetzbuches – angelehnt an das französische Recht – vorgesehen war. Von einer unerlaubten Handlung im deliktischen Sinne sollte danach bei einem Verstoß gegen objektives Recht (heute § 823 Abs. 2 BGB), einer Verletzung bestimmter subjektiver Rechte (§ 823 Abs. 1

⁴ Hierzu und zum Folgenden G. Schiemann, in: Historisch-kritischer Kommentar zum BGB, Bd. III/2 (2013), §§ 823–830, 840, 842–853 Rn. 1.

⁵ Denkschrift zum Entwurf eines Bürgerlichen Gesetzbuchs (2. Aufl., 1896), 149.

⁶ H-P. Benöhr, Die Redaktion der Paragraphen 823 und 826 BGB, in: R. Zimmermann (Hrsg.), Rechtsgeschichte und Privatrechtsdogmatik (1999), 499, 515; vgl. auch G. Wagner, in: Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, Bd. 7 (8. Aufl., 2020), § 826 Rn. 1.

BGB) sowie einem Verstoß gegen das allgemeine Loyalitätsgebot, mit anderen Worten also bei einer Handlung wider die guten Sitten die Rede sein.⁷ In der Erstkonzeption war die deliktische sittenwidrige Schädigung dabei losgelöst von dem heute kodifizierten Vorsatzerfordernis. Dieses wurde erst durch die Vorkommission des Reichsjustizamtes mit der Begründung eingeführt, dass dies der „in Theorie und Praxis herrschenden Ansicht“ entspreche.⁸ Aus dem anfänglichen Fehlen des Verschuldenspostulats wird aber jedenfalls deutlich, dass das zentrale Kriterium der Haftungserweiterung dasjenige der Sittenwidrigkeit sein sollte. Im Kern war dem historischen Gesetzgeber daran gelegen, auch solche Handlungen einer deliktischen Haftung zu unterwerfen, die dem Grundsatz nach zwar allgemein erlaubt sind, aber in schadensbegründender Weise gegen die guten Sitten verstoßen.⁹

Durch seine generalklauselartige Formulierung gibt § 826 BGB dem deutschen Deliktsrecht eine sehr offene Prägung. In ebendieser Offenheit liegt dabei für die Rechtsprechung seit jeher die Chance begründet, dem Wirken der individualistischen Gesellschaft dort Grenzen zu setzen, wo das Ausnutzen des dieser immanenten freien Entfaltungspotentials mit der auf normativ-generellen Maßstäben basierenden Sozialadäquanz nicht in Einklang zu bringen ist.¹⁰ Insbesondere der unbestimmte Rechtsbegriff der Sittenwidrigkeit ist Einfallstor dafür, orientiert an objektiven moralischen Wertvorstellungen ein unerwünschtes Verhalten zu unterbinden und so die Rechtsordnung fortzugestalten. Dem § 826 BGB kommt mithin eine Entwicklungsfunktion zu, deren Ausfüllung zugleich stets einen Regelungsauftrag an den Gesetzgeber aussendet.¹¹

Nimmt man die vorstehende Entwicklungsfunktion in den Blick, so ist es zwingend, jedwedes (gesamt-)gesellschaftlich aufkeimende und Schäden verursachende Phänomen am Maßstab des § 826 BGB zu messen und dann, wenn insoweit ein Verstoß gegen die guten Sitten anzunehmen ist, die deliktische Haftung zur Anwendung zu bringen. Wie die historische Auslegung des § 826 BGB zeigt, ist es mit den gesetzgeberischen Vorstellungen vereinbar, auch die in der Klimaprotestbewegung bedingte Renaissance des zivilen Ungehorsams einer Subsumtion unter die Vorschrift zu unterziehen, wenngleich die Protestierenden genuin einen ehrbaren Zweck verfolgen. Sofern der zivile Ungehör-

⁷ Motive zu dem Entwurfe eines Bürgerlichen Gesetzbuches für das Deutsche Reich, Bd. 2 (1896), 726.

⁸ H.H. Jakobs/W. Schubert, Die Beratung des Bürgerlichen Gesetzbuchs. Recht der Schuldverhältnisse, Bd. 3 (1983), 893.

⁹ Vgl. auch die Formulierung des § 705 BGB-Entwurf I, der die Ersatzpflicht an eine „kraft der allgemeinen Freiheit an sich erlaubte Handlung“ knüpft, „wenn sie einem anderen zum Schaden gereicht und [...] gegen die guten Sitten verstößt“, vgl. MüKo-BGB/Wagner (Fn. 6), § 826 Rn. 1.

¹⁰ HKK/Schiemann (Fn. 4), §§ 823–830, 840, 842–853 Rn. 99.

¹¹ Vgl. zu den von § 826 BGB ausgehenden Impulsen für ein Tätigwerden des Gesetzgebers HKK/Schiemann (Fn. 4), §§ 823–830, 840, 842–853 Rn. 145 ff.

sam gegen die guten Sitten verstößt (und fernerhin vorsätzlich begangen wird), muss eine deliktische Ersatzpflicht begründet werden können. Gleichwohl gilt es zu beachten, dass die Anwendung des § 826 BGB auf die jüngsten Klimaproteste – wie eingangs erwähnt – nicht nur zu der Gewährung von Schadensersatz führt, sondern auch dazu, dass über die Protestierenden ein „Urteil“ in dem Sinne gesprochen wird, dass ihr Handeln mit den sittlichen Grundwerten einer freiheitlich demokratischen Grundordnung unvereinbar ist. Dieser moralischen Dimension sollte sich der Rechtsanwender stets bewusst sein. Denn die maßvolle Rechtsanwendung ist gerade im Rahmen des § 826 BGB Schlüssel zur zukunftsfähigen Ausfüllung der vorbenannten Entwicklungsfunktion des Tatbestands.

B. Anwendung des § 826 BGB auf Fälle zivilen Ungehorsams

Der historischen Auslegung sind nach alledem mehrere Aspekte zu entnehmen, die bei Anwendung des § 826 BGB zwingend Berücksichtigung finden müssen. So zeigt die Entstehungsgeschichte der Vorschrift, dass deren zentrales Tatbestandsmerkmal dasjenige der Sittenwidrigkeit ist, sodass an dieser Stelle eine ganz besondere Sorgfalt in der Prüfung angezeigt ist. Zudem lässt sich der Historie insoweit ein Maßstab für die Anwendung des § 826 BGB entnehmen, als gerade das mit der Bejahung des Tatbestands einhergehende moralische Verdikt über die Schädiger den Rechtsanwender dazu zwingt, sein gefundenes Ergebnis nicht ausschließlich an rechtlichen, sondern auch an moralischen Wertungen auf dessen Vertretbarkeit hin zu überprüfen. Diese moralische Komponente geht dabei im Tatbestandsmerkmal der Sittenwidrigkeit auf.

1. Straßenblockaden

Unter Beachtung der vorstehenden Aspekte ist im Folgenden zunächst zu beurteilen, ob der Tatbestand des § 826 BGB erfüllt ist, wenn sich die Protestierenden auf Straßen festkleben. Dass durch das Protestverhalten Schäden entstehen, liegt dabei auf der Hand. Inwieweit darüber hinaus das Vorliegen von Sittenwidrigkeit und Schädigungsvorsatz anzunehmen ist, ist im Weiteren in der gebotenen Ausführlichkeit Gegenstand der Betrachtung.

Die Frage danach, ob das Festkleben als sittenwidrig im Sinne des § 826 BGB zu bewerten ist, ist im Gleichklang mit der Frage nach der Verwerflichkeit der Protestaktion nach § 240 Abs. 2 StGB zu beantworten.¹² Dafür spricht schon, dass die Begehung einer Straftat nur schwerlich mit dem von der Rechtsprechung bereits in frühen Zeiten bemühten „Anstandsgefühl aller billig und

¹² Dafür auch C. Behme, Haftung fürs Haften – Deliktsrechtliche Verantwortlichkeit der „Letzten Generation“, NJW 2023, 327, 330; T. Lutz, Privatrechtliche Haftung im Zusammenhang mit Klimaaktivismus, JuS 2023, 385, 388.

gerecht Denkenden“¹³ in Einklang zu bringen ist.¹⁴ Das gilt selbst dann, wenn die Straftat einem genuin ehrbaren Zweck zu dienen bestimmt ist, denn da sich die rechtliche Beurteilung einer inhaltlichen Bewertung des verfolgten Zwecks zu enthalten hat, kann allein auf das mit der Protestaktion verfolgte kommunikative Anliegen als solches abgestellt werden, das aber wiederum bereits im Rahmen der Verwerflichkeitsklausel zu berücksichtigen ist. Kommt man daher zu dem Ergebnis, dass ein bestimmtes Verhalten als verwerflich im Sinne des § 240 Abs. 2 StGB einzustufen ist, so geht damit das Vorliegen von Sittenwidrigkeit im Sinne des § 826 BGB einher. Der Gleichlauf zwischen den vorbezeichneten Postulaten lässt sich weiterhin darauf stützen, dass in der Rechtsprechung regelmäßig eine „besondere Verwerflichkeit“ gefordert wird, um ein Verhalten als sittenwidrig zu kategorisieren,¹⁵ womit im Rahmen der § 826 BGB und § 240 Abs. 2 StGB sogar hermeneutisch derselbe Bewertungsmaßstab bemüht wird.¹⁶ Mithin ist es – auch aus Gründen der Praktikabilität – tunlich, zur Beurteilung der Sittenwidrigkeit ebenfalls den verfolgten Zweck eines Verhaltens, das dazu eingesetzte Mittel sowie zuletzt das Verhältnis von Zweck und Mittel zueinander in den Blick zu nehmen.

Betrachtet man nach dem eben Gesagten zunächst den von den Protestierenden verfolgten Zweck, stellt man fest, dass dieser unzweifelhaft als legitim und damit als nicht verwerflich anzusehen ist. Ziel der Protestierenden ist es, auf die Folgen des Klimawandels¹⁷ aufmerksam zu machen, insoweit bestehende politische Missstände anzuprangern und die Entscheidungsträger auf nationaler wie internationaler Ebene zu klimafreundlicherem Handeln zu animieren.¹⁸

Das Mittel zur Erreichung des vorstehenden Zwecks ist für die Protestierenden dabei ziviler Ungehorsam, wie er etwa durch das Festkleben auf öffentlichen Straßen ausgeübt wird. Um insoweit die Verwerflichkeit zu überprüfen, ist zunächst eine grundsätzliche Aussage zu berücksichtigen, die das Bundesverfassungsgericht zu § 240 Abs. 2 StGB getroffen hat. Danach ist im Rahmen der Prüfung der Verwerflichkeit eines in den Anwendungsbereich des Art. 8 GG fallenden Verhaltens stets die konstitutive Bedeutung der Versammlungsfreiheit für die freiheitlich demokratische Grundordnung zu berücksichtigen.¹⁹ Die Gewährleistung des Art. 8 GG streitet dabei im Ausgangspunkt grundsätz-

¹³ RGZ 48, 114, 124; vgl. weiter RGZ 56, 271, 279; RGZ 72, 175, 176; BGHZ 10, 228, 232; BGH, NJW 2020, 1962 Rn. 15.

¹⁴ *Behme* (Fn. 12), 330.

¹⁵ Vgl. nur BGH, NJW 2014, 1380; NJW 2017, 250, 251 f.; NJW 2020, 1962, 1963.

¹⁶ *Behme* (Fn. 12), 330.

¹⁷ Zur Berücksichtigung von Fernzielen oder zumindest dem Kommunikationszweck als Zwischenziel: *T. Zimmermann/F. Griesar*, Die Strafbarkeit von Straßenblockaden durch Klimaaktivisten gem. § 240 StGB, JuS 2023, 401, 406 ff. m.w.N.

¹⁸ Vgl. den offenen Brief der „Letzten Generation“ an die Bundesregierung v. 3.6.2022: <https://letztegeneration.de/blog/2022/06/offener-brief-an-die-bundesregierung/>.

¹⁹ BVerfG, NJW 2002, 1031, 1033 f.; zur Bedeutung des Art. 8 GG: BVerfGE 128, 226, 250.

lich dafür, dass eine sich darauf stützende Protestaktion als mit den guten Sitten vereinbar anzusehen ist, doch ändert sich dies dann, wenn durch den Protest über Gebühr in Rechte Dritter eingegriffen wird. Aus diesem Grund ist die Schwere der Eingriffe in die Rechte protestbetroffener Dritter zu untersuchen, die mit dem Festkleben der Protestierenden auf öffentlichen Straßen einhergehen. Dabei wird sich zeigen, dass sich – auch wenn die Prüfung der Verwerflichkeit im Grundsatz streng einzelfallbezogen unter Berücksichtigung aller konkreten Umstände zu erfolgen hat – aufgrund der Typizität des Protestverhaltens eine starke Tendenz dahingehend herausbildet, bereits das angewendete Mittel als verwerflich anzusehen.

Zwar gibt es einige wenige Aspekte, die gegen eine Verwerflichkeit des Mittels sprechen. So sinkt die Schwere des Rechtseingriffs dann, wenn der Protest in besonderer Weise professionalisiert ist, er etwa vorher angekündigt wurde, hinreichende Sicherheitsvorkehrungen getroffen wurden oder nur solche Straßen bestreikt werden, auf denen kein hohes Verkehrsaufkommen zu verzeichnen ist. Denselben Effekt hat es, wenn die protestbedingten Einschränkungen nur von äußerst kurzer Dauer sind, wobei insoweit der Einfluss extrinsischer Faktoren nicht von der Hand zu weisen ist. Vielfach wird die Dauer des Protests davon abhängen, wie schnell die Polizei eine Auflösung herbeiführen kann. Am Ansinnen der Protestierenden, eine möglichst lange Störung zu verursachen, weil so ein Mehr an Aufmerksamkeit für die eigene Sache generiert wird, ändert das jedoch nichts.

Nicht zuletzt aus diesem Grund bleibt es dabei, dass die charakteristische Eigenart des eingesetzten Mittels für das Vorliegen von Verwerflichkeit spricht. Das liegt zum einen daran, dass der Eingriff in die Rechte und Rechtsgüter Dritter schon deshalb eine nicht unbeachtliche Intensität aufweist, weil sich Person und Anzahl der Betroffenen rein willkürlich bestimmt und deren Handlungs- und Fortbewegungsfreiheit mitunter über einen erheblichen Zeitraum eingeschränkt wird, wodurch auf materieller Ebene empfindliche Schäden verursacht werden können. Zum anderen ist in Rechnung zu stellen, dass es den Protestierenden – wie auch schon weiter oben im Rahmen der Protestdauer ausgeführt – gerade darauf ankommt, Dritte zu beeinträchtigen und insoweit Schäden hervorzurufen, denn je eingreifender die Protestaktion in ihrer Wirkung ist, desto mehr Aufmerksamkeit wird für das inhaltliche Petition des Protests generiert.²⁰ Die Schädigung ist mit anderen Worten nicht Endzweck, aber doch notwendiges Zwischenziel des Protestverhaltens,²¹ weswegen den Protestierenden auf Vorsatzebene Absicht anzulasten ist. Bedeutung erlangt

²⁰ Vgl. dazu AG Berlin-Tiergarten, NStZ 2023, 242; M. Heese, Deliktshaftung bei Flughafenblockaden: Wer sich festklebt, haftet!, abrufbar unter www.lto.de/recht/meinung/m/klimaaktivisten-haften-fuer-schaeden-flughafen-blockaden-letzte-generation/.

²¹ Zur Behandlung des notwendigen Zwischenziels im Strafrecht: BGH, NJW 2010, 2672, 2673 f. Rn. 20; vgl. auch D. Sternberg-Lieben/I. Sternberg-Lieben, Vorsatz im Strafrecht, JuS 2012, 976, 977.

dieser Umstand hier deshalb, weil sich der Grad des Verschuldensvorwurfes auf das Merkmal der Verwerflichkeit niederschlägt. Dies ergibt sich schon aus den Protokollen zum Entwurf des BGB. Dort heißt es, dass eine Haftung für lediglich fahrlässiges illoyales Verhalten nicht zu kodifizieren ist, weil darin „kein so schwerer Verstoß gegen die öffentliche Sittlichkeit zu finden [ist], daß der Gesetzgeber einzuschreiten Veranlassung habe“.²² Schon der historische Gesetzgeber hatte mithin vor Augen, dass der Verstoß gegen die guten Sitten umso schwerer wiegt, je gewichtiger der Verschuldensvorwurf an den Schädiger ist. Schließlich spricht für die Verwerflichkeit des Mittels, dass die Aktivisten bewusst Unbeteiligte instrumentalisieren, um Aufmerksamkeit für die eigene Sache zu generieren.²³ Die damit verbundene graduelle Verobjektivierung des Einzelnen stimmt derart bedenklich, dass eine Vereinbarkeit der Klimaproteste in ihrer typischen Ausgestaltung mit dem Anstandsgefühl aller billig und gerecht Denkenden abzulehnen ist. Wenngleich das Kriterium der Verwerflichkeit aufgrund besonderer Umstände des konkreten Einzelfalls in der Theorie anders bewertet werden könnte, ist dafür nach dem vorstehenden jedenfalls ein beachtlicher Begründungsaufwand erforderlich. Das gilt umso mehr, als diejenigen Aspekte, die gerade für die Schwere des Rechtseingriffs und mithin für die Verwerflichkeit des Mittels sprechen, gewissermaßen resistent gegen Besonderheiten des Einzelfalls sind, weil es gerade diese Aspekte sind, die aufgrund ihres fortwährenden Vorliegens das verbindende Momentum zwischen den einzelnen Klimaprotesten darstellen.

Ist der Einzelfall aber dennoch einmal so gelagert, dass auf Ebene des Mittels kein eindeutiges Votum hinsichtlich dessen Verwerflichkeit gesprochen werden kann, kommt es entscheidend darauf an, ob sich aus der Relation von eingesetztem Mittel und verfolgtem Zweck eine Verwerflichkeit ergibt. Insofern kann abermals auf die Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts zu § 240 Abs. 2 StGB zurückgegriffen werden. Das Gericht hält es für notwendig, eine Abwägung des – inhaltlich unbewerteten – kommunikativen Anliegens der Protestierenden mit den kollidierenden Rechten, Rechtsgütern und Interessen Dritter vorzunehmen.²⁴ Dabei stellt es im Rahmen der Zweck-Mittel-Relation unter anderem darauf ab, ob zwischen den in ihrer Fortbewegungsfreiheit beeinträchtigten Personen und dem Protestgegenstand ein Sachbezug gegeben ist (die anderen aufgezählten Abwägungskriterien wurden bereits bei Prüfung der Verwerflichkeit des Mittels berücksichtigt).²⁵ Diesbezüglich lässt sich nicht verleugnen, dass eine gewisse Konnexität zwischen dem Wunsch nach

²² Protokolle der Kommission für die zweite Lesung des Entwurfs des Bürgerlichen Gesetzbuchs, Bd. 2 (1898), 576.

²³ F.-L. Schmidt, Zur Strafbarkeit von Straßenblockaden der „Letzten Generation“ wegen Nötigung und Widerstands gegen Vollstreckungsbeamte, KlimR 2023, 210, 213 m.w.N. aus Rechtsprechung und Literatur.

²⁴ BVerfG, NJW 2002, 1031, 1033 f.

²⁵ BVerfG NJW 2002, 1031, 1034.

Aufmerksamkeit für klimatische Problemstellungen und einer Blockade desjenigen Sektors (Automobilverkehr) besteht, der für jene Probleme jedenfalls mitverantwortlich zeichnet.²⁶ Doch ebenso anerkennungswürdig ist, dass der Verursachungsbeitrag des einzelnen Autofahrers im Hinblick auf die Klimakrise nur von kaum wahrnehmbarer Bedeutung ist. Das stellt den Sachbezug nun deshalb in Abrede, weil nicht ersichtlich ist, warum einzelne Autofahrer ein intensiveres Einwirken auf ihre Rechte und Rechtsgüter zu tolerieren haben als andere, wenn doch beinahe jede alltägliche Verhaltensweise für sich gesehen den Klimawandel befördert.²⁷ Der einzelne Betroffene steht damit einem willkürlich ausgewählten Dritten gleich.²⁸ Mangels hinreichendem Sachbezug ist daher mit der verfassungsgerichtlichen Judikatur davon auszugehen, dass sich im Falle der Straßenblockaden eine Verwerflichkeit (und mithin die Sittenwidrigkeit) auch aus der Relation von Zweck und Mittel ergibt.

Zu dem tatbestandlich ebenfalls erforderlichen Vorsatzvorwurf wurde in der Sache bereits weiter oben ausgeführt. Bezugspunkt des Vorsatzes ist der gesamte haftungsbegründende Tatbestand. Demnach ist auf Seiten des Schädigers nicht nur Kenntnis bezüglich der die Sittenwidrigkeit begründenden Umstände, sondern auch hinsichtlich des kausal eingetreten Schadens erforderlich.²⁹ Eine genaue Vorstellung vom zu erwartenden Kausalverlauf ist dabei allerdings nicht erforderlich.³⁰ Nach Ansicht des Bundesgerichtshofs reicht es aus, wenn „der Schädiger die Richtung, in der sich sein Verhalten zum Schaden anderer auswirken konnte, und die Art des möglicherweise eintretenden Schadens vorausgesehen und [wenigstens] billigend in Kauf genommen hat“.³¹ Bezogen auf den zivilen Ungehorsam der Protestierenden liegt es auf der Hand, dass dann, wenn Dritte durch das Festkleben auf öffentlichen Straßen in einen Verkehrsstau verwickelt und in der Folge für einen nicht unerheblichen Zeitraum in ihrer Fortbewegungsfreiheit eingeschränkt werden, Terminausfälle verursacht werden, die in der unternehmerischen Arbeitswelt zu Umsatzeinbußen führen. Dabei ist es von den Protestierenden im Sinne eines notwendigen Zwischenziels gerade beabsichtigt, die vorhergesehenen Schäden bei den Protestbetroffenen hervorzurufen, denn je größer der angerichtete Schaden ausfällt, desto mehr Aufmerksamkeit wird für die eigenen politischen Forderungen generiert. Dass die Aktivisten die Verursachung von Schäden in ihre Aktionen jedenfalls miteinpreisen, lässt sich auch der Webseite der „Letzten Generation“

²⁶ *Behme*, (Fn. 12), 329, ist insoweit der Ansicht, dass der Zusammenhang allenfalls mittelbarer Natur ist und daher der Verwerflichkeit nur wenig entgegenzusetzen hat.

²⁷ *N. Lund*, Zur Strafbarkeit der Straßenblockaden von Klimaaktivisten, *NStZ* 2023, 198, 200.

²⁸ *Lund* (Fn. 27), 200; nach Ansicht von *T. Fischer*, in: *Fischer. Strafgesetzbuch* (70. Aufl., 2023), § 240 Rn. 47, hat eine solche künstliche Erzeugung eines Sachbezugs sogar ein denunziatorisches Moment.

²⁹ *MüKo-BGB/Wagner* (Fn. 6), § 826 Rn. 26.

³⁰ BGH, *NJW* 1989, 3277, 3279; *NJW* 2004, 446, 448; *NJW* 2004, 3706, 3710.

³¹ BGH, *NJW* 1989, 3277, 3279; jüngst BGH, *NJW* 2020, 1962, 1969 Rn. 61.

entnehmen. Dort wird zu Spenden mit den Worten aufgerufen, die Aktivisten seien bereit, gegen die „Ignoranz und Trägheit der Regierenden [...] *alles zu geben*“.³²

Nach alledem ist das Festkleben der Protestierenden auf öffentlichen Straßen sowohl als vorsätzlich als auch – aufgrund der festgestellten Verwerflichkeit – als sittenwidrig zu bewerten. Kausal durch das Festkleben verursachte Schäden sind mithin auf Grundlage des § 826 BGB zu ersetzen.

2. Rollfeldblockaden

Bei Betrachtung der Rollfeldblockaden zeichnet sich ein ähnliches Bild. All diejenigen Aspekte, die bereits im Rahmen der Straßenblockaden zu den Tatbestandsmerkmalen des § 826 BGB vorgebracht wurden, verfangen auch an dieser Stelle. Betreffend das Kriterium der Verwerflichkeit kommt erschwerend hinzu, dass die Gewährleistung des Art. 8 GG, die weiter oben noch originär für eine Sozialadäquanz des Protestverhaltens gestritten hatte, an dieser Stelle nicht mehr bemüht werden kann. Dies liegt darin begründet, dass die Versammlungsfreiheit Schutz nur für Versammlungen in öffentlichem Kommunikationsraum gewährt, wozu zwar öffentlich zugängliche Bereiche eines Flughafens, nicht aber dessen Rollfelder gehören.³³ Keinen Schutz genießen Versammlungen an Orten, „zu denen der Zugang individuell kontrolliert und nur für einzelne, begrenzte Zwecke gestattet wird“.³⁴ Zudem weist die Blockade eines Rollfeldes gegenüber der Blockade einer Straße eine erhöhte abstrakte Gefährlichkeit auf, und auch die verursachten Auswirkungen haben eine weitaus größere, bisweilen gar internationale Reichweite. Schließlich schlägt zu Buche, dass das Betreten von öffentlichen Straßen, um sie sodann zu blockieren, deutlich näher an ihrem Widmungszweck liegt, als dies bei Rollfeldern der Fall ist: Das Betreten von Straßen ist vom Widmungszweck erfasst, Rollfelder sind dagegen, wie § 12 LuftVG verdeutlicht, besonders zu schützende Sicherheitszonen und damit nicht für das willkürliche Betreten durch Unbefugte vorgesehen. All dies verstärkt die Intensität des Eingriffs in die Rechte und Rechtsgüter der Protestbetroffenen zusätzlich, ohne dass mit Art. 8 GG eine gewichtige verfassungsrechtliche Gewährleistung entgegensteht. An der Verwerflichkeit, insbesondere derjenigen des eingesetzten Mittels, lässt sich daher kaum zweifeln. Wenn schon das Blockieren öffentlicher Straßen als sittenwidrig anzusehen ist, dann muss das nach dem Vorstehenden erst recht für die Blockade von Rollfeldern gelten.

Für infolge der Blockade entstandene Schäden kann daher auf Grundlage des § 826 BGB Schadensersatz verlangt werden. Dass dieses Ergebnis sowohl

³² Vgl. <https://letztegeneration.org>; Betonung wurde von den Verfassern hinzugefügt.

³³ H.D. Jarass, in: Jarass/Pieroth, Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland (17. Aufl., 2022), Art. 8 Rn. 14.

³⁴ BVerfG, NJW 2011, 1201, 1205.

für Straßen- als auch für Rollfeldblockaden angenommen wird, steht schließlich auch im Einklang mit moralischen Maßstäben, wie sie von der historischen Auslegung vorgezeichnet sind. Einer wehrhaften Rechtsordnung muss es möglich sein, dem Verhalten Einzelner dort Grenzen aufzuzeigen, wo derart gravierend in die Rechte und Rechtsgüter Dritter eingegriffen wird, dass selbst grundrechtliche Gewährleistungen wie die Versammlungsfreiheit – wenn sie denn einschlägig sind – dahinter zurückstehen müssen. Das mit der Zubilligung von Schadensersatz auf Grundlage des § 826 BGB über die Protestierenden gesprochene „Urteil“ ist vor diesem Hintergrund keineswegs überzogen, sondern vielmehr zwingend angebracht.

III. Haftung nach § 823 Abs. 1 BGB

Neben § 826 BGB begründet auch § 823 Abs. 1 BGB in vielen Fällen eine Ersatzpflicht der Protestierenden. Wie eingangs bereits erwähnt, hält sich die praktische Relevanz dieser Vorschrift jedoch in Grenzen, wenn zugleich die Voraussetzungen für eine Haftung nach § 826 BGB erfüllt sind, ersetzt dieser doch auch alle entstandenen Schäden und dabei vor allem diejenigen, die allein das Vermögen der Geschädigten betreffen. Gerade letzteres wird bei § 823 Abs. 1 BGB nicht der Fall sein.

Die Vorschrift deckt dafür eine Vielzahl anderer Schadensbilder ab, die im Rahmen der Klimaproteste hervorgerufen werden. So ist § 823 Abs. 1 BGB dann einschlägig, wenn die Protestierenden das Eigentum Dritter beschädigen, wie dies etwa dann der Fall ist, wenn Denkmäler, Flugzeuge oder Gemälde mit wasserfester Farbe beschmiert werden. Dasselbe gilt, wenn Dritte infolge protestbedingter Staus Schäden an Körper und Gesundheit erleiden, sei es durch unmittelbare Einwirkung der Protestierenden oder mittelbar dadurch, dass notwendige medizinische Hilfe sie nicht rechtzeitig erreicht. Dabei steht einer Haftung auch nicht der zwischen Rechtsgutsverletzung und Verletzungshandlung erforderliche Kausalzusammenhang entgegen. Zwar sind Verkehrsstaus grundsätzlich dem allgemeinen Lebensrisiko zuzuordnen, doch kann das nicht mehr gelten, wenn der Stau sich nicht aufgrund von dem Straßenverkehr allgemein inhärenten Gefahren bildet, sondern aktiv durch verkehrsexternes Verhalten provoziert wird.³⁵ Dass infolge der Proteste darüber hinaus auch eine Verletzung des berechtigten Besitzes Dritter, etwa an den im Stau stehenden Autos, verursacht wird, ist regelmäßig zu verneinen. Grund dafür ist, dass die

³⁵ Dabei reicht es schon aus, wenn das allgemeine Lebensrisiko infolge des Festklebens auf der Straße nur erhöht wird, um in der Folge von der Notwendigkeit einer wertungsmäßigen Korrektur über das Institut des Schutzzwecks der verletzten Sorgfaltsnorm entbunden zu sein, vgl. H. Oetker, in: Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, Bd. 2 (9. Aufl., 2022), § 249 Rn. 195.

tatsächliche Sachherrschaft der Betroffenen nicht vollständig aufgehoben wird.³⁶

Unklar liegen die Dinge allein hinsichtlich zweier Aspekte: Zum einen betrifft dies die Frage danach, ob die im Rahmen der Proteste bestreikten Sachen derart intensiv in ihrer Gebrauchsmöglichkeit beeinträchtigt werden, dass von einer Eigentumsverletzung die Rede sein kann. Zum anderen erscheint es nicht unzweifelhaft, ob infolge der Proteste das Recht Dritter an deren eingerichteten und ausgeübtem Gewerbebetrieb verletzt wird. Den beiden vorstehenden Fragestellungen widmen sich daher die nachfolgenden Ausführungen.

A. Die Gebrauchsbeeinträchtigung als Eigentumsverletzung

In einigen Konstellationen steht die Beeinträchtigung des Gebrauchs einer Sache einer Eigentumsverletzung gleich, nämlich dann, wenn die Sache selbst jeder (und nicht nur einer vom Eigentümer beabsichtigten) Nutzung entzogen wird.³⁷ Notwendig dafür ist die Überschreitung einer gewissen Erheblichkeitsschwelle, die es rechtfertigt, die Gebrauchsentziehung einer Sachentziehung gleichzustellen.³⁸ Beurteilungskriterien für eine hinreichende Intensität der Beeinträchtigung sind insbesondere zeitliche Komponenten,³⁹ die Möglichkeit einer Alternativnutzung⁴⁰ sowie der konkrete Umfang der Einschränkung.⁴¹ Dabei ist eine wertende Betrachtung der Umstände des Einzelfalls vorzunehmen, die insbesondere die Verkehrsanschauung hinsichtlich der zu erwartenden Nutzungsweise der betroffenen Sache miteinbezieht.

In der vorstehenden Weise qualifizierte Gebrauchsbeeinträchtigungen werden bei Blockaden im allgemeinen Straßenverkehr sowie auf Rollfeldern in Betracht gezogen. Die im Stau stehenden Fahrzeuge können zwar nicht mehr uneingeschränkt als Transportmittel verwendet werden, doch geht diese Einschränkung nicht über das Maß hinaus, welches Straßenverkehrsteilnehmer auch bei anderen Verkehrsstaus zu tragen haben. Der Rechtsprechung lässt sich bislang keine belastbare Aussage darüber entnehmen, ab welcher Zeitspanne die Erheblichkeitsschwelle unter zeitlichen Gesichtspunkten grundsätzlich überschritten ist. Es lassen sich allerdings Tendenzen erkennen. Bei einer Gebrauchsbeeinträchtigung von zwei bis drei Tagen ist deren zeitlicher Umfang als hinreichend intensiv erachtet worden.⁴² Demgegenüber wurde die temporäre Einschränkung der (wirtschaftlichen) Nutzungsmöglichkeit als unerheb-

³⁶ So auch *Lutzi* (Fn. 12), 387.

³⁷ BGH, NJW 1971, 886, 888.

³⁸ OLG Köln, NJOZ 2015, 676, 677.

³⁹ BGH, NJW-RR 2005, 673, 674.

⁴⁰ BGH, NJW 2015, 1174, 1176.

⁴¹ BGH, NJW 1989, 707, 708.

⁴² BGH, NJW-RR 2017, 219 ff.; NJW 1998, 377, 380.

lich eingestuft, als ein Fahrzeug nur einen Tag lang eingesperrt oder nur wenige Stunden an der Weiterfahrt gehindert war.⁴³

Von einer rein zeitlichen Beurteilung der Intensität der Beeinträchtigung ist nur dann abzuweichen, wenn auf die Sache unmittelbar eingewirkt wird.⁴⁴ Dies ist bei Straßenblockaden allerdings erst der Fall, wenn sich die Protestierenden direkt auf ein Fahrzeug kleben. Dem Eigentümer eines Kraftfahrzeugs steht nach alledem kein absolut geschütztes Recht dergestalt zu, sein Fahrzeug ohne jegliche Beeinträchtigungen im öffentlichen Straßenverkehr zu verwenden. Die rechtlich geschützte Gebrauchsmöglichkeit eines Kraftfahrzeugs im allgemeinen Straßenverkehr ist von vornherein nicht derart weit gefasst, dass sie durch einen bloßen Stau verletzt werden könnte.

Ähnliches gilt für die Blockade von Flughafenrollfeldern – und das sowohl hinsichtlich der Flughafenbetreiber als auch hinsichtlich der einzelnen Fluggesellschaften. Die im Eigentum der Flughafenbetreiber stehenden Start- und Landebahnen können zwar für die Dauer des Protests nicht mehr vollumfänglich genutzt werden. Allerdings ist zum einen auch insoweit die Intensität der Gebrauchsbeeinträchtigung unter zeitlichen Gesichtspunkten als nicht über die Maßen erhöht anzusehen. Zum anderen sind die Start- und Landebahnen hinsichtlich ihrer Gebrauchsmöglichkeit in einer Zusammenschau mit den dazugehörigen Flugterminals bzw. dem Flughafengelände als Ganzen zu betrachten, da der Gebrauch des Rollfelds zugleich den des Terminals voraussetzt und die Verkehrsanschauung im Übrigen das Flughafengelände als zusammenhängende Einheit vor Augen hat.⁴⁵ Letzteres ist jedoch sogar bei einer vorübergehenden Blockade aller Start- und Landebahnen noch ausreichend nutzbar für etwa den Check-In der Passagiere, für Zollkontrollen oder für den Betrieb der Flughafengastronomie. Auch das betroffene Rollfeld selbst kann in seinen freien Teilen noch zum Parken, Tanken und Rangieren von Flugzeugen oder zum Transport von Passagieren, Gepäck und Treibstoff genutzt werden.⁴⁶ Vergleichbar mit Fluglotsenstreiks wird damit nicht der vollständige Gebrauch des gesamten Flughafengeländes eingeschränkt; vielmehr werden nur Teile davon im Gebrauch beeinträchtigt.⁴⁷

Schließlich wird auch die Gebrauchsfähigkeit von Flugzeugen der Fluggesellschaften durch die Blockaden der Rollfelder nicht in der notwendigen Erheblichkeit eingeschränkt. So können die sich in der Luft befindenden Flugzeuge, die infolge des Protests an einer Landung am bestreikten Flughafen ge-

⁴³ OLG Köln, NJOZ 2015, 676, 677 f.; BGH, NJW 2004, 356, 358.

⁴⁴ C. Oehler, Die Rechtsprechung des BGH zum Haftpflichtrecht im Straßenverkehr, DAR 2023, 422, 426.

⁴⁵ G. Spindler, in: BeckOGK BGB (Stand: 1.8.2023), § 823 Rn. 137.

⁴⁶ M.-P. Weller/S. Schwemmer/C. Seemann/A. Zimmermann, Zivilrechtliche Fragen und Antworten zu Klimaprotesten, abrufbar unter www.lto.de/recht/hintergruende/h/examens-spezial-teil-i-zivilrecht-klimaproteste/.

⁴⁷ BAG, NZA 2016, 47, 49; siehe auch BGH, NJW 2022, 3789, 3790 m.w.N.

hindert sind, einen anderen Flughafen anfliegen und sind damit in ihrer Gebrauchsmöglichkeit ohnehin nicht beeinträchtigt. Etwas anderes gilt zwar für die sich am bestreikten Flughafen befindenden Flugzeuge. Diese können nicht abheben und sind dadurch in ihrer Mobilität eingeschränkt. Allerdings besteht die Einschränkung nur über einen solch kurzen Zeitraum, dass die eine Eigentumsbeeinträchtigung rechtfertigende Erheblichkeitsschwelle nicht überschritten ist.⁴⁸ Das gilt umso mehr vor dem Hintergrund, als die temporär eingeschränkten Flugzeuge unmittelbar nach Ende der Blockade wieder uneingeschränkt verwendet werden können. Insgesamt stellt die lediglich kurzzeitige Beeinträchtigung der Nutzungsmöglichkeit der Flugzeuge daher noch keine Verletzung des Eigentums an denselben dar.⁴⁹ Unterschiedlich muss die Beurteilung nur dann ausfallen, wenn sich die Protestierenden an einem konkreten Flugzeug festkleben und damit unmittelbar auf dieses einwirken, wodurch die Notwendigkeit einer zeitlichen Erheblichkeit der Gebrauchseinschränkung beseitigt wird.⁵⁰ In diesem Fall entfallen zudem auch alternative Verwendungsmöglichkeiten für das Flugzeug, da es im Vergleich zur bloßen Rollfeldblockade nicht etwa am Terminal betankt, beladen oder gewartet werden kann.

B. Das Recht am eingerichteten und ausgeübten Gewerbebetrieb

Unklar liegen die Dinge des Weiteren dann, wenn es um die Frage geht, ob im Rahmen der Klimaproteste in das Recht Dritter an deren eingerichteten und ausgeübtem Gewerbebetrieb eingegriffen wird. Würde insoweit eine Rechtsverletzung angenommen werden, wäre dies der praktischen Bedeutung des § 823 Abs. 1 BGB in den zugrundeliegenden Protestfällen äußerst zuträglich, denn so ließen sich unter Umständen Vermögensschäden ersetzen, die etwa infolge von Flug- oder Terminausfällen entstehen und die grundsätzlich nur nach § 826 BGB ersatzfähig sind.

Dass § 823 Abs. 1 BGB Vermögensschäden grundsätzlich nicht ersetzt, liegt darin begründet, dass das Vermögen als solches kein nach der Vorschrift absolut geschütztes Rechtsgut darstellt.⁵¹ Reine Vermögensschäden fallen demnach nicht in den Anwendungsbereich des § 823 Abs. 1 BGB. Etwas anderes gilt im Ergebnis nur dann, wenn die Vermögensschäden aus einer Verletzung des Rechts am eingerichteten und ausgeübten Gewerbebetrieb resultieren. Dieses bietet als „sonstiges Recht“ nämlich Schutz für den wirtschaftlichen Wert und damit auch für den vermögensrechtlichen Umfang eines Unternehmens.⁵² Um

⁴⁸ Vgl. OLG Köln, NJOZ 2015, 676, 677 f.; BGH, NJW 2004, 356, 358.

⁴⁹ Vgl. BGH, NJW-RR 2005, 673, 674 m.w.N.

⁵⁰ Vgl. *Oehler* (Fn. 44), 426.

⁵¹ MüKo-BGB/*Wagner* (Fn. 6), § 823 Rn. 242; OLG Düsseldorf, BeckRS 2003, 3180 Rn. 69.

⁵² BGH, NJW 1957, 630, 631; NJW 1966, 1120, 1121; NJW 1971, 605, 606; siehe auch *J. Hager*, in: Staudinger BGB – Buch 2: Recht der Schuldverhältnisse: §§ 823 A-D (2017), § 823 Rn. D2.

einer zu ausufernden Haftung entgegenzuwirken, sind dabei allerdings nur solche Schäden ersatzfähig, die aus einem betriebsbezogenen Eingriff in den Gewerbebetrieb des Dritten folgen, während bloße Belästigungen und sozialadäquate Behinderungen ersatzlos hinzunehmen sind.⁵³ Eine hinreichende Betriebsbezogenheit macht es indes erforderlich, dass sich der Eingriff unmittelbar gegen den Gewerbebetrieb richtet und dessen freie Entfaltung stört.⁵⁴ Zu messen ist dies etwa daran, ob konkrete Geschäftsprozesse, der Kundenkreis oder die bisher hinsichtlich der konkreten wirtschaftlichen Tätigkeit aufgebaute Organisationsstruktur beeinträchtigt werden.⁵⁵ Im Ergebnis ist eine nachhaltig andauernde Störung der unternehmerisch aufgebauten, immateriell vermögenswerten Positionen des Gewerbebetriebs notwendig, um die Vorschrift des § 823 Abs. 1 BGB ausnahmsweise doch heranziehen zu können. Mit Blick auf die Klimaproteste wird im Folgenden abermals zwischen der Blockade öffentlicher Straßen und der Blockade von Flughafenrollfeldern unterschieden. Zudem werden in gebotener Kürze auch andersartige Protestformen in den Blick genommen, durch die etwa Museen, Golfplatz- oder Konzerthallenbetreiber beeinträchtigt werden und bei denen sich ebenso die Frage danach stellt, ob von einer Verletzung des Rechts am eingerichteten und ausgeübten Gewerbebetrieb die Rede sein kann.

Geraten Unternehmer in einen infolge des Festklebens der Protestierenden entstandenen Verkehrsstau, so richtet sich die (artifizuell erzeugte) Einschränkung des Straßenverkehrs in erster Linie nicht unmittelbar gegen die Betriebe der im Stau stehenden Unternehmer, sondern vielmehr gegen die autofahrende Allgemeinheit. Um eine Verletzung des Rechts am eingerichteten und ausgeübten Gewerbebetrieb annehmen zu können, müssten jedoch gerade Rechte und Rechtsgüter des Gewerbetreibenden beeinträchtigt werden, die diesem alleinig zustehen und ihm nicht kurzerhand entzogen werden können.⁵⁶ Die allgemeine, der StVO entsprechende Nutzung öffentlicher Straßen ist jedoch als Gemeingebrauch einzustufen und stellt mithin keine derart exklusive Rechtsposition dar.⁵⁷ Daran ändert sich selbst in solchen Branchen nichts, in denen eine besondere Abhängigkeit vom Straßenverkehr besteht, wie dies etwa im Speditionsgewerbe der Fall ist. Dies zeigt sich paradigmatisch darin, dass der Bundesgerichtshof festgestellt hat, dass die Sperrung einer Wasserstraße nicht unmittelbar den Gewerbebetrieb von Schifffahrttreibenden beeinträchtigt, weil die Schiffbarkeit nicht zu deren Gewerbebetrieb gehört.⁵⁸ Selbst die Beschädigung einer Gleistrasse greift nicht unmittelbar in den Gewerbebetrieb einer

⁵³ BGH, NJW 1985, 1620.

⁵⁴ BGH, GRUR 1959, 282, 283.

⁵⁵ BeckOK BGB/Förster (Fn. 3), § 823 Rn. 181.

⁵⁶ BGH, NJW 1959, 479, 481.

⁵⁷ So auch BGH, NJW 2004, 356, 358; NJW 1977, 2264, 2265.

⁵⁸ BGH, NJW 1971, 886, 888.

Eisenbahngesellschaft ein, da ihr der direkte Bezug zum Unternehmen fehlt.⁵⁹ Etwas anderes kann nur dann gelten, wenn im Fall einer Sitzblockade gezielt der einzelne Zugang zu bestimmten Unternehmen versperrt wird.⁶⁰ Dann nämlich wird keine der Öffentlichkeit gewidmete Straße, sondern vielmehr ein Verkehrsweg blockiert, der die nötige Exklusivität aufweist. Richtet sich der Protest ferner gezielt gegen den an der Zufahrt liegenden Betrieb und nicht lediglich gegen den gesamten klimaschädlichen Wirtschaftszweig, so ist eine Verletzung des Rechts am eingerichteten und ausgeübten Gewerbebetrieb anzunehmen.⁶¹ Ist die voluntative Komponente jedoch nicht wie vorstehend ausgeprägt, ist ein Rechtseingriff mangels Betriebsbezogenheit zu verneinen, da der Protest ebenso gut bei anderen Unternehmen desselben Wirtschaftszweigs durchgeführt werden könnte und er das konkret betroffene Unternehmen rein zufällig trifft.⁶²

Dass dem Grundsatz nach kein Eingriff in das Recht am eingerichteten und ausgeübten Gewerbebetrieb vorliegen wird, gilt gleichermaßen hinsichtlich der von Rollfeldprotesten betroffenen Flughafenbetreiber. Zwar kann der Flughafenbetreiber den Fluggesellschaften die ihnen zugesagten Starts und Landungen ihrer Flugzeuge nicht gewährleisten. Dies hat jedoch keine dauerhaften Auswirkungen, weder auf interne Prozessabläufe noch auf externe Geschäftsbeziehungen oder das Renommee des Flughafens. Nach Beendigung des Protests kann der Flughafenbetreiber ohne Weiteres wie zuvor mit seinem Unternehmen wirtschaften. Die immateriellen vermögenswerten Positionen des Gewerbebetriebs sowie dessen wirtschaftlicher Wert bleiben unverändert.⁶³ Dass im Rahmen der Proteste auch Betriebsinventar (wie etwa Zäune) beschädigt werden, führt dabei nicht zum Vorliegen eines betriebsbezogenen Eingriffs.⁶⁴ Die einzelnen ablösbaren Rechtspositionen eines Unternehmens unterstehen für sich bereits deliktischem Schutz, der nicht durch ein subsidiäres Rahmenrecht⁶⁵ wie das Recht am eingerichteten und ausgeübten Gewerbebetrieb ergänzt werden muss. Des Weiteren richtet sich die Beurteilung der Betriebsbezogenheit auch an dieser Stelle nach der Willensrichtung der Protestierenden. Es stellt sich die Frage, ob die Protestierenden die Behinderung und Schädigung des konkret betroffenen Flughafenbetreibers als primäres Ziel vor Augen haben oder ob dieser nicht vielmehr rein zufällig ausgewählt wurde und stell-

⁵⁹ BGH, NJW-RR 2005, 673, 675.

⁶⁰ BGH, NJW 1969, 1207.

⁶¹ Vgl. zur notwendigen Zielgerichtetheit des Protests BGH, NJW 1972, 1366, 1367; K. Schmidt, Integritätsschutz von Unternehmen nach § 823 BGB, JuS 1993, 985, 989.

⁶² BGH, NJW 1969, 1207, 1208; NJW 1976, 1740, 1741; NJW 1977, 2313, 2314; NJW 1981, 2416.

⁶³ C. Ernst, in: Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, Bd. 8 (9. Aufl., 2023), Vorb. § 903 Rn. 88.

⁶⁴ C. Schramm, Der eingerichtete und ausgeübte Geschäftsbetrieb, GRUR 1973, 75, 76.

⁶⁵ BeckOK BGB/Förster (Fn. 3), § 823 Rn. 191.

vertretend für den gesamten Flugsektor öffentlich an den Pranger gestellt werden soll. Hinsichtlich der Klimaproteste wird – wie auch schon weiter oben im Rahmen der Straßenblockaden ausgeführt – gerade Letzteres der Fall sein. Es kommt den Protestierenden in erster Linie nicht darauf an, den konkret betroffenen Gewerbebetrieb aufgrund dessen Eigenart zu schädigen. Vielmehr wird willkürlich ein Flughafen ausgewählt und über dessen Beeinträchtigung das Ziel verfolgt, die Klimaschädlichkeit der gesamten Branche zu kritisieren. Schließlich kann eine Parallele zu der Fallgruppe der Boykottaufrufe gezogen werden. Hierbei wird die Betriebsbezogenheit nur angenommen, wenn der Handelnde wirtschaftliche Eigeninteressen und nicht lediglich Allgemeininteressen verfolgt.⁶⁶ Nachdem auch das bei den Rollfeldblockaden nicht der Fall ist, scheidet eine Verletzung des Rechts am eingerichteten und ausgeübten Gewerbebetrieb auch an dieser Stelle mangels hinreichender Betriebsbezogenheit aus.

Dasselbe gilt mit Blick auf die von den Blockadeaktionen betroffenen Fluggesellschaften. Einerseits können auch sie unmittelbar nach Beendigung des Protests ohne dauerhafte Beeinträchtigung ihrer Betriebsstrukturen weiterwirtschaften. Andererseits richtet sich der Protest abermals mehr gegen die gesamte Flugbranche als gegen die konkret betroffene Fluggesellschaft. Hinzu kommt, dass es – anders als noch bei Betrachtung der betroffenen Flughafenbetreiber – vom Zufall abhängt, welche Fluggesellschaft in ihrer Betätigung beeinträchtigt wird und in der Folge eine etwaige Rechtsverletzung für sich beanspruchen kann. Schließlich ist die Nutzung eines Flughafenrollfelds nicht Teil des Gewerbebetriebs der Fluggesellschaften.⁶⁷

Nimmt man zuletzt in Kürze noch weitere Formen des Klimaprotests und die davon betroffenen Unternehmer wie etwa Museen, Konzerthallenbetreiber oder Golfplatzinhaber in den Blick, lassen sich trotz der Heterogenität der einzelnen Protestaktionen doch einige gemeinsame Aspekte feststellen. Wie bereits oben thematisiert, reicht es für die Betriebsbezogenheit nicht aus, wenn nur einzelne Gegenstände (Bilderrahmen, Golfloch etc.) beschädigt oder zerstört werden. Vielmehr muss die Verkörperung des Gewerbebetriebs, die nicht bereits in den in § 823 Abs. 1 BGB genannten Rechtsgütern Ausdruck gefunden hat, (dauerhaft) beeinträchtigt werden. Daran wird es in den meisten Fällen jedoch fehlen. Zudem zielen die Protestierenden abermals nicht darauf ab, den konkret betroffenen Gewerbebetrieb aufgrund dessen Eigenart zu schädigen. Vielmehr ist ihnen daran gelegen, durch ihre Aktionen Aufmerksamkeit auf eine größere Sache, namentlich die Missstände in der Klimapolitik zu lenken. Auch deshalb wird das Vorliegen eines betriebsbezogenen Eingriffs regel-

⁶⁶ BGH, NJW 1985, 60, 61 m.w.N.; NJW-RR 2014, 1508 Rn. 24; NJW 2016, 1584 Rn. 23 f.

⁶⁷ Zur vergleichbaren Gleisnutzung, Straßennutzung und Nutzung von Schifffahrtswegen BAG, NZA 2016, 47, 50 m.w.N.

mäßig zu verneinen sein. Allenfalls in Ausnahmekonstellationen können die Dinge einmal anders liegen. Eine solche Konstellation dürfte etwa anzunehmen sein, wenn ein Klimaprotest das Stattfinden eines Konzerts verhindern, das aufgrund seines Planungsaufwands sowie der miteinbezogenen Künstler nur einmalig organisiert werden kann. In diesem Fall wird die Planungs- und Organisationsstruktur des betroffenen Gewerbebetriebs nachhaltig beeinträchtigt, sodass der Rechtseingriff die notwendige Intensität erhält. Ob dadurch der weiterhin fehlende Wille der Protestierenden, zwingend den konkret betroffenen Konzertveranstalter zu schädigen, überwunden werden kann, steht allerdings zu bezweifeln.

Zusammenfassend lässt sich nach alledem festhalten, dass in den Protestfällen mangels Betriebsbezogenheit regelmäßig keine Verletzung des Rechts am eingerichteten und ausgeübten Gewerbebetrieb anzunehmen sein wird. Es bleibt dabei, dass erlittene Vermögensschäden allein über § 826 BGB und nicht über § 823 Abs. 1 BGB ersetzbar sind. Die praktische Bedeutung des § 823 Abs. 1 BGB hält sich im Rahmen der Klimaproteste mithin doch in Grenzen.

IV. Haftung nach § 823 Abs. 2 BGB

Von ebenso überschaubarer praktischer Relevanz ist schließlich der Tatbestand des § 823 Abs. 2 BGB, wenngleich das Verhalten der Protestierenden in den zugrundeliegenden Fällen auch insoweit in Teilen zu einer Haftung führt. Das ist etwa dann der Fall, wenn Dritte infolge der Klimaproteste solche Schäden erleiden, die auf eine Verletzung ihrer körperlichen Integrität oder ihres Eigentums zurückgehen. In diesen Fällen bedingt die Strafbarkeit des Verhaltens nach den Vorschriften des StGB das Vorliegen der notwendigen Schutzgesetzverletzung. Dabei kann sogar dahinstehen, ob den Protestierenden hinsichtlich der Verletzung von Körper und Gesundheit unbeteiligter Dritter ein Vorsatzvorwurf gemacht werden kann, da ihnen jedenfalls Fahrlässigkeit anzulasten sein wird und insoweit mit § 222 StGB und § 229 StGB Schutzgesetze bereitstehen, die fahrlässiges Verhalten tatbestandlich ausreichen lassen.

Besondere Bedeutung käme § 823 Abs. 2 BGB mit Blick auf die zugrundeliegenden Fallkonstellationen jedoch nur dann zu, wenn die Schutzgesetzverletzung in vermögensschützenden Normen zu erblicken wäre. Dann nämlich ließen sich auch die erlittenen Vermögensschäden ersetzen, und das nicht nur bei Vorliegen von vorsätzlichem, sondern unter Umständen auch schon bei rein fahrlässigem Verhalten der Protestierenden.⁶⁸ Darin läge hinsichtlich der hier behandelten Fallkonstellationen der große Vorteil gegenüber dem eingangs thematisierten Tatbestand des § 826 BGB, der ebenfalls bloße Vermögensschäden ersetzt. Allerdings wird sich dieser Vorteil aus zwei Gründen nicht reali-

⁶⁸ BeckOK BGB/Förster (Fn. 3), § 823 Rn. 267.

sieren. Zum einen deshalb, weil in den zugrundeliegenden Fällen die Verletzung vermögens- und zugleich individualschützender Normen nicht ersichtlich ist und es damit bereits an einer qualifizierten Schutzgesetzverletzung dergestalt fehlt, dass sie zum Ersatz bloßer Vermögensschäden führen würde. Zum anderen haben die obenstehenden Ausführungen zu § 826 BGB gezeigt, dass den Protestierenden hinsichtlich der Verursachung von Vermögensschäden Dritter Vorsatz in Form von *dolus directus* ersten Grades anzulasten ist, weil mit zunehmender Höhe des verursachten Schadens eine größere Aufmerksamkeit für die eigene Sache einhergeht, die ja gerade Ziel der Protestierenden ist. Auf die verminderten Anforderungen, die § 823 Abs. 2 BGB unter Umständen in subjektiver Hinsicht stellt, kommt es mithin nicht an.

V. Rechtswidrigkeit

Zuletzt scheitert eine Haftung der Protestierenden auch nicht daran, dass ihr Handeln als gerechtfertigt angesehen werden könnte. Während die Rechtswidrigkeit des Protestverhaltens nach den obenstehenden Ausführungen zu dessen Tatbestandsmäßigkeit nach der Lehre vom Erfolgsunrecht grundsätzlich indiziert ist,⁶⁹ wäre sie dann, wenn ausnahmsweise doch einmal eine Verletzung des Rechts am eingerichteten und ausgeübten Gewerbebetrieb nach § 823 Abs. 1 BGB vorliegt, im Rahmen einer Güterabwägung positiv festzustellen.⁷⁰ Nachfolgend werden die in Betracht kommenden Rechtfertigungsgründe im Einzelnen behandelt.

A. Ziviler Ungehorsam als Rechtfertigungsgrund?

Im Allgemeinen berufen sich die Protestierenden darauf, dass sie „zivilen Ungehorsams“ ausüben und ihr Verhalten schon deshalb als mit der Rechtsordnung vereinbar anzusehen sein müsste. Dieser der politischen Rhetorik entstammende Begriff beschreibt den Widerstand des Bürgers gegen (ethisch) für illegitim und fehlerhaft gehaltene staatliche Entscheidungen durch provokativen Protest bis hin zu aufsehererregenden, nicht gewalttätigen Regelverletzungen.⁷¹ Darin ist jedoch kein Rechtfertigungsgrund im Sinne des deutschen Rechtsverständnisses zu erblicken.⁷² Dies folgt im Umkehrschluss schon aus

⁶⁹ BGH, NJW-RR 2016, 588, 589; NJW 1957, 785, 786; H. Sprau, in: Grüneberg, Bürgerliches Gesetzbuch (81. Aufl., 2022), § 823 Rn. 24, 26.

⁷⁰ BeckOGK/Spindler (Fn. 45), § 823 Rn. 78 f.

⁷¹ BVerfG, NJW 1987, 43, 47; der dem Begriffsverständnis zugrundeliegende Widerstand äußert sich dabei vor allem in strafbaren Handlungen, vgl. M. Kubiciel, S. 193, in diesem Band.

⁷² AG Lüneburg, BeckRS 2022, 21534 Rn. 17; OLG Celle, BeckRS 2022, 21494 Rn. 9 ff.; T. Rönnau, Grundwissen – Strafrecht: Klimaaktivismus und ziviler Ungehorsam,

Art. 20 Abs. 4 GG, dessen Voraussetzungen in den zugrundeliegenden Fällen gerade nicht vorliegen, da keine Gefahr für die verfassungsmäßige Ordnung vorliegt, wenn ein rechtsstaatlicher demokratischer Dialog noch möglich ist und dieser allein durch das Verhalten der Protestierenden gefährdet wird.⁷³ Zivilen Ungehorsam als Rechtfertigungsgrund anzuerkennen, widerspräche demokratischen Grundprinzipien und würde darüber hinaus den allgemeinen Rechtsfrieden gefährden.⁷⁴ Zudem würde so ein Teufelskreis begründet, welcher der Protestform ihr aufsehererregendes Element entzöge, das der Sache nach schon im Wort „Ungehorsam“ zwangsläufig angelegt ist.

B. Rechtfertigender Notstand

Weiter wird das Verhalten der Protestierenden bisweilen unter Hinweis auf § 34 StGB zu rechtfertigen versucht.⁷⁵ Der aus dem Strafrecht geläufige Rechtfertigungsgrund⁷⁶ ist dabei grundsätzlich auch im Zivilrecht anwendbar.⁷⁷ Allerdings scheitert die Anwendung des rechtfertigenden Notstands in den diesem Beitrag zugrundeliegenden Fällen jedenfalls an den Voraussetzungen der Notstandshandlung.⁷⁸ Die Proteste sind bereits nicht geeignet, dem Klimawandel entgegenzuwirken, da die Chance zur Gefahrenabwehr nicht oder allenfalls kaum messbar erhöht wird bzw. die klimaschädliche Gesamtsituation in den Blockadefällen sogar verschlimmert wird, wenn Autos und Flugzeuge im Stand unnötig CO₂ ausstoßen. Zudem schaden die Protestaktionen der gesellschaftlichen Sympathie für Klimaschutzmaßnahmen, sodass dem Voranschreiten des Klimawandels nicht entgegengewirkt wird. Etwas anderes gilt auch nicht mit Blick auf etwaige Reaktionen in der klimapolitischen Ausrichtung. Im Status quo ist es rein spekulativ, eine Korrelation zwischen den Protesten und einer effektiven CO₂-Reduktion durch eine mögliche Verschärfung der Klimapolitik anzunehmen, die aufgrund des kreierte politischen Drucks provoziert würde.⁷⁹ Darüber hinaus sind die Klimaproteste in ihrer illegitimen

JuS 2023, 112, 113; (in Teilen) a.A. R. Dreier, Widerstand und ziviler Ungehorsam im Rechtsstaat, in: P. Glotz (Hrsg.), Ziviler Ungehorsam im Rechtsstaat (1983), 54 ff.; R. Celikates, System Change, Not Climate Change? Ziviler Ungehorsam im Zeichen der Klimakatastrophe, APuZ 2022, 9, 11 ff.

⁷³ K.-A. Schwarz, Rechtsstaat und ziviler Ungehorsam, NJW 2023, 275, 280.

⁷⁴ Rönnau (Fn. 72), 113; zu weiteren Gefahren der grundsätzlichen Rechtfertigung von zivilem Ungehorsam, insbesondere der Gefahr der Politisierung der Strafrechtsanwendung, Kubiciel, S. 194 f., in diesem Band.

⁷⁵ So jüngst und öffentlichkeitswirksam das AG Lüneburg (KlimR 2023, 25), dessen Urteil nach einer Sprungrevision vom OLG Schleswig (KlimR 2023, 314) aufgehoben wurde.

⁷⁶ Zum jüngsten Schicksal des § 34 StGB als Spielball im Kampf zwischen Strafrechtsdogmatik und politisierter Rechtsanwendung Kubiciel, S. 204 ff., in diesem Band.

⁷⁷ BeckOGK/Spindler (Fn. 45), § 823 Rn. 81; Lutzi (Fn. 12), 390 m.w.N.

⁷⁸ Rönnau (Fn. 72), 114.

⁷⁹ OLG Schleswig, KlimR 2023, 314, 317.

Form auch nicht erforderlich im Sinne des § 34 StGB, weil mildere, gleich effektive Mittel zur Gefahrenabwehr bereitstehen. Insoweit lässt sich eine Parallele zu den eingangs erwähnten *Fridays For Future*-Demonstrationen ziehen, die die Bedrohungen durch den Klimawandel gleichermaßen in den Fokus gerückt haben, ohne dabei in die Rechte und Interessen Dritter einzugreifen.

C. Meinungs- und Versammlungsfreiheit

Zuletzt bleibt den Protestierenden allein der Umstand, dass ihr Verhalten in den Schutzbereich der Meinungsfreiheit nach Art. 5 GG und der Versammlungsfreiheit nach Art. 8 GG fällt. Abzustellen ist dabei im Folgenden jedoch nur auf die letztgenannte Vorschrift, weil diese die hier in Frage stehende Art und Weise der kollektiven Meinungskundgabe schützt, während Art. 5 GG den verbleibenden Äußerungsinhalt in den Blick nimmt.⁸⁰

Versammlungen im Sinne des Art. 8 GG können potentiell auch bloße Sitzblockaden sein.⁸¹ Dabei besteht der verfassungsrechtlich gewährleistete Schutz auch dann, wenn die Proteste ausschließlich nonverbale Ausdrucksformen verwenden, bloß Aufsehen erregen oder stören wollen oder nicht angemeldet sind.⁸² Selbst wenn Behinderungen Dritter beabsichtigt oder billigend in Kauf genommen werden, ändert sich daran nichts. Zwar üben die Protestierenden nach dem weiten Gewaltbegriff des Strafrechts und der „Zweite-Reihe“-Rechtsprechung Gewalt im Sinne des § 240 Abs. 1 Alt. 1 StGB aus,⁸³ was dahingehend bedenklich stimmt, dass Art. 8 Abs. 1 GG nur „friedliche“ Versammlungen schützt und eine Versammlung ihren grundrechtlichen Schutz verliert, wenn sie einen gewalttätigen Verlauf nimmt (vgl. §§ 5 Nr. 3, 13 Abs. 1 Nr. 2 VersG).⁸⁴ Allerdings führt die Gewaltausübung im strafrechtlichen Sinne nicht (zwingend) zu einer „unfriedlichen“ Versammlung im Sinne des Art. 8 GG, da der verfassungsrechtliche Friedlichkeitsbegriff weit auszulegen ist.⁸⁵

Die Versammlungsfreiheit ist indes nicht absolut gewährleistet, sondern steht nach dem auf Versammlungen unter freiem Himmel Anwendung findenden Art. 8 Abs. 2 GG unter einem einfachen Gesetzesvorbehalt. Wird die Allgemeinheit durch eine aktive und gezielte Behinderung gestört, um dadurch die Aufmerksamkeit für den eigenen Protest zu steigern, so ist die Versammlung nicht mehr über Art. 8 GG geschützt, weil dann sicherheitsrechtliche Bestimmungen entgegenstehen.⁸⁶ Zwar ist die Behinderung Dritter allein durch die physische Anwesenheit der Demonstrierenden unvermeidbar, doch ist sie auch

⁸⁰ BVerfGE 90, 241, 246.

⁸¹ BVerfG, NJW 2011, 3020, 3022; NJW 2002, 1031; NJW 1993, 581; NJW 1987, 43, 47.

⁸² BVerfG, NJW 2011, 3020, 3022.

⁸³ BGH, NJW 1995, 2643.

⁸⁴ BVerfG, NJW 2011, 3020, 3022; NJW 1993, 581.

⁸⁵ BVerfGE 73, 206, 248; BVerfGE 87, 399, 406.

⁸⁶ BVerfGE 73, 206, 250.

nur insoweit zulässig, als dass sie eine unvermeidbare Nebenfolge der kollektiven Meinungskundgabe darstellt.⁸⁷ So dürfen Versammlungen aufgelöst werden, wenn sie durch gezielte Sitzblockaden den öffentlichen Verkehrsfluss und damit die öffentliche Sicherheit und Ordnung gefährden.

Überträgt man die vorstehenden Überlegungen nun exemplarisch auf die Straßenblockaden der Klimaaktivistinnen und -aktivisten, ergibt sich das Folgende: Durch das Festkleben auf öffentlichen Straßen machen sich die Protestierenden wegen Nötigung gemäß § 240 StGB strafbar.⁸⁸ Dieses strafbare Verhalten wird im Weiteren nicht dadurch legitimiert, dass es gemeinsam mit anderen in Form einer Versammlung stattfindet.⁸⁹ Wie eben beschrieben, kann der Schutz des Art. 8 GG nicht mehr beansprucht werden, wenn durch die Versammlung mehr als bloße sozialadäquate und unvermeidbare Behinderungen als Nebenfolge einer ansonsten rechtmäßigen Demonstration hervorgerufen werden. Demnach kann die Versammlungsfreiheit der Haftung der Protestierenden im Ergebnis nicht entgegengehalten werden – weder derjenigen nach § 826 BGB noch derjenigen nach § 823 BGB.

Das gilt nicht nur für das vorstehende Beispiel der Straßenblockaden, sondern dem Grundsatz nach auch für alle anderen Ausformungen der Klimaproteste, die in diesem Beitrag behandelt wurden. Dabei kommt hinzu, dass das Verhalten der Protestierenden vielfach nicht einmal vom Schutzbereich des Art. 8 GG erfasst wird, weil dieser – wie bereits im Rahmen des § 826 BGB erwähnt – nur solche Versammlungen schützt, die in öffentlichen Kommunikationsräumen stattfinden.⁹⁰ Davon zu unterscheiden sind Orte, „zu denen der Zugang individuell kontrolliert und nur für einzelne begrenzte Zwecke gestattet wird“,⁹¹ wozu etwa Flughafenrollfelder,⁹² aber auch Museen⁹³ und Konzert hallen⁹⁴ zu zählen sind.

⁸⁷ BGH, NJW 1969, 1770, 1773.

⁸⁸ *D.O. Effer-Uhe*, Zivilrechtliche und strafrechtliche Notwehr gegen Nötigungshandlungen trotz fehlender Verwerflichkeit?, NJOZ 2023, 576, 582; *V. Erb*, „Klima-Kleber“ im Spiegel des Strafrechts, NSStZ 2023, 577, 585; a.A. *Zimmermann/Griesar* (Fn. 17), 408.

⁸⁹ BVerfGE 104, 92, 107.

⁹⁰ Jarass/Pieroth/Jarass GG (Fn. 33), Art. 8 Rn. 14.

⁹¹ BVerfGE 128, 226, 253.

⁹² BVerfGE 128, 226, 252 f.; *Behme* (Fn. 12), 331.

⁹³ BVerfGE 128, 226, 251; *O. Depenheuer*, in: Dürig/Herzog/Scholz, Grundgesetz-Kommentar (100. EL, Januar 2023), Art. 8 Rn. 75, 77.

⁹⁴ Zur Versammlungsfreiheit auf Grundstücken Privater: *H. Wendt*, Recht zur Versammlung auf fremdem Eigentum?, NVwZ 2012, 606, 610.

VI. Haftungssubjekte

Nach alledem bleibt abschließend nur die Frage danach offen, wer im konkreten Fall als Anspruchsgegner hinsichtlich der oben angenommenen Schadensersatzansprüche in Betracht kommt. Unstreitig ist, dass die handelnden Einzelpersonen gesamtschuldnerisch nach den §§ 830, 840, 421 BGB haften. Zu den deliktsrechtlich Verantwortlichen gehören dabei nicht nur die vor Ort handelnden Demonstrierenden, sondern gemäß § 830 Abs. 2 BGB auch etwaige Anstifter und Gehilfen.⁹⁵ Ob daneben auch die Gruppierung der „Letzten Generation“ als weiteres Haftungssubjekt hinzutritt, ist hingegen unklar. Das kann nur der Fall sein, wenn der „Letzten Generation“ eine eigene Rechtspersönlichkeit zukäme; diskutiert wird hierbei insbesondere die Rechtsform des nicht rechtsfähigen Vereins im Sinne des § 54 BGB, für deren Vorliegen gute Gründe sprechen.⁹⁶ Das Verhalten der einzelnen zum Protest aufrufenden Vorstandsmitglieder kann dann als organschaftlich ausgeführte schadensersatzbegründende Anstiftungshandlung über § 31 BGB dem Verein zugerechnet werden, sodass dieser in der Folge ebenfalls als Schuldner der tatbestandlich begründeten Ansprüche in Betracht kommt.⁹⁷ Zudem trifft die Gruppierung der „Letzten Generation“ als solche der Vorwurf der Beihilfe nach § 830 Abs. 2 BGB, sofern sie gezielte Öffentlichkeitsarbeit für die vorstehenden Proteste leistet und sich diese selbst zurechnen lassen möchte.⁹⁸ Hat die „Letzte Generation“, beispielsweise durch das Einsammeln von Spenden, ein Vereinsvermögen gebildet, so können Gläubiger in der Folge auf dieses zugreifen,⁹⁹ weswegen es für letztere schon aus Liquiditätsgründen vorteilhaft ist, dass neben die haftenden Einzelpersonen ein weiteres Haftungssubjekt tritt. Einem rechtswirksamen Gründungsakt hinsichtlich des Vereins steht dabei auch nicht zwingend entgegen, dass die „Letzte Generation“ – jedenfalls teilweise – verbotswidrige Zwecke verfolgt.¹⁰⁰

⁹⁵ BGH, NJW 1972, 1366, 1369; NJW 1972, 1571, 1574.

⁹⁶ Vgl. nur die Ausarbeitung der Wissenschaftlichen Dienste des Bundestags zur steuerlichen Behandlung von Initiativen am Beispiel des Bündnisses Letzte Generation, WD 4 – 3000 – 008/23, 10 ff., 31; zudem *Weller/Schwemmer/Seemann/Zimmermann* (Fn. 46).

⁹⁷ Siehe zur analogen Anwendung des § 31 BGB auf nicht konzessionierte Vereine nur *L. Leuschner*, in: Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, Bd. 1 (9. Aufl., 2021), § 31 Rn. 6.

⁹⁸ *MüKo-BGB/Wagner* (Fn. 6), § 830 Rn. 27; LG Aachen, NJW-RR 2007, 89, 90.

⁹⁹ *D. Eckhardt*, in: *NomosKommentar Bürgerliches Gesetzbuch: Allgemeiner Teil*, Bd. 1 (4. Aufl., 2021), § 54 Rn. 16.

¹⁰⁰ *Weller/Schwemmer/Seemann/Zimmermann* (Fn. 46).

VII. Fazit

Die vorstehenden Ausführungen zeigen deutlich, dass das deutsche Deliktsrecht den Klimaprotesten und ihren Auswirkungen wehrhaft gegenübersteht und in der Lage ist, geschädigten Dritten den notwendigen Schutz zu bieten. Von praktisch größter Bedeutung ist dabei der Umstand, dass das Verhalten der Protestierenden regelmäßig als vorsätzliche sittenwidrige Schädigung einzustufen und entstandene Schäden demnach über § 826 BGB zu ersetzen sind. Vorteilhaft ist dabei insbesondere, dass nach der Vorschrift auch bloße Vermögensschäden ersetzbar sind, wie sie in den zugrundeliegenden Sachverhaltskonstellationen mit besonderer Relevanz auftreten. Das ist hier bei § 823 Abs. 1 BGB wie auch bei § 823 Abs. 2 BGB gerade nicht der Fall. Ein Anspruch aus § 823 Abs. 1 BGB steht den Protestbetroffenen nur dann zu, wenn ihre körperliche Integrität oder ihr Eigentum durch Substanzverletzungen beeinträchtigt wurde. In allen anderen Fällen greift die Vorschrift mangels verletzten Rechtsguts nicht (oder nur im Ausnahmefall) ein – sei es, weil die Voraussetzungen für das Vorliegen einer Gebrauchsentziehung nicht erfüllt sind oder weil mangels hinreichender Betriebsbezogenheit kein Eingriff in das Recht am eingerichteten und ausgeübten Gewerbebetrieb gegeben ist. Ähnlich liegen die Dinge bei § 823 Abs. 2 BGB. Zwar verletzen die Protestierenden diverse Rechtsvorschriften, doch dienen diese allesamt nicht dem Vermögensschutz, sodass auch hier nur solche Schäden ersatzfähig sind, die auf Körper- oder Eigentumsverletzungen zurückgehen. Alle Ansprüche richten sich dabei in jedem Fall gesamtschuldnerisch gegen die handelnden Aktivistinnen und Aktivisten. Darüber hinaus muss auch die Gruppierung der „Letzten Generation“ als nicht rechtsfähiger Verein für die verursachten Schäden aufkommen.

Die Rolle der Gerichte in der Klimakrise

Klimaschutz durch globale und europäische Streitbeilegungsorgane?*

Stefan Lorenzmeier

I.	Einführung	243
II.	Das Spannungsfeld von Klimaschutz und internationalen menschenrechtlichen Verbürgungen	246
III.	Verfahren und Entscheidungen vor menschenrechtlichen Streitbeilegungsorganen	249
	A. Die Entscheidung des Kinderrechtsausschusses	249
	1. Die Rechtssache Sacchi	250
	2. Würdigung	251
	B. Klimaverfahren vor dem Europäischen Gerichtshof für Menschenrechte	254
	1. Anwendungsbereich der EMRK: Extraterritoriale Jurisdiktion	255
	2. Opferstatus gemäß Art. 34 EMRK	256
	3. Rechtswegerschöpfung gemäß Art. 35 Abs. 1 EMRK	257
	4. Würdigung	257
	C. Die Entscheidungen des UN-Menschenrechtsausschusses für den Internationalen Pakt über bürgerliche und politische Rechte	258
	1. Die Rechtssache Teitotia	258
	2. Die Rechtssache Billy	259
	3. Würdigung	262
	D. Vergleich der verschiedenen Verfahren	263
	E. Europäischer Gerichtshof	264
	1. Die Klagebefugnis nach Art. 263 Abs. 4 AEUV	265
	2. Schadenersatz nach Art. 340 Abs. 2 AEUV	266
	3. Begründetheit der Klage	267
	4. Würdigung	268
IV.	Schlussfolgerungen	270

I. Einführung

Internationale Klimaklagen, worunter Verfahren verstanden werden, die inhaltlich Fragen zur Auswirkung, Minderung und wissenschaftlichen Analyse

* Alle zitierten Internetquellen wurden am 14.4.2024 zuletzt aufgerufen.

des Klimawandels aufwerfen,¹ werden immer häufiger.² Neben „abstrakten“ Gutachtenverfahren vor internationalen Gerichten³ werden vermehrt konkrete Rechtsverletzungen vor menschenrechtlichen Streitbeilegungsorganen vorgebracht. Insbesondere vor den globalen UN-Menschenrechtsausschüssen,⁴ aber auch vor regionalen Menschenrechtsgerichten⁵ werden entsprechende Verfahren angestrengt. Die vorliegende Untersuchung beschränkt sich dabei auf die europäischen Gerichte.⁶

Der Menschenrechtsschutz auf globaler Ebene wird von mehreren unter der Ägide der Vereinten Nationen verhandelten völkerrechtlichen Verträgen, wie den Internationalen Pakt über bürgerliche und politische Rechte (IPbPR) und dem Übereinkommen über die Rechte des Kindes (Kinderrechtskonvention, KRK), bestimmt, die gemäß Art. 59 Abs. 2 GG durch Übernahme in die deutsche Rechtsordnung im Range eines Bundesgesetzes Wirkung entfalten.⁷

Die Verfahren vor den UN-Menschenrechtsausschüssen sind denen vor dem Europäischen Gerichtshof für Menschenrechte vergleichbar, wobei eine gegenüber gerichtlichen Verfahren deutlich weichere Terminologie verwendet wird.⁸

¹ Vgl. die Definition des Sabin Center for Climate Change Law, Columbia Law School, <http://climatecasechart.com>.

² Dazu *M. Rodi/M. Kalis*, Klimaklagen als Instrument des Klimaschutzes, *KlimR* 2022, 5 ff.; *C. Voigt*, Introduction: Climate Change as a Challenge for Global Governance, Courts and Human Rights, in: W. Kahl/M.-P. Weller (Hrsg.), *Climate Change Litigation* (2022), 2, 3 Rn. 7. Das Sabin Center zählte bis Ende 2022 2180 Fälle vor nationalen und internationalen Streitbeilegungsorganen, siehe UNEP, *Global Climate Litigation Report 2023* (<https://www.unep.org/resources/report/global-climate-litigation-report-2023-status-review>). Eine Darstellung möglicher völkerrechtlicher Foren findet sich bei *M. Payandeh*, The role of courts in climate protection and the separation of powers, in: Kahl/Weller, op.cit., 62, 66 f. Rn. 5. Für menschenrechtliche Verfahren siehe *R. Luporini/A. Savaresi*, International human rights bodies and climate litigation: Don't look up?, *Review of European, Comparative & International Environmental Law* 2023, 267, 268 f.

³ IGH, Request for an Advisory Opinion on the obligations of states in respect of climate change v. 17.4.2023; ISGH, Case No. 31, Request for an Advisory Opinion submitted by the Commission of Small Island States on Climate Change and International Law v. 12.12.2022.

⁴ Siehe dazu unten S. 249 ff. und S. 258 ff.

⁵ Insbesondere die Gutachtenverfahren vor dem Inter-Amerikanischen Menschenrechtsgerichtshof sind hier zu nennen. Von besonderer Relevanz ist das dort anhängige Gutachtenverfahren zu „Climate Emergency and Human Rights“ (www.corteidh.or.cr/docs/opiniones/soc_1_2023.en.pdf), das 2024 beantwortet werden soll.

⁶ Siehe dazu unten S. 254 ff. und S. 264 ff.

⁷ IPbPR: BGBl. 1976 II, 1068; KRK: BGBl. 1992 II, 990. Zu den verschiedenen Theorien und der Rechtswirkung siehe z.B. *R. Streinz*, in: Sachs, *Grundgesetz* (9. Aufl., 2021), Art. 59 Rn. 60 ff.

⁸ *H.-J. Heintze*, in: Ipsen, *Völkerrecht* (7. Aufl., 2019), § 32 Rn. 11. Anstatt von Urteilen wird von „Auffassungen“ oder „Entscheidungen“ gesprochen. Überdies wird anstatt der Beschwerde der Begriff der „Mitteilung“ verwendet und der Beschwerdeführer ist der „Verfasser“.

Die Auffassungen der Ausschüsse beruhen dabei auf den jeweils anwendbaren völkerrechtlichen Verträgen und werden dem beteiligten Staat und der Individualperson mitgeteilt.⁹ Dennoch entfalten sie mangels Möglichkeit der Vollstreckbarkeit und der fehlenden Zwangswirkung keine Urteilswirkung im engeren Sinne. Der Staat wird jedoch gebeten, diese zu befolgen und zukünftige Rechtsverletzungen zu vermeiden und dem Opfer im Falle einer Verletzung Wiedergutmachung zu leisten.¹⁰ Völkerrechtlich ist der betreffende Staat folglich aufgefordert, eine festgestellte Verletzung abzustellen. Inwieweit die obsiegende Einzelperson die Verpflichtung durchsetzen kann, ist letztlich von der jeweiligen nationalen Rechtsordnung abhängig. Generell können die Ausschüsse erst nach der Erschöpfung aller zur Verfügung stehenden innerstaatlichen Rechtsbehelfe, angerufen werden, wozu in Deutschland auch die Verfassungsbeschwerde zählt. In der Folge erreichen nur sehr wenige Verfahren die internationale Ebene und die geltend gemachten Verletzungen liegen oftmals schon längere Zeit zurück.¹¹

Neben ihren Mitteilungen können die UN-Ausschüsse für Menschenrechte „allgemeine Bemerkungen“ zur Menschenrechtssituation erlassen, um den Vertragsstaaten die Erfüllung ihrer Vertragsverpflichtungen zu erleichtern.¹² Relevant für die vorliegende Untersuchung sind insbesondere der *General Comment No. 36 on the Right to Life* des IPbPR-Ausschusses¹³ und der *General Comment No. 26* des Kinderrechtsausschusses zu *Children's Rights and the Environment with a special focus on Climate Change*.¹⁴ Die allgemeinen Bemerkungen sind als besonders zu berücksichtigende Auslegungen des jeweiligen Vertrags zu qualifizieren.¹⁵

Zusätzlich finden sich mehrere Stellungnahmen der UN-Menschenrechtsausschüsse und der Inter-Amerikanischen Menschenrechtskommission zu Fragen von Klimaschutz und Menschenrechten,¹⁶ welche die jeweiligen Einschätzungen zur Problemlage wiedergeben.

⁹ Vgl. Art. 5 Abs. 4 Fakultativprotokoll zum IPbPR, Art. 10 Abs. 5 Fakultativprotokoll zum Übereinkommen über die Rechte des Kindes betreffend ein Mitteilungsverfahren. Siehe C. Tomuschat, Human Rights Committee, in: A. Peters (Hrsg.), Max Planck Encyclopedia of Public International Law (2019), Rn. 13–15, abrufbar unter <https://opil.ouplaw.com/display/10.1093/law:epil/9780199231690/law-9780199231690-e813?rskey=2Yzc0r&result=1&prd=MPIL>.

¹⁰ Heintze (Fn. 8), § 32 Rn. 11. Siehe auch T. Schilling, Internationaler Menschenrechtsschutz (4. Aufl., 2022), Rn. 939; S. Schmahl, Internationale Klimaklagen aufgrund von Menschenrechtsverträgen: sinnvoll oder vergeblich?, JZ 2022, 317, 321.

¹¹ Siehe S. Lorenzmeier, Klimaschutz und Menschenrechte, UWP 2023, 8 ff.

¹² Gemäß zum Beispiel Art. 76, 77 Rules of Procedure des IPbPR.

¹³ Siehe dazu unten Fn. 21.

¹⁴ Siehe dazu unten Fn. 23.

¹⁵ Hierzu S. Lorenzmeier, Völkerrechtswidrigkeit der Einführung von Studienbeiträgen und deren Auswirkung auf die deutsche Rechtsordnung, NVwZ 2006, 759, 760.

¹⁶ Siehe Ausschuss für den Internationalen Pakt über wirtschaftliche, soziale und kulturelle Rechte, „Climate Change and the CESCR“, UN Dok. E/C.12/2018/1 v. 18.10.2018 und

II. Das Spannungsfeld von Klimaschutz und internationalen menschenrechtlichen Verbürgungen

Die menschenrechtlichen Verbürgungen der verschiedenen weltweiten UN-Übereinkommen folgen weitgehend einem individualistischen Ansatz: Der Einzelne soll vor unberechtigten Übergriffen eines Staates in seine Rechtssphäre bewahrt werden.¹⁷ Demgegenüber stellt die Bekämpfung der Auswirkungen des Klimawandels eine kollektive Herausforderung der Staatengemeinschaft dar: Die Ursachen und Herausforderungen sind das Ergebnis eines Zusammenwirkens mehrerer interdependenter Faktoren, für die nicht nur ein Staat verantwortlich ist und die eine globale Reaktion erfordern. Der Klimawandel ist das Ergebnis von Summationseffekten bei multiplen Kausalverläufen. Folglich stellt die Heranziehung von Menschenrechten zur Begrenzung der Auswirkungen des Klimawandels eine Herausforderung für den völkerrechtlichen Menschenrechtsschutz dar. Zur Überbrückung des dargestellten Spannungsfeldes wird seitens der Verfasser der an die UN-Ausschüsse gerichteten schriftlichen Mitteilungen in der Regel vorgebracht, dass die Staaten die individuelle Verantwortung für ihr Handeln oder Unterlassen hinsichtlich klimaschädlichen Verhaltens tragen.¹⁸

In der bislang bestehende Verfahrenspraxis der Ausschüsse wird sich seitens der Verfasser hauptsächlich auf das in den Menschenrechtsübereinkommen verbürgte individuelle Recht auf Leben berufen.¹⁹ Fraglich ist jedoch, ob das Recht auf Leben im Falle des Klimawandels überhaupt einschlägig ist. Der Klimawandel ändert, zum Teil substantiell, die Lebensgrundlagen des Menschen, führt aber wahrscheinlich nicht, zumindest nicht als alleinige Ursache und zum momentanen Zeitpunkt, direkt zum Verlust des Lebens. Die den Auswirkungen des Klimawandels zugrundeliegenden Kausalverläufe sind oftmals

die gemeinsame Stellungnahme der UN-Menschenrechtsausschüsse CEDAW, CESC, CMW, CRC, CRPD, „Human Rights and Climate Change“, UN Dok. HR1/2019/1 v. 14.5.2020. Daneben sind noch die Berichte verschiedener UN-Sonderberichterstatter erwähnenswert, siehe Special Rapporteur on the Right to Food (A/70/287), Special Rapporteur on the Environment (A/HRC/43/53, A/74/161 und A/HRC/40/55), Special Rapporteur on extreme poverty and human rights (A/HRC/41/39) und die Schaffung der Position eines Special Rapporteurs on Climate Change im Jahre 2021 (A/HRC/RES/48/14). Regional hat die Inter-American Commission on Human Rights zusammen mit dem Special Rapporteur for Economic, Social, Cultural and Environmental Rights der IACHR die Resolution 3/21, Climate Emergency: Scope of Inter-American Human Rights am 31.12.2021 angenommen (https://www.oas.org/en/IACHR/jsForm/?File=/en/iachr/media_center/PReleases/2022/045.asp).

¹⁷ Allgemein dazu *B.W. Wegener*, Menschenrecht auf Klimaschutz, NJW 2022, 425. Zum Folgenden auch *Lorenzmeier* (Fn. 11), 8 ff.

¹⁸ Siehe z.B. das Vorbringen bei UN-Kinderrechtsausschuss, *Sacchi et al.*, CRC/C/88/D/107/2019 v. 22.9.2021.

¹⁹ Art. 6 IPbPR, Art. 6 KKR.

überaus komplex und die Auswirkungen stellen eine Akkumulation der einzelnen Emissionen dar, wobei jede einzelne Emission wohl hinweggedacht werden könnte, ohne die Auswirkung als solche zu minimieren. Andererseits ist jede einzelne Emission mitursächlich für jede konkrete Auswirkung. In der Zusammenschau der genannten Aspekte erscheint es nicht einfach, anhand der bestehenden menschenrechtlichen Verbürgungen eine adäquate Antwort auf die durch den Klimawandel geschaffenen Problemlagen zu finden, vor allem, da sie ursprünglich für andere Bedrohungen des menschlichen Lebens geschaffen wurden und die völkerrechtlichen menschenrechtlichen Übereinkommen zur Lösung des Spannungsfelds dynamisch weiter interpretiert werden müssen.²⁰

Im September 2019 erließ der Menschenrechtsausschuss des IPbPR den *General Comment No. 36* hinsichtlich seines Verständnisses des Rechts auf Leben, wie es in Art. 6 IPbPR niedergelegt ist, um den aufgezeigten Schwierigkeiten zu begegnen. Der Ausschuss betonte, dass Art. 6 IPbPR eine an die Vertragsstaaten gerichtete positive Verpflichtung enthalte, das Recht auf Leben zu schützen. Dabei hob er hervor, dass Umweltbeeinträchtigungen und der Klimawandel zu den größten Gefahren des Rechts auf Leben für lebende und zukünftige Generationen zählten. Aus diesem Grund sollten die bestehenden umweltvölkerrechtlichen Verbürgungen wie das Pariser Klimaschutzübereinkommen zur Interpretation („shall inform“) von Art. 6 IPbPR herangezogen werden können. Insbesondere sah der Ausschuss einen Zusammenhang zwischen Umwelt- und Klimaveränderungen und dem Recht auf Leben, namentlich in seiner Ausgestaltung als Recht auf ein würdevolles Leben.²¹ Zu dessen Schutz seien (aktive) staatliche Maßnahmen zum Umweltschutz gegenüber der Verschmutzung durch staatliche und private Akteure geboten.²² Jedoch führte der Ausschuss nicht aus, auf welche Weise umweltvölkerrechtliche Verbürgungen zur Interpretation herangezogen werden könnten.

Im August 2023 veröffentlichte der Kinderrechtsausschuss seine allgemeine Bemerkung Nr. 26 zu Kinderrechten und Umwelt mit einem speziellen Fokus

²⁰ Siehe zur dynamischen Interpretation *W. Heintschel von Heinegg*, in: Ipsen (Fn. 8), § 15 Rn. 21.

²¹ UN-Menschenrechtsausschuss, General Comment No. 36, Rn. 62: „Environmental degradation, climate change and unsustainable development constitute some of the most pressing and serious threats to the ability of present and future generations to enjoy the right to life. The obligations of States parties under international environmental law should thus inform the content of article 6 of the Covenant, and the obligation of States parties to respect and ensure the right to life should also inform their relevant obligations under international environmental law. Implementation of the obligation to respect and ensure the right to life, and in particular life with dignity, depends, inter alia, on measures taken by States parties to preserve the environment and protect it against harm, pollution and climate change caused by public and private actors.“

²² UN-Menschenrechtsausschuss, General Comment No. 36, Rn. 62.

auf den Klimawandel.²³ Hinsichtlich des Klimawandels stellt der Ausschuss fest, dass die Staaten eine aus dem Pariser Klimaschutzübereinkommen folgende menschenrechtliche Verpflichtung trifft, den Klimawandel abzuschwächen.²⁴ Insoweit zieht auch er ausdrücklich einen anderen völkerrechtlichen Vertrag zur Interpretation der KRK heran.

Besondere Bedeutung kommt im vorliegenden Zusammenhang überdies dem Gutachten OC-23/17 zu Umwelt- und Menschenrechten des Inter-Amerikanischen Gerichtshofs für Menschenrechte²⁵ zu, da dort unter anderem die Frage extraterritorialer Ausübung von Hoheitsgewalt bei kollektiv verursachten und grenzüberschreitenden Umweltproblemen vertieft erörtert wird. Zur Erfüllung des Begriffs „Hoheitsgewalt“ rekurriert der Inter-Amerikanische Gerichtshof auch auf die umfangreiche Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs für Menschenrechte zur extraterritorialen Anwendung der Konvention und bestätigt, dass die Ausübung der Hoheitsgewalt nur bei Vorliegen effektiver Kontrolle des jeweiligen Staates gegeben ist.²⁶ In seinem Gutachten untersuchte der Inter-Amerikanische Gerichtshof den Zusammenhang zwischen völkervertragsrechtlichem Umweltrecht und der Ausübung staatlicher Hoheitsgewalt hinsichtlich dadurch evozierter grenzüberschreitender Schäden und gelangte zu der Schlussfolgerung, dass vom Staatsgebiet keine signifikanten Umweltbeeinträchtigungen ausgehen dürfen, was von den Staaten sicherzustellen ist, und die Staaten alles unternehmen müssen, um die ihnen unterstehenden Personen zu schützen. Insbesondere ist nach dem Gutachten das Merkmal der „Hoheitsgewalt“ erfüllt, wenn der entstandene Schaden, gleich wo er eintritt, durch eine Maßnahme bewirkt wird, über die der Staat effektive Kontrolle ausübt.²⁷ Die Zurechnung des Schadens zu einem individuellen Staat findet folglich über das Merkmal der „effektiven Kontrolle“ statt, da der die umweltschädigende Aktivität genehmigende Staat diese auch wieder beenden kann.²⁸ Der Gerichtshof betont dabei, dass für die Beurteilung allein der Effekt des staatlichen Handelns relevant ist, nicht aber dessen Rechtmäßigkeit.²⁹ Diese Ausführungen beziehen sich allerdings auf die Kausalität der Staatenverantwortlichkeit bei Umweltschäden. Das Gutachten enthält keine speziellen Ausführungen zu Summationsschäden bei kollektiv von der Staatengemeinschaft verursachten Kausalverläufen, wie sie typischerweise im Bereich der vom Klimawandel evozierten Umweltveränderungen auftreten, für die ein

²³ Kinderrechtsausschuss, General Comment No. 26 (2023) on children's rights and the environment, with a special focus on climate change, CRC/C/GC/26.

²⁴ Kinderrechtsausschuss, General Comment No. 26 (2023), Rn. 98 lit. b.

²⁵ Inter-American Court of Human Rights (IACHR), Advisory Opinion OC-23/17 v. 15.11.2017, The Environment and Human Rights.

²⁶ IACHR, Gutachten OC-23/17 (Fn. 25), Rn. 81 m.w.N.

²⁷ IACHR, Gutachten OC-23/17 (Fn. 25), Rn. 104.

²⁸ IACHR, Gutachten OC-23/17 (Fn. 25), Rn. 102.

²⁹ IACHR, Gutachten OC-23/17 (Fn. 25), Rn. 103.

Staat nicht allein verantwortlich zeichnet. Erörterungen zu dieser Frage könnten sich im Anfang 2024 erwarteten Gutachten zu *Climate Emergency and Human Rights* des Inter-Amerikanischen Gerichtshofs³⁰ finden.

Ferner haben mehrere menschenrechtliche Vertragsorgane der Vereinten Nationen in einem gemeinsamen *Statement* festgestellt, dass die bereits im Bericht des *Intergovernmental Panel on Climate Change* aus dem Jahr 2018 beschriebenen Folgen des Klimawandels ernsthafte Gefahren für die Gewährleistung verschiedener Menschenrechte, wie das Recht auf Leben, darstellen und staatliche Inaktivität zur Bekämpfung des Klimawandels eine Verletzung völkervertragsrechtlich verbürgter globaler Menschenrechte darstellen könnte.³¹

III. Verfahren und Entscheidungen vor menschenrechtlichen Streitbeilegungsorganen

Im Folgenden werden die anhängigen und bereits entschiedenen Verfahren vor den UN-Menschenrechtsausschüssen und dem Europäischen Gerichtshof für Menschenrechte dargestellt und dahingehend analysiert, inwieweit das bestehende völkerrechtliche Menschenrechtssystem zur Bekämpfung der Folgen des Klimawandels im Rechtsweg herangezogen werden kann.

A. Die Entscheidung des Kinderrechtsausschusses

Die oben bereits dargestellten Gesichtspunkte wurden vom Kinderrechtsausschuss in seiner Entscheidung³² zu Klimaschutz und Kinderrechten aufgegriffen und weiterentwickelt.³³ Mehrere Minderjährige hatten gerügt, dass einige Vertragsstaaten durch unzureichende Klimaschutzmaßnahmen ihr individuelles Recht auf Leben aus Art. 6 KRK verletzen. Art. 6 KRK enthält neben einem

³⁰ Siehe www.corteidh.or.cr/docs/opiniones/soc_12023_en.pdf. Das Gutachten selbst wird im Jahre 2024 erwartet. Relevant dürfte unter anderem sein, ob und inwieweit der Gerichtshof von seinem Gutachten „Environment and Human Rights“ abweichen wird, auf welches der UN-Kinderrechtsausschuss in *Sacchi* (dazu unten S. 250) seinen Spruch gestützt hat.

³¹ Statement on human rights and climate change, UN International Human Rights Instruments, HRI/2019/1 v. 14.5.2020, Rn. 3, 10.

³² Die Entscheidungen des Kinderrechtsausschusses sind terminologisch von denen der UN-Menschenrechtspakte leicht verschieden. Es wird wie bei den UN-Pakten von der „Mitteilung“ gesprochen, statt „Ansicht“ wird jedoch der Begriff der „Entscheidung“ verwendet. Terminologisch leicht anders z.B. die Übersetzung von *G. Reeh*, Kinderrechte verpflichten zum Klimaschutz, *KlimR* 2022, 65 ff.

³³ UN-Kinderrechtsausschuss, *Sacchi et al.*, CRC/C/88/D/107/2019, Entscheidung v. 22.9.2021 (siehe auch *KlimR* 2022, 65 ff.). Das Verfahren wurde u.a. gegen Deutschland eingeleitet.

Abwehrrecht auch eine positive Schutzpflicht, wobei zur Herleitung auf die identische Rechtsverbürgung in Art. 6 IPbPR abgestellt wird.³⁴

1. Die Rechtssache *Sacchi*

Der Ausschuss stellt in seiner Entscheidung fest, dass geschützte Personen dann der Hoheitsgewalt eines anderen Staates unterstehen, wenn in dessen Hoheitsgebiet umweltschädigende Emissionen entstanden sind, der betreffende Staat effektive Kontrolle über diese Emissionen ausübt und ein ursächlicher Zusammenhang zwischen dem Handeln oder Unterlassen dieses Staates und den negativen Auswirkungen auf geschützte Personen besteht.³⁵ Die vernünftige Vorhersehbarkeit des Schadens sei auch bereits im Rahmen der Zulässigkeit einer Mitteilung zu erörtern.³⁶ Dennoch war das Verfahren mangels Erschöpfung des Rechtswegs im Ergebnis unzulässig.

Die den Klimawandel bewirkenden Emissionen und die sich daraus ergebenden Umweltschäden wurden kollektiv von der Staatengemeinschaft und nicht nur individuell vom jeweiligen Mitteilungsgegner verursacht, was für die Verantwortlichkeit des Konventionsstaats vor dem Hintergrund der erforderlichen Kausalität und der extraterritorialen Auswirkungen ein Problem darstellt. Dennoch schließt sich der Kinderrechtsausschuss insoweit der Argumentation der Mitteilungsführer an und bricht unter Berufung auf das Pariser Klimaschutzübereinkommen, welches in Art. 2 Abs. 2 auf den Grundsatz der gemeinsamen, aber unterschiedlichen Verantwortlichkeit rekurriert, die kollektive Verantwortung aller auf die individuellen Beiträge einzelner herunter.³⁷ Begründet wird dies mit dem Vorliegen effektiver regulatorischer Kontrolle der einzelnen Staaten über ihre grenzüberschreitenden CO₂-Emissionen.³⁸ Die Vorhersehbarkeit der Umweltschädlichkeit von CO₂-Emissionen für das Klima folge bereits aus der Ratifikation der UN-Klimaschutzübereinkommen durch einen Staat in Zusammenhang mit anerkannten wissenschaftlichen Erkenntnissen bezüglich der kumulativen Auswirkung von CO₂-Emissionen auf die in der Konvention verbürgten Menschenrechte.³⁹

In einem weiteren Schritt erörterte der Kinderrechtsausschuss den Kausalzusammenhang zwischen der effektiven Kontrolle der Staaten über ihre Emissionen mit dem den Mitteilungsführern drohenden „erheblichen Schaden“.

³⁴ S. Schmahl, Kinderrechtskonvention (2. Aufl., 2017), Art. 6 KRK Rn. 3. Art. 6 IPbPR wird weiter unten analysiert.

³⁵ UN-Kinderrechtsausschuss, *Sacchi et al.* (Fn. 33), Rn. 9.7.

³⁶ UN-Kinderrechtsausschuss, *Sacchi et al.* (Fn. 33), Rn. 9.7.

³⁷ UN-Kinderrechtsausschuss, *Sacchi et al.* (Fn. 33), Rn. 9.8 ff. Die Heranziehung anderer völkerrechtlichen Übereinkommen zur Interpretation eines völkerrechtlichen Vertrages bedarf wegen der fragmentierten Struktur des Völkerrechts besonderer Begründung, siehe Voigt (Fn. 2), 5 Rn. 18 f.

³⁸ UN-Kinderrechtsausschuss, *Sacchi et al.* (Fn. 33), Rn. 9.8 f.

³⁹ UN-Kinderrechtsausschuss, *Sacchi et al.* (Fn. 33), Rn. 9.11.

Unter Bezugnahme auf das oben bereits erwähnte Gutachten des Inter-Amerikanischen Gerichtshofs und dem noch nicht angenommen UN-Übereinkommen über grenzüberschreitende Schäden von gefährlichen Aktivitäten⁴⁰ versteht der Kinderrechtsausschuss einen „erheblichen [,significant‘] Schaden“ als einen Schaden, der mehr als nur ein „nachweisbarer, aber noch nicht schwerer“ Schaden, sei. Der Schaden müsse einen nachweisbaren nachteiligen Effekt auf beispielsweise die menschliche Gesundheit aufweisen und objektiv nachweisbar sein.⁴¹ Im Ergebnis nahm der Kinderrechtsausschuss das Vorliegen der Hoheitsgewalt an, wenn ein Mitgliedstaat effektive Kontrolle über die erhebliche und vorhersehbare Beeinträchtigungen hervorruhenden Emissionen ausübt.

Letztlich sah der Ausschuss auch den Opferstatus der Mitteilungsführer als gegeben an, da sie zumindest *prima facie* geltend gemacht hatten, bereits jetzt an den Folgen des Klimawandels zu leiden.⁴² Intertemporal erkannte der Kinderrechtsausschuss an, dass Kinder von den Folgen des Klimawandels besonders betroffen sein werden, da sich die Effekte des Klimawandels für sie im Laufe ihres Lebens verschlimmern werden.⁴³

2. Würdigung

Die Auffassung des Ausschusses ist die bislang weitgehendste eines internationalen Streitbeilegungsorgans bezüglich des Zusammenhangs von Menschenrechten und Klimaschutz, und die, aufgrund der mangelnden Erschöpfung des Rechtswegs, *obiter dicta* vorgenommenen Ausführungen lassen darauf schließen, dass die Mitteilung auch begründet gewesen wäre.⁴⁴

Die Entscheidung vermag jedoch nicht in jeder Hinsicht rechtlich zu überzeugen. Die Berufung auf den noch nicht rechtsverbindlichen Konventionsentwurf der *International Law Commission* (ILC) überrascht. Aufgabe der ILC ist es zwar, völkerrechtliche Rechtsentwicklungen zu kodifizieren. Der Kinderrechtsausschuss erörtert jedoch nicht die für seine Rechtsauffassung relevante Frage, ob die wiedergegebenen Ausführungen des ILC bereits völkergewohnheitsrechtlich gelten. Dies wäre jedoch für die rechtliche Einordnung erforderlich gewesen. Allerdings erscheinen die Ausführungen des ILC nachvollziehbar, da dem Völkerrecht eine gewohnheitsrechtliche Eingriffsgrenze bei Umweltschäden nicht fremd ist.⁴⁵ Überdies enthält der Konventionsentwurf keine

⁴⁰ International Law Commission, Draft Articles on the Prevention of Transboundary Harm from Hazardous Activities, draft Art. 2, A/56/10, A/56/10 Corr. 1 und A/56/10 Corr. 2, Kap. V.E.2.

⁴¹ UN-Kinderrechtsausschuss, *Sacchi et al.* (Fn. 33), Rn. 9.12.

⁴² Zum Opferstatus nach dem EGMR siehe unten S. 256.

⁴³ UN-Kinderrechtsausschuss, *Sacchi et al.* (Fn. 33), Rn. 9.13.

⁴⁴ Vgl. *Reeh* (Fn. 32), 65, 68.

⁴⁵ Z.B. der *Lac Lanoux*-Fall, UNRIAA, Bd. XII, 281 ff. Hierzu auch *Schmahl* (Fn. 10), 324, die im Ergebnis den Ausführungen des Ausschusses zustimmt.

Regelungen zu der dem Klimawandel innewohnenden besonderen Kausalitätsproblematik; er bezieht sich in der grundlegenden Regelung des Art. 3 ILC-Draft ausschließlich auf klassische Zurechnungsfragen.

Interessant und deutlich relevanter als die Berufung auf den Konventionsentwurf sind die Ausführungen des Ausschusses zur individuellen Verantwortlichkeit der Vertragsstaaten für den kollektiv geschaffenen Klimawandel, da die Berufung auf Menschenrechte für den Klimaschutz aufgrund ihrer individualrechtlichen Ausgestaltung zumindest fraglich erscheint.⁴⁶ Die Bezugnahme des Ausschusses auf die Klimarahmenkonvention und das Pariser Klimaschutzübereinkommen vermag dogmatisch nicht zu verfangen, da beispielsweise die Tätigkeiten Deutschlands zur Verringerung des Emissionsausstoßes soweit ersichtlich bislang völkerrechtsgemäß sind. Es verbleibt insoweit bei der Feststellung des Ausschusses, dass die bislang ausgestoßenen Emissionen Deutschlands klimaschädlich sind; dieser Effekt ist nach wissenschaftlichen Erkenntnissen auch vorhersehbar gewesen. Bei der Lösung des Verantwortungsproblems konzentriert sich der Ausschuss ausschließlich auf die von einem Staat kontrollierbaren individuellen Verhaltensweisen, ohne deren kollektives Zusammenwirken mit anderen Verursachern zu würdigen. Der Ausschuss berücksichtigt dabei jedoch nicht ausreichend, dass die Emissionen eines einzelnen Mitglieds nur im Zusammenspiel mit anderen Emittenten ihre menschenrechtliche Relevanz entfalten.⁴⁷

Jeder Vertragsstaat hat nur die Hoheitsmacht, die eigenen Emissionen zu beeinflussen. Insoweit wird vom Ausschuss die Zurechnungs- (die Emissionen) von der Kausalitätsebene (dem Klimawandel) in einem anderen Staat getrennt. Ausreichend sei, dass für den Vertragsstaat der von CO₂-Emissionen verursachte Schaden aus seinem Staatsgebiet für den Vertragsstaat vernünftigerweise vorhersehbar war, während ein kausaler Zusammenhang zwischen dem behaupteten Schaden und dem Verhalten des Staates, beispielsweise der Genehmigung von Kohlendioxidemissionen, bestehen muss. Beide Voraussetzungen sind jedoch zumindest hinsichtlich der Kausalitätsbegründung unzureichend ausgestaltet, da der jeweilige nationale Verursachungsbeitrag zwar vorhanden ist, ohne ihn ein klimawandelrelevanter Schaden jedoch (oftmals) auch bestünde. Gleiches gilt für die Argumentation zum Kriterium der effektiven Kontrolle, da ein Mitglied eine solche nur für die von seinem Territorium ausgehenden Emissionen hat, zum Klimawandel aber auch die Emissionen anderer (Vertrags-)Staaten beitragen. Überdies dehnt der Kinderrechtsausschuss die bislang entwickelten Standards für die extraterritoriale Anwendung

⁴⁶ Ablehnend *Wegener* (Fn. 17), 425 Rn. 1 f. Zustimmend *M. Johr*, Entwicklung extraterritorialer menschenrechtlicher Schutzpflichten angesichts des Klimawandels?, ZEuS 2023, 345, 359 ff.

⁴⁷ Vgl. *Wegener* (Fn. 17), 425 Rn. 3; hier wird überzeugend von „konstruktivistischer Diskrepanz“ gesprochen, vgl. Rn. 4, 10. Kritisch ebenfalls *B. Mayer*, Climate Change Mitigation as an Obligation under Human Rights Treaties?, AJIL 2021, 409, 426 ff.

menschenrechtlicher Verträge in evolutiver Auslegung zu weit aus, die Berufung auf nur einen, nicht rechtsverbindlichen Nachweis, das Gutachten des Inter-Amerikanischen Menschenrechtsgerichtshofs, vermag als Grundlage der extensiven Auslegung nicht zu überzeugen.⁴⁸ Bislang nicht abschließend geklärt ist ferner, ob „Kausalität“ eine Basis für die Eröffnung des territorialen Anwendungsbereichs einer internationalen Übereinkunft sein kann. Dagegen spricht, dass dadurch wiederum die eigenständigen Ebenen der Zurechnung eines Verhaltens und der Eröffnung eines Anwendungsbereichs miteinander verwoben werden.

Offen ist auch, inwieweit die Vorschriften anderer völkerrechtlicher Verträge, wie z.B. das Pariser Klimaschutzübereinkommen, über Art. 31 Abs. 3 lit. c Wiener Vertragsrechtskonvention (WVK)⁴⁹ in seiner gewohnheitsrechtlichen Ausgestaltung überhaupt zur Ausdeutung der KRK herangezogen werden können. Hierzu finden sich in der Entscheidung leider keine substantiellen Ausführungen. Bei der Heranziehung anderen Völkerrechts zur Ausdeutung eines völkerrechtlichen Vertrags aufgrund von Art. 31 Abs. 3 lit. c WVK müssen nach vorherrschendem Verständnis alle Mitglieder des auszulegenden Übereinkommens ebenfalls Mitglied des heranzuziehenden Vertrags sein.⁵⁰ Die Heranziehung von völkergewohnheitsrechtlichen Regeln geschieht nach derselben Logik, dort ist jedoch der Übereinstimmungsgrad in der Regel deutlich höher als im Vertragsrecht, so dass völkergewohnheitsrechtlich anerkannte Umweltregeln eher heranzuziehbar sind als völkerrechtliche Verträge. Dies wäre jedoch im Einzelfall zu untersuchen. Hinsichtlich des Pariser Klimaschutzübereinkommens ist zu konstatieren, dass zumindest ein Mitglied des Klimaschutzübereinkommens keine Vertragspartei der Kinderrechtskonvention ist und der Heranziehung des Klimaschutzübereinkommens durch den Kinderrechtsausschuss schwere Bedenken entgegenstehen.

Durch seine Ausführungen zur Verantwortlichkeit der Mitgliedstaaten legt der Ausschuss zwar den Grundstein für eine internationale menschenrechtliche Verantwortung der Auswirkungen des Klimawandels,⁵¹ vermischt jedoch für die Zielerreichung die kollektiv/individuell-Verursachungsproblematik bei Summationsschäden. Insoweit erscheint es vorzugswürdiger, für kollektiv verursachte Problemlagen auch kollektive Lösungen wie über den Pariser Klimaschutzmechanismus zu finden. Dies schließt ein Vorgehen wegen individueller Verursachungen, etwa bei einem unzureichenden Klimaschutzgesetz auf

⁴⁸ Vgl. ebenfalls *Schmahl* (Fn. 10), 325 m.w.N.

⁴⁹ Wiener Übereinkommen über das Recht der Verträge v. 23.5.1969, BGBl. 1985 II, 926.

⁵⁰ Hierzu und zum Streitstand siehe *P. Merkouris*, Principle of Systemic Integration, in: H. Ruiz Fabri (Hrsg.), Max Planck Encyclopedia of International Procedural Law (2020), Rn. 25 ff., abrufbar unter <https://opil.ouplaw.com/display/10.1093/law-mpeipro/e2866.013.2866/law-mpeipro-e2866?rskey=OxYyZC&result=6&prd=MPIL>.

⁵¹ Vgl. *Reeh* (Fn. 32), 68.

nationaler Ebene, nicht aus.⁵² Insgesamt erscheint das Vorgehen des Kinderrechtsausschusses ergebnisgetrieben zu sein, um die Verantwortlichkeit einiger Vertragsstaaten für den Klimawandel feststellen und somit in weiteren Verfahren auf diese Argumentation zurückgreifen zu können. An dieser Einschätzung vermag auch die geradezu „in eigener Sache“ erfolgte nochmalige Bestätigung der Ansicht des Kinderrechtsausschusses durch seine „allgemeine Bemerkung Nr. 26“ mangels weiterer Argumente keine Änderung herbeizuführen.

B. Klimaverfahren vor dem Europäischen Gerichtshof für Menschenrechte

Vor dem Europäischen Gerichtshof für Menschenrechte sind mehrere Verfahren mit vergleichbaren Problemstellungen wie in *Sacchi* anhängig. Drei Verfahren werden aufgrund ihrer Bedeutung im beschleunigten Verfahren vor der Großen Kammer des Gerichts verhandelt⁵³ und sechs weitere sind vor einzelnen Kammern anhängig,⁵⁴ wobei dort der Ausgang der drei Leitverfahren abgewartet wird. Zwei Verfahren wurden bislang abgewiesen.⁵⁵

In den drei Großen Kammer-Verfahren haben inzwischen die mündlichen Verhandlungen stattgefunden, wobei die aufgeworfenen Problemfelder anhand des *Duarte Agostinho*-Verfahrens, des ersten Klimaschutzverfahrens vor dem Europäischen Gerichtshof für Menschenrechte, beispielhaft erläutert werden sollen. In allen Verfahren berufen sich die Beschwerdeführer auf das Recht auf Leben aus Art. 2 und auf die sich aus Art. 8 EMRK ergebende Schutzpflicht zugunsten des Rechts auf Privat- und Familienleben, um die jeweiligen Verfahrensgegner zu ambitionierteren Klimaschutzmaßnahmen zu bewegen. Hierfür ist, vergleichbar den obigen Ausführungen zu Art. 6 KRK, eine erweiternde Auslegung der Regelungen der Art. 2 und Art. 8 EMRK erforderlich, wobei der Europäische Gerichtshof für Menschenrechte jedoch zum einen auf sein in ständiger Rechtsprechung entwickeltes Verständnis der EMRK als „living

⁵² BVerfGE 157, 30 ff.

⁵³ Die drei Verfahren sind (in zeitlicher Reihenfolge): *KlimaSeniorinnen Schweiz v. Schweiz* (appl. no. 53600/20), *Carême v. Frankreich* (appl. no. 7189/21) und, vielleicht das wichtigste, *Duarte Agostinho et al. v. Portugal und 32 andere Mitgliedstaaten* (appl. no. 39371/20). Siehe zum Folgenden auch S. Lorenzmeier, Klimaschutz vor europäischen Gerichten, UWP 2023, 172.

⁵⁴ Die sechs Verfahren sind (in zeitlicher Reihenfolge): *Uricchiov v. Italien und 31 Mitgliedstaaten* (appl. no. 14615/21), verbunden mit *Conto v. Italien und 32 Mitgliedstaaten* (appl. no. 14620/21), *Müllner v. Österreich* (appl. no. 18859/21), *Greenpeace Nordic et al. v. Norwegen* (appl. no. 34068/21), *The Norwegian Grandparents' Climate Campaign et al. v. Norwegen* (appl. no. 19026/21), *Soubeste und vier andere v. Österreich und 11 weitere Mitgliedstaaten* (appl. nos. 31925/22, 31932/22, 31938/22, 31943/22 und 31947/22) und *Engels v. Deutschland* (appl. no. 46906/22).

⁵⁵ Die wegen fehlendem Opferstatus als unzulässig angesehenen Verfahren sind: *Humane Being et al. v. Vereinigtes Königreich* (appl. no. 36959/22) und *Plan B. Earth et al. v. Vereinigtes Königreich* (appl. no. 35057/22).

instrument“⁵⁶ zurückgreifen kann sowie auf die aus diesem Verständnis bereits von ihm entwickelte umweltrechtliche Rechtsprechung. In der mündlichen Verhandlung im *Agostinho*-Verfahren wurde den streitigen Zulässigkeitsfragen breiter Raum eingeräumt.

1. Anwendungsbereich der EMRK: Extraterritoriale Jurisdiktion

Umstritten war zuerst die Ausweitung der Jurisdiktion des Gerichtshofs auf außerhalb des vom jeweiligen Staat verursachten Beitrags zum Klimawandel. Eine extraterritoriale Jurisdiktion des Europäischen Gerichtshofs für Menschenrechte wurde bislang sehr zurückhaltend und nur in Fällen militärischen Handelns angenommen.⁵⁷ Gemäß Art. 1 EMRK ist der Anwendungsbereich auf die der Hoheitsgewalt der Mitgliedstaaten unterstehenden Personen eingegrenzt. Die Hoheitsgewalt besteht unstreitig im gesamten Staatsgebiet der Vertragsstaaten der Konvention.⁵⁸ Ausnahmsweise kann sie darüber hinaus gehen. Es gibt freilich eine Vermutung für die territoriale Anwendung der EMRK.⁵⁹ Begründet wird dies damit, dass die Jurisdiktionsausübung eines Staates durch die souveränen Rechte der anderen Staaten begrenzt wird.⁶⁰ Ferner trifft Mitgliedstaaten keine Verantwortlichkeit nach Art. 1 EGMR, wenn sich ihre Handlungen nur auf Personen in Drittstaaten auswirken,⁶¹ weil ansonsten nach der Ansicht des Gerichtshofs die Gefahr bestünde, dass das Erfordernis der Jurisdiktion in Art. 1 EMRK überflüssig wird.⁶² Der Anwendungsbereich der Konvention wäre dann immer eröffnet.

Näher zu bestimmen ist in den anhängigen Klimaverfahren, ob und unter welchen Voraussetzungen Mitgliedstaaten für Handlungen außerhalb ihres Staatsgebiets nach der EMRK verantwortlich sind. Im Zusammenhang mit militärischem Handeln hat der Gerichtshof festgestellt, dass ein Mitgliedstaat

⁵⁶ Dazu nur EGMR, appl. no. 5856/72, *Tyrer*, Rn. 31; *F.C. Mayer*, in: U. Karpenstein/F.C. Mayer (Hrsg.), *Konvention zum Schutz der Menschenrechte und Grundfreiheiten* (3. Aufl., 2022), Einleitung Rn. 47. Hierunter wird die dynamische oder evolutive Weiterentwicklung der Konventionsverbürgungen durch die Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs für Menschenrechte verstanden.

⁵⁷ Siehe dazu die oben auf S. 250 f. wiedergegebenen Ausführungen des Inter-Amerikanischen Gerichtshofs.

⁵⁸ EGMR, appl. no. 48787/99, *Ilascu*, Rn. 312 (NJW 2005, 1849).

⁵⁹ Karpenstein/Mayer/C. Johann (Fn. 56), Art. 1 EMRK Rn. 20.

⁶⁰ EGMR, appl. no. 52207/99, *Bankovic*, Rn. 59 (NJW 2003, 413).

⁶¹ EGMR, appl. no. 52207/99, *Bankovic*, Rn. 75 (NJW 2003, 413); *M. Nettesheim*, in: J. Meyer-Ladewig/M. Nettesheim/S. von Raumer (Hrsg.), *EMRK* (5. Aufl., 2023), Art. 1 Rn. 35.

⁶² EGMR, appl. no. 52207/99, *Bankovic*, Rn. 75 (NJW 2003, 413); im Anschluss daran auch Karpenstein/Mayer/Johann (Fn. 59), Art. 1 EMRK Rn. 29.

auch für die Akte seiner Organe außerhalb des Mitgliedstaats verantwortlich ist, wenn er die effektive Kontrolle über diese Akte ausübt.⁶³

Klimawandelverfahren sind jedoch anders gelagert. Hier geht es um Maßnahmen, über die der Mitgliedstaat effektive Kontrolle hat und die nach Maßgabe seiner Rechtsordnung zulässig sind. Diese Emissionsakte gefährden bzw. verletzen jedoch zusammen mit den Emissionsakten anderer Staaten mehrerer EMRK-Rechte. Die Übertragung der effektiven Kontrollrechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs für Menschenrechte auf diese Sachverhalte erscheint problematisch, da jeder einzelne Mitgliedstaat nur zu einem Teil zu der Rechtsverletzung beigetragen hat und diese nur im Zusammenspiel aller Staaten der Erde die Auswirkungen auf das ehemals bestehende Klima zeitigen.⁶⁴ Folglich dürfte die Lösung des Problems auf der Kausalitäts- und nicht auf der Zurechnungsebene liegen, welche strikt voneinander zu trennen sind. Die jeweiligen Genehmigungshandlungen wurden von den Mitgliedstaaten erlassen und sind ihnen zurechenbar.⁶⁵ Noch näher zu bestimmen ist, ob ihnen auch die geltend gemachten Auswirkungen der Genehmigungen zurechenbar sind.

2. Opferstatus gemäß Art. 34 EMRK

Gemäß Art. 34 Abs. 1 EMRK müssen die Beschwerdeführer von staatlichen Maßnahmen betroffen sein (Opferstatus). Die Opfereigenschaft liegt vor, wenn der Beschwerdeführer substantiiert und schlüssig vorträgt, durch die angegriffene Handlung unmittelbar in einem seiner Konventionsrechte verletzt zu sein.⁶⁶ Für die Unmittelbarkeit ist erforderlich, dass der Beschwerdeführer direkt betroffen ist,⁶⁷ also ein ausreichend direkter Zusammenhang zwischen ihm und der gerügten Verletzung besteht.⁶⁸ Dies hat der Europäische Gerichtshof für Menschenrechte in seiner auf Art. 8 EMRK gestützten Rechtsprechung zu Umweltfragen bislang immer angenommen.⁶⁹ Offen ist, ob er hiervon bei von den Mitgliedstaaten kollektiv verursachten Summationsschäden abrücken und ein stark dynamisches Verständnis der Konvention annehmen sowie die Kausalitätsanforderungen im Rahmen von Klimaveränderungen anpassen wird. Diese Anpassung könnte dann allerdings zu Folge haben, dass zukünftig nicht

⁶³ Grundsatz seit EGMR, appl. no. 15318/89, *Loizidou*, Rn. 62. Auf die Rechtsprechung des EGMR zur Extraterritorialität beruft sich auch der Kinderrechtsausschuss in *Sacchi et al.* (Fn. 33), Rn. 9.3 und 9.4., wobei er diese weiterentwickelt.

⁶⁴ Ähnlich für den Kinderrechtsausschuss *Schmahl* (Fn. 10), 325.

⁶⁵ Zur Zurechnung im Anwendungsbereich Karpenstein/Mayer/C. Johann (Fn. 59), Art. 1 EMRK Rn. 10.

⁶⁶ Karpenstein/Mayer/P. Schäfer (Fn. 56), Art. 34 EMRK Rn. 61.

⁶⁷ EGMR, appl. no. 28342, *Brumarescu*, Rn. 50.

⁶⁸ A. Kulick, in: Meyer-Ladewig/Nettesheim/von Raumer (Fn. 61), Art. 34 EMRK Rn. 26.

⁶⁹ Zu Art. 8 EMRK und Umwelt Karpenstein/Mayer/J. Pätzold (Fn. 56), Art. 8 EMRK Rn. 38 f. m.w.N.

nur alle Menschen in den Mitgliedstaaten der Konvention antragsberechtigt wären, sondern eventuell jeder Mensch auf der Welt.

3. Rechtswegerschöpfung gemäß Art. 35 Abs. 1 EMRK

Die sechs portugiesischen Kläger haben direkt den Europäischen Gerichtshof für Menschenrechte angerufen, ohne vorher den nationalen Rechtsweg zu beschreiten, wohingegen Art. 35 Abs. 1 EMRK vorschreibt, dass sich der Gerichtshof mit einer Angelegenheit erst nach Erschöpfung aller innerstaatlichen Rechtsbehelfe befassen darf. Diese Anforderung folgt aus der Subsidiarität des konventionsrechtlichen gegenüber den nationalen Rechtsschutzsystemen.⁷⁰ Der jeweilige nationale Rechtsweg ist in vertikaler und horizontaler Hinsicht zu durchlaufen: Grundsätzlich müssen alle effektiven Rechtsmittel, wozu in Deutschland auch die Verfassungsbeschwerde zählt, eingelegt bzw. erhoben werden.⁷¹ Ausnahmen werden nur in seltenen Fällen zugelassen. In der Regel wird geprüft, ob der Beschwerdeführer alles getan hat, was vernünftigerweise von ihm erwartet werden konnte, um den innerstaatlichen Rechtsweg zu erschöpfen.⁷² In Deutschland, einem der Beschwerdegegner im *Agostinho*-Verfahren, besteht ein effektiver Rechtsweg in Klimafragen, wie der „Klimabeschluss“ des Bundesverfassungsgerichts deutlich aufzeigt.⁷³

4. Würdigung

Das *Agostinho*-Verfahren wirft ähnliche Rechtsfragen wie das Kinderrechtsausschussverfahren *Sacchi* auf. Bereits auf der Ebene der Zulässigkeit bestehen große Hürden, so dass die Durchführung einer mündlichen Verhandlung seitens des Europäischen Gerichtshofs für Menschenrechte auf den ersten Blick verwundert. Auf den zweiten Blick erscheint eine mündliche Verhandlung sachangemessen, da die Thematik der Beeinträchtigung von Menschenrechten durch die Auswirkungen des Klimawandels grundsätzliche Rechtsfragen aufwirft, die die Gerichte auch in der absehbaren Zukunft beschäftigen werden. Die seitens der Klägerseite vorgebrachte Fortentwicklung der Zulässigkeitskriterien erfordert allerdings eine evolutive Interpretation der Voraussetzungen durch den Europäischen Gerichtshof für Menschenrechte, welche als zu weitgehend angesehen werden könnte.⁷⁴ Gerade das Verständnis des Erfordernisses

⁷⁰ Karpenstein/Mayer/Schäfer (Fn. 66), Art. 35 EMRK Rn. 9; B. Peters, in: Meyer-Ladewig/Nettesheim/von Raumer (Fn. 61), Art. 35 EMRK Rn. 8.

⁷¹ Karpenstein/Mayer/Schäfer (Fn. 66), Art. 35 EMRK Rn. 10.

⁷² Karpenstein/Mayer/Schäfer (Fn. 66), Art. 35 EMRK Rn. 11.

⁷³ So auch der UN-Kinderrechtsausschuss in *Sacchi et al.* (Fn. 33).

⁷⁴ Vgl. die Diskussion von C. Heri, Climate Change before the European Court of Human Rights: Capturing Risk, Ill-Treatment and Vulnerability, *European Journal of International Law* 33 (2022), 925, 927 ff. und A. Zahar, The Limits of Human Rights: A Reply to Corina Heri, ebd., 959 ff.

der Hoheitsgewalt in Art. 1 EMRK bedürfte einer bedeutsamen Weiterentwicklung, wobei zu beachten ist, dass Verursachungsfragen der Konventionsstaaten für den Klimawandel keine Fragen der Hoheitsgewalt darstellen. In der mündlichen Verhandlung kam überdies die Frage auf, warum die Beschwerdeführer nur viele, aber nicht alle Mitgliedstaaten der EMRK für die Auswirkungen des Klimawandels verantwortlich machen würden. Die Annahme einer Ausnahme vom Erfordernis der Rechtswegerschöpfung durch den Europäischen Gerichtshof für Menschenrechte, wie dies von den Beschwerdeführern vorgebracht wird, erscheint vor dem Hintergrund in den Mitgliedstaaten bestehender Rechtswege unwahrscheinlich, das Vorliegen einer Ausnahme von der Rechtswegerschöpfung zu bejahen, dürfte für ihn sehr schwierig sein. Insoweit sind Beschwerdeabweisungen zu erwarten.

Materiellrechtlich ist zu klären, ob und inwieweit der Gerichtshof sein dynamisches Konzept der Konventionsrechte weiterentwickeln wird. Ein großes Problem dürfte darin bestehen, die jeweiligen Klimaveränderungen einem Staat zuzurechnen. Ersetzt verlangt werden kann nach Art. 41 EMRK überdies nur der Schaden, der kausal auf einer EMRK-Verletzung beruht.⁷⁵

Im Gegensatz zum Verfahren *Agostinho* richten sich die Verfahren *Klima-Seniorinnen* und *Damien Carême* nur jeweils gegen einen Konventionsstaat, nämlich die Schweiz einerseits und Frankreich andererseits, wobei das aufgeworfene Problem individueller Zurechnung kollektiv verursachter Summationsschäden auch in diesen Situationen besteht. Inwieweit der Gerichtshof die Ausführungen des UN-Kinderrechtsausschusses in der Sache *Sacchi* zur Kausalität übernimmt, ist zumindest offen.⁷⁶ Überdies ist auch in diesen Verfahren die Eröffnung des Anwendungsbereichs der EMRK aus den oben genannten Gründen fraglich.

C. Die Entscheidungen des UN-Menschenrechtsausschusses für den Internationalen Pakt über bürgerliche und politische Rechte

Rechtlich anders gelagert aber ähnlich kontrovers wie das Verfahren vor dem Kinderrechtsausschuss gestalteten sich die beiden bislang entschiedenen Klimarechtssachen vor dem IPbPR-Menschenrechtsausschuss.

1. Die Rechtssache Teitotia

In der im Jahre 2019 entschiedenen Rechtssache *Teitotia*⁷⁷ versuchte der Mitteilungsführer seine Überstellung von Neuseeland nach Kiribati dadurch zu verhindern, dass er vorbrachte, seine Heimatinsel in Kiribati sei demnächst

⁷⁵ Karpenstein/Mayer/N. Wenzel (Fn. 56), Art. 41 EMRK Rn. 16.

⁷⁶ Zur Kritik siehe oben und bereits Lorenzmeier (Fn. 11), 8 ff.

⁷⁷ UN-Menschenrechtsausschuss, *Teitotia*, CCPR/C/127/D/2728/2016, Auffassung veröffentlicht am 7.1.2020.

aufgrund Trinkwassermangels unbewohnbar, sodass seine Auslieferung nach Kiribati sein Paktrecht auf Leben aus Art. 6 Abs. 1 IPbpr verletzen würde. Der Trinkwassermangel werde seinerseits durch den klimawandelbedingt ansteigenden Meeresspiegel hervorgerufen. Der Menschenrechtsausschuss lehnte eine Rechtsverletzung ab. Dabei stellte er fest, dass eine Auslieferung unzulässig sei, wenn sie beim Mitteilungsführer zu einem nicht wiedergutzumachenden Schaden führen würde, wozu eine Verletzung von Art. 6 Abs. 1 IPbpr gehöre.⁷⁸ Überdies erinnerte er daran, dass das Recht auf Leben extensiv zu verstehen sei und auch von den Mitgliedstaaten zu garantierende positive Schutzverpflichtungen enthalte, zu denen auch die Garantie eines würdevollen Lebens gehöre.⁷⁹ Diese Schutzpflicht für ein würdevolles Leben könne auch verletzt werden, wenn sich die für ein würdevolles Leben notwendigen Umweltbedingungen in Folge des Klimawandels signifikant verschlechterten.⁸⁰ Nach einer umfangreicheren Analyse der Umstände auf Kiribati gelangte der Ausschuss zu dem Ergebnis, dass das Recht auf Leben des Mitteilungsführers nicht verletzt sei, da die Auswirkungen des Klimawandels auf Kiribati noch nicht gravierend genug seien, um eine Verletzung des Rechts auf Leben feststellen zu können.⁸¹ In einer beachtenswerten abweichenden Meinung wurde der Trinkwassermangel auf Kiribati hingegen anders beurteilt und eine Rechtsverletzung angenommen.⁸² Hinsichtlich der Zurechnungs- und Verursachungsfragen war der Sachverhalt in *Teitotia* gegenüber dem Kinderrechtsausschussverfahren einfacher gelagert, da der Ausschuss nur beurteilen musste, ob durch die Auslieferung, ein Neuseeland eindeutig zuzuordnender Sachverhalt, das Recht auf Leben wegen Umständen in einem anderen Staat verletzt werden.

2. Die Rechtssache *Billy*

In einer weiteren Rechtssache, *Billy* u.a. gegen Australien, hatte der UN-Menschenrechtsausschuss nochmals Gelegenheit, die Auswirkungen des Klimawandels auf das Verständnis der Paktrechte zu analysieren.⁸³ In Erweiterung zu dem Vorbringen in *Teitotia* gehörten die Mitteilungsführer in der Rechtssache *Billy* einer nationalen Minderheit in Australien an, konkret den indigenen Bewohnern der Inseln der Torresstraße. Sie gaben an, dass ihre Inseln infolge des Klimawandels immer häufiger überschwemmt werden und Salzwasser langsam überhandnehme. Australien habe es versäumt, geeignete Gegenmaß-

⁷⁸ UN-Menschenrechtsausschuss, *Teitotia* (Fn. 77), Rn. 9.3.

⁷⁹ UN-Menschenrechtsausschuss, *Teitotia* (Fn. 77), Rn. 9.4.

⁸⁰ UN-Menschenrechtsausschuss, *Teitotia* (Fn. 77), Rn. 9.4.

⁸¹ UN-Menschenrechtsausschuss, *Teitotia* (Fn. 77), Rn. 10.

⁸² Dissenting Opinion *Sancin*, UN-Menschenrechtsausschuss, *Teitotia* (Fn. 77), Rn. 6.

⁸³ UN-Menschenrechtsausschuss, *Billy et al.*, CCPR/C/135/D/3624/2019, Auffassung veröffentlicht am 22.9.2022 (übersetzt und angemerkt von N. Jauer, Menschenrechte verpflichten zum Schutz vor den Folgen des Klimawandels, KlimR 2022, 352 ff.).

nahmen gegen die Veränderungen vorzunehmen und dadurch mehrere Verpflichtungen des Paktes verletzt.

Der Ausschuss beruft sich in seiner Auffassung wiederum darauf, dass die gerügten Paktrechte positive Verpflichtungen enthalten und dass eine Verantwortlichkeit des Mitteilungsgegners Australien für den Klimawandel nicht erforderlich für die Zurechnung der Verletzungen war.⁸⁴ Vielmehr wäre es ausreichend, wenn Australien keine geeigneten Vorsorge- und Anpassungsmaßnahmen gegen die Folgen des Klimawandels und somit gegen die Verletzung der gerügten Rechte seiner Staatsangehörigen ergriffen hätte.⁸⁵ Die Auswirkungen des Klimawandels auf die Bewohner der Torresstraße stehen nach der Auffassung des Ausschusses bereits unmittelbar bevor, so dass auch eine Opfereigenschaft der Verfasser bejaht wurde.⁸⁶

Bezüglich des Rechts auf Leben nahm der Ausschuss im Ergebnis keine Verletzung an, da Australien an einem Deichprogramm zum Schutz der Inseln arbeite und dieses auch bis 2023 realisieren wolle.⁸⁷ Der Ausschuss bestätigte jedoch nochmals seine bereits in *Teitotia* vorgenommene Auslegung des Art. 6 Abs. 1 IPbpR, welcher auch eine würdevolle Lebensgestaltung umfasse.⁸⁸ Dabei betonte er im Anschluss an seinen oben bereits erwähnten *General Comment No. 36 on the Right to Life*,⁸⁹ dass sich die Schutzpflicht des Art. 6 Abs. 1 IPbpR auf begründet vorhersehbare Gefahren und lebensbedrohliche Situationen erstreckt, die zum Verlust des Lebens führen können.⁹⁰ Folglich kann eine Verletzung der Regelung bereits vor dem eigentlichen Verlust des Lebens vorliegen.⁹¹ Überdies gehören zu den erfassten Gefahren ebenfalls die Auswirkungen des Klimawandels, die zu den wichtigsten und ernsthaftesten Gefahren des Genusses des Rechts auf Leben für zukünftige Generationen gehört.⁹² Zur Auslegung des IPbpR könne auf die Verpflichtungen der Vertragsparteien aus anderen völkerrechtlichen Übereinkünften zurückgegriffen werden.⁹³ Diese Interpretation von Art. 6 IPbpR war im Vortrag Australiens noch als zu dynamisch und damit als nicht mehr von den in Art. 31 WVK inkorporierten völkerrechtlichen Auslegungsregeln gedeckt angesehen worden.⁹⁴

⁸⁴ UN-Menschenrechtsausschuss, *Billy et al.* (Fn. 83), Rn. 7.6. ff., wobei der Ausschuss zwischen Anpassungs- und Minderungsmaßnahmen unterscheidet.

⁸⁵ UN-Menschenrechtsausschuss, *Billy et al.* (Fn. 83), Rn. 8.3.

⁸⁶ UN-Menschenrechtsausschuss, *Billy et al.* (Fn. 83), Rn. 7.10.

⁸⁷ UN-Menschenrechtsausschuss, *Billy et al.* (Fn. 83), Rn. 8.7.

⁸⁸ UN-Menschenrechtsausschuss, *Billy et al.* (Fn. 83), Rn. 8.3.

⁸⁹ Siehe oben S. 245.

⁹⁰ UN-Menschenrechtsausschuss, General Comment No. 36, Rn. 3.

⁹¹ UN-Menschenrechtsausschuss, General Comment No. 36, Rn. 7.

⁹² UN-Menschenrechtsausschuss, General Comment No. 36, Rn. 65.

⁹³ UN-Menschenrechtsausschuss, General Comment No. 36, Rn. 65.

⁹⁴ Zu den völkerrechtlichen Auslegungsmethoden *Heintschel von Heinegg* (Fn. 20), § 14 Rn. 6 ff.

Allerdings nahm der Menschenrechtsausschuss eine Verletzung von Art. 17 (Familie) und Art. 27 (nationale Minderheit) IPbpr an. Art. 17 IPbpr sei verletzt, weil die Überschwemmungen erhebliche Belastungen für die Mitteilungsführer darstellen.⁹⁵ Eine Verletzung der positiven Schutzpflicht liegt vor, wenn vorhersehbare und schwerwiegende Eingriffe in das Familienleben oder die Privatsphäre gegeben sind. Diese Schutzpflicht besteht unabhängig von aktivem staatlichen Verhalten,⁹⁶ so dass insoweit nicht auf eine aktive, zurechenbare Rechtsverletzung wie das Hervorrufen des Klimawandels durch Emissionen abzustellen ist. Dies unterscheidet auch die Rechtssache *Billy* von dem *Sacchi*-Verfahren vor dem Kinderrechtsausschuss, in denen den Mitteilungsgegnern eine kausale Verursachung des Klimawandels und seiner Folgen für die Verfasser nachgewiesen werden musste. Dadurch sind die Ausführungen des UN-Menschenrechtsausschusses insgesamt nicht so umstritten wie die des Kinderrechtsausschusses, der ein dogmatisch schwer zu konstruierendes direkt zurechenbares Verhalten des Mitteilungsgegners annimmt. Der ebenfalls als verletzt angesehene Art. 27 IPbpr statuiert ein Recht für Minderheiten, das den Angehörigen einer Minderheit zusteht.⁹⁷ Dieses Recht kann gerade bei Indigenen in der Ausübung ihrer Kultur verbunden mit dem bewohnten Gebiet und den vorhandenen Ressourcen einschlägig sein.⁹⁸ Art. 27 IPbpr wurde vom Ausschuss als verletzt angesehen, da durch den fortschreitenden Klimawandel und die Erhöhung des Meeresspiegels die Ausübung der Kultur für die Bewohner der Torresstraße unmöglich gemacht wurde.⁹⁹

Der Auffassung des Ausschusses sind mehrere abweichende Voten angehängt. Vorgebracht wird, dass die Mehrheit das Recht auf Leben zu restriktiv verstanden habe und so dem Regelungsgehalt der Vorschrift nicht gerecht geworden sei.¹⁰⁰ Überdies müsse das Recht auf ein würdevolles Leben so ausgelegt werden, dass die Mitgliedstaaten des Paktes dem Vorsorgeprinzip im Hinblick auf den dringenden und permanenten Klimawandel hinreichende Beachtung schenken.¹⁰¹ Ferner wird hervorgehoben, dass der Zukunftsfokus der Mehrheit die bereits vorliegenden Rechtsbeeinträchtigungen aus dem Blick

⁹⁵ UN-Menschenrechtsausschuss, *Billy et al.* (Fn. 83), Rn. 8.9.

⁹⁶ UN-Menschenrechtsausschuss, *Billy et al.* (Fn. 83), Rn. 8.9.

⁹⁷ UN-Menschenrechtsausschuss, *Billy et al.* (Fn. 83), Rn. 8.13.

⁹⁸ UN-Menschenrechtsausschuss, *Billy et al.* (Fn. 83), Rn. 8.13.

⁹⁹ UN-Menschenrechtsausschuss, *Billy et al.* (Fn. 83), Rn. 8.14.

¹⁰⁰ Vgl. Joint Opinion *Bulkan, Kran und Sancin*, UN-Menschenrechtsausschuss, *Billy et al.* (Fn. 83), Rn. 2 ff. Noch stärker: Dissenting opinion *Muhumuza*, UN-Menschenrechtsausschuss, *Billy et al.* (Fn. 83).

¹⁰¹ Joint Opinion *Bulkan, Kran und Sancin*, UN-Menschenrechtsausschuss, *Billy et al.* (Fn. 83), Rn. 4.

verlieren lasse und sie nicht ausreichend die Erfordernisse des Vorsorgeprinzips beachte.¹⁰²

In seiner Antwort auf die Ansicht des Menschenrechtsausschusses erkennt Australien die Auswirkungen des Klimawandels auf die Bewohner der Torres-Straße an und kündigt an, Schutzmaßnahmen vorzunehmen.¹⁰³ Es hebt jedoch ausdrücklich hervor, dass andere völkerrechtliche Übereinkommen nicht direkt relevant für die Auslegung des IPbPR sind¹⁰⁴ und dass die Hürden für das Vorliegen positiver Verpflichtungen im Gegensatz zu den Ausführungen des Ausschusses hoch liegen müssen.¹⁰⁵

3. Würdigung

Der Ausschuss des UN-Menschenrechtspaktes umschiffte das Problem der individuellen Rechtsverletzung in beiden Rechtssachen elegant, indem er seine Erwägungen auf staatliche Anpassungs- oder Verringerungsmaßnahmen im Sinne einer staatlichen Leistungspflicht stützt.¹⁰⁶ Grundsätzlicher Natur ist die aufgeworfene Frage, wie dynamisch die Paktrechte verstanden werden können und wo die Grenzen der völkerrechtlichen Auslegung liegen. Problematisch ist darüber hinaus die Einbeziehung anderer völkerrechtlicher Übereinkommen zur Auslegung eines Vertrages. Hierzu müssten die Voraussetzungen von Art. 31 Abs. 3 lit. c WVK erfüllt sein, was zumindest vom Ausschuss weder in seinem *General Comment No. 36* noch in den Ansichten in den konkreten Verfahren näher ausgeführt wurde. Wie bei der Kinderrechtskonvention besteht auch für den IPbPR keine Identität der Mitglieder mit dem Pariser Klimaschutzübereinkommen, so dass an dessen Heranziehbarkeit im Wege der Auslegung große Zweifel bestehen.

Die den jeweiligen Ansichten angehängten Sondervoten befürworten einen weitergehenden oder besser begründeten Menschenrechtsschutz. Die Mehrheit der Ausschussmitglieder ließ in beiden Verfahren einen Zeitraum von 10 bis 15 Jahren als ausreichend für staatliche Anpassungs- und Verringerungsmaßnahmen genügen. Man wird sehen, ob dies in Zukunft vor dem Hintergrund der Pflicht zur Ergreifung effektiver Gegenmaßnahmen noch ausreichend sein wird. Bis dahin werden in Klimaverfahren wahrscheinlich eher die menschen-

¹⁰² Joint Opinion *Bulkan, Kran und Sancin*, UN-Menschenrechtsausschuss, *Billy et al.* (Fn. 83), Rn. 4.

¹⁰³ Response of Australia to the Views of the Human Rights Committee in Communication No. 3624/2019, 30.3.2023, Rn. 5 ff., abrufbar unter <https://www.ag.gov.au/rights-and-protections/publications/billy-et-al-v-australia-36242019-australian-government-response>.

¹⁰⁴ Australia (Fn. 103), Rn. 43 lit. a.

¹⁰⁵ Australia (Fn. 103), Rn. 47, 53.

¹⁰⁶ Zu dieser Problematik vertieft *Wegener* (Fn. 17), 426 Rn. 8 ff.

rechtlichen Verbürgungen wirtschaftlicher, sozialer oder kultureller Art und nicht die Individualverbürgungen einschlägig sein.¹⁰⁷

D. Vergleich der verschiedenen Verfahren

Die Entscheidungen der Menschenrechtsausschüsse sind unterschiedlich zu bewerten. Die Auffassung des Kinderrechtsausschusses ist die einzige, die sich wirklich mit der möglichen Einbeziehung der Auswirkungen des Klimawandels in den Schutzbereich des Rechts auf Leben und der Zurechnungsproblematik auseinandersetzen musste. Die Annahme der Zurechnungsvoraussetzungen zur Erfüllung des Merkmals „Hoheitsgewalt“ erscheint vor dem Hintergrund der kollektiven Verursachung nicht unproblematisch und bedürfte eines sehr dynamischen Verständnisses der Konvention, welches nicht mehr mit dem Willen der Vertragsparteien übereinstimmen könnte. Jedenfalls lassen die umfangreichen Ausführungen des Ausschusses darauf schließen, dass er die Mitteilung als begründet ansah und dies auch zum Ausdruck bringen wollte, da er ansonsten die Unzulässigkeit mangels ausreichender Erschöpfung des Rechtswegs zuerst hätte feststellen können. Abzuwarten bleibt, inwieweit der Europäische Gerichtshof für Menschenrechte in den bei ihm anhängigen Verfahren die Überlegungen des Kinderrechtsausschusses im Rahmen der EMRK übernehmen wird.

Rechtlich verschieden hiervon sind die Rechtssachen vor dem IPbPR-Ausschuss der UN. Auf die Verursachung des Klimawandels durch die Mitteilungsgegner kam es nicht an, da eine von der individuellen Emission unabhängige Schutzpflicht des Staates zum Schutz vor signifikanten Paktverletzungen einschlägig war. Entscheidend war also die staatliche Verpflichtung, die Mitteilungsführer vor den Folgen des Klimawandels zu schützen, ein dogmatisch deutlich einfacherer Anknüpfungspunkt zur Begründung einer individuell verursachten Schädigung. Folglich sind die Argumentationen in den Rechtssachen *Teitotia* und *Billy* im Ergebnis deutlich überzeugender als beim Kinderrechtsausschuss in *Sacchi*.

Zu konstatieren bleibt, dass die Menschenrechtsausschüsse das Recht auf Leben dynamisch erweiternd interpretieren und durch andere Rechtssätze, wie den Regelungen des Pariser Klimaschutzabkommens, inhaltlich aufladen. Diese Interpretation ist nach hier vertretener Auffassung zwar zumindest gewagt, wobei das Vorliegen der Voraussetzungen von Art. 31 Abs. 3 lit. c WVK im Einzelfall untersucht werden müsste und zumindest hinsichtlich des Heranziehens des Pariser Klimaschutzübereinkommens fraglich ist. Durch die Einbeziehung anderen Völkerrechts über Art. 31 Abs. 3 lit. c WVK könnte jedoch ein kohärenteres völkerrechtliches Regime geschaffen werden, das verschiede-

¹⁰⁷ So Jauer (Fn. 83), 356.

ne Rechtsentwicklungen berücksichtigen und zu einem effektiveren Klimaschutz und Schutz vor Klimawandelfolgen führen kann.

E. Europäischer Gerichtshof

Die bislang entschiedenen Klimaschutzverfahren vor dem Europäische Gerichtshof waren Individualnichtigkeitsklagen nach Art. 263 Abs. 4 AEUV.¹⁰⁸ In der bedeutsamen Rechtssache *Carvalho* hatten 37 Antragsteller¹⁰⁹ zuerst vor dem Gericht¹¹⁰ und in der Instanzentscheidung vor dem Europäischen Gerichtshof¹¹¹ gegen die Rechtmäßigkeit des unionalen Klima- und Energiepakets 2030¹¹² eine Nichtigkeitsklage nach Art. 263 Abs. 4 AEUV erhoben. Daneben wurde noch ein Antrag auf Schadenersatz nach Art. 340 Abs. 2 AEUV wegen seitens der EU rechtswidrig herbeigeführten Schadens geltend gemacht. Trotz ihrer hervorgehobenen politischen Bedeutung waren beide Verfahren nur Kammer- und keine Große Kammer-Verfahren, was dafür spricht, dass den EU-Gerichten die rechtlichen Gesichtspunkte der Entscheidung nicht überaus problematisch zu sein schienen.

Prozessual liegt die Zuständigkeit für Nichtigkeitsklagen natürlicher und juristischer Personen nach Art. 263 Abs. 4 AEUV gemäß Art. 256 Abs. 1 AEUV im ersten Rechtszug beim Gericht, da Art. 51 EuGH-Satzung keine ander-

¹⁰⁸ Neben dem gleich zu erörternden *Carvalho*-Verfahren noch EuGH, Rs. C-177/19 P – 179/19 P, *Paris et al.*, ECLI:EU:C:2022:10.

¹⁰⁹ Die Antragsteller waren 36, größtenteils aus Mitgliedstaaten der EU stammende natürliche Personen und eine Vereinigung nach schwedischem Recht, siehe EuGH, Rs. C-565/19 P, *Carvalho et al.*, ECLI:EU:C:2021:252, Rn. 2. Sie alle sind von den Auswirkungen des Klimawandels besonders betroffen, siehe *G. Winter*, Not fit for purpose: die Klagebefugnis vor dem Europäischen Gericht angesichts allgemeiner Gefahren, EuR 2022, 367 ff.

¹¹⁰ EuG, Rs. T-330/18, *Carvalho et al.*, ECLI:EU:T:2019:324.

¹¹¹ EuGH, Rs. C-565/19 P, *Carvalho et al.*, ECLI:EU:C:2021:252.

¹¹² Im Einzelnen wurde gegen die Richtlinie (EU) 2018/410 v. 14.3.2018 zur Änderung der Richtlinie 2003/87/EG zwecks Unterstützung kosteneffizienter Emissionsreduktionen und zur Förderung von Investitionen mit geringem CO₂-Ausstoß und des Beschlusses (EU) 2015/1814 (ABl. 2018 L 76/3), insbesondere ihres Art. 1, die Verordnung (EU) 2018/842 v. 30.5.2018 zur Festlegung verbindlicher nationaler Jahresziele für die Reduzierung der Treibhausgasemissionen im Zeitraum 2021 bis 2030 als Beitrag zu Klimaschutzmaßnahmen zwecks Erfüllung der Verpflichtungen aus dem Übereinkommen von Paris sowie zur Änderung der Verordnung (EU) Nr. 525/2013 (ABl. 2018 L 156/26), insbesondere ihres Art. 4 Abs. 2 und ihres Anhangs I, und die Verordnung (EU) 2018/841 v. 30.5.2018 über die Einbeziehung der Emissionen und des Abbaus von Treibhausgasen aus Landnutzung, Landnutzungsänderungen und Forstwirtschaft in den Rahmen für die Klima- und Energiepolitik bis 2030 und zur Änderung der Verordnung (EU) Nr. 525/2013 und des Beschlusses Nr. 529/2013/EU (ABl. 2018 L 156/1), insbesondere ihres Art. 4 seitens der Kläger vorgegangen. Das Klima- und Energiepaket 2030 wurde durch die Maßnahmen zum Erlass eines „Europäischen Grünen Deals“ abgelöst.

weitige Regelung enthält.¹¹³ Das Gericht erklärte die Klage für unzulässig, da den Klägern mangels individueller Betroffenheit keine Klagebefugnis zustünde.¹¹⁴ Der Gerichtshof schloss sich dieser Einschätzung an und bestätigte die erstinstanzliche Entscheidung des Gerichts.¹¹⁵ Folglich haben beide Gerichte keine materielle Entscheidung über die Frage der Vereinbarkeit des damaligen Klimaschutzpakets mit den Grundrechten der EU getroffen. Dies steht in einem auffallenden Gegensatz zum kurz vor der *Carvalho*-Entscheidung des Europäischen Gerichtshofs ergangenen Klimabeschlusses des Bundesverfassungsgerichts, in dem das Bundesverfassungsgericht mit einigem argumentativen Aufwand die Frage der, gegenüber dem EU-Verfahren anderen Voraussetzungen unterliegenden, Beschwerdebefugnis zustimmend beantwortet hatte.¹¹⁶

1. Die Klagebefugnis nach Art. 263 Abs. 4 AEUV

Problematisch war im *Carvalho*-Verfahren die Auslegung der individuellen Klagebefugnis nach Art. 263 Abs. 4 AEUV. Gemäß dem vorliegend einschlägigen Wortlaut der Regelung können Nichtadressaten gegen Handlungen (der Union) vorgehen, wenn sie von diesen unmittelbar und individuell betroffen werden. Das Merkmal der individuellen Betroffenheit wird vom Europäischen Gerichtshof traditionell restriktiv verstanden, was einen dauerhafter Streitpunkt zwischen den Gerichten, den Generalanwälten und dem wissenschaftlichen Schrifttum darstellt.¹¹⁷ Im Ergebnis hat der Gerichtshof bislang trotz umfangreicher Kritik immer an seiner bereits 1962 in der Rechtssache *Plaumann* entwickelten Konstruktion festgehalten.¹¹⁸ Gemäß dem Gerichtshof liegt eine individuelle Betroffenheit nur dann vor, wenn die in Rede stehende Entscheidung den Kläger wegen bestimmter persönlicher Eigenschaften oder besonderer, ihn aus dem Kreis der übrigen Personen heraushebender Umstände berührt und ihn daher in ähnlicher Weise individualisiert wie einen Adressaten.¹¹⁹

In der Rechtssache *Carvalho* hatten die 37 Kläger argumentiert, dass sie allesamt von den Auswirkungen des Klimawandels in ihren EU-Menschenrechten besonders betroffen sind, da sie z.B. auf einer Hallig leben. Der Gerichtshof

¹¹³ E. Pache, in: C. Vedder/W. Heintschel von Heinegg (Hrsg.), *Europäisches Unionsrecht* (2. Aufl., 2018), Art. 256 AEUV Rn. 2.

¹¹⁴ EuG, Rs. T-330/18, *Carvalho et al.*, ECLI:EU:T:2019:324.

¹¹⁵ EuGH, Rs. C-565/19 P, *Carvalho et al.*, ECLI:EU:C:2021:252.

¹¹⁶ Vgl. BverfGE 157, 30.

¹¹⁷ Ansicht des EuGH: Rs. C-263/02, *Jégo-Quéré*, Slg. 2004, I-3425, Rn. 29 ff.; Rs. C-50/00, *Pequenos Agriculturos*, Slg. 2002, I-6677, Rn. 38 ff. Kritik: EuG, Rs. T-177/01, *Jégo-Quéré*, Slg. 2002, II-2365, Rn. 51; Schlussanträge GA Jacobs, *Pequenos Agriculturos*, Slg. 2002, I-I-6681, Rn. 59 f.; *Winter* (Fn. 109), 370 ff.; *W. Cremer*, in: C. Calliess/M. Ruffert (Hrsg.), *EUV/AEUV* (6. Aufl., 2022), Art. 263 AEUV Rn. 53; *M. Kotzur/A. Dienelt*, in: R. Geiger et al. (Hrsg.), *EUV/AEUV* (7. Aufl., 2023), Art. 263 AEUV Rn. 30.

¹¹⁸ EuGH, Rs. C-565/19 P, *Carvalho et al.*, ECLI:EU:C:2021:252, Rn. 70.

¹¹⁹ EuGH, Rs. C-25/62, *Plaumann*, Slg. 1963, S. 211, 238.

folgte dieser Argumentationslinie nicht und lehnte ebenso wie zuvor das Gericht die individuelle Betroffenheit ab, da eine individuelle menschenrechtliche Betroffenheit für das Erfüllen der *Plaumann*-Formel nicht ausreiche. Ansonsten läge die Klagebefugnis des Art. 263 Abs. 4 AEUV bei jedweder menschenrechtlichen Betroffenheit vor und der einschränkende Wortlaut der Regelung würde umgangen.¹²⁰

Fraglich war aber, ob eine in der Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs anerkannte Ausnahme eingreifen könnte. Der Gerichtshof hat in seiner Rechtsprechung die in der *Plaumann*-Entscheidung getätigten sehr strikten Ausführungen im Laufe seiner Rechtsprechung vereinzelt aufgeweicht.¹²¹ Umstritten ist insbesondere, ob eine Ausdehnung der Rechtsschutzgewährung aufgrund des in Art. 47 GRCh niedergelegten Grundsatzes des effektiven Rechtsschutzes¹²² geboten ist. Dafür spricht die Verleihung subjektiver Rechte durch die Charta-Grundrechte.¹²³

2. Schadenersatz nach Art. 340 Abs. 2 AEUV

Ein weiterer Klagegrund war die Berufung auf die deliktische Haftung nach Art. 340 Abs. 2 AEUV. Danach ersetzt die Union im Bereich der außervertraglichen Haftung den durch ihre Organe oder Bedienstete in Ausübung ihrer Amtstätigkeit entstandenen Schaden nach den allgemeinen Rechtsgrundsätzen, die den Rechtsordnungen der Mitgliedstaaten gemeinsam sind. Nach der Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs ist für das Vorliegen einer deliktischen Haftung erforderlich, dass die den Organen vorgeworfene Handlung rechtswidrig und ein tatsächlicher Schaden eingetreten ist sowie dass zwischen der Handlung und dem behaupteten Schaden ein ursächlicher Zusammenhang besteht.¹²⁴ Durchgesetzt werden kann der Anspruch nach Art. 340 Abs. 2 AEUV mit der Schadenersatzklage gemäß Art. 268 AEUV, wobei letztere Vorschrift einen eigenständigen, von Art. 263 AEUV unabhängigen eigenständigen Rechtsbehelf darstellt.¹²⁵ Folglich hat die Unzulässigkeitsentscheidung

¹²⁰ EuGH, Rs. C-565/19 P, *Carvalho et al.*, ECLI:EU:C:2021:252, Rn. 37 ff.

¹²¹ Siehe die Übersicht bei O. Dörr, in: Grabitz/Hilf/Nettesheim, Das Recht der Europäischen Union (49. EL, November 2012), Art. 263 AEUV Rn. 70 ff.

¹²² Zur Bedeutung der Vorschrift H.D. Jarass, Charta der Grundrechte der EU (4. Aufl., 2021), Art. 47 GRCh Rn. 3 f.

¹²³ Winter (Fn. 109), 376. Kritisiert wird auch die Anwendung der Plaumann-Formel in umweltrechtlichen Belangen, siehe L. Christiansen/C. Masche, Klimarechtsschutz und Paradoxien beim EuGH – Warum die Plaumann-Formel nicht mehr zeitgemäß ist, ZEuS 2023, 31, 37.

¹²⁴ Ständige Rechtsprechung seit EuGH, Rs. 4/69, *Lütticke*, Slg. 1971, 325 Rn. 10. Aus dem Schrifttum Calliess/M. Ruffert (Fn. 117), Art. 340 AEUV Rn. 7 m.w.N.

¹²⁵ EuGH, Rs. 4/69, *Lütticke*, Slg. 1971, 325 Rn. 6; M. Jacob/M. Kottman, in: Grabitz/Hilf/Nettesheim, Das Recht der Europäischen Union (73. EL, Mai 2021), Art. 340 AEUV Rn. 49.

nach Art. 263 Abs. 4 AEUV erst einmal keine Rechtswirkungen für die Schadenersatzklage.¹²⁶ Allerdings ist eine Umgehung der restriktiven Voraussetzungen der Nichtigkeitsklage durch die Schadenersatzklage unzulässig, was dann anzunehmen ist, wenn mit der Schadenersatzklage in Wirklichkeit die Aufhebung einer bestandskräftig gewordenen Maßnahme begehrt wird und, im Falle des Stattgebens der Schadenersatzklage, die Rechtswirkungen dieser Maßnahme beseitigt werden würden.¹²⁷ Dies war vorliegend der Fall, da die Kläger mit beiden Klagebegehren das identische Rechtsschutzbegehren – die Kläger haben auch hier das Setzen strengerer Reduktionsziele beantragt¹²⁸ – verfolgt.¹²⁹ Im Ergebnis war mithin auch die Schadenersatzklage nicht erfolgreich.

3. Begründetheit der Klage

Die EU-Gerichte haben keine Ausführungen zur Begründetheit der Klage getroffen. Diese soll hier zumindest kursorisch kurz aufgezeigt werden. Vor dem Gericht hatten die Kläger geltend gemacht, dass die gerügten Sekundärrechtsakte des „Klima- und Energiepakets 2030“¹³⁰ gegen die Vorgaben des Pariser Klimaschutzübereinkommens verstoßen würden und deshalb nichtig seien. Insbesondere sei Art. 4 Abs. 2 PÜ nicht eingehalten, da die EU durch die angegriffenen Rechtsakte sein eigenes Reduktionsziel nicht erreichen würde.¹³¹

Für das Vorbringen spricht, dass gemäß Art. 216 Abs. 2 AEUV die von der Union geschlossenen Übereinkünfte die Organe der Union binden. Die EU ist Mitglied des Pariser Übereinkommens und „binden“ bedeutet, dass die Unionsorgane zur Beachtung und Durchführung der Unionsabkommen bei allen rechtsverbindlichen Organhandlungen wie der Setzung von Sekundärrecht verpflichtet sind.¹³² Folglich kommt den völkerrechtlichen Verträgen der Union eine besondere Stellung zu, da abgeleitetes Unionsrecht mit ihnen vereinbar sein muss.¹³³

¹²⁶ EuGH, verb. Rs. C-447/17 P und C-479/17 P, *Guardian Europe*, ECLI:EU:C:2019:672, Rn. 49 m. w. N.

¹²⁷ EuGH, verb. Rs. C-447/17 P und C-479/17 P, *Guardian Europe*, ECLI:EU:C:2019:672, Rn. 51.

¹²⁸ *G. Winter*, Armando Carvalho et alii versus Europäische Union: Rechtsdogmatische und staatsrechtliche Probleme einer Klimaklage vor dem Europäischen Gericht, ZUR 2019, 259, 260.

¹²⁹ Siehe EuGH, Rs. C-565/19 P, *Carvalho et al.*, ECLI:EU:C:2021:252, Rn. 104 f. Anders *Winter* (Fn. 128), 267.

¹³⁰ Siehe oben Fn. 117.

¹³¹ EuG, Rs. T-330/18, *Carvalho et al.*, ECLI:EU:T:2019:324, Rn. 4 ff.

¹³² Calliess/Ruffert/K. Schmalenbach (Fn. 117), Art. 216 AEUV, Rn. 25.

¹³³ Vedder/Heintschel von Heinegg/W. Hummer (Fn. 113), Art. 216 AEUV Rn. 25 („Mezzaninrang“ völkerrechtlicher Übereinkommen). A.A. S. Lorenzmeier, Völkerrechtli-

Überdies stellen die Unionsübereinkommen einen integrierenden Bestandteil der Unionsrechtsordnung dar.¹³⁴ Das Pariser Übereinkommen gilt somit unmittelbar als Recht in der Unionsrechtsordnung.¹³⁵ Fraglich ist allerdings, ob die Kläger sich auf das Pariser Übereinkommen berufen können. Das wäre der Fall, wenn es unmittelbar anwendbar wäre, wofür das Übereinkommen dem Einzelnen Rechte verleihen müsste.¹³⁶ Davon kann beim Pariser Klimaschutzübereinkommen nicht ausgegangen werden, da es sich ausschließlich an die Vertragsparteien richtet, welchen bei der Ausfüllung der im Übereinkommen enthaltenen Verpflichtungen nicht nur ein großer Beurteilungsspielraum zusteht, sondern die Erfüllung der Verpflichtungen hängt auch noch von weiteren Akten, wie den nationalen Beiträgen des Art. 4 Abs. 2 PÜ, ab.

Andererseits hätte das Verfahren auf eine Grundrechtsverletzung der Kläger gestützt werden können, eine Berufung auf mehrere Grundrechte, insbesondere das Recht auf Leben in Art. 2 Abs. 1 GRCh, erscheint möglich.¹³⁷ Gegenüber der direkten Berufung auf das Pariser Klimaschutzübereinkommen können sich die Kläger hier auf unmittelbar anwendbare Grundrechte berufen. Die einschlägigen Grundrechte sind überdies wegen der Völkerrechtsfreundlichkeit der Unionsordnung im Lichte des für die Union geltenden Völkerrechts zu verstehen, wozu das Pariser Klimaschutzübereinkommen zählt, welches auch von allen Mitgliedstaaten der Union ratifiziert wurde. In diesem, aufgrund der Zulässigkeitshürden hypothetischen, Fall wäre das Vorbringen der Kläger deutlich erfolgversprechender.

4. Würdigung

Die Rechtssache *Carvalho* warf grundsätzliche Erwägungen der Rechtsschutzgewähr für natürliche und juristische Personen auf. Eine automatische Ausweitung der Klagebefugnis im Rahmen der Nichtigkeitsklage auf Grundrechte erscheint jedenfalls im Anschluss an den Europäischen Gerichtshof nicht unbedingt geboten, da Art. 263 AEUV ebenfalls eine primärrechtliche Norm darstellt und sich Einschränkungen der Rechtsschutzgarantie des Art. 47 GRCh aus dem Abschnitt über die Zuständigkeit und die Klageverfahren vor dem Europäischen Gerichtshof ergeben können.¹³⁸ Die Auslegung von Art. 263 AEUV im Lichte des Art. 47 GRCh darf nicht zur Missachtung der in den Verträgen

che Übereinkommen der Europäischen Union und das ACTA-Übereinkommen, ZJS 2012, 322, 325 f. (spezielles Sekundärrecht).

¹³⁴ Ständige Rechtsprechung seit EuGH, Rs. 181/73, *Haegeman*, Slg. 1974, 449 Rn. 2/6.

¹³⁵ Calliess/Ruffert/*Schmalenbach* (Fn. 132), Art. 216 AEUV Rn. 28.

¹³⁶ EuGH, verb. Rs. 21-24/72, *International Fruit Company*, Slg. 1972, 1219 Rn. 7 f. Siehe hierzu insbesondere die umfangreiche Rechtsprechung des Gerichtshofs zu den WTO-Übereinkommen.

¹³⁷ Geltend gemacht wurden Verletzungen von Art. 2 Abs. 1, 3 Abs. 1, 15 Abs. 1, 17 Abs. 1, 20 und 24 GRCh, siehe *Winter* (Fn. 128), S. 259, 261.

¹³⁸ Zu letzterem *Jarass* (Fn. 122), Art. 47 GRCh Rn. 20.

ausdrücklich aufgestellten Voraussetzungen führen.¹³⁹ Außerdem stellen die Erläuterungen zu Art. 47 GRCh klar, dass die Regelung nicht dazu dient, die Bestimmungen über die Zulässigkeit direkter Klagen wie der Nichtigkeitsklage bei den Unionsgerichten zu ändern.¹⁴⁰ Die Erläuterungen zur Grundrechtecharta sind gemäß Art. 6 Abs. 1 Unterabs. 3 EUV, Art. 52 Abs. 7 GRCh als Rechtserkenntnisquelle¹⁴¹ bei der Auslegung der Charta zu berücksichtigen.¹⁴²

Schließlich erscheint die Ausweitung des restriktiven Verständnisses der Klagebefugnis nicht unbedingt erforderlich, da die Betroffenen auch Rechtsschutz vor den nationalen Gerichten suchen können¹⁴³ und nationale Gerichte verpflichtet sind, den entsprechenden Rechtsschutz zu gewähren.¹⁴⁴ Insoweit liegt beim Verständnis des Europäischen Gerichtshofs keine Regelungslücke vor, wie sie von den Kritikern an dessen Rechtsprechung vorgebracht wird. Eine Neuorientierung des Gerichtshofs in dieser Frage würde auch zu einer deutlich höheren Arbeitsbelastung des Gerichtshofs führen, was zumindest eine umfassende Neuausrichtung des Gerichts zur Folge haben müsste. Anzunehmen ist, dass in diesem hypothetischen Fall fast das gesamte unionale Sekundärrecht angefochten werden würde, insbesondere in politisch schwierigen Fragestellungen wie der adäquaten Bekämpfung des Klimawandels, die eher nicht von einem Gericht, sondern von Gesetzgebungsorganen beantwortet werden sollten.

Weder das Gericht noch der Gerichtshof haben dem *Carvalho*-Verfahren überragende Bedeutung beigemessen und es jeweils in der Kammerbesetzung entschieden. Hintergrund hierfür dürfte die bei beiden Instanzen verbreitete Auffassung sein, die restriktive Auslegung der individuellen Betroffenheit im Rahmen des Art. 263 Abs. 4 AEUV beizubehalten. Die Entscheidungen des Gerichtshofs werden im Konsens der Richter gefällt, so dass nicht abschließend festgestellt werden kann, ob die einschränkende Ansicht innerhalb des Gerichts umstritten ist.

Carvalho wird nicht das einzige Verfahren bleiben, in dem sich der Gerichtshof materiell mit Fragen des Klimaschutzes befassen muss. Die Ausführungen zur Begründetheit haben gezeigt, dass sich auf Grundrechte beziehende Klagen vor dem Europäischen Gerichtshof durchaus erfolgreich sein können, da die einzelnen Verbürgungen im Lichte des geltenden Völkerrechts und da-

¹³⁹ EuG, Rs. T-771/20, *KS und KD*, ECLI:EU:T:2021:798, Rn. 41 (unter ausdrücklicher Bezugnahme auf die *Carvalho*-Entscheidung des EuGH). Siehe auch den Schlussantrag von GA Ćapeta, *KS und KD*, ECLI:EU:C:2023:901, Rn. 99 f.

¹⁴⁰ Charta-Erläuterungen, ABl. 2007 C 303/29. Dazu EuGH, Rs. C-237/17, *Canadian Solar*, ECLI:EU:C:2019:259, Rn. 83.

¹⁴¹ So ausdrücklich *Jarass* (Fn. 122), Art. 47 GRCh Rn. 82.

¹⁴² EuGH, Rs. C-583/11 P, *Inuit Tapiriit Kanatami*, ECLI:EU:C:2013:625, Rn. 97 m.w.N.

¹⁴³ EuGH, Rs. C-50/00, *Pequeños Agricultores*, Slg. 2002, I-6677 Rn. 40.

¹⁴⁴ EuGH, Rs. C-583/11 P, *Inuit Tapiriit Kanatami*, ECLI:EU:C:2013:625, Rn. 93 ff.

mit der Verpflichtungen des Pariser Klimaschutzübereinkommens verstanden werden müssen.

IV. Schlussfolgerungen

Klimaklagen vor internationalen und europäischen Gerichten sind vielfältigen Problemstellungen ausgesetzt. Die bisherige Entscheidungspraxis auf UN-Ebene erscheint uneinheitlich, da der Kinderrechtsausschuss eine deutlich größere Sympathie für die Verletzung des Rechts auf Leben durch fehlende Klimaschutzmaßnahmen der Mitgliedstaaten erkennen lässt als die Entscheidungen des IPbPR-Ausschusses. Dogmatisch besonders problematisch erscheint die Zurechnung der geltend gemachten Rechtsverletzung an einen Staat, da die Menschenrechte individuell ausgestaltet sind, im Rahmen von Klimawandelverletzungen jedoch eine kollektive Verursachung vorliegt. Im Gegensatz zu Schadenersatzklagen erscheint selbst das Herunterrechnen der einzelnen Verschmutzungsanteile bei der Verletzung von Menschenrechten (oftmals) nicht ausreichend, da der einzelne Verschmutzungsbeitrag zur Verletzung des Rechts auf Leben oder anderer menschenrechtlicher Verbürgungen nicht ausreichen dürfte. Andererseits sehen die UN-Menschenrechtsausschüsse die Auswirkungen des Klimawandels durchaus als menschenrechtliches Problem an, wie sich an den erlassenen allgemeinen Bemerkungen und dem dort vorgesehenen dynamischen Verständnis der Übereinkommen ersehen lässt. Unabhängig davon zeigen die Rechtssachen *Teitotia* und *Billy* auf, dass eine Zurechnung auch bei nicht feststehender Verursachung unter Umständen vorgenommen werden kann.

Die vor dem Europäischen Gerichtshof für Menschenrechte anhängigen Rechtssachen weisen wegen der vergleichbaren Struktur der menschenrechtlichen Verbürgungen als Individualrechte ähnliche Problemstellungen wie die Verfahren vor den UN-Menschenrechtsausschüssen auf. Insbesondere das *Duarte Agostinho*-Verfahren wird zeigen, inwieweit der Gerichtshof bereit ist, seine dynamische Auslegung der EMRK fortzuentwickeln. Überdies ist den Individualverbürgungen auf globaler und regionaler Ebene gemeinsam, dass die den Mitgliedstaaten eventuell zuzurechnenden Verletzungen aus deren positiven Verpflichtungen zum Schutz der Menschenrechte herrühren.

Strukturell anders, aber aufgrund der geltend gemachten Verletzungen der EU-Grundrechtecharta doch vergleichbar, waren die *Carvalho*-Verfahren vor dem Europäischen Gerichtshof. Dieser hielt an seiner einschränkenden Auslegung der Klagebefugnis natürlicher und juristischer Personen fest, so dass erfolgreiche Individualklagen gegen das Klimaschutzpaket der EU auch in Zukunft unwahrscheinlich sind. Bei Überwinden der Zulässigkeitschürde bestehen sowohl für Verfahren vor dem EGMR als auch vor dem EuGH aufgrund der Einbeziehung des Pariser Klimaschutzübereinkommens in die Auslegung der

Grundrechte allerdings größere Erfolgsaussichten, solange das Vorbringen auf die Einhaltung der Pariser Vorgaben und der sich aus dem Fehlen ergebenden Grundrechtsverletzungen gestützt wird. Die Kausalitätsproblematik wäre gemildert.

Die Effektivität der untersuchten internationalen und regionalen Klimaschutzklagen lässt sich nicht abschließend beurteilen. Juristisch gesehen, waren die Klagen mit einer Ausnahme allesamt nicht erfolgreich. Andererseits haben sie politisch das Problem der Auswirkungen des Klimawandels auch auf dieser Ebene vor Augen geführt und größere Aufmerksamkeit geschaffen. Dies ist, unabhängig von der eingeschränkten Rechtswirkung der Ansichten der UNAusschüsse, ein nicht zu unterschätzender Erfolg.

Insgesamt stellen Klimaschutz und Menschenrechte keine Dichotomie dar, vielmehr können internationale Klimaklagen als Mittel gegen den Klimawandel eingesetzt werden, da sie zumindest eine Beförderung des Handelns von Politik und Unternehmen in Richtung Klimaschutz bewirken können. *De lege lata* wäre eine Weiterentwicklung der Menschenrechte zu einem Menschenrecht auf Klima wünschenswert, um die oben dargestellten, nach dem bestehenden System gegebenen Schwierigkeiten zu beseitigen.

Grenzüberschreitende Klimaklagen gegen Private

Tobias Lutzi

I.	Einleitung.....	273
II.	Klagen am Unternehmenssitz	274
	A. Internationale Zuständigkeit.....	275
	B. Anwendbares Recht	276
III.	Klagen außerhalb des Unternehmenssitzes.....	277
	A. Internationale Zuständigkeit.....	278
	1. Beklagte mit Sitz in der EU.....	278
	a) Einschränkung der Kognitionsbefugnis.....	280
	b) Einschränkung der maßgeblichen Kausalkette.....	281
	2. Beklagte mit Sitz in der Schweiz, Norwegen oder Island.....	283
	3. Beklagte mit Sitz in einem Drittstaat.....	283
	B. Anwendbares Recht	284
	1. Deliktsstatut (Art. 4 Abs. 1 Rom II-VO)	284
	2. Sicherheits- und Verhaltensregeln (Art. 17 Rom II-VO).....	285
IV.	Fazit.....	287

I. Einleitung

Die Klimakrise ist nicht nur in ihrer Größe und Tragweite die wichtigste Herausforderung der Gegenwart, sondern auch in ihrer globalen Dimension. Im Juni 2022 sprach UN-Sonderberichterstatter *Ian Fry* von „der größten und umfassendsten Bedrohung für die natürliche Umwelt und die menschliche Gesellschaft, die die Welt je gesehen hat.“¹ Ursachen und Folgen der Klimakrise sind dabei jedoch keineswegs global gerecht verteilt. Vielmehr liegt der weit überwiegende Teil der Verantwortung – unabhängig von vielen Unsicherheiten im Detail – im globalen Norden; die Folgen treffen dagegen vor allem den globalen Süden.²

Umso erstaunlicher ist es, dass die grenzüberschreitende Dimension jedenfalls für die in Europa geführten Klimaklagen gegen Private bisher allenfalls eine untergeordnete Rolle gespielt hat. Das dürfte vor allem daran liegen, dass

¹ *I. Fry*, Report of the Special Rapporteur on the promotion and protection of human rights in the context of climate change: Promotion and protection of human rights in the context of climate change mitigation, loss and damage and participation (2022), A/77/226, Rn. 1 (eigene Übersetzung).

² Vgl. *Fry* (Fn. 1), Rn. 2, 8 f., 58.

selbst die von außereuropäischen Kläger:innen bisher geführten Klagen stets gegen europäische Konzerne in deren Sitzstaat erhoben wurden und sich materiell auf die *lex fori* stützten (unter II). Sollten einige dieser Klagen allerdings in letzter Instanz erfolgreich sein, erscheinen für die Zukunft auch Klagen, mit denen Konzerne vor den Gerichten anderer Staaten und nach dortigem Recht für im Ausland verursachte Emissionen oder eingetretenen Folgen verantwortlich gemacht oder an der Fortsetzung der Emissionen gehindert werden sollen, vorstellbar (unter III).

II. Klagen am Unternehmenssitz

Schon die bisher von Einzelpersonen und Verbänden vor europäischen Gerichten erhobenen Klagen gegen Unternehmen mit besonderer historischer oder gegenwärtiger Verantwortung für die Klimakrise³ weisen regelmäßig grenzüberschreitende Bezüge auf. So stehen sich etwa im öffentlichkeitswirksamen Verfahren des peruanischen Landwirts *Saúl Lliuya* gegen den deutschen Stromkonzern RWE⁴ nicht nur Parteien aus zwei weit voneinander entfernten Staaten gegenüber, der zuständige Senat hat auch tatsächlich bereits einen Beweistermin in den Anden durchgeführt.

Aus Sicht des internationalen Privat- und Zivilverfahrensrechts sind diese Verfahren gleichwohl vergleichsweise unspektakulär. Denn bisher werden sie stets am Geschäftssitz der betroffenen Unternehmen und unter Berufung auf das dort gültige Recht geführt. Auch *Lliuya* hatte in erster Instanz⁵ am Sitz der RWE AG in Essen geklagt und seine Ansprüche allein auf deutsches Recht gestützt. Zwar kann man über die Gründe hierfür nur spekulieren; neben der Qualität und Zugänglichkeit der Rechtspflege in den betroffenen Staaten, einem vermeintlichen oder tatsächlichen Wohlwollen der dortigen Gerichte⁶ und vor allem der in diesen Ländern erzielbaren Öffentlichkeitswirkung mag aber auch die Vermeidung langwieriger Rechtsstreitigkeiten über internationalprivatrechtliche Vorfragen eine Rolle spielen. Durch Klageerhebung am Unternehmenssitz begeben sich die Kläger:innen insoweit in sicheres Fahrwasser.

³ Näher zu den einzelnen Konstellationen *L. Hübner*, S. 291 f., in diesem Band; *Zeidler*, Klimahaftungsklagen. Die Internationale Haftung für die Folgen des Klimawandels (2022), 70–89.

⁴ OLG Hamm, Az. 5 U 15/17.

⁵ LG Essen, Urt. v. 15.12.2016 – 2 O 285/15.

⁶ In Deutschland insbesondere in Folge des „Klima-Beschlusses“ des BVerfG (Beschl. v. 24.3.2021 – 1 BvR 2656/18); vgl. aber auch die bei *Hübner*, S. 295, in diesem Band, nachgewiesenen, bisher durchweg klageabweisenden Entscheidungen zu privatrechtlichen Klagen.

A. Internationale Zuständigkeit

Privatrechtliche⁷ Klagen gegen Beklagte mit (Wohn-)Sitz in der Europäischen Union sind nach Art. 4 Abs. 1 EuGVVO grundsätzlich an eben jenem (Wohn-)Sitz zu erheben. Für juristische Personen definiert die Verordnung den Begriff des (Wohn-)Sitzes dabei selbst: Nach Art. 63 Abs. 1 EuGVVO liegt er sowohl am satzungsmäßigen Sitz als auch am Ort der Hauptverwaltung und am Ort der Hauptniederlassung. Folge dieser alternativen Anknüpfung ist eine erhöhte Gerichtspflicht europäischer Unternehmen.⁸

Eine Ausnahme von der Zuständigkeit der Gerichte des allgemeinen Gerichtsstands kann sich nur aus der Verordnung selbst ergeben; eine möglicherweise fehlende Sachnähe der nach der Verordnung zuständigen Gerichte (weil etwa der fragliche Sachverhalt, über den Beweis zu erheben ist, in einem anderen Staat stattgefunden hat) lässt die Zuständigkeit dagegen unberührt.⁹

Als mögliche Ausnahme vom allgemeinen Gerichtsstand nach Art. 4 Abs. 1 EuGVVO kommt in den vorliegenden Fällen allenfalls eine ausschließliche Zuständigkeit nach Art. 24 Nr. 1 EuGVVO in Betracht, wenn sich die Kläger:in auf ein dingliches Recht (z.B. ihr Eigentum) an einer in einem anderen Mitgliedsstaat belegenen Immobilie beruft. Eine „Reflexwirkung“ von Art. 24 Nr. 1 EuGVVO dahingehend, dass für Klagen gestützt auf dingliche Rechte an drittstaatlichen Immobilien kein europäischer Gerichtsstand bestünde, wird dagegen zu Recht überwiegend abgelehnt.¹⁰ Im Falle einer Klage gegen den Betrieb eines Kernkraftwerks hat der Europäische Gerichtshof zudem bereits entschieden, dass die bloße (potentielle) Betroffenheit eines Grundstücks von Emissionen noch keine ausschließliche Zuständigkeit nach Art. 24 Nr. 1 EuGVVO begründet.¹¹ Auch im Falle von Klagen, die die Kompensation oder Vermeidung negativer Klimafolgen für ein Grundstück bezwecken, bleiben die Gerichte des allgemeinen Gerichtsstands daher zuständig.¹²

Auch wenn es in diesen Konstellationen auf den ersten Blick als problematisches *forum shopping* erscheinen mag, dass sich Kläger:innen somit durch die

⁷ Für Klagen, die sich nach den Maßstäben der *lex fori* als öffentlich-rechtlich darstellen, stehen ohnehin nur die inländischen Gerichte zur Verfügung.

⁸ Vgl. H. Schack, Internationales Zivilverfahrensrecht (8. Aufl., 2021), Rn. 305.

⁹ EuGH, Rs. C-281/02, *Owusu*, ECLI:EU:C:2005:120, Rn. 45 f. Vgl. konkret für Klimaklagen auch M. Lehmann/F. Eichel, Globaler Klimawandel und Internationales Privatrecht, *RabelsZ* 83 (2019), 77, 89.

¹⁰ Vgl. nur EuGH, Rs. C-399/21, *IRnova*, ECLI:EU:C:2022:648, Rn. 34 f.; P. Manowski, in: T. Rauscher (Hrsg.), *EuZPR/EuIPR*, Bd. 1: Brüssel Ia-VO (5. Aufl., 2022), Art. 24 Rn. 6. Einschränkend aber jüngst GA Emiliou, Schlussanträge zu Rs. C-339/22, *BSH Hausgeräte*, ECLI:EU:C:2024:159, Rn. 113 ff.

¹¹ EuGH, Rs. C-343/04, *Land Oberösterreich*, ECLI:EU:C:2006:330, Rn. 30 f., 34.

¹² Vgl. auch Zeidler (Fn. 3), 171; E.-M. Kieninger, Conflicts of jurisdiction and the applicable law in domestic courts' proceedings, in: W. Kahl/M.-P. Weller (Hrsg.), *Climate Change Litigation* (2021), 119 Rn. 15.

strategische Auswahl eines bestimmten Beklagten zugleich das zuständige Gericht „aussuchen“ können, handelt es sich bei der Klage am allgemeinen Gerichtsstand des Beklagten doch gerade um den durch die EuGVVO aus Gründen der Rechtssicherheit ausdrücklich vorgegebenen Normalfall (*actor sequitur forum rei*).¹³ Dies unterstreicht auch die in Art. 8 Nr. 1 EuGVVO vorgesehene Möglichkeit, am allgemeinen Gerichtsstand eines europäischen Unternehmens zugleich etwaige in anderen Mitgliedsstaaten domizilierte Töchter zu verklagen.¹⁴

B. Anwendbares Recht

Die Berufung der Kläger:innen auf die *lex fori* ist in den genannten Fällen unproblematisch möglich. Bei Umweltschädigungen eröffnet Art. 7 Rom II-VO¹⁵ der Kläger:in ein Wahlrecht zwischen dem Recht des Schadensortes als allgemeines Deliktsstatut nach Art. 4 Abs. 1 Rom II-VO und dem Recht des Handlungsortes.¹⁶ Umweltschädigung ist dabei nach Erwägungsgrund 24 jede

„nachteilige Veränderung einer natürlichen Ressource, wie Wasser, Boden oder Luft, eine Beeinträchtigung einer Funktion, die eine natürliche Ressource zum Nutzen einer anderen natürlichen Ressource oder der Öffentlichkeit erfüllt, oder eine Beeinträchtigung der Variabilität unter lebenden Organismen.“

Regelmäßig werden hierunter auch Einwirkungen auf natürliche Ressourcen subsumiert, die nicht selbst als Schädigung erscheinen, aber etwa durch ihren Beitrag zur globalen Erderwärmung mittelbar einen Schaden verursachen.¹⁷

Handlungsort ist der Ort, an dem die Schädiger:in die maßgebliche Ursache für die Umweltschädigung entweder gesetzt hat oder zu ihrer Vermeidung hätte

¹³ Vgl. Erwägungsgrund 15 und Art. 4 Abs. 1 EuGVVO; EuGH, Rs. C-256/00, *Besix*, ECLI:EU:C:2002:99, Rn. 52; im Ergebnis ebenso *Zeidler* (Fn. 3), 179–182; *Lehmann/Eichel* (Fn. 9), 89; *P. Mankowski*, Internationalprozess- und internationalprivatrechtliche Aspekte von grenzüberschreitender Climate Change Litigation in Deutschland, in: W. Durner et al. (Hrsg.), Das sinnvoll Denkbare denken, das davon Machbare machen. Gedächtnisschrift für Arndt Schmehl (2019), 557, 559.

¹⁴ Vgl. für diese Möglichkeit EuGH, verb. Rs. C-24/16 und C-25/16, *Nintendo*, ECLI:EU:C:2017:724, Rn. 51 f.; zu Klimaklagen auch *M.-P. Weller/M.-L. Tran* Klimawandelklagen im Rechtsvergleich – private enforcement als weltweiter Trend?, ZEuP 29 (2021), 573, 594 f.

¹⁵ Verordnung (EG) Nr. 864/2007 v. 11.7.2007 über das auf außervertragliche Schuldverhältnisse anzuwendende Recht („Rom II“), ABl. 2007 L 199/40, ber. ABl. 2012 L 310/52.

¹⁶ Gemeint ist das jeweilige Sachrecht, unabhängig vom ausländischen Kollisionsrecht, Art. 24 Rom II-VO.

¹⁷ *A. Junker*, in Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch (8. Aufl., 2021), Art. 7 Rom II-VO Rn. 12; *Lehmann/Eichel* (Fn. 9), 94 f.; *Kieninger* (Fn. 12), Rn. 46; *G. van Calster*, Lex ecologia. On applicable law for environmental pollution (Article 7 Rome II), a pinnacle of business and human rights as well as climate change litigation, IPRax 2022, 441, 445 f. Ausführlich *Zeidler* (Fn. 3), 255–273.

tätig werden müssen.¹⁸ Bei Klagen gegen deutsche Unternehmen, die an deren (historische oder gegenwärtige) Emissionen durch Kraftwerke, andere Anlagen oder durch ihre Geschäftstätigkeit in Deutschland anknüpfen, können die Kläger:innen daher nach Art. 7 Rom II-VO unproblematisch deutsches Recht wählen. Bei weltweiter Geschäftstätigkeit können relevante Handlungsorte freilich auch im Ausland liegen. Grundsätzlich kommt es bei mehreren Handlungsorten für jede Schädigung auf den Ort der für sie maßgeblichen Handlung an.¹⁹ Tragen verschiedene Handlungen der Beklagten kumuliert zu weltweiten Klimaveränderungen bei, die einen einzelnen Schaden bei der Geschädigte:n verursachen, kann sich diese ggf. je nach konkretem Vorwurf auf verschiedene Handlungsorte berufen. Auch wenn die Beklagte über Tochtergesellschaften im Ausland aktiv ist, kommt es für die Bestimmung des maßgeblichen Handlungsortes darauf an, ob ihr ein eigenes Tun oder Unterlassen nur am inländischen Sitz oder auch am Ort der Auslandstätigkeit der Tochter vorgeworfen wird, oder ob ihr das Handeln der Tochtergesellschaft im Ausland sogar unmittelbar zugerechnet werden soll.²⁰

Alternativ können sich Kläger:innen nach Art. 7 i.V.m. Art. 4 Abs. 1 Rom II-VO auch auf das Recht des Schadensortes stützen. Analog²¹ zu den sogleich für die parallele Frage der internationalen Zuständigkeit der Gerichte am Schadensort näher anzustellenden Überlegungen²² kommt als solcher letztlich jeder Ort in Betracht, an dem die konkrete Kläger:in einen Schaden an einem ihrer Rechtsgüter erlitten hat. Gerade für Klagen, die im Sitzstaat des beklagten Unternehmens erhoben werden, kommt damit auch die Anwendung eines ausländischen, materiell möglicherweise günstigeren Rechts in Betracht, wenn – wie von dem peruanischen Landwirt *Saúl Lliuya* – Ersatz oder Unterlassen einer Rechtsverletzung im Ausland begehrt werden.

III. Klagen außerhalb des Unternehmenssitzes

Dass sich Kläger:innen auch zukünftig darauf beschränken werden, Unternehmen nur in ihrem jeweiligen Sitzstaat und auf Grundlage des dortigen Rechts zu verklagen, ist keineswegs ausgemacht. Denkbar erscheint sowohl, dass Gerichte Klagen gegen inländische Emittenten unter Verweis auf Genehmigun-

¹⁸ MüKo-BGB/*Junker* (Fn. 17), Art. 7 Rom II-VO Rn. 22; *H.-P. Mansel*, Internationales Privatrecht de lege lata wie de lege ferenda und Menschenrechtsverantwortlichkeit deutscher Unternehmen, ZGR 47 (2018), 439, 460.

¹⁹ MüKo-BGB/*Junker* (Fn. 17), Art. 7 Rom II-VO Rn. 22.

²⁰ Näher *Mansel* (Fn. 18), 462 f.; *van Calster* (Fn. 17), 447 f.

²¹ EuGVVO und Rom II-VO sind nach Erwägungsgrund 7 Rom II-VO „in Einklang“ ausulegen; näher *Zeidler* (Fn. 3), 203–208.

²² Unten S. 278 ff.; vgl. zur Anwendung des Rechts des Schadensortes nach Art. 7 i.V.m. Art. 4 Abs. 1 Rom II-VO auch unten S. 284 ff.

gen, die nach der *lex fori* erteilt wurden, abweisen und Kläger:innen ihr Glück daraufhin im Ausland versuchen,²³ als auch, dass Erfolge vor den Gerichten einzelner Staaten einen Anreiz für Klagen gerade dort, auch gegen ausländische Emittenten schaffen.

Damit kann jedenfalls nicht ausgeschlossen werden, dass vor deutschen Gerichten mittelfristig auch ausländische Unternehmen sowie deutsche Unternehmen nach ausländischem Recht verklagt werden. Nicht weniger wahrscheinlich erscheint, dass sich deutsche Unternehmen mit großem historischen CO₂-Fußabdruck oder gegenwärtig besonderer Bedeutung im Kampf gegen den Klimawandel (z.B. große Automobilhersteller) absehbar auch Klagen vor ausländischen Gerichten ausgesetzt sehen.²⁴

Die Frage, unter welchen Voraussetzungen Gerichte in diesen Fällen international zuständig sind und welches Recht auf sie anwendbar ist, wird vor allem dann virulent werden, wenn einige der oben genannten Klagen in letzter Instanz wenigstens teilweise erfolgreich sein sollten. In diesem Fall wird den Regeln des IZVR und IPR eine erhebliche Bedeutung als Gatekeeper zu den nationalen Gerichten und Haftungsrechten zukommen.

A. Internationale Zuständigkeit

Vorbehaltlich völkerrechtlicher Immunitäten, die insbesondere Klagen gegen Staatsbetriebe im Einzelfall entgegenstehen können,²⁵ richtet sich die internationale Zuständigkeit deutscher Gerichte für Klagen gegen ausländische Unternehmen zunächst danach, ob das beklagte Unternehmen seinen allgemeinen Gerichtsstand nach Art. 63 EuGVVO in einem Mitgliedsstaat der EU (unter 1), einem Vertragsstaat des Lugano-Übereinkommens (unter 2) oder einem Drittstaat hat (unter 3).

1. Beklagte mit Sitz in der EU

Unternehmen, deren (Wohn-)Sitz im Sinne von Art. 63 EuGVVO in einem Mitgliedsstaat der EU liegt, können gemäß Art. 4 Abs. 1 EuGVVO vor einem anderen mitgliedsstaatlichen Gericht nur nach den Regeln der EuGVVO verklagt werden. Eine Zuständigkeit deutscher Gerichte für Klagen gegen ausländische Unternehmen auf Schadensersatz für die Folgen vergangener oder auf Unterlassung zukünftiger Emissionen (bzw. mittelbar emissionssteigernder Verhaltensweisen) kann sich dabei – abgesehen vom Fall der Streitgenossen-

²³ Vgl. *Mankowski* (Fn. 13), 559.

²⁴ Der vorliegende Beitrag muss sich dabei auf die für die deutschen Gerichte maßgeblichen Normen konzentrieren, die – soweit europäischer Provenienz – allerdings auch für andere mitgliedsstaatliche Gerichte maßgeblich sind. Über die Haftungsrisiken für deutsche Unternehmen im außereuropäischen Ausland ließen sich lediglich landesspezifische, nicht aber verallgemeinerungsfähige Aussagen treffen.

²⁵ Vgl. *Kieninger* (Fn. 12), Rn. 9.

schaft nach Art. 8 Nr. 1 EuGVVO²⁶ – vor allem aus dem Deliktserichtsstand nach Art. 7 Nr. 2 EuGVVO ergeben. Insoweit hat der Europäische Gerichtshof schon früh – passenderweise im Falle einer Umweltverschmutzung²⁷ – entschieden, dass „Ort, an dem das schädigende Ereignis eingetreten ist oder eintreten droht“, sowohl der Ort des ursächlichen Geschehens²⁸ ist als auch jeder „Ort, an dem sich der Schadenserfolg verwirklicht hat“.²⁹

Zwar hat der Europäische Gerichtshof die Erfolgsortzuständigkeit wiederholt eingeschränkt – insbesondere auf den Ort des „unmittelbaren“ Schadenserfolgs³⁰ –, dennoch erscheint es bei unbefangener Lektüre nicht fernliegend, eine solche Zuständigkeit in jedem Staat zu bejahen, in dem sich Klimafolgen (wie ein abschmelzender Gletscher, aber auch ein möglicher Verlust „treibhausgasbezogener Freiheitsausübung“)³¹ unmittelbar auswirken. In welchem Maße dabei schon zur Begründung der internationalen Zuständigkeit ein hinreichender Kausalzusammenhang nachgewiesen werden muss, überlässt die EuGVVO – unter dem Vorbehalt der praktischen Wirksamkeit der Verordnung³² – dabei grundsätzlich den nationalen Prozessrechten.³³ Vor einem deutschen Gericht würde nach der Lehre von den doppelrelevanten Tatsachen³⁴ daher schon die bloße Behauptung eines hinreichenden Kausalzusammenhangs zur Begründung der internationalen Zuständigkeit genügen.³⁵ Dass die

²⁶ Dazu oben S. 275 f.

²⁷ EuGH, Rs. 21/76, *Bier*, ECLI:EU:C:1976:166. Dort ging es um eine Verunreinigung des Rheins durch ein französisches Kraftwerk, die flussabwärts zu Schäden an den gärtnerischen Anlagen der Klägerin führte.

²⁸ Dieser wird regelmäßig mit dem allgemeinen Gerichtsstand zusammenfallen, vgl. *Lehmann/Eichel* (Fn. 9), 90. Zur Handlungsortanknüpfung nach Art. 7 Rom II-VO siehe auch oben S. 276 f.

²⁹ EuGH, Rs. 21/76, *Bier*, ECLI:EU:C:1976:166, Rn. 19.

³⁰ EuGH, Rs. C-364/93, *Marinari*, ECLI:EU:C:1995:289, Rn. 15; näher unten bei Fn. 46.

³¹ Auf letztere bezogen sich insbesondere die Kläger:innen des Verfahrens vor dem LG Braunschweig (Az. 6 O 3931/21; vgl. S. 69 ff. der Klageschrift, abrufbar unter [greenpeace.de/publikationen/vw_klage_final_small_0.pdf](https://www.greenpeace.de/publikationen/vw_klage_final_small_0.pdf)). Das Gericht spricht im Urteil vom 14.2.2023, KlimR 2023, 88, von „treibhausbezogenen Freiheiten“.

³² EuGH, Rs. C-375/13, *Harald Kolassa*, ECLI:EU:C:2015:37, Rn. 60; EuGH, Rs. C-12/15, *Universal Music*, ECLI:EU:C:2016:449, Rn. 45; ähnlich auch EuGH, Rs. 365/88, *Kongress Agentur Hagen*, ECLI:EU:C:1990:203, Rn. 20.

³³ EuGH, Rs. C-375/13, *Harald Kolassa*, ECLI:EU:C:2015:37, Rn. 59 f.

³⁴ Vgl. BGHZ 132, 105, 110; *C. Heinrich*, in: H.-J. Musielak/W. Voit (Hrsg.), ZPO (20. Aufl., 2023), § 1 Rn. 20; speziell zur internationalen Zuständigkeit z.B. BGH, NJW-RR 2010, 1554, 1554 f.; *Schack* (Fn. 8), Rn. 489; in diese Richtung auch EuGH, Rs. C-387/12, *Hi Hotel*, ECLI:EU:C:2014:215, Rn. 20. Gegen eine Anwendung im Anwendungsbereich der EuGVVO allerdings mit guten Argumenten *P. Mankowski*, Die Lehre von den doppelrelevanten Tatsachen auf dem Prüfstand der internationalen Zuständigkeit, IPRax 2006, 454; *Geimer*, in: R. Geimer/R.A. Schütze, EuZVR (4. Aufl., 2020), Art. 7 Rn. 317 f. und Art. 28 Rn. 12.

³⁵ Vgl. *Lehmann/Eichel* (Fn. 9), 91. Ein Gerichtsstand für Streitgenossen nach Art. 8 Nr. 1 EuGVVO würde hiermit nicht begründet, weil Art. 8 Nr. 1 EuGVVO eine Klage am

deutschen Gerichte damit für die Folgen jeder vergangenen, gegenwärtigen und zukünftigen Emission weltweit zuständig sein sollen, soweit ein:e Kläger:in zur Anspruchsbegründung auf eine konkrete, auch nur zukünftige nachteilige Folge im Inland verweisen kann, erscheint vielen allerdings allzu weitgehend:

„Die Eigenart der Klimawandelklage, wonach der Individualschaden vom Ort des Handelns gänzlich entkoppelt ist und daher überall auftreten kann, macht die Erfolgsortzuständigkeit unkalkulierbar.“³⁶

In der Literatur werden daher schon seit Längerem Versuche unternommen, die Erfolgsortzuständigkeit für Klimaschäden einzuschränken, die sich grob in zwei Argumentationslinien unterteilen lassen.³⁷

a) *Einschränkung der Kognitionsbefugnis*

Vorgeschlagen wird erstens eine Einschränkung der Kognitionsbefugnis der nach Art. 7 Nr. 2 EuGVVO zuständigen Gerichte in Anlehnung an die Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofes zu Streudelikten gegen Persönlichkeitsrechte.³⁸ Bei diesen beschränkt der Europäische Gerichtshof seit seiner Entscheidung in der Rechtssache *Fiona Shevill* die Zuständigkeit der Erfolgsortgerichte auf den im Erfolgsortstaat eingetretenen Teil des Gesamtschadens.³⁹

Die internationale Zuständigkeit deutscher Gerichte kann in den hier relevanten Fällen auf diesem Weg allerdings nicht begrenzt werden.⁴⁰ Denn während sich bei einer Persönlichkeitsrechtsverletzungen der Schaden am betroffenen Rechtsgut auf sämtliche Veröffentlichungsstaaten verteilt,⁴¹ machen die Kläger:innen in den vorliegenden Fällen regelmäßig nur einen einzigen, auf einen einzelnen Staat begrenzten Schaden an einem bestimmten Rechtsgut geltend. Aus dieser Perspektive handelt es sich also gar nicht um ein Streudelikt.⁴² Dass sich einzelne Beklagte gleichwohl einer großen Zahl an Haftungsklagen

Wohnsitz des „Ankerbeklagten“ verlangt. Er wäre bei einer so weiten Auslegung von Art. 7 Nr. 2 EuGVVO aber auch kaum erforderlich.

³⁶ *Lehmann/Eichel* (Fn. 9), 90. Ähnlich auch *ibid.*, 91: „gänzlich zufällig, unvorhersehbar und zudem unvermeidbar.“

³⁷ Kritisch, aber ohne Festlegung auf eine Alternative, auch *A. Gharibian/N. Pieper/J. Weichbrodt*, *Climate Change Litigation – aktuelle Entwicklungen*, BB 2021, 2819, 2822.

³⁸ So *Lehmann/Eichel* (Fn. 9), 90 f.; ähnlich *Mankowski* (Fn. 13), 562, allerdings letztlich nur für den Fall mehrerer Rechtsgutverletzungen in verschiedenen Mitgliedsstaaten.

³⁹ EuGH, Rs. 68/93, *Shevill*, EUGH:EU:C: 1995:61, Rn. 30. Vgl. zu Internetpublikationen auch EuGH, verb. Rs. C-509/09 und C-161/10, *eDate*, ECLI:EU:C:2011:685, Rn. 51; EuGH, Rs. C-251/20, *Gfllix*, ECLI:EU:C:2021:1036, Rn. 29 f. m.Anm. *T. Lutzi*, NJW 2022, 768.

⁴⁰ So auch *Lehmann/Eichel* (Fn. 9), 90 f.

⁴¹ Näher *A. Bizer*, *Persönlichkeitsrechtsverletzungen in sozialen Medien* (2022), 171–173.

⁴² Ebenso *Zeidler* (Fn. 3), 208–211; *Weller/Tran* (Fn. 14), 594; *M.-P. Weller/L. Nasse/J.-M. Nasse*, *Climate Change Litigation in Germany*, in: *Kahl/Weller* (Fn. 12), 378 Rn. 35.

ausgesetzt sehen können, ist schlicht Folge der großen Zahl der von nachteiligen Klimafolgen betroffenen Personen und Rechtsgütern. Dass es in Fällen alternativer und kumulativer Kausalität unbillig erscheinen mag, einen einzigen Schädiger für den gesamten Schaden jedes einzelnen Betroffenen haften zu lassen, ist eine Herausforderung für das anwendbare materielle Recht, kann aber keine Grundlage für eine Einschränkung der Kognitionsbefugnis der Gerichte an diesem einen Schadensort sein.⁴³

Die Kläger:in kann die Kognitionsbefugnis des entscheidenden Gerichts freilich selbst durch die Formulierung ihres Begehrens beschränken. So verlangt der Kläger *Lliuya* in der bisher einzigen auf Ersatz für die Folgen vergangener Emissionen gerichteten Klage⁴⁴ lediglich Ersatz entsprechend deren historischen Anteil an den weltweiten Treibhausgasemissionen.

b) Einschränkung der maßgeblichen Kausalkette

Zweitens wird zur Vermeidung einer grenzenlosen Zuständigkeit vorgeschlagen, die relevante Kausalkette enger zu fassen: Bei einer konkreten, durch einzelne Klimafolgen (etwa ein Hochwasser) ausgelösten Rechtsgutsverletzung handele es sich nicht um den direkten, sondern lediglich um einen indirekten Folgeschaden. Denn unmittelbar wirkten sich CO₂-Emissionen nur auf das Klima selbst aus; die Verletzung eines Individualrechtsguts würde erst „zeitlich sekundär“ durch eine aus dem Klimawandel resultierende Umweltschädigung vermittelt.⁴⁵

Nach der Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs kommt es für die Bestimmung des unmittelbaren Schadens allerdings auf den Ort an, an dem die erste Verletzung eines geschützten Individualrechtsguts erfolgt ist.⁴⁶ Vor der Rechtsgutsverletzung liegende Glieder in der Kausalkette bleiben dagegen

⁴³ Umgekehrt besteht allerdings auch kein Bedarf für den Gegenvorschlag, die *eDate*-Entscheidung des Europäischen Gerichtshofs auf Klimaschäden zu übertragen (dafür *Kieninger* (Fn. 12), Rn. 24 f.), nach der bei Persönlichkeitsrechtsverletzungen im Internet wegen deren besonders schwerwiegender Folgen ein zusätzliches *forum actoris* am Interessensmittelpunkt des Klägers bestehen soll (EuGH, verb. Rs. C-509/09 und C-161/10, *eDate*, ECLI:EU:C:2011:685, Rn. 46–48). Denn der von der einzelnen Kläger:in erlittene (Klima-) Schaden verteilt sich ohnehin nur dann auf mehrere Staaten, wenn diese ausnahmsweise Opfer verschiedener Schadensereignisse in unterschiedlichen Staaten geworden ist. Dann ist eine Zuständigkeit der Gerichte jedes dieser Staaten jeweils für den dort eingetretenen Schaden aber auch konsequent und bedarf keiner Korrektur.

⁴⁴ Siehe oben Fn. 5.

⁴⁵ So *Lehmann/Eichel* (Fn. 9), 91 f.

⁴⁶ EuGH, Rs. C-364/93, *Marinari*, ECLI:EU:C:1995:289, Rn. 15; EuGH, Rs. C-350/14, *Florin Lazar*, ECLI:EU:C:2015:802, Rn. 25 (zu Art. 4 Abs. 1 Rom II-VO). Zum Kreis der geschützten Rechtsgüter näher *G. Rühl*, in: BeckOGK (Stand: 1.12.2017), Art. 4 Rom II-VO, Rn. 60 f.

unberücksichtigt. Das gilt insbesondere für Schäden an natürlichen Ressourcen.⁴⁷ Anderenfalls wäre etwa auch in dem der Entscheidung des Europäischen Gerichtshofs in der Rechtssache *Bier* zugrunde liegenden Sachverhalt der Erstscha den bereits bei Verschmutzung des Rheins in Frankreich und nicht erst bei der Bewässerung des klägerischen Gärtnereibetriebs in den Niederlanden eingetreten.⁴⁸ Auch bei Treibhausgasemissionen muss es daher auf den Ort ankommen, an dem sich der hierdurch verursachte Klimawandel konkret nachteilig auf die Rechtsgüter der Kläger:in ausgewirkt hat oder auszuwirken droht.⁴⁹ Dabei ist die Kausalkette für jede Kläger:in bis zur ersten Verletzung eines geschützten Rechtsguts zu betrachten. Wer etwa in Staat A vom tödlichen Unfall eines nahen Angehörigen in Staat B hört und dadurch einen Gesundheitsschaden erleidet, findet dort keinen Deliktgerichtsstand, da der relevante Erstscha den schon in Staat A eingetreten ist. Wessen Haus dagegen in Staat A von einer Flutwelle weggespült wird, für den liegt der maßgebliche Schadensort im Sinne von Art. 7 Nr. 2 EuGVVO durchaus in Staat A, auch wenn andere Flutopfer zuvor bereits Rechtsgutsverletzungen in Staat B erlitten haben.

Folgte man demgegenüber der vorgeschlagenen restriktiven Auslegung, so träte der relevante Schaden zudem entweder stets bereits mit der ersten schädlichen Klimaeinwirkung am Handlungsort ein; oder er wäre – wenn man auf die resultierenden Veränderungen des Weltklimas abstellte – kaum je in einem bestimmten Staat zu lokalisieren.

Das heißt freilich nicht, dass dieser Ansatz in der Praxis kein Gehör finden wird. Schon bei den Klagen, die zur Zeit gegen deutsche Unternehmen an deren allgemeinen Gerichtsstand in Deutschland geführt werden, ist mitunter ein nicht unerhebliches Unbehagen der Zivilgerichte erkennbar, mit der Entscheidung über den konkreten Anspruch eines einzelnen von Klimaschäden Betroffenen weitreichende gesellschaftliche und politische Folgen auszulösen.⁵⁰ Hierzu käme bei Klagen auf Grundlage des Deliktgerichtsstands ggf. ein weiteres Unbehagen über die Regulierung von primär im Ausland stattfindenden Tätigkeiten durch deutsche Gerichte.⁵¹

Überwindet ein deutsches Gericht dieses Unbehagen allerdings, so wäre sein Urteil grundsätzlich in allen Mitgliedsstaaten der EU – vorbehaltlich des nationalen *ordre public*⁵² – automatisch anzuerkennen und zu vollstrecken (Art. 36 Abs. 1, 39 EuGVVO). Nach dem Haager Anerkennungs- und Vollstreckungs-

⁴⁷ Vgl. *Mankowski* (Fn. 13), 561; *MüKo-BGB/Junker* (Fn. 17), Art. 7 Rom II-VO Rn. 20.

⁴⁸ Vgl. *Kieninger* (Fn. 12), Rn. 23 a.E.

⁴⁹ Ebenso *Weller/Tran* (Fn. 14), 594; *Kieninger* (Fn. 12), Rn. 23; *Zeidler* (Fn. 3), 204–206, 212 f.

⁵⁰ Vgl. *J.E. Schirmer*, ZfPW 2/2024 (im Erscheinen), sub III.; insoweit zurückhaltender noch *ders.*, Nachhaltiges Privatrecht (2022), 401.

⁵¹ In diese Richtung auch *Schirmer*, Nachhaltiges Privatrecht (Fn. 50), 401–403: „geopolitische Zurückhaltung“; *Kieninger* (Fn. 12), Rn. 10.

⁵² Art. 45 Abs. 1 lit. a EuGVVO; siehe auch unten S. 287.

übereinkommen von 2019⁵³ bestünde dagegen wohl keine Pflicht zur Anerkennung, da die deliktische Anerkennungszuständigkeit nach Art. 5 Abs. 1 lit. j nur Klagen am Handlungsort erfasst.

2. Beklagte mit Sitz in der Schweiz, Norwegen oder Island

Unternehmen, deren Sitz im Sinne von Art. 63 EuGVVO in der Schweiz, Norwegen oder Island liegt, kommen nach Art. 2 Abs. 1 LugÜ⁵⁴ in den Genuss desselben Privilegs wie Unternehmen aus Mitgliedsstaaten der Europäischen Union: Auch sie können nur nach den Regeln des Übereinkommens in einem anderen Vertragsstaat verklagt werden. Hinsichtlich einer möglichen Erfolgsortzuständigkeit vertragsstaatlicher Gerichte nach Art. 5 Nr. 3 LugÜ ergeben sich keine Unterschiede zu dem oben zu Art. 7 Nr. 2 EuGVVO Gesagten.

3. Beklagte mit Sitz in einem Drittstaat

Die internationale Zuständigkeit deutscher Gerichte für Klagen gegen drittstaatliche Unternehmen richtet sich nach autonomem deutschen Recht. Dabei werden die Regeln der ZPO über die örtliche Zuständigkeit „doppelfunktional“ angewandt und auf die Frage der internationalen Zuständigkeit übertragen.⁵⁵ Da auch der Deliktgerichtsstand des § 32 ZPO die Zuständigkeit im Sinne der sogenannten Ubiquitätslehre sowohl am Handlungs- als auch am Erfolgsort begründet,⁵⁶ stellt sich auch hier die Frage, inwieweit die Folgen, die in einem Drittstaat getätigten CO₂-Emissionen in Deutschland zeitigen, eine Erfolgsortzuständigkeit der deutschen Gerichte begründen können. Dabei sind die oben zu Art. 7 Nr. 2 EuGVVO angestellten Erwägungen übertragbar. Die deutschen Gerichte sind daher auch für Klagen gegen außereuropäische Unternehmen zuständig, soweit sich die konkrete Kläger:in auf einen an ihren Rechtsgütern unmittelbar im Inland entstandenen Schaden in Folge von Emissionen der Beklagten beruft.

Es ist allerdings zu beachten, dass ein hierauf gestütztes Urteil im Sitzstaat des Unternehmens – je nach dessen nationalem Verfahrensrecht – unter Umständen nicht anerkannt wird. Eine Pflicht zur Anerkennung besteht nur zwischen den Mitgliedsstaaten der Europäischen Union,⁵⁷ des Lugano-Überein-

⁵³ Haager Übereinkommen über die Anerkennung und Vollstreckung ausländischer Entscheidungen in Zivil- und Handelssachen v. 2.7.2019 (HAVÜ).

⁵⁴ Übereinkommen über die gerichtliche Zuständigkeit und die Anerkennung und Vollstreckung von Entscheidungen in Zivil- und Handelssachen (Lugano-Übereinkommen) v. 30.10.2007.

⁵⁵ BGHZ 115, 90; 94, 156. Ausführliche Darstellung bei T. Lutz/F.M. Wilke, Germany, in: T. Lutz/E. Piovesani/D. Zgrabljic Rotar (Hrsg.), Jurisdiction Over Non-EU Defendants (2023), 111.

⁵⁶ Vgl. nur BGHZ 184, 313, 317; Musielak/Voit/Heinrich (Fn. 34), § 32 Rn. 15.

⁵⁷ Art. 36 Abs. 1 EuGVVO.

kommens⁵⁸ und des Haager Anerkennungs- und Vollstreckungsübereinkommens.⁵⁹

B. Anwendbares Recht

Sind die deutschen Gerichte als Gerichte des Schadensortes international zuständig, so liegt es für die Kläger:in meist nahe, sich auf derselben Grundlage auf deutsches Recht zu berufen.

1. Deliktsstatut (Art. 4 Abs. 1 Rom II-VO)

In der Tat knüpft Art. 4 Abs. 1 Rom II-VO an das Recht des Staates an, „in dem der Schaden eintritt, unabhängig davon, in welchem Staat das schadensbegründende Ereignis oder indirekte Schadensfolgen eingetreten sind“. Diese Anknüpfungsmöglichkeit besteht – nach Wahl der Kläger:in – auch im Falle von Umweltschädigungen gemäß Art. 7 Rom II-VO. Im Unterschied zu sonstigen Delikten wird sie in diesem Fall auch nicht durch einen gemeinsamen Aufenthalt der Parteien oder eine engere Verbindung zu einem anderen Staat nach Art. 4 Abs. 2, 3 Rom II-VO verdrängt.⁶⁰

Der Schadensort ist dabei grundsätzlich nach den gleichen Maßstäben wie bei Art. 7 Nr. 2 EuGVVO zu bestimmen.⁶¹ Maßgeblich ist danach das Recht des Ortes, an dem der unmittelbare Erstscha den im Sinne der erstmaligen Verletzung eines geschützten Rechtsguts eingetreten ist.⁶² Mittelbare Schäden an anderen Rechtsgütern werden akzessorisch an dieses Recht angeknüpft.⁶³

Auch insoweit können sich Kläger:innen daher nach Maßgabe der oben dargestellten Kriterien⁶⁴ auf das Recht jedes Staates berufen, in dem sie eine relevante Rechtsgutsverletzung erlitten haben oder zu erleiden drohen, zu der die Schädiger:in durch ihre Emissionen beigetragen haben soll.

Für Beschränkungen der damit potentiell anwendbaren Rechte besteht hier noch weniger Raum als unter Art. 7 Nr. 2 EuGVVO: Eine Mosaikbetrachtung würde die Zahl der anwendbaren Rechtsordnungen nicht reduzieren;⁶⁵ die einzeln befürwortete⁶⁶ Übertragung des Vorhersehbarkeitsvorbehalts des für Produkthaftung maßgeblichen Art. 5 Abs. 1 UAbs. 2 Rom II-VO findet keine

⁵⁸ Art. 33 Abs. 1 LugÜ.

⁵⁹ Art. 4 Abs. 1 S. 1 HAVÜ. Näher oben S. 282 f.

⁶⁰ K. Thorn, in: Grüneberg, BGB (83. Aufl., 2024), Art. 7 Rom II-VO Rn. 6; Kieninger (Fn. 12), Rn. 47.

⁶¹ Vgl. Erwägungsgrund 7 Rom II-VO; BeckOGK/Rühl (Fn. 46), Art. 4 Rom II-VO Rn. 59.

⁶² BeckOGK/Rühl (Fn. 46), Art. 4 Rom II-VO Rn. 59 f.

⁶³ BeckOGK/Rühl (Fn. 46), Art. 4 Rom II-VO Rn. 62.

⁶⁴ Siehe oben S. 278 ff.

⁶⁵ Vgl. oben Text ab Fn. 40; ebenso Lehmann/Eichel (Fn. 9), 97.

⁶⁶ Dafür Lehmann/Eichel (Fn. 9), 105–107.

Stütze in Text und Systematik der Verordnung;⁶⁷ gegen eine Verortung des relevanten Erstschadens schon am Ort der Emission⁶⁸ spricht zusätzlich, dass Art. 7 i.V.m. Art. 4 Abs. 1 Rom II-VO auf einen spezifischen Personen- oder Sachschaden abstellt⁶⁹ und eine Gleichsetzung von Handlungs- und Erfolgsort sowohl die von Art. 4 Abs. 1 Rom II-VO gerade in den Mittelpunkt gerückte kompensatorische Dimension des Schadensersatzes⁷⁰ als auch das in Art. 7 Rom II-VO vorgesehene Wahlrecht unterminierte.

Im Ausgangspunkt muss es daher dabei bleiben, dass die Geschädigte sich auf das Recht des Staates berufen kann, in dem sie einen Schaden an einem geschützten Rechtsgut erlitten hat. Ist dies Deutschland, so kann sie auch ausländische Unternehmen vor einem deutschen Gericht nach deutschem Recht in Anspruch nehmen.

2. Sicherheits- und Verhaltensregeln (Art. 17 Rom II-VO)

Dass CO₂-Emittenten damit potentiell nach zahlreichen – um nicht zu sagen: allen – Rechtsordnungen für die Folgen ihrer Emissionen einstehen müssen, verschärft den schon innerhalb einer einzelnen Rechtsordnung nicht ohne Weiteres auflösbaren⁷¹ Konflikt zwischen einer öffentlich-rechtlich ausdrücklich erlaubten Wirtschaftstätigkeit und der Haftung für die durch sie verursachten Rechtsgutsverletzungen. Genehmigungen, die nach dem Recht des Handlungsortes erteilt wurden, drohen durch die gerade vorgestellte Erfolgsortanknüpfung unterminiert zu werden, selbst wenn sie direkt an die CO₂-Emissionen anknüpfen oder diese sogar bepreisen.

Internationalprivatrechtlich kann dieses Problem allerdings durch Art. 17 Rom II-VO abgemildert werden. Danach sind bei Beurteilung des Verhaltens der Beklagten „faktisch und soweit angemessen die Sicherheits- und Verhaltensregeln zu berücksichtigen, die an dem Ort und zu dem Zeitpunkt des haftungsbegründenden Ereignisses in Kraft sind.“ Kollidieren etwa zwei deutsche Fallschirmspringer während ihres Italienurlaubs, so hängt die Frage der Schuld daher auch bei Anwendung deutschen Rechts nach Art. 4 Abs. 2 Rom II-VO von den Regeln der zuständigen italienischen Behörde über das korrekte Verhalten im Luftverkehr ab.⁷²

⁶⁷ Ebenso *Weller/Tran* (Fn. 14), 595; *Weller/Nasse/Nasse* (Fn. 42), Rn. 57; allgemein auch *MüKo-BGB/Junker* (Fn. 17), Art. 7 Rom II-VO Rn. 20.

⁶⁸ Vgl. oben Text bei Fn. 45.

⁶⁹ So auch *Lehmann/Eichel* (Fn. 9), 96.

⁷⁰ Vgl. Vorschlag für eine Verordnung des Europäischen Parlaments und des Rates über das auf außervertragliche Schuldverhältnisse anzuwendende Recht („ROM II“), KOM(2003) 427 endg., 13.

⁷¹ Vgl. *Hübner*, S. 308, in diesem Band.

⁷² OLG Köln, NJW-RR 2020, 847.

Dass Art. 17 Rom II-VO gerade im Kontext grenzüberschreitender Klimaklagen weit zu verstehen ist und jedenfalls bestimmte öffentlich-rechtliche Genehmigungen erfasst, scheint inzwischen die deutlich überwiegende Meinung zu sein.⁷³ Nach *Jan-Erik Schirmer* stellt die Norm damit eine „geopolitische Zurückhaltung“ der nationalen Gerichte sicher.⁷⁴

Im Kontext grenzüberschreitender Emissionen mit geografisch begrenzter Wirkung wird eine Berücksichtigung allerdings bisher nur für zulässig gehalten, wenn eine Genehmigung des Staates des Handlungsortes nicht gegen Völker- und Europarecht verstößt im Wesentlichen denselben Voraussetzungen wie eine entsprechende Genehmigung im Urteilsstaat unterliegt und die Betroffenen Gelegenheit hatten, am ausländischen Verfahren mitzuwirken.⁷⁵ Jedenfalls letztere Voraussetzung lässt sich auf Treibhausgasemissionen mit weltweiten Folgen allenfalls in Gestalt einer Beteiligungsmöglichkeit vulnerabler Gruppen übertragen.⁷⁶

Aber auch darüber hinaus erscheint im vorliegenden Kontext ein großzügiges Verständnis von „Sicherheits- und Verhaltensregeln“ angezeigt – nicht zuletzt deshalb, weil Art. 17 Rom II-VO ohnehin nur eine „faktische“ und „angemessene“ Berücksichtigung der Genehmigung erlaubt. Die Norm hindert die zuständigen Gerichte also keineswegs daran, auch an am Handlungsort erlaubte Tätigkeiten Haftungsfolgen nach dem Recht des Erfolgsortes zu knüpfen; sie verlangt lediglich, dass die Gerichte die Existenz der Erlaubnis in die Prüfung miteinbeziehen.

Dies ist insbesondere mit Blick auf Zertifikate aus dem europäischen Emissionsrechtehandel relevant, die die Betreiber emissionsintensiver Anlagen in der EU seit 2005 erwerben müssen.⁷⁷ Tatsächlich hat die Rechtbank Den Haag

⁷³ Dafür etwa *F. Maultzsch*, in: BeckOGK (Stand: 1.9.2023), Art. 17 Rom II-VO Rn. 23 f.; *Lehmann/Eichel* (Fn. 9), 97–105; *M. Thöne*, Klimaschutz durch Haftungsrecht – vier Problemkreise, ZUR 2022, 323, 330; *Weller/Nasse/Nasse* (Fn. 42), Rn. 58; *Zeidler* (Fn. 3), 305–307, 320 f.; *H. Güntner*, Das nach der Rom II-VO anwendbare Recht auf Klimaklagen, insbesondere die Auswirkungen ausländischer Genehmigungen im Deliktsstatut, Bucerius Law Journal 2023, 16, 20 f.; in der Tendenz auch *M. Pasqua*, Authorisations to Emit Greenhouse Gases – A Conflict-of-Laws Perspective, Italian Review of International and Comparative Law 3 (2023), 409, 418–420; vgl. ferner bereits Vorschlag (Fn. 70), 22. A.A. *van Calster* (Fn. 17), 449.

⁷⁴ Vgl. *Schirmer* (Fn. 50), 403.

⁷⁵ MüKo-BGB/*Junker* (Fn. 17), Art. 7 Rom II-VO Rn. 36; *Grüneberg/Thorn* (Fn. 60), Art. 7 Rom II-VO Rn. 9; ähnlich *Mankowski* (Fn. 13), 567 f.

⁷⁶ Dafür *Weller/Tran* (Fn. 14), 596 f.; aus diesem Grund gegen eine Berücksichtigung im Falle von Klimaklagen *L. Hübner*, Climate Change Litigation an der Schnittstelle von öffentlichem Recht und Privatrecht – Die ausländische Anlagengenehmigung, IPRax 2022, 219, 224.

⁷⁷ Richtlinie 2003/87/EG v. 13.10.2003 über ein System für den Handel mit Treibhausgasemissionszertifikaten in der Gemeinschaft, Abl. 2003 L 275/32, zuletzt geändert mit Richtlinie (EU) 2023/959 v. 10.5.2023, Abl. 2023 L 130/134.

diese Zertifikate in ihrer vielbeachteten Entscheidung *Milieudefensie u.a. ./ Royal Dutch Shell* ausdrücklich unter Art. 17 Rom II-VO subsumiert.⁷⁸ Die Zertifikate könnten eine Haftung jedoch nur insoweit ausschließen, als sie zum einen die streitgegenständlichen Emissionen überhaupt erfassten (was nur für einen Teil der Emissionen der Fall war) und sie zum anderen auf einem Einsparungspfad beruhten, der den von der Beklagten privatrechtlich geschuldeten Einsparungen mindestens entspreche.

Eine solche Auseinandersetzung mit einer möglichen Befreiungswirkung etwaiger Emissionszertifikate und anderer öffentlich-rechtlicher Genehmigungen auf Ebene des Sachrechts erscheint die berechtigten Erwartungen der Parteien weit besser in Ausgleich zu bringen als deren generelle Nichtberücksichtigung unter Verweis auf die *lex causae*.⁷⁹ Sie erhöht zugleich die Verkehrsfähigkeit der resultierenden Entscheidungen, deren Anerkennung und Vollstreckung anderenfalls – insbesondere bei Verurteilung zur Unterlassung einer am Handlungsort erlaubten Tätigkeit – regelmäßig am *ordre public* des Handlungsortes scheitern dürfte.⁸⁰

IV. Fazit

Es ergibt sich damit das folgende Gesamtbild: A. Die bisher am Sitz der beklagten Unternehmen in Deutschland und unter Berufung auf das deutsche Recht geführten Klimaklagen sind aus Sicht des internationalen Privat- und Zivilverfahrensrechts unproblematisch möglich.

B. Kläger:innen, die einen konkreten (z.B. Flut-)Schaden in Deutschland erlitten haben oder zu erleiden drohen, können zivilrechtliche Ansprüche nach Art. 7 Nr. 2 EuGVVO bzw. § 32 ZPO darüber hinaus gegen ausländische Unternehmen vor deutschen Gerichten und nach Art. 7 i.V.m. Art. 4 Abs. 1 Rom II-VO nach deutschem Recht geltend machen – wie sie auch deutsche Unternehmen in anderen Mitgliedsstaaten der EU verklagen können, wenn sie dort einen Schaden erlitten haben.

C. Versuche, die internationale Zuständigkeit der Gerichte oder die Reichweite des Rechts des Schadensortes einzuschränken, überzeugen im Ergebnis nicht.

D. Die Anwendung der *lex loci damni* schließt es wegen Art. 17 Rom II-VO allerdings nicht aus, nach dem Recht des Ursprungsstaats erteilte Genehmigungen und Emissionszertifikate auf Ebene des Sachrechts zu berücksichtigen und

⁷⁸ Rechtbank Den Haag, Urt. v. 26.5.2021 – Az. C/09/571932 / HA ZA 19-379, *Milieudefensie u.a. ./ Royal Dutch Shell*, Rn. 4.4.46.

⁷⁹ So auch *Pasqua* (Fn. 73), 422, der allerdings vorrangig in der Emissionshandelsrichtlinie (Fn. 77) selbst eine einseitige Kollisionsnorm erblicken möchte (ibid., 422–428).

⁸⁰ Vgl. Grüneberg/*Thorn* (Fn. 60), Art. 7 Rom II-VO Rn. 9.

schaft damit einen Ausgleich zwischen dem Schutz der Opfer von Klimaschäden und den berechtigten Erwartungen der Emittenten.

Damit zeigt sich deutlich, dass es sich bei den für Klimaklagen maßgeblichen Normen um Ausnahmen vom Idealbild eines neutralen IPR (oder IZVR) handelt, welches (allein)

„der Verwirklichung der kollisionsrechtlichen Sachgerechtigkeit in dem Sinne [dient], dass Rechtsbeziehungen mit Auslandsberührung nach derjenigen materiellen Rechtsordnung beurteilt [werden], der sie nach der Fallgestaltung schwerpunktmäßig zugeordnet sind.“⁸¹

Schon die Auslegung des heutigen Art. 7 Nr. 2 EuGVVO in der Rechtssache *Bier* durch den Europäischen Gerichtshof im Sinne der Ubiquitätslehre⁸² hatte wenn nicht das Ziel, so doch jedenfalls den „willkommenen Effekt“, Geschädigte – gerade auch bei Umweltdelikten – zur grenzüberschreitenden Rechtsverfolgung zu ermutigen.⁸³ Mit Art. 7 Rom II-VO⁸⁴ hat der europäische Normgeber diesen Ansatz speziell für Umweltschädigungen in das Kollisionsrecht übertragen, um das Verursacherprinzip zu stärken, Regulierungsarbitrage zu erschweren und „zu einer Hebung des Umweltschutzes im Allgemeinen“ beizutragen.⁸⁵

Im Zusammenspiel dieser Normen stehen Kläger:innen zahlreiche Möglichkeiten der grenzüberschreitenden Durchsetzung etwaiger zivilrechtlicher Ansprüche im Kontext der Klimakrise zur Verfügung. Dabei muss eine große Zahl an möglichen Klagen aber freilich nicht mit einer großen Zahl an Erfolgen vor Gericht korrespondieren. Die Entscheidung, ob und in welchem Maße Einzelne ihren eigenen – oft verschwindend geringen – Beitrag zur Klimakrise unterlassen oder für seine Folgen haften müssen, ist richtigerweise nicht durch das IPR und IZVR, sondern durch das im Einzelfall anwendbare Sachrecht zu entscheiden.⁸⁶

⁸¹ BGHZ 75, 32, 41. Grundlegend *G. Kegel*, Begriffs- und Interessenjurisprudenz im internationalen Privatrecht, in: M. Gerwig et al. (Hrsg.), Festschrift Hans Lewald (1953), 259. Näher statt vieler *M.-P. Weller*, Vom Staat zum Menschen: Die Methodentrias des Internationalen Privatrechts unserer Zeit, *RabelsZ* 81 (2017), 747, 750–757.

⁸² Oben, bei Fn. 29.

⁸³ *Schack* (Fn. 8), Rn. 358.

⁸⁴ Dazu oben S. 276 f.

⁸⁵ Vorschlag (Fn. 70), 21 f.; vgl. auch *Mankowski* (Fn. 13), 564; ausführlich *van Calster* (Fn. 17), 442–445. Der Wirtschafts- und Sozialausschuss hielt es in seiner Stellungnahme zu dem Vorschlag für „unverkennbar, dass der Gemeinschaftsgesetzgeber mit der Durchbrechung der Grundregel durch das Wahlrecht des Geschädigten im kollisionsrechtlichen Gewand eigentlich außerhalb des Kollisionsrechts liegende Ziele verfolgt“ (ABl. 2004 C 241/1, Rn. 5.5).

⁸⁶ Vgl. auch *MüKo-BGB/Junker* (Fn. 17), Art. 7 Rom II-VO Rn. 12: „Die Herausforderungen von *Klimawandelklagen* liegen [...] nicht auf kollisionsrechtlichem, sondern auf materiellrechtlichem Gebiet [...]“.

Klimaklagen gegen Private – CO₂-Reduktionsklagen gegen deutsche Autohersteller*

Leonhard Hübner

I.	Klimawandel als Faktum?	290
II.	Zivilrecht als Regulierungsinstrument im Klimarecht	290
III.	Typologie von Klimaklagen	291
IV.	Rechtsvergleichung und Verfassungsrecht als Katalysatoren der Climate Change Litigation.....	292
	A. Paukenschlag I aus Den Haag: Das Shell-Urteil.....	292
	B. Paukenschlag II aus Karlsruhe: Der KSG-Beschluss des Bundesverfassungsgerichts.....	294
V.	Skizze der aktuellen Verfahren gegen deutsche Autohersteller.....	295
	A. Landgericht Stuttgart.....	295
	B. Landgericht München I.....	296
	C. Landgericht Braunschweig	297
	D. Landgericht Detmold	298
	E. Zwischenbefund.....	299
VI.	Die vorbeugende Unterlassungsklage analog § 1004 Abs. 1 S. 2 BGB	300
	A. Drohende Verletzung eines Rechts oder Rechtsguts im Sinne von § 823 Abs. 1 BGB.....	300
	1. Eigentum und Gesundheit	301
	2. Verletzungen des Allgemeinen Persönlichkeitsrechts	301
	3. Sonstiges Recht: Recht auf Erhalt treibhausgasbezogener Freiheitsausübung	302
	4. Zwischenergebnis	303
	B. Anspruchsgegner: Automobilhersteller als mittelbare Handlungsstörer?	304
	1. Veranlassen Autohersteller die Beeinträchtigung durch einen Dritten adäquat kausal?.....	304
	2. Möglichkeit der Autohersteller, die Beeinträchtigung zu verhindern oder abzustellen	306
	3. Pflicht zur Verhinderung der Gefahr durch unmittelbaren Handlungsstörer.....	306
	C. Duldungspflicht nach § 1004 Abs. 2 BGB	308
	D. Rechtsfolge	310
	E. Justiziabilität.....	311
	F. Ergebnis	312
VII.	Rechtspolitische Würdigung: Strategic Litigation	312
VIII.	Zusammenfassung in Thesen.....	313

* Der Verfasser dankt Herrn Wiss. Mit. *Fabian Wallner*, Frau stud. iur. *Vera Wenker* und Herrn stud. iur. *Jonas Krones* für wertvolle Hinweise. Alle Internetquellen wurden zuletzt abgerufen am 14.4.2024.

I. Klimawandel als Faktum?

„Unsere Einstellung der Zukunft gegenüber muss sein: Wir sind *jetzt* verantwortlich für das, was in der Zukunft geschieht.“¹

So der Philosoph und Soziologe *Karl Raimund Popper*. Diese Forderung gilt sicherlich auch für den Klimawandel, sind doch die vier Kernaussagen des aktuellen Sachstandsberichts des *Intergovernmental Panel on Climate Change* (IPCC) der Vereinten Nationen² unmissverständlich: (1) Der Klimawandel ist menschlich verursacht. (2) Der Klimawandel vollzieht sich schneller als bisher angenommen. (3) Veränderungen im Klimasystem werden im unmittelbaren Zusammenhang mit zunehmender Erderwärmung größer. (4) Unumkehrbare Klimaveränderungen haben bereits eingesetzt. Diese Aussagen dürften klimawissenschaftlich weitgehend unstrittig sein.

II. Zivilrecht als Regulierungsinstrument im Klimarecht

Streitig ist aber, ob das Zivilrecht das richtige juristische Werkzeug zur Bekämpfung des Klimawandels ist.³ Beispielhaft darstellen lässt sich dies an den CO₂-Reduktionsklagen gegen nahezu alle großen Autohersteller vor deutschen

¹ *K.R. Popper* im Interview mit *O. Ihlau*, Kriege führen für den Frieden, *Der Spiegel* 13/1992, 202 ff., abrufbar unter <https://www.spiegel.de/kultur/kriege-fuehren-fuer-den-frieden-a-40e49218-0002-0001-0000-000013682439>.

² *IPCC*, Synthesebericht zum Sechsten IPCC-Sachstandsbericht (2023), abrufbar unter https://www.de-ipcc.de/media/content/Hauptaussagen_AR6-SYR.pdf.

³ Für den öffentlich-rechtlichen bzw. parlamentarischen Ansatz: *T. Kuntz*, Klimaklagen und Privatrecht, *NZG* 2023, 633; *B.W. Wegener*, Menschenrecht auf Klimaschutz?, *NJW* 2022, 425 Rn. 10 f., 37 ff., der bzgl. der niederländischen Shell-Entscheidung aus Beklagtenperspektive von „einer an Willkür gemahnenden umfassenden richterlichen Entscheidungsfreiheit“ spricht; *R. Breuer*, Klimaschutz durch Gerichte?, *NVwZ* 2022, 1233, 1237, hält den Klimabeschluss des BVerfG für eine „unbefugte Teilhabe an der Gesetzgebung“; *F. Fellenberg*, Rechtsschutz als Instrument des Klimaschutzes – ein Zwischenstand, *NVwZ* 2022, 913, 913 f., 919 f., problematisiert, dass die Zivilgerichte „contra legem Verteilungsfragen klären [sollen], die in den genuinen Handlungsbereich der Politik fallen“; *G. Wagner*, Klimaschutz durch Gerichte, *NJW* 2021, 2256 Rn. 38 f., 53; für die a.A., die nicht direkt privatrechts- bzw. gerichtsskeptisch ist, sondern eine tatbestandliche Prüfung der Anspruchsgrundlagen zu bevorzugen scheint, siehe etwa *R. Verheyen/J. Franke*, Deliktsrechtlich begründete CO₂-Reduktionspflichten von Privatunternehmen, *ZUR* 2021, 624, 630 f., denen zufolge wie im Verfahren *Lluyia v. RWE* vor dem OLG Hamm „Tatbestandsmerkmale der Normen des BGB [geprüft und bewiesen werden sollen], statt pauschale Argumente zur Nichtanwendbarkeit des Rechts“ anzuführen; *W. Frank*, Climate Change Litigation – Klimawandel und haftungsrechtliche Risiken, *NJOZ* 2010, 2296, *J.E. Schirmer*, Haftung für künftige Klimaschäden, *NJW* 2023, 113; *N. Schmidt-Ahrendts/V. Schneider*, Gerichtsverfahren zum Klimaschutz, *NJW* 2022, 3475 Rn. 29 ff., 38 ff., 49, 55.

Gerichten: BMW, Mercedes-Benz und Volkswagen. Ziel der Kläger ist die Einstellung der Produktion von Verbrennerautos vor 2030 bzw. vor 2035. Dieses Klageziels kann nur vor dem Hintergrund europäischer Regelungen verstanden werden: Politisch vereinbart ist das EU-weite „Verbrenneraus“, also das Verbot der Neuzulassung von CO₂-emittierenden Kraftfahrzeugen, ab dem Jahr 2035.⁴ Es geht den Klägern also darum, das politisch konsentrierte Verbrenneraus auf dem Rechtsweg um 5 Jahre vorzuverlegen. Darauf wird unten bei der rechtspolitischen Würdigung solcher Klagen zurückzukommen sein.⁵

III. Typologie von Klimaklagen

Um die in diesem Beitrag diskutierten Klimaklagen einordnen zu können, muss die „Landschaft der Klimaklagen“ vermessen werden.⁶ Da sind zum einen vertikale Klimaklagen des Bürgers gegen den Staat.⁷ Beispiele sind verwaltungsrechtliche Klagen⁸ und Verfassungsbeschwerden, wie die Verfassungsbeschwerde, die zum KSG-Beschluss des Bundesverfassungsgerichts aus dem Jahr 2021 geführt hat,⁹ die dem sogenannten Urgenda-Verfahren zugrunde liegende Klage¹⁰ in den Niederlanden oder Klagen vor dem Europäischen Gerichtshof für Menschenrechte.¹¹ Zum anderen sind da horizontale Klimaklagen. Sie betreffen die Domäne des Privatrechts. Hier klagen Bürger gegen Bürger.¹²

⁴ Verordnung (EU) 2023/851 v. 19.4.2023 zur Änderung der Verordnung (EU) 2019/631 im Hinblick auf eine Verschärfung der CO₂-Emissionsnormen für neue Personenkraftwagen und für neue leichte Nutzfahrzeuge im Einklang mit den ehrgeizigeren Klimazielen der Union, ABl. 2023 L 110/12, Art. 1 Abs. 1 lit. b.

⁵ Siehe unten S. 312 f.

⁶ Vgl. auch *J. Saurer*, Strukturen gerichtlicher Kontrolle im Klimaschutzrecht – Eine rechtsvergleichende Analyse, ZUR 2018, 679.

⁷ *Fellenberg* (Fn. 3), 918 f.

⁸ VG Berlin, NVwZ 2020, 1289.

⁹ BVerfGE 157, 30.

¹⁰ Rechtbank Den Haag, Urt. v. 24.6.2015 – C09456689 C/09/456689 / HA ZA 13-1396 (Urgenda I); Gerechtshof Den Haag, Urt. v. 9.10.2018 – C09456689 C/09/456689/ HA ZA 13-1396 (Urgenda II); Hoge Raad, Urt. v. 20.12.2019 – 1900135 19/00135 (Urgenda III); *B.W. Wegener*, Urgenda – Weltrettung per Gerichtsbeschluss?, ZUR 2019, 3. Siehe zudem Advice to the Supreme Court: Court of Appeal judgment in the climate case Urgenda can be upheld, abrufbar unter <https://www.hogeraad.nl/actueel/nieuwsoverzicht/2019/september/advice-to-the-supreme-court-court-appeal-judgment-the-climate-case/>.

¹¹ EnK-Aktuell 2023, 01088; *Verein KlimaSeniorinnen Schweiz et al. v. Switzerland*, 53600/20; *Duarte Agostinho et al. v. Portugal and 32 Others*, 39371/20; vgl. auch *T. Groß*, Die Ableitung von Klimaschutzmaßnahmen aus grundrechtlichen Schutzpflichten, NVwZ 2020, 337, 338 ff.; vgl. auch *S. Schmahl*, Internationale Klimaklagen aufgrund von Menschenrechtsverträgen: sinnvoll oder vergeblich?, JZ 2022, 317, 320.

¹² *Fellenberg* (Fn. 3), 918 f.

Innerhalb der horizontalen Klimaklagen lässt sich nochmals nach dem Klageziel differenzieren, konkret zwischen Klagen auf Entschädigung für bereits eingetretene Schäden (Klimahaftungsklagen) und Klagen auf Vorbeugung für potentiell künftige Schäden (Klimaschutzklagen).¹³ Teilweise spricht man auch von nach- und vorgelagerten Klimaklagen.¹⁴ Der Fokus des vorliegenden Beitrags liegt allein auf vorbeugenden, also vorgelagerten Klimaklagen.

IV. Rechtsvergleichung und Verfassungsrecht als Katalysatoren der Climate Change Litigation

Zunächst stellt sich die Frage, woher der Trend hin zu solchen vorbeugenden Klimaklagen kommt. Wovon haben sich die jeweiligen Kläger inspirieren lassen?

A. Paukenschlag I¹⁵ aus Den Haag: Das Shell-Urteil

Referenzpunkt für erfolgreiche Klimaklagen ist ein Verfahren gegen den Ölkonzern Shell vor dem Bezirksgericht in Den Haag aus dem Jahr 2021.¹⁶ Die Kläger machten erfolgreich geltend, dass Shell seine Emissionen, inklusive der sogenannten Scope 3-Emissionen, drastisch reduzieren muss.¹⁷ Als Anspruchsgrundlage zieht das Gericht die Generalklausel des niederländischen Deliktsrechts heran (Art. 6:162 Abs. 2 des niederländischen Bürgerlichen Gesetzbuchs). Es konzentriert sich bei seiner Prüfung auf die Frage, ob aus dem dort enthaltenen ungeschriebenen Sorgfaltsmaßstab eine Pflicht für den gesamten Shell-Konzern zur Reduzierung der Treibhausgasemissionen abgeleitet werden

¹³ Schmidt-Ahrendts/Schneider (Fn. 3), Rn. 23 f.; M. Rodi/M. Kalis, Klimaklagen als Instrumentarium des Klimaschutzes, KlimR 2022, 5, 6.

¹⁴ Es werden verschiedene Begriffe verwendet, z.B. „rückwärtsgewandte“ und „vorwärtsgewandte“ Klimaklagen, Schirmer (Fn. 3), Rn. 2 f.; „zukunftsorientierte“ und „vergangenheitsorientierte Klimaklagen“, P. Abel, Zukunftsgerichtete zivilrechtliche Klimaklagen und das Grundgesetz, NJW 2023, 2305; auch von „kompensatorischen Klagen“ bzw. „CO₂-Reduktionsklagen“ ist die Rede, M.P. Weller/C. Radke, Klimaklagen vor deutschen Gerichten, in: Stiftung Gesellschaft für Rechtspolitik, Trier/Institut für Rechtspolitik an der Universität Trier (Hrsg.), Bitburger Gespräche: Jahrbuch 2023, Strategic Litigation – die Durchsetzung kollektiver Interessen vor deutschen Gerichten (2024), 35, 42.

¹⁵ Zum Begriff des „Paukenschlags“ Groß (Fn. 11), 337; Verheyen/Franke (Fn. 3), 624.

¹⁶ The Hague District Court, Urt. v. 26.4.2021 – C/09/571932/HA ZA 19-379 (Auszug aus den Entscheidungsgründen in englischer Sprache abgedruckt in ZUR 2021, 632; Auszug aus den Entscheidungsgründen in deutscher Sprache abgedruckt in EWeRK 2021, 163).

¹⁷ The Hague District Court, ZUR 2021, 632, 633 unter 4.4.5 = EWeRK 2021, 163, 171; vgl. auch Verheyen/Franke (Fn. 3), 625; rechtsvergleichend zum Klimabeschluss des BVerfG: F. Eckardt, Klimaklagen gegen Unternehmen – Das Den Haager Shell-Urteil, KlimR 2022, 15.

kann. Das Gericht bejaht dies, indem es verschiedene Aspekte zu einer Sorgfaltspflicht kombiniert und verdichtet,¹⁸ namentlich: (1) die konzernweite Unternehmenspolitik; (2) die dem Konzern zuzurechnenden CO₂-Emissionen; (3) die Folgen der CO₂-Emissionen für die Niederlande und die Wattenregion; (4) das Recht auf Leben und das Recht auf Achtung des Privat- und Familienlebens der niederländischen Bevölkerung und der Bewohner der Wattenregion; (5) die UN-Leitprinzipien (UNGP);¹⁹ (6) Kontrolle und Einfluss des Konzerns auf seine CO₂-Emissionen und seine Geschäftsverbindungen; (7) die Erfordernisse zur Verhinderung des gefährlichen Klimawandels; (8) mögliche Reduktionswege; (9) die doppelte Herausforderung, den gefährlichen Klimawandel einzudämmen und den wachsenden Energiebedarf der Weltbevölkerung zu decken; (10) die Emissionshandelssysteme und Betriebsgenehmigungen; (11) die Wirksamkeit der Reduktionsverpflichtung des Konzerns; (12) die Verantwortung von Staat und Gesellschaft; (13) die mit der Einhaltung der Reduktionspflicht verbundene Belastung für den Konzern und (14) die Verhältnismäßigkeit der Reduktionsverpflichtung.

Zentral für das Verständnis der Entscheidung ist die klimabilanzielle Zurechnung von Emissionen zu dem jeweiligen Unternehmen: die sogenannten Scope 1- bis 3-Emissionen. Diese lassen sich grob wie folgt unterscheiden:

„Die Scope 1-Emissionen sind Emissionen, die die berichtende Gesellschaft, in dem Fall die Muttergesellschaft *Shell plc*, selbst ausstößt; ihr zugerechnet werden nach der Scope 1 auch die konzernangehörigen Gesellschaften. Die Scope 2-Emissionen sind die Emissionen, die bei der Gewinnung der von dritter Seite bezogenen Energie anfallen. Die Scope 3-Emissionen knüpfen an die Wertschöpfungskette an. Zugerechnet werden hiernach einerseits Emissionen, die *upstream*, mithin in der Lieferkette ‚weiter oben‘, anfallen (angefangen von der Rohstoffgewinnung über Vorprodukte bis hin zur Fertigung des Endproduktes). Zugerechnet werden aber auch die Emissionen *downstream*, die bei der Auslieferung und schließlich der Nutzung der Produkte durch die Endverbraucher entstehen.“²⁰

Im Fall von Shell bedeutet dies Folgendes: Shell emittiert *upstream* etwa bei der Erdölförderung und dem Raffinieren des Rohöls. *Downstream* entstehen

¹⁸ The Hague District Court, ZUR 2021, 632, 633 = EWeRK 2021, 163, 171 (unter 4.4.2–4.5.3, wobei die Entscheidungsgründe jeweils nochmals in einzelne Aspekte und entsprechende Ausführungen untergliedert werden).

¹⁹ UN-Leitprinzipien für Wirtschaft und Menschenrechte, abrufbar unter <https://www.auswaertiges-amt.de/blob/266624/b51c16faf1b3424d7efa060e8aaa8130/un-leitprinzipien-de-data.pdf>.

²⁰ Weller/Radke (Fn. 14), 48; zur Definition der verschiedenen Scope 1–3-Emissionen siehe Greenhouse Gas Protocol. A Corporate Accounting and Reporting Standard (2004), 25, 27 ff., 45, abrufbar unter <https://ghgprotocol.org/sites/default/files/standards/ghg-protocol-revised.pdf>; speziell zu den Scope 3-Emissionen und den Begriffen „upstream“ und „downstream“ siehe Greenhouse Gas Protocol. Corporate Value Chain (Scope 3) Accounting and Reporting Standard. Supplement to the GHG Protocol Corporate Accounting and Reporting Standard (2011), 8, 29 ff., abrufbar unter https://ghgprotocol.org/sites/default/files/standards/Corporate-Value-Chain-Accounting-Reporting-Standard_041613_2.pdf.

Emissionen beim Verbrennen des Kraftstoffs in Flugzeugen und Fahrzeugen, und das auf der ganzen Welt. Der Scope 3-Anteil ist somit der „Löwenanteil“ der Emissionen, die das Haager Gericht in seinem Urteil Shell zugerechnet hat.²¹ Aus deutscher Sicht ist eine solche Begründung haftungsrechtlich bemerkenswert, da alle klimabilanziellen Auswirkungen somit für die Begründung der zivilrechtlichen Haftung Shells herangezogen werden.

Das Bezirksgericht in Den Haag ordnete nach einer 45-seitigen (!) Begründung erstinstanzlich an, dass Shell seine Treibhausgasemissionen bis zum Jahr 2030 um 45 % im Vergleich zum Referenzjahr 2019 reduzieren muss.²² Auch wenn Shell gegen das Urteil Berufung eingelegt hat, muss es dennoch mit dessen Umsetzung beginnen, da das Urteil für vorläufig vollstreckbar erklärt wurde.²³

B. Paukenschlag IP²⁴ aus Karlsruhe: Der KSG-Beschluss des Bundesverfassungsgerichts

Als zweiter Entwicklungsstrang ist der KSG-Beschluss des Bundesverfassungsgerichts als *Modern Classic* zu nennen.²⁵ Bedeutung für das Zivilrecht haben vor allem die Ausführungen zur intertemporalen Freiheitssicherung,²⁶ so jedenfalls die Kläger in den Verfahren gegen die Autohersteller:

„Als intertemporale Freiheitssicherung schützen die Grundrechte den Einzelnen vor einer umfassenden Freiheitsgefährdung durch einseitige Verlagerung der durch Art. 20a GG aufgegebenen Treibhausgasminderungslast in die Zukunft.“²⁷

²¹ Weller/Radke (Fn. 14), 49.

²² The Hague District Court, ZUR 2021, 632, 637 = EWeRK 2021, 163, 180.

²³ The Hague District Court, EWeRK 2021, 163, 181.

²⁴ Von einem „weiteren Paukenschlag“ sprechen F. Ekardt/F. Heß, Intertemporaler Freiheitsschutz, Existenzminimum und Gewaltenteilung nach dem BVerfG-Klima-Beschluss, ZUR 2021, 579, 580.

²⁵ Breuer (Fn. 3), 1233, spricht z.B. von einer „unbefugte[n] Teilhabe an der Gesetzgebung“ und der „bedenkliche[n] Tendenz zu einer [...] Rollenverkehrung und illusionären Erwartungen“ durch „vorausseilende [...] Ziel- und Reduktionsfixierungen“; C. Degenhart, Entscheidung unter Unsicherheit – die Pandemiebeschlüsse des BVerfG, NJW 2022, 123 Rn. 1, 20, 22; vgl. allgemein sehr kritisch zur Handhabung des eigenen Prüfungsmaßstabes des BVerfG C. Hillgruber, Ohne rechtes Maß? – Eine Kritik der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts nach 60 Jahren, JZ 2011, 861.

²⁶ BVerfGE 157, 30 Rn. 122, 183.

²⁷ Klageschrift der Deutschen Umwelthilfe v. BMW v. 21.9.2021, 7, 29, 48, abrufbar unter https://www.duh.de/fileadmin/user_upload/download/Pressemitteilungen/Umweltpolitik/Klimaschutz/Klageschrift_BMW.pdf; Klageschrift der Deutschen Umwelthilfe v. Mercedes Benz v. 21.9.2021, 7, 29, 48, abrufbar unter https://www.duh.de/fileadmin/user_upload/download/Pressemitteilungen/Umweltpolitik/Klimaschutz/Klageschrift_Mercedes-Benz.pdf; vgl. BVerfGE 157, 30 Rn. 183.

In dem Gedanken der intertemporalen Freiheitssicherung sehen die Kläger also die dogmatische Grundlage, aus der sie schon heute Pflichten der Autohersteller ableiten wollen. Das klägerische Begehren zielt mithin auf vorbeugenden Rechtsschutz. Für die Kläger spricht insbesondere, dass, wie das Bundesverfassungsgericht formuliert,

„praktisch jegliche Freiheit betroffen ist, weil heute nahezu alle Bereiche menschlichen Lebens mit der Emission von Treibhausgasen verbunden sind [...] und damit nach 2030 von drastischen Einschränkungen bedroht sein können“.²⁸

In den Klageschriften leiteten die Kläger daraus nicht nur eine Verletzung ihres Eigentumsrechts und ihres Allgemeinen Persönlichkeitsrechts ab, sondern versuchten, ebenso ein „Recht auf Erhalt treibhausgasbezogener Freiheitsausübung“ als sonstiges Recht im Sinne von § 823 Abs. 1 BGB zu begründen.²⁹

V. Skizze der aktuellen Verfahren gegen deutsche Autohersteller

A. Landgericht Stuttgart

Das Landgericht Stuttgart³⁰ wies kürzlich eine von der Deutschen Umwelthilfe unterstützte Klage mehrerer Privatkörper gegen den Automobilhersteller Mercedes-Benz als unbegründet ab. Die Kläger machten vorbeugende Unterlassungsansprüche aus den §§ 1004, 823 BGB geltend. Sie beantragten, dass bis zum 30.10.2030 der Verkauf von neuen Personenkraftwagen mit Verbrennungsmotoren, die (bezogen auf eine Fahrleistung von 200.000 km) insgesamt mehr als 516 Millionen Tonnen CO₂ ausstoßen,³¹ verboten werden sollte; ab dem 30.10.2030 sollte ein generelles Verkaufsverbot für Fahrzeuge mit Verbrennungsmotoren gelten.³² Die Kläger stützten sich dabei auf ihr Allgemeines Persönlichkeitsrecht, das auch durch die §§ 1004, 823 Abs. 1 BGB (analog) geschützt wird.³³

Das Gericht führt hingegen aus, dass das beanstandete Verhalten der Beklagten keine Rechte der Kläger rechtswidrig verletzt.³⁴ Die Auswirkungen der

²⁸ Klageschrift der Deutschen Umwelthilfe v. BMW bzw. Mercedes Benz (Fn. 27), 55 unter Rekurs auf BVerfGE 157, 30 Rn. 117.

²⁹ Klageschrift Greenpeace v. Volkswagen v. 8.11.2021, 69 ff., abrufbar unter https://www.greenpeace.de/publikationen/vw_klage_final_small_0.pdf; Klageschrift U. Allhoff-Cramer v. Volkswagen v. 9.11.2021, 72 ff., abrufbar unter https://www.greenpeace.de/publikationen/2021-11-09%20-%20Klage_Landwirt.pdf.

³⁰ LG Stuttgart, BeckRS 2022, 23882; inzwischen wurde auch die Berufung zurückgewiesen, OLG Stuttgart, Urt. v. 8.11.2023 – 12 U 170 22 – juris Rn. 48 ff.

³¹ Klageschrift Deutsche Umwelthilfe v. Mercedes Benz (Fn. 27), 22 ff., 31 f.

³² LG Stuttgart, BeckRS 2022, 23882 Rn. 6.

³³ BVerfGE 114, 339 Rn. 25; BGH, NJW 2016, 1094 Rn. 26 ff.

³⁴ LG Stuttgart, BeckRS 2022, 23882 Rn. 19.

weiteren Produktion von Verbrennungsmotoren durch die Beklagte auf die Lebensführung der Kläger sind nach Ansicht des Gerichts völlig ungewiss und lassen daher keine Interessenabwägung zwischen den möglicherweise beeinträchtigten Interessen der Kläger und den entgegenstehenden Rechten der Beklagten zu.³⁵ Ein rechtswidriger Eingriff in das Allgemeine Persönlichkeitsrecht der Kläger durch die Produktion von Verbrennungsmotoren könne daher nicht festgestellt werden.³⁶ Weiter heißt es in den Entscheidungsgründen,

„dass [d]ie von den Klägern begehrte Rechtsfolge [...] im Widerspruch zu der verfassungsrechtlichen Aufgabenverteilung zwischen Gesetzgebung und Gerichtsbarkeit [steht], die dem Gesetzgeber die wesentlichen Entscheidungen für die Ausgestaltung des gesellschaftlichen Lebens und der Lebensbedingungen zuweist.“

Entsprechend des Klimabeschlusses des Bundesverfassungsgerichts³⁷ sei es die Aufgabe des Gesetzgebers, quantifizierbare Grenzen bezüglich der Erderwärmung, den Emissionsmengen und der Reduktionsvorgaben zu treffen. Demgegenüber seien die Gerichte „nur“ dafür verantwortlich, „die geltenden Gesetze unter Beachtung der verfassungsrechtlichen Vorgaben anzuwenden.“³⁸

B. Landgericht München I

Auch das Landgericht München I³⁹ wies kürzlich eine vergleichbare Klage mehrerer von der Deutschen Umwelthilfe unterstützter Privatkörper gegen den Automobilhersteller BMW als unbegründet ab. Begründet wird das damit, dass die nach § 1004 BGB erforderliche rechtswidrige Rechts- oder Rechtsgutsverletzung derzeit nicht gegeben sei.⁴⁰ Eine Überschreitung des von der Deutschen Umwelthilfe für die Beklagte errechneten CO₂-Budgets würde nach Ansicht der Kläger künftig zu drastischen Freiheitseinschränkungen durch den Staat führen, um Emissionsminderungsziele zu erreichen.⁴¹ Dies würde ihr Allgemeines Persönlichkeitsrecht gefährden.⁴²

Im Rahmen des Allgemeinen Persönlichkeitsrechts als Rahmenrecht indiziert ein möglicher Eingriff in den Schutzbereich nicht zugleich dessen Rechtswidrigkeit, sondern muss positiv festgestellt werden. Dies erfordert eine umfassende Abwägung der im konkreten Einzelfall betroffenen widerstreitenden

³⁵ LG Stuttgart, BeckRS 2022, 23882 Rn. 23.

³⁶ LG Stuttgart, BeckRS 2022, 23882 Rn. 23.

³⁷ BVerfGE 157, 30, Rn. 213, 252.

³⁸ LG Stuttgart, BeckRS 2022, 23882 Rn. 25.

³⁹ LG München I, BeckRS 2023, 2861. Das OLG München, BeckRS 2023, 30283, hat die Berufung des Klägers abgewiesen: die Klage sei aufgrund des Gewaltenteilungsgrundsatzes unbegründet.

⁴⁰ LG München I, BeckRS 2023, 2861 Rn. 49.

⁴¹ LG München I, BeckRS 2023, 2861 Rn. 17.

⁴² LG München I, BeckRS 2023, 2861 Rn. 17.

Güter und Interessen.⁴³ Hinsichtlich der Rechtswidrigkeit des Eingriffs in das Allgemeine Persönlichkeitsrechts kommt das Landgericht München I zu dem Ergebnis, dass ein rechtswidriger Verstoß nicht vorliegen könne, wenn die Beklagte alle gesetzlichen Vorgaben erfüllt.⁴⁴ Daher läge – zumindest zum jetzigen Zeitpunkt – keine rechtswidrige Verletzung eines geschützten Interesses vor.⁴⁵

C. Landgericht Braunschweig

In dem vor dem Landgericht Braunschweig⁴⁶ geführten Verfahren gegen Volkswagen beehrten die von Greenpeace unterstützten Privatkläger die Unterlassung der Produktion von Verbrennungsmotoren über das Jahr 2029 hinaus und die Sicherstellung einer Reduzierung der Treibhausgasemissionen um 65 % gegenüber dem Jahr 2018 auf der Grundlage erklärter wissenschaftlicher Standards.⁴⁷ Diesen Anspruch stützen die Kläger ebenfalls auf §§ 1004 Abs. 1, 823 Abs. 1 BGB analog. Sie beriefen sich auf eine Verletzung ihres Eigentums, ihrer Gesundheit und des Rechts auf Erhalt treibhausgasbezogener Freiheit.⁴⁸ Sie machten geltend, dass ein solches Recht nach der Klima-Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts von den Zivilgerichten neu anzuerkennen und in den Schutzrechtekanon des § 823 Abs. 1 BGB aufzunehmen sei.⁴⁹

Das Gericht wies die Klage jedoch als unbegründet zurück und stützte sein Urteil auf § 1004 Abs. 2 BGB.⁵⁰ Die Kammer lässt offen, ob eine hinreichend konkrete Beeinträchtigung der Rechte und/oder Rechtsgüter der Kläger vorliegt,⁵¹ ob die Beklagte als Störerin anzusehen ist oder ob ihr Verhalten als adäquat kausal für drohende Beeinträchtigungen angesehen werden kann.⁵² Stattdessen urteilt das Gericht, dass die Kläger jedenfalls eine mögliche Beeinträchtigung hinnehmen müssen.⁵³

Nach dem Landgericht Braunschweig können von Privaten keine Maßnahmen verlangt werden, wenn schon der Staat nicht verpflichtet ist, weitere Maßnahmen zu ergreifen, um seiner Schutzpflicht nachzukommen. Dies gelte zu-

⁴³ LG München I, BeckRS 2023, 2861 Rn. 51, 62.

⁴⁴ LG München I, BeckRS 2023, 2861 Rn. 64 ff.

⁴⁵ LG München I, BeckRS 2023, 2861 Rn. 61, 71.

⁴⁶ LG Braunschweig, Urt. v. 14.2.2023 – 6 O 3931/21 – juris.

⁴⁷ LG Braunschweig, Urt. v. 14.2.2023 – 6 O 3931/21 – juris Rn. 32 ff.

⁴⁸ LG Braunschweig, Urt. v. 14.2.2023 – 6 O 3931/21 – juris Rn. 9, 13 f., 10 ff., 65.

⁴⁹ Klageschrift Greenpeace v. Volkswagen (Fn. 29), 7, 69 ff.; LG Braunschweig, Urt. v. 14.2.2023 – 6 O 3931/21 – juris Rn. 65.

⁵⁰ LG Braunschweig, Urt. v. 14.2.2023 – 6 O 3931/21 – juris Rn. 72 ff.

⁵¹ LG Braunschweig, Urt. v. 14.2.2023 – 6 O 3931/21 – juris Rn. 102, durch die Einhaltung gesetzlicher Grenzwerte und Vorgaben werde die Unwesentlichkeit der Beeinträchtigung indiziert.

⁵² LG Braunschweig, Urt. v. 14.2.2023 – 6 O 3931/21 – juris Rn. 72, 130.

⁵³ LG Braunschweig, Urt. v. 14.2.2023 – 6 O 3931/21 – juris Rn. 73.

mindest dann, wenn sich die Emissionen der Privaten innerhalb der gesetzlichen Grenzen bewegen.⁵⁴ Das Gericht kommt daher zu dem Schluss, dass der Anspruch gemäß § 1004 Abs. 2 BGB aufgrund einer Duldungspflicht der Kläger ausgeschlossen ist.

D. Landgericht Detmold

Das jüngste Urteil des Landgerichts Detmold vom 24.2.2023⁵⁵ wurde von einem von Greenpeace unterstützten Privatkläger gegen Volkswagen erwirkt. Der Kläger beantragte, dass nach Ablauf des Jahres 2029 keine mit Verbrennungsmotor ausgestatteten Personenkraftwagen und leichten Nutzfahrzeuge in den Verkehr gebracht werden dürfen;⁵⁶ bis ins Jahr 2029 dürften maximal 17 % der in den Verkehr gebrachten Personenkraftwagen und leichten Nutzfahrzeuge mit Verbrennungsmotoren ausgerüstet sein.⁵⁷

Der Kläger stützte seinen Anspruch auf § 1004 Abs. 1 S. 1, § 1004 Abs. 1 S. 2 BGB und auf die Verletzung seines Eigentums, seiner Gesundheit und seines Rechts auf Wahrung der treibhausbezogenen Freiheiten.⁵⁸ Wie auch die anderen Gerichte wies das Landgericht Detmold die Klage als unbegründet ab.⁵⁹ Das Gericht stellt fest, dass weder der Anspruch aus § 1004 Abs. 1 S. 1 noch der Anspruch aus § 1004 Abs. 1 S. 2 BGB auf ein bestimmtes Handeln der Beklagten gerichtet ist.⁶⁰ Grundsätzlich müsse es dem Beklagten überlassen bleiben, wie er eine bereits eingetretene Beeinträchtigung beseitigt oder eine ernsthaft drohende Beeinträchtigung verhindert. Die Rechte des Störers dürfen nicht stärker eingeschränkt werden, als dies zum Schutz des Klägers vor der Beeinträchtigung seiner Rechte erforderlich ist. Das Gericht kam auch zu dem Schluss, dass nicht erwiesen sei, dass die vom Kläger behaupteten Beeinträchtigungen nur durch die konkret geforderten Maßnahmen beseitigt oder verhindert werden könnten. Es seien verschiedene Alternativen denkbar, wie die vom Kläger behaupteten Beeinträchtigungen seiner Rechte beseitigt oder verhindert werden könnten.⁶¹ Darüber hinaus entschied das Gericht, dass das Recht auf Wahrung der treibhausgasbezogenen Freiheiten kein „sonstiges Recht“ im Sinne des § 823 Abs. 1 BGB ist, da es sich nicht um ein *erga omnes* wirkendes Recht handelt.⁶²

⁵⁴ LG Braunschweig, Urt. v. 14.2.2023 – 6 O 3931/21 – juris Rn. 104.

⁵⁵ LG Detmold, BeckRS 2023, 2862.

⁵⁶ LG Detmold, BeckRS 2023, 2862 Rn. 8, 10.

⁵⁷ LG Detmold, BeckRS 2023, 2862 Rn. 15.

⁵⁸ LG Detmold, BeckRS 2023, 2862 Rn. 1.

⁵⁹ LG Detmold, BeckRS 2023, 2862 Rn. 12.

⁶⁰ LG Detmold, BeckRS 2023, 2862 Rn. 14 f.

⁶¹ LG Detmold, BeckRS 2023, 2862 Rn. 15.

⁶² LG Detmold, BeckRS 2023, 2862 Rn. 18.

E. Zwischenbefund

In den vier skizzierten Verfahren wollten die Deutsche Umwelthilfe und Greenpeace – genauer: ihre Geschäftsführer und diesen nahestehende Personen als Kläger – die beklagten Autohersteller bereits ab 2030 bzw. vor 2035 zu einem Ende der Produktion von Verbrennerautos verpflichten. Im Kern ging es also um ein zivilgerichtliches Verbot von künftigem Verhalten, und es handelte sich um vorbeugende Unterlassungsklagen aus § 1004 Abs. 1 S. 2 BGB. Gemein ist allen vier Verfahren, dass die angerufenen Gerichte die Klagen abgewiesen haben: zwei Klagen gegen Volkswagen⁶³ sowie je eine gegen Mercedes-Benz⁶⁴ und BMW⁶⁵.⁶⁶ Die Begründungen überschneiden sich teilweise und lassen sich grob wie folgt zusammenfassen: (1) Eine konkret drohende Rechts- oder Rechtsgutsverletzung wurde verneint. (2) Zivilrechtliche Kernfragen wie vor allem die Kausalität werden nicht angesprochen.⁶⁷ (3) Bis auf das Landgericht Braunschweig behandeln die Gerichte die Duldungspflicht allenfalls am Rande. (4) Bemerkenswert ist zudem, dass die Gerichte eine verfassungsrechtliche Argumentation bemühen, um die zivilrechtlichen Klimaklagen abzuweisen: Laut den Gerichten widerspricht die begehrte Rechtsfolge der verfassungsrechtlichen Aufgabenverteilung zwischen Legislative und Judikative; nur der Gesetzgeber könne „quantifizierbare Grenzen der Erderwärmung und damit korrespondierende Emissionsmengen oder Reduktionsvorgaben“⁶⁸ treffen.

Schließlich erheben die Kläger mit ihren Klagebegehren auch eine klare politische Forderung. Eine Einflussnahme auf den politischen Prozess, um die Lösung des gesellschaftlichen Problems des Klimawandels zu erreichen, dürfte den Klagen kaum abzusprechen sein.⁶⁹

⁶³ LG Detmold, BeckRS 2023, 2862; LG Braunschweig, Urt. v. 14.2.2023 – 6 O 3931/21 – juris.

⁶⁴ LG Stuttgart, BeckRS 2022, 23882.

⁶⁵ LG München I, BeckRS 2023, 2861.

⁶⁶ N. Schmidt-Ahrendts, Klimaklagen: auf in die 2. Runde!, ZUR 2023, 416.

⁶⁷ Die Kausalität wird von keinem der Gerichte geprüft: LG München I BeckRS 2023, 2861 Rn. 24, 37, nur i.R.d. Tatbestandes; LG Braunschweig, Urt. v. 14.2.2023 – 6 O 3931/21 – juris Rn. 130, 72 ff., verzichtet auf ein Eingehen, da es bereits eine Duldungspflicht annahm; das LG Stuttgart, BeckRS 2022, 23882 und das LG Detmold, BeckRS 2023, 2862, erwähnen die Kausalität gar nicht.

⁶⁸ LG Stuttgart, BeckRS 2022, 23882 Rn. 25.

⁶⁹ Vgl. Wegener (Fn. 3), Rn. 41; M.P. Weller/M.L. Tran, Klimawandelklagen im Rechtsvergleich – private enforcement als weltweiter Trend?, ZEuP 29 (2021), 573, 577 f.

VI. Die vorbeugende Unterlassungsklage analog § 1004 Abs. 1 S. 2 BGB

Die Analyse der landgerichtlichen Urteile zeigt, dass die Prüfung des Unterlassungsanspruchs eine Vielzahl von Problemen aufwirft. Da die Gerichte die Prüfung der Anspruchsgrundlage bei klageabweisenden Entscheidungen in der Regel auf wenige Tatbestandsmerkmale beschränken, erscheint es sinnvoll, den Unterlassungsanspruch in Gänze durchzugehen. Dazu sollen im Folgenden die Ausführungen der Landgerichte in das Schema des § 1004 Abs. 1 S. 2 BGB eingeordnet, Probleme angesprochen und weitere Denkanstöße geliefert werden.

A. Drohende Verletzung eines Rechts oder Rechtsguts im Sinne von § 823 Abs. 1 BGB

Über den vorbeugenden Unterlassungsanspruch aus § 1004 Abs. 1 S. 2 BGB werden das Eigentum sowie in analoger Anwendung die übrigen Rechte und Rechtsgüter des § 823 Abs. 1 BGB geschützt. Zudem bedarf es einer im Einzelfall konkret drohenden Beeinträchtigung dieser Rechte und Rechtsgüter.⁷⁰ Die ernstliche Besorgnis der Beeinträchtigung muss sich auf Tatsachen gründen, die so greifbar sind, dass „eine zuverlässige Beurteilung unter rechtlichen Gesichtspunkten möglich ist“.⁷¹ Es müssen Umstände vorliegen, „die darauf schließen lassen, dass der Störer den Entschluss zur Verletzung bereits gefasst hat und es nur noch von ihm abhängt, ob es zu einer Beeinträchtigung kommt oder nicht.“⁷² Hinsichtlich der Anforderungen an die konkret drohende Beeinträchtigung kann eine „Je-desto-Formel“ fruchtbar gemacht werden:⁷³ „Je höherwertiger das Rechtsgut ist und je größer der befürchtete Schaden, desto geringere Anforderungen sind danach an die Wahrscheinlichkeit des Schadenseintritts zu stellen.“⁷⁴ Eine andere Möglichkeit zeigt das Landgericht München I auf, das die Bedeutung der vom Bundesverfassungsgericht im Klimabeschluss entwickelten Grundrechtsdimension intertemporaler Freiheitssicherung für das Zivilrecht nutzbar machen möchte.⁷⁵ Damit wird einer Besonder-

⁷⁰ BGH, NJW 2009, 3783 Rn. 12.

⁷¹ BGHZ 117, 264.

⁷² J. Fritzsche, in: Beck'scher Online-Kommentar zum BGB (67. Edition, 2023), § 1004 Rn. 96.

⁷³ W. Frank, Aspekte zur Risikobewertung beim Eigentumsschutz gem. § 1004 BGB am Beispiel der Klimaklage eines peruanischen Bauern gegen RWE, ZUR 2019, 518, 520.

⁷⁴ Frank (Fn. 73), 520. Siehe auch T. Raff, in: Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch (9. Aufl., 2023), § 1004 Rn. 297.

⁷⁵ LG München I, BeckRS 2023, 2861 Rn. 52 mit Verweis auf BVerGE 157, 30 Rn. 130, 133, 183.

heit der Klimaklagen Rechnung getragen – der „Trägheit des Klimasystems“.⁷⁶ Diese Trägheit zeigt sich in den großen zeitlichen Abständen zwischen den ausgestoßenen Treibhausgasen aus emittierenden Handlungen und den Folgen der dadurch angestoßenen Kausalkette.⁷⁷ Damit erscheint ein zentrales dogmatisches Anliegen der Kläger erreicht.⁷⁸ Gleichwohl lehnen die meisten Gerichte die hinreichende Konkretheit der Gefahr für die in Bezug genommenen Rechte und Rechtsgüter ab.⁷⁹

1. Eigentum und Gesundheit

Mit der Frage (drohender) Eigentums- und Gesundheitsbeeinträchtigungen durch Treibhausgasemissionen von Volkswagen befasste sich das Landgericht Detmold.⁸⁰ Der Kläger, ein älterer Landwirt aus dem Sauer- und Lipperland, machte solch drohenden Beeinträchtigungen geltend, wenn die Beklagte das ihr zustehende CO₂-Budget nicht einhält und nicht dazu beiträgt, dass das 1,5 °C-Ziel des Pariser Klimaabkommens erreicht wird. Eine inhaltliche Prüfung umging das Gericht allerdings. Es fehle bereits am konkreten Vortrag dazu, welche konkreten Eigentums- und Gesundheitsbeeinträchtigungen gerade den Kläger in einer um mehr als 1,5 °C erhitzten Welt treffen sollten.⁸¹ Es sei nicht erkennbar, inwieweit gerade der Kläger durch einen generellen Temperaturanstieg auf über 1,5 °C und damit verbundenen Dürreperioden und Hitzewellen im Vergleich zu allen anderen älteren Menschen und Land- und Forstwirten im Sauer- und Lipperland besonders betroffen wäre.⁸²

2. Verletzungen des Allgemeinen Persönlichkeitsrechts

In den von der Deutschen Umwelthilfe unterstützten Klagen wird die Verletzung des Allgemeinen Persönlichkeitsrechts gemäß Art. 2 Abs. 1 i.V.m. Art. 1 Abs. 1 GG geltend gemacht.⁸³ Es schützt aber anders als die Allgemeine Handlungsfreiheit nicht

⁷⁶ Schirmer (Fn. 3), Rn. 8.

⁷⁷ Schirmer (Fn. 3), Rn. 8.

⁷⁸ Klageschrift der Deutschen Umwelthilfe v. BMW (Fn. 27), 48 ff.

⁷⁹ Schirmer (Fn. 3), Rn. 4 ff.

⁸⁰ LG Detmold, BeckRS 2023, 2862 Rn. 2.

⁸¹ LG Detmold, BeckRS 2023, 2862 Rn. 17.

⁸² LG Detmold, BeckRS 2023, 2862 Rn. 17; auch wenn wissenschaftlich unstreitig ist, dass schädliche Ereignisse durch die Erderwärmung wahrscheinlicher werden, können deren Folgen in der Regel (noch) nicht räumlich präzise prognostiziert werden, was die Feststellung der individuellen Betroffenheit zumindest deutlich erschwert, *Groß* (Fn. 11), 340.

⁸³ Klageschrift der Deutschen Umwelthilfe v. BMW bzw. Mercedes Benz (Fn. 27), 44 ff.

„gegen alles, was die selbstbestimmte Persönlichkeitsentwicklung auf irgendeine Weise beeinträchtigen könnte, sondern setzt eine spezifische Gefährdung der selbstbestimmten Entwicklung und Wahrung der Persönlichkeit voraus.“⁸⁴

Das Landgericht München I führte weiter aus:

„Aufgrund der intertemporalen Schutzdimension der Grundrechte steht einem Grundrechtseingriff nicht entgegen, dass dieser erst infolge zukünftiger Regelung droht. Wenn diese im jetzigen Recht bereits unumkehrbar angelegt sind, ist von einer gegenwärtigen und unmittelbaren Betroffenheit auszugehen.“⁸⁵

Mit anderen Worten: Die Anerkennung der Grundrechtsdimension intertemporaler Freiheitssicherung wird zur Begründung einer drohenden Erstbegehungsgefahr herangezogen. Allerdings lehnt das Landgericht München I im Ergebnis eine derzeit drohende rechtswidrige Verletzung des Allgemeinen Persönlichkeitsrechts ab.⁸⁶ Es hält zwar Eingriffe in die Sozialsphäre für möglich, betont aber gleichzeitig, dass diese Beeinträchtigungen auch tatsächlich hinreichend konkret belegbar sein müssten.⁸⁷ BMW erfülle alle gesetzlichen Vorgaben. Es sei nicht ersichtlich, dass dem Autohersteller darüberhinausgehende zivilrechtliche Pflichten zukommen.⁸⁸

Das Landgericht Stuttgart vertrat hingegen die Auffassung, dass eine Interessenabwägung zwischen den möglicherweise beeinträchtigten Interessen des Klägers und den entgegenstehenden Rechten der Beklagten nicht möglich sei, da eine solche voraussetze, dass die Folgen aus dem zu unterlassenden Verhalten zumindest absehbar seien. Die Auswirkungen der weiteren Produktion von Verbrennungsmotoren durch die Beklagte auf das Leben des Klägers seien hingegen völlig ungewiss.⁸⁹

3. Sonstiges Recht: Recht auf Erhalt treibhausgasbezogener Freiheitsausübung

Im Bereich der Rechtsfortbildung bewegen sich die Kläger in den Prozessen gegen Volkswagen vor den Landgerichten Detmold⁹⁰ und Braunschweig.⁹¹ Sie rügen unter anderem die Verletzung ihres „Rechts auf Erhalt treibhausgas-

⁸⁴ So LG München I, BeckRS 2023, 2861 Rn. 58 im Anschluss an BVerfGE 147, 1, Rn. 38; G. Wagner, in: Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch (8. Aufl., 2020), § 823 Rn. 417.

⁸⁵ LG München I, BeckRS 2023, 2861 Rn. 52.

⁸⁶ LG München I, BeckRS 2023, 2861 Rn. 49, 54, 61 ff.

⁸⁷ LG München I, BeckRS 2023, 2861 Rn. 60.

⁸⁸ LG München I, BeckRS 2023, 2861 Rn. 64.

⁸⁹ LG Stuttgart, BeckRS 2022, 23882 Rn. 21 ff.

⁹⁰ Klageschrift Allhoff-Cramer v. Volkswagen (Fn. 29), 74; LG Detmold, BeckRS 2023, 2862 Rn. 1,

⁹¹ Klageschrift Greenpeace v. Volkswagen (Fn. 29), 7, 90; LG Braunschweig, Urt. v. 14.2.2023 – 6 O 3931/21 – juris Rn. 65, 72.

bezogener Freiheitsausübung“, da eine Überschreitung des 1,5 °C-Zieles drohe.⁹² Die Kläger leiten die „Existenz und verfassungsrechtliche Bedeutung“ dieses Rechts aus dem Klimabeschluss des Bundesverfassungsgerichts her und berufen sich auf dessen zivilrechtlichen Schutz. Es sei „ebenso wie die weiteren vom BVerfG anerkannten Rahmenrechte, namentlich das Allgemeine Persönlichkeitsrecht und das Recht am eingerichteten und ausgeübten Gewerbebetrieb, auch im zivilrechtlichen Verhältnis zu schützen“.⁹³ Die Kläger machen einerseits ein neues und eigenständiges Rahmenrecht geltend, führen aber andererseits relativierend aus, dass die „CO₂-Freiheit [...] auch vom allgemeinen Persönlichkeitsrecht geschützt sein“ kann.⁹⁴

Sonstige Rechte im Sinne des § 823 Abs. 1 BGB sind nur solche, die „eine absolute, gegenüber jedermann wirkende Rechtsposition“⁹⁵ begründen, die dem Inhaber die Nutzung dieser Rechtsposition gewährt und andere davon ausschließt.⁹⁶ Nach Auffassung des Landgerichts Detmold sind diese Voraussetzungen beim Recht auf treibhausgasbezogene Freiheit nicht gegeben, da es schon nach dem Klägervortrag *nicht* gegenüber jedermann besteht, sondern nur gegenüber solchen Personen wie Großemittenten, deren Emissionen „eine wissenschaftlich fassbare Signifikanz aufweisen“.⁹⁷ Es fehlt daher nach Auffassung des Landgerichts Detmold an der notwendigen Absolutheit.

4. Zwischenergebnis

Die Gerichte lassen die Ansprüche bereits an dem ersten Tatbestandsmerkmal des vorbeugenden Unterlassungsanspruchs scheitern. Letztlich obliegt es dem Bundesgerichtshof, zu prüfen, ob eine derartige Rechtsfortbildung in Betracht kommt und ob sich Anhaltspunkte dafür aus der eigenen Rechtsprechung zum Allgemeinen Persönlichkeitsrecht und dem Recht am eingerichteten und ausgeübten Gewerbebetrieb ergeben.

⁹² Das LG Detmold, BeckRS 2023, 2862 Rn. 18, spricht abgekürzt vom „Recht auf treibhausgasbezogene Freiheit“.

⁹³ Klageschriften Allhoff-Cramer v. Volkswagen (Fn. 29), 7; Greenpeace v. Volkswagen (Fn. 29), 7; jeweils mit pauschalem Verweis auf BVerfGE 157, 30 Rn. 183, 121. Das BVerfG bezeichnet ein solches Recht ausdrücklich nicht, es spricht aber in Rn. 121 z.B. vom „CO₂-wirksamen Freiheitsgebrauch“ und in Rn. 183 von der „Beeinträchtigung künftiger grundrechtlicher Freiheit“.

⁹⁴ Klageschrift Allhoff-Cramer v. Volkswagen (Fn. 29), 75 letzter Absatz; Klageschrift Greenpeace v. Volkswagen (Fn. 29), 73 zweiter Absatz von oben.

⁹⁵ BGH, NJW 2012, 2034 Rn. 23.

⁹⁶ Vgl. BGH, NJW 2012, 3645 Rn. 12; BGH, NJW 1958, 827, 829; BGH, NJW 1954, 1404, 1405; LG Detmold, BeckRS 2023, 2862 Rn. 17; vgl. H. Sprau, in: Grüneberg, Bürgerliches Gesetzbuch (82. Aufl., 2023), § 823 Rn. 11.

⁹⁷ Klageschrift Allhoff-Cramer v. Volkswagen (Fn. 29), 79.

⁹⁸ LG Detmold, BeckRS 2023, 2862 Rn. 18.

B. Anspruchsgegner: Automobilhersteller als mittelbare Handlungsstörer?

Die in Anspruch genommene Person muss als Störer in einer bestimmten Kausalbeziehung zur Beeinträchtigung stehen.⁹⁹ Störer ist derjenige, dem die Beeinträchtigung zugerechnet werden kann,¹⁰⁰ wobei zwischen dem Handlungs- und dem Zustandsstörer zu unterscheiden ist.¹⁰¹ Handlungsstörer ist, wer die Beeinträchtigung durch sein Verhalten, sei es durch aktives Tun oder durch pflichtwidriges Unterlassen, adäquat kausal verursacht hat.¹⁰² Zustandsstörer ist dagegen, wer die Beeinträchtigung nicht verursacht hat, aber durch dessen maßgebenden Willen der beeinträchtigende Zustand aufrechterhalten wird.¹⁰³ Im Hinblick auf die Emissionen sind allenfalls die Kfz-Halter und -Fahrer Zustands- sowie unmittelbare Handlungsstörer.¹⁰⁴ Die Beeinträchtigungen infolge des Klimawandels infolge der Scope 3-Emissionen werden erst beim Fahren der Verbrennungsfahrzeuge verursacht. Als Produzent könnte der jeweilige Hersteller daher allenfalls mittelbarer Handlungsstörer sein.¹⁰⁵ Als mittelbarer Handlungsstörer wird angesehen, wer die Beeinträchtigung durch einen anderen in adäquater Weise durch seine Willensbetätigung verursacht und in der Lage ist, die unmittelbar auftretende Störung zu verhindern, und hierzu auch verpflichtet ist.¹⁰⁶ Dabei ist regelmäßig – so auch hier – die Verpflichtung problematisch.

1. Veranlassen Autohersteller die Beeinträchtigung durch einen Dritten adäquat kausal?

Zunächst muss der Autohersteller die Beeinträchtigung durch den Kunden als Dritten adäquat verursachen.¹⁰⁷ Hierzu müssen zwei Schritte unterschieden werden: (a) die adäquat kausale Veranlassung des Dritten durch den mittelbaren Handlungsstörer; (b) die unmittelbare Beeinträchtigung des Rechtsguts durch den Dritten. In CO₂-Reduktionsklagen gegen Autohersteller erfolgt die unmittelbare Beeinträchtigung – wenn überhaupt – durch Dritte. Die adäquat kausale Veranlassung des Dritten durch den mittelbaren Handlungsstörer ist hier unproblematisch: Die Produktion und der Verkauf durch den Hersteller ist für das Handeln der Halter und Fahrer der jeweiligen Kraftfahrzeuge adäquat kausal. Allerdings muss das Handeln des Halters bzw. Fahrers auch kausal für

⁹⁹ F. Ebbing, in: Erman BGB, Kommentar (17. Aufl., 2023), § 1004 Rn. 106 f.

¹⁰⁰ Grüneberg-BGB/S. Herrler (Fn. 96), § 1004 Rn. 15 ff.

¹⁰¹ MüKo-BGB/Raff (Fn. 74), § 1004 Rn. 151.

¹⁰² BGH, NJW-RR 2001, 232, 232; BGH, NJW 2007, 432 Rn. 9.

¹⁰³ BGH, ZfBR 2020, 257, 260; BGH, NJW-RR 2021, 671 Rn. 9.

¹⁰⁴ Schmidt-Ahrendts/Schneider (Fn. 3), Rn. 43.

¹⁰⁵ Schmidt-Ahrendts/Schneider (Fn. 3), Rn. 43; M. Thöne, Klimaschutz durch Haftungsrecht – vier Problemkreise, ZUR 2022, 323.

¹⁰⁶ BGH, NJW 2014, 2640, 2641; BGH, NZM 2015, 256 Rn. 15.

¹⁰⁷ Schirmer (Fn. 3), Rn. 11 ff.

die konkrete Rechts- oder Rechtsgutsverletzung sein. Dieser Kausalitätsaspekt ist die wahrscheinlich zentrale Schwierigkeit in privaten Klimaklagen.¹⁰⁸

Es wäre zu vereinfachend, die Kausalkette wie folgt zusammenzufassen:¹⁰⁹ Zunächst produziert der Hersteller das Kraftfahrzeug. Darin besteht der klägerische Vorwurf an die Autohersteller. Der Hersteller bzw. seine Vertragshändler verkaufen das Kraftfahrzeug an den Endverbraucher. Dieser fährt mit dem Auto und sorgt so für Emissionen. Diese steigen in die Atmosphäre, die sich dadurch erhitzt. Als Folge der erhitzten Atmosphäre kommt es zu Rechts(guts)verletzungen.

Die Vereinfachung rührt insbesondere daher, dass die Emission der Kraftfahrzeuge zu den Emissionen aus anderen Quellen hinzutreten. Mit anderen Worten: Bei den sogenannten Klimaschäden handelt es sich um Summationschäden.¹¹⁰ In der Folge besteht die besondere Schwierigkeit darin, einen nachweisbaren Zusammenhang zwischen spezifischer Emission und bestimmtem Umweltschaden zu belegen.¹¹¹ *Alexander Hellgardt* und *Victor Jouannaud* sprechen insoweit treffend von einer „diffusen Multikausalität“.¹¹² Andere möchten den Grundsatz der Teilhaftung bei Multikausalität aktivieren:

„Haben mehrere einen Schaden verursacht und ist der jeweilige Verursachungsbeitrag ermittelbar, bezieht sich die individuelle Verantwortlichkeit auf eben jenen Verursachungsbeitrag.“¹¹³

Wäre eine solche Isolierung einzelner Emissionen in der Klimaforschung möglich (erste Studien deuten daraufhin¹¹⁴), dann wäre auch die Diffusion der

¹⁰⁸ Sie wird daher auch „als Knackpunkt von Klimahaftungsklagen“ bezeichnet, *Schirmer* (Fn. 3), Rn. 10; *W. Frank*, Klimahaftung und Kausalität, ZUR 2013, 28, 29 ff.; zur Kausalität als Frage der Wahrscheinlichkeit von individuellen Beeinträchtigungen durch verschlechterte Umweltbedingungen infolge staatlichen Handelns bzw. Unterlassens vgl. *Groß* (Fn. 11), 340.

¹⁰⁹ Vgl. auch *W. Frank*, Störerhaftung für Klimaschäden?, NVwZ 2017, 664, 665 f.; *ders.*, Klimawandel – (auch) juristisch keine Blackbox, NVwZ 2018, 960, 961.

¹¹⁰ *Thöne* (Fn. 105), 325; *Fellenberg* (Fn. 3), 920; *Frank*, Störerhaftung (Fn. 109), 667; sogenannte „well-mixed greenhouse gases“, *IPCC*, Climate Change 2023 – Synthesis Report (2023), 4, 42, abrufbar unter https://www.ipcc.ch/report/ar6/syr/downloads/report/IPCC_AR6_SYR_FullVolume.pdf; *Frank*, Blackbox (Fn. 109), 961.

¹¹¹ *M. Keller/S. Kapoor*, Climate Change Litigation – zivilrechtliche Haftung für Treibhausgasemissionen, BB 2019, 706, 709 ff.; *Frank* (Fn. 108), 30.

¹¹² *A. Hellgardt/V. Jouannaud*, Nachhaltigkeitsziele und Privatrecht, AcP 222 (2022), 163, 190.

¹¹³ *J.E. Schirmer*, Klimahaftung und Kausalität – und es geht doch!, JZ 2021, 1099, 1103; *Frank* (Fn. 108), 30; *H. Roth*, in: Staudinger BGB (Neubearb. 2020), § 906 Rn. 280.

¹¹⁴ *Deutscher Wetterdienst*, Übersicht zu veröffentlichten Attributionsstudien, abrufbar unter https://www.dwd.de/DE/klimaumwelt/klimaforschung/spez_themen/attributionen/finishedtributs.html; *M. Burger et al.*, The Law and Science of Climate Change Attribution, Columbia Journal of Environmental Law 45 (2020), 75, 79 ff.; *L. Beusch et al.*, Responsibility of major emitters for country-level warming and extreme hot years, Communications

Multikausalität aufklärbar. Allerdings dürfte eine konkrete Aufschlüsselung praktisch extrem schwierig sein, da zahlreiche Faktoren für eine besondere Komplexität sorgen: die langen Zeitspannen, die zahlreichen anderen Emissionsquellen, die Vielzahl von Emittenten sowie die jeweils unterschiedlichen Zeitpunkte und Mengen der Emissionen.¹¹⁵

Dagegen ist etwa *Jan-Erik Schirmer* deutlich offener. Er weist zu Recht darauf hin, dass das Urteil des Bundesgerichtshofs zum Waldsterben von den Gerichten teils missverstanden wird.¹¹⁶ Zwar ging der Bundesgerichtshof davon aus, dass es dem einzelnen Waldeigentümer „praktisch“ kaum möglich sein wird, die verantwortlichen Anlagenbetreiber zu ermitteln und die Verursachung der von bestimmten Anlagen ausgehenden Immissionsbeiträge nachzuweisen. Damit hat der Bundesgerichtshof aber nicht die Kausalität *per se* – wie es z.B. das Landgericht Essen annimmt – verneint, sondern „nur“ festgestellt, dass auch bei addierten Immissionen einzelne Anlagenbetreiber zivilrechtlich verantwortlich sein können. Allerdings dürfte es bisher regelmäßig an dem Nachweis der spezifischen Ursache-Wirkungsbeziehung fehlen. *Schirmer* weist darauf hin, dass sich diese Klippe bald mithilfe sogenannter Attributionsstudien umschiffen lassen dürfte und auch das Problem der Multikausalität womöglich lösbar erscheinen könnte. An dieser Stelle zeigt sich deutlich, wie das Recht zu seiner Fortentwicklung auf andere Wissenschaften angewiesen ist.

2. Möglichkeit der Autohersteller, die Beeinträchtigung zu verhindern oder abzustellen

Zweitens müsste der Autohersteller in der Lage sein, die Beeinträchtigung zu verhindern oder abzustellen. Zwar kann er schlicht den Verkauf von Kraftfahrzeugen mit Verbrennermotoren einstellen; die letztlich finale Beeinträchtigung, d.h. das Fahren durch den Endverbraucher kann er dadurch aber nicht verhindern.

3. Pflicht zur Verhinderung der Gefahr durch unmittelbaren Handlungsstörer

Drittens muss der Autohersteller verpflichtet sein, die Gefahr durch den unmittelbaren Handlungsstörer zu verhindern. An dieser Stelle wird in den Klageschriften regelmäßig eine Verkehrspflicht zur CO₂-Reduktion geltend ge-

Earth & Environment 3/7 (2022); *H. Cooper et al.*, Greenhouse gas emissions resulting from conversion of peat swamp forest to oil palm plantation, *Nature Communications* 11/407 (2020); *R.F. Stuart-Smith et al.*, Filling the evidentiary gap in climate litigation, *Nature Climate Change* 11 (2021), 651.

¹¹⁵ *Schirmer* (Fn. 113), 1102: „[D]erartige Ersatzansprüche [sind], wenn überhaupt, nur unter sehr großen Schwierigkeiten durchsetzbar“, mit Verweis auf BGH, NJW 1988, 478.

¹¹⁶ Siehe dazu und zum Folgenden *Schirmer* (Fn. 113), 1102.

macht/ins Spiel gebracht.¹¹⁷ Unter anderem berufen sich die Kläger auf eine Parallele zur Produzentenhaftung.¹¹⁸ Die Verletzungshandlung bestehe darin, dass der Autohersteller die CO₂-emittierenden Fahrzeuge in den Verkehr bringe.¹¹⁹ Eine solche Parallele erscheint gewagt. Insbesondere ist fraglich, ob ein Kraftfahrzeug mit Verbrennermotor als Äquivalent zu einem fehlerhaften Produkt angesehen werden kann.¹²⁰

Werden Störungen durch Naturereignisse ausgelöst, kann sich eine Sicherungspflicht unter anderem aus dem Kriterium der vorbeugenden Beherrschbarkeit der Störung ergeben.¹²¹ Würde man gegenüber einem der Beklagten gerichtlich einschreiten, würden aber noch so viele andere Störer agieren und CO₂ (mittelbar) verursachen, dass die begehrte Rechtsfolge an der drohenden Bedrohung insgesamt kaum etwas ändern würde. Denn ein einzelner Störer beherrscht die drohende Beeinträchtigung infolge des Klimawandels angetrieben von seinem Handeln für Individualrechtsgüter nicht derart, dass sie schon bei seinem Unterlassen verhindert werden könnte.¹²²

Hinzu kommt ein weiterer Gesichtspunkt, in dem sich das deutsche Recht von der Auslegung des niederländischen Rechts durch das Bezirksgericht Den Haag unterscheidet. Zu trennen ist die klimabilanzielle von der deliktsrechtlichen Zurechnung: Erstere gründet sich auf den internationalen Standards des *Greenhouse Gas Protocol*, das auch Scope 1-, 2- und 3-Emissionen einschließt; demgegenüber erfolgt die deliktsrechtliche Zurechnung nach den Prinzipien des Delikts- und Haftungsrechts.¹²³ Anders als das niederländische Recht in der Interpretation des oben angesprochenen Shell-Urteils liegt dem deutschen

¹¹⁷ Thöne (Fn. 105), 331; S. Rünz/F. Koch, Zivilgerichtliche Klagen für mehr Klimaschutz, ESGZ 2022, 6, 7 f.; vgl. zum Verhältnis von Emissionshandel und zivilrechtlicher Haftung unten S. 308 ff.

¹¹⁸ So explizit in der Klageschrift Greenpeace v. Volkswagen (Fn. 29), 90 und der Klageschrift Allhoff-Cramer v. Volkswagen (Fn. 29), 93, dies folge aus der Vorteilsziehung aus der Gefahrenquelle und deren Beherrschbarkeit wegen des „Aus-der-Hand-Gebens“ des Produkts, das zu Gefährdungen führt.

¹¹⁹ Klageschrift Greenpeace v. Volkswagen (Fn. 29), 90; Allhoff-Cramer v. Volkswagen (Fn. 29), 93.

¹²⁰ Vgl. J.E. Schirmer, Klimahaftung und Compliance, ZIP 2023, 234, 235 ff.; Rünz/Koch (Fn. 117), 7 f.; die Kläger zitieren das Urteil BGH NJW 1976, 46, zur Produzentenhaftung für Umweltgefahren von Industrieabfällen, die im Rahmen der Produktion anfallen. Bei Verbrennungsmotoren ist jedoch nicht die Produktion selbst mit einer Gefahrenquelle für die Umwelt verbunden, sondern erst ihre Nutzung.

¹²¹ BGH, NJW 2004, 1037, 1039.

¹²² Vgl. auch Frank (Fn. 108), 30; das Bezirksgericht von Den Haag hat diesen Punkt ebenfalls gesehen und ausgeführt, dass dieses Argument nicht gelten könne, weil jede Reduktion von Treibhausgasen einen positiven Effekt hat, den Klimawandel einzudämmen, The Hague District Court, ZUR 2021, 632, 636 = EWeRK 2021, 163, 179.

¹²³ Weller/Radke (Fn. 14), 56.

Deliktsrecht der Unmittelbarkeitsgrundsatz zugrunde.¹²⁴ Danach haftet ein Rechtsträger grundsätzlich nur für sein eigenes deliktisches Verhalten, nicht aber, von engen Ausnahmen abgesehen, für das Verhalten von Dritten.¹²⁵ Etwaige rechtsträgerübergreifende Verkehrspflichten, die die Autohersteller verpflichten würden, für regelkonformes oder klimafreundliches Verhalten anderer juristischer und natürlicher Personen wie den Endverbrauchern zu sorgen, sind damit prinzipiell abzulehnen.¹²⁶

In der Gesamtschau erscheint es nicht möglich, die Autohersteller als mittelbare Handlungsstörer in Anspruch zu nehmen.

C. Duldungspflicht nach § 1004 Abs. 2 BGB

Wenngleich nach hier vertretener Auffassung die Störereigenschaft mangels Pflicht, die Gefahr durch den unmittelbaren Handlungsstörer zu verhindern, scheitert, soll – wie eingangs angekündigt – der Tatbestand des Unterlassungsanspruchs vollständig geprüft werden. Gemäß § 1004 Abs. 2 BGB sind Ansprüche ferner ausgeschlossen, wenn der Eigentümer zur Duldung verpflichtet ist. In diesem Zusammenhang gilt es die Rolle von öffentlich-rechtlichen Genehmigungen und Emissionshandelszertifikaten für die zivilrechtliche Haftung zu bestimmen.¹²⁷ Beiden Instrumenten des Öffentlichen Rechts ist gemein, dass sie das Verhalten des Emittenten erlauben. Allerdings besteht nahezu Einigkeit, dass Genehmigungen aus dem Öffentlichen Recht, z.B. gemäß §§ 4, 5 Abs. 2 BImSchG, §§ 4 ff. THEG, grundsätzlich nichts über die Betroffenheit Privater aussagen und damit keine Duldungspflichten im Sinne des § 1004 Abs. 2 BGB begründen.¹²⁸ Das Privatrecht sieht am Einzelfall orientierte Anforderungen vor, die das öffentliche Recht nicht in den Blick nimmt. Die öffentlich-rechtliche Erlaubnis schließt zivilrechtliche Ansprüche mithin nur aus, sofern die Normen des Öffentlichen Rechts diese Frage mitregeln.¹²⁹

¹²⁴ *Weller/Radke* (Fn. 14), 56; vgl. auch *L. Hübner*, Unternehmerische Haftung für Menschenrechtsverletzungen (2022), 261.

¹²⁵ Sogenanntes Verursacherprinzip, vgl. BGH, NJW 1976, 46, 46: für die Kosten einer Umweltbelastung soll derjenige aufkommen, der für ihre Entstehung verantwortlich ist.

¹²⁶ *Rünz/Koch* (Fn. 117), 8; *Schmidt-Ahrendts/Schneider* (Fn. 3), Rn. 49 ff.; *Weller/Radke* (Fn. 14), 56.

¹²⁷ *N. Ipsen/G. Waßmuth/L. Plappert*, Klimawandel als Haftungsfolge, ZIP 2021, 1843, 1849 f.

¹²⁸ *Ipsen/Waßmuth/Plappert* (Fn. 127), 1849; *F.J. Peine*, Privatrechtsgestaltung durch Anlagengenehmigung, NJW 1990, 2442, 2446 f.; BGH, NJW 1998, 2436, 2436 f.; BGH, NJW 1954, 2013, 2014; vgl. auch BGH, NJW 2004, 1317, 1318, zur Einhaltung von in Gesetzen oder Rechtsverordnungen festgelegten Grenz- oder Richtwerten i.S.d. § 906 Abs. 1 S. 2 BGB; a.A. *A. Chatzinerantzis/M. Appel*, Haftung für den Klimawandel, NJW 2019, 881, 885, allerdings wird die Thematik dort im Rahmen des Störerbegriffs im Prüfungspunkt Pflichtwidrigkeit behandelt.

¹²⁹ *Schirmer* (Fn. 3), Rn. 16 ff.; vgl. *Ipsen/Waßmuth/Plappert* (Fn. 127), 1850.

In den oben referierten landgerichtlichen Verfahren machten die Beklagten konkret geltend, dass die Kläger zur Duldung des Verkaufs von Verbrennern verpflichtet seien, da dies öffentlich-rechtlich genehmigt sei und auch der deutsche bzw. europäische Gesetzgeber ihr Verhalten gestatte.¹³⁰ Das Landgericht Braunschweig stellte demgegenüber zu Recht fest, dass sich aus öffentlich-rechtlichen Erlaubnissen keine Duldungspflichten im Sinne des § 1004 Abs. 2 BGB ergeben.¹³¹ Etwas Anderes lässt sich auch nicht aus dem Grundsatz der Einheit der Rechtsordnung herleiten.¹³² Zunächst richtet sich dieser Grundsatz an den Gesetzgeber und weniger an die Judikative.¹³³

Außerdem besteht kein allgemeiner Grundsatz, wonach öffentlich-rechtliche Genehmigungen die zivilrechtliche Haftung ausschließen.¹³⁴ Dies zeigt sich schon im Bauordnungsrecht, wonach Baugenehmigungen „unbeschadet privater Rechte“ ergehen, wie etwa Art. 68 Abs. 5 BayBO normiert. Existierte ein strenger Grundsatz der Einheit der Rechtsordnung, bedürfte es zudem der Regelungen in § 16 Abs. 2 WHG, § 14 S. 1 Hs. 1 BImSchG nicht, die explizit zivilrechtliche Ansprüche ausschließen.¹³⁵ Außerdem verfolgen das Öffentliche und das Zivilrecht regelmäßig unterschiedliche Zwecksetzungen. Als Grundsatz gilt: Die zivilrechtliche Haftung kann durch die öffentlich-rechtliche Genehmigung nicht ausgeschlossen werden, da das Privatrecht am Einzelfall orientierte Anforderungen vorsieht, die das öffentliche Recht nicht in den Blick nimmt.¹³⁶ Nur wenn in den öffentlich-rechtlichen Normen dem Zivilrecht hinreichend Rechnung getragen wurde (wie z.B. in § 14 S. 2 BImSchG) und dies zur Erfüllung öffentlich-rechtlicher Zwecke notwendig ist, darf sich die öffentlich-rechtliche Regelung auf die zivilrechtliche Beurteilung auswirken.¹³⁷

Für öffentlich-rechtliche Genehmigungen ist die Rechtslage verhältnismäßig eindeutig.¹³⁸ Hinsichtlich des Emissionshandels erscheint die Thematik allerdings weniger klar. Teilweise wird erwogen, dass die öffentlich-rechtlichen Vorgaben im Zusammenhang mit der Zuteilung der von TEHG-Emissions-

¹³⁰ Z.B. LG Braunschweig, Urt. v. 14.2.2023 – 6 O 3931/21 – juris Rn. 92.

¹³¹ LG Braunschweig, Urt. v. 14.2.2023 – 6 O 3931/21 – juris Rn. 92.

¹³² *Ipsen/Waßmuth/Plappert* (Fn. 127), 1849; umfassend zu diesem Grundsatz (allerdings ohne Erörterung der hier interessierenden Fragestellungen) die Beiträge in *P. Hellwege/M. Soniewicka* (Hrsg.), *Die Einheit der Rechtsordnung* (2020).

¹³³ *A. Hanebeck*, *Die Einheit der Rechtsordnung als Anforderung an den Gesetzgeber? Zu verfassungsrechtlichen Anforderungen wie „Systemgerechtigkeit“ und „Widerspruchsfreiheit“ der Rechtsetzung als Maßstab verfassungsgerichtlicher Kontrolle*, *Der Staat* 41 (2002), 429 ff.

¹³⁴ *Thöne* (Fn. 105), 329; ausführlich hierzu *Peine* (Fn. 128), 2445.

¹³⁵ Vgl. *Thöne* (Fn. 105), 329; *MüKo-BGB/Wagner* (Fn. 84), § 823 Rn. 79 f.

¹³⁶ BGH, NJW 1985, 47, 49. A.A. mit gewichtigen Argumenten *A. Hellgardt*, *Regulierung und Privatrecht* (2016), 97.

¹³⁷ *Thöne* (Fn. 105), 329.

¹³⁸ Vgl. *MüKo-BGB/Wagner* (Fn. 84), § 823 Rn. 505.

Berechtigungen die privatrechtlichen Sorgfaltsmaßstäbe abschließend festlegen; mit der Zuteilung der TEHG-Emissions-Berechtigungen werde ein Vertrauenstatbestand geschaffen, der nicht auf zivilrechtlichem Weg entwertet werden dürfe.¹³⁹ Allerdings verfolgt der Emissionshandel eine andere Ratio als die zivilrechtliche Haftung. Der Emissionshandel

„dient [...] wegen der globalen Wirkung des CO₂-Ausstoßes dazu, Treibhausgasemissionen dort einzusparen, wo dies am günstigsten ist. Die Festsetzung des Cap, also der im System insgesamt zur Verfügung stehenden Emissionsrechte, ist zwar u.a. grundsätzlich an Klimaschutzziele ausgerichtet, sagt aber nichts aus über die Zumutbarkeit in individuellen Rechtsverhältnissen.“¹⁴⁰

Folglich kann Zuteilung der TEHG-Emissions-Berechtigungen keinen Einfluss auf die privatrechtliche Beurteilung nehmen. Im Ergebnis ist festzuhalten, dass eine Duldungspflicht weder aus öffentlich-rechtlichen Genehmigungen noch aus der Zuteilung der TEHG-Emissions-Berechtigungen abzuleiten ist.

D. Rechtsfolge

Weiterhin bestehen Zweifel im Hinblick auf die Rechtsfolge. Der vorbeugende Unterlassungsanspruch ist auf Abwehr künftiger Beeinträchtigungen gerichtet; eine konkrete Handlung kann nur ausnahmsweise vom Schuldner verlangt werden.¹⁴¹ Denn es muss grundsätzlich dem Anspruchsgegner freigestellt bleiben, wie er eine drohende Beeinträchtigung vermeidet.¹⁴² Dahinter steht eine Überlegung, die dem Grundsatz der Verhältnismäßigkeit entspringt: Die Rechte des Schuldners sollen nicht weiter beschränkt werden, als es der Schutz des Berechtigten vor Beeinträchtigung seiner Rechte erfordert.¹⁴³

Eine Ausnahme gilt nur, wenn feststeht, dass allein eine konkrete Maßnahme die Beeinträchtigung beseitigen bzw. verhindern kann.¹⁴⁴ Die Beschränkung auf eine einzige konkrete Maßnahme ist allerdings angesichts der Komplexität der Kausalkette in den CO₂-Reduktionsklagen nicht durchführbar. Nach der Auffassung des Landgerichts Detmold erkennen schon die Kläger an, dass wenigstens drei alternative Antriebssysteme zu den diesel- und benzin-

¹³⁹ *M. Spitzer/B. Burtscher*, Liability for Climate Change: Cases, Challenges and Concepts, *Journal of European Tort Law* 2017, 137, 162 ff.; ähnlich *W.F. Spieth/N. Hellermann*, Not kennt nicht nur ein Gebot – Verfassungsrechtliche Gewährleistung im Zeichen von Corona-Pandemie und Klimawandel, *NVwZ* 2020, 1405, 1408; *Chatzinerantzis/Appel* (Fn. 128), 884; a.A. *Ipsen/Waßmuth/Plappert* (Fn. 127), 1851.

¹⁴⁰ *E.M. Kieninger*, Klimaklagen im internationalen und deutschen Privatrecht – Mosaiksteine auf dem Weg zur Klimagerechtigkeit, *ZHR* 187 (2023), 348, 385. Vgl. auch *Thöne* (Fn. 105), 330.

¹⁴¹ *Grundlegend BGHZ* 67, 252, 253; *LG Detmold*, *BeckRS* 2023, 2862 Rn. 14.

¹⁴² *BGHZ* 67, 252, 253; *LG Detmold*, *BeckRS* 2023, 2862 Rn. 15.

¹⁴³ *BGH*, *Urt. v. 12.12.2003 – V ZR 98/03 – juris* Rn. 14 m.w.N.; *LG Detmold*, *BeckRS* 2023, 2862 Rn. 14.

¹⁴⁴ *BGH*, *NJW* 2004, 1035, 1037; *BeckOK-BGB/Fritzsche* (Fn. 72), § 1004 Rn. 103 f.

betriebenen Verbrennungsmotoren existieren: batteriebetriebene Elektromotoren, wasserstoffbetriebene Verbrennungsmotoren und Brennstoffzellen.¹⁴⁵ Insofern sieht sich das Landgericht Detmold außerstande, Volkswagen die Nutzung einer bestimmten Antriebstechnologie als einzig denkbare Maßnahme aufzugeben. Ebenso ist laut dem Landgericht Detmold die Verfügbarkeit der alternativen Kraftstoffe wie Biokraftstoffe, E-Fuels, Wasserstoff und/oder Brennstoffzellen bis zum Jahr 2029 derzeit kaum absehbar; daher könne zum jetzigen Zeitpunkt nicht verlässlich prognostiziert werden, ob solche alternativen Kraftstoffe die herkömmlichen Diesel- und Benzin-Kraftstoffe substituieren könnten. Damit einher gehe die Frage, ob die Entwicklung dieser alternativen Antriebssysteme ökonomischen Erfolg verspreche. Dies – so das Gericht zu Recht – dürfte maßgeblich von staatlichen Anreizen abhängen, die sich auf den Kauf von Autos mit alternativen Antriebstechnologien und/oder auf die Subventionierung der Hersteller der alternativen Kraftstoffe richten könnten. Allerdings sind diese künftigen Entwicklungspfade kaum sicher zu prognostizieren; dies zeigt sich schon an den politischen Verhältnissen, die die staatlichen Kaufanreize maßgeblich beeinflussen dürften.

Im Ergebnis kann das konkrete Begehren der Kläger mit dem vorbeugenden Unterlassungsanspruch des § 1004 Abs. 1 S. 2 BGB nicht erreicht werden.

E. Justiziabilität

Als letzten Punkt ist auf ein Argument hinzuweisen, dass das Landgericht Stuttgart¹⁴⁶ und andeutungsweise auch das Landgericht Braunschweig¹⁴⁷ gegen einen etwaigen Anspruch aus § 1004 Abs. 1 S. 2 BGB anführen: der Grundsatz der Gewaltenteilung.¹⁴⁸ Gerichte seien – so die landgerichtlichen Erwägungen – zu einer solchen weitreichenden Entscheidung nicht befugt. Dies sei Sache des Gesetzgebers.¹⁴⁹ Im US-amerikanischen Recht wird dieser Punkt regelmäßig unter dem Stichwort der *political question doctrine* verhandelt. Sehr vereinfacht ausgedrückt: Gerichte sind nicht für die Entscheidung von politischen Fragen zuständig.¹⁵⁰ Allerdings überzeugt die Argumentation für das deutsche Recht nicht: Ein Zivilgericht prüft seine Zuständigkeit (international, sachlich, örtlich). Bei der materiell-rechtlichen Prüfung hat es auf die relevan-

¹⁴⁵ Siehe dazu und zum Folgenden LG Detmold, BeckRS 2023, 2862 Rn. 15.

¹⁴⁶ LG Stuttgart, BeckRS 2022, 23882 Rn. 24.

¹⁴⁷ LG Braunschweig, Urt. v. 14.2.2023 – 6 O 3931/21 – juris Rn. 120.

¹⁴⁸ *Spieth/Hellermann* (Fn. 139), 1407 f.; vgl. schon kritisch zum Klimabeschluss des BVerfG *Breuer* (Fn. 3), 1237.

¹⁴⁹ LG Stuttgart, BeckRS 2022, 23882 Rn. 24; der Zivilprozess sei nicht das geeignete Forum für die Komplexität des Problems und bedürfe der Aushandlung des politischen Prozesses, *Wagner* (Fn. 3), Rn. 38 ff. Vgl. z.B. zum Einwand der Gewaltenteilung im Shell-Urteil *Rodi/Kalis* (Fn. 13), 8 f.

¹⁵⁰ Zur Ablehnung privater Ansprüche auf Reduktion von Treibhausgasen durch den Obersten Gerichtshof der Vereinigten Staaten, vgl. *Wagner* (Fn. 3), Rn. 50 ff.

ten Tatbestandsmerkmale der Anspruchsgrundlage einzugehen. Deren Prüfung kann man sich nicht unter Hinweis auf die Gewaltenteilung entledigen. Dennoch trifft die Argumentation einen wahren Kern. In den Fällen der CO₂-Reduktionsklagen dürfte für die Bejahung der meisten Tatbestandsmerkmale, wie etwa die des Rechtsguts und die der Kausalität, eine gesetzesübersteigende Rechtsfortbildung notwendig sein. Zu einer solchen Rechtsfortbildung sind die Gerichte grundsätzlich berufen, haben aber die verfassungsrechtlichen Grenzen zu beachten.¹⁵¹

F. Ergebnis: Hohe Hürden für den vorbeugenden Unterlassungsanspruch / Eignung des Zivilrechts de lege lata diskutabel

Festzuhalten ist: CO₂-Reduktionsklagen sehen sich materiell-rechtlich hohen Hürden ausgesetzt. Bei allen Tatbestandsmerkmalen und selbst an der Rechtsfolge knirscht es (mindestens). Dies liegt an der Konzeption des deutschen Deliktsrechts: (1) Es schützt weder vor reinen Vermögensschäden, noch schützt es die allgemeine Handlungsfreiheit; vielmehr ist sein Schutz auf bestimmte Rechtsgüter begrenzt. (2) Umwelt und Klima sind keine individuellen Rechte oder Rechtsgüter; Schäden an der Umwelt müssen daher immer in Betroffenheit individueller Rechtspositionen umschlagen, damit das Zivilrecht zu ihrer Durchsetzung geeignet ist. Daraus folgt: Das geltende Zivilrecht ist womöglich weniger für den Schutz der Umwelt als Allgemeinwohlinteresse geeignet als das Öffentliche Recht, vor allem das Verwaltungsrecht.

VII. Rechtspolitische Würdigung: Strategic Litigation

Abschließend möchte ich nochmals auf das Eingangszitat von *Popper* zurückkommen:

„Unsere Einstellung der Zukunft gegenüber muß sein: Wir sind jetzt verantwortlich für das, was in der Zukunft geschieht.“

Das Zitat führt uns zur Motivation der Kläger, warum also die Deutsche Umwelthilfe und Greenpeace trotz der geringen Erfolgsaussichten klagen und sogar den Gang durch die Instanzen angekündigt haben. Die Antwort lautet relativ simpel: *Strategic Litigation*.¹⁵² Diese verfolgt laut des *European Center for Constitutional and Human Rights* (ECCHR) das Ziel, weitreichende gesellschaftliche Veränderungen herbeizuführen, die über den jeweiligen Einzelfall hinausgehen. Strategische Prozessführung geht mit juristischen Mitteln gegen

¹⁵¹ Vgl. hierzu *U. Di Fabio*, Grundgesetz und Klimahaftung (2023), 36, der eine Rechtsfortbildung durch die Zivilgerichte in den Fällen der Klimahaftung verneint; vgl. auch generell *M. Sachs*, in: ders. (Hrsg.), GG (9. Aufl., 2021), Art. 20 Rn. 120.

¹⁵² *Wegener* (Fn. 3), Rn. 14 ff., 40.

„Ungerechtigkeiten“ vor, die in der Gesetzgebung oder in der Politik noch nicht ausreichend adressiert wurden. Aus Sicht von Nichtregierungsorganisationen (NGOs) ist eine strategische Prozessführung erfolgreich, wenn sie zu nachhaltigen politischen, wirtschaftlichen oder sozialen Veränderungen führt und das bestehende Recht weiterentwickelt.¹⁵³

Übergeordnetes Ziel der Klageparteien in den Fällen der CO₂-Reduktionsklagen dürfte sein, durch die medienwirksamen Klagen für das berechnigte Anliegen Klimaschutz zu werben. So sagte Klägervertreterin *Roda Verheyen* in Bezug auf eine Klage gegen die Bundesregierung:

„*Greenpeace* hat natürlich auch das Ziel, durch die Klage seine Inhalte öffentlich zu transportieren. [...] Ich glaube nicht, dass die Kläger nur dann einen Erfolg verspüren, wenn sie vor Gericht gewinnen. Es geht ihnen auch um Sichtbarkeit – aber natürlich auch darum, dass sich ihre Situation bessert.“¹⁵⁴

Ich denke, mit diesem Statement könnte *Popper* leben.

VIII. Zusammenfassung in Thesen

1. Trotz der vier landgerichtlichen Urteile steht eine umfassende richterliche Prüfung vorbeugender Klimaklagen gemäß § 1004 Abs. 1 S. 2 und Abs. 2 BGB noch aus – der Beitrag zeigt, dass diese Prüfung auf sämtlichen Ebenen (erhebliche) Schwierigkeiten bereitet.

2. Die Gerichte lehnen bislang die Existenz eines Rechts auf treibhausgas-bezogene Freiheit ab, da es mangels wissenschaftlich fassbarer Signifikanz nicht gegenüber jedermann geltend gemacht werden kann. Diese Frage wird der Bundesgerichtshof für die Praxis zu klären haben.

3. Im Bereich der Klimaklagen wirkt sich die intertemporale Schutzdimension der Grundrechte auf die drohende Erstbegehungsgefahr aus.

4. Das zentrale Problem der Klimaklagen ist die Störereigenschaft der Beklagten; kann die diffuse Multikausalität in Zukunft durch die Klimaforschung gelöst werden, scheitert eine Zurechnung im deutschen Deliktsrecht aufgrund des Unmittelbarkeitsgrundsatzes, da eine rechtsträgerübergreifende Verkehrspflicht der Unternehmer für Scope 3-Emissionen abzulehnen ist.

5. Eine Duldungspflicht aus öffentlich-rechtlichen Genehmigungen und aus dem Emissionshandel ist aufgrund der unterschiedlichen Zwecksetzung des Zivilrechts abzulehnen.

¹⁵³ Vgl. die Definition des Begriffs Strategic Litigation des ECCHR, abrufbar unter <http://www.ecchr.eu/en/glossary/strategic-litigation/>; *L. Giesberts/W. Haas*, Klimawandel vor Gericht, *KlimaRZ* 2022, 3; kritisch *Di Fabio* (Fn. 151), 69; *K.F. Gärditz*, Verfassungsfragen zivilrechtlicher Klagen zur Durchsetzung von Klimaschutzziele, *EuRUP* 2022, 45 ff.

¹⁵⁴ *R. Verheyen* im Interview mit Greenpeace, abrufbar unter <https://www.greenpeace.de/klimaschutz/klimakrise/klimaklage-anwaeltin-roda-verheyen-interview>.

6. Schließlich scheitern die Klagen auch an der beantragten Rechtsfolge eine konkrete Technologie zu verbieten, weil wissenschaftlich keine Klarheit darüber besteht, dass dies die einzig in Betracht kommende Maßnahme darstellt, um die Klimaerwärmung zu stoppen.

7. Der Einwand der Gewaltenteilung verfängt nicht, Erfolgsaussichten privatrechtlicher Klagen sind allein am Maßstab der ZPO und der Auslegung des materiellen Rechts zu prüfen.

8. Die Klimaklagen haben eine politische Einflussnahme zum Ziel, die jedoch einer zivilgerichtlichen Überprüfung nicht entgegensteht.

Rechtsfragen der ökologischen Transformation

Klimaschutz und Vertragsrecht*

Alexander Hellgardt

I.	Einleitung.....	317
II.	Vertragsrecht als Instrument des Klimaschutzes	318
	A. Klimaschutzregulierung mittels Vertragsrechts.....	318
	1. Klimaschutz als Regulierungsziel im Vertragsrecht.....	319
	2. (Halb-)Zwingendes Vertragsrecht als Regulierungsinstrument	321
	3. Dispositives Vertragsrecht als Regulierungsinstrument	323
	B. Zielkonflikte	327
	1. Klimaschutz versus Privatautonomie.....	327
	2. Klimaschutz versus Schutz der schwächeren Partei	330
	3. Klimaschutz versus Verbraucherschutz	331
III.	Vertragsrecht als Hindernis für Klimaschutz.....	333
	A. Klimaschädliches Vertragsrecht	333
	B. Klimaschädliche Verträge	335
IV.	Fazit.....	336

I. Einleitung

Die Bewältigung des menschengemachten Klimawandels ist die zentrale Herausforderung des 21. Jahrhunderts. Angesichts der globalen Natur der Aufgabe standen ursprünglich vor allem die völkerrechtliche Koordination der internationalen Anstrengungen und die öffentlich-rechtliche Umsetzung im nationalen Rahmen im Mittelpunkt des Interesses. Aber spätestens seitdem die Rechtbank Den Haag den Shell-Konzern im Mai 2021 dazu verurteilte, seine CO₂-Emissionen bis zum Jahr 2030 um 45 % gegenüber dem Stand von 2019 zu reduzieren,¹ ist auch das Zivilrecht zu einem Instrument des Klimaschutzes geworden. Auch in Deutschland wurden in den vergangenen Jahren sogenannte „Klimaklagen“ erhoben, etwa gegen Autohersteller wie BMW, Mercedes-Benz und Volkswagen. Dabei geht es im Kern um Fragen der außervertraglichen Haftung.²

* Die zitierten Internetquellen wurden zuletzt überprüft am 14.3.2024.

¹ Rechtbank Den Haag, Urt. v. 26.5.2021 – C/09/571932/HA ZA 19-379, ECLI:NL:RBDHA:2021:5339 (englische Übersetzung); eine gekürzte deutsche Übersetzung wurde veröffentlicht in EWeRK 2021, 163.

² Dazu die Beiträge von L. Hübner, S. 289 ff., in diesem Band sowie A. Hellgardt, Klimaklagen gegen Private als Regulierungsinstrument (2024).

Weniger Aufmerksamkeit ist bislang der Rolle zuteilgeworden, die das Vertragsrecht im Bereich des Klimaschutzes spielt.³ Das Vertragsrecht ist aber das Rückgrat jeden marktlichen Austausches und kann daher Belange des Klimaschutzes sowohl fördern als auch behindern. Im Folgenden sollen beide Dimensionen einer genaueren Analyse unterzogen werden.

II. Vertragsrecht als Instrument des Klimaschutzes

In einem liberalen Rechtsstaat dient das Vertragsrecht zunächst und zuvörderst der Verwirklichung von Privatautonomie. Trotzdem setzt der Gesetzgeber auch das Schuldvertragsrecht immer wieder zu Regulierungszwecken ein.⁴ In diesem Abschnitt wird in einem ersten Schritt untersucht, inwiefern das Vertragsrecht auch als Instrument des Klimaschutzes dient (unter A). Sodann werden in einem zweiten Schritt Zielkonflikte zwischen dem Klimaschutz und anderen zentralen Zielen des Vertragsrechts in den Blick genommen (unter B).

A. Klimaschutzregulierung mittels Vertragsrechts

Es ist inzwischen weitgehend anerkannt, dass das Privatrecht und auch das Vertragsrecht eine verhaltenssteuernde Wirkung haben⁵ und vom Gesetzgeber zu Regulierungszwecken – also zur Verfolgung von Allgemeinwohlbelangen⁶ – eingesetzt werden können.⁷ Weder unions- noch verfassungsrechtliche Aspekte verbieten dem Gesetzgeber, das Privatrecht als Steuerungsinstrument zu verwenden. Engere Grenzen gelten dagegen für eine eigenständige Regulierung durch die Zivilgerichte: Erforderlich ist eine gesetzliche Anknüpfung; liegt eine solche vor, dürfen die Gerichte Regulierungsziele konkretisieren, sofern sich diese aus einem übergreifenden Regulierungskonzept ableiten lassen,

³ Siehe aber *S. Asmussen*, Haftung für unwahre Aussagen über Nachhaltigkeitskodizes vor Abschluss eines Kaufvertrags, NJW 2017, 118; *I. Bach/E.-M. Kieninger*, Ökologische Analyse des Zivilrechts, JZ 2021, 1088, 1092 ff.; *B. Grunewald*, Verkäuferhaftung für unrichtige CSR-Berichte des Herstellers, NJW 2021, 1777; *J.-E. Schirmer*, Nachhaltigkeit in den Privatrechten Europas, ZEuP 29 (2021), 35, 43 ff.

⁴ Überblick bei *A. Hellgardt*, Regulierung und Privatrecht (2016), 99–119, 157–159. Zur Eignung des Vertragsrechts zur Regulierung ebd., 78–84.

⁵ Grundlegend *G. Wagner*, Prävention und Verhaltenssteuerung durch Privatrecht – Anmaßung oder legitime Aufgabe?, AcP 206 (2006), 352.

⁶ Zum Begriff der Regulierung *Hellgardt* (Fn. 4), 50–55.

⁷ Zusammenfassend *G. Hönn*, Privatautonomie von innen und außen – Zur Materialisierungsdebatte im Vertragsrecht, JZ 2021, 693, 696: „Überlegungen zur Reichweite regulatorischer Aspekte des geltenden Vertragsrechts [bleiben] legitim“. Kritisch aber insbesondere *H. Schweitzer*, Vertragsfreiheit, Marktregulierung, Marktverfassung: Privatrecht als dezentrale Koordinationsordnung, AcP 220 (2020), 544, 558, 560.

und können durch Auslegung oder Rechtsfortbildung ergänzende Regulierungsinstrumente schaffen.⁸

Soll das Vertragsrecht als Instrument des Klimaschutzes dienen, muss zunächst ein entsprechendes Regulierungsziel identifiziert werden. Dies kann entweder dadurch geschehen, dass der Gesetzgeber Klimaschutzbelange ausdrücklich als Regulierungsziele im Vertragsrecht verankert oder die Gerichte diese aus dem Gesamtzusammenhang der Klimaschutzregulierung ableiten. In einem zweiten Schritt ist dann das zur Verfolgung des Ziels vorgesehene Regulierungsinstrument zu bestimmen und mit Blick auf die Zielverfolgung anzuwenden. Im Vertragsrecht kommen nicht nur zwingende, sondern auch dispositive Regeln als Regulierungsinstrument in Betracht.⁹

1. Klimaschutz als Regulierungsziel im Vertragsrecht

In der rechtswissenschaftlichen Diskussion erscheint vor allem das außervertragliche Schuldrecht als naheliegendes Regulierungsinstrument.¹⁰ Da insbesondere das Deliktsrecht aber seit Inkrafttreten des BGB nur marginal geändert wurde, gibt es in diesem Bereich kaum explizite Aussagen des Gesetzgebers zu konkreten Regulierungszielen. Es ist vielmehr die – legitime – Aufgabe der Gerichte, das Deliktsrecht zu einem Instrument der Prävention im öffentlichen Interesse zu machen.

Dagegen finden sich im Vertragsrecht – auf den ersten Blick überraschend – eine ganze Reihe expliziter gesetzgeberischer Aussagen zu Regulierungszielen, insbesondere auch aus dem Bereich Klimaschutz und Nachhaltigkeit. Dies ist weniger erstaunlich, wenn man sich vergewärtigt, dass viele Teile des Vertragsrechts in den letzten gut 20 Jahren grundlegend reformiert wurden und parallel dazu die politische Bedeutung von Nachhaltigkeitsbelangen beständig zugenommen hat.

Ein besonders plakatives Beispiel ist die Einführung einer mietrechtlichen Privilegierung energetischer Gebäudesanierungen im Jahr 2012. Der Gesetzgeber wollte damit verhindern, dass die bei derartigen Sanierungen zu erwartenden massenhaften Mietminderungen die Vermieter abhalten würden, klimafreundliche Gebäudesanierungen durchzuführen.¹¹ Die Begründung des Regierungsentwurfs zum Mietrechtsänderungsgesetz führt unter der Überschrift

⁸ *Hellgardt* (Fn. 4), 696 ff., 701 ff., 705 ff.

⁹ Nicht mehr von „Regulierung“ sollte man sprechen, wenn nicht der Staat Vertragsrecht verwendet, sondern Private mit ihren vertraglichen Regelwerken Steuerungswirkung entfalten wollen; einen Sonderfall bilden insoweit die Plattformregeln marktmächtiger digitaler Plattformen, die man als Grenzfall von „Regulierung“ (meist aber nicht mit dem Ziel des Klimaschutzes) ansehen kann; ausführlich dazu *A. Hellgardt*, Plattformregulierung durch Zivilrecht, in: M. Ruffert (Hrsg.), *Die Regulierung digitaler Plattformen* (2023), 29, 41–43.

¹⁰ Siehe etwa *J.-U. Franck*, *Marktordnung durch Haftung* (2016); *D. Poelzig*, *Normdurchsetzung durch Privatrecht* (2012).

¹¹ Ausführlich zu „klimaschädlichen Verträgen“ unten S. 335 f.

„Die Aufgabe des Mietrechts“ aus, dieses müsse „die Rechte und Interessen der Vermieter, der Mieter sowie *gesamtgemeinschaftliche Interessen* miteinander in Einklang“ bringen und es sei insofern konkret Aufgabe des Mietrechts, „die Ziele der Ressourcenschonung und des Klimaschutzes zur bestmöglichen Entfaltung [zu] bringen“.¹² Hier wird sowohl die Regulierungsfunktion des Mietrechts mustergültig definiert als auch in Form von Ressourcenschonung und Klimaschutz ein konkretes Regulierungsziel – also ein öffentlicher Belang, der weder als standardisiertes Interesse von Vermietern noch Mietern angesehen werden kann – festgelegt.

Ein aktuelleres Beispiel ist die Warenkaufrichtlinie¹³ aus dem Jahr 2019, die in Art. 7 Abs. 1 lit. d (umgesetzt in § 434 Abs. 3 S. 2 BGB) die Haltbarkeit zu einer objektiven Anforderung an die Vertragsmäßigkeit der verkauften Ware erhoben hat, um damit – wie in Erwägungsgrund 32 ausgeführt – nachhaltige Verbrauchergewohnheiten und eine Kreislaufwirtschaft zu fördern.¹⁴ Diese Ziele haben jedenfalls indirekt auch eine klimaschützende Wirkung.

Aber auch dann, wenn der Gesetzgeber keine konkreten Regulierungsziele definiert, besteht im Falle des Klimaschutzes die Sondersituation, dass das Bundesverfassungsgericht die Treibhausgasreduktionsvorgaben des Pariser Klimaschutz-Abkommens vom 12. Dezember 2015¹⁵ über das Vehikel von Art. 20a GG zu einer justiziablen Richtlinie des Verfassungsrechts erhoben hat.¹⁶ Diese grundlegende Weichenstellung hat zwei wichtige Implikationen: Einerseits ist der Gesetzgeber gezwungen, Belange des Klimaschutzes in Form des Ziels konkreter CO₂-Reduktionsvorgaben zukünftig umfassend – und damit auch im Vertragsrecht – zu berücksichtigen. Andererseits sind die Gerichte aufgrund dieser Vorgabe verpflichtet, das Klimaschutzziel im Wege einer mittelbaren Drittwirkung, ähnlich der Drittwirkung der Grundrechte, bei der Anwendung des Vertragsrechts zu berücksichtigen.¹⁷ Damit ist stets zu prüfen,

¹² Begr. RegE MietRÄndG, BT-Drucks. 17/10485, 13 (Hervorhebung hinzugefügt).

¹³ Richtlinie (EU) 2019/771 v. 20.5.2019 über bestimmte vertragsrechtliche Aspekte des Warenkaufs, zur Änderung der Verordnung (EU) 2017/2394 und der Richtlinie 2009/22/EG sowie zur Aufhebung der Richtlinie 1999/44/EG, ABl. EU L 136, 28.

¹⁴ Kritisch zur Wirksamkeit des Haltbarkeitserfordernisses *Bach/Kieninger* (Fn. 3), 1092 f. Allgemein zur Nachhaltigkeit im kaufrechtlichen Mängelgewährleistungsrecht *L. Beck*, Die Rechte des Käufers bei fehlender Nachhaltigkeit der Kaufsache, NJW 2022, 3313; *J. Croon-Gestefeld*, Die nachhaltige Beschaffenheit der Kaufsache, NJW 2022, 497.

¹⁵ UNTS No. 54113.

¹⁶ BVerfGE 157, 30, 145 f.

¹⁷ *A. Hellgardt/V. Jouannaud*, Nachhaltigkeitsziele und Privatrecht, AcP 222 (2022), 163, 198–200; *A. Hellgardt*, Privatrechtliche Haftung unter höherrangigen Einwirkungen, in: L. O’Hara/T. Grosse-Wilde (Hrsg.), Zurechnung bei staatlichem Unterlassen (im Erscheinen), sub. IV.2.; im Ergebnis auch *B. Gsell*, Kauf- und deliktsrechtliche Haftung für das nachhaltigkeitsfehlerhafte Produkt als Schaden, ZHR 187 (2023), 392, 397; anders aber die (noch) h.M., siehe nur *H. Schulze-Fielitz*, in: H. Dreier (Hrsg.), Grundgesetz-Kommentar (3. Aufl., 2015), Art. 20a Rn. 66 m.w.N.

inwieweit durch eine mögliche Gesetzesauslegungsvariante Klimaschutzziele, insbesondere eine Reduktion des CO₂-Ausstoßes, gefördert werden können.¹⁸

2. (Halb-)Zwingendes Vertragsrecht als Regulierungsinstrument

Sofern der Klimaschutz als Regulierungsziel identifiziert ist, muss im zweiten Schritt das zu seiner Verfolgung vorgesehene bzw. naheliegende Regulierungsinstrument in den Blick genommen werden. Im Vertragsrecht kann der Gesetzgeber zuvörderst zwingendes Recht als Regulierungsinstrument einsetzen. Grundsätzlich lassen sich alle Normenarten zwingend ausgestalten und als Regulierungsinstrument einsetzen,¹⁹ etwa als zwingende Anspruchsgrundlage (z.B. im Gewährleistungsrecht), als zwingende Einwendung, Definition, Formzwang, Verweisung oder gesetzliche Vermutung.²⁰

Im Hinblick auf Klimaschutzbelange spielt das Mietrecht eine wichtige Rolle als Regulierungsinstrument.²¹ Dies liegt daran, dass der Gebäudesektor nach dem bisherigen § 4 Abs. 1 S. 1 Nr. 4, S. 3 i.V.m. Anlage 2 KSG einen zentralen Anteil an den jährlich vorgesehenen Emissionsreduzierungen leisten soll.²² Da der Mieteranteil in Deutschland im internationalen Vergleich exzeptionell hoch ist,²³ können Gegenrechte von Mietern oder Fragen der Kostentragung einen erheblichen Einfluss auf den Erfolg der Klimaschutzbeiträge des Gebäudesektors entfalten.

Ein erstes mietrechtliches Regulierungsinstrument zur Verfolgung des Klimaschutzes sind zwingende Informationspflichten des Vermieters. So muss in einer Immobilienanzeige gemäß § 87 Abs. 1 GEG umfassend über die Energieeffizienz des Mietobjekts aufgeklärt werden, bei einer Besichtigung der Immobilie ist dem Mieterinteressenten gemäß § 80 Abs. 4 und 5 GEG der Energieausweis bzw. eine Kopie davon vorzulegen. Zudem ist seit Dezember 2021 in §§ 5, 6a Abs. 1 Nr. 2 HeizkostenVO eine Pflicht für Vermieter vorgesehen,

¹⁸ Für ein (sachenrechtliches) Beispiel siehe BGH, KlimR 2022, 291, 292.

¹⁹ Selbstverständlich ist nicht alles zwingende (Vertrags-)Recht zugleich Regulierung; auch im Rahmen eines Interessenausgleichs (z.B. bei der Definition der Volljährigkeit) oder anderer Rechtsfunktionen kann der Gesetzgeber zwingendes Recht einsetzen; welche konkrete Funktion einer Norm zukommt, hängt von der Intention des Gesetzgebers ab.

²⁰ Ausführlich *Hellgardt* (Fn. 4), 75–78.

²¹ Zum Zusammenhang von Mietrecht und Klimaschutz grundlegend *B. Gsell*, *Miete und Recht auf Klimaschutz*, NZM 2022, 481.

²² Siehe aber zu den Plänen, die Emissionsreduktionslasten nicht mehr nach Sektoren aufzuspalten, RegE eines Zweiten Gesetzes zur Änderung des Bundes-Klimaschutzgesetzes, BT-Drucks. 20/8290. Danach soll § 4 KSG in dem Sinne geändert werden, dass künftig an die Stelle der Sektorenziele eine „sektorübergreifende und mehrjährige Gesamtrechnung“ tritt.

²³ Laut Daten von Eurostat lebte in Deutschland im Jahr 2022 ein Anteil von 53,5 % der Bevölkerung zur Miete (gegenüber einem EU-Durchschnitt von 30,9 %); https://ec.europa.eu/eurostat/databrowser/view/ILC_LVHO02__custom_3462892/bookmark/table?lang=de&bookmarkId=bf0879f1-9638-4868-8d59-5800871c15aa.

Neubauten mit einer fernablesbaren Ausstattung zur Wärmeverbrauchserfassung zu versehen und Bestandsgebäude bis zum 31. Dezember 2026 entsprechend nachzurüsten, verbunden mit der Pflicht, ab Existenz eines solchen Systems den Mieter monatlich detailliert über den Verbrauch (einschließlich einem Vergleich mit dem normierten Durchschnittsverbrauch) zu unterrichten.²⁴ Dadurch sollen dem Mieter Anreize gesetzt werden, den eigenen Wärmeverbrauch zu reduzieren.

Häufig besteht eine Übereinstimmung zwischen Klimaschutzzielen und den Interessen der Mieter, so etwa, wenn energetische Gebäudesanierungen die Energiekosten senken oder wenn Mieter Ladestationen für Elektrofahrzeuge benötigen (vgl. § 554 Abs. 1 BGB) oder mittels sog. „Balkonkraftwerke“²⁵ selbst Energie erzeugen möchten. In diesen Fällen reicht – wie regelmäßig auch sonst im Mietrecht – eine halbzwingende Regelung, von der lediglich nicht zum Nachteil des Mieters abgewichen werden darf (vgl. §§ 536 Abs. 4, 554 Abs. 2 BGB). Wegen des Interessengleichlaufs handelt der Mieter in diesen Fällen gleichsam als Sachwalter des Klimaschutzes.

Eine Mischung aus halbzwingender und „faktisch zwingender“²⁶ Regelung stellt im Verbraucherverkehr das Haltbarkeitserfordernis im Kaufrecht (§ 434 Abs. 3 S. 2 BGB) dar. Die Parteien eines Verbrauchsgüterkaufs können gemäß § 476 Abs. 1 S. 1 BGB die Rechtsfolgen des Gewährleistungsrechts nicht im Voraus – vor Mitteilung eines Mangels an den Unternehmer – zulasten des Verbrauchers modifizieren. Damit können allein Verbesserungen zugunsten des Verbrauchers, etwa eine verschuldensunabhängige Gefährdungshaftung, vereinbart werden, die zugleich auch dem Nachhaltigkeitsziel zugutekämen. Insoweit gleicht die Situation derjenigen des Mietrechts. Allerdings ist es gemäß § 476 Abs. 1 S. 2 BGB möglich, hinsichtlich bestimmter Merkmale wie dem Haltbarkeitserfordernis von den objektiven Anforderungen des § 434 Abs. 3 BGB abzuweichen. Wird eine solche Abweichung vereinbart, liegt bei fehlender Haltbarkeit bereits kein Sachmangel vor, so dass es auf die halbseitige Verbindlichkeit der Mängelgewährleistungsrechte nicht mehr ankommt. Allerdings stellt § 476 Abs. 1 S. 2 BGB hohe Hürden für eine Abweichungsvereinbarung auf, die dazu führen, dass eine solche im Verkehr mit Laufkundschaft kaum praktikabel ist. Insoweit entfaltet § 434 Abs. 3 S. 2 BGB faktisch zwingende Wirkung. Denn Voraussetzung der Vereinbarung ist erstens, dass

²⁴ Ausführlich dazu *W. Hinz*, Klimafreundliche Wärmeversorgung der Mietwohnung, NZM 2022, 681, 684–688.

²⁵ Siehe dazu RegE eines Gesetzes zur Zulassung virtueller Wohnungseigentümersammlungen, zur Erleichterung des Einsatzes von Steckersolargeräten und zur Übertragbarkeit beschränkter persönlicher Dienstbarkeiten für Erneuerbare-Energien-Anlagen, BT-Drucks. 20/9890. Dadurch soll die Duldungspflicht des § 554 Abs. 1 S. 1 BGB auf die „Stromerzeugung durch Steckersolargeräte“ erweitert werden.

²⁶ Zu dieser Kategorie *A. Hellgardt*, Regulation by Means of Default Rules, in: B. Häcker/J. Ungerer (Hrsg.), *Default Rules in Private Law* (im Erscheinen), sub. IV.A.

der Verbraucher vor Abgabe seiner eigenen Willenserklärung „eigens davon in Kenntnis gesetzt wurde, dass [die Haltbarkeit der Ware] von den objektiven Anforderungen abweicht“ und zweitens die Abweichung „ausdrücklich und gesondert vereinbart“ wird. Selbst wenn es möglich sein sollte, diese Anforderung durch AGB zu erfüllen,²⁷ genügt es nicht, dass diese irgendwo abrufbar oder im Geschäft ausgehängt sind und durch ein Häkchen bzw. den Kaufvertragsschluss im Geschäft akzeptiert werden. In der Regel wird – schon aus Beweisgründen – eine separate Unterzeichnung durch den Verbraucher erforderlich sein.²⁸ Für einen Supermarkt, Kiosk und dergleichen lassen sich diese Anforderungen im Massengeschäft kaum umsetzen. Aber auch bei anderen Verkäufern lenkt ein solches Vorgehen die besondere Aufmerksamkeit der Verbraucher auf das Haltbarkeitsmerkmal und provoziert Fragen, insbesondere wenn andere Unternehmerverkäufer auf eine Abbedingung verzichten.

3. Dispositives Vertragsrecht als Regulierungsinstrument

Nach ganz überwiegender Auffassung besteht die Aufgabe des dispositiven (Vertrags-)Rechts darin, den „hypothetischen Parteiwillen“ widerzuspiegeln.²⁹ Wenn und soweit dies tatsächlich der Fall ist, handelt es sich um einen standardisierten Interessenausgleich und nicht um Regulierung im hier verwendeten Sinne.³⁰ Aber selbst wenn die Abbildung des hypothetischen Parteiwillens unbestritten eine wichtige Funktion dispositiven Vertragsrechts darstellt, erschöpft sich dieses nicht darin; es kann – und wird – auch zu Regulierungszwecken eingesetzt.

Dispositives Recht kann in zweierlei Hinsicht als Regulierungsinstrument eingesetzt werden:³¹ Einerseits kann die Hürde, eine Regelung abbedingen zu

²⁷ So *F. Faust*, in: W. Hau/R. Poseck (Hrsg.), BeckOK BGB (68. Ed., 2023), § 476 Rn. 28; wohl auch *B. Grunewald*, in: Erman, BGB. Kommentar (17. Aufl., 2023), § 476 Rn. 7 („gesondert von den allg AGB“). § 307 Abs. 2 Nr. 1 BGB dürfte der Abbedingung dagegen nicht entgegenstehen, denn § 476 Abs. 1 S. 2 BGB zeigt, dass einzelne Elemente der objektiven Anforderungen nicht zu den wesentlichen Grundgedanken der gesetzlichen Regelung gehören. Anders wäre dies, wenn die Einhaltung sämtlicher objektiver Anforderungen abbedingen werden sollte.

²⁸ Ebenso BeckOK BGB/*Faust* (Fn. 27), § 476 Rn. 30.

²⁹ *E. Bucher*, Der Ausschluss dispositiven Gesetzesrechts durch vertragliche Absprachen, in: *Mélanges en l'honneur de Henri Deschenaux* (1977), 249, 256; *J. Cziupka*, Dispositives Vertragsrecht (2010), 180–205; *E. Ehrlich*, Das zwingende und nichtzwingende Recht im Bürgerlichen Gesetzbuch für das Deutsche Reich (1899), 65; *K. Larenz*, Ergänzende Vertragsauslegung und dispositives Recht, NJW 1963, 737, 738, 740; *ders.*, Schuldrecht, Bd. 1 (14. Aufl., 1987), 77; *F. Möslin*, Dispositives Recht (2011), 91–102; *H. Unberath*, Die Vertragsverletzung (2007), 156; kritisch *L. Kähler*, Begriff und Rechtfertigung abdingbaren Rechts (2012), 110–119.

³⁰ Zum Regulierungsbegriff siehe Nachweis in Fn. 6.

³¹ Ausführlich *Hellgardt* (Fn. 26), sub. IV. und V.

müssen, als Regulierungsinstrument eingesetzt werden, andererseits kann der Inhalt des dispositiven Rechts eine Regulierungsfunktion entfalten.

Ein Beispiel für den ersten Mechanismus aus dem Bereich des Klimaschutzes sind die Regelungen zur Förderung energetischer Sanierungen von Mietshäusern. Um einer Behinderung energetischer Sanierungen durch Mieter vorzubeugen, hat der Gesetzgeber in § 555d Abs. 1 (i.V.m. § 555b Nr. 1) BGB eine Duldungspflicht für energetische Sanierungen eingeführt und in § 536 Abs. 1a BGB für drei Monate Mietminderungen ausgeschlossen. Beide Regelungen können allerdings gemäß § 555d Abs. 7 BGB bzw. § 536 Abs. 4 BGB abbedungen oder abgemildert (jedoch nicht verschärft) werden. In der Praxis wird es dem Mietinteressenten meist an der Verhandlungsmacht fehlen, die Duldungspflicht und den Einwendungsausschluss aus dem Vertrag heraus zu verhandeln, zumal in den angespannten Wohnungsmärkten der Großstädte. Damit sind die Regelungen in den allermeisten Fällen für die Mieter faktisch zwingend. Dies entspricht der Intention des Gesetzgebers, rechtliche und finanzielle Hürden für energetische Sanierungen zu beseitigen. Die Frage ist daher, warum die Regelungen trotzdem zulasten des Vermieters disponibel und nicht zwingend ausgestaltet wurden.

Zunächst sind die gesetzlichen Regelungen Ausdruck einer vom Gesetzgeber grundsätzlich für angemessen befundenen Kostenaufteilung.³² Dies zeigt der Vergleich mit § 555f BGB. Gemäß dieser Vorschrift können die Parteien nach Abschluss des Mietvertrags und aus Anlass konkreter Modernisierungsmaßnahmen auch Vereinbarungen treffen, die zum Nachteil des Mieters von den gesetzlichen Vorgaben abweichen, etwa gemäß § 555f Nr. 2 BGB den Minderungsausschluss nach § 536 Abs. 1a BGB über die gesetzlich vorgesehenen drei Monate hinaus verlängern.³³ In dieser Phase besteht keine ungleiche Verhandlungsmacht – insbesondere ist der Mieter gegen willkürliche Kündigungen geschützt –, so dass eine Abweichung nur gegen eine entsprechende Kompensation (etwa bei der Höhe der infolge der energetischen Sanierung ausgesprochenen Mieterhöhung gemäß § 559 Abs. 1 BGB) zu erwarten ist. Zum anderen erlaubt eine Abweichung von § 555d Abs. 1 BGB und § 536 Abs. 1a BGB zugunsten des Mieters Vermietern in bestimmten Situationen, eine Immobilie überhaupt vermietet zu bekommen. Etwa bei befristeten Vermietungen kann der Mieter ein Interesse daran haben, während der Dauer seines Aufenthalts in der Wohnung keine größeren Renovierungsarbeiten zu erleben. Die Möglichkeit, in solchen atypischen Situationen vom „Klimaschutzprogramm“

³² Vgl. Begr. RegE MietRÄndG, BT-Drucks. 17/10485, 17.

³³ M. Artz, in: Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch (9. Aufl., 2023), § 555f Rn. 20.

der §§ 536 Abs. 1a, 555d Abs. 1 BGB abweichen zu können, wahrt daher die Verhältnismäßigkeit der Regulierungsmaßnahme.³⁴

In der rechtsökonomischen Diskussion werden zudem sog. „penalty defaults“ diskutiert.³⁵ Darunter versteht man dispositive Regeln, die bestimmte Parteien systematisch benachteiligen und sie damit dazu zwingen sollen, durch die Bitte um Abbedingung oder Abänderung der anderen Partei ihre besondere Situation offenzulegen. Im Klimaschutzzusammenhang kann man das Haltbarkeitserfordernis nach § 434 Abs. 3 S. 2 BGB als „penalty default“ deuten. Solche Verkäufer, die aus bestimmten Umständen (etwa Kostengründen) nicht für die Haltbarkeit ihres Produkts eintreten wollen, werden gezwungen, durch die Bitte um Abbedingung die Aufmerksamkeit des Kaufinteressenten auf diesen Umstand zu lenken. Die Regelung des § 476 Abs. 1 S. 2 BGB stellt in diesem Zusammenhang sicher, dass der Kaufinteressent auch tatsächlich auf die „atypische“ Situation aufmerksam wird und aktiv bedenken kann, welchen Stellenwert die Haltbarkeit dieses konkreten Produkts für ihn hat. Handelt es sich um einen Kauf zum einmaligen Gebrauch, wird der Kaufinteressent regelmäßig keinen besonderen Wert auf die Haltbarkeit legen, sondern im Gegenteil ihr Fehlen im Wege einer Preisreduktion ausnutzen wollen. Damit erlaubt die Regelung des § 434 Abs. 3 S. 2 BGB im Zusammenspiel mit dem Abbedingungsmechanismus des § 476 Abs. 1 S. 2 BGB, den Markt in zwei Teile zu segmentieren: solche Kunden, die Interesse an der Haltbarkeit des Produkts haben, und solche, für die Langlebigkeit keine Rolle spielt. Dies erhöht die Chance, dass haltbare Produkte tatsächlich auf den Markt kommen, weil der Käuferkreis, der auf dieses Nachhaltigkeitsmerkmal Wert legt und dafür einen höheren Preis zu zahlen bereit ist, auch tatsächlich Angebote erhält und der Preiskampf unter den Anbietern nicht solche teureren Varianten aus dem Markt drängt.

Der Inhalt des dispositiven Rechts kann in verschiedener Weise als Regulierungsinstrument eingesetzt werden. So kann es die normativen Erwartungen der Parteien verändern; das dispositive Recht dient aber auch als Maßstab der Inhaltskontrolle abweichender vertraglicher Regelungen.

Rechtlichen Regeln, auch wenn sie nur dispositiv sind, wird regelmäßig eine sog. „expressive Wirkung“ (englisch: „expressive function“) zugesprochen.³⁶ Damit ist gemeint, dass das staatliche Recht Einfluss auf die sozialen Normen

³⁴ Zu den Anforderungen des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes an regulatorisches Privatrecht *Hellgardt* (Fn. 4), 301–315.

³⁵ Das Konzept der „penalty defaults“ wurde entwickelt von *I. Ayres/R. Gertner*, Filling Gaps in Incomplete Contracts: An Economic Theory of Default Rules, *Yale Law Journal* 99 (1989), 87 und *dies.*, Strategic Contractual Inefficiency and the Optimal Choice of Legal Rules, *Yale Law Journal* 101 (1992), 729. Weiterentwickelt wurde es in *dies.*, Majoritarian vs. Minoritarian Defaults, *Stanford Law Review* 51 (1999), 1591.

³⁶ Grundlegend *C.R. Sunstein*, On the Expressive Function of Law, *University of Pennsylvania Law Review* 144 (1996), 2021.

der Gesellschaft entfaltet und diese ändern kann.³⁷ Statuiert nun das Kaufrecht ausdrücklich einen Klimaschutzstandard, etwa indem es dem Käufer einen Anspruch auf ein „haltbares“ Produkt einräumt (und durch § 476 Abs. 1 S. 2 BGB dafür sorgt, dass dies Verbrauchern bewusst gemacht wird), erscheint der Inhalt der gesetzlichen Regelung – trotz ihres dispositiven Charakters – als „richtige“ oder „gerechte“ Norm, allein weil der (in diesem Fall europäische) Gesetzgeber den Haltbarkeitsstandard als Regelfall formuliert hat. Gemeinsam mit dem sog. „endowment effect“³⁸ kann eine solche Sozialnorm eine erhebliche Steuerungswirkung entfalten. Der „endowment effect“ beschreibt das empirisch zu verifizierende Phänomen, dass eine Partei, die durch das dispositive Recht einen Vorteil erhält, dies als natürlichen Ausgangspunkt der Vertragsverhandlungen ansieht und nur bereit ist, auf diesen Vorteil gegen eine Gegenleistung zu verzichten. Dies gilt, obwohl dieselbe Person ohne die entsprechende dispositive Gesetzesregel nicht bereit wäre, selbst eine Gegenleistung für die Aufnahme der entsprechenden Klausel in den Vertrag zu erbringen. Kurzgefasst: Der Inhalt des dispositiven Rechts beeinflusst die Verhandlungspsychologie und wirkt sich damit auf den Inhalt der letztlich vereinbarten Verträge aus. Setzt der Gesetzgeber auf hohe Klimaschutzstandards, können daher auch dispositive Regeln eine erhebliche Steuerungswirkung entfalten, wenn sie den Parteien bekannt sind, weil sie dann als „richtiger“ bzw. „gerechter“ Vertragsinhalt aufgefasst werden.

Schließlich verleiht § 307 Abs. 2 Nr. 1 BGB, der auch im unternehmerischen Verkehr Anwendung findet, „wesentlichen Grundgedanken“ des dispositiven Rechts halbzwingende Wirkung, indem von diesen in AGB nicht zulasten des Vertragspartners (wohl aber zu seinen Gunsten) abgewichen werden darf. In der Vertragspraxis lassen sich massenhafte Abweichungen vom dispositiven Recht nur mittels AGB bewerkstelligen. Daher bildet die Inhaltskontrolle von AGB anhand des Leitbilds des dispositiven Rechts ein wesentliches Regulierungsinstrument.³⁹ Wenn der Gesetzgeber wesentliche Grundgedanken des dispositiven Rechts klimafreundlich ausgestaltete, so würden diese Regelungen für den Massenverkehr faktisch zwingend. Soweit ersichtlich, hat der Gesetzgeber außerhalb der erwähnten Beispiele bislang noch keine Klima-

³⁷ So zeigen empirische Studien, dass sich die soziale Akzeptanz homosexueller Partnerschaften nach Einführung der gleichgeschlechtlichen Ehe signifikant erhöht, siehe z.B. *M.E. Tankard/E.L. Paluck*, The Effect of a Supreme Court Decision Regarding Gay Marriage on Social Norms and Personal Attitudes, *Psychological Science* 28 (2017), 1334; *J. Thompson*, Attitudes Towards LGBT Individuals After *Bostock v. Clayton County*: Evidence From a Quasi Experiment, *Political Research Quarterly* 75 (2022), 1374.

³⁸ Dieser Effekt wurde zuerst beschrieben von *R. Thaler*, Toward a Positive Theory of Consumer Choice, *Journal of Economic Behavior and Organization* 1 (1980), 39, 43–47. Das Konzept beruht auf dem bahnbrechenden Paper von *D. Kahneman/A. Tversky*, Prospect Theory: An Analysis of Decision under Risk, *Econometrica* 47 (1979), 263.

³⁹ Ausführlich dazu *Hellgardt* (Fn. 4), 92–97.

schutzziele im dispositiven Vertragsrecht verankert. In der Literatur werden allerdings eine Reihe von Vorschlägen gemacht, die bei einer gesetzlichen Implementierung über das Vehikel von § 307 Abs. 2 Nr. 1 BGB Regulierungswirkung entfalten könnten. So etwa ein Vorrang der Mängelbeseitigung vor der Ersatzlieferung, ein Vorrang der Minderung vor dem Rücktritt oder ein Sonderkündigungsrecht des Käufers vor der Lieferung.⁴⁰

B. Zielkonflikte

Auch wenn man anerkennt, dass der Gesetzgeber das Vertragsrecht zu Regulierungszwecken einsetzen kann, handelt es sich dabei nicht um den alleinigen oder vorrangigen Zweck des Vertragsrechts.⁴¹ Das Vertragsrecht (wie auch das gesamte Privatrecht) ist nicht monistisch zu rechtfertigen,⁴² sondern verfolgt unterschiedliche Ziele, die sich in den unterschiedlichen Rechtsfunktionen widerspiegeln.⁴³

Im Folgenden soll daher untersucht werden, wie sich das Klimaschutzziel zu anderen Zielen/Funktionen des Vertragsrechts verhält. Zunächst ist das Verhältnis von Klimaschutzregulierung und Infrastrukturfunktion des Privatrechts, wie sie in der Privatautonomie ihren Ausdruck findet, in den Blick zu nehmen (unter 1). Dann geht es um das Verhältnis von Klimaschutz und Interessenausgleich am Beispiel des Schutzes der schwächeren Vertragspartei (unter 2); und schließlich ist der Konflikt unterschiedlicher Regulierungsziele am Beispiel des Verhältnisses von Klimaschutz und Verbraucherschutz zu untersuchen (unter 3).

1. Klimaschutz versus Privatautonomie

Eine grundlegende Funktion des Rechts besteht darin, Privaten eine Infrastruktur zur Verfügung zu stellen.⁴⁴ Die Privatautonomie ist eine „rechtskünstliche

⁴⁰ Vorschläge von *Bach/Kieninger* (Fn. 3), 1093–1095.

⁴¹ Dies wird bei manchen Darstellungen nicht hinreichend beachtet, siehe etwa *Schweitzer* (Fn. 7), 544, 556.

⁴² Kritisch zur monistischen Rechtfertigung des Privatrechts (konkret am Beispiel ausgleichender Gerechtigkeit) *B. Lomfeld*, Der Mythos vom unpolitischen Privatrecht, in: M. Grünberger/N. Jansen (Hrsg.), *Privatrechtstheorie heute* (2017), 151, 152 ff.

⁴³ Zu den Rechtsfunktionen siehe *Hellgardt* (Fn. 4), 55–64.

⁴⁴ Zur Infrastrukturfunktion des Privatrechts siehe z.B. *T. Ackermann*, Der Schutz des negativen Interesses (2007), 136; *G. Bachmann*, Private Ordnung (2006), 73 f., 75 f.; *H. Eidenmüller*, JZ 2009, 641, 643; *G.F. Schuppert*, in: A. Voßkuhle/M. Eifert/C. Möllers (Hrsg.), *Grundlagen des Verwaltungsrechts*, Bd. 1 (3. Aufl., 2022), § 17 Rn. 13–15; siehe auch *Cziupka* (Fn. 29), 44–63 („staatliche Serviceleistung“); *G. Wagner*, Materialisierung des Schuldrechts unter dem Einfluss von Verfassungsrecht und Europarecht, in: U. Blau-rock/G. Hager (Hrsg.), *Obligationenrecht im 21. Jahrhundert* (2010), 13, 14 („Ermöglichungsfunktion“). Als Vorläufer dieser Diskussion kann die Charakterisierung dispositiven Vertragsrechts als „ergänzendes Recht“ gelten; siehe z.B. *O. von Bülow*, Dispositives

Freiheit“ und bedarf zu ihrer Verwirklichung eines von der Rechtsordnung bereitgestellten „Werkzeugkastens“.⁴⁵ Das wichtigste Instrument dieses Werkzeugkastens ist das Rechtsgeschäft und speziell der Vertrag. Letzterer ist *das* Instrument zur Verwirklichung der Vertragsfreiheit als zentraler Bestandteil der Privatautonomie. Es stellt sich daher die Frage, wie sich die Klimaschutzregulierungsfunktion des Privatrechts mit seiner Infrastrukturfunktion für die Privatautonomie verträgt. Die Abgrenzung zwischen Klimaschutz und Privatautonomie bzw. Regulierung und Infrastruktur ist eine zweifache, sie bezieht sich nämlich einerseits auf die rechtstheoretische Einordnung des Privatrechts und zum anderen auf die Grenzen rechtlicher Gestaltungsfreiheit.

Auf der ersten Ebene ist zunächst zu konstatieren, dass sich Privatautonomie als materielle Selbstbestimmung und Regulierung als staatliche Verhaltenssteuerung gegenseitig ausschließen.⁴⁶ Dasselbe Verhalten kann nicht gleichzeitig selbstbestimmt und gesteuert sein.⁴⁷ Dieser Gegensatz gilt allerdings nur, *soweit* die Parteien auch tatsächlich selbstbestimmt handeln. Bei den allermeisten Verträgen erfüllen nur der Vertragsabschlusswille und die Festlegung der *essentialia negotii* diese Voraussetzungen; alle weiteren Rechtsfolgen werden von den Parteien regelmäßig nicht aktiv bedacht, sondern ergeben sich aus den AGB oder dem dispositiven Vertragsrecht. An dieser Stelle zeigt sich gerade die Infrastrukturfunktion des Privatrechts, indem dieses den Parteien Regelungen zur Verfügung stellt, die die Lücken des Vertrags füllen. Damit ermöglicht das dispositive Recht die Ausübung von Privatautonomie, die erheblich beschränkt wäre, wenn lückenhafte Verträge nicht sinnvoll durchgeführt werden könnten. Allerdings kann das dispositive Recht nicht nur diese freiheitserweiternde Infrastrukturfunktion erfüllen, sondern vom Gesetzgeber auch freiheitsbegrenzend zu Regulierungszwecken wie dem Klimaschutz eingesetzt werden.⁴⁸ Auch die AGB-Kontrolle kann zu Regulierungszwecken verwendet werden. Die Grenze zwischen Privatautonomie und Regulierung richtet sich also danach, welchen Aufwand die Parteien betreiben, um den Inhalt ihres Vertrags selbst zu determinieren. Dort, wo sie sich auf eine Lückenfüllung durch den Gesetzgeber verlassen, liegt es an dessen Regulationsintention, ob das dispositive Recht lediglich die Lücken schließt oder dies mit einem Steuerungsanliegen verbindet. Stellt eine Partei AGB, muss sie zudem damit rechnen, dass die Gerichte diese nicht nur bei Benachteiligungen der anderen Partei, sondern –

Civilprozeßrecht und die verbindliche Kraft der Rechtsordnung, AcP 64 (1881), 1, 73; E. Fröhlich, Vom Zwingenden und Nichtzwingenden Privatrecht (1922), 89–92; R. Stammeler, Der Garantievertrag, AcP 69 (1886), 1, 19–30.

⁴⁵ C. Latzel, Verhaltenssteuerung, Recht und Privatautonomie (2020), 365–367, 649.

⁴⁶ Zum Verhältnis von Regulierung und Privatautonomie schon ausführlich Hellgardt (Fn. 4), 65–73, insbesondere 70.

⁴⁷ Anders Latzel (Fn. 45), 241 f., der die Möglichkeit der Selbstbestimmung ausschließt, aber eine rechtliche Anknüpfung an den *Glauben* an die Willensfreiheit für praktikabel hält.

⁴⁸ Dazu ausführlich oben S. 323 ff.

im vom Gesetzgeber vorgegebenen Rahmen – auch im Hinblick auf gesellschaftliche Steuerungsanliegen wie den Klimaschutz kontrollieren. Rechtstheoretisch lassen sich Privatautonomie und Klimaschutz im Vertragsrecht daher klar voneinander abgrenzen.

Auf der zweiten Ebene geht es weniger um die Abgrenzung als um die *Be-*grenzung des Klimaschutzes durch die Privatautonomie. Im Fokus steht also nicht die *Ausübung* materieller Selbstbestimmung, sondern das *Recht* darauf, die eigenen Verträge ohne Berücksichtigung von Klimaschutzanliegen schließen zu dürfen. Damit erweist sich die Abgrenzung von Klimaschutz und Privatrecht insoweit als ein Ausschnitt der generellen Frage nach der Reichweite der grundrechtlich gewährleisteten Privatautonomie und den Anforderungen an deren Einschränkung. Obwohl das Bundesverfassungsgericht im Bereich der wirtschaftlichen Betätigung von einer „grundsätzlichen Freiheitsvermutung“ ausgeht,⁴⁹ erlaubt es Eingriffe bereits dann, wenn diese aufgrund vernünftiger Erwägungen des Gemeinwohls zweckmäßig erscheinen.⁵⁰ Da das Bundesverfassungsgericht die Reduktionsziele des Pariser Abkommens mittels Art. 20a GG in den Rang von Verfassungsrecht gehoben hat,⁵¹ vermögen Klimaschutzbelange grundsätzlich weitreichende Eingriffe in die Privatautonomie zu rechtfertigen. So ist es etwa unproblematisch, einen Vertrag, der explizit auf klimaschädliches Verhalten abzielt (z.B. ein Vertrag zur Entwicklung einer Software, die Prüfvorrichtungen zur Einhaltung von Emissionsgrenzwerten täuschen soll), nach § 138 Abs. 1 BGB für sittenwidrig und damit für nichtig zu erklären.⁵² Dass die Privatautonomie von allen Seiten her eingeschränkt wird, ist allerdings weniger problematisch, als es auf den ersten Blick den Anschein haben mag, umfasst die privatautonome Gestaltungsmacht doch sämtliche Bereiche unseres Lebens. Es führt daher zu weit, aufgrund der ubiquitären Eingriffe eine Krise der Privatautonomie auszurufen.⁵³

Trotzdem kann es in Einzelfällen zu einer verfassungswidrigen Belastungskumulation kommen, wenn nämlich einzelne Grundrechtsträger im Rahmen ein und desselben Lebenssachverhalts einer Vielzahl unterschiedlicher Eingriffe in die Privatautonomie ausgesetzt sind, die – obwohl in jedem Einzelfall

⁴⁹ BVerfGE 13, 97, 105.

⁵⁰ Siehe BVerfGE 80, 137, 159 (zu Art. 2 Abs. 1 GG); BVerfGE 7, 377, 405 (zu Art. 12 Abs. 1 GG); BVerfG, NJW 2009, 1259, 1260 (zu Art. 14 Abs. 1 GG). Etwas anderes gilt, wenn man die Privatautonomie als institutionelle Garantie versteht und damit die Rechtfertigungsanforderungen gegenüber der h.M. anhebt; dafür insbesondere *Schweitzer* (Fn. 7), 566; dem folgend *C. Osterloh-Konrad*, Die gute Absicht im Privatrecht, ZfPW 10 (2024) (im Erscheinen).

⁵¹ BVerfGE 157, 30, 145.

⁵² Zu „klimaschädlichen“ Verträgen ausführlich unten S. 335 f.

⁵³ Ähnlich das Fazit von *K. Riesenhuber*, Privatautonomie – Rechtsprinzip oder „mystifizierendes Leuchtfeuer“, ZfPW 4 (2018), 352, 368: „Wer in jeder Regulierung einen Angriff auf die Privatautonomie sieht, macht sich auf Dauer unglaublich oder lächerlich.“

verhältnismäßig – in ihrer Gesamtheit die Grenzen der grundrechtlich gewährleisteten Privatautonomie unverhältnismäßig einschränken.⁵⁴ Wenn also zwingende Klimaschutzvorgaben in einem Bereich des Vertragsrechts gemacht werden, in dem auch schon eine Vielzahl anderer Regulierungsvorgaben bestehen, kann im Einzelfall die Klimaschutzregulierung der Tropfen sein, der das grundrechtliche Fass zum Überlaufen bringt. Ein Vertragstyp, der sich durch besonders viele zwingende Vorgaben auszeichnet, ist das schon vielfach erwähnte Mietrecht. Trotzdem wird man auch dort bislang keine unverhältnismäßige Belastungskumulation annehmen können; zwingendes Klimamietrecht schränkt nämlich regelmäßig eher den Mieter als den Vermieter ein und erhöht daher nicht dessen Freiheitsbelastungen.

2. Klimaschutz versus Schutz der schwächeren Partei

Der Interessenausgleich ist die zentrale Funktion des klassischen Vertragsrechts. Das staatliche Vertragsrecht wacht in diesem Sinne darüber, dass sich im Rahmen eines konkreten Vertrags die Interessen einer Partei nicht einseitig zulasten der anderen Partei durchsetzen. Dies kann im Einzelfall durch eine gerichtliche Inhaltskontrolle geschehen, aber auch in standardisierter Weise durch den Gesetzgeber. Beispiele für eine solche Standardisierung sind insbesondere das „soziale“ Mietrecht und das „soziale“ Arbeitsrecht.⁵⁵ Aber auch Regelungen zum Schutz Minderjähriger gehören in diesen Kontext. Der Schutz der schwächeren Partei ist daher ein klassischer Topos des Vertragsrechts. Das Verhältnis von Klimaschutz und Mieter-, Arbeitnehmer- oder Minderjährigenschutz ist einzelfallabhängig. Häufig verlangen Klimaschutzbelange ein Handeln der stärkeren Vertragspartei, etwa des Vermieters oder Arbeitgebers. In diesen Konstellationen – etwa bei den Hinweispflichten nach der HeizkostenVO⁵⁶ – stärkt dann die Klimaschutzregulierung zugleich die Stellung der schwächeren Vertragspartei.

Daneben gibt es aber auch Fallkonstellationen, in denen das Vertragsrecht der schwächeren Partei aus Klimaschutzgründen Nachteile zuweist. Ein Beispiel sind die Duldungspflicht und der Ausschluss des Minderungsrechts bei energetischen Sanierungen (§§ 536 Abs. 1a, 555d Abs. 1 BGB). Allerdings liegt eine energetische Sanierung gemäß § 555b Nr. 1 BGB nur vor, wenn dadurch „in Bezug auf die Mietsache Endenergie nachhaltig eingespart wird“. Damit ist zu erwarten, dass sich die energetische Sanierung langfristig für den

⁵⁴ Ausführlich zur Belastungskumulation im Privatrecht A. Hellgardt/S. Unger, Aufsichtsrat und Anteilseigentum, ZHR 183 (2019) 406, 442–444 m.w.N.

⁵⁵ Siehe dazu nur F. Wieacker, Das Sozialmodell der klassischen Privatrechtsgesetzbücher und die Entwicklung der modernen Gesellschaft (1953), 21.

⁵⁶ Dazu oben S. 321 f.

Mieter durch geringere Energiekosten rentieren wird.⁵⁷ Der Nachteil des Minderungsausschlusses wird also aufgewogen durch zukünftige Einsparungen. Im Gegensatz dazu müssen Modernisierungsmaßnahmen im Sinne von § 555b Nr. 2 BGB, durch die nicht-erneuerbare Primärenergie eingespart oder das Klima nachhaltig geschützt werden soll, *ohne* dass damit auch Verbrauchseinsparungen verbunden sind, vom Mieter zwar auch geduldet werden; der Minderungsausschluss des § 536 Abs. 1a BGB greift aber nicht. Auch eine Mieterhöhung nach § 559 BGB ist im Anschluss an eine solche, rein klimaschützende Modernisierung nicht zulässig.

Der eigentliche Konflikt tritt dann auf, wenn aus Klimaschutzgründen die schwächere Vertragspartei gesetzlich benachteiligt werden müsste, ohne dass ein Ausgleich erfolgte, etwa durch Senkung von Energiekosten. Soweit ersichtlich, ist der Gesetzgeber vor dieser Konsequenz bislang zurückgeschreckt. Diese Konstellation könnte etwa in einem Fall praktisch relevant werden, in dem die Umstellung der Wärmeversorgung von Mietwohnungen auf eine energieeffizientere Wärmelieferung (*Contracting*) mit höheren Kosten für Mieter verbunden ist. Insoweit regelt § 556c Abs. 1 S. 1 Nr. 2 BGB, dass dem Mieter die Kosten der externen Wärmelieferung nur dann auferlegt werden können, wenn diese die Betriebskosten für die bisherige Eigenversorgung mit Wärme oder Warmwasser nicht übersteigen. Aufgrund der eindeutigen Entscheidung des Gesetzgebers, den Mieter nur dann zur Duldung der Umstellung auf das *Contracting* zu verpflichten, wenn dieses kostenneutral ist,⁵⁸ lässt sich eine teleologische Reduktion von § 556c Abs. 1 S. 1 Nr. 2 BGB oder eine sonstige gesetzesübersteigende Korrektur mit Blick auf Art. 20a GG nicht rechtfertigen.⁵⁹ Jedenfalls solange es noch möglich ist, mittels der getroffenen gesetzgeberischen Maßnahmen die aus Art. 20a GG folgenden Klimaschutzvorgaben zu erfüllen, sind die Gerichte nicht befugt, gesetzgeberische Untätigkeit durch die Berufung auf Verfassungsvorgaben zu überspielen.⁶⁰

3. Klimaschutz versus Verbraucherschutz

Ein dritter Zielkonflikt kann zwischen privatrechtlicher Klimaschutzregulierung und anderen Regulierungszielen des Privat- und speziell des Vertragsrechts auftreten. Ein wichtiges Beispiel für Regulierung durch Privatrecht ist das Verbraucherschutzrecht. Hier werden den Verbrauchern bei Verträgen mit Unternehmern Rechte (etwa Informations- und Widerrufsrechte oder Behal-

⁵⁷ Kritisch aber *M. Bieder*, in: B. Gsell et al. (Hrsg.), beck-online.Großkommentar BGB (Stand: 1.10.2023), § 536 Rn. 87, der auf das Mieterhöhungsrecht des § 559 Abs. 1 BGB verweist.

⁵⁸ Zu den Rechtsfolgen, wenn diese Voraussetzung nicht eingehalten werden kann, siehe *Hinz* (Fn. 24), 683 f.

⁵⁹ So auch *Gsell* (Fn. 21), 489; *Hinz* (Fn. 24), 683.

⁶⁰ Ausführlich zu diesem Themenkomplex *Hellgardt* (Fn. 17).

tensrechte nach § 241a BGB) eingeräumt, die nicht primär darauf abzielen, den Interessenausgleich zwischen den Parteien anzupassen, sondern deren Ziel darin besteht, Marktversagen zu verhindern bzw. marktliches Verhalten von Unternehmen präventiv zu steuern.⁶¹ Auch das Verhältnis von Verbraucherschutz und Klimaschutz ist ambivalent.

So gibt es erneut viele Konstellationen, in denen beide Ziele kongruent verlaufen und Verbraucherschutz und Klimaschutz sich gegenseitig verstärken. Dies betrifft insbesondere Fallgestaltungen, in denen Unternehmen Anreize haben, die Klimafreundlichkeit ihrer Tätigkeit oder ihrer Produkte in einem falschen günstigen Licht zu präsentieren (sogenanntes *greenwashing*). Hier kommt es zu einem Gleichlauf zwischen dem verbraucherschützenden Informationsparadigma als Mittel zur Schaffung von Markttransparenz und dem Ziel, möglichst klimaschonende Produkte zu vertreiben. Dabei geht es nicht nur um individuelle Verbraucherrechte im Rahmen von Verträgen; besonderes Potential kommt in diesem Bereich auch der lauterkeitsrechtlichen Rechtsdurchsetzung durch Konkurrenten oder Verbraucherschutzverbände zu.⁶² Auch diese Rechtsdurchsetzung betrifft aber im weiteren Sinne das Vertragsrecht, indem sie dazu führt, dass die entsprechenden Unternehmer daran gehindert werden, zukünftig noch entsprechende Vertragsangebote für Verbraucher zu machen.

Daneben ist aber auch zu konstatieren, dass Verbraucherschutzrecht als makroökonomisches Programm zur Ankurbelung des unionsweiten Binnenmarktes⁶³ einen inhärenten Konflikt zum Klimaschutz birgt. Der Verbraucherschutz als Konjunkturprogramm setzt auf fortdauernde und steigende Konsumentennachfrage, während der sparsame Umgang mit begrenzten Ressourcen und die Vermeidung übermäßigen CO₂-Ausstoßes zentrale Mittel des Klimaschutzes darstellen.⁶⁴ Wenn die EU das Klimaschutzziel des *Green Deals* ernst nimmt, sind tiefgreifende Folgen für das Verbraucherschutzrecht unvermeidbar. Das Verbraucherschutzrecht muss aufgrund dessen aber nicht zugunsten des allgemeinen Privatrechts abgeschafft werden.⁶⁵ Vielmehr weisen die neuesten Vorschläge der EU-Kommission, ein „right to repair“ für Verbraucher zu etablieren,⁶⁶ in die Richtung, Nachhaltigkeitsziele im Rahmen von Verbrau-

⁶¹ Dazu Hellgardt (Fn. 4), 157.

⁶² Ausführlich C. Alexander, *Green Deal: Verbraucherschutz und ökologischer Wandel*, wrp 2022, 657.

⁶³ Hellgardt (Fn. 4), 110, 178–180 m.w.N.

⁶⁴ Ausführlich zum Verhältnis von Verbraucherschutz und Nachhaltigkeit A. Halfmeier, *Abschied vom Konsumschutzrecht*, VuR 2022, 3.

⁶⁵ So das Gedankenexperiment bei Halfmeier (Fn. 64), 8.

⁶⁶ EU-Kommission, Vorschlag für eine Richtlinie des Europäischen Parlaments und des Rates über gemeinsame Vorschriften zur Förderung der Reparatur von Waren und zur Änderung der Verordnung (EU) 2017/2394 und der Richtlinien (EU) 2019/771 und (EU) 2020/1828, 22.3.2023, COM(2023) 155 fin.

cherrechten zum Durchbruch zu verhelfen. Damit sind aber weitreichende Eingriffe in das Vertragsrecht verbunden, insbesondere weil es häufig nicht der Verkäufer, sondern eher der Hersteller oder Dritte – also Vertragsfremde – sein werden, die als Adressaten dieser klimaschützenden Regulierung in Betracht kommen.⁶⁷

III. Vertragsrecht als Hindernis für Klimaschutz

In der allgemeinen Debatte um Recht und Nachhaltigkeit geht es vorrangig darum, wie das Recht nachhaltiges Verhalten erleichtert oder in Zukunft noch weiter fördern kann. Daneben gibt es aber auch viele Bereiche, in denen sich das existierende Recht, auch das Vertragsrecht, hemmend auf den Klimaschutz auswirkt. Dies betrifft einerseits das gesetzliche Vertragsrecht, das den Parteien die Möglichkeit klimaschädlicher Verträge nicht nur ermöglicht, sondern teils sogar nahelegt (dazu unter A). Zum anderen geht es um die Frage, welche Grenzen das Vertragsrecht privatautonom getroffenen klimaschädlichen Vereinbarungen der Parteien setzt (dazu unter B).

A. Klimaschädliches Vertragsrecht

Das Vertragsrecht ist *prima facie* auch im Hinblick auf die Schädigung des Klimas kein naheliegender Kandidat. Denn welchen Inhalt die Verträge konkret haben, bestimmen grundsätzlich die Parteien und nicht das gesetzliche Vertragsrecht, sofern dieses nicht ausnahmsweise zwingende Vorgaben macht. Aber ebenso wie dispositives Recht als Regulierungsinstrument zum Klimaschutz eingesetzt werden kann,⁶⁸ vermag es auch, die Parteien zu einem klimaschädlichen Verhalten zu animieren.

Ein Beispiel ist das Recht des Käufers, gemäß § 439 Abs. 1 BGB (das bei Verbrauchsgüterkaufverträgen gemäß § 476 Abs. 1 S. 1 BGB auf Grundlage von Art. 13 Abs. 1, 21 Abs. 1 Warenkaufrichtlinie sogar zwingend ist) nach seiner Wahl Nachlieferung anstelle von Nachbesserung zu verlangen. Es ist offensichtlich, dass die Lieferung einer neuen mangelfreien Sache regelmäßig sehr viel mehr klimaschädliche Ressourcen erfordern wird als die Reparatur der mangelhaften Kaufsache.⁶⁹ Würde stattdessen dem Verkäufer (ähnlich dem Werkunternehmer gemäß § 635 Abs. 1 BGB) das Wahlrecht zustehen, so würden solche Verkäufer, die selbst oder durch verbundene Werkstätten über die

⁶⁷ Für eine kritische Evaluation des Kommissionsvorschlags siehe *European Law Institute*, European Commission's Proposal for a Directive on Common Rules Promoting the Repair of Goods (2023). Der Bericht wurde für das ELI entworfen von *S. Augenhöfer*, *Y. Atamer*, *K. Gierz* und *R. Küter*.

⁶⁸ Dazu oben S. 323 ff.

⁶⁹ Siehe auch *Bach/Kieninger* (Fn. 3), 1094: ökologischer worst case.

Möglichkeit einer Reparatur verfügen, immer dann die Nachbesserung wählen, wenn deren Kosten geringer sind als die Wiederbeschaffungskosten der Kaufsache. Wenn ökonomische und ökologische Rationalität zusammenfallen, würde so die klimafreundlichere Variante gewählt. Zugleich ergibt sich dadurch die Möglichkeit, klimaschädliche Herstellungsprozesse durch Umweltsteuern oder ähnliches gezielt zu verteuern und so die ökonomische Kalkulation dem Klimaschutzziel anzupassen. Käufer haben dagegen regelmäßig Anreize, die Lieferung einer neuen Sache zu verlangen, weil die Nacherfüllung damit häufig schneller beendet ist und – insbesondere, wenn sich der Mangel erst nach einiger Zeit zeigt – sie ohne Nachzahlungspflicht eine neuwertige Sache erhalten. Diese klimaschädlichen Anreize auf Käuferseite lassen sich kaum durch vertragsexterne Maßnahmen wie Umweltsteuern verändern, so dass der vertragsrechtlichen Zuweisung des Wahlrechts entscheidende Bedeutung zukommt.

Auch der Regelung des § 309 Nr. 9 BGB, die die Mindestlaufzeit von Verträgen in AGB mit Verbrauchern auf zwei Jahre begrenzt, wohnt eine klimaschädliche Tendenz inne. Einer der praktisch wichtigsten Anwendungsfälle für die Zwei-Jahresgrenze des § 309 Nr. 9 BGB sind Handyverträge. Um die Verbraucher auch über die Kündigungsfrist hinaus an sich zu binden, bieten alle großen Mobilfunkunternehmen für den Abschluss eines weiteren Zweijahresvertrags ein neues Mobilfunkgerät als Prämie. Damit hat sich in der Praxis eine Kundenerwartung etabliert, alle zwei Jahre das Mobiltelefon auszutauschen, auch wenn dieses technisch durchaus für längere Gebrauchsdauern tauglich wäre.⁷⁰ Aus Klimaschutzsicht scheint die naheliegende Abhilfe zunächst darin zu bestehen, die Dauer der zulässigen Vertragsbindung (jedenfalls für Mobilfunkverträge) auf die sinnvolle Nutzungsdauer von Handys zu verlängern. Damit würde aber außer Acht gelassen, dass eine automatische Vertragsverlängerung auch unter anderen Gesichtspunkten negative Folgewirkungen hat, etwa auf den Wettbewerb um Mobilfunkkunden.⁷¹ Eine sowohl für den Klimaschutz als auch für den Verbraucherschutz und Wettbewerb sinnvolle Lösung wäre deshalb eine Absenkung der zulässigen Mindestvertragslaufzeit in AGB, etwa auf ein Jahr.⁷² Der ökonomische Gewinn durch eine sichere einjährige Kunden-

⁷⁰ Dazu auch *Bach/Kieninger* (Fn. 3), 1097.

⁷¹ Ausführlich dazu *H. Wais*, Gesetzlicher Schutz vor ungewollten Vertragsverlängerungen, NJW 2018, 1777, 1780.

⁷² Siehe RegE eines Gesetzes für faire Verbraucherverträge, BT-Drucks. 19/26915. Danach sollte § 309 Nr. 9 BGB nur noch eine Mindestvertragslaufzeit von einem Jahr in AGB erlauben (eine Bindung über ein Jahr hinaus bis höchstens zwei Jahre sollte nur zulässig sein, wenn zusätzlich ein alternatives Angebot mit einer Bindung von nur einem Jahr zu einem Aufpreis von höchstens 25 % gemacht worden wäre). Dieser Vorschlag wurde aber vom Bundestag verworfen und § 309 Nr. 9 lit. a BGB in der Folge unverändert gelassen; siehe Beschlussempfehlung und Bericht des Ausschusses für Recht und Verbraucherschutz, BT-Drucks. 19/30840, 5, 14.

bindung dürfte für Telekommunikationsanbieter erheblich geringer ausfallen als bei einer zweijährigen Bindung. Dies beschränkt die Rentabilität von Angeboten, die den Vertragsschluss durch ein „Gratishandy“ vergüten. Zugleich würde der Wettbewerb der Anbieter gestärkt, so dass die Verbraucher zwar keine Gratistelefone mehr erhielten, aber durch die geringeren laufenden Kosten so viel Geld einsparen würden, dass sie sich von der Ersparnis ein neues Handy kaufen könnten, sobald das bisherige Gerät tatsächlich das Ende seiner Lebensdauer erreicht hat.

B. Klimaschädliche Verträge

Schließlich ist noch auf den Fall einzugehen, dass nicht das dispositive Vertragsrecht, sondern die Parteien selbst eine Regelung treffen, die negative Auswirkungen auf das Klima entfaltet. Dazu ist zunächst festzuhalten, dass umwelt- oder klimaschützende Verbotsregelungen des Öffentlichen Rechts regelmäßig auch Verbotsgesetze im Sinne von § 134 BGB sein werden.⁷³ Wenn also ein Vertrag gezielt darauf ausgerichtet ist, Emissionsverbote oder -grenzwerte zu missachten, kann er nicht mit gerichtlicher Hilfe durchgesetzt werden.

Schwieriger ist die Frage, ob die Gerichte auch solche Verträge kontrollieren und ggf. abändern sollten, deren von den Parteien gewollter Inhalt klimaschädliche Auswirkungen hat. So könnte etwa ein Pauschalreisevertrag, der für eine kurze Inlandsdistanz eine Flugbeförderung vorsieht, unter Verweis auf Art. 20a GG in eine Bahnreise abgeändert werden, etwa durch die Klage eines Verbraucher- oder Umweltschutzverbands. Es ist zwar unbestreitbar, dass derartige Verträge – zumal, wenn sie massenhaft abgeschlossen werden – erhebliche negative Auswirkungen auf das Klima zeitigen können. Trotzdem ist das allgemeine Vertragsrecht nicht das richtige Regulierungsinstrument, um gegen derartiges Verhalten vorzugehen. So wären in dem eben genannten Beispiel nur Pauschalreiseverträge kontrollierbar, die den kurzen Inlandsflug mit weiteren Leistungen wie einer Hotelübernachtung kombinieren. Keine Handhabe bestünde dagegen gegen denjenigen, der den Flug als solchen bucht, denn die entsprechende Leistung verstößt nicht gegen ein gesetzliches Verbot⁷⁴ und ist – solange öffentlich-rechtlich zulässig – auch kaum per se als sittenwidrig anzusehen. Vor allem sprechen aber grundsätzliche Einwände dagegen, eine Vernünftigkeitkontrolle von Verträgen vorzunehmen und sei es auch unter dem

⁷³ Y. Azizi/D. Dakovic, Berücksichtigung von Nachhaltigkeitsaspekten durch Zivilgerichte, *KlimR* 2023, 234, 237.

⁷⁴ Unter Verhältnismäßigkeitsgründen dürfte es auch das mildere Mittel darstellen, Kurzstreckenflüge durch eine entsprechende CO₂-Bepreisung wirtschaftlich unrentabel zu machen, als sie komplett zu verbieten. Sofern überhaupt noch Flüge angeboten werden, wirken derart hohe Preise dann gleichermaßen abschreckend auf Pauschalreisende wie auf direkte Kunden der Fluggesellschaft.

Gesichtspunkt hehrer Klimaschutzziele.⁷⁵ Wenn der Gesetzgeber bestimmte Verhaltensweisen nicht verbietet, können diese grundsätzlich auch nicht im Wege einer materiellen Vertragsinhaltskontrolle für unzulässig erklärt werden. Die Eindämmung klimaschädlicher Verträge ist daher zuvörderst Aufgabe des Gesetzgebers und nicht der Gerichte.

Möglich bleibt allein die Anwendung von § 138 Abs. 1 BGB in Fällen, in denen die Parteien durch ihre Vertragsgestaltung aktiv versuchen, klimaschützende Verbote zu umgehen. Der Bundesgerichtshof hat im Rahmen des Dieselskandals entschieden, dass Vorrichtungen, mit denen etwa die Kontrolle gesetzlicher Emissionswerte gezielt manipuliert werden sollen, sittenwidrig sind.⁷⁶ Diese Grundwertung wird man auch auf das Vertragsrecht und damit auf § 138 Abs. 1 BGB übertragen können. Verträge, die darauf abzielen, gesetzliche Klimaschutzvorgaben oder zu ihrer Überprüfung eingerichtete Kontrollmechanismen auszuhebeln, sind daher gemäß § 138 Abs. 1 BGB nichtig.

Damit bleibt klimaschädlichen Verträgen in diesen Extremfällen die Durchsetzung durch die staatliche Gerichtsbarkeit verwehrt. Auf diese Weise lässt sich aber nicht verhindern, dass es zu einem tatsächlichen Leistungsaustausch kommt. Ein solcher faktischer Austausch jenseits des staatlichen Rechtssystems kann allerdings nur unter eingeschränkten Bedingungen, etwa langfristigen und auf Reziprozität angelegten sozialen Beziehungen funktionieren. Das „negative Vertragsrecht“ versucht demgegenüber, mit Instrumenten wie § 817 S. 2 BGB den Parteien solcher faktischen Vereinbarungen größtmögliche Anreize zum Vertragsbruch zu setzen.⁷⁷

IV. Fazit

Auf den ersten Blick scheint das Vertragsrecht nur am Rande relevant für die Durchsetzung von mehr Klimaschutz. Dieser erste Eindruck trügt. Denn das Vertragsrecht ermöglicht es, steuernd in sämtliche Transaktionen einzugreifen, wozu der Gesetzgeber noch nicht einmal zwingendes Recht verwenden muss. Während der Gesetzgeber von dieser Möglichkeit bislang vor allem im Mietrecht Gebrauch gemacht hat, lassen sich auch bei nahezu allen anderen Vertragstypen Nachhaltigkeitsaspekte verwirklichen. Dies zu tun, ist allerdings in erster Linie Aufgabe des Gesetzgebers.⁷⁸ Regulierend in den vertraglichen

⁷⁵ Dazu ausführlich *Osterloh-Konrad* (Fn. 50).

⁷⁶ Grundlegend BGHZ 225, 316, 322.

⁷⁷ Dazu einführend *L. Klöhn*, Die Konditionssperre gem. § 817 S. 2 BGB beim beidseitigen Gesetzes- und Sittenverstoß, AcP 210 (2010), 804.

⁷⁸ Für rechtspolitische Vorschläge siehe den Bericht der Arbeitsgruppe „Nachhaltigkeit im Zivilrecht“ der Konferenz der Justizministerinnen und Justizminister der Länder vom November 2021, online abrufbar unter https://www.justiz.bayern.de/media/pdf/jumiko2021/top_i._3_lag_nachhaltigkeit_im_zivilrecht_-_bericht_der_ag.pdf. Dort werden

Interessenausgleich der Parteien einzugreifen, bedarf einer hohen demokratischen Legitimation, denn der Staat verweist die Parteien aufgrund seines Gewaltmonopols auf die staatliche Gerichtsbarkeit und das staatliche Vertragsrecht. Wird dieses den Anforderungen der Praxis nicht mehr gerecht, besteht die Gefahr, dass sich eine Schattenjustiz bildet.

Damit sind auch zugleich die äußersten Grenzen der Klimaschutzregulierung mittels Vertragsrechts aufgezeigt: Diese darf nicht dazu führen, dass der privatautonome Interessenausgleich zwischen den Parteien in den Hintergrund tritt. Das Vertragsrecht ist und bleibt primär ein Instrument, das den Parteien ermöglicht, ihre jeweiligen Interessen in rechtssicherer Weise in einen von beide Seiten präferierten Ausgleich zu bringen. Nur soweit diese grundlegende Funktion nicht beeinträchtigt wird, darf es zusätzlich als Instrument des Klimaschutzes verwendet werden.

insbesondere eine produktspezifische Verlängerung der Gewährleistungsverjährung, nachhaltigkeitsbezogene vorvertragliche Informationspflichten und zivilrechtliche Durchsetzungsmöglichkeiten für nachhaltigkeitsfördernde Produktdesignvorgaben erwogen.

Klimaschutzregulierung als Herausforderung für das Wirtschaftsstrafrecht*

Peter Kasiske

I.	Einleitung.....	339
II.	Klimaschutz durch Strafrecht: Mechanismen	340
	A. Unmittelbarer Schutz durch genuine Klimaschutztatbestände	341
	1. Das Klima als Schutzgut des Strafrechts	341
	2. Die Konkretisierung des maßgeblichen tatbestandlichen Verhaltens	342
	B. Unmittelbarer Schutz durch verwaltungsakzessorische Straftatbestände	344
	C. Strafrechtliche Flankierung von Maßnahmen indirekter Steuerung	345
	1. Gezielte Flankierung.....	346
	2. Nicht intendierte Schutzreflexe	347
	D. Zwischenergebnis	349
III.	Auswirkungen europäischer Nachhaltigkeitsregulierung auf das Wirtschaftsstrafrecht	349
	A. Transformation des Finanzmarkts durch Sustainable Finance	349
	B. Greenwashing: Begriff und Erscheinungsformen	352
	C. Mögliche Straftatbestände bei Greenwashing	353
	1. Unrichtige Darstellung, § 331 HGB	353
	a) Nichtfinanzielle Erklärung nach §§ 289b/c HGB als Anknüpfungspunkt	353
	b) Schutzzweck und hinreichende Bestimmtheit von § 331 HGB	354
	c) Notwendigkeit einer strafrechtlichen Sanktionierung	356
	2. Kapitalanlagebetrug, § 264a StGB	357
	a) Täuschungshandlung	357
	b) Entscheidungserheblichkeit	358
	c) Notwendigkeit europarechtskonformer Auslegung	360
	3. Irreführende Werbung, § 16 Abs. 1 UWG	361
IV.	Zusammenfassung und Ausblick: Die Rolle des Wirtschaftsstrafrechts beim Klimaschutz	363

I. Einleitung

In ihren Überlegungen zu einem Klimastrafrecht kommen *Helmut Satzger* und *Nicolai von Maltitz* zu dem Befund, dass ein solches bislang noch nicht wirk-

* Alle Internetquellen wurden zuletzt abgerufen am 14.4.2024.

lich existiert.¹ Das trifft sicher zu, wenn man darunter ein Kernstrafrecht in Gestalt strafbewehrter Verbote klimaschädlicher Verhaltensweisen versteht. Das deutsche Umweltstrafrecht kennt zwar Vorschriften zum Schutz von Gewässern, Tieren und Pflanzen. Das Klima als solches ist ihm als Schutzgut aber bislang unbekannt. Auf internationaler Ebene gibt es eine rege Diskussion um die Einführung neuer völkerstrafrechtlicher Tatbestände wie etwa den des „Ökozids“, die insbesondere klimaschädliche Verhaltensweisen pönalisieren sollen,² doch die Aussichten auf eine tatsächliche Umsetzung solcher Pläne sind gering. Im vorliegenden Beitrag möchte ich aufzeigen, dass ein Klimastrafrecht aber in anderer Gestalt gewissermaßen durch die Hintertür durchaus bereits Fuß in unserer Strafrechtsordnung gefasst hat. Diese Hintertür ist das Wirtschaftsstrafrecht.

Wirtschaftsstrafrechtliche Tatbestände dienen häufig dazu, Verhaltensnormen zu flankieren, die selbst nicht strafrechtlichen Ursprungs sind, sondern dem Zivil- oder Verwaltungsrecht entstammen. Dabei werden die Wertungen und Schutzgüter dieser außerstrafrechtlichen Materien in das Strafrecht transferiert. Auf diesem Umweg über außerstrafrechtliche Vorschriften hat auch der Klimaschutz mittlerweile seinen Weg in das Strafrecht gefunden, und zwar mitunter auch ohne dass das vom Gesetzgeber ausdrücklich angeordnet worden wäre. Im Folgenden möchte ich zunächst abstrakt erläutern, auf welchen Wegen das Schutzgut „Klima“ in das Strafrecht inkorporiert werden kann (unter II). Sodann soll am Beispiel unionsrechtlicher Vorgaben zum nachhaltigen Umbau der Wirtschaft demonstriert werden, wie der Klimaschutz sich bereits jetzt auf die Auslegung bestimmter wirtschaftsstrafrechtlicher Tatbestände auswirkt (unter III). Zum Abschluss möchte ich dann noch einige grundsätzliche Überlegungen zur Rolle des Wirtschaftsstrafrechts im Kontext der Klimaschutzregulierung anstellen (unter IV).

II. Klimaschutz durch Strafrecht: Mechanismen

Strafrechtliche Normen können auf unterschiedlichen Wegen zu verhaltenslenkenden Effekten führen, die dem Klimaschutz dienlich sind. Häufig ergeben sich diese Effekte erst im Zusammenwirken mit anderen, insbesondere verwaltungsrechtlichen Vorschriften. Die verhaltenslenkenden Effekte können direkt

¹ H. Satzger/N. von Maltitz, Das Klimastrafrecht – ein Rechtsbegriff der Zukunft, ZStW 133 (2021) 1, 32 f.

² Vgl. zur einschlägigen Diskussion etwa S. Bock, Ökozid – Ein neues völkerstrafrechtliches Kernverbrechen?, ZRP 2021, 187; K. Cornelius, Der Umweltschutz im Völkerstrafrecht, AVR 58 (2020), 1, 23 ff.; D. Hotz, Ecocide as the Missing Fifth Crime Under International Criminal Law, ZStW 133 (2021), 861; H. Satzger/N. von Maltitz, Der Ökozid als völkerrechtlicher Klimastrafatbestand?, in: dies. (Hrsg.), Klimastrafrecht (2024), 437 ff.; M. Wagner, Ökozid vor dem Internationalen Strafgerichtshof?, ZfISStW 2022, 477.

oder mittelbar entstehen. Gerade in letzterem Fall müssen sie dabei nicht immer auch vom Normgeber intendiert sein.

A. Unmittelbarer Schutz durch genuine Klimaschutztatbestände

Der naheliegendste Weg, das Strafrecht für Ziele des Klimaschutzes in Dienst zu nehmen, besteht darin, durch spezifische Tatbestände bestimmte Verhaltensweisen unter Strafe zu stellen, die unmittelbar klimaschädliche Auswirkungen zeitigen. Ein Vorbild für eine solche Vorgehensweise findet sich z.B. in einigen Vorschriften des Umweltstrafrechts, wie etwa § 324 Abs. 1 StGB. Danach wird bestraft, wer unbefugt ein Gewässer verunreinigt oder dessen Eigenschaften nachteilig verändert. Entsprechend wäre es denkbar, einen – naheliegenderweise im 29. Abschnitt des StGB beim Umweltstrafrecht zu verortenden – Straftatbestand zu schaffen, der nachteilige Einwirkungen auf das Klima unter Strafe stellt.³ Dafür müssten allerdings zunächst zwei Vorfragen geklärt werden: Zum einen müsste das durch den Tatbestand zu schützende Rechtsgut hinreichend genau beschrieben werden. Zum anderen wären die Verhaltensweisen zu definieren, die unter Strafe gestellt werden sollen.

1. Das Klima als Schutzgut des Strafrechts

Auf den ersten Blick liegt es nahe, als Rechtsgut eines dem Klimaschutz dienenden Tatbestands das Klima selbst anzusehen. Dies bedarf aber näherer Präzisierung. Das Klima selbst ist ein Naturphänomen. Es kann durch menschliches Verhalten nicht „verletzt“ und erst recht nicht „vernichtet“ werden, wie dies bei einem Rechtsgut der Fall ist. Wenn von Klimaschutz die Rede ist, geht es auch nicht um den Schutz „des Klimas“, sondern es geht darum, einen bestimmten Zustand des Klimas aufrechtzuerhalten. Insbesondere soll eine zu starke Erhöhung der mittleren Durchschnittstemperatur verhindert werden, um Umweltbedingungen aufrechtzuerhalten, die für unsere Lebensweise günstig sind und z.B. in den besiedelten Zonen Landwirtschaft oder Siedlungen in Küstengebieten ermöglichen. Dafür ist es vor allem erforderlich, dass die Konzentration von Treibhausgasen, insbesondere CO₂, nicht weiter ansteigt und die Emission dieser Gase entsprechend begrenzt wird. Daher wird vorgeschlagen, als Schutzgut die Atmosphäre und die in ihr enthaltene Treibhausgaskonzentration heranzuziehen.⁴ Damit wäre ein der globalen Dimension der Klimakrise angemessenes globales kollektives Schutzgut umrissen, das keinem individuellen Rechtsgutsträger, weder einer natürlichen Person noch einem Nationalstaat, zuzuordnen wäre, sondern der Weltgemeinschaft als Ganzer.

³ Überlegungen hierzu bei *W. Frisch*, Strafrecht und Klimaschutz, GA 2015, 427, 434 ff.

⁴ *Satzger/von Maltitz* (Fn. 1), 10; dazu auch *M. Kaiafa-Gbandi*, Strafrecht und Klimawandel: Macht die Klimakrise die Anerkennung eines neuen Rechtsguts erforderlich?, in: *Satzger/von Maltitz* (Fn. 2), 41, 43 ff.

Prinzipiell wäre es freilich auch denkbar, strafrechtlichen Klimaschutz ohne den Rückgriff auf ein neu zu schaffendes Kollektivrechtsgut zu gewährleisten, indem stattdessen auf den Schutz der jeweiligen Individualinteressen abgestellt wird, die durch den Klimawandel beeinträchtigt zu werden drohen. Dabei wäre insbesondere an Leben und Gesundheit, möglicherweise auch an das Eigentum, etwa in Form von fruchtbarem Boden, zu denken. Allerdings scheint ein solcher streng anthropozentrischer⁵ Ansatz für ein Klimaschutzstrafrecht wenig brauchbar zu sein. Denn eine Verurteilung nach einem derart konstruierten Tatbestand würde voraussetzen, dass eine Beeinträchtigung von Individualgütern als Folge klimaschädlichen Verhaltens auch im Einzelfall konkret nachgewiesen werden kann. Ein solcher Nachweis dürfte aber regelmäßig kaum zu führen sein, weil sich Klimaveränderungen typischerweise erst mittelbar über mitunter komplexe Kausalketten und Kumulationseffekte in konkreten Beeinträchtigungen niederschlagen und diese dann auch nicht auf bestimmte individuelle Verursachungshandlungen zurückführbar sind.⁶ Die Tatbestände des deutschen Umweltstrafrechts, z.B. die Luftverunreinigung in § 325 Abs. 1 StGB, setzen daher nur voraus, dass das tatbestandsmäßige Verhalten schädliche Veränderungen in der natürlichen Umwelt bewirkt, die lediglich *geeignet* sein müssen, die Gesundheit von Menschen oder Sachen, insbesondere Pflanzen und Tiere, zu schädigen. Dem liegt eine ökologisch-anthropozentrische Sichtweise zugrunde, die zwar die Umwelt selbst als das geschützte Rechtsgut betrachtet, aber gleichzeitig davon ausgeht, dass ihr dieser Schutz nicht allein um ihrer selbst willen zuteilwird, sondern primär im Hinblick darauf, dass eine intakte Umwelt die elementare Grundlage für Leben und Gesundheit der Menschen darstellt.⁷

2. Die Konkretisierung des maßgeblichen tatbestandlichen Verhaltens

Während sich der Komplexität der Zusammenhänge beim Klimaschutz im Rahmen der Rechtsgutsbestimmung noch durch die Schaffung eines kollektiven Rechtsguts verhältnismäßig einfach Rechnung tragen lässt, so wirft diese Komplexität ungleich schwierigere Probleme auf, wenn es um die Bestimmung des tatbestandsmäßigen Verhaltens geht, das unter Strafe gestellt werden soll.

⁵ Vgl. zu den Rechtsguttheorien im Umweltstrafrecht F. Saliger, Umweltstrafrecht (2. Aufl., 2020), Rn. 28.

⁶ Vgl. P. Krell, Welche Lehren lassen sich aus der Kritik am Umweltstrafrecht für das Klimastrafrecht ziehen?, GA 2023, 81, 83 f.

⁷ G. Heine/U. Schittenhelm, in: Schönke/Schröder, StGB (30. Aufl., 2019), vor § 324 Rn. 8; N. Kareklas, Die Lehre vom Rechtsgut und das Umweltstrafrecht (1990), 110 ff.; R. Rengier, Zur Bestimmung und Bedeutung der Rechtsgüter im Umweltstrafrecht, NJW 1990, 2506, 2515.

Klassische strafrechtliche Tatbestände wie etwa § 212 oder § 242 StGB haben es mit dem Verbot von Verhalten zu tun, das normalerweise stets und in allen Kontexten eine unmittelbare und klar feststellbare strafwürdige Sozialschädlichkeit aufweist. Für die Verhaltensweisen, die den Klimawandel herbeiführen, gilt dies aber nicht. Die Erwärmung der Atmosphäre kann zwar nach dem heutigen Stand der Wissenschaft in großem Umfang auf menschliches Verhalten zurückgeführt werden, insbesondere auf solches, das eine Emission von Treibhausgasen bewirkt. Dabei handelt es sich aber um den kumulativen Effekt einer Vielzahl einzelner Handlungen, die jeweils für sich genommen meist nur eine minimale Emission bewirken und zudem grundsätzlich auch als sozialadäquat und nützlich angesehen werden: Eine Fahrt mit dem Auto, der Betrieb einer Ölheizung, die Herstellung von Zement usw. Die Liste ließe sich ins Unendliche verlängern. All diese Verhaltensweisen bei Strafe zu verbieten, wäre offensichtlich kontraproduktiv.⁸ Eine Beschränkung auf bestimmte besonders klimaschädliche Verhaltensweisen wäre theoretisch denkbar. Doch stellt sich auch hier das Problem, alle in Betracht kommenden Verhaltensweisen zu erfassen und so präzise tatbestandlich zu umschreiben, dass den Forderungen des Bestimmtheitsgrundsatzes aus Art. 103 Abs. 2 GG Rechnung getragen wird. Vorschläge in diese Richtung wurden für das Völkerstrafrecht einzeln bereits unterbreitet,⁹ sind aber zu Recht als unpraktikabel und nicht hinreichend bestimmt kritisiert worden.¹⁰

Insgesamt erscheint es mehr als fraglich, ob genuin strafrechtliche Klimaschutztatbestände überhaupt einen gangbaren Weg darstellen, um das Strafrecht dem Klimaschutz dienstbar zu machen. Das Strafrecht ist ein denkbar grobes und starres Instrument, um menschliches Verhalten zu regulieren. Es ist festgelegt auf einen einzigen Steuerungsmechanismus, nämlich die Androhung von Sanktionen gegen natürliche Personen im Falle eines Verstoßes gegen ein Ge- oder Verbot. Diese Verhaltensnormen müssen dabei wegen der Anforderungen des verfassungsrechtlichen Bestimmtheitsgebotes stets eindeutig und genau gefasst sein. Der Rückgriff auf Analogien und unbestimmte Rechtsbegriffe, die erst noch in der praktischen Anwendung konkretisiert werden müssen, ist dem Strafrecht daher verwehrt. Angesichts der Komplexität des Phänomens Klimawandel bedarf es für die Regulierung präziserer und flexiblerer rechtlicher Instrumente, wie sie etwa das Verwaltungsrecht bereithält. Das Strafrecht hat in einem solchen Regulierungsmodell dann eine lediglich flankierende und ergänzende Funktion, in der es die Festlegung der maßgeblichen

⁸ *Frisch* (Fn. 3), 436 f.

⁹ Etwa der Vorschlag des Independent Experts Panel aus dem Jahr 2021 zu einem völkerstrafrechtlichen Ökozid-Tatbestand, online abrufbar unter www.stopecocide.earth/legal-definition.

¹⁰ *Bock* (Fn. 2), 187; *L. Mührel*, Ökozid als fünftes Kernverbrechen im Rom-Statut – Meilenstein oder Gefahr für das Völkerstrafrecht?, AVR 60 (2022), 322, 327 ff.; *Satzger/von Maltitz* (Fn. 2), 466 ff.

Verhaltensnormen weitgehend anderen Disziplinen überlässt und sich in erster Linie auf die Bereitstellung von Sanktionierungs- und Durchsetzungsmechanismen etwa in Gestalt strafprozessualer Eingriffsbefugnisse beschränkt.¹¹

B. Unmittelbarer Schutz durch verwaltungsakzessorische Straftatbestände

Die Problematik komplexer Zusammenhänge, die eine differenzierte Regulierung erfordern, stellt sich bereits im herkömmlichen Umweltstrafrecht. Da das Strafrecht damit überfordert wäre, die Unterscheidung zwischen erlaubten und unerlaubten Verhaltensweisen selbst tatbestandlich hinreichend konkret zu fixieren, sind die umweltstrafrechtlichen Tatbestände verwaltungsrechtsakzessorisch ausgestaltet. Sie beschreiben zwar konkretes Verhalten, z.B. die Verunreinigung von Gewässern oder der Luft, knüpfen die Strafbarkeit aber gleichzeitig an die Bedingung, dass dieses Verhalten „unbefugt“ bzw. unter Verletzung verwaltungsrechtlicher Vorschriften erfolgt. Die Entscheidung, wann die in Rede stehenden Verhaltensweisen erlaubt oder verboten sind, bleibt damit dem Verwaltungsrecht überlassen, das hierfür auch – etwa in Gestalt von Genehmigungs- und Erlaubnisvorbehalten – über ein hinreichend differenziertes Instrumentarium verfügt.

Das geltende Umweltstrafrecht, das in erster Linie auf den Schutz bestimmter Umweltmedien wie Boden, Luft oder Gewässer abzielt, entfaltet in einigen Fällen mittelbar auch eine Schutzwirkung für das Klima. Denn die pönalisierten Handlungsweisen haben mitunter auch nachteilige Auswirkungen für die Zusammensetzung der Atmosphäre. So können etwa manche von § 325 StGB erfassten Luftverunreinigungen mit der Freisetzung von Treibhausgasen verbunden sein und verbotene Verunreinigungen eines Gewässers im Sinne von § 324 StGB können klimaschädliche Effekte bewirken.¹² Allerdings ergibt sich diese Schutzwirkung nur als ein eher zufälliger Nebeneffekt und umfasst lediglich einen kleinen Ausschnitt klimaschädlicher Verhaltensweisen. Insbesondere lässt sich die ungenehmigte Emission des Treibhausgases CO₂ nicht unter den Tatbestand der Luftverunreinigung nach § 325 StGB subsumieren, weil die Freisetzung als solche nicht geeignet ist, unmittelbar die im Tatbestand verlangte schädigende Wirkung auf die menschliche Gesundheit, Tiere, Pflanzen oder Sachen von bedeutendem Wert zu entfalten.¹³

Diese bislang nur marginale Rolle des Umweltstrafrechts für den Klimaschutz könnte künftig freilich deutlich ausgeweitet werden. Ein Richtlinien-

¹¹ Frisch (Fn. 3), 437; Krell (Fn. 6), 85 f.

¹² M. Kuhnke/J. Lyda/J. Grünewald, Überdüngung, Gewässerverunreinigung und Klimawandel, KlimR 2022, 262, 263 f.; zu § 324 StGB unter Nachhaltigkeitsgesichtspunkten auch L. Sommerer, Wirtschaftsstrafrechtliche Rahmenbedingungen einer nachhaltigen Gesellschaft, in: Satzger/von Maltitz (Fn. 2), 331, 341 f.

¹³ W. Frenz, Emissionshandelsrecht (2. Aufl., 2008), § 19 TEHG Rn. 5 ff.; M. Adam/A. Hentschke/S. Kopp-Assemmacher, Handbuch des Emissionshandelsrechts (2006), 128.

vorschlag der Europäischen Kommission¹⁴ zielt darauf ab, das klassische Umweltstrafrecht nicht zuletzt im Hinblick auf den Klimaschutz um weitere Tatbestände zu ergänzen, die beispielsweise auch die unerlaubte Freisetzung fluorierter Treibhausgase erfassen sollen.¹⁵

Auch weitere spezifische Straftatbestände zum Klimaschutz könnten gleichfalls nach diesem verwaltungsakzessorischen Modell konzipiert werden. Das setzt freilich die Existenz verwaltungsrechtlicher Vorschriften voraus, die entsprechende Verbotsnormen festlegen. Ein solches Klimaschutzverwaltungsrecht in Gestalt eines Klimaordnungsrechts, das das Ausmaß des zulässigen klimaschädlichen Verhaltens deutlich reduziert und so eine direkte verwaltungsrechtliche Verhaltenssteuerung bewirkt, an die ein flankierendes Klimastrafrecht anknüpfen könnte, existiert allerdings aktuell praktisch noch nicht.¹⁶ Das liegt daran, dass der Gesetzgeber im Bereich des Klimaschutzes bislang einem anderen Regulierungsansatz den Vorzug gegeben hat, nämlich dem der indirekten Verhaltenssteuerung.

C. Strafrechtliche Flankierung von Maßnahmen indirekter Steuerung

Indirekte Steuerungsmaßnahmen zeichnen sich dadurch aus, dass den Normadressaten nicht unmittelbar ein ganz bestimmtes Verhalten vorgeschrieben oder verboten wird. Stattdessen geht es darum, Anreizstrukturen zu schaffen, um Akteure dazu zu bewegen, ihr Verhalten freiwillig in Richtung Nachhaltigkeit und Klimaverträglichkeit auszurichten.¹⁷ Hierhin gehören auch Maßnahmen, die darauf abzielen, Emissionsmengen zu budgetieren und über Zertifikate handelbar zu machen, so dass ein Markt für Emissionen entsteht, auf dem die Akteure dann einen Preis für ihr Emissionsverhalten zu entrichten haben. Auch hier ergibt sich ein indirekter Lenkungseffekt, weil zwar kein unmittelbarer Normbefehl, aber ökonomisches Kalkül die Marktteilnehmer zu den gewünschten Verhaltensanpassungen motiviert. Durch Maßnahmen indirekter

¹⁴ Vorschlag für eine Richtlinie des Europäischen Parlaments und des Rates über den strafrechtlichen Schutz der Umwelt und zur Ersetzung der Richtlinie 2008/99/EG, COM(2021) 851, insbesondere Erwägungsgrund 10. Zu diesem Vorschlag *V. Burgert/M. Veljovic*, Zur Extension des Umweltstrafrechts unter besonderer Berücksichtigung des Europäischen Richtlinienvorschlages, ZUR 2023, 156, 160 f.; *C. Momsen/A. Jappé Sandbrink*, Umweltschutz und Klimaschutz – Der Europäische Green Deal, ZRP 2023, 76.

¹⁵ Vorschlag (Fn. 14), Art. 3 Abs. 1 lit. r.

¹⁶ *P. Krell*, Umweltstrafrecht (2017), Rn. 15. Zum Konzept eines Klimaverwaltungsrechts vgl. *M. Burgi*, Klimaverwaltungsrecht angesichts von BVerfG-Klimabeschluss und European Green Deal, NVwZ 2021, 1401 ff.; zum Klimaschutz durch Verwaltungsrecht und den damit verbundenen Sanktionsmechanismen auch *R. Pompl/F. Ruppert*, Regulierung klimarelevanter Emissionen zwischen Verwaltungsrecht und Strafrecht, in: Satzger/von Maltitz (Fn. 2), 233, 236 ff.

¹⁷ Dazu *W. Kahl/K.-F. Gärditz*, Umweltrecht (13. Aufl., 2023), § 4 Rn. 124 ff.; *M. Kloepper*, Umweltrecht (4. Aufl., 2019), § 5 Rn. 759 ff.

Steuerung lässt sich dem Umstand gerecht werden, dass klimaschädliches Verhalten regelmäßig auch gesellschaftlich nützlich und zuweilen sogar unverzichtbar ist. Indirekte Steuerung bewirkt, dass die einzelnen Verursacher selbst entscheiden können, ob dieser Nutzen für sie angesichts der vom Gesetzgeber gesetzten Anreize noch hinreichend ist, oder ob sie ihr Verhalten lieber ändern. Das Ziel der Reduzierung von klimaschädlichen Emissionen wird so in einer Art und Weise erreicht, dass schädliche wirtschaftliche und soziale Nebeneffekte möglichst vermieden oder zumindest minimiert werden.¹⁸

1. Gezielte Flankierung

Auch im Bereich indirekter Steuerung spielt das Strafrecht eine Rolle, und zwar insbesondere das Wirtschaftsstrafrecht, da die Adressaten indirekter Steuerung häufig Unternehmen sind. Zwar stellen Maßnahmen indirekter Steuerung keine unmittelbaren Ge- und Verbote auf, die strafrechtlich sanktioniert werden könnten. Um die gewünschte Wirkung zu erzielen, sind sie jedoch zum Beispiel darauf angewiesen, dass als Anreiz angebotene Leistungen nicht missbräuchlich in Anspruch genommen werden. An dieser Stelle kommt dann das Wirtschaftsstrafrecht ins Spiel. Nutzt der Gesetzgeber etwa Subventionen, um wirtschaftliche Aktivitäten in eine bestimmte erwünschte Richtung zu lenken, so ist im Falle der missbräuchlichen Inanspruchnahme gegebenenfalls der Anwendungsbereich des Tatbestands des Subventionsbetrugs (§ 264 StGB) eröffnet. Zwar ist der Zweck dieser Strafvorschrift nicht der Umwelt- oder Klimaschutz, sondern der Schutz des Vermögens des Subventionsgebers.¹⁹ Gleichwohl entfaltet er auch einen mittelbaren Schutzeffekt zugunsten jener Ziele, die mit der indirekten Steuerungsmaßnahme verfolgt werden. Wenn das strafbewehrte Verbot missbräuchlicher Beantragung von Subventionen potentielle Täter davon abschreckt, zu Unrecht staatliche Leistungen in Anspruch zu nehmen, die Investitionen in grüne Technologien fördern sollen, so bewirkt dies, dass die dafür vorgesehenen Mittel nicht fehlgeleitet werden und dorthin fließen, wo sie den umweltpolitischen Zielen des Subventionsgebers dienlich sind.

Derartige Schutzeffekte können vom Gesetzgeber ausdrücklich gewollt sein. So war es eine bewusste gesetzgeberische Entscheidung, den Anwendungsbereich der Strafvorschriften zu Marktmanipulation und Insiderhandel

¹⁸ Siehe zu den Vor- und Nachteilen ökonomischer Steuerungsmechanismen G. Lübbe-Wolff, *Instrumente des Umweltrechts – Leistungsfähigkeit und Leistungsgrenzen*, NVwZ 2001, 481, 486 f.

¹⁹ T. Fischer, StGB (70. Aufl., 2023), § 264 Rn. 2b. Wobei verbreitet auch das Allgemeininteresse an der staatlichen Wirtschaftsförderung als geschütztes Rechtsgut angesehen wird, vgl. K. Tiedemann, in: *Leipziger Kommentar zum Strafgesetzbuch*, Bd. 9/1 (12. Aufl., 2012), § 264 Rn. 23.

auch auf Emissionszertifikate zu erstrecken.²⁰ Dadurch soll die Funktionsfähigkeit des Marktes für derartige Zertifikate geschützt werden. Eingerichtet wurde dieser Markt aber als umweltpolitisches Instrument indirekter Verhaltenssteuerung zu dem Zweck, die Emission von Treibhausgasen durch Kontingentierung und marktmäßige Bepreisung zu reduzieren. Folglich entfalten die einschlägigen Strafnormen mittelbar auch eine Schutzwirkung für das Klima, indem sie Verhalten unterbinden, das der klimapolitischen Zielsetzung des Marktes für Emissionszertifikate zuwiderläuft.

Allerdings zeigt sich gerade bei der strafrechtlichen Flankierung des Emissionsrechtehandels ein gewisser Wertungswiderspruch. Es leuchtet nicht recht ein, dass zwar derjenige bestraft wird, der sich beim Handel mit Emissionszertifikaten marktmisbräuchlich verhält und dadurch mittelbar den Klimaschutz beeinträchtigt, nicht aber derjenige, der auf das Klima unmittelbar nachteilig dadurch einwirkt, dass er Treibhausgase freisetzt, ohne über eine hierfür nach § 4 Abs. 1 TEHG erforderliche Genehmigung zu verfügen. Ein solches Verhalten wird nämlich gemäß § 32 Abs. 3 Nr. 1 TEHG lediglich als Ordnungswidrigkeit geahndet. Die Überschreitung der durch Emissionszertifikate gedeckten Emissionsmenge wird sogar lediglich durch eine Verpflichtung zu einer Ausgleichszahlung sanktioniert.²¹ Der naheliegende Einwand, die Strafwürdigkeit ergebe sich bei § 119 Abs. 2 WpHG nicht aus der mittelbaren Beeinträchtigung des Klimas, sondern aus der unmittelbaren Beeinträchtigung der Integrität des Marktes für Emissionszertifikate als dem eigentlichen Schutzgut dieser Norm, verfängt in diesem speziellen Fall nicht. Denn die Integrität eines Finanzmarktes wird ja nicht um ihrer selbst willen geschützt. Vielmehr geht es um den Schutz des Marktes in seiner spezifischen volkswirtschaftlichen und gesellschaftlichen Funktion, etwa als Instrument, um die Versorgung von Unternehmen mit Kapital zu ermöglichen. Da die Funktion des Marktes für Emissionszertifikate allein darin besteht, den Klimaschutz zu befördern, kann auch allein dieser Zweck das eigentliche Schutzgut von § 119 Abs. 2 WpHG darstellen.

2. Nicht intendierte Schutzreflexe

Strafrechtsnormen können unter Umständen auch Schutzeffekte im Hinblick auf Klima und Umwelt entfalten, ohne dass dies vom Gesetzgeber intendiert sein muss. In diesem Fall ergibt sich dieser Schutz lediglich reflexhaft dadurch, dass ein Verhalten, das zumindest mittelbar auch den Klimaschutz beeinträchtigt, durch einen Straftatbestand pönalisiert wird, der seinem Sinn und Zweck

²⁰ Vgl. § 119 Abs. 2 WpHG; dazu *L. Foffani/A. Martin*, Klimaschutzrecht durch Wirtschaftsstrafrecht?, GA 2023, 100, 101 f.; *A. Nieto Martín*, Don't Look Up: Strafrechtliche Reaktionen auf die Klimakrise, in: Satzger/von Maltitz (Fn. 2), 359, 372 ff.

²¹ *Frisch* (Fn. 3), 440, spricht insoweit von einer ganz unzureichenden „farblosen Sanktionierung“.

nach auf den Schutz ganz anderer Rechtsgüter ausgerichtet ist. Solche Effekte stellen sich vor allem dann ein, wenn sich der Gesetzgeber indirekter Steuerungsmechanismen bedient, die Rechtsgebiete in Anspruch nehmen, für die bereits ein akzessorischer Strafrechtsschutz vorgesehen ist.

Das klassische Beispiel hierfür sind Anreize in Form von Steuererleichterungen. Hier wird das Steuerrecht als Lenkungsinstrument zur indirekten Verhaltenssteuerung in Anspruch genommen. Auch für Zwecke des Klimaschutzes wird das Steuerrecht bereits instrumentalisiert. Zwar gibt es aktuell noch keine allgemeine CO₂-Steuer,²² doch existiert bereits jetzt eine Vielzahl von steuerlichen Anreizen, um nachhaltiges und klimaschonendes Verhalten zu fördern, etwa in Form der KfZ-Steuerbefreiung von Elektrofahrzeugen.²³

Dadurch wird aber gleichzeitig im Wege der Akzessorietät auch der Anwendungsbereich für steuerstrafrechtliche Tatbestände eröffnet. Werden Steuererleichterungen zu Unrecht in Anspruch genommen, so wird häufig eine Steuerhinterziehung nach § 370 Abs. 1 AO vorliegen. Nun besteht der Sinn und Zweck des Steuerrechts, aus dem es auch seine Legitimation bezieht, in der Sicherung des Steueraufkommens und damit der finanziellen Grundlagen des Gemeinwesens²⁴ und nicht in der Förderung gesellschaftspolitisch erwünschter Steuerungsziele. Diese werden aber reflexhaft mitgeschützt, wenn die Strafandrohung in § 370 Abs. 1 AO und ihre Durchsetzung durch die Strafverfolgungsbehörden dazu führen, dass die steuerlichen Vergünstigungen nur denjenigen zugutekommen, bei denen dann auch der staatlicherseits gewünschte Verhaltenslenkungseffekt zu erwarten ist.

Jedenfalls dann, wenn das konkrete Steuerungsziel gegenüber dem fiskalischen Einnahmезweck in den Vordergrund tritt, liegt dann aber die Schlussfolgerung nahe, dass nunmehr in Wirklichkeit ein ganz anderes Rechtsgut geschützt wird als die Staatsfinanzen, nämlich jenes spezifische Interesse, das der Staat durch seine steuerliche Lenkungsmaßnahme fördern möchte, z.B. der Klimaschutz. Sodann wäre bei der Anwendung des Steuerstrafrechts auf derartige Sachverhalte eigentlich zunächst zu fragen, ob der Einsatz des Strafrechts für einen solchen Schutzzweck überhaupt legitim und verhältnismäßig ist. Diese Frage wird aber in der Literatur kaum und in der Praxis gar nicht aufgeworfen.²⁵

²² Dazu A. Leisner-Egensperger, CO₂-Steuer als Klimaschutzinstrument, NJW 2019, 2218.

²³ J. Schmittmann, Förderung der Elektromobilität durch das Steuerrecht, RAW 2023, 41.

²⁴ R. Schmitz/M. Wulf, in: Münchener Kommentar zum StGB (4. Aufl., 2023), § 370 AO Rn. 5 f.

²⁵ Vgl. G. Dannecker, Steuerhinterziehung im internationalen Wirtschaftsverkehr (1984), 144 ff., der das Besteuerungssystem als solches einschließlich seiner Lenkungszwecke als geschütztes Rechtsgut sieht.

D. Zwischenergebnis

Bislang existiert noch kein genuines Klimaschutzstrafrecht im Sinne von Tatbeständen, die unmittelbar klimaschädliche Verhaltensweisen pönalisieren. Doch das heißt nicht, dass das Strafrecht beim Klimaschutz noch keine Rolle spielen würde. Verhaltensweisen, die mittelbar den Klimaschutz beeinträchtigen, können bereits jetzt strafrechtliche Folgen nach sich ziehen. Dieser auf den ersten Blick widersprüchliche Befund erklärt sich dadurch, dass sich der Gesetzgeber beim Klimaschutz vornehmlich einer indirekten Steuerung bedient, die nicht unmittelbar über verwaltungs- oder strafrechtliche Verbote eine Verhaltenslenkung bewirkt, sondern beispielsweise über steuer- oder kapitalmarktrechtliche Instrumente Anreizwirkungen erzeugt. Damit kommen aber zugleich Tatbestände des Wirtschaftsstrafrechts ins Spiel, die akzessorisch die Funktionsfähigkeit dieser Lenkungsinstrumente schützen sollen. Damit entfalten diese Tatbestände dann aber jedenfalls mittelbar auch eine Schutzwirkung im Hinblick auf Klima und Umwelt.

III. Auswirkungen europäischer Nachhaltigkeitsregulierung auf das Wirtschaftsstrafrecht

Der europäische Gesetzgeber verfolgt das ehrgeizige Ziel, die Wirtschaft in der Europäischen Union ressourceneffizienter und nachhaltiger zu machen, damit Europa bis zum Jahr 2050 der erste klimaneutrale Kontinent wird, der keine Netto-Treibhausgasemissionen mehr verursacht. Im Rahmen des Europäischen Green Deals wurde ein umfangreiches und vielfältiges Maßnahmenpaket beschlossen, dass insbesondere auch den Finanzmarkt in den Blick nimmt. Die in diesem Zusammenhang beschlossenen Verordnungen und Richtlinien sehen zwar unmittelbar keine Strafbewehrung vor. Gleichwohl zeitigen sie mittelbar durchaus auch Folgen für das Strafrecht. Das zeigt sich insbesondere im Hinblick auf die mögliche Verwirklichung von Straftatbeständen durch sogenanntes „Greenwashing“.

A. Transformation des Finanzmarkts durch Sustainable Finance

Dem Finanzmarkt kommt im Rahmen des European Green Deal eine Schlüsselrolle zu. In diesem Bereich soll ein Konzept der Sustainable Finance verfolgt werden. Bei dieser nachhaltigen Finanzwirtschaft geht es darum, Finanzströme so zu lenken, dass sie vornehmlich in Investitionen und Projekte fließen, die den Anforderungen an ein nachhaltiges Wirtschaften genügen.²⁶ Explizit findet

²⁶ Näher *E. Bueren*, Sustainable Finance, ZGR 2019, 813, 816 ff.; *J. Köndgen*, Sustainable Finance: Wirtschaftsethik – Ökonomik – Regulierung, in: K. Boele-Woelki et al. (Hrsg.), Festschrift für Karsten Schmidt, Bd. 1 (2019), 671.

sich dieses Ziel etwa im Aktionsplan der EU zur Finanzierung nachhaltigen Wachstums.²⁷ Der Begriff der Nachhaltigkeit orientiert sich dabei an den sogenannten ESG-Kriterien. ESG steht für Environmental, Social und Governance. Dabei kommt dem Komplex Environmental, der insbesondere den Klimaschutz umfasst, in der Praxis die größte Bedeutung zu.²⁸ Nachhaltigkeit bedeutet hier insbesondere Vermeidung von Treibhausgasemissionen etwa durch Nutzung erneuerbarer Energien, Ressourcenschonung und Maßnahmen zur Förderung der Biodiversität.

Grundsätzlich bedient sich Sustainable Finance des Instrumentariums der indirekten Steuerung. Investoren und Anleger werden nicht gezwungen, ihr Geld nachhaltig anzulegen, und auch den Unternehmen bleibt es grundsätzlich selbst überlassen, inwieweit sie sich bei ihrer wirtschaftlichen Tätigkeit auch durch ESG-Ziele leiten lassen.²⁹ Der Gesetzgeber setzt darauf, dass die gewünschten Verhaltenssteuerungseffekte in erster Linie durch Marktmechanismen herbeigeführt werden können, wobei unterstellt wird, dass Anleger und Konsumenten mittlerweile bevorzugt nachhaltige Produkte und Anlagen nachfragen, so dass die Anbieter hierauf mit einer Anpassung ihres Produktportfolios reagieren müssen. Gleichwohl kommt der Gesetzgeber auch bei Sustainable Finance nicht um Maßnahmen herum, die konkrete Verpflichtungen für Unternehmen und andere Finanzmarktakteure beinhalten. Dies betrifft insbesondere den Bereich der Unternehmenstransparenz und Berichterstattung.

Wenn Investoren zu einer nachhaltigen Anlage ihrer Finanzmittel animiert werden sollen, so setzt dies zunächst voraus, dass sie hinreichend darüber informiert sind, inwieweit potentielle Anlageobjekte Nachhaltigkeitsanforderungen genügen. Diese Informationen können aber nur die Unternehmen selbst liefern. Entsprechend bedarf es eines Offenlegungsregimes, das entsprechende Transparenzverpflichtungen begründet. Für Unternehmen hat die Union bereits im Jahr 2014 die CSR-Richtlinie³⁰ erlassen, die umfassende Berichtspflichten in Sachen Nachhaltigkeit für Unternehmen vorsieht. 2023 trat die Corporate Sustainability Reporting Directive (CSRD) in Kraft, die die Berichtspflichten nochmals ausweitet.³¹ Die Umsetzung der CSR-Richtlinie führte in Deutsch-

²⁷ Mitteilung der Kommission. Aktionsplan: Finanzierung nachhaltigen Wachstums, COM(2018) 97 final, 3.

²⁸ T. Möllers, Green Deal: Greenwashing, Information Overload und der vergessene Good Corporate Citizen als Investor, ZHR 185 (2021), 881, 889.

²⁹ Köndgen (Fn. 26), 688 f.

³⁰ Richtlinie 2014/95/EU v. 22.10.2014 zur Änderung der Richtlinie 2013/34/EU im Hinblick auf die Angabe nichtfinanzieller und die Diversität betreffender Informationen durch bestimmte große Unternehmen und Gruppen, ABl. 2014 L 330/1.

³¹ Richtlinie (EU) 2022/2464 v. 14.12.2022 zur Änderung der Verordnung (EU) Nr. 537/2014 und der Richtlinien 2004/109/EG, 2006/43/EG und 2013/34/EU hinsichtlich der Nachhaltigkeitsberichterstattung von Unternehmen, ABl. 2022 L 322; dazu P. Velte,

land zur Einführung einer Pflicht zur Abgabe einer nichtfinanziellen Erklärung zum Lagebericht nach §§ 289b/c HGB. Auch die Anbieter von Finanzprodukten werden in die Pflicht genommen. Die EU-Offenlegungs-Verordnung (Sustainable Finance Disclosure Regulation – SFDR)³² richtet sich an Finanzmarktteilnehmer und Finanzberater und verpflichtet sie, Finanzprodukte in transparenter Weise anhand von Nachhaltigkeitskriterien zu kategorisieren. Aussagekraft kommt derartigen Angaben freilich nur zu, wenn einheitliche Standards dafür etabliert sind, was im Einzelnen unter dem schillernden Begriff der Nachhaltigkeit zu verstehen ist. Diesem Zweck dient die EU-Taxonomie-Verordnung von 2020,³³ die ein verbindliches Klassifizierungssystem für ökologisch nachhaltige Wirtschaftstätigkeiten bereitstellen soll.

Die rechtlichen Auswirkungen von Sustainable Finance beschränken sich indes nicht allein auf derartige Offenlegungspflichten, sondern gehen weit darüber hinaus. Werden die Finanzmärkte für die Erreichung umweltpolitischer Ziele in Anspruch genommen, so ändert sich auch der Charakter der Finanzmarktregulierung. Bislang war diese darauf angelegt, die Funktionsfähigkeit der Finanzmärkte im Hinblick auf den Schutz der Anleger und der wirtschaftlichen Stabilität des Finanzsystems zu gewährleisten. Entsprechend waren die Normen der Finanzmarktregulierung teleologisch auf diese Oberziele hin auszulegen. Aufgrund der Entscheidungen des europäischen Gesetzgebers ist nun aber auch die Förderung von Nachhaltigkeit eine Funktion des Finanzmarkts geworden und damit entsprechend bei der Anwendung der Normen zur Finanzmarktregulierung zu berücksichtigen.³⁴

Diese Entwicklung bleibt auch für das Strafrecht nicht ohne Konsequenzen. Denn wenn sich Nachhaltigkeitsregulierung in Normen niederschlägt, die ihrerseits durch Straftatbestände flankiert werden, etwa im Bilanzrecht, dann gewinnen die Nachhaltigkeitszwecke über den Akzessorietätsmechanismus auch für die Anwendbarkeit und Auslegung dieser Tatbestände Bedeutung. Und auch bei Strafvorschriften, die dem Schutz des Finanzmarkts als Institution dienen, muss dieser Schutzzweck gegebenenfalls neu interpretiert werden.

Sorgfaltspflichten in der Wertschöpfungskette als Bestandteil der Nachhaltigkeitsberichterstattung, DStR 2023, 2358, 2361 f.

³² Verordnung (EU) 2019/2088 v. 27.11.2019 über nachhaltigkeitsbezogene Offenlegungspflichten im Finanzdienstleistungssektor, ABl. 2019 L 317/1.

³³ Verordnung (EU) 2020/852 v. 18.6.2020 über die Einrichtung eines Rahmens zur Erleichterung nachhaltiger Investitionen und zur Änderung der Verordnung (EU) 2019/2088, ABl. 2019 L 198/13; dazu E. Bueren, Die Taxonomie nachhaltiger Anlagen, WM 2020, 1611 und 1659; S. Hanke, Der Vertrieb von ökologisch nachhaltigen Anlageprodukten, ZIP 2022, 62, 65 ff.

³⁴ Zu den daraus resultierenden Spannungen siehe J. Ekkenga/C. Schirmmacher/B. Schneider, Offene Fragen zur Steuerung nachhaltigen Unternehmertums, NJW 2021, 1509, 1510 f.; L. Klöhn/J. Jochmann, Nachhaltigkeit im Kapitalmarktrecht, KlimaRZ 2022, 12, 19 f.

Dies soll im Folgenden anhand der strafrechtlichen Folgen von Greenwashing verdeutlicht werden.

B. Greenwashing: Begriff und Erscheinungsformen

Das indirekte oder „weiche“ Steuerungskonzept der Sustainable Finance setzt darauf, dass Verbraucher und Investoren bei ihren Konsum- und Anlageentscheidungen auch Nachhaltigkeitskriterien berücksichtigen. In der Tat ist Nachhaltigkeit in den letzten Jahren zu einem wichtigen Verkaufsargument geworden. Dies gilt für Kraftfahrzeuge und Kühlschränke ebenso wie für Lebensmittel und Finanzprodukte. „Nachhaltigkeit“ ist allerdings ein ebenso wohlklingender wie schillernder Begriff. Zudem ist es für Verbraucher regelmäßig kaum nachprüfbar, inwieweit ein Produkt tatsächlich klimaneutral oder unter Berücksichtigung sonstiger ESG-Kriterien hergestellt wurde. Aus dieser Informationsasymmetrie erwächst für Unternehmen die Versuchung, sich und ihre Produkte in Werbung und Marketing „grüner“ darzustellen, als sie es tatsächlich sind. Derartiges Greenwashing ist empirischen Erhebungen zufolge weit verbreitet. Bei einer EU-weiten Untersuchung ergab sich, dass 42 % der untersuchten Unternehmen auf ihren Internetseiten irreführende oder falsche Angaben zu ihren Nachhaltigkeitsaktivitäten machten.³⁵ Auch für Finanzprodukte kommt eine Studie von Finanzwende e.V. zu dem Ergebnis, dass Greenwashing in diesem Bereich weit verbreitet ist.³⁶ Greenwashing kann dabei in den verschiedensten Formen betrieben werden: Viele Unternehmen verwenden in ihrer Produktwerbung in irreführender Weise Begriffe wie „klimaneutral“ oder „natürlich“. Andere heben bei der Darstellung ihres Produktportfolios gezielt grüne Leuchtturmprodukte hervor, wobei unterschlagen wird, dass das Kerngeschäft weiterhin mit Ware gemacht wird, die keineswegs nachhaltig produziert wird. Manche Unternehmen werben mit „Umweltsiegeln“, die sie selbst erfunden haben. Und einige Anbieter „grüner“ Aktienfonds geben an, nur Aktien nachhaltig wirtschaftender Unternehmen in ihre Fonds aufzunehmen, obwohl diese auch Anteile von Unternehmen aus der Mineralölwirtschaft enthalten.

Die CSR-Richtlinie und die Offenlegungs-Verordnung verfolgen nicht zuletzt auch das Ziel, derartiges Greenwashing einzudämmen. Durch die Konkretisierung von Transparenz- und Offenlegungspflichten in diesen Regelwerken und die Festlegung präziserer Kriterien in der Taxonomie-Verordnung soll Nachhaltigkeit zu einem justitiablen und für Regulierungszwecke operationalisierbaren Begriff gemacht werden. Gleichwohl wird in der Literatur zum Teil bezweifelt, dass den Behörden insoweit bereits ein hinreichendes Instrumenta-

³⁵ https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/en/ip_21_269.

³⁶ A. Schultz/M. Senn, Greenwashing in großem Stil, abrufbar unter www.finanzwende-recherche.de.

rium für ein effektives Enforcement zur Verfügung steht.³⁷ Auch die EU-Kommission sieht noch weiteren Handlungsbedarf und hat im März 2023 einen Entwurf zur Änderungen der Richtlinie über unlautere Geschäftspraktiken vorgestellt, durch die die schwarze Liste unlauterer Geschäftspraktiken um typische Greenwashing-Tatbestände ergänzt werden soll.³⁸ Ein weiterer Richtlinienvorschlag zielt darauf ab, Mindeststandards für umweltbezogene Angaben zu etablieren.³⁹

Allerdings ist nicht zu verkennen, dass Greenwashing bereits jetzt mit nicht unerheblichen Haftungsrisiken einhergeht.⁴⁰ In bestimmten Fällen kann dazu auch das Risiko einer strafrechtlichen Verantwortlichkeit gehören.

C. Mögliche Straftatbestände bei Greenwashing

Greenwashing kann in mehrfacher Hinsicht strafrechtlich von Relevanz sein: Durch unwahre Angaben zu Nachhaltigkeitsaspekten in der Unternehmensbilanz kann der Tatbestand der unrichtigen Darstellung nach § 331 HGB verwirklicht werden. Greenwashing bei Werbeaussagen gegenüber Verbrauchern kann dem Tatbestand der irreführenden Werbung nach § 16 Abs. 1 UWG unterfallen. Speziell bei Finanzprodukten ist in derartigen Fällen auch an den Kapitalanlagebetrug nach § 264a StGB zu denken.

1. Unrichtige Darstellung, § 331 HGB

a) Nichtfinanzielle Erklärung nach §§ 289b/c HGB als Anknüpfungspunkt

Im Jahr 2017 hat Deutschland die CSR-Richtlinie in das nationale Recht umgesetzt und in § 289b HGB für bestimmte Kapitalgesellschaften die Verpflichtung eingeführt, den Lagebericht des Unternehmens um eine nichtfinanzielle Erklärung zu ergänzen. Diese umfasst gemäß § 289c Abs. 2 Nr. 1 HGB auch Angaben dazu, wie sich die Tätigkeit des Unternehmens auf Umweltbelange auswirken kann, wozu unter anderem Treibhausgasemissionen und die Nutzung von erneuerbaren und nichterneuerbaren Energien zählen. Daneben bezieht sich die nichtfinanzielle Erklärung auch auf weitere ESG-Elemente wie

³⁷ Vgl. etwa Möllers (Fn. 28), 913 f.; S. Steuer, Rechtsdurchsetzung im „grünen“ Kapitalmarkt, BKR 2022, 296, 302 ff.

³⁸ Vorschlag für eine Richtlinie des Europäischen Parlaments und des Rates zur Änderung der Richtlinien 2005/29/EG und 2011/83/EU hinsichtlich der Stärkung der Verbraucher für den ökologischen Wandel durch besseren Schutz gegen unlautere Praktiken und bessere Informationen, COM(2022) 143 final.

³⁹ Vorschlag für eine Richtlinie des Europäischen Parlaments und des Rates über die Begründung ausdrücklicher Umweltaussagen und die diesbezügliche Kommunikation (Richtlinie über Umweltaussagen), COM(2023) 166 final. Dazu L. Grupe, Lauterkeitsrechtliche Implikationen beim Greenwashing, GRUR-Prax 2023, 324, 325 f.

⁴⁰ Vgl. für den Finanzbereich den Überblick bei U. Florian, Haftung aus Nachhaltigkeitsgesetzen im Finanzsektor, WM 2022, 309; sowie Hanke (Fn. 33) 71 ff.

die Achtung von besonderen Arbeitnehmer- und allgemeinen Menschenrechten. Anzugeben sind gemäß § 289c Abs. 2 Nr. 3 HGB insbesondere wesentliche Risiken, die mit der eigenen Geschäftstätigkeit oder den Geschäftsbeziehungen der Kapitalgesellschaft verknüpft sind und die sehr wahrscheinlich schwerwiegende negative Auswirkungen auf die in Absatz 2 genannten Aspekte haben oder haben werden. Dies eröffnet die Möglichkeit eines bilanziellen Greenwashings, wenn in der nichtfinanziellen Erklärung solche Risiken verschwiegen werden, etwa aufgrund von Geschäftsaktivitäten oder Beteiligungen im Bereich fossiler Energien oder Gütern, deren Herstellung mit hohen CO₂-Emissionen verbunden sind, wie etwa Zement.

Ein solches bilanzielles Greenwashing kann prinzipiell auch strafrechtliche Folgen nach sich ziehen, denn die Offenlegungspflichten in der nichtfinanziellen Erklärung werden auch strafrechtlich sanktioniert: Bei der Umsetzung der CSR-Richtlinie wurde auch der Tatbestand der unrichtigen Darstellung in § 331 HGB geändert und umfasst nun in Abs. 1 Nr. 1 und 2 auch ausdrücklich Falschangaben und Verschleierung bei der nichtfinanziellen Erklärung. Ob Angaben unrichtig sind, bestimmt sich dabei streng akzessorisch nach den bilanzrechtlichen Maßstäben. Der Gesetzgeber hat sich hier also bewusst dazu entschlossen, Transparenzpflichten strafrechtlich zu sanktionieren, deren Zweck darin besteht, die Transformation zu einer nachhaltigen Wirtschaft zu fördern, die langfristige Rentabilität mit sozialer Gerechtigkeit und Umweltschutz verbindet.⁴¹

b) Schutzzweck und hinreichende Bestimmtheit von § 331 HGB

Das wirft die Frage auf, ob damit nicht in problematischer Weise der Schutzzweck des § 331 HGB verschoben wird. Bislang ging man überwiegend davon aus, dass die Vorschrift das Vertrauen in die Richtigkeit der Informationen über die Verhältnisse des Unternehmens schützt.⁴² Geschützt werden sollen alle Personen, die mit der Gesellschaft in einer wirtschaftlichen oder rechtlichen Beziehung stehen oder in eine solche treten wollen.⁴³ Außerdem wird nach h.M. auch die Gesellschaft selbst geschützt, weil eine unrichtige Rechnungslegung geeignet ist, ihrem Ruf und ihrer Kreditwürdigkeit erheblich zu schaden.⁴⁴ Die Verletzung der Rechnungslegungsvorschriften muss geeignet sein, die

⁴¹ Vgl. Erwägungsgrund 3 der Richtlinie EU 2014/95.

⁴² BGH NJW 2005, 445, 447; K. Tiedemann, Wirtschaftsstrafrecht (2017), Rn. 1159; M. Waßmer, in: Münchener Kommentar zum Bilanzrecht (2013), § 331 HGB Rn. 2. Nur vereinzelt wird als Schutzgut das individuelle Vermögen von Gesellschaftern und Gläubigern angesehen, vgl. etwa U. Hellmann, Wirtschaftsstrafrecht (6. Aufl., 2023), Rn. 390.⁴³ C. Leplow, in: Münchener Kommentar zum StGB (4. Aufl., 2023), § 331 HGB Rn. 2.

⁴³ C. Leplow, in: Münchener Kommentar zum StGB (4. Aufl., 2023), § 331 HGB Rn. 2.

⁴⁴ M. Klinger, in: Münchener Kommentar zum HGB (4. Aufl., 2020), § 331 HGB Rn. 2.

Interessen dieser Personenkreise zu beeinträchtigen.⁴⁵ Schaden falsche Angaben in der nichtfinanziellen Erklärung diesen Interessen? Das wird man wohl bejahen können. Schon angesichts der möglichen Haftungsrisiken und der Bedeutung von Nachhaltigkeitsaspekten für die Wettbewerbsfähigkeit eines Unternehmens liegt es nahe, dass Gläubiger und Investoren ein Interesse an glaubwürdigen Auskünften dazu haben, wie das Unternehmen mit Nachhaltigkeitsanforderungen umgeht. Die Erstreckung des Anwendungsbereichs von § 331 HGB auf Angaben in der nichtfinanziellen Erklärung fügt sich damit durchaus in das Schutzkonzept der Vorschrift ein, zumal der Begriff der „Verhältnisse“ der Gesellschaft immer schon recht weit verstanden und keineswegs nur auf die Vermögenslage oder die wirtschaftlichen Verhältnisse im engeren Sinne beschränkt wurde.⁴⁶

Problematisch erscheint diese Erstreckung eher unter einem anderen Gesichtspunkt. Wann eine unrichtige Darstellung vorliegt, bestimmt sich streng akzessorisch nach dem Bilanzrecht. Damit war von jeher ein hohes Maß an Unbestimmtheit verbunden, weil das Bilanzrecht erhebliche Beurteilungs- und Bewertungsspielräume enthält. Gleichwohl hat das Bundesverfassungsgericht § 331 HGB im Hinblick auf das Bestimmtheitsgebot nach Art. 103 Abs. 2 GG für verfassungskonform erklärt.⁴⁷ Durch die Einbeziehung der nichtfinanziellen Erklärung hat sich die Bestimmtheitsproblematik indes noch einmal zugespitzt. Wenn § 289c Abs. 3 Nr. 3 und 4 HGB von Unternehmen die Angabe „wesentlicher“ Risiken verlangen, die „sehr wahrscheinlich“ Auswirkungen auf ESG-Belange haben, so sind die Unschärfen der damit verbundenen Gewichtungen und Prognosen kaum geeignet, dem Normadressaten die Grenzen von erlaubtem und unerlaubtem Verhalten vor Augen zu führen, wie es das Bestimmtheitsgebot verlangt. Dies insbesondere deswegen, weil § 331 HGB nicht nur durch ausdrückliche falsche Auskünfte, sondern auch durch das Unterlassen von Angaben verwirklicht werden kann.⁴⁸ Die Problematik dürfte sich nur durch eine verfassungskonforme Auslegung der Norm lösen lassen, die von vornherein nur erhebliche und evidente Verstöße der Strafbarkeit unterfallen lässt. Dies ist auch deswegen geboten, um eine Abgrenzung zum Ordnungswidrigkeitstatbestand in § 334 Abs. 1 Nr. 3 HGB zu gewährleisten, der gleichfalls an Verstöße gegen § 289c HGB anknüpft.⁴⁹ Erheblichkeit und Evidenz dürften dabei nur dann zu bejahen sein, wenn die unrichtigen Angaben dazu führen, dass durch die nichtfinanzielle Erklärung ein fehlerhaftes Gesamtbild bezüglich der in § 289c Abs. 2 genannten Aspekte vermittelt wird.

⁴⁵ BGH, NStZ 2018, 540, 547.

⁴⁶ MüKo-BilR/Waßmer (Fn. 42), § 331 HGB Rn. 34.

⁴⁷ BVerfG, NJW-RR 2006, 1627, 1628.

⁴⁸ Die Unbestimmtheit kritisiert auch MüKo-HGB/Klinger (Fn. 44), § 331 Rn. 53.

⁴⁹ MüKo-HGB/Klinger (Fn. 44), § 331 Rn. 53.

Die Unbestimmtheit führt zudem zu Beweisschwierigkeiten im Bereich des subjektiven Tatbestands. Dem Täter muss nachgewiesen werden, dass er die Unrichtigkeit seiner Angaben zumindest billigend in Kauf genommen hat. Angesichts der genannten Unschärfen wird er sich aber regelmäßig damit verteidigen, darauf vertraut zu haben, sich lediglich im Rahmen der Bewertungs- und Prognosespielräume bewegt zu haben. Der Beweis des Gegenteils dürfte nur in Ausnahmefällen zu führen sein.⁵⁰ Eine Problematik, die sich im Übrigen auch dann stellt, wenn die Tat lediglich als Ordnungswidrigkeit verfolgt wird, da hier gleichfalls ein Vorsatz nachgewiesen werden muss. Angesichts der genannten Probleme erscheint es deshalb zweifelhaft, dass § 331 HGB bei der Bekämpfung von Greenwashing in der nichtfinanziellen Erklärung eine wesentliche Rolle spielen wird, obwohl durch die CSRD sowohl der Umfang der Berichtspflichten als auch der Kreis der verpflichteten Unternehmen deutlich erweitert wurde.

c) Notwendigkeit einer strafrechtlichen Sanktionierung

Der Gesetzgeber hat die Ausweitung der Strafbarkeit nach § 331 HGB mit den Vorgaben des europäischen Rechts begründet.⁵¹ Dass die Mitgliedstaaten verpflichtet wären, unrichtige Angaben in der nichtfinanziellen Erklärung als Straftat zu ahnden, ist dem europäischen Recht aber nicht zu entnehmen. Zwar schreibt Art. 51 der EU-Bilanzrichtlinie⁵² vor, dass die Mitgliedstaaten entsprechende Sanktionen bei Verstößen gegen bilanzielle Berichtspflichten vorsehen müssen. Da die CSR-Richtlinie eine Ergänzung der Bilanzrichtlinie darstellt, erstreckt sich diese Sanktionspflicht auch auf Verstöße im Rahmen der Nachhaltigkeitsberichterstattung. Allerdings verpflichtet die Bilanzrichtlinie nur zur Schaffung verhältnismäßiger, wirksamer und abschreckender Sanktionen. Anders als etwa in der Marktmissbrauchsrichtlinie⁵³ ist eine explizite Verpflichtung zur Sanktionierung mittels Kriminalstrafe gerade nicht vorgesehen. Grundsätzlich bleibt bei allgemeinen Sanktionsverpflichtungen wie in Art. 51 der Bilanzrichtlinie die Wahl der konkreten Sanktionsform den Mitgliedstaaten überlassen.⁵⁴ Der Sanktionspflicht kann daher grundsätzlich auch durch die Schaffung von entsprechenden Ordnungswidrigkeitstatbeständen genüge getan werden. Die Mitgliedstaaten sind zwar durch die europäischen Vorgaben nicht

⁵⁰ Vgl. auch MüKo-StGB/Lepow (Fn. 43), § 331 HGB Rn. 124.

⁵¹ BT-Drs. 18/9982, 59.

⁵² Richtlinie EU 2013/34 v. 26.6.2013 über den Jahresabschluss, den konsolidierten Abschluss und damit verbundene Berichte von Unternehmen bestimmter Rechtsformen und zur Änderung der Richtlinie 2006/43/EG des Europäischen Parlaments und des Rates und zur Aufhebung der Richtlinien 78/660/EWG und 83/349/EWG des Rates, ABl. 2013 L 182/19.

⁵³ Richtlinie EU 2014/57 v. 16.4.2014 über strafrechtliche Sanktionen bei Marktmanipulation (Marktmissbrauchsrichtlinie), ABl. 2014 L 173/179.

⁵⁴ H. Satzger, Internationales und Europäisches Strafrecht (10. Aufl., 2022), § 9 Rn. 27.

gehindert, strafrechtliche Sanktionen einzusetzen. Verpflichtet sind sie dazu aber nicht, solange davon auszugehen ist, dass auch mildere Sanktionsformen eine hinreichend abschreckende Wirkung entfalten.

Das Sanktionierungsgebot der Bilanzrichtlinie entbindet den deutschen Gesetzgeber deshalb nicht von der Pflicht, zu prüfen, ob die Einführung strafrechtlicher Sanktionen legitim und angemessen ist. Dies umso mehr, als auch das europarechtliche Sanktionierungsgebot ausdrücklich verhältnismäßige Sanktionen einfordert. Vor allem im Hinblick auf die oben angesprochenen Probleme im Hinblick auf die Bestimmtheit hätte der Gesetzgeber gut daran getan, sich darüber Gedanken zu machen, ob eine strafrechtliche Sanktionierung wirklich zweckmäßig ist, oder ob nicht bereits das Ordnungswidrigkeitenrecht hinreichend effektive Sanktionierungsmöglichkeiten bietet.

2. Kapitalanlagebetrug, § 264a StGB

Greenwashing ist nicht zuletzt auch in der Finanzbranche zu beobachten. Dort boomt schon seit einiger Zeit der Markt für „grüne“ Kapitalanlagen, ganz im Sinne der europäischen Bestrebungen, Finanzströme in nachhaltige Branchen und Unternehmen zu lenken. So werden zunehmend Fonds aufgelegt, die nur in solche Unternehmen investieren, die auch ESG-Kriterien genügen. Aufgrund der hohen Nachfrage nach nachhaltigen Anlageformen steigt für die Anbieter damit die Versuchung, Greenwashing zu betreiben und die eigenen Produkte „grüner“ darzustellen, als sie es eigentlich sind, indem beispielsweise verschwiegen wird, dass ein Fonds auch Anteile von Unternehmen aus der Mineralölbranche enthält.

a) Täuschungshandlung

Derartige Falschangaben können, soweit sie sich auf Tatsachen und nicht bloße Werturteile beziehen, durchaus Täuschungen im Sinne des § 263 StGB darstellen. Solange für die Finanzprodukte aber kein überhöhter, das marktübliche übersteigender Preis verlangt wird, scheidet eine Strafbarkeit wegen Betrugs aus, weil die Erwerber dann zwar getäuscht werden, hierdurch jedoch keinen Vermögensschaden erleiden.⁵⁵ Da für „grüne“ Anlagen regelmäßig kein höherer Preis verlangt wird als für vergleichbare Anlagen, die nicht auf besondere Nachhaltigkeit abzielen,⁵⁶ dürfte § 263 StGB deshalb regelmäßig nicht einschlägig sein. Jedoch bleibt die Möglichkeit einer Strafbarkeit aus § 264a StGB wegen Kapitalanlagebetrug. Denn diese Vorschrift pönalisiert bereits bestimm-

⁵⁵ Dazu näher *P. Kasiske*, Strafbarkeitsrisiken beim Greenwashing von Finanzprodukten, WM 2023, 53, 56.

⁵⁶ Laut ESMA-Report 50-165-1677 v. 22.4.2022, 4, 21, sind nachhaltige Investmentprodukte häufig im Hinblick auf Ausgabeaufschläge und Verwaltungskosten sogar etwas günstiger.

te Täuschungshandlungen, ohne dass es auf die Herbeiführung eines Vermögensschadens oder auch nur eines Irrtums bei den getäuschten Anlegern ankommt. Eine tatbestandliche Beschränkung enthält § 264a StGB allerdings im Hinblick auf die Art und Weise der Täuschung: Die Norm erfasst nur täuschende Angaben, die – insbesondere im Zusammenhang mit dem Vertrieb von Finanzprodukten – gegenüber einem größeren Personenkreis getätigt werden, und zwar in schriftlicher Form in Prospekten oder Darstellungen über den Vermögensstand. Als Prospekte gelten dabei nicht nur diejenigen, die etwa nach dem WpHG oder dem KAGB gesetzlich vorgeschrieben sind, sondern auch alle Werbe- oder Informationsschriften, die dazu dienen sollen, potentiellen Anlegern als Entscheidungsgrundlage zu dienen, indem sie den Eindruck erwecken, alle für die Beurteilung des Finanzprodukts notwendigen Angaben zu enthalten.⁵⁷

b) Entscheidungserheblichkeit

Weiterhin erfordert die Vorschrift, dass die Angaben für die Entscheidung des Anlegers erheblich sind. Angaben zu ESG-Eigenschaften scheinen diese Anforderung auf den ersten Blick zu erfüllen, da viele Anleger ihre Entscheidung davon abhängig machen, inwieweit ein Finanzprodukt ESG-Kriterien gerecht wird.⁵⁸ In Rechtsprechung und Literatur zu § 264a StGB wird allerdings geltend gemacht, dass entscheidungserheblich nur Angaben zu wertbildenden Umständen sein können, die Einfluss auf den Wert, die Chancen und die Risiken der Anlage haben können.⁵⁹ Berühren die Angaben hingegen nur Affektationsinteressen der Anleger, so sollen sie nicht entscheidungserheblich im Sinne von § 264a Abs. 1 StGB sein.⁶⁰ Ob Angaben zu ESG-Eigenschaften in diesem Sinne „wertbildend“ sind, erscheint aber zweifelhaft. Zwar werden nachhaltige Fonds von den Anbietern regelmäßig mit dem Argument beworben, jedenfalls langfristig auch höhere Renditen zu erwirtschaften. Und auch der europäische Gesetzgeber geht davon aus, dass Nachhaltigkeit und langfristige Rentabilität Hand in Hand gehen. Diese Annahme erscheint auch nicht gänzlich unplausibel, denn nachhaltig wirtschaftende Unternehmen unterliegen beispielsweise einem geringeren Haftungsrisiko im Hinblick auf die Verursachung von Umweltschäden und weisen angesichts eines zunehmenden

⁵⁷ BGHSt 40, 385, 388; T. Ceffinato, in: Münchener Kommentar zum StGB (4. Aufl., 2022), § 264a Rn. 62.

⁵⁸ A. Mosbacher, Kapitalanlagebetrug durch „Greenwashing“, NJW 2023, 14, 15 f.

⁵⁹ BGH, NJW 2005, 2242, 2244; K. Tiedemann/J. Vogel, in: Leipziger Kommentar zum StGB (12. Aufl., 2012), § 264a Rn. 71; S. Hüls, in: Achenbach/Ransiek/Rönnau, Handbuch Wirtschaftsstrafrecht (5. Aufl., 2019), Teil 10 Kap. 1 Rn. 63; T. Park, in: ders. (Hrsg.), Kapitalmarktstrafrecht (5. Aufl., 2019), Teil 3 Kap. 4.2. Rn. 13; C. Schröder/M. Bergmann, in: Matt/Renzikowski, StGB (2. Aufl., 2020), § 264a Rn. 34.

⁶⁰ MüKo-StGB/Ceffinato (Fn. 57), § 264a Rn. 57; C. Jacobi, Der Straftatbestand des Kapitalanlagebetrugs (§ 264a StGB) (2000), 218.

Umweltbewusstseins bei den Verbrauchern womöglich höhere Wachstumschancen auf. Empirisch belegt ist eine höhere langfristige Rentabilität allerdings noch nicht. Studien kommen vielmehr zu dem Ergebnis, dass nachhaltige Fonds keine systemischen Mehr- oder Minderrenditen gegenüber konventionellen Fonds erzielen.⁶¹ Fraglich ist zudem, ob Anleger, die nachhaltig investieren, dies wirklich in erster Linie in der Erwartung höherer Renditen tun oder ob sie nicht vornehmlich ideelle Interessen verfolgen und dafür bereit sind, gegebenenfalls auch niedrigere Renditen in Kauf zu nehmen.⁶²

Allerdings ist Beschränkung des Erheblichkeitsmerkmals auf wertbildende Faktoren nur dann zwingend geboten, wenn man § 264a StGB als ein Delikt im Vorfeld des Betruges ansieht, welches allein oder jedenfalls primär dem Schutz des Vermögens der Anleger dienen soll.⁶³ Da eine Täuschung über nicht wertbildende Eigenschaften nicht einmal eine abstrakte Gefahr für das Vermögen der Anleger begründen könnte, müssten solche Verhaltensweisen über das Merkmal der Entscheidungserheblichkeit dann zwingend aus dem Anwendungsbereich des Tatbestands herausgefiltert werden. Anders sieht es hingegen aus, wenn man den Schutzzweck der Norm nicht im Individualrechtsgut Vermögen verortet, sondern im Kollektivrechtsgut der Funktionsfähigkeit der Institution Finanzmarkt.⁶⁴ Wie die CSR-Richtlinie, die Offenlegungs-Verordnung und die Taxonomie-Verordnung belegen, sieht der Gesetzgeber diese Funktion mittlerweile nicht mehr allein im Hinblick auf dessen Nutzen für die Vermögensinteressen der Finanzmarktteilnehmer, sondern eben auch darin, den Übergang zu einer insgesamt nachhaltigeren Wirtschaft zu fördern. Versteht man § 264a derart als Marktschutztatbestand, dann muss sich ein gewandeltes Verständnis von Funktion und Aufgabe des Finanzmarkts auch in der Auslegung der Norm niederschlagen. Es entspricht dann durchaus deren Schutzzweck, auch Greenwashing durch Täuschungen über Angaben zu ESG-Eigenschaften zu pönalisieren, um so sicherzustellen, dass das Geld der Anleger auch tatsächlich so wie vom Gesetzgeber gewollt in nachhaltige Investitionen fließt.⁶⁵

⁶¹ Skeptisch zum Gleichlauf von Nachhaltigkeits- und Renditeinteressen auch *Ekenga/Schirmacher/Schneider* (Fn. 34), 1510.

⁶² Dazu *Köndgen* (Fn. 26), 681 ff.

⁶³ *U. Hellmann*, in: *Nomos-Kommentar StGB* (6. Aufl., 2023), § 264a Rn. 3; *A. Hoyer*, in: *Systematischer Kommentar zum StGB* (10. Aufl., 2022), § 264a Rn. 9; *Hüls* (Fn. 59), Teil 10 Kap. 1 Rn. 7 ff.; *W. Joecks*, *Anleger- und Verbraucherschutz durch das 2. WiKG*, wistra 1986, 142, 143.

⁶⁴ *LK-StGB/Tiedemann/Vogel* (Fn. 59), § 264a Rn. 22, 25; *Fischer* (Fn. 19), § 264a Rn. 2; *Schönke/Schröder/W. Perron* (Fn. 7), § 264a Rn. 1. Auch die Gesetzgebungsmaterialien betonen den Kapitalmarktschutz, BT-Drs. 10/318, 22 f.

⁶⁵ Vgl. auch *Mosbacher* (Fn. 58), 16.

c) Notwendigkeit europarechtskonformer Auslegung

Angesichts dessen, dass die neue Funktionsbestimmung des Finanzmarkts maßgeblich auf EU-Gesetzgebung zurückgeht, stellt sich zudem die Frage, ob sich ein solches Verständnis von § 264a StGB als primär marktschützend nicht schon zwangsläufig aus der Loyalitätspflicht nach Art. 4 Abs. 3 EUV und dem daraus resultierenden Gebot einer europarechtskonformen Auslegung ergibt. Danach sind Vorschriften des nationalen Rechts so auszulegen, dass sie soweit wie möglich die Ziele der Unionspolitik fördern, wie sie sich etwa aus einer Verordnung oder Richtlinie ergeben.⁶⁶ Dies gilt dabei nicht nur für diejenigen nationalen Rechtsvorschriften, die unmittelbar der Umsetzung dieser Unionspolitik dienen sollen, sondern für alle Normen der nationalen Rechtsordnung.⁶⁷ Im Hinblick auf die Durchsetzung der EU-Nachhaltigkeitspolitik liegt es deswegen nahe, das Merkmal der Anlageerheblichkeit bei § 264a StGB so auszulegen, dass davon auch Angaben zu ESG-Kriterien erfasst werden. Dafür spricht auch, dass zwar nicht die Offenlegungs-Verordnung, immerhin aber die Taxonomie-Verordnung die Mitgliedstaaten dazu verpflichtet, wirksame Sanktionsmöglichkeiten zur Durchsetzung der Transparenzvorgaben vorzuhalten, die freilich nicht zwingend strafrechtlicher Natur sein müssen.⁶⁸

Von vornherein selbstverständlich ist eine solche europäisierte Interpretation von § 264a StGB allerdings nicht. Denn es handelt sich hier nicht um einen Fall begrifflicher Akzessorietät, bei der ein Merkmal des gesetzlichen Tatbestandes anderenorts in einer Regelung des europäischen Rechts eine bestimmte Definition erfahren hat.⁶⁹ Vielmehr geht es darum, dass der Schutzbereich einer Strafnorm dadurch erweitert wird, dass das geschützte Rechtsgut eine (Neu-) Interpretation im Sinne der Ziele der Unionspolitik erfährt. Der Bundesgerichtshof hat sich zuweilen schon skeptisch gezeigt, ob die Vorgaben des Unionsrechts so ohne weiteres auch auf die Auslegung von Strafvorschriften durchschlagen.⁷⁰ In der Literatur geht man dagegen überwiegend davon aus, dass im Wege der unionsrechtskonformen Auslegung durch bloße Interpretation bereits existierender Normen europäisiertes nationales Strafrecht erzeugt werden kann, ohne dass es einer Mitwirkung des Gesetzgebers bedürfte.⁷¹ Ebenso ist es grundsätzlich anerkannt, dass eine solche Assimilierung nationaler Strafnormen durch europarechtskonforme Auslegung auch eine strafbar-

⁶⁶ Vgl. EuGHE 1984, 1891, 1893 f.; EuGH, NJW 2006, 2465, 2467 (Adeler); T. Möllers, Juristische Methodenlehre (2. Aufl., 2019), § 12 Rn. 46; H. Satzger, Die Europäisierung des Strafrechts (2001), 518 ff.

⁶⁷ EuGHE 1990, 4135, 4159.

⁶⁸ Art. 22 der Verordnung (EU) 2020/852.

⁶⁹ Vgl. dazu etwa EuGH, NSStZ 2014, 461, 462.

⁷⁰ BGH, NJW 2014, 2595, 2596 f.

⁷¹ B. Hecker, Europäisches Strafrecht (6. Aufl., 2021), Kap. 10 Rn. 13.

keitserweiternde Wirkungen haben kann.⁷² Gleichwohl verbleiben Bedenken angesichts einer solchen gewissermaßen „kalten“ Assimilierung, die den Anwendungsbereich nationaler Strafrechtsnormen erweitert, ohne dass es dazu einer ausdrücklichen Anweisung durch den europäischen Gesetzgeber bedarf. Vor allem erscheint es problematisch, dass hierdurch die Beschränkungen für die Gesetzgebungskompetenz der Union im Strafrecht unterlaufen werden könnten.⁷³

Auch wenn man einen Zwang zu einer entsprechenden unionrechtskonformen Auslegung verneint, ist es freilich auch schon im Rahmen des nationalen Rechts möglich, das Merkmal der Erheblichkeit der Anlage unter Berufung auf den Schutz der Finanzmarktintegrität so auszulegen, dass auch täuschende Angaben zu ESG-Eigenschaften erfasst werden. Damit wäre dann auch § 264a StGB durch die rechtspolitisch gewollte Veränderung der Zweckbestimmung des Finanzmarkts zu einem Tatbestand umgedeutet, der zumindest mittelbar auch dem Schutz des Klimas dient. Anders als bei § 331 HGB jedoch ohne dass der Gesetzgeber dies ausdrücklich angeordnet oder auch nur bewusst in Kauf genommen hätte.

3. Irreführende Werbung, § 16 Abs. 1 UWG

Greenwashing erfolgt in den meisten Fällen im Kontext von werbenden Äußerungen gegenüber Kunden und Investoren. Daher ist unzulässige und irreführende Werbung mit Begriffen wie „klimaneutral“ oder „nachhaltig“ mittlerweile zu einem wichtigen Thema für das Lauterkeitsrecht avanciert.⁷⁴ Auch in diesem Zusammenhang kann Greenwashing strafrechtliche Folgen nach sich ziehen, weil hier der Tatbestand der irreführenden Werbung nach § 16 Abs. 1 UWG erfüllt sein kann. Die Vorschrift verbietet das irreführende Werben mit unwahren Angaben, die sich an einen größeren Personenkreis richten. Dabei können unwahre Angaben wiederum nur solche sein, die sich auf Tatsachen beziehen. Damit stellt sich regelmäßig das Problem, ob Begriffe wie „klimaneutral“ oder „nachhaltig“ nicht eher als Werturteile, denn als Tatsachenbehauptungen einzuordnen sind. Für Letzteres reicht es nach der Rechtsprechung aber grundsätzlich aus, wenn eine Aussage einen überprüfbaren Tatsachenkern enthält.⁷⁵ In diesem Zusammenhang ist es von Bedeutung, dass insbesondere der Begriff der Nachhaltigkeit durch die Taxonomie-Verordnung eine gewisse

⁷² K. Ambos, Internationales Strafrecht (5. Aufl., 2018), § 11 Rn. 53; Satzger (Fn. 54), § 9 Rn. 107.

⁷³ Ebenso BGH, NJW 2014, 2595, 2597; C. Schröder, Europäische Richtlinien und deutsches Strafrecht (2002), 448.

⁷⁴ Überblick bei S. Laoutoumai, Greenwashing in der aktuellen Rechtsprechung und Gesetzgebung, WRP 2022, 1067, 1072 ff.

⁷⁵ BGHSt 48, 331, 345.

Konkretisierung erfahren hat, so dass es nunmehr einfacher sein dürfte, in einer Aussage einen Bezug auf einen solchen Tatsachenkern festzumachen.

Auch die Schwelle der „Irreführung“ wird im Zusammenhang mit Aussagen zu ESG-Eigenschaften leicht überschritten. Gerade bei der Werbung mit unspezifischen Begrifflichkeiten aus dem Bereich des Umwelt- und Klimaschutz schätzt die wettbewerbsrechtliche Rechtsprechung die Irreführungsgefahr als besonders hoch ein, weil damit häufig auch besonders emotional konnotierte Aspekte angesprochen werden, wie etwa die Sorge um das Wohl künftiger Generationen.⁷⁶ Damit besteht in erhöhtem Maß die Gefahr, dass durch unzutreffende Angaben bei einem erheblichen Teil der angesprochenen Personengruppe Fehlvorstellungen hervorgerufen werden, die sich maßgeblich auf den Kaufentschluss auswirken.

Zwar verlangt § 16 Abs. 1 UWG zudem, dass durch die irreführenden Angaben der Anschein eines besonders günstigen Angebots erweckt werden soll. Dies ist aber nicht ausschließlich im Sinne eines unter wirtschaftlichen Gesichtspunkten vorteilhaften Angebots zu verstehen. Vielmehr wird nach der Rechtsprechung auch das Inaussichtstellen solcher Vorteile erfasst, die eine Befriedigung geistiger oder ideeller Bedürfnisse des Abnehmers versprechen.⁷⁷ Wird also durch Greenwashing gezielt der Eindruck erweckt, der Kauf eines Produkts sei geeignet, ideelle Ziele wie den Umwelt- und Klimaschutz zu befördern, so kann dies ohne weiteres den Tatbestand der irreführenden Werbung erfüllen.⁷⁸

§ 16 Abs. 1 UWG dient dem Schutz der Verbraucher und Mitbewerber und soll einen unverfälschten Wettbewerb gewährleisten.⁷⁹ Gleichwohl entfaltet die Norm auch eine Schutzwirkung für die vom Unionsgesetzgeber verfolgten Nachhaltigkeitsziele, indem sie auch zu einer Pönalisierung von Greenwashing in der Werbung führt. Wiederum ist dieser strafrechtliche Nebeneffekt vom Gesetzgeber nicht gezielt herbeigeführt worden. Die Relevanz des Nachhaltigkeitsaspekts für die Strafbarkeit ist hier anders als bei § 264a StGB auch nicht die Folge regulatorischer Vorgaben, sondern schlicht die Konsequenz eines veränderten Verbraucherverhaltens, dass zunehmend auch die Nachhaltigkeits-eigenschaften von Produkten berücksichtigt, so dass diese zu einem wichtigen Wettbewerbsfaktor avancieren. Klimastrafrecht im weiten Sinne eines Strafrechts, das Verhaltensweisen pönalisiert, die klimapolitischen Zielen zuwiderlaufen, kann so auch ganz ohne Einwirkung des Gesetzgebers entstehen, wenn

⁷⁶ Vgl. BGHZ 105, 277, 280; OLG Koblenz, WRP 2011, 1499; LG Stuttgart, BKR 2022, 462 Rn. 22; hierzu kritisch *M. Ruttloff/A. Wehlau/E. Wagner*, Greenwashing – Aus materiell-rechtlicher und prozessualer Sicht, CCZ 2023, 201, 206 f.

⁷⁷ BGHSt 4, 44, 46; *R. Rengier*, in: K.-H. Fezer/W. Büscher/E. I. Obergfell (Hrsg.), Lauterkeitsrecht: UWG (3. Aufl., 2016), § 16 Rn. 15.

⁷⁸ Näher *Kasiske* (Fn. 55), 53 ff. Für Werbung mit vermeintlicher Umweltfreundlichkeit ebenso *S. Hohmann*, in: Münchener Kommentar zum StGB (4. Aufl., 2023), § 16 UWG Rn. 45.

⁷⁹ BGH, NJW 1978, 173; *Rengier* (Fn. 77), § 16 Rn. 9 ff.

sich entsprechende Schutzreflexe bei Tatbeständen ergeben, die eigentlich einen ganz anderen Schutzzweck verfolgen.

IV. Zusammenfassung und Ausblick: Die Rolle des Wirtschaftsstrafrechts beim Klimaschutz

Wer durch Emission von Treibhausgasen direkt zum Klimawandel beiträgt, wird entweder gar nicht sanktioniert oder hat maximal eine Geldbuße wegen einer Ordnungswidrigkeit zu erwarten.⁸⁰ Mit Strafe rechnen muss hingegen unter Umständen derjenige, der Greenwashing betreibt, indem er anderen gegenüber nicht offenlegt, dass sein Unternehmen nicht nachhaltig wirtschaftet oder dass er Geldanlagen vertreibt, die Anteile an solchen Unternehmen beinhalten. Was auf den ersten Blick widersprüchlich erscheint, ist die Folge des vom Gesetzgeber beim Klimaschutz gewählten regulatorischen Ansatzes, der in erster Linie auf eine indirekte Steuerung setzt, die klimaschädigende Verhaltensweisen nicht unmittelbar untersagt, sondern wirtschaftliche Rahmenbedingungen schaffen will, in denen die Akteure freiwillig solche Verhaltensweisen unterlassen und ihre wirtschaftlichen Aktivitäten stattdessen nachhaltig gestalten. Das erklärt, weshalb das Umweltstrafrecht, das als akzessorisches Sekundärrecht auf unmittelbar verhaltenslenkende verwaltungsrechtliche Ge- und Verbote angewiesen ist, derzeit für den Klimaschutz noch keine Rolle spielt.

Stattdessen sind es Tatbestände aus dem Wirtschaftsstrafrecht, die zumindest mittelbar den Zielen des Klimaschutzes dienstbar gemacht werden. Denn auch die indirekte Steuerung bedarf bestimmter regulierter wirtschaftlicher Rahmenbedingungen. An diese Regulierung, wie sie sich z.B. in den Vorgaben zur Nachhaltigkeitsberichterstattung zeigt, knüpfen dann aber gegebenenfalls auch wirtschaftsstrafrechtliche Tatbestände an. Indem sie die wirtschaftlichen Rahmenbedingungen der Klimaschutzpolitik garantieren, dienen diese Strafnormen somit mittelbar auch dem Klimaschutz. Indirekte Steuerung wird so flankiert von indirekten strafrechtlichen Schutzeffekten. Diese sind dabei nicht immer das Resultat gezielter gesetzgeberischer Intervention, sondern können sich auch als vom Gesetzgeber womöglich gar nicht vorhergesehene Nebeneffekte einstellen.

Solche Mechanismen können Probleme mit sich bringen: Weil eine indirekte Steuerung auf konkrete Verhaltensanweisungen verzichtet, kann sie es sich erlauben, ihre Vorgaben unschärfer und flexibler zu formulieren. Diese Unschärfe ist aber problematisch, wenn sie wie etwa bei § 331 HGB im Wege der Akzessorietät auch Eingang in Strafnormen findet, die im Lichte dieser Vorgaben auszulegen sind, gleichzeitig aber auch dem strengen Bestimmtheitsgebot des Art. 103 Abs. 2 GG unterliegen. Ebenso drohen gesetzgeberi-

⁸⁰ Unter den Voraussetzungen des § 32 Abs. 3 Nr. 1 TEHG, dazu oben S. 346 f.

sche Kompetenzzuweisungen unterlaufen zu werden, wenn wie bei § 264a StGB regulatorische Vorgaben des europäischen Gesetzgebers zu einer strafbarkeitserweiternden Auslegung nationaler Strafnormen führen.

Die Herausforderung für das Wirtschaftsstrafrecht besteht somit darin, einerseits die durch die Klimapolitik bewirkte teilweise Neuausrichtung des ordnungspolitischen Rahmens der Wirtschaft zu rezipieren, andererseits dabei zugleich auch die strafverfassungsrechtlichen Grenzen zu beachten.

Anstrengungen beim Ausbau erneuerbarer Energien dargestellt am Beispiel von Agri-Photovoltaikanlagen*

Martin Kment und Torben Buck

I.	Eine Antwort auf die Klimakrise: Förderung von Photovoltaik im bauplanungsrechtlichen Außenbereich	366
II.	Politische Ausbaustrategie und steigender Strombedarf	367
	A. Schlüsselrolle von Photovoltaikanlagen	367
	B. Gesetzgeberische Anstrengungen	368
III.	Gegenstand der neuen Privilegierung nach § 35 Abs. 1 Nr. 9 BauGB: Die Agri-Photovoltaikanlagen	369
	A. Einordnung der Agri-Photovoltaikanlagen in die Freiflächenphotovoltaiktechnik	369
	1. Agri-Photovoltaikanlagen als besondere Photovoltaikanlagen	369
	a) Flächenmerkmale	370
	b) Zulässige Technik	370
	2. Vorteile von Agri-Photovoltaikanlagen	371
	B. Weitere planungsrechtliche Einschränkungen der Privilegierung in § 35 Abs. 1 BauGB	372
	1. Räumlich-funktionaler Zusammenhang zum Betrieb	372
	a) Betrieb	373
	b) Räumlich-funktionaler Zusammenhang	373
	2. Begrenzung der Grundfläche auf 25.000 Quadratmeter	374
	3. Begrenzung der Anzahl der Anlagen	374
	4. Bewertung: Verbleibende Potenziale	375
IV.	Entgegenstehende öffentliche Belange und raumordnungsrechtliche Vorgaben	375
	A. Keine dem Vorhaben entgegenstehenden öffentlichen Belange	375
	1. Belange des Naturschutzes und der Landschaftspflege	376
	2. Natürliche Eigenart der Landschaft und ihr Erholungswert	377
	3. Orts- und Landschaftsbild	377
	4. Besonderheiten bei der Abwägung entgegenstehender Belange	378
	B. Raumordnerische Vorgaben	378
V.	Weitergehende Überlegungen	379
	A. Interessenkonflikt durch neues Genehmigungsregime	379
	B. Auswirkungen der Novellierung auf andere Regelungsregime und Verbesserungspotential	380
	1. Anpassungen des UVPG und EEG	380
	2. Absehen von einer Konzentrationszonenplanung	381
VI.	Fazit: Aufbruch zur Bewältigung der Klimakrise	382

* Alle Internetquellen wurden zuletzt abgerufen am 14.4.2024.

I. Eine Antwort auf die Klimakrise: Förderung von Photovoltaik im bauplanungsrechtlichen Außenbereich

Um die Klimakrise zu bewältigen, muss auch das deutsche Verwaltungsrecht ertüchtigt werden. Daher machte es sich die Bundesregierung für die 20. Wahlperiode des Deutschen Bundestags zur gemeinsamen Aufgabe, den Ausbau der erneuerbaren Energien drastisch zu beschleunigen und alle (rechtlichen) Hürden und Hemmnisse aus dem Weg zu räumen.¹ Diese Anstrengungen entsprechen dem selbst auferlegten gesetzlichen Ziel des § 1 Abs. 1 EEG,² wonach „im Interesse des Klima- und Umweltschutzes die Transformation zu einer nachhaltigen und treibhausgasneutralen Stromversorgung“ voranzutreiben ist, „die vollständig auf erneuerbaren Energien beruht“. Zur Erreichung dieses Ziels soll der Anteil des aus erneuerbaren Energien erzeugten Stroms am Bruttostromverbrauch im Staatsgebiet der Bundesrepublik Deutschland einschließlich der deutschen ausschließlichen Wirtschaftszone auf mindestens 80 % im Jahr 2030 gesteigert werden, § 1 Abs. 2 EEG. Nach Vorstellung der Bundesregierung sollen dabei fünf Quellen zukünftig die Stromversorgung in Deutschland dominieren: Wind an Land, Photovoltaik, Wind auf See, Importe von erneuerbarem Strom und zuletzt Kraftwerke, die grünen Wasserstoff nutzen.³

Der Ausbaufortschritt, der erreicht werden muss, um die Abkehr von fossilen Brennstoffen zu vollziehen und zur Abwendung der Klimakrise eine treibhausgasneutrale Stromversorgung zu etablieren, ist nicht planlos sich selbst überlassen. Vielmehr beziffert der Gesetzgeber im Erneuerbare-Energien-Gesetz konkrete anvisierte Etappenziele. Dabei ist auffällig, dass gemäß § 4 Nr. 3 EEG die Leistung aus der Solarenergie deutlich über der Leistung liegen soll, die aus Windenergie an Land (§ 4 Nr. 1 EEG), Windenergie auf See (§ 1 Abs. 2 WindSeeG⁴) oder sonst einer Quelle erneuerbarer Energien (vgl. etwa § 4 Nr. 4 EEG) gewonnen werden soll. Solarenergie ist folglich der Kernbestandteil der deutschen Energietransformation.

Zum Zweck des verstärkten Ausbaus von Photovoltaikanlagen im Rahmen der Energiewende hat der Gesetzgeber mit dem Gesetz zur Stärkung der Digitalisierung im Bauleitplanverfahren und zur Änderung weiterer Vorschriften am 3.7.2023 die Privilegierung von bestimmten Agri-Photovoltaikanlagen im bauplanerischen Außenbereich beschlossen.⁵ Gemäß § 35 Abs. 1 Nr. 9 BauGB

¹ Mehr Fortschritt wagen. Bündnis für Freiheit, Gerechtigkeit und Nachhaltigkeit. Koalitionsvertrag zwischen SPD, Bündnis 90/Die Grünen und FDP (2021), 56.

² Erneuerbare-Energien-Gesetz v. 21.7.2014 (BGBl. 2014 I, 1066), zuletzt geändert durch Art. 4 des Gesetzes v. 26.7.2023 (BGBl. 2023 I, Nr. 202).

³ Bundesministerium für Wirtschaft und Klimaschutz (BMWK), Photovoltaik-Strategie – Handlungsfelder und Maßnahmen für einen beschleunigten Ausbau der Photovoltaik (2023), 5.

⁴ Windenergie-auf-See-Gesetz v. 13.10.2016 (BGBl. 2016 I, 2258, 2310), zuletzt geändert durch Art. 14 des Gesetzes v. 22.3.2023 (BGBl. 2023 I, Nr. 88).

⁵ BGBl. 2023 I, Nr. 176.

ist nun im Außenbereich ein Vorhaben privilegiert, wenn es der Nutzung solarer Strahlungsenergie durch besondere Solaranlagen im Sinne des § 48 Abs. 1 S. 1 Nr. 5 lit. a, b oder c EEG dient und weitere, dort näher aufgeführte Voraussetzungen erfüllt.

II. Politische Ausbaustrategie und steigender Strombedarf

A. Schlüsselrolle von Photovoltaikanlagen

Das Verlangen nach elektrischer Energie wird durch die Energiewende nicht zurückgehen; ganz im Gegenteil: Es ist mit einem gewaltigen Anstieg allein durch Elektrifizierungsprozesse im Verkehr und in der Industrie zu rechnen.⁶ Im Jahr 2022 lag der Stromverbrauch in Deutschland bei 484,2 TWh. Hiervon wurden 233,9 TWh aus erneuerbaren Energien erzeugt;⁷ dies entspricht einem Anteil der Stromerzeugung aus erneuerbaren Energien von 48,3 %. Zur Stromerzeugung dieser erneuerbaren Energien waren knapp 150 GW Kapazität installiert, wovon die Photovoltaiktechnik einen Anteil von 67 GW (45 %) ausmachte.⁸

Für das Jahr 2030 wird in Deutschland aufgrund der eingeleiteten Verkehrs- und Wärmewende mit einem steigenden Brutto-Strombedarf von insgesamt etwa 750 TWh gerechnet.⁹ Gemäß § 1 Abs. 2 EEG sollen hiervon mindestens 80 % aus erneuerbaren Energien abgedeckt werden, mithin 600 TWh.¹⁰ Um diesen Zielwert zu erreichen, würden – in Anlehnung an die Daten aus dem Jahr 2022 – etwa 385 GW installierte Kapazität aus erneuerbaren Energien benötigt. Dies entspräche einer Steigerung von 235 GW bzw. 150 % in acht Jahren.

In § 4 EEG hat der Gesetzgeber skizziert, dass für das Jahr 2030 insgesamt 215 GW an installierter Leistung für die Nutzung von Photovoltaik angestrebt werden; Photovoltaik soll also einen maßgeblichen Anteil zum Erfolg der

⁶ BMWK, Umsetzungsplan für Deutschland („Marktreformplan“) nach Art. 20 Verordnung (EU) 2019/943 über den Elektrizitätsbinnenmarkt (2022), 6, abrufbar unter https://www.bmwk.de/Redaktion/DE/Downloads/U/umsetzungsplan-fur-deutschland-marktreformplan-nach-art-20-verordnung-eu-2019-943-uber-den-elektrizitatsbinnenmarkt.pdf?__blob=publicationFile&v=1.

⁷ Bundesnetzagentur, Pressemitteilung v. 4.1.2023, abrufbar unter https://www.bundesnetzagentur.de/SharedDocs/Downloads/DE/Allgemeines/Presse/Pressemitteilungen/2023/20230104_smar.pdf?__blob=publicationFile&v=3.

⁸ BMWK (Fn. 3), 5.

⁹ BMWK (Fn. 6), 6.

¹⁰ Bundesregierung, Pressemitteilung v. 25.4.2023, abrufbar unter <https://www.bundesregierung.de/breg-de/schwerpunkte/klimaschutz/energiewende-beschleunigen-2040310#:~:text=Steigender%20Strombedarf%20eingerechnet&text=2030%20sollen%20daher%20rund%20600,Bruttostromverbrauch%20von%20etwa%20750%20TWh%20>.

Energiewende und zur Abwendung der Klimakrise beitragen.¹¹ Diese Schwerpunktsetzung begründet sich dadurch, dass Photovoltaiktechnik inzwischen zu einer vergleichsweise kostengünstigen Stromerzeugungsquelle geworden ist, die weltweit erhebliches Entwicklungs- und Wachstumspotential aufweist.¹²

B. Gesetzgeberische Anstrengungen

Um dem Ausbau von Photovoltaikanlagen noch einen stärkeren Schub zu verschaffen, wird ihre Förderung in zwei aufeinanderfolgenden Gesetzespaketen – dem Solarpaket I und II – in Angriff genommen. Die Neuregelungen sollen das Tempo beim Ausbau von Photovoltaikanlagen auf Dächern und Gebäuden durch einfachere Verfahren und Abbau von Bürokratie erhöhen sowie den Ausbau von Freiflächenanlagen stärken.¹³ Der Schwerpunkt dieser Photovoltaikstrategie soll dabei auf der kurz- und mittelfristigen Perspektive liegen mit dem Ziel, in der laufenden Legislaturperiode noch möglichst viele Maßnahmen umzusetzen.¹⁴

Einen ersten Schritt hierfür hat der Gesetzgeber nun mit der Einführung des neuen § 35 Abs. 1 Nr. 9 BauGB getan, welcher die Privilegierung bestimmter Agri-Photovoltaikanlagen im Außenbereich regelt. Diese Neuregelung findet sich jedoch überraschenderweise nicht im Solarpaket I.¹⁵ Vielmehr wurde sie zeitlich vorgezogen und in ein anderes Gesetzespaket – das Gesetzespaket zur Stärkung der Digitalisierung im Bauleitplanverfahren – eingearbeitet.¹⁶

Zwar kann das Gesetz zur Stärkung der Digitalisierung im Bauleitplanverfahren auch als kleine Novelle des BauGB bezeichnet werden.¹⁷ Systematisch ist eine Einordnung der Privilegierung der Agri-Photovoltaikanlagen im Außenbereich in dieses Gesetzespaket aber eher fernliegend. Deshalb hatte die Bundesregierung im ursprünglichen Gesetzesentwurf eine solche Regelung auch nicht vorgesehen.¹⁸ Erst im Rahmen der Ausschussberatungen wurde als Art. 1 Nr. 10 a) cc) des Gesetzes eine Beschlussempfehlung des Ausschusses für Wohnen, Stadtentwicklung, Bauwesen und Kommunen aufgenommen und

¹¹ A. Baars/M. Roscher, Handlungs- und Steuerungsinstrumente für den Ausbau der Photovoltaik (Teil 1), KommJur 2023, 8, 9.

¹² BMWK (Fn. 3), 5.

¹³ BMWK, Überblickspapier Solarpaket v. 16.8.2023, abrufbar unter https://www.bmwk.de/Redaktion/DE/Downloads/Gesetz/20230816-ueberblickspapier-solarpaket.pdf?__blob=publicationFile&v=8.

¹⁴ BMWK (Fn. 3), 7.

¹⁵ Aktuell liegt zum Solarpaket I zwar schon ein Gesetzesentwurf vor (Gesetzesentwurf v. 9.10.2023, BT-Drs. 20/8657). Dieser befindet sich allerdings noch zur endgültigen Abstimmung im Bundestag.

¹⁶ BT-Drs. 20/7248.

¹⁷ Vgl. Plenarprotokoll der 109. Sitzung des Deutschen Bundestages v. 15.7.2023 – Stenografischer Bericht, Plenarprotokoll 20/109, 13272, 13281.

¹⁸ BT-Drs. 20/5663.

so die Änderung des § 35 BauGB eingebracht.¹⁹ Eine Begründung für diese Entwicklung ist der Beschlussempfehlung und dem Bericht des Ausschusses nicht zu entnehmen.²⁰ Naheliegend ist aber, dass die vorgezogene Erweiterung des Privilegienkatalogs des § 35 Abs. 1 BauGB auf das Drängen der Landwirtschaftsverbände und der landwirtschaftlichen Forschungsinstitute zurückzuführen ist.²¹

III. Gegenstand der neuen Privilegierung nach § 35 Abs. 1 Nr. 9 BauGB: Die Agri-Photovoltaikanlagen

A. Einordnung der Agri-Photovoltaikanlagen in die Freiflächenphotovoltaiktechnik

Die Privilegierung des § 35 Abs. 1 Nr. 9 BauGB bezieht sich auf Photovoltaikanlagen im Sinne des § 48 Abs. 1 S. 1 Nr. 5 lit. a, b oder c EEG. Dies sind sogenannte „Agri-Photovoltaikanlagen“, die zu den eher neuartigen technischen Solarsystemen gehören. Die Technik befindet sich zwar weiterhin noch in der Felderprobung,²² wird aber auch schon in größerem Umfang gewerblich genutzt.²³ Voraussetzung für die Privilegierung ist, dass es sich bei dieser Photovoltaikanlage um eine besondere Solaranlage nach § 48 Abs. 1 S. 1 Nr. 5 lit. a, b oder c EEG handelt.

1. Agri-Photovoltaikanlagen als besondere Photovoltaikanlagen

Eine nähere Lektüre des § 48 Abs. 1 S. 1 Nr. 5 lit. a, b und c EEG erklärt, dass von § 35 Abs. 1 Nr. 9 BauGB nur solche Anlagen profitieren, die auch die Anforderungen der Bundesnetzagentur gemäß § 85c EEG erfüllen. Dies sind

¹⁹ BT-Drs. 20/7248, 9 f.; D. Enzensperger, Zur neuen Privilegierung von Agri-Photovoltaikanlagen im Außenbereich, NVwZ 2023, 1394, 1395.

²⁰ BT-Drs. 20/7248, 31.

²¹ Vgl. Enzensperger (Fn. 19), 1395; Deutscher Bauernverband/Hochschule Kehl/Fraunhofer ISE, Agri-Photovoltaik: bessere Chancen für kleinere Anlagen und hoch aufgeständerte Systeme (2022), 3, abrufbar unter https://www.bauernverband.de/fileadmin/user_upload/dbv/pressemitteilungen/2022/KW_21_bis_KW_40/KW_41/Positionspapier_Agri-Photovoltaik-_DBV__Fraunhofer_ISE_und_Hochschule_Kehl.pdf.

²² Näheres zur Zulässigkeit von Agri-Photovoltaikanlagen im Rahmen der Nutzung zu Forschungszwecken im Außenbereich und auch zu deren finanziellen Förderungsmöglichkeiten in: J. Vollprecht/N. Kather, Frischer Wind für die Agri-PV: Der neue Rechtsrahmen im Überblick (Teil 2), IR 2022, 232 f.

²³ Hierzu: M. Frey/A. Kallina, Bauleitplanerische Zulässigkeit von Agri-PV-Forschungsanlagen nach § 35 I Nr. 4 und II BauGB, NVwZ 2022, 388.

Anforderungen sowohl an die Fläche, auf der sich die Anlage befinden soll, als auch an den technischen Charakter der Anlage selbst.²⁴

a) Flächenmerkmale

Die Bundesnetzagentur verlangt, dass auf der Fläche eine gleichzeitige landwirtschaftliche Nutzung erfolgt. Die zulässigen Nutzungsvarianten sind in den einzelnen Varianten der Buchstaben a, b und c individuell geregelt, die zwischen der Art der landwirtschaftlichen Fläche differenzieren. Auf „Ackerflächen“²⁵ ist gemäß § 48 Abs. 1 S. 1 Nr. 5 lit. a EEG eine Errichtung zulässig, sofern ein gleichzeitiger Nutzpflanzenanbau auf derselben Fläche erfolgt. § 48 Abs. 1 S. 1 Nr. 5 lit. b EEG verlangt eine gleichzeitige Nutzung in Form des Anbaus von Dauerkulturen²⁶ oder mehrjährigen Kulturen. Und schließlich darf auf „Grünland“ gemäß § 48 Abs. 1 S. 1 Nr. 5 lit. c EEG eine Photovoltaikanlage nur errichtet werden, wenn dieses gleichzeitig landwirtschaftlich als Dauergrünland²⁷ herangezogen wird. Ein Anlagenbau ist in jeder Variante ausgeschlossen, wenn es sich bei der fraglichen Fläche um Moorboden, um ein rechtsverbindlich als Naturschutzgebiet festgesetztes Gebiet gemäß § 23 BNatSchG oder um einen rechtsverbindlich festgesetzten Nationalpark gemäß § 24 BNatSchG handelt. Bei Grünland besteht zudem die zusätzliche Besonderheit, dass das Grünland nicht in einem Natura 2000-Gebiet im Sinne des § 7 Abs. 1 Nr. 8 BNatSchG liegen darf und die Fläche auch nicht ein in Anhang I der Richtlinie 92/43/EWG aufgeführter Lebensraumtyp ist.

b) Zulässige Technik

Hinsichtlich der Technik der Anlage wird gefordert, dass die Solaranlage der DIN SPEC 91434:2021-05 entspricht. Damit soll erreicht werden, dass 80 % der bisherigen landwirtschaftlichen Nutzbarkeit der Fläche trotz der zusätzlichen Bebauung mit den Solarmodulen erhalten bleiben. Mithin lassen die privilegierten Photovoltaikanlagen eine Kombination aus landwirtschaftlicher

²⁴ Bundesnetzagentur, Festlegung der zu stellenden Anforderungen an die besonderen Solaranlagen nach § 37 Absatz 1 Nummer 3 und § 48 Absatz 1 Satz 1 Nummer 5 EEG zum 1.7.2023; Az.: 4.08.01.01/1#4; abrufbar unter https://www.bundesnetzagentur.de/Shared-Docs/Downloads/DE/Sachgebiete/Energie/Unternehmen_Institutionen/Ausschreibungen/Solar1/BesondereSolaranlagen/Festlegung.pdf?__blob=publicationFile&v=2.

²⁵ Zur Definition vgl. Art. 4 Abs. 1 lit. f Verordnung (EU) Nr. 1307/13 v. 17.12.2013 mit Vorschriften über Direktzahlungen an Inhaber landwirtschaftlicher Betriebe im Rahmen von Stützungsregelungen der Gemeinsamen Agrarpolitik und zur Aufhebung der Verordnung (EG) Nr. 637/2008 des Rates und der Verordnung (EG) Nr. 73/2009 des Rates, Abl. 2013 L 347/608.

²⁶ Zur Definition vgl. Art. 4 Abs. 1 lit. g Verordnung (EU) Nr. 1307/13.

²⁷ Zur Definition vgl. Art. 4 Abs. 1 lit. h Verordnung (EU) Nr. 1307/13 und § 4 Abs. 5 BWLLG.

Nutzung und Stromerzeugung aus Solarenergie zu.²⁸ Eine Förderfähigkeit der Anlage nach dem EEG ist nicht relevant.²⁹

Die konkrete technische Bauweise der Agri-Photovoltaikanlagen kann variieren. Im Wesentlichen existieren aber zwei Haupttypen: Dies sind einerseits hoch aufgeständerte Anlagen, bei denen die Photovoltaikmodule horizontal ausgerichtet sind und die landwirtschaftliche Nutzung einschließlich des Betriebs großer Landmaschinen *unter* diesen stattfindet. Andererseits gibt es Anlagen, bei denen die Photovoltaikmodule vertikal in Reihen aufgebaut werden und die landwirtschaftliche Nutzung in den Korridoren *zwischen* diesen erfolgt.³⁰

2. Vorteile von Agri-Photovoltaikanlagen

Agri-Photovoltaiktechnik hat gegenüber konventionellen Photovoltaikfreiflächenanlagen den besonderen Vorteil, dass sie nur unmaßgeblich in Flächenkonkurrenz zur Landwirtschaft tritt.³¹ Die ihr eigene Doppelnutzungsmöglichkeit reduziert also perspektivisch die Gesamtflächeninanspruchnahme, sodass besonders schützenswerte Flächen geschont werden können.³² Hinzu kommt eine mögliche Diversifizierung des landwirtschaftlichen Einkommens und damit eine Förderung des Strukturwandels in der Landwirtschaft, ohne zur teilweisen Aufgabe der landwirtschaftlichen Tätigkeit zu zwingen.³³ Auf diese Weise kann die Landwirtschaft gewinnbringend in den Klimaschutz mit eingebunden werden.³⁴ Außerdem können sich aufgrund der oben beschriebenen Anordnung der Photovoltaikmodule Synergieeffekte für die landwirtschaftliche Nutzung ergeben, da die Photovoltaikmodule die unter ihnen wachsenden Pflanzen vor Hagel, Frost und Dürre schützen können.³⁵

In Deutschland werden circa 16,7 Mio. Hektar Fläche landwirtschaftlich genutzt. Das theoretische Ausbaupotenzial der Agri-Photovoltaikanlagen und damit auch das Potenzial einer entsprechenden Außenbereichsprivilegierung für

²⁸ Fraunhofer ISE, Agri-Photovoltaik: Chancen für die Landwirtschaft und Energiewende (2022), 11, abrufbar unter <https://www.ise.fraunhofer.de/de/veroeffentlichungen/studien/agri-photovoltaik-chance-fuer-landwirtschaft-und-energiewende.html>.

²⁹ BT-Drs. 20/7248, 31; ausführlich und zur finanziellen Förderung von Solaranlagen nach § 37 Abs. 1 Nr. 3 lit. a bis c EEG: V. Kissling, Die Privilegierung von Agri-PV-Anlagen nach § 35 Abs. 1 Nr. 9 BauGB, EnK-Aktuell 2023, 010170.

³⁰ J. Otto/N. Wegner, Weiterentwicklung der Außenbereichsprivilegierung von PV-Freiflächenanlagen, Würzburger Berichte zum Umweltenergierecht Nr. 56 (2023), 18.

³¹ Fraunhofer ISE (Fn. 28), 7.

³² J. Scharf/M. Grieb/M. Fritz, Agri-Photovoltaik. Stand und offene Fragen, TFZ-Bericht 73 (2021), 63 f., abrufbar unter https://www.tfz.bayern.de/mam/cms08/rohstoffpflanzen/dateien/tfz_bericht_73_agri-pv.pdf.

³³ Otto/Wegner (Fn. 30), 18.

³⁴ BMWK (Fn. 3), 2, 5, 9, 12.

³⁵ Fraunhofer ISE (Fn. 28), 6.

die kurzfristige Bereitstellung von Flächen ist also beachtlich. Das Fraunhofer-Institut für Solare Energiesysteme schätzt für hoch aufgeständerte Agri-Photovoltaikanlagen das theoretische Leistungspotenzial auf 1700 GW und für bodennahe Anlagen mit weitem Reihenabstand, zwischen denen Futterpflanzen auf Dauergrünland angebaut werden, auf weitere 1200 GW.³⁶ In der Diskussion besteht zwar noch Uneinigkeit darüber, welche Anteile der Potenziale auch praktisch gehoben werden können.³⁷ Trotzdem ruht in der Agri-Photovoltaiktechnik – allein schon aufgrund der für sie verfügbaren Fläche – eine beträchtliche Energiereserve, die geeignet ist, einen erheblichen Beitrag zur Bewältigung der Klimakrise zu leisten.

B. Weitere planungsrechtliche Einschränkungen der Privilegierung in § 35 Abs. 1 BauGB

Bei der Öffnung des bauplanerischen Außenbereichs für Photovoltaikanlagen geht der Gesetzgeber behutsam vor. Daher werden nicht pauschal alle beschriebenen³⁸ Agri-Photovoltaikanlagen im Außenbereich zugelassen, sondern nur solche, die bestimmte baurechtliche Voraussetzungen erfüllen. Der Bau der besonderen Solaranlage ist gemäß § 35 Abs. 1 Nr. 9 BauGB nur dann zulässig, wenn (a) das Vorhaben in einem räumlich-funktionalen Zusammenhang mit einem land- oder forstwirtschaftlichen Betrieb (§ 35 Abs. 1 Nr. 1 BauGB) oder einem Betrieb der gartenbaulichen Erzeugung (§ 35 Abs. 1 Nr. 2 BauGB) steht, (b) die Grundfläche der besonderen Solaranlage nicht 25.000 qm überschreitet und (c) pro Hofstelle oder Betriebsstandort nur eine Anlage betrieben wird.

1. Räumlich-funktionaler Zusammenhang zum Betrieb

Mit dem Verweis auf § 35 Abs. 1 Nr. 1, 2 BauGB stellt der Gesetzgeber klar, dass nur land- und forstwirtschaftliche sowie gartenbauliche Betriebe von der Privilegierung des § 35 Abs. 1 Nr. 9 BauGB profitieren können.³⁹ Zu einem dieser Betriebe muss das Vorhaben in einem räumlich-funktionalen Zusammenhang stehen. Den Rechtsbegriff des räumlich-funktionalen Zusammenhangs hat der Gesetzgeber bereits in § 35 Abs. 1 Nr. 6 lit. a, Abs. 4 Nr. 1 lit. e, sowie in § 249a Abs. 1, 2 BauGB verwendet. Erkenntnisse zu diesen Regelungen helfen, § 35 Abs. 1 Nr. 9 BauGB besser zu verstehen.

³⁶ Fraunhofer ISE (Fn. 28), 14; Otto/Wegner (Fn. 30), 19 f.

³⁷ Otto/Wegner (Fn. 30), 19 f.; vgl. Universität Hohenheim, Pressemitteilung v. 22.9.2022, abrufbar unter https://www.uni-hohenheim.de/pressemitteilung?tx_ttnews%5Btt_news%5D=56412&cHash=af5d9c4ce70bc94dfdc3ef84264dee8a.

³⁸ Siehe oben S. 369 ff.

³⁹ Enzensperger (Fn. 19), 1395.

a) Betrieb

Mit Blick auf das große Flächenpotenzial von Agri-Photovoltaikanlagen könnte man auf die Idee kommen, den Begriff des „Betriebs“ möglichst weit zu verstehen und damit die gesamte Fläche, auf welcher der land- oder forstwirtschaftliche oder gartenbauliche Betrieb ausgeübt wird, für Agri-Photovoltaikanlagen zu öffnen. Dieses weite Verständnis übersieht allerdings den regulierenden Zweck der Voraussetzungen in § 35 Abs. 1 Nr. 9 BauGB; insbesondere § 35 Abs. 1 Nr. 9 lit. c BauGB indiziert, dass die Anzahl der Agri-Photovoltaikanlagen im Außenbereich trotz der Privilegierung eher gering gehalten werden soll. Aus diesem systematischen Zusammenhang ist auch die Voraussetzung des Nr. 9 lit. a moderat auszulegen.⁴⁰ Demnach ist unter dem Begriff des „Betriebs“ nur eine Hofstelle beziehungsweise ein Betriebsstandort und nicht die gesamte Betriebsfläche zu verstehen.⁴¹

b) Räumlich-funktionaler Zusammenhang

Zu dieser Hofstelle beziehungsweise dem Betriebsstandort muss die Solaranlage in einem „räumlich-funktionalen Zusammenhang“ stehen. Bei der Auslegung dieses unbestimmten Rechtsbegriffs kann zwischen dem „räumlichen Zusammenhang“ einerseits und dem „funktionalen Zusammenhang“ andererseits differenziert werden.

aa) Räumlicher Zusammenhang

Der räumliche Zusammenhang zum Betrieb lässt sich nicht metergenau feststellen. Anders als bei Biogasanlagen, bei denen der räumliche Zusammenhang wegen der Geruchsemissionen der Anlagen großzügig ausgelegt wird,⁴² ist das Entfernungsverständnis bei § 35 Abs. 1 Nr. 9 BauGB tendenziell enger. Historisch wollte der Gesetzgeber nämlich mit der Anforderung des räumlichen Zusammenhangs einer Anlage zum Betrieb die ungeplanten Siedlungstendenzen im Außenbereich eindämmen.⁴³ Von einem räumlichen Zusammenhang zum Betrieb kann deswegen wohl nur gesprochen werden, wenn die Agri-Photovoltaikanlage an die Hofstelle oder den Betriebsstandort angrenzt, beziehungsweise nach dem optischen Eindruck unzweifelhaft als ein Bestandteil der

⁴⁰ Vgl. zur allgemeinen engen Auslegung der Privilegierungstatbestände in der ständigen Rechtsprechung: BVerwG, Urt. v. 30.6.1964 – I C 80.62; BVerwG, Urt. v. 13.1.1967 – IV C 47.65; G. Spieß, in: Jäde/Dirnberger, BauGB/BauNVO (10. Aufl., 2022), § 35 Rn. 3.

⁴¹ Enzensperger (Fn. 19), 1396; vgl. auch zu § 35 Abs. 1 Nr. 6 BauGB: Jäde/Dirnberger/Spieß (Fn. 40), § 35 Rn. 83.

⁴² So bei Biogasanlagen sinnvollerweise mit Blick auf die Immissionen bis 700 m Entfernung OVG Schleswig, NJOZ 2007, 804; restriktivere Ansicht bis 300 m Entfernung: C.-W. Otto, Zulassung und planerische Steuerung von Biomasseanlagen unter besonderer Berücksichtigung der Klimaschutznovelle des Baugesetzbuchs, ZfBR 2011, 735, 736.

⁴³ Jäde/Dirnberger/Spieß (Fn. 40), § 35 Rn. 119.

Hofstelle beziehungsweise des Betriebsstandortes erscheint.⁴⁴ Auf dieser Grundlage ist im Einzelfall die Rechtslage zu ermitteln.

bb) Funktionaler Zusammenhang

Mit dem Tatbestandsmerkmal des funktionalen Zusammenhangs verlangt der Gesetzgeber nicht, dass die Agri-Photovoltaikanlage dem Betrieb zur Eigenversorgung „dient“.⁴⁵ Vielmehr bedarf es in Anlehnung an die vergleichbare Regelung des § 35 Abs. 1 Nr. 6 BauGB nur einer „Verknüpfung der Anlage mit der vorhandenen Betriebsstruktur“, um das Merkmal des funktionalen Zusammenhangs zu erfüllen.⁴⁶ Um diese Verknüpfung herzustellen, sind unterschiedliche Synergien der Anlage mit der Landwirtschaft denkbar: So liegt zum einen ein bereits ausreichender Synergieeffekt vor, wenn der erzeugte Strom nicht in deutlich überwiegendem Maße vom Betrieb verwendet, sondern stattdessen in das öffentliche Netz eingespeist wird.⁴⁷ Selbst bei einer ausschließlichen Einspeisung des Stroms in das öffentliche Netz ist eine anderweitige, für die Verknüpfung ausreichende Synergie denkbar, indem die Agri-Photovoltaikanlage Schutz für die darunter liegende landwirtschaftliche Fläche vor Hagel, Frost und Dürre bieten kann.

2. Begrenzung der Grundfläche auf 25.000 Quadratmeter

Die neue Privilegierung des § 35 Abs. 1 Nr. 9 BauGB nimmt in lit. b auch eine Einschränkung hinsichtlich der Größe der Photovoltaikanlage vor. So darf die Grundfläche der besonderen Solaranlage 25.000 qm nicht überschreiten, wobei 25.000 qm ungefähr einer Fläche von 3,5 Fußballfeldern entsprechen. Die gesetzlich gewählte Größeneinheit bezieht sich auf die Fläche, die sich ergibt, wenn man die am Rand der Agraranlage aufgestellten Photovoltaikpanels summiert. Eine bereinigte Flächenzahl, welche einzig auf die addierte Fläche der aufgebauten Photovoltaik Elemente abstellt, ist nicht gemeint.⁴⁸

3. Begrenzung der Anzahl der Anlagen

Abschließend wird in § 35 Abs. 1 Nr. 9 lit. c BauGB die Anzahl der privilegierten Anlagen auf eine Anlage pro Hofstelle oder Betriebsstandort begrenzt. Telos dieser Einschränkung ist, ein Überhandnehmen des bauleitplanungs-

⁴⁴ *Enzensperger* (Fn. 19), 1396; *Otto* (Fn. 42), 736.

⁴⁵ *Kissling* (Fn. 29), 010170; zu Freiflächenanlagen, die der Eigenversorgung von Betriebsstandorten dienen, näher: *G. Brückner/M. Hermsdorf*, Rechtsfragen der Errichtung von Freiflächen- und Floating-Photovoltaik-Anlagen zur Eigenversorgung betrieblicher Standorte, LKV 2022, 433.

⁴⁶ *S. Mitschang/O. Reidt*, in: *Battis/Krautzberger/Löhr*, BauGB (15. Aufl., 2022), § 35 Rn. 51.

⁴⁷ Vgl. *Kissling* (Fn. 29), 010170.

⁴⁸ So auch *Enzensperger* (Fn. 19), 1396.

rechtlich ungesteuerten Ausbaus von Agri-Photovoltaikanlagen (zunächst) zu unterbinden. Hat ein Betrieb mehrere Hofstellen bzw. Betriebsstandorte, dann darf er insgesamt mehr als eine Agri-Photovoltaikanlage errichten.⁴⁹ Für diese großzügigere Auslegung spricht, dass zwischen den Begriffen des „Betriebs“ als Oberbegriff und denen der „Hofstelle“⁵⁰ und des „Betriebsstandorts“⁵¹ als Untereinheiten zu differenzieren ist; ein Betrieb kann folglich mehrere Hofstellen bzw. Betriebsstandorte besitzen. Auch nach dem Sinn und Zweck der Privilegierung ist bei mehreren Betriebsstandorten, aufgrund ihrer entfernungsmäßigen Distanz zueinander, mit keiner komprimierten Überhandnahme von Agri-Photovoltaikanlagen auf einem kleinen Gebiet und einer damit einhergehenden Zerstörung des Landschaftsbilds zu rechnen.

4. Bewertung: Verbleibende Potenziale

Die Analyse des § 35 Abs. 1 Nr. 9 BauGB führt uns vor Augen, dass der Gesetzgeber mit den ergänzenden Voraussetzungen der Buchstaben a, b und c die Privilegierung von Agri-Photovoltaikanlagen spürbar eingeschränkt hat. Damit bleibt voraussichtlich ein größerer Teil des Ausbaupotenzials von Agri-Photovoltaikanlagen im Außenbereich ungenutzt.⁵² Insbesondere die Voraussetzung des räumlich-funktionalen Zusammenhangs der Anlage zu einem Betrieb trägt hierzu maßgeblich bei, weil der Besitz von Landwirtschaftsflächen räumlich nicht an einen Hof gebunden ist. Welcher Größenordnung dieser Verlust des Ausbaupotentials in Gigawatt entspricht, ist wissenschaftlich noch nicht erforscht.

IV Entgegenstehende öffentliche Belange und raumordnungsrechtliche Vorgaben

Allein die Erfüllung des Privilegierungstatbestands nach § 35 Abs. 1 Nr. 9 BauGB bietet keine Gewähr, dass sich das konkrete Agri-Photovoltaikprojekt auch verwirklichen wird. Privilegierten Vorhaben können nämlich öffentliche Belange nach § 35 Abs. 3 BauGB entgegenstehen.

A. Keine dem Vorhaben entgegenstehenden öffentlichen Belange

Bei den in § 35 Abs. 3 BauGB aufgezählten öffentlichen Belangen handelt es sich um einen nicht abschließend aufgezählten Katalog („insbesondere“).

⁴⁹ So auch *Enzensperger* (Fn. 19), 1396.

⁵⁰ Zur Definition: *W. Rieger*, in: Schrödter, BauGB (9. Aufl., 2019), § 35 Rn. 80.

⁵¹ Zur Definition: *S. Kraus*, Nochmals – Zur Privilegierung von Biogasanlagen im Außenbereich – eine Erwiderung, UPR 2008, 218, 220.

⁵² Zum Ausbaupotential von Agri-PV-Anlagen siehe oben S. 371 f.

Daneben kommen noch weitere, im Wesentlichen von der Rechtsprechung entwickelte, öffentliche Belange in Betracht, die einem privilegierten Vorhaben entgegengehalten werden können.⁵³ Im Kontext der Ansiedlung von Agri-Photovoltaikanlagen dürften insbesondere die in § 35 Abs. 3 Nr. 5 BauGB niedergeschriebenen Belange von Bedeutung sein.⁵⁴ Dies sind namentlich die Belange des Naturschutzes und der Landschaftspflege, des Bodenschutzes, des Denkmalschutzes, die natürliche Eigenart der Landschaft und ihr Erholungswert sowie das Orts- und Landschaftsbild.

1. Belange des Naturschutzes und der Landschaftspflege

Die Belange des Naturschutzes sind im Naturschutzgesetz näher ausgeformt. Eine Beeinträchtigung der Belange des Naturschutzes ist gegeben, wenn das Vorhaben gegen Regeln des Naturschutzes verstößt.⁵⁵ So können etwa die §§ 13 ff. BNatSchG missachtet sein, wenn das Vorhaben in einem nach dem Naturschutzgesetz besonders geschützten Gebiet geplant und das Projekt geeignet ist, das Gebiet erheblich zu beeinträchtigen.⁵⁶ Daneben kommen Verstöße gegen den Artenschutz gemäß §§ 37 ff. BNatSchG in Betracht, wenn Bau oder Betrieb der Anlage die Gefahr des Todes einer geschützten Art in signifikanter Weise erhöhen.⁵⁷

Da Flächen in Naturschutzgebieten bereits wegen des Verweises in § 35 Abs. 1 Nr. 9 BauGB auf § 48 Abs. 1 S. 1 Nr. 5 lit. a, b und c EEG aus dem Anwendungsbereich der Privilegierung ausgenommen sind, kommen bei den entgegenstehenden Belangen des Natur- und Landschaftsschutzes konkret nur als Landschaftsschutzgebiete (LSG) ausgewiesene Flächen gemäß § 26 BNatSchG in Betracht. Hier ist zu beachten, dass – anders als für Windkraftanlagen in § 26 Abs. 3 BNatSchG – für Solartechnik keine gesetzliche Aufhebung des Verbots in solchen Gebieten vorgesehen ist. Ein solartechnisches Vorhaben ist mithin in Landschaftsschutzgebieten (zunächst) nicht realisierbar. Etwas anderes gilt nur, wenn zugunsten des Vorhabens eine Ausnahme⁵⁸ oder Befreiung gemäß § 67 BNatSchG mit Ausgleichspflicht gemäß § 15 Abs. 2 BNatSchG erteilt werden kann. Da Agri-Photovoltaikanlagen im

⁵³ Vgl. BVerwG, Urt. v. 29.10.1969 – IV C 44.68; BVerwG, BauR 2007, 78; BVerwG, NVwZ 2021, 1075; Jäde/Dirnberger/Spieß (Fn. 40), § 35 Rn. 188; Mitschang/Reidt, in: Bat-tis/Krautzberger/Löhr (Fn. 46), § 35 Rn. 99 ff.

⁵⁴ Ausführliche Darstellung zu allen in § 35 Abs. 3 BauGB aufgezählten Belangen: Brückner/Hermsdorf (Fn. 45), 438 ff.; Enzensperger (Fn. 19), 1396 ff.

⁵⁵ Brückner/Hermsdorf (Fn. 45), 439 f.

⁵⁶ M. Gellermann, in: Landmann/Rohmer, Umweltrecht (101. EL, Juni 2023), § 13 BNatSchG Rn. 3, 5.

⁵⁷ Brückner/Hermsdorf (Fn. 45), 440.

⁵⁸ Vgl. z.B. § 61 Abs. 2 Nr. 1 LNatSchG SH.

besonderen öffentlichen Interesse liegen,⁵⁹ wie § 2 EEG verdeutlicht,⁶⁰ dürfte auch in Landschaftsschutzgebieten eine Realisierung nicht ausgeschlossen sein.

2. Natürliche Eigenart der Landschaft und ihr Erholungswert

Die natürliche Eigenart der Landschaft und ihr Erholungswert stehen einem privilegierten Vorhaben entgegen, wenn es am Standort wesensfremd erscheint.⁶¹ Bei diesem Belang geht es um den Schutz einer im Einzelfall erhaltungswürdigen Landschaft vor ästhetischen Beeinträchtigungen.⁶²

Bei Vorhaben, die landwirtschaftlichen Zwecken dienen, kann davon ausgegangen werden, dass keine Beeinträchtigung der Eigenart der bereits landwirtschaftlich geprägten Art der Landschaft vorliegt.⁶³ Eine Agri-Photovoltaikanlage, die sich in den landwirtschaftlichen Betrieb einfügt und über einer Agrarfläche angesiedelt wird, kann deshalb in der Regel auch nicht als Beeinträchtigung der natürlichen Eigenart der Landschaft angesehen werden.

3. Orts- und Landschaftsbild

Eine Beeinträchtigung des Orts- und Landschaftsbildes ist zu befürchten, wenn das Vorhaben im Hinblick auf das Orts- oder Landschaftsbild in ästhetischer Hinsicht grob unangemessen ist und auch von einem für ästhetische Eindrücke offenen Betrachter als belastend empfunden wird.⁶⁴ Ob die Schwelle zur Verunstaltung überschritten ist, hängt von den konkreten Umständen der jeweiligen Situation ab.⁶⁵

Bei privilegierten Vorhaben wird man an eine Verunstaltung besonders hohe Anforderungen stellen müssen, da die privilegierten Vorhaben nach dem Willen des Gesetzgebers gerade im Außenbereich errichtet werden sollen.⁶⁶ Es braucht also eine besonders schutzwürdige Umgebung oder einen besonders groben Eingriff in das Landschaftsbild, um den privilegierten Vorhaben die Ansiedlung zu verwehren.⁶⁷ Diese Voraussetzungen werden bei Agri-Photovoltaikanlagen in der Regel nicht vorliegen. Nur in den seltensten Fällen wird die Umgebung des Vorhabens landschaftlich so attraktiv sein, dass sie beson-

⁵⁹ Brückner/Hermsdorf (Fn. 45), 441.

⁶⁰ BT-Drs. 20/1630, 139; K. Greb/M. Boewe, in: Greb/Boewe/Sieberg, BeckOK EEG (13. Ed., Stand 1.4.2023), § 2 Rn. 2.1.

⁶¹ W. Söfker, in: Ernst/Zinkahn/Bielenberg/Krautzenberger, BauGB (150. EL, Mai 2023), § 35 Rn. 96.

⁶² Mitschang/Reidt, in: Battis/Krautzenberger/Löhr (Fn. 46), § 35 Rn. 86.

⁶³ Söfker, in: Ernst/Zinkahn/Bielenberg/Krautzenberger (Fn. 61), § 35 Rn. 97.

⁶⁴ BVerwGE 2, 172, 177; Enzensperger (Fn. 19), 1397.

⁶⁵ Brückner/Hermsdorf (Fn. 45), 439.

⁶⁶ Enzensperger (Fn. 19), 1397.

⁶⁷ Schrödter/Rieger (Fn. 50), § 35 Rn. 128.

ders schützenswert ist.⁶⁸ Jedenfalls kann die technische Neuartigkeit der Agri-Photovoltaikanlagen allein und die dadurch bedingte optische Gewöhnungsbedürftigkeit nicht geeignet sein, das Orts- oder Landschaftsbild zu beeinträchtigen.⁶⁹

4. Besonderheiten bei der Abwägung entgegenstehender Belange

Werden entgegenstehende öffentliche Belange identifiziert, hat im Rahmen des § 35 Abs. 3 BauGB eine nachvollziehende Abwägung zwischen dem Interesse an der Verwirklichung des Vorhabens und der Schwere der Beeinträchtigung der öffentlichen Belange stattzufinden.⁷⁰ In dieser Abwägung ist zunächst zu berücksichtigen, dass der Gesetzgeber mit der Privilegierung einzelner Vorhaben ihrem Realisierungsinteresse eine gesteigerte Bedeutung beigemessen hat. Es besteht quasi eine Vermutung ihrer Zulässigkeit.⁷¹ Hinzu kommt, dass erneuerbare Energien gemäß § 2 EEG eine gesteigerte Bedeutung besitzen, da ihre Verwirklichung im überwiegenden öffentlichen Interesse liegt. Erneuerbare Energien können also in die jeweils durchzuführende Schutzgüterabwägung als vorrangiger Belang eingebracht werden, wo ihnen ein besonders hohes Gewicht beigemessen werden soll.⁷² Für ein solches Einbringen des besonderen Belangs der erneuerbaren Energien braucht es keine Begründung, sondern es genügt ein Verweis auf die Gesetzesregelung.⁷³

B. Raumordnerische Vorgaben

Gemäß § 35 Abs. 3 S. 2 Hs. 1 BauGB dürfen raumbedeutsame Vorhaben den Zielen der Raumordnung nicht widersprechen. Diese Regelung gilt auch für Agri-Photovoltaikanlagen. Die überörtliche Steuerung von Freiflächenphotovoltaikanlagen erfolgte bisher überwiegend durch das EEG. Dort, wo eine finanzielle Förderung in Frage kam, wurde das Vorhaben zumeist auch örtlich geplant. Demgegenüber wurden positive raumordnerische Zuweisungen von Freiflächenphotovoltaikanlagen an einen Standort bisher nicht getroffen.⁷⁴ Vielmehr war es häufiger der Fall, dass Freiflächenphotovoltaikanlagen aufgrund gegenläufiger raumordnerischer Zielfestlegungen für bestimmte Landschaftsteile ausgeschlossen wurden (sogenannte „raumordnerische Aus-

⁶⁸ Enzensperger (Fn. 19), 1397; Brückner/Hermsdorf (Fn. 45), 439.

⁶⁹ BVerwG, Beschl. v. 18.3.2003 – 4 B 7/03 – juris Rn. 5.

⁷⁰ M. Kment, in: Jarass/Kment, BauGB (3. Aufl., 2022), § 35 Rn. 6; Kissling (Fn. 29), 010170, Mitschang/Reidt, in: Battis/Krautzberger/Löhr (Fn. 46), § 35 Rn. 6.

⁷¹ Vgl. Jarass/Kment (Fn. 70), § 35 Rn. 4; Kissling (Fn. 29), 010170, Mitschang/Reidt, in: Battis/Krautzberger/Löhr (Fn. 46), § 35 Rn. 6.

⁷² BT-Drs. 20/1630, 159; Enzensperger (Fn. 19), 1398.

⁷³ Vgl. Enzensperger (Fn. 19), 1398; so auch die Rspr.: OVG Greifswald, NVwZ 2023, 1015, 1016.

⁷⁴ Brückner/Hermsdorf (Fn. 45), 443.

schlussplanung“).⁷⁵ Dies geschah in der Regel durch die Ausweisung von entgegenstehenden Vorranggebieten, beispielsweise für die Landwirtschaft.⁷⁶

Eine raumplanerische Konzentration⁷⁷ von Agri-Photovoltaikanlagen auf bestimmte Gebiete kommt demgegenüber nicht in Betracht. § 35 Abs. 3 S. 3 BauGB ist bereits nach seinem Wortlaut nicht auf Vorhaben nach § 35 Abs. 1 Nr. 9 BauGB anwendbar.

V. Weitergehende Überlegungen

A. Interessenkonflikt durch neues Genehmigungsregime

Die Ausweitung des Katalogs privilegierter Vorhaben in § 35 Abs. 1 BauGB geht automatisch zu Lasten der Steuerungskraft der Gemeinden. Die privilegierten Vorhaben können sich nämlich ohne eine planerische Grundlage im Außenbereich ansiedeln. Dies gilt umso mehr, wenn privilegierte Vorhaben keiner Bindung an Flächenzuweisungen eines Flächennutzungsplans nach § 35 Abs. 3 S. 3 BauGB unterliegen. So ist es auch im Fall von Agri-Photovoltaikanlagen nach § 35 Abs. 1 Nr. 9 BauGB. Hinsichtlich der planungsrechtlichen Zulässigkeit dieser Anlagen verliert die Gemeinde folglich ihre bis dahin bestehende faktische „Veto-Position“, die sie mit der Entscheidung, ob sie planerisch tätig wird, hatte.⁷⁸ Demgegenüber ist jedoch zu beachten, dass eine Privilegierung von Agri-Photovoltaikanlagen zu einer Beschleunigung des Zulassungsverfahrens führt. Anderenfalls müssten die Anlagen auf den Abschluss eines Bauleitplanungsverfahrens warten, der in der Praxis schnell zwei Jahre in Anspruch nehmen kann.⁷⁹ Eine Privilegierung kann diese Zeitspanne deutlich verkürzen.

Den aufgezeigten Konflikt zwischen dem Interesse des beschleunigten Ausbaus der Agri-Photovoltaiktechnik und dem Interesse der Gemeinde an ihrer faktischen „Veto-Position“ im Rahmen ihrer kommunalen Planungshoheit hat der Gesetzgeber mit der Regelung des § 35 Abs. 1 Nr. 9 BauGB in einen angemessenen Ausgleich gebracht. Die dort beschriebenen Einschränkungen reduzieren das Konfliktpotenzial der Anlagen und zügeln zudem ihre ungeordnete Ausbreitung; auch ist die Anzahl und räumliche Ausdehnung der Anlagen mengenmäßig verengt.⁸⁰

⁷⁵ Brückner/Hermsdorf (Fn. 45), 443; Otto/Wegner (Fn. 30), 27.

⁷⁶ W. Spannowsky, Beschleunigter Ausbau der Windkraft- und Photovoltaiknutzung und deren Folgen für die Raumordnungsplanung und Bauleitplanung, ZfBR 2023, 18, 25.

⁷⁷ Gleiches gilt für Konzentrationen durch einen Flächennutzungsplan.

⁷⁸ Otto/Wegner (Fn. 30), 11.

⁷⁹ Frey/Kallina (Fn. 23), 388.

⁸⁰ Vgl. Otto/Wegner (Fn. 30), 23.

B. Auswirkungen der Novellierung auf andere Regelungsregime und Verbesserungspotential

1. Anpassungen des UVPG und EEG

Durch den Wegfall der Notwendigkeit eines Bebauungsplans entfällt zugleich die Umweltprüfung nach § 2 Abs. 4 BauGB. Die privilegierten Agri-Photovoltaikanlagen können somit unabhängig von ihren Umweltauswirkungen errichtet werden, sofern sie besonders schutzwürdige Gebiete meiden.⁸¹ Um diese Schutzlücke zu schließen, könnte man in Erwägung ziehen, die privilegierten Photovoltaikvorhaben in die Liste der umweltverträglichkeitsprüfungspflichtigen Vorhaben in Anlage 1 des UVPG aufzunehmen. Damit würden weiterhin die erheblichen Auswirkungen des Vorhabens auf die Schutzgüter des UVPG ermittelt und bewertet.⁸² Dies scheint bei kleineren – wie hier von der bisherigen Privilegierung erfassten – Vorhaben zwar noch weniger dringlich. Bei einer Fortentwicklung des Privilegierungstatbestandes auf weitere Vorhaben ist eine Anpassung des UVPG mit einem abgestuften Prüfungsumfang je nach Größe des Vorhabens aber naheliegend,⁸³ obschon es nicht dem unionsrechtlichen Trend entspricht. Bei den neuen Beschleunigungsgebieten nach Art. 15c, 16a EE-RL,⁸⁴ welche die Ansiedlung von erneuerbaren Energien beschleunigen sollen, werden nämlich die umweltrelevanten Prüfschritte auf die vorgelagerte Planungsebene gehoben, um die Projektzulassung von einer Umweltverträglichkeitsprüfung und anderen Umweltprüfungen zu entlasten.

Diese energiewirtschaftlich förderliche Entwicklung dürfte aus umweltrechtlicher Sicht kritisch zu bewerten sein, gerade wenn sie mit Vorrangregelungen wie § 2 EEG gepaart wird. Dies verhindert, dass noch eine umfassende Diskussion zu etwaigen Zweifeln im Hinblick auf den Umweltschutz stattfindet. In der Konsequenz gibt es nach dem jetzigen Regelungsregime bei privilegierten Agri-Photovoltaikanlagen keine ausreichende vorherige Umweltfolgenabschätzung mehr.⁸⁵ Neben den Bedenken hinsichtlich der Verfassungskonformität einer solchen Verabsolutierung eines öffentlichen Belangs ist auch der dafür ökologisch zu zahlende Preis zu berücksichtigen.⁸⁶ Die Auflösung dieses Zielkonflikts in einer „schwarz-weiß-Entscheidung“ zu Gunsten der er-

⁸¹ Zu den schutzwürdigen Gebieten siehe oben S. 370.

⁸² M. Frey/M. Ritter/C. Nitsch, Privilegierung von Freiflächenphotovoltaikanlagen? Gleichheitswidrige Diskriminierung gegenüber anderen erneuerbaren Energieerzeugungsarten und landwirtschaftlicher Bewirtschaftung, NVwZ 2021, 1577, 1582.

⁸³ Frey/Ritter/Nitsch (Fn. 82), 1582.

⁸⁴ Richtlinie (EU) 2023/2413 v. 18.10.2023 zur Änderung der Richtlinie (EU) 2018/2001, der Verordnung (EU) 2018/1999 und der Richtlinie 98/70/EG im Hinblick auf die Förderung von Energie aus erneuerbaren Quellen und zur Aufhebung der Richtlinie (EU) 2015/652 des Rates, Abl. L v. 31.10.2023, 1.

⁸⁵ Spannowsky (Fn. 76), 27.

⁸⁶ Spannowsky (Fn. 76), 26 f.

neuerbaren Energien und zu Lasten anderer Belange, wie beispielsweise des Naturschutzes, erscheint insbesondere auch deshalb unglücklich, weil Biodiversitäts-, Natur- und Artenschutz unmittelbar mit dem Klimaschutz zusammenhängen. Nachhaltiger Klimaschutz kann nur gemeinsam mit dem Schutz einer biodiversen Natur erreicht werden. Deshalb ist es überlegenswert, die in § 2 EEG getroffene Wertentscheidung situativ anzupassen.

2. Absehen von einer Konzentrationszonenplanung

Des Weiteren ist in der Literatur teilweise gefordert worden, die Möglichkeit einer Konzentrationszonenplanung für Agri-Photovoltaikanlagen vergleichbar zu den Windkraftanlagen in § 35 Abs. 3 S. 3 BauGB zu schaffen.⁸⁷ Ähnliches wurde ebenfalls in den Beratungen des Ausschusses für Wohnen, Stadtentwicklung, Bauwesen und Kommunen diskutiert.⁸⁸ In den geltenden Gesetzestext fand diese Forderung jedoch letztendlich – zu Recht – keinen Eingang.

Eine Konzentrationszonenplanung würde Raumplanungsbehörden und Gemeinden in die Lage versetzen, die Ansiedlung von Agri-Photovoltaikanlagen räumlich zu steuern. Für die Agri-Photovoltaikanlagen besteht dieses Bedürfnis allerdings aktuell nicht, da diese privilegierten Anlagen gemäß § 35 Abs. 1 Nr. 9 lit. a BauGB in einem räumlich-funktionalen Zusammenhang zum Betrieb errichtet werden müssen. Damit ist bereits eine räumliche Steuerung durch Gesetz erfolgt. Eine unkontrollierte Ausdehnung im Außenbereich ist folglich tatbestandlich ausgeschlossen. An die Notwendigkeit eines Gestaltungsrechts der Raumordnungsbehörden oder Gemeinden mittels der Konzentrationszonenplanung wäre somit erst mit einer zukünftigen Fortentwicklung der Privilegierung zur Errichtung von Agri-Photovoltaikanlagen auf allen Freiflächen im Außenbereich zu denken. Dabei muss ferner beachtet werden, dass die hohen und spezifischen Anforderungen der Rechtsprechung an die Ausweisung einer Konzentrationszone⁸⁹ für viele Kommunen Rechtsunsicherheiten und große Probleme in der praktischen Handhabbarkeit mit sich bringen.⁹⁰ Dies spricht in der Summe – zumindest zum aktuellen Zeitpunkt – gegen die Sachdienlichkeit einer Konzentrationszonenplanung bei Agri-Photovoltaikanlagen.

⁸⁷ Vgl. *Spannowsky* (Fn. 76), 27.

⁸⁸ Schriftliche Stellungnahme des Sachverständigen B. Kümper zum Gesetzentwurf zur Stärkung der Digitalisierung im Bauleitplanverfahren, BT-Drs 20/5663, Ausschuss-Drs. 20(24)124-E, Blatt 7.

⁸⁹ Hierzu ausführlich: *Spannowsky* (Fn. 76), 20 f.

⁹⁰ *Otto/Wegner* (Fn. 30), 25.

VI. Fazit: Aufbruch zur Bewältigung der Klimakrise

Die Bewältigung der Klimakrise zwingt zu Veränderungen auf allen Ebenen des Rechts. Auch im Verwaltungsrecht müssen viele Modifikationen gleichzeitig angegangen und dabei möglichst widerspruchsfrei aufeinander abgestimmt werden. Der Gesetzgeber hat mit der Ergänzung des § 35 Abs. 1 BauGB um seine neue Nr. 9 ein weiteres Puzzleteil für den beschleunigten Ausbau von erneuerbaren Energien geschaffen und in die bestehende Rechtslandschaft eingesetzt. Dies war naheliegend, da der Ausbau von Kapazitäten der Photovoltaik einen wichtigen Baustein in der aktuellen Energietransformation darstellt.

Mit der Ergänzung des § 35 BauGB sind allerdings nicht alle Probleme bewältigt. Der neue § 35 Abs. 1 Nr. 9 BauGB trägt nicht die Handschrift einer dauerhaften Lösung. Vielmehr präsentiert sich die Neuregelung – wie auch die vorangegangene Novellierung des § 35 Abs. 1 Nr. 8 BauGB – ihrer Konzeption nach eher als eine fragmentarische Lösung im Rahmen des Problems der Flächenbereitstellung. Sie trägt deutliche Züge einer Sofortmaßnahme im Kontext der immer noch gegenwärtigen Energie- und Klimakrise, die einer ganzen Reihe von Regelungen des deutschen Verwaltungsrechts anhaften.

Nichtsdestotrotz ist die regulatorische Umsetzung der kurzfristigen Beschleunigungsmaßnahme nachvollziehbar und angemessen ausgestaltet worden. Sie verschafft vor dem Hintergrund des drängenden Zubaus in erster Linie Zeit, um den weiteren Prozess der Flächenbereitstellung zu organisieren. Sollte die Flächeninanspruchnahme zukünftig deutlich ausgeweitet werden, dürfte es notwendig sein, über die Anpassung der Rechtsstrukturen nachzudenken, welche die Flächeninanspruchnahme (planerisch) steuern. Die existierenden Korrekturmechanismen des § 35 BauGB reichen in jedem Fall allein nicht aus, um größere Flächeninanspruchnahmen zu koordinieren; § 2 EEG hat jedenfalls der in den entgegenstehenden öffentlichen Belangen des § 35 BauGB zum Ausdruck kommenden Korrekturfunktion ihre geringe Steuerungskraft genommen.

Planung und Bau von Höchstspannungsfreileitungen: Wo kann noch beschleunigt werden?

Andreas Decker

I.	Einleitung.....	384
II.	Beschränkung der Betrachtung	385
III.	Das Planfeststellungsverfahren	387
	A. Formelle Anforderungen nach geltender Rechtslage	387
	1. Einführung und anwendbares Recht	387
	2. Problemstellungen beim Ablauf des Planfeststellungsverfahrens	387
	a) Einleitung der Öffentlichkeitsbeteiligung	387
	b) Auslegung der Antragsunterlagen	388
	3. Fehlerfolgenregime	388
	B. Beschleunigungspotenzial	390
IV.	Materielle Voraussetzungen an die Planfeststellungsfähigkeit eines Leitungsvorhabens.....	392
	A. Anforderungen nach geltendem Recht	392
	1. Planrechtfertigung.....	392
	2. Zwingende Versagungsgründe	393
	a) Immissionen	393
	b) Naturschutzrecht.....	394
	c) Erdverkabelung	402
	d) Fehlerfolge	403
	3. Abwägung	403
	a) Trassenwahl.....	404
	b) Erdrückende bzw. optisch bedrückende Wirkung	406
	c) Fehlerfolge	406
	B. Beschleunigungspotenzial	407
	1. Naturschutzrecht	407
	2. Abwägung	409
	3. Verfahrensbeschleunigung durch Legalplanung als Ausweg?	409
V.	Gerichtliche Verfahren	411
	A. Verfahrensbeschleunigung durch § 80c und § 87c VwGO?.....	411
	B. Bestehendes Instrumentarium zur Verfahrensbeschleunigung.....	412
	1. Begründungspflichten des Klägers gemäß § 6 UmwRG.....	413
	2. Strenge Handhabung des Vertretungszwanges gemäß § 67 Abs. 4 VwGO	413
	3. Anwendung der Grundsätze über die sogenannte „doppelte Rechtskraft“	414
VI.	Ausblick.....	415

I. Einleitung

Die sogenannte Energiewende¹ ist – jedenfalls in Deutschland – in vollem Gange. Ihr Ziel ist es, die Energieversorgung auf erneuerbare Energien umzustellen, vornehmlich im Stromsektor, aber auch bei Wärme und Verkehr. Im Stromsektor gilt es, die sichere Versorgung weiter zu garantieren und Strom bezahlbar zu halten. Entsprechend formuliert § 1 Abs. 1 EnWG² den Zweck des Gesetzes dahingehend, eine möglichst sichere, preisgünstige, verbraucherfreundliche, effiziente, umweltverträgliche und treibhausgasneutrale leitungsgebundene Versorgung der Allgemeinheit unter anderem mit Elektrizität, die zunehmend auf erneuerbaren Energien beruht, zu gewährleisten. Das ist ein anspruchsvolles und komplexes technisches Unterfangen. Mit der Energiewende soll sich die Stromerzeugung immer mehr von konventionellen Kraftwerken in der Mitte und im Süden Deutschlands hin zu Windkraftanlagen an Land (On-Shore) und auf See (Off-Shore) verlagern. Da aber die Verbrauchszentren überwiegend im Westen und Süden Deutschlands liegen, sich die Energieerzeugungszentren mit Windenergieanlagen aber zumeist im Norden bzw. im Osten befinden, bedarf es eines leistungsfähigen Stromübertragungsnetzes vor allem in Nord-Süd-Richtung, mithin leistungsfähige „Stromautobahnen“ im Drehstrom-Höchstspannungsbereich mit 380 kV, für die entsprechende Genehmigungen erforderlich sind.

Eine zentrale Herausforderung besteht darin, dass der Gesetzgeber für die Umsetzung der Energiewende ehrgeizige Fristen gesetzt hat (so z.B. für den Ausstieg aus der Kohleverstromung das Jahr 2038, vgl. § 2 Abs. 2 Nr. 3 des Kohleverstromungsbeendigungsgesetzes vom 8.8.2020;³ die Erzeugung von Strom in Atomkraftwerken ist bereits im April 2023 eingestellt worden) und viele der für den Stromtransport benötigten Höchstspannungsleitungen aktuell noch nicht einmal planfestgestellt sind.⁴ Planung und Bau von Höchstspannungsleitungen brauchen in der Regel aber ihre Zeit. Beispielhaft sei hier die sogenannte Ganderkesee-Leitung genannt. Das Raumordnungsverfahren für

¹ Hierbei handelt es sich um den deutschsprachigen Begriff für den Übergang von der nicht-nachhaltigen Nutzung von fossilen Energieträgern sowie der Kernenergie zu einer nachhaltigen Energieversorgung mittels erneuerbarer Energien.

² Gesetz über die Elektrizitäts- und Gasversorgung v. 7.7.2005, BGBl. I, 1970, zuletzt geändert durch Gesetz v. 22.12.2023, BGBl. 2023 I, Nr. 406.

³ BGBl. 2020 I, 1818.

⁴ Die Gesamtlänge der EnLAG- und BBPIG-Vorhaben lag zum 30.6.2023 bei etwa 14.002 km, von denen etwa 1.769 km vor dem Genehmigungsverfahren, ca. 1.418 km im Raumordnungs- oder Bundesfachplanungsverfahren, etwa 7.051 km im oder vor dem Planfeststellungsverfahren, ca. 1.178 km genehmigt und vor oder im Bau und 2.586 km fertiggestellt waren; damit sind erst circa 18,5 % der benötigten Leitungen fertiggestellt und in Betrieb; vgl. die Webseite der Bundesnetzagentur unter <https://www.netzausbau.de/Vorhaben/uebersicht/report/de.html>, zuletzt abgerufen am 14.4.2024.

diese Höchstspannungsfreileitung mit Erdkabelabschnitt wurde im November 2004 eingeleitet und im Oktober 2006 abgeschlossen; der Antrag auf Planfeststellung ist im März 2010 gestellt worden, der Planfeststellungsbeschluss erging im März 2016; das Planfeststellungsverfahren dauerte also etwa 6 Jahre. Die hiergegen erhobenen Klagen wies das Bundesverwaltungsrecht mit Urteilen vom April 2017 ab.⁵ Seit Mitte August 2023 ist die Ganderkesee-Leitung nunmehr fertiggestellt und in Betrieb. Von Planung bis zur Vollendung dauerte es somit gut 20 Jahre. Das ist deutlich zu lang, um die ambitionierten Fristen einhalten zu können.

Da sich die Bauzeit eines Höchstspannungsleitungsprojekts kaum wirklich verkürzen lässt, fragt sich, ob Zeiteinsparungen auf der Genehmigungs- oder Rechtsschutzebene erreicht werden können. Dem geht der vorliegende Beitrag nach.

II. Beschränkung der Betrachtung

Rechtlicher Ausgangspunkt für den Energieleitungsbau in Deutschland ist das Energiewirtschaftsgesetz. Nach dessen § 43 Abs. 1 Nr. 1 bedürfen die Errichtung und der Betrieb von Höchstspannungsfreileitungen, ausgenommen Bahnstromfernleitungen, mit einer Nennspannung von 110 kV oder mehr der Planfeststellung. Flankiert werden die Vorgaben in §§ 43 ff. EnWG durch Regelungen im Bundesbedarfsplangesetz (BBPlG), dem Energieleitungsausbaugesetz (EnLAG) und dem Netzausbaubeschleunigungsgesetz Übertragungsnetz (NABEG).

In jüngerer Zeit stehen vor allem die Planung und der Bau von Höchstspannungsfreileitungen auf der Grundlage der drei zuerst genannten Gesetze im Fokus, auch soweit sie mit Erdkabel-Pilotprojekten (§ 2 Abs. 1 EnLAG, § 4 BBPlG) verbunden sind. Die vom Netzausbaubeschleunigungsgesetz Übertragungsnetz erfassten Verfahren – hierunter fallen insbesondere die als Arterien des Stromtransports von Nord nach Süd so bezeichneten Gleichstrom-Erdkabel „Südlink“ und „Südostlink“ – haben bisher in der Praxis keine Rolle gespielt. Das liegt in erster Linie an der Mehrstufigkeit der Vorhabenzulassung. Auf der ersten Stufe erfolgt die gesetzliche Bedarfsplanung, an die sich auf der zweiten Stufe die Bundesfachplanung anschließt (§§ 4 ff. NABEG). Durch sie werden Trassenkorridore bestimmt (vgl. § 4 S. 1 und § 5 Abs. 1 NABEG), also Gebietsstreifen, in denen die Trasse der Stromleitung verläuft (vgl. § 3 Nr. 7 NABEG).⁶ Die Bundesfachplanung endet mit einer Entscheidung der Bundesnetzagentur (§ 12 NABEG), die nach dem Willen des Gesetzgebers „keine

⁵ Siehe etwa BVerwG, NuR 2018, 255.

⁶ Nach der Vorstellung des Gesetzgebers sind diese Trassenkorridore in der Regel zwischen 500 m und 1000 m breit; vgl. BT-Drs. 17/6073, 19.

unmittelbare Außenwirkung“ (vgl. § 15 Abs. 3 S. 1 NABEG), aber im Verhältnis zu ihr nachfolgenden Landesplanungen und Bauleitplanungen „grundsätzlich Vorrang“ (§ 15 Abs. 1 S. 2 NABEG) haben soll. Die Bundesfachplanungsentscheidung ist für das auf der nächsten Stufe folgende Planfeststellungsverfahren nach §§ 18 ff. NABEG verbindlich (§ 15 Abs. 1 S. 1 NABEG), lässt das Vorhaben als solches aber noch nicht zu (keine Gestattungswirkung) und kann nach § 15 Abs. 3 S. 2 NABEG nur im Rahmen des Rechtsbehelfsverfahrens gegen die Zulassungsentscheidung für die jeweilige Ausbaumaßnahme überprüft werden.⁷ Da insbesondere zu den genannten Gleichstrom-Erdkabeltrassen – mit Ausnahme eines kleinen Teils in Schleswig-Holstein – bisher noch keine Planfeststellungsbeschlüsse ergangen sind, mangelt es damit auch an einer entsprechenden gerichtlichen Auseinandersetzung.⁸ Verfahren nach dem Netzausbaubeschleunigungsgesetz Übertragungsnetz sollen daher hier ausgeklammert bleiben.

Die folgende Darstellung beschränkt sich damit auf Planfeststellungsverfahren für Höchstspannungsfreileitungen und geht der Frage nach, ob – auch mit Blick auf nachfolgenden Rechtsschutz – hier (bislang ungenutzte) Beschleunigungspotenziale bestehen. Die Darstellung orientiert sich an den Anforderungen des Planfeststellungsverfahrens nach §§ 43 ff. EnWG und §§ 72 ff. VwVfG, beschränkt sich aber mit Blick auf die Themenstellung auf zentrale praktische Probleme. Differenziert wird dabei zwischen den Anforderungen an das Planfeststellungsverfahren (unter III) und den materiellen Voraussetzungen an die Planfeststellungsfähigkeit eines Leitungsvorhabens (unter IV), wobei jeweils separat etwaige Beschleunigungsmöglichkeiten aufgezeigt werden sollen. Daran anschließend soll der Rechtsschutz gegen Planfeststellungsentscheidungen in den Blick genommen und auch hier – insbesondere im Lichte jüngster Änderungen der Verwaltungsgerichtsordnung – etwaige Beschleunigungspotenziale gesucht werden (unter V). Ein Ausblick (unter VI) schließt den Beitrag ab.

⁷ Das ist verfassungsrechtlich zulässig, vgl. BVerwGE 172, 57.

⁸ Nicht hingegen an einer wissenschaftlichen Erörterung: siehe etwa *M. Kment*, Bundesfachplanung von Trassenkorridoren für Höchstspannungsleitungen, NVwZ 2015, 616; *S. Schlacke*, Bundesfachplanung für Höchstspannungsleitungen, NVwZ 2015, 626; *M. Appel/A. Rietzler*, Artenschutzrecht in der Bundesfachplanung und den anschließenden Planfeststellungsverfahren, NuR 2017, 227; *R. Rubel*, Die Planung von Höchstspannungsleitungen vor Gericht – eine erste Bilanz, UPR 2018, 422; *S. Wagner*, Zum Verhältnis von Raumordnung und Bundesfachplanung beim Stromleitungsbau im Höchstspannungsbereich, DVBl. 2019, 883; *C. Sangenstedt*, Das Verhältnis von Netzausbauplanung zur räumlichen Gesamtplanung nach den Vorschriften des NABEG, EnWZ 2022, 103.

III. Das Planfeststellungsverfahren

A. Formelle Anforderungen nach geltender Rechtslage

1. Einführung und anwendbares Recht

Die Errichtung und der Betrieb sowie die Änderung von Höchstspannungsfreileitungen ist planfeststellungsbedürftig (§ 43 Abs. 1 Nr. 1 EnWG). Die Einzelheiten regeln sich nach § 43 Abs. 2 ff., §§ 44 ff. EnWG i.V.m. §§ 72–78 VwVfG (§ 43 Abs. 4 EnWG). Da für die Planfeststellung in der Regel Landesbehörden zuständig sind, sind jedoch die entsprechenden Regelungen der Länder-Verwaltungsverfahrensgesetze heranzuziehen (§ 43 Abs. 5 EnWG).⁹ Maßgeblich ist dabei die im Zeitpunkt des Erlasses des Planfeststellungsbeschlusses geltende Sach- und Rechtslage.¹⁰

Höchstspannungsfreileitungen sind in der Regel umweltverträglichkeitsprüfungspflichtig (vgl. § 6 S. 1 UVPG i.V.m. Nr. 19.1.1 der Anlage 1 Spalte 1 zum UVPG; Länge von mehr als 15 km und einer Nennspannung von mehr als 220 kV). Damit sind im Planfeststellungsverfahren – als Trägerverfahren – die entsprechenden Vorgaben der §§ 15 ff. UVPG zu beachten und umzusetzen, namentlich ist eine Umweltverträglichkeitsprüfung durchzuführen.

2. Problemstellungen beim Ablauf des Planfeststellungsverfahrens

a) Einleitung der Öffentlichkeitsbeteiligung

Die Anforderungen an die Einleitung der Beteiligung der Öffentlichkeit ergeben sich für das Planfeststellungsverfahren aus § 73 Abs. 5 VwVfG¹¹ i.V.m. (i.d.R.¹²) §§ 15 ff. UVPG. Dabei normiert § 19 Abs. 1 UVPG (früher § 9 Abs. 1a UVPG a.F.) die Informationen, die der Öffentlichkeit bei der Bekanntmachung zu Beginn des Beteiligungsverfahrens zu geben sind. Der Bekanntmachung muss dabei eine sogenannte *Anstoßfunktion* zukommen. Diese soll den Zweck der Öffentlichkeitsbeteiligung sicherstellen, durch Einbeziehung von Meinungsäußerungen und Bedenken der Öffentlichkeit zu Umweltbelangen den behördlichen Entscheidungsprozess besser und transparenter zu gestalten. Sie setzt voraus, dass die Unterlagen potentiell Betroffenen und den anerkannten Vereinigungen die Beurteilung ermöglicht, ob und in welchem

⁹ Gleichwohl wird im Folgenden aus Gründen der besseren Darstellbarkeit auf das Bundes-VwVfG abgestellt, und zwar in seiner bis zum 31.12.2023 geltenden Fassung.

¹⁰ Vgl. etwa BVerwGE 161, 263 Rn. 15 m.w.N.; BVerwG, Urt. v. 16.3.2021 – 4 A 12.19 – juris Rn. 18.

¹¹ Zu den Besonderheiten der Bekanntmachung nach dem PlanSiG siehe BVerwG, Urt. v. 31.3.2023 – 4 A 10.21 – juris Rn. 18 ff.

¹² Vgl. vorstehende Ausführungen.

Umfang ihre Belange oder ihre satzungsmäßigen Interessen von den Umweltauswirkungen betroffen werden könnten.¹³

Anders als § 9 Abs. 1a Nr. 5 UVPG a.F. verlangt § 19 Abs. 1 Nr. 5 UVPG nicht mehr die Angabe, welche Unterlagen nach § 6 UVPG a.F. vorgelegt wurden, sondern nur noch die Information, dass ein UVP-Bericht vorgelegt worden ist. Auch zum alten Recht war aber entschieden, dass die Bekanntmachung nicht den Anforderungen an die Bekanntmachung umweltbezogener Informationen nach § 3 Abs. 2 S. 2 BauGB entsprechen muss. Ihre Aufgabe ist es nicht, über den Inhalt der angelaufenen Planung selbst so detailliert Auskunft zu geben, dass die Einsichtnahme in die Planunterlagen am Ort der Auslegung entbehrlich wird.¹⁴ Das gilt für § 19 Abs. 1 Nr. 5 UVPG erst recht.

Da nach § 73 Abs. 5 S. 1 VwVfG die Gemeinden, in denen der Plan auszulegen ist, die Auslegung vorher ortsüblich bekannt zu machen haben, soll die Behörde deren Inhalt nach § 27a Abs. 1 S. 1 VwVfG zusätzlich im Internet veröffentlichen. In der öffentlichen oder ortsüblichen Bekanntmachung ist die Internetseite anzugeben (§ 27a Abs. 2 VwVfG). Wird gegen § 27a VwVfG verstoßen, ist der Fehler allerdings unbeachtlich.¹⁵

b) Auslegung der Antragsunterlagen

Gemäß § 73 Abs. 3 S. 1 VwVfG ist der Plan für die Dauer von einem Monat auszulegen. Näheres wird hier nicht geregelt. Für die umweltverträglichkeitsprüfungspflichtigen Höchstspannungsfreileitung ist indessen § 19 Abs. 2 UVPG (früher § 9 Abs. 1b UVPG a.F.) zu beachten. Die Norm legt fest, welche Unterlagen mindestens auszulegen sind. Wird dem nicht genügt, ist die Auslegung fehlerhaft und der Planfeststellungsbeschluss angreifbar.

3. Fehlerfolgenregime

Da Höchstspannungsfreileitungen in der Regel umweltverträglichkeitsprüfungspflichtig sind (vgl. oben), findet das Umweltrechtsbehelfsgesetz Anwendung (vgl. § 1 Abs. 1 S. 1 Nr. 1 UmwRG). Damit ist in Bezug auf Verfahrensfehler das Fehlerfolgenregime des § 4 Abs. 1–1b UmwRG zu beachten.

Unter den – im Umweltrechtsbehelfsgesetz nicht näher definierten – Begriff des Verfahrensfehlers werden nach herkömmlichem Rechtsverständnis nur Verstöße gegen Rechtsvorschriften gefasst, die die äußere Ordnung des Verfahrens, d.h. den Verfahrensablauf als solchen betreffen (vgl. § 9 VwVfG). Hierzu gehören etwa Regelungen über den Beginn des Verfahrens, die Beteiligung anderer Behörden und der Öffentlichkeit sowie sonstige Verfahrens-

¹³ BVerwGE 158, 1 Rn. 28; BVerwGE 173, 132 Rn. 19; BVerwG, Urt. v. 31.3.2023 – 4 A 10.21 – juris Rn. 27.

¹⁴ BVerwG, Urt. v. 14.6.2018 – 4 A 10.17 – juris Rn. 21.

¹⁵ BVerwG, UPR 2022, 98.

schritte, wie etwa die Durchführung einer Umweltverträglichkeitsprüfung oder Vorprüfung. Nicht zum äußeren Verfahrensgang in diesem Sinne gehört dagegen der durch materiell-rechtliche Vorgaben gesteuerte Prozess der Willens- und Entscheidungsbildung, der sich – namentlich im Fachplanungsrecht – regelmäßig auf der Grundlage von Fachgutachten vollzieht, oder auch die Anforderungen an die inhaltliche Ausgestaltung der Umweltverträglichkeitsprüfung, die vor allem in den §§ 16, 24 Abs. 1 und 25 Abs. 3 UVPG ihren Niederschlag finden.¹⁶ Dieses Begriffsverständnis des Verfahrensfehlers liegt erkennbar auch der Regelungsstruktur des § 4 UmwRG zugrunde, der hinsichtlich der Rechtsfolgen zwischen absoluten (Abs. 1) und relativen (Abs. 1a) Verfahrensfehlern unterscheidet. Die Differenzierung zwischen Fehlern, die den Verfahrensablauf betreffen, und solchen, die für die Willens- und Entscheidungsbildung relevant sind, gilt auch für die rechtliche Ausgestaltung der Umweltverträglichkeitsprüfung.¹⁷

Handelt es sich danach nur um einen relativen Verfahrensfehler, also um keinen absoluten im Sinne von § 4 Abs. 1 UmwRG, sind zunächst die Modifikationen durch § 4 Abs. 1b UmwRG zu beachten. Danach gelten § 45 Abs. 2 VwVfG (Fehlerheilung) und § 75 Abs. 1a VwVfG zur Planerhaltung.¹⁸ Über § 4 Abs. 1a UmwRG findet auch § 46 VwVfG Anwendung. Der relative Verfahrensfehler ist danach unbeachtlich, sofern zur Überzeugung des Gerichts ausgeschlossen werden kann, dass er die Entscheidung in der Sache beeinflusst hat. Ein Fehler ist folglich nur erheblich, wenn nach den Umständen des Einzelfalls die konkrete Möglichkeit besteht, dass die angefochtene Entscheidung ohne den Verfahrensmangel anders ausgefallen wäre; die bloß abstrakte Möglichkeit einer anderen Entscheidung genügt nicht.¹⁹ Für die Frage, ob die Ergebniskausalität eines festgestellten Verfahrensfehlers nach § 4 Abs. 1a UmwRG zur Überzeugung des Gerichts ausgeschlossen ist, kann auch die Schwere des Fehlers, gemessen am Zweck der Öffentlichkeitsbeteiligung, je nach den Umständen des Falles Bedeutung erlangen.²⁰ Tendenziell ist das Bundesverwaltungsgericht bei der Annahme einer Unbeachtlichkeit eher großzügig.

¹⁶ BVerwG, Urt. v. 7.10.2021 – 4 A 9.19 – juris Rn. 44.

¹⁷ BVerwGE 161, 17 Rn. 29 f.; BVerwG, NVwZ 2021, 1615 Rn. 18 f.; BVerwG, Beschl. v. 31.1.2019 – 4 B 9.17 – juris Rn. 23.

¹⁸ Siehe unten S. 403 und S. 406.

¹⁹ BVerwGE 154, 73 Rn. 39; BVerwGE 161, 263 Rn. 23; BVerwGE 176, 39 Rn. 16.

²⁰ BVerwG, NVwZ 2021, 254; siehe auch BVerwGE 154, 73 Rn. 43, 50.

B. Beschleunigungspotenzial

Wird nach Beschleunigungsmöglichkeiten gesucht,²¹ müssen zunächst die unionsrechtlichen Vorgaben beachtet werden, namentlich die Öffentlichkeitsbeteiligungs-Richtlinie²² und die UVP-Richtlinie;²³ hinter den dort geregelten Vorgaben darf das nationale Recht nicht zurückbleiben.

Beschleunigungseffekte lassen sich am ehesten dadurch erreichen, dass im Verfahren vorgesehene Fristen verkürzt werden.²⁴ Hier ergeben sich aus dem Unionsrecht keine speziellen Vorgaben. In den Blick zu nehmen sind danach die Stellungnahmefristen (§ 73 Abs. 3a VwVfG), die Dauer der Auslegung (§ 73 Abs. 3 VwVfG) sowie die Einwendungsfrist (§ 73 Abs. 4 S. 1 VwVfG). Beschleunigungspotenzial besteht hier indessen nicht. Die Stellungnahmefrist, die drei Monate nicht überschreiten darf, bestimmt die Planfeststellungsbehörde; sie hat es also selbst in der Hand, das Verfahren zu beschleunigen. Die beiden anderen Fristen sind mit einem Monat bzw. zwei Wochen ohnehin knapp bemessen.

Wenn man der Corona-Pandemie etwas Positives abgewinnen möchte, dann sind dies möglicherweise die Erkenntnisse aus dem Planungssicherstellungsgesetz vom 20.5.2020.²⁵ Hierdurch wurde unter anderem für Planfeststellungsverfahren nach dem Energiewirtschaftsgesetz die Beteiligung von Behörden und Öffentlichkeit „digitalisiert“. Wie Stimmen aus der Praxis zu entnehmen ist,²⁶ hat sich dieses System durchaus bewährt. Der Gesetzgeber sieht das wohl ähnlich und hat durch das Gesetz zur Stärkung der Digitalisierung im Bauleitplanverfahren und zur Änderung weiterer Vorschriften vom 3.7.2023²⁷ bereits das Bauleitplanverfahren (§ 3 Abs. 2, § 4 Abs. 2 BauGB) digital ausgestaltet. Eine Digitalisierung des Planfeststellungsverfahrens im Bereich des Energie-

²¹ In der Literatur überwiegen indessen Untersuchungen dazu, wie der Ausbau der erneuerbaren Energien beschleunigt werden kann; zum Energieleitungsausbau findet sich hingegen wenig. Ohne den Ausbau der Leitungsinfrastruktur helfen aber noch so viele Windräder nichts.

²² Richtlinie 2003/35/EG v. 26.5.2003 über die Beteiligung der Öffentlichkeit bei der Ausarbeitung bestimmter umweltbezogener Pläne und Programme und zur Änderung der Richtlinien 85/337/EWG und 96/61/EG des Rates in Bezug auf die Öffentlichkeitsbeteiligung und den Zugang zu Gerichten, ABl. 2003 L 156/17.

²³ Richtlinie 2011/92/EU v. 13.12.2011 über die Umweltverträglichkeitsprüfung bei bestimmten öffentlichen und privaten Projekten, ABl. 2012 L 26/1.

²⁴ Zur Beschleunigung mit Blick auf § 75 Abs. 1 S. 1 und § 78 VwVfG siehe etwa *M. Kment*, Änderungsbedarf im Recht der Planfeststellung, NVwZ 2023, 123.

²⁵ BGBl. 2020 I, 1041, das zuletzt durch Art. 11 des Gesetzes v. 22.3.2023, BGBl. 2023 I, Nr. 88, geändert worden ist.

²⁶ Siehe etwa *B. Dammert/G. Brückner*, Lehren aus dem PlanSiG, EnWZ 2022, 111.

²⁷ BGBl. 2023 I, Nr. 176.

wirtschaftsgesetzes wäre daher durchaus eine Option und würde sicherlich zu einer Beschleunigung der Verfahren beitragen.²⁸

Denkbar erscheint auch, in Planfeststellungsverfahren für Höchstspannungsfreileitungen auf den in § 73 Abs. 6 VwVfG vorgesehenen Erörterungstermin zu verzichten. Zumeist werden dort ohnehin nur die in den eingereichten Stellungnahmen schon dargelegten Punkte diskutiert; neue Erkenntnisse werden selten gewonnen. Letzteres gilt insbesondere bei einer Vielzahl gleichförmiger Einwendungen. Bestehen bezüglich einzelner Einwendungen seitens der Planfeststellungsbehörde Unklarheiten, genügt auch eine schriftliche Nachfrage. Zudem darf bezweifelt werden, dass dem Erörterungstermin eine akzeptanzsteigernde Wirkung in Bezug auf das gegenständliche Vorhaben zukommt.²⁹ Für besondere Fallkonstellationen, also z.B., wenn bezüglich einer größeren Anzahl von – nicht gleichförmigen – Einwendenden, noch Aufklärungsbedarf bei der Planfeststellungsbehörde gesehen wird, könnte die Möglichkeit eines fakultativen Erörterungstermins eröffnet werden. In § 43a Nr. 3 EnWG hat der Gesetzgeber zwar schon die Möglichkeit des fakultativen Verzichts auf einen Erörterungstermin nach § 73 Abs. 6 VwVfG unter bestimmten Voraussetzungen vorgesehen. Wird auf den Erörterungstermin verzichtet, löst dies jedoch entsprechende Begründungspflichten im Planfeststellungsbeschluss (Ermessen) aus; die Entscheidung ist damit in diesem Punkt angreifbar. Das vermeidet eine wie hier vorgeschlagene Lösung, die von einem grundsätzlichen Verzicht auf den Erörterungstermin ausgeht und der Planfeststellungsbehörde lediglich die Möglichkeit eröffnet, hiervon abweichend einen Erörterungstermin durchzuführen; die Entscheidung, von einem Erörterungstermin abzusehen, bedarf daher keiner gesonderten Begründung. Unionsrechtliche Bedenken bestehen gegen eine solche Lösung nicht, da nicht ersichtlich ist, dass das Unionsrecht die Durchführung eines Erörterungstermins einfordern würde.

Weiteres Beschleunigungspotenzial wird nicht gesehen. Indessen lassen sich über die Steuerung der materiell-rechtlichen Anforderungen auch Beschleunigungseffekte im Verfahren erzielen. Hierauf wird zurückzukommen sein.

Damit stellt sich abschließend die Frage nach der Umsetzung vorstehender Beschleunigungsalternativen. *Thorsten Siegel*³⁰ schlägt vor, entsprechende Regelungen in den einzelnen Absätzen des § 73 VwVfG zu verorten und bei dieser Gelegenheit weitere Modifizierungen des Planfeststellungsrechts, die bisher im Fachrecht enthalten sind, in das VwVfG aufzunehmen. Zudem wünscht

²⁸ Ähnlich *Dammert/Brückner* (Fn. 26), 116; *T. Siegel*, Digitalisierung des Verwaltungsrechts, NVwZ 2023, 193; siehe jetzt auch 5. VwVfÄndG v. 4.12.2023 (BGBl. I 2023, Nr. 344) sowie § 43a S. 2 und 3 EnWG, angefügt durch Gesetz v. 22.12.2023 (BGBl. I 2023, Nr. 405).

²⁹ A.A. *Siegel* (Fn. 28), 200.

³⁰ *Siegel* (Fn. 28), 201.

er sich eine Erweiterung der materiellen Präklusion nach § 73 Abs. 4 S. 3 und 6 VwVfG. Die Vorschläge sind *abzulehnen*. Ausgehend davon, dass Planfeststellungsverfahren nach Maßgabe des jeweiligen Landesrechts durchzuführen sind (vgl. oben) und der Bundesgesetzgeber auf die Fassung der Landes-Verwaltungsverfahrensgesetze keinen Zugriff hat, müssen entsprechende Regelungen – wie bisher auch schon – im Energiewirtschaftsgesetz verortet werden. Zudem ist unklar, ob sich die hier vorgeschlagenen, auf die Eigenheiten des Planfeststellungsverfahrens für Höchstspannungsleitungen bezogenen Vorschläge auch für andere Fachplanungen oder „normale“ Planfeststellungsverfahren eignen. Im Ergebnis müsste daher bezüglich der Digitalisierung entweder eine eigene Regelung im Energiewirtschaftsgesetz – vergleichbar zu § 3 Abs. 2 und § 4 Abs. 2 BauGB – geschaffen oder § 43a EnWG entsprechend erweitert werden,³¹ für den Entfall des Erörterungstermins genügt eine Anpassung des § 43a Nr. 3 EnWG. Der Ausweitung der Präklusionsregelungen steht für – wie hier – umweltverträglichkeitsprüfungspflichtige Vorhaben das Unionsrecht (Art. 11 UVP-Richtlinie) entgegen,³² in dessen Umsetzung § 7 Abs. 4 UmwRG erlassen worden ist.³³

IV. Materielle Voraussetzungen an die Planfeststellungsfähigkeit eines Leitungsvorhabens

A. Anforderungen nach geltendem Recht

Die Prüfung der materiellen Rechtmäßigkeit eines Planfeststellungsbeschlusses erfolgt in drei Stufen: Es bedarf der Planrechtfertigung, dem Vorhaben dürfen keine zwingenden Versagungsgründe entgegenstehen und die Entscheidung muss abwägungsfehlerfrei erfolgt sein (§ 43 Abs. 3 EnWG).³⁴

1. Planrechtfertigung

Die Planrechtfertigung ist in der Regel unproblematisch. Handelt es sich um eine Freileitung eines im EnLAG oder im BBPIG genannten Vorhabens, dann stehen gemäß § 1 Abs. 2 S. 2 EnLAG für dieses Vorhaben die energiewirtschaftliche Notwendigkeit und der vordringliche Bedarf fest. Diese Feststellungen sind nach § 1 Abs. 2 S. 4 EnLAG bzw. § 12e Abs. 4 EnWG i.V.m. § 1 Abs. 1 S. 1 BBPIG für die Planfeststellung nach § 43 EnWG verbindlich. Die

³¹ Siehe oben bei Fn. 28.

³² EuGH, NVwZ 2015, 1665.

³³ BT-Drs. 18/9526, 43.

³⁴ Siehe auch *Rubel* (Fn. 8).

gesetzliche Bedarfsfeststellung gilt auch für einen Abschnitt eines Vorhabens³⁵ und ist vom Gericht zu beachten.³⁶

2. Zwingende Versagungsgründe

Stehen dem Vorhaben zwingende Versagungsgründe entgegen, darf es nicht planfestgestellt werden. In der Praxis liegt hier oftmals der Schwerpunkt der Prüfung, namentlich dem Immissions- und dem Naturschutzrecht kommt in diesem Zusammenhang besondere Bedeutung zu.

a) Immissionen

Höchstspannungsfreileitungen verursachen Immissionen. Das sind zuvörderst elektromagnetische Strahlen, daneben aber auch Lärm in Form von sogenannten Koronageräuschen.

aa) Elektromagnetische Strahlung

Höchstspannungsfreileitungen unterliegen als sonstige ortsfeste Einrichtung nach § 3 Abs. 5 Nr. 1 BImSchG dem Bundes-Immissionsschutzgesetz, bedürfen aber nach § 4 Abs. 1 S. 3 BImSchG i.V.m. § 1 Abs. 1 der 4. BImSchV keiner immissionsschutzrechtlichen Genehmigung. Die Betreiberpflichten folgen damit aus § 22 BImSchG. Den Pflichten gemäß § 22 Abs. 1 S. 1 Nr. 1 BImSchG wird jedenfalls dann genügt, wenn der Betrieb der Leitung keine schädlichen Umwelteinwirkungen im Sinne von § 3 Abs. 1 BImSchG auf schützenswerte Einrichtungen, zumeist Wohngebäude, hervorruft. Das beurteilt sich nach den gemäß § 3 Abs. 2 S. 1 der 26. BImSchV i.V.m. mit Anhang 1a maßgeblichen Grenzwerten.³⁷ Diese sind regelmäßig eingehalten und nach der Rechtsprechung des Bundesverwaltungsgerichts (nach wie vor) verfassungsgemäß, weil bessere Erkenntnisse hierfür aktuell nicht vorliegen.³⁸ Damit ist die Problematik indessen noch nicht vollständig abgearbeitet.

Zu beachten ist zunächst das in § 4 Abs. 2 der 26. BImSchV geregelte Minimierungsgebot. Danach sind bei Errichtung und wesentlicher Änderung von Niederfrequenzanlagen sowie Gleichstromanlagen die Möglichkeiten auszuschöpfen, die von der jeweiligen Anlage ausgehenden elektrischen, magnetischen und elektromagnetischen Felder nach dem Stand der Technik unter Be-

³⁵ BVerwGE 161, 263 Rn. 39.

³⁶ BVerwG, Urt. v. 12.11.2020 – 4 A 13.18 – juris Rn. 29 m.w.N.; BVerwG, Urt. v. 16.3.2021 – 4 A 12.19 – juris Rn. 21.

³⁷ Diese liegen für die elektrische Feldstärke bei 5 kV/m und für die magnetische Flussdichte bei 100 µT.

³⁸ BVerwGE 148, 353 Rn. 51 f.; BVerwGE 154, 73 Rn. 188; BVerwG, Buchholz 451.17 § 43 EnWG Nr. 10 Rn. 87; BVerwG, Urt. v. 12.11.2020 – 4 A 13.18 – juris Rn. 44; BVerwG, Urt. v. 16.3.2021 – 4 A 12.19 – juris Rn. 43.

rücksichtigung von Gegebenheiten im Einwirkungsbereich zu minimieren. Die Norm fordert nicht die Ausschöpfung des technisch-wissenschaftlich möglichen Minimierungspotentials, sondern eine risikoproportionale Emissionsbegrenzung im Rahmen des Standes der Technik und damit dem vernünftigen Optimum. Die Vorschrift dient der Vorsorge gegen schädliche Umwelteinwirkungen und steht im Rang unterhalb der formellen Bundesgesetze. Von daher begründet sie keinen zwingenden Vorrang einer Minimierung elektromagnetischer Felder, wenn diese in Konflikt zu anderen Zielen mit Gesetzesrang gerät. § 4 Abs. 2 S. 1 der 26. BImSchV erweist sich vielmehr – insoweit vergleichbar dem § 50 S. 1 BImSchG – nicht als konkurrenzlos, sondern kann in einer Bewertung der konkreten Einzelfallumstände hinter anderen Belangen zurücktreten.³⁹

Schließlich gilt es zu berücksichtigen, dass bei der Planfeststellung einer Höchstspannungsfreileitung zu den weiteren erheblichen Belangen in der Abwägung das Interesse an jeglicher Verschonung vor elektromagnetischen Feldern gehört, auch wenn diese die Grenzwerte unterschreiten.⁴⁰ Dieser Belang ist umso gewichtiger, je näher die Belastung an die Grenzwerte heranreicht, sein Gewicht ist umso geringer, je weiter sie hinter dieser Schwelle zurückbleibt.⁴¹ Angesichts des § 4 Abs. 2 S. 1 der 26. BImSchV bedarf es einer solchen Abwägung aber nur, soweit Maßnahmen in Rede stehen, die diese Vorschrift nicht erfasst. Dies sind namentlich alternative Trassenverläufe.⁴² Der Schutz vor elektromagnetischer Strahlung spielt folglich auch auf der Abwägungsebene eine Rolle.

bb) Lärm

Kommen Höchstspannungsfreileitung mit Feuchtigkeit, also Regen, Schnee etc., in Berührung, entstehen sogenannte Koronageräusche. Ob diese zumutbar sind, beurteilt sich nach der TA Lärm,⁴³ die auch für das gerichtliche Verfahren Bindungswirkung entfaltet.⁴⁴ Sind danach die maßgeblichen Grenzwerte eingehalten, sind die Immissionen hinzunehmen.

b) Naturschutzrecht

Bei Verfahren auf Zulassung von Höchstspannungsfreileitungen sowie im anschließenden gerichtlichen Verfahren steht zumeist die Vereinbarkeit der Lei-

³⁹ BVerwGE 125, 116 Rn. 164; BVerwGE 143, 24 Rn. 29; BVerwGE 161, 263 Rn. 49.

⁴⁰ BVerwG, NVwZ 2010, 1486 Rn. 35; BVerwG, NuR 2013, 800 Rn. 59.

⁴¹ BVerwGE 148, 353 Rn. 39.

⁴² BVerwGE 161, 263 Rn. 52.

⁴³ Zu deren Anwendbarkeit auf Höchstspannungsfreileitungen siehe BVerwGE 148, 353 Rn. 53.

⁴⁴ Vgl. etwa R. Rubel, Die Planung von Höchstspannungsleitungen – entschiedene und (noch) offene Streitfragen, JM 2018, 329, 331 m.w.N.

tung und ihres Verlaufs mit den naturschutzrechtlichen Anforderungen im Fokus. Besondere Probleme bestehen hier mit Blick auf die Avifauna. Befürchtet wird der Verlust von bestimmten Vogelarten, deren Nahrungsflächen infolge von Habitatveränderungen oder einer Barrierewirkung der Leitung. Angesprochen sind damit die §§ 31 ff. (Netz Natura 2000) und die §§ 44 ff. BNatSchG (Artenschutz). Das kann im Einzelfall sehr kleinteilig werden, vor allem wenn es um ganz bestimmte Vogelarten geht, weil das Bundesverwaltungsgericht im Urteil „Uckermarkleitung I“⁴⁵ entscheiden hat, dass keine übergreifende, sondern eine arttypische Betrachtung (hier von Vögeln) zu erfolgen hat. Schwierig ist dabei auch, dass es in diesem Bereich weitestgehend an Fachkonventionen sowie wissenschaftlich gesicherten Erkenntnissen über das Verhalten von Vögeln in Bezug auf Höchstspannungsfreileitungen fehlt und deshalb im Planfeststellungsverfahren oftmals neue Methoden zur Abschätzung von Gefährdungen entwickelt werden müssen, die vom Bundesverwaltungsgericht auf ihre Belastbarkeit zu überprüfen sind.⁴⁶

Entsprechend den Schwerpunkten in der Rechtsprechung des bis zum 31.10.2023 für das Energieleitungsrecht zuständigen Senats beim Bundesverwaltungsgericht soll die nachfolgende Darstellung auf Probleme des Vogelschutzes begrenzt werden.

aa) Europarechtlicher Hintergrund

Im Unionsrecht geben die Richtlinie 2009/147/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 30.11.2009 über die Erhaltung der wildlebenden Vogelarten⁴⁷ (Vogelschutzrichtlinie – V-RL) und die Richtlinie 92/43/EWG des Rates vom 21.5.1992 zur Erhaltung der natürlichen Lebensräume sowie der wildlebenden Tiere und Pflanzen⁴⁸ (Fauna-Flora-Habitat-Richtlinie – FFH-RL) den Rahmen für den Schutz der Tier- und Pflanzenwelt vor. Es sind dies zum einen ein „objektbezogener“ Artenschutz, zum anderen ein flächenbezogener Gebietsschutz.⁴⁹ Beide Richtlinien zeichnen sich durch ein verhältnismäßig strenges Verbotssystem aus, das mit einem nachgeschalteten Ausnahmesystem kombiniert wird.

Der deutsche Gesetzgeber hat – dem Auftrag des Art. 288 Abs. 3 AEUV Rechnung tragend – die aus vorgenannten Richtlinien folgenden Vorgaben in nationales Recht umgesetzt. Er hat dabei die Trennung von Gebiets- und Artenschutz in §§ 31 ff. BNatSchG und §§ 37 ff. BNatSchG übernommen und in §§ 44 f. BNatSchG einen besonderen Artenschutz normiert, der die Verbote

⁴⁵ BVerwGE 154, 73.

⁴⁶ Siehe nur BVerwGE 176, 39 „Uckermarkleitung II“.

⁴⁷ ABl. 2010 L 20/7.

⁴⁸ ABl. 1992 L 206/7.

⁴⁹ J. Berkemann, Schutzstatus im europäischen Artenschutz – EuGH ist standhaft, DVBl. 2021, 1045.

des Art. 12 FFH-RL und des Art. 5 V-RL mit den Ausnahmen in Art. 16 FFH-RL bzw. in Art. 9 V-RL in nationales Recht überträgt.⁵⁰ Das bringt es mit sich, dass bei Fragen des Gebiets- und Artenschutzes auch immer das Richtlinienrecht und die Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofes hierzu im Blick behalten werden müssen; bei Zweifelsfragen besteht eine Vorlagepflicht gemäß Art. 267 AEUV.

bb) Prüfung der Gebietsverträglichkeit (§ 34 BNatSchG)

Nach § 34 Abs. 1 S. 1 BNatSchG sind Projekte vor ihrer Zulassung oder Durchführung auf ihre Verträglichkeit mit den Erhaltungszielen eines Natura 2000-Gebiets, also eines Gebiets von gemeinschaftlicher Bedeutung oder eines Europäischen Vogelschutzgebietes⁵¹ (§ 7 Nr. 8 BNatSchG), zu überprüfen, wenn sie einzeln oder im Zusammenwirken mit anderen Projekten oder Plänen geeignet sind, das Gebiet erheblich zu beeinträchtigen, und nicht unmittelbar der Verwaltung des Gebiets dienen.

Die Anforderungen an die Zulässigkeit eines Vorhabens, das sich auf ein dem Schutz der Vogelschutzrichtlinie unterfallendes Gebiet auswirken kann, hängen davon ab, ob das Schutzgebiet gemäß § 32 Abs. 2 BNatSchG zu geschützten Teilen von Natur und Landschaft im Sinne des § 20 Abs. 2 BNatSchG erklärt worden ist.⁵² Das kann es – jedenfalls im gerichtlichen Verfahren⁵³ – erforderlich machen, zunächst die Wirksamkeit der Schutzgebietsfestsetzung zu prüfen. Ist die Festsetzung unwirksam, führt dies bei einem – dann vorliegenden – faktischen Vogelschutzgebiet dazu, dass es bei dem strengerem Schutzregime der Vogelschutzrichtlinie verbleibt, der zufolge nur überragende Gemeinwohlbelange wie der Schutz des Lebens und der Gesundheit von Menschen oder der Schutz der öffentlichen Sicherheit die Verbote des Art. 4 Abs. 4 V-RL überwinden können.⁵⁴ Ist die Schutzgebietserklärung dagegen wirksam, geht das Gebiet nach Art. 7 FFH-RL in das Schutzregime der FFH-Richtlinie über. Auf ausgewiesene Vogelschutzgebiete ist deshalb das System habitatschutzrechtlicher Prüf- und Verfahrensschritte anzuwenden, das der Bundesgesetzgeber in Umsetzung der unionsrechtlichen Vorgaben des Art. 6 Abs. 2 bis 4 FFH-RL in § 34 BNatSchG normiert hat.⁵⁵

⁵⁰ Berkemann (Fn. 49).

⁵¹ BVerwGE 158, 1 Rn. 215.

⁵² Zu beachten ist, dass der Bundesgesetzgeber in § 32 Abs. 2 BNatSchG keine eigenständige bundesrechtliche Schutzgebietskategorie „Natura 2000-Gebiet“ geschaffen, sondern auf die Schutzgebietskategorien in § 20 Abs. 2 BNatSchG verwiesen hat; vgl. BVerwG, Beschl. v. 20.12.2023 – 10 BN 3/23 – juris Rn. 7.

⁵³ Siehe zur fehlenden Normverwerfungskompetenz von Behörden etwa A. Decker, in: Wolff/Decker, VwGO/VwVfG (4. Aufl., 2021), § 73 VwGO Rn. 37 m.w.N.

⁵⁴ BVerwGE 120, 276, 289.

⁵⁵ BVerwGE 130, 299 Rn. 67; BVerwGE 146, 176 Rn. 10; BVerwGE 152, 10 Rn. 14 f.; dazu, dass der Ausweisung eines Schutzgebiets eine widerlegliche Vermutung des Inhalts

Ob die Voraussetzungen des § 34 Abs. 1 BNatSchG vorliegen, ist im Rahmen einer *Vorprüfung* festzustellen. Vorprüfung und Verträglichkeitsprüfung sind naturschutzrechtlich obligatorische Verfahrensschritte.⁵⁶ Eine Gefahr, welche eine Verträglichkeitsprüfung erforderlich macht, liegt vor, wenn anhand objektiver Umstände nicht ausgeschlossen werden kann, dass der Plan oder das Projekt – hier also die Höchstspannungsfreileitung – das fragliche Gebiet erheblich beeinträchtigt.⁵⁷ Die FFH-Vorprüfung beschränkt sich auf die Frage, ob nach Lage der Dinge ernsthaft die Besorgnis nachteiliger Auswirkungen besteht. § 34 Abs. 1 S. 1 BNatSchG verlangt keine formalisierte Durchführung der Vorprüfung, sondern regelt die Voraussetzungen, unter denen eine Verträglichkeitsprüfung geboten ist. Ist das nicht der Fall, weil eine Beeinträchtigung der Erhaltungsziele des Gebiets ohne vertiefte Prüfung ausgeschlossen werden kann, ist der Verzicht auf eine Verträglichkeitsprüfung nicht rechtsfehlerhaft.⁵⁸

Kann dagegen aufgrund der Vorprüfung nach § 34 Abs. 1 S. 1 BNatSchG nicht ausgeschlossen werden, dass ein Projekt ein Gebiet erheblich beeinträchtigt, dann darf das Projekt grundsätzlich nur zugelassen werden, wenn die *Verträglichkeitsprüfung* ergibt, dass es nicht zu erheblichen Beeinträchtigungen des Gebietes in seinen für die Erhaltungsziele oder den Schutzzweck maßgeblichen Bestandteilen führen kann. Das gilt auch für Vogelschutzgebiete.⁵⁹ Ein Vorhaben kann ein Gebiet auch dann erheblich beeinträchtigen, wenn es außerhalb der Gebietsgrenzen errichtet wird; dies gilt etwa, wenn Flugrouten zu Nahrungshabitaten oder Wanderkorridore (Barrierewirkung) gestört werden.⁶⁰

Nach § 34 Abs. 1 S. 2 BNatSchG ergeben sich die Erhaltungsziele, die Maßstab der Verträglichkeitsprüfung sind, im Falle einer Unterschutzstellung in erster Linie aus der Schutzgebietserklärung (§ 32 Abs. 2 und 3 BNatSchG). Fehlt eine Unterschutzstellung, sind die Erhaltungsziele sowie die konkret zu schützenden Lebensraumtypen und Arten dem sogenannten Standard-Datenbogen als dem von der EU-Kommission ausgearbeiteten Meldeformular⁶¹ zu entnehmen. Der Standard-Datenbogen ist insbesondere bei älteren Unterschutzstellungen zur Ermittlung der Erhaltungsziele heranzuziehen und wegen

zukommt, dass ein faktisches Vogelschutzgebiet außerhalb des gemeldeten Vogelschutzgebiets nicht existiert, siehe BVerwGE 149, 229 Rn. 25; BVerwG, NVwZ 2022, 485 Rn. 27.

⁵⁶ BVerwGE 146, 176 Rn. 10.

⁵⁷ EuGH, Rs. C.127/02, *Waddenvereniging*, ECLI:EU:C:2004:482, Rn. 44; EuGH, Rs. C.411/19, *WWF Italia Onlus u.a.*, ECLI:EU:C:2020:580, Rn. 34.

⁵⁸ BVerwG, Urt. v. 3.11.2020 – 9 A 12.19 – juris Rn. 419 m.w.N.

⁵⁹ BVerwGE 158, 1 Rn. 215.

⁶⁰ BVerwGE 136, 291 Rn. 33; BVerwGE 154, 73 Rn. 132; BVerwG, Buchholz 451.91 Europ. UmweltR Nr. 72 Rn. 37; BVerwGE 170, 33 Rn. 399; BVerwGE 176, 39 Rn. 23 „Uckermarkleitung II“.

⁶¹ Art. 1 des Durchführungsbeschlusses der Kommission v. 11.7.2011 über den Datenbogen für die Übermittlung von Informationen zu Natura 2000-Gebieten, ABl. 2011 L 198/39.

der Dynamik der natürlichen Entwicklung im Gebiet auch für Aktualisierungen der Schutzzwecke zu beachten.⁶² Der Mitgliedstaat ist aber nicht verpflichtet, alle im Standarddatenbogen aufgeführten Vogelarten in die Festlegung der Erhaltungsziele für das entsprechende Gebiet einzubeziehen. Vielmehr kann er sich auf solche beschränken, deren Schutz die Ausweisung des Gebietes letztlich gerechtfertigt hat. Dabei kann es sich mit Blick auf Art. 4 Abs. 1 V-RL nur um die für das Gebiet charakteristischen Vogelarten handeln⁶³ (und nur bezüglich dieser Vögel ist dann die Verträglichkeitsprüfung durchzuführen).

Die Verträglichkeitsprüfung nach § 34 Abs. 2 BNatSchG⁶⁴ ist nicht auf ein – wissenschaftlich nicht nachweisbares – „Nullrisiko“ auszurichten.⁶⁵ Ein Projekt ist vielmehr dann zulässig, wenn nach Abschluss der Verträglichkeitsprüfung unter Berücksichtigung der besten einschlägigen wissenschaftlichen Erkenntnisse, also nach Ausschöpfung aller wissenschaftlichen Mittel und Quellen kein vernünftiger Zweifel verbleibt, dass erhebliche Beeinträchtigungen vermieden werden. Die Prüfung darf nicht lückenhaft sein und muss vollständige, präzise und endgültige Feststellungen enthalten. Soweit sich Unsicherheiten über Wirkungszusammenhänge auch bei Ausschöpfung der einschlägigen Erkenntnismittel nicht ausräumen lassen, ist es zulässig, mit Prognosewahrscheinlichkeiten und Schätzungen zu arbeiten, die kenntlich gemacht und begründet werden müssen.⁶⁶

Im Zusammenhang mit Höchstspannungsfreileitungen stellt sich immer wieder die Frage nach der Ermittlung des Vogelschlagrisikos, also der Gefahr der Verunfallung von Vögeln an dem Freileitungsbauwerk. Kritisch sind dabei nicht die zum Teil sehr hohen Masten, sondern die Leiterseilbündel und vor allem das sogenannte Erd(ungs)seil, das an der Spitze der Masten geführt wird. Für die Beurteilung des Vogelschlagrisikos bestehen indessen keine normativen Vorgaben, Fachkonventionen oder andere vorgegebene Standards. Damit ist die naturschutzrechtliche Prüfung auf außerrechtliche, insbesondere ökologische Bewertungen einschließlich technischer und naturwissenschaftlicher Prognosen angewiesen, für die weder normkonkretisierende Maßstäbe noch in den einschlägigen Fachkreisen und der einschlägigen Wissenschaft allgemein anerkannte Maßstäbe und Methoden bestehen. Ein weites Feld für Streitigkeiten.

Das hat auch Auswirkungen auf die gerichtliche Kontrolle. Diese ist auf die Prüfung beschränkt, ob die Einschätzungen der Planfeststellungsbehörde im

⁶² BVerwG, Urt. v. 31.3.2023 – 4 A 11.21 – juris Rn. 65.

⁶³ BVerwG, NuR 2018, 255 Rn. 29 m.w.N.

⁶⁴ Siehe hierzu auch *W. Kalz*, Das Maß der Beeinträchtigungen nach § 34 Abs. 2 BNatSchG beim Ersatzneubau von Höchstspannungsleitungen – bloße Detailbetrachtung?, UPR 2020, 453.

⁶⁵ BVerwGE 170, 33 Rn. 364; BVerwGE 176, 39 Rn. 33 „Uckermarkleitung II“; aus BVerwGE 154, 73 Rn. 83 a.E., folgt nichts Anderes.

⁶⁶ Siehe z.B. BVerwGE 170, 33 Rn. 364 m.w.N.

konkreten Einzelfall naturschutzfachlich vertretbar sind, sie insbesondere nicht auf einem unzulänglichen oder gar ungeeigneten Bewertungsverfahren beruhen, und ob die Behörde zu einer plausiblen Einschätzung gelangt ist. Der verwaltungsgerichtlichen Kontrolle obliegt darüber hinaus die Prüfung, ob der Behörde bei der Ermittlung und Anwendung der von ihr gewählten – vertretbaren – Methode Verfahrensfehler unterlaufen sind, sie von einem unrichtigen oder nicht hinreichend tiefgehend aufgeklärten Sachverhalt ausgegangen ist, allgemeingültige Bewertungsmaßstäbe verletzt oder sich von sachfremden Erwägungen hat leiten lassen.⁶⁷ Gestritten wird zumeist darüber, ob die Planfeststellungsbehörde das Risiko eines Leitungsanfluges für bestimmte Vogelarten zutreffend eingeschätzt hat.⁶⁸

Im Rahmen der Verträglichkeitsprüfung des Projekts dürfen die vom Vorhabenträger geplanten oder von der Planfeststellungsbehörde angeordneten Schutz- und Kompensationsmaßnahmen berücksichtigt werden, sofern sie sicherstellen, dass erhebliche Beeinträchtigungen verhindert werden.⁶⁹ In der Rechtsprechung des Bundesverwaltungsgerichts ist das z.B. für Markierungen des Erd(ungs)seils anerkannt.⁷⁰

Sind danach erhebliche Beeinträchtigungen zu besorgen, ist das Projekt gemäß § 34 Abs. 2 BNatSchG vorbehaltlich einer Abweichungsentscheidung nach § 34 Abs. 3 bis 5 BNatSchG unzulässig.⁷¹ In der Praxis am wichtigsten ist dabei der Abweichenstatbestand des § 34 Abs. 3 BNatSchG. Diese Regelung knüpft an Art. 6 Abs. 4 FFH-RL an, der bei der Auslegung zu beachten ist. Interessant ist in diesem Zusammenhang die Frage, ob mit Blick auf § 34 Abs. 3 Nr. 2 BNatSchG nicht eine vollständige oder teilweise Erdverkabelung eine zumutbare Alternative darstellt, auf die sich der Vorhabenträger verweisen lassen muss. Das Bundesverwaltungsgericht hat das verneint. Ausgehend vom Wortlaut des § 34 Abs. 3 Nr. 2 BNatSchG und Art. 6 Abs. 4 FFH-RL gelangt es mit Blick auf den für Erdkabelprojekte abschließenden Charakter des § 2 Abs. 1 EnLAG zu dem Ergebnis, dass eine vollständige oder teilweise Errichtung einer Leitung (hier der sogenannten Uckermarkleitung) als Erdkabel keine Alternative im Sinne des § 34 Abs. 3 Nr. 2 BNatSchG ist, weil es sich

⁶⁷ BVerfGE 149, 407 Rn. 17 ff.; BVerwGE 131, 274 Rn. 54 ff.; BVerwGE 134, 308 Rn. 37; BVerwGE 155, 91 Rn. 128; BVerwGE 176, 39 Rn. 31 „Uckermarkleitung II“; siehe auch *J. Hoffmann*, Der Zugang von Wissen zu Recht: Zur gerichtlichen Anerkennung fachwissenschaftlicher Erkenntnisse im Umweltrecht, DöV 2021, 970.

⁶⁸ Im Verfahren „Uckermarkleitung II“ hatte die Planfeststellungsbehörde, gestützt auf entsprechende fachgutachtliche Stellungnahmen und Veröffentlichungen, ein entsprechendes Prüfungsschema entwickelt, das vom Bundesverwaltungsgericht nicht beanstandet worden ist; zu Einzelheiten siehe *A. Decker*, Höchstspannungsfreileitungen versus Natura 2000-Gebiet, JM 2023, 167.

⁶⁹ BVerwGE 170, 33 Rn. 364.

⁷⁰ BVerwG, NuR 2018, 255 Rn. 50.

⁷¹ BVerwG, NuR 2018, 255 Rn. 24 m.w.N.

hierbei um kein Pilotvorhaben handelt. Verfassungsrechtliche Bedenken oder solche in Bezug auf das Unionsrecht hat das Bundesverwaltungsgericht nicht angemeldet.⁷²

cc) Artenschutz

Bei Höchstspannungsfreileitungen können auch die Tatbestände des § 44 Abs. 1 BNatSchG eine Rolle spielen, namentlich im Hinblick auf ein etwaiges Vogelschlagrisiko. Wie bereits ausgeführt, haben auch diese Normen einen europarechtlichen Hintergrund.⁷³

Nach der ständigen Rechtsprechung des Bundesverwaltungsgerichts setzt die Prüfung, ob einem Planvorhaben artenschutzrechtliche Verbote nach § 44 BNatSchG entgegenstehen, eine ausreichende Ermittlung und Bestandsaufnahme der im Trassenbereich vorhandenen Tierarten und ihrer Lebensräume voraus.⁷⁴ Die Behörde ist indessen nicht verpflichtet, ein lückenloses Arteninventar aufzustellen. Erforderlich, aber auch ausreichend ist – auch nach den Vorgaben des Unionsrechts – eine am Maßstab *praktischer Vernunft* ausgerichtete Prüfung.⁷⁵ Die in diesem Rahmen getroffenen, auf fachgutachtliche Stellungnahmen gestützten Annahmen der Planfeststellungsbehörde unterliegen gerichtlicher Prüfung dahin, ob sie im Einzelfall naturschutzfachlich vertretbar sind und nicht auf einem unzulänglichen oder gar ungeeigneten Bewertungsverfahren beruhen.⁷⁶

Das *Tötungsverbot* in § 44 Abs. 1 Nr. 1 BNatSchG ist zwar vom Grundsatz her individuenbezogen, verbietet also die Tötung einzelner Exemplare einer Art.⁷⁷ Das Bundesverwaltungsgericht hat indessen mit der sogenannten Signifikanzrechtsprechung die Betrachtung für Verhältnismäßigkeitserwägungen und damit auch für den wertenden Blick auf „überindividuelle“ und damit artbezogene Aspekte geöffnet.⁷⁸ Hieran anknüpfend hat der Gesetzgeber in § 44 Abs. 5 S. 2 Nr. 1 BNatSchG das Kriterium der Signifikanz aufgenommen, welches mit einer wertenden Betrachtung auszufüllen ist, um letztlich naturschutzfachlich relevante Mortalitätsrisiken von weniger bedeutsamen bzw. naturschutzfachlich und planerisch vernachlässigbaren Individuenverlusten zu unterscheiden.⁷⁹ Es trägt dem Umstand Rechnung, dass für Tiere bereits vorha-

⁷² BVerwGE 176, 39 Rn. 31 „Uckermarkleitung II“.

⁷³ Zu den Unterschieden zwischen Habitat- und Artenschutzrecht siehe etwa *Appel/Rietzler* (Fn. 8), 229.

⁷⁴ BVerwGE 131, 274 Rn. 54.

⁷⁵ BVerwGE 131, 274 Rn. 54 ff. m.w.N.

⁷⁶ BVerwGE 158, 1 Rn. 464 „Elbvertiefung“.

⁷⁷ Art. 12 Abs. 1 lit. a FFH-RL; BVerwGE 133, 239 Rn. 58, 67.

⁷⁸ BVerwGE 131, 274 Rn. 90 f.; BVerwGE 163, 380 Rn. 100 f.

⁷⁹ *D. Bernotat*, Naturschutzfachliche Bewertung eingriffsbedingter Individuenverluste – Hinweise zur Operationalisierung des Signifikanzansatzes im Rahmen des artenschutzrechtlichen Tötungsverbots, ZUR 2018, 594, 596.

benunabhängig ein allgemeines Tötungsrisiko besteht, welches sich nicht nur aus dem allgemeinen Naturgeschehen ergibt, sondern auch dann sozialadäquat und deshalb hinzunehmen ist, wenn es zwar vom Menschen verursacht ist, aber nur einzelne Individuen betrifft. Es ist nicht außer Acht zu lassen, dass Bauvorhaben wie etwa auch Stromleitungen zur Ausstattung des natürlichen Lebensraums der Tiere gehören und daher besondere Umstände hinzutreten müssen, damit von einer signifikanten Gefährdung durch neue hinzukommende Bauvorhaben gesprochen werden kann. Ein Nullrisiko ist daher nicht zu fordern. Nur innerhalb dieses Rahmens greift nach Auffassung aller Planungssekte des Bundesverwaltungsgerichts der Schutz des § 44 Abs. 1 Nr. 1 BNatSchG. Umstände, die für die Beurteilung der Signifikanz eine Rolle spielen, sind insbesondere artspezifische Verhaltensweisen, häufige Frequentierung des durchschnittlichen Raums und die Wirksamkeit vorgesehener Schutzmaßnahmen, darüber hinaus gegebenenfalls auch weitere Kriterien im Zusammenhang mit der Biologie der Art.⁸⁰ Die im Rahmen des Gebietsschutzes entwickelten Prüfungsschemata können dabei auch hier Anwendung finden. Ob das Signifikanzkriterium allerdings in jeder Hinsicht mit Art. 12 FFH-RL oder mit der Exklusivität der Ausnahmeregelung des Art. 16 FFH-RL vereinbar ist, wird durchaus kritisch gesehen.⁸¹

Der Tatbestand des *Störungsverbots* ist nach der Definition des § 44 Abs. 1 Nr. 2 Halbs. 2 BNatSchG nur erfüllt, wenn sich durch die Störung der Erhaltungszustand der lokalen Population einer Art verschlechtert.⁸² Er kann vor allem durch bau- und betriebsbedingte Beeinträchtigungen der geschützten Tierarten in Gestalt von akustischen und optischen Störwirkungen,⁸³ aber auch durch Trennwirkungen verwirklicht werden, die von der vorgesehenen Trasse ausgehen.⁸⁴ Dabei enthält das Störungsverbot des § 44 Abs. 1 Nr. 2 BNatSchG bereits im Wortlaut einen populationsbezogenen Ansatz. Die populationsbezogene Bestimmung der Erheblichkeitsschwelle steht mit Art. 12 Abs. 1 lit. b FFH-RL und Art. 5 lit. d V-RL im Einklang, die beide einen art- bzw. populationsbezogenen Schutzansatz verfolgen.⁸⁵

Nach § 44 Abs. 1 Nr. 3 BNatSchG ist es verboten, *Fortpflanzungs-* oder *Ruhestätten* der wild lebenden Tiere der besonders geschützten Arten aus der Natur zu entnehmen, zu beschädigen oder zu zerstören. Der Begriff der „Fort-

⁸⁰ BVerwG, Buchholz 451.91 Europ. UmweltR Nr. 68 Rn. 84; BVerwG, NuR 2018, 255 Rn. 73 ff.; BVerwGE 163, 380 Nr. 98; BVerwG, Beschl. v. 7.1.2020 – 4 B 20.19 – juris Rn. 5; BVerwG, Urt. v. 31.3.2023 – 4 A 10.21 – juris Rn. 124.

⁸¹ Vgl. Berkemann (Fn. 49), 1050.

⁸² BVerwGE 130, 299 Rn. 258; BVerwGE 146, 145 Rn. 118; BVerwG, Buchholz 406.403 § 34 BNatSchG 2010 Nr. 8 Rn. 62.

⁸³ BVerwGE 131, 274 Rn. 104 f.; BVerwG, Buchholz 407.4 § 17 FStrG Nr. 208 Rn. 49.

⁸⁴ BVerwGE 131, 274 Rn. 105; BVerwGE 136, 291 Rn. 114.

⁸⁵ BVerwGE 126, 166 Rn. 44; BVerwGE 130, 299 Rn. 237; BVerwGE 131, 274 Rn. 104.

pflanzungsstätte“ ist eng auszulegen.⁸⁶ In zeitlicher Hinsicht betrifft die Verbotsnorm primär die Phase aktueller Nutzung der Lebensstätte. Unter Berücksichtigung des verfolgten Zwecks der Regelung, die Funktion der Lebensstätte für die geschützte Art zu sichern, ist dieser Schutz aber auszudehnen auf Abwesenheitszeiten der sie nutzenden Tiere einer Art, sofern nach deren Lebensgewohnheiten eine regelmäßig wiederkehrende Nutzung zu erwarten ist.⁸⁷ Insofern können sich Probleme beim Bau von Höchstspannungsfreileitungen ergeben, als hierfür etwa Bäume gefällt oder Zuwegungen geschaffen werden müssen, und hierdurch Fortpflanzungsstätten verloren gehen. In solchen Fällen bietet es sich an, durch Anbringen künstlicher Quartiere den Verlust der Fortpflanzungsstätten auszugleichen. Die Wirksamkeit solcher vorgezogenen Ausgleichsmaßnahmen ist dabei artbezogen zu bewerten.⁸⁸

c) Erdverkabelung

Wird eine 380-kV-Höchstspannungsfreileitung geplant, wird oftmals der Ruf nach einer Erdverkabelung⁸⁹ laut, insbesondere wenn die Leitung siedlungsnah verlaufen soll. Problematisch ist dabei, dass bei Wechselstrom – anders als bei Drehstrom – 380-kV-Erdleitungen noch nicht Stand der Technik sind.⁹⁰ § 2 EnLAG und § 4 BBPlG sehen zwar die Möglichkeit einer Erdverkabelung vor. Hierbei handelt es sich allerdings um sogenannte Pilotprojekte, die der Erprobung von Erdkabeln im Drehstrom-Höchstspannungsbereich dienen.⁹¹

Nach der Rechtsprechung des Bundesverwaltungsgerichts bestimmen vorgenannte Normen abschließend,⁹² unter welchen Voraussetzungen und in welchem Umfang⁹³ die Planfeststellungsbehörde bei einem Pilotvorhaben vom Vorhabenträger Errichtung und Betrieb eines Erdkabels gegen dessen Willen verlangen kann.⁹⁴ Ist das zur Planfeststellung gestellte Projekt kein Pilotvorhaben, ist ein solches Verlangen ausgeschlossen.⁹⁵ Es kann auch nicht auf das Abwägungsgebot des § 43 Abs. 3 EnWG gestützt werden.⁹⁶ Liegen die tatbestandlichen Voraussetzungen des § 2 Abs. 2 EnLAG hingegen vor, entscheidet die Planfeststellungsbehörde in Ausübung pflichtgemäßen Ermessens darüber, ob statt einer Freileitung eine Erdverkabelung vom Vorhabenträger verlangt

⁸⁶ BVerwGE 148, 373 Rn. 114.

⁸⁷ BVerwGE 133, 239 Rn. 66; BVerwGE 148, 373 Rn. 114; BVerwG, NuR 2018, 255.

⁸⁸ BVerwG, Urt. v. 31.3.2023 – 4 A 10.21 – juris Rn. 93 ff.

⁸⁹ Zum Begriff des Erdkabels siehe etwa BVerwG, UPR 2021, 269.

⁹⁰ BVerwG, NVwZ 2021, 723 Rn. 105; ferner BT-Drs. 18/4655, 1 f.

⁹¹ Siehe hierzu etwa *M. Appel*, Zulassung von Höchstspannungsdrehstromkabel außerhalb gesetzlich geregelter Pilotprojekte, UPR 2018, 281.

⁹² So auch schon *Appel* (Fn. 91), 287.

⁹³ BVerwG, NuR 2018, 255 Rn. 95.

⁹⁴ BVerwGE 165, 166 Rn. 41.

⁹⁵ Siehe etwa BVerwG, Urt. v. 16.3.2021 – 4 A 12.19 – juris Rn. 32.

⁹⁶ BVerwG, ZNER 2020, 438.

wird. Dieses Ermessen ist nicht in der Weise intendiert, dass das Auslösekriterium im Zusammenwirken mit dem Erfordernis eines geeigneten Abschnitts nach § 2 Abs. 2 S. 2 EnLAG in der Regel die Entscheidung für ein Erdkabel nach sich ziehen müsste. Vielmehr gebietet § 2 Abs. 2 EnLAG eine offene Abwägung, in die alle abwägungserheblichen Belange Eingang finden müssen. Diese Abwägung muss jedoch dem Gesetzeszweck Rechnung tragen. Wenn danach in bestimmten Pilotprojekten Erdkabel im Drehstrombereich auf Höchstspannungsebene ungeachtet der mit ihnen verbundenen Erschwernisse und Nachteile erprobt werden sollen, um sie als technische Alternative zu etablieren, dürfen Argumente, die allgemein gegen das Erdkabel vorgebracht werden können, nicht ein solches Gewicht erhalten, dass der Erprobungszweck letztlich infrage gestellt würde. Dies gilt mit Blick auf § 2 Abs. 5 EnLAG insbesondere für das Kostenargument. Höhere Kosten können – ebenso wie etwa der größere zeitliche Aufwand für die Errichtung eines Erdkabels – nur dann ins Feld geführt werden, wenn für die Erprobung gleichwohl Raum bleibt.⁹⁷ In Bezug auf § 4 Abs. 2 BBPlG gilt nichts anderes.

d) Fehlerfolge

Verstößt der Planfeststellungsbeschluss gegen zwingendes Recht, ist er rechtswidrig. Wird der Kläger hierdurch in seinen Rechten verletzt, wird die Klage erfolgreich sein (§ 113 Abs. 1 S. 1 VwGO; beim Umweltverband gilt insofern § 2 Abs. 4 UmwRG). In Bezug auf den Rechtsfolgenausspruch des Gerichts ist jedoch § 75 Abs. 1a VwVfG zu beachten, der § 7 Abs. 5 S. 1 UmwRG verdrängt (§ 7 Abs. 5 S. 2 UmwRG). Dabei ist anerkannt, dass § 75 Abs. 1a S. 2 VwVfG – bezogen auf seinen unmittelbaren Regelungsbereich der Korrektur eines gerichtlich festgestellten Fehlers – entsprechend anwendbar ist bei Verstößen gegen striktes Recht, die der Abwägung Schranken setzen.⁹⁸ Damit wird in der Regel nur die Rechtswidrigkeit und Nichtvollziehbarkeit des Planfeststellungsbeschlusses festgestellt werden.

3. Abwägung

Bei der Planfeststellung sind die von dem Vorhaben berührten öffentlichen und privaten Belange im Rahmen der Abwägung zu berücksichtigen (§ 43 Abs. 3 EnWG). Die insofern maßgeblichen Grundsätze sind seit langem geklärt.⁹⁹

Im Rahmen des Abwägungsgebotes spielt vor allem die Trassenwahl eine überragende Rolle, weil – anders als in der Bundesfachplanung – hier kein

⁹⁷ BVerwG, Urt. v. 10.11.2022 – 4 A 15.20 – juris Rn. 57.

⁹⁸ BVerwGE 116, 254, 268; BVerwGE 148, 373 Rn. 153; BVerwGE 156, 20 Rn. 48; BVerwG, Urt. v. 21.3.2023 – 4 A 9.21 – juris Rn. 17.

⁹⁹ Siehe etwa BVerwGE 48, 56, 63 f.; BVerwGE 161, 263 Rn. 73; zum Konfliktlösungsgebot etwa BVerwGE 166, 132 Rn. 170.

Trassenkorridor vorgegeben ist und Betroffene einen sie weniger beeinträchtigenden Trassenverlauf wünschen. Ferner soll auf den in der Praxis häufig erhobenen Einwand der erdrückenden bzw. optisch bedrückenden Wirkung von Mastbauwerken eingegangen werden.

a) Trassenwahl

In Bezug auf die Wahl der Trasse, in der die Höchstspannungsfreileitung verlaufen soll, sind die unterschiedlichen Prüfungsmaßstäbe im Planfeststellungsverfahren und im gerichtlichen Verfahren zu beachten. Zwar stellt der Vorhabenträger mit seinem Antrag eine bestimmte Trasse zur „Genehmigung“. Das bedeutet aber nicht, dass die Planfeststellungsbehörde diese ggf. auch so planfeststellen müsste oder sich darauf beschränken könnte, die Antragstrasse lediglich nach dem für das gerichtliche Verfahren geltenden Maßstab zu überprüfen. Ihre Prüfpflicht geht weiter.

(aa) Nach ständiger Rechtsprechung ist die Auswahl unter verschiedenen Trassenvarianten ungeachtet rechtlich zwingender Vorgaben eine fachplanerische Abwägungsentscheidung. Bei der Zusammenstellung des Abwägungsmaterials müssen von der Planfeststellungsbehörde einerseits alle ernsthaft in Betracht kommenden Alternativlösungen berücksichtigt und mit der ihnen zukommenden Bedeutung in die vergleichende Prüfung der jeweils berührten öffentlichen und privaten Belange eingestellt werden. Die Planfeststellungsbehörde handelt andererseits aber nicht schon dann abwägungsfehlerhaft, wenn eine verworfene Trassenführung ebenfalls mit guten Gründen vertretbar gewesen wäre. Sie ist auch nicht verpflichtet, die Variantenprüfung bis zuletzt offenzuhalten und alle von ihr zu einem bestimmten Zeitpunkt erwogenen oder von dritter Seite vorgeschlagenen Alternativen gleichermaßen detailliert und umfassend zu untersuchen. Sie braucht den Sachverhalt nur so weit zu klären, wie dies für eine sachgerechte Entscheidung und eine zweckmäßige Gestaltung des Verfahrens erforderlich ist; Alternativen, die ihr aufgrund einer Grobanalyse als weniger geeignet erscheinen, darf sie schon in einem frühen Verfahrensstadium ausscheiden.¹⁰⁰ Ergibt sich dagegen nicht bereits bei einer Grobanalyse des Abwägungsmaterials die Vorzugswürdigkeit einer Trasse, so muss die Behörde die noch ernsthaft in Betracht kommenden Trassenalternativen im weiteren Planungsverfahren detaillierter untersuchen und vergleichen; die Bevorzugung einer bestimmten Lösung darf nicht auf einer Bewertung beruhen, die zur objektiven Gewichtigkeit der von den möglichen Alternativen betroffenen Belangen außer Verhältnis steht.¹⁰¹

In der Regel wird sich die Planfeststellungsbehörde zwischen verschiedenen Trassenalternativen zu entscheiden haben. Sie wird daher die Für und Wider

¹⁰⁰ BVerwG, BeckRS 2022, 44371 Rn. 29.

¹⁰¹ BVerwGE 157, 73 Rn. 32; BVerwGE 161, 263 Rn. 82 m.w.N.; BVerwG, NVwZ 2022, 726 Rn. 77; BVerwG, NuR 2023, 326 Rn. 19 f.

gegeneinander abwägen. Insofern ist zwischen planstützenden und planfeindlichen Belangen zu unterscheiden.¹⁰² Unterlaufen bei der Einschätzung der für die planfestgestellte Trasse angeführten Belange Fehler, etwa weil diesen ein zu hohes Gewicht eingeräumt wurde, ist die Abwägungsentscheidung fehlerhaft; gleiches gilt, wenn trassenfeindliche Belange übersehen oder falsch, weil zu gering gewichtet worden sind.

Zu den wichtigsten planstützenden Belangen gehört das sogenannte Bündelungsgebot, wonach mehrere lineare Infrastrukturen, z.B. Straßen, Schienenwege oder Energieleitungen, möglichst parallel zu führen sind, und das Gebot der Nutzung bestehender Trassen, wonach der Ausbau des Netzes unter Nutzung vorhandener Trassenräume grundsätzlich Vorrang hat vor dem Neubau von Leitungen auf neuen Trassen.¹⁰³ Denn eine vollkommene Neutrassierung würde Konflikte nur verlagern, neue Konflikte schaffen und, da Einwirkungen der bisherigen Trasse in Natur und Landschaft auch nach deren Abbau zumindest eine geraume Zeit fortwirken, in gewissem Umfang verdoppeln.¹⁰⁴ Mit dem planfestgestellten Rückbau der Bestandsleitung entfällt zwar die plangegebene Vorbelastung. Das schließt es indes wegen der Situationsgebundenheit der betroffenen Grundstücke nicht aus, die tatsächliche Vorbelastung durch die Bestandstrasse im Rahmen der Abwägung zu berücksichtigen. Die Planfeststellungsbehörde ist deshalb nicht gehindert, bei der Variantenauswahl an diese noch fortdauernde Gebietsprägung anzuknüpfen.¹⁰⁵ Diese Trassierungsvorgaben sind im Rahmen der Abwägung mit dem ihnen im konkreten Fall zukommenden Gewicht zu berücksichtigen, genießen aber nicht per se Vorrang vor anderen öffentlichen oder privaten Belangen. Sie gelten zudem nicht einschränkungslos. Ist die zusätzliche Belastung durch die Änderung der Nutzung einer bestehenden Trasse erheblich größer als die Neubelastung durch eine bislang nicht genutzte Trasse, greifen sie ebenso wenig wie im Fall, dass die zu erwartenden Einwirkungen rechtswidrige Eigentums- und Gesundheitsbeeinträchtigungen darstellen.¹⁰⁶

(bb) Der Maßstab für das gerichtliche Verfahren ist hingegen enger. Bestehen keine rechtlich zwingenden Vorgaben, ist die Auswahl unter verschiedenen Trassenvarianten eine fachplanerische Abwägungsentscheidung, deren Ausgangspunkt die vom Vorhabenträger zur Planfeststellung gestellte Trasse ist. Bei der Auswahl zwischen verschiedenen Trassenvarianten ist die Grenze der planerischen Gestaltungsfreiheit erst überschritten, wenn eine andere als die gewählte Linienführung sich unter Berücksichtigung aller abwägungs-

¹⁰² Siehe etwa BVerwG, NVwZ-RR 2022, 317.

¹⁰³ Zur Berücksichtigung von Kosten siehe etwa BVerwG, Beschl. v. 24.11.2022 – 4 VR 2.22 – juris Rn. 26 ff.

¹⁰⁴ BVerwG, NVwZ 2010, 1486 Rn. 30; BVerwG, Gerichtsbescheid v. 21.9.2010 – 7 A 7.10 – juris Rn. 17.

¹⁰⁵ BVerwGE 157, 73.

¹⁰⁶ BVerwGE 107, 350, 356 f.; BVerwGE 157, 73 Rn. 35.

erheblichen Belange eindeutig als die bessere, weil öffentliche und private Belange insgesamt schonendere darstellen würde, wenn sich mit anderen Worten diese Lösung der Behörde hätte aufdrängen müssen, oder wenn der Planungsbehörde infolge einer fehlerhaften Ermittlung, Bewertung oder Gewichtung einzelner Belange ein rechtserheblicher Fehler unterlaufen ist.¹⁰⁷ Die gerichtliche Abwägungskontrolle ist damit auf die Prüfung beschränkt, ob die planfeindlichen Belange ausreichend ermittelt und bewertet worden sind und die für die Trassierung sprechenden, planstützenden Belange so ausreichend ermittelt und bewertet sind, dass die Planfeststellungsbehörde ihnen den Vorrang einräumen durfte.¹⁰⁸

b) Erdrückende bzw. optisch bedrückende Wirkung

Nach der Rechtsprechung des Bundesverwaltungsgerichts können Masten einer Freileitung, auch lichtdurchlässige Gittermasten, in Extremfällen für Wohngebäude eine erdrückende Wirkung entfalten, wenn das benachbarte Grundstück und die auf ihm errichteten Gebäude ihre Eigenständigkeit und Charakteristik verlieren.¹⁰⁹ Ein solcher Extremfall liegt aber nur vor, wenn das Wohngebäude trotz der Höhe und Nähe des Mastes seine Eigenständigkeit verliert.¹¹⁰

Die Nähe eines Mastes zu einer Wohnbebauung kann aber auch als bedrängende Wirkung abwägungserheblich sein, wenn eine erdrückende Wirkung nicht eintritt.¹¹¹ Wann ein solcher Belang abwägungserheblich ist oder als geringfügig außer Betracht bleiben kann, ist bisher nicht geklärt. Das Bundesverwaltungsgericht geht aber davon aus, dass jedenfalls die Annäherung eines 80 m hohen Mastes auf weniger als 50 m an ein Wohnhaus abwägungserheblich ist.¹¹²

c) Fehlerfolge

Nicht jeder Abwägungsfehler führt zur Aufhebung bzw. Feststellung der Rechtswidrigkeit und Nichtvollziehbarkeit. Nach § 75 Abs. 1a VwVfG, der gemäß § 4 Abs. 1b S. 2 Nr. 2 UmwRG unberührt bleibt, sind Mängel bei der Abwägung der von dem Vorhaben berührten öffentlichen und privaten Belange nur erheblich, wenn sie offensichtlich und auf das Abwägungsergebnis von Einfluss gewesen sind.

¹⁰⁷ BVerwGE 107, 1, 11; BVerwGE 161, 263 Rn. 82; BVerwG, Urt. v. 12.11.2020 – 4 A 13.18 – juris Rn. 66.

¹⁰⁸ BVerwG, NuR 2022, 479 Rn. 57.

¹⁰⁹ BVerwGE 173, 132 Rn. 69 ff.

¹¹⁰ BVerwG, BeckRS 2023, 19165 Rn. 29.

¹¹¹ BVerwGE 161, 263 Rn. 90; BVerwGE 173, 132 Rn. 77 f.

¹¹² BVerwG, BeckRS 2023, 19165 Rn. 30.

Offensichtlich ist dabei alles, was zur äußeren Seite des Abwägungsvorgangs derart gehört, dass es auf objektiv erfassbaren Sachumständen beruht, also Fehler und Irrtümer, die zum Beispiel die Zusammenstellung und Aufbereitung des Abwägungsmaterials, die Erkenntnis und Einstellung aller wesentlichen Belange in die Abwägung oder die Gewichtung der Belange betreffen und die sich aus den Aufstellungsvorgängen, der Planbegründung oder sonstigen Unterlagen ergeben.¹¹³

Der Fehler muss zudem auf das Abwägungsergebnis von Einfluss gewesen sein. Davon kann nicht ausgegangen werden, wenn nach den Umständen des Einzelfalls die konkrete Möglichkeit fehlt, dass die Planungsentscheidung ohne den Fehler anders, also für den jeweiligen Betroffenen günstiger ausgefallen wäre. Die Annahme, dass bei Vermeidung des Abwägungsfehlers keine andere Abwägungsentscheidung ergangen wäre, ist aber nur gerechtfertigt, solange konkrete Anhaltspunkte dafür nachweisbar sind, dass die Planfeststellungsbehörde gleichwohl dieselbe Entscheidung getroffen hätte.¹¹⁴

B. Beschleunigungspotenzial

Auch im Bereich der materiell-rechtlichen Anforderungen, die in der Planfeststellung zu prüfen sind, besteht durchaus Beschleunigungspotenzial. Das betrifft zum einen das Naturschutzrecht, als einen zwingenden Versagungsgrund, als auch das Problem der „optisch bedrängenden Wirkung“ von Höchstspannungsleitungsmasten, mithin ein Problem der Abwägung.

1. Naturschutzrecht

Wie ausgeführt, fehlt es aktuell an normativen Vorgaben, Fachkonventionen oder anderen vorgegebenen Standards zur Erfassung und Einschätzung des Mortalitätsrisikos für Vögel an Höchstspannungsfreileitungen. Das macht die Entwicklung geeigneter Prüfungsschemata erforderlich, die zudem der gerichtlichen Kontrolle, auch in der Einzelbewertung, standhalten müssen. Der hiermit verbundene Ermittlungs- und Verwaltungsaufwand ist nicht nur zeit-, sondern auch kostenintensiv; die Ergebnisse müssen zudem von der Planfeststellungsbehörde nachvollzogen und argumentativ im Planfeststellungsbeschluss bewältigt werden. Hier spielt in der Praxis zumeist „die Musik“. Sollen Planfeststellungsverfahren beschleunigt werden, dann ist hier ein erster zentraler Ansatz zu finden. Denn reduziert sich der Ermittlungs- und Bewertungsaufwand, kann das Planfeststellungsverfahren schneller seinen Abschluss finden. In diesem Zusammenhang darf an den Beschluss des Bundesverfassungsgerichts vom 23.10.2018¹¹⁵ erinnert werden, nach dem der Gesetzgeber Verwal-

¹¹³ BVerwGE 161, 263 Rn. 104.

¹¹⁴ BVerfG, NVwZ 2016, 524 Rn. 23; BVerwGE 161, 263 Rn. 105.

¹¹⁵ BVerfGE 149, 407 Rn. 24.

tung und Gerichte nicht ohne weitere Maßgaben auf Dauer Entscheidungen in einem fachwissenschaftlichen „Erkenntnisvakuum“ übertragen (darf), das weder Verwaltung noch Gerichte selbst auszufüllen vermögen, sondern jedenfalls auf längere Sicht für eine zumindest untergesetzliche Maßstabsbildung sorgen muss.¹¹⁶

Zu denken wäre hier an Regelungen vergleichbar der in § 45b BNatSchG für Windenergieanlagen. Wissenschaftlich unterlegte Listen, in denen das Mortalitätsrisiko für Vögel in Bezug auf Höchstspannungsfreileitungen katalogisiert und durch z.B. entsprechende Entfernungsangaben zur Leitung konkretisiert wird, wären für die Planfeststellungsbehörde – und natürlich auch den Vorhabenträger – sicherlich ein Gewinn. Denn anhand dieser Listen wäre nur noch zu prüfen, welche Vögel im Umfeld der geplanten Leitung anzutreffen sind (Bestandsaufnahme), an welchen Orten diese nisten und wo sich ihre Nahrungshabitate befinden. Anhand dieser Erkenntnisse ließe sich dann unschwer ermitteln, ob die Höchstspannungsfreileitung gegen § 34 Abs. 1 und 2 oder § 44 Abs. 1 BNatSchG verstößt oder nicht. Eine solche Entlastung des Planfeststellungsverfahrens hätte zudem unmittelbare Auswirkungen auch auf das gerichtliche Verfahren, weil Streitigkeiten über die Bewertung einzelner in eine Beurteilungsmatrix (siehe oben) eingestellter Belange damit vermieden würden, insbesondere eine etwaige Beweiserhebung diesbezüglich obsolet wäre. Mit der normativen Festlegung entsprechender Standards wäre für die Praxis viel gewonnen.

Auf europarechtlicher Ebene ist das Problem nunmehr erkannt und durch Art. 6 der Verordnung (EU) 2022/2577 des Rates zur Festlegung eines Rahmens für einen beschleunigten Ausbau der Nutzung erneuerbarer Energien vom 22.12.2022¹¹⁷ die Möglichkeit einer zeitlich befristeten Suspendierung des Artenschutzes eröffnet worden. Der Bundesgesetzgeber hat mit § 43m EnWG¹¹⁸ auch für den Höchstspannungsfreileitungsbau (§ 43 Abs. 1 Nr. 1 EnWG) hiervon Gebrauch gemacht. Unter den in § 43m Abs. 1 S. 1 EnWG genannten Voraussetzungen (Lage in einem für die Leitung festgesetzten Gebiet, Durchführung einer Strategischen Umweltprüfung) ist unter anderem von einer Prüfung des Artenschutzes abzusehen; die entsprechenden Belange sind in der Abwägung nach § 43 Abs. 3 EnWG zu berücksichtigen (§ 43m Abs. 1 S. 2 EnWG), führen also nicht mehr zu zwingenden Versagungsgründen, son-

¹¹⁶ Siehe auch *D. Bernotat/K. Ammermann*, Planerische und naturschutzfachliche Ansätze zur Lösung umweltinterner Zielkonflikte, NVwZ 2023, 972; ferner *J. Hoffman*, Die Standardsetzung der Bund/Länder-Arbeitsgemeinschaften – Zulässige informelle Gesetzeskonkretisierung?, NVwZ 2023, 984.

¹¹⁷ ABl. 2022 L 335/36.

¹¹⁸ Eingefügt durch Art. 9 des Gesetzes zur Änderung des Raumordnungsgesetzes und anderer Vorschriften v. 22.3.2023, BGBl. 2023 I, Nr. 88, mit Wirkung zum 29.3.2023.

dem können „weggewogen“ werden.¹¹⁹ Die Vorschrift ist zwar in Bezug auf die artenschutzrechtliche Prüfung sicher geeignet, zur Verfahrensbeschleunigung beizutragen,¹²⁰ für den Gebietsschutz ist hierdurch allerdings nicht viel gewonnen, weil dieser weder in Art. 6 VO (EU) 2022/2577 noch in § 43m EnWG genannt wird.

2. Abwägung

Neue Höchstspannungsfreileitungen nutzen oftmals die Trassenräume schon bestehender Leitungen, zumeist 220-kV-Leitungen, die der Neubautrasse weichen müssen. Das führt auch dazu, dass Bestandsmasten durch neue Masten ersetzt werden, welche indessen wesentlich höher sind. So mag ein Abstand von circa 50 m bei einer Masthöhe von etwa 40 m noch hinnehmbar sein, wird der Bestandsmast aber am gleichen Standort durch einen fast doppelt so hohen Mast ersetzt, wird sich der Betroffene hiergegen – nicht ganz zu Unrecht – oftmals zur Wehr setzen, weil er sich durch den neuen Mast optisch bedrängt fühlt. Die Problematik findet eine Parallele im Windenergieanlagenbau. Hier hat der Gesetzgeber mit § 249 Abs. 10 BauGB mittlerweile eine Regelung dahingehend getroffen, dass eine optisch bedrängende Wirkung in der Regel einer Windenergieanlage nicht entgegensteht, wenn der Abstand von der Mitte des Mastfußes der Windenergieanlage bis zu einer zulässigen baulichen Nutzung zu Wohnzwecken mindestens der zweifachen Höhe der Windenergieanlage entspricht.

Eine ähnliche Regelung bietet sich auch für Höchstspannungsmasten an, etwa dahingehend, dass der Mast einen Abstand zu einer zulässigen baulichen Nutzung zu Wohnzwecken von mindestens seiner einfachen Höhe einzuhalten hat. Das wäre eine einfache Formel: Anhand der jeweiligen Masttabellen und der Feststellung der Entfernung zwischen Wohnhaus und Maststandort ließe sich schnell feststellen, ob der gewählte Standort zulässig ist. Einer darüber hinaus gehenden Abwägung bedürfte es grundsätzlich nicht.

3. Verfahrensbeschleunigung durch Legalplanung als Ausweg?

Einen breiten Raum in der Diskussion um die Beschleunigung von unter anderem Planungsverfahren nimmt die Überlegung ein, solche durch formelles (Bundes)Gesetz abzuschließen (sogenannte Legalplanung).¹²¹ Ausgangspunkt

¹¹⁹ Zum inhaltlich vergleichbaren § 6 WindBG: *W. Rieger*, § 6 WindBG – Die nächste Runde im Konflikt zwischen dem Ausbau der Windenergie und dem Artenschutz, NVwZ 2023, 1042.

¹²⁰ So auch *Rieger* (Fn. 119), 1046.

¹²¹ Siehe etwa aus neuerer Zeit und jeweils mit weiteren umfangreichen Nachweisen: *A. Guckelberger*, Beschleunigung per Gesetz – über Sinn und Sinnhaftigkeit der Legalplanung, NuR 2023, 361; *M. Hermsdorf/R. Glaser*, Das Maßnahmengesetz als Präjudiz der Klagemöglichkeiten von Umweltverbänden, NVwZ 2023, 1217; *P. Kehrsandt*, Beschleunigung

hierfür könnte das Maßnahmenvorbereitungsgesetz vom 22.3.2020¹²² sein, welches entsprechend anzupassen wäre. Auch im Koalitionsvertrag der Ampel¹²³ ist das Thema angesprochen. Dieser Weg ist indessen *abzulehnen*. Bereits in der sogenannten Stendal-Entscheidung¹²⁴ hat das Bundesverfassungsgericht betont, dass eine Legalplanung mit enteignungsrechtlicher Vorwirkung aufgrund der Schmälerung des durch Art. 14 Abs. 1 S. 1 GG und des Art. 19 Abs. 4 S. 1 GG garantierten effektiven Rechtsschutzes nur in eng begrenzten Fällen zulässig sei, insbesondere müsse sie aus triftigen Gründen erforderlich sein. Eine umfassende Zulassung der Legalplanung von Höchstspannungsfreileitungen scheidet damit aus, denkbar wäre allein, ausgewählte Projekte, wie die im Koalitionsvertrag genannten Leitungsvorhaben Süd- und Südostlink, per Gesetz zuzulassen. Ein solches Prozedere begegnet jedoch völker- und unionsrechtlichen Bedenken. So dürfte eine Legalplanung wohl weder mit Art. 9 Abs. 2 der Aarhus-Konvention noch mit Art. 11 der UVP-RL vereinbar sein. Denn bei einer Legalplanung wäre nach aktueller Rechtslage allein der Rechtsweg zum Bundesverfassungsgericht eröffnet, damit nur eine Prüfung auf die Verletzung von Grundrechten möglich und Umweltverbände gänzlich rechtlos gestellt; eine Überprüfung der Zulassungsentscheidung, wie sie vom Völker- und Unionsrecht gefordert ist, fände nicht statt. Es darf im Übrigen bezweifelt werden, dass hier echtes Beschleunigungspotenzial schlummert. Das Maßnahmenvorbereitungsgesetz gestaltet das Verfahren vergleichsweise komplex mit unter anderem früher Öffentlichkeitsbeteiligung (§ 5 MgvG) und Anhörungsverfahren (§ 7 MgvG), zudem steht am Ende noch die Entscheidung des Bundestages, die sich gerade bei komplexen Höchstspannungsfreileitungsvorhaben durchaus verzögern kann. Da dürfte die Durchführung eines Planfeststellungsverfahrens mit anschließendem Klageverfahren zum Bundesverwaltungsgericht wahrscheinlich sogar schneller sein.¹²⁵ Die mit einer Legalplanung verbundene Rechtsschutzverkürzung wird folglich nicht zu einer Verfahrensbeschleunigung führen.¹²⁶

durch Gesetzgebung? Was Vorhabenträger und Behörden tun können, in: T. Mann et al. (Hrsg.), *Recht und Verantwortung*. Festschrift für Andrea Versteyl (2023), 169 ff.; J. Wulff, *Rechtsschutzverkürzung als Mittel der Verfahrensbeschleunigung*, NVwZ 2023, 978.

¹²² BGBl. 2020 I, 640.

¹²³ Mehr Fortschritt wagen. Bündnis für Freiheit, Gerechtigkeit und Nachhaltigkeit. Koalitionsvertrag zwischen SPD, Bündnis 90/Die Grünen und FDP (2021), 11.

¹²⁴ BVerfGE 95, 1, 22.

¹²⁵ Einmal abgesehen von dem Umstand, dass die Frage, ob eine Legalplanung mit Art. 9 Abs. 2 der Aarhus-Konvention und/oder § 11 UVP-RL vereinbar ist, sicher dem EuGH zur Entscheidung vorgelegt werden müsste, womit weitere Verfahrensverzögerungen einhergehen.

¹²⁶ Ebenso Wulff (Fn. 121), 984.

V. Gerichtliche Verfahren

Der Gesetzgeber hat für die (mittlerweile) 80 Vorhaben nach dem Bundesbedarfsplangesetz (§ 6 BBPlG) sowie die (nunmehr) 24 Vorhaben des Energieleitungsausbaugesetzes (§ 1 Abs. 3 EnLAG) die gerichtliche Überprüfung gemäß § 50 Abs. 1 Nr. 6 VwGO dem Bundesverwaltungsgericht in erster und letzter Instanz zugewiesen. Hierdurch verspricht er sich eine beschleunigte Herbeiführung der Bestandskraft entsprechender Zulassungsentscheidungen, weil der Instanzenzug entfällt. Ergänzend hierzu sieht der Koalitionsvertrag der „Ampel“ vor, in Angelegenheiten des Planungsrechts die Voraussetzungen für zusätzliche Senate am Bundesverwaltungsgericht zu schaffen;¹²⁷ die entsprechende Umsetzung ist zum 1.11.2023 durch die Errichtung eines sogenannten Energiesenats (11. Senat) erfolgt. Indessen gehen etwaige Verzögerungen im Verfahren von der Antragstellung bis zum bestandskräftigen Planfeststellungsbeschluss nicht auf die Laufzeiten beim Bundesverwaltungsgericht zurück,¹²⁸ sondern sind durch den Vorhabensumfang und den – auch unionsrechtlich bedingten – (erheblichen) Verfahrensaufwand in der Planfeststellung bedingt.¹²⁹

A. Verfahrensbeschleunigung durch § 80c und § 87c VwGO?

Der Gesetzgeber macht immer wieder die Gerichte als Ursache für zu lange Verfahren aus und sucht nach Beschleunigungsmöglichkeiten. Die jüngsten „Erträge“ dieser Bemühungen sind § 80c und § 87c VwGO.¹³⁰ Beide Regelungen sind indessen wenig hilfreich.

Mit § 80c VwGO versucht der Gesetzgeber Entscheidungen nach § 80a Abs. 3, § 80 Abs. 5 VwGO zu steuern. Bei behebbaren Mängeln des angefochtenen – in den hier interessierenden Fällen – Planfeststellungsbeschlusses, kann das Bundesverwaltungsgericht diesen Mangel außer Acht lassen, wenn offensichtlich ist, dass dieser in absehbarer Zeit behoben werden wird; das gilt nicht für absolute Verfahrensfehler im Sinne von § 4 Abs. 1 UmwRG. Bei einer reinen Vollzugsfolgenabwägung soll die Bedeutung des Vorhabens besonders berücksichtigt werden (§ 80c Abs. 4 VwGO), d.h. im Zweifel soll sich das Vollzugsinteresse gegen das Aussetzungsinteresse durchsetzen. Die Regelungen sind mit Blick auf Art. 19 Abs. 4 GG nicht unproblematisch („effektiver

¹²⁷ Mehr Fortschritt wagen (Fn. 123), 10.

¹²⁸ Siehe zuletzt Pressemitteilung des BVerwG Nr. 18/2023 v. 9.3.2023: „Die durchschnittliche Dauer der dem Bundesverwaltungsgericht erstinstanzlich zugewiesenen Klageverfahren über Infrastrukturprojekte betrug – wie im Vorjahr – 12 Monate und 18 Tage.“

¹²⁹ Vgl. auch M. Kögel, 70 Jahre BVerwG – Das Jubiläumssymposium vom 8.6.2023, NVwZ 2023, 1143, 1146 mit Verweis auf den Diskussionsbeitrag von W. Ewer.

¹³⁰ Eingefügt durch Gesetz zur Beschleunigung von verwaltungsgerichtlichen Verfahren im Infrastrukturbereich vom 14.3.2023, BGBl. 2023 I, Nr. 71.

Rechtsschutz“ erfordert auch ein effektives Eilverfahren), möglicherweise ist auch die richterliche Unabhängigkeit (Art. 97 Abs. 1 GG) tangiert. Es bleibt abzuwarten, welche Konsequenzen das Bundesverwaltungsgericht aus dieser Vorschrift für Eilverfahren gegen Planfeststellungsbeschlüsse für Höchstspannungsfreileitung zieht.¹³¹

Nach § 87c Abs. 1 S. 1 VwGO sollen unter anderem Verfahren nach § 50 Abs. 1 Nr. 6 VwGO vorrangig und beschleunigt durchgeführt werden. Der Gesetzgeber nimmt es also hin, dass mit Blick auf die Verwirklichung von Energieleitungsvorhaben Streitigkeiten in anderen Sachmaterien zurückgestellt werden und sich damit dort die Verfahrenslaufzeiten verlängern. Auch das ist mit Blick auf Art. 19 Abs. 4 GG nicht unproblematisch, wirft aber jedenfalls beim Bundesverwaltungsgericht keine grundlegenden Probleme auf, weil durch die Einrichtung des Energiesenats, der ausschließlich für Klagen und Eilverfahren gegen Planfeststellungsbeschlüsse für Höchstspannungsfreileitungen zuständig ist, eine Kollision mit anderen Verfahren nicht entstehen kann.

§ 87c Abs. 2 sieht einen sogenannten frühen ersten Termin in geeigneten Fällen durch den Vorsitzenden oder den Berichterstatter vor. Das ist eher kontraproduktiv, denn ein solcher früher erster Termin will vorbereitet sein; das kostet Zeit, die für andere Verfahren dann fehlt. Kommt es zu keiner Einigung im frühen ersten Termin, werden regelmäßig einige Monate vergehen, bis die mündliche Verhandlung stattfinden kann. Folglich muss die Vorbereitung wiederholt werden, womit für den Vorsitzenden und/oder den Berichterstatter eine nicht unerhebliche Mehrbelastung verbunden ist. Unabhängig davon dürften die Erfolgsaussichten eines solchen frühen ersten Termins sehr gering sein. Wer einen Planfeststellungsbeschluss gegen eine Höchstspannungsfreileitung vor dem Bundesverwaltungsgericht angreift, wird in der Regel nicht so schnell „die Flinte ins Korn werfen“; das gilt für Beklagte und Vorhabenträger in gleicher Weise. Das Bundesverwaltungsgericht entscheidet über die Klage zudem in der Regel (siehe jetzt aber auch § 10 Abs. 4 VwGO) in der Besetzung mit fünf Richtern; gegebenenfalls werden die Beteiligten darauf setzen, dass sie mindestens drei der vier anderen Richter doch auf ihre Seite ziehen können. Es steht daher zu erwarten, dass es sich bei § 87c Abs. 2 VwGO, jedenfalls soweit er das Bundesverwaltungsgericht betrifft, um einen „Rohrkrepierer“ handelt.

B. Bestehendes Instrumentarium zur Verfahrensbeschleunigung

Letztlich bedarf es weder solcher noch sonstiger Instrumente zur Beschleunigung der gerichtlichen Verfahren. Wie bereits ausgeführt, dauern die Verfahren beim Bundesverwaltungsgericht nicht übermäßig lange. Sie können in der Regel in einem Termin zur mündlichen Verhandlung abgeschlossen werden,

¹³¹ Einschränkung bereits BVerwG, BeckRS 2023, 19165 Rn. 42.

weil das geltende prozessrechtliche Instrumentarium dem Gericht ausreichend Möglichkeiten zur Beschleunigung der Verfahren gibt:

1. Begründungspflichten des Klägers gemäß § 6 UmwRG

Eine Person oder Vereinigung im Sinne des § 4 Abs. 3 S. 1 UmwRG hat innerhalb einer Frist von zehn Wochen ab Klageerhebung die zur Begründung ihrer Klage gegen eine Entscheidung im Sinne von § 1 Abs. 1 S. 1 UmwRG oder deren Unterlassen dienenden Tatsachen und Beweismittel anzugeben. Der Zweck der Regelung besteht darin, zur Straffung des Gerichtsverfahrens beizutragen, indem der Prozessstoff zu einem frühen Zeitpunkt handhabbar gehalten wird. Es soll verhindert werden, dass in einem späten Stadium des gerichtlichen Verfahrens neuer Tatsachenvortrag erfolgt, auf den die übrigen Beteiligten und das Gericht nicht mehr angemessen reagieren können. Der Kläger hat innerhalb der Begründungsfrist daher grundsätzlich den Prozessstoff festzulegen. Dies schließt späteren, lediglich vertiefenden Tatsachenvortrag nicht aus.¹³² Zur Fixierung des Verfahrensstoffs muss der Vortrag aber ein Mindestmaß an Schlüssigkeit und Substanz aufweisen und dem Gericht einen Eindruck von der Sicht des Klägers auf den Tatsachenkomplex verschaffen.¹³³ Erklärungen und Beweismittel, die erst nach Ablauf der Frist vorgebracht werden, sind nach § 6 S. 2 UmwRG i.V.m. § 87b Abs. 3 S. 1 Nr. 2 und S. 3 VwGO grundsätzlich nur zuzulassen, wenn die Verspätung entschuldigt wird oder es mit geringem Aufwand möglich ist, den Sachverhalt auch ohne Mitwirkungen der Beteiligten zu ermitteln. Das wird regelmäßig nicht der Fall sein.

2. Strenge Handhabung des Vertretungszwanges gemäß § 67 Abs. 4 VwGO

Mit dem Vertretungszwang geht die Pflicht des Bevollmächtigten zur Sichtung und rechtlichen Einordnung der Tatsachen, auf welche die Klage gestützt werden soll, einher. Eine nur stichwortartige Benennung oder Zusammenfassung von Kritikpunkten beigefügter Gutachten oder deren bloße wörtliche Wiedergabe erfüllt diese Anforderungen nicht. Der Kläger muss sich zudem mit dem angefochtenen Planfeststellungsbeschluss auseinandersetzen; eine lediglich pauschale Bezugnahme auf im Planfeststellungsverfahren erhobene Einwände oder deren Wiederholung ohne Würdigung des Planfeststellungsbeschlusses genügt ebenso wenig¹³⁴ wie ein bloßes Bestreiten tatsächlicher Feststellungen der Planung. Auch muss das Klagevorbringen aus sich heraus ohne Weiteres verständlich sein. Denn es ist nicht Aufgabe des Gerichts, aus den eingereich-

¹³² BVerwGE 163, 380 Rn. 14 m.w.N.

¹³³ BVerwG, NVwZ-RR 2022, 317 Rn. 24.

¹³⁴ BVerwG, NuR 2018, 255 Rn. 37.

ten Schriftsätzen im Wege der Auslegung den Sachvortrag sowie etwaige konkludent gestellte Anträge zu ermitteln oder zu konkretisieren.¹³⁵

3. Anwendung der Grundsätze über die sogenannte „doppelte Rechtskraft“

Die Grundsätze über die sogenannte „doppelte Rechtskraft“ finden Anwendung bei Klagen gegen einen Planergänzungsbeschluss, nach dem die Klage gegen den Planfeststellungsbeschluss erfolgreich war: Beschränkt sich das Gericht auf die Feststellung, dass die Entscheidung nach § 1 Abs. 1 S. 1 Nr. 1 UmwRG rechtswidrig und nicht vollziehbar ist (vgl. oben), stellt es damit zugleich – zumindest inzident – fest, dass andere den Kläger in seinen Rechten verletzende Mängel nicht vorliegen.¹³⁶ Diese Feststellung wird von der Rechtskraft des Feststellungsurteils umfasst,¹³⁷ denn die Rechtskraft der Entscheidung erstreckt sich auf diejenigen Tatsachen- und Rechtsfragen, die tatsächlich oder notwendigerweise Gegenstand der gerichtlichen Entscheidung waren.¹³⁸ Gegen die Entscheidung im ergänzenden Verfahren kann der Kläger deshalb zwar geltend machen, dass die vom Gericht festgestellten Mängel nach wie vor nicht behoben seien; sollte das ergänzende Verfahren mit einer Vorhabenänderung abschließen, kann er ferner rügen, dass dadurch seine eigenen Belange oder Umweltbelange erstmals oder stärker als bisher berührt seien. Nicht mehr geltend machen kann er indes mit Blick auf die Rechtskraft des Feststellungsurteils, dass die Genehmigung über die Beanstandungen des Gerichts hinaus an weiteren Fehlern leidet¹³⁹ – sogenannte doppelte Rechtskraft.¹⁴⁰ Eine solche Feststellung durch das Gericht hat wegen der Rechtskraftwirkung des Urteils indessen zur Voraussetzung, dass die Rechtsfehler des angefochtenen Bescheids auf der Grundlage einer umfassenden rechtlichen Prüfung abschließend zu benennen sind.¹⁴¹ Im Falle eines Planergänzungsverfahrens mit anschließendem gerichtlichen Überprüfungsverfahren kann folglich der Prozessstoff erheblich abgeschichtet sein, was zur Beschleunigung der Verfahren beitragen dürfte.

¹³⁵ BVerwGE 170, 138 Rn. 14 ff. m.w.N.; BVerwGE 176, 94 Rn. 12.

¹³⁶ BVerwGE 149, 31 Rn. 28; BVerwGE 155, 91 Rn. 39; BVerwGE 162, 114 Rn. 45; BVerwG, Urt. v. 7.10.2021 – 4 A 9.19 – juris Rn. 51; BVerwG, Beschl. v. 20.3.2018 – 9 B 43.16 – juris Rn. 65.

¹³⁷ BVerwG, Beschl. v. 23.3.2017 – 4 A 7.16 – juris Rn. 7 m.w.N.

¹³⁸ BVerwG, Buchholz 451.91 Euro. UmweltR Nr. 72 – juris Rn. 22.

¹³⁹ BVerwGE 149, 31 Rn. 28; BVerwG, NVwZ 2016, 1639 Rn. 61.

¹⁴⁰ Vgl. zum Problem C. Kulpmann, Das ergänzende Verfahren im Zulassungsrecht aus richterlicher Sicht, NVwZ 2020, 1143.

¹⁴¹ BVerwG, NVwZ 2012, 1295 Rn. 37; BVerwG, NVwZ 2019, 1611 Rn. 6; BVerwG, NVwZ 2018, 1734 Rn. 30 f.; BVerwG, Beschl. v. 30.3.2018 – 9 B 43.16 – juris Rn. 65; BVerwG, UPR 2015, 34 Rn. 5 f., 9 f. jeweils m.w.N.

VI. Ausblick

380-kV-Höchstspannungsfreileitungen sind komplexe technische Gebilde, die gut geplant sein wollen. Sie lösen nicht zuletzt wegen der Mächtigkeit der dabei zum Einsatz kommenden Masten und ihre Auswirkungen auf Umwelt und Natur vielfältige Probleme aus. Diese gilt es im Planfeststellungsverfahren zu bewältigen und zwar in einer Weise, die der gerichtlichen Nachprüfung standhält. Es verwundert daher nicht weiter, dass Planfeststellungsverfahren für Höchstspannungsfreileitung mindestens viermal so lange dauern, wie sich daran anschließende Gerichtsverfahren. Es geht daher in erster Linie darum, die Planfeststellungsverfahren zu beschleunigen. Für eine Überarbeitung der gesamten Planungsstruktur, etwa am Beispiel Dänemarks, wie von *Julia Wulff*¹⁴² gefordert, ist es indessen zu spät. Kurzfristig bietet es sich aber an, das Verfahren zu digitalisieren, im Grundsatz auf einen Erörterungstermin zu verzichten und die materielle Prüfung jedenfalls in Bezug auf das Naturschutzrecht (Gebiets- und Artenschutz) durch die Normierung entsprechender Schutzstandards nach dem Vorbild des § 45b BNatSchG zu verschlanken und damit zu beschleunigen. Damit einher geht zugleich eine Erhöhung der Bestandswahrscheinlichkeit eines Planfeststellungsbeschlusses. Angesichts der vielen Leitungsvorhaben, die auf ihre Planfeststellung und ihre anschließende Verwirklichung warten, was zwingende Voraussetzung dafür ist, dass die Energiewende nicht schon im heutigen frühen Stadium scheitert, sind hier entsprechende Aktivitäten des Gesetzgebers dringend erforderlich. Es bleibt abzuwarten, ob er den Handlungsbedarf erkennt und danach handelt (§ 43m EnWG ist ein erster Schritt in diese Richtung¹⁴³) oder – wie bisher – den schwarzen Peter den Gerichten zuschiebt.

¹⁴² *Wulff* (Fn. 121), 983 f.

¹⁴³ Siehe auch bei Fn. 28.

Die Lenkungswirkung des Vergaberechts

Nachhaltigkeit in der Beschaffung öffentlicher Bau-, Liefer- und Dienstleistungen*

Simon Bulla

I.	Einleitung.....	418
II.	Nachhaltigkeitsaspekte im Vergabewesen.....	419
A.	Die Entwicklung des Vergaberechts vom Haushaltsrecht zum Instrument strategischer Beschaffungen	419
1.	Umweltschutz und Nachhaltigkeit auf der Ebene des EU-Vergaberechts ..	419
2.	Umsetzung im deutschen Oberschwellen-Vergaberechts.....	422
3.	Landesvergabegesetze.....	422
4.	Zwischenbewertung zu strategischen Zielen im Vergabewesen	424
B.	Nachhaltigkeit in der Leistungsbeschreibung.....	425
1.	Das Leistungsbestimmungsrecht des Auftraggebers	425
2.	Grenzen des Leistungsbestimmungsrechts.....	427
3.	Funktionale Ausschreibungen	429
4.	Sonderregelungen für energieverbrauchsrelevanten Leistungen und Straßenfahrzeuge	429
5.	Anforderungen des Bundes-Klimaschutzgesetzes und des Kreislaufwirtschaftsgesetzes	430
6.	Fazit	434
C.	Nachhaltigkeitsanforderungen durch Eignungsanforderungen an die Marktteilnehmer.....	435
1.	Allgemeinen Anforderungen an Eignungskriterien	435
2.	Referenzen mit Umweltrelevanz	436
3.	Umwelt-Zertifikate	438
4.	Fazit	439
D.	Nachhaltigkeit im Rahmen der Wirtschaftlichkeitswertung (Zuschlagskriterien)	440
1.	Allgemeinen Anforderungen an die Aufstellung von Zuschlagskriterien ..	440
2.	Kosten- statt Preiswertung (insbesondere Lebenszykluskosten)	442
3.	Festpreisvergabe als reiner Qualitätswettbewerb	443
4.	Umwelt- und nachhaltigkeitsbezogene Zuschlagskriterien (insbesondere Schulnotenrechtsprechung)	444
a)	Beispiele für umweltbezogene Zuschlagskriterien	444
b)	Wertungsspielräume der Schulnoten-Rechtsprechung	445
c)	Gremienentscheidung als Mittel gegen Willkür?	448

* Alle Internetquellen wurden zuletzt abgerufen am 7.1.2024.

d) Fazit	449
E. Bedingungen für die Auftragsausführung	449
III. Ausblick	451

I. Einleitung

Das Vergabewesen der öffentlichen Hand kann in seiner Lenkungswirkung für die Wirtschaft nicht überschätzt werden. Durchschnittlich 29 % der Staatsausgaben und 12 % des Bruttoinlandprodukts werden im Durchschnitt aller OECD-Länder für die öffentliche Beschaffung ausgegeben;¹ in Deutschland selbst machen Auftragsvergaben rund 34 % der Staatsausgaben und 15 % des Bruttoinlandprodukts aus.² Dies entspricht einem Volumen öffentlicher Aufträge allein in Deutschland von jährlich über 500 Mrd. Euro.

Öffentliche Auftraggeber können aufgrund des schieren Auftragsvolumens eine erhebliche Steuerungswirkung auf den Markt ausüben. Entscheiden sich Vergabestellen für den Preis als alleiniges Zuschlagskriterium – gerade bei der Ausschreibung von Bauleistungen noch sehr verbreitet – entfaltet dies Druck auf den Bietermarkt, Einsparpotentiale zu maximieren. Umgekehrt kann die öffentliche Hand durch Qualitäts- und Nachhaltigkeitskriterien ihre Nachfragemacht, die in manchen Bereichen von einer marktbeherrschenden Stellung (z.B. Verteidigungs- und Sicherheit-, Gesundheits- und Bildungsbereich) bis zu faktischen Monopolen reicht (z.B. Straßenbau, Wasserversorgung), dazu einsetzen, Impulse für eine nachhaltige Transformation der Wirtschaft zu geben.

Der nachfolgende Beitrag befasst sich mit den vielfältigen Steuerungsmechanismen des Vergaberechts, die von qualitativen Aspekten in der Leistungsbeschreibung, über Nachhaltigkeitsanforderungen in Eignungskriterien sowie ganzheitlichen Kostenansätzen (Lebenszykluskosten) und qualitativen Zuschlagskriterien bis hin zu Anforderungen an die Auftragsausführung reichen, mit denen sich umweltbezogene, soziale, innovative oder anderweitige Sekundärziele verfolgen lassen. Zugleich wird dargelegt, dass nicht alles, was vergaberechtlich machbar ist, im Interesse einer effizienten und rechtssicheren Beschaffung und eines dauerhaft funktionierenden Wettbewerbs auch zielführend ist. So sehr der Nachhaltigkeitsgedanke in der Vergabep Praxis eine (noch) stärkere Betonung verdient, bleibt er doch in praktische Konkordanz zu den weiteren Vergabegrundsätzen des Wettbewerbs, der Gleichbehandlung, der Verhältnismäßigkeit und der Mittelstands- und KMU-Förderung zu bringen.

¹ *OECD*, Öffentliche Vergabe in Deutschland. Strategische Ansatzpunkte zum Wohl des Menschen und für wirtschaftliches Wachstum (2019), Kapitel 1.1, abrufbar unter <https://doi.org/10.1787/48df1474-de>.

² *OECD* (Fn. 1), Kapitel 1.1.3.

II. Nachhaltigkeitsaspekte im Vergabewesen

A. Die Entwicklung des Vergaberechts vom Haushaltsrecht zum Instrument strategischer Beschaffungen

Das Vergaberecht unterliegt einem steten Wandel. In seinen Ursprüngen, die bis in die Bayerischen und Preußischen Verdingungsordnungen des 19. Jahrhunderts zurückreichen, diente das Vergaberecht zunächst ausschließlich der sparsamen und wirtschaftlichen Beschaffung der öffentlichen Hand. Diese Herkunft spiegelt sich auch heute noch in der Verortung des unterschwelligen Vergaberechts im Haushaltsrecht wider.³ Mit der Europäisierung des Vergaberechts in den 1990er und vor allem 2010er Jahren haben sich zunächst der Binnenmarkt- und Wettbewerbsgedanke und zunehmend auch qualitative Sekundär- und Lenkungsziele etabliert.⁴ Das Vergaberecht hat sich vom Haushaltsrecht als reinem Binnenrecht zu einem bieterschützenden Wettbewerbs- und modernen Wirtschaftsrecht emanzipiert.

1. Umweltschutz und Nachhaltigkeit auf der Ebene des EU-Vergaberechts

Die zunehmende Bedeutung des Umweltschutz- und Nachhaltigkeitsgedankens im öffentlichen Wirtschaftsrecht spiegelt sich auch in der Entwicklung des Vergaberechts wider. Die Richtlinie über die Koordinierung der Verfahren zur Vergabe öffentlicher Dienstleistungsaufträge (Richtlinie 1992/50/EWG) erwähnte Umweltschutzkriterien oder die Nachhaltigkeit noch mit keinem Wort. Der Zuschlag war nach Art. 36 Richtlinie 1992/50/EWG

- „(a) entweder – wenn der Zuschlag auf das wirtschaftlich günstigste Angebot erfolgt – anhand von verschiedenen auf den jeweiligen Auftrag bezogenen Kriterien, z.B. Qualität, technischer Wert, Ästhetik, Zweckmäßigkeit der Leistung, Kundendienst und technische Hilfe, Lieferzeitpunkt, Ausführungszeitraum oder -frist, Preis
- (b) oder ausschließlich anhand des Kriteriums des niedrigsten Preises“

zu erteilen.

In seiner Grundsatzentscheidung „Concordia Bus Finland“ hat der Europäische Gerichtshof freilich schon im Jahr 2002 entschieden, dass ein Auftraggeber

³ Siehe § 30 HGrG, § 55 BHO/LHO und die einschlägigen kommunalen Vorschriften, etwa § 30 KommHV-Doppik und § 31 KommHV-Kameralistik.

⁴ Zur Entwicklung des Vergaberechts auch *M. Burgi*, Vergabefremde Zwecke und Verfassungsrecht, NZBau 2001, 64, 64 f.; *ders.*, Vergaberecht (3. Aufl., 2021), § 2 Rn. 1; *S. Kühnast*, in: Münchener Kommentar zum Wettbewerbsrecht, Bd. 3 (4. Aufl., 2022), § 97 GWB Rn. 86. Von einem „kontinuierlichen Öffnungsprozess“ spricht *T. Siegel*, Das Berücksichtigungsgebot des Bundes-Klimaschutzgesetzes und seine Relevanz im Vergaberecht, NZBau 2022, 315, 315.

„Umweltschutzkriterien wie die Höhe der Stickoxidemissionen oder den Lärmpegel der Busse berücksichtigen darf, sofern diese Kriterien mit dem Gegenstand des Auftrags zusammenhängen, dem Auftraggeber keine unbeschränkte Entscheidungsfreiheit einräumen, ausdrücklich im Leistungsverzeichnis oder in der Bekanntmachung des Auftrags genannt sind und bei ihnen alle wesentlichen Grundsätze des Gemeinschaftsrechts, insbesondere das Diskriminierungsverbot, beachtet werden“.⁵

Die Vergabekoordinierungsrichtlinie 2004/18/EG greift den Umweltschutzgedanken in ihren Erwägungsgründen explizit auf:

„Nach Artikel 6 des Vertrags müssen die Erfordernisse des Umweltschutzes bei der Festlegung und Durchführung der in Artikel 3 des Vertrags genannten Gemeinschaftspolitiken und -maßnahmen insbesondere zur *Förderung einer nachhaltigen Entwicklung* einbezogen werden. Diese Richtlinie stellt daher klar, wie die öffentlichen Auftraggeber zum Umweltschutz und zur Förderung einer nachhaltigen Entwicklung beitragen können, und garantiert ihnen gleichzeitig, dass sie für ihre Aufträge ein optimales Preis/Leistungsverhältnis erzielen können.“⁶

Ausdrücklich regte der Richtliniengeber schon seinerzeit an, dass Umweltanforderungen und Umwelteigenschaften, aber auch Umweltgütezeichen und Umweltmanagementmaßnahmen, verstärkt Einzug in das Beschaffungswesen halten sollen.⁷

Mit der Vergabennovelle des Jahres 2014 intensivierten das Europäische Parlament und der Rat ihr Bestreben, den Umweltschutz verstärkt als vergaberechtliches Sekundärziel zu verankern. Sie verfolgten mit ihrem Richtlinienpaket – der Konzessionsvergaberichtlinie 2014/23/EU, der Vergaberichtlinie 2014/24/EU und der Sektorenrichtlinie 2014/25/EU – erklärtermaßen vier zentrale Ziele: (1) das Vergabeverfahren zu vereinfachen, (2) das Auftragswesen zu digitalisieren, (3) den Kleineren und Mittleren Unternehmen den Marktzugang zu erleichtern und namentlich auch (4) das Vergabewesen als „policy strategy instrument“ insbesondere auch zur Implementierung von umweltpolitischen Zielen zu nutzen.⁸ Zwar kann das vorgebliche Ziel einer Vereinfachung des (Oberschwellen-)Vergaberechts schon angesichts des schieren Umfangs der 64-seitigen Konzessionsvergaberichtlinie (2014/23/EU), der 178-seitigen Vergaberichtlinie (2014/24/EU) und der 132-seitigen Sektorenrichtlinie (2014/25/EU) kaum ernst genommen werden. Demgegenüber sind die Auswirkungen der drei Vergaberichtlinien auf die Steuerungswirkung des deutschen

⁵ EuGH, Urt. v. 17.9.2002, Rs. C.513/99, Slg. 2002, I-7213, Ls. Bestätigt in der Wienstrom Entscheidung, EuGH, Urt. v. 4.12.2003, Rs. C.448/01, Slg. 2003, I-14527, Ls.

⁶ Hervorhebung durch den Verfasser.

⁷ Siehe Erwägungsgrund 29 und 44 Richtlinie 2004/18/EG. Eingehend zur Verwendung von Gütezeichen in der Leistungsbeschreibung *I. Lausen/A. Pustal*, Berücksichtigung von Nachhaltigkeitskriterien im Vergabeverfahren, NZBau 2022, 3, 5.

⁸ Siehe https://single-market-economy.ec.europa.eu/single-market/public-procurement/legal-rules-and-implementation_en.

Vergaberechts und seine zunehmende Instrumentalisierung zur Verfolgung sekundärer Vergabeziele nicht zu übersehen.

Der Lenkungsansatz des Richtliniengebers kommt in mehreren Erwägungsgründen deutlich zum Ausdruck. So verweisen beispielsweise die Erwägungsgründe der Vergaberichtlinie auf die

„Schlüsselrolle [der öffentlichen Auftragsvergabe] als eines der *marktwirtschaftlichen Instrumente*, die zur Erzielung eines *intelligenten, nachhaltigen und integrativen Wachstums* bei gleichzeitiger Gewährleistung eines möglichst effizienten Einsatzes öffentlicher Gelder genutzt werden sollen“.⁹

„Forschung und Innovation, einschließlich *Öko-Innovation und sozialer Innovation*, gehören zu den Haupttriebkraften künftigen Wachstums und stehen im Mittelpunkt der Strategie ‚Europa 2020‘ für intelligentes, nachhaltiges und integratives Wachstum. Öffentliche Auftraggeber sollten die öffentliche Auftragsvergabe strategisch optimal nutzen, um Innovationen voranzutreiben. Der Kauf innovativer Waren, Bauleistungen und Dienstleistungen spielt eine zentrale Rolle bei der Steigerung der Effizienz und der Qualität öffentlicher Dienstleistungen und ermöglicht es gleichzeitig, großen gesellschaftlichen Herausforderungen zu begegnen. Er trägt dazu bei, ein optimales Preis-Leistungs-Verhältnis zu erzielen und einen *umfassenderen wirtschaftlichen, ökologischen und gesellschaftlichen Nutzen* zu generieren, indem neue Ideen hervorgebracht, diese in innovative Waren und Dienstleistungen umgesetzt werden und damit ein *nachhaltiges Wirtschaftswachstum* gefördert wird.“¹⁰

Und:

„Artikel 11 AEUV verlangt, die Erfordernisse des *Umweltschutzes* bei der Festlegung und Durchführung der Unionspolitiken und -maßnahmen insbesondere zur Förderung einer *nachhaltigen Entwicklung* einzubeziehen. Diese Richtlinie stellt klar, auf welche Weise die öffentlichen Auftraggeber zum Umweltschutz und zur Förderung einer nachhaltigen Entwicklung beitragen können, und gewährleistet gleichzeitig, dass sie bei der Auftragsvergabe ein optimales Preis-Leistungs-Verhältnis erzielen können.

Öffentliche Auftraggeber sollten bei der Bewertung des besten Preis-Leistungs-Verhältnisses die mit dem Gegenstand des Auftrags verbundenen wirtschaftlichen und qualitativen Kriterien festlegen, die sie zu diesem Zweck heranziehen werden. Diese Kriterien sollten damit eine vergleichende Beurteilung des Leistungsniveaus jedes einzelnen Angebots gemessen am Gegenstand des Auftrags, wie in den technischen Spezifikationen festgelegt, ermöglichen. Hinsichtlich des besten Preis-Leistungs-Verhältnisses wird in dieser Richtlinie eine nicht abschließende Liste möglicher Zuschlagskriterien, die *ökologische und soziale Aspekte mit einschließen*, festgelegt. Öffentliche Auftraggeber sollten zur Wahl von Zuschlagskriterien ermutigt werden, mit denen sie qualitativ hochwertige Bauleistungen, Lieferungen und Dienstleistungen erhalten können, die ihren Bedürfnissen optimal entsprechen.“¹¹

Seinen vorläufigen Höhepunkt hat die Betonung des Klimaschutzes mit der sogenannten Klimaschutz-Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts aus

⁹ Erwägungsgrund 2 der Richtlinie 2014/24/EU (Hervorhebung durch den Verfasser).

¹⁰ Erwägungsgrund 47 der Richtlinie 2014/24/EU (Hervorhebung durch den Verfasser).

¹¹ Erwägungsgrund 91 f. der Richtlinie 2014/24/EU (Hervorhebung durch den Verfasser).

dem Jahr 2021 erreicht, in dem die Karlsruher Richter aus der Schutzpflicht für das Leben und die körperliche Unversehrtheit aus Art. 2 Abs. 2 S. 1 GG eine Verpflichtung des Staates ableiten, vor den Gefahren des Klimawandels zu schützen, und ein Grundrecht auf intertemporale Freiheitssicherung vor einer einseitigen Verlagerung der Treibhausgaserminderungsspflicht in die Zukunft anerkennen.¹²

2. Umsetzung im deutschen Oberschwellen-Vergaberecht

Der deutsche Gesetzgeber hat diese Richtlinienziele aufgegriffen und auf verschiedenen Ebenen und Stufen des Vergabeverfahrens umgesetzt, um damit ausdrücklich „die öffentliche Auftragsvergabe stärker zur Unterstützung strategischer Ziele zu nutzen“.¹³ Schon in den vergaberechtlichen Grundsätzen des § 97 Abs. 3 GWB kommt diese Neuausrichtung des Vergaberechts klar zum Ausdruck: „Bei der Vergabe werden Aspekte der Qualität und der Innovation sowie soziale und umweltbezogene Aspekte [...] berücksichtigt.“¹⁴ Die Berücksichtigung von strategischen Zielen, wie dem Umweltschutz, steht damit im gleichen Rang¹⁵ – freilich auch nicht darüber – wie das Wettbewerbs- und Transparenzprinzip (§ 97 Abs. 1 S. 1 GWB), das Verhältnismäßigkeitsprinzip (§ 97 Abs. 1 S. 2 GWB), der Gleichbehandlungsgrundsatz (§ 97 Abs. 2 GWB) und die Mittelstandsförderung (§ 97 Abs. 4 GWB).

Konkretisierende Regelungen finden sich in den §§ 97 ff. GWB und den untergesetzlichen Ordnungsregelungen der Verordnung über die Vergabe öffentlicher Aufträge (VgV) und der Vergabe- und Vertragsordnung für Bauleistungen – Vergabebestimmungen im Anwendungsbereich der Richtlinie 2014/24/EU (VOB/A – EU), die nachfolgend gesondert dargestellt werden.

3. Landesvergabegesetze

Ergänzende Vorgaben zur Berücksichtigung ökologischer Kriterien finden sich schließlich in mehr oder minder verbindlicher Form in einigen Landesvergabegesetzen:

Berlin: Auftraggeber „sind verpflichtet“, bei der Vergabe von Aufträgen ökologische Kriterien zu berücksichtigen (§ 7 Abs. 1 BerlAVG). Insbesondere sind bei der Wertung der Wirtschaftlichkeit der Angebote die vollständigen Lebenszykluskosten einer Leistung zu berücksichtigen (§ 7 Abs. 2 BerlAVG).

¹² BVerfGE 157, 30 Ls. 1 und 4.

¹³ Siehe die Gesetzesbegründung, BT-Drs. 18/6281, 55.

¹⁴ Von einer Aufwertung der Nachhaltigkeit zum Vergabegrundsatz sprechen *Lausen/Pustal* (Fn. 7), 4.

¹⁵ So auch MüKo-EUWettbR/*Kühnast* (Fn. 4), § 97 GWB Rn. 90.

Bremen: Bei der Vergabe von Bau-, Liefer- oder Dienstleistungen „müssen“ Umwelteigenschaften einer Ware, die Gegenstand der Leistung ist, berücksichtigt werden (§ 19 Abs. 1 TT-VgG).

Hamburg: Nach § 3b HmbVgV haben Öffentliche Auftraggeber dafür Sorge zu tragen, dass bei Erstellung, Lieferung, Nutzung und Entsorgung der zu beschaffenden Gegenstände oder Leistungen negative Umweltauswirkungen vermieden werden, soweit dies wirtschaftlich vertretbar ist (Abs. 1). Bei Lieferaufträgen sollen neben den voraussichtlichen Anschaffungskosten unter Berücksichtigung des Lebenszyklusprinzips die voraussichtlichen Betriebskosten über die Nutzungsdauer, die Kosten für den Energieverbrauch, die zugesagte Reparaturfähigkeit sowie die Entsorgungskosten berücksichtigt werden (Abs. 2) sowie umweltfreundliche und energieeffiziente Gesamtlösung angestrebt werden (Abs. 3). In den Leistungsbeschreibungen sollen die Leistungsanforderungen hinsichtlich Umweltschutz und Energieeffizienz benannt werden (Abs. 4). In „nach Art und Umfang geeigneten Fällen“ soll auf Eignungsebene ein Umweltmanagement gefordert werden (Abs. 6). Auf der Zuschlagssebene sollen Kriterien des Umweltschutzes und der Energieeffizienz berücksichtigt werden (Abs. 7). Schließlich sollen umweltbezogene Anforderungen an die Auftragsausführung vorgeschrieben (Abs. 8) und auf den Einsatz von emissionsfreien Fahrzeugen, insbesondere bei Transportdienstleistungen, hingewirkt werden (Abs. 9).

Hessen: Bei der Vergabe von öffentlichen Aufträgen „sind grundsätzlich“ Aspekte der Qualität und der Innovation sowie soziale und umweltbezogene Aspekte, wie etwa der Klimaschutz, zu berücksichtigen (§ 3 Abs. 1 Hess HVTG).

Niedersachsen: Öffentliche Auftraggeber „können bei der Festlegung der Anforderungen an die zu beschaffenden Gegenstände oder Leistungen berücksichtigen, inwieweit deren Erstellung, Lieferung, Nutzung und Entsorgung umweltverträglich erfolgt“ (§ 10 NTVergG).

Saarland: Öffentliche Auftraggeber sollen bei der Auftragsvergabe dafür Sorge tragen, dass die durch die Leistung bewirkten negativen Umweltauswirkungen gering gehalten werden (§ 11 Abs. 1 STFLG).

Sachsen-Anhalt: Gemäß § 5 TVergG „können“ zusätzliche Anforderungen wie umweltbezogene Aspekte, insbesondere die Energieeffizienz berücksichtigt werden.

Schleswig-Holstein: Nach § 2 Abs. 1 VGSH „können gemäß § 97 Absatz 3 GWB Aspekte der Qualität und der Innovation sowie soziale, gleichstellungs- und umweltbezogene Aspekte Berücksichtigung finden. Strategische Ziele und Nachhaltigkeitsaspekte können in jeder Phase eines Vergabeverfahrens, von der Definition der Leistung über die Festlegung von Eignungs- und Zuschlagskriterien bis hin zur Vorgabe von Ausführungsbedingungen einbezogen werden“.

Thüringen: Nach § 4 Abs. 1 ThürVgG sollen ab einem Auftragswert von netto 1.000 Euro neben den Anschaffungskosten unter Berücksichtigung des Lebenszyklusprinzips auch die voraussichtlichen Betriebskosten, Kosten für den Energieverbrauch und die Entsorgungskosten berücksichtigt werden. Weiterhin können umweltbezogene Aspekte auf allen Stufen des Vergabeverfahrens berücksichtigt werden (§ 4 Abs. 3 ThürVgG). Im Rahmen der technischen Fachkunde können Umweltbelange, insbesondere Umweltmanagementmaßnahmen, Berücksichtigung finden (§ 7 Abs. 4 ThürVgG). Nach § 8 ThürVgG können neben dem Preis und den Kosten auch qualitative, umweltbezogene oder soziale Aspekte berücksichtigt, nach § 9 ThürVgG können Anforderungen an eine umweltverträgliche Auftragsausführung gestellt werden.

In den meisten Landesvergabegesetzen wird das bestehende Instrumentarium des Vergaberechts lediglich deskriptiv wiedergegeben. Soweit Soll-Bestimmungen enthalten sind, dürfte dies den grundsätzlich weiten Beurteilungs- und Ermessensspielraum öffentlicher Auftraggeber im Sinne umweltbezogener Kriterien dirigieren; ein Absehen von umweltbezogenen Kriterien ist hier zumindest rechtfertigungs- und dokumentationsbedürftig. Ein besonderes umfassendes Beispiel für umweltbezogene Handlungsdirektiven bietet Hamburg. Am verbindlichsten und härtesten geregelt erscheinen die Vorgaben in Berlin und Bremen. Ob gerade in Berliner Beschaffungen tatsächlich konsequent (und vergaberechtskonform) ein Lebenszykluskostenansatz gelebt wird oder nur ein gutführender Programmsatz im Landesvergabegesetz aufgenommen worden ist, kann nur im Rahmen einer kritischen Evaluation geklärt werden. Die Kritik an den Landesvergabegesetzen, öffentliche Auftragsvergaben zu verkomplizieren, ohne einen messbaren Mehrwert für den Klimaschutz zu bewirken,¹⁶ sollte ernst genommen werden.

4. Zwischenbewertung zu strategischen Zielen im Vergabewesen

Aus der Entwicklung des Vergaberechts auf Unions- und Bundesebene, aber insbesondere auch aus der Synopse der Landesvergabegesetze wird ersichtlich, dass die Gedanken des Umweltschutzes und der Nachhaltigkeit (zumindest normativ) längst im Vergaberecht angekommen sind. Dem gesellschaftspolitischen Wandel folgt eine sprachliche Neuorientierung: War früher von (im Zweifel kritisch betrachteten) „vergabefremden Zwecken“ die Rede,¹⁷ wird nunmehr von „strategischen Zielen“ oder „sekundären Vergabezielen“ gesprochen.¹⁸ Auch sprachlich wird somit deutlich, dass Umweltschutzerwägungen nicht länger einen Fremdkörper im Beschaffungswesen bilden, sondern deren integraler Bestandteil sind.

Die Berücksichtigung von Nachhaltigkeitsaspekten bei der Beschaffung der öffentlichen Hand kann – richtig eingesetzt – sehr effektiv zur Verfolgung ökologischer, aber auch sozialer und anderer Politikziele beitragen. Da die Auftragsvergabe das ökonomische Eigeninteresse der Marktteilnehmer adressiert,¹⁹ führt sie zu einer deutlich höheren Akzeptanz am Markt als imperative Handlungsgebote und -verbote. Gegenüber Umweltbeihilfen vermeidet das

¹⁶ M. Burgi, Wenn weniger mehr ist: Klimaschutz durch Vergaberecht, KlimaRZ 2023, 208.

¹⁷ Burgi (Fn. 16), 208, spricht von einem „in den ersten Jahren des europäischen Vergaberechts durchaus despektierliche[n] Umgang mit den angeblich ‚vergabefremden Zwecken‘“. Siehe aber auch ders. (Fn. 4), 66, der sich seinerzeit bewusst für die Verwendung des heuristischen Begriffs der „vergabefremden Zwecke“ entschieden hat.

¹⁸ Siehe etwa Erwägungsgrund 123 der Vergaberichtlinie (2014/24/EU), der ausdrücklich auf die Strategie Europa 2020 für intelligentes, nachhaltiges und integratives Wachstum verweist. Siehe Mitteilung der Kommission v. 3.3.2010, KOM(2010) 2020 endg. Ferner *Lausen/Pustal* (Fn. 7), 3.

¹⁹ So auch MüKo-EUWettbR/Kühnast (Fn. 4), § 97 GWB Rn. 82.

durch Sekundärziele, wie die Nachhaltigkeit, aufgeladene Vergabewesen einen Konflikt mit dem EU-Beihilfeverbot (Art. 107 und 108 AEUV) und Fehlallokationen durch nicht hinreichend passgenaue Förderanreize und Mitnahmeeffekte. Dadurch dass der ganz überwiegende Anteil an Vergaben nicht durch den Bund und die Bundesländer, sondern durch die Gemeinden, Landkreise, Zweckverbände und Kommunalunternehmen erfolgt, kann zudem ganz im Sinne der Subsidiarität den örtlichen Besonderheiten und Bedürfnissen bei der Beschaffung Rechnung getragen werden. Im Ergebnis vermag das Vergabewesen im besonderen Maße freiheitsschonend gewählte Politikziele im Rahmen einer nachhaltigen sozialen Marktwirtschaft verfolgen.²⁰

Die Vergabepaxis zeigt freilich, dass der hehre Ansatz einer strategischen, insbesondere nachhaltigen Vergabe in einem gewissen Spannungsverhältnis zu einer rechtssicheren und effizienten Beschaffung von Liefer-, Bau- und Dienstleistungen, aber insbesondere auch zu den vergaberechtlichen Fundamentalprinzipien des Wettbewerbs (§ 97 Abs. 1 S. 1 GWB) und der Verhältnismäßigkeit (§ 97 Abs. 1 S. 2 GWB) sowie der Mittelstandsförderung (§ 97 Abs. 4 GWB) stehen kann. Dieses Spannungsverhältnis ist nach hier vertretener Auffassung durch eine Abwägung der miteinander konfligierenden Vergabegrundsätze im Sinne einer praktischen Konkordanz aufzulösen. Keinem Vergabegrundsatz – auch nicht dem Berücksichtigungsgebot von umweltbezogenen Aspekten und Nachhaltigkeit – kommt ein absoluter oder auch nur relativer Vorrang gegenüber den übrigen Grundsätzen zu. Wie immer im Bereich des Öffentlichen (Wirtschafts-)Rechts bleibt zudem der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit zu achten.

Vor diesem Hintergrund werden nachfolgend die unterschiedlichen Instrumente, die das Vergaberecht bietet, auf ihre Lenkungswirkung, aber auch ihre Praktikabilität hin untersucht und bewertet.

B. Nachhaltigkeit in der Leistungsbeschreibung

1. Das Leistungsbestimmungsrecht des Auftraggebers

Am Anfang jeder Beschaffung steht die Definition des Auftragsgegenstands, die in einer Leistungsbeschreibung bzw. einem Leistungsverzeichnis mündet. Schon aus den normativen Regelungen des § 121 Abs. 1 GWB, des § 31 Abs. 1 und 2 VgV (für Liefer- und Dienstleistungen) bzw. des § 7 EU Abs. 1 Nr. 1 VOB/A²¹ (für Bauleistungen) wird deutlich, dass öffentlichen Auftraggebern hierbei ein *weitreichendes Leistungsbestimmungsrecht* zusteht.

²⁰ M. Opitz, in: M. Burgi/M. Dreher/M. Opitz (Hrsg.), Beck'scher Vergaberechtskommentar, Bd. 1 (4. Aufl., 2022), § 97 Abs. 3 GWB Rn. 24. So auch schon Burgi (Fn. 4), 66.

²¹ Entsprechende Regelungen enthalten § 28 Abs. 2 SektVO, § 15 Abs. 1 KonzVgV, § 15 Abs. 2 VSVgV und § 7 VS VOB/A.

Ausdrücklich dürfen (und sollen) die Merkmale der Leistungsbeschreibung Aspekte der Qualität und der Innovation sowie umweltbezogene Aspekte betreffen (§ 31 Abs. 3 VgV und § 16d EU Abs. 2 Nr. 2 S. 2 lit. a VOB/A). Ein Auftraggeber kann im Ausgangspunkt frei darüber entscheiden, ob und inwieweit er besondere qualitative, technische, soziale, ästhetische, aber insbesondere auch innovative und umweltbezogene Anforderungen an die zu beschaffende Leistung stellt. Sein *Leistungsbestimmungsrecht* ist dem *Vergabeverfahren vorgelagert*;²² das Vergaberecht regelt demnach nicht, *was* der öffentliche Auftraggeber beschafft, sondern nur, *wie* – auf welche Art und Weise – er dies tut.²³

Beispiele für Nachhaltigkeitsaspekte in der Leistungsbeschreibung – auch jenseits des § 67 VgV – sind etwa die Vorgaben zu(m)

- maximalen Energieverbrauchswerten (z.B. Kraftstoffverbrauch bei der Beschaffung von Personenkraftwagen, Leistungsaufnahme in Watt bei IT-Systemen),
- Einsatz von E-Fahrzeugen bei der Leistungserbringung,
- Einsatz von biologisch abbaubaren Reinigungsmitteln bei Reinigungsleistungen,
- Recycling-Fähigkeiten des Liefergegenstands (z.B. Verbrauchsmaterial wie Drucker-Toner),
- Anteil von Bio-Lebensmitteln etwa bei der Beschaffung von Kita-Verpflegungen,
- (anteiligen) Einsatz nachwachsender Rohstoffe (z.B. Holz aus nachhaltiger Bewirtschaftung) oder recycelter RC-Baustoffe.

Öffentliche Auftraggeber können *umweltbezogene Gütezeichen* verlangen, wenn ein hinreichender Auftragsbezug für das Gütezeichen vorliegt, dieses auf objektiv nachprüfbaren und nicht-diskriminierenden Kriterien beruht und das Gütezeichen für alle Betroffenen zugänglich ist (§ 7a EU Abs. 6 Nr. 1 VOB/A bzw. § 34 Abs. 2 VgV) sowie wenn gleichwertige andere Gütezeichen bzw. andere geeignete Nachweise akzeptiert werden (§ 7a EU Abs. 6 Nr. 3 und Nr. 4 VOB/A bzw. § 34 Abs. 4 und 5 VgV).²⁴ Beispiele für solche Produktzertifizierungen und Gütezeichen sind etwa der Blaue Engel, Energy Star und das FSC- oder PEFC-Zertifikat für Holz aus nachhaltiger Bewirtschaftung.

Die konkrete Ausübung des Leistungsbestimmungsrechts muss im Ergebnis (lediglich) *sachlich gerechtfertigt* sein, d.h. sie bedarf nachvollziehbarer, objektiver und auftragsbezogener Gründe und muss *willkür- und diskriminierungsfrei* sein.²⁵ Es lassen sich die allgemeingültigen verwaltungsrechtlichen

²² OLG Düsseldorf, VergabeR 2012, 846, Rn. 41. Ferner U. Schraner, in: Ingenstau/Korbion, VOB Teile A und B (22. Aufl., 2023), § 7 VOB/A Rn. 67.

²³ BayObLG, Beschl. v. 25.3.2021 – Verg 4/21, Rn. 50.

²⁴ Grundlegend schon EuGH, VergabeR 2012, 569 Rn. 29.

²⁵ BayObLG, NZBau 2023, 135 Rn. 35. Siehe auch *Europäische Kommission*, Umweltbezogene Beschaffung! Ein Handbuch für ein umweltorientiertes öffentliches,

Maßstäbe für die Ausübung von Beurteilungsspielräumen übertragen, d.h. der Sachverhalt muss vollständig ermittelt und bewertet werden und es dürfen keine sachfremden Erwägungen einfließen.²⁶ Im Übrigen steht es einem öffentlichen Auftraggeber frei, eine Leistung nach seinen individuellen Vorstellungen zu bestimmen.²⁷

Wenn der *Markt* durch objektiv und auftragsbezogen begründbare Anforderungen *faktisch verengt* wird, ist dies vom Leistungsbestimmungsrecht gedeckt und *hinzunehmen*. Kein Bieter hat einen Anspruch darauf, dass die Latte der Leistungsbeschreibung so niedrig gelegt wird, dass er auch mit qualitativ nur (unter-)durchschnittlichen Produkten oder Leistungen an einer Ausschreibung teilhaben kann.²⁸

2. Grenzen des Leistungsbestimmungsrechts

Unbeschadet des grundsätzlich weiten Spielraums von Auftraggebern ist auch das Leistungsbestimmungsrecht nicht frei von Fallstricken. Es gelten zunächst die allgemeinen verwaltungsrechtlichen Schranken für behördliche Handlungs- und Beurteilungsspielräume, wonach der zugrunde liegende *Sachverhalt zutreffend ermittelt* werden muss, die allgemeinen Vergabegrundsätze eingehalten werden und *keine sachwidrigen Erwägungen* in die Entscheidung einfließen dürfen.²⁹ So hat etwa das Oberlandesgericht München eine Vergabe aufgehoben, in der der Auftraggeber die thermische Verwertung teer- und pechhaltigen Straßenaufbruchs ausdrücklich mit dem Ziel einer „hochwertige[n] und ressourcenschonende[n] Verwertung“ der mineralischen Fraktion ausgeschrieben und damit eine Verwertung des Materials als (Deponie-)Bauersatzstoff ausgeschlossen hatte. Dadurch, dass sie eine weitere, wesentliche zulässige Verwertungsoption nicht in ihre Überlegungen einbezogen hatte, habe die Vergabestelle den *Sachverhalt nicht ausreichend ermittelt* und die nach dem Kreislaufwirtschaftsgesetz (KrWG) gebotene vergleichende Bewertung der Vor- und Nachteile der Verwertungsalternativen nicht berücksichtigt.³⁰

Weiterhin muss die Leistungsbeschreibung *eindeutig und erschöpfend* sein (§ 121 Abs. 1 GWB, § 31 Abs. 2 Nr. 1 VgV, § 7 EU Abs. 1 Nr. 1 VOB/A). Werden Nachhaltigkeitsanforderungen in die Leistungsbeschreibung aufge-

Beschaffungswesen (2005), 14, abrufbar unter https://www.vergabe.nrw.de/sites/default/files/documents/2019-06/handbuch_umweltorientierte_beschaffung.pdf.

²⁶ OLG München, NZBau 2018, 427 Ls. 3.

²⁷ OLG Karlsruhe, NZBau 2023, 200 Ls. 8.

²⁸ VK Bund, Beschl. v. 29.1.2015 – VK 2-117/14 – juris Rn. 179. So im Ergebnis auch MüKo-EUWettbR/C. Seebo (Fn. 4), § 31 VgV Rn. 53.

²⁹ OLG München, NZBau 2018, 427 Ls. 3.

³⁰ OLG München, NZBau 2018, 427, 428 ff., insbesondere Rn. 42. Zur Berücksichtigung der Vorgaben des Kreislaufwirtschaftsgesetzes (KrWG) als Schranke des Leistungsbestimmungsrechts siehe auch OLG Frankfurt, Beschl. v. 21.7.2020 – 11 VG 9/19.

nommen, muss das Bau- bzw. Leistungssoll aus Sicht eines durchschnittlichen, verständigen und fachkundigen Bieters klar und eindeutig definiert sein und darf bei Auslegung *aus dem objektiven Empfängerhorizont* keine ernsthaften Fragen offenlassen, da andernfalls keine vergleichbaren Angebote vorlägen.³¹

Die Leistungsbeschreibung muss ferner *produktneutral* sein, d.h. sie darf grundsätzlich keine konkreten Produkte oder Hersteller vorgeben, sofern dies nicht ausnahmsweise durch den Auftragsgegenstand rechtfertigbar ist (§ 31 Abs. 6 VgV bzw. § 7 EU Abs. 2 VOB/A). Die vergaberechtliche Rechtsprechung hat jüngst jedoch (überraschend) Milde gegenüber produktscharfen Ausschreibungen walten lassen und trotz schwerwiegender Wettbewerbsverengung als nachvollziehbare, objektive und auftragsbezogene Gründe etwa

- sicherheits- und arbeitsschutztechnische Anforderungen,³²
- die andernfalls nicht gewährleistete vollständige Kompatibilität mit vorhandenen Systemen und die Verringerung des Risikos für Fehlfunktionen³³ oder
- die Verwendung einheitlicher Ausstattung und bereits erfolgte Schulungen der Nutzer³⁴ genügen lassen.

Wie oben ausgeführt, ist zwar hinzunehmen, dass eine sachlich begründete Leistungsbestimmung den Bietermarkt verengt. Das Vergaberecht hat nicht die Aufgabe, einen bestehenden Wettbewerbsvor- bzw. -nachteil auszugleichen und erzwingt gerade kein „race to the bottom“ und keine Ausschreibung auf dem kleinsten gemeinsamen Nenner. Eine *Grenze* kann allerdings dort überschritten sein, wo *nur noch ein Marktteilnehmer* in der Lage ist, die ausgeschriebene Leistung anzubieten; hier ist der Rechtfertigungsdruck eines öffentlichen Auftraggebers hoch, dass es keine vernünftige Alternative oder Ersatzlösung gibt und der fehlende Wettbewerb nicht das Ergebnis einer künstlichen Einschränkung ist (vgl. § 14 Abs. 6 VgV).³⁵ Ohne vorausgehende intensive Markterkundung wird ein Auftraggeber diese Rechtfertigung in der Regel nicht leisten können.³⁶

³¹ OLG Schleswig, VergabeR 2016, 97 Rn. 32. Ferner Ingenstau/Korbion/Schranner (Fn. 22), § 7 VOB/A Rn. 7.

³² OLG Frankfurt a.M., VergabeR 2021, 73, Ls. 1, zu Flugzeugschleppern.

³³ OLG Düsseldorf, Beschl. v. 16.10.2019 – Verg 66/18, Rn. 53 ff.; OLG Brandenburg, Beschl. v. 8.7.2021 – 19 Verg 2/21, Ls. 4.

³⁴ BayObLG, Beschl. v. 25.3.2021 – Verg 4/21, Rn. 50 ff.

³⁵ OLG Düsseldorf, NZBau 2018, 118 Ls. 1 und Rn. 29. Ferner MüKo-EUWettbR/Seebo (Fn. 28), § 31 VgV Rn. 53; W. Krohn, in: M. Gabriel/W. Krohn/A. Neun (Hrsg.), Handbuch Vergaberecht (3. Aufl., 2021), § 19 Rn. 51. Siehe auch Umweltbundesamt, Rechtsgutachten umweltfreundliche öffentliche Beschaffung (2022), 62 ff.

³⁶ So auch O.M. Kern/H. Rubin, in: H. Röwekamp et al. (Hrsg.), Kommentar zur VgV (2. Aufl., 2021), § 14 VgV Rn. 47.

3. Funktionale Ausschreibungen

Bauleistungen werden konventionell mittels eines Leistungsverzeichnisses ausgeschrieben, das in seinen Titeln und Position ein vorab mit einer Vor-, Entwurfs- und Ausführungsplanung durchgeplantes Bauvorhaben „bis auf den letzten Nagel“ eindeutig und erschöpfend beschreibt (§ 7b EU VOB/A). Zuschlagskriterium ist dann regelmäßig allein der Preis.³⁷ Will ein Auftraggeber demgegenüber einen stärkeren Fokus auf Qualität und Innovation legen, bietet sich als Alternative eine funktionale Ausschreibung an. Eine solche Leistungsbeschreibung mit Leistungsprogramm ist nach § 7c EU VOB/A zulässig, wenn es nach Abwägen aller Umstände zweckmäßig ist, abweichend von der konventionellen Ausschreibung auch den Entwurf für die Leistung dem Wettbewerb zu unterstellen, um die technisch, wirtschaftlich und gestalterisch beste und funktionsgerechteste Lösung der Bauaufgabe zu ermitteln.

Eine funktionale Ausschreibung aktiviert das Know-how und die Innovationskräfte des Markts; sie kann einen Beitrag leisten, das Vergabewesen insbesondere auch stärker auf qualitative und Nachhaltigkeitsziele auszurichten.³⁸ Damit keine Äpfel mit Birnen allein anhand ihres Preises verglichen werden, ist Voraussetzung einer funktionalen Ausschreibung, dass mit dem Angebot Lösungsentwürfe, technischen Beschreibungen oder anderweitige qualitative Konzepte eingereicht werden und dass der Zuschlag auch anhand von qualitativen und ökologischen Zuschlagskriterien erteilt wird (siehe hierzu unter D). Der Mehrwert einer funktionalen Ausschreibung liegt darin, dass der Auftraggeber mehrere qualitative und innovative Lösungsansätze für seinen Beschaffungsbedarf erhält; als Wermutstropfen führt dieser konzeptionelle Mehraufwand der Bieter dazu, dass die unterliegenden Bieter hierfür eine angemessene Entschädigung erhalten müssen (§ 8b EU Abs. 1 Nr. 2 S. 2 VOB/A).

4. Sonderregelungen für energieverbrauchsrelevanten Leistungen und Straßenfahrzeuge

Den Gestaltungsspielraum determinierende Handlungsdirektiven finden sich für die Beschaffung energieverbrauchsrelevanter Leistungen. Nach § 67 VgV sollen bei der Beschaffung von *energieverbrauchsrelevanten Liefer- oder Dienstleistungen* Anforderungen an die höchste Energieeffizienz bzw. -klasse gestellt werden, Informationen zum Energieverbrauch abgefragt und in geeigneten Fällen Lebenszykluskosten oder vergleichbare Methoden zur Überprüfung der Wirtschaftlichkeit gewählt werden. § 8c EU VOB/A enthält eine ent-

³⁷ Zum gleichen Befund gelangen auch H. Röwekamp/S. Hofmann/V. Wapelhorst, Zuschlagskriterien der Nachhaltigkeit bei Bauvergaben, NZBau 2022, 707, 707.

³⁸ Siehe auch Nr. 4.1.1 der Begründung zur Allgemeine Verwaltungsvorschrift zur Beschaffung klimafreundlicher Leistungen (AVV Klima). Hierzu schon M. Burgi, Ökologische und soziale Beschaffung im künftigen Vergaberecht: Kompetenzen, Inhalte, Verhältnismäßigkeit, NZBau 2015, 597, 600.

sprechende Regelung, wenn die Lieferung energieverbrauchsrelevanter Waren, technischer Geräte oder Ausrüstungen (wie Heizungen, Wärmepumpen) Bestandteil einer Bauleistung ist. Für Vergaben des Bundes wird diese Verpflichtung in § 4 Allgemeine Verwaltungsvorschrift zur Beschaffung klimafreundlicher Leistungen (AVV Klima) grundsätzlich auf alle Beschaffungen erstreckt.

Von dieser Soll-Anforderungen des § 67 VgV bzw. § 8c EU VOB/A darf nur in – zu begründenden! – Ausnahmefällen abgewichen werden, etwa wenn beschränkte Haushaltsmittel oder eine zu starke Wettbewerbsbeschränkung diesen Anforderungen entgegenstehen.³⁹

Die Regelungen des früheren § 68 VgV sind inzwischen in das Gesetz über die Beschaffung sauberer Straßenfahrzeuge ausgelagert worden. Das Saubere-Fahrzeuge-Beschaffungs-Gesetz stellt insbesondere an die Beschaffung von Kraftfahrzeugen und von Verkehrsdienstleistungen Mindestziele im Sinne von Mindestprozentsätzen sauberer leichter und schwerer Nutzfahrzeuge (§ 5 und § 6 SaubFahrzeugBeschG).

5. Anforderungen des Bundes-Klimaschutzgesetzes und des Kreislaufwirtschaftsgesetzes

§ 13 Abs. 1 Bundes-Klimaschutzgesetz (KSG) verpflichtet alle Träger öffentlicher Aufgaben im Sinne eines *allgemeinen Berücksichtigungsgebots*, bei ihren Planungen und Entscheidungen den Zweck des Bundes-Klimaschutzgesetzes und die zu seiner Erfüllung festgelegten Ziele zu berücksichtigen. Der persönliche Anwendungsbereich reicht insoweit über den Bund hinaus und erfasst die öffentliche Hand in allen ihren Erscheinungsformen, d.h. auch Länder, Bezirke, Landkreise und Kommunen sowie die rechtlich selbständigen Anstalten und Körperschaften des öffentlichen Rechts ebenso wie die von der öffentlichen Hand getragenen Unternehmen in Privatrechtsform. Dem sachlichen Anwendungsbereich sollen alle Verwaltungsentscheidungen mit und ohne Außenwirkung unterliegen, namentlich auch das Beschaffungswesen.⁴⁰ Allein, die konkreten Auswirkungen des § 13 Abs. 1 KSG auf das Beschaffungswesen bleiben unklar.

Schon nach § 97 Abs. 3 werden (kein Ermessen!) umweltbezogene Aspekte nach Maßgabe der §§ 97 ff. GWB berücksichtigt. Die in der Literatur erhobene Forderung, § 13 Abs. 1 KSG als Optimierungsgebot zu interpretieren und damit einen relativen Vorrang des Klimaschutzes gegenüber anderen Belangen zu begründen,⁴¹ ist abzulehnen. Eine Art Vorrangregelung regelt § 13 Abs. 2

³⁹ So *M. Knauff*, in: M. Burgi/M. Dreher/M. Opitz (Hrsg.), Beck'scher Vergaberechtskommentar, Bd. 2 (3. Aufl., 2019), § 67 VgV Rn. 12; *J. Wiedemann*, in: Röwekamp et al. (Fn. 36), § 67 Rn. 13. Siehe auch die Verordnungsbegründung, BR-Drs. 345/11, 8.

⁴⁰ Siehe auch die Gesetzesbegründung, BT-Drs. 19/14337, 36. Ferner *Siegel* (Fn. 4), 316.

⁴¹ So wohl *Siegel* (Fn. 4), 316, der im Widerspruch hierzu beim besonderen Berücksichtigungsgebot des § 13 Abs. 2 KSG von einem „Vorrang des Vergaberechts im Übrigen“ ausgeht.

KSG bewusst nur für den Bund als Auftraggeber. Schon die Normsystematik des § 13 KSG spricht damit gegen eine extensive Auslegung.⁴² Diese stünde zudem in Widerspruch zu den mit den vom EU-Vergaberecht verfolgten Zielen, neben einer stärkeren Implementierung der Umweltpolitik eben auch Vergabeverfahren zu vereinfachen und Kleinen und Mittleren Unternehmen den Marktzugang zu erleichtern. Auch die vergaberechtlichen Grundsätze des § 97 Abs. 1 bis 4 GWB und der darin – zu Recht – angelegte Ausgleich der miteinander konfligierenden Sekundärziele streiten gegen einen (auch nur relativen) Vorrang des Klimaschutzes gegenüber einem funktionierenden und fairen Bieterwettbewerb und einer sozialpolitischen, innovativen und oder mittelstandsfreundlichen Beschaffung.⁴³ § 13 Abs. 1 KSG als *lex specialis* gegenüber § 97 GWB auszulegen, ist angesichts seines denkbar weiten Anwendungsbereichs für alle Planungen und Entscheidungen der öffentlichen Hand fernliegend. Im Ergebnis statuiert § 13 Abs. 1 KSG nach dieser systematischen Auslegung innerhalb der Norm selbst und innerhalb der Rechtsordnung, aber auch nach seinem klaren Wortlaut („Berücksichtigungsgebot“, „bei ihren Planungen und Entscheidungen [...] zu berücksichtigen“) und nach dem Willen des Gesetzgebers lediglich ein *Berücksichtigungs-* bzw. *Befassungsgebot*. Ein Mehrwert gegenüber der schon bislang verpflichtenden Berücksichtigung umweltbezogener Aspekte nach § 97 Abs. 3 GWB ist nicht erkennbar.

Um die akademische Diskussion an einem realen Beispiel aus der Vergabepaxis zu veranschaulichen: Die Generalsanierung eines mit Asbest und kanzerogenen Stoffen belasteten Schulgebäudes aus den 1960er Jahren ist einem Neubau allein mit Blick auf die Klimafreundlichkeit vorzugswürdig. Dieser Belang ist von einem kommunalen Schulaufwandsträger bei seiner Entscheidung zu berücksichtigen (Befassungsgebot). Gleichwohl müssen die Erwägungen, dass die Generalsanierung (aufgrund der aufwändigen Schadstoffsanierung) um mehrere Millionen teurer ist als ein Neubau, dass auch ein generalisierter Altbau nicht vollständig barrierefrei sein wird (Inklusion!) und dass der Bestandsbau nicht zu einer offenen Lernlandschaft umgebaut werden kann, die zeitgemäßen Bildungsansprüchen genügt, im Rahmen einer Gesamtabwägung einen Neubau rechtfertigen können.

Für Vergaben des Bundes regelt § 13 Abs. 2 KSG darüber hinaus ein *besonderes Berücksichtigungsgebot der Klimaschutzbelange* bei der Planung, Auswahl und Durchführung von Investitionen und bei der Beschaffung, wie damit jeweils zum Erreichen der nationalen Klimaschutzziele nach § 3 beigetragen werden kann (S. 1). Kommen mehrere Realisierungsmöglichkeiten in Frage,

⁴² Zur Normsystematik auch T. Birk, Vergaberecht als Mittel zur Verfolgung der Klimaschutzbelange des Art. 20 a GG, NZBau 2022, 572, 574.

⁴³ Auf den gebotenen Ausgleich einer Vielzahl von Interessen und Zielbestimmungen, die nicht zwangsläufig hinter den Klimaschutz (auch im Hinblick auf Art. 20a GG) zurücktreten, verweist auch Birk (Fn. 42), 573.

dann ist in Abwägung mit anderen relevanten Kriterien mit Bezug zum Ziel der jeweiligen Maßnahme solchen der Vorzug zu geben, mit denen das Ziel der Minderung von Treibhausgasemissionen über den gesamten Lebenszyklus der Maßnahme zu den geringsten Kosten erreicht werden kann (S. 2). Mehraufwendungen sollen nicht außer Verhältnis zu ihrem Beitrag zur Treibhausgasminderung stehen (S. 3). Soweit vergaberechtliche Bestimmungen anzuwenden sind, sind diese zu beachten (S. 4). Diese gesetzlichen Vorgaben sind zwischenzeitlich in der Allgemeinen Verwaltungsvorschrift zur Beschaffung klimafreundlicher Leistungen (AVV Klima) für die Dienststellen des Bundes in unmittelbarer Bundesverwaltung konkretisiert worden. Neben Vorgaben zur Energieeffizienz (s.o.) enthält die AVV Klima unter anderem die Verpflichtung zu einer vorgängigen Bedarfsanalyse einschließlich der Prüfung, ob anstelle einer Neubeschaffung eine Reparatur oder der Kauf gebrauchter Produkte ein klima- oder umweltfreundlicheres Mittel der Beschaffung darstellt (§ 2 Abs. 1 S. 3 AVV Klima) sowie einen Negativkatalog von Leistungen, die grundsätzlich nicht beschafft werden dürfen (§ 3 AVV Klima i.V.m. Anlage 1). Ergänzt werden die Berücksichtigungsgebote durch die Zielbestimmung des § 15 KSG, die Bundesverwaltung bis zum Jahr 2030 klimaneutral zu organisieren.

Das Bundes-Klimaschutzgesetz setzt damit bewusst insbesondere in der ersten Phase eines Vergabeverfahrens an und verpflichtet den Bund als Auftraggeber, die nationalen Klimaschutzziele nach § 3 KSG bei der Bestimmung seines Beschaffungsbedarfs, also im Rahmen der Leistungsbeschreibung, zu berücksichtigen. Nach der Gesetzesbegründung sollen „die Prüfung und Berücksichtigung anderer Belange wie zum Beispiel des Ressourcenschutzes sowie der klimawirksamen Aspekte der Entsorgung nach Ende der Lebensdauer, [...] davon unberührt“ bleiben.⁴⁴ Dieser Fokus rein auf Klima- und Ressourcenschutz erscheint verengt; die zweifelsohne wichtigen Belange des Klimaschutzes sind auch mit nicht-ökologischen, insbesondere sozial- und wirtschaftspolitischen Zielen (Stichwort: Förderung von Kleinen und Mittleren Unternehmen) in Einklang zu bringen.

§ 13 Abs. 3 KSG verpflichtet (nur) den Bund schließlich, bei der „Anwendung“ von Wirtschaftlichkeitskriterien (gemeint wohl: bei der Festlegung von Wirtschaftlichkeitskriterien im Sinne des § 127 GWB, denn diese sind bei der Wertung selbst zwingend zu beachten, siehe unter D) die dem Bund entstehenden Kosten und Einsparungen über den jeweiligen gesamten Lebenszyklus der Beschaffung zugrunde zu legen. Diese Anforderungen werden in § 2 AVV Klima für Vergaben der Dienststellen des Bundes konkretisiert.

Vergleichbare Anforderungen im Hinblick auf den Ressourcenschutz und die Abfallvermeidung richtet § 45 Abs. 2 S. 1 i.V.m. Abs. 1 KrWG ebenfalls an die Behörden des Bundes und die seiner Aufsicht unterstehenden (bundes-

⁴⁴ Gesetzesbegründung, BT-Drs. 19/14337, 37.

unmittelbaren) juristischen Personen des öffentlichen Rechts, Sondervermögen und sonstigen Stellen. Diese haben (kein Ermessen!) bei der Beschaffung von Material, bei Bauvorhaben und sonstigen Aufträgen, Erzeugnissen den Vorzug zu geben, die (1) in rohstoffschonenden, energiesparenden, wassersparenden, schadstoffarmen oder abfallarmen Produktionsverfahren hergestellt worden sind, (2) durch Vorbereitung zur Wiederverwendung oder durch Recycling von Abfällen, insbesondere unter Einsatz von Rezyklaten, oder aus nachwachsenden Rohstoffen hergestellt worden sind, (3) sich durch Langlebigkeit, Reparaturfreundlichkeit, Wiederverwendbarkeit und Recyclingfähigkeit auszeichnen oder (4) im Vergleich zu anderen Erzeugnissen zu weniger oder schadstoffärmeren Abfällen führen oder sich besser zur umweltverträglichen Abfallbewirtschaftung eignen.

Die Bevorzugungspflicht der ressourcenschonenderen Variante steht unter einem *dreifachen Vorbehalt*. Sie gilt – erstens – nur, soweit die Erzeugnisse für den vorgesehenen Verwendungszweck geeignet sind, durch ihre Beschaffung oder Verwendung keine unzumutbaren Mehrkosten entstehen, ein ausreichender Wettbewerb gewährleistet wird und keine anderen Rechtsvorschriften entgegenstehen (§ 45 Abs. 2 S. 2 KrWG). § 45 Abs. 2 S. 3 KrWG verweist – zweitens – auf die Einhaltung der vergaberechtlichen Bestimmungen,⁴⁵ hierunter die Vergabegrundsätze des Wettbewerbs, der Transparenz, der Gleichbehandlung und der Mittelstandsförderung sowie insbesondere der Verhältnismäßigkeit. Im Hinblick auf den Verhältnismäßigkeitsgrundsatz wird gerade bei dezentralen (kommunalen) Vergaben die Zweck-Mittel-Relation von Klimaschutzanforderungen einerseits und Marktzutrittschürden für Kleine und Mittlere Unternehmen sowie für auswärtige Unternehmen (EU-Binnenmarkt!) sowie das Verhältnis von Auftragswert zu klimaschutzbedingten Mehrkosten im Blick zu behalten sein. Schließlich wird – drittens – auf § 7 BHO und damit den Grundsatz der Sparsamkeit und Wirtschaftlichkeit verwiesen.

Die teilweise erhobene Forderung, diese Bevorzugungspflichten über eine Neuregelung des § 121 GWB auch auf den Bereich der Länder⁴⁶ und insbesondere der Kommunen zu übertragen,⁴⁷ will gut überlegt sein. Zwar stellen § 13 Abs. 2 S. 3 KSG und § 45 Abs. 2 S. 3 KrWG die Bevorzugungspflicht unter den Vorbehalt der Verhältnismäßigkeit und trägt dies (entgegen der Gesetzesbegründung) nicht nur dem Grundsatz der sparsamen Haushaltsführung,⁴⁸ sondern insbesondere und primär dem Übermaßverbot als Maxime allen staatlichen Handels Rechnung. Abgesehen davon, dass der Gesetzgeber den persön-

⁴⁵ Vor diesem Hintergrund und aufgrund des Anwendungsvorrangs des EU-Vergaberechts erscheint die Aussage von *Lausen/Pustal* (Fn. 7), 7, wonach die vergaberechtlichen Vorschriften nur noch subsidiär gelten sollen, schwerlich vertretbar.

⁴⁶ Landesrechtliche Abfallgesetze enthalten zu Teilen vergleichbare Bevorzugungspflichten, siehe hierzu *Umweltbundesamt* (Fn. 35), 68.

⁴⁷ So für § 13 Abs. 2 KSG *Burgi* (Fn. 16), 208; *Siegel* (Fn. 4), 317.

⁴⁸ Gesetzesbegründung, BT-Drs. 19/14337, 37.

lichen Anwendungsbereich des § 13 Abs. 2 S. 3 KSG und § 45 Abs. 2 S. 3 KrWG bewusst auf Beschaffungen des Bundes beschränkt hat, würde eine solche Berücksichtigungspflicht zu einer weiteren Verteuerung von Beschaffungen führen,⁴⁹ die angesichts knapper Haushaltskassen, insbesondere der Kommunen, durch Einsparungen an anderer Stelle kompensiert werden müssen.⁵⁰ Ob nun andere Beschaffungen zurückgestellt oder im Bereich der Leistungsverwaltung und fakultativen Aufgaben einer Kommune gespart werden: Ein zu klimaschutzoptimiertes Vergabewesen zulasten der kommunalen Daseinsvorsorge kann kein nachhaltiges Modell sein.

Abschließend sei die kritische Frage erlaubt, welchen konkreten Beitrag § 13 Abs. 2 KSG und § 45 Abs. 2 KrWG über wohlfühlende Programmsätze hinaus für eine strategische Beschaffung leisten können. Beide Normen sind nicht bieterschützend. Für § 45 Abs. 2 S. 1 KrWG stellt dies schon der Normtext klar („ohne damit Rechtsansprüche Dritter zu begründen“),⁵¹ zu § 13 Abs. 2 KSG übernimmt dies die Gesetzesbegründung:

„Die Verpflichtungen der öffentlichen Auftraggeber beziehen sich dabei auf den vorbereitenden Prozess der Konzeption und Strukturierung eines Vergabeverfahrens und sind dem eigentlichen Vergabeverfahren vorgelagert. Sie sind *mangels Drittschutz-Charakter* gegenüber anderen Beteiligten im Vergabefahren auch *nicht justiziabel*, etwa in einem Nachprüfungsverfahren nach dem Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen.“⁵²

Die Klimaschutzgesetzgebung beraubt sich dadurch selbst eines der wirkungsvollsten Instrumente zur Durchsetzung des materiellen Rechts, nämlich effektiver Rechtsschutzmöglichkeiten von Marktteilnehmern, die ansonsten im Rahmen ihrer Rechtsschutzmöglichkeiten (im Vergaberecht: mit Rügen und Nachprüfungsverfahren) den materiell-rechtlichen Vorschriften zur praktischen Durchsetzung verhelfen.

6. Fazit

Die Berücksichtigung von Nachhaltigkeits- und Klimaschutzaspekten im Rahmen der Leistungsbeschreibung ist ein vergleichsweise einfach und rechtssicher zu handhabendes Instrument für öffentliche Auftraggeber.⁵³ Beiden Belangen ist bei der Ausfüllung des Leistungsbestimmungsrechts öffentlicher

⁴⁹ Die von der AVV Klima (Fn. 38), 3, angenommene Teuerung um 5 % bei nur ¼ der Beschaffungen dürfte eher tief gegriffen sein. Siehe auch *Umweltbundesamt* (Fn. 35), 57.

⁵⁰ So schon *Burgi* (Fn. 4), 64.

⁵¹ Die Auslegung des § 45 Abs. 2 S. 1 KrWG als drittschützend, die vom *Umweltbundesamt* (Fn. 35), 71, vorgenommen wird, ist contra legem und kaum zu vertreten.

⁵² Gesetzesbegründung BT-Drs. 19/14337, 37. So auch *Birk* (Fn. 42), 574, unter Verweis auf *MüKo-EUWettbR/M. Knauff* (Fn. 4), § 97 Rn. 404. A.A. *Umweltbundesamt* (Fn. 35), S. 74.

⁵³ Wird die hinreichende Qualität eines Produkts, einer Dienst- oder Bauleistung schon im Rahmen der Leistungsbeschreibung definiert, spricht im Übrigen auch nichts gegen die (rechtssichere!) Entscheidung für den Preis als alleiniges Zuschlagskriterium.

Auftraggeber ein erhebliches Gewicht beizumessen, kommt aber keine Vorrangstellung gegenüber anderen Belangen zu; sie sind mit den weiteren Vergabegrundsätzen, hierunter dem Wettbewerbsprinzip und Verhältnismäßigkeitsgrundsatz, den haushaltsrechtlichen Grundsätzen Sparsamkeit und Wirtschaftlichkeit, dem Gebot der Mittelstandsförderung, aber auch weiteren Sekundärzielen des Vergaberechts, wie der Innovation, Sozialpolitik und Daseinsvorsorge, zum Ausgleich zu bringen.

C. Nachhaltigkeitsanforderungen durch Eignungsanforderungen an die Marktteilnehmer

Auftraggeber können weiterhin auf der Eignungsebene umweltbezogene Mindestanforderungen und/oder Wertungskriterien definieren. Öffentliche Aufträge dürfen nach § 122 Abs. 1 GWB nur an fachkundige und leistungsfähige Unternehmen vergeben werden. Eignungskriterien knüpfen damit an den Bewerber bzw. Bieter als Unternehmen an. Wie gleich zu zeigen sein wird, können die Eignungskriterien dabei auch umweltbezogene Kriterien umfassen.

Eignungskriterien sind als *Mindestanforderungen* denkbar – mit der Folge, dass ein Bewerber bzw. Bieter, der diese nicht erfüllt, zwingend und ohne jeden Ermessensspielraum vom Vergabeverfahren auszuschließen ist (§ 57 Abs. 1 VgV bzw. § 6 EU Abs. 2 S. 1 VOB/A). In zweistufigen Vergabeverfahren mit vorgeschaltetem Teilnahmewettbewerb, d.h. insbesondere dem nicht-offenen Verfahren (§ 16 VgV bzw. § 3b EU Abs. 2 VOB/A), dem Verhandlungsverfahren (§ 17 VgV bzw. § 3b EU Abs. 3 VOB/A) oder dem wettbewerblichen Dialog (§ 18 VgV bzw. § 3b EU Abs. 4 VOB/A), können umweltbezogene Eignungskriterien jedoch auch als weichere *Wertungskriterien auf Eignungsebene* eingesetzt werden. Ein Bewerber, der ein umweltbezogenes Wertungskriterium nicht erfüllt, hat hier gleichwohl abhängig vom Bewerberfeld eine (wenn auch verschlechterte) Chance, zum Angebot aufgefordert zu werden.

1. Allgemeinen Anforderungen an Eignungskriterien

Wie immer bei Eignungskriterien ist Voraussetzung, dass diese Mindestanforderungen mit dem *Auftragsgegenstand in Verbindung* und zu diesem im angemessenen Verhältnis stehen und insbesondere schon in der EU-Auftragsbekanntmachung transparent mitgeteilt werden (§ 122 Abs. 4 GWB). Anders als bei den Zuschlagskriterien genügt bei den Eignungskriterien gerade nicht, diese nur in den Vergabeunterlagen anzugeben; sie müssen zwar nicht minutiös, aber zumindest so weit wiedergegeben werden, dass potentielle Bewerber bzw. Bieter schon aus der Auftragsbekanntmachung ersehen können, ob sie sich an der Ausschreibung beteiligen können und wollen.⁵⁴

⁵⁴ OLG München, Beschl. v. 25.2.2019 – Verg 11/18, Rn. 68; OLG Düsseldorf, Beschl. v. 11.7.2018 – Verg 24/18, Ls. 2 und Rn. 50 f.

Die Eignungskriterien werden in § 122 Abs. 2 S. 2 GWB *abschließend aufgeführt* („dürfen ausschließlich Folgendes betreffen“). Es können damit nur Anforderungen an die Befähigung und Erlaubnis zur Berufsausübung, die wirtschaftliche und finanzielle Leistungsfähigkeit sowie die technische und berufliche Leistungsfähigkeit gestellt werden. Dem Auftraggeber kommt auf der Eignungsebene *kein Eignungskriterien-Erfindungsrecht* zu.⁵⁵

Während die Anforderungen an die wirtschaftliche und finanzielle Leistungsfähigkeit (etwa einen bestimmten Mindestjahresumsatz im Tätigkeitsbereich des Auftrags oder eine Betriebshaftpflichtversicherung in angemessener Höhe, vgl. § 45 VgV und § 6a EU Nr. 2 VOB/A) eher die allgemeine Leistungsfähigkeit des Unternehmens betreffen, finden sich insbesondere bei der beruflichen und technischen Leistungsfähigkeit umweltrelevante Eignungsanforderungen (siehe § 46 VgV und § 6a EU Nr. 3 VOB/A).

2. Referenzen mit Umweltrelevanz

In Betracht kommen etwa Mindestanforderungen an einschlägige Referenzen (§ 46 Abs. 3 Nr. 1 VgV und § 6a EU Nr. 3 lit. a VOB/A), deren Vergleichbarkeit insbesondere an umweltrelevanten Kriterien gemessen wird (z.B. Referenz über Bauvorhaben mit Passivhausstandard oder Plusenergiehaus, Referenz über Catering-Leistungen mit einer Mindestquote von Bio-Lebensmitteln).

Für die *Vergleichbarkeit einer Leistung* muss diese im Ausgangspunkt *nicht völlig identisch* mit der ausgeschriebenen Leistung sein. Eine Vergleichbarkeit ist dann gegeben, wenn die Referenz dem ausgeschriebenen Auftrag zumindest nahekommt, so dass aus der Referenz ein *tragfähiger Rückschluss* auf die Leistungsfähigkeit eines Bieters auch für den konkreten Auftrag möglich ist.⁵⁶ Der Vergabestelle kommt bei der Beurteilung der Vergleichbarkeit ein *nur eingeschränkt überprüfbarer Einschätzungsspielraum* zu.⁵⁷

Besonders begründungsbedürftig werden Anforderungen an die Vergleichbarkeit bei der Ausschreibung von Planungsleistungen. Nach § 75 Abs. 5 S. 3 VgV erklärt der Ordnungsgeber nämlich für die Vergleichbarkeit der Referenzobjekte als *in der Regel unerheblich*, ob der Bewerber bereits Objekte der-

⁵⁵ EuGH, Slg. 1992, I-3401, Rn. 18 ff., *Kommission/Italien*; Slg. 1994, I-1409, Rn. 35, *Kommission/Italien*; siehe auch H. Glahs, in: K.D. Kapellmann/B. Messerschmidt (Hrsg.), VOB-Kommentar, Teil A/B (8. Aufl., 2023), § 6a EU VOB/A Rn. 2; A. Kus, Losvergabe und Ausführungskriterien, NZBau 2009, 21, 23; J. Ziekow, Vergabefremde Zwecke und Europarecht, NZBau 2001, 72.

⁵⁶ BayObLG, Beschl. v. 9.11.2021 – Verg 5/21, Rn. 112. Siehe auch S. Mager, in: Burgi/Dreher/Opitz (Fn. 39), § 46 VgV Rn. 15.

⁵⁷ BayObLG, Beschl. v. 9.11.2021 – Verg 5/21, Ls. 4 und Rn. 112; OLG München, Beschl. v. 27.7.2018 – Verg 2/18 – juris Rn. 106; OLG München, Beschl. v. 12.11.2012 – Verg 23/12 – juris Rn. 48; OLG Rostock, Beschl. v. 21.1.2019 – 17 Verg 8/18 – juris Ls. 1 und Rn. 24; OLG Düsseldorf, Beschl. v. 27.6.2018 – Verg 4/18 – juris Rn. 42. Siehe auch L. Goldbrunner, in: J. Ziekow/U.-C. Völlink (Hrsg.), Vergaberecht (4. Aufl., 2020), § 46VgV Rn. 18.

selben Nutzungsart geplant oder realisiert hat. Die Vergleichbarkeit soll nach der Verordnungsbegründung primär an der Honorarzone bemessen werden (der freilich nach der Entscheidung des Gerichtshofs der Europäischen Union zur Unionsrechtswidrigkeit des zwingenden Preisrechts der Honorarordnung für Architekten und Ingenieure (HOAI)⁵⁸ nicht mehr derselbe Aussagegehalt wie in der Vergangenheit zukommt). Nach zutreffender Vergabekammer-Rechtsprechung enthält § 75 Abs. 5 S. 3 VgV kein *Denkverbot*, sondern nur ein *Begründungsgebot*. Wenn als Ausnahme von der Regel eine Referenz über eine konkret vergleichbare Nutzungsart verlangt werden soll, ist dies schlicht mit den besonderen Anforderungen der konkret zu vergebenden Planungsleistung zu begründen.⁵⁹ Werden also die Planungsleistungen für ein besonders innovatives oder nachhaltiges Gebäude vergeben, können durchaus mit entsprechender Begründung vergleichbare Referenzen (z.B. über ein Passivhausstandard, ein von der Deutschen Gesellschaft für Nachhaltiges Bauen DGNB-zertifiziertes Gebäude) verlangt werden.

Der *notwendige Auftragsbezug* schließt rein unternehmensbezogene Vorgaben ohne einen konkreten Bezug zur ausgeschriebenen Leistung aus. Wird beispielsweise die Objektplanung für ein Hochhaus ausgeschrieben, bei dem zum Schutz von streng geschützten Vogelarten Vermeidungsmaßnahmen für Vögelschlag vorgesehen werden sollen, kann für die Vergleichbarkeit einer Referenz konkret auftragsbezogen darauf abgestellt werden, ob bereits ein Hochhaus unter Anwendung der Grundsätze des *animal aided design* (oder vergleichbar) geplant worden ist.⁶⁰ Wird demgegenüber die Lieferung von IT-Systemen vergeben, ist die Frage, ob der Bieter in einem nach *animal aided design* geplanten Gebäude oder sich – unabhängig vom konkreten Auftrag – zu einer klimaneutralen Gesamtproduktion verpflichtet,⁶¹ ohne hinreichenden Auftragsbezug und wäre unzulässig.

⁵⁸ EuGH, Urt. v. 4.7.2019, Rs. C.377/17.

⁵⁹ VK Baden-Württemberg, Beschl. v. 28.8.2014 – 1 VK 38/14 zum Umbau einer Schule. Siehe auch B. Stolz, in: Ziekow/Völlink (Fn. 57), § 75 VgV Rn. 7; R. Voppel, in: R. Voppel/W. Osenbrück/C. Bubert, VgV (4. Aufl., 2018), § 75 Rn. 39 f.; S. Bulla, Die Vergabe von Architekten- und Ingenieurleistungen, VergabeR 2020, 1, 9. Zu den Begründungsanforderungen T. Schneider, in: Burgi/Dreher/Opitz (Fn. 39), § 75 VgV Rn. 111 f.

⁶⁰ Animal aided design soll als integrale Planungsmethode im Rahmen der Städtebauplanung, der Objektplanung des Architekten und der Freianlagenplanung helfen, die Bedürfnisse von Wildtieren besser in die Planung von Gebäuden und Grünflächen zu integrieren, siehe hierzu Bundesamt für Naturschutz, Animal-Aided Design – Einbeziehung der Bedürfnisse von Tierarten in die Planung und Gestaltung städtischer Freiräume (2021), abrufbar unter <https://www.bfn.de/publikationen/bfn-schriften/bfn-schriften-595-animal-aided-design-einbeziehung-der-beduerfnisse-von>.

⁶¹ Birk (Fn. 42), 577. Siehe auch Umweltbundesamt (Fn. 35), 103.

3. Umwelt-Zertifikate

Weiterhin können als Maßnahmen des Unternehmens zur Qualitätssicherung Umweltmanagementsysteme verlangt werden (§ 46 Abs. 3 Nr. 7 VgV und § 6a EU Nr. 3 lit. f VOB/A). Diese Umweltmanagementsysteme sind organisationsgebundene, d.h. unternehmensbezogene Instrumente, deren Ziel die Verbesserung der gesamten Umweltleistung der teilnehmenden Organisation ist. Sie sollen Organisationen ein klares Bild ihrer Umweltauswirkungen vermitteln und ihnen bei der Ermittlung und dem richtigen Management der signifikanten Auswirkungen helfen, um ihre Umweltleistung kontinuierlich zu verbessern.⁶²

Nach § 49 Abs. 2 VgV hat sich ein Auftraggeber, der solche Umweltmanagementsysteme fordert, auf solche (umweltbezogenen) Qualitätssicherungssysteme zu beziehen, die auf

1. dem Gemeinschaftssystem für das Umweltmanagement und die Umweltbetriebsprüfung (EMAS),
2. anderweitig nach Art. 45 VO (EG) Nr. 1221/2009 anerkannten Umweltsystemen oder
3. anderen einschlägigen europäischen oder internationalen Normen für das Umweltmanagement beruhen und von akkreditierten Stellen zertifiziert sind.

Neben der EMAS-Zertifizierung⁶³ kommt hierfür insbesondere ein zertifiziertes Umweltmanagementsystem nach DIN EN 14001 oder Energiemanagementsystem nach DIN EN ISO 50001 in Betracht.⁶⁴ Gleichwertige Bescheinigungen von akkreditierten Stellen aus anderen Mitgliedstaaten sind zu akzeptieren (§ 49 Abs. 2 S. 2 VgV).

Hatte ein Bewerber oder Bieter aus Gründen, die ihm nicht zugerechnet werden können, nachweislich keinen Zugang zu den betreffenden Bescheinigungen oder aus Gründen, die er nicht zu vertreten hat, keine Möglichkeit, diese innerhalb der einschlägigen Fristen zu erlangen, so muss der öffentliche Auftraggeber auch andere Unterlagen über gleichwertige Umweltmanagementmaßnahmen anerkennen, sofern der Bewerber oder Bieter nachweist, dass diese Maßnahmen mit denen, die nach dem geltenden System oder den geltenden Normen für das Umweltmanagement erforderlich sind, gleichwertig sind (§ 49 Abs. 2 S. 3 VgV). Diese Möglichkeit zum alternativen Nachweis (etwa durch einen von unabhängigen Dritten geprüften Umweltbericht, eine Umwelt-

⁶² Kommission (Fn. 25), 30.

⁶³ Siehe auch *Umweltbundesamt* (Fn. 35), 83 und 108 f. Während im Rahmen der Leistungsbeschreibung einer EMAS-Zertifizierung der Auftragsbezug fehlt, da sich diese nicht auf eine Ware oder Leistung, sondern auf die Einhaltung von Normen der Qualitätssicherung und des Umweltmanagements eines Unternehmens insgesamt bezieht, kann als Eignungskriterium, wie § 49 Abs. 2 VgV auch ausdrücklich vorsieht, ein EMAS-Umweltmanagementsystem (oder vergleichbares) verlangt werden.

⁶⁴ Siehe auch Nr. 4.2 der Begründung zur AVV Klima (Fn. 38).

Compliance⁶⁵) soll insbesondere Kleineren und Mittleren Unternehmen, die möglicherweise die Kosten einer solchen Zertifizierung scheuen, aber die inhaltlichen Anforderungen einer Zertifizierung einhalten, eine Teilhabe an Vergabeverfahren ermöglichen.⁶⁶ Die Darlegungs- und Beweislast für die Gleichwertigkeit liegt dann allerdings beim jeweiligen Bieter.⁶⁷ Faktisch wird die Anforderung eines Umweltmanagementsystems daher eine wettbewerbsbeschränkende Wirkung zeitigen.

Auch für die Forderung eines Umweltmanagementsystems gilt, dass diese nur dann als Mindestanforderung an die Eignung verlangt werden kann, wenn dies durch den *zu vergebenden Auftrag gerechtfertigt* (i.e. verhältnismäßig) ist, weil die Leistungserbringung etwa mit erhöhten Umweltgefahren oder -auswirkungen verbunden ist.⁶⁸ Dieser Auftragsbezug liegt bei Bauleistungen in naturräumlich sensibler Lage, bei Abbrucharbeiten von asbestbelasteten Gebäuden, bei Erdbauarbeiten auf altlastenbelasteten Grundstücken oder bei umweltrelevanten Dienstleistungen, wie etwa Reinigungsdienstleistungen, auf der Hand; bei der Ausschreibung von Bürobedarf und IT-Systemen⁶⁹ oder von Bewachungs- und Sicherheitsdienstleistungen wäre die Anforderung eines Umweltmanagementsystems demgegenüber fragwürdig. Zudem ist zu berücksichtigen, ob der Bietermarkt für einen Auftrag zu einem großen Anteil aus Kleinen und Mittleren Unternehmen besteht und – wenn ja – ob auch bei diesen Unternehmen eine Zertifizierung verbreitet ist.⁷⁰

4. Fazit

Öffentliche Auftraggeber können umweltrelevante Mindestanforderung an die Eignung stellen. Dies hat indes eine deutlich einschneide Wirkung für den Wettbewerb, da Unternehmen, die diese Anforderungen nicht erfüllen, zwingend auszuschließen sind (§ 57 Abs. 1 VgV bzw. § 6 EU Abs. 2 S. 1 VOB/A). Wählt ein Auftraggeber (zu) anspruchsvolle Eignungskriterien, beschränkt er damit zugleich den Marktzugang, was in einem Spannungsverhältnis zu den vergaberechtlichen Grundsätzen eines funktionierenden Bieterwettbewerbs (§ 97 Abs. 1 S. 1 GWB), der Verhältnismäßigkeit (§ 97 Abs. 1 S. 2 GWB) und der vornehmlichen Berücksichtigung mittelständischer Interessen insbesondere von Kleinen und Mittleren Unternehmen stehen kann (§ 97 Abs. 4

⁶⁵ Hierzu *Mager*, in: Burgi/Dreher/Opitz (Fn. 39), § 49 VgV Rn. 23.

⁶⁶ Erwägungsgrund 88 Richtlinie 2014/24/EU.

⁶⁷ MüKo-EUWettbR/M. Pauka/J. Krüger (Fn. 4), § 49 VgV Rn. 7.

⁶⁸ OLG Schleswig, BeckRS 2011, 39. Ferner *Mager*, in: Burgi/Dreher/Opitz (Fn. 39), § 49 VgV Rn. 15; MüKo-EUWettbR/Pauka/Krüger (Fn. 4), § 49 VgV Rn. 6; M. Püstow, in: Ziekow/Völlink (Fn. 57), § 49 VgV Rn. 12. Siehe auch *Umweltbundesamt*, EMAS in der öffentlichen Beschaffung (2019), 10, abrufbar unter https://www.umweltbundesamt.de/sites/default/files/medien/376/publikationen/emas_in_der_oeffentlichen_beschaffung_bf.pdf.

⁶⁹ Kritisch OLG Schleswig, BeckRS 2011, 39.

⁷⁰ Siehe auch § 4 Abs. 3 AVV Klima und Nr. 4.2 der Begründung zur AVV Klima (Fn. 38).

GWB).⁷¹ Als milderes Mittel bieten sich Anforderungen an die Auftragsausführung im Sinne des § 128 Abs. 2 GWB an (siehe dazu noch unter E).

In zweistufigen Verfahren mit Teilnahmewettbewerb – insbesondere dem nicht-offenen Verfahren nach § 16 VgV bzw. § 3b EU Abs. 2 VOB/A und Verhandlungsverfahren nach § 17 VgV bzw. § 3b EU Abs. 3 VOB/A – können umweltrelevante Wertungskriterien – ein Unternehmen, das diese nicht erfüllt, wird vom Wettbewerb nicht kategorisch ausgeschlossen, sondern erhält lediglich weniger Wertungspunkte – ein sinnvolles Instrument sein, um die besser geeigneten Bewerber, die zum Angebote aufgefordert werden, von den weniger geeigneten Bewerbern abzuschichten. Abhängig davon, wie viele besser geeignete Bewerber an einer Ausschreibung teilnehmen, hat damit auch ein Kleines und Mittleres Unternehmen, das sich z.B. kein zertifiziertes Umweltmanagementsystem leisten kann oder will, die Chance, am Vergabeverfahren teilzunehmen. Eine Steuerungswirkung entfalten die Wertungskriterien gleichwohl.

D. Nachhaltigkeit im Rahmen der Wirtschaftlichkeitswertung (Zuschlagskriterien)

1. Allgemeinen Anforderungen an die Aufstellung von Zuschlagskriterien

Nach § 127 Abs. 1 GWB wird der Zuschlag auf das wirtschaftlichste Angebot erteilt (S. 1). Grundlage dafür ist eine Bewertung des öffentlichen Auftraggebers, ob und inwieweit das Angebot die vorgegebenen Zuschlagskriterien erfüllt (S. 2). Das wirtschaftlichste Angebot bestimmt sich nach dem besten Preis-Leistungs-Verhältnis (S. 3). Zu dessen Ermittlung können neben dem Preis oder den Kosten auch qualitative, umweltbezogene oder soziale Aspekte berücksichtigt werden (S. 4).

Aus dem Gesetzeswortlaut des § 127 Abs. 1 GWB wird deutlich, dass öffentliche Auftraggeber einen Beurteilungs- und Ermessensspielraum haben, ob sie weiterhin nur den niedrigsten Preis als Zuschlagskriterium vorsehen (was insbesondere bei Bauleistungen und standardisierten Lieferleistungen weiterhin üblich ist),⁷² oder ob sie neben dem Preis bzw. den Kosten auch qualitative Zuschlagskriterien wählen. Eine weitergehende Konkretisierung findet sich auf untergesetzlicher Ebene in § 58 VgV und § 16d EU Abs. 2 VOB/A, die geradezu dazu anregen, auch qualitative, umweltbezogene und soziale Zuschlagskriterien, wie etwa soziale, umweltbezogene und innovative Eigenschaften, Vertriebs- und Handelsbedingungen, einzusetzen.

⁷¹ Siehe auch *Opitz*, in: Burgi/Dreher/Opitz (Fn. 20), § 97 Abs. 3 GWB Rn. 22.

⁷² Zur Zulässigkeit des niedrigsten Preises als alleinigem Zuschlagskriterium siehe Erwägungsgrund 95 Richtlinie 2014/24/EU und die Gesetzesbegründung, BT-Drs. 18/6281, 111 f.; OLG Düsseldorf, Beschl. v. 26.7.2018 – Verg 23/18, Ls. 3 und Rn. 62. Ferner *J. Ziekow*, in: Ziekow/Völlink (Fn. 57), § 127 GWB Rn. 32.

Die Zuschlagskriterien müssen gemäß § 127 Abs. 3 GWB mit dem *Auftragsgegenstand in Verbindung* stehen (S. 1). Diese Verbindung ist allerdings auch dann anzunehmen, wenn sich ein Zuschlagskriterium auf Prozesse im Zusammenhang mit der Herstellung, Bereitstellung oder Entsorgung der Leistung, auf den Handel mit der Leistung oder auf ein anderes Stadium im Lebenszyklus der Leistung bezieht, auch wenn sich diese Faktoren nicht auf die materiellen Eigenschaften des Auftragsgegenstandes auswirken (S. 2). Mangels hinreichenden Auftragsbezugs unzulässig ist demgegenüber, von einem Bieter ohne einen Bezug zur konkreten Leistung eine bestimmte Unternehmenspolitik der Nachhaltigkeit, ökologischen Verantwortung etc. zu verlangen.⁷³

Nach § 127 Abs. 4 GWB müssen die Zuschlagskriterien dabei so festgelegt und bestimmt sein, dass die Möglichkeit eines *wirksamen Wettbewerbs* gewährleistet wird, der *Zuschlag nicht willkürlich* erteilt werden kann und eine wirksame Überprüfung möglich ist, ob und inwieweit die Angebote die Zuschlagskriterien erfüllen. Die Zuschlagskriterien und deren Gewichtung sind den Bietern schließlich nach § 127 Abs. 5 GWB in der Auftragsbekanntmachung oder den Vergabeunterlagen *bekannt zu geben*. Ausfluss dieses Transparenzgebots und Willkürverbots ist, dass sich Auftraggeber an einmal bekannt gegebene Zuschlagskriterien *selbst binden*. Bei der Angebotswertung dürfen also keine anderen, als die bekannt gemachten Zuschlagskriterien berücksichtigt werden;⁷⁴ umgekehrt müssen die bekannt gegebenen Kriterien auch bewertet werden, so dass ein Auftraggeber also nicht auf die Bewertung eines Kriteriums nachträglich verzichten darf.⁷⁵

Öffentliche Auftraggeber haben im Ergebnis einen *relativ weiten Einschätzungsspielraum*, welche Wirtschaftlichkeitskriterien sie anlegen.⁷⁶ Seine Grenze findet der Gestaltungsspielraum jedoch in den Grundsätzen des Wettbewerbs, der Transparenz und dem Willkürverbot. So können qualitative Wertungskriterien unzulässig werden, wenn diesen ein so hohes Gewicht zugemessen wird, dass faktisch nur noch einzelne Unternehmen eine realistische Aussicht auf den Zuschlag haben, während andere Anbieter trotz objektiv gegebene-

⁷³ MüKo-EUWettbR/Kühnast (Fn. 4), § 97 Abs. 3 GWB Rn. 156. Siehe auch Lausen/Pustal (Fn. 7), 4, unter Verweis auf eine Entscheidung des BKartA, BeckRS 2020, 37931 Ls. 3 – dort zum sozialpolitischen Kriterium einer geschlossenen Lieferkette in der EU, in GPA-Unternehmerstaaten und in der Freihandelszone der EU.

⁷⁴ EuGH, NZBau 2015, 383 Rn. 27; OLG Düsseldorf, ZfBR 2015, 408 Ls. 2. Ferner Opitz, in: Burgi/Dreher/Opitz (Fn. 20), § 127 GWB Rn. 83; S. Bulla, in: K. Willenbruch/K. Wiedekind/A. Hübner (Hrsg.), Vergaberecht (5. Aufl., 2023) § 127 GWB Rn. 28.

⁷⁵ OLG Düsseldorf, NZBau 2015, 440 Rn. 80; OLG München, NZBau 2014, 528 Ls. 3 und Rn. 61.

⁷⁶ OLG Düsseldorf, Beschl. v. 26.7.2018 – Verg 23/18, Ls. 2. Allgemein zum Beurteilungsspielraum bei der Wahl der Zuschlagskriterien EuGH, Urt. v. 26.3.2015, Rs. C-601/13, Rn. 28. Siehe auch Opitz, in: Burgi/Dreher/Opitz (Fn. 20), § 127 GWB Rn. 33.

ner Eignung von vornherein chancenlos sind.⁷⁷ Weiterhin sind zu unbestimmte Zuschlagskriterien, die auch aus dem objektiven Empfängerhorizont eines verständigen Bieters heraus nicht konkretisierbar und greifbar sind, mit dem Transparenzgrundsatz nicht zu vereinbaren. Der Gerichtshof der Europäischen Union hat in diesem Sinne beispielsweise „Kriterien der Nachhaltigkeit der Einkäufe und des gesellschaftlich verantwortlichen Verhaltens“ als zu unbestimmt verworfen.⁷⁸

2. Kosten- statt Preiswertung (insbesondere Lebenszykluskosten)

Herkömmlich erfolgt die monetäre Wertung der Angebote anhand des Preises. Bewertet wird etwa die Angebotsendsumme des bepreisten Leistungsverzeichnisses einer Bauleistung oder der Gesamtpreis für die Beschaffung von IT-Systemen. Das Vergaberecht eröffnet den Auftraggebern aber schon in § 127 Abs. 1 GWB („neben dem Preis *oder den Kosten*“) die Möglichkeit, über die reinen Erstanschaffungskosten hinaus auch die *Betriebs- oder Folgekosten* für einen vom Auftraggeber vorzugebenden Zeitraum, etwa unter Berücksichtigung von Austausch- und Reparaturkosten, oder – noch ganzheitlicher – die vollständigen *Lebenszykluskosten* in die monetäre Wertung einzustellen. Ein solcher Kostenansatz hat eine hohe Sinnhaftigkeit, können doch bei Kraftfahrzeugen mit hohem Kraftstoffverbrauch oder IT-Systemen mit besonders schlechter Energieeffizienz die Betriebs- und Folgekosten ein erhebliches Gewicht gegenüber den Erstanschaffungskosten ausmachen.

Ein besonderes Augenmerk als Zuschlagskriterium mit Nachhaltigkeitsansatz verdient die monetäre Wertung anhand von *Lebenszykluskosten*. Nach § 59 Abs. 1 VgV (vgl. auch § 16d EU Abs. 2 Nr. 5 und 6 VOB/A) kann der öffentliche Auftraggeber vorgeben, dass das Zuschlagskriterium Kosten auf der Grundlage der Lebenszykluskosten der Leistung berechnet wird. Der öffentliche Auftraggeber hat hierzu nach § 59 Abs. 2 VgV bzw. § 16d EU Abs. 2 Nr. 6 VOB/A die *Methode zur Berechnung der Lebenszykluskosten* (soweit diese nicht durch Rechtsakt der Europäischen Union verbindlich vorgeschrieben ist – § 59 Abs. 4 VgV) und die zur Berechnung vom Unternehmen zu übermittelnden Informationen in der *Auftragsbekanntmachung* oder in den *Vergabeunterlagen* anzugeben. Vergabestellen des Bundes sind über § 13 Abs. 2 KSG und § 4 Abs. 4 AVV Klima zur Berücksichtigung der Lebenszykluskosten sogar verpflichtet. Vergleichbare Muss- oder Soll-Bestimmungen finden sich in den Landesvergabegesetzen (siehe unter II.A.3).

Spannend am ganzheitlichen Ansatz der Lebenszykluskosten ist, dass auch Kosten, die bei Dritten oder als rein externe Effekte (Umweltbelastung) anfallen, internalisiert und in der Vergabeentscheidung berücksichtigt werden kön-

⁷⁷ BGH, NZBau 2017, 366 Rn. 53; OLG Celle, NZBau 2019, 208 Rn. 14 ff.; OLG Celle, NZBau 2019, 462 Rn. 58.

⁷⁸ EuGH, NZBau 2012, 445 Rn. 110.

nen. Schon ein Blick in den Normtext des § 59 Abs. 2 und 3 VgV und die darin verankerten Voraussetzungen für die Wahl eines Lebenszykluskostenansatzes verdeutlichen aber auch, dass Vergabestellen mit der Aufstellung von vergaberechtskonformen Berechnungskriterien in der Regel überfordert sein werden. Eine Hilfestellung geben zwar Muster für Lebenszykluskosten, die etwa auf der Seite des Umweltbundesamts⁷⁹ für Produktkategorien wie Gartengeräte, Computer, Multifunktionsgeräte, Rechenzentren, Monitore, Bodenbeläge, Kühlschränke und Geschirrspülgeräte abgerufen werden können. Die disparate Aufzählung der Produktgruppen (die hier vollständig wiedergegeben ist!) zeigt, dass nicht annähernd erschöpfend Muster für die unterschiedlichen Beschaffungsbedarfe bereitgestellt werden.

Fazit: Weniger ist manchmal mehr. Ungeachtet des reizvollen Ansatzes, sämtliche Kosten von der Herstellung bis zur Entsorgung im Sinne des umweltrechtlichen „from-the-cradle-to-the-grave“-Prinzips berücksichtigen zu können, ist der Lebenszykluskostenansatz für durchschnittliche Vergabestellen von Kommunen, kommunalen Unternehmen, aber auch von dezentral agierenden staatlichen Behörden kaum zu handhaben. Ein probates Mittel ist, auf Energieeffizienzkriterien in der Leistungsbeschreibung zurückzugreifen (z.B. Vorgabe eines maximalen Kraftstoffverbrauchs, der Energieeffizienzklasse A+).

3. Festpreisvergabe als reiner Qualitätswettbewerb

Die herkömmliche Preiswertung (zumal, wenn der Preis das alleinige Zuschlagskriterium ist) trägt dem haushaltsrechtlichen Minimalprinzip Rechnung. Öffentliche Auftraggeber beschaffen sich eine von ihnen vordefinierte Leistung zum günstigsten Preis. Als Alternative ist seit der Vergabennovelle 2016 auch eine *Festpreis-* bzw. *Festkostenvergabe* denkbar (vgl. § 58 Abs. 2 Uabs. 2 VgV bzw. § 16d EU Abs. 2 Nr. 4 VOB/A). Hier gibt der Auftraggeber sein Budget als Festpreis bzw. Festkosten vor und ermittelt das wirtschaftlichste Angebot in einem reinen Qualitätswettbewerb nach qualitativen, umweltbezogenen oder sozialen Zuschlagskriterien.

Zwar verspürt manch ein Auftraggeber ein Unbehagen gegenüber der Festpreisvergabe in der Sorge, gegen die haushaltsrechtlichen Grundsätze der Sparsamkeit und Wirtschaftlichkeit zu verstoßen (§ 6 Abs. 1 HGrG, § 7 Abs. 1 LHO und die jeweiligen Kommunalverfassungen, siehe etwa Art. 61 Abs. 2 S. 1 BayGO). Diese Sorge ist unbegründet, denn tatsächlich trägt auch die Festpreisvergabe den haushaltsrechtlichen Maximen in Gestalt des *Maximalprinzips* Rechnung (mit Einsatz des vorgegebenen Budgets wird das bestmögliche Ergebnis erzielt).⁸⁰

⁷⁹ <https://www.umweltbundesamt.de/themen/wirtschaft-konsum/umweltfreundliche-beschaffung/lebenszykluskosten>.

⁸⁰ Siehe auch *Opitz*, in: Burgi/Dreher/Opitz (Fn. 20), § 127 GWB Rn. 29 f.

Eine erfolgreiche Festpreisvergabe setzt voraus, dass sich der Auftraggeber – etwas aus vorausgegangenen Ausschreibungen, Ausschreibungen anderer Auftraggeber oder aufgrund von Preisvorgaben bzw. -empfehlungen, wie sie etwa noch die Honorarordnung für Architekten und Ingenieure (HOAI) mit ihren Basishonorarsätzen bietet – eine hinreichend genaue Vorstellung von einer angemessenen Vergütung bilden kann. Wird das Festpreishonorar zu niedrig angesetzt, besteht andernfalls die Gefahr, dass anstelle des angestrebten Qualitätswettbewerbs ein Qualitätsdumping einsetzt, da die seriösen Bieter schon gar kein Angebot abgeben. Dem kann ein Auftraggeber mit der Definition einer Mindestanzahl qualitativer Wertungspunkte Rechnung tragen (z.B. ein Angebot wird nur dann in die Wertung eingestellt, wenn es mindestens $\frac{1}{2}$ oder $\frac{2}{3}$ der insgesamt zu erreichenden qualitativen Wertungspunkte erzielt).

4. Umwelt- und nachhaltigkeitsbezogene Zuschlagskriterien (insbesondere Schulnotenrechtsprechung)

Eines der einfachsten (und damit auch effektivsten und rechtssichersten) Instrumente neben der Leistungsbeschreibung, um Nachhaltigkeitsaspekte bei der öffentlichen Auftragsvergabe zu berücksichtigen, ist die Wahl umwelt- und nachhaltigkeitsbezogener Zuschlagskriterien. Dies ist in § 58 Abs. 2 Nr. 1 VgV bzw. § 16d EU Abs. 2 Nr. 2 lit. a VOB/A („umweltbezogene und innovative Eigenschaften“), aber auch in der Vergaberichtlinie⁸¹ ausdrücklich angelegt.

a) Beispiele für umweltbezogene Zuschlagskriterien

Bei Bauleistungen könnten – insbesondere bei (teil-)funktionalen Ausschreibungen, bei denen neben den eigentlichen Bauleistungen auch die Planungsleistungen vom Bieter aus einer Hand erbracht werden – als qualitatives Zuschlagskriterium etwa bewertet werden

- ein nachhaltiges Energiekonzept mit möglichst niedrigem Primärenergiebedarf der vorgesehenen Gebäudehülle und Wärmeversorgungsanlage und nachhaltiger Strom- und Wärmeerzeugung durch Photovoltaik und Solarthermie,
- die Verwendung nachhaltiger Baustoffe und Lieferketten, z.B. unter Anlehnung an nachhaltige Qualitätssiegel (oder anderweitiger Nachweis, die Zertifizierungsanforderungen zu erfüllen),
- ein möglichst hoher Anteil nachwachsender Rohstoffe in der Baukonstruktion,
- eine Umsetzung mit möglichst lösemittelfreien bzw. emissionsfreien Materialien,

⁸¹ Siehe Art. 82 Abs. 2 und Erwägungsgründe 96 ff. Richtlinie 2014/24/EU.

- ein Abfall- und Recyclingkonzept mit Maßnahmen zur Abfallvermeidung und einer vorrangigen Verwertung (vor einer Beseitigung),
- ein Konzept zur Minimierung von Immissionen, wie Luftschadstoffen, Lärm und Licht, durch Einsatz möglichst emissionsarmer Geräte und Maschinen.⁸²

Bei Lieferleistungen ist vorstellbar, neben Mindestanforderungen in der Leistungsbeschreibung (z.B. maximaler Kraftstoffverbrauch, maximale Leistungsaufnahme, Anteil an E-Fahrzeugen bei der Leistungserbringung) eine Übererfüllung der Kriterien auf der Zuschlagsebene zu bepunkteten. Als weitere Beispiele für nachhaltigkeitsbezogene Zuschlagskriterien könnte ein Erzeugnis aus fairem Handel,⁸³ der Einsatz von energieeffizienten Maschinen oder Personenkraftwagen,⁸⁴ ein Produktionsprozess, bei dem keine giftigen Chemikalien verwendet werden,⁸⁵ der CO₂-Fußabdruck⁸⁶ und/oder das Gebot der Abfallminimierung⁸⁷ und Ressourceneffizienz bei der Zuschlagswertung besser bepunktet werden als ein „konventionelles“ Produkt.⁸⁸

Nicht ganz unproblematisch ist hingegen eine Bewertung, ob unnötige Transportemissionen vermieden werden, da hierin mittelbar eine unzulässige Bevorzugung örtlicher Bieter und Diskriminierung auswärtiger Marktteilnehmer stecken kann;⁸⁹ da aber auch überörtliche Bieter durch eine Niederlassung oder Kooperation mit einem örtlichen Nachunternehmer diese Anforderungen erfüllen können, erscheint eine solche Vorgabe mit entsprechender Begründung darstellbar.⁹⁰

b) Wertungsspielräume der Schulnoten-Rechtsprechung

Die Herausforderung hierbei liegt in einer transparenten Bewertung. Da umweltbezogene Zuschlagskriterien denknotwendig eine gewisse Offenheit auf-

⁸² Weitere instruktive Beispiele finden sich bei *Röwekamp/Hofmann/Wapelhorst* (Fn. 37), 709.

⁸³ EuGH, NZBau 2012, 445 – juris Rn. 85 ff.

⁸⁴ OLG Karlsruhe, Beschl. v. 25.7.2014 – 15 Verg 5/14, Rn. 45.

⁸⁵ Erwägungsgrund 102 Richtlinie 2014/24/EU.

⁸⁶ OLG Frankfurt, Beschl. v. 29.3.2018 – 11 Verg 16/17, Ls. 1. Ferner MüKo-EU-WettbR/*Kühnast* (Fn. 4), § 97 Abs. 3 GWB Rn. 156. Ähnlich *Ziekow*, in: *Ziekow/Völlink* (Fn. 57), § 97 GWB Rn. 66.

⁸⁷ VK Baden-Württemberg, Beschl. v. 4.5.2018 – 1 VK 8/18, Rn. 99.

⁸⁸ Verordnungsbegründung, BR-Drs. 87/16, 213. Siehe auch Erwägungsgrund 97 Richtlinie 2014/24/EU.

⁸⁹ Zur Unzulässigkeit der Ortsansässigkeit als Zuschlagskriterium siehe *Opitz*, in: *Burgi/Dreher/Opitz* (Fn. 20), § 127 GWB Rn. 112 m.w.N. Kritisch auch *Umweltbundesamt* (Fn. 35), 126.

⁹⁰ So im Ergebnis OLG Frankfurt, Beschl. v. 29.3.2018 – 11 Verg 16/17, Ls. 1; OLG Düsseldorf, VergabeR 2013, 71 Rn. 53.

weisen müssen, wenn insbesondere auch innovative Ansätze zugelassen werden sollen, bietet sich insbesondere eine sogenannte *Schulnotenbewertung* an.

Nach der überholten früheren Schulnoten-Rechtsprechung, insbesondere des Oberlandesgerichts Düsseldorf, mussten die Zuschlagskriterien im Vorhinein eindeutig, klar und transparent bekannt gegeben werden. Es genügte nicht, die Schulnoten im Vorhinein abstrakt zu definieren; um Missbrauch und Manipulationsmöglichkeiten zu unterbinden, wurde von der vergaberechtlichen Rechtsprechung zunächst gefordert, im Vorhinein zu jedem Unterkriterium und jeder Notenstufe den Erwartungshorizont und Zielerreichungsgrad im Einzelnen konkret zu definieren. Damit war es detail festzulegen, wann welche Punktzahl zu erreichen ist⁹¹ (z.B. fünf Punkte bei Primärenergiebedarf von 30 kWh/m²a, einen Punkt bei 90 kWh/m²a, dazwischen linear interpoliert).

Diese Rechtsprechung führte faktisch dazu, dass der Auftraggeber bei der Aufstellung seiner Zuschlagskriterien die Lösungsentwürfe bzw. das Marktpotential vorwegdenken musste. Besonders innovative Ansätze, an die der Auftraggeber nicht gedacht hatte, konnten damit bei der Wertung nicht berücksichtigt bleiben. Zu Recht sind diese strengen Maßstäbe vom Gerichtshof der Europäischen Union in seiner *Dimarsio*-Entscheidung korrigiert worden. Zwar muss auch nach Auffassung des Gerichtshofs grundsätzlich festgelegt sein, wie die einzelnen Zuschlagskriterien gewichtet werden, damit die Bieter objektiv feststellen können, welches Gewicht ein Zuschlagskriterium gegenüber einem anderen hat. Weiterhin darf die Gewichtung der einzelnen Zuschlagskriterien während des gesamten Verfahrens nicht verändert werden. Im Übrigen hat der Gerichtshof die Gestaltungsspielräume öffentlicher Auftraggeber bei der Definition der Zuschlagskriterien jedoch wieder deutlich erweitert:

„Allerdings begründet weder Art. 53 Abs. 2 [nun: Art. 67 Richtlinie 2014/24/EU] noch eine andere Vorschrift der Richtlinie 2004/18 eine Pflicht zulasten des öffentlichen Auftraggebers, den potenziellen Bietern durch Veröffentlichung in der Bekanntmachung oder den Verdingungsunterlagen die Bewertungsmethode zur Kenntnis zu bringen, anhand deren er eine konkrete Bewertung der Angebote hinsichtlich der zuvor in den Auftragsdokumenten festgelegten Zuschlagskriterien und ihrer Gewichtung vornimmt und eine Rangfolge für sie erstellt.“⁹²

Das Oberlandesgericht Düsseldorf und der Bundesgerichtshof haben sich dieser Rechtsprechung angeschlossen und billigen einen Verzicht auf eine vorherige Bekanntmachung eines für jedes Einzelkriterium und jede Notenstufe ausdetaillierten Erwartungshorizonts und Zielerreichungsgrads. Dem Auftraggeber, der sich zulässig für eine funktionale Ausschreibung entscheide, solle gerade nicht über die Hintertür wieder auferlegt werden, doch die Lösungsanforderungen, deren Ermittlung er gerade dem Markt überlasse wolle, durch die Definition von Erwartungshorizont und Zielerreichungsgrad mittelbar festle-

⁹¹ OLG Düsseldorf, NZBau 2017, 116 Rn. 42 ff.; OLG Düsseldorf, NZBau 2016, 653, Rn. 34.

⁹² EuGH, VergabeR 2017, 721 – juris Rn. 27.

gen zu müssen. Notwendig und hinreichend ist, dass die Bieter aus den bekannt gemachten Zuschlagskriterien erkennen können, worauf es der Vergabestelle ankommt.⁹³

Diesen Anforderungen wird durch eine Formulierung des Erwartungshorizonts, wie oben aufgezeigt (z.B. „ein nachhaltiges Energiekonzept mit möglichst niedrigem Primärenergiebedarf der vorgesehenen Gebäudehülle und Wärmeversorgungsanlage und nachhaltiger Strom- und Wärmeerzeugung durch Photovoltaik und Solarthermie“), in Verbindung mit abstrakt definierten Schulnoten (z.B. fünf Punkte = „Die Erwartungen des Auftraggebers werden vollständig erfüllt“, vier Punkte = „Die Erwartungen des Auftraggebers werden überwiegend erfüllt“) Rechnung getragen.

Sind damit einerseits die Anforderungen an die Ausdifferenzierung und Bekanntmachung der Zuschlagskriterien abgesenkt, werden andererseits das Problem und die Fehleranfälligkeit auf die Ebene der Wertung und ihrer Bekanntmachung verlagert. Nach der aktuellen Rechtsprechung muss ein Auftraggeber seine für die Zuschlagserteilung maßgeblichen Erwägungen in allen Schritten so eingehend dokumentieren, dass nachvollziehbar ist, welche konkreten qualitativen Eigenschaften der Angebote mit welchem Gewicht in die Benotung eingegangen sind. Der Vergabevermerk und insbesondere die Begründung der Wertung müssen alle Informationen enthalten, die notwendig sind, um die Entscheidungen des öffentlichen Auftraggebers nachvollziehen zu können und die vergebenen Schulnoten daraufhin überprüfen zu können, ob diese ohne Diskriminierung und Benachteiligung anderer Bieter plausibel vergeben wurden.⁹⁴

Die Bewertung qualitativer Konzepte, etwa eines Energiekonzepts (z.B. zum Primärenergiewert und zur nachhaltigen Wärmeversorgung eines Bauvorhabens), eines Nachhaltigkeitskonzepts (z.B. zur Verwendung nachhaltig produzierter Rohstoffe oder Vorprodukte, Verwendung von Mehrwegverpackungen, Vorrang der Reparatur vor Neulieferungen), eines Entsorgungskonzepts (z.B. zur Entsorgung von Verpackungsmaterial, zur Recycling- oder Verwertungsquote von Verbrauchs- oder Altgeräten), bietet einerseits die Möglichkeit, die Nachhaltigkeit und den Ressourcenschutz im Rahmen der Wirtschaftlichkeitswertung stärker als früher zur berücksichtigen;⁹⁵ wird die Bewertung der Konzepte jedoch nicht an verobjektivierbare Kriterien geknüpft (etwa Energieverbrauch, Energieklassen, Zertifikate)⁹⁶ birgt dies jedoch zugleich die Gefahr einer subjektiven, nicht im Sinne des § 127 Abs. 4 GWB gesichert willkürfreien und nicht wirksam überprüfbaren Angebotswertung.

⁹³ BGH, NZBau 2017, 366 Rn. 46 ff.

⁹⁴ BGH, NZBau 2017, 366, Rn. 53; OLG Düsseldorf, NZBau 2020, 318 Rn. 124; OLG München, NZBau 2021, 698 Ls. 2.

⁹⁵ Lausen/Pustal (Fn. 7), 4 f.

⁹⁶ Röwekamp/Hofmann/Wapelhorst (Fn. 37), 710, sprechen von operationalisierten Zuschlagskriterien, bei denen überprüft werden kann, zu welchem Grad sie erfüllt werden.

Im Ergebnis eröffnet die aktuelle Schulnotenrechtsprechung öffentlichen Auftraggebern einen grundsätzlich *weitreichenden Wertungsspielraum*, der von den Vergabenachprüfungsinstanzen (entsprechend den verwaltungsprozessualen Grundsätzen der eingeschränkten Nachprüfbarkeit von Beurteilungsspielräumen) nur daraufhin überprüft wird, ob die Vergabestelle das vorgeschriebene Verfahren eingehalten hat, nicht von einem unzutreffenden oder nicht hinreichend ermittelten Sachverhalt ausgegangen ist und sich nicht von sachwidrigen Erwägungen hat leiten lassen sowie allgemeingültige Bewertungsmaßstäbe beachtet hat.⁹⁷

c) Gremienentscheidung als Mittel gegen Willkür?

Ungeachtet der grundsätzlich weiten Wertungsspielräume eines Auftraggebers bergen die in § 58 VgV bzw. § 16d EU Abs. 2 lit. a VOB/A beispielhaft aufgezählten qualitative Zuschlagskriterien wie „Qualität, einschließlich des technischen Werts, Ästhetik, Zweckmäßigkeit, Zugänglichkeit der Leistung, insbesondere für Menschen mit Behinderungen, ihrer Übereinstimmung mit Anforderung des ‚Designs für alle‘, soziale, umweltbezogene und innovative Eigenschaften“ die Gefahr einer willkürlichen, nicht hinreichend nachprüfbaren Wertung (vgl. § 127 Abs. 4 GWB). Je unbestimmter und „angebotsoffener“ die gewählten Zuschlagskriterien ausfallen, desto größer ist die Gefahr, dass subjektive Wertungen und Empfindungen Einzug in die Angebotswertung halten.

Öffentliche Auftraggeber sind gut beraten, überall dort, wo möglich, an objektivierbare Kriterien (wie einen messbaren bzw. in technischen Datenblättern anzugebenden Energieverbrauch, Zertifizierungen, Energieeffizienzklassen) anzuknüpfen. Gilt es hingegen, echte Wertungsspielräume auszufüllen, kann sich eine *Jury-* bzw. *Gremienentscheidung* anbieten, die zu einer gewissen Verobjektivierung durch eine mehrheitlich bzw. einstimmig getroffene Entscheidung führt.⁹⁸ Das Vergaberecht macht keine Vorgaben, wie eine Jury zu besetzen ist. Ein Auftraggeber kann (und sollte im Hinblick auf deren Sachverstand) auch externe Berater hinzuziehen, wenn er sich deren Entscheidung wertend zu eigen macht.⁹⁹

Nach der vergaberechtlichen Rechtsprechung muss bei divergierenden Noten der einzelnen Jury-Mitglieder jede Einzelwertung anhand der oben genannten Anforderungen transparent und nachvollziehbar begründet sowie dokumentiert werden. Es genügt nicht, lediglich die nackten Punktzahlen ohne

⁹⁷ OLG Düsseldorf, NZBau 2023, 128 Rn. 57; OLG Karlsruhe, NZBau 2021, 560 Rn. 30; OLG München, NZBau 2021, 698 Rn. 74 ff.

⁹⁸ Opitz, in: Burgi/Dreher/Opitz (Fn. 20), § 127 GWB Rn. 80.

⁹⁹ OLG Schleswig, NZBau 2023, 336 Ls. 4 und Rn. 117 f.

Begründung zu vergeben. Dies gilt insbesondere dann, wenn die Einzelnoten stark voneinander abweichen.¹⁰⁰

d) Fazit

Im Ergebnis stellt sich eine Berücksichtigung von Nachhaltigkeitsaspekten in den Zuschlagskriterien – neben der Leistungsbeschreibung – als eine wirksame und zugleich mit überschaubarem Aufwand für die Vergabestellen zu handhabende Möglichkeit dar. Insbesondere gegenüber Eignungskriterien bieten Zuschlagskriterien den Vorteil, dass sie keine starre Plus-Minus-Entscheidung darstellen,¹⁰¹ den Bietermarkt nicht verengen und das vergaberechtliche Primärziel einer effizienten Beschaffung von Waren, Bau- und Dienstleistungen nicht gefährden.

E. Bedingungen für die Auftragsausführung

Das Vergaberecht eröffnet mit § 128 Abs. 2 GWB schließlich die Möglichkeit, bestimmte umweltpolitische Anforderungen (erst) bei der Auftragsausführung zu verlangen, sofern diese Anforderungen mit dem Auftragsgegenstand entsprechend § 127 Abs. 3 GWB in Verbindung stehen (S. 1). Diese Ausführungsbedingungen müssen sich aus der Auftragsbekanntmachung oder den Vergabeunterlagen ergeben (S. 2) und können insbesondere wirtschaftliche, innovationsbezogene, umweltbezogene, soziale oder beschäftigungspolitische Belange betreffen (S. 3).

Bedingungen für die Auftragsausführung stellen in der Sache *besondere Vertragsbedingungen* dar,¹⁰² die zeitlich erst nach dem Zuschlag im Stadium der Vertragsdurchführung greifen, aber als Vertragsbestandteil auch für Nachunternehmer gelten.¹⁰³ Eine Bewertung dieser Anforderungen findet damit weder auf Eignungs- noch auf Zuschlagsebene statt.¹⁰⁴ Ein (denknotwendig nach Zuschlagserteilung liegender) Verstoß gegen Anforderungen an die Auftragsausführung führt zu rein zivilrechtlichen Konsequenzen (Schlechtleistung, Abmahnung etc.). Dieses bedeutet zugleich, dass Bedingungen für die Auftragsausführung objektiv auch erfüllbar und kontrollierbar sein müssen.¹⁰⁵

¹⁰⁰ VK Südbayern, Beschl. v. 4.7.2017 – Z3-3-3194-1-17-04/17, Rn. 156. Siehe zum Ganzen auch *S. Bulla*, Setzen Sechs! – Warum die Schulnotenproblematik problematisch bleibt, juris AnwZert BauR 14/2018 Anm. 1.

¹⁰¹ In diesem Sinne auch MüKo-EUWettbR/Kühnast (Fn. 4), § 97 GWB Rn. 162.

¹⁰² OLG Düsseldorf, VergabeR 2014, 803 Rn. 30; OLG Düsseldorf, NZBau 2016, 55 Rn. 46. So auch *Ziekow*, in: *Ziekow/Völlink* (Fn. 57), § 128 GWB Rn. 19.

¹⁰³ *Opitz*, in: *Burgi/Dreher/Opitz* (Fn. 20), § 128 GWB Rn. 15.

¹⁰⁴ Gesetzesbegründung, BT-Drs. 18/6271, 113. Siehe auch MüKo-EUWettbR/Kühnast (Fn. 4), § 97 GWB Rn. 171.

¹⁰⁵ *Burgi* (Fn. 38), 600.

Da im Ausgangspunkt zunächst einmal eine *Vertragstreue eines Bieters zu unterstellen* ist, kann nur bei begründeten, z.B. in einem Begleitschreiben oder einer Bieterfrage manifestierten Zweifeln daran, dass die Bedingungen für die Ausführung des Auftrags von einem Bieter auch akzeptiert werden, ein Ausschluss des Angebots wegen einer Abänderung der Vergabeunterlagen (§ 57 Abs. 1 Nr. 4 VgV bzw. § 16 EU Nr. 2 i.V.m. § 13 EU Abs. 1 Nr. 5 VOB/A)¹⁰⁶ bzw. der Weigerung, eine (nachträglich) eingeforderte Verpflichtungserklärung abzugeben (§ 57 Abs. 1 Nr. 2 VgV bzw. § 16a EU Abs. 5 VOB/A¹⁰⁷), in Betracht kommen. Nach der AGB-Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs (wonach selbst das Beifügen von bieter eigenen AGB nicht mehr automatisch zum Ausschluss führen darf¹⁰⁸) wird jedoch eine vorausgehende Angebotsaufklärung (§ 15 Abs. 5 VgV bzw. § 15 EU Abs. 1 Nr. 1 VOB/A) mit der Chance für den Bieter, von einer solchen Erklärung wieder Abstand zu nehmen, als milderer Mittel zu einem sofortigen Ausschluss erforderlich sein.

Bedingungen für die Ausführung des Auftrags stellen sich nach alledem als ein milderer Mittel gegenüber Mindestanforderungen an die Eignung dar. Ausführungsbedingungen nach § 128 Abs. 2 GWB versperren – anders als Mindestanforderungen an die Eignung (s.o.) – einem Unternehmen, das bestimmte soziale oder umweltbezogene Standards zwar bis dato nicht erfüllt, aber im Auftragsfall hierzu durchaus bereit wäre, nicht a priori den Marktzugang.¹⁰⁹

Anforderungen an die Auftragsausführungen kennzeichnen sich also dadurch, dass sie von jedem Bieter nach Zuschlagserteilung erfüllt werden können (und müssen). Beispiele sind:

- Verwendung wiederverwendbarer Mehrweg-Behälter für den Transport (z.B. von Verpflegungsleistungen für Kitas oder Flüchtlingsunterkünfte),
- Rücknahme und Recyclingpflichten von Altprodukten und Verpackungsmaterial,¹¹⁰
- Herstellung von Waren ohne giftige Chemikalien¹¹¹ oder mit CO₂-arm hergestellten Baustoffen bzw. Vorprodukten,¹¹²
- Schulungen der konkret beim Auftrag eingesetzten Mitarbeiter zu umweltschonendem Verhalten,

¹⁰⁶ VK Lüneburg, Beschl. v. 29.10.2019 – VgK-38/2019, Ls. 2 und Rn. 45 ff. Ebenso MüKo-EUWettbR/M. Pauka (Fn. 4), § 57 VgV Rn. 26; Opitz, in: Burgi/Dreher/Opitz (Fn. 20), § 128 GWB Rn. 17.

¹⁰⁷ Ziekow, in: Ziekow/Völlink (Fn. 57), § 128 GWB Rn. 19.

¹⁰⁸ BGH, Urt. v. 18.6.2019 – X ZR 86/17, Ls. 2 und Rn. 21.

¹⁰⁹ Hierzu auch Opitz, in: Burgi/Dreher/Opitz (Fn. 20), § 97 Abs. 3 GWB Rn. 22.

¹¹⁰ Erwägungsgrund 97 Richtlinie 2014/24/EU. Siehe auch Nr. 4.4 der Begründung zur AVV Klima (Fn. 38).

¹¹¹ Erwägungsgrund 97 Richtlinie 2014/24/EU.

¹¹² Opitz, in: Burgi/Dreher/Opitz (Fn. 20), § 128 GWB Rn. 24.

- Vorgabe von Mindestmengen je Lieferung einer Rahmenvereinbarung, um unnötige Transportfahrten zu vermeiden¹¹³ bzw. Einsatz umweltfreundlicher Fahrzeuge bei der Auftragsausführung¹¹⁴ oder ein klimaneutrales Lieferkonzept.¹¹⁵

Auch Ausführungsbedingungen müssen indes, wie schon § 128 Abs. 2 S. 1 GWB klarstellt, einen (*hinreichenden*) *Auftragsbezug* aufweisen. Diese Voraussetzung wäre bei allgemeinen Anforderungen an die Unternehmenspolitik, etwa eine unternehmensbezogene Nachhaltigkeitsverpflichtung, *corporate environmental responsibility* etc., nicht gewahrt.¹¹⁶ Auch kann keine Vorgabe zu den maximalen Gesamtemissionen der Fahrzeugflotte eines Auftragnehmers gemacht, sehr wohl hingegen der Einsatz emissionsarmer Fahrzeuge beim konkreten Auftrag vorgegeben werden.¹¹⁷

III. Ausblick

Die öffentliche Hand hat einen ganzen Strauß vergaberechtlicher Instrumente an der Hand, um umweltbezogene und insbesondere Nachhaltigkeitsaspekte in die Vergabe öffentlicher Aufträge einwirken zu lassen. Die Sinnhaftigkeit, den Halbbillionenmarkt jährlicher Auftragsvergaben für politische Sekundärziele, wie den ökologischen Umbau der Wirtschaft und Gesellschaft, fruchtbar zu machen, steht außer Frage. Öffentliche Auftraggeber müssen sich allerdings bewusst sein, dass die Berücksichtigung von Sekundärzielen bei der Leistungsbeschreibung in der Regel zu einer Verengung des Wettbewerbs und damit einer Verteuerung der Beschaffung führen wird. Zwar wird dem nicht zu Unrecht entgegengehalten, dass auch das Fehlen von Umweltstandards zu gesamtgesellschaftlichen Folgekosten führt;¹¹⁸ in Anbetracht der Tatsache, dass Auftragsvergaben ganz überwiegend im kommunalen Bereich stattfinden,¹¹⁹ trifft diese Mehrbelastung ohne entsprechende Förderprogramme des Bundes (der sich aus Steuermitteln für solche Gemeinwohlausgaben refinanzieren kann) zugunsten der kommunalen Maßnahmenträger jedoch nicht selten die Falschen.

Das Vergaberecht kann und sollte fruchtbar gemacht werden, um sekundäre Politikziele, wie die Nachhaltigkeit und Innovationskraft, zu verfolgen. Zugleich kann und darf dabei aber – gerade in Zeiten knapper werdender Haus-

¹¹³ Kommission (Fn. 25), 39.

¹¹⁴ OLG Düsseldorf, VergabeR 2014, 797 Rn. 30 f.

¹¹⁵ Birk (Fn. 42), 578.

¹¹⁶ EuG, NZBau 2012, 445 Ls. und Rn. 111. So auch Opitz, in: Burgi/Dreher/Opitz (Fn. 20), § 128 GWB Rn. 24; Ziekow, in: Ziekow/Völlink (Fn. 57), § 128 GWB Rn. 23.

¹¹⁷ Siehe auch Ziekow, in: Ziekow/Völlink (Fn. 57), § 128 GWB Rn. 24.

¹¹⁸ MüKo-EUWettbR/Kühnast (Fn. 4), § 97 GWB Rn. 84.

¹¹⁹ OECD (Fn. 1), Kap. 1.2.1, geht davon aus, dass 78 % der öffentlichen Aufträge auf der Ebene von Ländern und Kommunen vergeben werden.

haltskassen – der Primärzweck des Vergaberechts, die zum Funktionieren des Gemeinwesens notwendigen Güter, Dienstleistungen und Bauleistungen rechtzeitig und wirtschaftlich zu beschaffen, nicht aus den Augen verloren werden. Ein kommunaler Schulneubau, der inzwischen nicht selten einen hohen zweistelligen Millionenbetrag und mehr kostet, nimmt die finanziellen Spielräume für ebenso dringend benötigten Sanierungen von Bestandsschulgebäuden; die Erhöhung des Anteils biologisch erzeugter Lebensmittel bei der Ausschreibung einer Kita-Verpflegung zieht zwangsläufig steigende Essensgelder nach sich, die sich nicht mehr alle Eltern leisten können.

Die Stärkung einer strategischen, insbesondere nachhaltigen Vergabe steht in einem natürlichen Spannungsverhältnis zu den Kernanliegen des EU-Vergaberechts, einen möglichst breiten Wettbewerb zu schaffen, den Marktzugang für Kleine und Mittlere Unternehmen zu erleichtern sowie Vergabeverfahren zu vereinfachen und beschleunigen.¹²⁰ Die Lösung dieses Zielkonflikts liegt in einer praktischen Konkordanz von Nachhaltigkeit und Innovation einerseits, aber auch einem funktionierenden Wettbewerb, der eine sparsame und wirtschaftliche Beschaffung verspricht, einer Förderung des Mittelstands und einer gesamtgesellschaftlichen Verantwortung andererseits.

¹²⁰ Zu diesem Zielkonflikt auch *Burgi* (Fn. 16), 208.

Resilienz im Gesundheitswesen

Die Telemedizin als Instrument für eine nachhaltige und resiliente Gesundheitsversorgung*

Benedikt Buchner und Benedikt Becke

I.	Einleitung: Klimawandel und Gesundheitssystem.....	453
II.	Chancen und Grenzen der Telemedizin.....	455
	A. Telemedizin als Beitrag zum Klimaschutz.....	456
	B. Verbesserte Versorgung	457
	C. Effizienzgewinne	457
	D. Zwischenfazit.....	459
III.	Der Einsatz von Telemedizin: Rechtliche Grundlagen und Perspektiven.....	459
	A. Definition Telemedizin	460
	B. Zum berufsrechtlichen Leitbild ärztlicher Behandlung	460
	C. Zivil- und haftungsrechtliche Grundsätze	463
	D. Zwischenfazit.....	465
IV.	Werberecht.....	465
	A. Die Entwicklung des Werbeverbots.....	465
	B. Die Entscheidung des Bundesgerichtshofs zum Werbeverbot	466
	C. Fehlende Berücksichtigung von Klimabelangen und unzureichende Abwägung	467
	D. Reform des Werbeverbots	468
V.	Fazit.....	469

I. Einleitung: Klimawandel und Gesundheitssystem

In seinem Gutachten 2023 zur Resilienz im Gesundheitswesen setzt sich der Sachverständigenrat zur Begutachtung der Entwicklung im Gesundheitswesen ausführlich mit dem Klimawandel als einer der zentralen – aktuellen und zukünftigen – Risiken für unser Gesundheitssystem auseinander.¹ Die direkten und indirekten Auswirkungen des Klimawandels auf die menschliche Gesundheit sind vielfältig. Sie reichen von vermehrten Infektionskrankheiten über Hitzebelastung und Gesundheitsschäden durch Extremwetterereignisse bis hin zu

* Alle Internetquellen wurden zuletzt abgerufen am 14.4.2024.

¹ *Sachverständigenrat zur Begutachtung der Entwicklung im Gesundheitswesen* (Hrsg.), *Resilienz im Gesundheitswesen* (2023), 25.

Auswirkungen auf die psychische Gesundheit.² Entsprechend breitgefächert sind auch die Maßnahmen und Forderungen, die diskutiert werden, um unser Gesundheitssystem so aufzustellen, dass es auf künftige Herausforderungen und Risiken des Klimawandels effektiv und effizient reagieren kann.³

Die Aufgabe des Gesundheitssystems ist dabei aber keineswegs allein darauf beschränkt, auf den Klimawandel zu *reagieren*, indem durch vielfältige Maßnahmen in den Bereichen Prävention, Monitoring und Forschung die nachteiligen Auswirkungen des Klimawandels auf die menschliche Gesundheit reduziert werden. Gefordert wird vielmehr zu Recht auch, dass sich das Gesundheitssystem seinerseits nachhaltig und klimafreundlich aufstellen sowie die eigene Resilienz gegenüber den Folgen des Klimawandels stärken muss.⁴ Wäre der globale Gesundheitssektor ein Land, würde er sich als fünftgrößter Emittent von Klimagasen im weltweiten Ranking der Länder einordnen.⁵ Der Gesundheitssektor gehört damit zu den am meisten CO₂ emittierenden Dienstleistungssektoren in der industrialisierten Welt und ist verantwortlich für mehr als 4 % der weltweiten klimaschädlichen Treibhausgasemissionen.⁶ Für Deutschland belaufen sich die Schätzungen sogar auf Zahlen zwischen 5,2⁷ und 6,7 %.⁸

Soweit Vorschläge für ein klimafreundlicheres Gesundheitssystem präsentiert werden, beziehen sie sich überwiegend auf (sektorübergreifende) Aspekte wie etwa Bauweise, Energieversorgung oder Abfallreduzierung.⁹ Ein spezifisch gesundheitsbezogener Lösungsansatz ist demgegenüber der Vorschlag, im Gesundheitssektor vermehrt auf das Instrument der Telemedizin zurückzugreifen. Verwiesen wird insoweit auf immerhin 14 Studien aus sechs verschiedenen Ländern, die allesamt zu dem Ergebnis gelangen, dass der Einsatz von Telemedizin die CO₂-Emissionen signifikant reduzieren könnte.¹⁰ Auch darüber hinaus spricht viel dafür, die Telemedizin als zentrales Element eines

² E. Hertig et al., Klimawandel und Public Health in Deutschland – Eine Einführung in den Sachstandsbericht Klimawandel und Gesundheit 2023, Journal of Health Monitoring S3 (2023), 7, 14.

³ Siehe in diesem Sinne einer „Resilienz“ des Gesundheitssystems *Sachverständigenrat* (Fn. 1), passim.

⁴ M. Mlinarić et al., Klimawandel und Public Health in Deutschland – Eine Synthese der Handlungsoptionen des Sachstandsberichts Klimawandel und Gesundheit 2023, Journal of Health Monitoring S6 (2023), 61, 74.

⁵ <https://www.bundesaerztekammer.de/themen/aerzte/klimawandel-und-gesundheit/co2-fussabdruck-gesundheitssektor>.

⁶ M.J. Eckelmann et al., Health Care Pollution and Public Health Damage in the United States: An Update, Health Affairs 2020, 2071.

⁷ J. Karliner et al., Health Care's Climate Footprint (2019), 24.

⁸ P.-P. Pichler et al., International comparison of health care carbon footprints, Environmental Research Letters 2019, 2.

⁹ Hertig et al. (Fn. 2), 26.

¹⁰ A. Purohit et al., Does telemedicine reduce the carbon footprint of healthcare? A systematic review, Future Healthcare Journal 2021, e85, e89.

nachhaltigen und resilienten Gesundheitssystemen zu verankern. Hierfür bedarf es dann allerdings auch entsprechender rechtlicher Rahmenbedingungen, die bislang nur teils gegeben und mitunter noch zu sehr dem Denkmuster einer traditionellen Arzt-Patienten-Beziehung verhaftet sind.

II. Chancen und Grenzen der Telemedizin

Einen ersten Schub hat die Telemedizin hierzulande durch die Coronakrise erfahren. Im Zuge der Pandemie ist die Anzahl der Videosprechstunden von weniger als 3.000 digitalen Arzt-Patienten-Gesprächen im Jahr 2019¹¹ auf 2,8 Millionen in 2020 und auf 3,6 Millionen im Jahr 2021 gestiegen.¹² Aktuell wird davon ausgegangen, dass sich die Videosprechstunden auf einem Niveau von monatlich 190.000 Stunden bewegen.¹³ Wie schon die Coronakrise könnte nunmehr auch die Klimakrise zu einem neuerlichen Beschleuniger der Telemedizin werden, indem noch mehr Behandlungsvorgänge zukünftig in die Online-Welt verschoben werden. Die CO₂-Emissionen des Gesundheitssektors könnten bei einem Ausbau der telemedizinischen Behandlungen vor allem durch den Wegfall physischer Reisen zum Behandlungsort signifikant reduziert werden (siehe dazu unten A).

Im Sinne einer Transformation hin zu einem nachhaltigen und resilienten Gesundheitssystem kann der Telemedizin darüber hinaus aber auch in anderer Hinsicht eine maßgebliche Bedeutung zukommen. Versteht man Resilienz im Gesundheitswesen umfassend, geht es bei dieser nicht allein um die Bewältigung einer aktuellen Krise, sondern darüber hinaus auch ganz grundsätzlich um eine „Weiterentwicklung zum Besseren“. ¹⁴ Transformation als Teil der Resilienz im Gesundheitsbereich ist dann als Fähigkeit des Gesundheitssystems zu verstehen, „Praktiken zu ändern“ und „bestimmte Dienstleistungen oder öffentliche Gesundheitsprogramme neu und zugänglicher zu gestalten“. ¹⁵

Dieses umfassende Verständnis von Resilienz lässt sich auch auf die Transformation des Gesundheitswesens im Kontext der Klimakrise heranziehen. Entsprechend geht es dann nicht allein darum, mit welchen spezifischen Maßnahmen konkreten klimawandelbedingten Herausforderungen begegnet werden kann, sondern auch darum, das Gesundheitssystem insgesamt nachhaltiger

¹¹ L. Richter/T. Silberzahn (Hrsg.), eHealth Monitor 2021 (2021), 24.

¹² S. Mangiapane, Fünf Jahre Videosprechstunde in der vertragsärztlichen Versorgung, Gesundheitswesen aktuell 2023, 82, 87.

¹³ S. Mangiapane et al., Zi-Trendreport zur vertragsärztlichen Versorgung (2023), 56.

¹⁴ Hertig et al. (Fn. 2), 26 mit Verweis auf *European Observatory on Health Systems and Policies*, How to make health systems more resilient to COVID-19 and other crises, 19.6.2020, abrufbar unter <https://eurohealthobservatory.who.int/news-room/news/item/19-06-2020-how-to-make-health-systems-more-resilient-to-covid-19-and-other-crises>.

¹⁵ Hertig et al. (Fn. 2), 26.

und resilienter aufzustellen. Vor diesem Hintergrund kommt dem Einsatz der Telemedizin vor allem auch eine Relevanz für einen verbesserten Versorgungszugang und eine höhere Versorgungsqualität (unten B) sowie für zeitliche und finanzielle Effizienzgewinne (unten C) zu.

A. Telemedizin als Beitrag zum Klimaschutz

In den eingangs bereits angesprochenen 14 Studien, die zwischen 2009 und 2019 in sechs verschiedenen Ländern durchgeführt worden sind, wurde im Ergebnis übereinstimmend festgehalten, dass der Einsatz von Telemedizin die CO₂-Emissionen signifikant reduzieren könnte.¹⁶ Die CO₂-Einsparungen wurden dabei in einem Bereich zwischen 0,7–372 kg CO₂e (CO₂-Äquivalente) pro ärztlicher Konsultation geschätzt.¹⁷ Andere Schätzungen kommen auf durchschnittliche CO₂-Emissionseinsparungen pro telemedizinischer Sitzung von 19,81 kg CO₂e und in der Summe auf jährliche CO₂-Emissionseinsparungen von 1.443.800 Tonnen durch eine Nutzung der Telemedizin in den USA.¹⁸

Dass der vermehrte Einsatz von Telemedizin die CO₂-Emissionen deutlich reduziert, gilt allerdings nur soweit, als telemedizinische Behandlungen Präsenzbehandlungen auch tatsächlich ersetzen (anstatt letztere lediglich aufzuschieben). Eine Studie aus dem Jahr 2021 kommt diesbezüglich zu dem Ergebnis, dass die zunehmende Nutzung der virtuellen Behandlung nicht mit einem Anstieg des Gesamtvolumens der Patientenbesuche einherging, was darauf hindeutet, dass die telemedizinische Behandlung eher einen echten Ersatz für persönliche Arztbesuche und nicht nur eine zusätzliche Versorgungsmethode darstellt.¹⁹ Letztlich wird insoweit zu differenzieren sein: Während Patienten mit komplexen Krankheiten auch weiterhin regelmäßig auf eine persönliche Behandlung angewiesen sind, kommt eine ausschließliche Fernbehandlung demgegenüber in erster Linie bei einfachen hausärztlichen und internistischen Erkrankungen wie Erkältungen, grippalen Infekten oder Schnupfen in Betracht.²⁰

¹⁶ Purohit et al. (Fn. 10), e89.

¹⁷ Purohit et al. (Fn. 10), e85.

¹⁸ So eine (allerdings noch nicht von Fachkollegen geprüfte) retrospektive Beobachtungsstudie aus den USA, die anders als die zuvor genannten Studien auch die Energiekosten der Telemedizin sowie Transportmuster als Faktoren berücksichtigt hat: M. Cummins et al., *Observational study of travel distance between participants in U.S. telemedicine sessions with estimates of emissions savings* (2023), 8.

¹⁹ K.S. Zachrison et al., *Changes in Virtual and In-Person Health Care Utilization in a Large Health System During the COVID-19 Pandemic* (2021), 3, abrufbar unter <https://jamanetwork.com/journals/jamanetworkopen/fullarticle/2785538>.

²⁰ Kassenärztliche Vereinigung Sachsen, Pilotphase des sächsischen Fernbehandlungsmodells startet Mitte April 2021, 16.4.2021, abrufbar unter <https://www.kvsachsen.de/medienservice/medieninformationen/pilotphase-des-saechsischen-fernbehandlungsmodells-startet-mitte-april-2021>.

B. Verbesserte Versorgung

Einen erheblichen Beitrag kann der Einsatz von Telemedizin leisten, im Sinne eines resilienten Gesundheitssystems „bestimmte Dienstleistungen [...] zugänglicher zu gestalten“.²¹ Eine zentrale Herausforderung ist beispielsweise der Zugang zur hausärztlichen Versorgung im ländlichen Raum. Prognosen gehen davon aus, dass im Jahr 2035 11.000 Hausarztstellen unbesetzt sein werden, mit der Konsequenz, dass beinahe 20 % der Kreise in Deutschland als hausärztlich unterversorgt gelten werden, was besonders die ländlichen Regionen treffen würde.²² Selbst wenn insoweit der vermehrte Einsatz der Telemedizin nicht zu einer quantitativen Steigerung der Anzahl an Hausärzten in Deutschland führen würde, so könnte doch jedenfalls das Wissen der vorhandenen Hausärzte effektiver genutzt werden, indem rund um die Uhr und ortsunabhängig Patienten medizinisch beraten sowie behandelt werden können. Es geht also um eine effektivere Allokation der knappen hausärztlichen Behandlungskraft.

Darüber hinaus kann Telemedizin auch zu einer verbesserten Versorgungsqualität beitragen, beispielsweise in der Notfallversorgung durch den Einsatz des Telenotarztes als Ergänzung zum physischen Notarzt. Dabei unterstützt der Telenotarzt die nicht-ärztlichen Einsatzkräfte vor Ort bei der Patientenversorgung oder überbrückt die Anfahrtszeit des eigentlichen Notarztes. Zudem ist eine telemedizinische Beratung von Experten aus Fachrichtungen möglich, die ansonsten nicht regelmäßig bei Rettungsdiensten im Einsatz sind.²³ Verkürzen lassen sich auch die Zeiträume zwischen Eintreffen des Rettungsdienstes und Eintreffen des ersten Notarztes (konventioneller Notarzt/Telenotarzt) am Einsatzort sowie die Dauer, bis ein nachalarmierter Notarzt am Einsatzort eintrifft.²⁴ Des Weiteren können die Transportzahlen von Notfallpatienten in Krankenhäuser reduziert werden.²⁵

C. Effizienzgewinne

Neben einer verbesserten Versorgung kann der Einsatz von Telemedizin auch nachhaltige Effizienzvorteile zeitlicher oder finanzieller Art bewirken. Reduzieren lassen sich etwa die Reisezeiten zur Arztpraxis. Ein weiteres Beispiel ist

²¹ Hertig et al. (Fn. 2), 26. Siehe dazu schon oben S. 455.

²² H.-D. Nolting et al., Gesundheitszentren für Deutschland. Wie ein Neustart in der Primärversorgung gelingen kann (2021), 8.

²³ T. Dittrich/H.-D. Lippert, Warten bis der Notarzt kommt – Ein Beitrag über die Notkompetenz für den Notfallsanitäter und über den Telenotarzt, GesR 2021, 362, 364.

²⁴ So die Ergebnisse des 2018 in Bayern durchgeführten „Pilotprojekts zur telemedizinischen Unterstützung der Notfallversorgung im Rettungsdienst – Telenotarzt Bayern“; Telenotarzt Bayern Evaluationsbericht, 188, abrufbar unter https://innovationsfonds.g-ba.de/downloads/beschluss-dokumente/48/2020-12-18_Telenotarzt-Bayern_Evaluationsbericht.pdf.

²⁵ Telenotarzt Bayern Evaluationsbericht (Fn. 24), 29–35.

die Durchführung von Hausbesuchen durch nicht-ärztliches Personal vor Ort, unterstützt durch einen Telearzt.

Vor allem könnten aber auch lange Wartezeiten und die Anzahl der nicht abgesagten Termine durch einen vermehrten Einsatz der Telemedizin verringert werden. Nach Untersuchungen der Kassenärztlichen Bundesvereinigung betrug im Jahr 2021 bei 40 % der Versicherten die Wartezeit für ihren letzten Arzttermin mehr als drei Tage²⁶ und bei 15 % aller Befragten die Wartezeit in der Praxis bis zum Beginn der Sprechstunde mehr als 30 Minuten.²⁷ Umgekehrt sind auch auf Seiten der Behandler Probleme mit nicht abgesagten Terminen zu verzeichnen. Dabei geht es bei über 40 % der betroffenen Praxen um fünf bis zehn Prozent aller Termine, die Patienten vereinbart hatten, aber ohne Absage nicht wahrnehmen, bei 16 % der betroffenen Praxen waren es sogar zehn bis 20 %.²⁸

Auch in der Notfallmedizin sind Effizienzgewinne möglich. So könnte ein durch nicht-ärztliches Personal durchgeführter Patiententransport von einem Telenotarzt begleitet werden und dadurch der physische Notarzt für Folgeeinsätze bereitgestellt werden und auch eine Entlastung der chronisch überlasteten Notaufnahmen erscheint möglich.²⁹

Ein ausgeprägter Einsatz der Telemedizin könnte schließlich auch zu einer kostengünstigeren Gesundheitsversorgung führen. Kosteneinsparungen ergeben sich etwa durch geringere notwendige physische Kapazitäten, weniger Fahrten zu Patienten und eine effektivere Terminauslastung. Ob die vermehrte Nutzung der Telemedizin im gesamten Gesundheitswesen de facto zu Kosteneinsparungen führen kann, lässt sich aufgrund der vielen unbekannten Variablen aktuell zwar nicht seriös vorhersagen. Es gibt aber Evidenz für mögliche Kosteneinsparungen in einzelnen Gesundheitsbereichen. So untersuchte etwa eine Studie aus dem Jahr 2021 die Gleichwertigkeit eines neuen ambulanten Versorgungsmodells für den strukturschwachen ländlichen Raum ohne niedergelassenen Kardiologen bei Patienten mit chronischer Herzinsuffizienz im Vergleich zu Regionen mit niedergelassenem Kardiologen hinsichtlich medizinischer und gesundheitsökonomischer Wirksamkeit. Dabei wurde beobachtet, dass durch die telemedizinische Versorgung Kosten in Höhe von 1.758 Euro pro Patientenjahr eingespart werden konnten.³⁰

²⁶ *Kassenärztliche Bundesvereinigung* (Hrsg.), *Versichertenbefragung der Kassenärztlichen Bundesvereinigung 2021* (2021), 7.

²⁷ *Kassenärztliche Bundesvereinigung* (Fn. 26), 10.

²⁸ *Kassenärztliche Bundesvereinigung*, *Arztpraxen beklagen hohe Zahl nicht abgesagter Termine*, 3.8.2023, abrufbar unter https://www.kbv.de/html/1150_64738.php.

²⁹ *Dittrich/Lippert* (Fn. 23), 364.

³⁰ *H. Sydow et al.*, *Cost-effectiveness of noninvasive telemedical interventional management in patients with heart failure: health economic analysis of the TIM-HF2 trial*, *Clinical Research in Cardiology* 2021, 1231, 1235.

D. Zwischenfazit

Die hier angeführten Beispiele mögen jeweils nur bestimmte Teilaspekte des Behandlungsgeschehens herausgreifen und auch noch mit vielerlei Unwägbarkeiten und Prognoseunsicherheiten einhergehen. Gleichwohl zeigen sie in ihrer Gesamtheit auf, dass mit dem Instrument der Telemedizin nicht nur den spezifischen Herausforderungen des Klimawandels begegnet, sondern darüber hinaus auch das Gesundheitssystem insgesamt resilienter aufgestellt werden kann. Nicht zuletzt lässt sich die Bedeutung der Telemedizin als Element eines resilienten Gesundheitssystems auch noch anhand ganz anderer Krisenszenarien aufzeigen, etwa wenn Telemedizin-Roboter in Krisengebieten eingesetzt werden, um durch hochauflösende Kameras exakte Diagnosen aus der Ferne zu ermöglichen,³¹ oder wenn Telemedizin im Zivilschutz eingesetzt wird, damit Einsatzkräfte in der Behandlung vor Ort durch Fachärzte aus der Distanz unterstützt werden können.³² Beide Beispiele zeigen, dass die spezifische Krisentauglichkeit der Telemedizin keineswegs allein auf die hier inmitten stehende Klimakrise (oder auch die Coronakrise) beschränkt ist.

III. Der Einsatz von Telemedizin: Rechtliche Grundlagen und Perspektiven

Soll die Telemedizin als wesentliches Element eines resilienten Gesundheitssystems etabliert werden, setzt dies auf rechtlicher Ebene voraus, dass ihr im Behandlungsalltag nicht lediglich eine ergänzende oder subsidiäre Rolle, sondern stattdessen perspektivisch eine gleichwertige Rolle als Behandlungsmethode zukommt. Letztlich muss also der bisherige „Goldstandard“ der ärztlichen Behandlung, geprägt durch den physischen Kontakt vor Ort, neu definiert werden, indem die rechtlichen Vorgaben entsprechend geändert bzw. anders ausgelegt werden.

³¹ Siehe hierzu konkret das vom Bundesgesundheitsministerium geförderte Projekt des Robert Koch-Instituts und der Charité, in dessen Rahmen zwölf Telemedizin-Roboter in zwölf Kliniken in der Ukraine betrieben werden: *Die Bundesregierung*, Ärztliche Hilfe für die Ukraine – per Videocall, 16.10.2023, abrufbar unter <https://www.bundesregierung.de/breg-de/suche/telemedizin-ukraine-2229454>.

³² Siehe hierzu das gemeinsam vom Bundesamt für Bevölkerungsschutz und Katastrophenhilfe und der Uniklinik RWTH Aachen ausgearbeitete Forschungsprojekt TeleSAN: *Bundesamt für Bevölkerungsschutz und Katastrophenhilfe*, In großen Krisen medizinische Unterstützung per Telemedizin, 20.9.2023, abrufbar unter <https://www.bbk.bund.de/Shared-Docs/Pressemitteilungen/DE/2023/09/pm-20-telemedizin.html>.

A. Definition Telemedizin

Bislang fehlt es an einem abschließenden Verständnis dessen, was unter Telemedizin rechtlich zu verstehen ist, insbesondere ist der Begriff der Telemedizin bisher nicht legaldefiniert. § 9 S. 1 Heilmittelwerbegesetz (HWG) definiert lediglich den Begriff der „Fernbehandlung“, welcher allerdings mit dem Begriff der Telemedizin eng verknüpft ist.³³ Fernbehandlung ist danach zu verstehen als „Erkennung oder Behandlung von Krankheiten, Leiden, Körperschäden oder krankhaften Beschwerden, die nicht auf eigener Wahrnehmung an dem zu behandelnden Menschen [...] beruht“. Die Bundesärztekammer definiert Telemedizin als

„Sammelbegriff für verschiedenartige ärztliche Versorgungskonzepte. Diese Konzepte weisen als Gemeinsamkeit den prinzipiellen Ansatz auf, dass medizinische Leistungen der Gesundheitsversorgung in den Bereichen Diagnostik, Therapie und Rehabilitation sowie bei der ärztlichen Entscheidungsberatung über räumliche Entfernungen (oder zeitlichen Versatz) hinweg erbracht werden. Hierbei werden Informations- und Kommunikationstechnologien eingesetzt.“³⁴

Andere Definitionsansätze³⁵ gehen in dieselbe Richtung wie die Definition der Bundesärztekammer. Im Wesentlichen wird Telemedizin anhand von drei Hauptkriterien charakterisiert: Es müssen (erstens) medizinische Leistungen zugunsten von Patienten über (zweitens) räumliche Entfernung und/oder zeitlichen Versatz durch (drittens) Nutzung von Informations- und Kommunikationstechnologie erbracht werden.³⁶

B. Zum berufsrechtlichen Leitbild ärztlicher Behandlung

Der transformatorische Wandel der Telemedizin berührt ganz wesentlich das tradierte Leitbild der ärztlichen Behandlung und die Idealvorstellung einer perfekten Gesundheitsversorgung auf Grundlage eines persönlichen Kontakts zwischen Arzt und Patient. Bereits Ende des 19. Jahrhunderts wurde diese Idealvorstellung erstmals herausgefordert, als in Zeitschriften und Magazinen vermehrt medizinische Artikel veröffentlicht wurden, in denen ärztliche Autoren medizinische Fragen der Leser beantworteten, konkreten Rat erteilten und neue Patienten anwarben. Nach ganz überwiegender Meinung in der Ärzteschaft konnte nur der persönliche Arzt-Patienten-Kontakt als ideale Gesundheitsversorgung angesehen werden, die Fernbehandlung hingegen wurde als der

³³ K. Fehn, Rechtliche Aspekte der Telemedizin, in: G. Marx/R. Rossaint/N. Marx (Hrsg.), Telemedizin, Grundlagen und praktische Anwendung in stationären und ambulanten Einrichtungen (2021), 9, 11.

³⁴ <https://www.bundesaerztekammer.de/themen/aerzte/digitalisierung/telemedizin-fernbehandlung>.

³⁵ Übersicht über die Definitionsansätze bei Fehn (Fn. 33), 11 f.

³⁶ Fehn (Fn. 33), 12.

Scharlatanerie nahestehend disqualifiziert.³⁷ Entsprechend wurden die ersten Fernbehandlungsverbote auch primär erlassen, um die Reputation der Ärzteschaft zu sichern.³⁸ Es stand also nicht der Schutz des Patienten vor fehlerhafter Behandlung im Mittelpunkt, sondern das Ansehen der Ärzte. Erst sekundär ging es um das Wohl der Patienten, die vor möglichen gesundheitlichen Gefahren der Selbstdiagnose und -behandlung, vor einem Informationsdefizit infolge eingeschränkter ärztlicher Wahrnehmung und vor einem schwindenden Vertrauensverhältnis zum Arzt geschützt werden sollten.³⁹

An der fehlenden Akzeptanz von Fernbehandlungen in der Ärzteschaft hat sich dann auch im Folgenden über einen langen Zeitraum hinweg nichts geändert. Noch im Jahr 2013 war der damalige Präsident der Bundesärztekammer der Überzeugung, dass „Diagnose und Behandlung allein über das Internet [...] nicht im Interesse des Patienten sein“⁴⁰ können. Berufsrechtlich war bis zur Reform der (Muster-)Berufsordnung-Ärzte (MBO-Ä) durch Beschluss des 121. Deutschen Ärztetages im Jahr 2018 und der entsprechenden Anpassung des § 7 Abs. 4 S. 3 MBO-Ä eine ausschließliche Fernbehandlung von Patienten untersagt. Stattdessen war stets ein vorausgehender unmittelbarer persönlicher Arzt-Patienten-Kontakt erforderlich. Erlaubt waren vor der Reform von 2018 über Distanz lediglich allgemeine Erörterungen und Beratungen hinsichtlich Befindlichkeitsstörungen oder allgemeine Fragen eines gesunden Menschen zu Krankheiten, die normalerweise durch Selbstmedikation behandelt werden können.⁴¹

Mit der Lockerung des berufsrechtlichen Verbots ausschließlicher Fernbehandlung durch den 121. Deutschen Ärztetag im Jahr 2018⁴² sind nach § 7 Abs. 4 S. 3 MBO-Ä nunmehr auch ausschließliche Fernbehandlungen in Deutschland möglich,

„wenn dies ärztlich vertretbar ist und die erforderliche ärztliche Sorgfalt insbesondere durch die Art und Weise der Befunderhebung, Beratung, Behandlung sowie Dokumentation gewahrt wird und die Patientin oder der Patient auch über die Besonderheiten der ausschließlichen Beratung und Behandlung über Kommunikationsmedien aufgeklärt wird.“

Zulässig ist nun also nach § 7 Abs. 4 S. 3 MBO-Ä, dessen Regelung weitgehend inhaltsgleich in die Berufsordnungen aller Landesärztekammern über-

³⁷ A. Herkenrath, *Ärztliche Fernbehandlung* (2022), 19 f.

³⁸ G. Mann, *Medizinische Beratung in Familienzeitschriften des 19. Jahrhunderts und der Ärztestand*, Sudhoffs Archiv für Geschichte der Medizin und der Naturwissenschaften 38 (1954), 329.

³⁹ J. Siglmüller, *Rechtsfragen der Fernbehandlung* (2020), 58–62.

⁴⁰ F.U. Montgomery, zitiert nach H.E. Krüger-Brand, *Zum Doktor per Video-Chat*, DÄBl. 2015, A 166.

⁴¹ J. Braun, *Die Zulässigkeit von ärztlichen Fernbehandlungsleistungen nach der Änderung des § 7 Abs. 4 MBO-Ä*, MedR 2018, 563.

⁴² Siehe dazu C. Katzenmaier, *Haftungsrechtliche Grenzen ärztlicher Fernbehandlung*, NJW 2019, 1769.

nommen wurde,⁴³ auch eine *ausschließliche* Fernbehandlung im Einzelfall. Ein persönlicher Erstkontakt in Form einer gleichzeitigen physischen Anwesenheit von Arzt und Patient ist somit nicht mehr Voraussetzung für eine ärztliche Behandlung.⁴⁴

Dessen ungeachtet wird aber auch heute noch der persönliche Arzt-Patienten-Kontakt weiterhin als „Goldstandard“ ärztlichen Handelns angesehen.⁴⁵ Auch nach § 7 Abs. 4 S. 3 MBO-Ä ist die ausschließliche Fernbehandlung nur „im Einzelfall“ erlaubt und setzt damit das seit jeher geltende Regel-Ausnahme-Prinzip für eine Fernbehandlung fort. Indem § 7 Abs. 4 S. 3 MBO-Ä die Zulässigkeit einer ausschließlichen Fernbehandlung an hohe Anforderungen knüpft, stellt die Vorschrift klar, dass Telemedizin nach berufsrechtlichen Maßstäben nicht als standardisierter Ersatz einer unmittelbaren persönlichen Behandlung, sondern vielmehr als Ergänzung dazu dienen soll.⁴⁶ Das persönliche Arzt-Patienten-Gespräch ist aus Sicht der Ärzteschaft „auch im digitalen Zeitalter unverzichtbar“.⁴⁷

Die Zulässigkeit einer Fernberatung oder Fernbehandlung setzt nach § 7 Abs. 4 S. 3 MBO-Ä des Weiteren voraus, dass diese „ärztlich vertretbar ist und die erforderliche ärztliche Sorgfalt insbesondere durch die Art und Weise der Befunderhebung, Beratung, Behandlung sowie Dokumentation gewahrt wird“. Ärztinnen und Ärzte sind also gehalten, für jeden einzelnen Schritt der Beratung oder Behandlung zu überprüfen, ob die ausschließliche Fernbehandlung ärztlich vertretbar und standardgemäß sowie im Einzelfall geboten ist.⁴⁸ Normiert sind damit aber an sich bloße Selbstverständlichkeiten, welche im Rahmen jeder ärztlichen Maßnahme – sei es im telemedizinischen oder persönlichen Arzt-Patienten-Kontakt – vom behandelnden Arzt im Rahmen des einzuhaltenden Facharztstandards zu prüfen sind.⁴⁹ Die besondere Hervorhebung dieser Selbstverständlichkeiten unterstreicht, dass die telemedizinische Behandlung auch heute noch als eine Abweichung vom Regelfall eingeordnet wird, an die daher besondere Sorgfaltsanforderungen zu stellen sind.⁵⁰

Der Sache nach gehen mit diesen in § 7 Abs. 4 S. 3 MBO-Ä normierten Sorgfaltsanforderungen allerdings in den meisten Behandlungskonstellationen keine Besonderheiten der ärztlichen Standardfestlegung einher. Dass etwa eine

⁴³ Fehn (Fn. 33), 17.

⁴⁴ J. Prütting, in: Kommentar zur (Muster-)Berufsordnung für die in Deutschland tätigen Ärztinnen und Ärzte – MBO-Ä 1997 (8. Aufl., 2022), § 7 Rn. 36.

⁴⁵ Bundesärztekammer (Hrsg.), Beschlussprotokoll des 121. Deutschen Ärztetags (2018), 289.

⁴⁶ MBO-Ä-Kommentar/Prütting (Fn. 44), § 7 Rn. 36.

⁴⁷ Bundesärztekammer (Hrsg.), Beschlussprotokoll des 120. Deutschen Ärztetags (2017), 300.

⁴⁸ S. Seubert/P. Schüller/C. Husemann, Rechtliche Aspekte, in: D. Ebert/H. Baumeister (Hrsg.), Digitale Gesundheitsinterventionen, Anwendung in Therapie und Prävention (2023), 14, 24.

⁴⁹ Fehn (Fn. 33), 18.

⁵⁰ Fehn (Fn. 33), 18.

Anamnese zur Diagnosestellung per ausschließlicher Fernbehandlung dann nicht mehr standardgemäß ist, wenn ab einem bestimmten Zeitpunkt klar wird, dass die Diagnosestellung eine körperliche Untersuchung erfordert, wäre auch ohne die Vorgaben in § 7 Abs. 4 S. 3 MBO-Ä unstreitig.⁵¹

Andere Konstellationen einer Fernbehandlung, die tatsächlich schwierige Fragen des ärztlichen Behandlungsstandards aufwerfen, erfahren dagegen auch durch die Neuregelung des § 7 Abs. 4 S. 3 MBO-Ä keine Rechtsklarheit. Dies gilt etwa für Fernbehandlungen im Rahmen eines Notfalls. Die fehlende körperliche Untersuchung in Notfällen dürfte die Fehlerwahrscheinlichkeit von Behandlungsmaßnahmen deutlich erhöhen. An sich sollte daher gerade in Not-situationen die Anwendung von Telemedizin besonders zurückhaltend erfolgen. Andererseits ist bereits oben angesprochen worden, dass in solcherlei Not-fallsituationen der Einsatz von Telemedizin auch zu einer erheblichen Verbesserung der Versorgungsqualität führen kann. Um insoweit berufs- und haftungsrechtliche Risiken für Ärztinnen und Ärzte zu reduzieren, ist es dringend notwendig, entsprechende telemedizinische Leitlinien und Behandlungsstandards für die nahe Zukunft zu entwickeln.

C. Zivil- und haftungsrechtliche Grundsätze

Die Frage nach dem einschlägigen (Fern-)Behandlungsstandard ist nicht nur eine berufsrechtliche, sondern auch eine zivil- und haftungsrechtliche Fragestellung. Gemäß § 630a Abs. 2 BGB schuldet der Behandler im Rahmen des Behandlungsvertrags als Hauptleistung eine medizinische „Behandlung nach den zum Zeitpunkt der Behandlung bestehenden, allgemein anerkannten fachlichen Standards“. Normiert ist ein Gleichlauf der berufsrechtlichen Regelungen mit den (zivil-)haftungsrechtlichen Anforderungen. Ebenso wie im berufsrechtlichen Kontext erfordert auch der zivilrechtliche Behandlungsvertrag eine Behandlung auf „Facharztstandard-Niveau“.⁵² Zu bestimmen ist dieser Standard objektiv, unabhängig von den individuellen Fähigkeiten und Eigenschaften der Person.⁵³ Er richtet sich nach dem zu behandelnden Krankheits- und Verletzungsbild und der jeweils geltenden Weiterbildungsordnung, in deren medizinisches Teilgebiet die Therapie fällt.⁵⁴ Der Behandelnde muss sich jedoch besondere Kenntnisse und Fertigkeiten, die über dem geforderten Standard liegen, haftungsverschärfend zurechnen lassen.⁵⁵

Speziell für die Fernbehandlung hat sich bislang noch kein neuer und allgemeingültiger ärztlicher Behandlungsstandard entwickelt, lediglich in bestimm-

⁵¹ Zu dieser Konstellation *Seubert/Schüller/Husemann* (Fn. 48), 24.

⁵² *G. Wagner*, in: Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch (9. Aufl., 2023), § 630a Rn. 139–142.

⁵³ Ständige Rechtsprechung, vgl. statt aller BGH, NJW 1991, 1535, 1536.

⁵⁴ *Fehn* (Fn. 33), 31.

⁵⁵ *MüKo-BGB/Wagner* (Fn. 52), § 630a Rn. 145.

ten Teilbereichen sind bereits jetzt besondere telemedizinische Standards zu verzeichnen, in deren Rahmen der grundlegende Facharztstandard gemeinsam mit den Besonderheiten der Telemedizin den „telemedizinischen Facharztstandard“ bildet.⁵⁶ Geht es nun darum, für die ausschließliche Fernbehandlung allgemeingültig einen notwendigen Facharztstandard festzulegen, ist hierbei insbesondere klärungsbedürftig, ob und in welcher Form zusätzlich die besonderen Risiken der Telemedizin und insbesondere deren technische Risiken in Rechnung zu stellen sind.

Problematisch – aus ärztlicher Perspektive – ist, dass der Arzt bei der Nutzung von medizintechnischen Geräten, deren Risiken grundsätzlich als voll beherrschbar gelten, die Fehlervermutung des § 630h Abs. 1 BGB gegen sich gelten lassen muss und damit auch die haftungsrechtlichen Risiken einer Fernbehandlung deutlich höher anzusetzen sind.⁵⁷ Um dem entgegenzuwirken und Anreize für den Behandler zu setzen, digitale Fernbehandlungsleistungen anzubieten, ist zu überlegen, ob die Fehlervermutung allein auf den Einwirkungsbereich des Behandlers hinsichtlich der eingesetzten Kommunikationsmedien beschränkt werden sollte.

Welche Chancen, aber auch welche haftungsrechtlichen Risiken mit dem Einsatz der Telemedizin einhergehen, lässt sich exemplarisch wiederum am Bereich der Notfallversorgung aufzeigen. Konkret sei hier auf das Beispiel der Schlaganfallbehandlung verwiesen. Zum einen eignet sich gerade dieses Behandlungsfeld besonders gut für den Einsatz der Telemedizin, da die einschlägigen Symptome und Bildbefunde gut erfassbar und schnell übertragbar sind sowie Therapieentscheidungen innerhalb kürzester Zeit getroffen werden müssen, aber auch einfach umsetzbar sind. Zudem besteht gerade in diesem Behandlungsbereich besonderer Handlungsbedarf, bedingt durch den Mangel an Fachärzten in ländlichen Regionen.⁵⁸

Zum anderen zeigt ein aktueller Fall zur Haftung bei der telemedizinischen Schlaganfall-Befundung aber auch auf, dass sich mit dem Einsatz von Telemedizin das haftungsrechtliche Risiko nochmals deutlich erhöht, weil sich der Pflichtenkreis und der Verantwortungsbereich entsprechend vergrößern.⁵⁹ So ist der Einsatz der Telemedizin zunächst einmal mit der Pflicht verbunden, diesen organisatorisch abzusichern. Im konkreten Fall hat das Landgericht München II darauf verwiesen, dass eine engmaschige Vernetzung, wie sie für die Telemedizin kennzeichnend ist, detaillierte Regelungen erfordere, wer für was zuständig ist. Niedergelegt werden könne dies beispielsweise in einer sogenannten SOP (*Standard Operating Procedure*).⁶⁰ Haftungsverschärfend wirkt

⁵⁶ Fehn (Fn. 33), 33.

⁵⁷ Katzenmeier (Fn. 42), 1774.

⁵⁸ Siehe etwa <https://tempis.de/ueber-tempis/#was-macht-tempis>.

⁵⁹ LG München II, RDG 2022, 351, 351.

⁶⁰ LG München II, RDG 2022, 351, 352.

sich darüber hinaus auch die Haftung für fremdes Verschulden gemäß § 278 BGB im Bereich der Telemedizin aus, etwa wenn etwaige Verzögerungen auf Seiten des Telearztes dem behandelnden Arzt bzw. Krankenhausträger zugerechnet werden.⁶¹

D. Zwischenfazit

Unter den bis dato geltenden berufs- und haftungsrechtlichen Rahmenbedingungen wird die Telemedizin auch weiterhin ihren Ausnahmecharakter behalten. Berufsrechtlich ist dieser Ausnahmecharakter schon in der Regelungssystematik der MBO-Ä angelegt, die das Leitbild vom persönlichen und unmittelbaren Arzt-Patienten-Kontakt als „Goldstandard“ widerspiegelt. Haftungsrechtlich wird der Einsatz der Telemedizin in erster Linie dadurch erschwert, dass zum einen mangels eines „telemedizinischen Facharztstandards“ ein erhebliches Maß an Rechtsunsicherheit mit der Fernberatung und Fernbehandlung einhergeht und zum anderen die Komplexität telemedizinischer Behandlungskonstellationen ein entsprechend erhöhtes haftungsrechtliches Risiko birgt. Berufs- wie Haftungsrecht fokussieren sich damit aber zu einseitig allein auf die potentiellen Risiken der Telemedizin, anstatt – zumindest auch – deren möglichem Nutzen in einem Gesundheitssystem Rechnung zu tragen, welches in Krisenzeiten (egal ob Klima-, Corona- oder sonstige Krisen) zunehmend resilienter aufgestellt werden muss.

IV. Werberecht

Geprägt vom traditionellen Idealbild einer unmittelbaren und persönlichen Arzt-Patienten-Beziehung ist schließlich auch immer noch das Werberecht.

A. Die Entwicklung des Werbeverbots

Geregelt ist in § 9 S. 1 HWG ein grundsätzliches Verbot der „Werbung für die Erkennung oder Behandlung von Krankheiten, Leiden, Körperschäden oder krankhaften Beschwerden, die nicht auf eigener Wahrnehmung an dem zu behandelnden Menschen oder Tier beruht (Fernbehandlung).“ Ursprüngliche Zielsetzung der Norm war der Schutz der Volksgesundheit und des individuellen Gesundheitsinteresses.⁶² 2019 hat der Gesetzgeber dann § 9 HWG im Zuge des Digitale-Versorgung-Gesetzes (DVG) um einen zweiten Satz ergänzt:

„Satz 1 ist nicht anzuwenden auf die Werbung für Fernbehandlungen, die unter Verwendung von Kommunikationsmedien erfolgen, wenn nach allgemein anerkannten fachlichen

⁶¹ LG München II, RDG 2022, 351 f.

⁶² Herkenrath (Fn. 37), 119.

Standards ein persönlicher ärztlicher Kontakt mit dem zu behandelnden Menschen nicht erforderlich ist.“

Mit der Einführung des § 9 S. 2 HWG wollte der Gesetzgeber die durch Beschluss des 121. Deutschen Ärztetages erfolgte Lockerung des ärztlichen Berufsrechts (§ 7 Abs. 4 S. 3 MBO-Ä) durch eine entsprechende Liberalisierung des Werbeverbots für Fernbehandlungen nachvollziehen.⁶³

B. Die Entscheidung des Bundesgerichtshofs zum Werbeverbot

In seinem Urteil vom 9.12.2021 hat der Bundesgerichtshof über die Werbung für Fernbehandlungen der Holding-Gesellschaft eines Krankenversicherers entschieden. Das Unternehmen warb für einen digitalen Arztbesuch, bei dem die Versicherten über eine Smartphone-App mit Ärzten in der Schweiz in Kontakt treten und Diagnosen, Therapieempfehlungen und Krankschreibungen erhalten konnten.⁶⁴ Die Klägerin (Zentrale zur Bekämpfung unlauteren Wettbewerbs e.V.) hatte Unterlassungsansprüche gemäß §§ 3, 3a UWG i.V.m. § 9 HWG geltend gemacht. Die Werbung von Fernbehandlungen ist seit der Corona-Pandemie häufiger Gegenstand wettbewerbsrechtlicher Verfahren gewesen und somit hatte der Bundesgerichtshof auch einige bis dato offene Rechtsfragen zu beantworten.⁶⁵ Dabei hat er entschieden, dass die Werbung der Beklagten für den „Digitalen Arztbesuch“ per App gegen § 9 HWG in seiner alten und in seiner ab dem 19.12.2019 geltenden neuen Fassung verstößt.⁶⁶

Als bedeutendster Teil der Entscheidung werden die Ausführungen des Bundesgerichtshofs zur Auslegung des Begriffs der „allgemein anerkannten fachlichen Standards“ im Sinne von § 9 S. 2 HWG angesehen.⁶⁷ Der Bundesgerichtshof stellt fest, dass für die Auslegung dieses Begriffs nicht auf die Regelungen des ärztlichen Berufsrechts (insbesondere § 7 Abs. 4 MBO-Ä), sondern auf den entsprechenden Begriff in § 630a Abs. 2 BGB und die dazu im Rahmen des Arzthaftungsrechts von der Rechtsprechung entwickelten Grundsätze zurückzugreifen ist.⁶⁸ Bei der Bestimmung der „allgemein anerkannten fachlichen Standards“ sollen sowohl die Leitlinien medizinischer Fachgesellschaften als auch die Richtlinien des Gemeinsamen Bundesausschusses gemäß §§ 92, 136 SGB V berücksichtigt werden.⁶⁹

⁶³ BT-Dr. 19/13438, 77 f.

⁶⁴ BGH, GRUR 2022, 399.

⁶⁵ J. Braun, Zur Fernbehandlung und ihrer Werbung im Lichte der aktuellen Rechtsprechungstendenzen, MedR 2023, 622 m.w.N.

⁶⁶ BGH, MedR 2022, 675, 676.

⁶⁷ K. Kuck/M. Freymuth, Anmerkung zu BGH, Urt. v. 9.12.2021 – I ZR 146/20 (OLG München), MedR 2022, 679, 680.

⁶⁸ BGH, MedR 2022, 675, 678. Kritisch dazu E. Hahn, Grenzen der Werbung für (ausschließliche) Fernbehandlungsleistungen, MedR 2022, 645, 649.

⁶⁹ BGH, MedR 2022, 675, 678.

C. Fehlende Berücksichtigung von Klimabelangen und unzureichende Abwägung

Der Bundesgerichtshof hat in seiner Entscheidung die Annahme des Berufungsgerichts, eine einschränkende Auslegung des Werbeverbots sei nicht zur Verhinderung eines unverhältnismäßigen Eingriffs in die Grundrechte des Werbenden gemäß Art. 12 Abs. 1 und Art. 5 Abs. 1 GG geboten, nicht beanstandet.⁷⁰ Der Gerichtshof stützt sich dabei auf die „Bedeutung der [...] Gesundheitsgefahren“, die aus seiner Sicht mit einem Werbeverbot verhindert werden sollen. Beim Schutz der Gesundheit der Bevölkerung handele es sich um ein „besonders wichtiges Gemeinschaftsgut, das auch empfindliche Grundrechtseingriffe rechtfertigen“ könne.

Zwar ist die Einschätzung des Bundesgerichtshofs zutreffend, dass es sich beim Schutz der Gesundheit der Bevölkerung um ein besonders wichtiges Gemeinschaftsgut handelt, das auch empfindliche Grundrechtseingriffe rechtfertigen kann. Nicht hinreichend berücksichtigt wird bei dieser – zu einseitigen – Betrachtungsweise jedoch, dass wie zuvor dargelegt die Telemedizin, vor der die Bevölkerung durch ein Werbeverbot geschützt werden soll, in einer Gesamtbetrachtung auch eine Vielzahl von Vorteilen für ein Gesundheitssystem mit sich bringen kann, etwa einen besseren Zugang zur Gesundheitsversorgung in ländlichen und strukturschwachen Gebieten oder eine erhöhte Versorgungsqualität – und damit auch einen besseren Schutz der Gesundheit allgemein.

Darüber hinaus hätte der Bundesgerichtshof die klimaschützenden Effekte der Telemedizin über den durch den knapp neun Monate zuvor ergangenen Klimabeschluss des Bundesverfassungsgerichts gestärkten Art. 20a GG zumindest berücksichtigen müssen. Auch wenn die Verknüpfung zwischen Telemedizin und Klimaschutz im Jahr 2021 in Deutschland (und darüber hinaus) noch nicht allgemein bekannt war, stammen die oben in Bezug genommenen 14 Studien, die die klimaschützende Wirkung der Telemedizin nahelegen, doch aus dem Zeitraum von 2009 bis 2019.⁷¹ Dies bedeutet freilich nicht, dass in einer Abwägung klimaschützende Belange andere Belange per se aushebeln. Aber klimarelevante Aspekte müssen angesichts der nicht zu leugnenden Klimakrise in jeder Abwägungsentscheidung mitgedacht werden. Die Abwägung zur Eingriffsintensität des Werbeverbots hätte dann durchaus anders ausfallen können, man hätte also zu dem Schluss kommen können, dass unter Einbeziehung der klima- und gesundheitsschützenden Wirkung der Telemedizin sowie des vorliegenden Eingriffs in die Grundrechte (Art. 12 Abs. 1 und Art. 5 Abs. 1 GG) des Werbenden eine restriktive Auslegung des Werbeverbots geboten ist.

Aber nicht nur der Bundesgerichtshof hat diesen Aspekt außer Acht gelassen. Soweit ersichtlich ignoriert auch die Literatur bisweilen den Zusammenhang zwischen Telemedizin und Klimaschutz. Hier bestätigt sich also die

⁷⁰ BGH, MedR 2022, 675, 677.

⁷¹ Purohit et al. (Fn. 10), e87.

diesem Band zugrundeliegende Beobachtung, dass die Klimakrise zwar in aller Munde ist, in der rechtswissenschaftlichen Diskussion und Praxis aber noch nicht ausreichend und in allen Bereichen mit ihren gesellschaftlichen und politischen Auswirkungen berücksichtigt wird.

D. Reform des Werbeverbots

Letztlich sprechen daher gute Gründe dafür, bei einem differenzierteren Blick auf die Telemedizin mit all ihren Risiken, aber eben auch ihren Chancen das bislang normierte Werbeverbot für Telemedizin nicht weiter aufrechtzuerhalten. Die Einführung des § 9 S. 2 HWG konnte jedenfalls bislang die intendierte liberalisierende Wirkung nicht entfalten und hat nahezu keine Veränderung gebracht, da § 9 S. 2 HWG von der Rechtsprechung eng ausgelegt wird.⁷² Konsequenterweise sollte der Gesetzgeber das Werbeverbot für Fernbehandlungen reformieren, und zwar aus drei Gründen.

(1) Es ist davon auszugehen, dass eine Aufhebung des Werbeverbots zu einem das Klima schonenden und die Resilienz des Gesundheitssystems erhöhenden, erheblichen Anstieg der telemedizinischen Behandlungen in Deutschland führen würde, wissen doch nach einer im Jahr 2022 veröffentlichten Befragung 17 % der Befragten nicht, welche telemedizinischen Angebote für sie überhaupt verfügbar sind.⁷³

(2) Der Gesetzgeber begründet sein Festhalten an einem eingeschränkten Werbeverbot für Fernbehandlungen damit, dass auch nach der Liberalisierung des ärztlichen Berufsrechts in § 7 Abs. 4 MBO-Ä ein Schutzbedarf weiter besteht. Dies betreffe nicht zuletzt die Werbung für Fernbehandlungen, die durch Personen angeboten werden, bei denen weder die Fernbehandlung noch das Bewerben der Fernbehandlung durch eine rechtlich verbindliche Berufsordnung geregelt werden.⁷⁴ Davon umfasst sind insbesondere Heilpraktiker und Tierärzte. Allerdings ist diese Begründung nicht stichhaltig, denn der Gesetzgeber könnte das Verbot des § 9 S. 1 HWG auf diese Personenkreise einschränken und gleichzeitig die Regelung des § 9 S. 2 HWG entfernen.⁷⁵

(3) Nach dem Urteil des Bundesgerichtshofs zum Werbeverbot besteht für Unternehmen aus dem Bereich der Telemedizin schließlich eine erhebliche Rechtsunsicherheit hinsichtlich der Bewerbung von Fernbehandlungen. Welche konkreten Anforderungen erfüllt sein müssen, damit das Tatbestandsmerkmal der „allgemein anerkannten fachlichen Standards“ als erfüllt angesehen werden kann und die Ausnahme des § 9 S. 2 HWG greift, bleibt weitestgehend diffus. Diese Ungewissheit führt für die Telemedizinanbieter vor allem wegen

⁷² Braun (Fn. 65), 627.

⁷³ Büro für Technikfolgen-Abschätzung beim Deutschen Bundestag (Hrsg.), Wie bewerten Bürger/innen die Telemedizin? (2022), 24.

⁷⁴ BT-Dr. 19/13438, 77.

⁷⁵ Braun (Fn. 65), 627.

der lauterkeitsrechtlichen Vorschrift des § 3a UWG sowie des Bußgeldtatbestandes des § 15 Abs. 1 Nr. 6 HWG zu einer erheblichen Risikolast.⁷⁶ Der Bundesgerichtshof sieht dagegen keine problematische Rechtsunsicherheit, da es sich um einen übergangsweisen, dynamischen Prozess handle und die Ermittlung des jeweils maßgeblichen Standards grundsätzlich dem Tatgericht zuzuordnen ist, das gegebenenfalls einen Sachverständigen hinzuzuziehen hat.⁷⁷ Es kann aber nicht Aufgabe telemedizinischer Unternehmen sein, insoweit für Rechtssicherheit zu sorgen, indem sie weiterhin für Fernbehandlungen werben, um dann entsprechende Gerichtsverfahren in Kauf nehmen zu müssen, dank derer zulässige Fallgruppen im Rahmen des § 9 S. 2 HWG etabliert werden können.⁷⁸ Vielmehr hat primär der Gesetzgeber für rechtssichere Gesetze zu sorgen und wird dabei sekundär durch die auslegenden Gerichte unterstützt. Beides ist bei § 9 HWG nicht gelungen.

Das Werbeverbot ist nach alledem für die Patientenversorgung in Deutschland, für den (Gesundheits-)Wirtschaftsstandort Deutschland⁷⁹ und für die (Klima-)Resilienz des Gesundheitssystems nachteilig. Das Werbeverbot für medizinische Fernbehandlungen sollte deshalb vom Gesetzgeber unter der Bedingung, dass die beworbenen Behandlungen obligatorisch von mindestens einem approbierten Arzt durchgeführt werden, *in toto* abgeschafft werden.

V. Fazit

Gute Gründe sprechen dafür, der Telemedizin im gegenwärtigen Zeitalter der „Polykrise“ eine wichtige Rolle für eine nachhaltige und resiliente Gesundheitsversorgung beizumessen. Das kürzlich vom Bundestag verabschiedete Gesetz zur Beschleunigung der Digitalisierung des Gesundheitswesens (Digital-Gesetz) zeigt, dass mittlerweile auch der Gesetzgeber den Willen hat, die Telemedizin als elementaren Bestandteil der heutigen und zukünftigen Gesundheitsversorgung zu etablieren, indem Videosprechstunden und Telekonsilien qualitätsorientiert weiterentwickelt werden.⁸⁰ Zudem ist geplant, dass die Telemedizin fester Bestandteil der Gesundheitsversorgung wird und insbesondere Videosprechstunden künftig umfassender eingesetzt werden. Dazu sieht der Entwurf eine Aufhebung der Mengenbegrenzungen vor.⁸¹

Um die Resilienz des Gesundheitssystems für Klima-, Corona- und sonstige Krisen zu erhöhen, ist in der Tat eine ausgeprägtere Nutzung der Telemedizin

⁷⁶ Kuck/Freymuth (Fn. 67), 680.

⁷⁷ BGH, MedR 2022, 675, 678 f.

⁷⁸ Kuck/Freymuth (Fn. 67), 680.

⁷⁹ Braun (Fn. 65), 627.

⁸⁰ BT-Drs. 20/9048, 2.

⁸¹ BT-Drs. 20/9048, 3.

notwendig. Erst dann können realitätsgerechte „telemedizinische Facharztstandards“ entwickelt und damit die bisherige Rechtsunsicherheit reduziert werden. Insoweit kommt auch dem das Verhalten der Patienten am unmittelbarsten beeinflussenden Werberecht eine entscheidende Bedeutung zu.

Weder das Berufs- und Haftungsrecht noch die mit telemedizinischen Sachverhalten befasste Rechtsprechung sollten sich zu einseitig allein auf die potentiellen Risiken der Telemedizin fokussieren, sondern zumindest auch die möglichen Chancen berücksichtigen und sich für ein neues Leitbild der Arzt-Patienten-Beziehung öffnen.

Verzeichnis der Autorinnen und Autoren

Stud. iur. *Benedikt Becke*

Studentische Hilfskraft, Lehrstuhl für Bürgerliches Recht, Haftungsrecht und Recht der Digitalisierung (Prof. Dr. Benedikt Buchner, LL.M.), Juristische Fakultät, Universität Augsburg.

Prof. Dr. *Svenja Behrendt*

Juniorprofessur für Öffentliches Recht, Abteilung Rechtswissenschaft, Universität Mannheim; Postdoktorandin am Max-Planck-Institut zur Erforschung von Kriminalität, Sicherheit und Recht, Freiburg im Breisgau.

Ass. jur. *Sophie Borchert*

Wissenschaftliche Mitarbeiterin, Lehrstuhl für Öffentliches Recht und Europarecht, Umweltrecht und Planungsrecht (Prof. Dr. Martin Kment, LL.M.), Juristische Fakultät, Universität Augsburg.

Prof. Dr. *Benedikt Buchner*, LL.M. (UCLA)

Lehrstuhl für Bürgerliches Recht, Haftungsrecht und Recht der Digitalisierung, Juristische Fakultät, Universität Augsburg.

Ass. jur. *Torben Buck*

Wissenschaftlicher Mitarbeiter, Lehrstuhl für Öffentliches Recht und Europarecht, Umweltrecht und Planungsrecht (Prof. Dr. Martin Kment, LL.M.), Juristische Fakultät, Universität Augsburg.

Prof. Dr. *Simon Bulla*

Rechtsanwalt und Partner der Kanzlei pdrei Rechtsanwälte, Fachanwalt für Verwaltungs- und Vergaberecht, Honorarprofessor der Universität Augsburg.

Prof. Dr. *Andreas Decker*

Richter am Bundesverwaltungsgericht in Leipzig (4. Revisionssenat), Honorarprofessor der Universität Augsburg.

Prof. Dr. *Sina Fontana*, MLE.

Lehrstuhl für Öffentliches Recht und Krisenresilienz, Juristische Fakultät, Universität Augsburg.

Stud. iur. *Wilfried R. Fuß*, B.A.

Studentische Hilfskraft, Professur für Öffentliches Recht, Sozial- und Gesundheitsrecht und Migrationsrecht (Prof. Dr. Andrea Kießling), Fachbereich Rechtswissenschaft, Goethe-Universität Frankfurt am Main.

Prof. Dr. *Alexander Hellgardt*, LL.M. (Harvard)

Lehrstuhl für Bürgerliches Recht, Unternehmensrecht und Grundlagen des Rechts, Fakultät für Rechtswissenschaft, Universität Regensburg.

Prof. Dr. *Phillip Hellwege*, M.Jur. (Oxford)

Lehrstuhl für Bürgerliches Recht, Wirtschaftsrecht und Rechtsgeschichte, Juristische Fakultät, Universität Augsburg.

Prof. Dr. *Leonhard Hübner*, M.Jur. (Oxford)

Lehrstuhl für Bürgerliches Recht, Internationales Privatrecht und Rechtsvergleichung, Juristische Fakultät, Universität Augsburg.

Prof. Dr. *Peter Kasiske*

Professur für Strafrecht, Strafprozessrecht und Wirtschaftsstrafrecht, Juristische Fakultät, Universität Augsburg.

Prof. Dr. *Johannes Kaspar*

Lehrstuhl für Strafrecht, Strafprozessrecht, Kriminologie und Sanktionenrecht, Juristische Fakultät, Universität Augsburg.

Prof. Dr. *Andrea Kießling*

Professur für Öffentliches Recht, Sozial- und Gesundheitsrecht und Migrationsrecht, geschäftsführende Direktorin des Instituts für Europäische Gesundheitspolitik und Sozialrecht (ineges), Fachbereich Rechtswissenschaft, Goethe-Universität Frankfurt am Main.

Prof. Dr. *Martin Kment*, LL.M. (Cambridge)

Lehrstuhl für Öffentliches Recht und Europarecht, Umweltrecht und Planungsrecht, geschäftsführender Direktor des Instituts für Umweltrecht, Juristische Fakultät, Universität Augsburg.

Prof. Dr. Dr. h.c. *Michael Kubiciel*

Lehrstuhl für Deutsches, Europäisches und Internationales Straf- und Strafprozessrecht, Medizin- und Wirtschaftsstrafrecht, Juristische Fakultät, Universität Augsburg.

Prof. Dr. *Josef Franz Lindner*

Lehrstuhl für Öffentliches Recht, Medizinrecht und Rechtsphilosophie, Juristische Fakultät, Universität Augsburg.

Dr. *Stefan Lorenzmeier*, LL.M. (Leiden)

Akademischer Oberrat, Juristische Fakultät, Universität Augsburg.

Prof. Dr. *Tobias Lutzi*, LL.M. (Köln/Paris 1), M.Jur. (Oxford)

Juniorprofessur für Privatrecht, Juristische Fakultät, Universität Augsburg.

Dipl.-Jur. *Lenard Patros*

Wissenschaftlicher Mitarbeiter, Lehrstuhl für Bürgerliches Recht, Haftungsrecht und Recht der Digitalisierung (Prof. Dr. Benedikt Buchner, LL.M.), Juristische Fakultät, Universität Augsburg.

Dipl.-Jur. *Alexander Pollithy*

Wissenschaftlicher Mitarbeiter, Lehrstuhl für Bürgerliches Recht, Haftungsrecht und Recht der Digitalisierung (Prof. Dr. Benedikt Buchner, LL.M.), Juristische Fakultät, Universität Augsburg.

Prof. Dr. *Kerstin Schlögl-Flierl*

Lehrstuhl für Moraltheologie, Katholisch-Theologische Fakultät, Universität Augsburg; Mitglied im Deutschen Ethikrat.

Prof. em. Dr. Dr. h.c. *Reiner Schmidt*

Lehrstuhl für Öffentliches Recht, Wirtschaftsverwaltungsrecht und Umweltrecht, Juristische Fakultät, Universität Augsburg.

Prof. Dr. *Daniel Wolff*, LL.M. (Yale)

Juniorprofessur für Öffentliches Recht, Juristische Fakultät, Universität Augsburg.

