

JAN-ERIK SCHIRMER

Nachhaltiges Privatrecht

Jus Privatum

270

Mohr Siebeck

JUS PRIVATUM
Beiträge zum Privatrecht

Band 270



Jan-Erik Schirmer

Nachhaltiges Privatrecht

Mohr Siebeck

Jan-Erik Schirmer, geboren 1986; 2015 Promotion; 2022 Habilitation; Privatdozent an der Humboldt-Universität zu Berlin, Juristische Fakultät.

Die zugrundeliegende Forschung wurde gefördert durch die Deutsche Forschungsgemeinschaft (DFG) – 458303786.

Die Veröffentlichung wurde finanziert aus dem Open-Access-Publikationsfonds der Humboldt-Universität zu Berlin, gefördert durch die Deutsche Forschungsgemeinschaft (DFG) – 491192747.



Gefördert durch

DFG Deutsche
Forschungsgemeinschaft

ISBN 978-3-16-161864-2 / eISBN 978-3-16-161865-9

DOI 10.1628/978-3-16-161865-9

ISSN 0940-9610 / eISSN 2568-8472 (Jus Privatum)

© 2023 Jan-Erik Schirmer

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

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/deed.de>



Die Bedingungen der Creative Commons-Lizenz gelten ausschließlich für die vom Autor der Publikation erstellten Texte und Abbildungen. Die Wiederverwendung von Material aus anderen mit entsprechender Angabe gekennzeichneten Quellen wie Abbildungen, Fotografien oder Textauszüge kann weitere Nutzungsgenehmigungen durch den betreffenden Rechteinhaber erfordern.

Das Buch wurde von Gulde Druck in Tübingen aus der Stempel Garamond gesetzt, auf alterungsbeständiges Werkdruckpapier gedruckt und von der Buchbinderei Spinner in Ottersweier gebunden.

Printed in Germany.

Vorwort

Dieses Buch ist während meiner Tätigkeit an der Humboldt-Universität zu Berlin entstanden, wo es von der Juristischen Fakultät als Habilitationsschrift angenommen wurde. Literatur und Rechtsprechung sind bis Juli 2022 berücksichtigt, auch alle Weblinks sind auf diesem Stand. Die Entstehung wurde maßgeblich durch eine Sachbeihilfe der Deutschen Forschungsgemeinschaft unterstützt, die Veröffentlichung haben der Open-Access-Publikationsfonds der HU Berlin, die Johanna und Fritz Buch Gedächtnis-Stiftung und die Studienstiftung ius vivum gefördert. Allen dafür herzlichen Dank!

Ein Buch zu schreiben ist wie auf eine Wanderung zu gehen, bei der man weder Dauer noch Ziel kennt. Und auf der einen viele Menschen begleiten, ohne die man niemals angekommen wäre. Einige möchte ich besonders hervorheben, auch wenn alle anderen genauso wichtig waren.

Den Anstoß verdanke ich Anders Levermann, der mir verdeutlichte, dass es zur Nachhaltigkeitstransformation auf jede Disziplin ankommt. Mein akademischer Lehrer Gregor Bachmann lies mich mit Vertrauen und Zuversicht loslaufen, so wie er es immer getan hat. Die Berliner Fakultät bot mir die perfekte Ausgangsbasis, zumal schon am Ende des Flurs neue Entdeckungen warteten. Wenn es steinig wurde, konnte ich mich auf das Lehrstuhlteam verlassen, vor allem auf Philipp, Bastian, Tobias, Sandrine, Anne, den kleinen und den großen Max – und auf Heike Fach natürlich.

Von Axel Halfmeier habe ich den Titel übernommen, es gab einfach keinen besseren. Auf vielen Seiten finden sich Spuren von Daniel Markovits und Douglas Kysar, die mich auf Wege mitnahmen, die ich alleine nicht einmal gesehen hätte. Gleiches gilt für Gerhard Wagner, der mich beständig förderte und forderte (und bereitwillig das Zweitgutachten beisteuerte). Christian Huggel und Rick Heede lotsten mich durch den Dschungel der Klimawissenschaft; Joachim Radkau und Kai Hünemörder brachten ihre historische Expertise ein. Anne-Christin Mittwoch, Johanna Croon-Gestefeld, Laura Schmitt und Hanjo Hamann hörten sich meine Thesen an (oder was ich dafür hielt) und waren auch sonst immer da, wenn ich Begleitung brauchte.

Auf Wanderungen lernt man Menschen neu kennen. Manchmal trennen sich dann die Wege. Manchmal realisiert man aber auch erst mit der Zeit, wie lange

man schon nebeneinander geht und der Weg niemals enden soll. Letzteres gefällt mir besser. Walk on, Frau S.

Berlin, im Sommer 2022

Jan-Erik Schirmer

Inhaltsübersicht

Vorwort	V
Inhaltsverzeichnis	IX
Abbildungsverzeichnis	XVII
Einleitung	1
Teil 1: Nachhaltigkeit	13
§ 1 <i>Der Brundtland-Bericht</i>	15
I. Die Brundtland-Formel	15
II. Post-Brundtland: Verfeinerung und Umsetzung	16
§ 2 <i>Inhalt und normativer Aussagegehalt</i>	18
I. Nachhaltigkeit als Effizienzkopie?	18
II. Mehr als Effizienz	24
<i>Ergebnis Teil 1</i>	29
Teil 2: Nachhaltigkeit und Privatrecht	31
§ 3 <i>Reelle Eigenlogik</i>	33
I. Die Meistererzählung: Von Privatautonomie zu Gemeinwohl	34
II. Nachhaltigkeit als letzter Tropfen?	35
III. Privatautonomie als Zerrbild	36
IV. Zwischenergebnis	53
§ 4 <i>Ideelle Eigenlogik: Die klassische Antwort</i>	56
I. Klassische Antwort und Nachhaltigkeit	57
II. Unter falscher Flagge	66
III. Zwischenergebnis	72
§ 5 <i>Ideelle Eigenlogik: Die richtige Antwort</i>	74
I. Erste Annäherung: Pluralistische Responsivität	75
II. Zweite Annäherung: Konstruktion als Bipolarität	82
III. Dritte Annäherung: Bipolarität in Aktion	104

IV. Synthese: Responsive Bipolarität	112
V. Zwischenergebnis	114
<i>Ergebnis Teil 2</i>	116
Teil 3: Nachhaltigkeit im Privatrecht	117
§ 6 <i>Klimahaftung</i>	119
I. Wirklichkeitsphänomen Klimawandel in casu: Der RWE-Fall . . .	119
II. Erstes Positivmerkmal: Anlass für Bipolarität	122
III. Zweites Positivmerkmal: Taugliche Anknüpfung	174
IV. Ergebnis Positivmerkmale	270
§ 7 <i>Lieferkettenverantwortlichkeit</i>	274
I. Wirklichkeitsphänomen globale Lieferketten in casu: Der (leicht abgewandelte) KiK-Fall	274
II. Erstes Positivmerkmal: Anlass für Bipolarität	278
III. Zweites Positivmerkmal: Taugliche Anknüpfung	304
IV. Ergebnis Positivmerkmale	367
§ 8 <i>Negativmerkmale</i>	369
I. Erstes Negativmerkmal: Strukturelle Unterkomplexität	371
II. Zweites Negativmerkmal: Forumsinkompatibilität	390
III. Full Circle	411
<i>Ergebnis Teil 3</i>	422
Schluss	425
Literaturverzeichnis	427
Sachregister	463

Inhaltsverzeichnis

Vorwort	V
Inhaltsübersicht	VII
Abbildungsverzeichnis	XVII
Einleitung	1
Teil 1: Nachhaltigkeit	13
§ 1 <i>Der Brundtland-Bericht</i>	15
I. Die Brundtland-Formel	15
II. Post-Brundtland: Verfeinerung und Umsetzung	16
§ 2 <i>Inhalt und normativer Aussagegehalt</i>	18
I. Nachhaltigkeit als Effizienzkopie?	18
1. Wohlfahrtsökonomik und Kosten-Nutzen-Analysen	19
2. Diskontierung und Substituierung	21
II. Mehr als Effizienz	24
1. Grundbedürfnisse statt Präferenzen	24
2. Erhalt essentieller Natursysteme	25
3. Nord/Süd-Verteilung	27
<i>Ergebnis Teil 1</i>	29
Teil 2: Nachhaltigkeit und Privatrecht	31
§ 3 <i>Reelle Eigenlogik</i>	33
I. Die Meistererzählung: Von Privatautonomie zu Gemeinwohl	34
II. Nachhaltigkeit als letzter Tropfen?	35
III. Privatautonomie als Zerrbild	36
1. Germanische vs. römische Freiheit	36
2. Freihändler vs. Kathedersozialisten	40
3. Begriffsjuristen vs. Zweckjuristen	42
4. Der Mythos vom liberalistisch-individualistischen BGB	44
5. Das lange 19. Jahrhundert	47

IV. Zwischenergebnis	53
§ 4 <i>Ideelle Eigenlogik: Die klassische Antwort</i>	56
I. Klassische Antwort und Nachhaltigkeit	57
1. Der deduktive Dreischritt	58
a) Die Lücke bei Aristoteles	59
b) Im Sog der Raum-Metapher	60
2. Der induktive Dreischritt	62
a) Die Unbestimmtheit der <i>iustitia commutativa</i>	63
b) Auf distributivem Grund	64
II. Unter falscher Flagge	66
1. Die (zweifache) politische Funktion	68
2. Politische Funktion im Verfassungsstaat	71
III. Zwischenergebnis	72
§ 5 <i>Ideelle Eigenlogik: Die richtige Antwort</i>	74
I. Erste Annäherung: Pluralistische Responsivität	75
1. (Letzt-)Begründungsproblem	75
2. Autonomie des Privatrechts	76
3. Kein methodischer Monismus	78
a) Renaissance der standespolitischen Funktion	78
b) Responsive Privatrechtswissenschaft	80
II. Zweite Annäherung: Konstruktion als Bipolarität	82
1. Was bleibt von der Eigenlogik?	83
2. Keine inhärente Bipolarität	84
3. Übersetzung in Bipolarität	86
a) Erfolg 1: Vertrag mit Schutzwirkung	90
b) Erfolg 2: Produzentenhaftung	93
c) Scheitern 1: Ehestörung	97
d) Scheitern 2: Amtshaftung	99
e) Merkmale für Erfolg und Scheitern	102
aa) Positivmerkmale	102
bb) Negativmerkmale	103
cc) Anna-Karenina-Prinzip	103
III. Dritte Annäherung: Bipolarität in Aktion	104
1. Bipolarität als Drama	104
2. Bipolarität als Antreiber	106
3. Bipolarität als Responsivität auf Augenhöhe	109
IV. Synthese: Responsive Bipolarität	112
V. Zwischenergebnis	114
<i>Ergebnis Teil 2</i>	116

Teil 3: Nachhaltigkeit im Privatrecht	117
§ 6 Klimahaftung	119
I. Wirklichkeitsphänomen Klimawandel in casu: Der RWE-Fall	119
II. Erstes Positivmerkmal: Anlass für Bipolarität	122
1. Konstruktionsgrund: Naturwissenschaftliche Kausalität	125
a) Weite Perspektive: Statusgruppenbezogene naturwissenschaftliche Kausalität	127
aa) Schritt 1: Produzentenbedingter Klimawandel	128
bb) Schritt 2: Klimabedingte Gletscherschmelze	130
cc) Schritt 3: Abschmelzbedingte Überflutungsgefahr	132
b) Enge Perspektive: Parteibezogene naturwissenschaftliche Kausalität	134
aa) Schritt 1: RWE-bedingter Klimawandel in Huaraz	135
bb) Schritt 2: Klimabedingte Hausgletscherschmelze	138
cc) Schritt 3: Abschmelzbedingte Grundstücksgefahr	140
c) Zwischenergebnis	145
2. Konstruktionsgrund: Prävention	147
a) Vermeidung noch nicht angelegter Klimaschäden	150
b) Begrenzung bereits angelegter Klimaschäden	152
c) Vermeidung bereits angelegter Klimaschäden – durch Klimaopfer	154
3. Konstruktionsgrund: Effizienz	156
a) Private Klimahaftung nicht offensichtlich kostenunterlegen	156
b) Verbesserte Anreizstruktur	158
4. Konstruktionsgrund: Exponierte Stellung	161
a) Darum gerade Energieproduzenten wie RWE	162
b) Darum gerade Klimaopfer wie Lliuya	168
c) Darum gerade Energieproduzenten wie RWE und Klimaopfer wie Lliuya	170
5. Konstruktionsgrund: Nachhaltigkeit	171
6. Zwischenergebnis	173
III. Zweites Positivmerkmal: Taugliche Anknüpfung	174
1. Anspruchsgrundlagen	175
2. Erstes Anknüpfungproblem: Rechtliche Kausalität	178
a) Naturwissenschaftliche als rechtliche Kausalität	179
b) Individualisierbarkeit des Verursachungsbeitrags (summierte Immissionen)	183
aa) Keine dogmatische Absage im Waldschadensurteil	184
bb) Klimaschäden: Nur das Wie ist entscheidend	187
cc) Fatale (Schein-)Parallelen	189
c) Bestimmung des Verursachungsbeitrags	191

d) Adäquanz des Verursachungsbeitrags	193
aa) Risikoerhöhung	195
bb) Erkennbarkeit	197
cc) Kein unterbrechendes Drittverhalten	202
(1) Indirekte Emissionen	203
(2) Konzernaufteilung	205
(3) Eigengefährdung	205
e) Zwischenergebnis	206
3. Zweites Anknüpfungproblem: Pflichtverletzung	208
a) Keine Legalisierung durch öffentlich-rechtliche Treibhausgasregime	209
aa) Schon öffentlich-rechtlich nicht per se legal	210
bb) Keine Grenz- oder Richtwerte	211
cc) Sowieso nur Indizwirkung – aber selbst dafür kein Raum	212
dd) Keine Legalisierung wegen Daseinsvorsorge	215
b) Begründungskriterien	216
aa) Rechtsgutsgefährdung	216
bb) Erkennbarkeit	217
cc) Zumutbarkeit	219
(1) Konkretisierung mittels Learned-Hand-Formel?	220
(2) Klimahaftung als Produktionshaftung	225
(a) Umweltbezogene Produktionsbeobachtungspflicht	227
(b) Gebotenheit der Warnung	232
(c) Adressaten der Warnung: Klimaopfer und Stromabnehmer	234
(d) Inhalt der Warnung	237
(e) Zumutbarkeit der Warnung	239
(f) Erfolgchance der Warnung	241
(aa) Klimaopfer	243
(bb) Stromabnehmer	245
(g) Produktionsbeobachtungspflicht im Konzern	254
c) Zwischenergebnis	259
4. Drittes Anknüpfungproblem: Rechtswidrigkeit	261
a) Keine Duldungspflicht aus § 906 Abs. 1 und 2 BGB	262
b) Keine Duldungspflicht aus § 14 S. 1 BImSchG	263
c) Keine Duldungspflicht für Summations- und Distanzbeeinträchtigungen	265
d) Keine Duldungspflicht aus Eigengefährdung	268
e) Zwischenergebnis	270
IV. Ergebnis Positivmerkmale	270

§ 7 Lieferkettenverantwortlichkeit	274
I. Wirklichkeitsphänomen globale Lieferketten in casu: Der (leicht abgewandelte) KiK-Fall	274
II. Erstes Positivmerkmal: Anlass für Bipolarität	278
1. Konstruktionsgrund: Prävention	278
a) Umfassende Einflussmöglichkeiten	279
b) Kein Dilemma of Control	282
c) Lieferkettenverantwortlichkeit als Anreizverstärker	285
2. Konstruktionsgrund: Effizienz	287
a) Lieferkettenverantwortlichkeit im Effizienzvorteil	287
b) Vertrauenseigenschaften und Marktversagen	290
3. Konstruktionsgrund: Exponierte Stellung	293
a) Darum gerade transnationale Händler wie KiK	293
b) Darum gerade Endverbraucher wie König	296
c) Darum gerade transnationale Händler wie KiK und Endverbraucher wie König	300
4. Konstruktionsgrund: Nachhaltigkeit	301
5. Zwischenergebnis	303
III. Zweites Positivmerkmal: Taugliche Anknüpfung	304
1. Anspruchsgrundlagen	305
2. Erstes Anknüpfungproblem: Sachmangel	305
a) Lieferkettengovernance als Beschaffenheit	306
b) Lieferkettengovernance als übliche, zu erwartende Beschaffenheit	308
aa) Weichenstellung: Vergleichsgruppe und Maßstab	309
bb) Inhalt und Öffentlichkeit der Äußerung	312
cc) Beschaffenheitserwartung eines vernünftigen Durchschnittskäufers	316
(1) Ansatz 1: Produktionsbezug der Äußerung entscheidet	318
(2) Ansatz 2: Produktionsbezogene Äußerungen sind (nicht) ernst zu nehmen	319
(3) Ansatz 3: Erfolgsversprechen vs. Bemühungszusagen	320
(4) Alternativansatz: Lauterkeitsrechtliche Orientierung	321
(a) Fokussierung 1: Adressatenkreis	323
(b) Fokussierung 2: Adressatenbezogenes Verständnis	324
(c) Fokussierung 3: Erwartungen aus adressatenbezogenem Verständnis	328
c) Lieferkettengovernance und Einfluss auf die Kaufentscheidung	331
d) Lieferkettengovernance und Verkäuferkenntnis	334
e) Zwischenergebnis	336

3. Zweites Anknüpfungproblem: Anspruchsinhalt	338
a) Primärebene: Nacherfüllungspflicht	338
aa) Unmöglichkeit als Regelfall	339
bb) Verweigerung irrelevant	342
b) Sekundärebene: Rücktritt und Schadensersatz	343
aa) Fristsetzung entbehrlich	344
bb) Kein unerheblicher Mangel	347
cc) Vertretenmüssen	350
(1) Unbehebbarer Mängel	350
(2) Behebbarer Mängel	354
c) Zwischenergebnis	355
4. Drittes Anknüpfungproblem: Anspruchsumfang	356
a) Ausgangspunkt	356
b) Identity Harm als ersatzfähiger Schaden?	358
aa) Viele Vorläufer	358
bb) Viele Parallelen	361
cc) Ein Bezifferungsvorschlag	362
c) Zwischenergebnis	367
IV. Ergebnis Positivmerkmale	367
§ 8 <i>Negativmerkmale</i>	369
I. Erstes Negativmerkmal: Strukturelle Unterkomplexität	371
1. Kritikpunkt: Großlösungsaspekt	371
a) Aber 1: Globale Lücken	372
b) Aber 2: Europäische und nationale Lücken	374
2. Kritikpunkt: Breitenaspekt	376
a) Aber 1: Transnationale Breitenwirkung	376
b) Aber 2: Wirtschaftliches Expansionspotential	378
c) Aber 3: Diskursives Expansionspotential	381
3. Kritikpunkt: Verlagerungsaspekt	384
a) Aber 1: Bei Lieferkettenverantwortlichkeit unrealistisch	385
b) Aber 2: Bei Klimahaftung (sehr) wenig wahrscheinlich	385
II. Zweites Negativmerkmal: Forumsinkompatibilität	390
1. Kritikpunkt: Kompetenzaspekt	390
a) Aber 1: Lücken bleiben Lücken	391
b) Aber 2: Gesetzgeberisches Rückholrecht	392
2. Kritikpunkt: Zurückhaltungsaspekt	394
a) Aber 1: Judicial self restraint nicht übertragbar	394
b) Aber 2: Keine deutsche Zurückhaltungslinie	398
c) Aber 3: Geopolitische Zurückhaltung bleibt gewahrt	401
3. Kritikpunkt: Leistungsaspekt	404
a) Aber 1: Pure Routine	404

b) Aber 2: Vielfältige Klageanreize	407
III. Full Circle	411
1. Zu enge Wirksamkeitsperspektive	411
a) Bezugspunkt: Isoliert/statische Zustände	412
b) Blinder Fleck: Interdependente/dynamische Abläufe	413
c) Perspektiverweiterung: Responsive Bipolarität	416
2. Überpessimismus	418
a) Historische Initialzündungen	419
b) Warten als Risiko	421
<i>Ergebnis Teil 3</i>	422
Schluss	425
Literaturverzeichnis	427
Sachregister	463

Abbildungsverzeichnis

Abbildung 1: Modifizierte Karte des Gletschergebiets von Huaraz . . .	120
Abbildung 2: Querschnittsprofil des modellierten Palcaraju-Gletschers	139
Abbildung 3: Entwicklung von Palcaraju-Gletscher und Laguna Palcacocha	139
Abbildung 4: Flutkarte für Huaraz	143

Einleitung

1890 ist Wien eine Weltmetropole. Die Zahl der Bezirke hat sich in kurzer Zeit fast verdoppelt, überall entstehen prächtige Wohnquartiere, die es durchaus mit den Monumentalbauten der Donaumonarchie aufnehmen können. Kunst und Kultur blühen wie sonst nur in Paris oder New York, und auf dem Graben, der aufwändig renovierten Prachtstraße, überbieten sich Kaffeehäuser und Luxusboutiquen mit Angeboten für das aufstrebende Bürgertum. Doch es gibt auch ein anderes Wien. Dieses Wien ist dreckig und laut und stinkt nach Schweiß und einigem mehr. Es ist das Wien der Ziegelböhlen, der Zuwanderer aus dem Osten, die in den Lehmgruben und Fabriken im Süden der Stadt die Bausteine der bürgerlichen Glitzerwelt erschaffen. Der Kontrast könnte nicht größer sein, und es ist genau dieser Kontrast, der Anton Menger wütend macht.¹

Doch im Kollegenkreis dominiert ein anderes Thema. Nicht nur die deutschsprachige Rechtswissenschaft ist fasziniert vom Entwurf eines Bürgerlichen Gesetzbuchs, der nach jahrelanger Kleinarbeit endlich fertig ist. Die meisten sprechen von einer epochalen Leistung, aber Menger sieht das anders. Für ihn ist der Entwurf nichts weiter als eine lebensfremde Kopfgeburt. Ein Gesetzbuch, das vorgibt für das ganze Volk geschrieben zu sein, aber nur für die gemacht ist, die auf den Prachtstraßen flanieren, und nicht für die, die dafür schufteten. Mit den Verfassern geht er hart ins Gericht: „In das Studium entfernter Zeiten und Zustände versenkt, an den überlieferten Rechtsideen mit einer Starrheit festhaltend, die an die borniertesten Orthodoxien erinnert, bemerkten sie nicht die Welt der Veränderungen, welche seit Anfang des 19. Jahrhunderts Deutschland wie in anderen Ländern eingetreten sind: die fortwährende Schärfung des Gegensatzes zwischen Reich und Arm“. In der Welt, so sieht es Menger, tobt der „Orkan“ der Sozialen Frage.² Aber im Elfenbeinturm herrscht eitel Sonnenschein.

Heute ist die Situation ganz ähnlich. Es tobt wieder ein Orkan, nur diesmal buchstäblich. Mit dem Klimawandel sind Unwetter und Überschwemmungen

¹ Näher *Westerbagen* (1988); zur zeitgeschichtlichen Entwicklung Wiens *Lorenz* (2007).

² Alle Zitate bei *Menger* (1890), 13.

selbst in unseren Breitengraden längst Realität, und trotz aller Fortschritte verbrennen im Globalen Süden noch immer ganze Fabriken mitsamt ihren Arbeitern in Feuerstürmen. Nachhaltigkeit gilt als die neue Soziale Frage des 21. Jahrhunderts – ohne global verbesserte Lebens- und Arbeitsbedingungen sowie stabilisierte Natursysteme drohe Chaos, manche befürchten gar gesellschaftlichen Kollaps.³ Die Politik überbietet sich mit Konzepten zur Nachhaltigkeitstransformation, in der Wissenschaft entstehen ganz neue Forschungszweige. Und auch in der Rechtswelt ist vieles in Bewegung. Im Völkerrecht wird vorgeschlagen, Nachhaltigkeit als *emerging principle* einzuordnen, als Stück für Stück erstarkendes Gewohnheitsrecht.⁴ Auf Ebene des Europarechts wollen manche in Art. 3 EUV und Art. 11 AEUV ein bindendes Rechtsgebot zur Neuausrichtung der gesamten Unionspolitik auf Nachhaltigkeitsziele erblicken;⁵ Entsprechendes soll sich Art. 20a GG und den grundrechtlichen Schutzpflichten entnehmen lassen.⁶ Es vergeht kaum ein Monat, in dem keine Publikation mit neuen Nachhaltigkeitstheorien oder Implementierungsvorschlägen erscheint. In den öffentlich-rechtlichen Bibliotheken reiht sich Sammelband an Sammelband, Habilitation an Habilitation.⁷

Doch im Privatrechtsdiskurs ist von dem Wirbel wenig zu spüren. Anders als in der internationalen Debatte⁸ werden Nachhaltigkeitsthemen hierzulande eher stiefmütterlich behandelt. Es dominiert Skepsis, nicht selten ist gar offene Ablehnung zu spüren. Wird etwa eine Integration von Ressourcenschutz ins Mängelgewährleistungsrecht angeregt, folgt postwendend die Mahnung, ob das Privatrecht überhaupt mit „privatrechtsfremden“ Nachhaltigkeitszielen „belastet und somit instrumentalisiert werden darf“.⁹ Wer erwägt, den sachenrechtlichen Eigentumsbegriff um Nachhaltigkeitserwägungen zu ergänzen, muss sich entgegenhalten lassen, dass „die originäre Aufgabe [des Privatrechts] eigentlich eine andere ist“.¹⁰ Und in den handelsrechtlichen Berichtspflichten zu Corporate Social Responsibility sehen manche gar die Vorboten einer „Revolution“.¹¹

³ Prominent *Costanza, et al.* (2007): „Sustainability or Collapse?“.

⁴ Dazu nur *Mathis* (2017), 206 ff.

⁵ Exemplarisch *Wiesbrock/Sjåfjell* (2014).

⁶ Exemplarisch *Calliess* (2001), 121 ff.; *Beaucamp* (2002), 184 ff.; zurückhaltender *Kahl* (2018), 7 ff. Auch das BVerfG hat im Klimabeschluss ein (dem Nachhaltigkeitskonzept weitgehend entsprechendes) „Grundrecht auf ökologisches Existenzminimum“ ausdrücklich offengelassen und „nur“ eine Schutzpflicht auf Klimaneutralität anerkannt, vgl. BVerfGE 157, 30 Rn. 113 ff., dazu näher *Möllers/Weinberg* (2021).

⁷ Die von Wolfgang Kahl herausgegebene Reihe *Recht der nachhaltigen Entwicklung* mit mittlerweile fast 30 Titeln steht dafür sinnbildlich.

⁸ Exemplarisch *Beckers* (2015); *Mattei/Quarta* (2018); *Akkermans/Van Dijk* (2019); *Michaels, et al.* (2021); mit gesellschaftsrechtlichem Fokus *Sjåfjell/Richardson* (2015).

⁹ *Sonde* (2016), 38.

¹⁰ *Ruster* (2021), 1111.

¹¹ *Hommelhoff* (2015), 291.

Bemerkenswert ist, dass die Ablehnung nicht nur aus einer Methodenrichtung kommt. Es sind nicht allein die Anhängerinnen und Anhänger von privatrechtlicher Begriffs- und Systembildung, die Nachhaltigkeit als Fremdkörper wahrnehmen. Auch unter denjenigen, die generell für mehr Interdisziplinarität und eine steuerungsorientierte Methode eintreten, ist die Skepsis groß.¹² So muss etwa Gerhard Wagner zufolge eine Haftung für Klimaschäden schon deshalb ausscheiden, weil der „auf bilaterale Konflikte zwischen zwei Personen angelegte Zivilprozess nicht das geeignete Forum dafür [ist], um der Komplexität des [Klima-]Problems, seiner internationalen Dimension sowie der Vielzahl der zu berücksichtigenden Interessen gerecht zu werden.“¹³ Für Holger Fleischer sind die CSR-Berichtspflichten ein erster „Brückenkopf“ einer in vielen Punkten „nicht erstrebenswert[en]“ Entwicklung hin zu mehr Gemeinwohlorientierung.¹⁴ Noch deutlicher wird Christine Windbichler, die eine „Publizierung“ und „Aufladung mit ethischen und gesellschaftspolitischen Anliegen“ beklagt.¹⁵

Gewiss, es gibt auch befürwortende Stimmen. Axel Halfmeier, Ivo Bach und Eva Maria Kieninger sind prominente Beispiele, zuletzt sind Alexander Hellgardt und Victor Jouannaud hinzugekommen.¹⁶ Im Verhältnis fallen sie jedoch kaum ins Gewicht. Ohne die bestehenden Unterschiede und Zwischentöne in der Debatte kleinreden oder negieren zu wollen, ist die Tendenz im Privatrechtsdiskurs recht eindeutig: *Not in my backyard!* Und das weitgehend unabhängig davon, ob der Hinterhof eher begrifflich-systematisch oder interdisziplinär-steuernd gestaltet wird. Nachhaltigkeit mag eine gute Sache sein, aber sie ist nicht Sache des deutschen Privatrechts.

Ist Nachhaltigkeit im Privatrecht anschlussfähig?

Aber warum eigentlich nicht? Diese Frage ist Ausgangspunkt meiner Untersuchung. Dabei verfolge ich eine privatrechtstheoretische Stoßrichtung. Mir geht es insbesondere nicht darum, inwiefern das Privatrecht nachhaltig werden *muss*. Das mag befremden, handelt es sich hierbei doch um den praktisch maßgeb-

¹² Damit ist nicht gesagt, dass zwischen den Methodenrichtungen keine Überschneidungen bestehen oder sie sich überhaupt klar zuordnen lassen – es handelt sich um eine bewusst grobe Zuspitzung; ähnlich wie hier Kuntz (2019), 259 ff.

¹³ Wagner (2020b), 114. Ähnlich Schön (2022), 223: „Das Privatrecht ist als solches nicht darauf angelegt“.

¹⁴ Fleischer (2017), 525.

¹⁵ Windbichler (2019), 1146. Ähnlich Ekkenga, et al. (2021), 1509: „Die Instrumentalisierung der Wirtschaft zur Erreichung von Nachhaltigkeitszielen ist ein Abenteuer mit offenem Ausgang“.

¹⁶ Halfmeier (2016); Bach/Kieninger (2021); Hellgardt/Jouannaud (2022); für das Gesellschaftsrecht jüngst Mittwoch (2022).

lichen Punkt. Denn wäre Nachhaltigkeit von einem geopolitischen Leitziel zu einem konstitutionellen Rechtsgebot erstarkt – was, wie erwähnt, europa- und verfassungsrechtlich propagiert wird –, müsste man sich um die privatrechtlichen Befindlichkeiten eigentlich wenig scheren. Sie wären nichts weiter als Schwanengesänge einer untergehenden Welt, psychologisch mitunter interessant, positivrechtlich aber weitgehend belanglos. Im Mittelpunkt stünde dann die Frage nach der konkreten europa- oder verfassungsrechtlichen Ausgestaltung und den Auswirkungen auf das geltende Privatrecht.¹⁷ Ganz ähnlich könnte man aus Steuerungsperspektive argumentieren: Ließe sich Nachhaltigkeit als legitimes, mitunter sogar zwingendes Steuerungsziel begründen – wofür naturwissenschaftlich und ethisch ebenfalls eine Menge spricht¹⁸ – und erblickte man im Privatrecht ein Steuerungsinstrument unter vielen, läge der Fokus klar auf Umsetzungsebene und die Klagen um Instrumentalisierung und Aufladung wären kaum eine Fußnote wert. Blendete man die Fundamentalkontroversen um Konstitutionalisierung und Steuerung aus, wäre also „nur“ zu klären, durch welche Eingangstür Nachhaltigkeit ins Privatrecht hineinschlüpft und wie es sich von dort ausbreitet.¹⁹

Doch ganz so einfach ist es nicht. Bekanntlich lautet eine zentrale Erkenntnis der Systemtheorie, dass das Recht wie jedes gesellschaftliche Subsystem eine Eigenlogik aufweist, durch die es sich (re-)produziert und zugleich von seiner Umwelt abgrenzt. Um Input aus anderen, wiederum ihrer eigenen Bereichslogik folgenden Subsystemen – etwa der Politik oder den Naturwissenschaften – aufnehmen zu können, braucht es eine „strukturelle Kopplung“, eine Rezeption des fremden Inputs durch die Eigenlogik des Rechtssystems.²⁰ Wie vor allem Gunther Teubner herausgearbeitet hat, geschieht das jedoch nicht durch eine „Eins-zu-eins Übernahme“, sondern durch einen reflexiven, mitunter aufreibenden Integrationsprozess.²¹ Der Prozess führt regelmäßig zu Irritationen, und die Irritationen fallen umso heftiger aus, je schlechter sich der Input mit

¹⁷ So etwa *Halfmeier* (2016), 735 ff.; *Wiesbrock/Sjåfjell* (2014); *Hellgardt/Jouannaud* (2022), 170 ff., 198 ff.; für Umweltbelange auch schon *Wilhelmi* (2009), 33 ff. Generell zur Konstitutionalisierung des Privatrechts insb. *Steindorff* (1996); *Ruffert* (2001); *Michaels/Jansen* (2006); *Schmid* (2010); *Bachmann* (2010); besonders pointiert *Kumm* (2006).

¹⁸ Vgl. etwa *Bosselmann* (2016), 102 ff.; *Ekarde* (2016a), 180 ff.

¹⁹ So etwa *Halfmeier* (2016), 737 ff.; *Bach/Kieninger* (2021), 1088 ff.; *Hellgardt/Jouannaud* (2022), 181 ff.; für das Gesellschaftsrecht *Mittwoch* (2022), 61 ff. Generell zu Steuerung via Privatrecht insb. *Collins* (2002); *Wilhelmsson* (2004); *Wagner* (2006); *Micklitz* (2009); *Poelzig* (2012); *Hellgardt* (2016); besonders pointiert *Posner* (1986).

²⁰ *Luhmann* (1993), 440 ff., 538 ff.

²¹ Grundlegend *Teubner* (1982); Zitat bei *Teubner* (2015), 154. Selbst systemtheoretischen Zugriffen dezidiert kritisch gegenüberstehende Ansätze teilen diesen Punkt, exemplarisch *Stark* (2020), 216 und 321: „Die nachbardisziplinären Erkenntnisse können nicht eins-zu-eins von der Rechtsdogmatik verwendet werden. [...] Der] Umgang mit nachbardisziplinären Erkenntnissen läuft [...] nicht auf eine Abschottung hinaus, sondern darauf, deren Relevanz ausgehend von den eigenen Selektionskriterien zu bestimmen.“

systeminternen Bordmitteln – also mit bestehenden rechtlichen Kategorien und Instituten – verarbeiten lässt. Vereinfacht gesagt können neue Inhalte dem Recht nicht einfach übergestülpt werden. Wo es an aufnahmefähigen Kategorien und Instituten fehlt, kommt es notwendig zu Integrationsproblemen. Das kann so weit gehen, dass die Integration ganz misslingt, das Recht also nicht in der Lage ist, den Input mit den Mitteln seiner Eigenlogik zu verarbeiten.²² Und genau hier könnte das Problem von Nachhaltigkeit liegen. Dem deutschen Privatrecht von außen Nachhaltigkeit zu verordnen, macht wenig Sinn, wenn es keine geeigneten Bordmittel gibt, wenn der Nachhaltigkeitsinput nur um den Preis heftiger Irritationen integriert werden könnte. Träfe das zu, wären die methodenübergreifenden Klagen über privatrechtsfremde Einflüsse Ausdruck einer handfesten Integrationsstörung, ein Warnsignal des Privatrechtssystems, das man ernstnehmen sollte.²³

Andere Ansätze schlagen in eine ähnliche Kerbe. So besagt etwa die kognitive Metaphertheorie, dass menschliche Denkprozesse ganz erheblich von metaphorischen Konzeptstrukturen geprägt sind.²⁴ Metaphern wie „Zeit ist Geld“ dienen dazu, abstrakten Konzepten durch Rückkopplung mit erfahrungsbasierten Konzepten Form und Struktur zu geben (Zeit lässt sich wie Geld „verschwenden“, „investieren“, „haushalten“ und so weiter). Metaphern beeinflussen aber nicht nur das alltägliche Denken und Verstehen, auch wissenschaftliche Theorien sind von Metaphern durchsetzt, ja müssen der kognitiven Metaphertheorie zufolge von ihnen durchsetzt sein, weil Theorien geradezu die Inbegriffe abstrakter, häufig rein ideeller Konzepte sind. Typische privatrechtliche Selbstbeschreibungen wie „Reich der Freiheit“ sind gute Beispiele. Will man verstehen was Privatrecht über den bloßen Normbestand hinaus *ist*, geben diese und ähnliche Metaphern intuitiv Struktur und Orientierung: Privatrecht ist ein abgegrenzter Ort, das heißt es gibt ein drinnen und ein draußen und an diesem Ort soll individuelle Freiheit herrschen.²⁵ Viele privatrechtliche Institute wirken so selbstverständlich, ja geradezu natürlich, umgekehrt führt aber alles, was aus der Rückkopplungsstruktur fällt, zu Irritationen und wird

²² Teubner (1982), 48 ff.; prägnant nochmals Teubner (2015), 155: „[Aufnahme externer Inhalte] nur dann, wenn sie nach den eigenen Selektionskriterien verwendbar sind.“

²³ Hier ist eine kurze Erklärung nötig: Aus Sicht der (streng Luhmann’schen) Systemtheorie gibt es kein „Privatrechtssystem“, weil danach das Recht als Ganzes (und zwar weltweit!) ein einheitliches Subsystem ist. Ob das angesichts der jahrhundertelangen Ausdifferenzierung überzeugt, sei dahingestellt; selbst wenn man von einem Einheitssystem ausgeht, dürfte indes akzeptiert sein, dass es mehr oder weniger autonom operierende Fragmente wie „das Privatrecht“ mit eigenen Kategorien und Instituten herausgebildet hat, vgl. etwa Teubner (1998), 9 ff. – eben das, was üblicherweise mit „Privatrechtssystem“ gemeint ist. Auch wenn es systemtheoretisch mitunter ungenau ist, werde ich deshalb im Folgenden vom Privatrechtssystem und dessen Eigenlogik sprechen.

²⁴ Grundlegend Lakoff/Johnson (2018); dazu bereits Schirmer/Pauschinger (2020), 217 ff.

²⁵ Generell Lakoff/Johnson (2018), 39 ff., 59 („Theorien sind Gebäude“), 245 ff. („Ideen sind Objekte/Gefäße“).

erklärungs- und legitimationsbedürftig – genauso wie die Aussage „Ich habe Zeit im Überfluss“ regelmäßig stutzen lässt.²⁶ Auch aus Sicht der kognitiven Linguistik bemisst sich die Akzeptanz eines neuen Theoriebausteins also ganz entscheidend danach, inwieweit er die Metaphernstruktur einer Theorie „irritiert“, ob eine „strukturelle Kopplung“ möglich ist. In zahlreichen Experimenten konnte gezeigt werden, dass Menschen fortwährend nach Ähnlichkeiten und Strukturen suchen, Kohärenz herstellen und Ableitungen treffen, und das alles größtenteils unbewusst und zu erheblichem Teil auf Basis metaphorischer Konzeptsysteme.²⁷ Offenbar ist der Drang zu stimmigen Weltbildern schlicht Teil des Menschseins, und wenn das so ist, dann ist für das Schicksal von Nachhaltigkeit das Verhältnis zum privatrechtlichen Weltbild nicht nur wichtig, sondern wahrscheinlich sogar wichtiger als der Nachweis eines externen Nachhaltigkeitsbefehls.²⁸

Ein kurzer Blick auf die jüngere Privatrechtsentwicklung unterstützt diesen Befund. Die wissenschaftliche Rezeption des Verbraucherschutzes oder des Antidiskriminierungsrechts sind warnende Beispiele. Da war von der „Tugendrepublik der neuen Jakobiner“ die Rede, einige riefen den „Anfang vom Ende der Privatautonomie“ aus, andere befürchteten eine „Erosion des Privatrechts“.²⁹ Was einmal als Fremdkörper gilt, wird bekämpft. Und zwar völlig egal, ob das Fremde formal ordnungsgemäß von Berlin, Brüssel oder dem Karlsruher Schlossgarten aus ins Privatrecht diktiert wird. Selbst die Zeit heilt nicht alle Wunden, noch Jahre später wurden die Vorgaben des AGG als „Systemverwirrung europäischer Provenienz“ kritisiert, das Verbraucherrecht als „fragmentarische Rechtsvereinheitlichung“ getadelt.³⁰ Ungeachtet der wichtigen Aussagen von Systemtheorie, Kognitionswissenschaft und ähnlichen Ansätzen lässt sich mein Zugriff also auch ganz nüchtern begründen: Privatrecht wird zuvörderst von Privatrechtlerinnen und Privatrechtlern betrieben. Nachhaltigkeit mithilfe von Konstitutionalisierungs- oder Steuerungserwägungen ins Privatrecht hineinzuargumentieren, wäre letztlich kaum der Mühe wert, weil erhebliche Teile

²⁶ Ähnlich *Bachmann* (2010), 472: „[psychologische] Hemmung des Rechtsanwenders“.

²⁷ Stichworte sind hier: Salienz, Self-Reference-Effekt, Bestätigungsfehler, illusorische Korrelationen und vor allem Framing, prominent *Kahneman/Tversky* (2000), 209 ff.

²⁸ Die Bedeutung von (privat-)rechtlichen Weltbildern lässt sich freilich nicht nur vom Standpunkt der kognitiven Linguistik aus betrachten. Parallelen bestehen insb. zu soziologischen Modellen der Kollektivzuschreibung nach Bourdieu (dazu *Kuntz* (2019), 276 ff.; *Krüper* (2020), 68 ff.; ähnlich auch schon *Kübler* (1975), 9 f.), sprachphilosophischen Ansätzen zum „Sprachspiel“ in institutionellen Sprachgemeinschaften (dazu *Goebel* (2001), 42 ff.), diskurstheoretischen Erklärungen zur Komplexitätsreduktion und Orientierung durch Rechtsparadigmen (dazu *Habermas* (1992/2019), 271 f., 468 ff.) oder expressiven bzw. narrativen Modellen (dazu *Baron/Epstein* (1997), 166 ff.). Eingehend zu Leit- und Weltbildern in der Rechtswissenschaft *Braun* (2015), 171 ff.

²⁹ So die Aufsatztitel von *Säcker* (2002); *Picker* (2002) und *Honsell* (2008).

³⁰ *Lobinger* (2016), 67 bzw. *Grigoleit* (2010), 378. Ähnlich jüngst *Riesenhuber* (2018), 362 ff.

der Privatrechtsfamilie sich davon wenig beeindruckt lassen. Wer dazugehört, lässt sich die Familie eben ungerne vorschreiben. *My backyard, my rules.*³¹

Um keine Missverständnisse zu provozieren: Hiermit soll weder einer Vormachtstellung des Privatrechts oder gar der Privatrechtswissenschaft vor höherrangigem Recht das Wort geredet werden, noch wird eine Autarkie des Privatrechts oder ein *strictly legal point of view* propagiert. Im Gegenteil, all diese Punkte werde ich auf den folgenden Seiten kritisieren. Mir geht es um einen pragmatischen Zugriff, der gewissermaßen einen Schritt zurück macht. Nimmt man die Überlegungen auf den letzten Seiten ernst, hat Nachhaltigkeit nur dann eine realistische Chance im Privatrecht, wenn es sich als anschlussfähig erweist. Die mittlerweile vier Jahrzehnte alte Mahnung Teubners, zunächst „die Regulierungskapazitäten des Rechts selbstkritisch [zu] prüfen, ehe man die Dynamik der ‚Verrechtlichung‘ einleitet“, ist heute so aktuell wie damals.³² Michael Grünberger hat dafür jüngst eine schöne Formel (wieder-)gefunden: Responsive Rechtswissenschaft.³³ Gemeint ist eine Mittlerposition, die einerseits die Rolle des Privatrechts als Regulierungsinstrument anerkennt, ja insbesondere die Öffnung für interdisziplinäre Erkenntnisse und Methoden vorantreibt, sich aber gleichzeitig der „Regulierungsperspektive nicht mit Haut und Haar verschreibt“.³⁴ Der Fokus liegt auf der privatrechtlichen Aufnahme- und Anpassungsfähigkeit. Ein responsiver Ansatz fragt danach, wie privatrechtsexterne Erkenntnisse und Methoden in die privatrechtliche Eigenlogik integriert und systemintern verarbeitet werden können. Genau darum geht es mir in dieser Untersuchung: Ist Nachhaltigkeit im Privatrecht anschlussfähig, inwiefern zeigt sich die privatrechtliche Eigenlogik nachhaltigkeitsresponsiv? Weil dieser Zugriff seinerseits auf einer bestimmten Normativvorstellung von Privatrecht und Privatrechtsmethode gründet, werde ich ihn später zu verteidigen haben.³⁵

Programm

„Anschlussfähigkeit“ und „Nachhaltigkeitsresponsivität“ mag abstrakt klingen, machen wir es deshalb mit zwei Fallkonstellationen etwas konkreter, die mir im Laufe der Untersuchung als Anwendungsbeispiele dienen werden: Klimahaftung und Lieferkettenverantwortlichkeit.

³¹ Ähnlich (unter Verweis auf Bourdieu) Kuntz (2019) 277: „abgrenzbare[s] Feld, das sich durch eigene Spielregeln und spezifische Ziele auszeichnet, welche die Handlungsmöglichkeiten der Akteure einrahmen und determinieren“.

³² Teubner (1982), 49.

³³ Grünberger (2019); zuvor bereits Grünberger (2018), 241 ff. und (am Bsp. des Gleichheitsprinzips) Grünberger (2013), 762 ff. Völlig neu ist das nicht, grundlegend insb. Nonet/Selznick (1978) und Teubner (1982); zu weiteren Parallelansätzen noch unten § 5 I.

³⁴ Grünberger (2018), 242.

³⁵ Unten § 5.

Vor dem OLG Hamm führt der Peruaner Luciano Lliuya aktuell eine sogenannte Klimahaftungsklage gegen die RWE AG. Weil Lliuya sich von einem abschmelzenden Gletscher bedroht sieht und in RWE einen entscheidenden Mitverursacher des Klimawandels erblickt, verlangt er von RWE Kostenersatz für Flutschutzmaßnahmen. Das setzt als Minimum voraus, dass RWEs Treibhausgasemissionen die Flutgefahr kausal hervorgerufen haben. Selbst wenn klimawissenschaftliche Erkenntnisse dies nahelegen, ist damit aber noch nicht gesagt, ob und wie das Privatrecht diese Erkenntnisse verarbeiten kann: Können die privatrechtlichen Kausalitätskategorien mit den klimawissenschaftlichen Restunsicherheiten umgehen, passiert RWEs Verursachungsbeitrag den dogmatischen Filter des Adäquanzkriteriums? Und wie kann eine Emissionspraxis pflichtwidrig sein, die seit Jahrzehnten Millionen von Menschen mit Strom versorgt und von zahlreichen Behörden genehmigt wurde?

Für das zweite Anwendungsbeispiel bildet der (abgewandelte) KiK-Fall vor dem LG Dortmund die Vorlage: Im September 2012 kam es in der Textilfabrik eines pakistanischen KiK-Lieferanten zu einem Großbrand, bei dem über 250 Arbeiter starben – und das, obwohl sich KiK per Verhaltenskodex und Nachhaltigkeitsbericht für die Arbeiter verantwortlich erklärt und sogar explizit die Einhaltung von Feuerpräventionsvorkehrungen angekündigt hatte. Dass KiK sein Wort gebrochen hat, dürfte kaum jemand bezweifeln. Aber inwiefern haben KiKs leere Ankündigungen privatrechtliche Relevanz, könnten die in der abgebrannten Textilfabrik hergestellten Waren gewährleistungsrechtliche Ersatzansprüche auslösen? Lassen sich die Produktionsumstände überhaupt als Sachmangel fassen, insbesondere wenn die Waren ansonsten von tadelloser Qualität sind?

Vor allem aber stehen beide Anwendungsbeispiele letztlich vor demselben Grundproblem, das uns wieder auf die Ausgangsfrage zurückwirft: Sind die Klimahaftung und Lieferkettenverantwortlichkeit zugrundeliegenden Nachhaltigkeitsziele – Klimaschutz bzw. verbesserte Arbeits- und Produktionsbedingungen im Globalen Süden – überhaupt in die privatrechtliche Eigenlogik integrierbar, ist Nachhaltigkeit im Privatrecht anschlussfähig?

Meine Untersuchung geht deshalb in drei Teilschritten vom Großen ins Kleine: Zunächst spezifiziere ich Nachhaltigkeit näher, kläre dann die Beziehung von Nachhaltigkeit und Privatrecht und zeige zuletzt mit Klimahaftung und Lieferkettenverantwortlichkeit zwei Anwendungsbeispiele für Nachhaltigkeit im Privatrecht. Die Teile stehen größtenteils für sich, können also einzeln gelesen werden. Wer sich etwa primär für dogmatische Umsetzungsfragen interessiert, kann sofort zu Teil 3 springen; wer auch über die privatrechtstheoretischen Prämissen im Bilde sein will, beginnt mit Teil 2 und so weiter. Weil ich schrittweise argumentiere, sollten selektiv Lesende aber beachten, dass meine Begründung erst in der Gesamtschau aufgeht. Wer also direkt bei Teil 3 startet, wird sich vielleicht an der einen oder anderen Stelle über meine Prämissen und

Begriffe wundern; in diesem Fall sollte es helfen, zumindest die vorausgehenden Zwischenergebnisse durchzusehen. Wer bereits jetzt eine erste Orientierung wünscht, findet sie im folgenden Kurzaufsatz:

Zunächst werde ich Nachhaltigkeit inhaltlich konkretisieren. Dem widmet sich der *erste Teil*. Bezugspunkt ist das moderne Gründungsdokument der Nachhaltigkeit, der sogenannte Brundtland-Bericht, den § 1 vorstellt. Wenn wir den Bericht in § 2 genauer betrachten, wird sich ein klarer normativer Aussagegehalt herauschälen, der Nachhaltigkeit zugleich von anderen Konzepten – namentlich Effizienz – abgrenzt. Nachhaltigkeit verlangt, menschliche Grundbedürfnisse wie Nahrung, Unterkunft und Gesundheit zu sichern und dabei essentielle Natursysteme wie Atmosphäre, Böden und Gewässer tragfähig zu halten.

Damit ist der Boden für den *zweiten Teil* der Untersuchung bereitet, der sich mit dem Verhältnis von Nachhaltigkeit und Privatrecht befasst: Ist Nachhaltigkeit in die privatrechtliche Eigenlogik integrierbar? Dazu muss klar sein, worin die privatrechtliche Eigenlogik besteht. Nachdem in § 3 Nachhaltigkeit mit der realen Privatrechtsentwicklung abgeglichen wurde, widmet sich § 4 der ideellen Eigenlogik, die dem Privatrecht zugeschrieben wird. In § 5 skizziere ich mit *responsiver Bipolarität* dann ein eigenes Modell, das zugleich die gesamte Vorgehensweise meiner Untersuchung verteidigt. Außerdem arbeite ich je zwei Positiv- und Negativmerkmale heraus, nach denen die Integration in die privatrechtliche Eigenlogik gelingt bzw. scheitert.

So ausgerüstet, kann sich der abschließende *dritte Teil* den Anwendungsbeispielen Klimahaftung und Lieferkettenverantwortlichkeit widmen. Während die Positivmerkmale für Klimahaftung und Lieferkettenverantwortlichkeit jeweils gesondert in § 6 und § 7 erörtert werden, behandle ich die Negativmerkmale geballt in § 8. Am Ende werden zwei Vollzugsmeldungen stehen: Klimahaftung und Lieferkettenverantwortlichkeit sind integrierbar, das Privatrecht ist nachhaltigkeitsresponsiv.

Warum Nachhaltigkeit? Oder: Die Lücke, die doch keine ist

Der Blick aufs Programm verdeutlicht aber auch, was fehlt. Meine Untersuchung kreist um das Privatrecht, und zwar in sehr engen Bahnen. Auch wenn ich zahlreiche Bezüge aus der internationalen Debatte aufgreifen und verarbeiten werde, ist mein Referenzpunkt ausschließlich das deutsche Privatrecht. Mir geht es zudem um staatlich gesetztes Privatrecht, nicht private Ordnungen oder sonstige Regelwerke *beyond the state*.³⁶ Nicht weil diese Perspektive nicht wich-

³⁶ Dazu prominent Teubner (1996); Michaels/Jansen (2006).

tig wäre – im Gegenteil, sie ist gerade im Nachhaltigkeitskontext überragend wichtig³⁷ –, sondern weil mich interessiert, ob das altehrwürdige Bürgerliche Recht zum Nachhaltigkeitssprung ansetzen kann.

Während es sich bei der Schwerpunktsetzung letztlich um eine Geschmacksfrage handelt, ist ein anderer Punkt bedeutender: Es klafft eine erhebliche autoritative Lücke. Denn weder stütze ich mich auf positivrechtliche Vorgaben, namentlich europäische oder verfassungsrechtliche Gebote,³⁸ noch führe ich ethische Gründe pro Nachhaltigkeit an. Vielmehr nehme ich Nachhaltigkeit als gegeben hin und frage nur nach der privatrechtlichen Anschlussfähigkeit. Was fehlt, ist die Verteidigung meines erkenntnisleitenden Ausgangspunkts: Warum ist Nachhaltigkeit eigentlich gut und richtig?

Wie ich noch zeigen werde, hat das einen simplen Grund: Ob Nachhaltigkeit gut und richtig ist, mag zwar eine überaus wichtige, ja mitunter die alles entscheidende Frage sein. Aber sie betrifft eine dem Privatrecht vorgelagerte Ebene. Für die systeminterne Anschlussfähigkeit spielt sie schlicht keine Rolle.³⁹ Allerdings wäre es auch nicht aufrichtig, bei einer derart prinzipiellen Frage meinen eigenen Standpunkt zu verschweigen. Denn natürlich habe ich einen und meine erkenntnisleitenden Interessen werden ganz erheblich von ihm bestimmt. Deshalb nur so viel: Ich halte es mit dem Philosophen Hans Jonas, der seine anspruchsvoll begründete Nachhaltigkeitsethik schlussendlich auf den „Archetyp aller Verantwortung“ herunterbricht: Sehen wir ein unversorgtes Neugeborenes, nehmen wir uns intuitiv seiner an. Weder Mitleid, Erbarmen noch elterliche Liebe ist laut Jonas hier der springende Punkt, auch nicht die Würde des Kindes oder ein gedachter Generationenvertrag. Allein das schlichte Dasein des Babys, „das ins Werden eingetauchte, der Vergänglichkeit anheimgegebene, vom Verderb bedrohte Sein“, beinhaltet immanent ein Sollen. Sobald wir die Zerbrechlichkeit des Säuglings erkennen, wissen wir um unsere Verantwortung: „Sieh hin und du weißt“.⁴⁰ Nicht anders geht es mir, wenn ich Bilder abschmelzender Gletscher oder brennender pakistanischer Fabriken sehe. Obwohl mir bewusst ist, dass die damit verbundenen normativen Fragen überaus komplex und alles andere als klar sind, ja dass bei Nachhaltigkeit wie bei allen Fundamentalfragen nach dem guten und richtigen Leben vielleicht niemals letzte Klarheit bestehen kann, ist für mich doch alles klar: Ich sehe hin und ich weiß. Allerdings bin ich kein Naturwissenschaftler und auch kein Brandingenieur. Weder kann ich Klimamodelle verbessern noch Gebäude feuersicherer

³⁷ Namentlich die bedeutenden rechtstheoretischen Arbeiten zu Lieferkettennetzwerken, etwa *Eller* (2020b).

³⁸ Dazu knapp *Schirmer* (2021b), 37 ff.

³⁹ Unten § 5 II.

⁴⁰ *Jonas* (1979/2015), 235 ff. (Zitate auf 242 und 235). Jonas selbst sprach nie von einer „Nachhaltigkeitsethik“, heute gilt er aber mit Recht als ihr Pionier, vgl. nur *Heinrichs/Michelsen* (2014), 75 ff.

bauen. Aber ich kann zumindest versuchen auf dem Gebiet etwas beizutragen, mit dem ich täglich zu tun (und zu kämpfen) habe. „Du sollst, denn du tust, denn du kannst“, wie es Jonas formuliert.⁴¹ Deswegen dieses Buch.

Knapp 15 Jahre nach seinem Frontalangriff gegen den Ersten Entwurf klingt Anton Menger schon deutlich versöhnlicher. 1904 konstatiert er zufrieden, dass das fertige Bürgerliche Gesetzbuch die wesentlichen Kritikpunkte umgesetzt habe.⁴² Überhaupt schoss er mit seinem Orthodoxievorwurf gegen die Privatrechtswissenschaft weit über das Ziel hinaus, wie wir noch sehen werden.⁴³ Doch seine Analyse hatte einen wahren Kern. Ende des 19. Jahrhunderts waren die sozialen Verwerfungen derart allgegenwärtig, dass Privatrecht und Privatrechtswissenschaft den Orkan nicht länger ignorieren konnten. Sie mussten reagieren, und sie reagierten in der Folgezeit auf eine Art und Weise, von der wohl nicht einmal Menger zu träumen gewagt hätte. Keine Mieterin muss heute befürchten, von ihrem Vermieter über Nacht vor die Tür gesetzt zu werden; kein Bewerber steht schutzlos da, wenn er aufgrund seiner Hautfarbe nicht eingestellt wird. Natürlich funktioniert vieles nicht perfekt, und natürlich lösten die Veränderungen teils heftige Irritationen im Privatrecht aus. Aber Privatrecht und Privatrechtswissenschaft haben bei der Sozialen Frage schon einmal gezeigt, dass sie sich für wichtige gesellschaftliche Anliegen öffnen können.⁴⁴ Auch wenn manche genau darin den Sündenfall sehen – mich stimmt es zuversichtlich für die Nachhaltigkeitsfrage, vor der wir heute stehen.

⁴¹ Jonas (1979/2015), 230.

⁴² Menger (1904), 193.

⁴³ Unten § 3.

⁴⁴ Treffend Ruster (2021), 1111: „Das BGB hat schon viele Stürme überstanden, es wird auch diesen Sturm überstehen“.

Teil 1

Nachhaltigkeit

Wo man auch hinschaut, Nachhaltigkeit ist schon da. Ich kann mich nachhaltig ernähren, nachhaltig investieren und sogar nachhaltige Karibik-Kreuzfahrten buchen. Es gibt einen Deutschen Nachhaltigkeitsrat und einen Nachhaltigkeitskodex. Aber was verbirgt sich hinter dem Begriff, der auf alles zu passen scheint? Was genau bedeutet Nachhaltigkeit?

Die Frage ist alles andere als leicht zu beantworten, und der inflationäre Gebrauch ist daran nicht ganz unschuldig. Wenn fast alles mit dem Etikett „nachhaltig“ versehen wird, verschwimmt der Inhalt immer mehr.¹ Das gilt nicht zuletzt für den Privatrechtsdiskurs, wo Nachhaltigkeit zwar zunehmend als Stichwort auftaucht, aber ganz unterschiedlich verstanden wird.² Mit diesem ernüchternden Befund ist die erste Etappe dieser Arbeit identifiziert: Wenn wir die privatrechtliche Anschlussfähigkeit beurteilen wollen, müssen wir zunächst herausarbeiten, wonach Nachhaltigkeit eigentlich verlangt.

Vorab zwei Worte zum Vorgehen, das ich schon in der Einleitung angedeutet habe: Erstens besteht mein Ziel nicht darin, der interdisziplinären Diskussion um das richtige theoretische Verständnis von Nachhaltigkeit eine neue Facette hinzuzufügen oder aus den zahlreichen Nachhaltigkeitskonzepten in Wissenschaft und Praxis ein bestimmtes herauszupicken.³ Stattdessen lege ich die ideengeschichtliche Ausformung von Nachhaltigkeit zugrunde. Allerdings ist auch das ein Thema für sich, das hier unmöglich in seiner ganzen Breite nachgezeichnet werden kann.⁴ Ich konzentriere mich deshalb auf den sogenannten Brundtland-Bericht, der den Ursprung des zeitgenössischen Nachhaltigkeitsdiskurses bildet.⁵ Zweitens klammere ich Fragen nach der Rechtsnormqualität

¹ Plastisch *Grober* (2013), 16: „Begriffsverwirrung“; ebenso *Bosselmann* (2016), 8: „the term has been used in such a variety of meanings that it has become meaningless.“

² Oftmals wird nachhaltig schlicht mit dauerhaft bzw. nachdrücklich gleichgesetzt, vgl. etwa *Hommelhoff* (2017), 1366; demgegenüber erblickt *Halfmeier* (2016), 725 darin einen „Aufruf an den Menschen, sein Verhältnis zur Umwelt zu reflektieren und aktiv zu gestalten“; weitere Interpretationsnachweise bei *Mittwoch* (2022), 58 ff.

³ Eingehend etwa *Ott/Döring* (2004), 97 ff.; *Ekarde* (2016a), 77 ff., 180 ff.; *Mathis* (2017), 162 ff., 381 ff.

⁴ Dazu etwa *Grober* (2013), der den Nachhaltigkeitsgedanken bis zu Franz von Assisis Sonnengesang aus dem frühen 13. Jahrhundert zurückführt. Wahrscheinlich ist der Grundgedanke noch älter, denn bereits in der Mittelsteinzeit finden sich Spuren von nachhaltig operierenden Siedlungen, vgl. *Graeber/Wengrow* (2021), 288 ff.

⁵ Zur maßgeblichen Rolle des Brundtland-Berichts nur *Bosselmann* (2016), 23 ff.

von Nachhaltigkeit aus. Das heißt ich befasse mich nicht mit der kontroversen Debatte, ob Nachhaltigkeit nur einen unverbindlichen politischen Programmsatz aufstellt oder (mittlerweile) zu einem Rechtsprinzip erstarkt ist, das völkerrechtlich, europarechtlich oder verfassungsrechtlich verortet werden kann.⁶ Zwar lässt sich all das gut begründen. Allerdings besteht eben keine Einigkeit – und noch viel weniger, inwiefern damit eine Vorgabe für das Privatrecht verbunden ist. Vor allem aber ist das Vorhandensein eines höherrangigen Nachhaltigkeitsbefehls gar nicht so bedeutend. Wie ich in der Einleitung näher begründet habe, entscheidet vor allem die Anschlussfähigkeit über das privatrechtliche Schicksal. Dafür müssen wir gar nicht wissen, welche Rechtsnormqualität Nachhaltigkeit hat; es reicht, wenn wir eine Vorstellung vom normativen Aussagegehalt haben.

⁶ Eingehende Darstellung bei *Mathis* (2017), 220 ff.; *Mittwoch* (2022), 66 ff.; *Hellgardt/Jouannaud* (2022), 170 ff.; *Gärditz* (2022), 46 ff.; dazu schon *Schirmer* (2021b), 37 ff.

§ 1 Der Brundtland-Bericht

Die Vision einer nachhaltigen Welt entsteht zehntausende Kilometer von ihr entfernt. Eingezwängt in eine kleine Raumkapsel drückt der amerikanische Astronaut Harrison Schmitt im Dezember 1972 auf den Auslöser seiner Kamera.⁷ Auf dem Foto präsentiert sich die Erde ganz anders, als man es bislang von Karten oder Modellen gewohnt war. Statt säuberlich in Staaten und Blöcke getrennt, ist aus dem All nur ein organisches Ganzes zu sehen; eine kleine und zerbrechliche Kugel, die nicht von menschlichen Aktivitäten und Bauwerken dominiert wird, sondern von einem Muster aus Wolken, Ozeanen und Landmassen.

Mit dem neuen Blick kommt eine neue politische Dynamik. Auf Ebene der Vereinten Nationen setzt sich Anfang der 1980er Jahre die Erkenntnis durch, dass die drängendsten globalen Probleme – Unterentwicklung und Naturzerstörung – zusammenhängen.⁸ Niedrige Entwicklung bedeutet regelmäßig niedrige Umweltstandards; hohe Entwicklung führt umgekehrt zu einer höheren Naturbeanspruchung. Die ehemalige norwegische Ministerpräsidentin Gro Harlem Brundtland wird beauftragt, mithilfe einer Expertenkommission ein Konzept auszuarbeiten, das Entwicklung und Umwelt nicht länger getrennt angeht, sondern zu einem ganzheitlichen Ansatz verzahnt. 1987 meldet die Brundtland-Kommission Vollzug: Die Synthese ist möglich – mit Nachhaltigkeit.

I. Die Brundtland-Formel

Damals kann mit dem Begriff kaum jemand etwas anfangen, er war auf Ebene der Vereinten Nationen bislang nur am Rande aufgetaucht.⁹ Nach langen Debatten einigt sich die Kommission auf eine Definition, die später als Brundtland-Formel berühmt werden wird: „Sustainable development is development that meets the needs of the present without compromising the ability of future generations to meet their own needs.“¹⁰

Wer ein Bekenntnis zum Umweltschutz erwartet, wird von der Definition enttäuscht. Erst auf den zweiten Blick wird die Verzahnung von Entwicklung und Umwelt sichtbar. Der Kommission zufolge besteht die größte Gefahr für die Nachwelt nämlich darin, dass die gegenwärtige Generation ihr „environ-

⁷ Oder sein Kollege Ron Evans, mit letzter Sicherheit wissen wir es nicht; eingehend Grober (2013), 25 ff.

⁸ Zur Vorgeschichte und den isolierten Vorläuferansätzen vgl. nur Gebne (2011), 12 ff.

⁹ Nämlich im Rahmen der Stockholmer Umweltkonferenz von 1972, eingehend Mathis (2017), 93 ff.; freilich war der Grundgedanke schon mehrfach angeklungen, dazu Klippel/Otto (2008), 52 ff.

¹⁰ WCED (1987), Chapter 2 Rn. 1. Weil keine (offizielle) deutsche Übersetzung existiert, zitiere ich im Folgenden aus der englischen Originalversion. Zu den mitunter zweifelhaften deutschen Übersetzungen vgl. nur die Bsp. bei Mathis (2017), 120 f.

mental capital“ übernutzt.¹¹ Zur Bedürfnisdeckung würden zum Beispiel fossile Energieträger verbraucht, Süßwasserquellen ausgebeutet oder Wälder gerodet. Diese Ressourcen seien jedoch nicht nur hinsichtlich ihrer Kapazitäten endlich, das eigentliche Problem bestehe in den damit einhergehenden globalen Umweltgefahren wie dem Klimawandel.¹² Für die Kommission müssen Ressourcenabbau und Investitionsentscheidungen deshalb mit „future as well as present needs“ konsistent sein¹³ Und das gilt nicht nur für staatliches Handeln. Schon im Vorwort wird klargestellt, dass „private enterprise[s], from the one-person business to the great multinational company“ gleichermaßen angesprochen sind.¹⁴

II. Post-Brundtland: Verfeinerung und Umsetzung

Ende 1987 nimmt die Generalversammlung der Vereinten Nationen den Brundtland-Bericht einstimmig an. Nachhaltige Entwicklung soll fortan das „zentrale Leitprinzip für Regierungen, private Institutionen, Organisationen und Unternehmen“ darstellen.¹⁵ In der Folgezeit liegt das Augenmerk darauf, Nachhaltigkeit genauer zu fassen und in konkrete Maßnahmen umzusetzen.¹⁶ Bereits 1992 werden beim sogenannten „Weltgipfel von Rio“ 27 weiterführende Prinzipien zur nachhaltigen Entwicklung aufgestellt¹⁷ und ein über 500 Seiten starker Aktionsplan ausgearbeitet („Agenda 21“).¹⁸ Auf dem Gipfel von Johannesburg wird zehn Jahre später das Nachhaltigkeitskonzept nochmals ausdrücklich „als Besitzstand“ festgeschrieben.¹⁹ 2015 kommt es in New York dann zum vorläufig letzten Akt. Die Generalversammlung der Vereinten Nationen verabschiedet eine Liste von 17 *Sustainable Development Goals*, die bis 2030 erreicht werden sollen.²⁰

¹¹ WCED (1987), Overview Rn. 25.

¹² WCED (1987), Chapter 1 Rn. 32, dezidiert zum Klimawandel Chapter 7 Rn. 19ff.

¹³ WCED (1987), Overview Rn. 30.

¹⁴ WCED (1987), Chairman’s Foreword.

¹⁵ Vgl. Resolution der Generalversammlung v. 11.12.1987 (A/RES/42/187). Freilich hat das rechtlich keine unmittelbaren Konsequenzen, wie auch alle Folgedokumente ist der Brundtland-Bericht ein als solches unverbindliches soft law-Dokument. Eine andere – wie eingangs erläutert bewusst ausgeklammerte – Frage ist, ob sich Nachhaltigkeit über die Summe an Absichtserklärungen und Verweisen völkerrechtlich zur Rechtsnorm verstetigt hat.

¹⁶ Dazu nur *Gebne* (2011), 32ff.

¹⁷ Vgl. Rio-Erklärung über Umwelt und Entwicklung v. 12.8.1992 (A/CONF.151/26).

¹⁸ *United Nations* (1992).

¹⁹ Vgl. Nr. 6 der Erklärung von Johannesburg über nachhaltige Entwicklung (A/CONF.199/20).

²⁰ Vgl. Resolution der Generalversammlung v. 21.10.2015 (A/RES/70/1); eingehend *Bossmann* (2016), 37ff.

Und auch auf nationaler Ebene hinterlässt der Brundtland-Bericht Spuren.²¹ 1992 ruft die Bundesregierung den Wissenschaftlichen Beirat Globale Umweltveränderungen ins Leben, um Detailanalysen über globale Umwelt- und Entwicklungsprobleme bereitzustellen. Knapp ein Jahrzehnt später tagt zum ersten Mal der Rat für nachhaltige Entwicklung, dessen Kernaufgabe darin besteht, eine nationale Nachhaltigkeitsstrategie vorzubereiten und fortzuentwickeln. Wie ungebrochen dabei der Einfluss des Brundtland-Berichts ist, lässt sich gut in der jüngsten Fassung von 2021 erkennen: „Nachhaltige Entwicklung [ist] als Leitprinzip konsequent in allen Bereichen und allen Entscheidungen anzuwenden“, heißt es dort; „[d]afür bedarf es einer wirtschaftlich leistungsfähigen, sozial ausgewogenen und ökologisch verträglichen Entwicklung“, die „gleichermaßen den Bedürfnissen heutiger und zukünftiger Generationen gerecht [wird] – in Deutschland sowie in allen Teilen der Welt“.²²

²¹ Ausführlich *Ott/Döring* (2004), 31 ff.

²² *Deutsche Bundesregierung* (2021), 72.

§ 2 Inhalt und normativer Aussagegehalt

Damit hat sich die Begriffsverwirrung zumindest etwas gelegt. Sofern man sich auf Nachhaltigkeit als Leitidee oder Zielmarke bezieht, ist der Begriff die Kurzform des Brundtland-Konzepts der nachhaltigen Entwicklung. Nachhaltigkeit steht danach für eine generationsübergreifende Klammerformel: Die Entwicklung ist so zu gestalten, dass die Bedürfnisse heutiger Generationen gedeckt sind, ohne die Bedürfnisbefriedigung zukünftiger Generationen zu gefährden.

Aber was genau folgt daraus? Wäre das alles, was uns Nachhaltigkeit zu sagen hätte, wäre die häufig geäußerte Kritik völlig zutreffend. Der normative Aussagegehalt bliebe trivial, es fehlte an inhaltlichen Vorgaben, was genau zu tun ist.²³

I. Nachhaltigkeit als Effizienzkopie?

Nicht von ungefähr existieren daher unterschiedliche Interpretationen. Laut Guy Beaucamp besteht der Leitgedanke der Nachhaltigkeit etwa darin, soziale, wirtschaftliche und ökologische Belange in eine „sinnvolle Mischung“ zu bringen, in der nach Art eines Zieldreiecks allen „Dimensionen gleiches Gewicht zukommt“.²⁴ Ganz ähnlich formuliert Katja Gehne, die von einem „komplexen Spannungsfeld vielfältiger, oftmals gegenläufiger normativer Faktoren“ spricht, die „wirksam“ aufgelöst werden müssen.²⁵ Aber wann ist eine Mischung sinnvoll, wann eine Maßnahme nachhaltigkeitswirksam? Gehne schlägt ein zweigliedriges Modell vor: Nachhaltig handeln bedeute, die Mehrdimensionalität der Aufgabe zunächst als solche zu erkennen, mit anderen Worten die vom Brundtland-Bericht verfolgten „soziale[n], ökologische[n] und ökonomische[n] Ziele in ihrer Interdependenz wahrzunehmen“.²⁶ Im zweiten Schritt sei es dann nötig, das Spannungsfeld im Hinblick auf die Interessen heutiger und zukünftiger Generationen aufzulösen. Hierfür lasse sich „die Struktur des ökonomischen Prinzips“ nutzen: Maßnahmen sind dahingehend zu untersuchen, ob und wie sie sich auf soziale, ökologische und ökonomische Belange auswirken, um mithilfe einer Kosten-Nutzen-Analyse die „kostengünstigste“ Maßnahme zu identifizieren.²⁷ Laut Gehne stellt Nachhaltigkeit deshalb „im Kern ein Effizienzprinzip dar.“²⁸

²³ Exemplarisch *Lowe* (1999), 19: „unsustainable arguments“; *Marsch-Barner* (2011), 737: „bloße Selbstverständlichkeiten“.

²⁴ *Beaucamp* (2002), 58 und 20.

²⁵ *Gehne* (2011), 74.

²⁶ *Gehne* (2011), 75f.

²⁷ *Gehne* (2011), 91.

²⁸ *Gehne* (2011), 327.

Und in der Tat gibt es im Brundtland-Bericht Anzeichen, dass es Nachhaltigkeit genau darum gehen könnte. So wird im Bericht beklagt, dass der Abbau natürlicher Ressourcen üblicherweise nur danach beurteilt werde, ob die Erträge die Abbaukosten rechtfertigen, während Schäden für zukünftige Generationen unberücksichtigt blieben. Auch die Planung von Infrastrukturprojekten, die Kommission wählt das Beispiel eines Wasserkraftwerks, leide regelmäßig daran, dass das Kraftwerk nur als nützlicher Energielieferant gesehen werde. Nachhaltigkeit verlange aber, dass auch die Folgen für Natur und Bevölkerung „must be included in any balance sheets.“²⁹

1. Wohlfahrtsökonomik und Kosten-Nutzen-Analysen

Nachhaltigkeit scheint also das Ziel zu verfolgen, mithilfe ganzheitlicher Wirkungsanalysen langfristig optimale Entwicklungspfade einzuschlagen. Wäre das der Fall, würde der Brundtland-Bericht aber nichts anderes sagen, als die Wohlfahrtsökonomik seit jeher fordert. Denn heute ist es Standard, gesellschaftliche Vorhaben mithilfe von Kosten-Nutzen-Analysen zu bilanzieren – und nicht zuletzt dank der Weiterentwicklungen der Umweltökonomik wird auch die Perspektive immer breiter.³⁰ Im Beispiel des Wasserkraftwerks bestehen die Kosten etwa nicht nur in den Bau- oder Betriebskosten, sondern es werden auch die indirekten Kosten der Naturbeanspruchung einbezogen, etwa die durch den Rückstau des Wassers entstehenden ökologischen Schäden. In gewissem Umfang werden zudem soziale Faktoren abgebildet, zum Beispiel die mit dem Kraftwerksbau einhergehende Zerstörung einer Kultstätte oder Gesundheitsbeeinträchtigung der Bevölkerung.³¹ Nur wenn das Ergebnis positiv ausfällt, wenn also die über die Gesamtzeit anfallenden Gewinne die Verluste überwiegen, so dass die Gewinner die Verlierer entschädigen könnten, ist das Vorhaben effizient und damit wohlfahrtsfördernd.

Der Anwendungsbereich von Kosten-Nutzen-Analysen beschränkt sich jedoch nicht auf einzelne Infrastrukturprojekte, sondern sie eignen sich auch für die Bewertung gesellschaftlicher Entwicklungspfade. Hierzulande wurde etwa die Volkswirtschaftliche Gesamtrechnung eigens um den Faktor Natur ergänzt, um fortan die Wechselwirkungen zwischen Wirtschaft, Gesellschaft und Umwelt in ihrer Gesamtheit abbilden zu können.³² Das Ziel dieser und ähnlicher umweltökonomisch erweiterter Kosten-Nutzen-Analysen besteht letztlich darin, den intertemporal optimalen Naturbelastungspunkt zu identifizieren, sprich Vermeidung und Belastung der Umwelt so auszutarieren, dass die

²⁹ WCED (1987), Chapter 2 Rn. 40.

³⁰ Zur Entwicklungsgeschichte Söllner (2012), 112 ff.; Appelbaum (2019), 185 ff.

³¹ Instrukтив Hammer (2012), 211 ff.

³² Hierzu Deimer, et al. (2016), 89 f.

generationsübergreifende Wohlfahrt maximiert wird.³³ Dies geschieht mittlerweile selbst im globalen Maßstab. Ein prominentes Beispiel ist der sogenannte Stern-Report, der angesichts der Kosten eines ungebremsten Klimawandels dafür plädierte, einen Preis für CO₂-Emissionen einzuführen.³⁴ Maßgeblich waren auch hier Effizienzüberlegungen: Weil Klimaschutz unter dem Strich deutlich günstiger zu haben sei als die prognostizierten Klimaschäden, laufe ein „Weiter-so“ auf Verschwendung hinaus. Kurzfristige Kostenbelastungen durch Emissionssteuern oder Emissionshandelssysteme müssten deshalb wegen langfristig optimalerer Wohlfahrtsauswirkungen hingenommen werden.

Versteht man Nachhaltigkeit also dahingehend, dass die sozial, ökonomisch und ökologisch kostengünstigste Maßnahme ergriffen werden soll, besteht in der Tat kein großer Unterschied zwischen Nachhaltigkeit und Effizienz. Freilich hätte sich Nachhaltigkeit dann als eigenständiges Konzept erledigt, es wäre „redundant“, wie der Ökonom Wilfred Beckerman zu Recht anmerkt. Mehr noch, es liefe auf einen Etikettenschwindel hinaus: „For it appears now that what society should aim at is not ‚sustainability‘, but the maximisation of welfare. It should pursue the old-fashioned economist’s concept of ‚optimality‘.“³⁵ Vor allem aber hätte sich unsere Frage nach der privatrechtlichen Anschlussfähigkeit von Nachhaltigkeit gleich miterledigt. Denn wäre Nachhaltigkeit letztlich nichts anderes als ein umformuliertes Effizienzkonzept, könnten wir auf die mannigfaltige Literatur verweisen, die sich mit der Rolle von Effizienz im Privatrecht befasst.³⁶ Letztlich würde also genau das gelten, was ich schon eingangs mit Blick auf die Debatte um Konstitutionalisierung und Steuerung im Privatrecht angesprochen habe: Natürlich ist alles andere als geklärt, ob und wie Effizienz im Privatrecht anschlussfähig ist – aber es bräuchte jedenfalls keine weitere Monografie darüber. Statt die Frage neuerlich aufzuwärmen, wäre es sinnvoller, auf die entsprechenden Vorarbeiten zu verweisen und gleich in die „nachhaltigkeitsökonomische Analyse“ einzusteigen.³⁷

Dieser Gedanke mag verlockend klingen, doch er geht zu schnell. Dafür spricht schon der in der Einleitung beschriebene Befund, dass Gerhard Wagner und andere prominente rechtsökonomische Stimmen Vorbehalte gegen Nachhaltigkeitsthemen anmelden. Wäre Nachhaltigkeit nur eine Effizienzkopie,

³³ So die Kurzformel von Rogall (2015), 148; näher Weimann (1995), 26 ff.; Ott/Döring (2004), 322 ff.; konstruktiv geht dieser Ansatz auf die sog. Hotelling-Regel für optimale Abbaupfade zurück, vgl. Söllner (2012), 121 f.

³⁴ Vgl. Stern (2007), 56 ff., 468 ff. Der Stern-Report ist jedoch bis heute innerhalb der Ökonomie sehr umstritten, genauso wie viele andere klimabezogene Kostenabschätzungen, vgl. IPCC (2022c), 48 ff. Zu weiterentwickelten Modellen (namentlich zum DICE-Modell von William Nordhaus) instruktiv Sturm/Vogt (2018), 171 ff.

³⁵ Beckerman (1994), 195.

³⁶ Grundlegend Eidenmüller (1998); aus jüngerer Zeit etwa Hellgardt (2016), 419 ff.

³⁷ In diese Richtung etwa Bach/Kieninger (2021), 1088 ff.: „Von der ökonomischen zur ökologischen Analyse“; ähnlich Halfmeier (2016), 737 ff.

wäre diese Kritik kaum zu erklären. Und in der Tat wird man Nachhaltigkeit nicht gerecht, wenn man es kurzerhand mit Effizienz gleichsetzt. Wie wir sehen werden, geht Nachhaltigkeit an entscheidenden Stellen deutlich weiter – womit sich die Frage nach der privatrechtlichen Anschlussfähigkeit in aller Schärfe stellt.

2. Diskontierung und Substituierung

Schauen wir uns dazu die eben beschriebene wohlfahrtsökonomische Herangehensweise noch einmal genauer an. Wir haben gesehen, dass Kosten-Nutzen-Analysen die bevorzugte Methode darstellen, um gesellschaftliche Vorhaben und langfristige Entwicklungspfade auf ihre Effizienz hin zu analysieren. Um kardinale und interpersonelle Vergleiche zu vermeiden, müssen dazu im ersten Schritt die Kosten und Nutzen in Geldbeträge überführt werden.³⁸ Weil aber weder Flusslandschaften noch Kultstätten als Güter auf Wettbewerbsmärkten gehandelt werden, lassen sich nicht einfach Marktpreise ansetzen. Deshalb behilft man sich damit, durch Befragungen Präferenzen aufzudecken und diese in Zahlungsbereitschaften zu übersetzen.³⁹ Bereits dieser Monetarisierungsvorgang wird aus vielen Richtungen angegriffen – „Was kostet eine ausgestorbene Rotkehlchenart, wie viel 300 Millionen Klimaflüchtlinge?“⁴⁰ –; jene Quantifizierungsprobleme, so berechtigt die Kritik daran auch sein mag, sind für uns aber weniger interessant.⁴¹ Entscheidend ist etwas anderes, das bislang nur angedeutet wurde: Vor der Saldierung der Beträge werden die (monetarierten und in Zahlungsströme übersetzen) jährlichen Kosten und Nutzen im Rahmen der sogenannten Diskontierung abgezinst; vereinfacht gesagt fallen sie verglichen mit heute weniger ins Gewicht.⁴² Für das Beispiel des Wasserkraftwerks bedeutet das, dass der mit dem Bau einhergehende jährliche Nutzen, der sich für die Gegenwart anhand von Marktpreisen und Präferenzbefragungen in den Betrag X übersetzen lässt, über die Zeit kontinuierlich abnimmt; genauso wie die jährlichen Kosten in zehn Jahren verglichen mit heute schrumpfen. Ein in der Gegenwart ermittelter Wert gilt folglich nur für die Gegenwart – langfristig verflüchtigt er sich.

³⁸ Hier zeigt sich die Abgrenzung zur sog. alten Wohlfahrtstheorie, die die Summenbildung von Nutzwerten noch als zulässig erachtete; das Kosten-Nutzen-Analysen zugrundeliegende Kaldor-Hicks-Effizienzkriterium war u. a. Ausdruck der Bemühungen, auf diese Problematik zu reagieren; ausführlich *Eidenmüller* (1998), 42 ff.

³⁹ Eingehend *Hammer* (2012), 212 ff.; *Mathis* (2017), 517 ff.

⁴⁰ So *Rogall* (2015), 149; ähnliche Kritik etwa bei *Costanza/Daly* (1992), 41 f.; *Ekardt* (2016a), 199 ff., 429 ff.

⁴¹ Freilich lässt sich trefflich darüber streiten, ob eine Kommodifizierung und Monetarisierung von Natur oder Kulturartefakten überhaupt richtig ist, dezidierte Kritik etwa bei *Sagoff* (2007), 24 ff.; *Kysar* (2010), 71 ff.; *Stark* (2019), 125 ff.

⁴² Instrukтив *Leschke* (2008), 311 ff.; *Mathis* (2011), 165 ff.

Dies wird vor allem mit der Annahme gerechtfertigt, dass die Gesellschaft wohlhabender wird und ein gegenwärtiger Betrag daher in der Zukunft relational an Gewicht verliert. Zudem soll der generellen Ungewissheit von Zukunftsprognosen und der Zeitpräferenz von Individuen Rechnung getragen werden, die den kurzfristige Nutzen nun einmal höher als den zukünftigen bewerten.⁴³ Vor allem die beiden letzten Punkte gründen auf dem für die neoklassische Wohlfahrtstheorie zentralen Gedanken der Konsumentensouveränität. Denn weil allein individuelle Konsumententscheidungen Art und Umfang des Güterangebots steuern (sollen), ist der Schluss von heutigen auf zukünftige Präferenzen immer heikel – wird das Wasserkraftwerk in 30 Jahren überhaupt noch gebraucht oder durch den technischen Fortschritt überflüssig? So gesehen ist die Abzinsung als Unsicherheitspuffer dann nur konsequent.⁴⁴

Allerdings hat die Diskontierung einen Haken: Es lassen sich selbst gigantische Schäden durch geringe Nutzengewinne rechtfertigen, wenn der Schadenseintritt nur weit genug entfernt liegt.⁴⁵ Der Nutzen einer intakten Flusslandschaft, der heute beispielsweise mit einer Million Euro bewertet wird, entspricht in 200 Jahren bei einem Diskontsatz von 3 Prozent nur noch rund 2.700 Euro.⁴⁶ Das Gewicht zukünftiger Kosten und Nutzen wird also ganz entscheidend durch die Diskontierung beeinflusst; der anzusetzende Wert sinkt mitunter so weit herab, dass er bei heutigen Entscheidungsprozessen fast zu vernachlässigen ist. Gerade für tiefgreifende Umweltschäden – man denke an den Klimawandel oder den Rückgang der Biodiversität – ist diese Langfristwirkung aber typisch, es dauert Jahrzehnte bis Jahrhunderte, bis die negativen Folgen voll durchschlagen.⁴⁷

Schon diese Kurzfristperspektive kann man kritisieren (und sie wird auch aus unterschiedlichen Richtungen kritisiert), der springende Punkt ist jedoch ein anderer: Weil Kosten-Nutzen-Analysen auf dem Kaldor-Hicks-Kriterium basieren und weil sich das Kriterium einzig auf den Saldo von Gewinnen und Verlusten bezieht, sind irreversible Umweltschäden nicht ausgeschlossen.⁴⁸

⁴³ Exemplarisch *Hahn* (2004), 1026; zu den verhaltensökonomischen Hintergründen *Kahneman* (2013), 377 ff. Aus normativer Sicht wird dieses Argument freilich stark kritisiert, prominent *Rawls* (1971), 284 ff.

⁴⁴ Vgl. *Ott, et al.* (2016), 339; *Mathis* (2017), 519 ff. Besonders bei Investitionsprojekten wird darüber hinaus häufig auf die Opportunitätskosten verwiesen: Weil die eingesetzten Mittel auch immer „nur“ zur aktuellen Zinsrate angelegt werden könnten, müsse das Projekts zumindest den Kapitalertrag abwerfen – der prognostizierte Nutzen des Projekts wird also insoweit diskontiert, vgl. hierzu *Oberender/Zerth* (2008), 555 ff.; *Posner/Weisbach* (2010), 159 ff.

⁴⁵ Kritisch etwa *Costanza/Daly* (1992), 42 f.; *Kysar* (2001), 41; *Sagoff* (2007), 55 ff.

⁴⁶ Anhand eines ähnlichen Bsp. auch *Leschke* (2008), 312 f.

⁴⁷ Vgl. etwa die Aufstellung bei *Arrow, et al.* (1995), 5 ff.; eingehend *IPCC* (2021b), 21 ff. und unten § 6 II. 1.

⁴⁸ Dies betonen auch *Ott/Döring* (2004), 127; *Kysar* (2007), 125, 135 f.; *Mathis* (2017), 518, 526.

Selbst wenn alle (abgezinsten) Schadenskosten eingepreist werden, bleibt es also möglich, die Atmosphäre zu verschmutzen oder ganze Tierarten auszurotten, sofern nur die zugleich erzielten Gewinne groß genug sind.⁴⁹ Das ist jedoch keine Gemeinheit gegenüber zukünftigen Generationen oder den betroffenen Tierarten, sondern schlicht dem theoretischen Überbau geschuldet. Weil für die neoklassische Wohlfahrtstheorie verschiedene Kapitalarten grundsätzlich beliebig substituierbar sind – Naturkapital sich also durch Maschinen- oder Humankapital ersetzen lässt –, darf Naturkapital auch verbraucht oder vernichtet werden. Gerechtfertigt wird dies wiederum mit den individuellen Präferenzen der Konsumenten, die sich sukzessive einer Welt mit weniger Naturkapital anpassen, und dem technischen Fortschritt, der für ausreichend Substitute sorgen werde.⁵⁰ Es kommt deshalb nur darauf an, dass die aus dem Verbrauch erzielten Gewinne groß genug sind, um sie beispielsweise in neue Technologien oder Stoffe zu investieren.⁵¹ Statt Öl lassen sich etwa synthetische Kraftstoffe entwickeln, letztlich ist selbst eine verschmutzte Atmosphäre kein Drama, weil Sauerstoffmasken für saubere Atemluft sorgen können.⁵²

Es ist also nur konsequent, wenn in Kosten-Nutzen-Analysen verschiedene Kapitalarten saldiert werden. Mehr noch, der Gedanke der freien Substituierbarkeit macht den Kern der Analysemethode aus. Denn nur weil sich jedwede güterspezifische Kosten- und Nutzenerwägung in einen Geldbetrag übersetzen lässt, können Gewinne und Verluste überhaupt zu einem Kapitalwert verrechnet werden, der Auskunft über die Effizienz eines Vorhabens gibt.⁵³ Oder um eine berühmte Metapher zu benutzen: Da man sich bewusst an der Wohlfahrtssumme orientiert, ist einzig die Größe des gesellschaftlichen Kuchens entscheidend – ob die Zutaten wechseln, ist unerheblich.⁵⁴ „Würden wir gleichzeitig beobachten, dass dabei die Umwelt ruiniert würde“, schreiben Bodo Sturm und Carla Vogt in ihrer Einführung in die Umweltökonomik, „so gäbe es dennoch aus Sicht des Ökonomen kein ernsthaftes Problem: Solange wir die

⁴⁹ Hier setzt auch verbreitete Kritik an, exemplarisch *Costanza/Daly* (1992), 40ff.; *Kysar* (2010), 163 ff., 217 ff.

⁵⁰ Grundlegend *Solow* (1974); zum Hintergrund näher *Ott/Döring* (2004), 103 ff.

⁵¹ Das ist die Kernaussage der wohlfahrtsökonomischen Hartwick-Regel, eingehend *Söllner* (2012), 122 f.

⁵² Das mag dystopisch klingen, ist es aber nicht. In einigen chinesischen Städten sind entsprechende Atemmasken längst Realität, vgl. hierzu *Kysar* (2001), 55 ff. Zudem gibt es historische Beispiele: Als Ende der 1970er Jahre in den USA der Einsatz von Luftfiltern bei der Baumwollproduktion zum Schutz der Arbeiterinnen vorgeschlagen wurde (sog. brown lung rule), wurde dies von vielen Ökonomen mit dem Verweis auf günstigere Atemmasken abgelehnt, näher *Appelbaum* (2019), 201 ff. Auch etwa zur selben Zeit von naturwissenschaftlicher Seite geforderte Klimaschutzmaßnahmen wurden mit Verweis auf Substituierung und Migration in kältere Weltgegenden gekontert, vgl. *Oreskes/Conway* (2011), 174 ff.

⁵³ In diesem Sinne auch *Ott/Döring* (2004), 105: „Portfolio-Perspektive“; *Mathis* (2017), 525: „stillschweigende Annahme der Substituierbarkeit“. Das gilt auch für die modernen umweltökonomischen Ansätze wie das DICE-Modell, vgl. *Sturm/Vogt* (2018), 181.

⁵⁴ Treffend *Leschke* (2008), 300; ähnlich auch *Kysar* (2001), 30; *Mathis* (2017), 526.

Welt effizient zugrunde richten, so wäre das aus ökonomischer Sicht nicht zu beanstanden.“⁵⁵

II. Mehr als Effizienz

Genau hier werden die Bruchlinien zwischen Nachhaltigkeit und Effizienz sichtbar. Denn wie ich im Folgenden herausarbeiten werde, kommt es Nachhaltigkeit gerade auf die Zutaten des Kuchens an – und wem welche Stücke zugeteilt werden. Dabei wird sich zugleich der normative Aussagegehalt von Nachhaltigkeit deutlicher abzeichnen.

1. Grundbedürfnisse statt Präferenzen

Wie wir eingangs gesehen haben, rückt die Brundtland-Formel menschliche Bedürfnisse in den Mittelpunkt.⁵⁶ Das ist jedoch nur der Ausgangspunkt, denn der Bericht unterscheidet weiter zwischen „basic needs“, den Grundbedürfnissen menschlicher Existenz, und den darüberhinausgehenden Bedürfnissen nach besser Lebensqualität („aspirations for a better life“).⁵⁷ Während letztere nicht weiter ausbuchstabiert werden, wird die Kommission bei den Grundbedürfnissen konkret: Die Versorgung mit Nahrung, Unterkunft, Kleidung, Arbeit, Energie, Hygiene, Wasser und Gesundheit zu sichern, ist das erklärte Kernanliegen von Nachhaltigkeit.⁵⁸ Diese Festlegung hat handfeste Folgen. Es genügt dann nicht mehr, lediglich die Wohlfahrt zu maximieren, um so gegenwärtigen und zukünftigen Generationen die Möglichkeit zu geben, ihre – rein subjektiv begründeten – Präferenzen zu befriedigen. Vielmehr muss sichergestellt werden, dass jene Grundbedürfnisse tatsächlich gestillt werden können.⁵⁹ Dem Nachhaltigkeitskonzept liegt mithin die unausgesprochene Prämisse zugrunde, dass ein absolut feststehender und universell gültiger Standard menschlicher Grundbedürfnisse existiert – und zwar nicht nur räumlich, sondern auch zeit-

⁵⁵ *Sturm/Vogt* (2018), 15; wohl angelehnt an *Weimann* (1995), 29.

⁵⁶ Oben § 1 I.

⁵⁷ *WCED* (1987), Overview Rn. 27. Oft spricht der Bericht statt von „basic needs“ auch von „essential needs“.

⁵⁸ *WCED* (1987), Chapter 2 Rn. 1 ff., 42 ff. Zur zentralen Rolle konkreter Grundbedürfnisse vgl. auch *Ott, et al.* (2016), 65: „[das] oberste und vorrangige Ziel“; *Mathis* (2017), 125: „Priorität“; zu den Hintergründen des Grundbedürfniskonzepts eingehend *Bosselmann* (2016), 29 ff.

⁵⁹ Dazu schon *O’Neill, et al.* (2008), 194; *Ott, et al.* (2016), 190 f.; an sich auch *Mathis* (2017), 175 f., der allerdings – in gewissem Widerspruch zu seiner eigenen Darstellung (vgl. 122, 128) – behauptet, dass der „Brundtland-Bericht keine klare Aussage darüber [trifft], welche Bedürfnisse zu den unabdingbaren Grundbedürfnissen zählen“.

lich.⁶⁰ Auf Basis des Nachhaltigkeitskonzepts braucht es auch in 100 oder 1.000 Jahren noch Nahrung, Unterkunft, Kleidung etc.; genauer: es braucht einen entsprechenden Güterbestand, aus dem die Grundbedürfnisse nach Nahrung, Unterkunft, Kleidung etc. gestillt werden können.

Dann aber ist es schon problematisch, den Wert dieser Güter für die Zukunft abzuzinsen. Wenn nicht die individuellen Entscheidungen der Konsumenten Art und Umfang des Güterangebots steuern, sondern bestimmte Grundbedürfnisse als zeitlose, vom Entwicklungsstand unabhängige Größen definiert werden, dann entfällt die für die Diskontierung vorgebrachte Rechtfertigung prognostischer Unsicherheit.⁶¹ Vor allem aber ist es ausgeschlossen, die vom Brundtland-Bericht angeführten Grundbedürfnisse durch andere Güter oder Kapital zu substituieren, etwa eine zugige Unterkunft durch wärmere Kleidung oder Geldkompensation.⁶² Das macht die theoretische Diskrepanz von Nachhaltigkeit und Effizienz deutlich: Indem konkrete menschliche Grundbedürfnisse von der Brundtland-Kommission zum Maßstab erhoben werden, entfällt die Möglichkeit, gesellschaftliche Entwicklungspfade allein an einer Summengröße zu messen. Mangels Aggregationsperspektive lassen sich Gewinne und Verluste nicht mehr frei verrechnen.⁶³ Aus Nachhaltigkeitssicht sind Grundbedürfnisse wie Unterkunft oder Kleidung spezifisch zu befriedigende Bedürfnisse, die nicht frei substituiert oder anderweitig ausgeglichen werden können.

2. Erhalt essentieller Natursysteme

Freilich ist selbst dann die Spannbreite sehr weit, wie genau die Grundbedürfnisse zu befriedigen sind. Versorgung mit Nahrung sagt etwa für sich genommen nichts darüber aus, bestimmte Nahrungsressourcen zu konservieren; theoretisch lässt sich das Nahrungsbedürfnis auch durch einige wenige Nahrungsmittel oder gar synthetische Ersatzstoffe stillen. Genauso kann das vom Brundtland-Bericht verbürgte Grundbedürfnis nach Energie aus vielerlei Gütern gedeckt werden, womit auf den ersten Blick beispielsweise nichts dagegenspräche, sämtliche Kohlevorkommen auszubeuten.

Nimmt man den Text genauer unter die Lupe, wird jedoch eine wichtige Einschränkung sichtbar. Obwohl im Grundsatz eine Substituierung innerhalb der jeweiligen Grundbedürfnisart zulässig ist, Kohle also beispielsweise verbraucht und durch Solarenergie ersetzt werden kann, dürfen dabei nicht „the bounds of the ecological possible“ überschritten werden. Das heißt der vollständige Ver-

⁶⁰ Ob dieser Ansatz normativ überzeugt, steht freilich auf einem anderen Blatt; eingehend zur Debatte etwa *O'Neill, et al.* (2008), 25 ff.

⁶¹ In diesem Sinne auch *Ott/Döring* (2004), 128.

⁶² So schon *O'Neill, et al.* (2008), 194; *Kysar* (2010), 169; *Mathis* (2017), 175 f.

⁶³ Deutlich *Mathis* (2017), 175.

brauch natürlicher Ressourcen ist zwar möglich, ja kann zur Bedürfnisbefriedigung gar geboten sein. Doch dabei ist „the ecosystem’s overall integrity“ zu wahren, damit auch für zukünftige Generationen die „carrying capacity of the resource base“ erhalten bleibt.⁶⁴ Nachhaltig ist eine Entwicklung also nur dann, wenn sie sich innerhalb der ökologischen Tragfähigkeit des Erdsystems vollzieht.⁶⁵ Und der Brundtland-Bericht macht auch klar, was das konkret bedeutet: „At a minimum, sustainable development must not endanger the natural systems that support life on Earth: the atmosphere, the waters, the soils, and the living beings.“⁶⁶

Neben der Festschreibung bestimmter menschlicher Grundbedürfnisse weicht Nachhaltigkeit somit noch an einem weiteren Punkt entscheidend vom Effizienzkonzept ab. Einzelne Natursysteme – die Atmosphäre, die Gewässer, die Böden und die Lebewesen – werden zu unverzichtbarem Naturkapital erklärt. Dann ist aber nicht nur die Abzinsung zukünftiger Schadenskosten problematisch, führt sie doch wie gesehen dazu, dass der Wert jenes Naturkapitals mit der Zeit immer weniger zu Buche schlägt.⁶⁷ Sondern es scheidet vor allem eine Substituierung aus. Verluste durch derogierte Böden oder lebensfeindliche Gewässer lassen sich genauso wenig mit Substitutsgewinnen aufwiegen wie eine vom Klimawandel aufgeheizte Atmosphäre durch niedrige Energiepreise. Aus Nachhaltigkeitssicht muss die Integrität der natürlichen Lebensgrundlagen *per se* erhalten werden.⁶⁸ Vor diesem Hintergrund erklärt sich beispielsweise die zunächst etwas willkürlich wirkende „1,5-Grad-Grenze“ im Klima-Übereinkommen von Paris.⁶⁹ Sie ist letztlich nichts anderes als eine Vorsorgeheuristik im Geiste der Nachhaltigkeit: Zwar wird es auch unterhalb von 1,5°C globaler Erwärmung zu weitreichenden Klimafolgen kommen, so dass die Lösung alles andere als optimal ist. Aber oberhalb dieser Grenze besteht die berechtigte Sorge, dass die ökologische Tragfähigkeit des Erdsystems nicht mehr gewährleistet ist, die Folgen also derart tiefgreifend sind, dass zukünftige Generationen ihre Grundbedürfnisse nicht mehr befriedigen können.⁷⁰

⁶⁴ WCED (1987), Chapter 2 Rn. 5 ff.

⁶⁵ Wie hier etwa Rogall (2003), 26; Kahl (2008), 10; Bosselmann (2016), 52; Mittwoch (2022), 38 f. Konzeptionell lässt sich das Brundtland-Konzept deshalb den sog. starken Nachhaltigkeitstheorien zuordnen, vgl. dazu Ott/Döring (2004), 138 ff.

⁶⁶ WCED (1987), Chapter 2 Rn. 9.

⁶⁷ Kritisch etwa Costanza/Daly (1992), 42; Kysar (2001), 42 f.

⁶⁸ Ebenso etwa Kysar (2007), 138; Bosselmann (2016), 29; Mathis (2017), 202, 527 f.; Mittwoch (2022), 46.

⁶⁹ Vgl. Art. 2 Abs. 1 Übereinkommen von Paris. Zur Logik dieser und ähnlicher Temperaturgrenzen eingehend Schellnhuber (2015), 446 ff.

⁷⁰ Eingehend zu den prognostizierten Klimafolgen diesseits und jenseits des 1,5-Grad-Ziels IPCC (2017); auch noch unten § 6 II. 2. a).

3. Nord/Süd-Verteilung

Darüber hinaus nimmt der Brundtland-Bericht eine klare Verantwortungszuteilung vor. Zwar richtet sich das Nachhaltigkeitskonzept an die Weltgemeinschaft als Ganzes, gilt also nicht nur „for the ‚developing‘ nations, but for industrial ones as well“.⁷¹ Im nächsten Schritt erfolgt aber eine Abstufung, die an die oben beschriebene Bedürfnisseerteilung anknüpft: Während die Befriedigung der Grundbedürfnisse „overriding priority“ habe,⁷² müsse bei den darüberhinausgehenden Bedürfnissen nach besserer Lebensqualität Zurückhaltung an den Tag gelegt werden. Nach Ansicht der Kommission ist deshalb den Menschen im Globalen Süden ein steigender Ressourcenverbrauch zuzugestehen, während von den Bewohnern des Globalen Nordens – zu dem auch Deutschland zählt – das exakte Gegenteil verlangt wird. Denn nicht nur seien im Globalen Norden die Grundbedürfnisse nahezu flächendeckend gestillt, die Lebensstandards lägen bereits weit „beyond the world’s ecological means, for instance in our patterns of energy use.“⁷³

Das Nachhaltigkeitskonzept gibt also nicht nur vor, dass die Befriedigung menschlicher Grundbedürfnisse überall und jederzeit gesichert sein muss und zu diesem Zweck essentielle Natursysteme unbedingt tragfähig zu halten sind. Es trifft auch eine Wertung darüber, wessen Bedürfnissen Priorität zukommt und wer für den Tragfähigkeitserhalt die Hauptverantwortung trägt. Im Kern geht es um die Verteilung zwischen Nord und Süd: Um die Lebensbedingungen im Globalen Süden zu verbessern, muss den dort lebenden Menschen zuallererst ein „fair share of the resources required“ zugestanden werden – was im Norden veränderte, mitunter einschränkende „life-styles within the planet’s ecological means“ nötig macht.⁷⁴ Im Kyoto-Protokoll, dem Vorläufer des Klima-Übereinkommens von Paris, lassen sich diese unterschiedlichen Verantwortlichkeiten gut erkennen: Während man Entwicklungs- und Schwellenländern keine genauen Vorgaben hinsichtlich ihrer Treibhausgasemissionen machte und Unterstützung bei der Anpassung an Klimafolgen zusagte, wurde von den beteiligten Industrieländern verlangt, bis 2012 ihre Emissionen um durchschnittlich 5,2 % zu verringern.⁷⁵

⁷¹ *WCED* (1987), Overview Rn. 10.

⁷² *WCED* (1987), Chapter 2 Rn. 1.

⁷³ *WCED* (1987), Chapter 2 Rn. 5.

⁷⁴ *WCED* (1987), Overview Rn. 28f. Durchaus treffend deshalb das Fazit von *Mathis* (2017), 136: „Überspitzt formuliert bedeutet nachhaltige Entwicklung für die reichen Länder Umweltschutz und für die armen Länder Armutsbekämpfung“; gleichsinnig *Bosselmann* (2016), 52.

⁷⁵ Bezogen auf den Stand gegenüber 1990, vgl. Art. 3 Kyoto-Protokoll; zum Ganzen *Schellnhuber* (2015), 351 ff. Dagegen sieht das Übereinkommen von Paris vor, dass Schwellen- und Entwicklungsländer nationale Selbstverpflichtungen ausarbeiten; die Erwartungen sind

Bereits dieser kurze Blick verdeutlicht, dass das Nachhaltigkeitskonzept ganz erheblich distributiv aufgeladen ist – es geht auch und gerade um Verteilungsgerechtigkeit.⁷⁶ Damit zeigt sich ein weiterer Unterschied: Die Frage nach der gerechten Verteilung spielt im Effizienzkonzept keine Rolle. Genauer: Distributive Aspekte spielen selbstverständlich keine Rolle, weil Effizienzanalysen einen sozialen Zustand ausschließlich danach beurteilen, ob knappe Güter nicht verschwendet werden. Aus Sicht des ökonomischen Mainstreams ist Verteilungsgerechtigkeit nicht nur eine von der Effizienz zu trennende, sondern ihr nachgelagerte Frage. Das Primärziel besteht in einer effizienten Allokation; sollte dieser Zustand jedoch nicht mit gesellschaftlichen Gerechtigkeitsvorstellungen vereinbar sein, sind im zweiten Schritt mitunter Effizienzverluste durch Umverteilung hinzunehmen.⁷⁷ Das Nachhaltigkeitskonzept geht demgegenüber exakt umgekehrt an die Fragestellung heran: Indem es bestimmte Bedürfnisse zu allgemeingültigen, unabhängig von Raum und Zeit zu sichernden Grundbedürfnissen erklärt und essentielle Natursysteme als unverzichtbar einordnet, gibt es eine gerechte Verteilung vor. Erst innerhalb dieses Rahmens ist dann Raum für Allokationsaspekte.⁷⁸ Angelehnt an die Formulierung der Rechtsökonominnen Hans-Bernd Schäfer und Claus Ott zum Verhältnis von Gerechtigkeit und Effizienz lässt sich damit sagen:⁷⁹ Eine ineffiziente Gesellschaft wird in aller Regel nicht nachhaltig sein. Aber damit ist noch lange nicht gesagt, dass eine effiziente Gesellschaft auch nachhaltig ist.

hier jedoch weniger streng als an Industrieländer, zudem sind weiterhin Anpassungsunterstützungen von Nord nach Süd vorgesehen, insb. Art. 3 f., 7 Übereinkommen von Paris.

⁷⁶ Ebenso etwa *Bosselmann* (2016), 103; *Mittwoch* (2022), 19. Freilich wird genau diese Vermengung mit distributiven Aspekten von manchen kritisiert, im Klimakontext etwa prominent *Posner/Weisbach* (2010), 73 ff.

⁷⁷ Exemplarisch *Polinsky* (2011), 7 ff.; eingehend *Eidenmüller* (1998), 273 ff.

⁷⁸ Grundlegend schon *Daly* (1992), 188: „Only in third place, after having made social decisions regarding an ecologically sustainable scale and an ethically just distribution, are we in a position to allow reallocation among individuals through markets in the interests of efficiency.“

⁷⁹ *Schäfer/Ott* (2020), XVIII: „Eine Gesellschaft mit effizienzsteigernden Rechtsnormen muss noch nicht gerecht sein. [...] Eine durchgängig ineffiziente Gesellschaft ist jedoch in jedem Fall ungerecht.“

Ergebnis Teil 1

Fassen wir die bisherigen Gedanken zusammen: Dank der letzten Seiten verstehen wir nun besser, was mit Nachhaltigkeit gemeint ist. Es geht um das Brundtland-Konzept der nachhaltigen Entwicklung, das sich auf einen klaren normativen Aussagegehalt verdichten lässt: Nachhaltigkeit verlangt, menschliche Grundbedürfnisse – konkret: Nahrung, Unterkunft, Kleidung, Arbeit, Energie, Hygiene, Wasser und Gesundheit – zu sichern und dabei essentielle Natursysteme – konkret: Atmosphäre, Gewässer, Böden und Lebewesen – tragfähig zu halten. Dadurch gibt das Nachhaltigkeitskonzept nicht nur einen überzeitlichen Verteilungsrahmen vor, sondern bestimmt zugleich die globale Verteilung zwischen Nord und Süd.

Nachhaltigkeit ist damit mehr als eine bloße Effizienzkopie. So erklärt sich auch, warum innerhalb der Ökonomik schon länger darum gerungen wird, wie mit den Diskrepanzen umzugehen ist. Manche sind der Meinung, dass die neoklassische Wohlfahrtstheorie ihre Grundannahmen und Modelle für Nachhaltigkeit öffnen kann, etwa durch eine Beschränkung der Substituierbarkeit oder sogenannte soziale Diskontraten.⁸⁰ Andere sehen dagegen so viele theoretische Brüche, dass eine komplette Neuausrichtung auf Nachhaltigkeit unausweichlich ist – was sich unter anderem in der Gründung neuer Schulen äußert, die sich außerhalb des neoklassischen Mainstreams verorten.⁸¹

Allerdings ist die Debatte vornehmlich von wissenschaftstheoretischer Relevanz und für unsere Zwecke nicht entscheidend. Wichtiger ist der damit einhergehende Befund, dass Nachhaltigkeit keineswegs redundant ist. Im Gegenteil, allein der Umstand, dass bislang ausgeklammerte Aspekte in die ökonomische Theorie implementiert werden müssten, unterstreicht die Relevanz des Nachhaltigkeitskonzepts. Vor allem aber ist unsere Frage nach der privatrechtlichen Anschlussfähigkeit aktueller denn je. Denn weil zumindest der rechtsökonomische Mainstream sich ganz auf Wohlfahrtsmaximierung konzentriert – die Größe des sprichwörtlichen Kuchens – und auch die einschlägigen privatrechtstheoretischen Untersuchungen nur die Anschlussfähigkeit dieses hergebrachten Effizienzverständnisses analysiert haben, kann nicht einfach zu einer „nachhaltigkeitsökonomischen Analyse“ übergegangen werden. Nachhaltigkeit geht es gerade um die Zutaten und die Zuteilung des Kuchens. Auch wenn Nachhaltigkeit zum Teil ähnliche privatrechtliche Integrationsstörungen hervorrufen mag wie Effizienz, ist der normative Aussagegehalt beider Konzepte doch so ver-

⁸⁰ In diesem Sinne etwa *Deimer, et al.* (2016), 86 ff. Ein Beispiel für die Implementierung ökologischer Nebenbedingungen ist etwa das DICE-Modell von William Nordhaus; dazu *Sturm/Vogt* (2018), 171 ff.

⁸¹ So namentlich die Ökologische Ökonomie oder die Nachhaltigkeitsökonomie, instruktiv *Mittwoch* (2022), 46 ff.; eingehend *Söllner* (2012), 251 ff.

schieden, dass die privatrechtstheoretische Arbeit noch nicht getan ist. Ihr widmen wir uns jetzt.

Teil 2

Nachhaltigkeit und Privatrecht

Im ersten Teil haben wir Nachhaltigkeit näher spezifiziert und einen klaren normativen Aussagegehalt freigelegt. Nachhaltigkeit verlangt, menschliche Grundbedürfnisse wie Nahrung, Unterkunft und Gesundheit zu sichern und dabei essentielle Natursysteme wie Atmosphäre, Böden und Gewässer tragfähig zu halten. Im jetzt anstehenden zweiten Teil gehen wir zum zentralen Thema der Untersuchung über: Ist das Nachhaltigkeitskonzept im Privatrecht anschlussfähig, ist es in die privatrechtliche Eigenlogik integrierbar? Oder stimmen die in der Einleitung erwähnten Befürchtungen, kommt es zu einer „Aufladung mit ethischen und gesellschaftspolitischen Anliegen“, steht gar „Revolution“ ins Haus?

Dazu müssen wir zuerst verstehen, welche Eigenlogik aufgeladen oder revolutioniert zu werden droht. Was steht auf dem Spiel, wenn sich das Privatrecht der Sicherung menschlicher Grundbedürfnisse und dem Tragfähigkeitserhalt essentieller Natursysteme verschreiben würde?

Der Frage kann man sich auf zwei Arten nähern: Einerseits könnte die Privatrechtsentwicklung daraufhin untersucht werden, wie sich die Eigenlogik *realiter* darstellt. Das liefe darauf hinaus, privatrechtliche Grundstrukturen deskriptiv-analytisch herauszuarbeiten und mit dem Nachhaltigkeitskonzept abzugleichen. Andererseits ließe sich fragen, für was die Eigenlogik *idealiter* steht. Die Stoßrichtung wäre dann normativ-kritisch und Bezugspunkt wäre kein faktischer Zustand, sondern eine bestimmte Privatrechtsutopie. Schon die eingangs zitierten Stimmen zeigen indes, dass beide Ebenen häufig überlappen: „Aufladung“ und „Revolution“ können als Beschreibung einer Zustandsveränderung verstanden werden – bislang ungeladenes wird „aufgeladen“; bestehende Verhältnisse werden „revolutioniert“. Gleichzeitig schwingt aber auch unverkennbar Kritik mit – es wird mit etwas fremdem „aufgeladen“; das Wohlgeordnete wird „revolutioniert“. Besonders deutlich wird die Verschränkung bei Axel Halfmeier. Zwar steht er Nachhaltigkeit grundsätzlich offen gegenüber, dennoch sieht er erhebliche Integrationsprobleme, weil das Privatrecht „in seiner heutigen Form Ausdruck bürgerlicher Emanzipation mit geradezu utopischem Charakter [ist].“ Zum einen soll Nachhaltigkeit also eine Abkehr von einem historischen Urzustand, einem „erkämpfte[n] Freiheitsraum“ bedeuten, zum anderen einen Konflikt mit der „utopischen Vorstellung“, dem „Versprechen

echter Selbstbestimmung“.¹ Dass realiter und idealiter Ebene häufig verwoben werden, ist freilich wenig verwunderlich. Denn ein historisch gewachsener Zustand wird typischerweise nicht als externe Beobachterin, sondern aus der Innenperspektive einer Diskursteilnehmerin nachvollzogen – und damit vor der Folie des eigenen Privatrechtsideals.² Zudem wird, wie Wolfgang Schön formuliert, „jeder neue Text über das ‚geltende‘ Recht mit seiner Publikation zum Teil des Stoffs [...], von dem er handelt.“³ Nicht von ungefähr befassen sich kritische oder reflexive Ansätze deshalb mit dem Ineinandergreifen beider Ebenen.⁴

Der Klarheit halber möchte ich dennoch versuchen, deskriptive Beschreibung (Wie stellt sich die privatrechtliche Eigenlogik historisch real dar?) und normative Zuschreibung (Wie sollte sich privatrechtliche Eigenlogik idealerweise darstellen?) zumindest im Ausgangspunkt zu trennen. Der realiter Ebene widmet sich § 3, der idealiter Ebene § 4. Allerdings wird der Trennungsvorsatz nicht lange halten. Wie wir gleich sehen werden, wird uns die Selbstreferentialität von Rechtsdiskurs und Rechtssystem schnell wieder einholen: Die Beschreibung des historisch gewachsenen Privatrechtszustands ist immer auch eine Zuschreibungsfrage – und umgekehrt.⁵

¹ Alle Zitate bei *Halfmeier* (2016), 741; ganz ähnlich schon *Wilhelmsson* (2004), 725 f., 731.

² Dazu eindrücklich (am Bsp. der erbrechtlichen Leiterzählung) *Rötbel* (2020b), 25 ff.; eingehend *Braun* (2015), 171 ff.; *Croon-Gestefeld* (2022b), 21 ff. Freilich liegt die Einsicht letztlich schon der modernen (juristischen) Hermeneutik zugrunde, vgl. *Gadamer* (1960/2010), 270 ff.; *Esser* (1972).

³ *Schön* (2007), 314. In der Sache schon *Kelsen* (1960/2017), 143: „Es ist auch richtig, daß [...] die Rechtswissenschaft als Erkenntnis des Rechts, so wie alle Erkenntnis, konstitutiven Charakter hat und daher ihren Gegenstand insofern ‚erzeugt‘.“ Zum kognitionswissenschaftlichen bzw. sprachtheoretischen Hintergrund *Lakoff* (2016), 3 ff. und *Goebel* (2001), 48 ff.; zum geschichtswissenschaftlichen *narrative turn Schwab* (2021), 503 f.

⁴ Exemplarisch *Teubner* (1982); *Habermas* (1992/2019), 468 ff.; *Kennedy* (2006); zum Ganzen *Baer* (2017), 19 ff., 146 ff.

⁵ Dazu schon *Teubner* (1984), 118 f. und aus jüngerer Zeit *Auer* (2014), 5 ff. Schon jetzt sei darauf hingewiesen, dass auch ich beide Ebenen später bewusst zusammenführen werde (unten § 5). Für eine epistemologische Verteidigung dieser Verzahnung jüngst *Möllers* (2015), 23 ff., 106 ff.

§ 3 Reelle Eigenlogik

Legt man die angeführten Nachhaltigkeitsbedenken nebeneinander, zeigt sich ein Muster: Alle beschreiben ein Bedrohungsszenario.⁶ Die bestehenden Verhältnisse gehen verloren, das Ungeladene muss weichen, der erkämpfte Freiheitsraum bröckelt. Aber was genau ist bedroht? Auch wenn es nicht immer ausdrücklich ausgesprochen wird, dürfte hinter allen Äußerungen eine gemeinsame Befürchtung stecken: Mit Nachhaltigkeit entfernt sich das Privatrecht von seinem hergebrachten Fixpunkt, der Privatautonomie. Wiederum zeigt sich das deutlich bei Halfmeier. Nachhaltigkeit, schreibt er, setze „die uns vertrauten Grundprinzipien des Privatrechts – insbesondere den Schutz des Eigentums und die Vertragsfreiheit“ unter Druck; behutsame Integration sei nötig, damit von der „Privatautonomie als Grundprinzip des Privatrechts“ noch etwas übrigbleibe.⁷

Und auf den ersten Blick klingen die Bedenken auch sehr plausibel. Denn typischerweise wird Privatautonomie als das Leitprinzip des Privatrechts, ja als Grundelement der gesamten Rechtsordnung begriffen.⁸ In den vielzitierten Worten Werner Flumes steht Privatrecht für „die Anerkennung der ‚Selbstherrlichkeit‘ des einzelnen in der schöpferischen Gestaltung der Rechtsverhältnisse“.⁹ Nicht Gemeinwohlerwägungen sollen die privatrechtliche Eigenlogik ausmachen, sondern die freie Entfaltung des Individuums.¹⁰ Für die Anschlussfähigkeit von Nachhaltigkeit sind das schlechte Nachrichten. Versteht man Gemeinwohl – wie es im Privatrechtsdiskurs üblicherweise geschieht – im weiten Sinne, das heißt als Ausdruck eines gesamtgesellschaftlichen Interesses (sei es aus wohlfahrtsökonomischen, distributiven oder sonstigen überindividuellen Motiven),¹¹ dann erscheinen Bedürfnissicherung und Tragfähigkeitserhalt wie Fremdkörper: Menschliche Grundbedürfnisse wie Nahrung, Unterkunft und Gesundheit zu sichern – noch dazu weltweit! – ist geradezu das Paradebeispiel eines übergeordneten Gemeinwohlbelangs; noch drastischer gilt dies für den

⁶ Zu diesem Phänomen generell schon *Röthel* (2017).

⁷ *Halfmeier* (2016), 742 und 738 [Hervorhebungen weggelassen]; ebenso *Ruster* (2021), 1111, der das „Leitprinzip der Selbstbestimmung“ in Gefahr sieht.

⁸ Exemplarisch *Bork* (2016), 44; vgl. auch die Übersicht der geläufigen Formeln bei *Röthel* (2017), 92f.

⁹ *Flume* (1965/1992), 6. Allerdings schränkt Flume dies umgehend ein, was häufig unterschlagen wird, dazu unten § 3 III. 1.

¹⁰ Exemplarisch *Picker* (2002), 880f. Für weitere Nachweise vgl. die Darstellung des „[privatrechts-]wissenschaftlichen Mainstream“ bei *Hellgardt* (2016), 328f., 523 und (unter Einschluss des US-amerikanischen Diskurses) *Michaels/Jansen* (2006), 847ff.; eingehend zur privatrechtlichen Leiterzählung *Croon-Gestefeld* (2022b), 29ff.

¹¹ Vgl. etwa *Arnold* (2014), 158ff.; *Hellgardt* (2016), 53ff. Im Folgenden werden die Begriffe „Gemeinwohl“ „Gemeinschaftsinteresse“, „Gemeinschaftsbelange“ etc. deshalb synonym verwandt. Durchaus berechtigte Kritik an der unscharfen Verwendung des Begriffs bei *Wilhelmsson* (2004); *Bachmann* (2006), 168f.

ökologischen Tragfähigkeitserhalt, der sich ja nicht nur auf nicht-menschliche Natursysteme bezieht, sondern die Zukunft der gesamten Menschheit sichern soll. Nicht von ungefähr hat Thomas Wilhelmsson jenen Gemeinwohlbelangen schon vor knapp zwei Jahrzehnten die größtmögliche Distanz zur klassischen Privatautonomieidee bescheinigt.¹²

Vor diesem Hintergrund wirkt es in der Tat einigermaßen revolutionär, Nachhaltigkeit in eine Regelungsmaterie integrieren zu wollen, die sich der „Selbstherrlichkeit des einzelnen“ verschrieben haben soll. Allerdings steht und fällt das Urteil mit der angebotenen Zustandsbeschreibung. Nur wenn das Prinzip der Privatautonomie tatsächlich für die Eigenlogik des geltenden Privatrechts steht, würde Nachhaltigkeit etwas „aufladen“ oder gar „revolutionieren“.

I. Die Meistererzählung: Von Privatautonomie zu Gemeinwohl

Schon auf Basis der klassischen privatrechtlichen Meistererzählung geht die Zustandsbeschreibung jedoch an der Realität vorbei.¹³ Danach ist die Geschichte von Privatautonomie und Privatrecht eine von Aufstieg und Fall, von formaler Freiheitsethik zu sozialer Verantwortung.¹⁴ Ziehen wir etwa Franz Wieackers wirkmächtige „Privatrechtsgeschichte der Neuzeit“ zu Rate, läuft die Entwicklung im Wesentlichen folgendermaßen ab: In der ersten Hälfte des 19. Jahrhunderts dominiert die historische Rechtsschule um Savigny, Windscheid und Puchta, hier kommt es zur schicksalhaften Symbiose zwischen römisch-rechtlicher Systembildung und deutschem Idealismus. Im Anschluss an Kants formale Freiheitsethik wird das Privatrecht als ein Geflecht freiheitssichernder subjektiver Rechte konstruiert; individuelle Freiheit ist nicht von sittlichen oder staatswirtschaftlichen Zwecken abhängig, sondern findet nur in der Freiheit anderer ihre Grenze.¹⁵ Ungeachtet der in der Zwischenzeit immer drängenderen Sozialen Frage wird das Bürgerliche Gesetzbuch so von einer liberalistisch-individualistischen Grundhaltung geprägt, die perfekt zu den politischen und wirtschaftlichen Bedürfnissen des liberal gesinnten Bürger- und Unternehmers passt.¹⁶ In den berühmten Worten Wieackers ist das BGB „das spätgeborene Kind der Pandektenwissenschaft und der nationaldemokratischen, inso-

¹² Wilhelmsson (2004), 725 spricht hier von „public value welfarism“; dazu schon Schirmer (2021b), 41 f.

¹³ Insbesondere Wieacker (1953), 3 ff.; Grimm (1987), 11 ff.; Larenz (1991), 11 ff.; aus internationaler Perspektive prominent Kennedy (2006); Micklitz (2018), 43 ff.; zu den Meistererzählungen jüngst Croon-Gestefeld (2022b), 25 ff.

¹⁴ Angelehnt an die Formulierung bei Auer (2014), 1; ähnlich auch Röthel (2017), 106: „from-to‘-Formeln“.

¹⁵ Wieacker (1967), 367 ff.

¹⁶ Wieacker (1967), 442 ff.

weit vor allem vom Liberalismus angeführten Bewegung seit 1848.¹⁷ Auch wenn der Liberalismus zu Beginn des 20. Jahrhunderts längst seinen Zenit überschritten hat, im Privatrecht lebt er unbeirrt fort. Und mit ihm, so geht die Geschichte, die Idee eines von der Privatautonomie beherrschten „Reichs der Freiheit“.

Allerdings ist schnell klar, dass Freiheit allein nicht reicht. Was Menger und Gierke schon während des Gesetzgebungsprozesses lautstark kritisieren, wird Anfang des 20. Jahrhunderts zum *Mainstream*. Stück für Stück halten Gemeinwohlbelange Einzug ins Privatrecht; es ist die Zeit, die Duncan Kennedy als „*Rise of the Social*“ bezeichnen wird, in der sich Privatrecht und Privatrechtsmethode für Lebenswirklichkeit und Verteilungsfragen öffnen.¹⁸ Dabei übernimmt vor allem die Rechtsprechung eine führende Rolle, die Urteile zur Störung der Geschäftsgrundlage oder positiven Forderungsverletzung sind nur der Anfang. Zu Beginn der 1950er Jahre kann Wieacker deshalb konstatieren, die Rechtsprechung habe „die formale Freiheitsethik, die der deutschen Privatrechtsordnung zugrundelag, in eine materiale Ethik sozialer Verantwortung zurückverwandelt“.¹⁹

Unter Einfluss von Grundgesetz und Europarecht verstärkt sich diese Entwicklung dann noch. Die üblichen Schlagworte lauten: Drittwirkung der Grundrechte, Verbraucher- und Antidiskriminierungsschutz.²⁰ Für die Gegenwart kommt Gerhard Wagner deshalb zu einem ernüchternden Fazit: „Mit der Privatautonomie im traditionellen Sinn ist es [...] nicht mehr weit her; die *Maxime* ‚stat pro ratione voluntas‘ ist [...] weitgehend durch das umgekehrte Prinzip des ‚pro voluntate stat ratio‘ ersetzt worden.“ Die Zivilrechtswissenschaft, die ungeachtet der Entwicklungen seit Ende des 19. Jahrhunderts die Privatautonomie beschwört, lebe in einem „Traumschloss“. „Die Vorstellung des Zivilrechts als ein ‚Reich der Freiheit‘, in dem die Privatautonomie uneingeschränkt herrscht, ist in weiten Bereichen nicht haltbar.“²¹

II. Nachhaltigkeit als letzter Tropfen?

Damit muss auf Basis der klassischen privatrechtlichen Meistererzählung die Revolution wohl ausfallen. Das hat jedoch wenig mit Nachhaltigkeit zu tun, sondern liegt schlicht daran, dass der *regime change* zu einem auch gemein-

¹⁷ Wieacker (1953), 9.

¹⁸ Streng genommen findet sich das Zitat so nicht bei Kennedy, er spricht vom „*the rise of what I will be calling ‚the social‘*“, vgl. Kennedy (2006), 20. Er bezieht dich dabei nicht auf die Entwicklung in Deutschland, sondern den Westen insgesamt.

¹⁹ Wieacker (1953), 18.

²⁰ Vgl. hierzu nur Michaels/Jansen (2006), 860 ff.; Grundmann, et al. (2015), 405 ff.

²¹ Wagner (2018), 108 f. Das vielzitierte „Traumschloss“ geht auf Konrad Zweigert, einen anderen Meistererzähler, zurück, vgl. Zweigert/Kötz (1984), 9 f.

wohlorientierten Privatrecht längst stattgefunden hat. Allerdings wäre mit diesem Befund der Einwand der Kritiker nur zum Teil entkräftet. Denn auf Basis der Meistererzählung hat es die uneingeschränkte Herrschaft der Privatautonomie ja einmal gegeben, bevor die Vormachtstellung im 20. Jahrhundert Stück für Stück verloren ging. Richtig verstanden steht die Nachhaltigkeitskritik also eher für eine Grenzziehung: Irgendwann muss Schluss sein mit der „Aufladung“, dass Privatrecht darf sich nicht noch weiter von seiner traditionellen Eigenlogik entfernen. Zwar mag der liberalistisch-individualistische Kern heute stark ausgehöhlt sein, aber das bedeutet nicht, dass es deshalb immer so weiter geht.²² Nachhaltigkeit wäre gewissermaßen der Gemeinwohltropfen, der das Fass zum Überlaufen bringt.

III. Privatautonomie als Zerrbild

Wie wir im Folgenden sehen werden, kann aber selbst diese Argumentation kaum überzeugen. Denn die klassische Erzählung vom Aufstieg und Fall des freiheitlichen Privatrechts – die ironischerweise auch von denen unkritisch nacherzählt wird, die Nachhaltigkeit im Privatrecht offen gegenüberstehen²³ – unterschlägt einen wichtigen Punkt: Nicht nur ist von der einst ungetrübten Privatautonomie heute wenig übrig. Die vermeintliche „Blütezeit“²⁴ hat es so nie gegeben, das „Reich der Freiheit“ diente vor allem als Mythos. Die Geschichte der Privatautonomie hatte stets etwas märchenhaftes – mal als böser Wolf gezeichnet, mal zum bedrohten Paradies verklärt. Dass das Privatrecht in Wahrheit schon immer auch ein „Reich des Gemeinwohls“ war, ging dabei unter.

1. Germanische vs. römische Freiheit

Die Legendenbildung beginnt bereits im 19. Jahrhundert.²⁵ Zwar ist Privatautonomie damals noch kein feststehender Begriff, aber es ist die Zeit der großen Freiheitsdebatte zwischen Germanisten und Romanisten. Dabei geht es im Kern um die Ausrichtung, um das Leitmotiv für Privatrecht und Bürgergesell-

²² Exemplarisch aus jüngerer Zeit *Schmid* (2010), 106 ff.; *Podszun* (2014), 257 ff.; *Lobinger* (2016), 55. Für weitere Belege zur „Krisenstimmung“ und zum „Bestandsschutzdenken“ innerhalb der Privatrechtswissenschaft vgl. *Röthel* (2017), 98 ff.

²³ Etwa *Beckers* (2015), 335 ff.; *Halfmeier* (2016), 738 ff.; *Ruster* (2021), 1106, 1111.

²⁴ So prominent *Schmidt* (1980), 157.

²⁵ Grundlegend *Hofer* (2001), 13 ff.; *Repgen* (2001), 35 ff.; tendenziell auch *Hellgardt* (2016), 529 ff., dem zufolge die Privatautonomie ihre zentrale Stellung aber erst in der Nachkriegszeit erlangt haben soll. Eingehend zu früheren Entwicklungen, insb. zu Gemeinwohlbezügen im römischen und mittelalterlichen Privatrecht *Jansen/Michaels* (2007), 358 ff.

schaft. 1837 trommelt Georg Beseler für das Prinzip der „altgermanischen Freiheit“, das er in scharfem Kontrast zur „römischen Freiheit“ positioniert. Letztere verstehe sich ausschließlich als eine „Negation von Beschränkungen“, taue in ihrer Maßlosigkeit nicht als Richtschnur und führe deshalb unweigerlich zu Despotismus und Ausbeutung. Die „germanische Freiheit“ definiere sich hingegen stets durch ihren Bezugspunkt, etwa Familie, Gemeinde oder Staat.²⁶ Wenige Jahre später verdeutlicht er den Unterschied in einem seiner Hauptwerke an der Stellung des Hausvaters: Während sie nach römischem Recht eine einseitige („egoistische“) Berechtigung gegenüber den Kindern bedeute, beschränken nach altdeutschem Verständnis die Pflichten gegenüber den Kindern von vornherein die väterliche Stellung.²⁷

Allerdings hatte die große Mehrzahl der Romanisten niemals einen derart radikalen Freiheitsbegriff vertreten.²⁸ Das gilt namentlich für Friedrich Carl von Savigny, der eine weitaus differenziertere Position einnahm, als ihm gemeinhin nachgesagt wird. Deutlich macht das sein Verständnis vom Wesen der Rechtsverhältnisse. Für Savigny regeln Rechtsverhältnisse die Beziehung zwischen Personen, indem „dem individuellen Willen ein Gebiet ausgewiesen ist, in welchem er unabhängig von jedem fremden Willen zu herrschen hat“.²⁹ Ein subjektives Recht ist deshalb eine „der einzelnen Person zustehende Macht: ein Gebiet, worin ihr Wille herrscht“.³⁰ Im Vermögensrecht (also im Sachen- und Obligationenrecht) sieht Savigny diese Herrschaft nicht durch generelle Gebote der Sitte begrenzt. Vielmehr drückt sich der Einfluss der Sittlichkeit gerade darin aus, dass das Recht die freie Entfaltung des Willens sichert.³¹ Jede Rechtsausübung ist also zunächst legitim, schlicht weil sie Freiheitsgebrauch ist. Durch diese Entkopplung von individuellem Recht und genereller Sittlichkeit kann es überhaupt erst zum Konflikt zwischen beidem kommen, wird die eigennützige Ausübung eines Rechts möglich. „Daher kann der Reiche den Armen untergehen lassen durch versagte Unterstützung oder harte Ausübung des Schuldrechts“.³²

Bleibt man hier stehen, erscheint Savigny in der Tat als Anhänger eines liberalistischen, ja mitunter despotischen Privatrechtsverständnisses, das mit Kant die Funktion des Privatrechts allein in der Freiheitssicherung erblickt und Ge-

²⁶ So Beseler in der Rezension von Schlesier, zitiert nach Hofer (2001), 33.

²⁷ Beseler (1843), 142f.

²⁸ Eingehend Hofer (2001), 49 ff., 155 ff.; eine Ausnahme dürfte allein Ernst Zitelmann bilden, der für eine weitgehend schrankenlose Privatautonomie eintrat, vgl. ebenda, S. 169 ff.; instruktiv auch Haferkamp (2017b), 49f. Ähnliches gilt für die „Formalisten“ in den USA, namentlich Christopher Langdell (näher Grey (1983/2014), 58f.) oder John Austin (näher Hosemann (2017), 72f.).

²⁹ Savigny (1840), 333.

³⁰ Savigny (1840), 7.

³¹ Savigny (1840), 331f., 370f.

³² Savigny (1840), 371.

meinwohlbelange rigoros ausklammert.³³ Allerdings greift diese Interpretation deutlich zu kurz. Denn Savigny nimmt eine wichtige Einschränkung vor, die damals wie heute „meist übersehen“ wird, wie Sibylle Hofer eindrucksvoll herausgearbeitet hat.³⁴ Weil Savigny das Rechtsverhältnis als freiheitserweiternde Herrschaftsmacht definiert, geht mit jeder Erweiterung notwendig eine Freiheitsverkürzung einher. Er verdeutlicht das am Beispiel der Obligation:³⁵ Während sie für den Gläubiger die natürliche Freiheitssphäre vergrößert, schränkt sie zugleich die natürliche Freiheit des Schuldners ein. Damit wird das Institut der Obligation als solches rechtfertigungsbedürftig: Wenn das Recht bestimmte Rechtsverhältnisse anerkennt und ihnen zur Durchsetzung verhilft, dann darf die damit einhergehende Freiheitsverkürzung nicht durch „grundlose Willkür“ geschehen.³⁶ Und diese Rechtfertigung ist laut Savigny nur dann gewahrt, „als es das wahre Bedürfnis des Verkehrs erfordert“.³⁷ *Rechtliche* Macht wird also nur bei einem wahren, man könnte auch sagen: legitimen Verkehrsbedürfnisse verliehen, und fehlt es daran, was Savigny etwa im Fall des echten Vertrags zugunsten Dritter annimmt,³⁸ ändert daran auch abweichende natürliche Willensmacht nichts.

Wer Savignys Privatautonomiekonzept also einzig aus seinen Aussagen zu Willensfreiheit und subjektivem Recht herleitet, sieht nur das halbe Bild. Zwar baut Savigny seine Argumentation auf dem Modell unbeschränkter „natürlicher“ Freiheit auf.³⁹ Weil aber Freiheiten notwendig kollidieren, greift er zu einem zusätzlichen materialen Kriterium, um die Freiheitsgebiete voneinander abzugrenzen. Und das ist im Privatrecht das „wahre Bedürfnis des Verkehrs“, das legitime Gemeinschaftsinteresse – moderner ausgedrückt: das Gemeinwohl. Die Privatautonomie ist bei Savigny also nur in ihrem theoretisch-philosophischen Ausgangspunkt unbeschränkt; auf Ebene *des Privatrechts* wird privatautonome Gestaltungsmacht nur innerhalb der vom Gemeinwohl gezogenen

³³ Wieacker beruft sich etwa immer wieder auf diese Textstellen, vgl. *Wieacker* (1967), 353, 375, 397; tendenziell auch *Grimm* (1987), 98; *Auer* (2014), 83 f., 28 f., der zufolge Savigny das Prinzip „individueller Willkür“ postuliert habe und so im 19. Jahrhundert ein „Modell absoluter [...] personaler Autonomie“ herrschend wurde; berechtigte Kritik bei *Haferkamp* (2017b), 49 f.

³⁴ *Hofer* (2001), 208; zusammenfassend *Rückert* (2017c), 70 f. Ebenso, aber ohne dies genauer zu belegen, seit jeher *Flume* (1965/1992), 16 f.

³⁵ *Savigny* (1851), 4 ff.

³⁶ *Savigny* (1851), 7.

³⁷ *Savigny* (1851), 8.

³⁸ Eingehend *Hofer* (2001), 208 f. Auch der BGB-Gesetzgeber ließ sich später allein vom Verkehrsbedürfnis leiten, näher *Röthel* (2017), 107.

³⁹ Entgegen der üblichen Darstellungen war Savignys Freiheitsmodell (ebenso wie das anderer Romanisten) aber weniger vom kantischen Autonomiekonzept geprägt, sondern baute eher auf dem „Christus in uns“ auf, vgl. *Savigny* (1840), 53 f. und pointiert *Haferkamp* (2017b), 49: „Niemand hätte Puchta und Savigny zeitgenössisch als Kantianer bezeichnet.“ Eingehend zur philosophisch/ideengeschichtlichen Verortung Savignys *Rückert* (2017c), 67 ff.

Grenzen anerkannt.⁴⁰ Folglich ist die vom Reichen versagte Unterstützung des Armen in Savignys Beispiel gerade nicht Ausdruck willkürlicher Herrschaft. Zwar sind spezielle Sittlichkeitsgebote wie Armenfürsorge oder Nächstenliebe für ihn keine privatrechtlich relevanten Kategorien. Aber der Reiche kann rechtlich eben auch nicht Tun und Lassen was er will. Er kann sich bei der „harten Ausübung des Schuldrechts“ von vornherein nur in dem Spielraum bewegen, den ihm das Privatrecht einräumt – und dieser Spielraum wird durch das Gemeinwohl gezogen. Ganz ähnlich argumentiert Savigny mit Blick auf juristische Personen, deren rechtlichen Aktionsradius er auf die Vermögenssphäre beschränkt, weil er nur für diesen Bereich ein legitimes Existenzbedürfnis erkennt.⁴¹ Insofern klingen bei Savignys Verknüpfung von privatrechtlicher Gestaltungsmacht und Gemeinwohl nicht nur bereits Gedanken an, mit denen fast ein Jahrhundert später Kritiker wie Hohfeld und Durkheim das vermeintlich rein autonomiebezogene Privatrechtsdenken „entlarven“ werden.⁴² Letztlich bestehen auch zur gemeinschaftsbezogenen „germanischen Freiheit“ Beselers keine unüberbrückbaren Differenzen.⁴³

Savignys Kritiker waren an diesen Details nur bedingt interessiert. Es passte schlicht nicht zu ihrer Parole eines kalt-individualistischen Privatrechts, das angeblich auf Freiheit um jeden Preis setzt.⁴⁴ Umgekehrt strickten aber auch einige Romanisten emsig an der Legendenbildung mit. Alternativmodelle wurden als „Systeme der Unfreiheit“ gebrandmarkt, in denen die Selbstbestimmung zum bloßen staatlichen „Gnadengeschenk“ verkommt, weshalb nur auf dem Boden des romanistischen Freiheitsverständnisses staatlicher Despotismus verhindert werden könne.⁴⁵ Die Privatautonomie wurde so zur Kontrastfolie, an der sich jede Seite auf ihre Art abarbeiten konnte: Romanisten geißelten das genossenschaftliche Privatrechtsmodell als unfreie Bevormundung, Germanisten malten den Teufel schrankenloser römischer Freiheit an die Wand.⁴⁶ Mit

⁴⁰ In diesem Sinne bereits *Hofer* (2001), 209. Ganz ähnlich wie Savigny argumentiert Puchta, der die Beziehung von rechtlicher Macht und Rechtssatz – dem „Willen der Gesamtheit“ – so definiert, dass „jener die Voraussetzung dieser ist, diese aus jenem hervorgeht“, vgl. *Puchta* (1853), 12, 14. Ähnliches gilt für Windscheid, dazu instruktiv *Haferkamp* (2017b), 50.

⁴¹ Eingehend *Schirmer* (2015), 151 ff.

⁴² Dazu nur *Auer* (2014), 52 f., 58 f.

⁴³ Der Gedanke, die mit einem Rechtsverhältnis einhergehenden Freiheitsbeschränkungen auf Seiten des Schuldners von einem entsprechenden Verkehrsbedürfnis abhängig zu machen, klingt etwa auch bei Beselers Beschreibung des Dienstverhältnisses an, vgl. *Beseler* (1843), 145: „Die Wirtschaftsbeamten auf Landgütern und in Fabriken, die Handlungsgehülfen [...] haben sich der Hausordnung und was Recht und Sitte verlangt, zu unterwerfen, ohne in ihrer persönlichen Freiheit weiter beschränkt zu sein, als ihr Dienstverhältnis es erfordert.“ [Hervorhebungen hinzugefügt].

⁴⁴ Hierbei tat sich vor allem Gierke hervor, der sogar eine Verbindung von romanistischer Freiheitsdespotie und Kommunismus herstellte, dazu *Hofer* (2001), 119 ff.

⁴⁵ So der „frühe“ *Jhering* (1854), 125, 130; zu ihm noch unten § 3 III. 3.

⁴⁶ Ausgerechnet *Jhering* (1854), 124 hielt etwa der Gegenseite vor, gegen die romanistische „Anschauungsweise zu polemisieren“; näher zur Debatte *Hofer* (2001), 49 ff.

der drastischen Überzeichnung des anderen Lagers sollte die eigene Sache befördert werden. Dass man tatsächlich deutlich dichter beieinanderlag, weil beide Seiten Privatautonomie und Gemeinwohl immer zusammen dachten, passte nicht zum gemeinsamen Narrativ vom großen Kampf der Rechtsideen.

2. Freihändler vs. Kathedersozialisten

Doch nicht nur innerhalb der Rechtswissenschaft geriet die Privatautonomie zwischen die Fronten. Ähnliches lässt sich in der zweiten Hälfte des 19. Jahrhunderts in der Volkswirtschaftslehre beobachten. Auch hier geht es um vermeintlich unüberbrückbare Differenzen, um scheinbar fundamental verschiedene Ausrichtungen.⁴⁷ Exemplarisch ist die Darstellung von Adolph Wagner in seiner Grundlegung der Volkswirtschaftslehre, die er 1876 erstmals vorlegt und in zwei weiteren Auflagen fortführt.⁴⁸ Wagner wendet sich darin nicht nur gegen die seinerzeit dominierende „britische Schule“ der sogenannten Freihändler – heute würden wir von der Klassischen Ökonomie sprechen. Seine Kritik gilt auch dem herrschenden Privatrechtsverständnis. Genauso wie die ökonomische Lehre einseitig das „Individuum zum Zweck des Gemeinschaftslebens“ mache, werde die Privatrechtsordnung „nur aus dem Gesichtspunkt des Individualinteresses betrachtet“, bemängelt er gleich zu Beginn.⁴⁹ Freihändler und die „vornehmlich romanistisch denkende“ Jurisprudenz sieht er dem „Wahn“ vom „wirtschaftlichen Eigennutz des Individuums“ verfallen, was letztlich auf „schrakenlose Willkür“ und Ausbeutung hinauslaufe.⁵⁰ An die Stelle absoluter Privatautonomie müsse deshalb ein „socialrechtliches“ Ideal treten, das „die ganze Privatrechtsordnung, *auch* das Privateigentum selbst, zuvörderst in ihrer Zweckbeziehung zu und ihrer Function für das Gemeinschaftsinteresse“ betrachte. Für Wagner braucht es mithin einen „Compromiss“ zwischen dem „Individual- und Socialprinzip“, den er im „Geist des germanischen Rechts und dessen Jurisprudenz“ am ehesten verwirklicht sieht.⁵¹

⁴⁷ Eingehend *Schmölders* (1961), 65 ff.; *Söllner* (2012), 29 ff., 219 ff.; zu den hier interessierenden Bezügen zur Rechtswissenschaft bereits *Hofer* (2001), 74 ff.

⁴⁸ Hier wird aus der dritten Auflage von 1892 (Erster Teil) bzw. 1894 (zweiter Teil) zitiert, die, was die uns interessierenden Grundaussagen angeht, mit den Vorauflagen übereinstimmt, vgl. *Wagner* (1892), VIII und *Hofer* (2001), 92 ff. (m. Fn. 144). Eingehend zur Person und Rolle Wagners *Schmölders* (1961), 66 ff.

⁴⁹ *Wagner* (1892), 2 [Hervorhebung auch im Original]; ganz ähnlich im speziell dem Recht gewidmeten zweiten Teil, *Wagner* (1894), S. 9: „abstracter absoluter Freiheits- und Eigenthumsbegriff“.

⁵⁰ *Wagner* (1892), 24 und 9.

⁵¹ *Wagner* (1892), 23 [Hervorhebungen auch im Original]. Gleichzeitig wollte Wagner sein Modell scharf vom Sozialismus abgegrenzt wissen, der jede Individualität leugne und so „in Widerspruch mit aller menschlichen Psychologie und mit aller geschichtlichen Erfahrung“ stehe (ebd.).

Damit überzeichnete Wagner jedoch nicht nur das römisch-rechtliche Privatautonomiemodell, sondern er malte auch das Konzept der Freihändler in viel zu düsteren Farben.⁵² Denn genauso wie die Romanisten um Savigny rechtliche Gestaltungsmacht stets an Gemeinwohlbelange rückkoppelten, gingen auch die Anhänger des Wirtschaftsliberalismus nie von einem Prinzip unbeschränkter wirtschaftlicher Freiheit aus. Dies gilt, wie neuere Forschungen nahelegen, selbst für den Urvater schlechthin, Adam Smith, für den das freie Spiel der Kräfte immer in einen am Gemeinwohl orientierten (Rechts-)Rahmen abzulaufen hatte.⁵³ Aber auch die deutschen Freihändler vertraten mitnichten ein Modell absoluter Privatautonomie. Sie strichen zwar wiederholt ihre herausgehobene Bedeutung heraus und priesen die „Geistesverwandtschaft“ von Freihandelstheorie und römischem Recht.⁵⁴ Gleichzeitig wurde aber betont, dass Privatautonomie selbstverständlich in geordneten, am Gemeinwohl ausgerichteten Bahnen zu verlaufen habe. So wies der einflussreiche Freihändler Heinrich Bernhard Oppenheim in seinem Werk zur Gewerbefreiheit darauf hin, dass die „verständigen und einflussreichen Anhänger [...] die Einwirkung der Gesetzgebung und die gesetzliche Einmischung der Staats- oder Gemeindebehörden nicht als etwas unter allen Umständen Schädliches perhorreszieren.“⁵⁵ Der Umfang der Handels- und Gewerbefreiheit werde durch die Grenzen bestimmt, die durch das „überwiegende Interessen der Gesamtheit, [...] sei es der öffentlichen Sittlichkeit, oder durch die Pflicht des Staates, sich der Unmündigen anzunehmen“ gezogen werden.⁵⁶ Dass die erheblichen inhaltlichen Überschneidungen mit der socialrechtlichen Auffassung dennoch kaum wahrgenommen wurden,⁵⁷ lag daran, dass auch die Freihändler nicht mit Polemik und Untergangsszenarien sparten. Oppenheim selbst verspottete die Gegenseite als „Kathedersozialisten“, die nicht nur einfachste wirtschaftliche Zusammenhänge verkennen würden, sondern sich überdies auf einer „abschüssigen Bahn“ befänden, auf der „diesseits des krassesten Kommunismus kein Halt zu gebieten wäre“.⁵⁸ Natürlich war das maßlos übertrieben, entsprach aber exakt der damaligen Tonlage, bei der man, wie Karl Gareis 1877 süffisant anmerkte, „von der einen Seite die

⁵² Dies galt allerdings auch für andere Vertreter der sozialpolitischen Strömung, Held sprach etwa von der „Tyrannei der Manchesterlichen“; ausführlich *Schmölders* (1961), 66 f.

⁵³ Vgl. etwa *Petersen* (2017), 265 f.; zur häufig verkürzten Rezeption des Smith'schen Werks schon *Schmölders* (1961), 35 f.

⁵⁴ *Bruder* (1879), 305; ähnlich auch sein Fazit (317): „römische Recht als eine Hauptstütze der Freihandelstheorie von größter nationalökonomischer Wichtigkeit“; auch dazu bereits *Hofer* (2001), 75 f.

⁵⁵ *Oppenheim* (1879), 19.

⁵⁶ *Oppenheim* (1879), 22.

⁵⁷ *Oppenheim* (1879), 19 spricht selbst von einem „theoretischen Mißverständniß, welches sich bei der Erörterung praktischer Fragen gewöhnlich verflüchtigt“.

⁵⁸ *Oppenheim* (1879), 18. Oppenheim war auch sonst um scharfe Rhetorik nicht verlegen („Süßwasser-Sozialisten“, „Sünder an der wissenschaftlichen Volkswirtschaftslehre“); eingehend *Schmölders* (1961), 65 f.

Klage [hört], es dringe zu viel ‚Kommunismus‘ in unserem Staat ein und die Privatrechtssphäre des Einzelnen werde nicht hinreichend respektiert“, während die andere Seite predige, „im Rechtsstaate herrsche Nichts als das einseitige Prinzip des Egoismus“. ⁵⁹ Wie zwischen Germanisten und Romanisten war die Privatautonomie auch in der Volkswirtschaftslehre vor allem eine Konstrastfolie, um die Gegner zu diskreditieren und das eigene Profil zu schärfen – dass dabei der gemeinsame Nenner vernebelt wurde, nahm man bewusst in Kauf.

3. Begriffsjuristen vs. Zweckjuristen

Freilich wurde der Streit auch deshalb so intensiv geführt, weil viel auf dem Spiel stand. Die Auseinandersetzung um die Rolle der Privatautonomie ist nur ein Teilaspekt eines weitaus größeren Konflikts, der mit Beginn der 1860er Jahre die Volkswirtschaftslehre erfasst, und bei dem es neben inhaltlichen Fragen vor allem um das methodische Selbstverständnis geht. Letzteres wird rund ein Jahrzehnt später auch in der Rechtswissenschaft zum alles beherrschenden Thema. Dabei verlaufen die großen Linien durchaus ähnlich. ⁶⁰ In der deutschsprachigen Ökonomie ist die Historische Schule auf dem Vormarsch, die das klassische Verständnis einer exakten, auf allgemeine Gesetze ausgerichteten Disziplin anzweifelt und wirtschaftliche Zusammenhänge auch und gerade mit historisch-gesellschaftlichen Entwicklungen erklären will. ⁶¹ In der Juristerei wird immer häufiger die hergebrachte Begriffs- und Systembildung infrage gestellt und stattdessen der Fokus auf die vom Recht verfolgten Zwecke und Interessen gelegt. ⁶² Und genauso wie die ökonomische Richtungsdebatte vor der Privatautonomie nicht Halt machte, trägt auch der rechtswissenschaftliche Methodenstreit ganz erheblich zu ihrer Legendenbildung bei. ⁶³

Dabei sticht nicht von ungefähr der Akteur heraus, der die Debatte erst entscheidend anfachte: Rudolf von Jhering. 1865 veröffentlicht er seinen dritten Teil des „Geist des Römischen Rechts“, der sogleich auf große Resonanz stößt. ⁶⁴ Deutlich kritisiert er darin das Dogma der Privatautonomie als absoluter Willensmacht, wodurch „das ganze Privatrecht [zu] nichts als einer Arena für den Willen“ verkommen sei. ⁶⁵ Wo aber jedes „Princip für den Inhalt des Willens“ fehle, werden auch rechtliche Gestaltungen legitimiert, ohne dass es dafür „den

⁵⁹ Gareis (1877), 137.

⁶⁰ Paradigmatisch sind die wechselseitigen Bezugnahmen bei Wagner (1894), 12 ff. und Jhering (1877), 511; eingehend Hofer (2001), 107 ff.

⁶¹ Instruktiv Schmolders (1961), 72 ff.; Söllner (2012), 219 ff.

⁶² Vgl. nur Schröder (2012), 393 ff.

⁶³ Ähnliches spielt sich im öffentlichen Recht ab, wobei hier der Staatsbegriff erhalten muss, instruktiv Münkler (2016), 197 f.

⁶⁴ Eingehend zu Kontext, Inhalt und Rezeption Rückert (2004a), 128 ff. und Rückert (2004b), 122 ff.

⁶⁵ Jhering (1865), 310.

geringsten Nutzen“ oder das „leiseste Interesse“ gebe.⁶⁶ Und Jhering macht auch mit dem ihm eigenen Pathos klar, worauf ein solches Verständnis hinauslaufe: „Ungehemmt und unbeschränkt kann die Saat der Unfreiheit ausgestreut werden, kann das Unkraut drückender, für den Verkehr wie für das berechnete Individuum völlig werthloser Beschränkungen wuchern; unter der falschen Freiheit geht die wahre zu Grunde, und der Wille gräbt sich sein eigenes Grab.“⁶⁷ Statt Rechte schematisch aus der Willensmacht abzuleiten, will Jhering den Blick auf die gesellschaftlichen Realitäten richten. „Die Rechte sind nicht dazu da, um die Idee des abstracten ‚Rechtswillens‘ zu verwirklichen, sondern um den Interessen, Bedürfnissen, Zwecken des Verkehrs zu dienen.“ Darin liege „Maß und Ziel“ des Privatrechts; Verträge, die hinter diesen Zielen zurückblieben, sind nicht anzuerkennen, „denn die Rechte gewähren nichts Unnützes, der Nutzen, nicht der Wille ist die Substanz des Rechts“.⁶⁸

In den ersten Teilen seines „Geists“ hatte das noch anders geklungen. Dort hatte Jhering argumentiert, die Privatautonomie finde in der „dem einzelnen [Rechts-]Institut enthaltenen objectiven Freiheit ihr Maß und Ziel vor, eine Bahn, die sie einhalten muß und soll“. Ausschlaggebend war der aus dem jeweiligen Rechtsinstitut abzuleitende begriffliche Gehalt, das ihm innewohnende „Freiheitselement“, das bestimmte Gestaltungen ermöglicht oder versperrt.⁶⁹ Jhering wollte dazu den „Charakter eines Rechts“ offenlegen, den metaphysischen Kern der Rechtsinstitute erkennen.⁷⁰ Demgegenüber sollten nun die „Interessen, Bedürfnisse, Zwecke des Verkehrs“ Maß und Ziel vorgeben. Diese Verschiebung ist wichtig, denn sie ist Ausdruck des methodologischen Sinneswandels, den Jhering mit dem dritten Teil seines „Geists“ einschlägt und später im „Zweck“, dem „Kampf ums Recht“ und der berühmten Weihnachtsgabe vollenden wird.⁷¹ In seiner Kritik am traditionellen Verständnis von Privatautonomie und subjektivem Recht findet sich im Kleinen schon all das, was er später kritisieren, ja verteufeln wird: Ein „Cultus des Logischen“, eine „Mathematik des Rechts“, bei der die „wirthschaftlichen, geistigen und socialen Entwicklungen des Volks“ ausgeklammert werden; ein begrifflicher „Willensformalismus“, der „nicht im Stande [ist], das praktische Verständniß der Rechte zu erschließen“.⁷²

⁶⁶ Jhering (1865), 309, 315.

⁶⁷ Jhering (1865), 315. Mit „Beschränkungen“ meint Jhering die von der jeweiligen Rechtsausübung ausgehenden Beschränkungen, also Beschränkungen für die Gegenseite.

⁶⁸ Alle vorstehenden Zitate bei Jhering (1865), 316 [Hervorhebungen auch im Original].

⁶⁹ Jhering (1854), 223.

⁷⁰ Jhering (1852), 34; eingehend zur Methode Jherings Rückert (2004a), 133 ff.; Seinecke (2017), 158 ff.

⁷¹ Dazu nur Rückert (2017a), 542 ff. Freilich dürfte Jherings berühmte Wandlung vom „Begriffsaulus zum Zweckpaulus“ eher Evolution als Revolution gewesen sein, weil schon in seinen ersten Werken Praxis- und Zweckerwägungen anklingen, näher Rückert (2004b), 127 ff.

⁷² Jhering (1865), 302, 321 und 316; hier findet sich auch schon der später so zentrale Anspruch: „Das Leben ist nicht der Begriffe, sondern die Begriffe sind des Lebens wegen da.“ (302 f.).

Heute gilt es als gesichert, dass Jherings Kritik deutlich zu harsch ausfiel. So richtig es ist, dass bei den vermeintlichen „Begriffsjuristen“ Begriffs- und Systembildung im Fokus stand, so richtig ist zugleich, dass die Mehrzahl auch – zumindest behutsam – funktionale Erwägungen anstellte.⁷³ Das gilt, wie wir gesehen haben, gerade auch für die Grundfrage nach der Reichweite der Privatautonomie, die schon bei Savigny an Gemeinwohlbelange rückgekoppelt wird.⁷⁴ Was sich also zwischen Romanisten und Germanisten, Freihändlern und Kathedersozialisten beobachten lässt, zeigt sich mit anderen Vorzeichen auch bei Jhering: Für ihn dient die vermeintlich unbeschränkte Privatautonomie als Kontrastfolie, um die Überlegenheit seiner Methode vorzuführen. Das Modell der Gegenseite wird überzeichnet, der eigene Ansatz kann umso heller glänzen.⁷⁵ Dass aber auch hier die Unterschiede gar nicht so groß waren, insbesondere die von Jhering gescholtene „individualistische Rechtsauffassung“⁷⁶ immer auch Gemeinwohlbelange im Blick hatte, passte nicht in die eigene Erzählung vom „Kampf ums Recht“.

4. Der Mythos vom liberalistisch-individualistischen BGB

Bei genauem Hinsehen bleibt von der „Blütezeit“ einer einst ungetrübten Privatautonomie also wenig übrig. Das 19. Jahrhundert taugt kaum als Epoche unbeschränkter Selbstbestimmung oder rigoroser Willensherrschaft. Im Gegenteil, es war die Zeit der großen Debatten, in der um die Ausrichtung von Recht und Gesellschaft gerungen wurde. Zwar war der Liberalismus lange auf dem Vormarsch, wurden Rechtswissenschaft wie Ökonomie unbestritten von den

⁷³ Instruktiv Rückert (2010), 8; eingehend zu den einzelnen Vertretern Rückert (2017c), 69ff. (zu Savigny); Haferkamp (2017a), 114ff. (zu Puchta); Rückert (2017b), 131ff. (zu Windscheid). Windscheid, später als der Begriffsjurist schlechthin gezeichnet (vgl. etwa Wieacker (1967), 446f.), wollte deshalb auch keine großen Gegensätze zu Jhering zugeben, dazu Rückert (2004b), 138f. Zum insoweit ähnlichen Vorgehen der „Formalisten“ in den USA, Grey (1983/2014).

⁷⁴ Oben § 3 III. 1. Wie wichtig auch eine funktionale Perspektive ist, macht Savigny (1840), XXI f. schon in der Vorrede des Systems I deutlich: „Dann wäre der vollendete Theoretiker derjenige, dessen Theorie durch die vollständige, durchgeführte Anschauung des gesammten Rechtsverkehrs belebt würde; alle sittlich religiösen, politischen, staatswirthschaftlichen Beziehungen des wirklichen Lebens müßten ihm dabey vor Augen stehen. Es bedarf kaum der Erwähnung, daß diese Forderung nicht aufgestellt werden soll, um denjenigen zu tadeln, der sie nicht vollständig erfüllt [...]. Dennoch ist es gut, sich ein solches Ziel für die vereinten Bestrebungen mannichtiger Kräfte vor Augen zu halten; zunächst um in der wahren Richtung zu bleiben, dann auch um sich gegen alle Anwandlungen des Eigendünkels zu schützen, vor welchen keiner ganz sicher ist.“ Freilich wurde er seinem eigenen Anspruch nicht immer gerecht, eingehend Grimm (1987), 353 ff.

⁷⁵ Treffend Seinecke (2017), 175: Kampf gegen Windmühlenflügel. Dagegen sieht etwa Hellgardt (2016), 346 in Jherings Theorie einen „krassen Bruch mit dem freiheitlich-individualistischen Privatrechtsbegriff seiner Zeit“.

⁷⁶ Jhering (1877), 519.

Ideen der Freiheit und Selbstbestimmung durchflutet.⁷⁷ Aber es wäre verkürzt, deshalb mit Wieacker vom „liberalen Zeitalter“ eines „abstrakten Privatrecht[s] und seine[r] Privatautonomie“ zu sprechen.⁷⁸ Denn zum einen gab es immer erheblichen Gegenwind – genossenschaftliche Modelle gegen römisch-rechtlichen Individualismus; Socialökonomien gegen Freihändler. Zum anderen, und entscheidender, propagierten selbst die Anhänger einer liberalen Ideenwelt keine totale Privatautonomie. Ohne die bestehenden Abweichungen kleinreden oder negieren zu wollen, bestand doch ein lagerübergreifender, durchaus gemäßigter Konsens: Individuelle Selbstbestimmung war ein wichtiges, ja das zentrale Prinzip des Privatrechts. Aber rechtliche Gestaltungsmacht wurde immer in Relation gesetzt. Privatautonomie galt keineswegs absolut und unbeschränkt, sondern wurde stets auf die eine oder andere Art auf das Gemeinwohl rückbezogen.⁷⁹ Streitig war nur, wie genau der Bezug hergestellt wurde – als immanente Ein- oder nachträgliche Begrenzung, eher eng oder eher weit –, kurz: wie das Pendel zwischen Individual- und Gemeinschaftsinteresse ausschlagen sollte.⁸⁰ Aber dass es nicht einseitig zur Privatautonomie neigte, sondern sorgsam und stets aufs Neue austariert werden musste, war in Oppenheims Worten zwischen den „verständigen und einflussreichen Anhänger[n]“ anerkannt. Allein hatte keine Seite ein gesteigertes Interesse das offen zuzugeben.⁸¹ In der aufgeheizten Stimmung ließ sich mit Appeasement nichts gewinnen, es dominierten dramatische Zerrbilder, und so ist noch unser heutiges Bild vom 19. Jahrhundert häufig genau das: verzerrt.

Auch die Bewertung des jungen Bürgerlichen Gesetzbuchs fällt in diese Kategorie. Als 1888 der erste Entwurf vorliegt, hagelt es sofort heftige Kritik. Vor allem Germanisten laufen gegen die „pandektistische“ Ausrichtung Sturm: Aufbau, Verweisungstechnik, hoher Abstraktionsgrad – alles wird als „undeutsch“ geschmäht, und um dem Vorwurf Nachdruck zu verleihen, malt man erneut den Teufel der maßlosen romanistischen Privatautonomie an die Wand.⁸² Paradigmatisch ist Otto von Gierkes Wiener Vortrag zur sozialen Aufgabe des Privatrechts, in dem er eingangs das Narrativ der Wesensverschiedenheit von germanischem und römischem Rechts reaktiviert: Hier der Gemeinschaft und

⁷⁷ Eingehend zur wechselhaften zeithistorischen Rolle des Liberalismus *Winkler* (2015), 712 ff., 802 ff.; speziell zur rechtspolitischen Debatte in Preußen *Grimm* (1987), 182 ff.

⁷⁸ *Wieacker* (1967), 442 (und ähnlich öfter).

⁷⁹ Anschaulich *Collins* (2002), 59: „Private law is the index finger of the invisible hand that guides market economies“.

⁸⁰ Damit soll nicht geleugnet werden, dass die Lager zum Teil von philosophisch und/oder gesellschaftspolitisch fundamental verschiedenen Ausgangspunkten starteten; es geht allein um die Überschneidungen in der Sache, in denen man sogar schon Anklänge der späteren Kombinationstheorie und anderer Einbettungsansätze erkennen kann, vgl. *Auer* (2014), 43 ff.

⁸¹ So auch *Hofer* (2001), 275: „durch eine derartige schematische Zuordnung [wird] eine Gegenposition geschaffen, die leicht zu bekämpfen ist“; ähnlich auch *Kennedy* (1981b), 580.

⁸² Vgl. etwa die Kritik von Willmanns und Collet, wiedergegeben bei *Hofer* (2001), 143 (m. Fn. 92). Ausführliche Darstellung bei *Reppen* (2001), 41 ff.

Lebenswirklichkeit spendende deutschrechtliche „Jungbrunnen voll sprudelnder Frische“; dort die nichts als eine „Machtsphäre der Einzelpersonlichkeit“ zurücklassenden „verheerenden Fluthen“ des individualistischen römischen Rechts.⁸³ Dass der Entwurf sich ausgerechnet an letzterem orientierte, jener „abstrakte[n] Schablone, romanistisch, individualistisch, verknöchert in todter Dogmatik“, ist für Gierke ein „verhängnisvoller Irrthum“. Denn damit lege das zukünftige Privatrecht bei der Frage der „individuellen Vermögensmacht“ den im Pandektensystem selbstverständlichen „Begriff der *reinen Befugnis* zu Grunde“, mit anderen Worten die Idee absoluter Privatautonomie.⁸⁴ Dieser „rücksichtslose Formalismus“ führe jedoch unweigerlich in den Krieg aller gegen aller und müsse deshalb einem Verständnis von Privatautonomie weichen, bei dem die rechtliche Herrschaft nicht weiterreicht, „als das in ihr geschützte vernünftige Interesse es fordert und die Lebensbedingungen der Gesellschaft es zulassen“.⁸⁵ Und das bedeutet konkret, dass etwa die vorgesehene Regel „Kauf bricht Miete“ aus dem Entwurf gestrichen und Wucherverbot und mehr Formstrenge eingefügt werden müssen.⁸⁶

Allerdings bleibt von Gierkes „unheilvolle[r] Kluft“⁸⁷ bei genauem Hinsehen nicht viel mehr als Pathos übrig. Wenn er eine Privatautonomie fordert, die von den schützenswerten Interessen und gesellschaftlichen Lebensbedingungen geleitet wird, dann grenzt er sich damit nicht scharf vom „individualistischen Verständnis“ ab, sondern liegt auf Linie des seinerzeitigen Mainstreams. Bezeichnenderweise klingt die Grundstruktur seines Modells verdächtig nach Savigny, der wie gesehen die rechtliche Gestaltungsmacht nur so weit reichen lassen wollte, „als es das wahre Bedürfnis des Verkehrs erfordert“.⁸⁸ In seiner Replik auf Gierke wies deshalb auch der einflussreiche Redaktor Gottlieb Planck darauf hin, dass der Entwurf von dem Gedanken getragen sei, subjektive Rechte und Privatautonomie nur so weit anzuerkennen, „als das Interesse der Gesamtheit es gestattet“. Wenn man fordert, dass die Bestimmungen des zu schaffenden BGB „den sittlichen, gesellschaftlichen und wirtschaftlichen Bedürfnissen des Volkslebens entsprechen, so sagt man damit im Grunde nur etwas Selbstverständliches“.⁸⁹ Gierkes harter Kontrast war also vor allem Theaterdonner,

⁸³ Gierke (1889), 9 und besonders martialisch 15: „der Kampf um das Recht der Zukunft [ist] zugleich ein Kampf zwischen römischem und germanischem Recht“. Repgen (2001), 496 spricht insofern (sehr zurückhaltend) von „Chiffren“ und „schmückendem Beiwerk“.

⁸⁴ Gierke (1889), 16f. [Hervorhebungen auch im Original], deutlich auch 28 (m. Fn. 18): „Der deutsche Entwurf übertreibt den Grundsatz der Vertragsfreiheit“.

⁸⁵ Gierke (1889), 29, 20. Zu ähnlichen Modellen vgl. die Darstellung bei Repgen (2001), 65 ff.

⁸⁶ Gierke (1889), 30 ff.

⁸⁷ Gierke (1889), 16.

⁸⁸ Oben § 3 III. 1.

⁸⁹ Planck (1889), 406 und 405. Zu den diesbezüglichen Übereinstimmungen zwischen Gierke und Planck auch schon Rückert (1992), 287. Zur herausragenden Rolle Plancks in der Kommission Repgen (2001), 68 ff.

wenngleich überaus geschickt eingesetzt: Er hatte das Publikum sensibilisiert für die Dringlichkeit seiner Verbesserungsvorschläge; durch sein alarmistisches Framing war der Ton vorgegeben, der Wucherverbot oder Mieterschutz bis ins neugeschaffene BGB tragen sollte.⁹⁰ Schon Gierkes Urteil zum zweiten Entwurf fiel deutlich milder aus. Er bescheinigte ihm, „weniger doktrinär, weniger romanistisch und weniger individualistisch“ zu sein und „hier und da neue Bestimmungen [zu treffen], in denen ein sozialer Geist waltet“.⁹¹ Zahlreiche seiner Mitstreiter urteilten sogar deutlich freundlicher.⁹² Der einleitend erwähnte Anton Menger, der bekanntlich noch schärfer als Gierke für ein soziales Privatrecht getrommelt hatte, konstatierte 1904 zufrieden, dass der Gesetzgeber den Forderungen im Wesentlichen gefolgt sei.⁹³ In der jüngeren rechtsgeschichtlichen Forschung besteht daher weitgehend Einigkeit, dass nicht nur unser Bild vom 19. Jahrhundert korrekturbedürftig ist, sondern auch die Geschichte des „liberalistisch-individualistischen BGB“ vor allem eine Geschichte ist. Mag der Vorwurf des einseitig auf Privatautonomie und Willensmacht setzenden Privatrechts noch für den ersten Entwurf zugetroffen haben, lässt er sich jedenfalls für die finale Kodifikation kaum mehr aufrechterhalten.⁹⁴ Aus zeitgenössischer Perspektive war das BGB durchaus ein Produkt von Maß und Mitte – zwar der Privatautonomie verpflichtet, aber immer auf das Gemeinwohl rückbezogen, weshalb stets ein „innerer Zusammenhang mit den Interessen der Gemeinschaft“ bestand, wie es Tilman Reppen beschreibt.⁹⁵

5. Das lange 19. Jahrhundert

Warum aber hält sich dann die Legende so hartnäckig, dass das Privatrecht einst als makellooses „Reich der Freiheit“ gestartet ist? Wieso wird noch heute das BGB als Produkt eines „sehr liberalen Zeitgeist[s]“ verklärt, in dem die Privatautonomie nahezu uneingeschränkt schalten und walten konnte?⁹⁶

⁹⁰ Reppen (2001), 4; „empfindlichen Nerv getroffen“; gleichsinnig Thiessen (2004), 40; eingehend zur Umsetzung der „sozialrechtlichen“ Vorschläge im späteren BGB Reppen (2001), 123 ff. Zur nicht zu unterschätzenden Rolle des Framings in juristischen Debatten schon Schirmer (2020), 1010 ff.

⁹¹ Gierke (1896), 6.

⁹² Dazu Reppen (2001), 511 ff.

⁹³ Menger (1904), 193; dazu auch Thiessen (2004), 46; Wagner (2018), 98. Mengers Einfluss wird dagegen pauschal verneint von Wieacker (1967), 470.

⁹⁴ Eingehend Reppen (2001), 123 ff., 490 ff.; Rückert (2003), 750 ff.; Thiessen (2004), 45 ff.

⁹⁵ Reppen (2001), 505; ähnlich Thiessen (2004), 50 und zum Verhältnis zwischen Privatautonomie und Gleichheitsidee Grünberger (2013), 89 ff. Auch Wieacker (1967), 479 spricht an einer Stelle vermittelnd von einem „Ausgleichsversuch zwischen mehreren Wertesystemen“, in dem ein „gemäßiger Liberalismus“ überwiegt; weitaus häufiger finden sich jedoch die einseitigen Zerrbilder (z. B. 469: „Liberalismus [gelangt] zur vollen Herrschaft“; 514: „positivistisch und spätzeitlich“), dazu auch Rückert (2003), 759.

⁹⁶ So etwa Bork (2016), 20, deutlich auch 42 („liberalistisch-individualistische Grundhal-

Die Antwort lässt sich auf eine knappe Formel bringen: Das 19. Jahrhundert wirft lange Schatten. Im 20. Jahrhundert setzt sich das fort, was namentlich Jhering Jahrzehnte zuvor angestoßen hatte. Die Legende von der liberalistisch-individualistischen Privatautonomie dient als Kontrastfolie, um sich von „Formalismus“ und „Positivismus“ abzugrenzen.⁹⁷ Begriffs- und Systembildung gelten immer mehr als Relikte einer vergangenen Zeit, stattdessen werden im Eindruck von Kriegswehen, Wirtschaftskrise und einem skeptisch beäugten Weimarer Parlamentarismus Werte und Lebenswirklichkeit gepredigt.⁹⁸ 1925 kritisiert Julius Binder das bisherige Vorgehen als „sinnlos und wertblind“, subjektives Recht und Privatautonomie sind für ihn ein „sozialer Vertrauensakt“, ihre Ausübung deshalb „soziale und sittliche Aufgabe“.⁹⁹ Um das „strenge, veraltete und unerträglich“ empfundene Privatrechtskonzept abzulösen, setzt er auf die Richterschaft, die sich vermehrt von Billigkeitserwägungen leiten lassen soll.¹⁰⁰ Das kommt sehr gelegen als Werte und Lebenswirklichkeit ab 1933 dann nur noch eine Richtung kennen.¹⁰¹ 1939 fordert Hans Frank, der Präsident der Akademie für Deutsches Recht, einen „Neubau über die Idee des eigenen deutschen Gemeinrechts“ und „Abkehr von jedem Formalismus“ mitsamt seiner „kaum mehr verständlichen Kunstsprache“ und „Begriffsschematik“. Das zielt vor allem auf das BGB, dem vorgehalten wird, mit seinem „liberalistischen, individualistischen Allmachtsideal“ den völkischen Ausgangspunkt allen Rechts zu vernachlässigen.¹⁰² Bei der übergroßen Mehrheit der Privatrechtswissenschaftler rennt Frank damit offene Türen ein. „Privatrecht“, formuliert etwa Walter Hallstein, „das ist nicht mehr die von Gemeinschaftsbindungen freie Sphäre, das Niemand- oder Jedermannsland jenseits der Grenzen der Gemeinschaftsordnung, sondern es ist ein Stück dieser Ordnung selbst“.¹⁰³

tung“); *Hellgardt* (2016), 349: „in Gesetzesform gegossene[r] freiheitlich-individualistische[r] Privatrechtsbegriff“; ähnlich jüngst wieder *Riesenhuber* (2018), 357; *Micklitz* (2018), 100. Näher zur gewöhnlichen Nacherzählung *Rückert* (2003), 750.

⁹⁷ Treffend *Seinecke* (2017), 148 f.: „Begriffsjurisprudenz bildet die Negativfolie jeder Methodenrichtung, um sich ihrer selbst zu versichern“. Ähnliche Phänomene finden sich auch in anderen Disziplinen und Rechtskreisen, vgl. etwa für die etatistische Staatstheorie *Möllers* (2011), 129 ff. oder für die (zu einseitige) Rezeption der sog. Lochner-Era in den USA *Bernstein* (2011), 108 ff.

⁹⁸ *Haferkamp* (2014), 67 ff.; ähnlich schon *Grimm* (1987), 368 ff. Eingehend zur Methodeneentwicklung in der Weimarer Republik *Rüthers* (1968/2012), 13 ff.; *Schröder* (2012), 397 ff.

⁹⁹ *Binder* (1925), 448 f.

¹⁰⁰ *Binder* (1925), 407; näher *Haferkamp* (2014), 69 ff.

¹⁰¹ Eingehend *Schröder* (2012), 18 ff.; vgl. dort auch die Übersicht über die „bekanntesten Stichwörter“ gegen die etablierte Methode (43 f.). Zu den Parallelen zwischen Binder und NS-Jurisprudenz (insb. hinsichtlich seines Schülers Larenz) eindrücklich *Rüthers* (1968/2012), 270 ff.; *Haferkamp* (2014), 70 ff., 74 f.

¹⁰² Diese Äußerungen fallen bei zwei Reden Franks anlässlich des Auftakts der Arbeiten am Volksgesetzbuch; hier wiedergeben nach dem Bericht aus der Frankfurter Zeitung vom 14. und 16.5.1939, abgedruckt bei *Schubert* (1988), 11 f.

¹⁰³ *Hallstein* (1942), 546.

Indes war das ausgerufene Privatrechtsmodell nicht wirklich neu. Neu war vor allem der braune Rahmen, in dem das Modell wirkte. Denn Gemeinschaft definierte sich nun allein über Rasse, Volk und Führer – mit furchtbaren Konsequenzen für all diejenigen, die nicht Teil dieser „Gemeinschaft“ sein durften oder wollten.¹⁰⁴ Konzentriert man sich jedoch auf die konzeptionelle Ausrichtung, orientierte sich der vermeintliche Neubau an dem, was Planck schon rund ein halbes Jahrhundert zuvor als „Selbstverständlichkeit“ des neuen BGB bezeichnet hatte – nämlich subjektive Rechte und Privatautonomie nur innerhalb der „sittlichen, gesellschaftlichen und wirtschaftlichen Bedürfnisse des Volkslebens“ anzuerkennen.¹⁰⁵ Allerdings war der NS-Jurisprudenz¹⁰⁶ noch weniger an Tuchfühlung gelegen als den Kontrahenten im 19. Jahrhundert. Mehr noch, die schroffe Abgrenzung war eine weltanschauliche Notwendigkeit, jede Nähe zum „überwundenen System“ passte nicht zum Narrativ der „nationalen Revolution“. Spätestens als Ende der 1930er Jahre die Arbeiten an einem neuen Volksgesetzbuch begannen, war es deshalb unabdingbar, die vermeintlichen Defizite des „vorrevolutionären“ Privatrechtskonzepts herauszustellen, ja es als ganz und gar untauglich für die „Neugestaltung des deutschen Rechtslebens“ abzustempeln.¹⁰⁷ Und was bot sich da besser an, als die bewährten Zerrbilder wieder hervorzuholen. Das BGB wird als undeutsches „Fremdrecht“ diskreditiert; der Privatautonomie hält man vor, sie verkörpere das „bürgerliche Lebensideal der liberalistischen Periode“, stehe für die „Selbstherrlichkeit des Individuums“, fördere „kapitalistische Profitgier“ und münde letztlich in einen „Krieg aller gegen aller“.¹⁰⁸ Schon durch die Formulierungen ist damit die Traditionslinie klar erkennbar: Man suggerierte, endlich das zu vollenden, was Jhering, Gierke und all die anderen ohnehin immer angeprangert hatten. Dass dabei stets mehr Polemik als sachliche Kritik im Spiel war, wurde nicht hinterfragt – zu gut fügte sich die Karikatur vom „kühlen“ Privatrecht und seinem „Erpressungssystem“ Privatautonomie in die eigene Geschichte ein.¹⁰⁹ Und wie wenig

¹⁰⁴ Eingehend zur Wechselbeziehung zwischen NS-Weltanschauung und Rechtsordnung Rütters (1968/2012), 113 ff., 270 ff.; zu den auf „Gemeinschaft“ und „Rasse“ gestützten Argumentationsfiguren Schröder (2012), 21 ff.

¹⁰⁵ Oben § 3 III. 4. Besonders Eindrücklich zum übergreifenden methodischen Ausgangspunkt des „social movement“ Kennedy (2006), 38 ff., 47 ff.

¹⁰⁶ Zur Legitimation dieses Begriffs Rückert (2017a), 562.

¹⁰⁷ Das war der Akademie für Deutsches Recht quasi in die DNA geschrieben, vgl. § 2 des Errichtungsgesetzes. Charakteristisch sind auch die Begründungsmuster bei den Akademiemitgliedern Nipperdey („politische Unmöglichkeit [...] das Kernstück des Privatrechts, das BGB, bestehen zu lassen“) und Hedemann („überkommenem bürgerlichen Recht“), abgedruckt bei Schubert (1988), 427 und 454.

¹⁰⁸ Äußerungen Franks in der sog. Maiansprache bei der Eröffnungsfeier im Haus des Deutschen Rechts sowie bei der Jahrestagung 1940, wiedergegeben nach Hedemann, abgedruckt in Schubert (1988), 456 f. Deutlich wird hier auch der offen zur Schau gestellte Antisemitismus, der freilich bereits im 19. Jahrhundert häufig bei der Liberalismuskritik mitschwang, dazu Winkler (2015), 839 f.

¹⁰⁹ So Hedemann und erneut Frank, abgedruckt in Schubert (1988), 455 f. Bezeichnend

die Geschichte mit der Wirklichkeit zu tun hatte, verdeutlichte ausgerechnet das vielgescholtene BGB selbst: Gerade weil es Privatautonomie und Gemeinwohl zusammen dachte, erwies es sich als äußerst anpassungsfähig gegenüber dem, was die nationalsozialistische Richterschaft unter Gemeinwohl verstand.¹¹⁰

Freilich wird dieser Zusammenhang nach 1945 eher vernebelt. Dies liegt vor allem daran, dass der Großteil der bundesdeutschen Privatrechtswissenschaft nicht mit der eigenen Methodik bricht und allenfalls kleinere Korrekturen vornimmt. Weiterhin dominieren Werte und Lebenswirklichkeit, nur sind jetzt nicht mehr NS-Parteiprogramm und völkische Rechtsanschauung maßgeblich, sondern wahlweise Naturrecht, Rechtsidee oder Verfassung.¹¹¹ Als Vehikel dienen vor allem Generalklauseln wie Treu und Glauben oder Sittenwidrigkeit, die schon während der NS-Zeit als „Kuckuckseier im liberalistischen Rechtssystem“ ausgemacht worden waren.¹¹² Folglich gilt es wie bisher gegen Formalismus und Positivismus anzuschreiben, und dafür eignet sich die mittlerweile fest etablierte Geschichte von der kalt liberalistischen Privatautonomie ganz hervorragend.¹¹³ Deutlich wird dies etwa bei Hans Carl Nipperdeys Forderung nach einer „sozialen Vertragsfreiheit“: Während der Weimarer Republik wendet er sich gegen die „individualistischen Prinzipien“ der tradierten Privatrechtsordnung, zur NS-Zeit will er „das Rechtsdenken des 19. Jahrhunderts“ hinter sich lassen, in der Bundesrepublik bemängelt er, dass „Vertragsfreiheit formal, aber nicht real, nicht sozial“ begriffen werde.¹¹⁴

Folgenreicher ist die strukturelle Kontinuität aber beim großen Chronisten der Nachkriegszeit selbst, Franz Wieacker. 1938 befasst er sich mit der damals vieldiskutierten Frage nach den Einwirkungsmöglichkeiten der Gerichte auf private Rechtsverhältnisse – das klingt harmlos, betrifft aber hauptsächlich Vertragsanpassungen, die nicht mehr mit der „neuen Zeit“ konform gehen, na-

auch Nipperdey (ebd. 427): „Bei alledem kommt es auf die Einzelheiten und die zahlreichen seit Otto von Gierke oft und namentlich neuerdings hervorgehobenen Mängel des BGB [...] gar nicht an.“ Zu den argumentativen Kontinuitäten auch *Schubert* (1988), 31 ff.; *Rückert* (2003), 757 f.

¹¹⁰ *Rüthers* (1968/2012), 3 spricht treffend von der „Elastizität“ des BGB (eingehend 183 ff.); ähnlich *Schröder* (2012), 38: „bei der großen Masse des ‚pluralistischen‘ alten Rechts [genügend] wohl interpretative Korrekturen“.

¹¹¹ Hierzu existiert mittlerweile eine Vielzahl an Literatur, vgl. nur den Überblick und die Nachweise bei *Rückert* (2017a), 566 ff.

¹¹² So die berühmte Formulierung von Heinrich Lange, dazu *Haferkamp* (2014), 73 ff., 78 ff.

¹¹³ Ebenso *Hofer* (2001), 2 („weil ein Gegenbild geschaffen wird, von dem man sich absetzen kann“) und seit jeher *Flume* (1965/1992), 16 („Polemik“). Vorgeblich erblickt man im Positivismus („Richtergehorsam“, „Wehrlosigkeitsthese“) aber die entscheidende Ursache für die Schrecken der NS-Jurisprudenz, dazu eindrücklich *Foljanty* (2013), 19 ff.

¹¹⁴ Eingehend mit Nachweisen *Hollstein* (2017), 214 ff.; das dort nicht erwähnte mittlere Zitat findet sich bei *Schubert* (1988), 427.

mentlich weil die Gegenseite „fremdrassig“ ist.¹¹⁵ Für Wieacker zeigt sich in der wachsenden Gestaltungsmacht der Gerichte, die er seit Ende des ersten Weltkriegs am Werk sieht, eine „Abdankung des Positivismus“.¹¹⁶ Und er macht keinen Hehl daraus, dass er diese Entwicklung begrüßt: Nicht zuletzt wegen der „Unzulänglichkeit des liberal gesetzestaatlichen Korrektivs der Privatautonomie“, konnten Wissenschaft und Praxis auf die „Rechtsnöte des deutschen Volkes“ keine Antwort finden.¹¹⁷ Mit Ende des ersten Weltkriegs, und „vor allem seit 1933“, sei jedoch der „bürgerlich-rechtliche Positivismus [...] endgültig entthront“ worden.¹¹⁸ Statt weiter dem „methodischen Irrweg“ des BGB zu folgen, das als „Erbteil des wirtschaftlichen und weltanschaulichen Individualismus“ den Parteiwillen zum Maßstab erhoben habe, stelle man nun vermehrt ein „objektives Element“ ins Zentrum.¹¹⁹ Verträge werden an den „besonderen Lebensordnungen“ gemessen, Lösungen werden aus der „soziale[n] Struktur der Lebensgemeinschaft selbst“ entwickelt.¹²⁰ Wieacker zeigt also offene Sympathie für die damals sehr populären Methodenströmungen, die Recht aus „konkreten Ordnungen“ und „konkret-allgemeinen Begriffen“ ableiten wollen.¹²¹ Diesen methodischen Weg wird er, freilich in Anpassung des Wertungsmaßstabs, nach Kriegsende fortsetzen. Wiederholt lehnt er einen „Gesetzespositivismus“ ab und tritt für den „sozial gestaltenden Richter“ ein.¹²² Seine Privatrechtsgeschichte, die weit über Deutschland und die eigene Disziplin hinaus das Bild des Privatrechts geprägt hat und immer noch prägt,¹²³ muss deshalb mit doppelter Skepsis gelesen werden: Wenn Wieacker dort vom „rigorosen und oft pharisäischen Individualismus“ des 19. Jahrhunderts spricht, den „positivistischen“ und „individualistischen“ Charakter von BGB und Privatautonomie beschreibt,¹²⁴ dann perpetuiert er nicht nur die Zerrbilder seiner Vorredner. Vor allem spricht er nicht als unabhängiger Chronist. Wieacker ist selbst Partei, auch bei ihm wird Privatautonomie zur Kontrastfolie. Wenn er die vermeintlich 1918 einsetzende „Abkehr vom Formalismus“ und „Wendung“ zur „Relativierung der Privatrechte durch ihre soziale Funktion“ beschreibt, dann strickt er

¹¹⁵ Bei Wieacker wird dies nicht ausdrücklich angesprochen oder gefordert, allerdings hatten die Gerichte bereits vielfach so entschieden, eingehend *Rüthers* (1968/2012), 224 ff., 237 ff.; *Schröder* (2012), 21 ff.

¹¹⁶ *Wieacker* (1938), 4.

¹¹⁷ *Wieacker* (1938), 7 und 2.

¹¹⁸ *Wieacker* (1938), 2.

¹¹⁹ *Wieacker* (1938) 28 und 18.

¹²⁰ *Wieacker* (1938), 7 (und öfter).

¹²¹ So auch *Schröder* (2012), 47 (m. Fn. 243), dort (45 ff.) auch weitere Bsp. zu Wieacker. Eingehend *Winkler* (2014), 439 ff.

¹²² *Wieacker* (1958), 5 f. (und ähnlich öfter). Weitere Bsp. liefert *Winkler* (2014), 445 ff.; zur Kontinuität von Wieackers Methodenverständnis auch *Träger* (2017), 269 ff.

¹²³ Vgl. etwa die zahlreichen Bezugnahmen bei *Habermas* (1992/2019), 468 ff. und *Kennedy* (2006), 20 ff.

¹²⁴ *Wieacker* (1967), 540, 482, 514 (und ähnlich öfter).

zugleich seine eigene Siegeregeschichte. Ähnliches gilt für die anderen großen Meistererzähler, namentlich Karl Larenz, Gustav Boehmer und Konrad Zweigert.¹²⁵ Joachim Rückert hat das treffend auf den Punkt gebracht: „Die Autoren zogen Linien aus, die schon vor 1945 gezogen waren und bearbeiteten Probleme weiter, in denen die unbewältigten Fragen und Polemiken des 19. Jahrhunderts fortlebten, angereichert mit eigenen Erfahrungen der Weimarer und NS-Zeit.“¹²⁶ Jhering, Gierke, Menger und all die anderen Kritiker eines vermeintlich liberalistisch-individualistischen Privatrechts können bis heute „noch überall entscheidend mitsprechen“,¹²⁷ weil ihre Geschichte zugleich die eigene Geschichte der Meistererzähler war.

Und ihre Kraft ist ungebrochen.¹²⁸ Der Mythos von der einst ungetrübten Privatautonomie erlebt seit den 1960er Jahren sogar eine unverhoffte Renaissance, weil er sich für ganz unterschiedliche Zwecke nutzen lässt – was freilich die Legendenbildung noch verstärkt.¹²⁹ Während etwa Josef Wiethölter das Klagelied auf die individualistische Privatautonomie singen kann und den Übergang vom idealistisch-philosophisch-bürgerlich-liberalen zum politisch-demokratisch-sozialen Zeitalter beschwört,¹³⁰ bildet die vermeintlich rein freiheitliche Markt- und Privatrechtsordnung des vorletzten Jahrhunderts den Ausgangspunkt für Franz Böhms berühmte „Privatrechtsgesellschaft“. Böhms strikte Trennung von öffentlicher Rahmen- und privater Marktordnung, der zufolge „die Privatautonomie kein Titelchen Befehls- und Besteuerungsgewalt enthalten“ dürfe,¹³¹ wird vor allem ab den 1980er Jahren nicht von ungefähr intensiv rezipiert. Denn nun beginnt die Zeit, in der sich eine Vielzahl von Autoren gegen die zunehmende „Materialisierung“ des Privatrechts wendet.¹³² „Liberalistisch-individualistisch“ ist kein Schreckbild mehr, sondern steht für einen angeblich einst existierenden Markenkern, den es gegen immer weitere Aushöhlung zu verteidigen gilt.¹³³ Für Michael Martinek droht etwa durch den Ausbau des Verbraucherschutzes „der Grundsatz der Selbstverantwortung im Vertragsrecht erstickt zu werden“, obwohl es doch „historisch gesehen auch re-

¹²⁵ Vgl. etwa die zahlreichen Nachweise bei *Haferkamp* (2014), 78 ff., 86 ff.

¹²⁶ *Rückert* (2003), 750.

¹²⁷ Wiederum *Rückert* (2003), 750.

¹²⁸ Exemplarisch aus der jüngeren Literatur *Arnold* (2014), 192 ff., 236 ff. (und öfter); tendenziell auch *Wagner* (2018), 71 ff.

¹²⁹ Zu dieser (vermeintlichen) Paradoxie auch *Auer* (2014), 1 f. Anders *Röthel* (2017), 114, die ein „einseitiges Bild“ des Bestandsschutzdenkens beklagt.

¹³⁰ Dazu und weitere Hintergründe bei *Rohls* (2017), 346 ff.

¹³¹ *Böhm* (1966), 98; dies jüngst aufgreifend *Schweitzer* (2020), 560 ff.: „Privatautonomie als Triebfeder [...] einer dezentralen gesellschaftlichen Koordinationsordnung“.

¹³² Prominent *Zöllner* (1988), 92 ff.; auch *Bydlinski* (1994), 328: „reizvoll konstruierte[s] Gegenbild“. Zur Wirkmacht Böhms vgl. etwa *Grundmann, et al.* (2015), 408 ff., 623 ff.

¹³³ Klassisch *Kennedy* (2006), 46 f., 59 ff.: resurgence of classical liberal thought; ähnlich *Bachmann* (2006), 73: Wiederauferstehung des Gedankens der ordnungspolitischen Überlegenheit der Privatautonomie.

aliter ein zentraler Ort der Selbstverantwortung des Privatrechtssubjekts, d. h. aller Privatrechtssubjekte [ist]“.¹³⁴ Und auch in der Gegenwart bleibt der Hang zur Verklärung der Privatautonomie präsent – sei es in Diskussion vom Wandel der Vertragsinhalts- zur bloßen Auswahlfreiheit¹³⁵ oder im Kontext der Digitalisierung, wo eine „Erosion durch das Internet“ befürchtet wird.¹³⁶

IV. Zwischenergebnis

Die Beispiele ließen sich mühelos fortsetzen.¹³⁷ Der wesentliche Punkt dürfte aber deutlich geworden sein: Wer über Privatautonomie und Privatrecht spricht, sollte nicht „in den Marionettenfäden der alten Gedanken hängen“, wie es Hans-Peter Haferkamp anschaulich zusammenfasst.¹³⁸ Die reine Privatautonomie, die angeblich als Kind des liberalen 19. Jahrhunderts für ungetrübte Willensmacht und Eigenverantwortung steht und vom BGB zum Alleinherrscher des Privatrechts erhoben wurde, hat es nie gegeben. Dieses Bild ist genau das: ein Bild; mit einer bestimmten Intention gemalt, mehr im Vorbeigehen angesehen, selten hinterfragt. Mit der Realität hat es wenig zu tun, im Gegenteil. In aller Regel wird die Privatautonomie darin zur Karikatur, mal als Schreckgespenst, mal als verlorenes Paradies – ob im Streit zwischen Germanisten und Romanisten, Liberalen und Sozialreformern oder Formalisten und Wertungsjuristen. Dass in der Debatte auf diese und ähnliche Leitmetaphern zurückgegriffen wurde, ist im wissenschaftlichen Diskurs nichts Ungewöhnliches, ja bei Fundamentalfragen mitunter unausweichlich.¹³⁹ Problematisch ist allerdings, dass dabei der Blick für das Gemeinsame verloren ging, das trotz aller Detailunterschiede immer bestand: Privatautonomie sollte nie absolut gelten, sondern wurde stets rückbezogen auf das überindividuelle Gemeinschaftsinteresse. Das Privatrecht setzte einen am Gemeinwohl orientieren Rahmen, in dem der Einzelne seine Selbstherrlichkeit ausleben konnte. Das sah nicht nur die übergroße Mehrheit im 19. Jahrhundert so, auch das BGB schlug diesen Weg ein, ja es war in den Worten Plancks geradezu eine „Selbstverständlichkeit“.¹⁴⁰ Der vielbe-

¹³⁴ *Martinek* (2012), 252 und 249. Weitere Nachweise für die jüngere „Krisenstimmung“ bei *Röthel* (2017), 98 ff.

¹³⁵ Pointiert *Wagner* (2018), 106 ff.

¹³⁶ So *Grapentin* (2019), 182 ff.

¹³⁷ Vgl. die zahlreichen Bsp. bei *Hellgardt* (2016), 539 ff.; *Röthel* (2017), 95 ff.

¹³⁸ *Haferkamp* (2014), 92.

¹³⁹ Dazu bereits *Schirmer* (2020), 1010 ff.

¹⁴⁰ Oben § 3 III. 4. Geradezu lapidar jüngst BVerfGE 142, 268 Rn. 55: „[Das] bürgerliche Recht ist und war stets auch durch Elemente sozialer Regulierung von wirtschaftlichen Vorgängen geprägt“.

schriebene Rise of the Social im 20. Jahrhundert ist folglich mehr Evolution als Revolution.¹⁴¹

Damit können wir ein erstes Zwischenfazit ziehen: Der Schluss der Kritiker, Nachhaltigkeit breche endgültig mit der traditionellen privatrechtlichen Eigenlogik, geht zu schnell. Nicht nur weil sich das Privatrecht im 20. Jahrhundert ohnehin immer weiter von seinem freiheitlichen Startpunkt entfernt hat. Sondern weil der Startpunkt in der propagierten Form schon niemals existiert hat. Wer angesichts von Nachhaltigkeit im Privatrecht den Verlust eines historischen Freiheitsraums beklagt, knüpft an alte Legenden an. So setzt sich das fort, was die Privatautonomie seit Anbeginn begleitet: Wenn von „Aufladung“ oder gar „Revolution“ die Rede ist, sind wirkmächtige Metaphern am Werk, die zwar intuitiv überzeugend wirken, aber die Ambivalenz der historischen Privatrechtsentwicklung verdunkeln.¹⁴² Zwischen Privatautonomie und Gemeinwohl bestand nie eine klare Grenze, die man heute gegen Nachhaltigkeit reaktivieren könnte.¹⁴³ Historisch betrachtet kann von unüberwindbaren Integrationsstörungen daher keine Rede sein. Im Gegenteil, angesichts des zu allen Zeiten präsenten (und immer weiter voranschreitenden) Gemeinwohlbezugs wirkt es fast unspektakulär, Nachhaltigkeit in die privatrechtliche Eigenlogik zu integrieren.

Freilich ist unsere Ausgangsfrage damit noch nicht beantwortet. Zwar haben die letzten Seiten die These bestärkt, dass die hergebrachte Zustandsbeschreibung eher einem „Traumschloss“ gleicht – aber sie haben zugleich gezeigt, dass der Traum vom „Reich der Freiheit“ weiterhin in der Welt ist. Ungeachtet, ja geradezu unbeeindruckt von der historischen Entwicklung wird mit der privatrechtlichen Eigenlogik eine utopische Ordnung mit bestimmten Werten und Aufgaben assoziiert. Vor diesem Hintergrund kristallisiert sich dann auch der eigentliche Kern der gängigen Nachhaltigkeitskritik heraus: Es scheint weniger darum zu gehen, dass die historisch reale Eigenlogik (weiter) „aufgeladen“ oder gar „revolutioniert“ zu werden droht. Sondern es geht vor allem um die ideelle Eigenlogik – das was Privatrecht ausmachen *soll*. Für unsere Zwecke ist also gar nicht so wichtig, „whether such an earlier period actually existed[; t]he position itself certainly exists“, wie Duncan Kennedy einmal formuliert hat.¹⁴⁴ Hier zeigt sich erneut das selbstreferenzielle Phänomen, mit dem diese Untersuchung begonnen hat: Privatrecht wird nun einmal von Privatrechtlerinnen und Privatrechtlern betrieben. Das Schicksal des Nachhaltigkeitskonzepts entscheidet

¹⁴¹ Im Ergebnis so auch *Auer* (2014), 6f. und 55 oder *Rückert* (2017d). Für die europäische Privatrechtsentwicklung *Michaels* (2011b), 149 ff.

¹⁴² Ebenso *Röthel* (2017), 100: „Jeweils geht es darum, rhetorisch wirkungsvolle Kontrastbilder an die Wand zu malen“.

¹⁴³ Und diese Grenze kann auch gar nicht bestehen, dazu noch unten § 4 I. 2. b).

¹⁴⁴ So *Kennedy* (1981b), 576; ähnlich schon *Kübler* (1975), 9f.; *Habermas* (1992/2019), 468 ff. und jüngst wieder *Krüper* (2020), 65 ff. Eingehend zur Wirkung von Leit- und Sprachbildern im (privat-)rechtswissenschaftlichen Diskurs *Braun* (2015), 156 ff.; *Croon-Gestefeld* (2022b), 21 ff., 87 ff.

sich vor allem daran, ob es Anschluss an die Eigenlogik finden kann, die dem Privatrecht von seinen Akteuren zugeschrieben wird.

Es ist daher Zeit für den eingangs angekündigten Perspektivwechsel. Wir lassen die Frage nach der realen privatrechtlichen Eigenlogik hinter uns und wenden uns der ideellen Ebene zu. Statt deskriptiv-analytisch blicken wir nun primär normativ-kritisch auf die privatrechtliche Eigenlogik.

§ 4 Ideelle Eigenlogik: Die klassische Antwort

Auf den letzten Seiten haben wir gesehen, dass der Mythos vom Privatrecht als „Reich der Freiheit“ weiterhin aktuell ist, ja mitunter sogar eine Renaissance erlebt. Ich habe das damit erklärt, dass sich der Mythos gut als Argumentationsfigur eignet, genauer gesagt: als metaphorisch aufgeladene Kontrastfolie. Allerdings ist das nur ein Teil der Erklärung. Denn gefragt nach der Eigenlogik des Privatrechts, sind offenbar viele Privatrechtlerinnen und Privatrechtler weiterhin der Meinung, dass „Reich der Freiheit“ die Antwort sein sollte. Auch wenn realiter immer ein Gemeinwohlbezug gegeben war, geht von der Idee eines Privatrechts als Freiheitsraum eine ungebrochene Attraktivität aus. Aber für was genau steht die Idee eigentlich? Und kann sie überzeugen?

Darum soll es nun gehen. Ich spreche dabei verkürzt von der „klassischen Antwort“. Dazu zwei Klarstellungen: Erstens ist das Etikett nicht als Wertung zu verstehen. Mit klassischer Antwort soll also nicht ausgedrückt sein, dass die Antwort in die Jahre gekommen oder gar überholt ist. Zwar werde ich die klassische Antwort kritisieren (und ultimativ auch zurückweisen), allerdings ist mit der Bezeichnung erst einmal nur ausgedrückt, dass die klassische Antwort die (vermeintliche) Tradition eines freiheitlichen Privatrechts zum Ideal erhebt. Zweitens soll mein Fokus auf die klassische Antwort keine Ignoranz gegenüber anderen Antworten bedeuten oder sie gar negieren. Mir ist bewusst, dass zahlreiche weitere Antworten für die ideelle privatrechtliche Eigenlogik existieren und keine davon per se illegitim ist.¹⁴⁵ Meine begrenzte Vorgehensweise lässt sich jedoch pragmatisch begründen: Würde ich alle Antworten einbeziehen, drohte nicht nur die Untersuchung auszufransen. Mein Fokus auf die klassische Antwort rechtfertigt sich vor allem damit, dass sie – trotz aller Kritik – weiterhin als Meistererzählung der Gegenwart gilt. Denn anders als bisweilen dargestellt, hat die klassische Antwort sich keineswegs erledigt.¹⁴⁶ Im Gegenteil, nicht nur zeugt § 3 von ihrer ungebrochenen Strahlkraft, sie scheint auch in der Privatrechtstheorie so etwas wie ihren zweiten Frühling zu erleben. So ist etwa in Nordamerika die klassische Antwort unter der Bezeichnung *corrective justice theory* schon länger auf dem Vormarsch, mit Florian Rödl wird sie inzwischen auch hierzulande prominent rezipiert.¹⁴⁷ Noch immer bildet die klassische Antwort also den argumentativen Referenzpunkt, an dem man entweder weiterarbeitet oder sich zumindest abarbeitet.¹⁴⁸ Nicht zuletzt spricht für ihre

¹⁴⁵ Instruktiv *Michaels/Jansen* (2006), 847 ff.

¹⁴⁶ Jüngst etwa *Somek* (2020), 7: „Thema erledigt“.

¹⁴⁷ Grundlegend sind die (teils ältere Gedanken zusammenführenden) Arbeiten von *Ripstein* (2009); *Weinrib* (2012); zur Rezeptionsgeschichte nur *Rödl* (2015), 26 ff.

¹⁴⁸ So dann auch *Somek* (2020), 10 und Diskussionsbeitrag. Exemplarisch aus jüngerer Zeit *Auer* (2005), 10 ff.; *Hellgardt* (2016), 325 ff., 523 ff.; *Wagner* (2018), 95 f., 161 ff.; den europäischen bzw. US-amerikanischen Diskurs einbeziehend *Jansen/Michaels* (2007), 347 ff.; *Michaels*

Auswahl der Umstand, der uns schon in der Einleitung begegnet ist und den es nun genauer herauszuarbeiten gilt: Folgt man der klassischen Antwort, gehört Nachhaltigkeit nicht ins Privatrecht.

I. Klassische Antwort und Nachhaltigkeit

In § 3 haben wir mit „Eigenverantwortung“ oder „Freiheitsraum“ bereits Schlagworte der klassischen Antwort kennengelernt. Schauen wir nun auf das dahinterstehende Konzept. Auch wenn meine Zusammenfassung sicherlich nicht allen Nuancen gerecht wird, ist mit der klassischen Antwort typischerweise Folgendes gemeint: Privatrecht ist das Refugium der ausgleichenden Gerechtigkeit (*iustitia commutativa*); Privatrecht hat sich auf die Ausgleichsbeziehung zwischen selbstbestimmten Individuen zu beschränken; Privatrecht bildet das unpolitische, staatsferne Gegenstück zum öffentlichen Recht, wo die großen gesellschaftlichen Verteilungsfragen geregelt werden.¹⁴⁹

Die klassische Antwort folgt also einem argumentativen Dreischritt: (1) Privatrecht ist ausgleichende Gerechtigkeit; (2) Privatrecht ist Ausgleich zwischen selbstbestimmten Individuen; (3) Privatrecht ist unpolitisch/keine Verteilungsfragen. Schon wenn wir uns an die dem Nachhaltigkeitskonzept inhärente Nord/Süd-Verteilung erinnern, kündigen sich Integrationsstörungen an. Und beim eben erwähnten Florian Rödl findet sich dann in der Sache auch eine klare Absage an Nachhaltigkeit: Das Privatrecht, schreibt er, erfasse die Individuen allein in ihrer abstrakten Gleichheit als zweckverfolgende Freiheitswesen, nicht aber in ihrer konkreten Ungleichheit als bedürftige Menschen aus Fleisch und Blut. Es könne deshalb weder menschlichen Bedürfnissen nach Nahrung, Wasser oder Wohnraum noch dem „Gemeinwohlzweck des Umwelt- und Naturschutzes“ einen „normativ relevanten Platz“ zuweisen.¹⁵⁰ Dieses „Defizit [...] haftet dem Privatrecht zeitlos an“ und müsse deshalb „durch den Staat und sein öffentliches Recht geheilt werden“.¹⁵¹

Träfe das zu, wäre Privatrecht für Nachhaltigkeit also schlicht nicht gemacht. Und zwar nicht, weil die privatrechtliche Eigenlogik mehr oder weniger zufällig einem defizitären Bauplan folgt, sondern weil sich in diesem Bauplan fundamentale Gerechtigkeitserwägungen ausdrücken – „die Gerechtigkeit selber“, schrieb schon Gustav Radbruch, „[weist] bereits auf ihre beiden Substrate hin,

(2011b), 144ff. Zur ungebrochenen Wirkmacht der klassischen Antwort eingehend *Croon-Gestefeld* (2022b), 46ff., 87ff.

¹⁴⁹ Besonders prominent *Radbruch* (1963), 126; jüngst wieder *Honsell* (2018), Rn. 47; weitere Nachweise bei *Arnold* (2014), 99ff., 135ff.

¹⁵⁰ *Rödl* (2015), 450 und 447; ebenso *Weinrib* (2012), XII.

¹⁵¹ *Rödl* (2015), 452 und 451; im Ergebnis genauso *Weinrib* (2002), 288f.; daran anknüpfend *Somek* (2020), 29: „Privatrecht hat einen verkürzten sozialen Horizont“.

auf das private und auf das öffentliche Recht“.¹⁵² So gesehen lägen dann auch die Kritik an „Aufladung“ oder „Revolution“ richtig: Das Privatrecht würde mit etwas „aufgeladen“, was dort nicht hingehört; das Wohlgeordnete wird „revolutioniert“. Allerdings gilt hier Ähnliches wie bei der Zustandsbeschreibung: Die Bedenken stehen und fallen mit der Plausibilität der klassischen Antwort. Nur wenn ihre Begründung trägt, wenn sie die ideelle Eigenlogik des Privatrechts überzeugend einfängt, käme es zu unüberwindbaren Integrationsstörungen.

Weil es mir an dieser Stelle weniger um die Stellung der klassischen Antwort im Privatrechtsdiskurs geht,¹⁵³ sondern um eine normativ-kritische Durchleuchtung ihres Inhalts (und weil es außerdem der Übersichtlichkeit dient), konzentriere ich mich dabei auf zwei besonders prominente Begründungsstränge. Einerseits auf die von Ernest Weinrib geprägte und von Florian Rödl für das deutsche Recht weitergedachte corrective justice Theorie; andererseits auf das wirkmächtige *iustitia commutativa* Modell von Claus Wilhelm Canaris. Das ist deshalb sinnvoll, weil beide Stränge für unterschiedliche Schwerpunktsetzungen stehen. Zwar ist Kern jeweils der Dreischritt der klassischen Antwort – (1) Privatrecht ist ausgleichende Gerechtigkeit; (2) Privatrecht ist Ausgleich zwischen selbstbestimmten Individuen; (3) Privatrecht ist unpolitisch/keine Verteilungsfragen –, aber die corrective justice Theorie argumentiert vorrangig deduktiv, während Canaris primär induktiv vorgeht. Beides auseinanderzuhalten erleichtert nicht nur das Verständnis, sondern wird uns vor allem dabei helfen, einige Begründungslücken der klassischen Antwort aufzudecken.

1. Der deduktive Dreischritt

Zunächst zu dem, was ich als deduktiven Dreischritt bezeichnen will. Für diesen Strang der klassischen Antwort steht vor allem der eben erwähnte Weinrib, er soll uns deshalb als Stichwortgeber dienen.¹⁵⁴ Deduktiv ist sein Dreischritt deshalb, weil er nicht aus den vorhandenen privatrechtlichen Instituten auf eine übergeordnete privatrechtliche Eigenlogik schließt, sondern seine „Idea of Private Law“ konsequent aus der aristotelischen Unterscheidung von ausgleichender und verteilender Gerechtigkeit ableitet.¹⁵⁵ Laut Weinrib handelt es sich da-

¹⁵² *Radbruch* (1963), 225; prominent auch *Picker* (2002), 880: „überpositive Anerkennung“.

¹⁵³ Zu den wirkenden diskursiven Mechanismen und der Langlebigkeit der klassischen Antwort eingehend *Croon-Gestefeld* (2022b), 73 ff., 261 ff.

¹⁵⁴ *Weinrib* (2012); ihm folgend etwa *Rödl* (2015), 29 f., 53 ff.

¹⁵⁵ Damit soll nicht in Abrede gestellt werden, dass Weinrib teilweise auch induktiv vorgeht. Allerdings dient seine normative Rekonstruktion der Kerninstitute des geltenden (US-weiten) Privatrechts vor allem der Bestätigung seiner Ausgangsthese, nämlich einer „conception of juridical relations that is prior to positive law and that positive law actualizes“, vgl. *Weinrib* (2012), 225 f. Gleiches gilt für den Ansatz „normativer Rechtstheorie“ bei *Rödl* (2015), 30 ff., denn auch er erklärt letztlich eine rechtsexterne Perspektive zur Richtschnur („nichtpositivistischer Zugang zum geltenden Recht“ [34]), wie hier auch *Kähler* (2017), 119 f.

bei nicht nur um eine strukturelle Unterscheidung, vielmehr sind beide Gerechtigkeitsformen für ihn „categorically different and mutually irreducible“. Das heißt jede Gerechtigkeitsform gilt in ihrer jeweiligen Gerechtigkeitswelt – ausgleichende Gerechtigkeit zwischen den selbstbestimmten Individuen, verteilende Gerechtigkeit „through the medium of a distributive scheme“, umgesetzt durch einen „political authoritative body“. ¹⁵⁶ Die Aufgabe der Rechtsordnung bestehe nun darin, diese Dichotomie umzusetzen und zwar in strikter Kohärenz. ¹⁵⁷ Privatrecht müsse die ausgleichende Gerechtigkeit verkörpern, genauer: es müsse *ausschließlich* corrective justice verkörpern, denn „if the law is to be coherent, any given relationship cannot rest on a *combination* of corrective and distributive justifications.“ ¹⁵⁸ Besonders deutlich wird der deduktive Dreischritt in Weinribs Schlusskapitel: (1) „Aristotle demonstrated that a categorically different mode of justification applies to private law than to other external relationships“; (2) „[that is, by] reducing the morality of the doer-suffer relationship to its most abstract representation [as self-determining agents] and then by contrasting the structure of this relationship with that of distributions“; (3) „[d]istinguishing between law and politics is another way of expressing this differentiation“. ¹⁵⁹ Weinrib zufolge hat also kein Geringerer als Aristoteles bereits vor Jahrtausenden gezeigt, dass dem Privatrecht aus Gerechtigkeitsgründen eine genuine Eigenlogik vorgegeben ist. Und sie darf ausschließlich corrective justice verkörpern – nichts anderes.

a) Die Lücke bei Aristoteles

Allerdings gibt Aristoteles' Gerechtigkeitslehre schon Schritt 1 nicht her. Lassen wir ihn dazu kurz zu Wort kommen. Der relevante Part findet sich im fünften Buch der Nikomachischen Ethik. ¹⁶⁰ Aristoteles befasst sich dort mit der Partikulargerechtigkeit, also der Gerechtigkeit im speziellen Sinn, die für ihn im Streben nach dem Gleichen und im Tun des Gleichen besteht. Damit ist nicht identisches Handeln gemeint, sondern gerecht handelt, wer das Mittlere anstrebt, gewissermaßen den Punkt anvisiert, der im Gleichgewicht zwischen den Polen „Zuviel“ und „Zuwenig“ liegt. Um „das Gleiche“ genauer zu fassen, unterscheidet Aristoteles zwischen zwei Unterformen der Partikulargerechtigkeit: der verteilenden und der ausgleichenden (oder auch austauschenden) Gerechtigkeit. ¹⁶¹ Erstere findet sich bei der Verteilung von „Ehre, Geld oder anderen Gü-

¹⁵⁶ Weinrib (2012), 71, 73, 219.

¹⁵⁷ Wichtig ist hier der Zusatz „strikt“, weil Kohärenz auch mehrdimensional denkbar ist, vgl. dazu etwa Dworkin (1977), 160 ff.; Habermas (1992/2019), 258 f.

¹⁵⁸ Weinrib (2012), 73 [Hervorhebung auch im Original].

¹⁵⁹ Weinrib (2012), 208; ähnlich Rödl (2015), 56 f., 141.

¹⁶⁰ Die Gliederung – wie auch die folgenden Textangaben – beziehen sich auf *Aristoteles* (2006) in der Übersetzung von Ursula Wolf.

¹⁶¹ Zu den verschiedenen Begrifflichkeiten vgl. nur Arnold (2014), 33 f. Im Folgenden wer-

tern, die unter den Mitgliedern der Staatengemeinschaft teilbar sind“. Jener Verteilungsgerechtigkeit geht es um relative Gleichheit, und zwar im doppelten Sinne: Das Gleiche bemisst sich sowohl nach dem Mengen- oder Wertverhältnis der zu verteilenden Güter als auch nach dem Wertverhältnis der Person, die das Gut empfängt. Gleiche Verteilung bedeutet nicht, dass alle das Gleiche erhalten. Gefordert ist vielmehr eine proportionale Verteilung, die dem Wert der jeweiligen Person im Verhältnis zu anderen Personen entspricht, also in dieser spezifischen Bezogenheit das Mittlere und damit das Gerechte trifft. Dabei richtet sich der Wert einer Person laut Aristoteles nach ihrer Würdigkeit – kurz gesagt ist der Verteilungsgerechtigkeit also dann genügt, wenn jede Person das erhält, wonach ihre Würdigkeit verlangt.

Während sich das Gleiche bei der Verteilung relational verhält, zielt die ausgleichende Gerechtigkeit auf absolute Gleichheit. Sie „betrifft“, wie Aristoteles formuliert, den Ausgleich „in Transaktionen“, wobei er nochmals zwischen dem gewollten Ausgleich – etwa Kauf, Darlehen oder Miete – und dem ungewollten – zum Beispiel Diebstahl, Freiheitsberaubung oder Raub – differenziert.¹⁶² Es geht also nicht darum, im Spektrum möglicher Güterverteilungen den Punkt zu treffen, der dem Wert der Person zu allen anderen Personen entspricht, sondern gewissermaßen um das arithmetische Mittel, die Gleichheit zwischen zwei Personen. Aristoteles zufolge ist es hierfür irrelevant, ob eine gute oder eine schlechte Person gehandelt hat, entscheidend ist allein, ob im Verhältnis zueinander das Gleiche gewahrt ist.¹⁶³ Ein zugefügtes Unrecht verschiebt zulasten der Verletzten das Gleichgewicht und muss allein deshalb ausgeglichen werden; genauso bemisst sich die Gerechtigkeit einer Transaktion daran, dass das Verhältnis zueinander gewahrt bleibt, die Parteien also „weder verlieren noch gewinnen“.¹⁶⁴

b) Im Sog der Raum-Metapher

Anders als Weinrib unterstellt, ist bei Aristoteles von einer exklusiven Verknüpfung von Privatrecht und ausgleichender Gerechtigkeit also gar keine Rede. Das wäre freilich auch zu viel verlangt, denn zu Aristoteles' Zeit existierte ein ausdifferenziertes Rechtssystem allenfalls in Ansätzen. Doch auch seine Andeutungen lassen sich kaum im Sinne Weinribs lesen. Das gilt vor allem für Weinribs Aufteilung der Gerechtigkeitsformen in getrennte Gerechtigkeitswelten, „categorically different and mutually irreducible“. Zwar legt Aristoteles' Aufzählung von diversen Vertragstypen nahe, dass die Austauschgerechtigkeit

de ich zur besseren Verständlichkeit allein von ausgleichender Gerechtigkeit bzw. *iustitia commutativa* sprechen.

¹⁶² *Aristoteles* (2006), 166.

¹⁶³ *Aristoteles* (2006), 170.

¹⁶⁴ *Aristoteles* (2006), 172.

die privatrechtliche Sphäre „betrifft“. Damit ist jedoch noch nicht gesagt, dass die Verteilungsgerechtigkeit dann außen vor ist.¹⁶⁵ Auch findet sich bei Aristoteles nichts dazu, dass Verteilungsentscheidungen stets durch einen „political authoritative body“ erfolgen müssen, wie Weinrib meint. Für eine substanzielle Trennung der Gerechtigkeitsformen in exklusive Gerechtigkeitswelten gibt es also nicht nur wenig Anhaltspunkte. Weil beide Gerechtigkeitsformen Untergliederungen der einen Partikulargerechtigkeit sind, erscheint es sogar deutlich plausibler, von verschiedenen Gerechtigkeits-Blickwinkeln auszugehen, die sich in einem Lebensbereich durchaus überschneiden können.¹⁶⁶

Vor diesem Hintergrund spricht viel dafür, dass Weinrib denselben Gedankensprung vollzieht, den vor ihm schon andere machten. Das prominenteste Beispiel ist der bereits oben erwähnte Gustav Radbruch. „Die ausgleichende Gerechtigkeit“, schreibt er in seiner Rechtsphilosophie, „ist die Gerechtigkeit der Nebenordnung, die austeilende Gerechtigkeit will im Verhältnis der Über- und Unterordnung gelten. Die ausgleichende Gerechtigkeit ist die Gerechtigkeit des Privatrechts, die austeilende Gerechtigkeit die Gerechtigkeit des öffentlichen Rechts.“¹⁶⁷ Das geht in vielerlei Hinsicht zu schnell. Zunächst finden sich die Begrifflichkeiten „Nebenordnung“ bzw. „Über- und Unterordnung“ so nicht bei Aristoteles. Zwar argumentiert er wie gesehen in den für die damalige Zeit üblichen geometrischen Mustern. Die räumliche Veranschaulichung verdanken wir jedoch der Rezeption der aristotelischen Ethik durch Thomas von Aquin im 13. Jahrhundert. Er war es, der die Verteilungsgerechtigkeit als Ausdruck einer Über- und Unterordnung fasste, während die Ausgleichgerechtigkeit in Nebenordnungsverhältnissen wirken sollte.¹⁶⁸ Das eigentliche Problem entsteht jedoch durch Radbruchs Aussageverknüpfung. Seine zweite Aussage folgt nicht logisch aus der ersten, wie Weinrib liefert auch Radbruch keinen Konnex, warum die ausgleichende Gerechtigkeit ins Privatrecht und die austeilende Gerechtigkeit ins öffentliche Recht gehört. Dass das kaum auffällt, dürfte vor allem daran liegen, dass die Raum-Metapher ihre Sogwirkung entfaltet.¹⁶⁹ Ist die Gerechtigkeitsstruktur einmal in den räumlichen Dimensionen „oben/unten“ und „neben“ konzeptualisiert, wirkt es geradezu selbstverständlich, „Vertikalverhältnisse“ mit öffentlichem Recht („Staat ist oben, Bürger ist unten“) und „Horizontalverhältnisse“ mit Privatrecht („Bürger neben Bürger“) zu

¹⁶⁵ Deutlich etwa *Arnold* (2014), 35: „Differenzierung lässt sich dem aristotelischen Text nicht entnehmen“; ebenso schon *Jansen/Michaels* (2007), 391. Vgl. auch die Bsp. bei *Jansen* (2003), 83; *Grünberger* (2013), 887f.

¹⁶⁶ Vgl. *Jansen* (2003), 81 ff.; *Grünberger* (2013), 887f.; *Arnold* (2014), 35f., 47; ähnlich *Gordley* (2001), 308 ff.; *Wilhelmsson* (2004), 717.

¹⁶⁷ *Radbruch* (1963), 126 (und ähnlich 225).

¹⁶⁸ Eingehend *Arnold* (2014), 55 ff.; wobei nicht ganz klar ist, ob er es war oder in Wahrheit auch hier die spätere Rezeption den Ausschlag gab, näher *Jansen* (2003), 83.

¹⁶⁹ Dazu allgemein *Lakoff/Johnson* (2018), 18 ff., 105 ff.; speziell für rechtliche Argumentationsmuster *Schirmer* (2020), 1010 ff.

assoziiieren. Der Schluss von den aristotelischen Gerechtigkeitsformen auf eine inhaltliche Zweiteilung in spezielle Normkomplexe dürfte mithin vor allem unserem neuzeitlichen Vorverständnis von der hoheitlichen Staat-Bürger-Beziehung geschuldet sein.¹⁷⁰ Dafür spricht auch, dass Thomas von Aquin diesen Schritt nie gegangen ist, denn er verknüpfte Über- und Unterordnungsverhältnisse nicht wie Weinrib mit einem „political authoritative body“, sondern sah sie auch bei der Schenkung oder in der Familie wirken.¹⁷¹

Begründungen im Stile Weinribs laufen somit Gefahr, zu selbsterfüllenden Prophezeiungen zu werden: Privatrecht ist nicht deshalb das Refugium ausgleichender Gerechtigkeit, weil schon Aristoteles das demonstriert hat. Sondern weil das eigene Ideal einer streng dichotomischen Rechtsordnung in die aristotelische Gerechtigkeitsstruktur projiziert wird. Dabei geht unter, dass die Aufteilung in gesonderte Rechtswelten entscheidend über Aristoteles hinausgeht, dass sie eine von vielen möglichen Konkretisierungen des Gerechten ist – die uns zwar intuitiv naheliegt, aber keinesfalls zwingend ist.¹⁷²

2. Der induktive Dreischritt

Der deduktive Dreischritt wird also bereits auf erster Stufe wacklig, genauer: er suggeriert, auf einer Stufe zu starten, die so gar nicht existiert. Behalten wir den Gedanken im Hinterkopf, denn er wird gleich in ähnlicher Form wiederkehren. Schauen wir dazu auf das, was ich als induktiven Dreischritt bezeichnen will. Paradigmatisch ist das Modell von Claus-Wilhelm Canaris. Obwohl auch Canaris teilweise deduktiv argumentiert, möchte er vorrangig die ausgleichende Gerechtigkeit aus dem positiven Recht „[h]erauskrystallisier[en]“.¹⁷³ Das heißt während Weinrib die Eigenlogik des Privatrechts in der aristotelischen Gerechtigkeitsstruktur finden will, spürt Canaris der ausgleichenden Gerechtigkeit in den bestehenden Instituten des Privatrechts nach. Bildlich gesprochen geht er nicht mit Aristoteles ins Privatrecht, sondern umgekehrt mit dem Privatrecht zu Aristoteles.¹⁷⁴ Im Zuge seiner Spurensuche gelangt auch Canaris zum Dreischritt,

¹⁷⁰ Ebenso *Jansen/Michaels* (2007), 390f.; kritisch auch *Auer* (2014), 68: „räumliche Metaphern [... greifen] von vornherein zu kurz“. Zur Wirkung von etatistischen Leitbildern vgl. *Braun* (2015), 72 ff.; *Baer* (2017), 248 f.; eindrucklich für (westliche) Zivilisationserzählungen generell *Graeber/Wengrow* (2021), 369 ff.

¹⁷¹ Dazu *Arnold* (2014), 60 f.

¹⁷² Ähnlich *Jansen/Michaels* (2007), 391; *Arnold* (2014), 47; *Auer* (2014), 66; prominent schon *Kelsen* (1934/2008), 124, 175.

¹⁷³ So etwa *Canaris* (1997), 126.

¹⁷⁴ Vordergründig befasst sich Canaris nur mit dem Vertragsrecht, allerdings sind seine Ausführungen derart grundsätzlich, dass man sie (was er an vielen Stellen sogar selbst tut, vgl. allein im Fazit *Canaris* (1997), 124, 128) guten Gewissens auf das Privatrecht in Gänze übertragen kann – was auch üblicherweise geschieht, vgl. etwa *Auer* (2014), 64 ff.; *Hellgardt* (2016), 89 f.

nur in abgewandelter (und leicht abgeschwächter) Form: (1) Die *iustitia commutativa* ist die „spezifische Gerechtigkeitsform“ des geltenden Privatrechts; (2) Privatrecht stellt „Regeln für ein ‚faires Spiel‘“ zwischen selbstbestimmten Individuen auf; (3) Privatrecht untersteht einem „Neutralitätspostulat“, ein „Übergreif in den Bereich der *iustitia distributiva* [wird] grundsätzlich vermieden“. ¹⁷⁵ Canaris befürchtet deshalb „Überfremdung oder gar Denaturierung“, sofern das Privatrecht unmittelbar für Verteilungsfragen eingesetzt wird. ¹⁷⁶ Unzulässig soll es insbesondere sein, das Vertragsrecht zur Sicherung „objektiver Grundbedürfnisse des Menschen wie die nach Nahrung, Wohnung, medizinischer Betreuung und dgl.“ einzusetzen. ¹⁷⁷ Auch wenn Canaris es nicht ausdrücklich ausspricht, dürfte er Nachhaltigkeit im Privatrecht damit eine Absage erteilt haben.

a) Die Unbestimmtheit der *iustitia commutativa*

Allerdings ist auch bei Canaris das Problem, dass schon der erste Schritt wackelig ist. Nicht nur weil die Zustandsbeschreibung schon realiter wenig trägt, Canaris' positiver Befund von der *iustitia commutativa* als spezifischer privatrechtlicher Gerechtigkeitsform also nur um den Preis möglich wäre, dass signifikante Bereiche des BGB (Verbraucher-, Mieterschutz etc.) aus der Betrachtung ausgeklammert werden müssten. ¹⁷⁸ Sondern weil die *iustitia commutativa* bereits viel zu unbestimmt ist, um als spezifische Gerechtigkeitsform des Privatrechts zu taugen.

Das lässt sich anhand der Anfechtungsregeln zur Drohung und arglistigen Täuschung zeigen, die Canaris als klassische Beispiele für das Wirken der *iustitia commutativa* im Privatrecht einordnet. ¹⁷⁹ Rufen wir uns Aristoteles' Ausführungen in Erinnerung, dann geht es bei der ausgleichenden Gerechtigkeit nicht darum, ob eine gute oder eine schlechte Person gehandelt hat, sondern ob im Verhältnis der Personen zueinander „das Gleiche“ gewahrt ist. Gerechtigkeit im Austausch liegt vor, wenn die Parteien „weder verlieren noch gewinnen“. ¹⁸⁰ Warum aber hat im Falle einer Drohung oder Täuschung eine Seite verloren und die andere gewonnen? Hier führt Canaris nun einen neuen Maßstab ein: „Das Gleiche“ ist gestört, weil „das wichtigste Kriterium für die Gewährleistung der *iustitia commutativa* in der *Freiwilligkeit* der von den Parteien eingegangenen Bin-

¹⁷⁵ Canaris (1997), 45 und 60 (hier nur bezogen auf das Vertragsrecht, auf 124 ff. aber entsprechend für das Privatrecht als Ganzes).

¹⁷⁶ Canaris (1997), 126.

¹⁷⁷ Canaris (1997), 66.

¹⁷⁸ Kritisch etwa Arnold (2017), 143. Sogar Kerninstitute des Privatrechts wie das Wucher- verbot hätten dann eigentlich dort nichts zu suchen bzw. müssten als Ausnahmen qualifiziert werden – was die Überzeugungskraft des induktiven Dreischritts erheblich schwächt, dazu schon Lomfeld (2017), 156 ff.; generell Dagan/Heller (2017), 56 ff., 90 ff.; Markovits/Schwartz (2019), 577 ff.

¹⁷⁹ Canaris (1997), 47.

¹⁸⁰ Aristoteles (2006), 170 und 172.

„dung“ bestehe.¹⁸¹ Täuschung und Drohung geraten bei Canaris also erst dadurch ins Visier der ausgleichenden Gerechtigkeit, weil „das Gleiche“ bei beiderseitig freiwilliger Bindung gewahrt sein soll und er deshalb in der einseitig unfreiwilligen Bindung eine auszugleichende Schieflage erkennen kann.¹⁸² Diese Konkretisierung findet sich so aber nicht bei Aristoteles. Mehr noch, er verzichtet auf jede Konkretisierung, wann genau ein gerechter Austausch vorliegt, wann die Parteien weder verlieren noch gewinnen. Das führt zu dem Problem, auf das schon viele hingewiesen haben: Ohne eine inhaltliche Konkretisierung ist die ausgleichende Gerechtigkeit orientierungslos, erst wenn die Vorfrage geklärt ist, worin „das Gleiche“ eigentlich liegt, werden inhaltliche Aussagen möglich.¹⁸³ Das wird noch deutlicher, wenn man sich ein Gegenbeispiel vor Augen führt: Nicht wenige haben versucht, mithilfe von Aristoteles eine Lehre von „gerechten Preisen“ zu entwickeln.¹⁸⁴ Wäre das der Maßstab für „das Gleiche“, wären die für Canaris paradigmatischen Fälle der Täuschung und Drohung ein blinder Fleck. Aus Sicht einer so verstandenen ausgleichenden Gerechtigkeit wäre es völlig irrelevant, ob die Bindung freiwillig eingegangen wurde, solange denn für die Leistung ein gerechter Preis fließt (wie auch immer das im Einzelnen bestimmt wird).

Die ausgleichende Gerechtigkeit *als solche* bleibt also viel zu abstrakt und ist zwingend auf Konkretisierung angewiesen. Erst wenn bestimmt ist, welche Gleichheit zwischen den Parteien der Maßstab ist, wann eine Seite gewinnt und die andere verliert, werden inhaltliche Aussagen über Ausgleichsstörungen möglich. Und weil hier mehrere Antworten denkbar sind, gibt es dann nicht die eine ausgleichende Gerechtigkeit, sondern viele Spielarten ausgleichender Gerechtigkeit.¹⁸⁵

b) Auf distributivem Grund

Vor diesem Hintergrund wird klar, warum auch der induktive Dreischritt bereits auf erster Stufe wacklig wird. Die *iustitia commutativa* ist nicht die „spezi-

¹⁸¹ Canaris (1997), 46 [Hervorhebungen auch im Original]; ähnlich auch das Bsp. bei Rödl (2015), 58 f.

¹⁸² Dazu schon Kennedy (1981b), 581 ff.

¹⁸³ So bereits Radbruch (1963), 127: „Ergänzung durch andere Grundsätze“; Kelsen (1960/2017), 643: „Beantwortung dieser Frage überläßt die aristotelische Ethik der positiven Moral und dem positiven Recht, der gegebenen Gesellschaftsordnung“; ähnlich aus jüngerer Zeit Oechsler (1997), 56 f.; Wendehorst (1999), 43 ff.; Jansen (2003), 77 ff.; Arnold (2014), 43 ff.; aus dem US-Diskurs prominent (und treffend) Posner (1997), 109: „Corrective Justice maybe in the drivers seat, but economics [genauer: ein beliebiges anderes Kriterium für das Gleiche, JES] is required to tell the driver when to turn, stop, accelerate and so forth.“

¹⁸⁴ Gordon (2007), 188 f.; zuvor schon (mit anderem Schwerpunkt) Gordley (1981).

¹⁸⁵ Nachdrücklich Arnold (2014), 43 ff. Dagegen ist laut Rödl (2015), 58 „die ausgleichende Gerechtigkeit immer nur eine“. Das trifft jedoch nur dann zu, wenn man allein auf die abstrakte Struktur abstellt – allerdings gibt es dann, anders als Rödl ebd. meint, auch nur eine Verteilungsgerechtigkeit.

fische Gerechtigkeitsform“ des geltenden Privatrechts, sondern allenfalls die *iustitia commutativa* in einer bestimmten inhaltlichen Ausprägung. Viel wichtiger ist aber noch, dass dann genauso die *iustitia distributiva* die „spezifische Gerechtigkeitsform“ des Privatrechts sein müsste. Canaris mag richtig liegen, dass Freiwilligkeit ein besonders naheliegendes Kriterium für „das Gleiche“ ist, weil sich Freiwilligkeit gleich zwischen Individuen verteilen lässt, jede Einzelne also in ihrer Selbstbestimmung gleich frei ist (oder jedenfalls so angesehen werden kann).¹⁸⁶ Genau das ist aber der Knackpunkt: Das Verständnis von ausgleichender Gerechtigkeit als gleiche Selbstbestimmungsfreiheit basiert auf einer bestimmten Ausgangsverteilung. Nämlich, dass die Würdigkeit eines jeden Menschen danach verlangt, Freiheit zwischen den Individuen gleich zu verteilen, dass bezüglich des Guts „Selbstbestimmung“ jede Person in Relation zu anderen gleich wertvoll ist.¹⁸⁷ Und daran schließt dieselbe Erkenntnis an, die wir oben schon bei Savigny kennengelernt haben (und von Hohfeld und anderen dann ausbuchstabiert wurde): Wenn eine privatrechtliche Regel an sich gleichgroße konfligierende Freiheitssphären ausgestaltet, enthält sie notwendig ein Verteilungsmoment. Indem sie Rechtsmacht für die eine Seite anerkennt, schränkt sie zugleich die Freiheit der Gegenseite ein, nimmt also eine Zuweisung in eine bestimmte Richtung vor.¹⁸⁸ Das gilt selbst denn, wenn die Regel dispositiv ist, also von den Parteien modifiziert oder ganz abbedungen werden kann.¹⁸⁹ Canaris' Beispiel der kaufrechtlichen Gefahrtragungsregel in § 446 BGB, die er auf ein „verfeinertes Verständnis der *iustitia commutativa*“, eine Präzisierung des Austauschvorgangs, zurückführt,¹⁹⁰ zeigt das mustergültig: Bereits dadurch, dass § 446 BGB eine bestimmte Zuweisung trifft, nämlich erst

¹⁸⁶ Canaris (1997), 46 ff.

¹⁸⁷ So schon Radbruch (1963), 126; in der Sache ähnlich Rawls (2005), 45 ff., 265 ff.; jüngst Grünberger (2013), 813 f., 890 ff. Dass dies die *einzig* mögliche inhaltliche Ausgestaltung sei und auch Aristoteles sie (unausgesprochen) vorausgesetzt habe (so etwa Weinrib (2012), 80 ff.; ähnlich Rödl (2015), 58), überzeugt schon deshalb nicht, da zu seinen Lebzeiten die Vorstellung von gleichen Freien gerade (noch) nicht etabliert war; nicht von ungefähr ist „Ehre“ ein Gut, das laut Aristoteles verschiedentlich in der Gesellschaft verteilt wird (so auch Arnold (2014), 44; eingehend aus anthropologischer Sicht Graeber (2011), 102 ff.). Auch der Einwand, dass die Entscheidung über die Verteilung wiederum auf einen Austauschvorgang zurückgeht – den (hypothetischen) Gesellschaftsvertrag (so Canaris (1997), 27 f.) – ändert daran nichts, weil damit nur entkräftet wäre, dass die verteilende Gerechtigkeit von „höherer Dignität“ (Radbruch) als die ausgleichende Gerechtigkeit ist – nicht aber, dass eine konkrete Privatrechtsregel immer ein Verteilungsmoment enthält. Anderes gilt allenfalls dann, wenn man nicht das Privatrecht, sondern allein die privaten Interaktionen (den Vertrag, das Eigentum, das Delikt) in Blick nimmt, vgl. dazu bereits Bachmann (2006), 91 ff.; Michaels/Jansen (2006), 873 ff. Allerdings ist auch dann die Frage, nach welcher Spielart der Austauschgerechtigkeit das *pure private ordering* zu bewerten wäre (gleiche Freiheit?, gerechte Preise?), womit man wieder bei einer distributiven Ausgangsfrage wäre – was sich insb. im „von unten gewachsen“ common law zeigen lässt, vgl. nur Dagan (1999), 147 ff. (am Bsp. des Eigentums).

¹⁸⁸ Oben § 3 III. 1.

¹⁸⁹ Dazu auch (mit anderer Begründung) Arnold (2014), 161 ff.

¹⁹⁰ Canaris (1997), 54 f.

mit Übergabe der Sache die Preisgefahr auf den Käufer übergehen lässt, wird eine Verteilung vorgenommen. Diese Erkenntnis ist (spätestens) seit der fundamentalen „Entdeckung“ der *social cost* durch Ronald Coase schwer zu leugnen:¹⁹¹ Weil eine Welt ohne Transaktionskosten (und ohne strategisches Verhalten) ein Wunschtraum bleibt, wird ein rationaler Verkäufer gar nicht erst versuchen, den Gefahrübergang vorzuverlegen, wenn die damit verbundenen Kosten zu hoch sind. Jede Regelabfassung ist also auch immer eine originäre Transaktionskostenzuweisung, und genau deshalb ist es eminent wichtig, von Anfang an auf die richtige – aus Coases Sicht: vor allem effiziente – Zuweisung der Rechtsposition zu achten.

Das alles zeigt nicht nur, dass Ausgleichs- und Verteilungsgerechtigkeit immer im Plural vorkommen, weil ihr Inhalt von einer normativen Vorfestlegung „des Gleichen“ abhängt.¹⁹² Es zeigt auch nicht nur, dass beide Gerechtigkeitsarten schwer voneinander zu unterscheiden sind.¹⁹³ Sondern es zeigt zuallererst, dass sie untrennbar miteinander verwoben sind, dass privatrechtliche Regeln, wie es bei Canaris selbst heißt, im Ausgangspunkt immer eine „gerechte Zuordnung von Pflichten und Rechten, Lasten und Vorteilen, Risiken und Chancen“ vornehmen.¹⁹⁴ Unser historischer Befund, dass die Privatautonomie stets auf das Gemeinwohl rückbezogen wurde, kehrt so in anderem Gewand zurück: Jede privatrechtliche Regel enthält immer auch ein Verteilungsmoment, eine Entscheidung darüber, wie zwischen den an sich gleich freien Parteien Rechtsmacht originär zugewiesen wird. Marietta Auer hat das wohl am besten formuliert: „Am Grunde jeder kommutativen liegt eine distributive Gerechtigkeitsfrage.“¹⁹⁵

II. Unter falscher Flagge

Fassen wir kurz zusammen: Der Dreischritt der klassischen Antwort – (1) Privatrecht ist ausgleichende Gerechtigkeit; (2) Privatrecht ist Ausgleich zwischen selbstbestimmten Individuen; (3) Privatrecht ist unpolitisch/keine Verteilungsfragen – wackelt bereits auf erster Stufe. Das gilt für den deduktiven Dreischritt,

¹⁹¹ Weitergehender Auer (2014), 72: Vorstellung schon seit Hegel „vollends paradox“. Tendenziell ähnlich wie hier, weil auf die originäre Kostenverteilung der prozessualen Risikolast abstellend („Mobilisierungskosten“) Baer (2017), 228 f.

¹⁹² Unmissverständlich Arnold (2014), 47: „nur in Abhängigkeit von politischen Wertungen bestimmbar“; ähnlich Wendehorst (1999), 13; Grünberger (2013), 81; aus dem US-Diskurs prominent Posner (1997), 108 f.; Calabresi (2013), 451 ff.

¹⁹³ So etwa Wilhelmsson (2004), 717.

¹⁹⁴ Canaris (1997), 54 [Hervorhebung hinzugefügt]; der Gedanke klingt immer wieder an (vgl. auch 14: „bis zur Untrennbarkeit ineinander verschlungen“), wird dann aber doch verworfen (60 ff.).

¹⁹⁵ Auer (2014), 69; so schon der quasi gleichnamige Titel von Dagan (1999): „Distributive Foundations of Corrective Justice“. Ferner auch Wendehorst (1999), 11 ff.; Collins (2002), 225 ff.; Jansen (2003), 103 ff.; Arnold (2014), 135 ff.

weil die aristotelische Gerechtigkeitsstruktur keine strenge privat/öffentlich-Dichotomie hergibt. Das gilt aber auch für den induktiven Dreischritt, weil das geltende Privatrecht nicht *die* ausgleichende Gerechtigkeit verkörpert, sondern allenfalls eine bestimmte Ausprägung – und indem das Privatrecht dies tut, immer auch ein Verteilungsmoment enthält. So zeigt sich eine interessante Parallele: Schritt 1 ist sowohl beim deduktiven als auch beim induktiven Dreischritt redundant. Man kann ihn überspringen und kommt dennoch zur klassischen Antwort. Das räumen die Anhänger auch mehr oder weniger offen ein. Aristoteles' Gerechtigkeitsstruktur, heißt es bei Weinrib, sei zu „sparse and formal“, weshalb die Lücke durch eine Verknüpfung mit dem kantischen Rechtskonzept negativer Freiheit geschlossen werden müsse, denn nur so könne das Privatrecht seine „criterial function“ als apolitischer Rechtfertigungsmechanismus erfüllen.¹⁹⁶ Und auch Canaris stellt klar, dass aus den Konzepten der Austausch- und Verteilungsgerechtigkeit kaum konkrete Folgerungen abgeleitet werden können, sie vielmehr einer „Auffüllung“ durch außerhalb ihrer selbst liegenden Kriterien“ bedürfen – die Canaris letztlich in den Grundprinzipien einer liberalen Marktwirtschaft findet.¹⁹⁷ Das heißt dann aber auch, dass die klassische Antwort normativen Gehalt erst mit den Schritten 2 und 3 erlangt. Und vor allem, dass diese Schritte dem ersten Schritt – Privatrecht ist ausgleichende Gerechtigkeit – in Wahrheit vorgelagert sind. Der Dreischritt der klassischen Antwort ist also nur dann schlüssig, wenn man ihm von Kopf auf die Füße stellt: (1) Privatrecht ist unpolitisch/keine Verteilungsfragen; (2) Privatrecht ist Ausgleich zwischen selbstbestimmten Individuen; (3) Privatrecht ist *diese* Ausprägung ausgleichender Gerechtigkeit.

Aber ist das überhaupt wichtig? Ist die Schrittfolge nicht nur eine Geschmacksfrage? Ganz im Gegenteil, die Einsicht, dass der Dreischritt nur in umgekehrter Reihenfolge aufgeht, ist essentiell. Denn so wird deutlich, dass der Ausgangspunkt der klassischen Antwort auf einem, wie Canaris formuliert, „Neutralitätspostulat“ basiert, der Idee, „gewisse Regeln für ein ‚fares Spiel‘ [aufzustellen], jedoch auf die Förderung oder Erzwingung bestimmter Ergebnisse zu verzichten“.¹⁹⁸ Es geht um eine, wie es bei Weinrib heißt, „boundary between the juridical and the political“, eine Grenzziehung gegenüber einer (stärkeren) Gemeinwohlorientierung.¹⁹⁹ Das mag man richtig oder falsch finden, aber – und das ist der springende Punkt – es ist eben nicht Ausdruck einer übergeordneten „historical universality“ (Weinrib), keine Reaktion auf die

¹⁹⁶ Weinrib (2012), 45 ff. (Zitate auf 69 und 45); ebenso Rödl (2015), 214 ff.

¹⁹⁷ Canaris (1997), 54, 124 ff. Ähnlich jüngst wieder Podszun (2014), 241 ff.; Schweitzer (2020), 560 ff.

¹⁹⁸ Canaris (1997), 45 und 60 (hier nur bezogen auf das Vertragsrecht, entsprechend aber 124 ff. für das Privatrecht als Ganzes).

¹⁹⁹ Weinrib (2012), 227.

„Anforderungen der Gerechtigkeit“ (Canaris).²⁰⁰ Die klassische Antwort wird nicht von einem universellen Gerechtigkeitsfundament getragen, sondern basiert auf einer gesellschaftspolitischen Vorstellung, wie Privatrecht zu sein hat. Dass die Schrittfolge der klassischen Antwort dennoch 1–2–3 und nicht richtigerweise 3–2–1 lautet, ist argumentativ überaus geschickt: Ist mit Schritt 1 erst einmal der Gerechtigkeits-Frame gesetzt, können Schritt 2 und 3 ganz anders wirken. Was in Wahrheit in einem bestimmten politischen Leitbild von Gesellschaft, Staat und Privatrecht wurzelt, erhält als überzeitliches Gerechtigkeitspostulat gleich ganz anderes Gewicht.²⁰¹

1. Die (zweifache) politische Funktion

Vergegenwärtigt man sich den historischen Entstehungszusammenhang der klassischen Antwort, macht die Vorgehensweise freilich sofort Sinn. Die Schrittfolge dürfte mitentscheidend dafür gewesen sein, dass die klassische Antwort ihre fundamentale politische Funktion erfüllen konnte.²⁰² Das wird bei Johann Georg Schlosser deutlich, der im deutschen Rechtskreis als ihr maßgeblicher Wegbereiter gilt. 1789 wirft Schlosser dem Entwurf des Allgemeinen Landrechts für die preußischen Staaten vor, er vermenge durch seine Gemeinwohlbezüge unzulässig die Sphären von privatem und öffentlichem Recht. Gemeinwohl sei die exklusive Domäne des politisch agierenden Staates und seines öffentlichen Rechts; das Privatrecht diene demgegenüber allein der Gerechtigkeit zwischen den Individuen, einem statischen, überzeitlichen Ziel, dass das „Wesen und die Verhältnisse der Dinge angibt, wie sie sind“.²⁰³ Schlosser macht also ziemlich genau das, was wir von Weinrib kennen: Die strukturelle wird zur substantziellen Unterscheidung, die intuitive rechtliche Zuordnung zur vorgegebenen Weltentrennung. Das war politisch äußerst klug. Die zeitliche Korrelation mit der französischen Revolution ist kein Zufall – Schlosser war Liberaler, er wollte dem absolutistischen Staat Grenzen auferlegen, obwohl der qua Definition keine Grenzen kannte. Ein Verwaltungsrecht im modernen Sinne gab es noch nicht, geschweige denn Rechtsschutz gegen hoheitliche Maßnahmen.²⁰⁴

²⁰⁰ Weinrib (2012), 228 bzw. Canaris (1997), 63.

²⁰¹ Tendenziell auch Grünberger (2013), 890: „rechtspolitisch-rhetorische[r] Gehalt [...] gerechtigkeits-theoretisch postuliert“ und Goldberg/Zipursky (2020), 358: „the label ‚corrective justice‘ is misleading“.

²⁰² Grundlegend zur „politischen Funktion“ Bullinger (1968); Grimm (1987), 84 ff.; weitergehender Jansen/Michaels (2007), 362 ff., 391 f., wonach die privat/öffentlich-Trennung bereits im römischen Recht angelegt war und im ausgehenden Mittelalter aufgegriffen wurde – das mag zwar zutreffen, jedoch wurde die Trennung gerade nicht zum Wesensgegensatz erhoben (so explizit auch Jansen/Michaels (2007), 363, 392).

²⁰³ Schlosser (1789), 113 ff. (Zitat auf 120); eingehend Grimm (1987), 84 ff.; jüngst auch Hellgardt (2016), 335 ff.

²⁰⁴ Grimm (1987), 85 f., 91 ff.; Bullinger (1991), 72.

Wollte man die staatliche Einflussosphäre zurückstutzen, war es insofern essentiell, Staat und Gesellschaft als fundamental verschiedene Kategorien, als säuberlich getrennte Welten zu konzeptualisieren. Während der Staat im öffentlichen Recht souverän schalten und walten konnte, hatte er im Privatrecht in Schlossers Worten die Regeln nur festzustellen „wie sie sind“.²⁰⁵

Funktional gesehen war die klassische Antwort also der Vorläufer der modernen Grundrechtsordnung – die Idee eines überzeitlichen, apolitischen Privatrechts diente der Abwehr hoheitlicher Eingriffe, sie war eine erste Brandmauer gegen staatliche Übergriffe.²⁰⁶ „Ein Erdteil für das Privatrecht als Ausgleich für den verwehrten Zutritt zum politischen Raum, zur Souveränität“, wie es Knut Wolfgang Nörr einmal zusammengefasst hat.²⁰⁷ Dazu musste man allerdings wissen, wo der Erdteil des Privatrechts genau liegt. Grenzen lassen sich nur durchsetzen, wenn klar ist, wo sie verlaufen, wo drinnen und wo draußen ist. Und was bot sich da besser an, als die uralte Unterscheidung von Ausgleichs- und Verteilungsgerechtigkeit, von Vertikal- und Horizontalverhältnis aufzugreifen. Indem Privatrecht als das natürliche Refugium der ausgleichenden Gerechtigkeit dargestellt wurde, waren die Claims mehr oder weniger klar abgesteckt, ja es wurde überhaupt erst möglich, einen Bereich zu definieren, aus dem sich der Staat herauszuhalten hatte.²⁰⁸ Dank der Schrittfolge der klassischen Antwort ließ sich eine politische Forderung nach gesellschaftlicher Freiheit in eine naturgegebene Grenzlinie umfunktionieren, eine mögliche Aufteilung in gesonderte Rechtssphären als einzig gerechte vermarkten.

Neben dieser gesellschaftspolitischen Funktion verfolgte die klassische Antwort auch eine standespolitische Aufgabe für die Privatrechtswissenschaft.²⁰⁹ Besonders deutlich wird dies wiederum bei Savigny. Rufen wir uns dazu nochmals sein Beispiel für die Trennung von Privatrecht und Sittlichkeit in Erinnerung, wonach „der Reiche den Armen untergehen lassen [kann] durch versagte Unterstützung oder harte Ausübung des Schuldrechts“. Savignys Gedanke endet hier jedoch nicht. „[U]nd die Hülfe“, fügt er an, „die dagegen stattfindet, entspringt nicht auf dem Boden des Privatrechts, sondern auf dem des öffent-

²⁰⁵ Dazu schon *Grimm* (1987), insb. 88 ff., 99 ff.

²⁰⁶ *Grimm* (1987), 28 f., 88 f.; vertiefend *Grimm* (2017), 11 ff. In der Sache ähnlich *Bullinger* (1991), 72.

²⁰⁷ So *Nörr* (1991), 12; ganz ähnlich *Grimm* (2017), 20: „Garantie der Privatautonomie bei bürgerlichem Verzicht auf die Volkssouveränität“. Näher zu den ideengeschichtlichen Parallelen und Unterschieden zwischen Kontinentaleuropa und den USA *Habermas* (1995); *Kennedy* (2006), *Jansen/Michaels* (2007), 389 ff.

²⁰⁸ *Grimm* (1987), 99 f.; *Arnold* (2014), 103 ff.; zur ähnlichen argumentativen Funktion der *frontier* in der politischen Ideengeschichte der USA *Grandin* (2019), 113 ff.

²⁰⁹ Eingehend etwa *Kübler* (1974), 704 ff.; *Grimm* (1987), 99 f., 351 ff.; *Schröder* (2012), 270 ff.; tendenziell auch *Wieacker* (1967), 411 ff. Erste Vorläufer der standespolitischen Funktion lassen sich bereits bei den römischen Juristen beobachten (allerdings ohne einen exklusiven Herrschaftsanspruch zu erheben), eingehend *Jansen/Michaels* (2007), 362 ff.; Ähnliches vollzieht sich erneut zu Beginn der Neuzeit, vgl. *Jansen* (2018), 21 ff.

lichen Rechts.“²¹⁰ Auch wenn Savigny wie oben gesehen privatrechtliche Gestaltungsmacht stets von einem wahren Verkehrsbedürfnis abhängig machte, trat er dennoch für eine klare Aufgabentrennung ein.²¹¹ Spezifische Sittlichkeitsfragen wie die „Armenhülfe“ waren solche „des öffentlichen Wohles“ und gehörten ins öffentliche Recht.²¹² Im Gegensatz zu Schlosser sprach Savigny aber nicht als politisch Liberaler (der er nicht war),²¹³ sondern zuallererst als Anhänger einer selbstbewussten Privatrechtswissenschaft. Savigny sah im Privatrecht bekanntlich einen historisch gewachsenen Organismus, eine über Jahrhunderte sorgsam fortentwickelte Regelungsmaterie. Anders als im damals noch jungen öffentlichen Recht brauchte es keinen gestaltenden Gesetzgeber, ja er war sogar höchst unerwünscht. Nach dem eigenen Selbstverständnis war es die ureigene Aufgabe der Privatrechtswissenschaft, den historisch gewachsenen Stoff zu heben und zu systematisieren.²¹⁴ Wollte man die Letztautorität nicht an den immer weiter vordringenden Gesetzgeber verlieren, war es entscheidend, das Privatrecht klar vom öffentlichen Recht abzugrenzen. Und dazu musste deutlich sein, wo das eigene Territorium verläuft. Wenn der Beruf der Gesetzgebung, wie Savigny es formulierte, aber in der Orientierung an „politischen und staatswirtschaftlichen Zwecken“ liegt, dann musste das Privatrecht – und damit auch die Privatrechtswissenschaft – als Gegenstück, als apolitische, allein der „absoluten“ Ausgleichsgerechtigkeit verpflichtete Instanz positioniert werden.²¹⁵

Im Privatrecht auch Verteilungsfragen wie die „Armenhülfe“ zu verhandeln, hätte der Privatrechtswissenschaft also einen Bärendienst erwiesen: Was auf den ersten Blick wie eine Erweiterung des eigenen Wirkungsbereichs erscheint, bedeutete in Wahrheit, die scharfe Weltentrennung aufzuweichen. Wie in § 3 herausgearbeitet, hatte man zwar selbst im 19. Jahrhundert die Trennung nie konsequent gelebt, nicht zuletzt in Savignys Modell der Obligation steckt bereits der Gedanke, dass sie sich gar nicht durchhalten lässt.²¹⁶ Aber es war äußerst wichtig, das Paradigma dennoch hochzuhalten.²¹⁷ Jedes Überschreiten der

²¹⁰ Savigny (1840), 371. Dazu schon oben § 3 III. 1.

²¹¹ Savigny (1840), 22f.

²¹² Savigny (1840), 54, 271.

²¹³ Eingehend Grimm (1987), 351 ff.; Rückert (2017c), 67 ff.

²¹⁴ Savigny (1840), 50 ff. Ähnliches zeigt sich bei anderen wirkungsmächtigen Akteuren der Zeit, namentlich Puchta, wonach es darum gehe, „das Recht sicherzustellen, gegen die Staatskünstler, mögen sie in der Jakobinermütze oder in der Tiara daher kommen“, zitiert nach Haferkamp (2004), 436. Eingehend Schröder (2012), 193 ff.

²¹⁵ Savigny (1840), 56f.; näher Rückert (2010), 2ff.; Grimm (2017), 21 ff. Das kritisieren freilich schon so prominente Zeitgenossen wie Hegel, vgl. Kaube (2020), 265f. Zu ähnlichen Entwicklungen in den USA aus (vermeintlicher) Sorge vor einer „tyranny of the majority“ Horwitz (1982), 1425f.; Grey (1983/2014), 79ff.; Lepore (2019), 201 ff.

²¹⁶ Oben § 3 III. 1.

²¹⁷ Ähnlich Auer (2014), 72: „bloßes Legitimationsversprechen“, „faktische Selbstvergewisserung“.

Weltengrenze stellte immer auch die Grenze selbst infrage, leugnete die vermeintlich naturgegebene Zuständigkeitsordnung zwischen Gesetzgeber und Privatrechtswissenschaft – und damit zugleich den eigenen Herrschaftsanspruch über das Privatrecht. Nur indem man sich immer wieder jedem Anschein politischer Aktivität entsagte, indem man stets betonte, nur den ewigen Garten der „absoluten“ Austauschgerechtigkeit zu bestellen, ließ sich die Rolle der Privatrechtswissenschaft als exklusive Erkenntnisquelle des Privatrechts aufrechterhalten. Dass dies mit einer erheblichen Beschränkung der eigenen Kompetenz einherging, war ein Preis, den man bereitwillig zahlte – lieber ein inhaltlich eng gefasstes, aber selbstbestimmtes Privatrecht als ein umfassendes, aber fremdbestimmtes.²¹⁸ Genauso wie sich die gesellschaftspolitische Forderung nach einem bürgerlichen Freiheitsbereich durch die Schrittfolge der klassischen Antwort zur Gerechtigkeits-Brandmauer ausbauen ließ, konnte auch die bröckelnde Vormachtstellung der Privatrechtswissenschaft durch einen Gerechtigkeitsanstrich übertüncht werden.

2. Politische Funktion im Verfassungsstaat

Im modernen Verfassungsstaat erscheinen die historischen Beweggründe der klassischen Antwort freilich in anderem Licht.²¹⁹ Vor allem die standespolitische Funktion gerät erheblich unter Druck. Einen kleinen Kreis von Fachleuten zu Torwächtern des Privatrechts zu erklären, mag in Zeiten übergreifiger Fürsten sinnvoll gewesen sei – in einem demokratischen Staatswesen entsteht ein handfestes Legitimationsproblem.²²⁰ „Anders als das Gewohnheitsrecht des 19. Jahrhunderts“, bringt es Gerhard Wagner auf den Punkt, „ist das BGB nicht im Besitz der Zivilrechtswissenschaft“.²²¹ Und auch die historische Abwehrfunktion des Privatrechts wird heute von den vor hoheitlichen Eingriffen schützenden Grundrechten übernommen. Wenn ihretwegen der Staat ohnehin nicht mehr willkürlich die Sphäre der Bürger beschneiden kann, ist es nicht mehr nötig, das Privatrecht als allein der Ausgleichsgerechtigkeit verpflichtetes, unpolitisches Refugium zu präsentieren.²²²

²¹⁸ Ebenso *Grimm* (1987), 101; *Hellgardt* (2016), 386; deutlich auch *Wagner* (2018), 180: „Dieser stolze Anspruch war durch politische Abstinenz erkaufte“.

²¹⁹ Prominent schon *Hoffmann-Riem* (1996); unmissverständlich *Hellgardt* (2016), 380: „kann nicht mehr legitimiert werden.“ Anders freilich, wenn man den Fokus nicht wie hier auf staatlich gesetztes Privatrecht lenkt, sondern wie etwa *Michaels/Jansen* (2006) Privatrecht von vornherein als (globales) Regelungsgefüge *beyond the state* denkt, dazu *Auer* (2014), 72 f.

²²⁰ Vgl. nur *Grünberger* (2019), 940 „Dafür fehlt ihr [sc. der Rechtswissenschaft] die Kompetenz“; ähnlich *Kuntz* (2016), 904; *Hellgardt* (2016), 380; *Ackermann* (2018), 751.

²²¹ Treffend *Wagner* (2018), 97 f.

²²² Dazu insb. *Kumm* (2006), 345 ff.; *Grünberger* (2013), 820 ff.; zuvor schon *Bullinger* (1991), 79. Der hiergegen geäußerte Einwand „Verfassung geht, Privatrecht besteht“ (etwa *Bydlinski* (1994), 345 ff.) mag für Weimar zugetroffen haben, für die bundesrepublikanische

Das bedeutet natürlich nicht, dass es illegitim wäre, heutzutage die klassische Antwort zu vertreten. Es bedeutet nur, dass die wesentlichen politischen Beweggründe zweifelhaft oder sogar obsolet geworden sind. Wer auf die Frage nach der Eigenlogik des Privatrechts weiterhin die klassische Antwort anführt, muss begründen, warum sie auch im Verfassungsstaat des 21. Jahrhunderts noch ihre Berechtigung hat. Und weil es dabei eben nicht um ein überzeitliches Gerechtigkeitspostulat, sondern um ein bestimmtes Ideal von Staat, Gesellschaft und Privatrecht geht, muss sich die klassische Antwort dann wie jede andere Antwort im öffentlichen Begründungsdiskurs behaupten.²²³

Für unsere Untersuchung folgen daraus zwei wesentliche Erkenntnisse: Zum einen greift die verbreitete Nachhaltigkeitskritik zu kurz. Wer beklagt, dass das Privatrecht mit Nachhaltigkeit übermäßig „aufgeladen“ oder gar „revolutioniert“ wird, sollte begründen können, warum die klassische Antwort die gesellschaftspolitisch vorzugswürdige Antwort ist. Zum anderen führt die Kritik aber auch zu weit. Denn wie am Anfang der Untersuchung erläutert, geht es uns „nur“ darum, ob Nachhaltigkeit im Privatrecht anschlussfähig ist. Zwar wird die Frage von der klassischen Antwort ablehnend beschieden. Aber die Ablehnung speist sich eben nicht aus der privatrechtlichen Eigenlogik als solcher. Dem Privatrecht ist die klassische Antwort nicht überzeitlich vorgegeben, sondern sie steht für einen gesellschaftspolitischen Entwurf eines „richtigen“ Privatrechts, der möglich, aber keinesfalls zwingend ist.

III. Zwischenergebnis

Wir können die bisherigen Gedanken nun zusammenfassen: Der Dreischritt der klassischen Antwort geht nur auf, wenn man ihm vom Kopf auf die Füße stellt, nämlich: (1) Privatrecht ist unpolitisch/keine Verteilungsfragen; (2) Privatrecht ist Ausgleich zwischen selbstbestimmten Individuen; (3) Privatrecht ist *diese* Ausprägung ausgleichender Gerechtigkeit. So wird deutlich, dass die klassische Antwort nicht auf einem Gerechtigkeitspostulat, sondern auf einem gesellschaftspolitischen Entwurf basiert. Dass die klassische Antwort dennoch in umgekehrter Schrittfolge präsentiert wird, lässt sich mit ihrer Entstehungsgeschichte erklären: Historisch gesehen gab es gute Gründe, Privatrecht als der Rechtsidee vorgegebenes, strikt unpolitisches Refugium ausgleichender Gerechtigkeit zu konzeptualisieren, weil so die elementare politische Funktion der

Ordnung überzeugt er kaum noch – einerseits aufgrund verfassungsinterner Sicherungsmechanismen, andererseits weil nicht zuletzt die Entwicklung in der NS-Zeit gezeigt hat, wie schnell sich auch im Privatrecht der politische Wind drehen kann, treffend *Michaels* (2011b), 151 f.; dazu oben § 3 III. 4.

²²³ Ähnlich auch *Grünberger* (2013), 889 f.; *Dagan/Heller* (2017), 79 ff. (und öfter); generell schon *Habermas* (1992/2019), 215; *Kennedy* (2006), 63 ff.

klassischen Antwort mit höherer Autorität aufgeladen werden konnte. Im modernen Verfassungsstaat werden die einstigen Beweggründe jedoch erheblich relativiert, ja sogar legitimationsbedürftig. Nachhaltigkeit im Privatrecht unter Berufung auf die klassische Antwort mehr oder weniger pauschal abzulehnen, überzeugt deshalb nicht. Wer so argumentiert, beruft sich nicht auf *die* privatrechtliche Eigenlogik, sondern einen gesellschaftspolitischen Entwurf von Privatrecht, der genauso begründet werden will wie jedes andere Privatrechtsmodell.

§ 5 Ideelle Eigenlogik: Die richtige Antwort

Auf den letzten Seiten habe ich versucht, argumentative Schwächen der klassischen Antwort herauszuarbeiten. Sie verkörpert kein überzeitliches Gerechtigkeitspostulat, sondern einen bestimmten, durchaus legitimationsbedürftigen gesellschaftspolitischen Privatrechtsentwurf. Damit büßt die klassische Antwort zwar an Überzeugungskraft ein, aber ist noch lange nicht widerlegt. Natürlich ließe sich weiterhin begründen, warum die privatrechtliche Eigenlogik am besten für die Idee eines unpolitischen Freiheitsraums stehen sollte, aus dem Gemeinwohlbelange größtmöglich herauszuhalten sind.

So könnte man etwa pragmatisch argumentieren, dass die klassische Antwort klare und vorhersehbare Ableitungen zulässt.²²⁴ Nehmen wir die einleitend erwähnten Anwendungsbeispiele: Ob eine Klimahaftung im Privatrecht anschlussfähig ist, richtete sich etwa Weinribs *corrective justice* Theorie zufolge nicht danach, ob sie tatsächlich zum Klimaschutz beiträgt oder zumindest entsprechende Anreize setzt. All diese komplizierten Fragen könnten wir außer Acht lassen, entscheidend wäre allein, ob sie sich als Ausgleichsmechanismus zwischen selbstbestimmten Individuen, als Verletzung gleicher Freiheit fassen lässt.²²⁵ Und auch was die Lieferkettenverantwortlichkeit angeht, käme man auf Basis von Canaris' *iustitia commutativa*-Modell zu einem recht klaren Urteil, ohne sich näher mit dem komplexen Phänomen globaler Lieferketten befassen zu müssen. Weil sie wie eingangs gesehen die prekären Arbeits- und Produktionsbedingungen im Globalen Süden zum Hintergrund hat, würde mit ihr das Vertragsrecht „systemwidrig“ zur Sicherung „objektiver Grundbedürfnisse des Menschen“ eingesetzt werden.²²⁶ Gleich ob man eher deduktiv oder induktiv vorgeht, könnte der entscheidende Pluspunkt der klassischen Antwort also in ihrer monistischen Ausrichtung liegen: Konzipiert man Privatrecht als weitgehend politikfern und dem Ausgleich zwischen selbstbestimmten Individuen verpflichtet, hat man zumindest eine Arbeitsgrundlage. Die privatrechtliche Eigenlogik folgt dann einer bestimmten Anfangsidee, jede Verästelung muss letztlich auf sie rückführbar sein – und sollte dies bei Klimahaftung oder Lieferkettenverantwortlichkeit scheitern, sind sie nicht anschlussfähig.²²⁷ Monis-

²²⁴ So etwa Rödl (2015), 38 ff.; bezugnehmend auf Weinrib (2012), 45 ff. Ob ein formales System das überhaupt leisten kann, ist (spätestens) seit dem Gödelschen Unvollständigkeitsatz freilich sehr zweifelhaft und auch sprachtheoretisch angreifbar, dazu nur Goebel (2001), 147 ff.

²²⁵ So etwa Van Dijk (2019), 122 f.

²²⁶ So generell Canaris (1997), 66.

²²⁷ Damit ist nicht gesagt, dass namentlich Canaris' Privatrechtsverständnis generell monistisch ist; das Gegenteil dürfte der Fall sein (eindrücklich jüngst Auer (2022), 630 ff.). Gesagt ist nur, dass Canaris namentlich die privatrechtliche Sicherung „objektiver Grundbedürfnisse des Menschen“ allein mit dem Leitgedanken der ausgleichenden Gerechtigkeit ausschließt, also insofern monistisch vorgeht; vgl. dazu allgemein auch Dagan (2013), 171 ff.

tisch gestrickte Privatrechtsmodelle wie die klassische Antwort könnten also schlicht deshalb überzeugend sein, weil sie kraft ihrer axiomatischen Ausrichtung unter den Akteuren Klarheit stiften und besonders gut Erwartungen stabilisieren.²²⁸

Allerdings ist exakt diese Ausrichtung auf eine bestimmte Anfangsidee das Problem. Wie ich auf den folgenden Seiten darzulegen versuche, ist die klassische Antwort in ihrer monistischen Struktur zu perfekt, um perfekt zu sein. Stattdessen ist bewusst auf pluralistische Imperfektion zu setzen. Darin liegt zugleich eine erste Annäherung an eine „richtige Antwort“, die ich in zwei weiteren Annäherungsschritten entwickeln möchte. Statt nur die klassische Antwort zu kritisieren, werde ich also Stück für Stück einen eigenen Vorschlag für die privatrechtliche Eigenlogik unterbreiten.

I. Erste Annäherung: Pluralistische Responsivität

Aber der Reihe nach. Warum genau ist ein pluralistischer Ansatz monistischen Privatrechtsmodellen vorzuziehen? Da auch das eine Diskussion für sich ist, werde ich mich hier auf wenige für uns besonders relevante Argumente konzentrieren.²²⁹

1. (Letzt-)Begründungsproblem

Mein erster Einwand lautet: Monistische Privatrechtsmodelle bleiben immer argumentations- und erkenntnistheoretisch angreifbar. Die klassische Antwort muss sich die Frage gefallen lassen, warum gerade ihre Anfangsidee die alles entscheidende sein soll. Das führt in dieselbe Sackgasse wie am Anfang der Untersuchung, als es um die „Richtigkeit“ von Nachhaltigkeit ging: Wer Recht hat, ob von politischen Verteilungsfragen losgelöste Selbstbestimmungsfreiheit also die richtige Anfangsidee ist oder nicht, ist nicht nur schwer zu sagen, sondern in letzter Konsequenz vielleicht unmöglich. Auch der eben erwähnte Stabilisie-

²²⁸ Zu diesem Aspekt monistischer Theorien schon *Grey* (1983/2014), 71 ff.; *Collins* (2002), 79 ff.; *Michaels* (2011b), 146 f.; *Markovits/Schwartz* (2019), 575 ff.; dezidiert kritisch *Kennedy* (1981b), 586: „creates an aura of unproblematic legitimacy“.

²²⁹ Dabei stütze ich mich vor allem auf die grundlegenden Vorarbeiten von *Teubner* (1998); *Collins* (2002) und *Dagan* (2013) sowie auf Ansätze aus jüngerer Zeit, die entweder explizit darauf aufbauen oder in der Sache eine vergleichbare Stoßrichtung verfolgen, insb. *Calliess* (1999); *Bachmann* (2006); *Michaels* (2011b); *Grünberger* (2013); *Arnold* (2014); *Lomfeld* (2015); *Hellgardt* (2016); *Kuntz* (2016); *Auer* (2018); *Jansen* (2018); *Grundmann* (2022b). Damit sollen ältere Vorarbeiten natürlich nicht unterschlagen werden, so bestehen etwa durchaus signifikante Überschneidungen zu Essers „hermeneutischem Zirkel“, Wilburgs „beweglichem System“ (vgl. zu beidem *Grundmann, et al.* (2015), insb. 12 f., 51 ff.) oder zu den (richtig verstandenen) Ideen der *legal realists* und Freirechtler (vgl. dazu *Dagan* (2013), 14 ff., 84 ff.).

rungeffekt allein reicht als Begründung nicht aus, denn damit lässt sich ausnahmslos jedes monistische Modell rechtfertigen, solange es nur streng kohärent strukturiert ist. Wieso gerade jenes Modell, das *eine* Modell sein soll – ob die klassische Antwort richtig ist; ob Autos nun besser rechts oder links fahren – wissen wir danach immer noch nicht.²³⁰

Schon dieses Grundproblem legt einen Perspektivwechsel nahe. Wenn jedes monistische Modell immer Zweifeln ausgesetzt bleibt, dann erscheint es wenig vielversprechend, die privatrechtliche Eigenlogik auf eine bestimmten Anfangsidee reduzieren zu wollen. Sinnvoller ist es, die Ambivalenz von vornherein mit einem pluralistischen Privatrechtsverständnis abzubilden.²³¹ Zwar ist auch dieses Verständnis deshalb noch lange nicht das einzig richtige. Aber es gibt verschiedenen Begründungsansätzen Raum zur Entfaltung und kann sich so einem richtigen Verständnis zumindest annähern.²³²

2. Autonomie des Privatrechts

Darüber hinaus lässt sich ein monistisches Privatrechtsmodell soziologisch zurückweisen.²³³ Das gilt vor allem für den deduktiven Dreischritt der klassischen Antwort im Stile Weinribs. Wer Privatrecht ausschließlich an den philosophischen Konzepten von Aristoteles und Kant (oder was man darunter versteht) ausrichten will, negiert damit zugleich die Autonomie des gesellschaftlichen Subsystems Privatrecht.²³⁴ Privatrecht operierte nicht mehr nach seiner Eigenlogik, sondern nach der Fremdlogik des Subsystems Moral – womit es letztlich seine Eigenständigkeit einbüßen würde.²³⁵ Das mag man achselzuckend hin-

²³⁰ Klassische Kritik bei *Habermas* (1992/2019), 61 ff.; bezogen auf die corrective justice Theorie *Dagan/Heller* (2017), 33 ff.

²³¹ Deutlich *Markovits/Schwartz* (2019), 574: „some version of pluralism probably is inevitable“; treffend auch *Dagan* (2013), 69 ff.: „happy ambivalence“.

²³² Das entspricht im Kern diskurstheoretischen Ansätzen (v. a. Habermas, Alexy), allerdings bin ich aus sprachtheoretischen und kognitionswissenschaftlichen Gründen skeptisch, was den unterstellten Richtigkeitsanspruch des Diskursergebnisses angeht, vgl. dazu nur *Goebel* (2001), 91 ff. Ähnlich zurückhaltend *Dagan* (2013), 178 f.; *Lomfeld* (2015), 36 ff., 73 ff.; *Arnold* (2016); *Kuntz* (2016), 881 ff.

²³³ Dabei stütze ich mich vor allem auf systemtheoretisch gefärbte Modelle, grundlegend *Teubner* (1982); *Teubner* (1989), 45 ff., 87 ff. und speziell zum Privatrecht *Teubner* (1998).

²³⁴ Zur Erinnerung an das bereits in der Einleitung Gesagte: Aus Sicht der (streng Luhmann'schen) Systemtheorie gibt es kein „Subsystem Privatrecht“, weil danach das Recht als Ganzes (und zwar weltweit!) ein einheitliches Subsystem ist. Ob das angesichts der jahrhundertelangen Ausdifferenzierung überzeugt, sei dahingestellt; selbst wenn man von einem Einheitssystem ausgeht, dürfte indes akzeptiert sein, dass es mehr oder weniger autonom operierende Fragmente wie „das Privatrecht“ mit eigenen Kategorien und Instituten herausgebildet hat, vgl. etwa *Teubner* (1998), 9 ff. – eben das, was üblicherweise mit „Privatrechtssystem“ gemeint ist. Auch wenn es systemtheoretisch mitunter ungenau ist, spreche ich deshalb vom Privatrechtssystem und dessen Eigenlogik.

²³⁵ Nach *Teubner* (1984), 129 wäre die Folge eine „Übersozialisierung des Rechts“, das

nehmen, ja möglicherweise sogar gutheißen, jedoch widerspricht es der sozialen Realität funktional differenzierter Gesellschaften.²³⁶

Das gilt selbst dann, wenn man (letztlich Canaris' *iustitia commutativa*-Modell entsprechend) annähme, dass Recht und Moral aufgrund der engen historischen Entwicklung notwendig wechselseitig durchdrungen („interpenetriert“) sind, die ausgleichende Gerechtigkeit also gar nicht Fremd- sondern in Wahrheit genuine privatrechtliche Eigenlogik ist – was freilich ohnehin zu kurz greift, wie wir oben gesehen haben.²³⁷ Denn auch wenn das Privatrecht als Subsystem autonom ist, ist es eben nicht autark. Im Gegenteil, der springende Punkt ist: „Die gesellschaftlichen Subsysteme sind operativ geschlossen, aber informationell gegenüber ihrer Umwelt offen.“²³⁸ Das Privatrecht kann sich nicht in *splendid isolation* zurückziehen, sondern ist als Teil des Gesamtsystems Gesellschaft notwendig dem Input anderer Subsysteme wie Wirtschaft oder Politik ausgesetzt. Zwar übernimmt es den Input nicht Eins-zu-Eins, im Gegenteil: es selektiert und verarbeitet ihn mit spezifisch privatrechtlichen Mitteln. Aber im Zuge dieser Integrationsprozesse bildet es stetig neuartige Strukturen heraus. Es ist aus soziologischer Sicht also gar nicht möglich, das Privatrecht gewissermaßen auf dem Stand von Aristoteles und Kant einzufrieren und allein aus dieser Struktur heraus entwickeln zu wollen.²³⁹ Denn die Struktur ist immer in Bewegung, weil es in den Beziehungen Wirtschaft-Recht, Politik-Recht etc. fortlaufend zu wechselseitigen „produktiven Missverständnissen“ kommt, wie es Gunther Teubner einmal formuliert hat.²⁴⁰

Spektakulär ist diese Erkenntnis indes nicht, denn spätestens seit dem Lüth-Urteil ist ein bunter Wertemix gelebte privatrechtliche Realität. Ein Privatrecht, das sich im gesellschaftlichen Spannungsfeld von so unterschiedlichen Werten wie Meinungsfreiheit, Eigentumsschutz oder Gleichbehandlung bewegt, kann gar nicht nur auf die klassische Antwort beharren, sondern muss notwendig eine viel breitere Perspektive anlegen.²⁴¹

„Recht wird sozusagen ‚erobert‘ [...] mit dem Ergebnis, daß die Selbstproduktion seiner normativen Elemente desintegrativen Tendenzen ausgesetzt ist.“; vgl. ferner Teubner (1998), 13; Teubner (2015), 159ff.

²³⁶ Zum historischen Hintergrund der Ausdifferenzierung des Rechtssystems Jansen (2018), 9ff.

²³⁷ Oben § 4 I. 2.

²³⁸ Teubner (1989), 87f. (angelehnt an Luhmann).

²³⁹ Treffend Auer (2016), 249; in der Sache schon Habermas (1992/2019), 250ff.

²⁴⁰ So Teubner (2015), 156. Das verkennt Weinrib (2012), 215 (m. Fn. 12) der (unter unrichtiger Berufung auf Luhmann) die operative Geschlossenheit des Privatrechts zur *normativen* Geschlossenheit überhöht, was freilich bei der US-amerikanischen Rezeption der Systemtheorie häufiger passiert, näher Michaels (2017), 251f.

²⁴¹ Eingehend Teubner (1998), 11ff. und Teubner (2015), 144ff.; aus diskurstheoretischer Sicht Habermas (1992/2019), 309ff. Umfassend zum ideengeschichtlichen Hintergrund Auer (2014), 74ff.

3. Kein methodischer Monismus

Nun könnte man dagegen einwenden, dass gerade weil das Privatrecht stetigen Veränderungen ausgesetzt ist, die Privatrechtsdogmatik dies nicht auch noch befördern sollte. Sie müsste quasi als Bremserin auftreten, ihre Rolle läge darin, Input aus anderen gesellschaftlichen Subsystemen so gut es geht zurückzuhalten. In diese Richtung hat jüngst wieder Thomas Lobinger argumentiert. Sein Kerngedanke lässt sich wie folgt zusammenfassen: Weil das Privatrecht über den Gesetzgebungsprozess wechselnden gesellschaftspolitischen Einflüssen ausgesetzt ist und über die einzelfallorientierte Gerichtspraxis kontingente Lebensrealitäten ins Recht einströmen, besteht die originäre Aufgabe der Rechtsdogmatik darin, ein „stimmiges, möglichst widerspruchsfreies Gesamtsystem“ zu erhalten.²⁴² Dazu muss sie ausgehend von der Leitidee der „Systemgerechtigkeit“ das Privatrecht ordnen, kategorisieren und systematisieren, mitunter auch offen produktiv im Wege der Analogie und Rechtsfortbildung weiterentwickeln – aber immer nur unter Einhaltung eines *strictly legal point of view*, denn der „immunisiert sie gegen einen unmittelbaren Rückgriff auf außerrechtliche Kriterien“.²⁴³ Auch Lobinger dürfte damit letztlich einen monistischen Ansatz vertreten, nur mit dem Unterschied, dass sein Monismus vor allem die Methode betrifft: Anders als die klassische Antwort sagt er nicht, dass die privatrechtliche Eigenlogik auf eine bestimmte Anfangsidee ausgerichtet werden muss. Das Privatrecht ist für Lobinger gerade kein „abgeschlossenes [...] per se nicht beeinflussbares System“ und das Leitideal Systemgerechtigkeit von einer „prekären Offenheit“ geprägt.²⁴⁴ Aber weil das so ist, soll zumindest die Rechtsdogmatik streng monistisch vorgehen, nämlich sich „in ihren Argumentationstopoi ausschließlich innerhalb des Systems Recht bewegen“.²⁴⁵

a) Renaissance der standespolitischen Funktion

Das klingt nach größtmöglicher Zurückhaltung, ist aber genau das nicht. Denn für Lobinger fällt Rechtsdogmatik zuallererst in den Hoheitsbereich der Privatrechtswissenschaft. In seinen Augen sind Gesetzgebung und Gerichte „strukturell [zu] anfällig“ und „institutionell überfordert“ Systemgerechtigkeit zu verwirklichen, weshalb die „von politischer Einflussnahme [...] und den justiz-

²⁴² Lobinger (2016), 56 ff. (Zitat auf 105); ganz ähnlich Weinrib (2012), 32 ff., 204 ff. und Rödl (2015), 38 ff.; jüngst (aus richterlicher) Perspektive Huber (2022), 6 f. Die Argumentationslinie ist nicht neu, sondern begleitet in Gestalt der „Exklusivitäts- und Gegenläufigkeitsthese“ intradisziplinäre Ansätze seit jeher, näher Stark (2020), 313 ff. und speziell für das Privatrecht Bachmann (2006), 180 ff.; Wagner (2018), 90 ff.

²⁴³ Lobinger (2016), 64 und 39.

²⁴⁴ Lobinger (2016), 56.

²⁴⁵ Lobinger (2016), 64.

typischen Zwängen“ freie Privatrechtswissenschaft einspringen soll.²⁴⁶ Dabei komme ihr kraft ihrer Mittlerfunktion eine starke rechtsprägende Wirkung zu: Zum einen arbeite sie dem häufig „bewusst interventionistisch“ und „aus aktuellem Tatendrang“ agierenden Gesetzgeber nach – was auch bedeuten kann, eine Norm, „die ihr durch den Rechtsbegriff vorgegebenen Ziele verfehlen müsste“, nicht anzuwenden.²⁴⁷ Zum anderen schaffe sie mit ihrer Arbeit an der Systemstruktur erst die anwendungstaugliche Grundlage, auf der die Gerichte Einzelfallgerechtigkeit walten lassen.²⁴⁸

Das bedeutet in der Sache freilich nichts anderes als die Renaissance der von der klassischen Antwort bekannten standespolitischen Funktion. Die Privatrechtswissenschaft ist die eigentliche Hüterin des Privatrechts, sie entscheidet, ob und wie politische Interventionen des Gesetzgebers und irrlichternde Richtersprüche vor der Systemgerechtigkeit Bestand haben.²⁴⁹ Und auch die monistische Methode, der *strictly legal point of view*, den Lobinger der Rechtsdogmatik und damit auch der Privatrechtswissenschaft auferlegt, ist exakt der Preis, der schon im 19. Jahrhundert für die Hoheit über das Privatrecht gezahlt wurde: Nur indem die Privatrechtswissenschaft die strukturellen Anfälligkeit und Überforderung von Gesetzgebung und Rechtsprechung vermeidet, sich von vornherein „immunisiert [...] gegen einen unmittelbaren Rückgriff auf außerrechtliche Kriterien“,²⁵⁰ lässt sich legitimieren, warum gerade ihr, genauer: *nur ihr* die Verantwortung für das Gesamtsystem zufällt. „Methode als Machtfaktor“, wie es Dieter Grimm zeitlos formuliert hat.²⁵¹ Lobingers Haupteinwand gegen einen pluralistischen Ansatz dürfte also nicht lauten, dass eine für außerjuristische Kriterien offene Privatrechtswissenschaft im Territorium des Gesetzgebers wildert.²⁵² Sondern dass sie sich damit ihres vermeintlichen Alleinstellungsmerkmals berauben würde. Die Privatrechtswissenschaft wäre genauso „strukturell anfällig“ und „institutionell überfordert“ wie Gesetzgeber und Gerichte – und hätte damit das Kernargument durchkreuzt, das ihr eigenes Territorium zusammenhält.

Indes haben wir bereits gesehen, dass ein derartiger Machtanspruch der Privatrechtswissenschaft im Geltungsrahmen des Grundgesetzes zu weit geht.²⁵³

²⁴⁶ Lobinger (2016), 58 und 65; in der Sache ähnlich Weinrib (2012), 211.

²⁴⁷ Lobinger (2016), 55, 58 und 60.

²⁴⁸ Lobinger (2016), 60 ff.

²⁴⁹ Lobinger macht aus der Traditionslinie auch keinen Hehl, vgl. Lobinger (2016), 58 ff.; ähnlich schon Bydlinski (1994), 347 ff. Zu Recht kritisch etwa Ackermann (2018), 476 f.; Jansen (2018), 61.

²⁵⁰ Lobinger (2016), 39.

²⁵¹ Grimm (1987), 347.

²⁵² Im Gegenteil, bei Lobinger scheint klar die Idee eines ideellen Vorrangs des Privatrechts und der Privatrechtsdogmatik (und damit auch der Privatrechtswissenschaft), vor dem Gesetzgeber und gar der Verfassung durch, vgl. Lobinger (2016), 71 ff. (besonders deutlich 74).

²⁵³ Oben § 4 II. 2.

Er lässt sich auch nicht mit einer gewaltenteilenden Funktion begründen,²⁵⁴ denn die Wissenschaft ist schlicht keine Gewalt und darf es mangels demokratischer Legitimation auch nicht sein. Wenn der Privatrechtswissenschaft aber ohnehin keine Hüterfunktion zukommt, dann entfällt auch der zentrale Grund für einen strictly legal point of view.²⁵⁵ Es ist nicht mehr erforderlich, sich de facto eine Gesetzesbindung aufzuerlegen und ausschließlich innerhalb des Systems Recht zu agieren. Das mag zwar Sinn ergeben, wenn es um die Mittlerfunktion zwischen Gesetzgeber und Gerichten geht, also bei der Zuarbeit für die konkrete richterliche Entscheidungspraxis. Aber so wichtig jene Mittlerfunktion unbestritten ist – sie muss doch nicht die einzige Aufgabe bleiben. Einmal aus dem Korsett des strictly legal point of view befreit, kann die Privatrechtswissenschaft Gesetzgeber und Gerichten nicht nur nach-, sondern proaktiv zuarbeiten. Sie kann sich den fortlaufenden produktiven Missverständnissen mit anderen gesellschaftlichen Subsystemen zuwenden und privatrechtliche Gestaltungsmöglichkeiten aufzeigen.²⁵⁶ Und die Privatrechtswissenschaft könnte es tun, weil gerade hier ihre besondere Stärke liegt.²⁵⁷ Weil Gesetzgeber und Gerichte, die andere Sorgen als die Integration in die privatrechtliche Eigenlogik haben, insoweit tatsächlich „institutionell überfordert“ sind.

b) Responsive Privatrechtswissenschaft

So gesehen bedeutet ein pluralistischer Zugriff also keinen Bruch, sondern lediglich eine Verschiebung. Freilich im doppelten Sinne. Erstens im Selbstverständnis: Die Privatrechtswissenschaft begleitet und beobachtet die Rechtsentwicklung, hat aber keine darüberhinausgehende Letztautorität.²⁵⁸ An ihrem faktischen Einfluss dürfte das wenig ändern, denn natürlich hat ihr fachliches

²⁵⁴ So aber *Lobinger* (2016), 60; ähnlich schon *Bydlinski* (1994), 349. Damit ist freilich nicht gesagt, dass nicht eine „diskursive Gewaltenteilung“ möglich ist (vgl. dazu *Lomfeld* (2015), 46; ähnlich *Goebel* (2001), 161 ff.), verstanden als eine besondere (aber eben nicht exklusive!) Diskurskompetenz der Rechtswissenschaft, dazu sogleich im Text.

²⁵⁵ In diesem Sinne schon *Grey* (1983/2014), 71 ff.; ebenso *Hellgardt* (2016), 385 ff., 420 ff.; *Kuntz* (2016), 870 ff., 907 ff.; *Wagner* (2018), 177 ff.; *Jansen* (2018), 62 ff.; *Stark* (2020), 342 ff. Letztlich wohl auch *Ernst* (2007), 17 ff. und *Schön* (2007), 315 ff., weil beide den propagierten strictly legal point of view doch nicht so strikt fassen, sondern um die Erkenntnisse und Methoden anderer Wissenschaften bereichern wollen.

²⁵⁶ Deutlich schon *Teubner* (1989), 123: „Rechtsdogmatik [muss] selbst ihren Problemhorizont, ihren Argumentationshaushalt und ihren Begründungsstil auf eine neue gesellschaftliche Lage einstell[en]: auf Dauerkonflikte zwischen der Eigenlogik gesellschaftlicher Teilsysteme.“

²⁵⁷ So auch *Jansen* (2018), 65; *Grundmann* (2022b), 394 ff.; ähnlich schon *Ernst* (2007), 3 ff., 17 ff.

²⁵⁸ Deutlich *Habermas* (1992/2019), 477: „Rechtsdogmatik ist aufgrund ihrer professionellen Erfahrungen und Kenntnisse in privilegierter Weise [am Diskurs beteiligt, aber kann ein bestimmtes Verständnis] nicht anderen mit wissenschaftlicher Autorität auferlegen.“

Wort weiterhin hohes Gewicht.²⁵⁹ Aber es ist eben nur eine, wenn auch besonders kundige Stimme in einem vielstimmigen öffentlichen Diskurs. Die Privatrechtswissenschaft proklamiert nicht, was ist (und nur sie als gegeben erkennen kann), sondern stellt eine informierte Möglichkeitsaussage zur Debatte.²⁶⁰ Und weil sie das – und nur das – tut, kann sie zweitens mit deutlich breiterer Perspektive vorgehen. Sie widmet sich also weiterhin dem privatrechtlichen Gesamtsystem, aber sie kann hinter den Bereichsgrenzen des positiven Rechts nach außerjuristischen Erkenntnissen Ausschau halten.²⁶¹ So büßt sie in Wahrheit nicht an Einfluss ein, sie baut ihn aus: An die Stelle der Geltungshoheit, die demokratietheoretisch ohnehin nicht haltbar ist, tritt ein pluralistisches Selbstverständnis, das sich aus der Umklammerung von Gesetzgeber und Gerichten löst und proaktiv Gestaltungsmöglichkeiten aufzeigt.

Schließlich muss auch niemand befürchten, dass die Privatrechtswissenschaft deshalb zu einer politisierten Veranstaltung verkommt oder gar beliebig wird. Ein monistischer Ansatz ist wie gesehen nicht weniger politisch, vor allem aber erhebt ein pluralistisches Modell gerade keinen Anspruch auf Deutungshoheit. Und Beliebigkeit droht deshalb nicht, weil die Privatrechtswissenschaft die außerjuristischen Erkenntnisse nicht Eins-zu-Eins übernimmt, sondern immer aus der privatrechtlichen Eigenlogik heraus selektiert und verarbeitet.²⁶² Das entsprechende Stichwort haben wir schon ganz zu Anfang dieser Untersuchung kennengelernt: Responsivität. Auch wenn es darum geht, das Privatrecht „durch Vereinnahmung neuer Erkenntnisse und Methoden anderer Wissenschaften zu erneuern“,²⁶³ wird der Weg dorthin nicht von jenen Erkenntnissen und Methoden diktiert. Sie müssen gewissermaßen immer erst die selektive Tür des Privatrechts passieren; nur was in der privatrechtlichen Eigenlogik Anschluss findet, wird hereingelassen. Weil das Privatrecht aber kognitiv offen ist – besagte Tür zwar streng ist, aber Zutritt von außen ermöglicht – geht mit der Selektion immer auch ein mitunter aufreibender Veränderungsprozess einher. Res-

²⁵⁹ Treffend Schön (2007), 321: „fachmännische Urteilskraft“; ähnlich Kuntz (2016), 904; Stark (2020), 102f.

²⁶⁰ Insofern muss sie sich besonders um „responsible argumentation“ bemühen, näher Dagan (2013), 39ff.; ähnlich Schön (2007), 318ff.

²⁶¹ Diskurstheoretisch gesprochen tritt die Privatrechtswissenschaft über rechtlich gebundene Anwendungsdiskurse hinaus – wie jeder andere gesellschaftliche Akteur auch – in gesellschaftspolitische Diskurse um Normbegründungen ein, vgl. Habermas (1992/2019), 226ff. In der Sache auch Ernst (2007), 17ff.; Schön (2007), 315ff.; Kuntz (2016), 907ff.; Jansen (2018), 63ff.; Wagner (2018), 177ff.

²⁶² Dies herausstreichend schon Teubner (1989), 58f. Jüngere Stellungnahmen sagen in der Sache nichts anderes, etwa Hellgardt (2016), 412: „Sollen Erkenntnisse anderer Wissenschaften in der Rechtsanwendung berücksichtigt werden, so müssen diese entsprechend juristisch rekonstruiert werden“; Jansen (2018), 64: „spezifisch juristische Disziplinarität“; Stark (2020), 321: „Relevanz ausgehend von den eigenen Selektionskriterien“; Grundmann (2022b), 405: „Übersetzung in rechtliche Kategorien und Begrifflichkeiten“.

²⁶³ So Auer (2018), 37.

ponsivität steht mithin für eine kritische Reflexion der privatrechtlichen Aufnahme- und Anpassungsfähigkeit; gefragt wird, ob und wie außerjuristische Erkenntnisse und Methoden in die privatrechtliche Eigenlogik integriert werden können.²⁶⁴ An die Stelle des strictly legal point of view tritt ein *specific private point of view*. Und niemand ist dafür besser geeignet als die Privatrechtswissenschaft.

II. Zweite Annäherung: Konstruktion als Bipolarität

Auf den letzten Seiten kamen verschiedene Aspekte zur Sprache, fassen wir deshalb das Wichtigste zusammen: Die klassische Antwort steht für ein monistisches Privatrechtsmodell und ist schon deshalb abzulehnen. Zum einen bleibt ihr erster Schritt immer argumentations- und erkenntnistheoretisch angreifbar, wodurch die Schrittfolge insgesamt in Zweifel steht. Zum anderen ist die Ausrichtung auf eine bestimmte moralische Anfangsidee aus soziologischer Sicht zu eng, weil so die Autonomie des Privatrechts negiert wird. Der Ausweg ist deshalb in einem Privatrechtsmodell zu suchen, das früher und zugleich breiter ansetzt. Die erste Annäherung an eine richtige Antwort ist ein pluralistisches Privatrechtsmodell, das unterschiedlichen Begründungsansätzen einen Diskursraum eröffnet und gewissermaßen bei Schritt 0 beginnt. So gesehen ist die klassische Antwort ein wichtiger Impulsgeber, steht aber nicht exklusiv für die privatrechtliche Eigenlogik. Weil das Privatrecht für den Input aus (allen) anderen gesellschaftlichen Subsystemen kognitiv offen ist, sind eine Vielzahl von außerjuristischen Erkenntnissen und Methoden zu verarbeiten. Diesen aufreibenden Integrationsprozess zu begleiten ist eine wichtige, ja geradezu essentielle Aufgabe der Privatrechtswissenschaft. Denn genau hier zeigt sich ihre spezifische Stärke gegenüber Gesetzgeber und Gerichten: Eine responsive Privatrechtswissenschaft widmet sich den fortlaufenden produktiven Missverständnissen und zeigt Möglichkeiten auf, wie außerjuristische Erkenntnisse und Methoden ins Privatrecht integriert werden können. Dabei – und das ist wichtig – legt sie aber immer einen *specific private point of view* an, geht also stets von der privatrechtlichen Eigenlogik aus.

Wirklich schlauer sind wir aber noch immer nicht. Wir wissen zwar, dass die klassische Antwort die privatrechtliche Eigenlogik nicht abschließend beschreibt. Aber wenn die Eigenlogik weiterhin unseren Referenzpunkt bilden soll, müssen wir Klarheit darüber gewinnen, was auf Basis eines pluralistischen Verständnisses von ihr eigentlich übrigbleibt. Wenn wir Privatrecht nicht auf eine bestimmte Anfangsidee zurückführen, sondern von einer kognitiven Offenheit gegenüber außerjuristischen Erkenntnissen und Methoden ausgehen,

²⁶⁴ Konzis Teubner (2015), 154 ff.; darauf aufbauend Grünberger (2019), 928 ff.; dazu schon die Einleitung.

scheint die privatrechtliche Eigenlogik zu einem diffusen Amalgam zu verschmelzen, in dem sich unsere Frage nach der Anschlussfähigkeit von Nachhaltigkeit gleich mit auflöst.²⁶⁵

Doch so ist es nicht. Wie ich in der nun folgenden zweiten Annäherung zu zeigen versuche, wird die privatrechtliche Eigenlogik überhaupt erst auf Basis eines pluralistischen Verständnisses sichtbar.

1. Was bleibt von der Eigenlogik?

Auch wenn es sich kaum (oder nur schwer) empirisch nachweisen lässt, dürfte ein mehr oder weniger pluralistisches Verständnis heute der Mehrheitshaltung in der Privatrechtswissenschaft entsprechen.²⁶⁶ Ein typisches Beispiel ist das, was sich als „moderate“ Rechtsökonomik bezeichnen lässt, verkörpert etwa durch Gerhard Wagner.²⁶⁷ Für ihn ist es eine Selbstverständlichkeit, dass vom „Standpunkt der Rechtsökonomie [...] die Autonomie des Rechtssystems nicht in Frage“ gestellt wird; Effizienz sei „ein Parameter für legislatives und judikatives Entscheiden“ im Privatrecht, nicht der „einzige Entscheidungsparameter“.²⁶⁸ Genauso sind aber auch „moderate“ Spielarten der klassischen Antwort verbreitet, ja wahrscheinlich sogar prägend. Im Gegensatz zur corrective justice Theorie werden Gemeinwohlerwägungen nicht von vornherein ausgeschlossen, sondern als Ergänzung ausdrücklich begrüßt, insbesondere in Form von Effizienz- oder Sozialaspekten. Ein gutes Beispiel ist Gregor Bachmann, der für einen „Mittelweg“ plädiert. Ihm zufolge ist es für die Zukunft des Privatrechts entscheidend, „am Ideal freier und selbst verantworteter Ordnung festzuhalten“ – sein Grundmodus entspricht also im Kern der klassischen Antwort –, allerdings kann das Gemeinwohl bei „Legitimationsdefiziten“ ergänzend daneben treten. Freilich steht dann auch Bachmann vor dem Problem, dass die privat/öffentlich-Trennung durchlässig wird, sich gar ganz auflösen droht. Genau das will er aber vermeiden, die „Eigenständigkeit des Privatrechts“ steht für ihn nicht zur Disposition. Denn sonst, so Bachmanns Befürchtung, drohe „das auf eindeutige Verantwortungszuweisungen setzende Privatrecht [...] seiner stimulierenden Wirkung [...] verlustig zu gehen.“²⁶⁹ Speziell bezogen auf Nachhaltigkeit findet

²⁶⁵ Vgl. zu diesem Grunddilemma pluralistischer Ansätze nur *Markovits/Schwartz* (2019), 575 ff.; *Grundmann* (2022b), 385 ff.; treffend auch *Hellgardt* (2016), 558: „Was bleibt vom Privatrecht?“.

²⁶⁶ Dazu aus jüngerer Zeit etwa *Hellgardt* (2016), 348 ff.; *Wagner* (2018), 169 ff.

²⁶⁷ Moderat deshalb, weil es auch strenge – und insoweit monistische – rechtsökonomische Schulen gibt, prominent *Kaplow/Shavell* (2002), dazu *Markovits/Schwartz* (2019), 574 ff.

²⁶⁸ *Wagner* (2017), 305 und 313 [Hervorhebung hinzugefügt]. Paradigmatisch ist auch die Entwicklung bei R. Posner, der seine ursprüngliche Parole vom Autonomieverlust des Rechts (insb. *Posner* (1986)) in neueren Werken deutlich relativiert, vgl. *Posner* (2014), 29 ff.

²⁶⁹ Alle vorstehenden Zitate bei *Bachmann* (2006), 415.

Axel Halfmeier ähnlich warnende Worte. Wie wir wissen, unterstützt er zwar eine diesbezügliche Öffnung des Privatrechts, jedoch sieht auch er die Gefahr, dass das Privatrecht dadurch seinen „Eigenwert“ als intersubjektive Verantwortungsordnung einbüßen könnte.²⁷⁰ Und selbst diejenigen, die wie Hugh Collins ausdrücklich die Responsivität des Privatrechts betonen, sehen seine „coherent rationalization“ und „own legitimacy“ in Gefahr, wenn das Privatrecht durch die „productive disintegration“ außerjuristischer Erkenntnisse und Methoden seinen Fokus immer weiter vom spezifischen Parteienbezug löst.²⁷¹

Obwohl aus unterschiedlichen Richtungen argumentierend, ist die Stoßrichtung also durchaus ähnlich: Ein pluralistisches Privatrecht wird – mal mehr, mal weniger – befürwortet, aber je pluralistischer das Privatrecht desto mehr droht es seine „eindeutigen Verantwortungszuweisungen“ (Bachmann), seinen „Eigenwert“ (Halfmeier), seine „coherent rationalization“ (Collins) zu verlieren. Was macht, so könnte man die kollektiven Bedenken zusammenfassen, auf Basis eines pluralistischen Modells, in dem so unterschiedliche Parameter wie Selbstbestimmung, Effizienz oder mitunter auch Nachhaltigkeit koexistieren, Privatrecht dann noch zu Privatrecht? Wenn wir Privatrecht als ein selbstreferentielles System begreifen, das seine Verselbständigung gegenüber anderen gesellschaftlichen Subsystemen seiner spezifischen Eigenlogik verdankt, was bleibt bei einem pluralitätsoffenen, inhaltlich immer weiter zerfasernden Privatrecht überhaupt als Eigenlogik zurück? Mit althergebrachten Antworten wie einer „Recht/Unrecht“ Codierung kommen wir nicht wirklich weiter, weil sie Recht als Ganzes erfassen mögen, nicht aber die spezifisch *privatrechtliche* Eigenlogik.

Meines Erachtens dreht sich alles um das, was auch bei Bachmann, Halfmeier und Collins anklingt: Bipolarität. Es ist die bipolare Struktur, das *drama between plaintiff and defendant* (Hanoch Dagan), das die Eigenlogik des Privatrechts charakterisiert.²⁷² Wichtig ist allerdings: Mein Bipolaritätskonzept weicht erheblich von dem ab, was gemeinhin darunter verstanden wird. Um das zu sehen, wollen wir kurz auf das übliche Verständnis blicken.

2. Keine inhärente Bipolarität

Der Gedanke der Bipolarität findet sich der Sache nach auch hierzulande, etwa in Franz Bydlinskis „Prinzip der zweiseitigen Rechtfertigung“, Christine Wendehorsts „volitionistischer Argumentation“ oder in dem, was Claus-Wilhelm Canaris mit „spezifischer Verantwortungsbeziehung“ umreißt.²⁷³ Besonders

²⁷⁰ Halfmeier (2016), 741.

²⁷¹ Collins (2002), 78.

²⁷² Dagan (2013), 113 (und öfter); andeutungsweise auch Jansen/Michaels (2007), 391.

²⁷³ Bydlinski (1996), 92 ff.; Wendehorst (1999), 596 ff.; Canaris (1997), 85 ff. Neuerdings auch Öry (2020), 2 ff.: „subjektiv-relative Struktur“.

präsent ist das Konzept jedoch im US-amerikanischen Privatrechtsdiskurs. Hier wurde es auch entscheidend geprägt, vor allem durch den schon vielfach erwähnten Ernest Weinrib. Deshalb, und weil wir die Kerngedanken seiner Theorie schon kennen, soll er erneut als Stichwortgeber dienen.

Mit Bipolarität beschreibt er das Phänomen, dass Privatrecht Individuen immer in ihrer wechselseitigen Verknüpfung erfasst. „The liability of a particular defendant is always a liability to a particular plaintiff“. Weinribs paradigmatisches Beispiel ist das Delikt, das auf eine Schädigung der einen durch eine Verletzungshandlung des anderen reagiert, zwischen zwei Individuen also genau deshalb ein Band knüpft, weil „each party’s position is the mirror image of the others’s.“²⁷⁴ Diese Spiegelbildlichkeit von Vorteil und Nachteil, der Umstand, dass das Recht der einen und die Pflicht des anderen auf demselben normativen Grund basieren („correlativity“), ist für ihn das genuin Bipolare am Privatrecht. Der springende Punkt ist indes, dass Weinrib die Spiegelbildlichkeit als bestehend voraussetzt. Korrelativität versteht er als inhärentes Merkmal, das dem Privatrecht vorgegeben ist. Hier schlägt Weinrib die Brücke über die aristotelische Gerechtigkeitsstruktur zu Kants Rechtsphilosophie: „Gains and losses must be understood as normative, not factual, and that we can therefore identify the correlativity of this normative gain and loss as a correlativity of Kantian rights and duties.“ Eine Beziehung zwischen zwei Parteien wird dann – und nur dann – zu einer privatrechtlich relevanten Beziehung, wenn sich die Bipolarität als Freiheitserweiterung der einen und Freiheitsverkürzung des anderen artikuliert, als „bipolar interaction of free and purposive beings“.²⁷⁵ Fehlt es daran, ist es nicht zulässig, die Bipolarität mithilfe anderer, insbesondere gemeinwohlorientierter Gründe erst zu konstruieren, etwa eine Deliktsbeziehung zwecks effizienter Schadensallokation.²⁷⁶

Freilich sind wir für diesen Brückenschlag mittlerweile sensibilisiert. Es ist in der Sache wieder der problematische Dreischritt der klassischen Antwort, lediglich die Begriffe sind leicht verschoben: (1) Privatrecht ist Bipolarität, (2) Privatrecht ist Korrelativität in Selbstbestimmung, (3) Privatrecht ist unpolitisch/keine Verteilungsfragen. Die Bipolarität als solche sagt aber nichts darüber aus, wann „each party’s position is the mirror image of the others’s.“ Für die Bipolarität gilt nichts anderes als für die aristotelische Struktur ausgleichender Gerechtigkeit. Gesagt ist nur, dass die Parteien spiegelbildlich verbunden sind und zwischen ihnen diese Spiegelbildlichkeit zu wahren ist. Warum sie aber *überhaupt* verbunden sind, warum die eine Seite gewinnt und die andere verliert und deshalb eine wechselseitige Rechte- und Pflichtenbeziehung geknüpft wird, setzt ein materiales Kriterium für „das Gleiche“ bzw. die „Bipolarität“ voraus.

²⁷⁴ Alle Zitate bei Weinrib (2012), XI.

²⁷⁵ Weinrib (2012), 115.

²⁷⁶ Weinrib (2012), XV ff. und 36 ff. (am Beispiel des loss spreadings).

Weinribs Antwort – Korrelativität – ist daher kein inhärentes Merkmal von Bipolarität, sondern basiert in Wahrheit selbst auf einer Konstruktion: Normative Orientierung erlangt sein Bipolaritätsmodell erst durch die Aufladung mit dem Ideal einer (vermeintlich) unpolitischen Rechtfertigungspraxis, umgesetzt nach seiner Interpretation des kantischen Modells negativer Freiheit.²⁷⁷ Wiederum geht der Dreischritt also nur umgekehrt auf: (1) Privatrecht ist unpolitisch/keine Verteilungsfragen, (2) Privatrecht ist Korrelativität in Selbstbestimmung, (3) Privatrecht ist *diese* Bipolarität.

3. Übersetzung in Bipolarität

Und dennoch ist Weinribs Betonung der bipolaren Struktur wichtig. Nötig ist nur, die normative Aufladung größtmöglich zu neutralisieren.²⁷⁸ Denn wenn auf Basis eines pluralistischen Modells Schritte 1 und 2 nicht zwingend sind, im Privatrecht vielmehr unterschiedliche Parameter nicht nur zulässig, sondern gerade unerlässlich sind, dann schält sich heraus, worin die privatrechtliche Eigenlogik eigentlich besteht. Nehmen wir Selbstbestimmung. Dann gälte: Privatrecht ist Selbstbestimmung, Privatrecht ist selbstbestimmende Bipolarität. Nehmen wir Effizienz. Dann gälte: Privatrecht ist Effizienz, Privatrecht ist effiziente Bipolarität. Oder nehmen wir beides zusammen. Dann gälte: Privatrecht ist Selbstbestimmung und Effizienz, Privatrecht ist selbstbestimmende und effiziente Bipolarität. Wir könnten die Beispiele endlos fortsetzen, der springende Punkt sollte aber auch so deutlich geworden sein. Unabhängig davon, welchen Parameter man „oben“ in die Gleichung einsetzt, stets schließt sich Schritt 3 an: Privatrecht ist *diese* Bipolarität. Gleich ob nun Selbstbestimmung, Effizienz oder beides zusammen – als Konstante bleibt immer, dass die jeweiligen Parameter als eine bestimmte Struktur, nämlich als Bipolarität, abgebildet werden.

Damit zeigt sich: Die privatrechtliche Eigenlogik ist nicht „Etwas“, und sollte auch nicht „so“ oder „so“ sein. Es geht es um ein bestimmtes Prozedere. Im Kern besteht die privatrechtliche Eigenlogik in der Konstruktion als Bipolarität. Privatrecht ist ein performativer Übersetzungsprozess, die Abbildung von Wirklichkeitsphänomenen als wechselseitige Rechte- und Pflichtenbeziehun-

²⁷⁷ So schon *Dagan* (2013), 110. Weinrib räumt dieses konstruktivistische Element seiner Theorie teilweise (implizit) ein, vgl. etwa *Weinrib* (2012), 8, 132. Hinzu kommt, dass Weinribs Interpretation zweifelhaft ist, denn auch Kants Rechtsphilosophie bleibt auf materiale Kriterien angewiesen, näher *Auer* (2020), 167 ff.

²⁷⁸ Deutlich *Dagan* (2013), 111: „private law’s bipolar form should not be entitled to exclusivity in determining the types of normative considerations we must take into account“; ebenso *Goldberg/Zipursky* (2020), 229 ff.; *Öry* (2020), 4 (m. Fn. 8); andeutungsweise auch *Franck* (2016), 92 ff.

gen.²⁷⁹ Das mag beim ersten Lesen sehr abstrakt klingen, sollte aber auf den nächsten Seiten (auch dank konkreter Beispiele) deutlicher werden. Gewissermaßen verdoppelt sich das Privatrecht die Welt – genauso wie in einem Landschaftsgemälde die Wirklichkeit in der Bildsprache der Künstlerin rekonstruiert wird, rekonstruiert das Privatrecht die Wirklichkeit in seiner Sprache der Bipolarität.²⁸⁰ Und genauso wie in der Kunst darum gerungen wird, ob Landschaften nun besser expressionistisch oder surrealistisch verdoppelt werden, steht das Privatrecht vor der Frage, nach welchen Konstruktionsgründen ein Wirklichkeitsphänomen als wechselseitige Rechte- und Pflichtenbeziehung verdoppelt werden sollte.²⁸¹ Das gilt für monistische wie pluralistische Modelle gleichermaßen. Der Unterschied liegt nur darin, dass in monistischen Modellen wie dem von Weinrib ein singulärer Konstruktionsgrund – hier: „unpolitische“ negative Freiheit – alles dominiert, während auf dem Boden eines pluralistischen Verständnisses, das sich responsiv für diversen Input aus anderen gesellschaftlichen Subsystemen zeigt, diverse Konstruktionsgründe – Selbstbestimmung, Effizienz und viele weitere – miteinander konkurrieren.²⁸² Doch das Programm ist immer dasselbe: Konstruktion als Bipolarität, die Übersetzung von Wirklichkeitsphänomenen in wechselseitige Rechte- und Pflichtenbeziehungen. Es ist dieses gemeinsame Ziel, diese trotz aller konzeptuellen Startunterschiede unverrückbare Konstante, die die Eigenlogik des Privatrechts ausmacht.

Insofern betont der erste Schritt der klassischen Antwort also einen zentralen Punkt: Privatrecht ist ausgleichende Gerechtigkeit. Aber damit ist eben nur eine reziproke Struktur beschrieben, die „sparse and formal“ (Weinrib) Rechte- und Pflichtenbeziehung zwischen (mindestens) zwei Parteien.²⁸³ Weil diese Verbin-

²⁷⁹ Speziell zum performativen Aspekt des Rechts, der selbstverständlich auch Aspekte des Findens enthalten kann und sich auch nicht allein in der Rechtsanwendung artikuliert Müller-Mall (2012); Möllers (2015), 110 ff., 313 ff.; privatrechtsspezifisch Kuntz (2016). Der Grundgedanke ist freilich deutlich älter und findet sich etwa schon bei Kelsen (1960/2017), 143.

²⁸⁰ Zu Realitätsverdopplung als strukturelle Parallele von Kunst- und Normwelt eingehend Möllers (2015), 238 ff.; zum (systemtheoretisch gefärbten) Konzept der Verdopplung Nassehi (2011), 310 ff.

²⁸¹ Ähnlich Dagan (2013), 105: „the normative infrastructure of any private law doctrine should be responsive both to (minor) bipolarity requirement on the one hand, and to social values appropriate to the pertinent category of human interaction on the other.“; entsprechend auch das (primär deliktsrechtliche) Modell des *dual constructivism* von Goldberg/Zipursky (2020), 232 ff: „the wrongs of tort are ‚constructions‘ (or ‚reconstructions‘) of injurious wrongs explicitly or implicitly recognized in doctrine and in social norms.“ (Zitat auf 233).

²⁸² Für das Recht allg. Teubner (1989), 128 f.: „Das Programm wird durch generelle Folgenerwägungen, policy-Gesichtspunkte, efficiency-Kriterien mitbestimmt, dann aber dem Rechtscode unterworfen“.

²⁸³ Mit dem „mindestens“ ist gesagt, dass das Privatrecht natürlich durchaus mit multipoligen Strukturen arbeitet (klassisches Bsp.: Gesellschaftsverträge). Aber auch diese Multipolarität wird letztlich wieder in Bipolaritäten heruntergebrochen (wechselseitige Rechte- und Pflichtenbeziehungen zwischen Gesellschaft-Gesellschafter, Gesellschafter zu Gesell-

derung aber über ein gemeinsames normatives Band immer erst hergestellt werden muss, und weil dieses Band, wie wir oben gesehen haben, nicht nur notwendig ein distributives Moment enthält, sondern richtigerweise auch pluralistisch gestrickt wird, lädt der Begriff ausgleichende Gerechtigkeit zu Missverständnissen ein. Die Formel *Konstruktion als Bipolarität* beschreibt den Vorgang meines Erachtens treffender.

Gewiss, diese Beschreibung der privatrechtlichen Eigenlogik ist äußerst minimalistisch, ja mitunter der einen oder anderen zu minimalistisch. Wer ein monistisches Privatrechtsverständnis bevorzugt, wird sie rundheraus ablehnen, aber selbst pluralistisch Gesinnte könnte die normative Leere frösteln lassen. Ersteres lässt sich nicht vermeiden, Letzteres wäre aber ein Missverständnis. Mit der Erkenntnis, dass der Kern der privatrechtlichen Eigenlogik in der Konstruktion als Bipolarität besteht, geht keine strikte Wertneutralität einher. Vielmehr verschiebt sich nur die Betrachtungsebene: Nicht mehr ein feststehendes normatives Sosein des Privatrechts steht im Mittelpunkt, sondern die Frage nach den zulässigen Gründen für die Konstruktion als Bipolarität.²⁸⁴ Es geht mit anderen Worten um die Eingrenzung des Pluralismus selbst, die Auswahl der denkbaren Konstruktionsgründe – und hierfür existieren bekanntlich eine Reihe von Vorschlägen sowohl prozeduraler (etwa „herrschaftsfreier Diskurs“) als auch substanzieller Art (etwa „autonomy enhancing pluralism“).²⁸⁵

Diese (und weitere) Vorschläge müssen wir an dieser Stelle aber nicht weiterverfolgen, denn sie führen zu weit. Für den Moment sind vielmehr zwei Feststellungen ausreichend: Erstens besteht der Kern der privatrechtlichen Eigenlogik in der Konstruktion als Bipolarität, und zweitens wird selbst auf dem Boden eines pluralistischen Verständnisses Privatrecht dann nicht notwendig wertneutral, weil die Konstruktionsgründe begrenzt bleiben. Wichtiger ist etwas anderes, nämlich das Verhältnis von Konstruktion als Bipolarität und den dafür zulässigen Konstruktionsgründen: Welche Konstruktionsgründe für den Konstruktionsprozess zulässigerweise in Betracht kommen, ist eine übergeordnete gesellschaftspolitische – im pluralistischen Verfassungsstaat: letztlich verfassungsrechtlich²⁸⁶ – zu beantwortende Frage, die das Privatrecht nicht vorgibt, sondern empfängt. Aber weil es sich dabei um einen responsiven Prozess handelt, das Privatrecht die Konstruktionsgründe also nach seiner spezifi-

schafter etc.). Ob das immer der Komplexität der Wirklichkeitsphänomene (etwa Netzwerkstrukturen) gerecht wird, steht freilich auf einem anderen Blatt, dazu prominent *Teubner* (2011a) und noch eingehend unten § 5 II. 3. c); § 8 I.

²⁸⁴ Ebenso *Dagan* (2013), 111.

²⁸⁵ Ersteres ist die Linie diskurstheoretischer Modelle i. S. v. Habermas und Alexy (in diese Richtung etwa *Lomfeld* (2015), 36 ff., 73 ff.; *Arnold* (2016)); Letzteres geht vor allem auf den „value-pluralism“ von J. Raz zurück (in diese Richtung *Dagan/Heller* (2017), 79 ff.); diskursive Rationalität und autonomes Menschenbild verknüpfend *Callies* (1999); für einen Eingrenzungsvorschlag aus sprachtheoretischer Warte vgl. *Goebel* (2001), 150 ff.

²⁸⁶ Dies besonders betonend *Hellgardt* (2016), 564 ff.; *Grundmann* (2022b), 405 ff.

schen Eigenlogik selektiert und verarbeitet, sind nur solche Gründe anschlussfähig, die sich als wechselseitige Rechte- und Pflichtenbeziehungen abbilden lassen.²⁸⁷

Das Privatrecht hat mit anderen Worten einerseits keinen, andererseits erheblichen Einfluss auf die Auswahl der zulässigen Konstruktionsgründe: Keinen, wenn es um die Vorfrage nach der generellen „Richtigkeit“ der Konstruktionsgründe geht, also etwa ob Selbstbestimmung, Effizienz oder eben auch Nachhaltigkeit gut und richtig ist. Diese Frage wird außerhalb des Privatrechts verhandelt und entschieden. Das bedeutet natürlich nicht, dass Privatrechtlerinnen und Privatrechtler sich dazu nicht verhalten dürfen. Im Gegenteil, responsive Privatrechtswissenschaft steht außerjuristischen Erkenntnissen und Methoden ja gerade offen gegenüber und hält nach möglichen Konstruktionsgründen Ausschau. Gemeint ist mit dem fehlenden Einfluss nur, dass das Privatrecht in dem vielstimmigen Begründungsdiskurs keine besondere fachliche Autorität reklamieren kann.²⁸⁸ Privatrecht hat zur normativen Richtigkeit von Selbstbestimmung, Effizienz oder eben Nachhaltigkeit schlicht nichts Genuines beizutragen. Der eigentliche Einfluss erwächst erst auf nächster Stufe, dafür ist er dann erheblich: Noch der richtigste Konstruktionsgrund muss immer überhaupt als wechselseitige Rechte- und Pflichtenbeziehung abbildbar sein. Der *specific private point of view* liegt also gerade in dieser – wohlgemerkt reflexiven! – Fokussierung auf die Integrationskapazität der privatrechtliche Eigenlogik: Ist dieser und jener Konstruktionsgrund als Bipolarität rekonstruierbar?

Weil das noch immer sehr abstrakt ist, machen wir es konkreter: Wie sieht erfolgreiche Konstruktion als Bipolarität aus? Wie geht das Privatrecht vor, wenn es Wirklichkeitsphänomene in wechselseitige Rechte- und Pflichtenbeziehungen übersetzt und auf welche Konstruktionsgründe greift es dabei zurück? Und wann scheitert der Integrationsprozess, wann lässt sich ein Wirklichkeitsphänomen nicht als Bipolarität rekonstruieren?

Schauen wir dazu kurz auf vier Beispiele. Zwei positive (Vertrag mit Schutzwirkung, Produzentenhaftung) und zwei negative (Ehestörung, Amtshaftung). Dabei geht es nicht darum, die Diskussion im Detail aufzubereiten, sondern die wesentlichen Konstruktionsschritte nachzuvollziehen; Darstellung und Nachweise reduzieren sich deshalb auf das Nötigste. Und noch eine weitere Klarstellung: „Positiv“ und „negativ“ (bzw. „erfolgreich“ und „gescheitert“) sind nicht als Werturteile zu verstehen. Gemeint ist allein, dass einerseits die Konstruktion von Bipolarität überwiegend als gelungen angesehen wird und sich als be-

²⁸⁷ In diese Richtung auch die „reformulation of Hanoch Dagan’s central thesis“ durch Teubner (2008), 840 ff. (Zitat auf 841).

²⁸⁸ Genau deshalb muss sie sich um „responsible argumentation“ bemühen, näher Dagan (2013), 39 ff.; ähnlich Schön (2007), 318 ff.; grundsätzlich schon Habermas (1992/2019), 477. Auch Windscheids berühmtes Diktum vom „Juristen als solchen“ war wohl so (und nur so) gemeint, dazu Wagner (2018), 78.

ständig erwiesen hat, während andererseits die Bipolaritätskonstruktion mehrheitlich als gescheitert gilt und heute nicht mehr verfolgt wird.

a) Erfolg 1: Vertrag mit Schutzwirkung

Beginnen wir mit den Fällen erfolgreicher Bipolaritätskonstruktionen, konkret mit dem Vertrag mit Schutzwirkung zugunsten Dritter. Wie bei allen unseren Beispielen steht am Anfang ein Wirklichkeitsphänomen, hier in Form der prekären Wohnsituation im deutschen Kaiserreich zu Beginn des 20. Jahrhunderts. Die industrielle Revolution läuft mittlerweile auf Hochtouren, die neu entstehenden Großunternehmen setzen auf Rationalisierung, Arbeitsteilung und Massenproduktion, und im Zuge dessen wird die Gesellschaft selbst zur Industriegesellschaft. Das zeigt sich besonders deutlich in der fortschreitenden Urbanisierung, die Millionen in die Städte zieht. Verdichtung und Enge sind die Folge, immer mehr leben auf immer weniger Raum, und selbst wer sich eine Wohnung leisten kann, lebt dort häufig in bedenklichen hygienischen und baulichen Zuständen. Nicht einmal die mit Beginn des Krieges einsetzende Stadtflucht kann daran Entscheidendes ändern, denn mit dem Krieg kommt auch der Bau von adäquatem Wohnraum zum Erliegen.²⁸⁹ Immer häufiger kommt es zu verheerenden Unfällen und Verletzungen, Kinder verbrennen sich an achtlos im Treppenhaus abgestellten Holzkohlen, Ehefrauen stürzen wacklige Treppenstufen hinab. Vor Gericht haben die Geschädigten jedoch wenig Erfolg, denn sie eint ein entscheidendes Defizit: Sie sind nicht Mietpartei. Damit fehlt die Grundlage für eine mietvertragliche Schadensersatzhaftung, es bleibt allein das Deliktsrecht, und hier gelingt Vermietern regelmäßig mithilfe von § 831 Abs. 1 Satz 2 BGB die Exkulpation.²⁹⁰

Doch im Oktober 1917 findet der III. Senat des Reichsgerichts einen Ausweg, den man Jahrzehnte später mit dem Kürzel VSD umschreiben wird.²⁹¹ Diesmal geht es nicht um glühende Holzkohlen oder halsbrecherische Treppen, ein Kind war wegen der unzureichenden Desinfektion einer Wohnung an der „Proletarierkrankheit“ Tuberkulose erkrankt. Den Richtern ist klar, dass der Schlüssel im § 278 BGB liegt, Angehörigen des Mieters also vor allem dann geholfen ist, wenn der Vermieter auch ihnen gegenüber für die Verfehlungen seiner Leute ohne Exkulpationsmöglichkeit haftet. Dazu muss aber aus dem bloßen Zufallskontakt ein engere Verbindung werden, die lose deliktische Beziehung zur

²⁸⁹ Dazu etwa (aus historischer Perspektive) *Winkler* (2015), 895 ff., 1029 ff. und (aus soziologischer Perspektive) *Reckwitz* (2017), 27 ff.; speziell im Kontext des VSD *Lakenberg* (2015), 295 ff.

²⁹⁰ Eingehend zur Entwicklung *Lakenberg* (2015), 174 ff.; vereinzelt gab es aber auch zuspätsprechende Entscheidungen, etwa in Form von mittelbaren Konstruktionen über den (mietenden) Ehemann als Anspruchsinhaber, näher *Krings* (2012), 130 ff.

²⁹¹ RGZ 91, 21; zur Wirkungsgeschichte der Entscheidung eingehend *Lakenberg* (2015), 48 ff.

schuldrechtlichen Verknüpfung von Rechten und Pflichten erstarken.²⁹² Und genau das macht das Reichsgericht, es konstruiert Bipolarität: „Dem Mieter einer Familienwohnung muß, wenn nicht besondere Umstände eine abweichende Auffassung bedingen, die für den Vermieter erkennbare Absicht unterstellt werden, beim Abschlusse des Mietvertrages auch die Interessen der mit ihm zusammenlebenden Angehörigen nach Möglichkeit wahrzunehmen und zu diesem Zwecke ihnen hinsichtlich der gefahrenfreien Beschaffenheit der Wohnräume dieselben Rechte gegen den Vermieter zu verschaffen, die ihm selbst zustehen (§ 328 BGB).“²⁹³

Anders als der Klammerzusatz am Ende suggeriert, erschöpfte sich die Entscheidung nicht in einer bloßen Anwendung der Vorschriften über den Vertrag zugunsten Dritter. Wie Thomas Lakenberg im Einzelnen herausgearbeitet hat, fungierte der Verweis nur als formale Anbindung – das eigentliche Konstruktionsziel war wohl eher, „mit den Mitteln des Rechts einen gesellschaftlichen Missstand zu beseitigen oder jedenfalls seine schlimmsten Auswirkungen, nämlich die Schädigung von Menschen durch gesundheitsgefährdende Dienst- und Privatwohnungen, einzudämmen.“²⁹⁴ Dafür spricht nicht zuletzt, dass derselbe Senat schon im vorausgehenden Scharlachfall, in dem erstmals § 328 BGB für Drittanprüche herangezogen wurde, ähnlich vorgegangen war.²⁹⁵ Die betroffenen Dritten waren hier gesetzlich krankenversicherte Patienten – das heißt vor allem die einkommensschwachen Klassen –, die bei Behandlungsfehlern ohne vertragliche Schadensersatzansprüche dastanden, weil die maßgeblichen Behandlungsverträge allein zwischen Klinikträger und Krankenversicherung geschlossen wurden. Das war nicht nur deshalb misslich, weil auch hier das Deliktsrecht wenig Hilfe versprach, sondern weil die Krankenversicherungen die behandelnden Ärzte bestimmten.²⁹⁶ Dass der Senat mit dem Argument der Krankenfürsorge die Patienten in den Behandlungsvertrag einbezog und ihnen

²⁹² Deutlich RGZ 91, 21, 24: „Denn ohne eine solche Ausdehnung der Vertragspflichten des Vermieters sind die Angehörigen in Schädigungsfällen auf außervertragliche Ansprüche beschränkt und genießen insbesondere nicht die Vorteile, welche dem Mieter die Vorschriften der §§ 278, 538 BGB. dadurch bieten, daß der Vermieter für einen beim Vertragsabschluß vorhandenen Mangel auch ohne Verschulden haftet.“ *Krings* (2012), 166 sieht in diesem konstruktiven Moment ein zentrales Element des Urteils, weil die von manchen Gerichten gebilligte Schadensabwicklung über den (mietenden) Ehemann mit dem neugeschaffenen BGB nicht mehr vereinbar war.

²⁹³ RGZ 91, 21, 24. Das Urteil selbst stützte sich nicht ausdrücklich auf § 278 BGB (oder einen Mietvertrag), da es um die Dienstwohnung eines Beamten ging und der Senat eine Zurechnung nach den Grundsätzen des öffentlich-rechtlichen Dienstverhältnisses vornahm – diese Grundsätze entwickelte der Senat jedoch aus den „Rechtsgedanken [...] ähnlich liegender Verhältnisse des Privatrechts“ (22); eingehend *Lakenberg* (2015), 69 ff.

²⁹⁴ *Lakenberg* (2015), 341; ähnlich schon *Hofer* (2000), 384: „Verbindung zur Sozialpolitik“; zurückhaltender *Krings* (2012), 159 ff.

²⁹⁵ RG JW 1915, 916; allgemein zur gestalterischen Rolle des III. Senats in jener Zeit *Lakenberg* (2015), 260 ff.; für das Reichsgericht allgemein *Maultzsch* (2010), 67 ff.

²⁹⁶ So ging es etwa im Scharlachfall um einen Kellner, der auf Anordnung seiner Kranken-

so zu einem vertraglichen Haftungsanspruch gegen die Klinik verhalf, lässt sich mithin als Ausgleichsmechanismus für die fehlende Arztwahl interpretieren.²⁹⁷ Nimmt man hinzu, dass die Richter einen zusätzlichen Schadensersatzanspruch gegen die Krankenversicherung (vermittelt über die Klinik als Erfüllungsgehilfen) ausdrücklich ablehnten, drängt sich freilich eine deutlich breitere Deutung auf. Zum einen lässt sich mit Lakenberg der Fokus auf den Klinikträger als volkswirtschaftliche Erwägung zum „Schutz der Versichertengemeinschaft [...] durch die Belastungen durch Haftungsprozesse“ verstehen.²⁹⁸ Zum anderen sahen die Richter den Klinikträger am ehesten in der Lage, auf sein Personal Einfluss zu nehmen und Behandlungsfehler zu vermeiden – übersetzt in die Sprache der ökonomischen Analyse stellte der Senat bei der Haftungsallokation also auch rudimentäre Gedanken zum *cheapest cost avoider* an.²⁹⁹ Was sich auch im Tuberkulosefall beobachten lässt: Das Berufungsgericht hatte erwogen, den behandelnden Arzt in die Haftung zu nehmen, weil er die Tuberkuloseerkrankung des Vormieters nicht an den Vermieter weitergegeben hatte, woraufhin die Desinfektion der Wohnung unterblieb. Der III. Senat lehnte das genauso ab wie die Idee, vom Mieter (bzw. seinen Angehörigen) eine Prüfung der Entseuchung der Wohnung zu verlangen. Denn nicht nur war der Vermieter von allen Beteiligten am ehesten in der Lage, „durch Befragung des Bahnarztes vor der Zuweisung der Dienstwohnung an den neuen Inhaber, sei es durch andere geeignete Maßregeln, dafür Sorge [zu] tragen, daß die rechtzeitige Entseuchung sichergestellt wurde“. Er musste es „[i]n Anbetracht der erheblichen Gefahren, welche [...] aus der Unterlassung der Anzeige erwachsen“ auch tun³⁰⁰ – rechtsökonomisch formuliert agierte der Vermieter also deshalb fahrlässig, weil die Schadensvermeidungskosten durch Befragung des Arztes hinter dem Schadenserwartungswert bei tuberkuloseversuchter Wohnung zurückblieben.³⁰¹

Blickt man mit etwas Abstand auf die Entstehung des Vertrags mit Schutzwirkung zugunsten Dritter, wird mithin ein Muster erkennbar: Der VSD reagiert auf Wirklichkeitsphänomene und speist sich aus einer Vielzahl von Konstruktionsgründen. Im Scharlachfall ist es das Wirklichkeitsphänomen Behandlungsfehler in klinischer Arbeitsteilung, Konstruktionsgründe sind Krankenfürsorge, gerechter Ausgleich für die fehlende Arztwahl, volkswirtschaftliche Folgen für die Versicherungsgemeinschaft und Effizienz. Letzterer Konstruk-

kasse in das örtliche Krankenhaus eingeliefert wurde und sich dort bei seinem minderjährigen Zimmergenossen mit Scharlach infizierte.

²⁹⁷ So Hofer (2000), 383 ff.

²⁹⁸ Lakenberg (2015), 132.

²⁹⁹ Vgl. RG JW 1915, 916 (rechte Spalte). Genau genommen geht es mit Blick auf die Hilfsperson um eine Kombination mit dem Gedanken des *cheapest insurer*, vgl. nur Schäfer/Ott (2020), 450 ff. Ähnliche Überlegungen zur Versicherbarkeit des Schadens finden sich dann später beim BGH, vgl. dazu Hofer (2000), 391 ff.

³⁰⁰ RGZ 91, 21, 25.

³⁰¹ Das entspricht der berühmten Learned-Hand-Formel, vgl. nur Schäfer/Ott (2020), 220 ff.

tionsgrund gilt neben dem Schutz Angehöriger auch für den Tuberkulosefall, der auf das Wirklichkeitsphänomen der prekären Wohnsituation reagiert. Weil die bestehenden privatrechtlichen Institute die Wirklichkeitsphänomene nicht adäquat abbilden, konstruiert das Reichsgericht sodann eine schuldrechtliche Verbindung, und dies gelingt, weil mit dem echten Vertrag zugunsten Dritter ein Instrumentarium bereitsteht, das den Scharlachfall in eine Bipolaritätskonstruktion übersetzen kann. Zugleich ist damit der Anknüpfungspunkt für ähnliche Drittkonstellationen gefunden. Schon im Tuberkulosefall, dient § 328 BGB jedoch nur noch als grober Orientierungspunkt, denn indem die schuldrechtliche Verbindung fortan auch bei fehlendem Leistungsanspruch bestehen soll, nimmt der Senat eine entscheidende Rekonstruktion vor. Und einmal in der Welt, weiten Rechtsprechung und Lehre die Rechte- und Pflichtenbeziehung dann immer mehr. Neben Körper- und Gesundheitsschäden sind heute auch reine Vermögensschäden ersatzfähig, es braucht keine Wohl und Wehe Beziehung mehr und selbst gegenläufige Interessen des Dritten schaden nicht.³⁰² Kurzum: Mit dem VSD reagierte das Privatrecht auf Wirklichkeitsphänomene, indem es auf Basis ganz unterschiedlicher Konstruktionsgründe nach einem Anknüpfungspunkt für eine wechselseitige Rechte- und Pflichtenbeziehung zwischen Schädiger und Drittem suchte, es in der Blaupause des § 328 BGB fand und von dort aus immer weiter fortentwickelte.

b) Erfolg 2: Produzentenhaftung

Ein zweites Beispiel erfolgreicher Konstruktion als Bipolarität ist die deliktische Produzentenhaftung. Ihr Grundstein wird ziemlich genau in dem Zeitraum gelegt, in dem der III. Senat den VSD konstruiert – das zugrundeliegende Wirklichkeitsphänomen hat also einen ähnlichen Hintergrund. Diesmal geht es nicht um die prekäre Wohnsituation in den engen Städten oder das Phänomen klinischer Behandlungsfehler im modernen Gesundheitswesen, sondern um ein weiteres zentrales Merkmal der aufkommenden Industriegesellschaft: Massenproduktion in Arbeitsteilung.³⁰³ Im Februar 1915 – im Jahr des Scharlachfalls und zwei Jahre vor dem Tuberkulosefall – hat der VI. Senat des Reichsgerichts darüber zu entscheiden, ob einer Kundin, die von einem Apotheker medizinisches Salz bezogen hatte, Schadensersatz gegen den Hersteller zusteht.³⁰⁴ Auslöser war, dass neben dem Salz auch feine Glassplitter aus dem originalverpackten Gefäß rieselten, an denen die Kundin erkrankte. Die näheren Umstände waren unklar, insbesondere war offen, wie die Glassplitter in die Verpackung

³⁰² Exemplarisch BGH NJW 2014, 2345 (Haftung der Wirtschaftsprüfungsgesellschaft für falsches Testat); eingehend zur Entwicklung durch den BGH *Hofer* (2000), 387 ff.

³⁰³ Dazu etwa (aus historischer Perspektive) *Winkler* (2015), 895 ff., 1029 ff. und (aus soziologischer Perspektive) *Reckwitz* (2017), 27 ff.; speziell im Kontext der Produzentenhaftung *Brüggemeier* (2006), 127 ff., 400 ff.

³⁰⁴ RGZ 87, 1.

gekommen waren, ob ein Mitarbeiter nicht aufgepasst oder eine Maschine versagt hatte. Und genau das wurde der Klägerin in den Vorinstanzen zum Verhängnis: Wie in den Mietrechtskonstellationen vor dem Tuberkulosefall hatten Erst- und Zweitinstanz zu § 831 BGB gegriffen, weil es an einem Vertragsverhältnis zwischen Kundin und Hersteller fehlen sollte. Mit der deliktischen Geschäftsherrenhaftung drang die Kundin jedoch nicht durch, da man von ihr nähere Angaben darüber verlangte, was sich in der Fabrik des Herstellers zuge- tragen hatte.³⁰⁵

Den VI. Senat überzeugte das wenig, und er machte sich an das, was wir schon beim III. Senat im Scharlach- und Tuberkulosefall beobachtet haben: Er suchte nach einem Anknüpfungspunkt für die Konstruktion als Bipolarität. Erster Halt war ein vertraglicher Schadensersatzanspruch, den die Kundin in ihrer Revisionsbegründung nachdrücklich eingefordert hatte – was die Richter mit dem Argument ablehnten, dass eine vertragliche Beziehung nur zwischen den einzelnen Gliedern der Lieferkette bestehe. Dazu mussten sie allerdings etwas ausholen. Denn eine vertragliche Rechtsbeziehung zwischen Kundin und Hersteller war für die Richter durchaus denkbar, „nicht zwar in Gestalt eines unmittelbaren Kaufvertrages, wohl aber als Übernahme einer Gewähr *auch* dem Verbraucher gegenüber für den Inhalt der Verpackung, für die Echtheit, Unverfälschtheit und sorgfältige Zubereitung der in der Originalverpackung an den Kaufmann gelieferten und von diesem im einzelnen an den Verbraucher wiederum kaufweise abgegebenen Ware.“ Doch ging es dem VI. Senat zu weit, ein solches Gewährverhältnis allein „aus der Art und Weise der Versendung in Originalverpackungen“ zu entnehmen, dafür fehle es einem „beiderseitigen Vertragswillen“.³⁰⁶ Die Richter kreisten also exakt um das, was ein paar Türen weiter die Kollegen des III. Senats in Form des VSD konstruieren sollten: Eine schuldrechtliche Verbindung zwischen Hersteller und Kundin, aus der sie zwar keinen Leistungsanspruch ableiten kann, die ihr aber eine „Gewähr“ für den „Inhalt der Verpackung“ und die „sorgfältige Zubereitung“ zuerkennt – mit anderen Worten einen vertraglich begründeten Schadensersatzanspruch gegen den Hersteller, gestützt auf die Lieferbeziehung zwischen Hersteller und Zwischenhändler. Und die Idee war keineswegs völlig abwegig, im Gegenteil.³⁰⁷ Denken wir an die Begründung des VI. Senats im Scharlachfall – die der Krankenfürsorge verpflichteten Krankenkassen wollen ihre Versicherten gegen Behandlungsfehler absichern und ihnen deshalb einen vertraglichen (Schadenser-

³⁰⁵ Vgl. die Darstellung der Prozessgeschichte in RGZ 87, 1, 2f. Ausführlich zum historischen Kontext *Kleindiek* (1997), 292 ff.

³⁰⁶ Alle vorstehenden Zitate RGZ 87, 1, 2 [Hervorhebung hinzugefügt].

³⁰⁷ So sieht das französische Recht bis heute eine vertragliche Garantiehafung in Form eines Durchgriffs des Letztkäufers (und einbezogener Dritter wie Kinder) auf die Vorderleute in der Lieferkette vor (*action directe*). Überdies war auch in der deutschen Literatur lange Zeit eine vertragliche Konstruktion der Produzentenhaftung en vogue, im US-amerikanischen Diskurs ist sie es teilweise noch heute, zu allem *Brügge-meier* (2006), 395 ff.

satz-)Anspruch gegen die Klinik einräumen –, dann lässt sich das durchaus auf das Verhältnis Apotheker – Kundin übertragen, denn auch Apotheker sind der Krankenfürsorge verpflichtet (heute § 1 BApO).

Dass der Senat diesen Weg dennoch ausschlug, dürfte wohl daran gelegen haben, dass er einer viel größeren Sache auf der Spur war. Denn die Konstruktion eines vertraglichen Schadensersatzanspruchs, gestützt auf die Krankenfürsorgepflicht des Apothekers, hätte zwar der Kundin genützt, aber eben auch nur ihr. Die überwältigende Mehrheit der Konsumenten hätte weiterhin ohne Anspruch dagestanden, denn in den allermeisten Absatzsituationen fehlt es an einem vergleichbaren Fürsorgeüberbau. Vor allem aber hätte die Lösung das eigentliche Wirklichkeitsphänomen nur unzureichend eingefangen: Das Risiko, durch einen Gegenstand verletzt zu werden, den ein kaum zu überblickender Prozess industrieller Massenproduktion hervorgebracht hat, besteht eben nicht nur beim Kauf in der Apotheke. Es war mithin nur konsequent, dass die Richter auf den Ausbau der Deliktsbeziehung setzten und gezielt den Entlastungsbeweis des Geschäftsherrn im Lichte der Massenproduktion rekonstruierten: „Die tatsächliche Grundlage für die Anwendung des § 831 BGB“, hebt das Gericht an, „ist gegeben, wenn feststeht, daß die Ursache der Verletzung der Klägerin in der Fabrik der Beklagten gesetzt worden ist.“ Liegt der Grund für die Verletzung im Produktionsprozess, ist es daher am Produzenten im Einzelnen darzulegen und zu beweisen, warum ihn keine Verantwortung trifft. Dazu hat er nicht nur die ordnungsgemäße Auswahl und Überwachung des Personals darzutun, sondern er muss auch zeigen, dass er, wie es in dem Urteil weiter heißt, der „allgemeinen Oberaufsicht“ nachgekommen ist, der „er sich niemals entschlagen und die er auch den sorgfältig ausgewählten Aufsichtsbeamten nicht selbständig überlassen kann“.³⁰⁸

Der letzte Punkt ist freilich viel mehr als eine Anpassung des Entlastungsbeweises an die industrielle Massenproduktion. Mit der beiläufig erwähnten „allgemeinen Oberaufsicht“ verwies der VI. Senat auf einen Anknüpfungspunkt, der ganz neue Bipolaritätskonstruktionen ermöglichte, ja der einen bestimmten Akteur erst so richtig auf die Bühne des Privatrechts bringen sollte: die Organisationspflicht, die als allgemeine Verkehrspflicht nicht nur umfassende Bipolaritätskonstruktionen im außervertraglichen Bereich zulässt, sondern die Organisation selbst – das Unternehmen – in das Deliktsrecht integriert.³⁰⁹ Und der Punkt macht auch klar, dass das Gericht nicht nur die Abläufe industrieller Massenproduktion und den Schutz der Kunden im Sinn hatte, sondern die Konstruktionsgrundlage der Produzentenhaftung von Anfang an sehr breit war. Dass das Gericht die Beweislast größtenteils auf den Produzenten verlagerte,

³⁰⁸ RGZ 87, 1, 3 f.

³⁰⁹ Eingehend *Brüggemeier* (2006), 132 ff.; zur (Vor-)Geschichte der Unternehmensehaftung ausführlich *Kleindiek* (1997), 117 ff.; *Schirmer* (2015), 131 ff.

weil weder Kunden noch das Gericht selbst mit vertretbarem Aufwand ermitteln könnten, „wie in der Fabrik des Beklagten die Glassplitter zwischen das Salz gekommen seien“, ³¹⁰ entspricht etwa ziemlich genau dem Gedanken der Vermeidung tertiärer (Schadensabwicklungs-)Kosten, mit dem die Rechtsökonomik die Effizienz der Produzentenhaftung begründet. ³¹¹ Und dass der Produzent dabei nicht auf „allgemeine Erwägungen“ verweisen darf, sondern die „einzelnen Sicherheitsanordnungen und deren Durchführung zum Gegenstand des Entlastungsbeweises“ machen muss, ³¹² ist zur Schadensprävention ebenfalls sinnvoll – denn indem den Produzenten die Suchkosten für optimalen Sorgfaltsaufwand treffen, werden ihm zugleich Anreize für die Entwicklung neuer Sicherheitstechnologien vermittelt. ³¹³

Zwar sollte es noch ein Vierteljahrhundert dauern, bis aus der „allgemeinen Oberaufsicht“ eine ausbuchstabierte Haftung für Organisationsmängel im Produktionsprozess wurde, und ein weiteres Vierteljahrhundert bis der BGH in der Hühnerpest-Entscheidung jene Organisationspflicht mit der Beweislastkonstruktion von 1915 verzahnte. ³¹⁴ Und wahrscheinlich werden auch die kommenden Vierteljahrhunderte noch nicht alle Fragen klären können, insbesondere was die Unternehmenshaftung insgesamt angeht. Aber all das ändert doch nichts daran, dass das Reichsgericht seinerzeit einen erfolgreichen Konstruktionsprozess anstieß. Vor dem Hintergrund des Wirklichkeitsphänomens industrielle Massenproduktion, angesichts dessen, dass trotz „des besten Rufes“ von Fabrikanten und ihres „einwandfreie[n] Personal[s]“ immer mehr Konsumenten geschädigt werden, ³¹⁵ beginnen die Richter mit der Suche nach einem Anknüpfungspunkt für die Konstruktion als Bipolarität. Wie ihre Kollegen im III. Senat kreisen sie anfangs um eine vertragliche Grundlage, konzentrieren sich dann doch auf das Deliktsrecht und finden den Anknüpfungspunkt schließlich in der „allgemeinen Oberaufsicht“, der gegenüber dem Verkehr bestehenden Rechtspflicht zur ordnungsgemäßen Organisation des Produktionsprozesses. Von hier aus wird die Konstruktion von Rechtsprechung und Lehre weiterentwickelt, verfeinert und wo nötig wieder verworfen. Und das alles geschieht, weil verschiedene Konstruktionsgründe immer wieder neue Anstöße geben. Ende des 20. Jahrhunderts erweitert sich der Fokus etwa auf die arbeitsteilige Fertigung als solche, womit neben Großproduzenten auch Kleinrestaurants oder Familienbetriebe erfasst werden. In die Produzentenhaftung mischen sich so verstärkt Gedanken des Verbraucherschutzes; daneben gewinnen aber vor allem

³¹⁰ RGZ 87, 1, 3.

³¹¹ Exemplarisch *Schäfer/Ott* (2020), 262f., 406f.

³¹² RGZ 87, 1, 4.

³¹³ Wiederum *Schäfer/Ott* (2020), 262f., 406f.

³¹⁴ RGZ 163, 21 bzw. RG DR 1940, 1293 (Bremsen I und II) und BGHZ 51, 91 (Hühnerpest).

³¹⁵ So die Formulierung in RGZ 87, 1 (3f.).

Effizienzüberlegungen immer mehr an Bedeutung, insbesondere mit Blick auf die Risikostreuungswirkung und die wachsenden Produktbeobachtungspflichten.³¹⁶ Das alles trägt dazu bei, dass sich die Konstruktion als überaus langlebig erweist; nicht einmal europäische Konkurrenz kann der Produzentenhaftung etwas anhaben – die spezialgesetzlich geschaffene Produkthaftung spielt bis heute nur eine Nebenrolle.³¹⁷

c) Scheitern 1: Ehestörung

Schauen wir nun auf ein Gegenbeispiel, nämlich sogenannte Ehestörungen. Hintergrund ist das Wirklichkeitsphänomen des Ehebruchs – eine nüchterne Umschreibung für Seitensprünge durch einen Ehegatten. Hier stellt sich bekanntlich die Frage, ob dem betrogenen Ehepartner Unterlassungs- oder Schadenersatzansprüche zustehen, und zwar sowohl gegen den untreuen Ehepartner als auch gegen den Störer. Ersteres ist keineswegs weit hergeholt, denn § 1353 Abs. 1 S. 2 BGB bestimmt, dass die Ehegatten einander zur ehelichen Lebensgemeinschaft verpflichtet sind und füreinander Verantwortung tragen. Dahinter steht ein kontraktualistisches Verständnis, das in der Aufklärung und hier vor allem von Kant geprägt wurde, der in der Ehe einen „Vertrag“ zwischen „Mann und Weib“ zum Zwecke des „lebenswierigen wechselseitigen Besitz ihrer Geschlechtseigenschaften“ erblickte.³¹⁸ Kant und andere Aufklärer hatten die Ehe so aus ihrer Jahrhunderte alten, bis in die Antike zurückreichenden naturrechtlichen Statusrolle gelöst und subjektivrechtlich neu strukturiert – „from status to contract“, wie Henry Sumner Maine es prominent zusammenfasste.³¹⁹ Das BGB von 1900 machte in vielen Punkten hier zwar eine Rolle rückwärts in Richtung eines institutionellen Statusverständnisses, aber die kontraktualistische Grundstruktur blieb davon unberührt.³²⁰ Privatrechtlich wird die Ehe mithin als Bipolarität konstruiert, als wechselseitige Rechte- und Pflichtenbeziehung zwischen zwei Menschen. Und eigentlich wäre es dann nur noch ein kurzer Schritt, die Ehe als Schuldverhältnis einzuordnen und darauf aufbauend Unterlassungs- oder Schadenersatzansprüche nicht nur gegen den untreuen Ehepartner anzuerkennen, sondern auch gegen den „besitzverletzenden“ Ehestörer.

Genau diesen Schritt will die höchstrichterliche Rechtsprechung aber seit jeher nicht gehen.³²¹ Den Anfang machte 1909 das Reichsgericht in dem Verfahren

³¹⁶ Näher *Brüggemeier* (2006), 404 ff.; *Schäfer/Ott* (2020), 395 ff.

³¹⁷ Deutlich *Brüggemeier* (2006), 436: „Schattendasein“.

³¹⁸ *Kant* (1797/1907), 277 f.; näher *Auer* (2016), 261 ff.

³¹⁹ Vgl. dazu nur *Mayer* (2017), 123 ff.

³²⁰ *Schwab* (2019), 18 ff. Ähnliches gilt für das angloamerikanische Recht, weswegen Maines Postulat heute häufig um den Zusatz „...and back again“ ergänzt wird, vgl. dazu *Schmidt* (2017).

³²¹ Umfassend *Löwisch* (1970), 173 ff.

eines klagenden Ehemanns, der vom Ehestörer die „Unterlassung jedes ferneren unsittlichen Verkehrs mit seiner Ehefrau“ verlangte.³²² Der VI. Senat räumte zwar ein, dass „das eheliche Band nicht nur Rechte und Pflichten zwischen den Ehegatten erzeugt, sondern daß auch jeder Dritte die Verpflichtung hat, das eheliche Verhältnis anderer als ein unantastbares Gut zu achten und zu ehren und sich aller Störungen dieses Verhältnisses, vornehmlich in der zartesten und empfindlichsten seiner Beziehungen, der geschlechtlichen, durch einen unerlaubten Geschlechtsverkehr mit einem der Ehegatten zu enthalten“. Aber daraus folge gerade kein Unterlassungsanspruch des betrogenen Ehegatten, denn ein solcher Anspruch sei aus denselben Gründen zu versagen wie zwischen den Ehegatten untereinander „Das Hineinziehen der inneren Verhältnisse des Ehelebens in einen bürgerlichen Rechtsstreit außerhalb des besonders geordneten Eheprozesses“, führt das Gericht aus, „widerstreitet dem sittlichen Wesen der Ehe“. Dem klagenden Ehemann bleibe nur die Möglichkeit, die Ehe zu beenden oder „durch gütliche Mittel auf den anderen Ehegatten einzuwirken und ihn den Versuchungen zum Bruche der ehelichen Treue zu entziehen.“³²³ An dieser Linie hat sich bis heute nichts Entscheidendes geändert, der BGH hat sogar noch eine Reihe von Argumenten ergänzt: Die Ehe stehe „außerhalb“ der Unterlassungs- und Schadensersatzansprüche auslösenden Rechtsverhältnisse; ein isolierter Anspruch gegen den Ehestörer sei schon deshalb zu versagen, weil dessen Verhalten so eng mit dem untreuen Ehegatten verbunden sei, „daß es nicht angeht, die Ehestörung in eine allein eherechtlich zu beurteilende Verfehlung des ungetreuen Ehegatten und eine Schadensersatzansprüche auslösende unerlaubte Handlung des Dritten aufzuteilen“; und überhaupt bestehe sonst die Gefahr, dass Rechtsstreitigkeiten unter Ehegatten erheblich zunehmen, woraufhin Gerichte häufig „genaue Feststellungen über den Verlauf der Ehe und das Verhalten der Ehegatten“ treffen müssten.³²⁴ Allein wenn zugleich der „räumlich-gegenständliche Bereich der Ehe“ betroffen ist, der Seitensprung also ausgerechnet in der eigenen Wohnung (oder den gemeinsamen Geschäftsräumen) vollzogen wird, kann der betrogene Ehegatte Unterlassung verlangen.³²⁵

Im Vergleich mit VSD und Produzentenhaftung agiert die Rechtsprechung also exakt umgekehrt: Es existiert zwar mit dem „ehelichen Band“ an sich schon eine Bipolaritätskonstruktion, aber im Fall des Wirklichkeitsphänomens Ehebruch wollen die Gerichte hieran keinen durchsetzbaren Anspruch knüpfen. Unter Berufung auf die „inneren Verhältnisse des Ehelebens“, die „Nicht-Auf-

³²² RGZ 71, 85.

³²³ RGZ 71, 85, 88 f.

³²⁴ BGH NJW 2013, 2108 Rn. 15; 1972, 199, 199 und 1957, 670, 671. Generell zum Spannungsverhältnis von Prozess(recht) und familiären Konflikten schon *Luhmann* (1980), 101 ff.; *Goebel* (1994), 139 ff.; *Baer* (2017), 229 ff.

³²⁵ Hierzu eingehend (sowie zur höchstrichterlichen Rechtsprechung generell) *Mayer* (2017), 81 ff.

teilbarkeit des Ehebruchs“ und weitere Gründe wird nicht eine Verbindung geschaffen, sondern die vorhandene Bipolaritätsverbindung zwischen den Eheleuten gezielt dekonstruiert. In der Literatur findet das überwiegend Zustimmung.³²⁶ So wurde etwa umgehend eine „Verschuldrechtlichung“ der familiären Beziehung beklagt, als der BGH in einem Fall zum Umgangsrecht einem verheirateten Elternteil einen Schadenersatzanspruch auf Basis eines „gesetzlichen Rechtsverhältnis familienrechtlicher Art“ zuerkannte.³²⁷ Und selbst diejenigen, die wie Claudia Mayer die Ehe konzeptionell als Schuldverhältnis einordnen wollen, fassen die eheliche Treuepflicht nicht als gegenseitige, mit Ansprüchen korrespondierende Rechtspflicht, sondern nur als „konstitutives Tatbestandsmerkmal dieser [...] besonderen Paarbeziehung“.³²⁸ Festzuhalten ist also: Beim Wirklichkeitsphänomen Ehebruch scheitert das Privatrecht an der Konstruktion als Bipolarität, ja die an sich vorhandene wechselseitige Rechte- und Pflichtenbeziehung wird mithilfe von Dekonstruktionsgründen wie den „inneren Verhältnisses des Ehelebens“ oder der „Nicht-Aufteilbarkeit des Ehebruchs“ sogar bewusst kupiert.³²⁹

d) Scheitern 2: Amtshaftung

Das zweite Negativbeispiel ist die Haftung von Beamten aus Amtspflichtverletzung nach § 839 BGB. Die Bestimmung ist nur in ihrem gesellschaftshistorischen Kontext zu verstehen, und der ist durchaus komplex, denn es geht um Fundamentalfragen über die Rolle des Staates, des Rechts und wie beides zusammenhängt.³³⁰ Für unsere Zwecke genügt indes die Kurzversion. Als § 839 BGB Ende des 19. Jahrhunderts konzipiert wird, ist vieles umstritten, aber in einem Punkt sind sich die meisten einig: Angesichts zunehmender Schadensfälle muss eine Haftung des Staates für rechtswidrige Schädigungen kommen, aber sie lässt sich jedenfalls nicht als originäre Verantwortlichkeit fassen. Denn der Staat gilt als unrechtsunfähig, und dieses Dogma ist deshalb so wirkmächtig, weil es sich gleich aus zwei Quellen speist. Einerseits aus dem partiell fortge-

³²⁶ Vgl. dazu den Überblick bei Mayer (2017), 90ff. Freilich lässt sich der Rückzug auch mit guten Argumenten kritisieren, weil so geschlechtsdiskriminierende Strukturen aus dem juristischen Fokus gerückt werden, näher Baer (2017), 151 ff.

³²⁷ BGHZ 151, 155; Kritik bei Schwab (2002), 1297; ähnlich die Reaktion bei der aktuellen Debatte über Kinderrechte (nicht zuletzt ggü. den eigenen Eltern), dazu Rötbel (2020a), 646 ff.

³²⁸ Mayer (2017), 448, eingehend 186 ff., im Ergebnis ähnlich schon Löwisch (1970), 191 f. Wo ein (deliktischer) Anspruch anerkannt wird, soll er sich regelmäßig auf das sog. Abwicklungsinteresse beschränken, also insb. die Scheidungskosten, zum Ganzen Muscheler (2017), 168 ff.

³²⁹ Ähnlich schon Luhmann (1980), 101 ff.; Gessner (1976), 187 ff.; zur wichtigen feministischen Kritik an diesem Rückzug des Privatrechts, vgl. Baer (2017), 151 ff. Ein ähnliches Bsp. sind die familiären Bürgschaftsfälle, vgl. dazu Teubner (2000) und allgemeiner schon Teubner (1998), 29 ff.

³³⁰ Dazu schon Schirmer (2015), 87 ff.

schleppten absolutistischen Staatsverständnis, das die Attribute des Monarchen – Heiligkeit, Unverletzlichkeit und Unverantwortlichkeit: „The King can do no wrong“ – kurzerhand auf den Staat überträgt.³³¹ Andererseits aus dem immer stärker aufkommenden Rechtspositivismus, der den Staat vornehmlich in seiner Gestalt als Rechtsgeschöpf betrachtet – weshalb er nur dazu im Stande sein soll, „wzu ihn die Rechtsordnung ermächtigt, [...] was sein gesetzlich gebundener Wille ihm gestattet.“³³² Eigenes staatliches Unrecht kann es also nicht geben; den Staat gar nicht haften zu lassen, ist aber auch unbillig, und deshalb beginnt man mit der Suche nach einer Alternativkonstruktion. Dabei fällt der Blick schnell auf den Amtswalter und plötzlich wird das Unmögliche doch möglich. Denn auch wenn der unrechtsunfähige Staat nicht originär verantwortlich sein kann, steht es ihm doch frei, durch Rechtssatz „die Verbindlichkeiten seiner Beamten zu übernehmen und für fremde Schulden einzustehen.“³³³ Dafür ist es im ersten Schritt freilich unabdingbar, dass der Beamte gegenüber der Geschädigten haftet, denn ohne bestehende Forderung, läuft ein Schuldübernahmemodell leer. Folglich muss das Verhältnis zwischen Beamtem und Dienstherr nach außen projiziert, die an sich nur intern wirkende Dienstpflicht auch als externe Pflicht gegenüber der Allgemeinheit gefasst werden. Und genau das tut § 839 Abs. 1 S. 1 BGB: Indem die Vorschrift eine deliktische Haftung des Beamten für drittbezogene Amtspflichten anordnet, konstruiert sie genau die Bipolarität, auf die eine Staatshaftung via Schuldübernahme angewiesen ist.³³⁴

Allerdings regt sich bereits früh Widerstand. Kritisiert wird vor allem, dass der gefundene Weg über die persönliche Deliktshaftung des Beamten dem Wirklichkeitsphänomen hoheitlichen Unrechts nur unzureichend gerecht wird. Obwohl es doch um den Staat und seine Haftung geht, kommt ihm nur eine Statistenrolle zu, weil sich die ganze Aufmerksamkeit auf die schuldhafte Amtspflichtverletzung des Beamten konzentriert. Das produziert nicht nur regelmäßig Nachweisprobleme, sondern ist vor allem dann kaum noch haltbar, als das Dogma der staatlichen Unrechtsunfähigkeit als das erkannt wird, was es ist: Ein formaljuristisches Scheinargument, das spätestens in der modernen Verfassungsordnung fehlgeht, weil sich der Staat als Rechtsstaat gerade zu seinen

³³¹ Eingehend zu den ideengeschichtlichen Wurzeln *Kohl* (1977), 28 ff.

³³² *Jellinek* (1905), 195.

³³³ So *Kohl* (1977), 73, 95 mit Verweis auf *Jellinek* (1905), 244 f.: „Inwiefern aber der Staat für Verschulden seiner Beamten zu haften hat, ist im allgemeinen keine juristische, sondern eine gesetzgebungspolitische Frage. [...] Derartige Haftbarkeit ist nur ein Spezialfall der Haftung für das Verschulden Dritter, oder noch weiter gefasst, ein Fall der Verteilung oder Ueberwälzung einer stattgehabten Vermögensminderung auf andere als den unmittelbar Betroffenen.“

³³⁴ Vgl. etwa § 1 Abs. 1 RHBG betreffend die Reichsbeamten: „Verletzt ein Reichsbeamter in Ausübung der ihm anvertrauten öffentlichen Gewalt vorsätzlich oder fahrlässig die ihm einem Dritten gegenüber obliegende Amtspflicht, so trifft die in § 839 des Bürgerlichen Gesetzbuchs bestimmte Verantwortlichkeit an Stelle des Beamten das Reich.“ Vgl. zur weiteren Entwicklung über die Weimarer Republik bis zum Grundgesetz *Heidenhain* (1965), 36 ff.

Unrechtsakten bekennen muss.³³⁵ Schon zu Weimarer Zeiten werden deshalb durch das Reichsgericht neue Wege eingeschlagen. Aufbauend auf dem Aufopferungsgedanken der §§ 74, 75 EinlALR entwickeln die Richter eine originäre Staatshaftung für rechtswidrig-schuldlose staatliche Eingriffe, die ohne den Umweg über die persönliche Haftung des handelnden Amtswalters auskommt, geschweige denn das handelnde Individuum überhaupt in den Blick nimmt.³³⁶ Diesen Faden spinnt der BGH dann Jahrzehnte später zum Institut des enteignungsgleichen Eingriffs fort.³³⁷ Seither können sich Geschädigte auch bei rechtswidrig-schuldhaften Eingriffen des Staates auf einen originären und entpersonalisierten Entschädigungsanspruch berufen, der als „verdeckte(r) Staatshaftungstatbestand“ der klassischen Amtshaftung weitgehend den Rang abgelaufen hat.³³⁸

Vor diesem Hintergrund verwundert es nicht, dass viele in der Literatur das traditionelle Anseilmodell gleich ganz über Bord werfen wollen. Unter Berufung auf den neutralen Wortlaut („Verantwortlichkeit des Staates“) wird in Art. 34 GG die eigentliche Anspruchsnorm erblickt, die § 839 BGB lediglich konkretisieren soll.³³⁹ Die Haftungselemente werden gewissermaßen umgekehrt angeseilt: Der Amtswalter ist nicht mehr erstrangiger Verantwortlicher, sondern lediglich interner Auslöser der haftungsrechtlichen (Allein-)Verantwortlichkeit des Staates. Ziel ist, die historischen „Konstruktionsfehler“ und „Strukturschwächen“ zu überwinden und die ehemals privatrechtlich vermittelte Amtshaftung als originäre, verfassungsrechtlich intonierte Staatshaftung für hoheitliches Unrecht neu aufzustellen.³⁴⁰

Führen wir die Gedanken zusammen, dann zeigt sich ein ähnlicher Befund, wie wir ihn bei der Ehestörung beobachtet haben: Zwar existiert mit § 839 BGB an sich eine Konstruktion als Bipolarität, aber die deliktische Verbindung Geschädigte – Beamte soll dem Wirklichkeitsphänomen hoheitlichen Unrechts nur unzureichend gerecht werden. Stattdessen soll die Geschädigte direkt mit dem Staat verknüpft, die Bipolarität in diesem Verhältnis (neu-)konstruiert werden. Das geschieht sowohl über neue Anknüpfungspunkte (§§ 74, 75 EinlALR, enteignungsgleicher Eingriff); aber auch indem die nach § 839 BGB bestehende Geschädigte/Beamte-Verbindung gezielt dekonstruiert und in eine bloße Zu rechnungsfigur für eine verfassungsrechtlich intonierte Staatshaftung umgedeutet wird. Ungeachtet der damit verbundenen dogmatischen Detailfragen lässt sich als Tendenz jedenfalls festhalten: Der Weg über privatrechtliche Bi-

³³⁵ Eingehend *Kohl* (1977), 122 ff.; speziell zu den methodologischen Hintergründen des Unrechtsunfähigkeits-Dogmas *Schirmer* (2015), 185 ff.

³³⁶ RGZ 140, 276; eingehend *Heidenhain* (1965), 67 ff.

³³⁷ Grundlegend BGHZ 6, 270.

³³⁸ *Ipsen* (1983), 1034; eingehend zur historischen Entwicklung *Heidenhain* (1965), 154 ff.

³³⁹ Vgl. nur die Darstellung bei *Ossenbühl/Cornils* (2013), 11 ff.

³⁴⁰ So *Ossenbühl/Cornils* (2013), 9; *Kohl* (1977), 97.

polaritätskonstruktionen war historisch nötig, blieb aber bloße Durchgangsstation. Weil heute mit der originären Staatshaftung eine umfassendere, dem Wirklichkeitsphänomen hoheitlichen Unrechts besser gerecht werdende Lösung bereitsteht, hat die Abwicklung über eine deliktische Amtspflichtverletzung des Beamten ausgedient.

e) Merkmale für Erfolg und Scheitern

Nun könnte man einwenden, dass die vier Beispiele interessant sein mögen, aber wenig bis nichts miteinander zu tun haben. Jede Konstruktion als Bipolarität gelingt oder scheitert spezifisch, nämlich abhängig vom jeweiligen Wirklichkeitsphänomen und der konkreten rechtlichen Ausgestaltung. Das ist auch im Ausgangspunkt völlig richtig. Treten wir aber einen Schritt zurück, lassen sich durchaus übergreifende Merkmale ausmachen.³⁴¹

aa) Positivmerkmale

Konstruktion als Bipolarität gelingt:

- (1) Wenn im Umgang mit dem Wirklichkeitsphänomen Konstruktionsgründe Anlass geben, gerade diese konkreten Parteien über eine wechselseitige Rechte- und Pflichtenbeziehung zu verbinden. Das zeigt der VSD (im Umgang mit prekären Wohnsituationen/klinischen Behandlungsfehlern geben Angehörigenschutz/Krankenfürsorge/Effizienz etc. Anlass für eine Schutzbeziehung gerade zwischen Angehörigem und Vermieter bzw. Patient und Klinikträger), das zeigt aber auch die Produzentenhaftung (im Umgang mit industrieller Massenproduktion geben Kundenschutz/Effizienz Anlass für eine Deliktsbeziehung gerade zwischen Kundin und Produzent). Ich nenne das im Folgenden verkürzt *Anlass für Bipolarität*.
- (2) Wenn für die Verbindung dieser konkreten Parteien ein Anknüpfungspunkt im Privatrechtssystem besteht – wobei eine lose Anknüpfung genügt, von der aus die Konstruktion dann mithilfe juristischer Dogmatik passgenau gemacht wird. Beobachten lässt sich das beim VSD (§ 328 BGB wird zur Schutzbeziehung ohne Leistungsanspruch), aber auch bei der Produzentenhaftung (Oberaufsicht des Geschäftsherrn/Verkehrspflicht wird zur Organisationspflicht für Produktionsprozesse inkl. Beweiserleichterung). In der Kurzfassung spreche ich von *tauglicher Anknüpfung*.

³⁴¹ Zur zentralen Rolle von übergreifenden Strukturen und Mustern bei der Rechtsevolution vgl. *Teubner* (1989), 63 ff.; ähnlich (mit Blick auf Muster performativer Rechtserzeugung) *Kuntz* (2016), 890 ff.

bb) Negativmerkmale

Dagegen scheidet die Konstruktion als Bipolarität:

- (1) Wenn wechselseitige Rechte- und Pflichtenbeziehungen zwischen einzelnen Parteien das Wirklichkeitsphänomen nur unterkomplex erfassen. Das zeigt sich bei der Ehestörung (Vertragsbeziehung zu unterkomplex für innere Verhältnisse des Ehelebens/Multipersonalität des Ehebruchs), bei der Amtshaftung (Deliktsbeziehung Geschädigte-Beamte zu unterkomplex für hoheitliches Unrecht im Rechtsstaat). Ich spreche hier von *struktureller Unterkomplexität*.
- (2) Wenn das Forum des Privatrechtsprozesses sich nicht zur Deliberation des Wirklichkeitsphänomens eignet. Beispiel ist wiederum die Ehestörung (Zivilprozess eignet sich nicht für Deliberation über innere Verhältnisse des Ehelebens/Multipersonalität des Ehebruchs), Ähnliches zeigt sich auch bei der Amtshaftung (Durchleuchtung des Beamtenverhaltens ist nicht geeignet bei hoheitlichem Unrecht/Gefahr öffentlicher Deliberation mindert „Entschlussfreudigkeit“ des Beamtentums). Als Schlagwort: *Forumsinkompatibilität*.

cc) Anna-Karenina-Prinzip

Gewiss, der Ausschnitt ist sehr begrenzt und möglicherweise fänden sich bei längerer Suche auch noch andere Merkmale. Mir geht es aber nicht um eine quantitative, sondern „nur“ um eine qualitative Aussage. Die ist aber, so meine ich, möglich: Weil es sich bei den gewählten Beispielen um breit rezipierte, ja durchaus ikonische Privatrechtsentwicklungen handelt,³⁴² bilden sie taugliche Indikatoren, welche Merkmale für die Konstruktion als Bipolarität entscheidend sind.

Zudem lassen die Beispiele den Schluss zu, dass die Merkmale nicht isoliert stehen. Vielmehr zeigt sich hier etwas, das in den Sozialwissenschaften mit Anna-Karenina-Prinzip umschrieben wird:³⁴³ Genauso wie alle glücklichen Familien einander insoweit gleichen, als dass viele Faktoren stimmen müssen, müssen für erfolgreiche Bipolaritätskonstruktionen positive Merkmale zusammenkommen. Und so wie jede unglückliche Familie auf ihre eigene Weise unglücklich ist, nämlich wegen schon eines faulen Faktors, scheitern Bipolaritätskonstruktionen bereits dann, wenn ein negatives Merkmal vorliegt. Anders gewendet: Die Konstruktion gelingt nur, wenn im Umgang mit dem Wirklichkeitsphänomen Konstruktionsgründe Anlass geben, gerade diese konkreten Parteien über eine wechselseitige Rechte- und Pflichtenbeziehung zu verbinden und *zudem*

³⁴² Dies zeigt sich schon daran, dass jene Beispiele in kaum einer privatrechtlichen Gesamtdarstellung fehlen, exemplarisch *Medicus/Petersen* (2021), Rn. 650ff. (Produzentenhaftung), 839ff. (VSD), 616ff. (Ehestörung), 847 (Amtshaftung).

³⁴³ Dazu generell *Diamond* (1997/2017), 151 ff.

ein tauglicher Anknüpfungspunkt im Privatrechtssystem besteht. Die Positivmerkmale 1 (Anlass für Bipolarität) und 2 (taugliche Anknüpfung) müssen also kumulativ gegeben sein. Liegt allerdings Negativmerkmal 1 (strukturelle Unterkomplexität) *oder* 2 (Forumsinkompatibilität) vor, scheitert die Konstruktion als Bipolarität. Am Beispiel von Ehestörung und Amtshaftung: Selbst wenn die Positivmerkmale vorlägen und man den Privatrechtsprozess als geeignetes Deliberationsforum für eheliches oder staatsdienerisches Fehlverhalten ansähe,³⁴⁴ würden die Bipolaritätskonstruktionen trotzdem scheitern, sofern das Negativmerkmal *strukturelle Unterkomplexität* vorliegt. Erst wenn auch der Einwand entkräftet wäre, dass wechselseitige Rechte- und Pflichtenbeziehungen zwischen einzelnen Parteien die Wirklichkeitsphänomene Ehebruch und hoheitliches Unrecht nur unterkomplex erfassen, wäre die Konstruktion als Bipolarität gelungen.

III. Dritte Annäherung: Bipolarität in Aktion

Unsere vier Beispiele sind aber nicht nur deshalb interessant, weil sie Merkmale sichtbar machen, wann Bipolaritätskonstruktionen gelingen und wann sie scheitern. Die Beispiele verraten uns auch einiges über die Eigenheiten des privatrechtlichen Konstruktionsprozesses. Er läuft auf verschiedenen Ebenen ab, so etwa bei der Amtshaftung auf den Ebenen wissenschaftlicher und gesetzgeberischer Diskussion. Vertrag mit Schutzwirkung zugunsten Dritter, Produzentenhaftung und Ehestörung haben indes deutlich gemacht, dass der entscheidende Impuls häufig woanders gesetzt wird: Es sind vor allem Gerichtsprozesse, die Bipolaritätskonstruktionen hervorbringen.³⁴⁵ Schauen wir uns deshalb in einer dritten (und letzten) Annäherung Bipolarität in Aktion an.

1. Bipolarität als Drama

Hanoch Dagens oben erwähnte Metapher – Privatrecht ist strukturiert als *drama between plaintiff and defendant* – ist durchaus wörtlich zu nehmen.³⁴⁶ Denn

³⁴⁴ Was angesichts der Tatsache, dass exakt diese Themen im Rahmen der Deliktsverfahren wegen Verletzung des „räumlich-gegenständlichen Bereichs“ (oder im etwaigen Scheidungsprozess) ja durchaus zur Sprache kommen, nicht ganz fernliegt, vgl. auch Mayer (2017), 89.

³⁴⁵ Die Erkenntnis ist natürlich nicht neu, sie findet sich der Sache nach schon bei den sog. Freirechtlern wie Kantorowicz, dazu Auer (2015); zur historischen Debatte näher Maultzcsh (2010), 34 ff.; Payandeh (2017), 57 ff.; Jansen (2018), 47 ff.

³⁴⁶ Dagan (2013), 113. Ähnlich auch Möllers (2015), 250 ff. (Gerichtsprozesse als Aufführung von gesetzlichen Normen). Dies überschneidet sich mit klassischen soziologischen Deutungen durch Luhmann (1975), 36 (symbolisch zeremonielle Arbeit am Recht) oder Münch (1984), 440 (Ritual); der Aspekt des Aushandelns wird stärker in diskurstheoretischen Ansätzen betont, vgl. etwa Inoue (1985), 394 (Dialog über das Bestehen eines Rechtsverhältnisses);

in der Tat zeigt sich das aktionale Element von Bipolaritätskonstruktionen nirgendwo so deutlich wie auf der Bühne des Privatrechtsprozesses.³⁴⁷ Nehmen wir die Konstellation, mit der das Reichsgericht die Produzentenhaftung auf den Weg brachte: Die Kundin konsumiert mit Glassplittern verunreinigtes Salz und erleidet eine Gesundheitsverletzung. Mithilfe ihres Anwalts wendet sie sich an das Gericht und argumentiert, zwischen ihr und dem Produzenten bestehe eine vertragliche Haftungsbeziehung. Selbst wenn es dafür auf den ersten Blick keinen Anknüpfungspunkt gibt oder die Bipolaritätskonstruktion abwegig erscheint, kann die Kundin doch zumindest versuchen, das Gericht von ihrem Standpunkt zu überzeugen. Damit beginnt ein Aushandlungsvorgang mit dem Produzenten über eine wechselseitige Rechte- und Pflichtenbeziehung; der Vorhang hebt sich, das privatrechtliche Drama nimmt seinen Lauf. Am Ende ist die Bipolaritätskonstruktion entweder gescheitert oder gelungen – und wie der Fall der Produzentenhaftung zeigt, mitunter auf Basis ganz anderer privatrechtlicher Anknüpfungspunkte als sie der Kundin ursprünglich vorschwebten (Delikt statt Vertrag). Auch wenn ein Prozessverlauf natürlich viel komplexer ist, als ich ihn eben beschrieben habe, lässt sich ein Gerichtsverfahren also durchaus als Beziehungsdrama begreifen – nur dass es nicht Liebe oder Zuneigung zum Thema hat, sondern die Frage, ob sich das Geschehen zwischen den Beteiligten als Bipolaritätsbeziehung konstruieren lässt.³⁴⁸ Und selbst wenn es wie im Fall der Ehestörung nicht gelingt, steht am Ende doch ein klares Ergebnis. Der dramaturgische Konflikt ist aufgelöst, der Vorhang fällt und die Bühne wird für das nächste Drama vorbereitet.³⁴⁹

Den Privatrechtsprozess zeichnet also nicht nur aus, dass in ihm die Konstruktion als Bipolarität deliberiert wird. Ebenso wesentlich ist, dass er mit einer Entscheidung über das Bestehen der Bipolaritätskonstruktion abschließt. Am Ende steht es schwarz auf weiß: Die vom Kläger behauptete wechselseitige Rechte- und Pflichtenbeziehung besteht oder besteht nicht.³⁵⁰ Hinzu kommt

ähnlich mit sprachtheoretischem Schwerpunkt *Goebel* (2001), 150 ff. (Prozess als durch kreativen Dissens der Parteien vorangetriebener semantischer Kampf).

³⁴⁷ Zu den (uns hier nicht interessierenden) kompetenziellen Grenzen richterlicher Bipolaritätskonstruktionen noch unten § 8 II. 1.

³⁴⁸ Die oben erwähnte (§ 5 II. 3.) Performativität des Konstruktionsprozesses zeigt sich neben der Normsetzung also auch und gerade bei der Normanwendung, weil hier die Bipolarität zwischen den konkreten Parteien nicht nur festgestellt, sondern immer zugleich (deshalb performativ) erzeugt wird; treffend *Kuntz* (2016), 876: „[Die Gerichte und Behörden] vollziehen nicht bloß nach, sondern reduzieren die potentiell unendlich vielen Möglichkeiten, die Entscheidungsgrundlage zu deuten, auf eine Bedeutung und formen sie *im* Fall und *für* diesen *einen* Fall zu einer konkreten handlungsleitenden Vorgabe.“ [Hervorhebungen auch im Original]. Ähnlich wie hier etwa *Röthel* (2004), 21 ff.; *Auer* (2005), 79 ff.; *Maultzsch* (2010), 23 ff.; *Möllers* (2015), 182 ff., 313 ff.; *Hellgardt* (2016), 661 ff.; *Goldberg/Zipursky* (2020), 232 f.

³⁴⁹ Gleichsinnig etwa *Kysar* (2018), 54 ff.; für judicial review allgemein *Harel* (2014), 191 ff.

³⁵⁰ Damit soll freilich nicht geleugnet werden, dass Verfahren auch anders als durch Urteil beendet werden können und dies sogar recht häufig geschieht (Vergleich, Klagerücknahme, Abweisung als unzulässig etc.). Doch für uns macht das keinen Unterschied, denn auch in

aber noch ein weiterer Aspekt, der genauso zentral ist: Wie bei jedem guten Drama geht es nur vordergründig um die Protagonisten. Gerade weil auf der Bühne häufig Themen von gesamtgesellschaftlicher Relevanz aufgeführt werden, muss sich auch das Publikum in dem Stück wiederfinden. Auch das haben wir im Beispiel der Produzentenhaftung gesehen: Aus der Klägerin wird im Urteil des Reichsgerichts die „Kundin“ und „Verbraucherin“, der Beklagte wird zum „Fabrikanten“ bzw. „Produzenten“. Anders kann es auch gar nicht sein. Denn zum einen werden die konkreten Parteien ja immer vor dem Hintergrund eines bestimmten Wirklichkeitsphänomens über eine wechselseitige Rechte- und Pflichtenbeziehung verbunden. Weil das Privatrecht sich die Welt als Bipolarität verdoppelt, die Produzentenhaftung etwa auf das Wirklichkeitsphänomen der industriellen Massenproduktion reagiert, verkörpern Kläger und Beklagter immer auch die jeweiligen Statusgruppen.³⁵¹ Und zum anderen orientieren sich Gerichte an anderen Gerichten, greifen also Bipolaritätskonstruktionen (oder -dekonstruktionen) auf. Obwohl ein Urteil in aller Regel nur *inter partes* gilt, geht seine „autorative Wirkung“ also deutlich weiter.³⁵² Mag der einzelne Aushandlungsvorgang rechtlich auch nur beschränkte Bindung erzeugen, faktisch reicht er weit über die Prozessparteien hinaus. Die Konstruktion einer konkreten Rechte- und Pflichtenbeziehung enthält immer zugleich eine „forward looking dimension“, durch eine auch statusgruppenbezogene Perspektive wird das Publikum stets mitgedacht.³⁵³

2. Bipolarität als Antreiber

So gesehen werden in Privatrechtsurteilen also breitenwirksame Entscheidungen über Bipolaritätskonstruktionen getroffen. Freilich fällt nicht jedes Urteil eine Entscheidung in der Sache, und genauso wenig hat jede Sachentscheidung

diesen Fällen kommt es zu einem performativen, die Bipolaritätsbeziehung zwischen den Parteien erzeugenden/nicht erzeugenden Akt, vgl. dazu generell *Kuntz* (2016), 873 ff.; ähnlich auch *Höland* (2009), 25 f.: „Rechtsprechung wirkt auch, wenn Recht [nicht durch Urteil] gesprochen wird.“

³⁵¹ Dazu schon *Kennedy* (1976), 1771 ff.; *Collins* (2002), 70 ff.; *Dagan* (2013), 110 f.; in der Sache ähnlich *Hellgardt* (2016), 652 ff.: „Konstruktion der typischen Situation“.

³⁵² So die treffende Formulierung von *Payandeh* (2017), 142 ff., 465 ff.; ähnlich *Jansen* (2018), 47 ff. Eingehend (mit empirischen Nachweisen) *Höland* (2009), 32 ff.

³⁵³ Anschaulich *Dagan* (2013), 112. Auch das überschneidet sich mit außerjuristischen Prozessdeutungen, klassisch aus soziologischer Sicht etwa *Luhmann* (1975), 122 f. (Stabilisierung von Erwartungen der nichtbeteiligten Öffentlichkeit); *Münch* (1984), 433 ff. (Gemeinschaftsverbindlichkeit durch Experten-Klienten-Austausch); *Teubner* (1989), 78 (Prozess als strategisches Scharnier zur Umwelt); *Sunstein* (1996), 2021 f. (expressive function durch Beeinflussung der kollektiven Wertvorstellungen); aus diskurstheoretischer Sicht *Habermas* (1992/2019), 280 f., 461 f. (Anschluss an gesellschaftspolitische Begründungsdiskurse durch neutralen Richter; Zustimmung der beobachtenden Galerie); aus sprachtheoretischer Sicht *Goebel* (2001), 150 ff. (öffentliche Rechtfertigung via Prozess als interpretative Praxis).

Breitenwirkung. Letzteres ist sogar die Regel, den täglich werden hunderte von Urteilen gefällt, die (wenn überhaupt) nur für die Parteien von Interesse sind. Aber jedenfalls solche Entscheidungen, die in den öffentlichen Diskurs eingespeist werden, erlangen schon deshalb eine gewisse Breitenwirkung, weil andere Gerichte, Wissenschaft oder Presse sie rezipieren.³⁵⁴ Das gilt vor allem für die ikonischen höchstrichterlichen Urteile aus unseren Beispielen, aber beileibe nicht nur für sie.³⁵⁵ Dieselklagen auf Schadensersatz sind ein Beispiel, Mietminderungen ein anderes: Im ersten Fall wendete sich das Blatt für die klagenden Fahrzeughalter, als einzelne Landgerichtskammern den § 826 BGB als Anknüpfungspunkt für Bipolarität ausmachten, woraufhin sich die Konstruktion über das ganze Land (bis auf ein Widerstandsnest im Raum Braunschweig) ausbreitete und schließlich vom BGH absegnet wurde.³⁵⁶ In den Minderungsfällen sind es sogar Amtsgerichte, die durch Entscheidungen über einzelne Bipolaritätsbeziehungen die Minderungspraxis in ihrer Region, wenn nicht im ganzen Bundesgebiet, beeinflussen.³⁵⁷ Und das in sehr kurzer Zeit. Zwar würden die meisten Prozessbeteiligten dem wahrscheinlich widersprechen, aber verglichen mit anderen Entscheidungsverfahren – insbesondere dem gewöhnlichen Gesetzgebungsprozess – kommt ein Zivilgericht sehr schnell zu einem Resultat.

Vor diesem Hintergrund wird klar, warum Privatrechtsprozesse für die Konstruktion als Bipolarität so bedeutsam sind. Es ist die außergewöhnliche Kombination aus Forum, Finalität und Fixheit. Bipolaritätskonstruktionen sind typischerweise das Resultat spontaner Normbildungsprozesse.³⁵⁸ Eine soziale Interaktion wird als wechselseitige Rechte- und Pflichtenbeziehung rekonstruiert, ein komplexes Wirklichkeitsphänomen durch Herunterbrechen in eine Bipolaritätskonstruktion geordnet. Gleichzeitig schält sich Stück für Stück heraus, welches Verhalten gesellschaftlich toleriert wird und welches nicht.³⁵⁹ Gerade bei gesellschaftlichen Großfragen wird das Privatrecht so häufig zum Antreiber öffentlich-rechtlicher Regulierung,³⁶⁰ politikwissenschaftlich ge-

³⁵⁴ Hierzu wiederum *Habermas* (1992/2019), 529 f. (jedenfalls bei wegweisenden Entscheidungen Prozess nicht mehr bloß Anwendungsdiskurs, sondern auch universalistisch wirkender Begründungsdiskurs); *Goebel* (2001), 158 f. (kontinuierliche Konstruktionsleistung durch Gemeinschaft der Privatrechtsinterpreten); *Kuntz* (2016), 884 f. (Wechselseitige Orientierung zentrales Charakteristikum performativer Rechtserzeugung).

³⁵⁵ Ebenso *Podszun* (2014), 141 f.; vgl. auch die empirischen Nachweise bei *Höland* (2009), 33 ff.

³⁵⁶ Näher *Schirmer/Pauschinger* (2020); ein weiteres Beispiel ist die Fahrradhelm-Rechtssprechung des BGH, dazu *Hellgardt* (2016), 693 f.

³⁵⁷ Dazu *Hamann* (2018).

³⁵⁸ Insoweit ähnlich auch die an die Hayek'sche Evolutionsökonomik angelehnten Modelle von *Maultzsch* (2010), 252 ff. („fallbezogenes Entdeckungsverfahren“) und *Podszun* (2014), 107 ff. („dynamischer Suchprozess“); Anklänge auch schon bei *Esser* (1956), 283 ff.

³⁵⁹ Klassisch aus diskursanalytischer Sicht: Normalität wird markiert, Anomalie stigmatisiert. Dadurch wird Befolgung der als normal markierten Praxis möglich, gleichzeitig aber auch zu dieser Praxis „auf Abstand zu gehen“, näher *Möllers* (2015), 395 ff.

³⁶⁰ Generell schon *Teubner* (1989), 77 f.: „Prozess als Experimentierfeld des Rechtssystems“

sprochen sorgt die „juridical imitation“ für Problemwahrnehmung und Agenda-setting.³⁶¹ Auch dafür stehen die obigen Beispiele: VSD und Produzentenhaftung gingen nicht aus dem Gesetzgebungsprozess hervor, sondern es waren Gerichte, die auf die Wirklichkeitsphänomene prekäre Wohnsituation und industrielle Massenproduktion mit spontaner Normbildung reagierten. Es ist deshalb keineswegs privatrechtliche Hybris, wenn man den heutigen Sicherheitsvorschriften für Gebäude und Produkte eine privatrechtliche Provenienz zuschreibt.³⁶² Für den Komplex der Verkehrspflichten ist das mittlerweile gut erforscht und wird auch durch Untersuchungen in anderen Rechtsordnungen bestätigt.³⁶³ Insbesondere das US-amerikanische common law liefert reichlich Anschauungsmaterial: Deliktssklagen bildeten den Auftakt für spätere Arbeitsschutzstandards; dasselbe Muster zeigte sich bei der lange ignorierten Regulierung von Tabakwaren und Asbeststoffen, die erst durch erfolgreiche *tort suits* in den 1980er Jahren angestoßen werden musste.³⁶⁴

Diese Antreiberfunktion des Privatrechts macht noch einen weiteren Punkt deutlich. Selbst wenn die Konstruktion als Bipolarität letztlich scheitert, kann schon der Versuch hilfreich sein. Denken wir an die oben beschriebene Amtshaftung in § 839 BGB: Weil sie dem komplexen Wirklichkeitsphänomen hoheitlichen Unrechts nicht gerecht wird, ist die über das Delikt des Beamten vermittelte Anseilkonstruktion zwar aus heutiger Sicht ein Fehlschlag. Aber die Amtshaftung war eben auch die Grundlage, auf der die heutige „moderne“ Staatshaftung errichtet wurde. Nichts anderes gilt für die Produzentenhaftung, die manche als gescheitert ansehen, weil mit dem dichten Netz öffentlich-rechtlicher Sicherheitsvorschriften ein wirksameres und vor allem günstigeres Instrumentarium bereitstehen soll.³⁶⁵ Doch selbst wenn dies zuträfe, ändert es nichts daran, dass die Produzentenhaftung exakt der Nährboden war, auf dem die späteren Sicherheitsvorschriften gedeihen konnten.³⁶⁶ Was aus Gegenwarts-perspektive nach Scheitern aussieht, kann rückblickend mitunter die entscheidende Initialzündung darstellen. Diesen Gedanken gilt es im Hinterkopf zu behalten, er wird am Ende des Buches noch wichtig werden.

und eingehend *Teubner* (1998), 29 ff.; für die Rechtsprechung allgemein *Habermas* (1992/2019), 451 ff.; empirische Nachweise etwa bei *Höland* (2009), 35 ff.; *Vanhala/Kinghan* (2018).

³⁶¹ Instruktiv *Baer* (2017), 208 ff.; näher *Blum/Schubert* (2018), 153 ff.; *Miller* (2018), 203 ff.

³⁶² *Brüggemeier* (2006), 445 ff. (zur Produktsicherheit); *Lakenberg* (2015), 313 ff. (zur Gebäudesicherheit); weitere Nachweise bei *Höland* (2009), 40 ff.

³⁶³ Vgl. *Kleindiek* (1997), 284 ff.; *Spindler* (2011), 1039 ff.; für Österreich *Kodek* (2018), 100; für Japan *Inoue* (1985), 380 f.

³⁶⁴ Vgl. jeweils *Gifford* (2018); *Olszynski, et al.* (2017); *Hensler* (2005); generell *Witt* (2009), 43 ff.; *Goldberg/Zipursky* (2020), 69 ff., 344 ff. Umgekehrt nutzt aber auch und gerade Großunternehmen den einmal etablierten privaten Klageweg, um „unternehmensfreundliche“ Regulierung zu initiieren, eindrücklich *Winkler* (2018), 113 ff., 279 ff.

³⁶⁵ Prominent *Polinsky/Shavell* (2010).

³⁶⁶ So auch *Goldberg/Zipursky* (2020), 69 ff.

3. Bipolarität als Responsivität auf Augenhöhe

Darüber hinaus lehrt der Privatrechtsprozess noch aus einem weiteren Grund viel über die Eigenheiten von Bipolaritätskonstruktionen. Das Stichwort ist hier wiederum Responsivität, nur diesmal mit einer etwas anderen Betonung. Wenn bislang von Responsivität die Rede war, dann ging es um die Responsivität des Rechts bzw. der Privatrechtswissenschaft. Obwohl operativ geschlossen, zeigt sich das Privatrecht responsiv gegenüber Input aus anderen gesellschaftlichen Subsystemen; und weil genau hier die Stärke der Privatrechtswissenschaft liegt, ist es zuvörderst ihre Aufgabe, außerjuristische Erkenntnisse und Methoden in die privatrechtliche Eigenlogik zu integrieren.³⁶⁷ Jetzt geht es um den Konstruktionsprozess selbst. Privatrechtliche Bipolaritätskonstruktionen entstehen im Modus der *Responsivität auf Augenhöhe*.

Auch das lässt sich anhand der genannten Beispiele zeigen: In den VSD-Verfahren stehen sich der Betreiber einer Klinik und ein einkommensschwacher Patient bzw. der Fiskus und ein kleiner Eisenbahnbeamte gegenüber. Bei der Produzentenhaftung geht eine gewöhnliche Apothekenkundin gegen einen international agierenden Großproduzenten von medizinischem Salz vor. Im Zuge der erwähnten *tobacco litigation* in den USA bringen gesundheitsbewusste Verbraucher milliarden schwere Tabakunternehmen vor Gericht. Die Ausgangslage ist also stets Klein gegen Groß, David gegen Goliath, was für die Kleinen wenig Gutes verspricht. Obwohl wir es nicht in allen Fällen sicher wissen, werden wahrscheinlich alle Davids vorab versucht haben, ihren Goliath zum Einlenken zu bringen, und der wird das getan haben, was Goliaths nun einmal tun – den Kleinen abspeisen oder gleich ganz ignorieren.³⁶⁸ In dem Moment, wo aus dem Streit ein Prozess wird, ändert sich jedoch Grundlegendes. Klinik, Salzproduzent oder Tabakunternehmen müssen reagieren, weil andernfalls eine Verurteilung droht. Die Metapher „jemanden vor Gericht zerren“ bringt das treffend auf den Punkt: David ist nicht länger darauf angewiesen, mit der Steinschleuder die kleine Schwachstelle zu treffen, sondern Goliath muss plötzlich auf David eingehen, weil David ihn in die Arena der Responsivität gezerzt hat.³⁶⁹ Dort wird David nicht nur Gelegenheit gegeben, seinen Fall vorzutragen und eigene Argumente zu präsentieren – Goliath muss ihm Gehör schenken und sich mit seiner Position auseinandersetzen. Tut er es nicht, gilt der Tatsachenvortrag als

³⁶⁷ Oben § 5 I. 2. und 3.

³⁶⁸ Zu den VSD Konstellationen *Lakenberg* (2015), 53 ff., 173 ff.; zur *tobacco litigation* *Olszynski, et al.* (2017), 9 ff.; allgemein *Graser* (2019a), 329 ff.

³⁶⁹ Ähnlich *Goebel* (2001), 152 f.: „Responsive Rationalität (...) ein Antworten, welches durch die wechselseitige Abstimmung wechselseitiger Zumutungen charakterisiert ist“; treffend auch *Inoue* (1985), 400 f. (Prozess als „Selbsthilfe“) oder *Graser* (2019a), 330 („Möglichkeit [...] Gegenseite zur Einlassung zu bringen“). Konkret am Bsp. der Diskriminierung auch *Grünberger* (2013), 802 ff. (Prinzip der personalen Gleichheit zwingt Parteien in Rechtfertigungsdiskurs über Ungleichbehandlung).

zugestanden, und widerlegt Goliath nicht Davids Argumente, besteht die Gefahr, dass das Gericht ihn genau auf Basis dieser Argumente verurteilt.³⁷⁰ Ob es dann wirklich zur Verurteilung kommt, ist dabei gar nicht so entscheidend, wichtig ist vor allem, dass Davids Begehren in öffentlichem Prozess deliberiert und so kollektiv wahrgenommen wird. David erlangt schon dadurch Satisfaktion, dass sich Goliath sichtbar auf ihn einlassen muss.³⁷¹ Umgekehrt gilt aber auch, dass David nichts geschenkt wird. Nur weil er klein ist, gelten für ihn grundsätzlich keine anderen Spielregeln. Genau das ist mit Responsivität auf Augenhöhe gemeint: Der Privatrechtsprozess stellt ein öffentliches Forum bereit, in dem die Beteiligten aufeinander eingehen müssen, gleich ob klein oder groß, mächtig oder schwach. Aber die Aushandlung der wechselseitigen Rechte- und Pflichtenbeziehung erfolgt auch insoweit auf Augenhöhe, als dass ein mitunter bestehendes Machtgefälle größtmöglich ausgeblendet wird. Einmal in der Arena der Responsivität sind David und Goliath nur noch Kläger und Beklagter. Und jeder hat eine Steinschleuder.³⁷²

Gewiss, meine Beschreibung ist hochgradig idealisiert. In der realen Welt halten nicht nur vielfältige faktische Zugangsbarrieren David vom Gang vor Gericht ab; insbesondere wenn Goliath ein Großunternehmen ist, sind seine Erfolgsaussichten auch wenig erfolversprechend.³⁷³ Hinzu kommt, dass das Zivilprozessrecht einige Ausnahmen von dem Modus der Responsivität auf Augenhöhe kennt, denken wir nur die umfassenden (und tendenziell wachsenden) richterlichen Einwirkungsmöglichkeiten auf die Prozessführung.³⁷⁴ Aber schon die Tatsache, dass Zugangsbarrieren und Einwirkungsmöglichkeiten eben als Probleme bzw. Ausnahmen eingeordnet werden, zeigt doch, dass der Modus

³⁷⁰ Treffend *Inoue* (1985), 395: „im innerprozessualen Verfahren (besteht) ein gewisser Handlungszwang“; dies bildet den „Rahmen für die Regeln eines geordneten Dialogs zwischen den Parteien“.

³⁷¹ Klassisch die Formel von *Lobel* (2003): „Success without victory“; empirische Belege bei *Lind/Tyler* (1988), 101 ff.; *Höland* (2009), 28 ff. In der Privatrechtstheorie wird diese Satisfaktionswirkung maßgeblich von der *civil recourse*-Theorie betont, grundlegend *Zipursky* (1998), nochmals eingehend (und mit Verweis auf die David/Goliath Metapher) *Goldberg/Zipursky* (2020), 8, 136 ff.

³⁷² Insofern bestehen erhebliche Überschneidungen zum diskurstheoretischen Modell des Zivilprozesses von *Habermas* (1992/2019), 288 f. (Wettbewerb und Symmetrie). Ich spreche dennoch von „Responsivität auf Augenhöhe“, weil das m.E. besser verdeutlicht, dass die Symmetrie zwischen den Parteien dem Prozess nicht vorausgeht, sondern die Augenhöhe durch das wechselseitige kommunikative aufeinander-Eingehen immer erst erzeugt wird – und dass dieser Vorgang nicht notwendig die Richtigkeit des Diskursergebnisses verbürgt, aber doch zumindest die gesellschaftliche Akzeptanz des (Gerichts-)Verfahrens erhöht, ähnlich *Luhmann* (1975), 47 ff.; *Goebel* (2001), 116 ff. Überlappungen bestehen ferner zum Grundsatz prozessualer Waffengleichheit, allerdings drückt dieser m.E. nicht ausreichend das responsive Moment zwischen den Parteien aus.

³⁷³ Eingehend *Goebel* (1994), 77 ff., 118 ff.; *Baer* (2017), 219 ff.

³⁷⁴ Instrukтив *Rosenberg, et al.* (2019), 2 ff.; näher *Goebel* (1994), 127 ff.

der Responsivität auf Augenhöhe das verbreitete Ideal des Zivilprozess recht gut einfängt.³⁷⁵

Das zu sehen ist wichtig. Denn jene typisierte Vorstellung des Privatrechtsprozesses dürfte generell stilbildend für Bipolaritätskonstruktionen sein. Der idealisierte Modus des Aufeinander-Eingehens bei gleichen Spielregeln bildet die Folie für privatrechtliche Konstruktion als Bipolarität. Selbst wenn es – wie bei wissenschaftlichen Bipolaritätskonstruktionen – also gar keinen realen Prozess gibt, fungiert das *drama between plaintiff and defendant* immer zumindest als gedanklicher Rahmen.³⁷⁶ Alle Bipolaritätskonstruktionen werden vor dem Hintergrund entworfen, dass die Beteiligten in einem Forum der Responsivität auf Augenhöhe die wechselseitige Rechte- und Pflichtenbeziehung aushandeln, die gefundene Lösung sich also in diesem Setting bewähren muss.³⁷⁷ So erklärt sich, warum wie bei VSD und Produzentenhaftung immer auch über Beweiserleichterungen nachgedacht wird oder Bipolaritätskonstruktionen mit dem Argument kritisiert werden, dass sie Erfordernisse aufstellen, die von der Geschädigten kaum dargelegt, geschweige denn bewiesen werden können.

Anders als Weinrib meint, besteht die Besonderheit privatrechtlicher Bipolarität also nicht darin, dass sich die Rechte- und Pflichtenbeziehung als „bipolar interaction of free and purposive beings“ artikuliert.³⁷⁸ Die Besonderheit besteht darin, dass die Konstruktion als Bipolarität im gedanklichen Setting der Responsivität auf Augenhöhe erfolgt.³⁷⁹ Hier liegt meines Erachtens ein ganz zentraler Unterschied zum öffentlichen Recht. Zwar wird auch dort mit Bipolaritätskonstruktionen gearbeitet, die Erteilung einer Baugenehmigung oder der Bezug von Arbeitslosenhilfe sind Beispiele. Öffentlich-rechtliche Bipolaritäts-

³⁷⁵ Exemplarisch *Rosenberg, et al.* (2019), 5: „Idealiter entspricht der Ablauf des Zivilprozesses weitgehend Regeln eines Dialogverfahrens bzw. eines rationalen Diskurses.“; den Ausnahmecharakter betont auch *Roth* (2016), 1138f. Mit *Goebel* (1994), 444 kann deshalb von einer weitgehenden „Konvergenz im rechtsdogmatischen und verfahrenssoziologischen Prozesszugriff“ gesprochen werden.

³⁷⁶ Treffend (bezogen auf die zivilprozessuale Dogmatik) *Goebel* (1994), 433, 445: „Rahmenvorstellung“, „implizite Prozessbilder“; vgl. für die Privatrechtswissenschaft insgesamt *Goebel* (2001), 161 ff.; *Dagan* (2013), 110 ff. Deshalb ist es auch irrelevant, dass in der Realität viele Dispute außergerichtlich gelöst werden.

³⁷⁷ Klassisch *Habermas* (1992/2019), 241: „Gerichtsverfahren [bildet] den [methodischen] Fluchtpunkt für die Analyse des Rechtssystems“; in der Sache genauso *Canaris* (1993), 390: „Anwendungsorientierung juristischer Theorien“. Natürlich ist es möglich (und in der Prozessrechtsdogmatik an der Tagesordnung) den Rahmen selbst, also die Spielregeln des Prozesses, zu dekonstruieren. Das ändert jedoch nichts daran, dass das Idealbild des Prozesses weiter fortbesteht (exemplarisch *Roth* (2016), 1138f.) und Bipolaritätskonstruktionen erst einmal von diesem Idealbild ausgehen.

³⁷⁸ Oben § 5 II. 2.

³⁷⁹ Über *Zipursky* (1998), 82 ff. oder *Hellgardt* (2016), 559f. hinaus ist es also nicht nur die Rechtsdurchsetzung aus freiem Interesse (*Zipursky*: „private response“; *Hellgardt*: „Prinzip der Privatinitiative“), die die Besonderheit des Privatrechts ausmacht, sondern der besondere Modus der Rechtsdurchsetzung als Konstruktionsfolie.

konstruktionen laufen aber in einem ganz anderen gedanklichen Rahmen ab. Ihr idealisiertes Forum – das Verwaltungsverfahren und der mitunter anschließende Verwaltungsprozess – geht von einem strukturellen Gefälle zwischen Bürger und Staat aus. Der Modus besteht gerade nicht in Responsivität auf Augenhöhe, denn Behörden und Gerichte sind schon kraft des Ermittlungsgrundsatzes dazu verpflichtet, den Sachverhalt auch dann zu untersuchen, wenn der Bürger wenig bis nichts dazu beiträgt. Übertragen in die Metapher von David und Goliath: Im Verwaltungsrechtsstreit bleibt David immer David und Goliath immer Goliath. Der Konflikt Klein gegen Groß – Bürger gegen Staat – wird im Verfahren fortwährend aktualisiert, ja mitunter erst erzeugt, etwa wenn der Bürger ein gar nicht so kleines Großunternehmen ist.³⁸⁰

IV. Synthese: Responsive Bipolarität

Die Überlegungen lassen sich jetzt zusammenführen. Gefragt nach der Eigenlogik des Privatrechts lautete meine erste Annäherung: Privatrecht ist pluralistisch und zeigt sich responsiv gegenüber Input aus anderen gesellschaftlichen Subsystemen. Damit hat sich die Frage aber nicht erledigt, denn es ist gerade jene Eigenlogik, nach der das Privatrecht den Input selektiert und verarbeitet.

Deshalb habe ich in einer zweiten Annäherung die Eigenlogik näher skizziert: Konstruktion als Bipolarität. Das Privatrecht übersetzt Wirklichkeitsphänomene in wechselseitige Rechte- und Pflichtenbeziehungen. Dabei dominiert nicht ein singulärer Konstruktionsgrund, sondern aufgrund seiner Responsivität für diversen Input greift das Privatrecht auf entsprechend diverse Konstruktionsgründe zurück. Mithilfe von vier Beispielen habe ich diese These untermauert. Die Beispiele haben nicht nur gezeigt, dass das Privatrecht in der Tat ganz unterschiedliche Konstruktionsgründe verarbeitet – Angehörigenschutz, Krankenfürsorge, Effizienz, um nur einige zu nennen. Sie haben auch gezeigt, wann Bipolaritätskonstruktionen gelingen und wann sie scheitern. Tritt man einen Schritt zurück, zeigen sich übergreifende Merkmale: Die Konstruktion gelingt, wenn die Positivmerkmale *Anlass für Bipolarität* und *taugliche Anknüpfung* vorliegen. Nötig ist also, dass im Umgang mit dem Wirklichkeitsphänomen Konstruktionsgründe Anlass geben, gerade diese konkreten Parteien über eine wechselseitige Rechte- und Pflichtenbeziehung zu verbinden und *zudem* ein tauglicher Anknüpfungspunkt im Privatrechtssystem besteht. Praktische Beispiele sind der Vertrag mit Schutzwirkung zugunsten Dritter und die Produzentenhaftung. Dagegen scheitert die Konstruktion als Bipolarität, wenn nur eines der Negativmerkmale *strukturelle Unterkomplexität* oder *Forums-*

³⁸⁰ Eingehend zur verwaltungsrechtlichen „Stereotypisierung durch die Maßstabsfigur des Durchschnittsbürgers“ *Zwifelhoffer* (2020), 159 ff., 220 ff.

inkompatibilität vorliegt, wenn also wechselseitige Rechte- und Pflichtenbeziehungen zwischen einzelnen Parteien das Wirklichkeitsphänomen nur unterkomplex erfassen *oder* das Forum des Privatrechtsprozesses sich nicht zur Deliberation jenes Phänomens eignet. Anschauungsmaterial liefern die Ehestörung und die Amtshaftung.

In der dritten Annäherung habe ich genauer darauf geblickt, wie Bipolaritätskonstruktionen in Aktion treten. Dabei ist deutlich geworden, dass Konstruktion als Bipolarität nicht nur *de facto* primär in Gerichtsverfahren betrieben wird, sondern auch wissenschaftliche Bipolaritätskonstruktionen vom gedanklichen Rahmen der Prozesssituation geprägt sind. Privatrecht konstruiert Bipolarität als *drama between plaintiff and defendant*, nach dem Drehbuch der Responsivität auf Augenhöhe. Der idealisierte Modus des Aufeinander-Eingehens nach gleichen Spielregeln bildet die Folie für Bipolaritätskonstruktionen.

Auf eine Kurzformel gebracht lautet mein Vorschlag für die richtige Antwort daher: Privatrechtliche Eigenlogik ist *responsive Bipolarität*. Responsiv, weil das die Offenheit des Privatrechts für diversen Input aus anderen gesellschaftlichen Subsystemen und entsprechend diverse Konstruktionsgründe betont, zugleich aber auch den gedanklichen Rahmen der Augenhöhe benennt, in dem die Konstruktion abläuft. Und Bipolarität unterstreicht, dass die Konstruktionsaufgabe darin besteht, Wirklichkeitsphänomene in wechselseitige Rechte- und Pflichtenbeziehungen zu übersetzen.

Sofern man Privatrechtsdogmatik weit versteht, also ein pluralistisches Verständnis zugrunde legt und sich gegenüber außerjuristischen Erkenntnissen und Methoden öffnet, kann man meine sperrige Bezeichnung durchaus mit Rechtsdogmatik übersetzen.³⁸¹ So gesehen wäre responsive Bipolarität dann nichts anderes als Rechtsdogmatik. Da der Dogmatikbegriff typischerweise aber enger, nämlich beschränkt auf die genuin juristische Arbeit *im* geltenden Rechtssystem gefasst wird,³⁸² habe ich ihn bewusst vermieden. Meines Erachtens eignet sich Dogmatik deshalb nicht als Oberbegriff, sondern beschreibt nur einen Unteraspekt: Dogmatik beschäftigt sich mit dem tauglichen privatrechtlichen Anknüpfungspunkt für Bipolarität. Freilich macht genau das Dogmatik so wichtig für den gesamten Konstruktionsvorgang. Denn indem mithilfe dogmatischer Arbeit der konkrete Anknüpfungspunkt gesucht und gefunden wird, entsteht privatrechtsinterne Legitimation.³⁸³ Die vorausgehende Frage,

³⁸¹ So dürfte sich mein Ansatz wohl weitgehend mit der „theoretischen“ bzw. „normativen Rechtsdogmatik“ von Stark (2020), 86 ff.; 278 ff. decken.

³⁸² Die oben vorgestellte Position Lobingers ist also durchaus exemplarisch, vgl. dazu etwa Bumke (2014), 647 ff.; Auer (2018), 14 f.; Sabm (2019), 52 ff., 93 ff.; Stark (2020), 60 ff. Selbst Hellgardt (2016), 409, der für eine interdisziplinäre Perspektiverweiterung eintritt, sieht die Grenze seiner regulatorischen Rechtsdogmatik dort erreicht, wo das Regulierungsziel nicht mehr „im Rahmen des geltenden Rechts gerechtfertigt werden kann.“

³⁸³ Sinngleich Kuntz (2016), 886: Erfolgreiche Rechtserzeugung hängt davon ab, sie als „genuin rechtliche [...] darstellen zu können“, wenn sie „in einer bestimmten Art und Weise

warum und zwischen welchen konkreten Parteien die wechselseitige Rechte- und Pflichtenbeziehung konstruiert werden sollte, beantwortet Dogmatik indes nicht, und kann Dogmatik auch nicht allein beantworten, weil der Anlass von den jeweiligen Konstruktionsgründen ausgeht.³⁸⁴ Am Beispiel des VSD im Scharlachfall: Nicht § 328 BGB regt an, dass Patienten ein vertraglicher Schadensersatzanspruch gegen Klinikträger zustehen sollte. Sondern im Umgang mit dem Wirklichkeitsphänomen klinischer Behandlungsfehler geben Konstruktionsgründe wie Krankenfürsorge, gerechter Ausgleich und Effizienz Anlass für eine Rechte- und Pflichtenbeziehung zwischen diesen konkreten Parteien – die dann (sofern wie mit § 328 BGB ein tauglicher Anknüpfungspunkt besteht) dogmatisch übersetzt und so legitimatorisch ins Privatrechtssystem integriert wird. Auch hilft Dogmatik bei den Negativmerkmalen nicht weiter, also hinsichtlich *struktureller Unterkomplexität* und *Forumsinkompatibilität*. Das haben wir bei Ehestörung und Amtshaftung gesehen: Ehestörer oder Beamte haften zu lassen, ist privatrechtsdogmatisch einwandfrei – die Konstruktionen scheitern aber dennoch, weil sie die Wirklichkeitsphänomene Ehebruch bzw. hoheitliches Unrecht nur unterkomplex erfassen und zudem das Forum des Privatrechtsprozesses sich nicht zur Deliberation jener Phänomene eignet.

V. Zwischenergebnis

Halten wir kurz inne. Dieser Teil der Untersuchung begann mit dem Ziel, eine nähere Vorstellung von der ideellen privatrechtlichen Eigenlogik zu bekommen. Das dürfte gelungen sein: Die klassische Antwort ist zu eng, die privatrechtliche Eigenlogik ist besser mit responsiver Bipolarität beschrieben. Trotz der vielen Beispiele war die Darstellung aber über große Teile sehr abstrakt, mitunter zu abstrakt. Völlig vermeiden lässt sich das bei unserer Fragestellung nicht, vielleicht ist es aber möglich, meine Ausführungen intuitiv verständlicher zu machen.

Sofern man nicht ihrer Sogwirkung erliegt, eignen sich Metaphern dafür besonders gut.³⁸⁵ Lässt sich also mithilfe einer Metapher die privatrechtliche Eigenlogik veranschaulichen? Die letzten Seiten haben klargemacht, dass es jedenfalls zu kurz greift, Privatrecht mit „Reich der Freiheit“ oder ähnlichen territorialen Metaphern zu beschreiben. Treffender ist eine andere Metapher:

– *methodengemäß* – inkorporiert [wird]“ [Hervorhebungen auch im Original]. Ganz ähnlich Möllers (2015), 432 ff.; Sabm (2019), 148 ff.; Stark (2020), 126 ff.

³⁸⁴ So in der Sache auch Hellgardt (2016), 429: „Ergebnisse folgenorientierter Untersuchungen [... können] begründen, weshalb es in einem Fall erforderlich ist, rechtsfortbildend eine bestimmte Anspruchsgrundlage zu schaffen“.

³⁸⁵ Dazu grundlegend Bosmajian (1992), 45 ff.; jüngst Schirmer/Pauschinger (2020), 229 ff.

Privatrecht ist eine Dauerbaustelle.³⁸⁶ Der Bau folgt dabei keinem bestimmten Stil, sondern verkörpert einen Stilmix ganz unterschiedlicher Konstruktionsgründe wie Selbstbestimmung, Effizienz oder Krankenfürsorge. Wer jemals einen Fuß in die Juristische Fakultät der Humboldt-Universität zu Berlin gesetzt hat, kennt das: Nicht weniger als drei Epochen spiegeln sich allein in der Fassadengestaltung (Barock, Klassizismus, Plattenbau), ganz zu schweigen vom Gebäudeinneren, wo nüchterne Moderne und sozialistische Ikonografie aufeinanderstoßen – und irgendwo wird immer gebaut. Gleichzeitig sind die stilistischen Gestaltungsmöglichkeiten auf der privatrechtlichen Baustelle gleich doppelt begrenzt. Erstens müssen sich alle Stile vor den Gesetzen der Statik bewähren. Genauso wie eine barocke Außenfassade zwar schön aussehen mag, sich aber wenig eignet, wenn sie wegen ihres immensen Gewichts Stück für Stück im Berliner Sandboden versinkt,³⁸⁷ müssen sich die Konstruktionsgründe vor den „Naturgesetzen“ des Privatrechts beweisen, also in wechselseitige Rechte- und Pflichtenbeziehungen übersetzen lassen. Zweitens setzt die Funktionalität übermäßiger Stilverliebtheit Grenzen. Genauso wie eine klassizistisch-repräsentative Geschosshöhe mitunter dem gestiegenen Raumbedarf für Studierende weichen muss, nützt die schönste Bipolaritätskonstruktion wenig, wenn sie sich nicht vor der gedanklichen Folie der prozessualen Responsivität auf Augenhöhe bewährt. Zugleich ist der privatrechtliche Bau kein Solitär, sondern wie die Juristische Fakultät in Berlin-Mitte Teil eines baulichen Gesamtensembles, an dem ebenfalls fortwährend gewerkelt wird. Privatrecht ist mit anderen Worten eine Baustelleneinheit auf einer noch größeren gesellschaftlichen Dauerbaustelle – und mithilfe der hier entwickelten Bipolaritätskonstruktionen wird die Großbaustelle fortwährend angeregt und vorangetrieben.

³⁸⁶ Im Ausgangspunkt gleichsinnig *Podszun* (2014), 146: Privatrecht kein „feststehendes Gebilde“, sondern „ein dauernd in Veränderung begriffenes Konstrukt.“

³⁸⁷ Was, am Rande gesagt, nicht nur ein anschauliches Beispiel ist, sondern bei der Juristischen Fakultät wirklich passiert.

Ergebnis Teil 2

Es ist nun möglich, die Ausgangsfrage des zweiten Teils zu beantworten, oder genauer gesagt: damit zugleich anders zu stellen. Wir wollten wissen, ob Nachhaltigkeit im Privatrecht anschlussfähig ist oder „Aufladung“ und „Revolution“ droht. Folgt man meinen Ausführungen, dürfte beiden Befürchtungen die Basis entzogen sein: Kurz gesagt gehörte „Aufladung“ mit Gemeinwohlbelangen realiter schon immer zum privatrechtlichen Geschäft, und idealiter ist „Aufladung“ – verstanden als responsive Bipolarität – auch richtig(er). Metaphorisch gesprochen ist Privatrecht eine Dauerbaustelle, die einen Stilmix so diverser Konstruktionsgründe wie Selbstbestimmung, Effizienz oder Krankenfürsorge verkörpert – womit Nachhaltigkeit dann auch keine „Revolution“ bedeuten kann. Entscheidend ist allein, ob ein Stil als Bipolarität konstruierbar ist und sich im gedanklichen Setting des Privatrechtsprozesses bewährt.

Die Frage nach der Anschlussfähigkeit von Nachhaltigkeit ist deshalb anders zu stellen: Lassen sich Wirklichkeitsphänomene wie Klimawandel und globale Lieferketten in wechselseitige Rechte- und Pflichtenbeziehungen übersetzen? Nach dem bisher Erarbeiteten setzt das voraus, dass die beiden Positivmerkmale *Anlass für Bipolarität* und *taugliche Anknüpfung* vorliegen und keines der Negativmerkmale *strukturelle Unterkomplexität* oder *Forumsinkompatibilität* eingreift. Damit ist zugleich der weitere Weg der Untersuchung vorgezeichnet: Im nun folgenden dritten Teil werden wir die Positiv- und Negativmerkmale für unsere Anwendungsbeispiele Klimahaftung und Lieferkettenverantwortlichkeit näher beleuchten.

Teil 3

Nachhaltigkeit im Privatrecht

Rekapitulieren wir kurz das bisherige Vorgehen: Nachdem ich im ersten Teil Nachhaltigkeit näher spezifiziert habe, fragte der zweite Teil, ob Nachhaltigkeit Anschluss in der privatrechtlichen Eigenlogik finden kann. Dazu war es nötig, eine nähere Vorstellung von der privatrechtlichen Eigenlogik zu gewinnen. Mein Ergebnis war das in § 5 skizzierte Modell responsiver Bipolarität. Damit hat sich zugleich unsere Fragestellung verschoben: Klagen um „Aufladung“ und „Revolution“ liegen etwas neben der Sache, entscheidend ist, ob sich Wirklichkeitsphänomene wie Klimawandel und globale Lieferketten in wechselseitige Rechte- und Pflichtenbeziehungen übersetzen lassen – wozu beide Positivmerkmale (*Anlass für Bipolarität* und *taugliche Anknüpfung*) bejaht und beide Negativmerkmale (*strukturelle Unterkomplexität* und *Forumsinkompatibilität*) verneint werden müssten.

Bei Lichte besehen hat sich unsere Fragestellung sogar noch weiter verschoben. Oder genauer gesagt: sie hat sich bedeutend verengt. Verstehen wir die privatrechtliche Eigenlogik als responsive Bipolarität, ist gar keine generelle Antwort darüber möglich, ob Nachhaltigkeit im Privatrecht anschlussfähig ist. Einerseits steht am Ende des zweiten Teils ein klares Ja: Im Privatrecht dominiert nicht ein singulärer Konstruktionsgrund, sondern aufgrund seiner Responsivität für diversen Input aus anderen gesellschaftlichen Subsystemen greift das Privatrecht auf entsprechend diverse Konstruktionsgründe zurück – Selbstbestimmung, Effizienz oder eben auch Nachhaltigkeit. Andererseits folgt auf dieses klare Ja sofort ein Aber: Dass das Privatrecht auch auf Nachhaltigkeitsgründe zurückgreifen kann, sagt für sich genommen wenig aus. Nachhaltigkeitsgründe müssen sich wie alle anderen Konstruktionsgründe in wechselseitige Rechte- und Pflichtenbeziehungen übersetzen lassen. Und weil dies im Umgang mit einem bestimmten Wirklichkeitsphänomen geschieht, kommt es eben auf die jeweilige Konstellation an.

Hier treten unsere Anwendungsbeispiele Klimahaftung und Lieferkettenverantwortlichkeit auf den Plan. Sie sollen als Exempel für das dienen, was ich fortan als *nachhaltigkeitsresponsive Bipolaritätskonstruktionen* bezeichnen will: Wechselseitige Rechte- und Pflichtenbeziehungen, die wie Klimahaftung und Lieferkettenverantwortlichkeit auf nachhaltigkeitsrelevante Wirklichkeitsphänomene reagieren. Dabei werde ich die Positivmerkmale *Anlass für Bipolarität* und *taugliche Anknüpfung* jeweils gesondert für Klimahaftung (§ 6)

und Lieferkettenverantwortlichkeit (§ 7) erörtern; die übergreifende Aspekte adressierenden Negativmerkmale *strukturelle Unterkomplexität* und *Forumsinkompatibilität* werden dagegen geballt in § 8 behandelt. Am Ende dieses dritten und letzten Untersuchungsteils, so viel sei an dieser Stelle verraten, werden zwei Vollzugsmeldungen stehen: Klimahaftung und Lieferkettenverantwortlichkeit lassen sich erfolgreich konstruieren. Und sie taugen durchaus als Sinnbild dafür, dass nachhaltigkeitsresponsive Bipolaritätskonstruktionen im Privatrecht anschlussfähig sind.

§ 6 Klimahaftung

Das Wirklichkeitsphänomen Klimawandel ist vielfältig. Genauso vielfältig sind die möglichen Ansätze für eine Klimahaftung. Denkbar wäre etwa eine Staatshaftung von Gebietskörperschaften und anderen staatlichen Einheiten, wenn offizielle Klimaziele nicht eingehalten werden.¹ Sofern Unternehmen konkrete Treibhausgasreduktionen zugesagt haben, könnte nach der Verbindlichkeit dieser Zusagen gefragt werden;² möglicherweise ließen sich hier gar die Vorgaben des Klima-Übereinkommens von Paris in Privatrechtsbeziehungen übertragen.³ Um diese und weitere Haftungskonstellationen geht es im Folgenden aber nicht.⁴ Stattdessen werde ich mich auf eine ganz bestimmte Konstellation konzentrieren: Die Haftung von Energieproduzenten gegenüber Klimaopfern für Klimaschäden. Als Vorlage dient der RWE-Fall, von dem schon in der Einleitung kurz die Rede war. Schauen wir uns den Fall nun genauer an.

I. Wirklichkeitsphänomen Klimawandel in casu: Der RWE-Fall

Der Fall spielt maßgeblich in Peru, genauer in der Gebirgsstadt Huaraz auf rund 3.000 Metern Höhe. Huaraz liegt am Fuße der Gebirgsgruppe Cordillera Blanca, zu der mehrere Gletscher zählen. Huaraz Hausgletscher ist der Palcaraju, unter dem sich ein Gletschersee gebildet hat, die Laguna Palcacocha. Von dort fließt das Wasser über rund 1.500 Höhenmeter talabwärts bis nach Huaraz (Abb. 1). Der Palcaraju ist in den letzten Jahrzehnten erheblich geschrumpft, dafür ist der Gletschersee immer größer geworden.

¹ Monografisch jüngst *Böhm* (2021); im US-Kontext *Burger, et al.* (2020), 171 ff.

² So namentlich *Mitkidis* (2014), 67; ähnlich nochmals *Mitkidis* (2019), 69 ff.

³ Vgl. Rechtbank Den Haag im Verfahren Milieudefensie, et al. v. Royal Dutch Shell plc, C/09/571932/HA ZA 19-379 (2021), Rn. 4.1.1. ff. In diese Richtung auch die Vorschläge der *Expert Group on Climate Obligations of Enterprises* (2020), 87 ff.

⁴ Vgl. für einen Überblick über die weiteren Konstellationen die Beiträge in *Kabl/Weller* (2021).

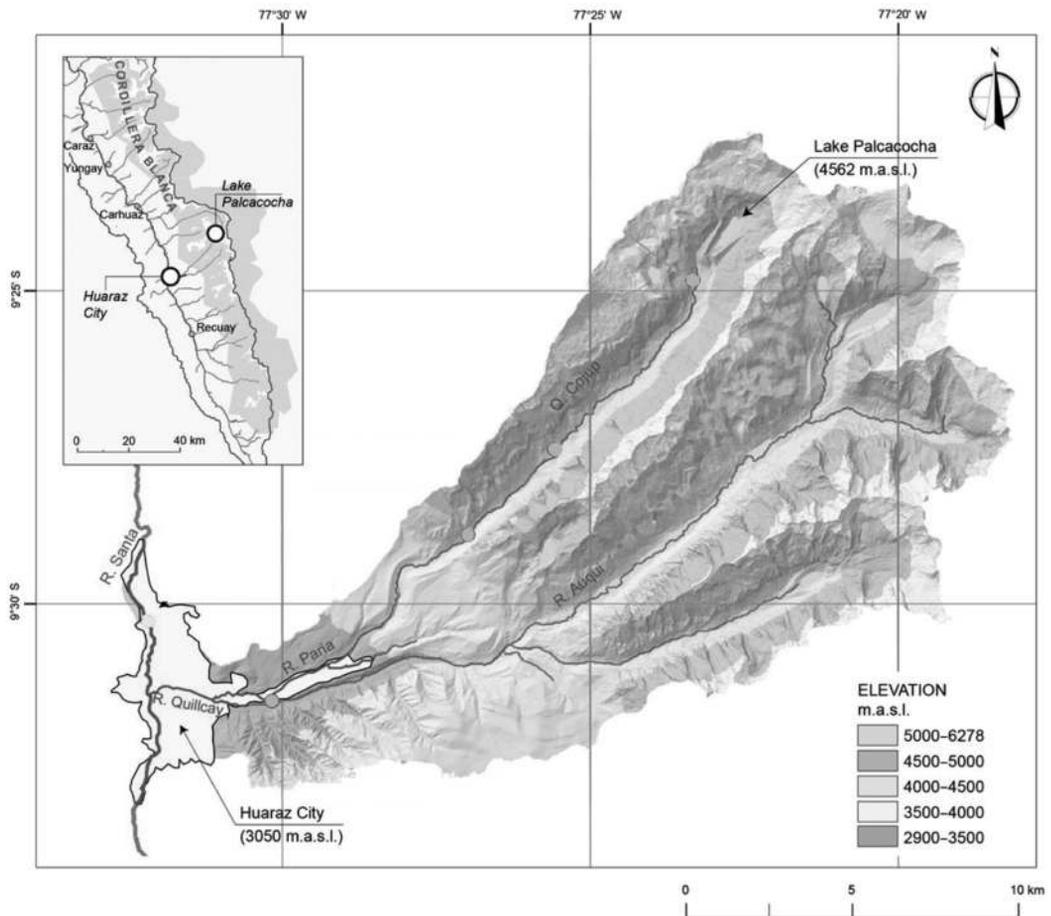


Abbildung 1: Modifizierte Karte des Gletschergebiets von Huaraz⁵

Für Luciano Lliuya sind das beunruhigende Nachrichten, denn er ist zusammen mit seiner Frau Eigentümer eines flussnahen Grundstücks in Huaraz, das mit dem Wohnhaus der Familie bebaut ist. Er befürchtet, dass sich der Gletschersee jederzeit ins Tal ergießen und sein Grundstück samt Wohnhaus überfluten könnte. Um zumindest etwas geschützt zu sein, hat Lliuya eigens die Außenmauern verstärkt und ein zweites Stockwerk als Rückzugsort errichtet; dafür hat er (umgerechnet) rund 12.800 Euro aufgewendet.

Der andere Teil des Falls spielt tausende Kilometer entfernt im Rheinland. Genauer gesagt in Frimmersdorf, Neurath und Niederaußem sowie überall sonst, wo von RWE betriebene Braunkohlekraftwerke stehen. Und auch das trifft es noch nicht richtig, denn an sich umspannt der Fall die ganze Welt, von der Erdkruste bis zur Atmosphäre. So sieht es jedenfalls der klagende Lliuya. Denn für ihn gibt es nur eine Erklärung für den Pegelanstieg des Gletschersees:

⁵ Leicht modifiziert nach *Somos-Valenzuela, et al. (2016), 2522* (in der Originalgrafik hervorgehobene Messpunkte ausgelassen und an Hintergrundfarbe angepasst).

Die globale Erwärmung habe den Palcaraju-Gletscher oberhalb der Stadt abschmelzen und den Gletschersee anschwellen lassen. Und dass die Temperatur gestiegen ist, liege auch daran, dass RWE-Braunkohlekraftwerke in Frimmersdorf, Neurath, Niederaußem und überall sonst jahrzehntelang Treibhausgase ausgestoßen haben. Unterstützt von Germanwatch und der Stiftung Zukunftsfähigkeit zog Lliuya deshalb 2015 vor das Landgericht Essen, wo mit der RWE AG die Konzernspitze ihren Sitz hat. In seiner ursprünglich erhobenen Klage verfolgte er unterschiedliche Begehren, wir fokussieren uns aber nur auf eines, das mittlerweile auch im Zentrum des Verfahrens steht: Lliuya möchte gerichtlich festgestellt wissen, dass die RWE AG verpflichtet ist, anteilig die Kosten für die Schutzmaßnahmen zu tragen, die er am Wohnhaus vorgenommen hat. Dabei stützt sich Lliuya auf § 1004 Abs. 1 S. 2 BGB, kombiniert mit §§ 677, 683 S. 1, 670 BGB bzw. § 812 Abs. 1 S. 1 Var. 2 BGB. Oder deutlicher: Lliuya verlangt Aufwendungsersatz, entweder weil er mit den Schutzmaßnahmen ein Geschäft der eigentlich zuständigen Störerin RWE geführt hat oder weil RWE dadurch in sonstiger Weise auf Lliuyas Kosten bereichert ist. Die erste Instanz wies die Klage Ende 2015 als teilweise unzulässig und insgesamt unbegründet ab.⁶ Dagegen legte Lliuya Berufung vor dem OLG Hamm ein, und das durchaus mit Erfolg: Zwar hat das Gericht bislang nicht zu seinen Gunsten entschieden, aber im Gegensatz zur Vorinstanz erachtete es die Klage als schlüssig und trat in die Beweisaufnahme zu Kausalitätsfragen ein. Dort steckt das Verfahren noch immer, allerdings hat im Frühsommer 2022 zumindest der gerichtliche Ortstermin in Huaraz stattgefunden, den die Corona-Pandemie lange verhindert hatte.⁷

So viel zum Fall, der uns im Folgenden als Konstruktionsfolie dienen wird. Bevor wir beginnen, noch kurz zu den Begrifflichkeiten (auch wenn sich viele Einzelheiten erst auf den nächsten Seiten genauer herauschälen werden):

- Ist von *Energieproduzenten* die Rede, sind immer Produzenten von fossilem Strom gemeint, also Unternehmen, die wie RWE in ihren im Inland belegenen Kraftwerken fossile Brennstoffe (Kohle, Gas etc.) verfeuern, um elektrische Energie zu erzeugen.
- Spreche ich von *RWE*, meine ich die Konzerngesamtheit. Mir ist bewusst, dass eine Verklammerung von rechtlich verselbständigten Einzelunternehmen juristisch ungenau ist und gerade Haftungsfragen nach sauberer Trennung verlangen. Das werde ich an den entscheidenden Stellen auch tun; um die Darstellung bis dahin nicht unnötig zu verkomplizieren, werde ich aber einstweilen auf RWE als Gesamtheit abstellen.⁸

⁶ LG Essen ZUR 2017, 370.

⁷ Die Klage und alle bisher ergangenen Gerichtsdokumente sind öffentlich zugänglich auf <https://germanwatch.org/de/14198>.

⁸ Nichts anderes gilt für Energieproduzenten allgemein, denn auch sie sind regelmäßig als Konzern organisiert.

- Mit *Klimaopfern* meine ich Geschädigte, die entweder eine klimabedingte Rechtsgutsverletzung erlitten haben oder wie Lliuya beeinträchtigt zu werden drohen.
- Wo es ohne Inhaltsverlust möglich ist, trenne ich nicht zwischen klimabedingten Rechtsgutsverletzungen und drohenden Beeinträchtigungen, sondern spreche von *Klimaschäden*. Dabei beziehe ich mich allein auf Schäden durch sogenannte slow onset-Phänomene. Slow onset-Phänomene sind ein Sammelbegriff für Klimafolgen, die wie der Meeresspiegelanstieg oder die Gletscherschmelze recht langsam voranschreiten und vergleichsweise gut erforscht sind. Weil der RWE-Fall die Gletscherschmelze zum Hintergrund hat, werde ich mich vor allem auf sie fokussieren; die gefundenen Ergebnisse sollten sich jedoch auf den Meeresspiegelanstieg und andere slow onset-Phänomene übertragen lassen. Das bedeutet umgekehrt, dass ich keine Aussage zu Klimaschäden durch sogenannte Extremereignissen treffe, also kurzfristig auftretende, vergleichsweise noch nicht so gut verstandene Wetterphänomene (klimabedingte Stürme, Regenfälle, Dürren etc.) ausklammere.
- Spreche ich von *Klimahaftungskonstellationen* oder *Klimahaftung*, beziehe ich mich daher ausschließlich auf jene slow onset-Haftungsszenarien wie den RWE-Fall. Anknüpfend an das zu Klimaschäden Gesagte, ist Haftung dabei weit zu verstehen. Ich meine nicht nur Szenarien, wo wie im RWE-Fall wegen langsam voranschreitender Klimaveränderungen Beeinträchtigungen drohen (und deshalb möglicherweise Ersatzansprüche entstehen). Gedanklich erfasst sind auch Fälle „klassischer“ Haftung, wo also die Rechtsgutsverletzung bereits eingetreten ist – etwa wenn im RWE-Fall das Wohnhaus schon überflutet worden wäre.

II. Erstes Positivmerkmal: Anlass für Bipolarität

Eben haben wir gesehen, dass Lliuya seinen Erstattungsanspruch auf § 1004 Abs. 1 BGB und §§ 677, 683 S. 1, 670 BGB bzw. § 812 Abs. 1 S. 1 Var. 2 BGB stützt, also Ersatz für die vorgenommenen Sicherungsmaßnahmen via Geschäftsführung ohne Auftrag bzw. Bereicherungsrecht begehrt. Hätte das Wohnhaus bereits Schaden genommen, käme namentlich eine deliktische Haftung aus § 823 Abs. 1 BGB in Betracht. Das jedoch nur zur groben Orientierung, dogmatische Details stehen erst beim zweiten Positivmerkmal *taugliche Anknüpfung* an.⁹ Vorläufig genügt diese grobe Vorstellung von den möglichen Haftungskonstruktionen, denn zunächst muss mit dem ersten Merkmal *Anlass für Bipolarität* die Vorfrage positiv beantwortet sein: Geben im Umgang mit dem Wirklichkeitsphänomen Klimawandel Konstruktionsgründe Anlass, gerade diese kon-

⁹ Unten § 6 III. 1.

kreten Parteien – Lliuya und RWE – über eine wechselseitige Rechte- und Pflichtenbeziehung zu verbinden?

Um das mit dem Merkmal verbundene Prüfprozedere besser zu verstehen, rufen wir uns zunächst die zwei Beispiele erfolgreicher Bipolaritätskonstruktionen aus § 5 in Erinnerung. Im Fall des Vertrags mit Schutzwirkung zugunsten Dritter waren die relevanten Wirklichkeitsphänomene einerseits die prekäre Wohnsituation und andererseits klinische Behandlungsfehler; als Konstruktionsgründe veranlassten Angehörigenschutz, Krankenfürsorge, gerechter Ausgleich und Effizienz gerade diese konkreten Parteien – nämlich Mieterangehörige und Vermieter bzw. Patient und Klinikträger – über eine wechselseitige Rechte- und Pflichtenbeziehung zu verbinden.¹⁰ Die Produzentenhaftung hatte das Wirklichkeitsphänomen der industriellen Massenproduktion zum Hintergrund; hier ging der Anlass, gerade Kundin und Salzhersteller über eine Bipolaritätsbeziehung zu koppeln, von den Konstruktionsgründen Kundenschutz und Effizienz aus.¹¹ Natürlich mag es noch andere Konstruktionsgründe gegeben haben (und geben), und es mögen auch gewichtige Dekonstruktionsgründe gegen die jeweilige Bipolaritätsbeziehung bestehen, im Fall des VSD beispielsweise der Gedanke der Selbstbestimmung. Mitunter überzeugen bei genauem Hinsehen nicht einmal die anlassgebenden Konstruktionsgründe, wie es etwa hinsichtlich der Effizienz der Produzentenhaftung propagiert wird.¹² Aber auf all das kommt es für unsere Zwecke nicht an, weil es doch nichts daran ändert, dass es sich bei VSD und Produzentenhaftung um erfolgreiche, weil weithin akzeptierte Bipolaritätskonstruktionen handelt. Augenscheinlich sind sich Rechtsprechung und Literatur – aber auch der nicht intervenierende Privatrechtsgesetzgeber – im Kern einig, dass ausreichend Konstruktionsgründe Anlass geben, gerade diese konkreten Parteien über eine wechselseitige Rechte- und Pflichtenbeziehung zu verbinden.

Freilich legt schon die Diskrepanz der verschiedenen Konstruktionsgründe bei VSD und Produzentenhaftung nahe, dass „ausreichend“ nicht mit einem klaren Schwellenwert beziffert werden kann. Das ist auch gar nicht nötig. Denn auf Basis des von mir skizzierten Modells responsiver Bipolarität ist jedenfalls klar, dass eine Bipolaritätskonstruktion umso erfolgversprechender ist, desto mehr Konstruktionsgründe sie verkörpert.¹³ Zum einen besteht die Eigenheit von privatrechtlichen Bipolaritätskonstruktionen ja auch und gerade darin, dass sie die gesellschaftliche Großbaustelle fortwährend anregen und vorantreiben – und dies dürfte umso besser gelingen, je mehr Baustile die privatrechtliche Konstruktion bedient. Zum anderen fußt das Modell auf einem pluralistischen Privatrechtsverständnis, es geht also darum, verschiedenen Begründungsansät-

¹⁰ Oben § 5 II. 3. a).

¹¹ Oben § 5 II. 3. b).

¹² Oben § 5 III. 2.

¹³ Oben § 5.

zen Raum zur Entfaltung zu geben, um sich so einem richtigen Verständnis zumindest anzunähern. Auch so gesehen ist eine breite Basis an Konstruktionsgründen also erstrebenswert.

Neben der möglichst großen Spannweite an Konstruktionsgründen machen VSD und Produzentenhaftung noch auf einen weiteren wichtigen Aspekt aufmerksam. Die Wendung „gerade diese konkreten Parteien“ im Positivmerkmal *Anlass für Bipolarität* ist nicht zu eng zu verstehen. Auch das habe ich in § 5 näher erläutert: Obwohl es im *drama between plaintiff and defendant* um eine spezifische Rechte- und Pflichtenbeziehung geht, werden bei der Aushandlung jener Beziehung – gleich ob vor Gericht oder bei gedanklich entsprechend ablaufenden wissenschaftlichen Bipolaritätskonstruktionen – die Zuschauer immer mitgedacht. Weil die jeweilige Rechte- und Pflichtenbeziehung auf ein bestimmtes Wirklichkeitsphänomen reagiert, stehen die Parteien nicht für sich allein, sondern verkörpern zugleich die jeweiligen Statusgruppen.¹⁴ Aus der Klägerin wird die „Kundin“ und „Verbraucherin“, der Beklagte wird zum „Fabrikanten“ bzw. „Produzenten“. Exakt diese Ambivalenz werden wir nun auch im Rahmen der Klimahaftung beobachten: Es braucht nicht nur anlassgebende Konstruktionsgründe für eine wechselseitige Rechte- und Pflichtenbeziehung gerade zwischen Luciano Lliuya und RWE. Es muss auch über die konkreten Parteien hinaus Anlass geben, die Statusgruppen „Klimaopfer“ und „Energieproduzenten“ zu verbinden. Wo es der Übersichtlichkeit dient, werde ich zwischen der statusbezogenen und der parteibezogenen Perspektive trennen, oft werde ich aber auch beide Ebenen zusammen erläutern; ich spreche dann von *Klimaopfern wie Lliuya* und *Energieproduzenten wie RWE*.

Damit ist das Programm für die folgenden Seiten gesetzt. Nur ein letzter Verständnishinweise vorab: In § 5 habe ich außerdem näher begründet, dass es für privatrechtliche Anschlussfähigkeit nicht auf die normative Richtigkeit der Konstruktionsgründe ankommt. So wichtig diese Frage auch ist, jedenfalls dem Privatrecht ist sie vorgelagert, es hat zur Richtigkeit von Krankenfürsorge, Effizienz oder eben Nachhaltigkeit schlicht nichts Genuines beizutragen. Entscheidend ist vielmehr (was gar nicht so wenig ist), dass noch der richtigste Konstruktionsgrund immer in eine wechselseitige Rechte- und Pflichtenbeziehung übersetzt, also über die Positivmerkmale *Anlass für Bipolarität* und *taugliche Anknüpfung* privatrechtlich abbildbar sein muss. Folglich nehme ich die im Folgenden diskutierten – ohnehin wenig kontroversen – Konstruktionsgründe als gegeben hin und klammere alle Fragen nach ihrer prinzipiellen Richtigkeit aus.

¹⁴ Oben § 5 III. 1.

1. Konstruktionsgrund: Naturwissenschaftliche Kausalität

Der erste Konstruktionsgrund ist zugleich den fundamentalsten Einwänden ausgesetzt, und weil sie so fundamental sind, werden sie uns gleich mehrfach beschäftigen. Der Kern der Kritik findet sich im Urteil des LG Essen, das Luciano Lliuyas Klage gegen RWE in erster Instanz abwies:

„Auch die Emissionen der Beklagten als großer Treibhausgasemittent sind angesichts der Millionen und Milliarden von Emittenten weltweit nicht derart bedeutend, als dass der anthropogene Klimawandel und damit die vermeintliche Flutgefahr des Gletschersees bei Wegdenken der einzelnen Emissionen der Beklagten nicht existieren würde. [...] Wenn zahllose Groß- und Kleinemittenten Treibhausgase freisetzen, die ununterscheidbar miteinander vermischt werden, sich gegenseitig verändern und letztlich über einen hochkomplexen Naturprozess eine Klimaänderung hervorrufen, lässt sich eine auch nur annähernd lineare Verursachungskette von einer bestimmten Emissionsquelle zu einem bestimmten Schaden nicht mehr ausmachen.“¹⁵

Letztlich zweifelt das Gericht also am Kausalzusammenhang zwischen Handlung und Erfolg.¹⁶ Emissionsgeschehen, Klimawandel und Gletscherschmelze sollen zu dynamisch und vielschichtig sein, um eine klare Ursache-Wirkungsbeziehung zwischen Treibhausgasausstoß und Flutgefahr herstellen zu können. Das provoziert freilich eine Aufbaufrage: Wenn fehlende Kausalität der Kernvorwurf ist, wird er dann nicht erst beim zweiten Positivmerkmal *taugliche Anknüpfung* relevant? Denn gleich ob man eine Klimahaftung nun negatorisch oder deliktisch im Privatrechtssystem anknüpft – verlangen nicht alle diese Institute tatbestandlich eine Ursache-Wirkungsbeziehung? Das ist natürlich richtig, wäre aber zu kurz gedacht. Denn genau genommen berührt die Kausalitätsfrage zwei verschiedene Ebenen, und es ist gerade für die Klimahaftung essentiell, zwischen beiden zu trennen.¹⁷ Die erste Ebene betrifft das, was ich im Folgenden als *naturwissenschaftliche Kausalität* bezeichnen möchte, auf zweiter Ebene spreche ich von *rechtlicher Kausalität*.¹⁸ Beides ist nicht das Gleiche, denn die rechtliche Kausalität tritt bereits in die juristische Bewertung ein – das deutlichste Beispiel ist die sogenannte Adäquanztheorie, womit außerge-

¹⁵ LG Essen ZUR 2017, 370 Rn. 42 und 45. In der Sache ähnlich schon das 9. US-Bundesberufungsgericht im Kivalina-Fall, vgl. *Native Village of Kivalina v. ExxonMobil Corp*, 696 F 3d (9th Cir 2012), 849, 867 ff. (dazu auch noch unten § 8 II. 2.); zu dieser Parallele *Ganguly, et al.* (2018), 854f.

¹⁶ In diesem Sinne aus der deutschen Literatur prominent *Wagner* (2020b), 53: „[B]ei Klimaschäden sind die Ursache/Wirkungs-Beziehungen viel zu komplex, um eine Verantwortungszuweisung im Zwei-Parteien-Verhältnis begründen zu können“; ebenso etwa *Chatzineantzis/Appel* (2019), 882 ff.; *Keller/Kapoor* (2019), 708 ff.; *Frenz* (2021), 66 ff.; wohl auch *Kohler* (2017), Rn. 215; überwiegend skeptisch auch *Pöttker* (2014), 45 ff. Aus der internationalen Literatur prominent *Posner/Weisbach* (2010), 109 f.; *Spitzer/Burtscher* (2017), 167 ff.

¹⁷ Ebenso *Duffy* (2009), 189 ff.; *Pöttker* (2014), 37 ff.; *Kling* (2018), 216 ff.

¹⁸ Die Unterscheidung als solche dürfte heute (anders als ob und was aus ihr folgt) akzeptiert sein, vgl. nur *Wandt/Schwarz* (2022), § 16 Rn. 125 ff. Eingehend *Schulin* (1976), 7 ff.

wöhnliche Ursache-Wirkungsbeziehungen ausgeklammert werden.¹⁹ Dagegen beschreibt naturwissenschaftliche Kausalität eine bloße Faktenlage. Damit ist nicht gesagt, dass hier Wertungen keine Rolle spielen. Denn schon nach welchen Kriterien ich einen realen Sachverhalt beobachte und wann ich bestimmte Vorgänge als Ursache einordne, basiert auf Prämissen und diese beruhen wiederum auf normativen Vorfestlegungen.²⁰ Aber dabei handelt es sich um Grundfragen nach den Voraussetzungen empirischer Erkenntnis, die das Recht pragmatisch auslagert.²¹ Deutlich macht das nicht zuletzt der RWE-Fall, wo das Berufungsgericht über die Kausalzusammenhänge Beweis erhebt: Ob überhaupt naturwissenschaftliche Ursache-Wirkungsbeziehungen bestehen (und wie man diese erkennt), beantwortet das Gericht nicht selbst, sondern greift dazu auf externen Sachverstand zurück.²² Erst darauf aufbauend beginnt die eigentliche richterliche Arbeit, indem naturwissenschaftliche Erkenntnisse in juristische Begriffe und Kategorien überführt werden.²³

So gesehen beinhaltet naturwissenschaftliche Kausalität also eine Vorfrage nach dem Anlass für wechselseitige Rechte- und Pflichtenbeziehungen. Es handelt sich um einen Konstruktionsgrund für Bipolarität, freilich einen von besonderer Wichtigkeit, denn naturwissenschaftliche Kausalität dürfte einen „Negativfilter“ darstellen.²⁴ Wenn zwischen den Parteien nicht einmal empirisch eine Ursache-Wirkungsbeziehung existiert, besteht schon wenig Grund, sie über eine Bipolaritätskonstruktion auch privatrechtlich zu verbinden.²⁵

¹⁹ So etwa auch *Spindler* (2008), 285 ff.

²⁰ Instruktiv *Hamann* (2014), 107 ff. Die implizite Normativität zeigt sich passenderweise im Klimakontext besonders deutlich: Hier werden Kausalitätsaussagen in Überzeugungs- oder Wahrscheinlichkeitsgraden wie „medium certain“ oder „very likely“ ausgedrückt – was der normativen Vorfestlegung bedarf, dass (1) Überzeugung ausreicht und (2) wann eine Aussage „medium certain“ oder „very likely“ ist; dazu *Allan* (2017).

²¹ Prägnant *Schulin* (1976), 32: Vorrechtliche Kausalität „stellt eine Brücke dar, zwischen der vom Recht zunächst unabhängigen Seinsordnung und der auf diese bezogenen Rechtsordnung“; ähnlich *Gottwald* (1988), 4 ff.

²² Vgl. OLG Hamm, Beschluss v. 14.12.2017 (Az. I-5 U 15/17): „Ob die Ausführungen [...], dass es keinen Ursachenzusammenhang zwischen den CO₂-Emissionen und dem Anstieg des Wasserspiegels in der Laguna gibt, stimmen, kann letztlich nur durch die bereits beschlossene Beweiserhebung geklärt werden.“ Weitere Bsp. aus der BGH-Judikatur bei *Schulin* (1976), 16 ff.

²³ Das impliziert nicht, dass das Recht naturwissenschaftlicher Erkenntnisprodukte unreflektiert übernehmen sollte (dagegen eindringlich etwa *Bydlinski* (1964), 4 ff. oder *Calabresi* (1975), 105 ff.). Ich sage nur, dass das Recht typischerweise nicht naturwissenschaftliche (oder volkswirtschaftliche etc.) Erkenntnisprodukte eigens naturwissenschaftlich (oder volkswirtschaftlich etc.) hinterfragt, sondern ausschließlich mit den eigenen Verwertungskriterien, dazu noch unten § 6 III. 2. a).

²⁴ So plastisch *Esser/Schmidt* (2000), § 33 I (Vorbm.); in der Sache ähnlich *Schulin* (1976), 3: „Mindestvoraussetzung“.

²⁵ Das betrifft nicht nur Haftungskonstruktionen, sondern dürfte genauso für andere Rechte- und Pflichtenbeziehungen gelten, namentlich Vertragsbeziehungen – es ist hier nur so gewöhnlich, dass es kaum auffällt. Denn auch die Wendung der „auf das Angebot bezogenen Annahme“ enthält als Minimalbedingung eine naturwissenschaftliche Kausalitätsbeziehung: Fragt A „Wollen Sie dieses Fahrrad kaufen“ (Ursache) und antwortet B „Ja“ (Wirkung), neh-

Kurzum: Obwohl Kausalitätsfragen selbstredend auch die *taugliche Anknüpfung* betreffen (und uns dort noch eingehend beschäftigen werden), jedenfalls die empirischen Grundlagen sind besser beim *Anlass für Bipolarität* verortet. Bevor über rechtliche Aspekte wie Nachweisbarkeit oder Erheblichkeit nachgedacht wird, muss deshalb geklärt sein, ob naturwissenschaftliche Kausalitätsgründe überhaupt Anlass für eine Klimahaftung geben – oder ob die vom LG Essen und anderen geäußerte Kritik richtig liegt und sowieso keine empirische Ursache-Wirkungsbeziehung existiert.

Doch selbst wenn wir Kausalitätsfragen aufteilen und zunächst nur naturwissenschaftlich betrachten, ist der Weg steinig. Um die verschiedenen Kausalitätsdimensionen besser zu verstehen, schichte ich daher nochmals ab: Zunächst werde ich das statusgruppenbezogene Verhältnis zwischen Klimaopfern und Energieproduzenten beleuchten und erst danach zum Kausalzusammenhang zwischen den konkreten Parteien Lliuya und RWE vordringen.²⁶

a) Weite Perspektive: Statusgruppenbezogene naturwissenschaftliche Kausalität

Die statusgruppenbezogene naturwissenschaftliche Kausalität erfordert drei große, aufeinander aufbauende Schritte. Weil der RWE-Fall uns als Konstruktionsfolie dient, verdeutliche ich das am Szenario der Gletscherschmelze; das Grundschema wäre aber kein anderes, wenn es um vom Meeresspiegelanstieg betroffene Küstenanrainer oder andere slow onset-Phänomene ginge.²⁷ Es braucht erstens Kausalität zwischen Produzentenemissionen und Klimawandel (produzentenbedingter Klimawandel); zweitens Kausalität zwischen produzentenbedingtem Klimawandel und Gletscherschmelze (klimabedingte Gletscherschmelze); und drittens Kausalität zwischen klimabedingter Gletscherschmelze und Überflutungsgefahr (abschmelzbedingte Überflutungsgefahr). Letztlich sind alle drei Schritte naturwissenschaftlich machbar, zur Wahrheit gehört aber auch, dass der Grund mit jedem Schritt etwas wackliger wird.

men wir diese Beobachtung zum Anlass für einen Vertragsschluss. Ist es am betreffenden Ort aber sehr laut, ist die gewöhnliche Beobachtung gestört und naturwissenschaftliche Kausalität wird zur entscheidenden Vorfrage: War unter den gegebenen Bedingungen eine Wahrnehmung des akustischen Signals überhaupt möglich?; ähnlich wie hier auch *Weinrib* (2012), 89 ff.; im Klimahaftungskontext *Van Dijk* (2019), 122 ff.

²⁶ Sinngleich *Penalver* (1998), 579: „general and individual causation“; *Byers, et al.* (2017), 279: „general and specific causation“.

²⁷ In diesem Sinne auch *Wagner/Arntz* (2021), 413; *Stuart-Smith, et al.* (2021a), 652 f. Ein praktisches Beispiel ist das in Kalifornien geführte Verfahren *County of San Mateo v. Chevron Corp.*, dazu *Ganguly, et al.* (2018), 852 ff. Der Kausalitätsnachweis wird nochmals vielschichtiger, wenn kurzfristige, extreme Wetterphänomene wie Stürme, Regenfälle, Dürren etc. in den Blick genommen werden (die ich aber bewusst ausklammere) – gleichwohl scheint er auch hier zunehmend möglich zu sein, näher *Marjanac/Patton* (2018); *Burger, et al.* (2020), 88 ff.; *IPCC* (2022a), 10 ff.

aa) Schritt 1: Produzentenbedingter Klimawandel

Um die Kausalität zwischen Treibhausgasausstoß und Klimawandel (zumindest grob) zu verstehen, muss klar sein, wie der Zusammenhang hergestellt wird und ob er sich genauer quantifizieren lässt. Die Kurzversion geht so:²⁸ Laut dem jüngsten Sachstandsbericht des IPCC, dem die aktuelle Forschung abbildenden „Weltklimarat“, hat sich die globale Mitteltemperatur seit 1880 (dem Jahr des systematischen Aufzeichnungsbeginns) um 1,09°C erhöht.²⁹ Der Trend zeigt dabei steil nach oben: Seit ca. 1950 steigt die Temperatur dynamisch an, allein zwischen 2003 und 2012 betrug die Erwärmung 0,19°C.³⁰ All diese Aussagen sind unproblematisch, denn die Temperaturwerte beruhen auf realen Beobachtungen, namentlich (gemittelten) Messdaten und historischen Aufzeichnungen. Die Ursache für den Temperaturanstieg zu identifizieren, ist dagegen deutlich schwieriger, denn das Klimasystem der Erde wird von vielen verschiedenen Komponenten beeinflusst, den sogenannten Klimafaktoren. Wichtigster Faktor ist der atmosphärische Treibhauseffekt; aber auch Verdunstungsprozesse, Wolkenbildung und Eisrückspiegelungen sind bedeutend, denn diese internen Faktoren neutralisieren sich durch wechselseitiges Zusammenwirken weitgehend gegenseitig und tragen so zur langfristigen Stabilität des Klimas bei. Neben jenen internen Faktoren spielen aber auch externe Faktoren eine wichtige Rolle. Damit ist nicht gemeint, dass diese Faktoren „unnatürlich“ sind, sondern dass sie gewissermaßen äußerlich auf die internen Klimafaktoren einwirken und sie aus der Balance bringen können – bis hin zu einem Klimawandel. Solch externe Faktoren sind Schwankungen in der solaren Wärmeleistung und Vulkanausbrüche,³¹ aber auch menschengemachte Faktoren wie Treibhausgasemissionen und Aerosolbildung zählen dazu.

Der Klimateffekt dieser externen Faktoren wird als Strahlungsantrieb (sogenanntes *radiative forcing*) ausgewiesen und bezieht sich auf die einwirkende Energie an der Tropopause, also dem Übergang zwischen Stratosphäre und der untersten atmosphärischen Schicht, der Troposphäre.³² Dass ausgerechnet dieser Ort gewählt wird, hat einen einfachen Grund. Vor allem wegen der Trägheit der Ozeane und weiterer systeminterner Rückkopplungen reagiert die erdnahe Troposphäre nur mit erheblicher zeitlicher Verzögerung auf externe Klimafak-

²⁸ Instrukтив *Brasseur, et al.* (2017), 8 ff.; *Begon, et al.* (2017), 437 ff.; speziell auf das juristische Publikum zugeschnitten *Burger, et al.* (2020), 77 ff. und das BVerfG im Klimabeschluss, vgl. BVerfGE 157, 30 Rn. 18 ff.

²⁹ IPCC (2021b), 5. Weil der IPCC Temperaturperioden vergleicht, bezieht sich der Anstieg genau genommen auf einen Vergleich zwischen den Perioden 1850–1900 und 2000–2010.

³⁰ IPCC (2021b), 5.

³¹ Die Erdgeschichte hält hierfür viele Beispiele bereit, in jüngerer Zeit wird etwa die sog. kleine Eiszeit bis Mitte des 19. Jahrhunderts auf jene „natürlichen“ externen Faktoren zurückgeführt, vgl. (auch zu den kulturhistorischen Implikationen) *Bebringer* (2015), 117 ff.

³² Das Konzept wurde im dritten Sachstandsbericht des IPCC eingeführt und danach weiter verfeinert, instruktiv zur Entwicklungsgeschichte *Schellnhuber* (2015), 66 ff.

toeren. Die darüber liegende Stratosphäre ist dagegen deutlich fixer und passt ihre Temperatur recht schnell den neuen Gegebenheiten an, namentlich einer veränderten Treibhausgaskonzentration. Vereinfacht gesagt lässt sich die Situation mit dem Erhitzen eines Kochtopfs vergleichen. Dass das Wasser warm wird, ist nur eine Frage der Zeit; aber statt darauf zu warten und erst dann die Temperatur im Topf zu messen, kann man auch gleich den von der Herdplatte ausgehenden Energiefluss heranziehen. Der Strahlungsantrieb drückt also den Nettoeffekt der externen Klimafaktoren auf den Wärmehaushalt der Erde aus, er liefert einen Vorgeschmack auf das, was kommt: Ist der Strahlungsantrieb positiv, steigt perspektivisch die Mitteltemperatur an der Erdoberfläche, ist er negativ, sinkt sie. Und mithilfe von atmosphärischen Messdaten, Analysen vergangener Klimaperioden und darauf aufbauenden Erdsystemmodellen lässt sich der Strahlungsantrieb auch in seine einzelnen Faktoren zerlegen und in Temperaturbeiträge übersetzen.³³ Der jüngste Sachstandsbericht des IPCC kommt so zu der besten Abschätzung („best estimate“), dass 1,07°C der 1,09°C Gesamterwärmung auf menschengemachte Faktoren, nämlich quasi ausschließlich anthropogene Treibhausgasemissionen zurückgehen. Demgegenüber lieferten nicht-anthropogene Faktoren wie die Wärmeleistung der Sonne im selben Zeitraum lediglich einen Temperaturbeitrag von +/- 0,1°C.³⁴ Das heißt im Klartext: Für die seit Mitte des 20. Jahrhunderts rasant zunehmende globale Erwärmung sind zwar zu einem sehr kleinen Teil auch natürliche Faktoren ursächlich, aber der alles überragende Anteil ist „eindeutig“³⁵ menschengemacht und entfällt quasi ausschließlich auf anthropogene Treibhausgasemissionen.

Allerdings ist damit nur die Kausalität zwischen Treibhausgasausstoß und Klimawandel gezeigt und noch nicht, inwiefern die Emissionen von Energieproduzenten ursächlich sind. Auch das ist jedoch möglich, und zwar mit sogenannten Buchhaltungstudien, die Emissionsmengen nach Erzeugern aufschlüsseln. Nach jahrelanger Recherchearbeit gelang 2014 dem Klimawissenschaftler Richard Heede hier ein entscheidender Durchbruch.³⁶ Er wies nach, dass 63 % der seit Beginn der industriellen Revolution weltweit emittierten Treibhausgase auf lediglich 90 Großemittenten, die sogenannten Carbon Ma-

³³ Instrukтив zur Funktions- und Leistungsfähigkeit der gängigen klimatologischen Erdsystemmodelle, *Brasseur, et al.* (2017), 8ff.; zur jüngsten Weiterentwicklung *IPCC* (2021b), 12; speziell auf Juristen zugeschnitten *Allen* (2011), 10ff.; *Burger, et al.* (2020), 70ff.

³⁴ *IPCC* (2021b), 5, 11. Die verbleibende Differenz zur beobachteten Erwärmung entfällt auf die veränderte Variabilität der internen Klimafaktoren (+/- 0,2°C). Betrachtet man allein den Bruttobeitrag der Treibhausgase, haben sie sogar zwischen 1°C und 2°C zur Erwärmung beigetragen (allerdings haben zugleich ausgestoßene Aerosole für eine gewisse Abkühlung gesorgt, weshalb es netto „nur“ zur besagten Erwärmung um 1,09°C kam).

³⁵ So die deutsche Übersetzung der Deutschen Koordinierungsstelle des IPCC, die englische Originalversion spricht von „unequivocal“, vgl. *IPCC* (2021b), 5.

³⁶ *Heede* (2014). Die Daten werden fortlaufend auf <https://climateaccountability.org/carbonmajors.html> aktualisiert.

jors, zurückgehen. Unter den Carbon Majors finden sich zahlreiche Energieproduzenten, etwa die italienische Eni S.p.A. oder die brasilianische Petrobras S.A.³⁷ Weil das Klimasystem aber wie eben beschrieben nur verzögert auf Änderungen der Treibhausgaskonzentration reagiert und ein Teil der Emissionen vom Meer und anderen Treibhausgasenken aufgenommen wird, ist der historische Emissionsanteil der Carbon Majors nicht gleichbedeutend mit ihrem Temperaturbeitrag zur globalen Erwärmung. Deshalb speiste 2017 eine sogenannte Attributionsstudie unter Federführung von Brenda Ekwurzel die von Heede ermittelten Emissionsmengen in ein gängiges Erdsystemmodell ein, um so den spezifischen Strahlungsantrieb (und damit auch den entsprechenden Temperaturbeitrag) der Carbon Majors zu ermitteln. Dazu wurden für den Zeitraum von 1880 bis 2010 zwei Modellwelten simuliert: Eine der realen Welt nachempfundene „komplette Welt“, in der besagte Emissionsmenge der Carbon Majors enthalten ist, und eine „partielle Welt“, in der die Emissionsmenge fehlt. Herauskam, dass es in der realitätsnahen kompletten Welt wärmer war als in ihrem partiellen Pendant – und zwar ganze 0,4°C, was wie gesehen knapp der Hälfte der beobachteten globalen Erwärmung entspricht.³⁸ Kürzlich wurde die Studie von Rachel Licker, et al. aktualisiert und auf die bis 2015 angefallene Emissionsmenge ausgedehnt, was den Temperaturbeitrag auf 0,471°C klettern ließ.³⁹

Für den ersten Kausalitätsschritt ergibt sich damit ein sehr klares Ergebnis: Für den Klimawandel sind zwar viele Faktoren ursächlich und die globale Mitteltemperatur hätte sich aufgrund der schieren Menge an anthropogenen Treibhausgasemissionen so oder so erhöht. Aber die Emissionen großer Energieproduzenten und anderer Carbon Majors hinweggedacht, wäre es heute auf der Erde im Mittel knapp 0,5°C kälter.

bb) Schritt 2: Klimabedingte Gletscherschmelze

Beim nächsten Kausalitätsschritt, der klimabedingten Gletscherschmelze, nimmt die naturwissenschaftliche Sicherheit etwas ab, aber sie ist immer noch

³⁷ Da Heede nicht die Emissionen als solche zählt (dazu gibt es zu wenig verfügbare Daten), sondern mithilfe einer anerkannten Berechnungsmethode die in amtlichen und unternehmerischen Statistiken veröffentlichten historischen Produktionsmengen von Öl, Gas und Kohle in Emissionsmengen umrechnet (konkret CO₂-Äquivalente nach den IPCC Carbon Factors), finden sich unter den Carbon Majors ganz überwiegend Mineralöl-, Bergbau- und andere Förderunternehmen. Internationalen Standards entsprechend werden so nicht nur sog. direkte Emissionen aus eigenen Verfeuerungseinheiten wie Kraftwerken oder Transportvehikel erfasst, sondern auch sog. indirekte Emissionen aus fremder Verfeuerung entlang der Lieferkette, z. B. Verbrauch des verkauften Treibstoffs, näher *Griffin* (2017), 5 f. und noch unten § 6 III. 2. d) cc) (1).

³⁸ *Ekwurzel, et al.* (2017). Die Unsicherheitsspanne liegt bei +/- 0,01°C (2,5%). Das genutzte Erdsystemmodell ist *Millar, et al.* (2017) eine Weiterentwicklung des CMIP5 des IPCC.

³⁹ Vgl. *Licker, et al.* (2019), Ergänzende Materialien, Tabelle 5. Die Unsicherheitsspanne liegt bei +/- 0,012°C (2,55%).

sehr hoch. Letztlich verläuft der Nachweisprozess hier ähnlich wie beim Klimawandel, das heißt es geht darum, externe Faktoren zu identifizieren, die die langfristige (also über die jahreszeitlich normale interne Schwankung hinausgehende) Massebilanz eines Gletschers aus der Balance bringen. Neben der solaren Wärmeleistung zählen wiederum Vulkanausbrüche dazu, weil die dabei freigesetzten dunklen Aerosole die Oberflächenreflexion des Sonnenlichts reduzieren. Diese natürlichen Faktoren allein können den seit den 1980er Jahren global zu beobachtenden rapiden Gletscherrückgang aber nicht erklären, denn weder ist die Sonnenleistung entsprechend hoch, noch gibt es ungewöhnlich viele Vulkanausbrüche. Vielmehr zeigen Datensätze über mehrere Jahrtausende, dass Gletschermassen vor allem mit dem Temperaturverlauf korrespondieren, mit steigender Erwärmung also zurückgehen (und umgekehrt).⁴⁰ Und weil jene Erwärmung wie gesehen zuallererst mit dem menschlichen Treibhausgasausstoß zusammenhängt, wurde schon länger vermutet, dass damit der entscheidende Faktor der globalen Gletscherschmelze identifiziert ist. Beim IPCC ist aus der Vermutung dank neuer Studien mittlerweile „sehr wahrscheinliche“ (mehr als 90 % Wahrscheinlichkeit) Gewissheit geworden.⁴¹ Einen entscheidenden Beitrag leistete 2017 ein Forschungsteam um den Klimaphysiker Gerald H. Roe, das sich auf 37 historisch besonders gut dokumentierte Gletscher fokussierte.⁴² Ausgangsfrage war, wie wahrscheinlich es ist, dass der seit Beginn der globalen Erwärmung beobachtete Gletschermasseverlust mit natürlichen Faktoren erklärt werden kann. Dazu verglichen die Forschenden die aufgrund von Langzeitdaten statistisch zu erwartende Gletscherentwicklung ohne anthropogenen Strahlungsantrieb mit der tatsächlichen Entwicklung (also mit anthropogenem Strahlungsantrieb). Dass die untersuchten Gletscher bei nur natürlichen Faktoren ebenso wie in der Realität abgeschmolzen wären, war dabei nahezu ausgeschlossen (0,001 % Wahrscheinlichkeit).⁴³ In einer Folgestudie von 2021 übertrug ein ähnlich besetztes Forschungsteam diesen Ansatz dann auf den globalen Maßstab und simulierte zusätzlich mithilfe eines gängigen Erdsystemmodells die globale Gletscherentwicklung einmal mit und einmal ohne anthropogene Faktoren.⁴⁴ Auch hier war das Ergebnis eindeutig: Es ist „extrem wahr-

⁴⁰ Solomina, et al. (2016).

⁴¹ Vgl. IPCC (2021b), 5, vgl. auch den Sonderbericht zur Kryosphäre IPCC (2019), 6ff. „Sehr wahrscheinlich“ ist dabei für die zweithöchste Wahrscheinlichkeitsschwelle auf der IPCC Skala, die nur noch von „praktisch sicher“ (mehr als 99 % Wahrscheinlichkeit) übertroffen wird.

⁴² Roe, et al. (2017).

⁴³ Roe, et al. (2017), 98; ähnlich (betreffend den Zeitraum von 2000–2019) Hugonnet, et al. (2021), 730f.

⁴⁴ Roe, et al. (2021). Dabei wählte die Studie als Ausgangspunkt der Gletscherentwicklung nicht den Beginn des anthropogenen Klimawandels, sondern das Jahr 1000, um die mitunter jahrhundertelange Reaktionszeit von Gletschern (sog. *response time*) ausreichend zu berücksichtigen, vgl. dazu noch gleich im Text.

scheinlich“ (mehr als 95 % Wahrscheinlichkeit), dass die globale Gletscherschmelze primär durch den Ausstoß von Treibhausgasen verursacht ist; nach der besten Abschätzung ist der tatsächlich eingetretene Verlust komplett klimabedingt.⁴⁵ Der globale Rückgang der Gletscher, fassen die Forschenden für naturwissenschaftliche Verhältnisse ungewöhnlich deutlich zusammen, „is categorical evidence of industrial-era climate change“.⁴⁶

cc) Schritt 3: Abschmelzbedingte Überflutungsgefahr

Wenn Gletschereis schmilzt, wird es zu Wasser. Das Schmelzwasser fließt mit abgelöstem Felsschutt talwärts. Staut sich der Felsschutt auf, entsteht eine Moräne und hinter ihr ein Gletschersee. Strömt weiteres Schmelzwasser ein, wird nicht nur der Gletschersee voluminöser, es steigt auch der auf der Moräne lastende Wasserdruck. Wird er zu stark, kann die Moräne brechen und eine Flutwelle aus Schlamm ergießt sich ins Tal, eine sogenannte *glacial lake outburst flood* (GLOF).⁴⁷ Vor diesem Hintergrund scheint der dritte Schritt – die Kausalität zwischen klimabedingter Gletscherschmelze und Überflutungsgefahr – also wenig Probleme zu bereiten: Wenn wie eben gesehen der emissionsbedingte Klimawandel die Gletscher schmelzen lässt, und wenn überdies Sattelitenaufnahmen belegen, dass zwischen 1990 und 2018 sowohl die Zahl der globalen Gletscherseen als auch ihr kumulatives Volumen um etwa die Hälfte gewachsen ist,⁴⁸ dann lässt der Klimawandel eben auch die Gefahr einer GLOF wachsen.

Doch ganz so einfach ist es nicht. Denn neben stetig anschwellenden Gletscherseen können auch intensive Regen- und Schneefälle GLOFs hervorrufen; vor allem aber sind abgehende Eis- und Gesteinslawinen bedeutend, weil sie Flutwellen erzeugen und Dammanlagen überspülen können. Ähnlich wie bei Klimawandel und Gletscherschmelze werden also auch GLOFs nicht nur von verschiedenen Faktoren beeinflusst, viele dieser Faktoren sind auch natürlich-lokal, wie das sprunghafte Wettergeschehen im Gebirge oder Eis- und Gesteinslawinen infolge eines Erdbebens.⁴⁹ Für den Kausalitätsnachweis muss mithin gezeigt werden, dass nicht diese natürlich-lokalen Faktoren der eigentliche Gefahrenherd sind; anders ausgedrückt: dass den emissionsbedingten Klimawandel hinweggedacht, weniger GLOFs auftreten würden.

⁴⁵ Roe, et al. (2021), 1903.

⁴⁶ Roe, et al. (2021), 1903; so schon Roe, et al. (2017), 95; ähnlich (betreffend den Zeitraum von 2000–2019) Hugonnet, et al. (2021), 730f.

⁴⁷ Näher etwa Rivas, et al. (2015).

⁴⁸ Shugar, et al. (2020), 943.

⁴⁹ Letzteres wird etwa als Auslöser der verheerenden GLOF in Nepal 2016 vermutet, vgl. Cook, et al. (2018).

Diesem Nachweis ist jüngst eine interdisziplinäre Forschungsgruppe um Stephan Harrison sehr nahe gekommen.⁵⁰ Dazu trug die Gruppe zunächst alle weltweit verfügbaren historischen Aufzeichnungen von GLOFs seit 1860 zusammen. Bei der Datenauswertung stellte sich heraus, dass die Frequenz an GLOFs zwischen 1930 und 1970 stark angestiegen war, danach aber wieder zurückging und seither (trotz Schwankungen) im Wesentlichen konstant bleibt. Eine zufällige Häufung von rein natürlich-lokalen Auslösern schloss die Gruppe als Erklärung aus, da sich GLOFs zwischen 1930 und 1970 nicht nur regional, sondern weltweit häuften.⁵¹ Allerdings sprach die Häufung auf den ersten Blick auch nicht für den Klimawandel als Auslöser, denn warum sollte die Frequenz an GLOFs ausgerechnet um 1970 wieder zurückgehen, wenn doch seit ca. 1950 die Temperaturen wie gesehen besonders stark ansteigen? Bei breiter Perspektive wurde indes deutlich, dass Temperatur und GLOFs sehr wohl weitgehend parallel liefen – nämlich zeitversetzt. Der starke Anstieg von GLOFs zwischen 1930 und 1970 ist der Studie zufolge eine verspätete Reaktion der globalen Gletscher auf den abrupten Temperatursprung am Ende der sogenannten kleinen Eiszeit Mitte des 19. Jahrhunderts.⁵² Vereinfacht ausgedrückt reagieren die allermeisten Gletscher derart träge auf Temperatursteigerungen, dass sie erst mehrere Jahrzehnte aufheizen müssen, um überhaupt ins Schwitzen zu kommen. Sobald der Schweiß aber einmal fließt, erhöht sich in der Folge auch die GLOF-Frequenz und nimmt erst wieder ab, wenn sich die Gletscher an die höhere Temperatur gewöhnt haben.⁵³ Übertragen auf die gegenwärtige, seit ca. 1950 dynamisch voranschreitende anthropogene Klimaerwärmung folgt daraus zweierlei: Erstens müsste bei den allermeisten Gletschern die Schweißentwicklung mittlerweile eingesetzt haben. Das deckt sich nicht nur mit den obigen Befunden, wonach seit 1990 die Gletscherseen weltweit stark expandieren und die Massebilanz bei allen Gletschertypen ins Negative kippt.⁵⁴ Es bedeutet vor allem, dass der Anstieg der GLOF-Frequenz unmittelbar bevorstehen dürfte. Und weil zweitens die anthropogene globale Erwärmung im Gegensatz zur natürlichen am Ende der kleinen Eiszeit immer weiter zunimmt, wird es kaum bei einer kurzen Häufung an GLOFs bleiben. „We can expect“, fasst die Studie

⁵⁰ *Harrison, et al.* (2018).

⁵¹ Dass es sich nur um eine Häufung der Berichte (und nicht der tatsächlich ereigneten GLOFs) handelt, schließen die Forschenden ebenfalls aus, da in vielen Regionen das Berichtswesen bereits seit Anfang des Jahrhunderts (und jedenfalls seit 1970) weltweit etabliert war, vgl. *Harrison, et al.* (2018), 1204.

⁵² *Harrison, et al.* (2018), 1203 ff.

⁵³ Konkret setzen *Harrison, et al.* (2018), 1198 ff. die „GLOF response time“ der allermeisten Gletscher (bestehend aus der „lake-inception time“ und der „lake growth“ time“) bei 80 Jahren an – danach ist das System instabil und es läuft die (mitunter jahrzehntelange) „trigger time“, in der vermehrt GLOFs zu erwarten sind. Gerade bei großen Gletschern, kann die response time aber auch deutlich länger sein und mehrere Jahrhunderte betragen, vgl. *Roe, et al.* (2021), 1891 ff.

⁵⁴ *Shugar, et al.* (2020), 943; *Roe, et al.* (2021), 1891 ff. und oben § 6 II. 1. a) bb).

zusammen, „a substantial increase in GLOF incidence throughout the 21st century as glaciers and lakes respond more dynamically to anthropogenic climate warming.“⁵⁵ Und das mit „hohem Vertrauen“ auch in bislang verschonten Regionen und zu jeder Jahreszeit, wie der IPCC die aktuelle Forschungslage zusammenfasst.⁵⁶

b) Enge Perspektive: Parteibezogene naturwissenschaftliche Kausalität

Was die statusgruppenbezogene naturwissenschaftliche Kausalität zwischen Klimaopfern und Energieproduzenten angeht, existiert also eine Ursache-Wirkungsbeziehung. Freilich geht es „nur“ um eine Mitverursachung, und der Mitverursachungsbeitrag verflüchtigt sich am Ende der Kausalkette. Das zeigt sich deutlich, wenn wir die 90 Carbon Majors einmal stellvertretend für die Statusgruppe Energieproduzenten nehmen: Ihr Verursachungsbeitrag lässt sich beim ersten und zweiten Kausalitätsschritt, dem produzentenbedingten Klimawandel und der klimabedingten Gletscherschmelze, noch auf etwa 50 % beziffern – rund die Hälfte der beobachteten globalen Erwärmung zwischen 1880–2015 geht auf die Carbon Majors zurück; entsprechend haben sie zur Gletscherschmelze, die nach der aktuell besten Abschätzung ausschließlich klimabedingt ist, rund die Hälfte beigetragen. Beim letzten Schritt, der abschmelzbedingten Überflutungsgefahr, nimmt der Verursachungsbeitrag dann deutlich ab. Denn obwohl klimabedingt mehr GLOFs zu erwarten sind, bleibt es dabei, dass GLOFs auch weiterhin durch Erdbeben und andere natürlich-lokale Faktoren ausgelöst werden. Mit anderen Worten ist der Klimawandel auch hier nur eine Ursache in einem Bündel von Ursachen. Selbst wenn man also – eher konservativ – den Klimawandelbeitrag zur GLOF-Frequenz auf 50 % taxieren würde,⁵⁷ ginge dies wiederum nur zur Hälfte auf das Emissionskonto der Carbon Majors. Unter dem Strich käme bei der Statusgruppe der von GLOFs bedrohten Klimaopfer also nur ein Verursachungsbeitrag von 25 % an (50 % von 50 % klimabedingter Überflutungsgefahr). Freilich ist wichtig festzuhalten, dass all diese Einschränkungen am Ergebnis nichts ändern: Der Verursachungsbeitrag großer Energieproduzenten und anderer Carbon Majors verflüchtigt sich zwar, aber er ist bis ans Ende der naturwissenschaftlichen Kausalkette klar vorhanden.

Mit dem Nachweis der statusbezogenen ist jedoch noch nichts über die parteibezogene naturwissenschaftliche Kausalität gesagt, ob also auch zwischen

⁵⁵ *Harrison, et al.* (2018), 1206.

⁵⁶ *IPCC* (2019), 18. „Hohes Vertrauen“ steht dabei für die zweithöchste Sicherheitsstufe („mit einer 8 zu 10 Chance liegen wir richtig“).

⁵⁷ Taxieren deshalb, weil sich (jedenfalls bislang) der Klimawandelanteil zur GLOF-Frequenz nicht genauer quantifizieren lässt. 50 % erscheinen aber deshalb nicht zu hoch gegriffen, weil sich in der Hochphase von 1930–1970 die GLOF-Frequenz mehr als verdoppelte, vgl. *Harrison, et al.* (2018), 1202, 1205.

dem konkreten Klimaopfer Luciano Lliuya und dem konkreten Energieproduzenten RWE eine Ursache-Wirkungsbeziehung besteht. Wiederum vollzieht sich die Kausalität hier als Dreischritt, nur mit dem Unterschied, dass nun über die statusbezogene Perspektive hinaus ein tiefergehender Blick auf die Situation der Parteien nötig ist: Es braucht erstens Kausalität zwischen RWE-Emissionen und Klimawandel in Huaraz (RWE-bedingter Klimawandel in Huaraz); zweitens Kausalität zwischen RWE-bedingtem Klimawandel in Huaraz und dem Abschmelzen des örtlichen Palcaraju-Gletschers (klimabedingte Hausgletscherschmelze); und drittens Kausalität zwischen klimabedingter Hausgletscherschmelze und Überflutungsgefahr von Lliuyas Grundstück (abschmelzbedingte Grundstücksgefahr).⁵⁸

aa) Schritt 1: RWE-bedingter Klimawandel in Huaraz

Oben haben wir gesehen, dass die globale Mitteltemperatur seit Aufzeichnungsbeginn im Jahr 1880 um 1,09°C gestiegen ist und der Temperaturtrend seit ca. 1950 stark anzieht. Für die parteibezogene Kausalität hilft dieser aggregierte Blick aber nicht weiter, denn dazu braucht es den Nachweis, dass der emissionsbedingte Klimawandel auch bei Lliuya, in der peruanischen Andenregion Cordillera Blanca, angekommen ist. Das war lange zweifelhaft. Denn obwohl die Temperaturen in Peru und den Anden generell bis ca. 1980 parallel zum globalen Trend stiegen, verlangsamte sich danach die Erwärmung deutlich, teilweise wurde es sogar kälter. Manche verleitete das zu dem Schluss, dass der Klimawandel in den Anden gewissermaßen chancenlos ist, weil regionale Faktoren die Temperaturentwicklung nahezu vollständig dominieren, namentlich die natürlich stark schwankende Oberflächentemperatur des Nordpazifiks (sogenannte Pazifische Dekaden-Oszillation, PDO).⁵⁹

Jüngst konnten zwei Studien jedoch zeigen, dass dieser Schluss zu voreilig war. Bei genauem Blick auf die Temperaturaufzeichnungen lokaler Messstationen wurde deutlich, dass lediglich in flachen, küstennahen Regionen die Temperaturen nach 1980 stagnierten bzw. zurückgingen, während es in Höhenlagen über 2.000 Meter – und auch speziell in der peruanischen Cordillera Blanca – weiterhin wärmer wurde.⁶⁰ Und die Studien belegten auch, dass der emissionsbedingte Klimawandel sehr wahrscheinlich die alles entscheidende Ursache

⁵⁸ Ebenso *Stuart-Smith, et al.* (2021b), 88: „three-step attribution“; in der Sache auch *Frank* (2017), 666, der jedoch Schritt 1 nochmals aufgliedert und *Wagner* (2020b), 48ff., der sogar nach sechs Schritten aufteilt. Die folgenden Ausführungen finden sich komprimiert schon in *Schirmer* (2021a), 1100f.

⁵⁹ Etwa *Falvey/Garreaud* (2009). Neben der PDO galten auch sog. El Niño/Southern Oscillation-Phänome (ENSO) als entscheidender Treiber.

⁶⁰ Speziell für die Cordillera Blanca *Schauwecker, et al.* (2014); für die Andenregion generell *Vuille, et al.* (2015). Diese und weitere Studien mit „hohem Vertrauen“ aufgreifend jüngst *IPCC* (2021a), Atlas 76f.

ist.⁶¹ Denn während in den Küstenregionen die Temperaturen ab 1980 den erwarteten Verlauf nahmen und gemeinsam mit der abfallenden Nordpazifiktemperatur sanken, koppelte sich die Temperatur in den Höhenlagen von diesem natürlichen Wechselspiel ab und stieg stattdessen parallel zum globalen Erwärmungstrend.⁶² 2021 wollte es eine Untersuchung noch genauer wissen und nahm sich allein die Temperaturentwicklung im Raum Huaraz vor.⁶³ Das mithilfe von Messdaten und einem gängigen Erdsystemmodell ermittelte Ergebnis war eindeutig: Wie auch in den übrigen Höhenlagen der Anden stieg die Temperatur im Raum Huaraz seit 1880 parallel zum globalen Trend um 1°C und war „extrem wahrscheinlich“ (mehr als 95 % Wahrscheinlichkeit) ausschließlich vom emissionsbedingten Klimawandel angetrieben.⁶⁴ Während also einiges dafür spricht, dass sich der Klimawandel in den küstennahen Andenregionen gegenwärtig nur wenig bemerkbar macht,⁶⁵ heizt er den Höhenlagen der Cordillera Blanca und dem Raum Huaraz geradezu prototypisch ein.

Aber inwiefern sind dafür RWEs Treibhausgasemissionen ursächlich? Bei der statusgruppenbezogenen Kausalität haben wir bereits die Buchhaltungsstudie von Richard Heede kennengelernt, die anhand von öffentlich aufgezeichneten Produktionsmengen die historischen Emissionsbeiträge der 90 Carbon Majors ermittelte.⁶⁶ Heedes Untersuchung ist aber auch für die parteibezogene Kausalität aufschlussreich, denn einer dieser Carbon Majors ist RWE. Danach gehen allein auf RWE 0,47 % aller seit Beginn der industriellen Revolution ausgestoßenen Treibhausgase zurück – was derzeit Platz 31 im internen Ranking der Carbon Majors bedeutet.⁶⁷ Dabei ist der Eintrag bis in die Gegenwart sehr sta-

⁶¹ Konkret sprechen *Vuille, et al.* (2015), 3755 vom emissionsbedingten Klimawandel als „most likely factor“, was in Anlehnung an die IPCC Terminologie mehr als 90 % Wahrscheinlichkeit entspricht.

⁶² Konkret betrug zwischen 1983 und 2012 die Anstiegsrate der Mitteltemperatur in der Cordillera Blanca 0,13°C pro Dekade, was 0,01°C Celsius Abweichung zur Zuwachsrate der globalen Mitteltemperatur im selben Zeitraum bedeutet. Demgegenüber liegt der Korrelationswert zwischen PDO und Mitteltemperatur bei sehr geringen 0,1, was auf keinen Zusammenhang hindeutet, vgl. *Schauwecker, et al.* (2014). Für die Andenregion generell *Vuille, et al.* (2015), 3749 ff.

⁶³ *Stuart-Smith, et al.* (2021b).

⁶⁴ Konkret wurde wiederum die Temperaturentwicklung im Raum Huaraz einmal mit und einmal ohne anthropogenen Strahlungsantrieb modelliert und dann mit den Mitteltemperaturen und Trends aus dem Temperaturektoren-Datensatz HadCRUT4-CW abgeglichen. Dabei ergab sich für den gängigen Referenzzeitraum von 30 Jahren (hier: 1989–2018) eine 95 %ige Übereinstimmung zwischen anthropogenem Strahlungsantriebsmodell und tatsächlichem Temperaturanstieg, während natürliche Klimafaktoren nur eine sehr geringe Korrelation aufwiesen, vgl. *Stuart-Smith, et al.* (2021b), 85 f.

⁶⁵ Allerdings könnte auch hier der Klimawandel eine deutlich größere Rolle spielen als bislang bekannt, denn vieles spricht dafür, dass die PDO und andere „natürliche“ Faktoren ihrerseits durch den Klimawandel aus der Balance geraten, vgl. *Vuille, et al.* (2015), 3756.

⁶⁶ Oben § 6 II. 1. a) aa).

⁶⁷ Vgl. *Heede* (2014), Ergänzende Materialien, 6 (damals noch Platz 28). Die Daten werden fortlaufend auf <https://climateaccountability.org/carbonmajors.html> aktualisiert. Der An-

bil. Für den Zeitraum von 1988–2015 kam eine Folgestudie zu einem Emissionsanteil von 0,5 %;⁶⁸ für die Jahre danach ergeben die von RWE selbst angegebenen Emissionsmengen ähnliche Quoten.⁶⁹

Doch entfällt auf RWE deshalb auch ein entsprechender Verursachungsbeitrag am Klimawandel? Machen 0,47 % Emissionsanteil überhaupt einen Unterschied, haben die übrigen 99,53 % den Planeten nicht ohnehin erwärmt? Natürlich haben sie das, aber damit lässt sich nicht RWEs Verursachungsbeitrag relativieren. Denn wie warm es wird, hängt wie gesehen entscheidend vom externen Strahlungsantrieb ab, und der nimmt mit jeder weiteren Steigerung der atmosphärischen Treibhausgaskonzentration zu – unabhängig davon, wo auf der Welt Treibhausgase ausgestoßen werden. Grundsätzlich lässt sich deshalb jede noch so kleine Emissionsmenge mithilfe eines Erdsystemmodells in einen spezifischen Strahlungsantrieb und einen entsprechenden Temperaturbeitrag übersetzen. Exakt das war das Ziel der auf Heede aufbauenden Attributionstudien von Ekwurzel, et al. und Licker, et al., die bereits oben zur Sprache kamen.⁷⁰ Dabei ermittelten die Forschenden nicht nur den Beitrag aller 90 Carbon Majors zur globalen Erwärmung, sondern schlüsselten dies auch für jeden Carbon Major individuell auf. Für RWE kam die jüngste Untersuchung auf einen Temperaturbeitrag von 0,003°C, was 0,321 % der beobachteten globalen Erwärmung entspricht.⁷¹

Damit ist der erste Schritt der parteibezogenen Kausalität komplett: Die auf RWE zurückgehenden Emissionen hinweggedacht, wäre es heute auf der Erde –

satz ist sehr konservativ, und zwar gleich doppelt: Weil robuste Daten für frühere Zeiträume fehlen, stützt sich Heedes Berechnung zum einen nur auf die inländischen Produktionsmengen seit 1965. Nicht berücksichtigt ist mithin der Verbrauch in der ersten Jahrhunderthälfte, wo allein zwischen den Weltkriegen mehr als 300 Millionen Tonnen Braun- und Steinkohle jährlich gefördert wurden (vgl. *Heinrich-Böll-Stiftung/BUND* (2015), 15) – und angesichts der schon damals erheblichen Marktstellung (näher *Pohl* (1992), 37 ff.) ein erheblicher Teil auf RWE entfallen dürfte. Zum anderen werden aus methodischen Gründen nur die Emissionen aus Braunkohle erfasst, nicht die aus anderen fossilen Energiequellen (Steinkohle, Gas). Dazu auch noch unten § 6 III. 2. d) cc) (1).

⁶⁸ *Griffin* (2017), 14.

⁶⁹ 2017 gab RWE in seinem Nachhaltigkeitsbericht einen konzernweiten CO₂-Ausstoß von 219 Mio. Tonnen an, was 0,59 % der globalen CO₂-Emissionen für dieses Jahr entspricht, vgl. *Le Quéré, et al.* (2018). Der Anteil liegt gegenüber den genannten Buchhaltungsstudien etwas höher, da diese auch den Methanausstoß berücksichtigen, der bei RWE verhältnismäßig gering ausfällt. In jüngerer Zeit entwickeln sich RWEs Treibhausgasemissionen stark rückläufig, in 2019 lagen sie etwa „nur“ noch bei rund 112 Mio. Tonnen, vgl. zum Ganzen *RWE-Group* (2020c), 4 ff. und noch unten § 6 III. 3. b) cc) (f) (bb).

⁷⁰ Oben § 6 II. 1. a) aa).

⁷¹ *Licker, et al.* (2019), Ergänzende Materialien, Tabelle 5. Untersuchungszeitraum ist 1880–2015; die Unsicherheitsspanne liegt bei +/- 0,000072°C bzw. +/- 0,0078 % (2,4 %). Quasi identisch (für 1880–2010: 0,378 %) *Ekwurzel, et al.* (2017), Ergänzende Materialien 2, Tabelle 5. Weil sich jene Studien auf Heedes Buchhaltungsstudien beziehen, die für RWE ausschließlich Braunkohle ansetzen, resultiert RWEs Temperaturbeitrag allein aus Braunkohleemissionen.

und auch im klimawandelgeplagten Huaraz – im Mittel 0,003°C kälter. Dass sich vor Luciano Lliuyas Haustür die Temperaturen parallel zum globalen Trend um 1°C erhöht haben, hat mithin auch RWE verursacht; konkret liegt der Anteil bei unter einem halben Prozent.

bb) Schritt 2: Klimabedingte Hausgletscherschmelze

Was die Gletscherschmelze angeht, ist die Situation in den Anden sogar noch dramatischer als im globalen Maßstab. Der Massebilanzverlust ist hier besonders hoch, und auch der Trend verströmt wenig Optimismus: Die letzten drei Jahrzehnte waren die verlustreichsten bisher.⁷² Die uns interessierende Cordillera Blanca in Peru macht hiervon keine Ausnahme. Mithilfe von Satellitenaufnahmen konnte gezeigt werden, dass die regionalen Gletscher seit Mitte der 1980er Jahre um ein Viertel geschrumpft sind und die Verlustrate zwischen 2004 und 2010 sogar dreieinhalbfach höher war als die ohnehin schon hohe der letzten drei Jahrzehnte.⁷³ Speziell für den Palcaraju-Gletscher vor Lliuyas Haustür fehlten lange Detailuntersuchungen, diese Lücke hat eine Forschungsgruppe um Rupert Stuart-Smith jedoch jüngst geschlossen.⁷⁴ Ihrer Auswertung zufolge hat sich die Ausdehnung des Palcaraju-Gletschers seit 1880 von 4.250 Meter auf 2.400 Meter fast halbiert (Abb. 2); und wie sonst in der Region sind die Längenverluste des Palcaraju nach 1980 besonders hoch.⁷⁵ Wo Jahrzehnte zuvor noch Eis die Bergschulter bedeckte, sammelt sich nun Schmelzwasser und lässt den Gletschersee auf Rekordwerte anschwellen – und das in Rekordzeit: 1987 fasste er noch ein Volumen von rund 2 Millionen Kubikmetern, 2016 waren es schon über 17 Millionen Kubikmeter (Abb. 3).⁷⁶ „[A]s glacier ice was simply replaced by lake water“, stellt eine aktuelle Studie um den Schweizer Glaziologen Christian Huggel nüchtern fest, „close to 100 % of the lake growth can be explained by glacier retreat.“⁷⁷

⁷² Rabatel, et al. (2013); Vuille, et al. (2018); Dussaillant, et al. (2019).

⁷³ Burns/Nolin (2014); ebenso die lokalen Messdaten nutzende Untersuchung von Schawecker, et al. (2014). Von 2000–2019 hat sich die Geschwindigkeit noch weiter verschärft, vgl. Hugonnet, et al. (2021), 728ff. Diese und weitere Studien aufgreifend IPCC (2021a), 9–79ff.

⁷⁴ Stuart-Smith, et al. (2021b).

⁷⁵ Referenzjahr ist 2018. Weil genaue Messdaten fehlen, beruht die 1880-Ausdehnung auf einer – konservativen – Schätzung, wofür wiederum der Moränenverlauf und Erfahrungswerte aus der Region die Grundlage bilden. Zu beachten ist auch, dass der Rückgang der Gletscherausdehnung nicht einen entsprechenden Verlust an Massebilanz bedeutet. Die jahreszeitlich recht konstante Ausdehnung eines Gletschers ist jedoch insbesondere in den Tropenregionen ein geeignete Methode, um die Klimasensitivität eines Gletschers zu bestimmen, vgl. zu allem die methodischen Erläuterungen bei Stuart-Smith, et al. (2021b).

⁷⁶ Rapre/Checa (2016), 7ff.; Frey, et al. (2018), 4.

⁷⁷ Huggel, et al. (2020), 2180.

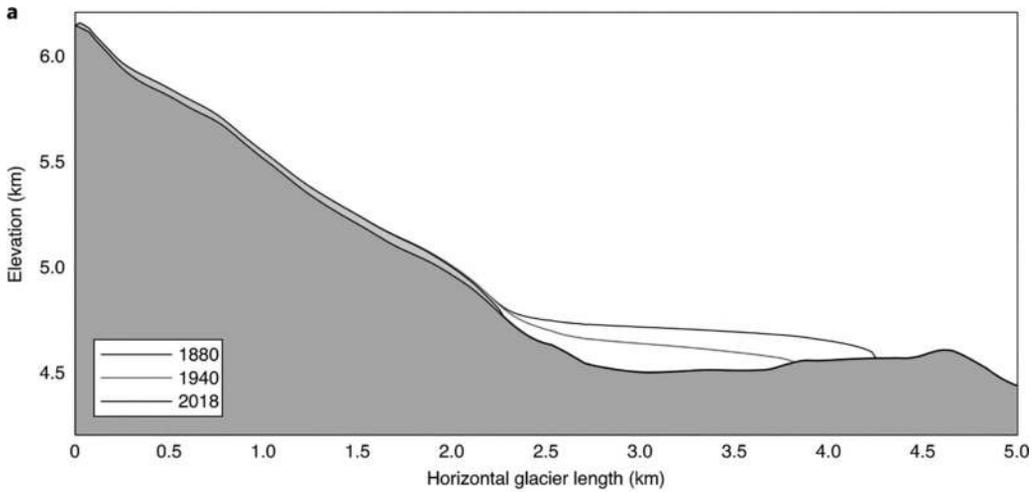


Abbildung 2: Querschnittsprofil des modellierten Palcaraju-Gletschers⁷⁸

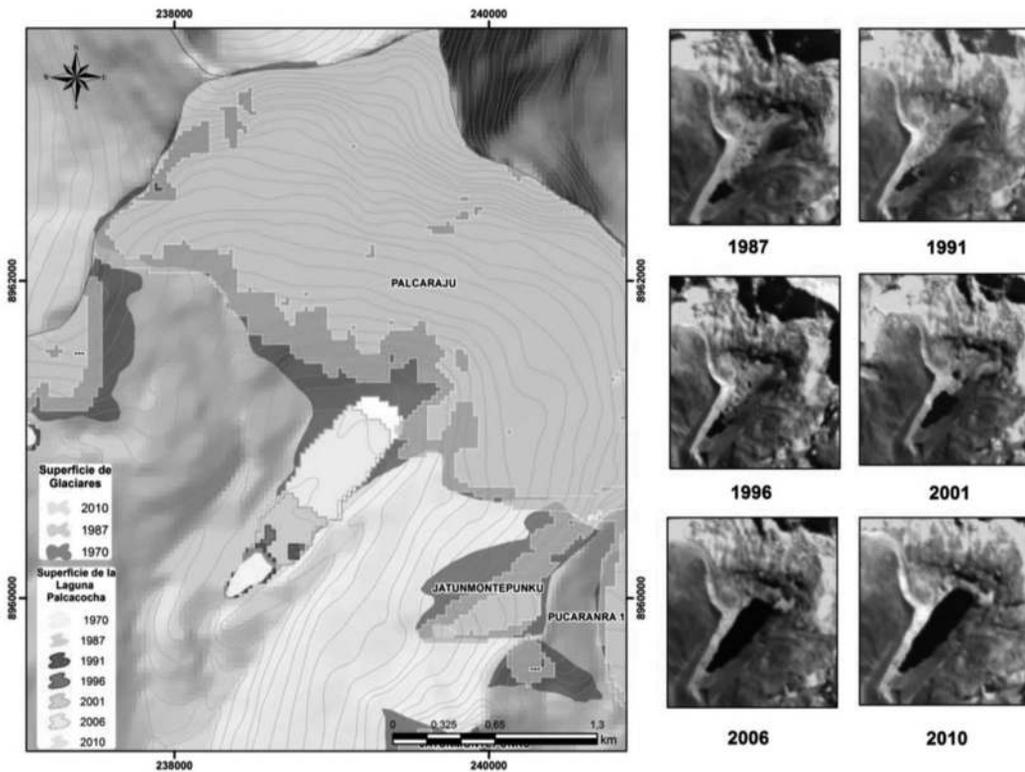


Abbildung 3: Entwicklung von Palcaraju-Gletscher und Laguna Palcacocha⁷⁹

⁷⁸ Leicht modifiziert nach *Stuart-Smith, et al.* (2021b), 87. Die obere Linie steht für die Gletscherausdehnung in 1880, die mittlere Linie für die in 1940 und die linksobere Ausfüllung für die in 2018 (in der Originalgrafik zusätzlich enthaltenes Massebilanzprofil ausgelassen).

⁷⁹ *Rapre/Checa* (2016), 7. Jeweils aus Satellitenaufnahmen erzeugt; linke Bildhälfte von 1970–2010, rechte Bildhälfte von 1987–2010, dort Gletschersee in schwarz.

Schon diese Parallelität zum globalen Gletscherschwund spricht für den Klimawandel als Urheber.⁸⁰ Allerdings sind die Andengletscher aufgrund ihrer Lage an der tropischen Pazifikküste besonders starken natürlichen Faktoren ausgesetzt, namentlich der intensiven Wärmeeinstrahlung der Sonne und der bereits erwähnten schwankenden Meerestemperatur.⁸¹ Um den Einfluss jener natürlichen Faktoren als Ursache des Rückgangs auszuschließen, modellierten Stuart-Smith, et al. (ähnlich wie Roe, et al. im globalen Maßstab) deshalb die Ausdehnung des Palcaraju einmal mit und einmal ohne Klimaerwärmung durch externen Strahlungsantrieb und verglichen sie dann mit der beobachteten Gletscherentwicklung. Dabei zeigte sich, dass die Gletscherausdehnung bei rein natürlicher Beeinflussung im Mittel lediglich um rund 230 Meter geschwankt hätte. Angesichts dieser Zahlen sind die Forschenden „praktisch sicher“ (mehr als 99 % Wahrscheinlichkeit), dass der Einfluss natürlicher Faktoren den rapiden Rückgang des Palcaraju nicht erklären kann und nur der Klimawandel als „necessary cause“ in Betracht kommt.⁸² Wegen der krassen Diskrepanz von simulierter (stabiler) und beobachteter (stark negativer) Entwicklung geht ihre beste Abschätzung sogar so weit, dass der Längenverlust seit 1880 ausschließlich auf die globale Erwärmung zurückgeführt werden kann. Huaraz ist also nicht nur prototypisch für den globalen Temperaturtrend, auch das sämtlich klimabedingte Abschmelzen des Palcaraju entspricht dem globalen Muster.⁸³

cc) Schritt 3: Abschmelzbedingte Grundstücksgefahr

Führt das klimabedingte Abschmelzen des Palcaraju aber auch zu einer Überflutungsgefahr bei Lliuya in Huaraz? Konkret geht es um die Gefahr einer *glacial lake outburst flood* (GLOF), deren Grundelemente wir bereits kennengelernt haben. Betrachten wir nun genauer die Situation vor Ort:⁸⁴ Der Palcaraju ist ein sogenannter Hängegletscher, das heißt er züngelt sich nicht (wie etwa die bekannten großen Alpengletscher) bei geringer Neigung stetig talwärts, sondern verläuft entlang sehr steiler Felswände und endet abrupt oberhalb seines

⁸⁰ So etwa Vuille, et al. (2018), 3.

⁸¹ Rabatel, et al. (2013), 91 ff.

⁸² Stuart-Smith, et al. (2021b), 88; zustimmend Huggel, et al. (2020), 2180f. „Praktisch sicher“ ist die höchste Wahrscheinlichkeitsstufe auf der IPCC Skala.

⁸³ Zwar sprechen die erwähnten Ergebnisse von Harrison, et al. (2018) zur langen Reaktionszeit von Gletschern dafür, dass der bis Mitte des 20. Jahrhunderts angefallene moderate Rückgang zumindest zu einem kleinen Teil auch durch den natürlichen Temperatursprung zum Ende der kleinen Eiszeit bewirkt wurde, allerdings ist dies in die Modellierung schon eingerechnet: Bei rein natürlicher Entwicklung wäre der Palcaraju (und die Gletscher weltweit) nach kurzem Schwitzprozess wieder gewachsen, so dass der Gesamtlängenverlust seit 1880 eben doch allein auf den Klimawandel zurückgeht, vgl. Stuart-Smith, et al. (2021b), 88f.; Roe, et al. (2021), 1891 ff.

⁸⁴ Die folgenden Sachverhaltsangaben beruhen, soweit nicht anders angegeben, auf der Darstellung bei Somos-Valenzuela, et al. (2016), 2522f. und Huggel, et al. (2020), 2177 ff.

Gletschersees, der Laguna Palcacocha (oben Abb. 2). Da sich Eis- und Gesteinslawinen aufgrund dieser Hanglage leicht lösen und mit hoher Geschwindigkeit auf der Wasseroberfläche aufschlagen können, ist die Gefahr von Flutwellen erheblich.⁸⁵ Wird die begrenzende Moräne am Ende des Gletschers von der Flutwelle überspült, ergießt sich ihr Überlauf ins Tal und erreicht nach kurzer Zeit als schlammige GLOF Huaraz (oben Abb. 1). Dass das nicht nur ein Gedankenspiel ist, zeigte sich 1941 als eine verheerende GLOF Huaraz überflutete und mindestens 1.800 Menschen tötete. Was genau die GLOF auslöste, ist bis heute nicht abschließend geklärt, allerdings deutet vieles auf eine abgehende Eis- oder Gesteinslawine hin. Jedenfalls hielt die Moräne nicht stand – es ergoss sich also nicht nur der Überlauf ins Tal, sondern auch große Teile des seinerzeit 10–12 Millionen Kubikmeter Wasser fassenden Gletschersees.⁸⁶ Um weitere Unglücke zu vermeiden, wurde die Moräne in der Folgezeit zusätzlich durch zwei Dämme verstärkt und das Volumen des Gletschersees auf ca. 500.000 Kubikmeter reduziert. Mitte der 1970er Jahre wurden künstliche Abflüsse gelegt, um mehrere Meter Spielraum (sogenannter Freibord) zwischen Wasseroberfläche und Moränenkante zu lassen. 2003 kam es infolge eines Erdbebens zu einer GLOF, die zwar die Moräne erheblich beschädigte, aber nur gering überspülte, so dass in Huaraz nur kleinere Schäden entstanden.

So weit zur Ausgangslage. Wie steht es nun um das akute GLOF-Risiko? Oben bei der statusbezogenen naturwissenschaftlichen Kausalität haben wir gesehen, dass sich das Risiko als Frequenz ausdrücken lässt („in 10 Jahren sind 2 GLOFs zu erwarten“) und eine Frequenzsteigerung dementsprechend eine Risikoerhöhung bedeutet („in 10 Jahren 4 GLOFs“).⁸⁷ Diese Vorgehensweise macht für einen globalen Überblick Sinn, sagt aber über das konkrete GLOF-Risiko an einem bestimmten Ort wenig aus. Folglich wird hier typischerweise das Risiko nach Gefahrstufen näher spezifiziert. Drohen etwa Menschen außerhalb und innerhalb von Gebäuden durch die GLOF verletzt und Gebäude hinweggeschwemmt zu werden, besteht ein „hohes Risiko“; sind Menschen in Innenräumen dagegen weitgehend sicher und droht den Gebäuden nur Schaden, nicht aber sofortige Zerstörung, ist das Risiko „mittel“; sind die Gefahren für Menschen und Gebäude generell gering, besteht „geringes Risiko“. Die jeweilige Gefahrstufe steht dabei für die Funktion aus Flutintensität und Eintrittswahrscheinlichkeit des Auslöserszenarios, wobei beides wiederum in Stufen ausgedrückt wird; die Intensität ist etwa „hoch“ bei schnellfließenden und/oder mehr als einen Meter hohen Flutwellen.⁸⁸ Simuliert man nun mithilfe eines dynami-

⁸⁵ *Emmer/Vilímek* (2013).

⁸⁶ Neueste simulationsgestützte Untersuchungen sehen in der Kombination aus (kleiner) Flutwelle und Erosion der Moräne die plausibelste Ursache, vgl. *Mergili, et al.* (2020).

⁸⁷ Oben § 6 II. 1. a) cc).

⁸⁸ Grundlegend *Raetzo, et al.* (2002); in Peru wird darüber hinaus noch ein sehr geringes (worst case) Risiko ausgewiesen, näher *Frey, et al.* (2018), 6. Dass die Eintrittswahrscheinlich-

schen Modells den GLOF-Verlauf für verschiedene Auslöserszenarien und setzt die so gewonnen Flutintensitäten in Relation zu den jeweiligen Eintrittswahrscheinlichkeiten, lässt sich für die untersuchte Region eine Flutkarte erzeugen, die ziemlich punktgenau das spezifische GLOF-Risiko ausweist.⁸⁹

2016 legte ein von Marcelo Somos-Valenzuela angeführtes Forschungsteam eine entsprechende Flutkarte für Huaraz vor.⁹⁰ Ausgangspunkt bildeten drei Auslöserszenarien, nämlich der Abgang einer kleinen, mittleren bzw. großen Eis- oder Gesteinslawine in die Laguna Palcacocha;⁹¹ im Anschluss wurde für alle Szenarien der weitere Geschehensablauf simuliert, also der Aufprall der jeweiligen Lawine im Gletschersee, die dadurch erzeugte Welle, ihr Überlauf und die Erosionen an der Moräne, die Anreicherung der Flutwelle mit talwärts aufgenommen Sedimenten und zuletzt die Verteilung der schlammigen Flutwelle in Huaraz. Das Ergebnis war wenig erfreulich: Zwar hielt die Moräne selbst einer großen Lawine stand, so dass ein verheerender Ausfluss des Gletschersees wie anno 1941 aktuell nahezu ausgeschlossen ist.⁹² Allerdings genügte schon der Überlauf, um in großen Teilen von Huaraz eine schlammige Flutwelle von hoher Intensität zu erzeugen. Und weil die Moräne nicht nur bei Abgang einer großen Lawine, sondern in allen Szenarien überspült wurde, kam selbst bei einer kleinen Lawine in den flussnahen Gebieten eine hoch intensive Welle an. Wenig überraschend verzeichnet die Flutkarte daher für erhebliche Teile von Huaraz ein hohes GLOF-Risiko. Bei gegenwärtigem Zustand der Laguna Palcacocha drohen auf 1,43 Quadratkilometern Stadtgebiet Menschen außerhalb und innerhalb von Gebäuden verletzt und Gebäude hinweggeschwemmt zu werden.⁹³ Zwei Studien von Schweizer GLOF-Fachleuten haben diese Er-

keit nicht quantitativ (probability in %) beziffert wird, liegt daran, dass GLOFs typischerweise von Eis- oder Gesteinslawinen ausgelöst werden und hierfür regelmäßig (und auch in der Cordillera Blanca) nicht ausreichend robuste Daten vorliegen. Man behilft sich deshalb mit einer Abstufung (likelihood), die sich umgekehrt proportional zur Lawinengröße verhält, d. h. große Lawinen sind unwahrscheinlicher als kleine, vgl. *Huggel, et al.* (2004).

⁸⁹ Bsp.: Werden drei Auslöserszenarien simuliert (1: große Lawine, geringe Eintrittswahrscheinlichkeit; 2: mittlere Lawine, mittlere Eintrittswahrscheinlichkeit; 3: kleine Lawine, große Eintrittswahrscheinlichkeit) und ergibt das GLOF-Modell für den geografischen Punkt X für Szenarien 1 und 2 jeweils: mittlere Flutintensität sowie für Szenario 3: geringe Flutintensität, folgt daraus nach der Standardklassifikation von *Raetzo, et al.* (2002) für Szenario 1: geringes Flutrisiko und für 2 und 3: mittleres Flutrisiko. Überträgt man die Risikoergebnisse nun in eine alle drei Szenarien zusammenführende Flutkarte, ergibt sich für unseren geografischen Punkt X: mittleres Flutrisiko – denn das höchste Risikolevel setzt sich hier durch.

⁹⁰ *Somos-Valenzuela, et al.* (2016).

⁹¹ Klein bedeute dabei eine Lawine mit dem Volumen von 0,5 Millionen Kubikmetern, mittel 1 Million Kubikmetern und 3 Millionen Kubikmetern, vgl. *Somos-Valenzuela, et al.* (2016), 2525.

⁹² *Somos-Valenzuela, et al.* (2016), 2531 f.

⁹³ *Somos-Valenzuela, et al.* (2016), 2531 ff.

gebnisse unlängst bekräftigt.⁹⁴ Dabei liegen in allen Simulationen die von der höchsten Flutwellenintensität betroffenen Gebiete in der Nähe des Quillcay Flusses, unter anderem im westlichen Teil des Bezirks Nueva Florida (Abb. 4). Und genau dort liegt Luciano Lliuyas Grundstück.⁹⁵

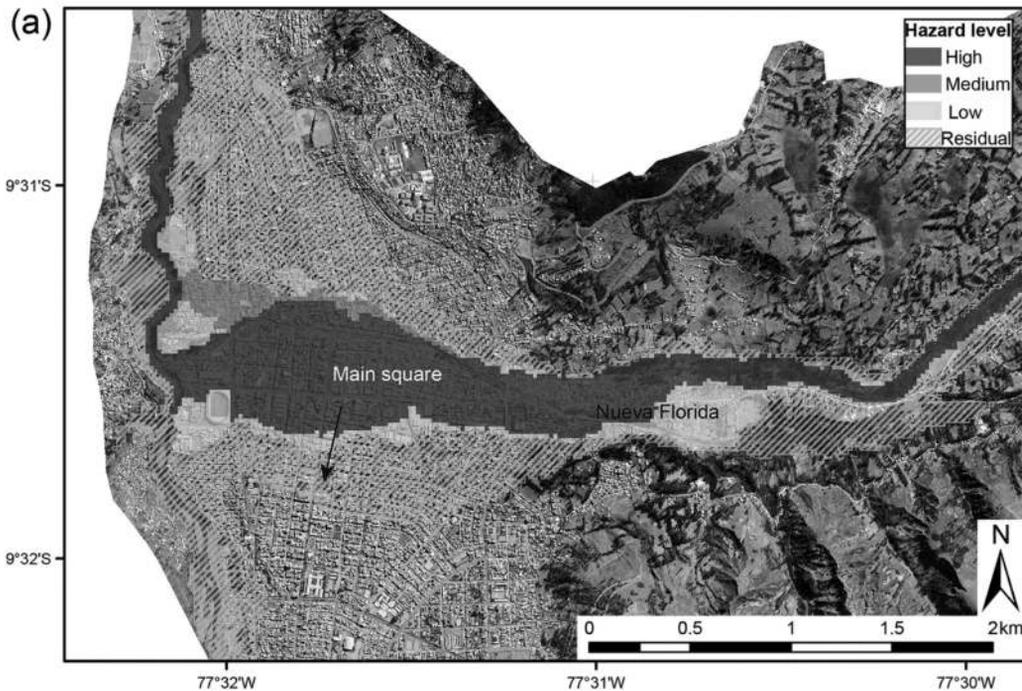


Abbildung 4: Flutkarte für Huaraz⁹⁶

Aber inwiefern ist hierfür das klimabedingte Abschmelzen des Palcaraju-Gletschers ursächlich? Hat die Sachverhaltsschilderung nicht gezeigt, dass das GLOF-Risiko den lokalen Gegebenheiten geschuldet ist? Ja und nein. Es stimmt zwar, dass die natürliche Gefahrenkombination aus Hängegletscher, hohem Lawinenpotential und darunter liegendem Gletschersee das GLOF-Risiko geschaffen hat. Aber bliebe man hier stehen, würde die Qualität des Risikos unterschlagen. Denn dass es weder „niedrig“ noch „mittel“, sondern nun einmal „hoch“ ist und Menschen verletzt und Gebäude hinweggeschwemmt zu werden drohen, hängt direkt mit dem klimabedingten Abschmelzen des Palcaraju zusammen. Zum einen befördern wärmere Temperaturen Lawinenabgänge, da die

⁹⁴ Nur für die Laguna Palcacocha *Huggel, et al. (2020)*; noch die weitere Gletscherseen in der Umgebung einbeziehend *Frey, et al. (2018)*.

⁹⁵ Die genaue Adresse ist mir bekannt, auf die Angabe wird hier jedoch verzichtet.

⁹⁶ Leicht modifiziert nach *Huggel, et al. (2020)*, 2182 (in der Originalgrafik im unteren Bildteil [b] enthaltene Bevölkerungsdichte ausgelassen). Weil nach peruanischem Standard auch ein sehr niedriges GLOF-Risiko ausgewiesen wird, enthält die Karte zusätzlich das Residual Level.

einsetzenden Tauprozesse die Berghänge destabilisieren. Damit steigt nicht nur das Risiko, dass es überhaupt zu GLOFs kommt, sondern auch große Lawinen und entsprechend hohe Flutwellen werden wahrscheinlicher.⁹⁷ Der entscheidende Risikotreiber ist indes der anschwellende Gletschersee, wie die eben behandelte Simulationsstudie von Somos-Valenzuela, et al. verdeutlicht: Die Forschenden simulierten den GLOF-Verlauf nicht nur für den aktuellen Zustand, sondern auch für alternative Beschaffenheiten des Gletschersees. Fasste die Laguna Palcacocha weniger Wasser, läge ihr Pegel etwa 15 Meter tiefer, würde bei einer kleinen Lawine 80 % weniger Überlauf entstehen – und in Huaraz überhaupt keine GLOF ankommen!⁹⁸ Dass im gegenwärtigen Zustand selbst eine nur kleine Lawine die Moräne überspült und hoch intensive Flutwellen die flussnahen Gebiete von Huaraz erreichen, hat folglich ausschließlich mit dem Rekordvolumen des Gletschersees von über 17 Millionen Kubikmetern zu tun. Und dass die Laguna Palcacocha in weniger als 30 Jahren durch das Schmelzwasser des Palcaraju-Gletschers um mehr als das Achtfache angeschwollen ist, ist eben „praktisch sicher“ die direkte Folge des emissionsbedingten Klimawandels.⁹⁹

Damit ist zwar das Ob geklärt, allerdings wenig über das Ausmaß der klimabedingten Risikosteigerung gesagt. Kürzlich ist aber auch hier ein entscheidender Durchbruch gelungen. Denn der oben erwähnten Forschungsgruppe um Stuart-Smith gelang es nicht nur, die Temperatursteigerung und das Abschmelzen des Palcaraju auf den emissionsbedingten Klimawandel zurückzuführen – sie konnte auch das Ausmaß der klimabedingten GLOF-Risikosteigerung nachweisen.¹⁰⁰ Dazu nutze sie ihre Modelldaten zur Ausdehnung von Gletscher und Gletschersee (sowie weitere verfügbare Informationen zur Struktur der Moräne etc.), um das GLOF-Risiko für das Jahr 1880 zu berechnen, als die globale Erwärmung auch in Huaraz noch nicht eingesetzt hatte. Im Anschluss spielten die Forschenden den Vorgang entsprechend für das gegenwärtige GLOF-Risiko durch.¹⁰¹ Dabei bestätigten sie nicht nur das gegenwärtig hohe GLOF-Risiko aus den genannten Simulationsstudien. Sie zeigten vor allem, dass 1880 nur ein mittleres GLOF-Risiko bestanden hatte, also Menschen in Innenräumen weitgehend sicher waren und Gebäuden nur Schaden, nicht aber sofortige Zerstörung drohte. Und auch der entscheidende Risikotreiber ließ sich ausmachen: Wie vermutet sorgte die anschwellende Laguna Palcacocha

⁹⁷ Generell *Haeberli* (2013); speziell zur Laguna Palcacocha *Emmer/Vilímek* (2013), 1558 ff.; *Huggel, et al.* (2020), 2181; *Stuart-Smith, et al.* (2021b), 88.

⁹⁸ Entsprechendes gilt für mittlere und große Lawinen: Bei letzteren würde sich bei 15m niedrigerem Pegelstand das Hochrisikogebiet in Huaraz um knapp ein Drittel reduzieren, vgl. *Somos-Valenzuela, et al.* (2016), 2530 ff.

⁹⁹ *Stuart-Smith, et al.* (2021b), 88 f.; tendenziell auch schon *Emmer/Vilímek* (2013), 1663; *Somos-Valenzuela, et al.* (2016), 2519 f.; *Frey, et al.* (2018), 2.

¹⁰⁰ *Stuart-Smith, et al.* (2021b), 87 f.

¹⁰¹ Genau genommen beziehen sie sich auch hier (wie die gesamte Studie) auf das Jahr 2018.

quasi im Alleingang dafür, dass über die Jahrhunderte die Werte für die Eintrittswahrscheinlichkeit und Flutintensität systematisch anstiegen – und mit ihnen das GLOF-Risiko von mittel auf hoch kletterte.¹⁰²

c) Zwischenergebnis

Es lässt sich festhalten: Obwohl jeder Kausalitätsschritt mit Unsicherheiten belegt ist, sind die naturwissenschaftlichen Methoden und Modelle mittlerweile derart ausgereift, dass die einstmalen sehr großen Zweifel zu sehr kleinen Restzweifeln zusammengeschmolzen sind. Damit ist der Schluss auf naturwissenschaftliche Kausalität möglich, denn Restzweifel sind Ursache-Wirkungsbeziehungen immanent.¹⁰³ Das gilt selbst für offensichtlich erscheinende Kausalverläufe: Werfe ich einen Pflasterstein in eine Fensterscheibe, ist gerade nicht sicher, dass mein Steinwurf die Scheibe bersten ließ. Denn es lässt sich nicht völlig ausschließen, dass die Scheibe einen Sekundenbruchteil vor dem Aufprall von sich aus zersprang, etwa durch eine glasinterne Temperaturschwankung. Aber weil in unserer Welt Scheiben typischerweise nicht von selbst zerspringen, begnügen wir uns mit dem Pflasterstein als extrem wahrscheinlichem Auslöser und nehmen pragmatisch eine Ursache-Wirkungsbeziehung an.¹⁰⁴ Wie wir dank der letzten Seiten wissen, schmelzen in unserer Welt aber auch Gletscher typischerweise nicht von selbst, sondern „extrem wahrscheinlich“ infolge des Klimawandels. Kognitiv unterscheidet sich die Situation also nicht großartig vom Fensterbruch: Auch im Klimakontext besteht eine ausreichend sichere Wissensgrundlage für den Kausalitätsschluss.¹⁰⁵ Dabei ist es kein Makel, dass die Wissensgrundlage neben Beobachtungen immer auch auf Modellierungen beruht. Sie lässt sich schlicht nicht anders produzieren. „[T]here is no such

¹⁰² *Stuart-Smith, et al.* (2021b), 88 (vgl. auch die methodischen Erläuterungen und genaue Aufschlüsselung in den ergänzenden Materialien, 5 ff.); ebenso *Huggel, et al.* (2020), 2181.

¹⁰³ Eindringlich etwa *Oreskes/Conway* (2011), 266 ff.; *Schellnhuber* (2015), 168 ff. Die Restunsicherheit gilt wegen der Unvollständigkeit formaler Systeme und der Unschärfe quantenmechanischer Prozesse zudem als unüberwindbar, dazu aus der juristischen Literatur etwa *Penalver* (1998), 582 ff.; *Röckrath* (2004), 52 ff.; *Spindler* (2008), 287 ff. Der Grundgedanke ist freilich deutlich älter und findet sich in der Rechtswissenschaft schon früh bei von Kries oder Engisch, näher *Schulin* (1976), 130 ff.

¹⁰⁴ Näher *Kliegl* (2007). Zur heute wissenschaftstheoretisch breit akzeptierten Bestimmung von Kausalität per „Parallelwelt“ (*closest world concept*) grundlegend *Lewis* (1973); in der kognitiven Linguistik bestehen mit der „prototypischen Kausalität“ ähnliche Konzepte, vgl. *Lakoff/Johnson* (2018), 84 ff.

¹⁰⁵ In der Sprache deduktiv-nomologischer Kausalitätsmodelle formuliert, sind die im Explanans verwendeten Prämissen also zu empirisch validen, zwingende Kausalitätsableitungen zulassenden Gesetzmäßigkeiten erstarkt, dazu *Penalver* (1998), 582 ff.; *Gottwald* (1988), 6 f., 14. Innerhalb der Klimawissenschaft wird dagegen stärker der Zuschreibungsaspekt von Kausalitätsaussagen betont („Attribution“), näher *Minnerop/Otto* (2020), 67 ff.

thing“, hält der Klimatologe Myles Allen treffend fest, „as a model-free observation of climate“.¹⁰⁶

Das alles lässt ein klares Fazit zu: Die Wissensgrundlage trägt, es besteht sowohl statusbezogene als auch parteibezogene naturwissenschaftliche Kausalität. Der Dreischritt lautet: (1) Wegen der auf Energieproduzenten entfallenden Treibhausgase steigen weltweit die Temperaturen; (2) weil die Temperaturen steigen, schmelzen die Gletscher; (3) weil die Gletscher schmelzen, droht Klimapopfern häufiger Überflutung. Und konkret für die Parteien: (1) Wegen der von RWE ausgestoßenen Treibhausgase steigen weltweit und auch in Huaraz die Temperaturen; (2) weil die Temperaturen steigen, schmilzt der Palcaraju-Gletscher; (3) weil der Palcaraju-Gletscher schmilzt, besteht für Luciano Lliuya statt einem mittleren ein hohes GLOF-Risiko.

Allerdings darf dabei nicht vergessen werden, dass es jeweils nur um eine Mitverursachung geht. Weder die Statusgruppe der Energieproduzenten noch konkret RWE haben allein den Klimawandel verursacht und allein die Überflutungsgefahr erhöht. Oben habe ich dies mit Blick auf die Energieproduzenten und andere Carbon Majors bereits erläutert.¹⁰⁷ Für die parteibezogene naturwissenschaftliche Kausalität gilt nichts anderes: Weil RWEs Emissionen „nur“ 0,321 % zur globalen Erwärmung beigetragen haben, beläuft sich auch RWEs Verursachungsbeitrag zur klimabedingten Steigerung des GLOF-Risikos „nur“ auf 0,321 %.¹⁰⁸

Nun könnte man einwenden, dass das nach wenig und überdies sehr vage klingen mag. Was genau folgt aus der 0,321 %igen Steigerung eines Überflutungsrisikos von mittel auf hoch? Meine Antwort ist: Erst einmal gar nichts – und doch sehr viel. Erst einmal gar nichts, weil die Frage nach den Folgen über die naturwissenschaftliche Kausalität hinausgeht.¹⁰⁹ Wer so fragt, ist nicht mehr beim uns aktuell interessierenden ersten Positivmerkmal *Anlass für Bipolarität*, sondern schon einen Gedanken weiter, beim zweiten Positivmerkmal *taugliche Anknüpfung*. Sie oder er fragt bereits, ob für den Konstruktionsgrund naturwissenschaftliche Kausalität auch ein Anknüpfungspunkt im Privatrechtssystem besteht, konkret: inwiefern Delikts- oder Eigentumsrecht mit einem sehr kleinen und zudem mit Restunsicherheiten belegten Verursachungsbeitrag umgehen können. Diese Frage ist natürlich von zentraler Bedeutung, und sie wird uns auch noch eingehend beschäftigen. Aber damit ist eben die dem Anlass für

¹⁰⁶ Allen (2011), 11; eingehend Burger, et al. (2020), 70 ff.; Minnerop/Otto (2020), 66 ff.

¹⁰⁷ Oben § 6 II. 1. b).

¹⁰⁸ Etwas ungenau daher Frank (2017), 669, der nicht auf das (heterogenere) GLOF-Risiko, sondern nur auf den RWE-Beitrag zur Pegelsteigerung der Laguna Palcacocha abstellt.

¹⁰⁹ In der Sache ähnlich etwa Calabresi (1975), 71, 105 ff.; Schulin (1976), 93 f.; Gottwald (1988), 6 f. Prominent dagegen Weinrib (2012), 37 ff., der wegen seines strengen Kohärenz-erfordernisses Kausalität zur exklusiven, die Bipolaritätsbeziehung prägenden Wesensbedingung überhöht, was abweichende Konstruktionsgründe (namentlich Effizienz) ausschließt; jüngst nochmals Weinrib (2015), 135: „centrality of causation“.

Bipolarität nachgeordnete, bereits juristisch-dogmatische Wertungen vornehmende Perspektive rechtlicher Kausalität angesprochen.

Allerdings bedeutet das nicht, dass aus der naturwissenschaftlichen Kausalität für uns gar nichts folgt. Im Gegenteil (und damit sind wir beim zweiten Teil meiner Antwort), es folgt sogar sehr viel daraus. Mag der am Ende der Kausalkette ankommende Verursachungsbeitrag aufgrund der Vielzahl anderer Mitverursacher sehr klein sein – die letzten Seiten haben doch klar gezeigt, dass die Kausalkette besteht.¹¹⁰ Und das heißt dann: Der exemplarisch im Urteil des LG Essen geäußerte Einwand, wegen der „hochkomplexen Naturprozess[e]“ des globalen Klimasystems lasse „sich eine auch nur annähernd lineare Verursachungskette von einer bestimmten Emissionsquelle zu einem bestimmten Schaden nicht mehr ausmachen“, geht fehl. Mehr noch, in seiner Pauschalität ignoriert er geradezu die naturwissenschaftliche Faktenlage.¹¹¹ Im Umgang mit dem Wirklichkeitsphänomen Klimawandel geben naturwissenschaftliche Kausalitätsgründe sehr wohl Anlass, die Statusgruppen Klimaopfer und Energieproduzenten – und auch die sie verkörpernden konkreten Parteien Lliuya und RWE – über eine wechselseitige Rechte- und Pflichtenbeziehung zu verbinden. Zwar ist damit noch lange nicht die Frage beantwortet, ob hierfür auch taugliche Anknüpfungspunkte im Privatrechtssystem bestehen. Aber weil mit naturwissenschaftlicher Kausalität ein wesentlicher Vorfilter für Bipolarität erfolgreich durchlaufen ist, hat sich die Fragerichtung deutlich verschoben.¹¹² Nicht mehr: Wie kann privatrechtliche Anknüpfung bei lückenhafter Kausalitätslage gelingen? Sondern: Warum sollte privatrechtliche Anknüpfung bei lückenhafter Kausalitätslage misslingen?

2. Konstruktionsgrund: Prävention

Wie Joana Setzer und Lisa Vanhala formulieren, aktiviert eine Klimahaftung „many time frames“. Sie bezieht sich auf „past behaviors, and tries to avoid in the present the consequences of events that might happen in the future.“¹¹³ Mit

¹¹⁰ Deutlich *Frank* (2017), 666: „eindeutiger [...] Kausalzusammenhang“; ebenso *Kling* (2018), 216 ff.; *Rumpf* (2019), 146, 156; generell für slow onset-Phänomene *Kysar* (2011), 31 ff.; *Koch, et al.* (2011), Rn. 15.68; *Hinteregger* (2017), 254 ff.; *Burger, et al.* (2020), 235 f.; *Stuart-Smith, et al.* (2021a), 653 f.; *Paschke* (2021), 76; tendenziell auch *Grossman* (2003), 22 ff.; *Pöttker* (2014), 47 ff.; *Ipsen, et al.* (2021), 1849; *Zeidler* (2022), 121.

¹¹¹ Berechtigte Kritik bei *Frank* (2017), 666 ff. und *Stuart-Smith, et al.* (2021a), 652. Der mögliche Einwand, damit tue man insbesondere dem LG Essen unrecht, da viele der genannten Attributionsstudien erst in jüngerer Zeit erschienen sind, greift nur zum Teil. Denn dass diese Studien möglich sind und eingeholt werden können, ist lange bekannt und wurde im Verfahren von Klägerseite auch mehrfach vorgeschlagen – das LG Essen wollte davon jedoch nichts wissen.

¹¹² Generell schon *Schulin* (1976), 130 f.

¹¹³ *Setzer/Vanhala* (2019), 9 in Anlehnung an *Hilson* (2019). Ähnlich *Posner/Weisbach* (2010), 108; *Kloepfer/Neugärtner* (2021), 33 ff.

der rückwärtsgewandten Zeitspanne haben wir uns im letzten Abschnitt zur naturwissenschaftlichen Kausalität beschäftigt. Die gegenwärtige Überflutungsgefahr für Klimaopfer wurde durch vergangene Emissionen der Energieproduzenten mitverursacht, und zwar auch im konkreten Verhältnis zwischen Lliuya und RWE. Nun wechseln wir zur vorwärtsgewandten Zeitspanne. Hätte eine im Jetzt eingreifende Klimahaftung präventive Effekte, könnte sie also den Eintritt von Klimaschäden verhindern helfen?

Hierzulande mahnt vor allem Gerhard Wagner an, dass eine Klimahaftung genau das nicht leisten könne und sie deshalb keinen nennenswerten Lenkungseffekt erzeuge.¹¹⁴ Gemeint ist Folgendes: Aus Präventionsicht besteht dann Anlass für Haftungsbeziehungen, wenn Schäden durch Haftungsandrohung abgewendet oder zumindest vermindert werden können. Verhaltensbezogene Ersatzpflichten sind dazu grundsätzlich geeignet, sofern sie ausreichend Anreize zur Schadensvermeidung setzen.¹¹⁵ Auf den ersten Blick scheint eine Klimahaftung daher ein Präventions-Volltreffer zu sein: Wie wir eben gesehen haben, legen naturwissenschaftliche Kausalitätsgründe nahe, die Haftung am Verursachungsbeitrag zum jeweiligen Klimaschaden auszurichten, der sich wiederum an den ausgestoßenen Treibhausgasemissionen bemisst. Koppelte man eine Klimahaftung dementsprechend an das Emissionsverhalten, hätten ihr unterfallende Energieproduzenten starke Anreize zu Treibhausgasreduktionen, weil sie so ihre Haftung gegenüber Klimaopfern vermindern oder gar ganz abwenden könnten.¹¹⁶ Exakt dieser Schluss geht Wagner aber zu schnell. Ihm zufolge vermittelt eine Klimahaftung jene Reduktionsanreize gerade nicht, weil das Emissionsverhalten keinerlei Auswirkung auf die Ersatzpflicht haben soll. Konkret zielt Wagner auf die Trägheit von Klimasystem und slow onset-Phänomenen und trifft damit einen wunden Punkt.¹¹⁷ Denn im letzten Abschnitt haben wir gesehen, dass ausgestoßene Treibhausgase nicht sofort die globale Mitteltemperatur erhöhen. Zwar verändern sie recht zügig die Konzentration der Atmosphäre und bewirken so einen erhöhten Strahlungsantrieb. Aber genauso wie der Temperaturfluss einer Herdplatte einen Topf Wasser nicht sofort zum

¹¹⁴ Wagner (2020b), 118 ff.; ebenso schon Hinteregger (2017), 247 f.

¹¹⁵ Ähnlich Franck (2016), 91: „der Präventionsgedanke [...] vermag, eine konzeptionell fundierte Verbindungslinie zwischen dem ersatzfähigen individuellen Nachteilen von Haftungsgläubigern und einer in effizienter Weise abschreckenden Haftungsdrohung gegen potentielle Schädiger herzustellen“. Freilich ist der Präventionsgedanke hinsichtlich des Anreizziels grundsätzlich neutral, muss also insb. nicht automatisch auf eine effiziente Schadensvermeidung hinauslaufen, vgl. nur Calabresi (1970), 24 ff.; Schäfer/Ott (2020), 165 ff.; auch Franck (2016), 54 ff.

¹¹⁶ Geradezu euphorisch daher (im Ausgangspunkt) Hsu (2008), 717: „promise of being a magic bullet“, ähnlich Hunter/Salzman (2007), 1775; Bouwer (2018), 499 ff. Dem entsprechen auch Einschätzungen aus dem Kreis der Energieproduzenten (wiedergeben nach Peel/Osofsky (2015), 173): „From our perspective, it only takes one to get knocked down around greenhouse that sets a precedent.“

¹¹⁷ Wagner (2020b), 119.

Kochen bringt, erwärmt sich die erdnahe Troposphäre aufgrund der Rückkopplungen des Klimasystems erst mit jahrzehntelanger Verzögerung.¹¹⁸ Der IPCC geht etwa mit „hohem Vertrauen“ davon aus, dass sich bis 2050 die globale Mitteltemperatur selbst bei unveränderter Treibhausgaskonzentration weiter auf bis zu 1,5°C erhöhen würde.¹¹⁹ Und hinsichtlich der Gletscherschmelze wissen wir, dass es noch deutlich länger bis zum Einsetzen des Schwitzprozesses dauert; obwohl die Temperaturen seit mehr als einem Jahrhundert steigen, ziehen Masseverlust und Gletscherseeausdehnung erst seit den 1980er Jahren stark an.

Was wir aktuell in puncto Erwärmung und Gletscherrückgang beobachten, ist also lediglich ein Zwischenstand – es braucht noch Jahrzehnte, bis sich das schon jetzt angelegte Schadensausmaß voll entfaltet. Und das legt nahe, dass es für einen Präventionseffekt via Klimahaftung schlicht zu spät ist, wie Wagner am Beispiel des RWE-Falls erläutert. Wenn ohnehin die Temperaturen in Huaraz weiter steigen, der Palcaraju-Gletscher weiter abschmilzt und das Volumen der Laguna Palcacocha weiterwächst, könnte RWE seine Haftung selbst bei einem völligen Stopp aller Emissionstätigkeit weder vermeiden noch begrenzen.¹²⁰ Denn das klimabedingt hohe GLOF-Risiko wäre nicht weg; im Gegenteil, weil es dem Emissionsverhalten um Jahrzehnte hinterherhinkt, nimmt es so oder so weiter zu. Freilich gilt nichts anderes für steigende Meeresspiegel oder andere slow onset-Phänomene, auch sie würden trotz vollständiger Emissionsreduktion weiter voranschreiten.¹²¹ Das macht die Sprengkraft von Wagners Präventionskritik deutlich: Sie betrifft zwar auch die konkreten Parteien Lliuya und RWE, aber eben nicht nur. Wegen der Trägheit von Klimasystem und slow onset-Phänomenen scheint die Steuerungswirkung in allen Bipolaritätsbeziehungen ins Leere zu gehen – zwischen jedem Klimaopfer und jedem Energieproduzenten.¹²² Stimmt das, gäben Präventionsgründe also schon aus statusbezogener Perspektive keinen Anlass, gerade Klimaopfer und Energieproduzenten über eine wechselseitige Rechte- und Pflichtenbeziehung zu verbinden. Denn weder wirkte sich eine solche Bipolaritätskonstruktion auf das Verhalten eines verpflichteten Energieproduzenten aus noch auf den Schadensumfang eines berechtigten Klimaopfers.

¹¹⁸ Oben § 6 II. 1. a) aa). So tritt etwa bei CO₂ die höchste (freilich noch Jahrhunderte nachwirkende) Wärmewirkung nach ziemlich genau 10 Jahren ein, vgl. *Ricke/Caldeira* (2014).

¹¹⁹ *IPCC* (2017), 7; vgl. auch die verschiedenen Emissionsszenarien in *IPCC* (2021b), 14f.

¹²⁰ *Wagner* (2020b), 119.

¹²¹ *IPCC* (2021b), 21 ff. Das ist für den Meeresspiegelanstieg „praktisch sicher“ (mehr als 99% Wahrscheinlichkeit), für die Gletscherschmelze besteht „sehr hohes Vertrauen“ („mit einer 9 zu 10 Chance liegen wir richtig“). Vgl. auch den Sonderbericht *IPCC* (2019), 17 ff.

¹²² Vgl. die statusgruppenbezogene Formulierung bei *Wagner* (2020b), 120: „Haftung von Unternehmen für bereits eingetretene Klimaschäden“.

a) Vermeidung noch nicht angelegter Klimaschäden

Schaut man genauer hin, überzeugt die Kritik jedoch nicht. Zunächst greift sie ohnehin nur für bereits angelegte Klimaschäden, also eben erläuterte Schadensszenarien, die wie das GLOF-Risiko im RWE-Fall vergangenem Emissionsverhalten hinterherhinken. Dagegen lässt sich der Eintritt noch nicht angelegter Klimaschäden sehr wohl durch Verhaltensanpassungen abwenden.¹²³ Denn genauso wie es für eine hölzerne Küchenarbeitsplatte einen Unterschied macht, ob der Kochtopf warm wird oder überkocht, macht es hinsichtlich der prognostizierten Klimafolgen einen Unterschied, ob sich der Planet um 1,5°C, 2°C oder 4°C erwärmt. So richtig es ist, dass der Klimawandel selbst bei sofortigem Einstellen jeder Emissionstätigkeit nicht mehr vollständig zu verhindern ist und bestimmte negative Folgen sowieso eintreten werden – wie folgenschwer der Klimawandel ausfällt, haben wir sehr wohl noch in Hand und hängt eben zualterererst davon ab, wie viele Treibhausgase noch ausgestoßen werden. Jede weitere Emission lässt den Strahlungsantrieb weiter steigen, und je höher der Antrieb, desto höher das Schadenspotential.¹²⁴

Kaum etwas verdeutlicht das besser als die von der Wissenschaftskommunikationsplattform ClimateCentral entwickelten interaktiven Karten von Überflutungsgebieten: Basierend auf den IPCC-Szenarien zu möglichen Klimazukünften lässt sich hier sehen, welche Regionen ab 2050 mit Überschwemmungsereignissen rechnen müssen. In Hamburg geht es etwa darum, ob nur Uferanrainern oder gleich dem Großteil der Hafencity Überflutung droht, oder stark überspitzt ausgedrückt: ob in der Elbphilharmonie nur die tieferliegenden Parkplätze oder auch die Konzertsäle im Obergeschoss nass werden.¹²⁵ Natürlich sind hierfür neben dem Strahlungsantrieb noch eine Reihe anderer Faktoren relevant, insbesondere ob es durch Deich- oder Wallanlagen gelingt, den ansteigenden Meeresspiegel zurückzuhalten. Auch darf gewiss nicht übersehen werden, dass es sich lediglich um Prognosen handelt, die hinsichtlich Umfang und Ort daneben liegen können. Aber die Überflutungskarten zeigen doch eindrücklich, dass es jedenfalls für noch nicht angelegte Klimaschäden von zentra-

¹²³ Dies räumen auch *Wagner* (2020b), 118f. und *Hinteregger* (2017), 247f. ein.

¹²⁴ Eindrücklich der Sonderbericht des IPCC (2017) zu den Auswirkungen der globalen Erwärmung jenseits des im Übereinkommen von Paris vereinbarten 1,5°C-Ziels, ferner der jüngste Sachstandsbericht IPCC (2021b), 15 ff.; IPCC (2022a), 15 ff. Deutlich auch BVerfGE 157, 30 Rn. 32: „Jede weitere in die Erdatmosphäre gelangende [...] CO₂-Menge erhöht also bleibend die CO₂-Konzentration und führt entsprechend zu einem weiteren Temperaturanstieg.“

¹²⁵ Genauer gesagt kombinieren die Karten die geläufigen Prognosemodelle zu lokalen Flutereignissen von *Muis, et al.* (2016) mit denen zum lokalen Meeresspiegelanstieg aus IPCC (2021b), und weisen so für die jeweiligen IPCC-Szenarien zu Emissionsentwicklungen und entsprechenden Klimazukünften jeweils Risikogebiete aus, vgl. <https://coastal.climatecentral.org/map/>.

ler Bedeutung ist, ob und wieviel Treibhausgase das Klima weiter aufheizen.¹²⁶ Und so gesehen hätte eine Klimahaftung dann nicht nur präventive Effekte, ihr Steuerungspotential wäre sogar erheblich. Um es nochmals am Beispiel der Elbphilharmonie festzumachen: Wenn die 90 Carbon Majors, die wir bei der naturwissenschaftlichen Kausalität kennengelernt haben, mit ihren anvisierten Emissionsmengen Ernst machten, würde sich die globale Mitteltemperatur bis Ende des Jahrhunderts um weitere 2,5°C erhöhen.¹²⁷ Statt „nur“ 1,5°C wäre es wegen der zusätzlichen Emissionen also bis zu 4°C wärmer – und auch der Pegel in der Elbphilharmonie entsprechend höher.¹²⁸ Weil große Energieproduzenten und andere Carbon Majors durch ihr heutiges Emissionsverhalten das Ausmaß zukünftiger Klimaschäden entscheidend beeinflussen können, gingen von einer Klimahaftung daher klare Verhaltensanreize zur Treibhausgasreduktion aus. Denn es macht einen Unterschied, ob perspektivisch nur Parkplätze oder auch aufwendig gestaltete Konzertsäle zu ersetzen wären.

Nicht zuletzt deshalb befürchten einige sogar eine Über-Abschreckung. Eine Klimahaftung würde nicht zu wenig, sondern zu viel Haftungsandrohung erzeugen, da sie auf eine potentiell ruinöse Vollhaftung für globale Klimaschäden hinauslaufe. Wenn Energieproduzenten sowieso den Bankrott zu fürchten haben, verpuffe jeder Reduktionsanreiz, heißt es.¹²⁹ Die Sorge geht jedoch von einer falschen Prämisse aus. Denn wie die naturwissenschaftliche Kausalität nahegelegt hat, steht von vornherein nur eine anteilige Haftung für den eigenen Verursachungsbeitrag in Rede – im RWE-Fall also jene 0,321 %.¹³⁰ Zwar kann Kleinvieh auch Mist machen. Aber eine ruinöse Wirkung wäre als empirische Behauptung dann näher zu belegen – und angesichts der bisherigen Erfahrungen im privaten Umwelthaftungsrecht liegt sie jedenfalls nicht auf der Hand.¹³¹

¹²⁶ In diesem Sinne auch BVerfGE 157, 30 Rn. 25.

¹²⁷ *Frumhoff, et al.* (2015), 165 ff.; *Kenner/Heede* (2021), 7 ff. Die prognostizierten Emissionsmengen basieren dabei auf Selbstangaben großer Carbon Majors wie BP oder Exxon Mobile. Dass diese Emissionsmengen möglich wären, belegen die den 90 Carbon Majors noch verfügbaren Fördermengen von fossilen Energieträgern, vgl. *Heede* (2014), 237 f.; *Griffin* (2017), 12.

¹²⁸ Mithilfe des gängigen IPCC-Erdsystemmodells lassen sich atmosphärischer Strahlungsantrieb und natürliche Meeresspiegelfaktoren in lokale Pegelprojektionen übersetzen, was es (wie im Fall der Gletscherschmelze) möglich macht, die Verursachungsbeiträge des lokal beobachteten Pegelstands zu rekonstruieren, vgl. *Kopp, et al.* (2014); speziell für die Carbon Majors *Ekwurzel, et al.* (2017), 586 ff.

¹²⁹ Exemplarisch *Posner* (2007), 1935 ff.; *Spitzer/Burtscher* (2017), 160 f.; im Kern ähnlich *Pöttker* (2014), 430 ff.

¹³⁰ Generell schon *Penalver* (1998), 591.

¹³¹ Vgl. zu den sich nicht bewahrheiteten Befürchtungen um eine ruinöse Wirkung der Umweltgefährdungshaftung *Kloepfer* (2016), § 6 Rn. 115 ff. Außerdem bleibt die Möglichkeit einer Versicherung des Haftungsrisikos, so dann auch *Faure/Yayun* (2019), 97. Darüber hinaus argumentieren die Kritiker häufig wenig konsistent, wenn sie zugleich die (vermeintlich) fehlende Breitenwirkung und mangelnde Klageanreize bei Klimahaftungsklagen beklagen, dazu noch unten § 8 I. 2. bzw. II. 3.

b) Begrenzung bereits angelegter Klimaschäden

Vollends ist Wagners Präventionskritik aber noch nicht entkräftet. Denn jedenfalls für eine Klimahaftung gegenüber bereits angelegten Klimaopfern wie Luciano Lliuya aus dem RWE-Fall scheint weiterhin kein Anlass zu bestehen. Doch auch hier lohnt ein zweiter Blick. Denn genau genommen stimmt es selbst für bereits angelegte Klimaschäden nicht, dass wegen der Trägheit des Klimasystems Energieproduzenten ihre „Haftung weder vermeiden noch begrenzen [können]“.¹³²

Weil wir die Hintergründe schon kennen, nehme ich wieder den RWE-Fall als Beispiel; die Argumentation verlief aber sehr ähnlich, wenn wir stattdessen auf Klimaopfer blickten, die vom bereits angelegten Meeresspiegelanstieg oder anderen voranschreitenden slow onset-Phänomenen bedroht sind.¹³³ Lliuya sieht sich einem klimabedingt hohen GLOF-Risiko ausgesetzt, das heißt er könnte außerhalb und innerhalb von Gebäuden verletzt werden und dem Wohnhaus der Familie droht sofortige Zerstörung.¹³⁴ Wie wir oben gesehen haben, verkörpert das hohe GLOF-Risiko dabei eine Funktion aus Flutintensität und Eintrittswahrscheinlichkeit der Auslöserszenarien. In Huaraz stehen drei Szenarien in Rede, nämlich der Abgang einer kleinen, mittleren bzw. großen Eis- oder Gesteinslawine in die Laguna Palcacocha.¹³⁵ Weil regelmäßig (und auch in der Cordillera Blanca) nicht ausreichend robuste Daten für eine exakte Quantifizierung der Eintrittswahrscheinlichkeit von Eis- oder Gesteinslawinen vorliegen, man aber gleichzeitig aus vergangenen Beobachtungen weiß, dass kleine Lawinen häufiger auftreten als große, behilft man sich mit einer Plausibilitätsabstufung: Die Eintrittswahrscheinlichkeit verhält sich umgekehrt proportional zur Lawinengröße, sprich große Lawinen sind wenig wahrscheinlich, mittlere mittel wahrscheinlich und kleine hoch wahrscheinlich.¹³⁶ Diese Abstufung hat jedoch das Problem, dass sie mit fortschreitendem Klimawandel immer weniger plausibel wird. Auch das haben wir bei der naturwissenschaftlichen Kausalität schon gesehen: Steigende Temperaturen befördern Lawinenabgänge, da die einsetzenden Tauprozesse die Berghänge destabilisieren. Mehr Treibhausgasemissionen lassen also nicht nur generell mehr Lawinen erwarten, sondern auch mehr große Lawinen mit entsprechend hohen Flutwellen.¹³⁷ Muss zudem der Gletschersee noch mehr Schmelzwasser aufnehmen als

¹³² Wagner (2020b), 119.

¹³³ Vgl. etwa die Risikobestimmung in IPCC (2017), 13.

¹³⁴ Oben § 6 II. 1. b) cc).

¹³⁵ „Klein“ bedeutet dabei eine Lawine mit dem Volumen von 0,5 Millionen Kubikmetern, „mittel“ 1 Million Kubikmetern und „groß“ 3 Millionen Kubikmetern, vgl. Somos-Valenzuela, et al. (2016), 2525.

¹³⁶ Huggel, et al. (2004).

¹³⁷ Generell Haerberli (2013); speziell zur Laguna Palcacocha Emmer/Vilímek (2013), 1558 ff.; Huggel, et al. (2020), 2181; Stuart-Smith, et al. (2021b), 88. Zum Ganzen schon oben § 6 II. 1. b) cc).

ohnehin schon, wird die potentiell in Huaraz ankommende Flutwelle intensiver.¹³⁸ Bei unveränderten Randbedingungen wird also mit weiter steigenden Temperaturen die Eintrittswahrscheinlichkeit größer und das Schadensausmaß fataler – jede zusätzliche Emission lässt das bestehende GLOF-Risiko weiter wachsen.¹³⁹ Zwar wird dieser Risikozuwachs wegen der Trägheit des Klimasystems erst mit jahrzehntelanger Verzögerung manifest – heutige Emissionen lassen nur verzögert die Temperaturen steigen, daher steigt auch die Eintrittswahrscheinlichkeit von Lawinen nur verzögert und so weiter. Aber das wäre nur dann kein Risikozuwachs, wenn wir schon jetzt sicher wüssten, dass sich das Risiko vor Ablauf des Verzögerungszeitraums realisiert. Exakt das wissen wir aber nicht. Eine GLOF kann morgen auftreten, in 30 Jahren, möglicherweise auch niemals; ob und wann es passiert, weiß keiner genau, es ist eben „nur“ ein Risiko.¹⁴⁰ In diesen Fällen wird schon dann zur Schadensvermeidung beigetragen, wenn das bestehende Risiko nicht weiter gesteigert wird.¹⁴¹ Exakt diesen Verhaltensanreiz würde eine an den Treibhausgasausstoß gekoppelte Klimahaftung aussenden – denn für rational agierende Energieproduzenten dürfte es vorteilhaft sein, das eigene Haftungsrisiko konstant (bzw. in der bereits angelegten Form) zu halten, statt es weiter zu erhöhen.¹⁴² Kurzum: Obwohl bei Eingreifen einer Klimahaftung Energieproduzenten ihr Haftungsrisiko gegenüber bereits angelegten Klimaopfern wie Lliuya nicht vollends vermeiden könnten, sie könnten es doch zumindest begrenzen – eben indem sie ihren Treibhausgasausstoß reduzieren und das Haftungsrisiko so nicht weiter steigern.

In Wahrheit sind die Einflussmöglichkeiten von Energieproduzenten wie RWE sogar noch größer. Sie können durch Treibhausgasreduktionen ihr Haftungsrisiko für bereits angelegte Klimaschäden nicht nur begrenzen, sondern sogar verringern. Das zeigt sich, wenn wir auf den individuellen Haftungsumfang blicken: Wie eben nochmals erwähnt, hat die naturwissenschaftliche Kausalität eine Teilhaftung für den Verursachungsbeitrag nahegelegt, im RWE-Fall geht es um 0,321 % des gesteigerten GLOF-Risikos. Jene 0,321 % stehen auch für den relativen Temperaturbeitrag zum Klimawandel, der wiederum auf RWEs historischen Gesamtemissionen basiert.¹⁴³ Dabei ist der Verursachungsbeitrag nicht statisch, sondern immer eine Momentaufnahme. Nach aktuellem Stand entspricht er 0,321 %; wie er sich morgen oder übermorgen darstellt, ist maßgeblich von der Entwicklung zweier Faktoren abhängig: Den globalen Ge-

¹³⁸ Somos-Valenzuela, et al. (2016), 2530ff.; Huggel, et al. (2020), 2180f.

¹³⁹ Für Klimaschäden generell eindrücklich IPCC (2021b), 27ff.

¹⁴⁰ Vgl. zur Zeitkomponente innerhalb des GLOF-Risikos Raetzo, et al. (2002), 266f.

¹⁴¹ So schon Grossman (2003), 41. Im Umwelt- und Katastrophenschutz spricht man hier von einer konstanten Expositionshöhe, also der (unveränderten) Qualität des Ausgesetztseins gegenüber gefährdenden Bedingungen, vgl. Bundesinstitut für Risikobewertung (2010), 8f., 25ff. Generell zu den Qualitätsunterschieden von Risikograden auch Wilhelmi (2009), 153ff.

¹⁴² Generell unter Steuerungsgesichtspunkten Schäfer/Ott (2020), 210f., 318ff.

¹⁴³ Oben § 6 II. 1. b) aa).

samtemissionen einerseits und RWEs Emissionsmenge andererseits, also dem Grundwert und dem Prozentwert. Entwickeln sich globale Gesamtemissionen und RWEs Emissionsmenge beispielsweise konstant, bleibt auch RWEs Verursachungsbeitrag konstant. Sobald aber RWEs Emissionsmenge weniger stark wächst als die globalen Gesamtemissionen, sinkt automatisch RWEs Verursachungsbeitrag. Dieser Effekt lässt sich in den einschlägigen Studien beobachten: In der älteren Untersuchung von Ekwurzel, et al., die den Zeitraum bis 2010 beleuchtet, liegt RWEs Temperaturbeitrag zur globalen Erwärmung noch bei 0,378%.¹⁴⁴ Weil RWEs Emissionen in jüngerer Zeit stark rückläufig sind, also RWEs historische Emissionsmenge absolut gesehen zwar größer wird, RWEs jährlicher Zuwachs aber geringer ausfällt als der globale Zuwachs, ist RWEs Temperaturbeitrag mittlerweile auf eben jene 0,321 % geschrumpft – und parallel mit ihm der Verursachungsbeitrag zum GLOF-Risiko. Stößt RWE zukünftig noch weniger Treibhausgase aus, sinkt der Verursachungsbeitrag (und damit die Teilhaftungsquote) noch weiter.¹⁴⁵ Auf Basis der von der naturwissenschaftlichen Kausalität angestoßenen Teilhaftung könnten Energieproduzenten wie RWE also Stück für Stück ihren individuellen Haftungsumfang verringern, indem sie ihren Treibhausgasausstoß von der Globalentwicklung abkoppeln – und dieser Effekt fällt umso stärker aus, desto weniger sie zukünftig emittieren.

c) Vermeidung bereits angelegter Klimaschäden – durch Klimaopfer

Präventionsaspekte geben aber noch aus einem weiteren Grund Anlass für eine Klimahaftung gegenüber bereits angelegten Klimaopfern. Es ist zu eng, lediglich auf den verhaltenssteuernden Effekt auf Seiten der Energieproduzenten abzustellen. Denn zu einem Schaden gehören regelmäßig zwei, und so ist es auch in Klimahaftungskonstellationen wie dem RWE-Fall. Zwar sind die auf RWE zurückgehenden Treibhausgasemissionen mitursächlich dafür, dass Lliuya einem klimabedingt hohen GLOF-Risiko ausgesetzt ist. Allerdings hat Lliuya auch dazu beigetragen. Denn er könnte ebenfalls das Schadensausmaß begrenzen, etwa indem er sein Haus höher und stabiler baut, so dass es der Flut besser standhält und Menschen in oberen Etagen Schutz suchen können.¹⁴⁶ Freilich ist es genau das, worum es Lliuya im RWE-Fall geht. Er zielt nicht darauf, dass RWE bei sich Sicherungsmaßnahmen ergreift, etwa die ausgestoßenen Treib-

¹⁴⁴ Ekwurzel, et al. (2017), Ergänzende Materialien 2, Tabelle 5.

¹⁴⁵ Jedenfalls dann, wenn (was der Fall sein dürfte) die globalen Gesamtemissionen nicht parallel noch stärker zurückgehen.

¹⁴⁶ Daneben ist natürlich denkbar, dass die Überflutungsoffer gleich ganz ihren Wohnsitz in überflutungssichere Gebiete verlegen und so den Schadenseintritt vermeiden. Rechtsökonomisch gesprochen läge darin jedoch eine Reduzierung des Aktivitätsniveaus auf null, was bei nur wenig steuerbaren Aktivitäten wie Wohnen/Leben/Bewirtschaften üblicherweise aus Effizienz- und Gerechtigkeitsgründen nicht für sinnvoll erachtet wird, dazu noch unten § 6 II. 3. b).

hausgase in den Boden verpresst oder die Stromproduktion auf erneuerbare Energien umstellt. Um zu vermeiden, dass Wohnhaus und Bewohner von der Schlammwelle mitgerissen werden, hat Lliuya die Außenmauern verstärkt und ein zusätzliches Stockwerk als Rückzugsort aufgesetzt. Für diese Kosten, die er in seiner eigenen Sphäre – buchstäblich an seiner Haustür – zur Flutsicherung vorgenommen hat, möchte er RWE heranziehen.

Es ist also nicht nur so, dass Energieproduzenten durch Treibhausgasreduktionen den Eintritt bereits angelegter Klimaschäden sehr wohl noch begrenzen und verringern können. Durch präventive Maßnahmen in der Sphäre der Klimaopfer ließen sie sich sogar größtenteils vermeiden. Namentlich von Überflutung bedrohte Klimaopfer können – wie es Lliuya getan hat – durch verstärkte Mauern und aufgesetzte Stockwerke Eigentumsschäden entscheidend verringern, Gesundheitsverletzungen mitunter größtenteils abwenden.¹⁴⁷ Und daraus folgt dann: Hinsichtlich bereits angelegter Klimaschäden geht es aus Präventionssicht gar nicht sosehr um Treibhausgasreduktionsanreize für Energieproduzenten. Viel wichtiger sind Adaptionsanreize für Klimaopfer.¹⁴⁸ Exakt diesen Steuerungseffekt hätte eine Klimahaftung für ergriffene Sicherungsmaßnahmen: Wenn Klimaopfer wissen, dass sie die aufgebrauchten Schadensvermeidungskosten ersetzt bekommen, entstehen Anreize, frühzeitig Eigensicherungsmaßnahmen zu ergreifen. Zwar haben Klimaopfer auch schon ohne Klimahaftung starke Vermeidungsanreize, nämlich schlicht, weil ihr Hab und Gut überschwemmt zu werden droht. Aber gerade im vom Klimawandel stark betroffenen Globalen Süden dürften die dafür nötigen Mittel häufig fehlen.¹⁴⁹ Genau dabei könnte eine Klimahaftung helfen: Sofern Klimaopfern die Vermeidungskosten ersetzt würden, wäre der Anreiz größer, die nötigen Eigensicherungsmaßnahmen tatsächlich zu ergreifen.¹⁵⁰

Selbstverständlich ist damit noch nicht gesagt, warum ausgerechnet Energieproduzenten zahlen sollen.¹⁵¹ Doch damit ist die Frage nach der richtigen Verteilung der Vermeidungskosten gestellt. Diese Frage ist für den *Anlass für Bipolarität* zentral, und wir werden sie in den folgenden Abschnitten auch noch behandeln. Aber sie geht über unseren aktuellen Konstruktionsgrund hinaus.¹⁵²

¹⁴⁷ Man spricht hier von *property-level flood risk adaptation* (PLFRA), eingehend *Attems, et al.* (2020).

¹⁴⁸ Ebenso *Koch, et al.* (2011), Rn. 15.95 f.; *Bouwer* (2018), 497 ff.; *Alvarez-Armas* (2021), 432; *Zeidler* (2022), 66 f.; speziell für PLFRA *Attems, et al.* (2020), 12 ff. Generell zur wichtigen Rolle von Adaptionsmaßnahmen zur Verhinderung von Klimaschäden *IPCC* (2017), 9 ff., 20 ff., *IPCC* (2022a), 22 ff.

¹⁴⁹ Ausführlich *IPCC* (2017), 20 ff.; *IPCC* (2022a), 28 ff.

¹⁵⁰ Grundlegend (am ähnlichen Beispiel einer Überflutungsgefahr durch einen Staudamm) *Rose-Ackerman* (1989), 27 f.; ihr folgend *Schäfer/Ott* (2020), 297 f.

¹⁵¹ Für das Staudammeispiel *Rose-Ackerman* (1989), 49 f.

¹⁵² Insoweit auch *Posner/Weisbach* (2010), 73: „these claims [sc. zu einer bestimmten Verteilung der Vermeidungskosten] improperly tie valid concerns about redistribution to the problem of reducing the effects of climate change.“ Grundlegend schon *Calabresi* (1961), 500:

Aus Präventionssicht interessiert uns nur, ob wechselseitige Rechte- und Pflichtenbeziehungen Schäden im Verhältnis von Klimaopfern und Energieproduzenten abwenden oder zumindest vermindern können; kurz: ob Präventionsgründe Anlass für eine Klimahaftung geben. Das ist zu bejahen, weil so vielfache Anreize zur Schadensvermeidung gesetzt werden: Eine kostenüberwältigende Klimahaftung würde für bereits angelegte Klimaopfer die Anreize vergrößern, die so wichtigen Eigensicherungsmaßnahmen zu ergreifen. Gleichzeitig würden aber auch Anreize für Energieproduzenten geschaffen, durch Treibhausgasreduktionen ihr Haftungsrisiko für bereits angelegte Klimaschäden zu begrenzen und zu verringern bzw. für noch nicht angelegte Klimaschäden gleich ganz zu vermeiden.

3. Konstruktionsgrund: Effizienz

Im letzten Abschnitt haben wir uns isoliert mit der Präventionseignung einer Klimahaftung beschäftigt. Außer Acht blieb, zu welchem Preis sie Schäden vermeiden oder zumindest begrenzen könnte, namentlich wie es um ihre Effizienz steht. Darum geht es jetzt, und zwar aus verschiedenen Richtungen. Wir beginnen grundsätzlich, nämlich ob im Umgang mit dem Wirklichkeitsphänomen Klimawandel aus Effizienzsicht überhaupt Anlass für eine privatrechtliche Bipolaritätskonstruktion besteht. Erst danach fragen wir, inwiefern gerade Klimaopfer und Energieproduzenten über eine Rechte- und Pflichtenbeziehung verbunden werden sollten. Wie im Präventionskontext dominiert dabei die statusbezogene Perspektive, das heißt es geht nur mittelbar um die konkreten Parteien Lliuya und RWE.¹⁵³

a) Private Klimahaftung nicht offensichtlich kostenunterlegen

Zunächst zum grundsätzlichen Punkt. Verständlich wird er nur, wenn man die rechtsökonomischen Grundlagen kennt, die maßgeblich von Loius Kaplow und Steven Shavell errichtet und seither immer weiter verfeinert wurden. In meine Terminologie übersetzt, lässt sich der Kerngedanke so fassen: Effizienzgründe geben Anlass für privatrechtliche Bipolaritätskonstruktionen, wenn sie das kostengünstigste Mittel sind. Im Zentrum steht also eine Alternativbetrachtung, konkret ein Vergleich zum öffentlichen Recht. Dabei wird das private Haf-

„While these factors [sc. vor allem Präventionsgründe] may be important of choosing a scheme of tort liability they are not relevant to the question of what one means by risk distribution“; eingehend zu den verschiedentlich möglichen Verteilungsperspektiven rechtlicher Arrangements dann *Calabresi/Melamed* (1972).

¹⁵³ Treffend *Schäfer/Ott* (2020), 163: „der konkrete Rechtsstreit [muss] in einem größeren Zusammenhang gesehen und aus der Vorstellung eines ‚Zwei-Parteien-Universums‘ herausgelöst werden.“

tungsrecht wegen seiner dezentralen Steuerungswirkung vielfach im Vorteil gesehen. Allerdings sollen insbesondere bei Großrisiken wie Bränden oder Emissionen öffentlich-rechtliche Instrumente (überwachte Ge- und Verbote, Steuern etc.) die Nase vorn haben, weil sie im Vergleich zu privaten Haftungsprozessen geringere Informations- und Durchsetzungskosten erzeugen.¹⁵⁴ Hier setzt die Effizienzkritik gegen eine Klimahaftung an, prominent in Person von Eric Posner: Um Klimaschäden nachzuweisen, müssten Klimaopfer eine Vielzahl von Informationen beschaffen, das bedeute hohe Rechtsverfolgungskosten für einen individuell häufig kleinen und noch dazu ungewissen Ersatzanspruch. Außerdem seien die Energieproduzenten schon nicht in der Lage, die globalen Klimaauswirkungen ihrer Emissionen zu überblicken, während genau darin die Expertise spezialisierter und durchsetzungsstarker Umweltbehörden liege. Staatlich überwachte Emissionssteuern oder Emissionshandelsregime böten deshalb die vorzugswürdigere, weil kostengünstigere Klimaschutzalternative; privatrechtliche Bipolaritätskonstruktionen „at best put in place an unnessecary costly system“.¹⁵⁵

Jene grundsätzliche Effizienzkritik ist in Wahrheit ein genereller Einwand gegen nachhaltigkeitsresponsive Bipolaritätskonstruktionen.¹⁵⁶ Er wird uns in ähnlicher Form bei der Lieferkettenverantwortlichkeit begegnen und vor allem indirekt bei den Negativmerkmalen *strukturelle Unterkomplexität* und *Forumsinkompatibilität*. Eine tiefergehende Auseinandersetzung erfolgt daher erst in § 8; hier sollen nur zwei für die Klimahaftung relevante Gesichtspunkte kurz zur Sprache kommen.

Posners Argumentation beruht darauf, dass öffentlich-rechtlich aufgezugene bzw. überwachte Klimaschutzinstrumente geringere Kosten erzeugen. Das ist jedoch alles andere als klar. So ist schon zweifelhaft, ob zentrale Instanzen tatsächlich über bessere Informationen verfügen als die Risikoverursacher, namentlich was die Vermeidung und Folgenabschätzung von Emissionen angeht.¹⁵⁷ Wie wir im nächsten Abschnitt sehen werden, ist für Treibhausgase mittlerweile sogar historisch belegt, dass große Teile der Energieindustrie sehr früh über die Klimagefahren ihrer Produkte und Produktionsprozesse im Bilde waren, aber gezielt die öffentliche Informationssammlung behinderten.¹⁵⁸ Und auch der propagierte Effizienzvorteil einer Emissionssteuer gegenüber privaten Klimaklagen ist zumindest fragwürdig. Denn es ist gerade nicht so, dass die

¹⁵⁴ Grundlegend *Shavell* (1984), später aufgegriffen u. a. in *Kaplow/Shavell* (2002); speziell mit Blick auf Steuern *Shavell* (2011). Mit Blick auf Brandgefahren hat *Shavell* (2013), 299 dies später relativiert, bezogen auf Luftverschmutzung aber ausdrücklich aufrecht erhalten (297f.)

¹⁵⁵ *Posner/Weisbach* (2010), 70; eingehend *Posner* (2007), 1935 ff. Aus der deutschsprachigen Literatur vor allem *Pöttker* (2014), 430 ff.

¹⁵⁶ Vgl. nur *Faure/Yayun* (2019), 88 ff.

¹⁵⁷ Generell etwa *Wagner* (2006), 445 ff.; *Faure* (2014), 691 ff.; *Schäfer/Ott* (2020), 432; speziell für klimaschädliche Emissionen *Pöttker* (2014), 396 f.; *Faure/Yayun* (2019), 91 f.

¹⁵⁸ So schon *Penalver* (1998), 572 f.; dazu noch unten § 6 II. 4. a).

richtige Steuerhöhe deshalb leicht und exakt zu ermitteln ist, weil „the expected harm [...] is a function merely of a single variable, the quantity of pollution“, wie Shavell es einmal formuliert hat.¹⁵⁹ Im Gegenteil, innerhalb der Umweltökonomik gilt eine Klimasteuer als wenig treffsicherer Ansatz, da es hierzu private Informationen über Grenzschäden und Grenzvermeidungskosten bräuchte und zudem der Steuersatz mit jedem Marktzutritt eines Neuemittenten nach oben angepasst werden müsste.¹⁶⁰ Kurzum: Auch wenn intuitiv einiges dafür spricht, dass staatlich aufgezoogene und überwachte Emissionssteuern oder Emissionshandelsregime immer noch günstiger wären als ein System privater Klimahaftungsklagen¹⁶¹ – ob es wirklich so ist, wissen wir nicht. Genau das wäre aber nötig, damit Posners Argument sticht.¹⁶² Soweit ersichtlich fehlen aber entsprechende empirische Analysen,¹⁶³ und angesichts der ureigenen Probleme öffentlich-rechtlicher Instrumente liegt der komparative Kostennachteil einer privatrechtlichen Klimahaftung auch keineswegs auf der Hand.

b) Verbesserte Anreizstruktur

Ist eine privatrechtliche Klimahaftung also nicht zwingend kostenunterlegen, öffnet sich der Weg zum zweiten Punkt, der für die uns aktuell interessierende Frage der Positivintegration noch wichtiger ist: Regen Effizienzgründe an, gerade Klimaopfer und Energieproduzenten über eine Rechte- und Pflichtenbeziehung zu verbinden? Schon im Präventionskontext zeigte sich, dass die Verursachung allein wenig aussagt, da streng genommen immer beide Seiten an der Entstehung der Rechtsgutsverletzung (bzw. der drohenden Beeinträchtigung) mitgewirkt haben. In unserem Beispielfall des GLOF-Risikos in Huaraz sind einerseits RWEs Treibhausgasemissionen mitursächlich, aber auch Lliuya hat seinen Anteil, weil er sein Haus nicht von vornherein höher und stabiler gebaut hat. Der Schaden kann also durch beide Seiten vermieden oder zumindest begrenzt werden – freilich zu gewissen Kosten.

¹⁵⁹ So aber das Kernargument von *Shavell* (2011), S255.

¹⁶⁰ Außerdem mehren sich jüngst Stimmen, wonach eine Steuer sogar zu mehr Emissionen führen könnte; vgl. zum Ganzen *Sturm/Vogt* (2018), 70ff., 136, 185ff.; all das räumen auch *Posner/Weisbach* (2010), 52ff. ein.

¹⁶¹ Was übrigens auch von effizienzkritischen Stimmen nicht geleugnet wird, vgl. etwa *Kysar* (2002), 693f.; *Van Dijck* (2019), 129.

¹⁶² Deutlich *Schäfer/Ott* (2020), 462 (zu effizienzbasierten Entscheidungen zwischen Regulierungsalternativen generell): „kann letztlich nur durch empirische Studien beantwortet werden“; zum Ganzen *Poelzig* (2012), 388ff.

¹⁶³ Eine bereits etwas ältere empirische Untersuchung von *Deweese, et al.* (1996), 265ff. sieht zwar gerade bei Umweltschäden regelmäßig öffentlich-rechtliche Instrumente im Effizienzvorteil, jedoch soll das gerade nicht für isolierbare Schäden gelten, bei denen lückenlose naturwissenschaftliche Kausalketten bestehen – wie es just in slow onset-Konstellationen der Klimahaftung der Fall ist, oben § 6 II. 1.

In dieser Konstellation ist aus Effizienz­sicht die Bipolaritätskonstruktion so auszugestalten, dass die Summe aus Schadensvermeidungskosten und Schadenskosten minimiert wird. Erster Schritt ist dabei die Identifikation des *cheapest cost avoider*: Die Partei, die den Schaden mit geringstem Aufwand vermindern kann, sollte zum Abwehraufwand veranlasst werden.¹⁶⁴ Obwohl auch diese Frage nur durch empirische Kostenvergleiche exakt beantwortbar ist, spricht viel dafür, dass jedenfalls bei noch nicht angelegten, also durch Treibhausgasreduktionen noch vermeidbaren Klimaschäden (etwa besagte Überflutung der höher liegenden Konzertsäle der Elbphilharmonie),¹⁶⁵ die Energieproduzenten *cheapest cost avoider* sind. Denn angesichts der heute serienreifen und immer günstiger werdenden Klimaschutztechnologien sowie erneuerbaren Energieformen dürften ihre Vermeidungskosten geringer ausfallen als die aller potentiellen Klimaopfer.¹⁶⁶ Da die naturwissenschaftliche Kausalität in Klimahaftungskonstellationen lediglich eine anteilige Haftung für den eigenen Verursachungsbeitrag nahegelegt hat, würden zudem Anreize zur effizienten Treibhausgasreduktion vermittelt. Haftungserwartungswert und Verursachungsbeitrag wären deckungsgleich, jeder Energieproduzent müsste also damit rechnen, genau mit den eigens verursachten Schadenskosten belastet zu werden.¹⁶⁷ Dagegen ist bei bereits angelegten Klimaschäden wie dem GLOF-Risiko im RWE-Fall die Ausgangslage eine andere. Hier deutet einiges darauf hin, dass – aus heutiger Sicht – die Klimaopfer *cheapest cost avoider* sind.¹⁶⁸ Weil Treibhausgasreduktionen Schäden nicht mehr gänzlich vermeiden können, würde eine vollständige Schadenabwehr aufwendige Gegenmaßnahmen von Seiten der Energieproduzenten erfordern, namentlich müssten sie ihre Treibhausgase aktiv aus der Atmosphäre entfernen. Die Technik ist mit dem Direct Air Capture-Verfahren zwar vorhanden, verglichen mit den Eigensicherungsmaßnahmen durch Klimaopfer wie Lliuya allerdings extrem teuer.¹⁶⁹ Und das

¹⁶⁴ Grundlegend *Calabresi* (1970), 136 ff.

¹⁶⁵ Oben § 6 II. 2. a).

¹⁶⁶ So etwa *Penalver* (1998), 570 ff.; *Grossman* (2003), 4 f.; *Hunter/Salzman* (2007), 1756 ff.; *Hsu* (2008), 735 ff.; *Pöttker* (2014), 130 ff.; *Hinteregger* (2017), 245 ff.; für einen Kostenansatz der Eigensicherungsmaßnahmen von (überflutungsgefährdeten) Klimaopfern vgl. *Attems, et al.* (2020), 2 ff. Das deckt sich mit aktuellen Kostenschätzungen des *IPCC* (2022c), 12 f., 36, allerdings ist hier vieles innerhalb der Ökonomik umstritten. Zum Ganzen auch noch unten § 6 III. 3. b) cc) (1).

¹⁶⁷ Der Vorteil gegenüber einer Gesamthaftung mit Ausgleich im Innenverhältnis liegt in der weniger anreizverzerrenden Allokation des Ausfall- und Insolvenzrisikos, der Effekt ist zudem grds. unabhängig von der konkreten Ausgestaltung als Verschuldens- oder Gefährdungshaftung, vgl. generell *Spindler* (2008), 295 ff.; 325; *Wagner* (2010), 196 ff.; *Schäfer/Ott* (2020), 339 f.; speziell für die Klimahaftung *Penalver* (1998), 591 ff.; *Hunter/Salzman* (2007), 1792; *Hinteregger* (2017), 245 ff.; *Hellgardt/Jouannaud* (2022), 193.

¹⁶⁸ Wohlgemerkt nur aus heutiger Sicht. Zu Beginn des relevanten Verursachungszeitraums spricht sehr viel für die Energieproduzenten, dazu eingehend unten § 6 III. 3. b) cc) (2).

¹⁶⁹ Näher *Hanna, et al.* (2021); für einen Kostenansatz der Eigensicherungsmaßnahmen von (überflutungsgefährdeten) Klimaopfern vgl. *Attems, et al.* (2020), 2 ff. Cursorisch auch

könnte dann bedeuten, dass jedenfalls für bereits angelegte Klimaschäden wie im RWE-Fall die Klimaopfer den Schadensvermeidungsaufwand tragen sollten und für eine Klimahaftung kein Effizienzansatz besteht.

Der Schluss wäre jedoch voreilig. Denn es kann auch bei bereits angelegten Schäden aus Effizienzsicht geboten sein, den Schädiger mit dem Eigensicherungsaufwand des Geschädigten zu belasten.¹⁷⁰ Das wird mit einer verbesserten Anreizstruktur gerechtfertigt: Durch die Kostenverlagerung wird einerseits der Geschädigte veranlasst, die Eigensicherungsmaßnahmen tatsächlich zu ergreifen. Das Argument kennen wir schon aus dem Präventionskontext, es rechtfertigt sich jedoch auch und gerade aus Effizienzsicht, weil so die – bei Schadenseintritt regelmäßig höheren – Schadenskosten minimiert werden. Zweitens erhält der Schädiger einen besseren Anreiz zur effizienten Schadenssteuerung. Hat er auch die Schadensvermeidungskosten des Geschädigten zu berücksichtigen, führt er seine Aktivität nur dann fort, wenn sie dennoch profitabel bleibt – womit zugleich plausibilisiert ist, dass die Aktivität insgesamt einen gesellschaftlichen Nettonutzen aufweist. Allerdings soll all das nur dann gelten, wenn das Aktivitätsniveau des Geschädigten nicht oder nur geringfügig steuerbar ist und ein vollständiger Aktivitätsrückzug wenig sinnvoll erscheint – die regelmäßig kostengünstige Schadensvermeidungsvariante „Rückzug aus der Gefahrenzone“ also ausscheidet.¹⁷¹ Letzteres wird üblicherweise angenommen, wenn ein Ortswechsel wenig praktikabel oder gesellschaftlich unerwünscht ist, insbesondere bei tiefer sozialer Verwurzelung.¹⁷² Exakt diese Bedingung dürfte in Klimahaftungskonstellationen wie dem RWE-Fall erfüllt sein: Klimaopfer wie Lliuya sind existenziell bedroht, ihr privater Lebensmittelpunkt steht auf dem Spiel. Ein vollständiger Rückzug aus der Gefahrenzone ist dann nicht nur sehr aufwändig, er ist aufgrund der teils Generationen überdauernden sozialen Verwurzelung auch keine anzustrebende Option.¹⁷³ Folglich besteht aus Effizienzsicht auch bei bereits angelegten Klimaschäden durchaus Anlass, Klimaop-

Posner/Weisbach (2010), 82: „many of the low-cost abatement opportunities exist in poor countries, not rich ones“.

¹⁷⁰ Grundlegend das berühmte Staudammszenario von *Rose-Ackerman* (1989), 27f., deren Beispiel mit Ausnahme des Auslösers (Staudamm droht konstruktionsbedingt mit Wahrscheinlichkeit X zu kollabieren und Grundstücke zu überfluten; Schadenspotential kann durch Flutsicherungsmaßnahmen der Geschädigten vermindert werden) unserem GLOF-Szenario ziemlich genau entspricht. Am Beispiel von BGH NJW 1992, 1043 (Kostenerstattung für Einbau einer schadensvermeidenden gasdichten Haustür durch den Geschädigten) auch *Schäfer/Ott* (2020), 303 ff.

¹⁷¹ *Schäfer/Ott* (2020), 175 f., 297 f.

¹⁷² Grundlegend *Calabresi* (1970), 24 ff.; *Landes/Posner* (1980), 907 f. Generell auch *Shavell* (2009), 29: „Especially if these activities are just the activities of ordinary life (walking about, going to work), we would not want the activities constrained in favor of injurers.“

¹⁷³ Für die bedrohten Bauern im Staudammszenario auch *Rose-Ackerman* (1989), 27 f.; für gefährlichem Gas ausgesetzte Hausbewohner *Schäfer/Ott* (2020), 303 ff. Zur tiefen sozialen Verwurzelung in Huaraz auch *Huggel, et al.* (2020), 2185 ff.

fer und Energieproduzenten über eine wechselseitige Rechte- und Pflichtenbeziehung zu verbinden – nämlich in Form eines Erstattungsanspruchs für die vergleichsweise günstigen Eigensicherungsmaßnahmen. Also exakt die Konstellation des uns beschäftigenden RWE-Falls.

Zusammengefasst steht es um die Effizienz einer Klimahaftung also gar nicht so schlecht, wie es häufig dargestellt wird.¹⁷⁴ Der vermeintliche Kostenvorteil öffentlich-rechtlich aufgezogener Klimaschutzinstrumente ist mehr behauptet als belegt; bei anteiliger Haftung der Energieproduzenten werden Anreize zur effizienten Treibhausreduktion gesetzt; und für bereits angelegte Klimaschäden verbessert die Verlagerung der Eigensicherungskosten auf die Energieproduzenten die Anreizstruktur. Wenn wir uns weiter unten mit der Pflichtverletzung beschäftigen, werden noch weitere Argumente hinzukommen.¹⁷⁵

4. Konstruktionsgrund: Exponierte Stellung

Bislang habe ich für eine Klimahaftung drei Konstruktionsgründe angeführt. Weil die Überflutungsgefahr durch Treibhausgase verursacht wurde, geben naturwissenschaftliche Kausalitätsgründe Anlass, Klimaopfer wie Lliuya und Energieproduzenten wie RWE über eine wechselseitige Rechte- und Pflichtenbeziehung zu verbinden.¹⁷⁶ Gleiches gilt aus Präventionsgründen, da so Anreize zur Schadensbegrenzung und -vermeidung entstehen.¹⁷⁷ Und der vorherige Abschnitt hat gezeigt, dass jene Anreize auch aus Effizienzsicht Sinn ergeben können. Allerdings provozieren alle Konstruktionsgründe eine Rückfrage, die auch schon mehrfach angeklungen ist: Warum sollten dann *nur* Klimaopfer wie Lliuya und Energieproduzenten wie RWE über eine Klimahaftung verbunden werden? Wenn doch jede Emission Klimawirkung hat, haben eben nicht bloß Energieproduzenten die Überflutungsgefahr verursacht. „Jeder lebende Mensch ist Emittent, mehr oder weniger“, bringt es das LG Essen auf den Punkt, und dann müsste aus naturwissenschaftlichen Kausalitätsgründen „jeder lebende Mensch“ über eine Bipolaritätsbeziehung verpflichtet werden.¹⁷⁸ Umgekehrt ist aber auch jeder lebende Mensch Klimaopfer, denn die steigenden Temperaturen

¹⁷⁴ Exemplarisch *Kysar* (2011), 20ff.

¹⁷⁵ Unten § 6 III. 3. b) cc).

¹⁷⁶ Oben § 6 II. 1.

¹⁷⁷ Oben § 6 II. 2.

¹⁷⁸ LG Essen ZUR 2017, 370 Rn.42; in diese Richtung auch schon *American Electric Power Company, Inc., et al., v. Connecticut*, 564 U.S. (2011), 410, 426: „After all, we each emit carbon dioxide merely by breathing“; aus der Literatur etwa *Keller/Kapoor* (2019), 711; *Wagner/Arntz* (2021), 420; *Zeidler* (2022), 60ff.; *Gärditz* (2022), 62f. Genau genommen ist der Verweis auf die menschliche Atmung aber schon deshalb schief, weil das dabei freiwerdende CO₂ Teil des natürlichen Kohlenstoff-Kreislaufs ist, also nicht die Treibhausgaskonzentration der Atmosphäre erhöht.

gefährden „mehr oder weniger“ uns alle.¹⁷⁹ Präventions- und Effizienzgründe helfen ebenfalls nur bedingt bei der Eingrenzung. Denn nicht nur ließen sich Klimaschäden auch und gerade dann vermeiden, wenn wir alle weniger Treibhausgase ausstoßen und unser Hab und Gut sichern würden. Vor allem ist lediglich angedeutet, warum ausgerechnet Energieproduzenten für die Kosten aufkommen sollten.¹⁸⁰ Mit anderen Worten fehlt uns bislang ein stichhaltiger Konstruktionsgrund für die Wendung *gerade diese* im ersten Positivmerkmal: Warum besteht Anlass, gerade diese – die Statusgruppen Klimaopfer und Energieproduzenten, aber auch die konkreten Parteien Lliuya und RWE – über eine wechselseitige Rechte- und Pflichtenbeziehung zu verbinden? Meine Antwort, die ich auf den nächsten Seiten entwickeln möchte, lautet in Kurzform: Weil Klimaopfer wie Lliuya und Energieproduzenten wie RWE besonders exponiert sind.

a) Darum gerade Energieproduzenten wie RWE

Beginnen wir mit der Pflichtenseite. Schon die Fragestellung verdeutlicht, dass erneut die statusbezogene und die parteibezogene Perspektive relevant wird, genauer: dass sowohl die Gruppe der Energieproduzenten als auch konkret RWE besonders exponiert sein muss. Das lässt sich mit zwei Argumenten begründen, die im Grundsatz wenig kontrovers sein dürften:

Erstens ist der Verursachungsbeitrag der Energieproduzenten vergleichsweise umfangreich.¹⁸¹ Oben haben wir gesehen, dass knapp die Hälfte der seit 1880 erfolgten globalen Erwärmung durch große Energieproduzenten und andere Carbon Majors verursacht wurde. Die auf sie zurückgehenden Emissionen hinweggedacht, wäre es heute auf der Erde im Mittel knapp 0,5°C kälter.¹⁸² Auch aus Präventionssicht ragt ihr Beitrag heraus, würden doch allein die für die Zukunft anvisierten Emissionsmengen eine Erwärmung auf bis zu 4°C bedeuten.¹⁸³ Für RWE gilt letztlich nichts anderes. Zwar mag RWEs spezifischer Temperaturbeitrag mit 0,003°C klein erscheinen, aber RWE liegt damit innerhalb der Carbon Majors im ersten Drittel und auf dem Niveau ganzer Staaten wie Spanien oder Schweden.¹⁸⁴ Hier von einem bloßen *drop in the ocean* zu

¹⁷⁹ Hunter/Salzman (2007), 1780ff. sprechen treffend vom „omnipresent plaintiff problem“; ähnlich Abrens (2019), 646: „jeder gegen jeden“.

¹⁸⁰ Dies kritisierend Posner (2007), 1934; Pöttker (2014), 430f.; Spitzer/Burtscher (2017), 161.

¹⁸¹ So auch Frumbhoff, et al. (2015), 159ff.; Olszynski, et al. (2017), 36f.; Byers, et al. (2017), 310ff.; Ganguly, et al. (2018), 844f.; Kling (2018), 223; Grasso/Vladimirova (2020), 180ff.; Zeidler (2022), 63ff.; grundsätzlich schon Grossman (2003), 25ff., Adler (2007), 1865ff.; Hunter/Salzman (2007), 1749f.; Hsu (2008), 724ff.; Frank (2010), 2300; Pöttker (2014), 136ff.; Hinteregger (2017), 247; Sutherland (2017), 194f., 207.

¹⁸² Oben § 6 II. 1. a) aa).

¹⁸³ Oben § 6 II. 2. a).

¹⁸⁴ Vgl. Matthews, et al. (2014), 5ff. Zum Temperaturbeitrag von RWE oben § 6 II. 1. b) aa).

sprechen,¹⁸⁵ wäre selbst dann neben der Sache, wenn alle Weltmeere in eine handelsübliche Badewanne passten. Vor allem ist es ungleich mehr als jeder lebende Mensch beiträgt. Das zeigt eine einfache und angesichts des sinkenden Pro-Kopf-Verbrauchs eher hochgegriffene Rechnung für Deutschland: Beim Lebensstil eines Durchschnittsbürgers werden pro Jahr rund 11 Tonnen Treibhausgase ausgestoßen;¹⁸⁶ bezogen auf die (weibliche) Lebenserwartung von derzeit 84 Jahren ergibt das insgesamt 924 Tonnen. Allein auf RWE entfallen bis einschließlich 2018 7.268.000.000 Tonnen, also knapp das achtmillionenfache.¹⁸⁷ Selbst 2018 war die auf RWE zurückgehende Jahresemissionsmenge noch fast doppelt so groß wie die der gesamten deutschen Landwirtschaft.¹⁸⁸

Natürlich ist allein der Umfang des Verursachungsbeitrags kein schlagendes Argument für eine Verpflichtung. Aber es leuchtet ebenso wenig ein, warum er überhaupt kein Argument sein sollte – zumal der Tätigkeitsumfang sonst regelmäßig ein Anlass für Verpflichtung ist.¹⁸⁹ Nehmen wir erneut die Produzentenhaftung: Sie wurde Anfang des 20. Jahrhunderts im Lichte der aufkommenden industriellen Massenproduktion geschaffen; ihre Adressaten waren große Warenhersteller mit hunderten Mitarbeitern und hohen Absatzzahlen, Kleinunternehmen wurden dagegen ausgenommen.¹⁹⁰ Zwar erweiterte der BGH in den 1990er Jahren den Anwendungsbereich auch auf Familienbetriebe, allerdings braucht es nach wie vor eine gewerbsmäßige Tätigkeit, was kleineres, unstetes und vor allem privates Produktionsverhalten ausschließt.¹⁹¹ Ähnliches gilt für verbraucherschützende Verpflichtungen, die wie §§ 312 ff. BGB oder §§ 474 ff. BGB erst ab der Schwelle unternehmerischer Tätigkeit eingreifen. Erweitern wir den Blick über das Bürgerliche Recht hinaus ins Gesellschaftsrecht, zeigt sich die Bedeutung des Tätigkeitsumfangs noch deutlicher: Pflichten zur Arbeitnehmermitbestimmung nehmen mit der Mitarbeiterzahl zu (§ 1 DrittelbG;

¹⁸⁵ So *Keller/Kapoor* (2019), 708 unter Berufung auf *Peel* (2011), 16 ff., die das Argument jedoch nicht anführt, sondern kritisch wiedergibt!

¹⁸⁶ Grundlage ist der CO₂-Rechner des UBA, in den verschiedene klimawirksame Lebensbereiche von der Heizung bis hin zum sonstigen Konsum eingehen, vgl. <https://uba.co2-rechner.de/>.

¹⁸⁷ Genau genommen werden in beiden Fällen die Mengen nicht in Treibhausgasen, sondern in Tonnen CO₂ ausgedrückt, d.h. Treibhausgase wie Methan und Lachgas werden mit der entsprechenden Klimawirkung in CO₂-Äquivalente umgerechnet. Weil bei RWE – anders als bei der Durchschnittsdeutschen – Lachgase gar nicht berücksichtigt werden, wäre die Differenz sogar noch größer, vgl. die ständig aktualisierten Daten von *Heede* (2014) zu RWE und den übrigen Carbon Majors auf <https://climateaccountability.org/carbonmajors.html>.

¹⁸⁸ Konkret: 117 Mio. Tonnen CO₂-Äquivalente gegenüber 62.5 Mio. Tonnen, vgl. die Daten für 2018 für RWE auf <https://climateaccountability.org> und für die Landwirtschaft die Daten des Umweltbundesamts auf <https://www.umweltbundesamt.de/daten/land-forstwirtschaft>. Das 2018 wird angesetzt, weil für die deutsche Landwirtschaft keine Daten über historische Gesamtemissionen vor 1990 verfügbar sind, das Verhältnis ist seither aber in etwa konstant.

¹⁸⁹ Dazu auch *Wilhelmi* (2009), 257 f.

¹⁹⁰ So die deutliche Tendenz in BGHZ 51, 91, 107 (Hühnerpest).

¹⁹¹ Näher *Brüggemeier* (2006), 404 ff.; dazu schon oben § 5 II. 3. b).

§ 1 MitbestG), Geschlechterquoten orientieren sich daran (§§ 96 Abs. 2, 111 Abs. 5 AktG) und so weiter.¹⁹² In all diesen Beispielen wäre es denkbar, ja mitunter konsequent, Kleinakteure ebenso zu verpflichten, denn auch im Nachbarschaftskreis produzierte Limonade kann verletzen und die geringe Repräsentation von Frauen ist in mitarbeiterschwachen Aktiengesellschaften nicht weniger problematisch. Doch so ist es nicht. Das zeigt: Auch wenn er gewiss nicht der einzige oder entscheidende Faktor ist, mithilfe des Tätigkeitsumfangs lassen sich Verpflichtungen deutlich eingrenzen – und diese Technik ist privatrechtlichen Bipolaritätskonstruktionen alles andere als fremd.

Zweitens kann speziell Energieproduzenten ein moralischer Vorwurf gemacht werden. Wie „utterly basic and elemental“ er ausfällt, hat der Philosoph Henry Shue gezeigt.¹⁹³ In den allermeisten Gesellschaften sieht er zwei fundamentale Pflichtenkonzepte akzeptiert. Die erste Pflicht ist negativ, allgemein und vorwärtsgewandt – ich darf anderen keinen Schaden zufügen („do no harm“). Die zweite ist positiv, speziell und rückwärtsgewandt – ich muss mein angerichtetes Schlamassel beseitigen („clean up your own mess“). Beide Konzepte bilden die Seiten derselben Medaille, wird also die erste Pflicht verletzt, entsteht regelmäßig die zweite Pflicht – schädige ich eine andere, muss ich dieses Schlamassel beseitigen.¹⁹⁴ Wer sich hier an § 4 erinnert fühlt, liegt richtig: Was Shue skizziert, ist letztlich nichts anderes als die landläufige Interpretation der ausgleichenden Gerechtigkeit nach Aristoteles.¹⁹⁵ Warum aber haben Energieproduzenten die erste Pflicht verletzt, zumal doch Treibhausgase lange Zeit als völlig unbedenklich galten? Weil es laut Shue spätestens 1965 genug Mahnungen gab.¹⁹⁶ Er verweist dazu auf die Meilensteine der Klimawissenschaft: Der Treibhauseffekt wurde 1824 entdeckt, 1896 stellte Svante Arrhenius erstmals die Hypothese einer menschengemachten globalen Erwärmung auf. In den späten 1950er Jahren wies Charles Keeling durch Messungen auf Hawaii nach, dass der CO₂-Gehalt der Atmosphäre zunimmt; zeitgleich wurden weltweit steigende Temperaturen beobachtet.¹⁹⁷ 1965 veröffentlichte besagter Keeling dann zusam-

¹⁹² Auch das Lieferkettensorgfaltspflichtengesetz knüpft an die Mitarbeiterzahl an, dazu noch unten § 7 II. 1. b).

¹⁹³ Shue (2017), Zitat auf 593. Ähnlich schon Adler (2007), 1865 ff.; Frumhoff, et al. (2015), 161 ff.

¹⁹⁴ Shue (2017), 592 f.

¹⁹⁵ Zu dieser Verknüpfung Grasso/Vladimirova (2020), 182 f. Von der landläufigen Interpretation spreche ich deshalb, weil der Gedanke gerade nicht mit der aristotelischen ausgleichenden Gerechtigkeit identisch ist, sondern eine bestimmte (schon seit dem *neminem laedere* der Römer weit verbreitete) inhaltliche Ausprägung der Struktur ausgleichender Gerechtigkeit darstellt, dazu oben § 4 I. 1. a) und 2. a).

¹⁹⁶ Shue (2017), 594.

¹⁹⁷ 1956 berichtete prominent die New York Times über die neuen Erkenntnisse, zwei Jahre später wurden sie von einer Fernsehdokumentation aufgegriffen, die dezidiert von Gletscherschmelze und Meeresspiegelanstieg warnte; eingehend zu den Anfängen und der Rezeption der modernen Klimaforschung Weart (2008), 19 ff.; Schellnhuber (2015), 37 ff., 66 ff.

men mit den übrigen Mitgliedern des US-präsidentialen Wissenschaftsgremiums einen Bericht zu „Atmospheric Carbon Dioxide“, dessen zentrale Passagen ein wörtliches Zitat lohnen: „We can conclude with fair assurance“, heißt es dort, „that at the present time, fossil fuels are the only source of CO₂ being added to the ocean-atmosphere-biosphere system. [...] The climatic changes that may be produced by the increased CO₂ content could be deleterious from the point of view of human beings“¹⁹⁸ Ganz konkret wurde gemahnt, dass bei unverändertem Emissionsverhalten die globalen Gletscher schmelzen und der Meeresspiegel ansteigt.¹⁹⁹ Nur drei Tage später informierte der Vorsitzende des größten Interessenverbandes der US-Energieindustrie, Frank Ikard, auf der Jahreshauptversammlung die anwesenden Unternehmensvertreter über die Klimagefahren ihrer Produkte und Produktionsprozesse: „The substance of the report is that there is still time to save the world’s peoples from the catastrophic consequence of pollution, but time is running out.“²⁰⁰ Freilich war das für viele der Anwesenden nicht wirklich neu. Historikerinnen und Historiker haben detailliert nachgezeichnet, dass namentlich Mineralölproduzenten bereits in den 1950er Jahren aus Wissenschaftskreisen auf die Klimagefahren fossiler Brennstoffe hingewiesen wurden. Zudem betrieben Branchengrößen wie Exxon-Mobil, Shell oder Total (bzw. ihre Rechtsvorgänger) selbst intensive Forschung und nutzten ihren Wissensvorsprung über Klimafolgen gezielt zur Expansion, etwa indem sie Ausbeutungsrechte für bald auftauende – und damit lukrativ werdende – Permafrostböden erwarben.²⁰¹

Jene Entwicklung ist also der Grund, warum Henry Shue richtigerweise anno 1965 eine Linie zieht.²⁰² Zwar war die Klimaforschung damals noch in der Formationsphase und fristete in der öffentlichen Debatte ein Nischendasein. Doch die wissenschaftlichen Mahnungen hatten spätestens 1965 eine Qualität

¹⁹⁸ *President’s Science Advisory Committee* (1965), 119 und 127. Zur Entstehungsgeschichte Weart (2008), 38 ff.

¹⁹⁹ *President’s Science Advisory Committee* (1965), 123.

²⁰⁰ Zitiert nach *Franta* (2018), 1024. Das Zitat lautet weiter: „One of the most important predictions of the report is that carbon dioxide is being added to the earth’s atmosphere by the burning of coal, oil, and natural gas at such a rate that by the year 2000 the heat balance will be so modified as possibly to cause marked changes in climate beyond local or even national efforts.“ Über die Ergebnisse des Berichts vorab informiert, mahnte auch US-Präsident Lyndon B. Johnson im selben Jahr den US-Kongress: „This generation has altered the composition of the atmosphere on a global scale through [...] a steady increase in carbon dioxide from the burning of fossil fuels“, zitiert nach *Oreskes/Conway* (2011), 171.

²⁰¹ *Oreskes/Conway* (2011), 169 ff., 246 ff.; *Frumhoff, et al.* (2015), 165 f.; *Franta* (2018); *Bonneuil, et al.* (2021).

²⁰² Ebenso *Franta* (2018), 1025; *Licker, et al.* (2019), 11; in der Sache auch Weart (2008), 38 ff.; 200 f.; *Kysar* (2011), 56; *Leone* (2011), 370 ff.; *Heede* (2014), 230; *Kenner/Heede* (2021), 3; *Kieninger* (2021a), 142 (m. Fn. 140). Prominent anders *Wagner* (2020b), 59 (frühestens in den 1980er Jahren) und *Posner/Weisbach* (2010), 111; *Grasso/Vladimirova* (2020), 189 f.; (frühestens in den 1990er Jahren), allerdings ohne nähere historische Auseinandersetzung. Zwischen Klimawandel (späte 1970er Jahre) und Klimaschäden (1990er Jahre) unterscheidend *Pöttker* (2014), 132 ff.

und Dringlichkeit erreicht, dass Energieproduzenten und andere Carbon Majors sie nicht mehr überhören konnten. Es stand der begründete Verdacht im Raum, dass ihre Produkte und Produktionsprozesse, wie es einer ihrer eigenen Branchenvertreter ausdrückte, „catastrophic consequence[s]“ verursachen, dass also die erste fundamentale Pflicht – ich darf anderen keinen Schaden zufügen („do no harm“) – verletzt sein könnte. An diesem Punkt, erklärt Shue, „the situation changes radically“.²⁰³ Obwohl die vielfach noch vage Informationslage keinen vollständigen Herstellungsstopp erforderte, hätten Energieproduzenten und andere Carbon Majors doch zumindest die üblichen Vorsichtsmaßnahmen treffen müssen: intensive Suche nach weniger gefährlichen Alternativen und robuste Forschung zur Gefahrenreduktion der bestehenden Produkte und Produktionsprozesse – zumal die Carbon Majors über erheblichen politischen Einfluss, große finanzielle Mittel und das nötige technische Know-how verfügen.²⁰⁴ Doch nichts davon geschah. Im Gegenteil, nicht nur bauten Energieproduzenten und andere Carbon Majors ihre Kapazitäten weiter aus und fachten den Klimawandel erst richtig an – enorme 91 % des auf die Carbon Majors entfallenden Temperaturbeitrags (0,430°C von 0,471°C!) gehen auf erst *nach* 1965 emittierte Treibhausgase zurück.²⁰⁵ Einige Carbon Majors leugneten sogar bis in die 2000er Jahre den anthropogenen Klimawandel und förderten mit viel Geld Interessengruppen, die mit fadenscheinigen Argumenten Klimawissenschaft und IPCC zu diskreditieren versuchten.²⁰⁶

Freilich hat Shue dabei vor allem die Entwicklung in den USA und Großbritannien im Blick. Für Deutschland und speziell RWE ist die Situation aber durchaus vergleichbar. Zwar gab es hierzulande offenbar keine gezielten Diffamierungskampagnen gegen klimawissenschaftliche Mahnungen. Allerdings störte RWE in den 1960er Jahren „mit allen Mitteln der Propaganda“ die Entwicklung der Atomkraft und schaltete großflächige Werbeanzeigen zur Steigerung des privaten Energieverbrauchs; parallel wurde die lange verfolgte Wasserkraftstrategie zurückgefahren, ins Erdölgeschäft investiert und bis in die jüngere Gegenwart massiv auf die besonders klimaschädliche Braunkohle gesetzt.²⁰⁷

²⁰³ Shue (2017), 594.

²⁰⁴ Shue (2017), 595; So in der Sache auch Kysar (2011), 58; Pöttker (2014), 138; Grasso/Vladimirova (2020), 180ff.

²⁰⁵ Licker, et al. (2019), Ergänzende Materialien, Tabelle 5.

²⁰⁶ Hierbei trat besonders ExxonMobil in Erscheinung, aber auch Shell und BP waren beteiligt, eindrucklich Oreskes/Conway (2011), 169ff., 246ff.; Brulle (2014); Frumhoff, et al. (2015), 165f. Speziell zu ExxonMobil *Union of Concerned Scientists* (2007); *Supran/Oreskes* (2017); *Supran/Oreskes* (2020); aufgrund der Enthüllungen wurde in den USA mittlerweile ein (vom Supreme Court bestätigtes) Ermittlungsverfahren wegen Betrugs eingeleitet.

²⁰⁷ Zitat des damaligen Atomministers Siegfried Balke, wiedergegeben nach Radkau/Hahn (2013), 88. Insb. die Werbeanzeigen (und damit einhergehenden Lockangebote) verfehlten ihre Wirkung offenbar nicht, der Stromverbrauch in den von RWE belieferten Haushalten lag 1970 erheblich über dem Bundesdurchschnitt. Zum Ganzen Radkau (1998a), 182ff.; Radkau (1998b), 226ff.

Auch die eigenen – durchaus vielversprechenden – Forschungsansätze zu alternativen Energiequellen kamen lediglich „einer Spielwiese gleich“ und sind „eher als Ablenkung zu verstehen“, konstatierte 1984 eine Studie nüchtern.²⁰⁸ Erst kurz vor der Jahrtausendwende, vor allem motiviert von der gesetzgeberischen Aufwertung der erneuerbaren Energien, begann man sich bei RWE näher für klimawissenschaftliche Erkenntnisse und das Schadenspotential der eigenen Produktionsprozesse zu interessieren, berichtete mir Bernd Stoy, damals Leiter des Entwicklungsressorts.²⁰⁹ Das ist bemerkenswert, denn in Deutschland waren die frühen wissenschaftlichen Mahnungen schon deshalb deutlich vernehmbar, weil sie zu erheblichen Teilen hier entstanden waren. 1941 widmete Herrmann Flohn, der später den Weltklimarat IPCC mitinitiiieren sollte, seine Würzburger Antrittsvorlesung den Gefahren der anthropogenen Erwärmung; nach Kriegsende folgten zahlreiche weitere Publikationen.²¹⁰ Das Fundament für die heutige Klimamodellierung wurden im Meteorologischen Institut München von Fritz Möller gelegt, der erstmals die emissionsbedingte Temperatursteigerung unter Berücksichtigung von Rückkopplungen simulierte. Seine 1963 erschienene Publikation²¹¹ sorgte weltweit für Aufsehen und war eines der zentralen Referenzwerke für den zwei Jahre später veröffentlichten Bericht des US-präsidentialen Wissenschaftsgremiums, von dem eben die Rede war.²¹² Kurz darauf stufte die NATO den Klimawandel neben anderen Umweltproblemen als Gefahr für das nationale Wohlergehen ein und erörterte die neuen Forschungserkenntnisse in einem eigens gegründeten Ausschuss; von dort sickerte das Thema in die Bundesministerien und die westdeutsche Presse ein.²¹³ Und 1971 appellierte die Deutsche Physikalische Gesellschaft in einer Pressemitteilung, dass aufgrund der „Auswirkungen der menschlichen Tätigkeit auf das Klima [...] spätestens in zwei bis drei Generationen der Punkt erreicht [sein wird], an dem unvermeidlich irreversible Folgen globalen Ausmaßes eintreten“.²¹⁴ Kurzum: Für das, was RWE erst 1998 als neue Marschroute ausgab – „[Ob] nun ein Beweis für den Einfluß menschlicher Aktivitäten auf das Klima [besteht]. Wir wissen es nicht. Aber vorsorglich tun wir alles vernünftig Mach-

²⁰⁸ Höfer-Bosse, et al. (1984), 92. Hierbei spielten jedoch nicht Klimaschutz-, sondern Autarkieverwägungen infolge der Ölkrise eine Rolle, vgl. 131 ff.

²⁰⁹ Telefongespräch mit Bernd Stoy am 26.5.2021. Bis heute hält es Bernd Stoy für nicht ausreichend belegt, dass die globale Erwärmung durch anthropogene Treibhausgasemissionen verursacht ist.

²¹⁰ Zum umfassenden Wirken Flohns Craig (2005).

²¹¹ Möller (1963). Ähnlich einflussreich war ein Jahrzehnt später die statistische Arbeit des am MPI für Meteorologie in Hamburg forschenden Hasselmann (1979), der heute als Pionier der modernen Attributionsforschung gilt und dafür 2021 den Physik-Nobelpreis erhalten hat, näher Santer, et al. (2019), 181 f.

²¹² Vgl. *President's Science Advisory Committee* (1965), 121 (und öfter). Zu Möllers Einfluss auf die Klimawissenschaft Weart (2008), 80 ff.

²¹³ Näher Hünemörder (2004), 141 ff.

²¹⁴ *Deutsche Physikalische Gesellschaft* (1971), 1.

bare, um mögliche Auswirkungen der Stromerzeugung aus fossilen Brennstoffen [...] so niedrig wie möglich zu halten: [...] Nutzung erneuerbarer Energiequellen, Förderung der Technik und des Verhaltens hinsichtlich sparsamer Energieverwendung“²¹⁵ –, für eine vorsichtige Marschroute also, hätte es schon drei Jahrzehnte zuvor mehr als ausreichend Anlass gegeben.

Shues Kernargument ist daher uneingeschränkt auch auf Deutschland und RWE anwendbar. Wegen der jahrzehntelangen Vernachlässigung von Vorsichtsmaßnahmen ist für Energieproduzenten die erste moralische Pflicht in die zweite umgeschlagen. „Unless carbon producers are somehow exempt from the moral principles that society applies to ordinary mortals, their 50 years of flagrant disregard of their simple negative responsibility to do no harm [...] brings to bear the other basic principle that is the other side of the same coin: clean up your own mess.“²¹⁶

b) Darum gerade Klimaopfer wie Lliuya

Kommen wir nun zur gegenüberliegenden, der Berechtigten Seite. Auch hier beschäftigt uns wieder die statusbezogene und die parteibezogene Perspektive, es muss also sowohl die Gruppe der Klimaopfer als auch konkret Luciano Lliuya besonders exponiert sein. Die zwei Argumente aus dem vorherigen Abschnitt lassen sich hier spiegelbildlich anführen.

Erstens: Was bei Energieproduzenten der umfangreiche Verursachungsbeitrag ist, ist auf Seite der Klimaopfer die umfassende Betroffenheit.²¹⁷ Dass der Klimawandel mehr oder weniger jeden lebenden Menschen betrifft, ist zwar richtig, aber sehr ungenau. Nehmen wir zur Veranschaulichung wieder den deutschen Durchschnittsbürger: Er wohnt zur Miete, für Meeresnähe oder Gletscherpanoramen reicht es bestenfalls im Urlaub und er arbeitet nicht in der Landwirtschaft.²¹⁸ Wärmere Temperaturen machen sich auch in seinem Leben bemerkbar, etwa durch gesteigerten Hitzestress, starke Regenfälle und andere Extremereignisse. Aber viel mehr individuelle Betroffenheit dürfte regelmäßig nicht anfallen.²¹⁹ Dagegen geht es vom Meeresspiegelanstieg bedrohten Küsten-

²¹⁵ RWE-Group (1998), 23.

²¹⁶ Shue (2017), 594. Mit dem Verweis auf „ordinary mortals“ strukturiert Shue sein Argument mittels der Personifikationsmetapher: Obwohl Energieproduzenten wie RWE keine Menschen sind, werden sie sprachlich-kognitiv so behandelt, das Unternehmen wird personifiziert, dazu Schirmer/Pauschinger (2020), 217 ff. Diese Subjektivierung von Kollektivakteuren ist moralisch möglich (eingehend Grasso/Vladimirova (2020), 183 ff.; zur Kritik prominent Posner/Weisbach (2010), 73 ff.; dazu auch noch unten § 7 II. 3. a)), inwiefern das rechtlichen Erwägungen standhält, wird noch zu zeigen sein, dazu unten § 6 III. 1. b) cc) (2) (g).

²¹⁷ Grundsätzlich schon Grossman (2003), 40 ff.; Adler (2007), 1860 ff.; Hunter/Salzman (2007), 1751 ff.; Hsu (2008), 721 ff.; Frank (2010), 2300; Grasso/Vladimirova (2020), 189 ff.; Zeidler (2022), 66 f.

²¹⁸ Näher Statistisches Bundesamt (2019), 163 ff., 355 ff.

²¹⁹ Vgl. Brasseur, et al. (2017) 125 ff.; vgl. auch die regionale Übersicht über die prognosti-

anrainern oder überflutungsgefährdeten Gebirgseinwohnern um die pure Existenz. Klimaopfern wie Lliuya droht der Verlust des eigenen Hausgrundstücks, der wirtschaftlichen Lebensgrundlage oder beidem. Zwar gilt wie auf der Pflichtenseite, dass für eine Berechtigung der Betroffenheitsumfang allein nicht ausreicht. Aber er kann eben einer von vielen anlassgebenden Konstruktionsgründen sein – und ist es regelmäßig auch.²²⁰ Die erfolgreichen Bipolaritätskonstruktionen aus § 5 sind erneut Beispiele dafür: Die Produzentenhaftung wurde angesichts einer durch Glassplitter verletzten Kundin entwickelt; beim Vertrag mit Schutzwirkung ging es um einen mit Scharlach infizierten Klinikpatienten und ein tuberkulosekrankes Kind.²²¹ Allesamt keine Lappalien also, sondern (zumal Anfang des 20. Jahrhunderts) schwere Gesundheitsverletzungen. Natürlich ist der Konstruktionsprozess hier nicht stehengeblieben, bekanntlich kann insbesondere beim VSD mittlerweile ein bloßer Vermögensschaden genügen. Und doch zeigen Produzentenhaftung und VSD, dass zumindest im Anfangsstadium von Bipolaritätskonstruktionen der Betroffenheitsumfang ein durchaus typisches Eingrenzungskriterium ist, weil er den Geschädigten aus der breiten Masse der Irgendwie-Betroffenen heraushebt.

Zweitens: Den moralischen Vorwurf gegen Energieproduzenten können speziell Klimaopfer wie Lliuya erheben.²²² Wie im letzten Abschnitt gesehen, war die Klimawissenschaft 1965 in vielen Punkten noch in der Formationsphase, namentlich über Extremereignisse wie Hitzewellen und Starkregenfälle kursierten lediglich Vermutungen. Bei dem, was wir heute slow onset-Phänomene nennen, war der Kenntnisstand allerdings schon ein gutes Stück weiter. Wiederholt und dezidiert wurde gemahnt, dass bei unverändertem Emissionsverhalten die globalen Gletscher schmelzen und der Meeresspiegel ansteigt.²²³ Die Vernachlässigung von Vorsichtsmaßnahmen ist also vor allem eine Vernachlässigung gegenüber slow onset-Klimaopfern. Speziell ihre Existenz wurde trotz aller Mahnungen jahrzehntelang durch Energieproduzenten und andere Carbon Majors gefährdet. Dass gerade in diesem Verhältnis die erste moralische Pflicht in die zweite umgeschlagen ist, dass Energieproduzenten und andere Carbon Majors gerade dieses angerichtete Schlamassel beseitigen müssen, ist dann mit Henry Shue nur folgerichtig.²²⁴

zierten Klimafolgen in IPCC (2022a), 14ff. Damit soll nicht geleugnet werden, dass es auch hierzulande zu schwerwiegenden Klimafolgen kommen kann (bzw. schon gekommen ist). Gesagt ist nur, dass diese Folgen eher punktuell auftreten (werden).

²²⁰ Generell auch *Wilhelmi* (2009), 249 f.

²²¹ Oben § 5 II. 3. a) und b).

²²² Ebenso *Adler* (2007), 1860f.; *Hunter/Salzman* (2007), 1769ff.; *Hsu* (2008), 719ff.; *Pöttker* (2014), 130ff.; *Grasso/Vladimirova* (2020), 189f.

²²³ Oben § 6 II. 4. a).

²²⁴ *Shue* (2017), 594f.; ebenso *Licker, et al.* (2019), 11. In der Sache auch *Kysar* (2011), 56ff.; *Heede* (2014), 230; *Kenner/Heede* (2021), 3ff.

c) Darum gerade Energieproduzenten wie RWE und Klimaopfer wie Lliuya

Bislang haben wir beide Seiten weitgehend isoliert betrachtet. Energieproduzenten wie RWE und Klimaopfer wie Lliuya sind aber auch als Kombination besonders exponiert. Das zeigt sich bei narrativer Perspektive: Sie sind Protagonisten einer intuitiv verständlichen Klimageschichte.²²⁵ Auch wenn die Detaildichte auf den letzten Seiten eher das Gegenteil suggerieren mag, sind Klimahaftungskonstellationen wie der RWE-Fall vergleichsweise simpel gestrickt. Grob vereinfacht (und sehr zugespitzt) passt das Szenario in einen Satz: Lliuya möchte nur sein Leben in Peru genießen, doch weil RWE trotz wissenschaftlicher Mahnungen jahrzehntelang den Klimawandel mitangefacht hat, droht der abschmelzende Hausgletscher sein Grundstück zu überfluten. Das komplexe Wirklichkeitsphänomen Klimawandel wird also nicht in irgendeine wechselseitige Rechte- und Pflichtenbeziehung heruntergebrochen, es wird in einen „signature climate change impact“ heruntergebrochen, eine Geschichte mit klarer Rollenverteilung und Dramaturgie.²²⁶ Die Zuspitzung auf eine geradezu ikonische Szene – Klimaopfer gegen Energieproduzent vor abschmelzender Gletscherkulisse – zerlegt das „super wicked problem“ Klimawandel in einen anschaulichen Einzelkonflikt; abstrakte „issues of causation and impacts“ werden strukturiert „in concrete ways that are readily understood by lay people and which resonate with their experience“, wie Jacqueline Peel und Hari Osofsky formulieren.²²⁷

Gewissermaßen sind Lliuya und RWE im privatrechtlichen Kleinen das, was ausgezehrt Eisbären im gesellschaftlichen Großen sind. Natürlich ist es möglich, die Gefahren des Klimawandels anhand des Rückgangs des für viele Organismen überlebenswichtigen Planktons zu erfassen. Aber im Gegensatz zum Bild des ausgezehrt Eisbären verlangt das viel mehr Vorwissen.²²⁸ Nichts anderes gilt für die Klimahaftung: Mag sie auch grundsätzlich in vielerlei Lagen denkbar sein, etwa zwischen hitzegeplagten Städtern und Kreuzfahrtschiffbetreibern – naturwissenschaftliche Kausalzusammenhänge oder Präventionsaspekte wären hier deutlich unübersichtlicher als in signature impact-Konstellationen wie dem RWE-Fall. Kommt aber, wie wir in § 5 gesehen haben, Bipolaritätskonstruktionen eine wichtige Rolle als Impulsgeber zu,²²⁹ ist es nicht

²²⁵ Dazu schon *Penalver* (1998), 593 f.; *Hsu* (2008), 716 ff.; *Leone* (2011), 376 ff.; *Burger* (2013), 40 ff.; *King* (2014), 345 ff.; *Peel/Osofsky* (2015), 237 ff.; *Nosek* (2017), 757 ff.; *Weaver/Kysar* (2017), 344 ff.; *Kysar* (2018), 58 ff.; *Graser* (2019a), 331 f.; *Burgers* (2020), 73 ff.

²²⁶ Den Begriff hat *Kysar* (2011), 32 mit Blick auf den Kivalina-Fall (vom Meeresspiegelanstieg bedrohte Inuitgemeinschaft gegen ExxonMobil) geprägt; treffend auch *King* (2014), 349: „compelling stories in which residents were pitted against oil companies“ und *Graser* (2019a), 331: „Kläger bekommen Gesichter, aus potenziellen Gefahren werden reale Verletzungen“.

²²⁷ So *Peel/Osofsky* (2015), 237. Die Einordnung des Klimawandels als „super wicked problem“ geht vor allem auf *Lazarus* (2008) zurück; dazu auch noch unten § 8 II. 3.

²²⁸ Zur medialen Wirkung dieser und anderer Klimabilder eingehend *Schneider* (2018), 171 ff.

²²⁹ Oben § 5 III. 2.

sinnvoll, gleich mit diffizilen Konstruktionen zu starten. Im Gegenteil, weil auf der privatrechtlichen Dauerbaustelle die Zuschauer immer mitgedacht sind und sukzessive ausgehandelt wird, welches Verhalten gesellschaftlich toleriert wird und welches nicht, sollten möglichst eingängige Konstellationen die Grundlage für die ersten Konstruktionsversuche bilden. Wiederum ist dies aus der Entwicklungsgeschichte von VSD und Produzentenhaftung wohlvertraut. Den heute kontroversen Fällen um Gutachter oder Kleinbetriebe näherte man sich erst Stück für Stück, am Anfang standen ikonische Konflikte – Kind gegen Vermieter; Klinikpatient gegen Krankenhausträger; Apothekenkundin gegen Medizinerhersteller.²³⁰ Letztlich entspricht es also schon der Eigenlogik des Privatrechts, gerade mit Klimaopfern wie Lliuya und Energieproduzenten wie RWE das *drama between plaintiff and defendant* zu eröffnen.

5. Konstruktionsgrund: Nachhaltigkeit

Zuletzt zu dem Konstruktionsgrund, der bei den bisherigen Konstruktionsgründen immer mitschwang, aber noch nicht explizit zur Sprache kam. Geben im Umgang mit dem Wirklichkeitsphänomen Klimawandel auch Nachhaltigkeitsgründe Anlass, gerade Klimaopfer wie Lliuya und Energieproduzenten wie RWE über eine Klimahaftung zu verbinden? Erinnern wir uns dazu an den ersten Teil dieser Untersuchung: Nachhaltigkeit verlangt, menschliche Grundbedürfnisse wie Nahrung, Unterkunft und Gesundheit zu sichern und dabei essentielle Natursysteme wie Atmosphäre, Böden und Gewässer tragfähig zu halten. Damit ist zugleich eine Lastenverteilung verbunden. Im Klimakontext bedeutet das vor allem erhöhte Treibhausgasreduktionsanforderungen für die Großemittenten aus dem Globalen Norden und Anpassungsunterstützung für die existenziell betroffenen Regionen vornehmlich im Globalen Süden. Auch wissen wir schon, dass nicht nur staatliche Akteure angesprochen sind, sondern genauso „private enterprise, from the one-person business to the great multinational company“.²³¹ Über diese eher allgemeinen Linien hinaus, macht der Brundtland-Bericht aber auch konkretere Vorgaben. Ein besonderes Augenmerk legt er auf die Rolle von Industrieunternehmen und Energieproduzenten. Wegen der „[t]hreats of global warming“ müssen vor allem die Treibhausgasemissionen im Produktionsprozess reduziert werden und die „highest priority should be accorded to research and development on environmentally sound and ecologically viable alternatives“.²³² Weil diese Umstellung aber nicht von heute auf morgen möglich ist und gerade die Stromproduktion eng mit dem Verbrauch

²³⁰ Oben § 5 II. 3. a) und b).

²³¹ WCED (1987), Chairman's Foreword; zu allem schon oben § 1 und § 2 II.

²³² WCED (1987), Overview Rn. 59 und 61; eingehend Chapter 7 Rn. 25 ff., vgl. auch Ziel 7.2. und 7.3. der SDGs.

der Stromabnehmer zusammenhängt, sollen in der Zwischenzeit („[to] buy time“) auch „energy-saving measures“ ergriffen werden. Neben Vermeidungsanreizen durch höhere Strompreise schlägt der Bericht vor, die Stromabnehmer in den Industriestaaten für die Klimawirkungen ihres Verbrauchsverhaltens zu sensibilisieren und Verbrauchsreduktionen anzuregen, etwa durch „free energy audits; energy ‚labelling‘ of appliances; and training in energy saving techniques.“²³³ Sollte es aber trotz dieser Schutzanstrengungen zu Schäden kommen, müssen die Betroffenen kompensiert werden. Um ihrerseits einen Beitrag zur Nachhaltigkeit zu leisten, haben die Rechtsordnungen daher „the right to legal remedies and redress for those whose health or environment has been or may be seriously affected“ sicherzustellen.²³⁴

Gehen wir die einzelnen Punkte durch: Im Präventions- und Effizienzkontext haben wir gesehen, dass eine Klimahaftung bei Energieproduzenten Anreize zur Treibhausgasreduktion setzen würde. Damit würde die Suche nach „ecologically viable alternatives“ forciert und zugleich dem Tragfähigkeitserhalt der Atmosphäre gedient. Zudem gingen mit einer kostenüberwältigenden Klimahaftung Anreize für Eigensicherungsmaßnahmen auf Seiten der Klimaopfer einher. Es würde also nicht nur ein „right to legal remedies and redress“ bestehen, sondern eine Klimahaftung würde auch direkt zur Sicherung der Grundbedürfnisse Gesundheit und Unterkunft beitragen.²³⁵ Dagegen ist die Verbindung gerade von Klimaopfern und Energieproduzenten aus Nachhaltigkeitssicht nicht ganz so eindeutig: Zwar kommen die Urheber umfangreicher Verursachungsbeiträge fast ausschließlich aus dem Globalen Norden und den aufstrebenden Schwellenländern – unter den 90 Carbon Majors gibt es mit Sonangol aus Angola nur einen Ausreißer²³⁶ –, und die von Gletscherschmelze, Meeresspiegelanstieg und anderen slow onset-Phänomenen existenziell betroffenen Klimaopfer finden sich überwiegend im Globalen Süden.²³⁷ Zudem verkörpern die Parteien des RWE-Falls dies geradezu perfekt. Aber das Beispiel der Elbphilharmonie in der Hamburger Hafencity hat gezeigt, dass die Nord/Süd-Rollenverteilung keineswegs zwingend ist; auch in den Niederlanden sind schon jetzt zahlreiche Grundstückseigentümer existenziell vom Meeresspiegelanstieg bedroht.²³⁸ Eric Posner sieht deshalb die Gefahr, dass in der Praxis vor allem

²³³ WCED (1987), Overview Rn. 62 und 64; eingehend Chapter 7 Rn. 113 ff., vgl. auch Ziel 13.3 der SDGs.

²³⁴ WCED (1987), Chapter 12 Rn. 82.

²³⁵ Ebenso *Alvarez-Armas* (2021), 410 ff., 431 f.; *Zeidler* (2022), 66 f.

²³⁶ Vgl. *Heede* (2014), Ergänzende Materialien, 6 f.

²³⁷ So auch *Heede* (2014), 235 ff.; *Shue* (2017), 594 f.; *Alvarez-Armas* (2021), 426 f.; generell schon *Hunter/Salzman* (2007), 1750 ff.; *Hsu* (2008), 719 ff. Vgl. auch die Aufstellung von geografischen Schadenspotentialen bei *Byers, et al.* (2017), 313 ff.

²³⁸ Anschaulich wiederum die interaktiven Überflutungskarten auf <https://coastal.climatecentral.org/map/>; ferner die regionalen Übersichten in *IPCC* (2021b), 23 ff.; *IPCC* (2022a), 16 ff.

wohlhabende Klimaopfer mit besonders hohem Schadenspotential (und einträglicher anwaltlicher Beratung) klagen werden, während ärmere Klimaopfer ihre überfluteten Hütten einfach wieder aufbauen.²³⁹ Doch selbst wenn vor allem wohlhabende Klimaopfer klagen sollten – was die bisherigen Prozesse von indigenen Dorfgemeinschaften oder peruanischen Bergbewohnern allerdings nicht wirklich nahelegen²⁴⁰ – liefe dies nicht zwingend Nachhaltigkeitsgründen zuwider. Denn genauso wie etwa bei der Produzentenhaftung die breite Masse vom Klagedruck wohlhabender Kunden durch sicherer werdende Produkte mitprofitiert,²⁴¹ würde die breite Masse vom Klagedruck wohlhabender Klimaopfer durch moderatere Temperaturen mitprofitieren – und so vor allem dem Globalen Süden noch größere Schäden ersparen.

Schließlich richten Nachhaltigkeitsgründe den Fokus auf bislang nur am Rande erwähnte Akteure und ihr Verhalten: Stromabnehmer, die mit ihrem Verbrauch entscheidenden Einfluss auf die Energieproduktion und die dabei ausgestoßene Treibhausgasmenge haben. Auch wenn wir über eine Rechte- und Pflichtenbeziehung zwischen Klimaopfern und Energieproduzenten nachdenken, sollten wir also stets das Gefahrsteuerungspotential von Stromabnehmern im Blick behalten. Darauf wird zurückzukommen sein.

6. Zwischenergebnis

Das Ziel der letzten Seiten bestand darin, möglichst viele anlassgebende Konstruktionsgründe für eine Klimahaftung zu identifizieren, und zwar aus statusbezogener und parteibezogener Perspektive, also sowohl zwischen Klimaopfern und Energieproduzenten als auch konkret zwischen Luciano Lliuya und RWE. Der Ertrag ist durchaus umfangreich: Es besteht eine lückenlose naturwissenschaftliche Kausalkette; bei Kopplung der Klimahaftung an das Emissionsverhalten werden Klimaschäden begrenzt und vermieden; die Anreizstruktur wird aus Effizienzsicht verbessert; die Akteure sind besonders exponiert; und schließlich geben auch Nachhaltigkeitsgründe Anlass, gerade Klimaopfer wie Lliuya und Energieproduzenten wie RWE über eine wechselseitige Rechte- und Pflichtenbeziehung zu verbinden. Hinzu kommt, dass die

²³⁹ Posner (2007), 1942f.; ähnlich Schwartz, et al. (2011), 404ff. Auch die zusätzlich geäußerte distributive Kritik – Energieproduzenten müssten das Haftungspotential gegenüber wohlhabenden Klimaopfern generell in ihren Produkten einpreisen, was die Ärmsten besonders hart trifft, weil auch sie die höheren Strompreise zahlen müssten – ist meines Erachtens überzeichnet. Denn erstens lässt sie sich pauschal jeder Haftung entgegenhalten, solange der Schuldner gleichzeitig Massenprodukte vertreibt (namentlich der Produzentenhaftung). Zum anderen wäre nur ein Grund für (Um-)Verteilung geliefert, etwa durch Zuschüsse zur Stromrechnung, vgl. dazu Ismer (2014), 364 ff.

²⁴⁰ Zum klägerischen Hintergrund vgl. nur Osofsky (2005), 1802ff.; Burger, et al. (2020), 209ff.

²⁴¹ Vgl. nur Collins (2002), 70ff.; Schäfer/Ott (2020), 407.

Konstruktionsgründe auch konkrete Gestaltungsanregungen geliefert haben: Weil die Schäden der Klimaopfer nur zum Teil von Energieproduzenten verursacht wurden, der individuelle Verursachungsbeitrag aber bestimmbar ist, legen naturwissenschaftliche Kausalitätsgründe lediglich eine anteilige Haftung nahe. Dieses Ergebnis haben Präventions- und Effizienzrecht bekräftigt. Jene Konstruktionsgründe waren es auch, die in Klimahaftungskonstellationen nach dem Muster des RWE-Falls eine Verlagerung der Schadensvermeidungskosten von Klimaopfern auf Energieproduzenten angeregt haben. Bestärkt wurde dies wiederum durch die exponierte Stellung von Klimaopfern wie Lliuya und Energieproduzenten wie RWE, da gerade in dieser Beziehung ein moralischer Vorwurf erhoben werden kann. Aufgrund der typischerweise vorliegenden Nord/Süd-Lastenverteilung deckt sich all das auch mit Nachhaltigkeitsgründen.

Freilich gilt bei alledem, was bereits am Ende der naturwissenschaftlichen Kausalität zur Sprache kam: Zwar geben im Umgang mit dem Wirklichkeitsphänomen Klimawandel zahlreiche Konstruktionsgründe Anlass, gerade die Statusgruppen Klimaopfer und Energieproduzenten – und auch die sie verkörpernden konkreten Parteien Lliuya und RWE – über eine Klimahaftung zu verbinden. Aber damit ist noch nicht gesagt, ob auch taugliche Anknüpfungspunkte im Privatrechtssystem bestehen. Wenn etwa Delikts- oder Eigentumsrecht die anteilige Mitverursachung oder den moralischen Vorwurf nicht abbilden können, finden beide Konstruktionsgründe im Privatrecht keinen Halt. Es ist also an der Zeit, das erste Positivmerkmal *Anlass für Bipolarität* hinter uns zu lassen und zum zweiten Positivmerkmal *taugliche Anknüpfung* überzugehen.

III. Zweites Positivmerkmal: Taugliche Anknüpfung

Der laufende § 6 wurde bislang von den Konstruktionsgründen dominiert. Wir nahmen konsequent ihre Sichtweise ein und fragten, ob sie zu einer wechselseitigen Rechte- und Pflichtenbeziehung gerade zwischen Klimaopfern wie Lliuya und Energieproduzenten wie RWE Anlass geben. Nun lenken wir den Blick nach innen auf die privatrechtlichen Anknüpfungspunkte. Können sie die diversen Konstruktionsanregungen verarbeiten?

Ich gehe dabei in vier Schritten vor. Zunächst sind kurz die für eine Klimahaftung relevanten Anspruchsgrundlagen einzugrenzen. Diese prüfe ich dann aber nicht isoliert, sondern greife drei große Anknüpfungprobleme heraus, die üblicherweise als Knackpunkte ausgemacht werden: Rechtliche Kausalität, Pflichtverletzung und Rechtswidrigkeit.²⁴² Dieser übergreifende und zugleich

²⁴² Aus der deutschen Literatur nur Pöttker (2014), 17 ff.; Wagner (2020b), 38 ff.; aus der internationalen nur Kysar (2011), 8 ff.; Burger, et al. (2020), 147 ff.; für eine systematische Auswertung der einschlägigen Problemschwerpunkte vgl. Setzer/Vanhala (2019).

reduzierte Ansatz erklärt sich damit, dass jene Anknüpfungsprobleme in allen relevanten Anspruchsgrundlagen akut werden und die übrigen Tatbestandsmerkmale weitgehend unproblematisch sind. Zudem werde ich bei alledem noch mehr als bislang den RWE-Fall als Konstruktionsfolie nutzen. Die Darstellung ist also stark geprägt von der parteibezogenen Perspektive auf die privatrechtlichen Anknüpfungspunkte gerade zwischen dem Klimaopfer Lliuya und dem Energieproduzenten RWE. Das hat mehrere Gründe. Zum einen sollten die Ausführungen so plastischer werden. Entscheidender ist aber, was ich in § 5 skizziert habe: Bipolaritätskonstruktionen und insbesondere ihre Anknüpfungspunkte im Privatrechtssystem werden im *drama between plaintiff and defendant* ausgehandelt. Auch wenn die Zuschauer – gleich ob vor Gericht oder bei gedanklich entsprechend ablaufenden wissenschaftlichen Bipolaritätskonstruktionen – mitgedacht werden und die faktische Wirkung daher weit über die konkreten Parteien hinausgeht, der gedankliche Fixpunkt bleibt stets die spezifische Rechte- und Pflichtenbeziehung.

1. Anspruchsgrundlagen

Welche Anspruchsgrundlagen kommen in Klimahaftungskonstellationen wie dem RWE-Fall in Betracht? Sollte die Verletzung bereits eingetreten sein – etwa steigende Meere oder schmelzende Gletscher Grundstücke beschädigt haben –, richtet sich der Fokus auf § 823 Abs. 1 BGB und die eben erwähnten drei Probleme: Rechtliche Kausalität, Pflichtverletzung und Rechtswidrigkeit.²⁴³ Lassen sie sich ausräumen, dürfte ein Anspruch häufig zu bejahen sein.²⁴⁴ Daran ändert auch nichts, dass Klimaopfer typischerweise im Ausland betroffen sind. Denn sofern wie im RWE-Fall die emittierenden Kraftwerke und damit die Handlungsorte im Inland liegen, ist wegen Art. 7 Rom-II VO die Berufung auf deutsches Recht möglich.²⁴⁵ Neben einem Deliktsanspruch ist eine Haftung aus § 1 UmweltHG denkbar. Weil die Umweltgefährdungshaftung außerhalb des BGB steht, klammere ich sie in dieser Untersuchung aus. Freilich ist ihre Reichweite in Klimahaftungskonstellationen ohnehin überschaubar,²⁴⁶ und wo Raum für

²⁴³ Dagegen ist für § 823 Abs. 2 BGB und § 826 BGB typischerweise kein Raum, da weder ein Schutzgesetzverstoß noch eine sittenwidrige vorsätzliche Schädigung ersichtlich ist, vgl. *Wagner/Arntz* (2021), 422 f.

²⁴⁴ Vgl. nur *Pöttker* (2014), 92; *Wagner/Arntz* (2021), 410 f.

²⁴⁵ Vgl. nur *Weller, et al.* (2021), 392 ff. Weil RWEs Verursachungsbetrag sich ausschließlich aus Braunkohleemissionen zusammensetzt und diese Emissionen praktisch komplett in im Inland belegenen RWE-Kraftwerken anfallen (dazu noch unten § 6 III. 2. d) cc) (1)), liegt der Handlungsort auch ausschließlich im Inland. Für Emissionen vor 2009 ist Art. 7 Rom-II VO nicht anwendbar (vgl. Art. 31 Rom-II VO), hier folgt die Anwendbarkeit deutschen Rechts aber aus Art. 40 EGBGB, vgl. *Kieninger* (2021a), 139.

²⁴⁶ Denn die Haftung greift nur für Schäden (bzw. Schadensteile) ein, die nach Inkrafttreten des Gesetzes 1991 verursacht wurden (§ 23 UmweltHG) – womit sich der Anspruch für

sie bleibt, stellen sich viele Anknüpfungprobleme in ähnlicher Weise.²⁴⁷ Meine Ausführungen sollten also häufig übertragbar sein.

Sind Rechtsgüter wie im RWE-Fall noch nicht verletzt und sollen drohende Beeinträchtigungen abgewehrt werden, steht ein vorbeugender Unterlassungsanspruch aus § 1004 Abs. 1 S. 2 BGB in Rede.²⁴⁸ Wird Kostenersatz für vorgenommene Eigensicherungsmaßnahmen verlangt, wird die bereits erwähnte Anspruchskonstruktion akut, auf die auch Lliuya seine Forderung gegen RWE stützt: Aufwendungsersatz für einen selbst umgesetzten Abwehranspruch – entweder weil damit ein Geschäft des eigentlich zuständigen Störers geführt sein könnte (§§ 677, 683 S. 1, 670 BGB) oder weil der Störer dadurch in sonstiger Weise auf Kosten des Berechtigten bereichert sein mag (§ 812 Abs. 1 S. 1 Var. 2 BGB). Der BGH hat einen solchen Kostenersatzanspruch des gestörten Eigentümers vor langer Zeit anerkannt und auch dezidiert gegen kritische Literaturstimmen verteidigt²⁴⁹ – grundsätzlich bewegen wir uns also auf bekanntem Terrain²⁵⁰ (ich werde aber am Ende von § 6 noch kurz auf Einwände eingehen). Indes steht und fällt das Ganze mit § 1004 Abs. 1 S. 2 BGB; nur wenn jener vorbeugende Unterlassungsanspruch tatbestandlich vorliegt, könnten Klimaopfer überhaupt ein fremdes Geschäft geführt haben bzw. Energieproduzenten bereichert sein. Das setzt voraus, dass ein Energieproduzent die drohende Beeinträchtigung verursacht hat, weitere Sachgründe für eine Zurechnung sprechen und keine Duldungspflicht auf Seiten des Klimaopfers besteht. Wie wir noch genauer sehen werden, geht es in der Sache also wieder um unsere drei Anknüpfungprobleme: rechtliche Kausalität, Pflichtverstoß und Rechtswidrigkeit. Sind sie ausgeräumt, sollten die weiteren Anspruchsvoraussetzungen wenig Schwierigkeiten bereiten.²⁵¹

Insbesondere die von § 1004 Abs. 1 S. 2 BGB vorausgesetzte „zu besorgende Beeinträchtigung“ dürfte in Klimahaftungskonstellationen regelmäßig vorliegen. Das zeigt sich exemplarisch im RWE-Fall: Laut BGH muss sich „objektiv eine die [I]mmision ermöglichende konkrete Gefahrenquelle gebildet [haben], auf Grund deren ein Einschreiten geboten ist“.²⁵² Literaturstimmen formulieren

die Klimahaftung, die sich ja auf deutlich länger zurückliegende Emissionen bezieht, weitgehend erledigt haben dürfte, vgl. *Wagner* (2020b), 101.

²⁴⁷ Vgl. nur *Nitsch* (2021), 439 ff.

²⁴⁸ Ebenso *Frank* (2019), 519 ff.; *Wagner* (2020b), 24 ff.; nun auch OLG Hamm, Beweisbeschluss v. 23.8.2018, I-5 U 15/17, 2; generell schon *Pöttker* (2014), 92; *Koch, et al.* (2011), Rn. 15.89 ff. Daneben kommt ein – quasi parallellaufender – vorbeugender Unterlassungsanspruch wegen drohender Besitzstörung nach § 862 S. 2 BGB in Betracht.

²⁴⁹ Grundlegend BGHZ 60, 235, 243; 98, 235, 240; zur Verteidigung BGH NJW 2004, 603, 604.

²⁵⁰ So auch das vorinstanzliche LG Essen ZUR 2017, 370 Rn. 37; im Ausgangspunkt auch *Abrens* (2019), 648 f.; *Wagner* (2020b), 101.

²⁵¹ Genauso wie bei der Deliktshaftung ist wegen Art. 7 Rom-II VO auch bei Auslandsbezug deutsches Recht anwendbar, vgl. nur *Weller, et al.* (2021), 392 ff.

²⁵² BGH NJW 2009, 3787 Rn. 12 unter Verweis auf die ganz ähnliche Formulierung in

ganz ähnlich, dass die „erste Verletzungshandlung ernsthaft und greifbar zu befürchten ist“ oder „die erste Beeinträchtigung hinreichend nahe bevorsteht“.²⁵³ An alledem kann es angesichts der obigen Ausführungen zum GLOF-Risiko in Huaraz keinen vernünftigen Zweifel geben. Mehreren wissenschaftlichen Simulationsstudien zufolge ist Lliuya einer konkreten Gefahrenquelle in Form eines hohen GLOF-Risikos ausgesetzt, demnach ist neben schweren körperlichen Verletzungen auch eine unmittelbare Zerstörung seines Wohnhauses möglich. Eine Beeinträchtigung ist auch greifbar zu befürchten bzw. steht hinreichend nahe bevor, da eine hoch intensive Welle nicht nur bei weniger wahrscheinlichen großen Lawinen, sondern bereits bei hoch wahrscheinlichen kleinen Lawinen droht. Bedenkt man zudem, dass Lawinen mit steigenden Temperaturen generell wahrscheinlicher werden, wird die Bedrohung sogar von Tag zu Tag größer.²⁵⁴ All das deckt sich auch mit der bisherigen Rechtsprechungslinie. So bejahte das OLG Nürnberg eine drohende Beeinträchtigung bei latenter Hochwassergefahr nach Beseitigung eines regulierenden Weihers; das OLG Düsseldorf erkannte im Szenario einer rissigen Mauer eine beeinträchtigende Einsturzgefahr.²⁵⁵ Dagegen ging es im Fall zum obigen BGH-Zitat um eine zunächst senkrecht nach oben fliegende Silvesterrakete, die dann plötzlich seitwärts abdriftete und durch einen kleinen Spalt in eine Scheune eindrang. Der BGH verneinte einen vorbeugenden Unterlassungsanspruch im Moment des Raketenstarts, weil der nachfolgende Geschehensablauf „letztlich als zufallsabhängig“ erscheine²⁵⁶ – oder anders gesagt: weil die Eintrittswahrscheinlichkeit anders als bei Hochwasser, Mauereinbruch und eben GLOF-Risiko verschwindend gering war.²⁵⁷

Wird Kostenersatz für vorgenommene Eigensicherungsmaßnahmen begehrt, gerät neben dem über § 1004 Abs. 1 BGB vermittelten Aufwendungsersatz auch § 906 Abs. 2 S. 2 BGB aufs Radar. Müssten Klimaopfer wesentlich beeinträchtigende Einwirkungen durch Treibhausgase dulden, weil die Verbrennung von fossilen Energieträgern zur Stromerzeugung eine ortsübliche Grundstücksnutzung ist und Vermeidungsmaßnahmen Energieproduzenten wirtschaftlich nicht zumutbar sind – wären Klimaopfer dadurch aber ihrerseits über das zumutbare Maß hinaus beeinträchtigt –, könnten sie von Energieproduzenten angemessenen Ausgleich in Geld verlangen. So jedenfalls, stark komprimiert, die Idee.²⁵⁸ Indes macht schon ein genauer Blick auf die genannten Tatbestandsmerkmale deutlich, dass ein solcher Anspruch nicht nur von allerlei Vorfragen

BGH NJW 2003, 2377, 2779 (wodurch auch klar ist, dass der BGH mit Emissionen in Wahrheit Immissionen meint, vgl. *Raff* (2020), § 1004 BGB Rn. 302).

²⁵³ So *Fritzsche* (2022), § 1004 BGB Rn. 96 bzw. *Raff* (2020), § 1004 BGB Rn. 302.

²⁵⁴ Zum Ganzen oben § 6 II. 1. b) cc).

²⁵⁵ OLG Nürnberg RdL 1970, 220; OLG Düsseldorf NJW-RR 1991, 656.

²⁵⁶ BGH NJW 2009, 3787 Rn. 14.

²⁵⁷ So auch zutreffend *Frank* (2019), 519f.

²⁵⁸ Vgl. etwa *Frank* (2010), 2299; *Koch, et al.* (2011), Rn. 15.96. Dass dieser Anspruch nicht

abhängig ist, sondern das jene Vorfragen letztlich wieder auf unsere drei Anknüpfungprobleme hinauslaufen: Damit überhaupt eine Einwirkung besteht, braucht es einen rechtlichen Kausalzusammenhang; welche Schadensvermeidungsmaßnahmen Energieproduzenten wirtschaftlich zumutbar sind, berührt zentrale Aspekte der Pflichtverletzung; und wann eine wesentliche Beeinträchtigung zu dulden ist, wird in der Rechtswidrigkeit verhandelt. Folglich werde ich § 906 Abs. 2 S. 2 BGB nicht eigens zum Schwerpunkt machen.

Wir können daher festhalten: In Klimahaftungskonstellationen sind vor allem zwei Anspruchsnormen zentral – bei eingetretener Rechtsverletzung § 823 Abs. 1 BGB, bei drohender Beeinträchtigung § 1004 Abs. 1 S. 2 BGB – und jeweils müssen drei große Anknüpfungprobleme überwunden werden: rechtliche Kausalität, Pflichtverletzung und Rechtswidrigkeit. Ihnen widmen wir uns jetzt.

2. Erstes Anknüpfungproblem: Rechtliche Kausalität

Beim ersten Positivmerkmal *Anlass für Bipolarität* haben wir uns bereits eingehend mit Kausalitätsaspekten beschäftigt.²⁵⁹ Dabei orientierten wir uns am Überflutungsszenario des RWE-Falls, für sonstige slow onset-Phänomene wie den Meeresspiegelanstieg dürften aber ähnliche Kausalzusammenhänge aufzeigbar sein. Unser Ergebnis war, dass naturwissenschaftlich eine lückenlose Kausalkette zwischen Treibhausgasausstoß und dem Risiko einer *glacial lake outburst flood* (GLOF) besteht. Bei statusgruppenbezogener Perspektive ist rund die Hälfte des GLOF-Risikos der Klimaopfer durch Treibhausgasemissionen großer Energieproduzenten und anderer Carbon Majors verursacht; verengen wir den Blick auf die konkreten Parteien des RWE-Falls, haben RWEs Emissionen zu 0,321 % Anteil daran, dass Luciano Lliuya einem gesteigerten GLOF-Risiko von mittel auf hoch ausgesetzt ist. Offen blieb allerdings, ob die naturwissenschaftliche Kausalität auch in rechtlichen Kausalitätskategorien abbildbar ist. Dieser Frage wenden wir uns nun zu. Wie eben erwähnt, stellt sie sich in allen relevanten Klimahaftungsansprüchen auf die eine oder andere Art. Im für den RWE-Fall relevanten § 1004 Abs. 1 S. 2 BGB wird sie etwa meist im Rahmen der Störereigenschaft verhandelt, namentlich ob die drohende Beeinträchtigung auf ein Verhalten des Störers zurückgeht oder ausschließlich Naturkräfte wirken.²⁶⁰

direkt von Art. 7 Rom-II VO erfasst ist, ändert nichts an der Anwendbarkeit deutschen Rechts, weil Art. 44 EGBGB darauf verweist, vgl. *Kieninger* (2021a), 146.

²⁵⁹ Oben § 6 II. 1.

²⁶⁰ Vgl. nur *Fritzsche* (2022), § 1004 BGB Rn. 16 ff.; speziell für den RWE-Fall auch *Wagner* (2020b), 47 ff.

Dabei gehen wir in mehreren Schritten vor. Sie lauten, als Fragen formuliert: Genügt die Restunsicherheiten ausgesetzte naturwissenschaftliche Kausalität den Anforderungen an eine rechtliche Kausalitätsbeziehung? Ist der Verursachungsbeitrag von Energieproduzenten wie RWE ausreichend individualisierbar und bestimmbar? Und passiert jener Verursachungsbeitrag dann den dogmatischen Filter des Adäquanzkriteriums?²⁶¹

a) Naturwissenschaftliche als rechtliche Kausalität

Oben haben wir gesehen, dass beim Umgang mit naturwissenschaftlicher Kausalität die Restunsicherheiten sehr klein geworden sind. Die globale Gletscherschmelze geht etwa „extrem wahrscheinlich“ auf die globale Erwärmung zurück, für den Rückgang des Palcanraju vor Lliuyas Haustür sind sich die Forschenden sogar „praktisch sicher“. Aus naturwissenschaftlicher Sicht ist die Wissensgrundlage daher ausreichend breit, um zulässigerweise auf den Klimawandel als „necessary cause“ des gesteigerten GLOF-Risikos zu schließen.²⁶²

Damit ist aber noch nicht gesagt, dass auch ein rechtlicher Kausalzusammenhang besteht. Zwar nimmt das Privatrecht auf naturwissenschaftliche Kausalitätserkenntnisse Bezug, ohne sie eigens naturwissenschaftlich zu hinterfragen. Aber die Bezugnahme erfolgt immer auf Basis der eigenen Selektions- und Verwertungskriterien. Dass der Klimawandel naturwissenschaftlich als *necessary cause* des gesteigerten GLOF-Risikos gilt, genügt für sich genommen also nicht. Um privatrechtlich *necessary cause* zu sein, muss naturwissenschaftliche Kausalität als rechtliche Kausalität abbildbar sein – andernfalls bleibt sie belanglos.²⁶³

Wann aber besteht für das Privatrecht ein Kausalzusammenhang, was sind die relevanten Selektions- und Verwertungskriterien? Die erste Näherung bildet bekanntlich die *conditio-sine-qua-non*-Formel. Eine Bedingung ist dann kausal, wenn bei Hinwegdenken der konkrete Erfolg entfiel.²⁶⁴ Im Kern stellt das Privatrecht also dieselbe kontrafaktische Kontrollfrage, die alltäglichen (und letztlich auch klimawissenschaftlichen) Kausalitätsschlüssen zugrunde liegt. Im erwähnten Beispiel der zerbrochenen Fensterscheibe ist der Steinwurf deshalb kausal, weil die Scheibe noch ganz wäre, wenn ich den Pflasterstein nicht geworfen hätte. Dass die Scheibe ohne den Steinwurf noch ganz wäre,

²⁶¹ Dazu komprimiert bereits *Schirmer* (2021a), 1101 ff.

²⁶² So *Stuart-Smith, et al.* (2021b), 88; zum Ganzen oben § 6 II. 1. b).

²⁶³ In der Sache ebenso *Windbichler* (2007), 67: „Es geht [dem Privatrecht] nicht um ‚Wahrheit‘ an sich, sondern um Konfliktlösung. Kausalität in diesem Zusammenhang ist also ein soziales Zweck-Konstrukt.“; ähnlich auch *Calabresi* (1975), 71, 105 ff.; *Köndgen* (1983), 345 f.; *Gottwald* (1988), 6f. Anders *Pöttker* (2014), 178, wonach das Privatrecht das deduktiv-nomologische Kausalitätsverständnis „übernimmt“ – er relativiert dies jedoch später mit Verweis auf § 286 ZPO, vgl. 198; ähnlich auch *Schulin* (1976), 26 ff. einerseits, 93 f. andererseits.

²⁶⁴ Das gilt leicht abgewandelt entsprechend für drohende Rechtsgutsverletzungen, konkret: Würde bei Hinwegdenken die drohende Beeinträchtigung entfallen?

können wir freilich nicht mit letzter Sicherheit wissen, und auch das Privatrecht kann es nicht. Zwar zerspringen in unserer Welt Fensterscheiben typischerweise nicht von sich aus, aber dass es in diesem einen Fall zum Beispiel wegen einer internen Temperaturschwankung so war, lässt sich eben nicht mit absoluter Sicherheit ausschließen. Letztlich ist der springende Punkt beim alltäglichen wie beim privatrechtlichen Kausalitätsschluss also derselbe: Wann sind wir uns sicher genug, um eine Bedingung als notwendige Bedingung zu akzeptieren, wann trägt die Wissensgrundlage für die Annahme einer Ursache-Wirkungsbeziehung?²⁶⁵

Die Antwort hängt zunächst davon ab, wer fragt.²⁶⁶ Stelle ich die Frage aus rechtswissenschaftlicher Sicht, könnte meine Antwort lauten: Ich akzeptiere eine naturwissenschaftliche Kausalität als rechtlich bestehend, wenn innerhalb der Naturwissenschaften ein Nachweis erfolgreich geführt wurde, er anschließend von anderen Fachleuten bekräftigt wird und ich den Gedankengang im Wesentlichen nachvollziehen kann.²⁶⁷ Meine Selektions- und Verwertungskriterien wären dann eher weich und vor allem entscheidend von meinem Erkenntnisinteresse und Ehrgeiz beeinflusst. Stelle ich die Frage dagegen aus richterlicher Perspektive, werden nicht nur die Kriterien härter, sondern auch die Erkenntnisproduktion wird stärker von anderen gelenkt.²⁶⁸ Zivilprozessual ist Kausalität eine Tatsache, die von der behauptungsbelasteten Partei dargelegt und gegebenenfalls bewiesen werden muss. Das maßgebliche Erkenntnisverfahren ist detailliert geregelt, und am Ende ist die richterliche Beweiswürdigung bekanntlich doch nicht so frei, wie § 286 ZPO den Anschein macht. Wann eine behauptete Tatsache „für wahr oder für nicht wahr zu erachten ist“, richtet sich nicht ausschließlich nach dem subjektiv angelegten Maßstab der einzelnen RichterIn, sondern ist durch gesetzliche Beweismaßregeln eingegrenzt.

In § 5 haben wir gesehen, dass diese Eingrenzung aber nicht nur die RichterIn trifft. Auch wissenschaftliche Bipolaritätskonstruktionen sind zumindest gedanklich eingegrenzt. Mag die Prozesssituation auch häufig nicht den Schwerpunkt bilden, ist die Konstruktion als Bipolarität doch darin eingebettet. Die gefundene Lösung hängt in der Luft, wenn sie sich nicht im gedanklichen Rah-

²⁶⁵ Treffend *Gottwald* (1988), 6: „Es geht deshalb nicht ernstlich um die Frage, ob wir im Haftungsrecht [...] Kausalgesetze durch Wahrscheinlichkeitsgesetze ersetzen, also von einer Zurechnung kraft naturwissenschaftlicher Kausalität z. B. zu einer Zurechnung kraft Risikosteigerung übergehen wollen. Das Problem ist ausschließlich, welches Maß an Unsicherheit wir bei der Auferlegung einer Haftung in Kauf nehmen wollen.“ Ähnlich *Windbichler* (2007), 73: „Was unter ‚Kausalität‘ zu verstehen ist, ist hier [sc. im Zivilrecht] das Ergebnis eines regelleiteten Diskurses, also ein soziales Konstrukt. Erreichte Ergebnisse werden immer wieder in Frage gestellt durch neue Ereignisse, Politik und Erkenntnisse der Wissenschaft.“ Im US-Kontext *Penalver* (1998), 579 ff.

²⁶⁶ Jüngst dazu *Schwab* (2021), 504 f. (am Beispiel der Rezeption historischen Wissens).

²⁶⁷ Vgl. etwa die sieben Faustregeln bei *Hamann* (2014), 106 ff.

²⁶⁸ Eingehend *Scherzberg* (2004), 175 ff.

men des *drama between plaintiff and defendant* bewährt. Will die wissenschaftliche Bipolaritätskonstruktion also nicht nur theoretische Reflektion bleiben (was sie natürlich bleiben kann), bildet auch hier das richterliche Beweismaß den „Fluchtpunkt für die Analyse“.²⁶⁹ Wann rechtliche Kausalität besteht, bemisst sich daher maßgeblich nach den richterlichen Selektions- und Verwertungskriterien für naturwissenschaftliche Kausalitätserkenntnisse.²⁷⁰

Ausgangspunkt ist dabei die Anastasia-Entscheidung des BGH, wonach „[e]ine von allen Zweifeln freie Überzeugung“ nicht vorausgesetzt ist. „Der Richter darf und muss sich aber in tatsächlich zweifelhaften Fällen mit einem für das praktische Leben brauchbaren Grad von Gewissheit begnügen, der den Zweifeln Schweigen gebietet, ohne sie völlig auszuschließen.“²⁷¹ Der Großteil der Literatur stimmt dem BGH zu und konkretisiert die Formel dahingehend, dass für die behauptete Tatsache eine „sehr hohe Wahrscheinlichkeit“ sprechen muss, damit der Richter sie für „wahr“ erachten darf.²⁷² Das beschreibt jedoch nur den Grundmodus des Vollbeweises nach § 286 ZPO, denn speziell für unseren Fall der Kausalität wird vielfach bereits „überwiegende Wahrscheinlichkeit“ als ausreichend erachtet.²⁷³ Einstweilen ist also festzuhalten: Der Schluss auf rechtliche Kausalität ist zulässig, wenn die Richterin es für ausreichend wahrscheinlich hält, dass eine naturwissenschaftliche Ursache-Wirkungsbeziehung besteht.²⁷⁴ Es muss nicht völlig sicher, ja nicht einmal „sehr hoch wahrscheinlich“ sein, dass die Fensterscheibe noch ganz wäre, wenn ich den Stein nicht geworfen hätte. Nach verbreiteter Auffassung genügt mein Steinwurf schon dann den Anforderungen rechtlicher Kausalität, wenn er die „überwiegend wahrscheinliche“ Ursache darstellt.

Dagegen lässt sich natürlich einwenden, dass jene Beweismaßsenkung vom BGH bislang nicht ausdrücklich akzeptiert wurde und deshalb eine (folgenlose) Literaturinterpretation bleibt. Darauf kommt es für unsere Zwecke aber gar nicht an. Denn selbst wenn wir beim höchstrichterlich anerkannten Grundmodus stehen bleiben, also „sehr hohe Wahrscheinlichkeit“ auch in Kausalitäts-

²⁶⁹ So für die Prozesssituation generell *Habermas* (1992/2019), 241.

²⁷⁰ Ebenso *Spindler* (2008), 285: „gleitende Übergänge zwischen materiellem Recht und Prozessrecht“; ferner *Köndgen* (1983), 345 f.; *Gottwald* (1988), 12 f.; *Windbichler* (2007), 67 ff. Das sehen im Ergebnis selbst Anhänger eines streng deduktiv-nomologischen Kausalitätsbegriffs so, vgl. *Schulin* (1976), 93 f.; *Pöttker* (2014), 198.

²⁷¹ BGHZ 53, 245, 256.

²⁷² *Prütting* (2020), § 286 ZPO Rn. 32 ff.

²⁷³ *Prütting* (2020), § 286 ZPO Rn. 48. Das ist im Ergebnis breit akzeptiert, lediglich der Begründungsweg geht auseinander (Gesamtanalogie, Anscheinsbeweis, Ausdehnung von § 287 ZPO?), eingehend *Gottwald* (1988), 13. Dagegen aber *Pöttker* (2014), 183 ff.

²⁷⁴ Vgl. *Prütting* (2020), § 286 ZPO Rn. 34: „[Verlangt ist] auf der Basis objektiver Kriterien (Gesichtspunkte der Wahrscheinlichkeit) vom Richter eine persönliche Zweifelsüberwindung [...], so dass er selbst die streitigen Tatsachenbehauptungen für wahr erachtet“; speziell zur Kausalität auch *Wagner* (2020a), § 823 BGB Rn. 72; *Gottwald* (1988), 13; *Spindler* (2008), 293 ff.

fragen einforderten, müsste eine Richterin in Klimahaftungskonstellationen wie dem RWE-Fall die naturwissenschaftliche Kausalkette gemäß § 286 ZPO rechtlich für wahr erachten. Zwar hat sie bei der Annahme von Kausalität wie bei allen Würdigungsfragen einen breiten Beurteilungsspielraum. Doch sie hat sich dabei an objektiven Kriterien zu orientieren – Denk-, Erfahrungs- und Naturgesetzen, wie es üblicherweise heißt.²⁷⁵ Weil jene „Gesetze“ bei Lichte besehen aber nur empirisch, statistisch oder sonst plausibilisierte Weltdeutungen sind, die zudem jederzeit ergänzt oder widerlegt werden können (was ja auch nicht selten passiert), ist es genauer mit Peter Gottwald von „akzeptierte[n] und akzeptierbare[n] Argumenten“ zu sprechen,²⁷⁶ oder besser: von wissenschaftlich abgesicherten breit akzeptierten und akzeptierbaren Argumenten.²⁷⁷ Und genau die gibt es im RWE-Fall wie gesehen reichlich und sie lassen sich mithilfe der international anerkannten IPCC-Skala auch in Sicherheitsgraden ausdrücken: Dass der globale Klimawandel auch in Huaraz die Temperaturen um 1°C steigen ließ, ist „extrem wahrscheinlich“ (mehr als 95 % Wahrscheinlichkeit); die Unsicherheitsspanne, dass 0,003°C des bisher beobachteten Temperaturanstiegs auf RWEs Emissionsbeiträge zurückgehen, liegt bei kleinen 2,4 %; dass infolgedessen der Palcaraju Gletscher schmilzt, ist „praktisch sicher“ (mehr als 99 % Wahrscheinlichkeit); und dass deshalb das GLOF-Risiko von mittel auf hoch kletterte, folgt gleich aus zwei breit akzeptierten Rechenmodellen, die jeweils auf der „extrem wahrscheinlichen“ (mehr als 95 % Wahrscheinlichkeit) historischen Gletscherausdehnung aufbauen.²⁷⁸

Zum Vergleich: In einer *wrongful-life* Fallkonstellation ließ der BGH eine „sehr wahrscheinliche“ Kausalitätseinschätzung seitens eines Sachverständigen ausreichen,²⁷⁹ ebenso entschied er im Fall eines sachverständig als „sehr wahrscheinlich“ ausgewiesenen Ursache-Wirkungszusammenhang zwischen Fehlbehandlung und langanhaltenden Fingerschmerzen.²⁸⁰ Dass in beiden Fällen – ähnlich wie im Klimakontext – die Kausalkette mehrere Glieder hatte, änderte daran nichts. Auch nicht dass es sich jeweils um die Einschätzung nur eines Sachverständigen handelte. So gesehen besteht im RWE-Fall nicht nur ein deutlich höherer Grad an Sicherheit.²⁸¹ Weil die maßgeblichen Studien ein aufwen-

²⁷⁵ Exemplarisch *Prütting* (2020), § 286 ZPO Rn. 11.

²⁷⁶ *Gottwald* (1988), 6f.; zustimmend *Spindler* (2008), 293.

²⁷⁷ Ähnlich auch *Lytras* (1995), 347ff.; *Röckrath* (2004), 55ff.; *Scherzberg* (2004), 182f.; *Windbichler* (2007), 67ff.; im US-Kontext *Penalver* (1998), 582ff. Das dürfte letztlich dem Ansatzpunkt der Rspr. in Kausalitätsfragen entsprechen, die auf „logisch-naturwissenschaftliche“ (BGHZ 57, 245, 254) und „naturwissenschaftlich-philosophische“ (BGHZ 2, 138, 140) Erklärungen und Erfahrungssätze abstellt, näher *Pöttker* (2014), 143ff.; zur ähnlichen Handhabung in den USA *Burger, et al.* (2020), 168f.

²⁷⁸ Zum Ganzen oben § 6 II. 1. b).

²⁷⁹ BGH NJW 2008, 2846 Rn. 18ff.

²⁸⁰ BGH NJW 2008, 1381 Rn. 5, 11.

²⁸¹ Ab wann genau Kausalität „sehr wahrscheinlich“ ist, hat der BGH nicht näher spezifiziert. In BGH NJW 2011, 375 Rn. 19ff. rügt er jedoch, dass das Berufungsgericht einem Sach-

diges peer-review durchlaufen haben und in der Fachwelt aufgegriffen und bekräftigt werden, handelt es sich vor allem um wissenschaftlich besser abgesicherte, breit akzeptierte Erklärungen.²⁸² Nach alledem kann es im RWE-Fall nur einen richtigen Schluss geben: Es besteht auch rechtlich eine Kausalitätsbeziehung zwischen Treibhausgasausstoß und gesteigertem GLOF-Risiko.²⁸³ Und weil bei anderen slow onset-Phänomenen ähnlich sichere Beweisführungen möglich sind, dürfte dort dann regelmäßig nichts anderes gelten.²⁸⁴

b) Individualisierbarkeit des Verursachungsbeitrags (summierte Immissionen)

Damit ist jedoch nur die erste, wenn auch sehr wichtige Kausalitätshürde überwunden. Zudem wurde ein Aspekt ausgeblendet, der vielfach als Knackpunkt ausgemacht wird. Auch er findet sich im erstinstanzlichen Urteil des LG Essen:

„Wie bereits bei den von beiden Parteien zitierten sogenannten Waldschadensurteilen des BGH sind auch vorliegend die Emissionsbeiträge aller Emittenten zudem ununterscheidbar vermischt. Es handelt sich um einen Fall der sogenannten summierten Immissionen. Bei einem solchen Übermaß an Kausalitätsbeiträgen können einzelne Schäden und Beeinträchtigungen ihren Verursachern nicht individuell zugeordnet werden (vgl. sog. Waldschadensurteil [Belege]) [... und] die Grundsätze des Waldschadensurteils [sind] auch im hiesigen Fall anwendbar.“²⁸⁵

Jene Kritik, die ich im Folgenden als *Vermischungseinwand* bezeichne, hat zwei Teile, die zwar zusammenhängen, aber gedanklich getrennt werden sollten. Der erste ist faktisch und besagt: In Klimahaftungskonstellationen wie dem RWE-Fall stellt sich das Problem summierter Immissionen. Selbst wenn man unterstellte, dass zwischen Treibhausgasemissionen und Klimaschäden Ursache-Wirkungsbeziehungen bestünden, tragen nicht nur einzelne Energieproduzenten dazu bei, sondern Millionen von Emissionsquellen weltweit. Erst summiert erzeugen sie den Klimawandel, und deshalb ist es nicht mehr möglich, aus dem

verständigengutachten nicht nachgegangen ist, dass eine 66 %ige Verursachungswahrscheinlichkeit festgestellt hatte. Umgekehrt hat OLG Köln MedR 2015, 518 Rn. 4 eine Verursachungswahrscheinlichkeit von 50–70 % nicht ausreichen lassen. In der Literatur wird deshalb davon ausgegangen, dass die Wahrscheinlichkeitsquote „erheblich unter 100 % liegt“, vgl. Wagner (2008), 197. Selbst wenn man also – sehr restriktiv – die geforderte Wahrscheinlichkeit (parallel zur IPCC-Skala) mit extremer, also mehr als 95 %iger Wahrscheinlichkeit ansetzt, genügen dem die Sicherheitsgrade im Klimakontext.

²⁸² Ebenso Grossman (2003), 20f.; Burger, et al. (2020), 169f. Vgl. etwa zur Rezeption der angeführten Studien IPCC (2021a), 3-52f.; 8-23ff., 9-79ff.; Atlas 76f.

²⁸³ Wie hier Frank (2017), 666; Kling (2018), 218ff.; Rumpf (2019), 146, 156. Pauschal ablehnend dagegen Chatzinerantzis/Appel (2019), 883f.; Keller/Kapoor (2019), 708ff.; Wagner (2020b), 50; Wagner/Arntz (2021), 413ff.; Frenz (2021), 66; Hellgardt/Jouannaud (2022), 191f.

²⁸⁴ Ebenso Frank (2010), 2297; Kysar (2011), 31ff.; Koch, et al. (2011), Rn. 15.73; Hinteregger (2017), 254ff.; Burger, et al. (2020), 235f.; Stuart-Smith, et al. (2021a), 654f.; Paschke (2021), 76; tendenziell auch Grossman (2003), 22ff.; Pöttker (2014), 198; Ipsen, et al. (2021), 1849; Zeidler (2022), 140.

²⁸⁵ LG Essen ZUR 2017, 370 Rn. 44f.

Konglomerat eine Kausalitätsbeziehung zu isolieren.²⁸⁶ Der zweite Teil des Vermischungseinwands ist dogmatisch: Der BGH hat im Waldschadensurteil den Grundsatz formuliert, dass bei summierten Immissionen eine individuelle Haftungszuordnung ausgeschlossen ist. Und weil Klimahaftungsszenarien eben darunterfallen, ist es dann grundsätzlich unzulässig, das Verhältnis zwischen einzelnen Parteien – etwa Lliuya und RWE – herauszugreifen.²⁸⁷

Wie wir gleich sehen werden, ist der erste Teil des Vermischungseinwands naturwissenschaftlich schief, der zweite dogmatisch ungenau.

aa) Keine dogmatische Absage im Waldschadensurteil

Fangen wir dazu hinten an, beim Waldschadensurteil. Es ist ein Akt in der hitzig geführten Debatte um das sogenannte Waldsterben, das in den 1980er Jahren die Bundesrepublik bewegte. Eine Gruppe renommierter Forstwissenschaftler hatte seinerzeit vor einem großflächigen Rückgang des Waldes gewarnt. Entwaldung war zwar nichts Neues, Sorge machten aber Geschwindigkeit und Ausmaß, denn die „neuartigen Waldschäden“ (so die exakte wissenschaftliche Bezeichnung) zeigten sich an mehreren Baumarten und auch in Gebieten fernab von nennenswerten Schadstoffquellen. Relativ schnell war mit saurem Regen, der bei Luftverschmutzung auftritt und Bäume anfällig für Krankheiten und Schädlinge macht, die Hauptursache identifiziert. In der Folge kam es zu zahlreichen gesetzgeberischen Maßnahmen zur Luftreinhaltung, parallel versuchten einige Waldeigentümer Entschädigungen zu erstreiten.²⁸⁸ So auch vor dem BGH, der 1987 über das Verlangen eines Forstwirts gegen die Bundesrepublik und das Bundesland Baden-Württemberg zu urteilen hatte.²⁸⁹ Doch die Klage hatte einen entscheidenden Schönheitsfehler: Es fehlte schon an einer klaren Anspruchsgrundlage. Der Kläger bot deshalb eine ganze Reihe von Vorschlägen auf. Ein Komplex versuchte es mit Amtshaftung, enteignungsgleichem bzw. enteignendem Eingriff wegen unterlassener staatlicher Schutzmaßnahmen; ein anderer Strang zielte auf § 14 S. 2 BImSchG, und genau der ist für uns interessant.

Indes waren auch hier die klägerischen Ausgangsbedingungen wenig erfolgversprechend, denn aus § 14 S. 2 BImSchG kann ein beeinträchtigter Nachbar allenfalls vom Betreiber der störenden Anlage Schadensersatz verlangen. Betrei-

²⁸⁶ So insb. *Pöttker* (2014), 51 ff.; *Chatzinerantzis/Appel* (2019), 882 f.; *Keller/Kapoor* (2019), 708 f.; *Frenz* (2021), 67; *Zeidler* (2022), 124 ff.; wohl auch *Kohler* (2017), Rn. 215; *Hellgardt/Jouannaud* (2022), 191 f.; sinngemäß aus der internationalen Literatur *Posner/Weisbach* (2010), 109 f.; *Spitzer/Burtscher* (2017), 167 ff.

²⁸⁷ So insb. *Abrens* (2019), 652; *Wagner* (2020b), 52 ff. (zurückhaltender aber noch *Wagner* (1992), 208); *Frenz* (2021), 68; *Zeidler* (2022), 130 f.; *Gärditz* (2022), 67 f., 70.

²⁸⁸ Zum zeitgeschichtlichen und wissenschaftshistorischen Hintergrund *Schäfer* (2012), 9 ff.

²⁸⁹ BGHZ 102, 350.

ber war aber weder die Bundesrepublik noch das Land Baden-Württemberg. Der Kläger versuchte es deshalb auf analogem Weg, konkret mit dem Argument, dass doch gerade die von Bund und Land erlassenen Rechtsvorschriften den Betrieb der Anlagen unangreifbar machten und beide deshalb für die Beeinträchtigungen einstehen müssten. Der BGH folgte dem nicht. Die Analogiekonstruktion war nach Meinung der Richter schon deshalb verfehlt, weil § 14 S. 2 BImSchG dem Waldeigentümer nicht einmal in direkter Anwendung gegenüber Anlagenbetreibern weiterhelfe. Für neuartige Waldschäden sei kennzeichnend, „daß sie infolge des Ferntransports der Schadstoffe über die Luft in großer Entfernung von den Emissionsquellen auftreten“ und an der Entstehung „eine Vielzahl von Groß- und Kleinemittenten (z. B. Kraftwerke, Industrieanlagen, Heizungsanlagen, Kraftfahrzeuge) mit[wirken]. Deren Emissionsbeiträge sind ununterscheidbar vermischt (summierte Immissionen), so daß es praktisch unmöglich ist, den bei dem einzelnen Waldbesitzer eingetretenen Schaden einem oder mehreren bestimmten Emittenten individuell zuzurechnen.“ Weil § 14 S. 2 BImSchG aber „individualisierbare Kausalbeziehungen zu einem oder mehreren bestimmten Emittenten voraussetzt“, biete die Vorschrift von vornherein „keine geeignete Grundlage für den Ausgleich emittententferner, auf summierten Immissionen beruhender Waldschäden.“²⁹⁰

Das sind die vom LG Essen und anderen in Klimahaftungskonstellationen bemühten „Grundsätze des Waldschadensurteils“.²⁹¹ Aber was genau besagen sie? Zunächst ist wichtig festzuhalten, dass sie sich unmittelbar nur auf § 14 S. 2 BImSchG beziehen. Zwar macht der BGH an vielen Stellen im Urteil klar, dass jener Anspruch Teil des privaten Immissionsschutzrechts ist, so dass es in der Tat naheliegt, den Aussagen des Gerichts zu summierten Immissionen allgemeinen Charakter beizumessen.²⁹² Aber dabei sollte in Rechnung gestellt werden, dass es im Waldschadensfall um viel grundsätzlichere Fragen als die Reichweite des privaten Immissionsschutzrechts ging. Weil sich die Klage gegen Bund und Land richtete, stand in Wahrheit nichts weniger als eine Garantiehaftung der öffentlichen Hand für genehmigungsfest betriebene Anlagen zur Debatte. Will man also das Waldschadensurteil grundsätzlich lesen, dann vor allem als das, was es zuallererst ist: eine Absage an eine richterlich entwickelte *Staatshaftung* für Drittemissionen.²⁹³ Sofern es überhaupt Grundsätze für das private

²⁹⁰ Alle vorstehenden Zitate bei BGHZ 102, 350, 354.

²⁹¹ So etwa ausdrücklich *Keller/Kapoor* (2019), 708; *Wagner* (2020b), 53.

²⁹² Exemplarisch BGHZ 102, 350, 352: „§ 14 S. 2 BImSchG ist keine öffentlichrechtliche Norm des Staatshaftungsrechts. Es handelt sich vielmehr um eine Vorschrift des privaten Nachbarrechts“.

²⁹³ Ebenso *Frank* (2017), 667; *Kling* (2018), 220f.; (indirekt) auch *Wagner* (2020b), 122. Auch in der zeitgenössischen Literatur dominierte diese Lesart, vgl. *Hippel* (1988): „weniger rechtsdogmatische als rechtspolitische Gründe“; *Medicus* (1988), 459: „Maßgeblich [...] war wohl die in dem Urteil auch mehrfach anklingende Rücksicht auf die Folgen“.

Immissionsschutzrecht enthält, dann wurden diese Grundsätze vom BGH eher im Vorbeigehen aufgestellt.

Viel wichtiger ist aber, dass selbst dann jene Grundsätze gar nicht so grundsätzlich sind. Bei Lichte besehen beschränkt sich der kategorische Aussagegehalt des Urteils auf eine Selbstverständlichkeit: Weil § 14 S. 2 BImSchG als Norm des privaten Immissionsschutzrechts „auf die Regelung der Rechtsbeziehungen in der Nachbarschaft angelegt ist“, setzt sie „individualisierbare Kausalbeziehungen zu einem oder mehreren bestimmten Emittenten voraus“.²⁹⁴ Man darf ergänzen: Natürlich tut sie das, denn die Norm will ja – wie stets im Privatrecht – ein Wirklichkeitsphänomen in eine wechselseitige Rechte- und Pflichtenbeziehung zwischen konkreten Parteien übersetzen, und hier fungiert wie oben gesehen die Ursache-Wirkungsbeziehung als Negativfilter.²⁹⁵ Das war es aber auch schon an Grundsätzlichem, denn alle weiteren Aussagen des BGH beschreiben lediglich die Nachweisprobleme von neuartigen Waldschäden. Weil sich die Emissionsbeiträge der verschiedenen Anlagen ununterscheidbar vermischen, soll das Aufzeigen einer spezifischen Ursache-Wirkungsbeziehung „praktisch unmöglich“ sein und § 14 S. 2 BImSchG deshalb „keine geeignete Grundlage“ für den Ausgleich neuartiger Waldschäden bieten.²⁹⁶ Drei Absätze später wird der BGH noch deutlicher. „[D]erartige Ersatzansprüche [sind], wenn überhaupt, nur unter sehr großen Schwierigkeiten durchsetzbar [Nachweise]. Denn der einzelne geschädigte Waldeigentümer wird kaum jemals in der Lage sein, die ihn schädigenden Anlagenbetreiber zu identifizieren und die Schadensursächlichkeit der von bestimmten Anlagen ausgehenden Immissionsbeiträge nachzuweisen.“²⁹⁷ Es ist also nicht nur so, dass das Waldschadensurteil summierten Immissionen keine kategorische Kausalitätsabsage erteilt. Sofern man es überhaupt als Grundsatzentscheidung deuten wollte, sagte der BGH sogar das exakte Gegenteil von dem, was das LG Essen und andere hineinlesen: Auch bei summierten Immissionen ist es *grundsätzlich* möglich, einzelne Emittenten zwecks Entschädigung herauszugreifen – allein wird es dem Kläger *praktisch* kaum gelingen, eine spezifische Ursache-Wirkungsbeziehung nachzuweisen.²⁹⁸

²⁹⁴ BGHZ 102, 350, 354.

²⁹⁵ Oben § 6 II. 1.

²⁹⁶ BGHZ 102, 350, 354.

²⁹⁷ BGHZ 102, 350, 355.

²⁹⁸ So auch *Frank* (2017), 667 (mit Fn. 22); *Kling* (2018), 221; *Ipsen, et al.* (2021), 1845; *Thöne* (2022), 326f. und auch die zeitgenössische Interpretation durch *Hippel* (1988), 482. Schon deshalb geht auch der Verweis auf die summierte Immissionen ausklammernde Gesetzesbegründung zum UmweltHG ins Leere (so insb. *Abrens* (2019), 852f.). Denn wenn der Gesetzgeber hier überhaupt allgemeine „Grundsätze“ aufgestellt haben sollte – was angesichts der spezifischen Regelungsmaterie ohnehin nicht überzeugt – hat er eben nur jene „Beweisschwierigkeits-Grundsätze“ des Waldschadensurteils wiedergegeben, vgl. *Kloepfer* (2016), § 6 Rn. 141; ähnlich *Kobler* (2017), Rn. 173.

bb) Klimaschäden: Nur das Wie ist entscheidend

Wie oben ausgeführt, ist dieser Nachweis in Klimahaftungskonstellationen wie dem RWE-Fall aber sehr wohl möglich.²⁹⁹ Und das liegt nicht nur daran, dass die naturwissenschaftlichen Methoden und Modelle in den letzten Jahrzehnten immer besser geworden sind. Schon generell bedeuten summierte Immissionen für neuartige Waldschäden viel größere Kausalitätsprobleme als für Klimaschäden. Damit gehen wir zum ersten Teil des Vermischungseinwands über, wechseln also vom Dogmatischen ins Faktische: Wie eingangs erwähnt, werden neuartige Waldschäden hauptsächlich durch sauren Regen verursacht.³⁰⁰ Damit ist grob gesagt folgender Prozess beschrieben: Säurehaltige Abgase steigen in erdnahe Luftschichten auf, verbinden sich dort mit Wassermolekülen, regnen als ätzendes Gemisch ab und schädigen schließlich Pflanzen und Böden. Dabei können die Schäden, wie es im Waldschadensurteil zutreffend heißt, „infolge des Ferntransports der Schadstoffe über die Luft in großer Entfernung“ auftreten.³⁰¹ Das eigentliche Kausalitätsproblem ist aber weniger die große Entfernung, sondern dass saurer Regen ein lokales Ereignis mit klarer molekularer Herkunft ist.³⁰² Was bei einer geschädigten Waldeigentümerin als saurer Regen herunterkommt, ist zuvor als Abgasmolekül irgendwo ausgestoßen worden. Doch welchen Weg das Molekül genau genommen hat, entscheidet vor allem die Windrichtung. Im Extremfall kann das bedeuten, dass bei kräftigem Südwind der an die Emissionsquelle angrenzende Wald überhaupt nichts abbekommt, während hunderte Kilometer weiter nördlich die verwehten Abgase als ätzendes Gemisch abregnen.³⁰³ Typischerweise gibt es aber nicht nur eine Emissionsquelle und typischerweise bläst der Wind auch nicht stabil aus einer Richtung. Letztlich steckt die klagende Waldeigentümerin also in einem Dilemma: Weil bei saurem Regen ganz bestimmte Abgasmoleküle als ätzendes Gemisch abregnen, gibt es theoretisch auch ganz bestimmte Verursacher. Weil jene Verursacher aber praktisch kaum identifizierbar sind, kann sie ihre Klage buchstäblich in den Wind schreiben.³⁰⁴

Dagegen ist der Klimawandel gerade kein lokales Ereignis mit klarer molekularer Herkunft. Die Erde wird nicht deshalb wärmer, weil Treibhausgase an ganz bestimmte Orte verweht werden und sich dort wie eine wärmende Decke

²⁹⁹ Oben § 6 III. 2. a).

³⁰⁰ Daneben spielen – ähnlich wie bei Klimaschäden – noch andere Faktoren eine Rolle, namentlich kurzfristige Temperaturschwankungen oder die Waldstruktur, näher *Fellenberg* (1997), 89 ff.; *Begon, et al.* (2017), 438 ff. Zum Verlauf der naturwissenschaftlichen Diskussion eingehend *Schäfer* (2012), 162 ff., 283 ff.

³⁰¹ BGHZ 102, 350, 354.

³⁰² Näher *Fellenberg* (1997), 65 ff.; dazu schon knapp *Frank* (2017), 667; *Kling* (2018), 221; *Rumpf* (2019), 149.

³⁰³ Ein Beispiel sind die großflächigen Waldschäden in Skandinavien, für die verwehte Abgase aus Mitteleuropa ursächlich sein sollen, vgl. *Fellenberg* (1997), 62 ff., 89 ff.

³⁰⁴ Vgl. nur *Gottwald* (1988), 29; *Adams* (1986), 145 ff.; eingehend *Marburger* (1987), 140 ff.

über die Landschaft legen. Sondern weil Treibhausgase in die oberen Luftschichten aufsteigen, dort langfristig die Zusammensetzung der Erdatmosphäre verändern und so den globalen Strahlungsantrieb erhöhen.³⁰⁵ Die Formel „Wir sind das Klima“³⁰⁶ bringt es auf den Punkt: Ausnahmslos alle Emissionen, wo auch immer sie ausgestoßen werden, tragen zum Weltklima bei, denn sie alle gehen letztlich in den Wärmehaushalt der Erde ein. Es besteht ein maximal großer, aber genau deshalb geschlossener Verursacherkreis.³⁰⁷ Dass sich die einzelnen Emissionsbeiträge in der Atmosphäre ununterscheidbar vermischen, ist für die Kausalität also gar kein Problem. Bei Klimaschäden geht es nicht um den „horizontalen“ Weg einzelner Moleküle, sondern um den „vertikalen“ Beitrag zu besagter Vermischung, genauer: den Beitrag zur atmosphärischen Treibhausgaskonzentration, und der lässt sich wie gesehen sehr genau ermitteln.³⁰⁸ Zwar stimmt es, dass Emissionen auch von Wäldern, Meeren und anderen Treibhausgassenken aufgenommen werden, also gar nicht alle Emissionen bis in die oberen atmosphärischen Schichten aufsteigen.³⁰⁹ Aber in den Erdsystemmodellen, die wir bei der naturwissenschaftlichen Kausalität kennengelernt haben, wird all das berücksichtigt. So lassen etwa die für uns besonders relevanten Attributionsstudien von Ekwurzel, et al. und Licker, et al. die Emissionsmengen von RWE und anderen Carbon Majors nicht vollständig in die atmosphärische Treibhausgaskonzentration eingehen, sondern nur den Teil, der typischerweise nicht in den Senken hängenbleibt.³¹⁰ Gewiss könnte ein Energieproduzent dann immer noch die Kausalität mit dem Argument bestreiten, dass ausgerechnet seine Emissionen komplett von den Senken aufgenommen wurden, daher nicht die atmosphärische Treibhausgaskonzentration erhöht haben und folglich auch nicht für Klimaschäden mitursächlich sind³¹¹ – genauso wie ein Energieproduzent einwenden könnte, dass der Wind laufend drehte und deshalb nicht seine Abgase als saurer Regen auf den Wald niedergingen. Aber während der Kausalitätseinwand bei neuartigen Waldschäden deshalb durchgreift, weil wechselnde Windrichtungen an der Tagesordnung sind,³¹² ist es im Klimakontext de facto ausgeschlossen, dass Treibhausgase vollständig von Senken absorbiert wer-

³⁰⁵ Oben § 6 II. 1. a) aa).

³⁰⁶ So der plakative Titel des Buchs von Foer (2019).

³⁰⁷ Generell zur Unterscheidung zwischen offenem und geschlossenem Verursacherkreis Gottwald (1988), 22 f.; Brüggemeier (2006), 188 ff.

³⁰⁸ Oben § 6 II. 1. a) aa) und b) aa). Darauf weist zu Recht immer wieder hin Frank (2010), 2297 f.; Frank (2013), 30 f.; Frank (2017), 667 f.; zustimmend Koch, et al. (2011), Rn. 15.68; Kling (2018), 221 f.; Rumpf (2019), 150; Thöne (2022), 326.

³⁰⁹ Dies (über-)betonend etwa Chatzinerantzis/Appel (2019), 882 f.; Keller/Kapoor (2019), 708 f.; aus der internationalen Literatur Duffy (2009), 218 ff.; Spitzer/Burtscher (2017), 168 f.

³¹⁰ Vgl. Ekwurzel, et al. (2017), 581 ff.; Licker, et al. (2019), 3 f. sowie die Methodendiskussion zum zugrundeliegenden Erdsystemmodell in Millar, et al. (2017).

³¹¹ In diese Richtung etwa Keller/Kapoor (2019), 708, 710; wohl auch Hellgardt/Jouannaud (2022), 191 f.

³¹² Näher vgl. Fellenberg (1997), 62 ff., 89 ff.

den.³¹³ Letztlich liefe das Argument des Energieproduzenten darauf hinaus, dass seine Emissionen einen Weg genommen haben, der gegen alle klimawissenschaftlichen Erkenntnisse verstößt – wie wenn ich behaupten würde, dass just in diesem einen Fall nicht mein Steinwurf, sondern eine interne Temperaturschwankung die Fensterscheibe springen ließ.³¹⁴

Kurz gesagt: Während beim Lokalphänomen saurer Regen typischerweise schon das *Wer* unklar ist, geht es beim Globalphänomen Klimawandel nur um das *Wie*. Dass jeder einzelne Energieproduzent den Klimawandel mitverursacht hat, ist klar. Fraglich ist allein, wie hoch der jeweilige Temperaturbeitrag ist und wie umfangreich er sich im konkreten Klimaschaden niedergeschlagen hat.³¹⁵ Und wie wir oben gesehen haben, existieren im RWE-Fall und anderen slow onset-Konstellationen hierfür eindeutige Antworten.³¹⁶

cc) Fatale (Schein-)Parallelen

Auch wenn eine Klimahaftung mit mehreren Kausalitätshürden zu kämpfen hat – die summierter Immissionen nimmt sie relativ locker. Die Problematik von neuartigen Waldschäden – theoretisch gibt es ganz bestimmte Verursacher, praktisch sind sie aber nicht zu identifizieren – stellt sich im Klimakontext nicht, weil hier ohnehin alle Energieproduzenten Mitverursacher sind. Auch hat der BGH im Waldschadensurteil keine unüberwindbaren dogmatischen Grundsätze aufgestellt, eher das Gegenteil ist der Fall.

Aber wieso wird das Waldschadensurteil dann überhaupt angeführt? Eine mögliche Erklärung könnte in einem kurzen Satz des LG Essen stecken, den Will Frank treffend als „Rundumschlag“ bezeichnet hat.³¹⁷ „[D]ie Ursachenkette“, schreibt das Gericht, ist verglichen mit neuartigen Waldschäden „beim Klimawandel ungleich komplexer, mehrpoliger und damit diffuser und gleichzeitig in

³¹³ Die Verteilung der Treibhausgase im Klimasystem ist mittlerweile gut erforscht. Mit „hohem Vertrauen“ geht etwas weniger als die Hälfte in die Atmosphäre ein, der Rest wird (etwa zu gleichen Teilen) von Meeren und Senken an Land (Böden, Wälder, Moore etc.) aufgenommen, vgl. IPCC (2021b), 4. Jüngst unmissverständlich BVerfGE 157, 30 Rn. 32: „Der große Rest anthropogener CO₂-Emissionen verbleibt aber langfristig in der Atmosphäre, summiert sich, trägt dort zur Erhöhung der CO₂-Konzentration bei und entfaltet so Wirkung auf die Temperatur der Erde.“

³¹⁴ Überdies hätten die Emissionen selbst dann Klimawirkung, wenn sie in den Senken vollständig absorbiert würden, denn deren Aufnahmefähigkeit ist nicht endlos – vereinfacht gesagt bestünde der Verursachungsbeitrag dann im Belegen der Senken, so dass andere Emissionen nur noch in die Atmosphäre entweichen können, vgl. dazu IPCC (2021b), 19f. Zudem ändert sich durch die Belegung die Zusammensetzung der Senken, was mit Blick auf die Versauerung der Meere wiederum einschneidende Klimawirkungen hat, instruktiv Begon, *et al.* (2017), 443 ff.

³¹⁵ Ebenso Frank (2010), 2297f.; Koch, *et al.* (2011), Rn. 15.74; Hinteregger (2017), 255f.; Rumpf (2019), 150; Thöne (2022), 326.

³¹⁶ Oben § 6 II. 1. a) aa) und b) aa).

³¹⁷ Frank (2017), 668.

der Wissenschaft umstritten.³¹⁸ Hier kommen meines Erachtens zwei Dinge zusammen. Einerseits dürfte die öffentliche Kontroverse um neuartige Waldschäden nachwirken. Bekanntlich haben sich die teils apokalyptischen Szenarien zum nahen „Waldsterben“, die vor allem den medialen Diskurs in den 1980er Jahren dominierten, größtenteils als unbegründet erwiesen. Der Wald ist zwar erheblich geschädigt, aber der Zustand ist doch insgesamt stabil; in Teilen Mitteleuropas nehmen die Waldflächen sogar zu.³¹⁹ In diesem Wissen der ebenfalls stark emotional aufgeladenen „Klimakrise“ reservierter entgegenzutreten, erscheint dann naheliegend.³²⁰ Zum anderen waren die wissenschaftlichen Erklärungsmodelle seinerzeit wenig ausgereift, insbesondere viele der vermeintlichen Waldschadenssymptome stellten sich als vorschnelle Fehldeutungen heraus.³²¹ Auch vor diesem Hintergrund könnte es also angezeigt sein, nicht klimawissenschaftlichen Zwischenständen nachzujagen, sondern das Ende der Diskussion abzuwarten.

Der Haken ist nur: So nachvollziehbar die Assoziationen zur Waldschadens-Debatte auch sein mögen, sie verbieten sich im Klimakontext. Die Prognosen der Klimawissenschaft sind zwar ähnlich düster, aber bis jetzt haben sie sich allermeist bewahrt.³²² Anders als bei den neuartigen Waldschäden läuft die Klimaforschung auch nicht erst seit wenigen Jahren, sondern seit Jahrzehnten – und das im großen Stil und weltweit. Vor allem aber stimmt die Behauptung des LG Essen schlicht nicht, dass der „Klimawandel [...] in der Wissenschaft umstritten“ ist. Wie jüngst auch das BVerfG zutreffend betont hat, sind sich nahezu alle mit dem Thema befassten Fachleute über die Kernpunkte einig, selbst in Detailfragen wie der Gletscherschmelze oder lokalen Erwärmungstrends besteht wie gesehen durchweg hohe oder noch größere Sicherheit.³²³ Umstritten sind allenfalls die Details von in Zukunft zu erwartenden Klimafolgen, namentlich das lokale Auftreten extremer Wetterereignisse oder die genaue Wirkung von sogenannten Kipppunkten im Klimasystem.³²⁴ Darum geht es in Klimahaftungskonstellationen wie dem RWE-Fall aber gerade nicht,

³¹⁸ LG Essen ZUR 2017, 370, 372; ähnlich *Abrens* (2019), 654; *Wagner* (2020b), 53.

³¹⁹ Einer der Wortführer der forstwissenschaftlichen Debatte hat seine einstigen Prognosen so dann auch später verworfen, vgl. *Ulrich* (1995). Näher *Schäfer* (2012), 77 ff.

³²⁰ Dazu aus sozialpsychologischer Sicht *Biess* (2019), 365 ff.

³²¹ Eingehend *Schäfer* (2012), 209 ff.; zur Situation in den USA *Oreskes/Conway* (2011), 66 ff.

³²² Zum prognostizierten und beobachteten Strahlungsantrieb von 2000–2010 etwa *Feldman, et al.* (2015); zum Meeresspiegelanstieg und Gletscherrückgang der letzten Jahrzehnte *IPCC* (2019), 6 ff.; näher *Schellhuber* (2015), 66 ff. Auch das von Klimaskeptikern häufig angeführte „Rätsel“ um den Rückgang der Erwärmung von 1998–2012 ist mittlerweile gelöst, vgl. *Medhaug, et al.* (2017), 41 f.

³²³ BVerfGE 157, 30 Rn. 16 ff., 221 ff. Treffend (für die Rezeption historischen Wissens) *Schwab* (2021), 506: „[E]s ist für die Darstellung wissenschaftlicher Debatten in rechtlichen Bezügen [...] eine statthafte Kategorie, in Außenseiter und Mainstream zu unterscheiden“. Zum Ganzen oben § 6 II. 1.

³²⁴ Eingehend *Schellhuber* (2015), 111 ff., 475 ff. Freilich wird auch hier die Sicherheit immer größer, vgl. *IPCC* (2022a), 10 ff.

denn jenen Szenarien liegen sehr gut erforschte slow onset-Phänomenen zugrunde, die sich über lange Zeit entwickelt haben und im Hier und Jetzt Rechtsgüter verletzen oder zu beeinträchtigen drohen.³²⁵

Der Bezug auf das Waldschadensurteil ist für die Klimahaftung somit gleich mehrfach fatal: Nicht nur werden faktische und dogmatische Probleme heraufbeschworen, wo keine sind. Vor allem werden durch die gedankliche Verknüpfung zum „Waldsterben“ Zweifel an den Naturwissenschaften (re)aktiviert, für die es im Klimakontext wenig Grund gibt.³²⁶

c) Bestimmung des Verursachungsbeitrags

Der letzte Abschnitt hat noch einmal unterstrichen, dass bei Klimaschäden nicht das Wer, sondern das Wie im Mittelpunkt der Kausalitätsbetrachtung steht. Im RWE-Fall gab die naturwissenschaftliche Kausalität auf das Wie eine klare Antwort: RWEs Emissionen haben zu 0,321 % Anteil daran, dass Luciano Lliuya einem gesteigerten GLOF-Risiko ausgesetzt ist.³²⁷ Offen ist aber noch, ob das Privatrecht eine Teilverursachung überhaupt ausreichen lässt. Bevor im nächsten Abschnitt unter anderem Fragen der Erheblichkeit behandelt werden, wollen wir im Folgenden kurz auf die Anteilsbestimmung eingehen.

Im BGB liegt der maßgebliche Grundsatz etwas versteckt. Er ergibt sich erst in der Gesamtschau der Haftungsnormen, vor allem im Kontrast zu §§ 830, 840 Abs. 1 BGB: Haben mehrere eine Rechtsgutsverletzung oder eine drohende Beeinträchtigung unabhängig voneinander verursacht (sogenannte Multikausalität), ist die Verantwortlichkeit grundsätzlich auf den eigenen Tatanteil beschränkt. Eine darüberhinausgehende Gesamthaftung ist zwar möglich, aber eben nur wenn die besonderen Umstände des § 830 BGB hinzutreten, also eine gemeinschaftliche Begehung vorliegt oder die individuelle Mitverursachung nicht aufgeklärt werden kann. Ist dagegen der jeweilige Tatbeitrag ermittelbar, ist der Normalfall die Verantwortlichkeit des Einzelnen für eben diesen Tatbeitrag („Prinzip der Teilhaftung“).³²⁸ Nichts anderes gilt, wenn der Tatbeitrag aus Emissionen besteht. Steht fest, dass die Emissionen zur Rechtsgutsverletzung (bzw. zur drohenden Beeinträchtigung) beigetragen haben und lässt sich ein konkreter Verursachungsanteil ausmachen, bezieht sich die Haftung des Emittenten von vornherein nur auf seinen Anteil.³²⁹ Weil die Anteilsbestimmung

³²⁵ Deutlich schon *Frank* (2017), 668.

³²⁶ Eindringlich *Oreskes/Conway* (2011), 190ff., 240ff.

³²⁷ Oben § 6 II. 1. b).

³²⁸ Vgl. BGHZ 66, 70, 76f.; 85, 375, 383; 101, 106, 113. Die Bezeichnung verwendet etwa *Wagner* (2020a), § 830 BGB Rn. 1, 51; ganz ähnlich *Spindler* (2008), 307f.; näher *Röckrath* (2004), 157f.; *Brüggemeier* (2006), 185ff. Speziell für § 1004 Abs. 1 BGB vgl. BGH NJW 1976, 799, 800 und jüngst BGH NZM 2021, 321 Rn. 35.

³²⁹ Vgl. nur *Kobler* (2017), Rn. 194ff.; *Spindler* (2022b), § 830 BGB Rn. 30; näher *Spindler* (2008), 322f.

hier aber häufig schwerfällt, wird nach ganz herrschender Meinung das Beweismaß reduziert. „Darüber“, heißt es im einschlägigen Grundsatzurteil des BGH von 1976, „wie weit der Schaden durch Emissionen des einen oder des andern Nachbarn für sich (,lineare Schadenssteigerung‘) oder im Zusammenwirken beider verursacht worden ist, entscheidet das Gericht gem. § 287 ZPO“. ³³⁰ Das heißt anders als beim Vollbeweis nach § 286 ZPO ist nicht nötig, dass die RichterIn die streitige Verursachungsquote „für wahr erachtet“, vielmehr bestimmt sie die Anteile „unter Würdigung aller Umstände nach freier Überzeugung“. Gemeinhin wird das dahin übersetzt, dass die RichterIn die Anteile „bei ausreichenden Tatsachen und Anhaltspunkten“ schätzen kann. ³³¹ Genauer ist wohl: Da (anders als bei § 286 ZPO) für die richterliche Überzeugungsbildung nach § 287 ZPO bereits „überwiegende Wahrscheinlichkeit“ genügt, ³³² hat das Gericht schätzungsweise jene Verursachungsanteile zu bestimmen, die aufgrund wissenschaftlich abgesicherter, breit akzeptierter und akzeptierbarer Argumente überwiegend wahrscheinlich sind. ³³³

Zusammengefasst läuft der Nachweis bei Multikausalität also mehrstufig: Zunächst muss das Gericht davon überzeugt sein, dass zwischen den konkreten Parteien überhaupt eine Ursache-Wirkungsbeziehung besteht (Maßstab § 286 ZPO – sehr hohe Wahrscheinlichkeit). Bejaht es dies, hat es den Verursachungsanteil schätzungsweise zu bestimmen (Maßstab § 287 ZPO – überwiegende Wahrscheinlichkeit). Erst wenn auch dies nicht möglich ist, sollen Behelfskonstruktionen wie eine Haftung für Marktanteile oder eine Gesamtverantwortung über § 830 Abs. 1 S. 2 BGB in Betracht kommen. ³³⁴

Wendet man diese Stufenfolge auf den RWE-Fall an, zeigt sich ein klares Ergebnis: Wir wissen bereits, dass eine RichterIn einen Kausalzusammenhang für wahr erachten müsste, denn es ist (mehr als) sehr hoch wahrscheinlich, dass RWEs Emissionen das gesteigerte GLOF-Risiko mitverursacht haben. ³³⁵ Auch bestehen für den schätzungsweise zu bestimmenden Verursachungsanteil eindeutige Anhaltspunkte. Dass der Klimawandel zu 0,321 % von RWEs Emissionen verursacht wurde, ist wie gesehen das Ergebnis breit akzeptierter klimawissenschaftlicher Ermittlungsmethoden. ³³⁶ Die einschlägige Attributionsstudie

³³⁰ BGHZ 66, 70, 76; fortgeführt in BGHZ 72, 289, 297f.; 85, 375, 383; aus der Literatur nur Wagner (2020a), § 830 BGB Rn. 51; Spindler (2022b), § 830 BGB Rn. 33.

³³¹ So etwa Spindler (2022b), § 830 BGB Rn. 33.

³³² Grundlegend BGH NJW 1970, 1970, 1971; jüngst wieder NJW-RR 2014, 1147 Rn. 5. Zum Ganzen nur Prütting (2020), § 287 ZPO Rn. 17.

³³³ Ähnlich Gottwald (1988), 13, 22f.; Pöttker (2014), 239; andeutungsweise schon BGH NJW 1970, 1970, 1971.

³³⁴ Das gilt nicht nur für Schadensersatzansprüche, sondern generell bei multikausalen Verursachungsbeiträgen, namentlich i. S. d. § 1004 Abs. 1 BGB und § 906 Abs. 2 S. 2 BGB, vgl. BGHZ 66, 70, 76f.; 85, 375, 383. Eingehend Gerlach (1989), 258ff.; Spindler (2008), 306ff.; speziell für die Klimahaftung Frank (2010), 2297ff.; Pöttker (2014), 237ff.

³³⁵ Oben § 6 III. 2. a).

³³⁶ Oben § 6 II. 1. b).

von Licker, et al. hat eine Unsicherheitsspanne von 2,4 %³³⁷ und ist damit weit- aus genauer als das, was Gerichte bislang zur schätzungsweisen Anteilsbestimmung herangezogen haben.³³⁸ Auch ist viel mehr als nur „überwiegend wahr- scheinlich“, dass mit jenen 0,321 % der Anteil am gesteigerten GLOF-Risiko hinreichend beziffert ist: Dass der Gletschersee auf Rekordniveau angeschwol- len ist und mit ihm das GLOF-Risiko von mittel auf hoch kletterte, ist wie ge- sehen „extrem wahrscheinlich“ (mehr als 95 % Wahrscheinlichkeit) ausschließ- lich vom klimabedingten Abschmelzen des Palcaraju-Gletschers verursacht – und zu jenem Klimawandel haben RWEs Emissionen eben zu 0,321 % beigetragen.³³⁹ Die Verursachungsanteile sind also derart spezifizierbar, dass selbst dem Vollbeweis nach § 286 genügt sein dürfte – jedenfalls ist eine schät- zungsweise Bestimmung gemäß § 287 ZPO möglich. Weil entsprechende Nach- weisketten auch bei anderen slow onset-Phänomenen möglich sind, dürfte bei Klimahaftungskonstellationen jenseits des RWE-Falls nichts anderes gelten. Auf aufwändige Behelfskonstruktionen wie eine Haftung für Marktanteile, eine Analogie zu § 830 Abs. 1 S. 2 BGB oder spezielle Beweiserleichterungen kommt es daher gar nicht an. Klimahaftungskonstellationen wie der RWE-Fall sind ein geradezu unspektakulärer Normalfall, sie sind mit dem lange etablier- ten Prinzip der Teilhaftung handhabbar.³⁴⁰

d) Adäquanz des Verursachungsbeitrags

Allerdings wirken 0,321 % Verursachungsbeitrag sehr klein. Das provoziert ei- nen naheliegenden Einwand, der sich wiederum im erstinstanzlichen Urteil des LG Essen findet: „[D]er Anteil der einzelnen Treibhausgasemittenten am welt- weiten Klimawandel“, schreibt das Gericht, „[ist] derart gering, dass der einzel-

³³⁷ Das heißt der RWE-Anteil liegt im Bereich von 0,313–0,329 %, vgl. *Licker, et al.* (2019), Ergänzende Materialien, Tabelle 5. Quasi identisch für 1880–2010 *Ekwurzel, et al.* (2017), Ergänzende Materialien 2, Tabelle 5.

³³⁸ In BGHZ 66, 70 reichten dem BGH etwa Informationen zur Entfernung und Abbau- höhe der beteiligten Steinbrüche; vgl. auch die Beispiele bei *Spindler* (2022b), § 830 BGB Rn. 33. So hat dann auch das BVerfG im Klimabeschluss unproblematisch auf den entspre- chend ermittelten „deutschen“ Anteil abgestellt, vgl. BVerfGE 157, 30 Rn. 29.

³³⁹ Etwas ungenau ist es daher (wie es der Kläger im RWE-Fall oder *Frank* (2017), 669 tut), den Verursachungsanteil am GLOF-Risiko mit dem historischen Anteil von RWE an den globalen Treibhausgasemissionen gleichzusetzen (also 0,47 %) – der Emissionsanteil ist zwar ein plausibler Ausgangspunkt, aber vor allem wegen des beschriebenen Negativeffekts von Senken nicht gleich dem Temperatur- und Verursachungsbeitrag; oben § 6 II. 1. a) aa).

³⁴⁰ Speziell zum RWE-Fall ebenso *Frank* (2017), 666 f.; *Kling* (2018), 221 f.; generell zu slow onset-Konstellationen *Frank* (2010), 2297; *Koch, et al.* (2011), Rn. 15.73; *Frank* (2013), 30f.; *Hinteregger* (2017), 255 f.; *Stuart-Smith, et al.* (2021a), 651; *Paschke* (2021), 76; grundsätzlich auch *Thöne* (2022), 327; im (insoweit ähnlichen) US-Kontext *Penalver* (1998), 593; *Hsu* (2008), 758 ff.; *Kysar* (2011), 37; *Burger, et al.* (2020), 235 ff. Anders *Chatzinerantzis/Appel* (2019), 884; *Keller/Kapoor* (2019), 710 und auf Basis des (mittlerweile überholten) klimawissenschaft- lichen Erkenntnisstands um 2010 *Pöttker* (2014), 237 ff.

ne Emittent, und sei es ein Großemittent wie die Beklagte, die möglichen Folgen des Klimawandels nicht in erheblicher Weise erhöht“.³⁴¹ Ansatzpunkt der Kritik ist also die positive Ausprägung des Adäquanzkriteriums, wonach der relevante Kausalbeitrag das Risiko des Schadenseintritts erheblich erhöht haben muss.³⁴² Spätestens hier soll mit einer Klimahaftung Schluss sein. Denn gleich ob man sie wie im RWE-Fall über § 1004 Abs. 1 S. 2 BGB oder (bei bereits verletztem Rechtsgut) über § 823 Abs. 1 BGB aufzieht, alle Ansprüche setzen über das Adäquanzkriterium eine erhebliche Erhöhung des Schadensrisikos voraus, und angesichts der kleinen Verursachungsbeiträge von Energieproduzenten wie RWE soll es daran gerade fehlen.³⁴³

Die vermeintlich fehlende Risikoerhöhung ist aber nur die eine Seite der Adäquanzkritik. Daneben wird auf die zweite, negativ formulierte Ausprägung der Adäquanzformel verwiesen, wonach solche Kausalbeziehungen ausgeklammert werden, die nur durch eine Verkettung außergewöhnlicher, ganz unwahrscheinlicher Umstände den Erfolg herbeiführen und deshalb für einen optimalen Beobachter ex ante schon nicht erkennbar waren.³⁴⁴ So ist für Gerhard Wagner im RWE-Fall die Kausalkette zwischen Treibhausgasemissionen und GLOF-Risiko nicht nur generell sehr diffus, sie war auch „für die meiste Zeit des 20. Jahrhunderts ein extravagantes Szenario, mit dem ein vernünftiger Beobachter in der Situation von Energieversorgungsunternehmen nicht gerechnet hat und nicht rechnen musste“. Eine adäquate, weil ex ante erkennbare Verursachung könne deshalb allenfalls für Treibhausgasemissionen seit den 1980er Jahren angenommen werden. Weil der ab diesem Zeitpunkt angefallene Verursachungsbeitrag aber für einzelne Energieproduzenten kaum quantifizierbar sei, bleibe ein solcher Ansatz „spekulativ“.³⁴⁵

Weder die eine noch die andere Seite der Adäquanzkritik überzeugt. Ich beginne mit der Risikoerhöhung und widme mich dann der Erkennbarkeit. Zuletzt wende ich mich noch einem verwandten Kritikpunkt zu, wonach Drittverhalten den Kausalzusammenhang unterbrochen haben soll. Bei alledem unterstelle ich das Adäquanzkriterium als gegeben, zweifle also nicht an seiner dogmatischen oder instrumentellen Stimmigkeit.³⁴⁶ Zwar sprechen in der Tat

³⁴¹ LG Essen ZUR 2017, 370 Rn. 46.

³⁴² Prominent BGHZ 57, 245, 255; zum Ganzen nur *Oetker* (2022), § 249 BGB Rn. 110.

³⁴³ Exemplarisch *Spitzer/Burtscher* (2017), 169; *Chatzinerantzis/Appel* (2019), 882f.; *Keller/Kapoor* (2019), 708ff.; *Wagner* (2020b), 55f.; *Frenz* (2021), 67f. Das Argument findet sich (unter dem Stichwörtern „proximate cause“ oder „remoteness“) auch häufig in der internationalen Diskussion, vgl. den Überblick bei *Burger, et al.* (2020), 194ff.

³⁴⁴ Dazu generell nur *Oetker* (2022), § 249 BGB Rn. 110ff.; speziell im Umwelthaftungskontext *Kohler* (2017), Rn. 170.

³⁴⁵ *Wagner* (2020b), 59f. ähnlich *Spitzer/Burtscher* (2017), 167, 171ff.; *Chatzinerantzis/Appel* (2019), 883; *Frenz* (2021), 68. Zur internationalen Debatte wiederum *Burger, et al.* (2020), 194ff.

³⁴⁶ Besonders prominent (und ausdauernd) Herrmann Lange, z.B. *Lange* (1976); ähnlich

gute Gründe dafür, Aspekte der Risikoerhöhung und Erkennbarkeit erst im Rahmen der Pflichtverletzung zu behandeln, diese Grundsatzfrage ist jedoch nicht unser Thema.

aa) Risikoerhöhung

Muss der relevante Kausalbeitrag das Risiko des Schadenseintritts erheblich erhöht haben, ist der springende Punkt, was mit „erheblich“ gemeint ist. Bei der Klimahaftung wird darunter offenbar die schiere Größe des Verursachungsbeitrags verstanden: Im RWE-Fall bedeuten 0,321 % Verursachungsbeitrag eben auch, dass 99,679 % des GLOF-Risikos von anderen verursacht sind, und dann erscheint RWEs Beitrag nicht einmal im Ansatz als erhebliche Risikoerhöhung.³⁴⁷ Das provoziert freilich die Anschlussfrage, wann Erheblichkeit beginnt.³⁴⁸ Bei 5 %, 10 % oder 20 % und mehr? Dann hätte kein einziger Großemittent aus der Gruppe der Carbon Majors erheblich das Risiko erhöht, denn selbst auf den Spitzenreiter Saudi Aramco entfallen „nur“ 2,651 % Verursachungsbeitrag.³⁴⁹ Das kann man natürlich so sehen, allerdings wäre damit eine empfindliche Einschränkung von Multikausalität verbunden. Forderte man etwa mindestens 5 % Verursachungsbeitrag, lägen ab 21 gleichumfangreich beitragenden Verursachern keine adäquaten Kausalbeiträge mehr vor; bei 10 % wäre die Grenze schon bei 11 Verursachern erreicht. Vielgliedrige Haftungsszenarien stünden damit regelmäßig haftungsfrei. Das kann pauschal kaum gewollt sein und entspricht auch nicht der bisherigen Linie bei multikausalen Schadensabläufen, etwa spontanen Plünderungen oder Betriebsblockaden. Ähnlich wie bei Klimaschäden sind daran mehrere Verursacher mit individuell eher kleinen Beiträgen beteiligt, und ob eine Person mehr oder weniger an Mob oder Menschenkette teilnimmt, macht für das Schadensrisiko wenig Unterschied – trotzdem zweifelt wohl niemand daran, dass jede Person durch ihre Teilnahme einen adäquaten Kausalbeitrag geleistet hat.³⁵⁰ Zudem würde ein auf die schiere Größe des Verursachungsbeitrags abstellendes Erheblichkeitsverständnis den im letzten Abschnitt beschriebenen Grundsatz der Teilhaftung durchkreuzen, bei vielgliedrigen Kausalverläufen die Verantwortlichkeit des

dann etwa *Gottwald* (1988), 10f.; *Spindler* (2008), 286 ff. oder *Wilhelmi* (2009), 302 ff. Speziell im Klimahaftungskontext *Wagner/Arntz* (2021), 416, 420.

³⁴⁷ Exemplarisch *Wagner* (2020b), 56: „Die von RWE über Jahrzehnte hinweg verursachten CO₂-Emissionen sind dem Umfang nach zu geringfügig, um das Weltklima und die Temperaturen am Gletscher Palcaraju wesentlich beeinflussen zu können.“

³⁴⁸ So auch *Kling* (2018), 219.

³⁴⁹ *Licker, et al.* (2019), Ergänzende Materialien, Tabelle 5. Quasi identisch (für 1880–2010) *Ekwurzel, et al.* (2017), Ergänzende Materialien 2, Tabelle 5; jeweils aufbauend auf den ermittelten Emissionsmengen nach *Heede* (2014).

³⁵⁰ Adäquanz wird in diesem Zusammenhang nicht einmal erwähnt, vgl. etwa für die Haftung von Plünderern OLG Bamberg NJW 1949, 225; *Brüggemeier* (2006), 193 ff.; für Betriebsblockierer BGHZ 137, 89; *Wagner* (2020a), § 823 BGB Rn. 408 ff.

Einzelnen auf seinen individuellen Verursachungsbeitrag zu konzentrieren.³⁵¹ Denn alle Verursachungsbeiträge unterhalb der angesetzten Erheblichkeitsschwelle fielen dann doch wieder durchs Raster. Das würde, wie wir oben im Präventions- und Effizienzkontext gesehen haben, nicht nur Fehlanreize setzen,³⁵² es wäre auch für die Geschädigte fatal: Bestenfalls blieben nur wenige adäquate Verursacher bestehen, bei allseits kleinen Verursachungsbeiträgen wäre es schlimmstenfalls kein einziger. Anders gewendet: Wenn bei multipler Emissionstätigkeit prinzipiell keine Gesamthaftung, sondern wie sonst auch eine die Verursachungsbeiträge abbildende Teilhaftung gewollt ist, laufen starre Erheblichkeitsschwellen auf großflächige Haftungsfreiräume hinaus.³⁵³

Schon das spricht für ein relatives Verständnis. Vor allem aber wird man so eher dem zentralen Anliegen der Risikoerhöhungsformel gerecht, nur erhebliche Kausalbeiträge zu erfassen. Denn im Kern geht es hierbei um einen Vergleich. Durch eine gedankliche Gegenüberstellung unterschiedlicher Kausalbeiträge soll sich herauskristallisieren, welche das Risiko erheblich erhöht haben, welche gegenüber anderen ins Gewicht fallen.³⁵⁴ Nehmen wir wieder das Beispiel der zerbrochenen Fensterscheibe: Ob schon der Fenstermonteur oder die den Pflasterstein zurücklassende Bauarbeiterin das Risiko des Fensterbruchs erheblich erhöht haben, ist isoliert schwer zu beantworten. Beziehen wir meinen Steinwurf in die Betrachtung ein, ist jedoch sofort ersichtlich, dass nur er der maßgebliche Kausalbeitrag ist, weil er vergleichsweise die erhebliche, gegenüber anderen ins Gewicht fallende Risikoerhöhung darstellt. Selbst wenn ich den Pflasterstein gar nicht geworfen hätte, bildete er (oder ein ähnlich charakteristischer Risikoerhöhungsbeitrag) zumindest die gedankliche Vergleichsfolie, um die Risikoerhöhung von Montage und zurückgelassenem Pflasterstein zu bewerten.³⁵⁵ So gesehen präsentiert sich die Risikoerhöhungsformel als ein dogmatischer Anknüpfungspunkt für den anlassgebenden Konstruktionsgrund Exponiertheit. Sie ist ein erster rechtlicher Filter,³⁵⁶ um bei vielen oder

³⁵¹ Oben § 6 III. 2. c).

³⁵² Oben § 6 II. 2. und 3.

³⁵³ Ähnlich *Frank* (2017), 669: „faktisch ‚kollektive Unverantwortlichkeit‘“; andeutungsweise auch *Kling* (2018), 219.

³⁵⁴ So auch die häufig für die Risikoerhöhungsformel angeführte Entscheidung BGHZ 57, 245, 255 f., wo das Gericht den Kausalbeitrag des Beklagten (Bauplanung und Baudurchführung ohne genügende Sicherheitsmaßnahmen) anderen, ein behördliches Eingreifen auslösenden Verursachungsbeiträgen – u. a. mit Verweis auf bereits entschiedene Fälle – gegenüberstellt und so zum Ergebnis kommt, der Beklagte habe nicht „außerhalb aller Erfahrung“ das Schadensrisiko erhöht; entsprechend BGHZ 79, 259, 263 f. (Vergleich von Dacheinsturz durch Luftstaudruck bei Überfliegen mit Hubschrauber in geringer Höhe und Dacheinsturz durch Erschütterung bei vorbeifahrendem KfZ). Zum Vergleichsmoment schon *Lange* (1976), 198 f.

³⁵⁵ Vgl. etwa die ähnliche Vorgehensweise von *Kötz/Wagner* (2021), 5. Kap. Rn. 87.

³⁵⁶ Nach dem „Vorfilter“ naturwissenschaftliche Kausalität (oben § 6 II. 1.) ist die Risikoerhöhungsformel also ein weiterer, nun genuin rechtsdogmatischer „Filter zur Feststellung der äußersten Grenzen einer Haftbarkeit“, so treffend *Spindler* (2008), 287.

unübersichtlichen Verursachungsbeiträgen die erheblichen Verursachungsbeiträge zu identifizieren und deshalb gerade diese konkreten Parteien – den Fenstereigentümer und mich; nicht aber Fenstereigentümer und Monteur bzw. Fenstereigentümer und Bauarbeiterin – über eine Rechte- und Pflichtenbeziehung zu verbinden.

Vor diesem Hintergrund zeigen sich die 0,321 % Verursachungsbeitrag von RWE in anderem Licht. Nicht die schiere Höhe des Verursachungsbeitrags ist der Maßstab für Erheblichkeit, sondern die Höhe in Relation zu anderen Verursachungsbeiträgen.³⁵⁷ Kontrastpunkt sind nicht die von allen anderen verursachten 99,679 %, es sind die Einzelposten, aus denen sich diese Summe zusammensetzt. Wie wir oben gesehen haben, entpuppt sich der vermeintliche *drop in the ocean* dann als veritable Überschwemmung: Der auf RWE entfallende Beitrag zur globalen Erwärmung entspricht dem Niveau ganzer Industriestaaten wie Spanien oder Schweden; RWE liegt innerhalb der Carbon Majors im ersten Drittel; die auf RWE zurückgehende Emissionsmenge ist selbst bei großzügigem Ansatz achtmillionenfach größer als die eines deutschen Durchschnittsbürgers; und auf das Jahr 2018 bezogen fast doppelt so hoch wie der gesamten deutschen Landwirtschaft.³⁵⁸ Ähnlich wie bei der gebrochenen Fensterscheibe ist dann auf einen Schlag alles klar: Zwar tragen wir alle irgendwie zum Klimawandel und damit auch zum gesteigerten GLOF-Risiko in Huaraz bei. Aber manche tun es eben erheblicher als andere. Während die Beiträge von Durchschnittsbürgern oder Landwirtschaftsbetrieben vergleichsweise klein ausfallen, ist der von Energieproduzenten wie RWE zigfach größer. Und während Durchschnittsbürger und Landwirtschaftsbetriebe das GLOF-Risiko dann nicht erheblich erhöht haben, haben es Energieproduzenten wie RWE sehr wohl.³⁵⁹

bb) Erkennbarkeit

Kommen wir zur zweiten Seite der Adäquanzkritik, wonach der Kausalzusammenhang zwischen Treibhausgasemissionen und Klimaschäden derart außergewöhnlich und unwahrscheinlich ist, dass er für einen optimalen Beobachter *ex ante* schon nicht erkennbar war. Sofern diese Kritik pauschal erhoben wird,³⁶⁰

³⁵⁷ Tendenziell schon *Hsu* (2008), 751; ähnlich bzgl. der (zukünftigen) Emissionsbeiträge von Royal Dutch Shell auch Rechtbank Den Haag C/09/571932/HA ZA 19-379 (2021), Rn. 4.4.49ff. Ein relativer Ansatz ist auch sonst im Klimakontext üblich, namentlich bei absolut geringen, aber relativ hohen Verursachungsbeiträgen von Staaten, vgl. *Massachusetts v. EPA*, 549 U.S. (2007), 497, 518ff.; *Hoge Raad 19/00135* (2019), Rn. 5.7.1. ff. und BVerfGE 157, 30 Rn. 202ff.; dazu schon *Weaver/Kysar* (2017), 337ff.; *Spier* (2017), 227ff.

³⁵⁸ Oben § 6 II. 4. a).

³⁵⁹ So auch *Frank* (2017), 668f.; ähnlich für Großemittenten generell *Grossman* (2003), 25ff.; *Hunter/Salzman* (2007), 1768ff.; *Byers, et al.* (2017), 310ff.; *Burger, et al.* (2020), 229ff.; *Zeidler* (2022), 115; *Thöne* (2022), 327.

³⁶⁰ Etwa *Chatzinerantzis/Appel* (2019), 883; *Keller/Kapoor* (2019), 708f.; tendenziell auch *Spitzer/Burtscher* (2017), 159ff.

ist sie nichts anderes als eine offene Kapitulation vor vermeintlich vertrackten naturwissenschaftlichen Prozessen. Die physikalischen Wirkmechanismen des Klimasystems sind mittlerweile so gut verstanden wie kaum in einem anderen Bereich zeitgenössischer naturwissenschaftlicher Forschung,³⁶¹ und wie wir im Abschnitt zur naturwissenschaftlichen Kausalität gesehen haben, lassen sich insbesondere slow onset-Phänomene wie Gletscherschmelze und Meeresspiegelanstieg lückenlos auf Treibhausgasemissionen zurückführen.³⁶² So gesehen wäre es für einen optimalen Beobachter heute eher außergewöhnlich und unwahrscheinlich, wenn es im RWE-Fall *keinen* Kausalzusammenhang zwischen Treibhausgasemissionen und GLOF-Risiko gäbe.

Die Betonung liegt freilich auf heute. Denn der optimale Beobachter beobachtet *ex ante* und nicht mit dem geballten klimawissenschaftlichen Wissen des 21. Jahrhunderts. Zudem wird von ihm ausdrücklich nicht perfekte Informiertheit verlangt; der optimale Beobachter ist eher ein objektiver Beobachter in der Lage des Schädigers.³⁶³ Im Gegensatz zur Pauschalkritik ist es daher völlig richtig, wenn Gerhard Wagner die Erkennbarkeit zeitlich eingrenzen will. Allerdings zieht er die Grenze zu spät. Dass die Gefahren des Klimawandels „erst im Laufe der achtziger Jahre des 20. Jahrhunderts zu einem ernst zu nehmenden Thema wurden“,³⁶⁴ mag für den Durchschnittsbürger zutreffen,³⁶⁵ nicht aber für den objektiven Beobachter in der Lage von Energieproduzenten wie RWE. Es stimmt zwar, dass der Weltklimarat IPCC erst rund drei Jahrzehnte alt ist und die meisten hier besprochenen Studien sogar noch deutlich jünger sind. Doch der obige Kurzabriss der klimawissenschaftlichen Debatte hat gezeigt, dass bereits Mitte des 20. Jahrhunderts – nicht zuletzt dank deutscher Forscher – theoretisch fundierte und durch Messungen bestätigte Erkenntnisse über die globale Erwärmung vorlagen, dabei Gletscherschmelze und Meeres-

³⁶¹ Paradigmatisch ist die 2006 getätigte Aussage von Ralph Cicerone, damals Präsident der National Academy of Sciences, vor dem US-Kongress: „I think we understand the mechanisms of CO₂ and climate better than we do of what causes lung cancer [...]. In fact, it is fair to say that global warming may be the most carefully and fully studied scientific topic in human history.“; zum Ganzen schon oben § 6 III. 2. b) cc).

³⁶² Oben § 6 II. 1.

³⁶³ Vgl. nur *Oetker* (2022), § 249 BGB Rn. 111; ganz ähnlich *Wagner* (2020b), 56 f.: „Es kommt darauf an, welcher Kausalverlauf für einen objektiven Beobachter in der Situation des Schädigers im Zeitpunkt der nach der Äquivalenztheorie schadensträchtigen Handlung vorhersehbar war.“

³⁶⁴ *Wagner* (2020b), 59. Er spricht ein paar Sätze zuvor noch von „[z]umindest bis in die siebziger Jahre“, schiebt die Grenze dann aber doch ein weiteres Jahrzehnt nach hinten; noch weitergehender *Posner/Weisbach* (2010), 111 (frühestens in den 1990er Jahren), allerdings ohne nähere Belege; ähnlich *Zeidler* (2022), 112 f. (frühestens 1992). Zwischen Klimawandel (späte 1970er Jahre) und Klimaschäden (1990er Jahre) unterscheidend *Pöttker* (2014), 132 ff.

³⁶⁵ Freilich legen Befragungen nahe, dass in der deutschen Bevölkerung erst rund ein Jahrzehnt später ein (zartes) Klimabewusstsein aufkam, näher *Schipperges* (2020), 18 ff. und das von den Befragten angegebene Klimawissen weit über den tatsächlichen Kenntnisstand hinausgeht, vgl. *Polonsky, et al.* (2011).

spiegelanstieg explizit betont wurden und an die Energieindustrie mehrfach Hinweise ergangen, dass ihre Produkte- und Produktionsprozesse Klimagefahren heraufbeschwören. 1969 stufte die NATO den Klimawandel als Gefahr für das nationale Wohlergehen ein, die westdeutschen Presse berichtete und kurz darauf sprach die Deutsche Physikalische Gesellschaft von „unvermeidlich irreversible[n] Folgen globalen Ausmaßes“.³⁶⁶

Mitte der 1960er Jahre änderte sich also buchstäblich das öffentliche Klima: Zwar war die zu Politik und Energieproduzenten vordringende Diskussion natürlich noch von vielen Ungewissheiten gezeichnet; anders als heute war für den objektiven Beobachter der Kausalzusammenhang zwischen Treibhausgasemissionen und slow onset-Klimaschäden noch nicht hoch (oder mehr) wahrscheinlich. Aber – und nur darauf kommt es hier an – der Zusammenhang war jedenfalls nicht mehr ganz außergewöhnlich und unwahrscheinlich. Bereits Mitte der 1960er Jahre war für Energieproduzenten wie RWE durchaus erkennbar, dass Treibhausgasemissionen nicht durch eine Verkettung ausgefallener Umstände, sondern aufgrund ganz und gar gewöhnlicher physikalischer Prozesse geeignet sind, Gletscher schmelzen und Meeresspiegel ansteigen zu lassen.³⁶⁷

Damit werden von Energieproduzenten wie RWE auch nicht übersteigerte naturwissenschaftliche Kenntnisse verlangt. Der BGH hat wiederholt geurteilt, dass fehlendes spezifisches Erfahrungswissen genauso wenig die Erkennbarkeit von naturwissenschaftlichen Zusammenhängen ausschließt wie ihre vermeintliche Verworrenheit. Schauen wir uns kurz ein paar Beispiele an: In BGHZ 79, 259 hatte der Luftstaudruck eines überfliegenden Bundeswehruhubschraubers ein auffälliges Dach zum Einsturz gebracht. Das Berufungsgericht war noch dem Einwand der beklagten Bundesrepublik Deutschland gefolgt, es sei nicht bekannt gewesen, dass Hubschrauber durch Luftstaudruck überhaupt Dächer zu Schaden oder Einsturz bringen könnten – und in der Tat hatte es einen solchen Vorfall bis dato wohl noch nicht gegeben.³⁶⁸ Der BGH wies das mit klaren Worten zurück: An der Möglichkeit eines solchen Kausalzusammenhangs „kann kein vernünftiger Zweifel bestehen“, ja er sei sogar „offensichtlich“, und zwar „gleich ob derlei bisher schon bekannt war oder nicht“.³⁶⁹ Ähnlich urteilte das Gericht im Fall von eingeleiteten Abwässern, die über eine vielgliedrige Kausalkette – Pilzbildung, Ablagerung von Schlammstoffen, einsetzende Fäulnis, Gewitterregen, Fortschwemmen der Schlammstoffe flussab-

³⁶⁶ *Deutsche Physikalische Gesellschaft* (1971), 1. Zum Ganzen oben § 6 II. 4. a).

³⁶⁷ Speziell für RWE auch (mit knapper Begründung) *Kling* (2018), 219f.; generell *Shue* (2017), 594; *Franta* (2018), 1025; *Licker, et al.* (2019), 11; in der Sache auch *Hsu* (2008), 740ff.; *Weart* (2008), 38ff.; 200f.; *Kysar* (2011), 56; *Leone* (2011), 370ff., 397f.; *Heede* (2014), 230; *Kenner/Heede* (2021), 3ff.; *Kieninger* (2021a), 142 (m. Fn. 140).

³⁶⁸ Oder er war zumindest nicht dokumentiert – in der maßgeblichen online Datenbank zu Luftfahrtunfällen (Aviation Safety Network) findet sich jedenfalls nichts Entsprechendes.

³⁶⁹ BGHZ 79, 259, 263.

wärts – die klägerischen Forellen getötet hatten.³⁷⁰ Auch hier war das Berufungsgericht noch dem Beklagten entgegengekommen, derartig sekundäre Zusammenhänge seien zu verworren und fernliegend. Dem BGH war das zu simpel gedacht. Dass eingeleitete Stoffe „im Wasser Umwandlungsvorgängen der verschiedensten Art“ unterworfen sind, sei nichts Ungewöhnliches, handle es sich doch um „biologische Vorgänge, die unter den gegebenen Verhältnissen nicht selten, wenn nicht sogar regelmäßig auftreten“.³⁷¹ Auch dass erst der Gewitterregen final das Forellensterben auslöste, ließ die Erkennbarkeit nicht entfallen. Denn es sei nicht erforderlich, „daß der Geschehensablauf in allen Einzelheiten gewöhnlicher Lebenserfahrung entsprach. Vielmehr genügt es, daß die fragliche Bedingung, hier das Einleiten des Abwassers, im allgemeinen geeignet war, einen Erfolg dieser Art herbeizuführen.“³⁷² Und schließlich wurde auch in den oben besprochenen Fällen neuartiger Waldschäden in den 1980er Jahren an Vielem gezweifelt, nicht aber an der Erkennbarkeit des vielgliedrigen Kausalzusammenhangs zwischen Emissionen und saurem Regen – wohlge-merkt in einer Zeit, als die neuartige Waldschadensforschung noch in den Kinderschuhen steckte.³⁷³ Die 1983 frisch präsentierten „Anhaltspunkte“ des Sachverständigenrats für Umweltfragen, der offen „nur unzureichende Kenntnisse“ über Einzelheiten einräumte,³⁷⁴ hatten etwa für Peter Gottwald trotz fehlender „exakter quantitativer Analysen“ durchaus „Aussagekraft“.³⁷⁵ Für Johann W. Gerlach war die Adäquanz das geringste Problem, „weil diese Folge heute alles andere als unwahrscheinlich ist“.³⁷⁶ Und auch im Waldschadensurteil von 1987 wird die Erkennbarkeit des Kausalzusammenhangs vom BGH unausgesprochen vorausgesetzt.³⁷⁷

Vor diesem Hintergrund ist es dann geradezu restriktiv, hinsichtlich klimawissenschaftlicher Zusammenhänge von einer Erkennbarkeit ab Mitte der 1960er Jahre auszugehen. Denn nicht nur waren die naturwissenschaftlichen Prozesse (anders als im Hubschrauberfall) bereits ausführlich beschrieben und

³⁷⁰ BGH NJW 1975, 2012. Ähnlich auch die Konstellation in BGHZ 57, 257 (Haftung für über Gewässersystem in Fischteiche dringende schädliche Stoffe), hier wird die Frage der Erkennbarkeit aber nicht einmal thematisiert.

³⁷¹ BGH NJW 1975, 2012, 2012f.; ebenso BGH NJW 1988, 1593, 1596.

³⁷² BGH NJW 1975, 2012, 2013.

³⁷³ Die ersten Publikationen erscheinen Ende der 1970er Jahre, erst Mitte der 1980er etabliert (und normalisiert) sich die neuartige Waldschadensforschung als wissenschaftliches Objekt, eingehend Schäfer (2012), 77 ff.

³⁷⁴ Vgl. BT-Drucks. 10/113, 95; dazu und zum wissenschaftshistorischen Kontext Schäfer (2012), 130 ff.

³⁷⁵ Gottwald (1988), 13.

³⁷⁶ Gerlach (1989), 262; ähnlich auch Marburger (1987), 140 ff.

³⁷⁷ Vgl. BGHZ 102, 350, 354: „Für die neuartigen Waldschäden ist jedoch kennzeichnend, daß sie infolge des Ferntransports der Schadstoffe über die Luft in großer Entfernung von den Emissionsquellen auftreten“, unter Berufung auf besagte Anhaltspunkte des Sachverständigenrats für Umweltfragen.

mit Gletscherschmelze und Meeresspieganstieg (im Gegensatz zum Forellenfall) auch Einzelheiten über den Geschehensablauf bekannt. Der vielstimmige Mix aus Messdaten, Expertenberichten und wissenschaftlichen Mahnungen hatte mindestens die Aussagekraft wie die „Anhaltspunkte“ im Waldschadensszenario.

Ein kurzer Blick auf die Produzentenhaftung bestätigt dieses Bild. Der BGH hatte hier vielfach zu urteilen, ab wann für Produzenten die Gefährlichkeit ihrer Produkte aufgrund neuer wissenschaftlicher Erkenntnisse erkennbar war.³⁷⁸ Paradigmatisch ist die erste Kindertee-Entscheidung, die uns weiter unten noch näher beschäftigen wird: Ein kariesgeschädigtes Kind hatte einen Teeproduzenten auf Schadensersatz verklagt, weil dieser zuckerhaltigen Tee samt besonders kindertauglicher Nuckelflaschen vertrieb.³⁷⁹ Der Produzent hatte sich damit verteidigt, dass er unmittelbar auf eine deutschsprachige Studie zu einer „neuen Form“ des Kinderkaries bei „Dauernuckeln“ reagiert und vor dem entsprechenden Einsatz seines Produkts gewarnt habe. Der BGH verurteilte den Produzenten trotzdem, und dabei fallen in unserem Zusammenhang zwei Dinge auf: Erstens werden Adäquanzfragen ähnlich wie im Waldschadensurteil nicht einmal erwähnt. Es wurde also nicht schon an der Erkennbarkeit des Kausalverlaufs zwischen Produkt und der „neuen Form“ des Kinderkaries gezweifelt. Ob der Produzent die Gefahren seines Produkts erkennen konnte, betrifft ausschließlich die Frage der Pflichtverletzung. Und zweitens wurde die Erkennbarkeit nicht erst ab besagter Publikation bejaht, sondern bereits Jahre zuvor, weil in ausländischen Fachzeitschriften über die Gefahren des „Dauernuckelns“ berichtet worden war. Im Einklang mit früherer Rechtsprechung zeigte der BGH Sympathie für die Linie des Berufungsgerichts, dass der Produzent als einer der Marktführer für Kindertee „verpflichtet gewesen [war], sich aus dieser und anderen Quellen über die Schädlichkeit zuckerhaltiger Getränke sachkundig zu machen“.³⁸⁰ Für den BGH kam es darauf jedoch gar nicht entscheidend an, weil der Produzent „als Fachunternehmen für Säuglingsnahrung“ sowieso eigene Nachforschungen hätte betreiben und „diese Gefahren [selbst hätte] erkennen müssen, bevor die Zahnmedizin durch die an sie herangetragenen Fälle auf das Baby-Bottle-Syndrom aufmerksam wurde.“³⁸¹

³⁷⁸ Grundlegend BGHZ 80, 186 (Derosal); 80, 199 (Benomyl); zum Ganzen nur *Brügge-meier* (2006), 413 ff.

³⁷⁹ BGHZ 116, 60 (Kindertee I).

³⁸⁰ BGHZ 116, 60, 71; genauso schon BGHZ 80, 199, 203 (Benomyl): „[Der Produzent] ist gehalten, laufend den Fortgang der Entwicklung von Wissenschaft und Technik auf dem einschlägigen Gebiet zu verfolgen [Nachweise]. Dazu gehört bei Unternehmen von der Größe der Bekl., die ihre Produkte in der ganzen Welt vertreiben, die Verfolgung der Ergebnisse wissenschaftlicher Kongresse und Fachveranstaltungen sowie die Auswertung des gesamten internationalen Fachschrifttums“.

³⁸¹ BGHZ 116, 60, 71.

Allerdings sind wir damit noch nicht am Ende der Erkennbarkeitskritik. Denn Wagners zeitlicher Einwand ist nur verschoben statt entkräftet – selbst wenn wir die Erkennbarkeitsgrenze von den 1980er Jahren auf Mitte der 1960er Jahre vorverlegen, war der Kausalzusammenhang vor diesem Zeitpunkt nicht erkennbar. Für den RWE-Fall folgte daraus, dass nicht alle jemals von RWE emittierten Treibhausgase adäquat kausal für Klimawandel und gesteigertes GLOF-Risiko wären, sondern nur die seit 1965, genauer: der aus diesen Emissionen resultierende Temperaturbeitrag – und der soll laut Wagner eben „spekulativ“ bleiben. Doch Spekulationen sind gar nicht nötig. Der seit 1965 auf RWE zurückgehende Temperaturbeitrag sind exakt jene 0,321 %, von denen die ganze Zeit die Rede ist. Denn die Buchhaltungsstudie von Heede, auf denen die Attributionsuntersuchungen von Ekwurzel, et al. und Licker, et al. zu den Temperaturanteilen aufbauen, zählt für RWE nur die Emissionen seit 1965, weil für frühere Zeiträume keine ausreichenden Daten vorliegen.³⁸² Nicht die gesamte auf RWE zurückgehende Emissionsmenge seit Gründung hat zu 0,321 % globale Erwärmung und gesteigertes GLOF-Risiko verursacht, es sind allein die Emissionen nach 1965.³⁸³ Vereinfacht gesagt läuft der Kausalitätszähler also ohnehin erst seit Erkennbarkeit. Und selbst wenn man die Erkennbarkeitsgrenze (anders als hier angenommen) weiter in Richtung Gegenwart verlagern wollte, führte dies nicht zu Spekulationen: Für die klimawissenschaftlichen Modelle ist es problemlos möglich, den Kausalitätszähler zu jedem beliebigen Zeitpunkt anlaufen zu lassen – und das für jeden beliebigen Energieproduzenten.³⁸⁴

cc) Kein unterbrechendes Drittverhalten

Schließlich zur Frage, ob der von Energieproduzenten angestoßene Kausalverlauf durch dazwischentretende Dritte unterbrochen wird. Unterbrechendes Drittverhalten ließe sich aus drei Richtungen annehmen: Wegen der Einbeziehung indirekter Emissionen in den Verursachungsbeitrag,³⁸⁵ wegen der bei

³⁸² Vgl. Heede (2014), Ergänzende Materialien, 6 sowie die fortlaufend aktualisierten Daten auf <https://climateaccountability.org/carbonmajors.html>. Unzutreffend deshalb Chatzinerantzis/Appel (2019), 883.

³⁸³ Bedenkt man, dass allein zwischen den Weltkriegen mehr als 300 Millionen Tonnen Braun- und Steinkohle jährlich gefördert wurden (vgl. Heinrich-Böll-Stiftung/BUND (2015), 15) und angesichts der schon damals erheblichen Marktstellung (näher Pohl (1992), 37 ff.) ein erheblicher Teil auf RWE entfiel, dürfte RWEs gesamter Temperaturanteil also in Wahrheit noch deutlich höher liegen (zumal außerdem die Emissionen aus z. B. Erdgasverbrennung von Heede gar nicht berücksichtigt werden); dazu schon oben § 6 II. 1. b) aa).

³⁸⁴ Zählt man etwa nur die Emissionen seit 1980, kommt man für RWE auf 0,238 % und z. B. für den italienischen Energieproduzenten Eni und das brasilianische Pendant Petrobras auf 0,303 % bzw. 0,356 % Verursachungsbeitrag, vgl. Licker, et al. (2019), Ergänzende Materialien, Tabelle 5 und die Methodendiskussion.

³⁸⁵ In diese Richtung Kysar (2011), 18, 39 f.; Spitzer/Burtscher (2017), 167; Chatzinerantzis/Appel (2019), 883; Burger, et al. (2020), 229 ff.

Energieproduzenten typischerweise anzutreffenden Konzernaufteilung³⁸⁶ und wegen einer Eigenfährdung der Klimaopfer.³⁸⁷ Gehen wir dies im Einzelnen durch.

(1) *Indirekte Emissionen*

Was ist mit indirekten Emissionen gemeint? Wie wir just noch einmal gesehen haben, wird der auf Energieproduzenten entfallende Temperaturanteil auf Basis der historischen Emissionsmenge ermittelt (wobei rechtlich erst die Emissionsmenge seit Mitte der 1960er Jahre relevant ist). Dafür bilden die Buchhaltungsstudien von Heede zu den Carbon Majors die Grundlage. Mangels ausreichender Daten zählt Heede jedoch nicht die Emissionen als solche, sondern er rechnet mithilfe einer international anerkannten Methode die in amtlichen und unternehmerischen Statistiken veröffentlichten historischen Produktionsmengen von Öl, Gas und Kohle in Emissionsmengen um.³⁸⁸ Das zu sehen ist wichtig, denn so werden von Heedes Zählung nicht nur sogenannte direkte Emissionen erfasst, die Carbon Majors in eigenen Verfeuerungseinheiten freisetzen. Es werden auch besagte indirekte Emissionen mitgezählt, also Emissionen aus fremder Verfeuerung entlang der Lieferkette, etwa durch den Verbrauch des verkauften Öls.³⁸⁹ Und genau das könnte stutzig machen, denn streng genommen emittieren in diesen Fällen nicht die Carbon Majors. Zwar hätten sie durch die Produktion des fossilen Brennstoffs noch immer den Kausalverlauf in Gang gesetzt. Aber weil erst die verfeuernden Dritten die Treibhausgase freisetzen, könnte der Kausalverlauf durch deren Dazwischentreten unterbrochen sein.

Hier sind jedoch zwei Punkte zu beachten: Erstens zeigt schon ein kurzer Blick auf die bisherige Rechtsprechungslinie, dass selbst bei indirekten Emissionen der Kausalzusammenhang intakt bliebe. Nach der grundlegenden Entscheidung des BGH zur Adäquanzformel unterbrechen nachfolgende Beiträge Dritter den Kausalzusammenhang nur dann, wenn sie „in völlig unsachgemäßer und ungewöhnlicher Weise vorgenommen“ werden; entscheidend sei, ob der objektive Beobachter mit dem Drittverhalten „normalerweise hätte rechnen können“.³⁹⁰ Im zu entscheidenden Fall hatte der BGH seine Zweifel, weil bei einer Havarie nicht nur der beklagte Schiffseigener, sondern auch das Schleusenpersonal Fehler gemacht hatte. Entsprechend urteilte das OLG München, dass der vom Unfallverursacher in Gang gesetzte Kausalverlauf abreißt, wenn

³⁸⁶ Für den RWE-Fall andeutungsweise *Wagner* (2020b), 77: „[offene] Frage, ob der RWE AG als Konzernmuttergesellschaft Emissionen der Kraftwerksgesellschaften des RWE-Konzerns zuzurechnen sind.“

³⁸⁷ Wiederum *Wagner* (2020b), 63 ff.

³⁸⁸ Konkret rechnet er mittels der IPCC Carbon Factors die Fördermengen in CO₂-Äquivalente um, dazu bereits oben § 6 II. 1. a) aa).

³⁸⁹ Näher zu dieser Unterscheidung *Griffin* (2017), 5 f.

³⁹⁰ BGHZ 3, 261 Leitsatz II und 269.

ein Dieb aus dem verschlossenen und sicher abgestellten Unfallfahrzeug Sachen entwendet.³⁹¹ Umgekehrt ließ der BGH einen Kausalzusammenhang zwischen einem Nachbarn und dem Vermieter eines Drogenhilfeszentrums intakt, obwohl die Beeinträchtigung von den drogenabhängigen Nutzern des Zentrums ausgegangen war;³⁹² entsprechend entschied er für einen Diskothekenbetreiber, dessen Gäste gelärmt hatten.³⁹³ Letztlich geht es also wieder um ganz außergewöhnliche und unwahrscheinliche Umstände – nun in Form von Drittverhalten –, das für den Erstverursacher nicht erkennbar war. Für Emissionen aus fremder Verwertung entlang der Lieferkette trifft aber genau das Gegenteil zu. Wenn Dritte erworbene Brennstoffe verfeuern, handeln sie völlig gewöhnlich und wahrscheinlich, ja letztlich exakt so, wie es ein objektiver Beobachter erwartet.³⁹⁴ Würde man hier den Adäquanzzusammenhang verneinen, müsste man es auch sonst bei Schädigungen durch den bestimmungsgemäßen Gebrauch von Produkten tun. Dass das offensichtlich fernliegend ist, zeigt schon der uns bekannte Ursprungsfall der Produzentenhaftung: Das Reichsgericht verlor kein Wort dazu, dass der Kausalzusammenhang zwischen Salzproduktion und Gesundheitsverletzung wegen der Produktnutzung durch die Kundin entfallen sein könnte.³⁹⁵ Auch in den oben angesprochenen Kindertee-Fällen wurde nicht einmal gefragt, ob das elterliche Verabreichen des zuckerhaltigen Tees die Kausalkette zwischen Teeproduzent und geschädigtem Kind gekappt haben könnte.³⁹⁶

Noch wichtiger ist aber der zweite Punkt: Wie eingangs erwähnt, beschränke ich meine Untersuchung auf Energieproduzenten, also Unternehmen wie RWE, die fossile Brennstoffe in eigenen Kraftwerken verfeuern, um elektrische Energie zu erzeugen. Anders als bei Mineralölunternehmen oder Erdgasförderern, die produzierte Brennstoffe fast ausnahmslos an Dritte veräußern und so vornehmlich indirekte Emissionen erzeugen, ist es bei Energieproduzenten also genau umgekehrt. Ihre Emissionsmenge besteht ganz überwiegend aus direkten Emissionen. Das zeigt sich an RWE exemplarisch: Weil RWE die geförderte Braunkohle praktisch ausschließlich in eigenen inländischen Kraftwerken zu Strom verfeuert³⁹⁷

³⁹¹ OLG München VersR 1980, 828. In der Sache ähnlich BGH NJW 2006, 992 (keine adäquate Beeinträchtigung durch Vermieter, wenn Mieter fahrlässig einen Brand verursacht).

³⁹² BGHZ 144, 200, 203 ff.

³⁹³ BGH NJW 1963, 2020. Es existieren zahlreiche weitere Bsp. aus der Rspr., vgl. *Fritzsche* (2022), § 1004 BGB Rn. 18.1 f.

³⁹⁴ Generell auch *Grossman* (2003), 26 f.; *Pöttker* (2014), 129, 138 f.

³⁹⁵ Vgl. RGZ 87, 1, dazu oben § 5 II. 3. b).

³⁹⁶ Vgl. BGHZ 116, 60, 74, das Elternverhalten wird lediglich auf Mitverschuldensebene angesprochen (und verneint).

³⁹⁷ RWE verfeuert zwar in deutlich geringerem Umfang auch andere, von Dritten produzierte Brennstoffe (Steinkohle, Gas), diese fremdbezogenen Brennstoffe werden in Heedes Buchhaltungsstudien wegen besagter Zählweise aber nicht berücksichtigt – und da die Folgestudien von Ekwurzel et al. und Licker et al. auf Heedes Emissionsmengen aufbauen, bezieht sich RWEs 0,321 %iger Verursachungsbeitrag eben nur auf die bei der Braunkohleverbren-

und nur einen äußerst kleinen Teil weiterverkauft, fallen indirekte Braunkohleemissionen quasi nicht ins Gewicht.³⁹⁸

Kurzum: Obwohl bei indirekten Emissionen von unterbrechendem Drittverhalten sowieso keine Rede sein kann – da speziell bei Energieproduzenten indirekte Emissionen ohnehin vernachlässigt werden können, stellt sich das Problem erst gar nicht.

(2) Konzernaufteilung

Indes könnte man gerade wegen jener Besonderheiten der Stromproduktion an eine Unterbrechung des Kausalzusammenhangs denken. Denn Energieproduzenten sind typischerweise als Konzerne organisiert, und nicht selten werden die Kraftwerke von Tochtergesellschaften betrieben. Wie wir bei der Pflichtverletzung noch ausführlich sehen werden, ist dies auch bei RWE so.³⁹⁹ Pflichtverletzung ist jedoch das Stichwort: Es ist dogmatisch offenbar Usus, bei umweltbezogenen Schädigungen aus dem Konzern heraus von einer adäquat kausalen Verursachung durch die Obergesellschaft auszugehen und Konzernfragen erst bei der Pflichtverletzung zu behandeln.⁴⁰⁰ Das macht auch Sinn, denn wie eben gezeigt unterbrechen nachfolgende Beiträge Dritter den Kausalzusammenhang nur dann, wenn sie „in völlig unsachgemässer und ungewöhnlicher Weise vorgenommen“ werden. Ist es dagegen so, dass der objektive Beobachter mit dem Drittverhalten „normalerweise hätte rechnen können“, bleibt die Kausalkette intakt. Letzteres trifft auf die Emissionstätigkeit der Tochtergesellschaften zu. Mit der Verfeuerung fossiler Brennstoffe zur Stromproduktion tun Untergesellschaften genau das, was die Konzernspitze von ihnen erwartet.

(3) Eigengefährdung

Aus den gleichen Gründen ist es schließlich ausgeschlossen, den Kausalzusammenhang wegen des Verhaltens der Klimaopfer abreißen zu lassen. Das Argu-

nung in Kraftwerken freigesetzten Treibhausgase; genauer: auf die in inländischen Kraftwerken freigesetzten Treibhausgase, weil Heedes Studie sowieso nur die im Inland geförderte Braunkohle erfasst und Braunkohle lagerstättennah verstromt wird, dazu schon oben § 6 II. 1. b) aa).

³⁹⁸ In den Buchhaltungsstudien von Heede wird der Anteil von direkten und indirekten Emissionen nicht aufgeschlüsselt; ich extrapoliere hier die Selbstangaben in *RWE-Group* (2020c), 4 ff. und die historischen (Selbst-)Darstellungen bei *Radkau* (1998a); *Radkau* (1998b). Dazu, dass Braunkohle quasi nicht gehandelt wird, vgl. *PricewaterhouseCoopers* (2017), 41.

³⁹⁹ Unten § 6 III. 3. b) cc) (2) (g).

⁴⁰⁰ Deutlich *Ossenbühl* (1999), 129: „Die Frage nach der Verantwortlichkeit für eine Anlage [im Konzern] ist [...] kein Problem des Kausalverlaufs mehr, sondern vielmehr ein Problem der Haftungszurechnung“; ebenso *Brüggemeier* (1991), 308 ff.; *Westermann* (1991), 239; *Lytras* (1995), 249 ff. Beispiele sind auch die oben genannten Produzentenhaftungsfälle BGHZ 80, 186 (Derosal) und 80, 199 (Benomyl), die sich jeweils – ohne Kausalitätsfragen zu problematisieren – gegen Einzelgesellschaften eines „Chemiekonzerns“ richteten.

ment, Klimaopfer wie Lliuya hätten sich gewissermaßen sehenden Auges in die Gefahr begeben, indem sie unterhalb gefährlicher Gletscher oder in Nähe steigender Meeresspiegel siedelten, ist zwar nicht gänzlich von der Hand zu weisen. Aber es handelt sich dabei gerade nicht um außergewöhnliches und ganz unwahrscheinliches Drittverhalten, das für Energieproduzenten wie RWE nicht erkennbar war. Im Gegenteil, menschliche Siedlungsaktivität gibt es in diesen Regionen seit Jahrtausenden.⁴⁰¹ Auch der Verweis auf die Rechtsprechung zu Oberliegergrundstücken ändert daran nichts.⁴⁰² Denn ihr lässt sich nicht entnehmen, dass Eigentümer tieferliegender Grundstücke jegliche von höherliegenden Grundstücken ausgehende Risiken tragen, sondern nur die Risiken durch unbeeinflusste geografische Naturkräfte wie Starkregen oder Erdbeben. Wird die mit Naturkräften einhergehende Gefahr aber durch ein Verhalten des höherliegenden Anliegers gesteigert – verändert er etwa die Bodenstruktur oder schrägt er den Hang künstlich (weiter) an – wird regelmäßig ein adäquater Kausalzusammenhang angenommen.⁴⁰³ Genauso liegt es in slow onset-Konstellationen wie dem RWE-Fall: Zwar besteht aufgrund der natürlichen Ausgangslage von Gletscher und Gletschersee per se ein mittleres GLOF-Risiko. Aber das Lliuya mittlerweile ein hohes GLOF-Risiko trifft, ist keine Laune der Natur, sondern wurde durch RWEs Emissionstätigkeit mitverursacht.⁴⁰⁴ All das zeigt, dass der Einwand einer Eigengefährdung der Klimaopfer im Rahmen der Adäquanz auf verlorenem Posten steht; er ist bei der Rechtswidrigkeit, genauer: einer möglichen Duldungspflicht, besser aufgehoben und wird uns dort auch noch beschäftigen.⁴⁰⁵

e) Zwischenergebnis

Der laufende Abschnitt fragte in drei Schritten, ob in Klimahaftungskonstellationen naturwissenschaftliche Kausalitätsgründe privatrechtlich verarbeitet werden können: Genügt die Restunsicherheiten ausgesetzte naturwissenschaftliche Kausalität den Anforderungen an eine rechtliche Kausalbeziehung? Ist der Verursachungsbeitrag von Energieproduzenten wie RWE ausreichend individualisierbar und bestimmbar? Und ist er überhaupt adäquat kausal, zumal Dritte den Kausalzusammenhang unterbrochen haben könnten? Alle Fragen können wir nun bejahen:

Im RWE-Fall müsste eine Richterin den Kausalzusammenhang i. S. v. § 286 ZPO für wahr erachten, weil es naturwissenschaftlich (mehr als) sehr hoch

⁴⁰¹ Konkret für die Region Huaraz *Huggel, et al.* (2020), 2181 ff.; generell *Graeber/Wengrow* (2021), 153 ff.

⁴⁰² *Wagner* (2020b), 63 ff. mit Verweis auf BGH NZM 2014, 366.

⁴⁰³ So ausdrücklich BGHZ 49, 340, 346 bzw. BGH NJW-RR 1996, 659, 660; jüngst auch wieder BGHZ 223, 316 Rn. 14 f.; weitere Bsp. bei *Fritzsche* (2022), § 1004 BGB Rn. 20 ff., 39 ff.

⁴⁰⁴ Oben § 6 II. 1. b).

⁴⁰⁵ Unten § 6 III. 4. d).

wahrscheinlich ist, dass RWEs Emissionen das gesteigerte GLOF-Risiko bei Luciano Lliuya mitverursacht haben. Dass auch andere Emissionsquellen beteiligt waren, ändert daran nichts. Denn der BGH hat im Waldschadensurteil nicht den dogmatischen Grundsatz aufgestellt, dass summierte Immissionen haftungsrechtlich per se unauflösbar sind. Es ging allein um die spezifischen Nachweisprobleme bei neuartigen Waldschäden, wo zwar theoretisch ganz bestimmte Verursacher existieren, sie sich aber praktisch nicht identifizieren lassen. Dieses Grundproblem stellt sich bei Klimaschäden nicht, weil hier ohnehin alle Energieproduzenten Mitverursacher sind und nur die Höhe des jeweiligen Verursachungsbeitrags entscheidend ist. Dabei kann der Verursachungsbeitrag – lange etablierten Grundsätzen der Teilhaftung folgend – schätzungsweise nach § 287 ZPO bestimmt werden. Da breit akzeptierte klimawissenschaftliche Ermittlungsmethoden zu dem Ergebnis kommen, dass das GLOF-Risiko zu 0,321 % von RWEs Emissionen verursacht wurde, bestehen mehr als genug Anhaltspunkte. Weil entsprechende Nachweisketten auch bei anderen slow onset-Phänomenen möglich sind, dürfte bei Klimahaftungskonstellationen jenseits des RWE-Falls regelmäßig nichts anderes gelten.

Zudem zeigt der RWE-Fall, dass es typischerweise nicht an einer adäquaten Verursachung der Energieproduzenten fehlt. Erstens stellt RWEs auf den ersten Blick klein wirkender Verursachungsbeitrag durchaus eine erhebliche Risikohöherhöhung dar. Denn Maßstab ist nicht die schiere Höhe des Verursachungsbeitrags, sondern die Höhe in Relation zu anderen Verursachungsbeiträgen, etwa dem millionenfach geringeren Beitrag eines Durchschnittsbürgers. Zweitens war der Kausalzusammenhang zwischen Treibhausgasemissionen und Gletscherschmelze (Gleiches gilt für andere slow onset-Phänomene, namentlich den Meeresspiegelanstieg) bereits Mitte der 1960er Jahre für den Energieproduzenten wie RWE erkennbar. Zieht man hier die zeitliche Grenze, wird RWEs Verursachungsbeitrag auch nicht spekulativ, weil dem besagten 0,321 %igen Verursachungsbeitrag ohnehin nur die Emissionen seit 1965 zugrunde gelegt werden. Und schließlich unterbricht auch nicht Drittverhalten den Kausalzusammenhang. Indirekte Emissionen fallen bei Energieproduzenten wie RWE sowieso nicht nennenswert ins Gewicht, zudem stellen sie ganz und gar gewöhnliches Drittverhalten dar; Letzteres gilt auch für Emissionen aus dem Konzern heraus sowie für das Siedlungsverhalten von Klimaopfern.

Dabei ist zugleich deutlich geworden, dass viele der in § 6 I. behandelten Konstruktionsgründe Anknüpfungspunkte in der privatrechtlichen Kausalitätsdogmatik finden. Die naturwissenschaftlichen Restunsicherheiten werden durch ein (auch) wahrscheinlichkeitsbezogenes Verständnis von Kausalität aufgefangen; Ursache-Wirkungsbeziehungen müssen eben nicht wahr sein, sondern im *drama between plaintiff and defendant* nur i. S. v. § 286 ZPO für wahr erachtet werden. Die von der naturwissenschaftlichen Kausalität, aber auch von Präventions- und Effizienzgründen nahegelegte Teilverantwortlichkeit lässt

sich mit dem etablierten Grundsatz der Teilhaftung verarbeiten, wonach bei Multikausalität die Haftung auf den eigenen Tatanteil beschränkt ist. Die häufig kritische Quantifizierung des Verursachungsanteils – die in slow onset-Konstellationen wie dem RWE-Fall freilich wenig Probleme bereitet – federt das Privatrecht durch eine schätzungsweise Bestimmung via § 287 ZPO ab. Aus dem großen Pool möglicher Parteien einer Bipolaritätsbeziehung filtert das Adäquanzkriterium die besonders exponierten Verursacher heraus, die das Schadensrisiko erheblich erhöht haben und für die der Kausalzusammenhang erkennbar war. Die Liste ließe sich fortsetzen, doch wir können hier stoppen. Denn all das nützt wenig, wenn sich die Konstruktionsgründe nicht auch in die privatrechtliche Sprache der Pflichtverletzung übersetzen lassen. Darum kümmern wir uns jetzt.

3. Zweites Anknüpfungproblem: Pflichtverletzung

Ist bereits ein Rechtsgut verletzt, wird die Klimahaftung also via § 823 Abs. 1 BGB akut, muss die adäquat kausale Verletzungshandlung auch pflichtwidrig sein. Hätte sich etwa im RWE-Fall das GLOF-Risiko realisiert, genügte es nicht, lediglich einen adäquaten Kausalzusammenhang zwischen Treibhausgasausstoß und Grundstücksschädigung aufzuzeigen. Denn die Kausalkette hat derart viele Glieder, dass kein unmittelbarer, sondern bloß ein mittelbarer Zusammenhang besteht – und hier ist die Verletzung einer Verkehrspflicht unzweifelhaft Haftungsvoraussetzung.⁴⁰⁶ Aber auch beim Abwehranspruch aus § 1004 Abs. 1 BGB ist der Sache nach ein Pflichtverstoß nötig. Zwar hat die Rechtsprechung dies ausdrücklich nur für Zustandsstörer ausgesprochen,⁴⁰⁷ und der RWE-Fall soll sich gerade nicht um eine Zustands-, sondern eine mittelbare Handlungsstörung drehen.⁴⁰⁸ Jedoch ist die Abgrenzung von Zustands- und mittelbaren Handlungsstörungen wenig ergiebig. So auch im RWE-Fall – droht die Beeinträchtigung wegen des Zustands der Kraftwerksanlagen oder wegen der Folgen der Emissionstätigkeit (und wo liegt eigentlich der Unterschied)?⁴⁰⁹ Zudem soll die Haftung von Zustands- und mittelbaren Handlungs-

⁴⁰⁶ Dies gilt sowieso, wenn man die Unterscheidung zwischen unmittelbaren und mittelbaren Rechtsgutsverletzungen für verfehlt hält, vgl. *Wagner* (2020a), § 823 BGB Rn. 21 f.; näher *Schirmer* (2015), 35 ff.; 228 ff.

⁴⁰⁷ Etwa BGHZ 157, 33, 41 ff.; BGH NJW 2004, 603, 604. In jüngeren Urteilen spricht sie etwas vorsichtiger von „Sicherungspflicht“, vgl. dazu *Wilhelmi* (2009), ff. und speziell im Klimahaftungskontext *Ipsen, et al.* (2021), 1851 f.

⁴⁰⁸ Vgl. *Frank* (2017), 667; *Wagner* (2020b), 38 ff. Eine mittelbare Handlungsstörung kann nach BGHZ 160, 232, 236 f. auch bei Naturkräften vorliegen; auch das OLG Hamm geht davon aus, vgl. OLG Hamm, Beweisbeschluss v. 1.3.2018, I-5 U 15/17, 3.

⁴⁰⁹ Zweifelnd auch *Wagner* (2020b), 66 f., 70. Generell *Raff* (2020), § 1004 BGB Rn. 157 ff.; *Fritzsche* (2022), § 1004 BGB Rn. 19. Selbst der BGH räumt offen Abgrenzungsprobleme ein, vgl. etwa BGH NJW 2004, 603, 604.

störern gleichermaßen von „entsprechenden Sachgründen“ abhängen, die dem Störer „die Verantwortung für das Geschehen auf[erlegen]“, wie es in einem jüngeren BGH-Urteil heißt.⁴¹⁰ Weil damit beide Fallgruppen letztlich auf einen normativen Verhaltensstandard abstellen, ist den Literaturstimmen zuzustimmen, die das Kind beim Namen nennen und beim Abwehrenspruch – parallel zum Deliktsrecht – stets eine Pflichtverletzung fordern.⁴¹¹

Gleich ob man die Klimahaftung als Schadensersatz oder Abwehrenspruch aufzieht, steht man folglich vor derselben Frage: Gegen welche Pflicht könnten Energieproduzenten wie RWE verstoßen haben? Naheliegender Ausgangspunkt ist die sogenannte deliktische Umwelthaftung. Unter diesen Begriff werden üblicherweise Verkehrspflichten gefasst, bei denen die Rechtsgutsverletzung über den Umweltpfad (Luft, Wasser und Boden) verursacht wird.⁴¹²

a) Keine Legalisierung durch öffentlich-rechtliche Treibhausgasregime

Da Energieproduzenten wie RWE in ein enges Netz öffentlich-rechtlicher Genehmigungen, Sicherheitsvorgaben und mittlerweile auch Emissionshandelsysteme eingebunden sind, könnte man freilich schon einen Schritt vorher ansetzen. Die Frage lautete dann: Kommt überhaupt die Verletzung privatrechtlicher Verkehrspflichten in Betracht, wenn Energieproduzenten alle öffentlich-rechtlichen Vorgaben einhalten? Prominente Stimmen verneinen das. Energieproduzenten wie RWE, schreibt etwa Gerhard Wagner, agierten „stets im Rahmen des öffentlichen Immissionsschutzrechts und auf der Grundlage wirksamer Genehmigungen, die die Emissionen legalisierten“.⁴¹³ Weil die Emissionen damit nach § 906 Abs. 1 S. 2 und 3 BGB „auch privatrechtlich rechtmäßig sind“, scheidet von vornherein „der Vorwurf pflichtwidrigen Verhaltens aus“.⁴¹⁴ Das kann jedoch kaum überzeugen – was deutlich wird, wenn wir die Argumentation, die ich im Folgenden als *Legalisierungsthese* bezeichne, in ihre Einzelteile zerlegen.

⁴¹⁰ Jüngst BGH NZM 2019, 893 Rn. 25; dies bzgl. (mit-)wirkender Naturkräfte aufgreifend BGHZ 223, 155 Rn. 8.

⁴¹¹ Eingehend Herrmann (1987), 374 ff.; Wilhelmi (2009), 119 ff.; speziell vor dem Hintergrund der Klimahaftung Pöttker (2014), 98 ff.; Abrens (2019), 649 ff.; Wagner (2020b), 65 ff. Zur ganz ähnlichen Situation im US-amerikanischen law of nuisance vgl. nur Hunter/Salzman (2007), 1789 ff.

⁴¹² Vgl. nur Wagner (2020a), § 823 BGB Rn. 1045.

⁴¹³ Wagner (2020b), 63.

⁴¹⁴ Wagner (2020b), 74 und 76; die Argumentation entwickelt er auf 60 ff. und 71 ff. Ebenso Spitzer/Burtscher (2017), 163 ff.; Chatzinerantzis/Appel (2019), 884 f.; Abrens (2019), 648 f.; Gärditz (2022), 59 f.; im Ergebnis auch Ipsen, et al. (2021), 1851.

aa) Schon öffentlich-rechtlich nicht per se legal

Zunächst sind Treibhausgasemissionen schon öffentlich-rechtlich nicht per se legal. Wagner stützt sich hierfür auf § 5 Abs. 2 BImSchG, in dessen S. 2 es heißt, dass bei Anlagen, die dem Treibhausgas-Emissionshandelsgesetz (TEHG) unterfallen, „zur Erfüllung der Pflicht zur effizienten Verwendung von Energie [...] keine Anforderungen gestellt werden [dürfen]“, die über die Pflichten des TEHG hinausgehen. Das TEHG ist hierzulande die wichtigste gesetzliche Grundlage für den EU-weiten Treibhausgasemissionshandel. Wagner folgert daraus: Indem § 5 Abs. 2 S. 2 BImSchG allein auf die Pflichten des TEHG verweist, hat der Gesetzgeber eine abschließende Entscheidung über den Umgang mit Treibhausgasen getroffen; wenn ein Emittent nach den Spielregeln des Emissionshandelsregimes emittiert, emittiert er stets rechtmäßig.⁴¹⁵

Bereits mit Blick auf den Wortlaut von § 5 Abs. 2 BImSchG geht das aber deutlich zu weit. Zwar trifft es zu, dass Energieproduzenten wie RWE dem Emissionshandelsregime des TEHG unterfallen. Aber mit § 5 Abs. 2 S. 2 BImSchG ist nur die ergänzende Anwendbarkeit bestimmter Grundpflichten des BImSchG ausgeschlossen und vor allem die Zuständigkeit zwischen Landesbehörden und Umweltbundesamt geklärt.⁴¹⁶ Die im Normtext erwähnte „Pflicht zur effizienten Verwendung von Energie“ meint die immissionsschutzrechtliche Grundpflicht des § 5 Abs. 1 Nr. 4 BImSchG, diese Pflicht darf über die Anforderungen des TEHG-Emissionshandelsregimes nicht hinaus gehen. Dagegen stellt S. 1 des besagten § 5 Abs. 2 BImSchG ausdrücklich klar, dass weitere immissionsschutzrechtliche Anforderungen zulässig sind, „um zur Erfüllung der Pflichten nach Absatz 1 Nummer 1 sicherzustellen, dass im Einwirkungsbereich der Anlage keine schädlichen Umwelteinwirkungen entstehen“. Die für das Immissionsschutzrecht zentrale Pflicht des § 5 Abs. 1 Nr. 1 BImSchG – Schutz der Allgemeinheit und Nachbarschaft vor schädlichen Umwelteinwirkungen – bleibt also auch für treibhausgasausstoßende Energieproduzenten akut.⁴¹⁷ Daher lässt sich § 5 Abs. 2 BImSchG allenfalls dahingehend deuten, dass den erfassten Treibhausgasemittenten über BImSchG und TEHG hinaus nicht noch landesrechtliche oder kommunale Begrenzungsvorgaben gemacht werden dürfen, namentlich durch Planungsrecht.⁴¹⁸ Folgerichtig erklären weder das TEHG noch andere öffentlich-rechtliche Regelwerke Treibhausgasemissionen pauschal für rechtmäßig. Insbesondere mit der in § 4 TEHG geregelten Genehmigung geht keine vollumfängliche Legalisierung der Emissionstätigkeit einher. Schon die in der Norm genannten Genehmigungsbestandteile, die keine

⁴¹⁵ Wagner (2020b), 73.

⁴¹⁶ Dazu nur Schmidt-Kötters (2019), § 5 BImSchG Rn. 159.

⁴¹⁷ BVerwGE 159, 356 Rn. 18; aus der Literatur nur Jarass (2020), § 5 BImSchG Rn. 5.

⁴¹⁸ Vgl. BVerwGE 159, 356 Rn. 32; ebenso Jarass (2020), § 5 BImSchG Rn. 5b.

inhaltlichen Prüfanforderungen an den Anlagenbetrieb aufstellen, unterstreichen ihren formalen Charakter.⁴¹⁹

bb) Keine Grenz- oder Richtwerte

Ferner ist es nicht möglich, Treibhausgasemissionen unter Berufung auf § 906 Abs. 1 S. 2 BGB als privatrechtlich pflichtgemäß zu behandeln, nur weil sie öffentlich-rechtliche Vorgaben wahren. Dieser zweite Teil der Legalisierungsthese erfordert zunächst etwas Hintergrundwissen – denn warum sollte die nachbarrechtliche Vorschrift des § 906 BGB überhaupt für deliktische Verkehrspflichten relevant sein? Die Erklärung liegt in der Weiterentwicklung durch Rechtsprechung und Literatur: Seit den 1960er Jahren hat der BGH wiederholt geurteilt, dass die speziellen Normen des Nachbarschaftsrechts die deliktischen Haftung maßgeblich formen und der Schutz von Dritten dabei nicht weiter reicht als der von Nachbarn.⁴²⁰ Heute gilt § 906 BGB deshalb als entscheidende Schnittstelle zwischen öffentlichem und privatem Umweltrecht; mit der Vorschrift werden öffentlich-rechtliche Immissionsstandards in Privatrechtsbeziehungen projiziert.⁴²¹ § 906 Abs. 1 S. 2 BGB stellt dazu auf die in Gesetzen oder Rechtsverordnungen festgelegten „Grenz- oder Richtwerte“ ab. Werden sie nicht überschritten, bedeutet die Immission in der Regel keine wesentliche Beeinträchtigung und ist damit auch nicht verkehrspflichtwidrig.

Hier zeigt sich der zweite Schwachpunkt der Legalisierungsthese: Die für sie angeführten öffentlich-rechtlichen Vorschriften sind bereits keine geeignete Projektionsgrundlage. Weder das Emissionshandelsregime des TEHG noch andere einschlägige Regelwerke statuieren für Treibhausgase Grenz- oder Richtwerte i. S. v. § 906 Abs. 1 S. 2 BGB; auch die erteilten Genehmigungen enthalten keine entsprechenden Vorgaben.⁴²² Im Gegenteil, der springende Punkt des Emissionshandels ist gerade, Treibhausgasemittenten keine konkreten Höchst- oder Reduktionswerte aufzugeben, sondern Emissionen an den Erwerb von Berechtigungen zu knüpfen und so finanziell unattraktiv zu machen. Zwar steht dahinter auch eine Begrenzungs-idee; vereinfacht gesagt soll über die Gesamtzahl der ausgegebenen Berechtigungen (das sogenannte Cap) die globale Erwärmung auf ein gerade noch verträgliches Maß von 1,5°C begrenzt werden.⁴²³

⁴¹⁹ So *Wolke* (2022), § 4 TEHG Rn. 8; wie hier auch *Koch, et al.* (2011), Rn. 15.83; *Pöttker* (2014), 125 f.; *Kling* (2018), 216; für Genehmigungen generell auch *Wagner* (1989), 93 ff.

⁴²⁰ BGHZ 44, 130, 134 (unzulässige Grundstücksvertiefung) und BGHZ 92, 143, 147 ff. (Kupolofen); instruktiv *Wagner* (2020a), § 823 BGB Rn. 1051; eingehend *Wilhelmi* (2009), 94 ff., 237 ff.

⁴²¹ Treffend *Kohler* (2017), Rn. 56: Mit § 906 BGB wird privates Umweltrecht „weitgehend zentral gesteuert“. Relativierend *Wilhelmi* (2009), 94 ff., der jedoch § 906 BGB zur Interessenabwägung (S. 237 ff.) heranzieht und so zu ganz ähnlichen Ergebnissen kommt.

⁴²² Ebenso *Koch, et al.* (2011), Rn. 15.83; *Pöttker* (2014), 27 ff.; 124 ff.; *Hinteregger* (2017), 253 f.; *Kohler* (2017), Rn. 54; *Thöne* (2022), 330; im Grundsatz auch *Wagner* (2020b), 74 und 75.

⁴²³ Grundlage für die 1,5°C-Grenze ist das Übereinkommen von Paris, dazu oben § 2 II. 2.

Auf den ersten Blick könnte man also meinen, dass alle von Energieproduzenten wie RWE innerhalb des Cap ausgestoßenen Treibhausgase pauschal als klimaverträglich gelten und damit auch über § 906 Abs. 1 S. 2 BGB legitimiert sind – denn noch sind 1,5°C Erwärmung ja nicht erreicht.⁴²⁴ Aber das unterschlägt, dass selbst die Begrenzung auf jene 1,5°C für viele Menschen existenzielle Folgen haben wird. Nicht nur werden wie erwähnt die unteren Etagen der Elbphilharmonie nass, ganze Regionen werden sehr wahrscheinlich dauerhaft unbewohnbar.⁴²⁵

Dass Treibhausgase bis zu einer bestimmten Grenze für das globale Klimasystem generell noch verträglich sein mögen, sagt also nichts über die spezifische Verträglichkeit für individuell Betroffene aus. Genau diese Wertung muss ein Grenz- oder Richtwert aber verkörpern, damit er Relevanz für privatrechtliche Haftungsverhältnisse haben kann.⁴²⁶ Grenzwerte für Lärm oder Abgase verdeutlichen das mustergültig: Hier geht es nicht um ein global verträgliches Ausmaß; jene Grenzwerte verkörpern die Wertung, dass die Lärm- bzw. Abgasbelastung für individuell Betroffene typischerweise zumutbar oder ungefährlich ist – und deshalb typischerweise auch keine Haftung erfordert. Weil eine via Emissionshandel vermittelte globale Verträglichkeitsgrenze aber individuell nichts hergibt – sie nicht der typisierten „Beurteilung individueller [B]eeinträchtigungen dient“, wie der BGH in ähnlichem Zusammenhang formuliert⁴²⁷ – eignet sie sich von vornherein nicht als Orientierungswert für § 906 Abs. 1 S. 2 BGB.

cc) Sowieso nur Indizwirkung – aber selbst dafür kein Raum

Der letzte Satz deutet schließlich den dritten und entscheidenden Schwachpunkt der Legalisierungsthese an. Selbst wenn man Treibhausgasemissionen durch die einschlägigen öffentlich-rechtlichen Regime und erteilten Genehmigungen als vollumfänglich legalisiert ansähe (was sie schon nicht sind), und selbst wenn man jene vermeintliche Legalisierung als taugliche Grenzziehung für § 906 Abs. 1 S. 2 BGB einordnete (was ebenfalls nicht zutrifft), wäre jene Grenzziehung privatrechtlich nicht verbindlich. Schon der Wortlaut des § 906

Eingehend zur juristischen und ökonomischen Funktionsweise von Emissionshandelssystemen *Ismer* (2014), 108 ff.; *Sturm/Vogt* (2018), 90 ff.

⁴²⁴ Das ist wohl der tragende Gedanke von *Wagner* (2020b), 74 f.; deutlicher *Wagner/Arntz* (2021), 420 f.; ebenso *Spitzer/Burtscher* (2017), 163; *Lehmann/Eichel* (2019), 103; *Zeidler* (2022), 113. Freilich griffe das Argument allenfalls für vergangene Emissionen, denn wie oben gesehen werden ja bereits die im Klimasystem eingebrachten Treibhausgase die globale Mitteltemperatur um 1,5°C erhöhen, oben § 6 II. 2. a).

⁴²⁵ Eindringlich *IPCC* (2017), 9 ff.; dazu schon oben § 6 II. 2. a).

⁴²⁶ Näher *Spindler* (2011), 833 ff.; *Röthel* (2013), 1137 ff.; insoweit auch *Wagner* (1991), 3249.

⁴²⁷ BGHZ 161, 323, 334 zu einem gebietsweisen Maximalpegel bei Fluglärm; ähnlich schon BGHZ 69, 105, 109 f.; 122, 76, 82.

Abs. 1 S. 2 BGB stellt klar, dass eingehaltene Grenz- oder Richtwerte eben nur „in der Regel“ keine wesentliche Beeinträchtigung bedeuten.

Hinter diesen drei Worten scheint die fundamentale Frage zur Rolle von öffentlich-rechtlichen Sicherheitsvorschriften und Technologiestandards im Privatrecht durch, für die sich mittlerweile ein breiter Konsens gebildet hat: Öffentlich-rechtliche Vorgaben sind nicht zwingend, sondern haben lediglich Indizwirkung.⁴²⁸ Nur weil der Gesetzgeber eine Sachfrage aus gefahrenabwehrrechtlicher, technologischer oder sonst gesamtgesellschaftlicher Makroperspektive regelt (oder eine Behörde ein Verhalten entsprechend genehmigt), ist daher nicht notwendig etwas über spezifische Rechte- und Pflichtenbeziehungen zwischen Privaten ausgesagt. Wie Wagner an anderer Stelle selbst schreibt, gilt die „Autonomie der privatrechtlichen Sorgfaltspflichten“.⁴²⁹ Ausnahmen gelten nur dort, wo eine Privatrechtsverbindlichkeit ausdrücklich angeordnet ist, namentlich in § 14 S. 1 BImSchG, der uns bei der Rechtswidrigkeit noch beschäftigen wird.⁴³⁰ Für all das haben wir mit der Produzentenhaftung auch schon ein Beispiel kennengelernt – die Tatsache, dass der Salzhersteller ein genehmigtes Gewerbe betrieb und sich bei Behörden und Kunden „des besten Rufes“ erfreute, hinderte das Reichsgericht nicht an einer Haftungskonstruktion.⁴³¹ Spätestens an dieser Stelle geht die Legalisierungsthese also ins Leere: Es fehlt die entscheidende Begründungsbrücke, warum Treibhausgasemissionen auf privatrechtlicher Mikroebene genauso zu bewerten sind wie auf öffentlich-rechtlicher Makroebene. Die Gleichsetzung – was öffentlich-rechtlich erlaubt ist, muss auch privatrechtlich erlaubt sein – geht viel zu schnell.⁴³² Und auf Basis des von mir in § 5 skizzierten Konzepts responsiver Bipolarität ist das nur konsequent: Da sich das Privatrecht qua Eigenlogik gegenüber anderen gesell-

⁴²⁸ Vgl. nur *Kobler* (2017), Rn. 60; eingehend etwa *Wagner* (1989), 84 ff.; *Petersen* (1996), 73 ff.; *Wilhelmi* (2009), 36 ff., 237 ff.

⁴²⁹ *Wagner* (2020a), § 823 BGB Rn. 499; ähnlich *Kobler* (2017), Rn. 187: „kein privatrechtsgestaltender Vorrang des öffentlichen Rechts“.

⁴³⁰ Unten § 6 III. 4. b). Die angesprochene Genehmigung aus § 4 TEHG spielt hier indes von vornherein keine Rolle, denn sie wird von § 14 BImSchG nicht erfasst, vgl. *Rehbinder* (2021), § 14 BImSchG Rn. 32a.

⁴³¹ So die Formulierung in RGZ 87, 1, 3 f., dazu oben § 5 II. 3. b). Deutlich auch BGHZ 139, 43, 46 f.: „Daß ein Produkt in dieser Weise öffentlichrechtlich ohne Auflage und Beschränkungen zugelassen worden ist, vermag aber den zivilrechtlich Verkehrssicherungspflichtigen nicht von vornherein zu entlasten. Denn die Verkehrssicherungspflicht kann sich an anderen rechtlichen Gesichtspunkten ausrichten und zum Schutze bedrohter Rechtsgüter höhere Anforderungen stellen und mehr an Sorgfalt verlangen, als in öffentlichrechtlichen Bestimmungen normiert ist“.

⁴³² Zutreffend schon *Pöttker* (2014), 118 ff.; jüngst nachdrücklich *Thöne* (2022), 329 f. Die von *Chatzinerantzis/Appel* (2019), 885 angeführte „Einheit der Rechtsordnung“ reicht als Begründung gerade nicht, weil dazu zunächst einmal eine Wertungsparallelität gezeigt werden müsste, vgl. nur *Wilhelmi* (2009), 36 ff. *Kobler* (2017), Rn. 54 hält eine privatrechtsverbindliche Legalisierung von Treibhausgasen ohne Kompensationsmöglichkeit sogar für verfassungswidrig; so generell auch *Wagner* (1989), 140 ff., 263 ff.

schaftlichen Teilbereichen verselbständigt, ist eine einseitige Abhängigkeit vom öffentlichen Recht unmöglich. Für dessen standardisierte Grenz- und Richtwerte ist das Privatrecht zwar responsiv, aber eben nur, wenn sie sich in wechselseitige Rechte- und Pflichtenbeziehungen zwischen Privaten übersetzen lassen.

Allerdings könnte die eben erwähnte Indizwirkung genau die fehlende Begründungsbrücke sein. Leicht abgewandelt könnte die Legalisierungsthese also lauten: Öffentlich-rechtliche Treibhausgasregime sind für das Privatrecht zwar nicht zwingend, aber weil sie Indizwirkung haben und diese Indizwirkung bei der Klimahaftung eingreift, agieren Energieproduzenten wie RWE von vornherein nicht pflichtwidrig. Freilich setzte die Legalisierungsthese auch in dieser abgeschwächten Form immer noch voraus, dass die einschlägigen Regelwerke überhaupt Grenz- oder Richtwerte für Treibhausgasemissionen aufstellen – was sie wie gesagt nicht tun. Aber selbst wenn wir dies einmal unterstellen, würde die Legalisierungsthese nicht durchgreifen, wie sich leicht anhand der einschlägigen Rechtsprechung zeigen lässt. In dem für die private Umwelthaftung wegweisenden Kupolofen-Urteil hatte der BGH zwar entschieden, dass „die Einhaltung der [Grenz- oder Richtwerte durch den Emittenten] regelmäßig von dem Verschuldensvorwurf [entlastet]“.⁴³³ Wegen der oben beschriebenen Verknüpfung mit § 906 Abs. 1 S. 2 BGB indiziert grenzwertkonformes Emittieren also eine unwesentliche Beeinträchtigung – und damit auch pflichtgemäßes Handeln.⁴³⁴ Allerdings kann der Betroffene dieses Indiz erschüttern, wenn die „konkreten Verhältnisse [...] anders liegen“.⁴³⁵ Was im Kupolofen-Urteil noch vage blieb, haben spätere Entscheidungen dann näher ausbuchstabiert. Trotz Einhaltung oder gar Unterschreitung von Grenz- oder Richtwerten soll regelmäßig eine wesentliche Beeinträchtigung vorliegen, wenn die beim Betroffenen ankommenden Immissionen im Einzelfall „nach Art und Ausmaß geeignet sind, Gefahren und erhebliche Nachteile“ herbeizuführen, namentlich erhebliche Sach- oder Gesundheitsschäden.⁴³⁶ Weil es gerade auf die Wesentlichkeit der *Beeinträchtigung* ankommt, ist dabei nicht die Gefährlichkeit jeder einzelnen Einwirkung entscheidend; es genügt, wenn (wie etwa beim Passivrauchen) viele Immissionen in ihrem Zusammenwirken erhebliche Sach- oder Gesundheitsschäden bewirken können.⁴³⁷

Kurzum: Sofern die individuelle Betroffenheit erheblich ist, genügt der Verweis auf standardisierte Grenz- und Richtwerte sowieso nicht mehr. Erhebliche

⁴³³ BGHZ 92, 143, 152.

⁴³⁴ Vgl. nur *Wagner* (2020a), § 823 BGB Rn. 1052.

⁴³⁵ BGHZ 92, 143, 152.

⁴³⁶ BGH NJW 1999, 1029, 1030; ebenso NJW 2015, 2023 Rn. 27; jüngst wieder BGH NZM 2021, 321 Rn. 10 ff.

⁴³⁷ Vgl. nur *Brückner* (2020), § 906 BGB Rn. 81; zum Passivrauchen BGH NJW 2015, 2023 Rn. 19 ff.

Sach- oder Gesundheitsgefahren sind die wichtigste Ausnahme vom Grundfall des § 906 Abs. 1 S. 2 BGB, dass „in der Regel“ nur eine unwesentliche Beeinträchtigung vorliegt.⁴³⁸ Entsprechend hatte der BGH auch im Kupolofen-Urteil, wo es zu großflächigen Lackschäden an den klägerischen Fahrzeugen gekommen war, von vornherein eine wesentliche Beeinträchtigung angenommen und den Fokus auf „zusätzliche Gefahrabwendungspflichten“ des Emittenten gelenkt.⁴³⁹ Das zeigt: In Klimahaftungskonstellationen wie dem RWE-Fall ist die Indizwirkung von Grenz- und Richtwerten nahe Null. Klimaopfern wie Lliuya droht der Verlust des eigenen Hausgrundstücks, der eigenen Gesundheit oder beidem. Sie sind immer wesentlich beeinträchtigt – und eine indizierte Pflichtmäßigkeit wäre damit ohnehin erschüttert.⁴⁴⁰

dd) Keine Legalisierung wegen Daseinsvorsorge

Abschließend noch zu einem Argument, das sich häufig in der Diskussion findet. Es ist eine Variante der Legalisierungsthese und soll deshalb hier kurz erwähnt werden: Ist die Emissionstätigkeit von Energieproduzenten wie RWE nicht schon deshalb pflichtgemäß, weil sie Strom herstellen, also öffentliche Daseinsvorsorge betreiben?⁴⁴¹ Nach dem eben Gesagten dürfte klar sein, dass das Argument in dieser Pauschalität nicht überzeugen kann. So richtig es ist, dass Energieproduzenten öffentliche Daseinsvorsorge betreiben und damit einen nützlichen gesamtgesellschaftlichen Beitrag leisten – deswegen ist ihre Tätigkeit nicht automatisch privatrechtlich legal.⁴⁴² Wann das der Fall ist, regelt das Privatrecht auf seine eigene, fein abgestimmte Art und Weise, die wir gerade kennengelernt haben: Via § 906 Abs. 1 S. 2 BGB werden zwar öffentlich-rechtliche Immissionsstandards in Privatrechtsbeziehungen projiziert und damit auch Erwägungen der Daseinsvorsorge einbezogen. Aber diese auf Makroebene angestellten Kriterien haben auf privatrechtlicher Mikroebene eben nur Indizwirkung – und wenn die individuelle Betroffenheit wie in Klimahaftungskonstellationen erheblich ist, greift die Indizwirkung ohnehin nicht. Privatrechtlich ist Daseinsvorsorge also dann kein zwingendes Argument mehr, wenn die Daseinsvorsorge für Einzelne eine wesentliche Beeinträchtigung bedeutet. Das heißt jedoch nicht, dass die gesamtgesellschaftliche Nützlichkeit der Energieversorgung überhaupt keine Rolle spielt. Auch wenn sie keine pauschale privatrechtliche Legalisierung bewirkt, ist sie doch bei der Konkretisierung des

⁴³⁸ Das ist auch in der Literatur nahezu unbestritten, vgl. nur *Roth* (2020), § 906 BGB Rn. 110, 178, 202; *Brückner* (2020), § 906 BGB Rn. 73, 77.

⁴³⁹ BGHZ 92, 143, 152.

⁴⁴⁰ Ebenso *Frank* (2010), 2299; *Koch, et al.* (2011), Rn. 15.80; *Pöttker* (2014), 127f.; *Hinteregger* (2017), 254; *Kling* (2018), 216; *Frank* (2019), 521 f. Dazu auch noch unten § 6 III. 4. a).

⁴⁴¹ Exemplarisch *Wagner* (2020b), 60ff.

⁴⁴² Ebenso *Ipsen, et al.* (2021), 1852; *Thöne* (2022), 331.

Pflichtenmaßstabs und im Rahmen der Rechtswidrigkeit zu berücksichtigen – und wird uns auch dort noch beschäftigen.⁴⁴³

b) Begründungskriterien

Der letzte Abschnitt hat demonstriert, dass öffentlich-rechtliche Regelwerke Treibhausgasemissionen nicht pauschal legalisieren und in Klimahaftungskonstellationen wie dem RWE-Fall sowieso wenig Raum für eine indizierte Pflichtmäßigkeit ist. Damit stehen wir wieder auf Los. Nur weil eine Pflichtverletzung nicht von vornherein ausscheidet, ist sie noch lange nicht belegt. Was sind also die Kriterien, nach denen Energieproduzenten wie RWE verpflichtet sein könnten?

Ausgangspunkt ist das eben gestreifte Kupolofen-Urteil, genauer: die knappen Schlussworte zu jenen „zusätzliche[n] Gefahrabwendungspflichten“. Sie sind dem Emittenten dann auferlegt, wenn „besondere Umstände zu Zweifeln daran veranlassen mußten, daß die Beachtung der [Grenz- oder Richtwerte] nicht ausreicht, um unzulässige Immissionen zu vermeiden“; dabei ist vom Emittenten „darzulegen und nachzuweisen, die [...] zumutbaren Vorkehrungen getroffen zu haben“.⁴⁴⁴ Einige höchstrichterliche Urteile und literarische Systematisierungsleistungen weiter wird heute zusammenfassend von einem Verkehrspflichtverstoß des Emittenten gesprochen, „wenn für einen verständigen Beobachter seines Verkehrskreises erkennbar ist, dass Rechtsgüter Dritter beeinträchtigt werden und diese Beeinträchtigung durch wirtschaftlich zumutbare Maßnahmen verhindert werden kann“.⁴⁴⁵ Wie alle deliktischen Sorgfaltspflichten ruhen damit auch umweltbezogene Verkehrspflichten auf drei Grundpfeilern: Rechtsgutsgefährdung, Erkennbarkeit und Zumutbarkeit.⁴⁴⁶

aa) Rechtsgutsgefährdung

Für die Rechtsgutsgefährdung wird üblicherweise ein Mix aus tatsächlichen und normativen Kriterien verlangt. Die drohenden Schäden müssen umfassend sein und mit einer hinreichenden Wahrscheinlichkeit auch tatsächlich eintreten. Beides, also der nötige Umfang und der Grad der Wahrscheinlichkeit, verhält sich umgekehrt proportional zum Rang des gefährdeten Rechtsguts.⁴⁴⁷ Je höherwertig das Rechtsgut, desto geringer müssen Schadensumfang⁴⁴⁸ und Ein-

⁴⁴³ Unten § 6 III. 3. b) cc) (1) und (2) sowie 4.

⁴⁴⁴ BGHZ 92, 143, 152.

⁴⁴⁵ Wagner (2020a), § 823 BGB Rn. 1052.

⁴⁴⁶ Vgl. nur Pöttker (2014), 114 ff.; näher *Wilhelmi* (2009), 247 ff. (der noch kleinteiliger unterscheidet); aus der älteren Literatur etwa *Bar* (1989), 13 ff.; *Lytras* (1995), 137 ff.

⁴⁴⁷ Vgl. *Kohler* (2017), Rn. 59.

⁴⁴⁸ Exemplarisch BGHZ 58, 149, 156 f.: „[Für die Bestimmung von Verkehrspflichten] fällt besonders ins Gewicht, ob die Verletzung von Leib oder Leben oder nur Sachschaden zu be-

trittswahrscheinlichkeit⁴⁴⁹ ausfallen. In Klimahaftungskonstellationen wie dem RWE-Fall braucht es die umgekehrte Proportionalität aber gar nicht, denn hier liegen alle Merkmale typischerweise kumulativ vor:⁴⁵⁰ Von Meeresspiegelanstieg oder Gletscherschmelze betroffene Klimaopfer wie Lliuya sind nicht nur in den hochwertigsten Rechtsgütern überhaupt berührt – Leben, Gesundheit, Eigentum –, sondern jenen Rechtsgütern droht auch umfassende Auslöschung. Wie der RWE-Fall zeigt, besteht zudem regelmäßig eine (mehr als) hinreichende Eintrittswahrscheinlichkeit: Da eine hoch intensive Welle nicht nur bei weniger wahrscheinlichen großen Lawinen, sondern bereits bei hoch wahrscheinlichen kleinen Lawinen droht,⁴⁵¹ kann der Eintritt des hohen GLOF-Risikos nicht „als nur theoretisch vernachlässigt werden“.⁴⁵² Die typischerweise schwere, ja geradezu existenzielle Rechtsgutsgefährdung in Klimahaftungskonstellationen spricht daher deutlich für eine Verkehrspflicht.⁴⁵³

bb) Erkennbarkeit

Außerdem muss für den Verkehrspflichtigen die Rechtsgutsgefährdung erkennbar gewesen sein. War sie das nicht, bestand für ihn niemals die Möglichkeit zur Gefahrsteuerung und Schadensvermeidung – und es fehlt der Hebel für eine verhaltenslenkende Verkehrspflicht.⁴⁵⁴ Bei der Erkennbarkeit sind jedoch mehrere Punkte zu beachten.⁴⁵⁵ Erstens kommt es nicht auf den Pflichtigen selbst an, sondern auf die objektive Erkennbarkeit. Maßstab ist, wie der BGH standardmäßig formuliert, ein „verständiger, umsichtiger, vorsichtiger und gewissenhafter Angehöriger der betroffenen Verkehrskreise“; es muss sich „für ein sachkundiges Urteil die nahe liegende Möglichkeit [ergeben], dass Rechtsgüter anderer verletzt werden“.⁴⁵⁶ Zweitens ist die Erkennbarkeit ex ante entscheidend. Die Frage ist also nicht, wie eine Situation mit dem heutigen Wissen einzuschätzen ist, sondern ob mit dem damals „objektiv zugängliche[n] Gefahrenwissen“ ein sachkundig Urteilender eine Rechtsgutsgefährdung erkannt

fürchten ist. Im vorliegenden Falle [sc. Grundstück war nur noch eingeschränkt als Obstplantage nutzbar] handelt es sich [nur] um Sachschäden begrenzten Umfangs.“

⁴⁴⁹ Exemplarisch BGHZ 104, 323, 327: „[Explodieren einer Limonadenflasche kann] zu schwersten Verletzungen führen. Derartige Unfälle sind zwar [...] selten; sie kommen aber, wie die Gerichtspraxis zeigt und der Sachverständige bestätigt hat, immer wieder vor“.

⁴⁵⁰ Treffend *Hunter/Salzman* (2007), 1762: „The likelihood is high and the potential impacts are severe.“

⁴⁵¹ Oben § 6 II. 1. b) cc).

⁴⁵² So BGH NJW 1990, 906, 907 (zu einem Pferd, das sich in einer Transportbox durch Aufstellen auf die Hinterhand verletzt hatte).

⁴⁵³ Ebenso *Pöttker* (2014), 130; für das US-Recht *Grossman* (2003), 40f., 45; *Hunter/Salzman* (2007), 1758 ff.; *Hsu* (2008), 721 ff., 735 ff.

⁴⁵⁴ Instruktiv *Wagner* (2020a), § 823 BGB Rn. 475 ff., 494 ff.; näher *Wilhelmi* (2009), 182 ff. Eindringlich für umweltbezogene Verkehrspflichten schon *Medicus* (1986), 783.

⁴⁵⁵ Eingehend *Wilhelmi* (2009), 264 f.

⁴⁵⁶ Aus der jüngeren Rspr. etwa BGH NJW 2021, 1090 Rn. 9 (Reitturnier).

hätte.⁴⁵⁷ Drittens muss nicht „für alle denkbaren Möglichkeiten eines Schadenseintritts Vorsorge getroffen werden“. Eine Verkehrspflicht besteht nicht, wenn die konkrete Rechtsgutsverletzung „nur unter besonders eigenartigen und entfernter liegenden Umständen zu befürchten war“.⁴⁵⁸ Freilich ist es viertens nicht erforderlich, dass der konkrete Schadensablauf vorab detailliert erkennbar war. Anknüpfend an den erwähnten umgekehrten Proportionalitätsgedanken muss bei umfassenden bzw. hochrangigen Rechtsgutsgefährdungen der Schadenseintritt „nicht schon konkret greifbar sein“.⁴⁵⁹

Das dürfte bekannt klingen – und ist es auch. Die Erkennbarkeit im Rahmen der Verkehrspflicht unterscheidet sich nicht entscheidend von der Erkennbarkeit im Rahmen der Adäquanz.⁴⁶⁰ Alle dortigen Merkmale kehren hier auf die eine oder andere Art zurück: Aus dem „objektiven Beobachter“ wird der „gewissenhafte Anhänger der betroffenen Verkehrskreise“. Beide treffen ihr „sachkundiges Urteil“ über den Geschehensablauf nicht mithilfe heutiger Informationen, sondern auf Basis des „in der Lage des Schädigers“ ex ante „objektiv zugänglichen Gefahrwissens“. Und genauso wie „außergewöhnliche und unwahrscheinliche Kausalverläufe“ von der Adäquanz ausgeklammert werden, fallen bei der Verkehrspflicht „besonders eigenartige und entfernter liegende Umstände“ durchs Raster – was allerdings nicht bedeutet, dass „der Geschehensablauf in allen Einzelheiten gewöhnlicher Lebenserfahrung [entsprechen]“ bzw. „schon konkret greifbar sein“ muss.

Auch wenn jene Parallelen nicht wirklich überraschen – sie sind bekanntlich der Grund, weshalb viele Literaturstimmen Adäquanzfragen in der Pflichtwidrigkeit aufgehen lassen wollen⁴⁶¹ –, sind sie für uns dennoch interessant. Denn dank der Parallelen können wir die Ergebnisse aus der Adäquanzbetrachtung entsprechend auf die Verkehrspflicht übertragen.⁴⁶² Bereits Mitte der 1960er Jahre lag objektiv zugängliches Wissen über die Klimagefahren von Treibhausgasemissionen vor; große Teile der Energieindustrie wurden von Wissenschaftlern sogar dezidiert auf die Klimagefahren ihrer Produkte und Produktionsprozesse hingewiesen. Es ging dabei auch nicht um besonders eigenartige und entfernt liegende Umstände. Schon damals ergab ein sachkundiges Urteil, dass wegen ganz und gar gewöhnlicher physikalischer Prozesse die naheliegende Möglichkeit besteht, dass Treibhausgasemissionen die Rechtsgüter von Gletscher- und Meeresanrainern verletzen. Zwar mag die Rechtsgutsgefährdung en

⁴⁵⁷ BGHZ 181, 253 Rn. 28 (Airbag); zuvor schon BGHZ 80, 186, 194 f. (Derosal); BGH NJW 1965, 815, 815 (Straßenbäume).

⁴⁵⁸ Alle vorstehenden Zitate bei BGH NJW 2021, 1090 Rn. 9.

⁴⁵⁹ BGHZ 80, 186, 191 (Derosal); quasi genauso BGH NJW 1989, 1542, 1544 (Asthmaarznei); BGH NJW 1965, 815, 815 (Straßenbäume).

⁴⁶⁰ Oben § 6 III. 2. d) bb).

⁴⁶¹ Besonders prominent (und ausdauernd) Herrmann Lange, z. B. *Lange* (1976); ähnlich dann etwa *Gottwald* (1988), 10 f.; *Spindler* (2008), 286 ff. oder *Wilhelmi* (2009), 302 ff.

⁴⁶² So im Ausgangspunkt auch *Wagner/Arntz* (2021), 420 f.

detail noch nicht konkret greifbar gewesen sein, aber das ist bei schwerwiegenden Gesundheits- und Sachschäden auch gar nicht erforderlich. Und aus dem Kupolofen-Urteil wissen wir, dass Emittenten sich nicht auf der Einhaltung immissionsschutzrechtlicher Vorgaben ausruhen können, „wenn den Emittenten besondere Umstände zu Zweifeln [an der Ungefährlichkeit] veranlassen mußten“.⁴⁶³ Kurz gesagt: Selbst wenn RWE oder ein anderer Energieproduzent Mitte der 1960er Jahre die Gefährlichkeit von Treibhausgasemissionen noch nicht subjektiv erkannt haben sollte – erkennbar war die Rechtsgutsgefährdung für verständige, umsichtige, vorsichtige und gewissenhafte Anhänger der betroffenen Verkehrskreise sehr wohl.⁴⁶⁴

cc) Zumutbarkeit

Die ersten beiden Kriterien für eine Verkehrspflichtverletzung – Rechtsgutsgefährdung und Erkennbarkeit – lassen sich also recht problemlos bejahen. Bei der Zumutbarkeit wird es etwas schwieriger. Wie einleitend bereits erwähnt, ist damit primär die wirtschaftliche Zumutbarkeit gemeint. Das folgt für die Umwelthaftung aus der oben beschriebenen Verknüpfung mit § 906 BGB: Nach Abs. 2 müssen Dritte genauso wie Nachbarn Einwirkungen auf ihre Rechtsgüter hinnehmen, sofern Schadensvermeidungsmaßnahmen wirtschaftlich unzumutbar sind.⁴⁶⁵ Die wirtschaftliche Zumutbarkeitsgrenze ist aber auch für alle übrigen Verkehrspflichten akzeptiert.⁴⁶⁶ Wie der BGH standardmäßig formuliert, ist „[e]ine Verkehrssicherung, die jede Schädigung ausschließt, [...] im praktischen Leben nicht erreichbar“;⁴⁶⁷ an die zu leistenden Sicherungsmaßnahmen dürfen „weder technisch noch finanziell unzumutbare Anforderungen“ gestellt werden.⁴⁶⁸ Wann aber ist eine Sicherungsmaßnahme wirtschaftlich unzumutbar? Zunächst greift der BGH wieder auf den (nun direkt angewendeten) Proportionalitätsgedanken zurück, das heißt je umfassender bzw. hochrangiger die Rechtsgutsgefährdung desto mehr „sind dem Hersteller weitergehende Maßnahmen zumutbar“. „[D]arüber hinaus“ sollen aber auch die „wirtschaft-

⁴⁶³ BGHZ 92, 143, 152; in der Sache auch BGH NJW 1982, 1049, 1050 (Überlaufender Heizöltank); NJW-RR 1986, 438, 439 (Wasserschaden); zum Ganzen *Wilhelmi* (2009), 183 ff., 264 f.

⁴⁶⁴ Speziell für RWE auch (mit knapper Begründung) *Kling* (2018), 219 f.; generell *Shue* (2017), 594; *Franta* (2018), 1025; *Licker, et al.* (2019), 11; in der Sache auch *Hsu* (2008), 740 ff.; *Weart* (2008), 38 ff., 200 f.; *Kysar* (2011), 56; *Koch, et al.* (2011), Rn. 15.85; *Leone* (2011), 370 ff., 397 f.; *Heede* (2014), 230; *Kenner/Heede* (2021), 3 ff.; *Kieninger* (2021a), 142 (m. Fn. 140). Dagegen prominent *Posner/Weisbach* (2010), 111 (frühestens in den 1990er Jahren); zwischen Klimawandel (späte 1970er Jahre) und Klimaschäden (1990er Jahre) unterscheidend *Pöttker* (2014), 132 ff.

⁴⁶⁵ BGHZ 92, 143, 147 ff. (Kupolofen), dazu schon oben § 6 III. 3. a) bb).

⁴⁶⁶ Eingehend etwa *Wilhelmi* (2009), 252 ff., der sie aus den Notstandsregeln rechtfertigt.

⁴⁶⁷ Aus der jüngeren Rspr. etwa BGH NJW 2021, 1090 Rn. 9 (Reitturnier).

⁴⁶⁸ So schon BGHZ 51, 91, 108 (Hühnerpest); ebenso etwa BGH NJW 1984, 801, 802 (verirrter Eishockey-Puck); 1985, 620, 620 (Pistensicherung).

lichen Auswirkungen der Sicherungsmaßnahme [...] sowie die Kosten-Nutzen-Relation [...] zu berücksichtigen“ sein.⁴⁶⁹ Bei Lichte besehen sagt der BGH damit zweimal das Gleiche, nämlich: „Was zumutbar ist, richtet sich primär nach Nutzen und Kosten möglicher Sicherheitsmaßnahmen“.⁴⁷⁰ Geht es um eine umfassende bzw. hochrangige Rechtsgutsgefährdung – versprechen Sicherungsmaßnahmen mit anderen Worten einen hohen Nutzen – sind auch kostenintensive Sicherungsmaßnahmen zumutbar; ist dagegen der Nutzen wegen nur kleiner Rechtsgutsgefährdungen gering, können regelmäßig nur kostengünstige Maßnahmen gefordert werden.⁴⁷¹

(1) Konkretisierung mittels Learned-Hand-Formel?

Hier setzen die Befürworter klimabezogener Verkehrspflichten an. Genauer gesagt bei der ganz ähnlich lautenden Learned-Hand-Formel.⁴⁷² Nach dieser rechtsökonomischen Daumenregel handelt bekanntlich sorgfaltswidrig, wessen Schadensvermeidungsinvestitionen – also die aufgewendeten Kosten für die Sicherungsmaßnahmen – hinter dem Schadenserwartungswert – also dem Produkt aus Schadenshöhe und Eintrittswahrscheinlichkeit – zurückbleiben.⁴⁷³ Wende ich für die Wartung meiner Autobremsen jährlich 50 Euro auf und werden jährlich mit 10 %iger Wahrscheinlichkeit Unfälle durch defekte Bremsen verursacht, bei denen im Schnitt 1.000 Euro Schaden entstehen, handle ich sorgfaltswidrig, weil meine Schadensvermeidungsinvestitionen (50 Euro) geringer sind als der Schadenserwartungswert ($1.000 \text{ Euro} \cdot 0,1 = 100 \text{ Euro}$).⁴⁷⁴

Eine entsprechende Rechnung stellen David Hunter und James Salzman nun für Energieproduzenten und andere Großemittenten auf.⁴⁷⁵ Dabei gehen sie davon aus, dass als Schadensvermeidungsmaßnahmen vor allem treibhausgasschonende Technologien in Betracht kommen, namentlich sparsamere Produktions-

⁴⁶⁹ Alle Zitate in BGHZ 181, 253 Rn. 18 (Airbag). Das Urteil betrifft die Produzentenhaftung, derselbe Gedanke wird aber für Verkehrspflichten allgemein herangezogen, vgl. etwa BGHZ 58, 149, 159f. (überspülter Damm); BGH NJW 2007, 762 Rn. 11 (Sicherung von Verkaufsräumen); speziell für die Umwelthaftung etwa *Kobler* (2017), Rn. 59.

⁴⁷⁰ Treffend *Wagner* (2020a), § 823 BGB Rn. 477.

⁴⁷¹ Eingehend zur tragenden Rolle des Kosten/Nutzen-Kalküls in der Rspr. *Schäfer/Ott* (2020), 237 ff.; *Kötz/Wagner* (2021), 5. Kap. Rn. 79 ff. Damit ist freilich nicht behauptet, dass sich der BGH ausschließlich am ökonomischen Kalkül orientiert, aber er orientiert sich eben auch daran, vgl. *Wilhelmi* (2009), 254 ff.

⁴⁷² Nachdem der BGH die Formel lange Zeit nur der Sache nach angewendet hat, verweist er mittlerweile sogar direkt auf sie, vgl. BGHZ 181, 253 Rn. 18 (Airbag). Zur Relevanz der Learned-Hand-Formel speziell im Umwelthaftungsrecht schon *Brüggeleier* (1989), 213 f.

⁴⁷³ Ganz genau geht es um eine Gegenüberstellung von marginalen Schadensvermeidungsinvestitionen bzw. Schadenserwartungswerten; zum Ganzen nur *Schäfer/Ott* (2020), 202 ff.

⁴⁷⁴ Vielfach werden zu den 50 Euro noch die Opportunitätskosten – in Form der (entgangenen) Zinsen auf das eingesetzte Kapital – hinzuaddiert, vgl. etwa *Schäfer/Ott* (2020), 236; angesichts der geringen Höhe änderte das aber nichts am Ergebnis.

⁴⁷⁵ *Hunter/Salzman* (2007), 1758 ff.

methoden oder die Umstellung auf erneuerbare Energien. Weil ihnen aber genaue Zahlen über die damit verbundenen Investitionskosten fehlen, nutzen sie eine „incomplete, though instructive, back-of-the-envelope method“ um sie näherungsweise einzugrenzen; konkret werden die Kosten angesetzt, die Energieproduzenten und anderen Großemittenten entstünden, wenn sie statt der treibhausgasschonenden Technologien Emissionsrechte erwerben würden.⁴⁷⁶ Demgegenüber haben es Hunter und Salzman bei der Ermittlung der Schadenserwartungswerte von Klimaopfern etwas leichter. Gestützt auf klimaökonomische Studien wie den in § 2 erwähnten Stern-Report, beziffern sie die erwarteten Klimaschäden auf 3–5 % des globalen BIP; dabei gehen sie angesichts des wissenschaftlichen Erkenntnisfortschritts und der zunehmenden Verschärfung des Klimawandels davon aus, dass die Eintrittswahrscheinlichkeit weiter zunimmt und daher auch die Schadenserwartungswerte ansteigen.⁴⁷⁷ So ausgerüstet mit „first order estimates“ kommen sie zu dem Fazit, dass in Klimahaftungskonstellationen die Learned-Hand-Formel nicht nur angewendet werden kann, sondern dass die von Energieproduzenten und anderen Großemittenten getätigten Schadensvermeidungsinvestitionen häufig hinter den Schadenserwartungswerten zurückbleiben dürften – weshalb „[u]nder Hand’s formula, a defendant failure to take [further avoidance] steps could be considered a breach of her duty to act reasonably“.⁴⁷⁸

Aber überzeugt das? Jedenfalls lassen sich diese und ähnliche Rechnungen nicht mit dem Argument angreifen, dass Gerichte dazu auch „the social value of emissions“ ermitteln müssten.⁴⁷⁹ Was damit gemeint ist, klingt bei Gerhard Wagner an. „Die Bevölkerung“, schreibt er, „war und ist für ihre Versorgung mit Energie (auch) auf die Verstromung fossiler Energieträger angewiesen“; Energieproduzenten wie RWE handelten „jederzeit in Wahrnehmung ihres gemeinwohlbezogenen Versorgungsauftrags“.⁴⁸⁰ Hier kehrt also der oben erwähnte Gedanke der öffentlichen Daseinsvorsorge zurück.⁴⁸¹ Inwiefern er für die Rechnung relevant ist, wird noch deutlicher bei Eric Posner. Für ihn agieren Energieproduzenten und andere Großemittenten nur dann gemeinwahlschädlich, „if the climate costs of their activities exceed the value they produce in the form of consumer surplus and returns to shareholders“.⁴⁸² Mit anderen Worten wird von prominenten rechtsökonomischen Stimmen kritisiert, dass Rechnun-

⁴⁷⁶ Hunter/Salzman (2007), 1766f. Die Menge der Emissionsrechte entspricht dabei der Reduktionsmenge, um die Energieproduzenten wie RWE ihre Treibhausgasemissionen für eine gerade noch verträgliche globale Erwärmung verringern müssten.

⁴⁷⁷ Hunter/Salzman (2007), 1758ff.

⁴⁷⁸ Hunter/Salzman (2007), 1768; ganz ähnlich Penalver (1998), 573 ff.; Hsu (2008), 735 ff.; tendenziell auch Grossman (2003), 45 ff.; Pöttker (2014), 133 ff.; Hinteregger (2017), 252f.

⁴⁷⁹ So Spitzer/Burtscher (2017), 161; ähnlich Hsu (2008), 738 ff.; Zeidler (2022), 109ff.

⁴⁸⁰ Wagner (2020b), 72 und 62.

⁴⁸¹ Oben § 6 III. 3. a) dd).

⁴⁸² Posner (2007), 1933.

gen wie die von Hunter und Salzman zu kurz ausfallen. Es soll nicht genügen, zur Ermittlung der Schadensvermeidungskosten lediglich auf die Investitionen in treibhausgasschonende Technologien abzustellen (oder sie wie beschrieben näherungsweise zu ermitteln). Sondern es müsste auch der damit verbundene gesamtgesellschaftliche Nutzenverlust berücksichtigt werden, namentlich steigende Strompreise und mögliche Jobverluste in der Kohleindustrie. Und bei dieser umfassenden Rechenweise sei dann nicht auszuschließen, „that the costs of reducing emissions exceed the benefits in terms of reducing the impact on climate change“ – womit aus wohlfahrtsökonomischer Sicht kein Grund für eine schadensvermeidende Verkehrspflicht bestünde.⁴⁸³

Diese Kritik verfängt jedoch aus zwei Gründen nicht. Erstens kommen, wie in § 2 gesehen, selbst klimaökonomische Großrechnungen zu dem Ergebnis, dass Reduktionsmaßnahmen und andere Klimaschutzinvestitionen gesamtgesellschaftlich günstiger ausfallen als ein Weiter-So mit entsprechenden Klimaschäden.⁴⁸⁴ Zweitens – und wichtiger – läuft die Kritik auf eine Selbstdemontage der Learned-Hand-Formel hinaus.⁴⁸⁵ Wenn ausgerechnet von rechtsökonomischer Seite eine erschöpfende Großrechnung gefordert wird, beraubt man die Formel ihrer zentralen Stärke, nämlich in Privatrechtsprozessen „Kosten-Nutzen-Rechnung[en] zumindest in approximativer Form [zu] ermöglichen“, wie es das hiesige rechtsökonomische Standardwerk ausdrückt.⁴⁸⁶ Denn was für fossile Energieerzeugung verlangt wird, müsste dann bei jedem schädigenden Verhalten gelten, stets müsste der Nutzen der schadensträchtigen Aktivität einbezogen und Sorgfaltspflichten von einem verbleibenden gesellschaftlichen Nettonutzen abhängig gemacht werden. Schon mit dem obigen Beispiel defekter Bremsen wäre die Formel dann aber überfordert – und erst recht die anwendenden Gerichte. Denn statt „nur“ den Wartungsaufwand und die prognostizierten Unfallschäden gegenüberzustellen, müsste zudem der gesamtgesellschaftliche Nutzenverlust durch intensivere Bremswartung (Zeitverlust, Jobverlust für Unfallchirurgen?) sowie der Nutzen der Unfallfahrt ermittelt werden, der je nach Anlass (Organtransport, Freizeitvergnügen?) erheblich divergieren dürfte. Bekanntlich ist genau das der Grund, warum rechtsökonomische Instrumente wie die Learned-Hand-Formel eng zugeschnitten sind. Eben weil es „in aller Regel unmöglich [ist], den Nutzen einer Aktivität und den nach Abzug der Schadenskosten und der Schadensvermeidungskosten verbleibenden gesellschaftlichen Nettonutzen in einem Gerichtsverfahren einigermaßen verlässlich

⁴⁸³ So *Posner* (2007), 1935; ähnlich etwa *Weisbach* (2012), 556 f.; *Spitzer/Burtscher* (2017), 160 f.; *Chatzinerantzis/Appel* (2019), 884; *Zeidler* (2022), 109 ff.; tendenziell auch *Kysar* (2011), 22 ff. (aber einschränkend 61 f.); *Burger, et al.* (2020), 197 f.

⁴⁸⁴ Vgl. *Stern* (2007), 56 ff., 468 ff.; *IPCC* (2022c), 48 ff.; freilich ist innerhalb der Ökonomie hier vieles umstritten.

⁴⁸⁵ Das räumen dann auch *Spitzer/Burtscher* (2017), 161 (m. Fn. 142) ein.

⁴⁸⁶ *Schäfer/Ott* (2020), 230.

zu ermitteln“,⁴⁸⁷ wird bewusst mit reduzierten Heuristiken gearbeitet.⁴⁸⁸ Und weil selbst dann die Ermittlung der konkreten Vermeidungskosten und Schadensersparungswerte häufig schwerfällt, begnügt man sich mit „plausiblen Annahmen und Näherungswerten“⁴⁸⁹ – also letztlich mit genau den „first order estimates“, wie sie Hunter und Salzman für die Klimahaftung anstellen. Hat man die Learned-Hand-Formel oder vergleichbare approximative Berechnungsmethoden einmal akzeptiert, gibt es am begrenzten Umfang von Hunter und Salzmanns Rechnung also wenig zu kritisieren.

Allerdings ist ihre Rechnung aus anderen Gründen angreifbar.⁴⁹⁰ Das gilt zunächst für die Wertermittlung. Zwar erscheinen hohe Schadensersparungswerte der Klimaopfer durchaus plausibel, und dies zeigt sich auch und gerade im RWE-Fall, wo Grundeigentum und Gesundheit schon bei einem hoch wahrscheinlichen kleinen Lawinenabgang ausgelöscht zu werden drohen.⁴⁹¹ Doch es leuchtet nicht unmittelbar ein, warum als Schadensvermeidungsinvestitionen fiktive Erwerbspreise für Emissionsrechte erhalten können, die mit den Kosten für treibhausgaschonende Technologien wenig zu tun haben.⁴⁹² Neben der Wertermittlung, die sich natürlich immer leicht kritisieren lässt, ist aber ein anderer Punkt entscheidender: Hunter und Salzman geraten die Zeitebenen durcheinander. Der letzte Abschnitt hat gezeigt, dass es auf die Erkennbarkeit der Rechtsgutsgefährdung ex ante ankommt und dies in Klimahaftungskonstellationen wie dem RWE-Fall ab Mitte der 1960er Jahre der Fall war. Nichts anderes gilt für die wirtschaftliche Zumutbarkeit. Auch sie bezieht sich nicht auf die Gegenwartslage, sondern auf das Verhältnis von erwarteten Schäden und Vermeidungsaufwand ab dem Zeitpunkt der erkennbaren Rechtsgutsgefährdung.⁴⁹³ Dann aber ist es nicht möglich, dass Hunter und Salzman zur Ermitt-

⁴⁸⁷ Schäfer/Ott (2020), 225.

⁴⁸⁸ Letztlich begnügt man sich mit der pragmatischen Annahme, dass die Belastung des Schädigers mit den vollen Schadenskosten zur Plausibilisierung des gesamtgesellschaftlichen Nutzens genügt. Denn da der Autofahrer den Nutzen seiner Aktivität am besten kennt, wird er bei voller Kosteninternalisierung seine Tätigkeit nur fortsetzen, wenn sie für ihn weiterhin nutzenstiftend ist – was dann einen gesellschaftliche Nettonutzen der Aktivität zumindest nahelegt (wohlgemerkt nicht garantiert und auch nicht garantieren kann); näher Shavell (2009), 9 ff.; Schäfer/Ott (2020), 224 ff., 293 ff.

⁴⁸⁹ Kötz/Wagner (2021), 34.

⁴⁹⁰ Natürlich bleibt die juristische Berücksichtigung ökonomischer Berechnungsmethoden auch ganz grundsätzlich angreifbar, prominent etwa Eidenmüller (1998), 426 ff.; Wilbelmi (2009), 24 ff.; 254 ff.; Maultzbach (2010), 286 ff. Allerdings verfängt diese Kritik auf Basis des hier in § 5 skizzierten Konzepts responsiver Bipolarität nicht: Privatrecht ist eben auch für Effizienzgründe offen, solange sie sich in wechselseitige Rechte- und Pflichtenbeziehungen übersetzen lassen – und hierzu tragen gerade informationsreduzierte Heuristiken wie die Learned-Hand-Formel bei.

⁴⁹¹ Oben § 6 III. 3. b) aa).

⁴⁹² So auch Pöttker (2014), 134.

⁴⁹³ Generell Wagner (2020a), § 823 BGB Rn. 494 ff.; speziell für die Umwelthaftung Kobler (2017), Rn. 242.

lung der Schadensvermeidungsinvestitionen aktuelle Preise von Emissionsrechten heranziehen und ganz generell jüngere Technologieentwicklungen in den Blick nehmen. Wenn wir uns die im Präventionskontext entwickelte Unterscheidung in Erinnerung rufen,⁴⁹⁴ lässt sich Hunter und Salzmanns Rechnung allenfalls für noch nicht angelegte Klimaschäden fruchtbar machen, also solche, die sich durch heutige Emissionsreduktionen in Zukunft noch verhindern lassen (besagte obere Etagen der Elbphilharmonie).⁴⁹⁵ Für bereits angelegte Klimaschäden, die wie das GLOF-Risiko im RWE-Fall vergangenem Emissionsverhalten hinterherhinken, bräuchte es dagegen zumindest eine näherungsweise Vorstellung von den Schadensvermeidungskosten bei Erkennbarkeit Mitte der 1960er Jahre.⁴⁹⁶ Und genau das ist das Problem. Zwar standen Energieproduzenten wie RWE damals durchaus treibhausgasreduzierende Technologien zur Verfügung – Wasser- und Windkraft nutzt die Menschheit seit Jahrtausenden; 1913 ging in Ägypten das erste Solarthermiekraftwerk in Betrieb; Steinkohle hätte die besonders klimaschädliche Braunkohle ersetzen können; Wirkungsgradsteigerungen waren möglich; Kernkraft wurde just zu dieser Zeit praxistauglich.⁴⁹⁷ Doch wollte man hier die Investitionskosten näher beziffern, würde man wohl endgültig mit Spekulations- statt Näherungswerten arbeiten.⁴⁹⁸

Der letzte Punkt macht aber noch etwas wichtigeres deutlich: Hunter und Salzmann (aber auch viele andere)⁴⁹⁹ gehen wie selbstverständlich davon aus, dass als Schadensvermeidungsmaßnahme einzig treibhausgasschonende Technologien in Betracht kommen. Die Frage ist aber, ob damit überhaupt die richtige Schadensvermeidungsmaßnahme identifiziert ist. Denn nur weil Mitte der 1960er Jahre die Rechtsgutsgefährdung erkennbar war, ist damit noch nicht gesagt, dass Energieproduzenten wie RWE deshalb ihre Produktionsprozesse hätten anpassen oder gar auf erneuerbare Energien umstellen müssen. Bevor

⁴⁹⁴ Oben § 6 II. 2.

⁴⁹⁵ Fairerweise räumen sie das (zumindest teilweise) selbst ein, etwa *Hunter/Salzmann* (2007), 1768: „trends in carbon intensity and in the declining cost of renewables and other green technologies mean that the cost of addressing climate change is declining over time. This suggests in future cases, the burden of avoiding harm will be lower than today, making the imposition of liability more likely.“

⁴⁹⁶ Zum ex ante-Kostenaspekt ebenso *Grossman* (2003), 46, 50; *Hsu* (2008), 740; *Hinteregger* (2017), 252 f.

⁴⁹⁷ Zu Verbesserungspotentialen fossiler Energien und der historischen Entwicklung erneuerbarer Energien vgl. *Heymann* (1995), 43 ff.; *Bradford* (2008), 21 ff.; zur Atomenergie *Radkau/Hahn* (2013), 45 ff. Wie oben gesehen, hatte auch speziell RWE diese Möglichkeiten, entschied sich aber für die besonders klimaschädliche Braunkohle, vgl. § 6 II. 4. a).

⁴⁹⁸ Die auf sehr groben historischen Schätzungen basierenden (und von den Autoren selbst angezweifelte) Angaben von *Heymann* (1995), 435 ff. (Windkraft); *Bradford* (2008), 89 ff. (Solar) und *Radkau/Hahn* (2013), 39 ff., 78 ff. (Atom) sprechen jedenfalls für sehr hohe Schadensvermeidungskosten. Skeptisch auch *Pöttker* (2014), 134; optimistischer aber *Hsu* (2008), 740 ff.

⁴⁹⁹ Exemplarisch *Hinteregger* (2017), 252; *Spitzer/Burtscher* (2017), 160 ff.

wir also weiter über die Zumutbarkeit nachdenken, sollten erst einmal klar sein, über welche Maßnahme wir eigentlich reden.

(2) Klimahaftung als Produktionshaftung

Die in Klimahaftungskonstellationen entscheidende Schadensvermeidungsmaßnahme kristallisiert sich heraus, wenn wir einen Schritt zurücktreten. Weil Klimaschäden über den Umweltpfad – Luft, Wasser, Boden – verursacht werden, habe ich eingangs die deliktische Umwelthaftung als naheliegenden Ausgangspunkt zur Bestimmung einer Verkehrspflicht bezeichnet. Beim Blick auf die Kriterien ist indes deutlich geworden, dass sich umweltbezogene Verkehrspflichten nicht groß von anderen Verkehrspflichten unterscheiden. Wie auch sonst geht es im Kern um drei Voraussetzungen: Rechtsgutsgefährdung, Erkennbarkeit und Zumutbarkeit. Es mit diesem Befund zu belassen, wäre aber unvollständig. Denn bei genauem Blick fällt eine besondere Nähe zu einer prominenten Fallgruppe von Verkehrspflichten auf. Paradigmatisch sind die für den Proportionalitätsgedanken angeführten Urteile: Die zugrundeliegenden Fälle drehten sich um explodierende Limonadenflaschen, unwirksame Pflanzenschutzmittel und fehlausgelöste Airbags.⁵⁰⁰ Viele der gewöhnlich für die Umwelthaftung herangezogenen Gerichtsentscheidungen betreffen also gar nicht vergiftete Gewässer oder andere Schadensszenarien über den Umweltpfad. Ihr Thema ist die deliktische Produzentenhaftung.

Das ist kein Zufall. Wie Gert Brüggemeier treffend formuliert, ist die Umwelthaftung mit der Produzentenhaftung „eng verwandt“, sie ist eine „Produktionshaftung für umweltverschmutzungsbedingte Rechtsgutsverletzungen“.⁵⁰¹ Grund dafür ist zunächst eine faktische Überschneidung. Über den Umweltpfad verursachte Rechtsgutsverletzungen entstehen regelmäßig während eines Herstellungsvorgangs. Das zeigt sich schon im mehrfach erwähnten und für die Umwelthaftung wegweisenden Kupolofen-Urteil, wo ein zur Gusseisenherstellung genutzter Schachtofen fremde Fahrzeuge verrußt hatte.⁵⁰² Zudem ist die Umwelthaftung konzeptionell aufs Engste mit der Produzentenhaftung verzahnt. Auch dafür steht das Kupolofen-Urteil: Wie oben erwähnt, ist vom Emittenten „darzulegen und nachzuweisen, die [...] zumutbaren Vorkehrungen getroffen zu haben“.⁵⁰³ Abweichend vom Regelfall sieht der BGH also nicht den Geschädigten, sondern den Emittenten in der Beweislast. Denn, so die zentrale Passage des Urteils, „die Gesichtspunkte, die der erkennende Senat einer Beweislastumkehr in Fällen der Produzentenhaftung zugrunde gelegt hat,

⁵⁰⁰ BGHZ 104, 323 (Limonadenflasche); 80, 186 (Derosal); 181, 253 (Airbag).

⁵⁰¹ Brüggemeier (2006), 394 und Brüggemeier (1989), 213; ähnlich auch Hager (1990), 397. Aus der neueren Literatur nur Wagner (2020a), § 823 BGB Rn. 461: „in offenerer Nähe zur Produkthaftung angesiedelt“.

⁵⁰² BGHZ 92, 143.

⁵⁰³ BGHZ 92, 143, 151.

[treffen] auch hier zu. Wie in jenen Fällen ist auch hier den Geschädigten die Einsicht in die Verhältnisse, unter denen der Emittent sein emittierendes Unternehmen betrieben hat, entzogen. [...]. Der Anlagenbetreiber steht hinsichtlich der Emission seiner Anlage in der Situation des Produzenten hinsichtlich des Produkts“.⁵⁰⁴ Rund ein Jahrzehnt zuvor wurden jene Parallelen auch einem Chemieproduzenten zum Verhängnis, dessen Herstellungsprozess giftige Öl-abfälle hervorgebracht hatte. „Wie dem Warenhersteller solche Pflichten hinsichtlich der von ihm in Verkehr gebrachten Waren obliegen“, hebt die Entscheidung an, habe auch „[d]er Produzent solcher Industrieabfälle [...] das Erforderliche zu tun, damit sich diese (potentiellen) Gefahren nicht zum Schaden Dritter auswirken können“. Denn „die bei der Mineralölherstellung anfallenden Abfälle und ihre Beseitigung [gehören] gewissermaßen als ihre ‚negative‘ Seite zur Herstellung des Produkts“, weshalb „ihre Vernichtung nach der Verkehrsauffassung eine Angelegenheit des Herstellers ist und bleibt“.⁵⁰⁵

Die Umwelthaftung erfasst also typischerweise die gefährlichen Nebenprodukte des Herstellungsvorgangs, die im Produktionsprozess anfallenden Abfälle, Reststoffe, Verschmutzungen und so weiter.⁵⁰⁶ Das beschreibt ziemlich genau die Problematik von Klimahaftungskonstellationen: Energieproduzenten wie RWE stellen elektrische Energie her. Weil sie dazu fossile Brennstoffe verfeuern, werden quasi abfallartig Treibhausgase freigesetzt. Und diese negative Seite des Herstellungsprozesses bedroht oder verletzt dann – eben verursacht über den Umweltpfad – die Rechtsgüter von Klimaopfern wie Lliuya. Die Klimahaftung ist so gesehen eine Produktionshaftung für klimabedingte Schädigungen.

Mit diesem Verständnis kommt eine neue Perspektive: Zwar ist die Klimahaftung typologisch weiterhin Umwelthaftung. Aber weil die Umwelthaftung sich nicht nur faktisch mit der Produzentenhaftung überschneidet, sondern auch konzeptionell auf ihr aufbaut, rücken die aus der Produzentenhaftung bekannten Vermeidungsinstrumente in den Fokus. Es geht gar nicht so sehr darum, dass Energieproduzenten wie RWE bereits Mitte der 1960er Jahre ihre Herstellungsprozesse treibhausgasschonender hätten gestalten müssen. Die Frage ist, ob ihnen niedrigschwellige Schadensvermeidungsmaßnahmen zumutbar waren. Hätten Energieproduzenten wie RWE zumindest vor den Klimagefahren ihrer Produktionsprozesse warnen müssen?

⁵⁰⁴ BGHZ 92, 143, 150f. Vor allem Diederichsen hat wiederholt auf diese Parallele hingewiesen, etwa schon *Diederichsen* (1973), 486.

⁵⁰⁵ BGH NJW 1976, 46, 46f.; darauf aufbauend etwa BGH NJW 2006, 3628 Rn. 13 (Altautoreifenrecyclinganlage).

⁵⁰⁶ Vgl. *Wagner* (2020a), § 823 BGB Rn. 461; *Spindler* (2022a), § 823 BGB Rn. 797 ff.; aus der älteren Literatur insb. *Brüggemeier* (1989), 213 ff.; *Hager* (1990), 397 ff.

(a) Umweltbezogene Produktionsbeobachtungspflicht

Dass eine Warnpflicht nicht nur für das gefährliche Produkt selbst, sondern auch für umweltbezogene Gefahren im Produktionsprozess bestehen kann, dürfte in der Literatur allgemein anerkannt sein.⁵⁰⁷ Allerdings sind die Pflichten des Betreibers, wie es etwa bei Jürgen Kohler heißt, „primär auf Beseitigung der Gefahrenquelle und erst hilfsweise auf die Vorkehr bloßer Hinweise auf die Gefahrenlage und den sachgerechten Umgang mit ihr gerichtet.“⁵⁰⁸ Woraus diese „hilfsweise“ Warnpflicht folgt und wann sie entsteht, erläutert er aber nicht näher, sondern verweist dazu vor allem auf eine ältere Entscheidung des BGH – die wiederum zur Produzentenhaftung ergangen ist.⁵⁰⁹ Dieses Muster wiederholt sich bei anderen Literaturstimmen. Emittenten müssen „entsprechend den Grundsätzen der Produzentenhaftung“ den Herstellungsprozess beobachten und auf konkrete Umweltgefährdungen reagieren, kommentiert etwa Gerald Spindler.⁵¹⁰ Aber wie lauten diese Grundsätze der Produzentenhaftung, was muss beobachtet und wie muss reagiert werden – und lässt sich all dies auf Energieproduzenten wie RWE übertragen?

Bei der Produzentenhaftung haben sich vier Kategorien von Produktfehlern herausgebildet: Fabrikations-, Konstruktions-, Instruktions- und Produktbeobachtungsfehler.⁵¹¹ Jeder Fehler steht dabei für eine bestimmte Facette produktbezogener Verkehrspflichten und betont unterschiedliche Schadensvermeidungsmaßnahmen. Bei Fabrikationsfehlern ist im Fertigungsprozess etwas schiefgelaufen, weshalb einzelne Produkte nicht die planmäßige Qualität erreichen – ein Kirschkuchen enthält Kerne.⁵¹² Die Pflichtverletzung knüpft daran, dass der Produzent den Schaden nicht durch sichere Fertigungsprozesse oder Ausgangskontrollen vermieden hat. Bei Konstruktionsfehlern ist schon die planmäßige Qualität das Problem, weil die gesamte Produktserie unsicher konzipiert ist – alle Kirschkuchen enthalten Kerne. Die Pflichtverletzung liegt darin, dass der Produzent den Schaden nicht von vornherein durch ein sicherheitstechnisch überlegenes Alternativdesign verhindert hat. Bei Instruktionsfehlern ist das Produkt zwar sicher konstruiert und fabriziert, aber bestimmte Produktverwendungen sind gefährlich – Kirschkuchen eignet sich nicht für

⁵⁰⁷ Etwa Kohler (2017), Rn. 61; Kloepfer (2016), § 6 Rn. 252; Spindler (2022a), § 823 BGB Rn. 796; zuvor schon Bar (1989), 13; Gerlach (1989), 103 f., 282 f.; Lytras (1995), 156 ff. Auch bei sonstigen Rechtsgutsgefährdungen sind Warnpflichten grds. akzeptiert, vgl. etwa BGH NJW 1985, 1076, 1077 (Warnpflicht des Vermieters bei provisorischem Gelände); 1995, 2631, 2632 (Warnpflicht des Bahnunternehmens vor Stromschlag); 1997, 582, 584 (Warnpflicht des Architekten bei nicht umfriedetem Löschteich); zum Ganzen Wilhelmi (2009), 226, 279 f.

⁵⁰⁸ Kohler (2017), Rn. 61.

⁵⁰⁹ BGH VersR 1955, 765 (giftiges Schädlingsbekämpfungsmittel).

⁵¹⁰ Spindler (2022a), § 823 BGB Rn. 796; ganz ähnlich Kloepfer (2016), § 6 Rn. 252, 472; aus der älteren Literatur etwa Hager (1986), 1966; Bar (1989), 13.

⁵¹¹ Zum Ganzen nur Wagner (2020a), § 823 BGB Rn. 970 ff.

⁵¹² Ähnlich OLG Köln NJW 2004, 521 (in Toast eingebackene Schraubenmutter).

Diabetiker. Ein Pflichtverstoß ist gegeben, weil der Produzent den Schaden nicht durch entsprechende Instruktionen vermieden hat. Bei Produktbeobachtungsfehlern ist das Produkt zwar ursprünglich sicher konstruiert, fabriziert und auch mit den nötigen Instruktionen in den Verkehr gebracht worden, aber später haben sich Gefahren gezeigt – angenommen, nach neuesten wissenschaftlichen Erkenntnissen ist Kirschkuchen krebserregend. Eine Pflichtverletzung besteht, weil der Produzent die Konstruktion nicht sicherheitstechnisch verbessert, keine entsprechenden Warnungen erteilt oder das Produkt nicht gleich ganz vom Markt genommen hat.

So viel zur groben Kategorisierung (die natürlich im Detail – und auch bei genauerem Blick auf die bewusst simpel gehaltenen Beispiele – deutlich komplizierter ist). Übertragen wir jene Kategorien nun auf umweltbezogene Gefahren im Produktionsprozess, zeigt sich, dass in Klimahaftungskonstellationen ein Fabrikationsfehler von vornherein ausscheidet. Denn sein produktionsbezogenes Spiegelbild ist der planwidrige Störfall im sonst regulären Normalbetrieb; paradigmatisch ist der Kupolofen-Fall, wo der Schachtofen an einzelnen Tagen ungewöhnlich stark gerußt haben soll.⁵¹³ Bei Energieproduzenten wie RWE sind aber nicht einzelne Treibhausgasspitzen das Problem, sondern eben jener Normalbetrieb, der planmäßig Treibhausgase freisetzt. Übersetzt in die Kategorien der Produzentenhaftung kommt also eher ein Konstruktionsfehler in Betracht: Schon die Konzeption des Produktionsprozesses – Energieherstellung durch Verfeuerung fossiler Brennstoffe – beschwört umweltbezogene Gefahren herauf.⁵¹⁴ So erklärt sich, warum etwa Hunter und Salzman die einschlägige Schadensvermeidungsmaßnahme im Einsatz treibhausgasschonender Technologien erblicken: Weil der Herstellungsprozess als solcher gefährlich ist, hätten Energieproduzenten wie RWE, so die Idee, ein sicherheitstechnisch überlegenes Alternativdesign wählen müssen, namentlich sparsamere Produktionsmethoden oder erneuerbare Energiequellen.⁵¹⁵

Dagegen haben wir allerdings schon oben Zweifel angemeldet,⁵¹⁶ und der vergleichende Blick auf die Grundsätze der Produzentenhaftung erhärtet sie endgültig. Zum einen genügt es für einen Konstruktionsfehler nicht, dass ein entsprechendes Alternativdesign auf dem Reißbrett vorliegt, es muss „zum Serieneinsatz reif“ sein.⁵¹⁷ Zum anderen kommt es auf die Serienreife im Zeitpunkt des Inverkehrbringens des Produkts an, was gewöhnlich mit dem Beginn der

⁵¹³ BGHZ 92, 143; dazu schon oben § 6 III. 3. a) bb). Andeutungsweise zu dieser Parallele schon *Brüggemeier* (1989), 216f.

⁵¹⁴ Im US-Kontext (sog. design defect) auch *Grossman* (2003), 40, 44ff.; *Hunter/Salzman* (2007), 1785; *Leone* (2011), 385f.; dies für das deutsche Recht knapp aufgreifend *Weller/Tran* (2021), 355.

⁵¹⁵ *Hunter/Salzman* (2007), 1758ff.; ganz ähnlich *Hinteregger* (2017), 252; *Spitzer/Burtscher* (2017), 160ff.

⁵¹⁶ Oben § 6 III. 3. b) cc) (1).

⁵¹⁷ BGHZ 181, 253 Rn. 16 (Airbag); genauso schon BGH VersR 1957, 584.

Vertriebsphase gleichgesetzt wird.⁵¹⁸ Wiederum drückt sich hier der Grundgedanke der Möglichkeit und Zumutbarkeit der Gefahrsteuerung aus – ließe sich zu Vertriebsbeginn Kirsch Kuchen serienreif nicht kernlos herstellen, besteht kein Konstruktionsfehler. Übertragen auf umweltbezogene Gefahren im Produktionsprozess heißt das: Ein Konstruktionsfehler von Energieproduzenten wie RWE liegt nur dann vor, wenn mit Beginn des Produktionsprozesses ein serienreifes Alternativdesign verfügbar war. Im Fall von RWE müssten also bereits 1900, als das erste RWE-Kohlekraftwerk seinen Betrieb aufnahm, treibhausgasschonende Technologien praxistauglich gewesen sein. Und das waren sie natürlich nicht.⁵¹⁹ Zwar bestanden mit Wasser- und Windkraft jahrhundertlang erprobte Alternativen, solarbetriebene Dampfmaschinen waren seit Mitte des 19. Jahrhunderts im Einsatz – aber bis zur serienreifen industriellen Stromerzeugung fehlte noch einiges.⁵²⁰ Deshalb scheidet auch ein wie auch immer gearteter Instruktionsfehler aus. Denn weil auch die Instruktionspflicht auf den Zeitpunkt des Inverkehrbringens abstellt,⁵²¹ gab es seinerzeit keinerlei sicherheitsrelevante Anhaltspunkte. Dass die Verfeuerung von fossilen Brennstoffen Rechtsgüter von Gletscher- und Meeresanrainern gefährden kann, war eben erst Mitte der 1960er Jahre erkennbar.⁵²²

Aber liegt dann nicht der Sache nach ein Produktbeobachtungsfehler vor, weil Energieproduzenten wie RWE auf die nun aufgedeckten umweltbezogenen Gefahren ihres Produktionsprozesses unzureichend reagierten? Um das zu beurteilen, brauchen wir zunächst mehr Kontext zum Inhalt der Produktbeobachtungspflicht. Neben der passiven Beobachtungspflicht (Sammlung von Kundenbeschwerden etc.) trifft den Produzenten eine aktive Produktbeobachtungspflicht, das heißt er muss auch nach Inverkehrbringen des Produkts selbstständig Informationen über mögliche Schadensrisiken generieren.⁵²³ Rechtsprechung und Literatur legen hier einen strengen Maßstab an, der bereits im Rahmen der Adäquanz zur Sprache kam: Der Produzent hat nicht nur „laufend den Fortgang der Entwicklung von Wissenschaft und Technik auf dem einschlägigen Gebiet zu verfolgen“, wozu bei Großunternehmen auch „die Verfolgung der Ergebnisse wissenschaftlicher Kongresse und Fachveranstaltungen sowie die Auswertung des gesamten internationalen Fachschrifttums“ gehört.⁵²⁴ Der Produzent hat aufgrund seiner besonderen Sachnähe auch „organisatorische

⁵¹⁸ Vgl. nur *Wagner* (2020a), § 823 BGB Rn. 1016.

⁵¹⁹ Im US-Kontext ebenso *Grossman* (2003), 46, 50.

⁵²⁰ Näher *Heymann* (1995), 43 ff.; *Bradford* (2008), 21 ff. Selbst wenn man das anders sähe, war das Alternativdesign dann wohl nicht zumutbar, weil der nötige Kostenaufwand außer Verhältnis zu den Schadenserwartungswerten gestanden haben dürfte, vgl. *Grossman* (2003), 44 ff.; insoweit auch *Hunter/Salzman* (2007), 1785 f. und schon oben § 6 III. 3. b) cc) (1).

⁵²¹ Vgl. nur *Wagner* (2020a), § 823 BGB Rn. 962.

⁵²² Oben § 6 III. 3. b) bb).

⁵²³ Vgl. nur *Wagner* (2020a), § 823 BGB Rn. 990 f.

⁵²⁴ BGHZ 80, 199, 203 (Benomyl), genauso BGHZ 80, 186, 191 (Derosal): „Auswertung

Vorkehrungen“ für eigene Gefahrerforschung zu treffen und darf nicht abwarten, bis die Wissenschaft neue Erkenntnisse an ihn heranträgt.⁵²⁵ Aus diesen Erkenntnissen sind dann die notwendigen Konsequenzen für den weiteren Herstellungsprozess zu ziehen. Namentlich bei aufgedeckten Konstruktionsfehlern muss der Produzent „die Gefahr so schnell wie möglich beseitig[en]“; sofern jedoch das sicherheitstechnisch überlegene Alternativdesign erst entwickelt werden muss, ist ihm eine Karenzzeit zuzugestehen.⁵²⁶ Letztlich wiederholt sich also das vom (ursprünglichen) Konstruktionsfehler bekannte Muster: Solange das Alternativdesign noch nicht serienreif vorliegt, kann dem Produzenten insoweit kein Produktbeobachtungsfehler vorgeworfen werden. Jedoch hat er dann grundsätzlich vor den aufgedeckten Gefahren zu warnen.⁵²⁷ Besteht gar eine umfassende bzw. hochrangige Rechtsgutsgefährdung – hier zeigt sich wieder der für die Verkehrspflichten zentrale Proportionalitätsgedanke – und sind ungefährlichere Ersatzprodukte verfügbar, muss er seine Produkte einstweilen vom Markt nehmen.⁵²⁸

Dieses Regime dürfte also gemeint sein, wenn Spindler von einer „dem Emittenten entsprechend den Grundsätzen der Produzentenhaftung [auferlegten] Emissionsbeobachtungspflicht“ spricht⁵²⁹ oder Kohler die „hilfsweise [vorzunehmenden] Hinweise auf die Gefahrenlage“ erwähnt.⁵³⁰ Angewendet auf Energieproduzenten wie RWE folgt daraus dreierlei: Erstens erhärtet sich nochmals unser Ergebnis zur Erkennbarkeit der Rechtsgutsgefährdung.⁵³¹ Kraft der umweltbezogenen Produktionsbeobachtungspflicht – der „Emissionsbeobachtungspflicht“ in Spindlers Terminologie – müssen Energieproduzenten wie RWE auch nach Beginn des Produktionsprozesses fortlaufend nach Schadensrisiken Ausschau halten. Dabei reicht passives Beobachten nicht aus; die Wissensgrundlage ist aktiv zu erweitern, und zwar nicht nur durch Rezeption der wissenschaftlichen Debatte, sondern auch durch eigene Gefahrerforschung.⁵³² Angesichts des geschilderten Verlaufs der klimawissenschaftlichen

des erreichbaren und [...] vorliegenden (ausländischen) Fachschrifttums und der allgemeinen wissenschaftlichen Erfahrung“; zum Ganzen nur *Brüggemeier* (2006), 413 ff.

⁵²⁵ BGH NJW 1990, 906, 907 (Pferdeboxen); auch schon BGHZ 116, 60, 70 ff. (Kindertee I). Treffend *Damm* (1992), 639: „Pflicht zur eigenen aktiv-prospektiven Gefahrenermittlung durch den Produzenten [...] und damit eine teilweise Internalisierung der Entwicklung der wissenschaftlich-technischen Bezugsgröße in den Produktionsbereich“; eingehend *Spindler* (2011), 718 ff.

⁵²⁶ BGH NJW 1994, 3349, 3350 (Atemüberwachungsgerät).

⁵²⁷ Grundlegend BGHZ 80, 186, 191 ff. (Derosal); 80, 199, 202 ff. (Benomyl); speziell zur Warnpflicht in der Karenzzeit BGH NJW 1994, 3349, 3350 f. (Atemüberwachungsgerät); aus der Literatur nur *Brüggemeier* (2006), 418 ff.

⁵²⁸ BGH NJW 1994, 517, 519 f. (Gewindeschneidemittel I).

⁵²⁹ *Spindler* (2022a), § 823 BGB Rn. 796; zuvor schon *Hager* (1986), 1966: „vergleichbar der Produktbeobachtungspflicht trifft [den Emittenten] eine Emissionsbeobachtungspflicht“.

⁵³⁰ *Kohler* (2017), Rn. 61.

⁵³¹ Oben § 6 III. 3. b) bb).

⁵³² Ähnlich schon *Hager* (1986), 1966: „[Zu berücksichtigen sind etwa] frühe erste Anzei-

Diskussion dürften mit der umweltbezogenen Produktionsbeobachtungspflicht also die letzten Zweifel beseitigt sein, zumal es nur „auf die Erkennbarkeit der potenziellen Gefährlichkeit [...], das] mit der gewählten Konzeption allgemein verbundene Fehlerrisiko ankommt“, wie der BGH formuliert.⁵³³ Selbst wenn RWE oder ein anderer Energieproduzent Mitte der 1960er Jahre das Gefährpotential von Treibhausgasemissionen noch nicht subjektiv erkannt haben sollte – wären sie ihrer umweltbezogenen Produktionsbeobachtungspflicht nachgekommen, hätten sie die wissenschaftlichen Mahnungen wahrgenommen oder wären durch eigene Gefährerforschung selbst auf die Klimagefahren ihrer Herstellungsprozesse gestoßen.⁵³⁴ Die Grundsätze der Produzentenhaftung erhärten aber nicht nur unsere Ergebnisse zur Erkennbarkeit, sie verdeutlichen auch einen zweiten Punkt: Mitte der 1960er Jahre lag wohl noch kein serienreifes Alternativdesign vor, auf das Energieproduzenten wie RWE ihre Herstellungsprozesse hätten umstellen müssen.⁵³⁵ Das eben zu Wind-, Wasser- und Solarkraft Gesagte wiederholt sich hier; ansatzweise Serienreife erlangten namentlich Wind- und Solarenergie erst Ende der 1980er Jahre.⁵³⁶ Anderes gilt für die just Mitte der 1960er Jahre praxistauglich gewordene Kernkraft,⁵³⁷ doch ist aufgrund ihres eigenen Gefährpotentials schon sehr fraglich, ob sie überhaupt ein sicherheitstechnisch überlegenes Alternativdesign darstellt. Daher spricht viel dafür, zugunsten von Energieproduzenten wie RWE mindestens bis Ende der 1980er Jahre von einer Karenzzeit für Technologieumstellungen auszuge-

chen der späteren Schäden, eine anstehende Überarbeitung der TA-Luft, wissenschaftlich ernste Zweifel an der Höhe der Grenzwerte und natürlich auch eigene Sachkenntnis des Emittenten. Der Emittent ist verpflichtet, sich laufend zu informieren“. Weil sich dadurch regelmäßig auch die gesamtgesellschaftliche Forschungs- und Wissensbasis erweitert, werden insoweit auch wohlfahrtsfördernde Anreize gesetzt, prominent *Viscusi/Moore* (1993).

⁵³³ BGHZ 181, 253 Rn. 31 (Airbag).

⁵³⁴ Ähnlich im US-Kontext *Grossman* (2003), 48; *Hunter/Salzman* (2007), 1785 ff.; *Leone* (2011), 370 ff., 397 f. Das ist auch das Argument in der oben erwähnten Entscheidung in BGHZ 116, 60, 71 (Kindertee I): „Hätte die Bekl. diese Teeverwendung [sc. das Dauernuckeln] in ihre Prüfung einbezogen, dann hätte sie als Fachunternehmen für Säuglingsnahrung diese Gefahren erkennen müssen, bevor die Zahnmedizin durch die an sie herangetragenen Fälle auf das Baby-Bottle-Syndrom aufmerksam wurde“; entsprechend für die oben angesprochenen Chemieabfälle BGH NJW 1976, 46, 48. Von Branchengrößen der Energieindustrie wie Exxon-Mobil oder Total ist mittlerweile bekannt, dass sie sehr wohl früh selbsterlangte Kenntnisse über die Klimagefährlichkeit ihrer Produkte und Produktionsprozesse hatten – und diese nicht öffentlich machten, sondern gewinnbringend nutzen, vgl. *Oreskes/Conway* (2011), 169 ff., 246 ff.; *Frumhoff, et al.* (2015), 165 f.; *Franta* (2018); *Bonneuil, et al.* (2021) und schon oben § 6 II. 4. a).

⁵³⁵ Im US-Kontext ähnlich (allerdings ohne zeitliche Eingrenzung und sehr allgemein) *Grossman* (2003), 46, 50.

⁵³⁶ Näher *Heymann* (1995), 341 ff.; *Bradford* (2008), 89 ff.

⁵³⁷ *Radkau/Hahn* (2013), 45 ff. Auch RWE setzte anfangs auf die Atomkraft und erreichte Mitte der 1960er Jahre in seinen zwei Kraftwerken Produktionskapazitäten, die es mit seinen Kohlekraftwerken aufnehmen konnten, jedoch baute RWE die Kernkraft danach nicht weiter aus und setzte voll auf die günstigere Braunkohle, vgl. *Radkau* (1998a), 190 ff.

hen.⁵³⁸ Das führt schließlich zu einer dritten Erkenntnis: Es bestand auch nicht die Pflicht zum sofortigen Vermarktungsstopp. Denn obwohl umfassende bzw. hochrangige Rechtsgutsgefährdungen schon damals absehbar waren,⁵³⁹ lagen eben keine ungefährlicheren Herstellungsformen vor, die fossile Brennstoffe hätten ersetzen können.

Damit bleibt die Warnung als mögliche Reaktion. Doch mussten Energieproduzenten wie RWE überhaupt warnen – und vor allem wen?

(b) Gebotenheit der Warnung

Dass Warnungen zum gefestigten Repertoire der Produktbeobachtungspflicht gehören, ist wie gesehen in Rechtsprechung und Literatur anerkannt. Allerdings ist damit noch nicht gesagt, dass Produzenten bei neuen Gefahrerkenntnissen immer warnen müssen. Wegweisend ist bis heute die Derosal-Entscheidung des BGH,⁵⁴⁰ die aufgrund der Parallelen – aber noch mehr der Unterschiede – für Klimahaftungskonstellationen wie den RWE-Fall sehr interessant ist. Ein Obstbauer hatte den Hersteller eines seit 1971 vertriebenen neuartigen Pflanzenspritzmittels (besagtes Derosal) auf Schadensersatz verklagt, weil das Mittel nicht das tat, was es sollte. Trotz mehrfacher Spritzungen hatte im Frühjahr 1974 Apfelschorfpilz die Bäume des Bauern befallen und für große Ernteauffälle gesorgt. Fataler war aber noch, dass sich durch den Einsatz von Derosal resistente Apfelschorfstämme ausgebreitet hatten, gegen die herkömmliche Spritzmittel nicht mehr wirkten. Weil bereits 1972 vereinzelt Resistenzbildungen bei ähnlichen Pilzformen beobachtet wurden und internationale Fachpublikationen einen Zusammenhang mit Spritzmitteln wie Derosal nahelegten, hätte der Hersteller Anfang 1974 vor der Gefahr von Resistenzbildungen beim Apfelschorfpilz warnen müssen. So sahen es jedenfalls der klagende Obstbauer und auch das Berufungsgericht. Anders der BGH: Die Wahrscheinlichkeit einer Resistenzbildung beim Apfelschorf habe sich Anfang 1974 „noch nicht so verdichtet“, dass der Hersteller vorsorglich hätte warnen müssen.⁵⁴¹ Denn die bis dato beobachteten Resistenzbildungen und wissenschaftlichen Veröffentlichungen hätten nur ähnliche Pilzformen betroffen, weshalb für den Apfelschorfpilz noch gar nichts Genaueres abzusehen gewesen sei. In dieser Situation „bloß als möglich angesehene[r] (abstrakte[r]) Resistenzgefahr“ sei es dem Produzenten nicht vorzuwerfen, dass er sich „vor Herausgabe einer Warnung auf weitere Un-

⁵³⁸ Wobei sich dann wiederum die Frage stellt, ob das Alternativdesign wirtschaftlich zumutbar war, was angesichts der hohen Investitionskosten zweifelhaft sein dürfte, vgl. *Grossman* (2003), 44 ff.; insoweit auch *Hunter/Salzman* (2007), 1785 f.

⁵³⁹ Oben § 6 III. 3. b) bb).

⁵⁴⁰ BGHZ 80, 186 (Derosal); zur Bedeutung der Entscheidung nur *Brüggemeier* (2006), 417 ff.

⁵⁴¹ BGHZ 80, 186, 195; genauso im Parallelverfahren BGHZ 80, 199, 204 (Benomy).

tersuchungen in Labors, Versuchsanlagen usw. und auf intensive Beobachtung der Bewährung seines Produktes in der Praxis beschränkt“.⁵⁴²

Die Parallelen springen sofort ins Auge. Ähnlich wie in Klimahaftungskonstellationen hatte der Hersteller im Derosal-Fall ein Produkt in den Verkehr gebracht, das sich erst nachträglich als gefährlich herausstellte. Und genauso ging es um die Frage, ob er angesichts erster Feldbeobachtungen und neuer Forschungsergebnisse vor den Gefahren seines Produkts hätte warnen müssen – was der BGH mangels ausreichend „verdichteter“ Gefahr verneinte. Könnte man daraus schließen, dass für Energieproduzenten wie RWE Mitte der 1960er Jahre dasselbe galt? Dass für sie zwar die abstrakte Klimagefährlichkeit ihrer Produktionsprozesse erkennbar war, dass sich die Gefahr aber noch nicht ausreichend für eine Warnung verdichtet hatte? Der Schluss ginge schon deshalb fehl, weil er die entscheidenden Unterschiede zwischen beiden Konstellationen ausblendet. Im Derosal-Fall hatte der BGH maßgeblich darauf abgestellt, dass Anfang 1974 noch keinerlei Erkenntnisse zu Resistenzbildungen beim Apfelschorfpilz vorlagen. Nur weil erste Feldbeobachtungen und neuere Forschungsergebnisse für ähnliche Pilzformen eine verdichtete Gefahr aufgezeigt hatten, müsse das beim Apfelschorf nicht auch so sein.⁵⁴³ Dagegen war Mitte der 1960er Jahre nicht nur abstrakt der Zusammenhang zwischen Treibhausgasausstoß und globaler Erwärmung beschrieben, es wurde auch bereits konkret gemahnt, dass bei unverändertem Emissionsverhalten die globalen Gletscher schmelzen und Meeresspiegel ansteigen.⁵⁴⁴ Aufgrund der seinerzeitigen klimawissenschaftlichen Erkenntnisfortschritte hatte sich die Gefahr für slow onset-Klimaopfer also vergleichbar verdichtet wie für jene ähnlichen Pilzformen im Derosal-Fall.

Wichtiger ist aber noch, dass es in Klimahaftungskonstellationen darauf gar nicht ankommt. Denn einleitend hatte der BGH jenen Maßstab aufgestellt, der sich seither in zahlreichen Entscheidungen findet und den wir oben bei der Erkennbarkeit schon gestreift haben.⁵⁴⁵ „Eine Gefahr muß,“ hebt die relevante Urteils Passage an, „wenn sie Abwehripflichten auslösen soll, nicht schon konkret greifbar sein. Inhalt und Umfang einer Warnung und auch ihr Zeitpunkt

⁵⁴² BGHZ 80, 186, 192.

⁵⁴³ Deutlich BGHZ 80, 186, 195: „[Der Sachverständige konnte sich nicht dazu äußern] in welcher Art sich diese Gefahr für andere Pilze verdichtet, wenn sie sich bei einem Pilz herausbildet. Dann aber hatte sich jedenfalls Anfang 1974 die Wahrscheinlichkeit einer Resistenzbildung beim Apfelschorf, auf die es – wie oben ausgeführt – allein ankommt, [...] nach den damaligen Erkenntnissen entgegen der Würdigung des BerGer. noch nicht so verdichtet, daß die Bekl. damals schon für verpflichtet angesehen werden mußte, vorsorglich die Verwender von ‚Derosal‘ zu warnen.“

⁵⁴⁴ *President's Science Advisory Committee* (1965), 123; oben § 6 II. 4. a).

⁵⁴⁵ Exemplarisch BGHZ 99, 167, 174f. (Honda); 181, 253 Rn. 18 (Airbag); jenseits der Produzentenhaftung etwa BGH NJW 1965, 815, 815 (Straßenbäume); zum Ganzen schon oben § 6 III. 3. b) bb).

werden wesentlich durch das jeweils gefährdete Rechtsgut bestimmt und sind vor allem von der Größe der Gefahr abhängig [Nachweise]. So muß ein Hersteller, wenn durch sein Produkt die Gesundheit oder die körperliche Unversehrtheit von Menschen – etwa gar in zahlreichen Fällen – bedroht ist, schon dann eine Warnung aussprechen, wenn aufgrund eines zwar nicht dringenden, aber ernst zu nehmenden Verdachts zu befürchten ist, daß Gesundheitsschäden entstehen können“. Nachdem das gesagt ist, kommt der BGH nun zurück zum Derosal-Fall: „Sind nur Sachschäden zu befürchten, so werden die Anforderungen zeitlich und dem Umfang nach nicht in derselben Strenge zu stellen sein. Dann kann in Betracht kommen, daß sich der Hersteller [bei noch nicht ausreichend verdichteter Gefahr] vor Herausgabe einer Warnung auf weitere Untersuchungen in Labors, Versuchsanlagen usw. und auf intensive Beobachtung der Bewahrung seines Produktes in der Praxis beschränkt“.⁵⁴⁶

Umgekehrt formuliert braucht es bei drohenden Gesundheitsverletzungen also gar keine verdichtete Gefahr. Gemäß dem Proportionalitätsgedanken genügt bei umfassenden bzw. hochwertigen Rechtsgutsgefährdungen ein ernst zu nehmender Gefahrenverdacht, „es können bereits Anhaltspunkte für die Gefährlichkeit des Produkts ausreichen, um die Warnpflicht auszulösen“, wie Gerhard Wagner formuliert.⁵⁴⁷ Übertragen wir diese Grundsätze auf umweltbezogene Gefahren im Produktionsprozess, ist das Ergebnis eindeutig: Obwohl ohnehin viel dafürspricht, dass bereits Mitte der 1960er Jahre die Klimagefährlichkeit fossiler Energieträger ausreichend verdichtet war – jedenfalls lagen mehr als genug Anhaltspunkte für umfassende bzw. hochwertige Rechtsgutsgefährdungen bei slow onset-Klimaopfern vor. Energieproduzenten wie RWE hätten zumindest warnen müssen.⁵⁴⁸

(c) Adressaten der Warnung: Klimaopfer und Stromabnehmer

Stellt sich ein Produkt als gefährlich heraus, sind die betroffenen Produktnutzer zu warnen. Das Ziel ist dasselbe wie bei der Instruktionspflicht vor Inverkehrbringen: Die Nutzer sollen durch die Information in die Lage versetzt werden, selbst die Gefahrsteuerung zu übernehmen.⁵⁴⁹ Das läuft häufig auf Eigensiche-

⁵⁴⁶ Der von mir zur besseren Verständlichkeit eingefügte Satzteil in eckigen Klammern lautet im Original: „wenn sich die Gefahr zwar ‚verdichtet‘ hat, aber noch offen ist, ob und gegebenenfalls wann sie akut wird“. Das ist missverständlich, weil sich in diesen Fällen, wie der BGH später selbst klarstellt, die Gefahr gerade nicht *ausreichend* verdichtet hat.

⁵⁴⁷ So Wagner (2020a), § 823 BGB Rn. 998. Deutlich auch BGH NJW-RR 1995, 342, 343 (Gewinndeschmiermittel II): „[Hersteller gesundheitsgefährdender Produkte durfte mit Warnung] also nicht warten, bis sich der Fehlerverdacht zur Fehlergewißheit verdichtet hatte“.

⁵⁴⁸ Im US-Kontext ebenso Leone (2011), 379ff.; grundsätzlich (aber ohne nähere zeitliche Eingrenzung) auch Grossman (2003), 42ff.; Hunter/Salzman (2007), 1787f.; Olszynski, et al. (2017), 29ff. und tendenziell Penalver (1998), 178, der jedoch nicht explizit auf eine Warnung, sondern allgemeiner auf eine „less dangerous marketing technique“ abstellt.

⁵⁴⁹ Vgl. Wagner (2020a), § 823 BGB Rn. 998; Spindler (2022a), § 823 BGB Rn. 667.

ungsmaßnahmen hinaus – werde ich davor gewarnt, dass Kirschkuchen krebs-erregend ist, esse ich zur Gefahrsteuerung keinen Kirschkuchen mehr. Übertragen auf umweltbezogene Gefahren im Produktionsprozess, gilt die Warnung daher zuallererst den gefährdeten Personenkreisen, die ähnlich wie Produkt-nutzer Eigensicherungsmaßnahmen ergreifen können.⁵⁵⁰ In Klimahaftungs-konstellationen sind das slow onset-Klimaopfer wie Lliuya.⁵⁵¹ Speziell für Glet-scher- und Meeresanrainer existierte Mitte der 1960er Jahre ein ernst zu neh-mender Gefahrenverdacht; zudem sind sie besonders zur Eigensicherung befähigt. Ersteres haben wir eben nochmals gesehen, Letzteres im Präventions-kontext: Von Überflutung bedrohte Klimaopfer können insbesondere durch verstärkte Mauern und zusätzliche Stockwerke Eigentumschäden begrenzen, Gesundheitsverletzungen mitunter gar größtenteils vermeiden.⁵⁵²

Allerdings beschränkt sich der Adressatenkreis der Warnung nicht nur auf Klimaopfer wie Lliuya. Auch die Produktbezieher, die Abnehmer des von RWE und anderen Energieproduzenten hergestellten Stroms, hätten gewarnt werden müssen.⁵⁵³ Nicht weil auch Stromabnehmer jedenfalls durch starke Regenfälle und andere Extremereignisse irgendwie-betroffen von Treibhausgasemissionen sind.⁵⁵⁴ Im Gegensatz zu den bereits Mitte der 1960er Jahre prominent disku-tierten slow onset-Phänomenen wie Meeresspiegelanstieg und Gletscher-schmelze ist das klimawissenschaftliche Wissen zu Extremereignissen deutlich jünger;⁵⁵⁵ selbst wenn heute für Stromabnehmer ein ausreichender Gefahren-verdacht bestehen mag, er dürfte jedenfalls nicht zum damaligen Zeitpunkt be-standen haben.⁵⁵⁶ Die Stromabnehmer waren vielmehr deshalb zu warnen, weil das Ausmaß der Klimaschäden entscheidend von ihnen abhing. Wie oben im Nachhaltigkeitskontext bereits erwähnt, hatten es in einer Zeit, in der es zu fossiler Stromerzeugung keine serienreifen Alternativen gab, zuallererst die Stromabnehmer in der Hand, weniger Strom nachzufragen, dadurch weniger Treibhausgase zu bewirken und so die Gefahren für Klimaopfer wie Lliuya zu verringern.⁵⁵⁷ Ihre Gefahrsteuerungsmöglichkeit war Nutzungsreduktion.⁵⁵⁸

⁵⁵⁰ Andeutungsweise *Kloepfer* (2016), § 6 Rn. 252, 471 f.

⁵⁵¹ So im US-Kontext *Hunter/Salzman* (2007), 1787 f.

⁵⁵² Eingehend zur *property-level flood risk adaptation* (PLFRA) *Attems, et al.* (2020); oben § 6 II. 2. c).

⁵⁵³ Im US-Kontext (für Abnehmer von treibhausgasfreisetzenden Produkten generell) *Leone* (2011), 397 ff.; *Hunter/Salzman* (2007), 1787 f.; *Olszynski, et al.* (2017), 29 ff.; grund-sätzlich auch *Grossman* (2003), 42 ff.

⁵⁵⁴ So tendenziell aber *Leone* (2011), 399; *Olszynski, et al.* (2017), 30. Zur (nicht ausreichen- den) Irgendwie-Betroffenheit schon oben § 6 II. 4. b).

⁵⁵⁵ Eingehend *Marjanac/Patton* (2018); *Burger, et al.* (2020), 88 ff.; *Stuart-Smith, et al.* (2021a), 653 f.

⁵⁵⁶ Ebenso *Kysar* (2011), 31 ff.; *Burger, et al.* (2020), 235 f.

⁵⁵⁷ Oben § 6 II. 5.; zu mangelnden serienreifen Alternativen oben § 6 III. 3. b) cc) (2) (b).

⁵⁵⁸ So (knapp) schon *Penalver* (1998), 178; *Grossman* (2003), 42 f. Vgl. auch die systemati-sche Auswertung der sozialwissenschaftlichen Literatur durch *Reid, et al.* (2010).

Denn die von Produzentenseite verfeuerte Menge fossiler Brennstoffe bemisst sich entscheidend nach dem Stromdurst der Abnehmer. Vereinfacht gesagt ist die Produktion von elektrischer Energie ein stetiger Balanceakt: Um eine stabile Netzfrequenz zu gewährleisten und Stromausfälle zu vermeiden, darf weder zu viel noch zu wenig Strom produziert werden. Weil er sich zudem kaum speichern lässt, müssen Energieproduzenten gerade so viel Strom ins Netz einspeisen, wie in diesem Moment von den Abnehmern verbraucht wird. Orientierungspunkt ist dabei der jahreszeitlich typische Minimalbedarf, die sogenannte Grundlast. Nimmt die Grundlast zu, muss mehr Strom produziert werden; sinkt sie ab, müssen Kraftwerke ihre Kapazitäten herunterfahren oder mittelfristig ganz vom Netz gehen.⁵⁵⁹ Würden beispielsweise alle ans Netz angeschlossenen Stromabnehmer ihren Bedarf halbieren, müsste auch die Produktion entsprechend zurückgehen – und bei fossiler Stromproduktion weniger Treibhausgase anfallen.

Hier zeigt sich nochmals eindrücklich die geradezu schicksalshafte Verzahnung von Umwelt- und Produzentenhaftung: In Klimahaftungskonstellationen wie dem RWE-Fall steht eine Produktionshaftung für klimabedingte Schädigungen in Rede, wobei das Ausmaß der Schädigung entscheidend von der Produktnachfrage durch die Stromabnehmer abhängt. Es ist dann nur konsequent, die Warnung nicht nur an Klimaopfer, sondern auch und gerade an Stromabnehmer zu adressieren. Dabei ist nichts Außergewöhnliches daran, dass die Warnung der Stromabnehmer gewissermaßen eine Warnung zugunsten Dritter ist. Dass Instruktions- und Warnpflichten nicht nur auf die Eigensicherung der Produktabnehmer abzielen, sondern sie mitunter auch zu Fremdsicherung befähigen sollen, dürfte allgemein anerkannt sein.⁵⁶⁰ Führt man sich vor Augen, dass Instruktions- und Warnpflichten ja nichts anderes als spezielle Verkehrspflichten zum Schutz der Allgemeinheit vor produkt- bzw. produktionsbezogenen Gefahren sind, ist diese abnehmerübergreifende Perspektive auch wenig verwunderlich. In der Rechtsprechung existieren daher zahlreiche Beispiele.⁵⁶¹ Eines haben wir mit der Kindertee-Entscheidung schon kennengelernt, bei der es um die Haftung eines Teeherstellers für Kariesschäden von Kleinkindern ging. Nach Ansicht des BGH waren vor allem die Eltern als Hauptabnehmer davor zu warnen, dass eine bestimmte Verwendung des Tees – Überlassung zum „Dauernuckeln“ – die Zähne ihrer Kinder gefährdet.⁵⁶² Im Estil-Fall sah der BGH den Hersteller eines Narkosemittels in der Pflicht, eine Warnung an

⁵⁵⁹ Zum Ganzen *Heuck, et al.* (2013), 56 ff.; *PricewaterhouseCoopers* (2017), 28 ff.

⁵⁶⁰ Deutlich schon *Hager* (1990), 404; aus der neueren Literatur nur *Wagner* (2020a), § 823 BGB Rn. 984; *Förster* (2022), § 823 BGB Rn. 744. Im US-Kontext *Grossman* (2003), 48 f.; *Hunter/Salzman* (2007), 1787; *Leone* (2011), 387 f., 399 f.; für die insoweit ähnliche Lieferkettenkonstellation auch *Geistfeld* (2019), 160 f.

⁵⁶¹ Näher *Meyer* (1999), 1320 f.

⁵⁶² BGHZ 116, 60, 69.

die Ärzteschaft auszusprechen, weil bei arterieller Injektion schwere Gesundheitsverletzungen für Patienten drohten.⁵⁶³ Und im Urteil zu einem fehlerhaft montierten Traktor-Überrollbügel, der einen Bauern zerquetscht und getötet hatte, ging der BGH unproblematisch davon aus, dass der Produzent des Überrollbügels die Monteure grundsätzlich vor einer fehlerhaften Montage und den damit verbundenen Gefahren für Traktorfahrer zu warnen hat.⁵⁶⁴ Wie in Klimahaftungskonstellationen ging es also stets darum, dass Produktabnehmer die Gefahr für Dritte entscheidend steuern konnten und genau deshalb vor drittfährdenden Produktverwendungen gewarnt werden mussten.

Freilich gilt bei alledem: Ob eine bereits Mitte der 1960er Jahre erfolgte Warnung tatsächlich Klimaopfer zu Selbstschutzmaßnahmen und Stromabnehmer zu Nutzungsreduktionen bewogen hätte, ist damit noch nicht gesagt – ebenso wenig, was genau dadurch verhindert worden wäre. Weil es dabei aber nicht mehr um die Warnung selbst geht, sondern ihre Erfolgchance (und inwiefern es darauf überhaupt ankommt), werde ich später gesondert darauf eingehen.⁵⁶⁵

(d) Inhalt der Warnung

Für den Inhalt der Warnung gelten grundsätzlich dieselben Maßstäbe wie für Instruktionen bei Inverkehrbringen des Produkts.⁵⁶⁶ Wegweisend ist die schon mehrfach angesprochene Kindertee-Entscheidung (sowie zwei Nachfolgeentscheidungen im Kindertee-Komplex): Bei drohenden Gesundheitsschäden und anderen umfassenden bzw. hochwertigen Rechtsgutsgefährdungen muss „die Art der drohenden Gefahr deutlich herausgestellt [werden], damit der Produktverwender sie nicht erst durch eigenes Nachdenken, möglicherweise erst aufgrund von Rückschlüssen voll erfassen kann“.⁵⁶⁷ Dazu reichen allgemeine Verhaltenshinweise nicht aus, vielmehr muss eine „Folgenwarnung“ ergehen, bei der „die zu erwartenden Schäden bei Mißachtung [der] Hinweise“ verdeutlicht und „die Funktionszusammenhänge klar gemacht werden“.⁵⁶⁸ Das gilt verstärkt dann, wenn in der „Werbung der Vorstellung, das Produkt könne in dieser Weise gefährlich werden, entgegengewirkt wird“,⁵⁶⁹ die gefährliche Produktnutzung also durch gegenläufige Werbeaussagen verharmlost oder gar gefördert wird. Umgekehrt braucht es Folgenwarnungen nicht, wenn die Gefahr offensichtlich oder allgemein bekannt ist, wobei sich Produzenten hierbei an der „am

⁵⁶³ BGHZ 59, 172.

⁵⁶⁴ BGH NJW 1986, 1863, 1964. Die Klage der Witwe des verstorbenen Bauern gegen den Hersteller wurde letztlich abgewiesen, da laut BGH der Hersteller durch besonders deutliche Montagehinweise seinen Warnpflichten gegenüber dem Monteur genügt hatte.

⁵⁶⁵ Unten § 6 III. 3. b) cc) (2) (f).

⁵⁶⁶ Vgl. nur *Spindler* (2022a), § 823 BGB Rn. 667; *Förster* (2022), § 823 BGB Rn. 744.

⁵⁶⁷ BGHZ 116, 60, 68 (Kindertee I).

⁵⁶⁸ Die ersten beiden Zitate in BGH NJW 1994, 932, 933 (Kindertee II), das letzte in BGHZ 116, 60, 68 (Kindertee I).

⁵⁶⁹ BGHZ 116, 60, 68 (Kindertee I).

wenigsten informierten und damit [...] gefährdetsten Benutzergruppe auszurichten“ haben.⁵⁷⁰

Übertragen auf umweltbezogene Rechtsgutsverletzungen im Produktionsprozess hätten Energieproduzenten wie RWE daher nicht nur allgemein vor steigenden Temperaturen warnen, sondern namentlich die erwarteten existenziellen Schäden für Gletscher- und Meeresanrainer explizit benennen müssen. Zudem wäre es erforderlich gewesen, die Funktionszusammenhänge zwischen dem Nutzungsverhalten der Stromabnehmer und den Gefahren für Klimaopfer wie Lliuya klar und deutlich aufzuzeigen. Denn obwohl beides Mitte der 1960er Jahre zwar für Energieproduzenten wie RWE erkennbar war und ein ausreichender Gefahrenverdacht vorlag – offensichtlich oder allgemein bekannt waren damals weder Klimagefahren noch die entsprechenden Funktionszusammenhänge, erst recht nicht den „am wenigsten informierten und damit [...] gefährdetsten Benutzergruppe[n]“. Das gilt in besonderem Maße für im Globalen Süden angesiedelte Klimaopfer wie Lliuya.⁵⁷¹ Aber auch in der deutschen Bevölkerung kam erst Ende der 1990er Jahre ein (noch sehr unterentwickeltes) Klimabewusstsein auf; solide Kenntnisse über die Funktionszusammenhänge bescheinigt sich die Mehrheit der Befragten erst in den letzten Jahren.⁵⁷² Klimaopfer und Stromabnehmer trifft auch keine Produktionsbeobachtungspflicht, kraft derer sie laufend die internationale Wissenschaftsdiskussion verfolgen und eigene Gefahrerforschung betreiben müssen. Daran ändert auch nichts, dass wie erwähnt Ende der 1960er Jahre in der bundesdeutschen Presse über den Klimawandel berichtet wurde.⁵⁷³ Denn wie der BGH ebenfalls in den Kindertee-Urteilen festgestellt hat, reichen einzelne „Hinweise in den Medien“ nicht aus; vielmehr erlangt eine Gefahr erst dann allgemeine bzw. offensichtliche Bekanntheit, wenn medial gewissermaßen eine „Dauerkampagne“ zur Unterrichtung der Bevölkerung“ stattgefunden hat.⁵⁷⁴ Das gilt umso mehr, weil namentlich RWEs Öffentlichkeitsarbeit exakt in die gegenteilige Richtung wies. Seit den 1950er Jahren warb RWE gezielt für höheren Stromverbrauch („Jeder Spatz pfeift es vom Dach: Das Kilowatt ist stets parat“) und trommelte in Fernsehshows „aus Hausfrauenperspektive“ für eine Elektrifizierung der

⁵⁷⁰ BGH NJW 1994, 932, 933 (Kindertee II).

⁵⁷¹ Speziell in der Region Huaraz sind die Kenntnisse bis heute sehr gering ausgeprägt, vgl. Huggel, et al. (2020), 2182 ff.

⁵⁷² Vgl. Schipperges (2020), 18 ff.; Umweltbundesamt (2021), 22 ff. Untersuchungen in den USA und Australien zeigen freilich, dass Selbsteinschätzung und tatsächliches Klimawissen typischerweise erheblich auseinanderklaffen, vgl. Polonsky, et al. (2011); dazu auch Grossman (2003), 51; Leone (2011), 373, 400.

⁵⁷³ Oben § 6 II. 4. a).

⁵⁷⁴ BGH NJW 1994, 932, 933 (Kindertee II). Weil der „Effekt einer Aufklärungskampagne wieder in Vergessenheit geraten [kann],“ sollen freilich selbst dann „kontinuierliche oder periodisch wiederkehrende Warnhinweise angebracht“ sein, so Spindler (2022a), § 823 BGB Rn. 659.

Haushalte mit Waschmaschinen und Elektroherden („Hochspannung“ mit Peter Frankenfeld).⁵⁷⁵

Wie aber hätten Warnungen die Adressaten überhaupt erreichen können? Schließlich liegt elektrischem Strom weder ein Beipackzettel bei, noch kann auf ihm ein Warnhinweis angebracht werden; zumal lassen sich gefährdete Klimaopfer kaum namentlich ermitteln. Jedoch wären dann zumindest Warnungen über Zeitung, Fernsehen oder sonstige mediale Kanäle möglich gewesen, wie es bei unübersichtlichen Adressatenkreisen auch sonst geschieht.⁵⁷⁶ Zudem waren Mitte der 1960er Jahre, als Energieproduzenten – und so auch RWE – typischerweise den Strom nicht nur herstellten, sondern auch an die Abnehmer innerhalb ihres Netzes verteilten,⁵⁷⁷ die eigenen Abnehmerkreise recht problemlos über die laufende Korrespondenz (Jahresabrechnung etc.) erreichbar. Freilich haben wir schon oben gesehen, dass entsprechende Warnungen nicht einmal ansatzweise stattgefunden haben. Im Gegenteil, namentlich RWE zweifelte noch 1998 ziemlich unverblümt den menschengemachten Klimawandel an.⁵⁷⁸

(e) Zumutbarkeit der Warnung

Damit können wir nun endlich zur Ausgangsfrage zurückkehren, die uns zum Streifzug durch die Grundsätze der Produzentenhaftung veranlasst hat. Wir wollten wissen, um welche Schadensvermeidungsmaßnahme es in Klimahaftungskonstellationen wie dem RWE-Fall geht, über die Zumutbarkeit welcher Maßnahme wir eigentlich reden. Die Antwort ist nun klar: Energieproduzenten wie RWE trifft eine Produktionsbeobachtungspflicht, und weil Mitte der 1960er Jahre der ernst zu nehmende Verdacht bestand, dass fossile Stromerzeugung zu umfassenden bzw. hochwertigen Rechtsgutsgefährdungen führt, hätten Klimaopfer und Stromabnehmer gewarnt werden müssen. Entscheidend ist also, ob jene Warnung zumutbar war.

Legen wir die gängigen (und wie gesehen auch in der Literatur breit akzeptierten) Kriterien der Rechtsprechung zugrunde, ist die Frage schon beantwortet. Seit der Derosal-Entscheidung ist nicht nur klar, dass bei umfassenden bzw. hochwertigen Rechtsgutsgefährdungen ein Gefahrenverdacht ausreicht. Viel-

⁵⁷⁵ Was offenbar auch erfolgreich war: Der Stromverbrauch in den von RWE belieferten Haushalten lag 1970 erheblich über dem Bundesdurchschnitt. Zum Ganzen *Radkau* (1998a), 194f.

⁵⁷⁶ Vgl nur *Spindler* (2022a), § 823 BGB Rn. 667; näher *Michalski* (1998), 964. In Kanada warnen erste Tankstellenbetreiber auf den Zapfsäulen vor den Klimagefahren der Benzinnutzung vgl. *Olszynski, et al.* (2017), 30.; hierzulande plakatiert etwa Vattenfall: „1,5 Grad machen ja schon zu Hause einen Unterschied – Jetzt Heizkosten runterdrehen und CO₂ sparen“.

⁵⁷⁷ Instrukтив zur Organisation des Strommarktes als Verbundwirtschaft vor der Entflechtung um die Jahrtausendwende *Heuck, et al.* (2013), 491ff.; speziell zu RWE *Radkau* (1998a), 178ff.

⁵⁷⁸ *RWE-Group* (1998), 23: „[Ob] nun ein Beweis für den Einfluß menschlicher Aktivitäten auf das Klima [besteht]. Wir wissen es nicht.“; dazu schon oben § 6 II. 4. a).

mehr ist zugleich gesagt, dass in diesen Fällen eine Warnung grundsätzlich zumutbar ist.⁵⁷⁹ Das ist folgerichtig, denn es deckt sich mit dem für Verkehrspflichtigen zentralen Proportionalitätsgedanken: Je umfassender bzw. hochrangiger die Rechtsgutsgefährdung, desto mehr Schadensvermeidung ist zumutbar. Und weil eine Warnung im Gegensatz zu den anderen Reaktionsmöglichkeiten – Umstellung auf ein sicherheitstechnisch überlegenes Alternativdesign bzw. gar Vermarktungsstopp – typischerweise weniger einschneidend ist, ist eben „wenigstens vor den Gefahren zu warnen“.⁵⁸⁰

Dasselbe Ergebnis sollte sich zeigen, wenn man den Proportionalitätsgedanken anhand der Learned-Hand-Formel konkretisiert, also Schadensvermeidungsinvestitionen und Schadenserwartungswert gegenüberstellt.⁵⁸¹ Zwar besteht auch hier das Problem, dass die Kosten von Produktionsbeobachtung und Warnung nur schwer zu beziffern sind. Führt man sich jedoch zwei Dinge vor Augen, scheint zumindest eine näherungsweise Bestimmung möglich:⁵⁸² Erstens war Mitte der 1960er Jahre keine großflächige (und damit teure) Gefahrforschung nötig, sondern Energieproduzenten wie RWE hätten nur die bereits vorhandenen und durchaus konkreten wissenschaftlichen Mahnungen rezipieren müssen. Die internationale Klimadiskussion auszuwerten ist zwar aufwändig, aber die Kosten sollten dennoch überschaubar bleiben. Zweitens ist Gerhard Wagners plausibler Einschätzung beizupflichten, dass typischerweise „eine Warnung nur ganz geringe Kosten verursacht“.⁵⁸³ Und das heißt dann: Auch wenn wir die Schadensvermeidungsinvestitionen der Warnung immer noch nicht genau kennen – jedenfalls dürften sie deutlich hinter den Schadenserwartungswerten der existenziell bedrohten Klimaopfer zurückbleiben.⁵⁸⁴

⁵⁷⁹ Exemplarisch BGHZ 181, 253 Rn. 23 (Airbag): „Lassen sich mit der Verwendung eines Produkts verbundene Gefahren nach dem Stand von Wissenschaft und Technik durch konstruktive Maßnahmen nicht vermeiden oder sind konstruktive Gefahrvermeidungsmaßnahmen dem Hersteller nicht zumutbar und darf das Produkt trotz der von ihm ausgehenden Gefahren in den Verkehr gebracht werden, so ist der Hersteller grundsätzlich verpflichtet, die Verwender des Produkts vor denjenigen Gefahren zu warnen“. Zur Rezeptionsgeschichte der Derosal-Entscheidung näher Brügge-meier (2006), 417 ff.

⁵⁸⁰ So Wagner (2020a), § 823 BGB Rn. 997 [Hervorhebung hinzugefügt]. Genauso etwa Förster (2022), § 823 BGB Rn. 744: „Wenigstens aber müssen die Verwender [...] vor der Gefahr gewarnt werden“.

⁵⁸¹ Dazu oben § 6 III. 3. b) cc) (1).

⁵⁸² Dazu, dass es mehr im Rahmen der Learned-Hand-Formel nicht bedarf, oben § 6 III. 3. b) cc) (1).

⁵⁸³ Wagner (2020a), § 823 BGB Rn. 982; ähnlich auch Brügge-meier (2006), 419 f. Da es um ihren Produktionsprozess geht, sollte die Informationssammlung den Energieproduzenten zudem deutlich leichter fallen als den Klimaopfern und Abnehmern; die Energieproduzenten sind insofern also auch *cheapest information gatherer*; vgl. dazu schon oben § 6 II. 3. a).

⁵⁸⁴ Ebenso Leone (2011), 393, 398 f.; Olszynski, et al. (2017), 32 ff. Tendenziell schon Penalver (1998), 178, der jedoch nicht explizit auf eine Warnung, sondern allgemeiner auf eine „less dangerous marketing technique“ abstellt.

(f) Erfolgchance der Warnung

Als es um die Adressaten der Warnung ging, habe ich einen naheliegenden Einwand bereits angedeutet: Selbst wenn Klimaopfer und Stromabnehmer Mitte der 1960er Jahre von Energieproduzenten wie RWE gewarnt worden wären, hätten sie die Warnung dann befolgt? Ist es überhaupt realistisch, dass sie Eigensicherungsmaßnahmen ergriffen oder ihre Stromnutzung verringert hätten? Und was hätte das konkret gebracht? Damit ist die Erfolgchance der Warnung angesprochen, genauer: ihre Quasikausalität. Denn sobald wir die Pflichtverletzung in einer unterlassenen Warnung erblicken, ziehen wir eine zweite Kausalitätsebene ein. Es braucht nicht nur einen Kausalzusammenhang zwischen der initialen Verletzungshandlung und der Rechtsgutsverletzung (bzw. der drohenden Beeinträchtigung), im RWE-Fall also zwischen RWEs Treibhausgasemissionen und dem gesteigerten GLOF-Risiko. Nötig ist auch die hypothetische Kausalität der Warnung. Die Frage ist, ob sie hinzugedacht, der Klimaschaden entfallen wäre.⁵⁸⁵ Exemplarisch ist wiederum die Kindertee-Entscheidung: Nachdem der BGH den von den Vorinstanzen festgestellten initialen Kausalzusammenhang zwischen „Dauernuckeln“ und Kariesbildung bestätigt und dem Hersteller eine diesbezügliche Instruktionspflicht auferlegt hatte, beschäftigte er sich im zweiten Kausalitätsschritt damit, ob „die Schäden durch eine ausreichende Warnung vor dem Risiko vermieden worden wären“.⁵⁸⁶

Aber wie will man feststellen – und vor allem darlegen und beweisen – welchen Verlauf ein Geschehen genommen hätte, wenn eine Stellschraube verändert worden wäre? Bekanntlich ist damit das große Problem der Kausalität bei Unterlassen angesprochen, aber es verschärft sich bei Instruktions- und Warnpflichten noch, weil eine hypothetische Reaktion schwer bis unmöglich nachzuweisen ist.⁵⁸⁷ Menschen reagieren unterschiedlich auf Sicherheitshinweise, manche sind risikoscheu, andere risikofreudig, und für den Beklagten ist es daher recht leicht, Zweifel am klägerischen Vortrag zu säen und das Gericht zur Klageabweisung zu bewegen – womit Instruktions- und Warnpflichten de facto leerlaufen.⁵⁸⁸ Im Kindertee-Fall war genau das in der ersten Instanz passiert: Das Landgericht hatte die Klage mit dem Argument abgewiesen, dass doch gar nicht klar sei, ob die Mutter etwaige Warnhinweise beachtet hätte, zumal ihr sonstiges Verhalten einen „leichtfertige[n] Umgang mit der Gesundheit“ des

⁵⁸⁵ Vgl. generell nur *Wagner* (2020a), § 823 BGB Rn. 1022.

⁵⁸⁶ BGHZ 116, 60, 73 (Kindertee I).

⁵⁸⁷ Treffend *Wagner* (2020a), § 823 BGB Rn. 1022: „könnte den Geschädigten jedoch in eine aussichtslose Lage bringen.“

⁵⁸⁸ Diese Schutzzweck-Begründung dürfte heute entscheidend sein, näher *Meyer* (1992), 27 ff. Sie entspricht im Kern der Argumentation des BGH für die Vermutung aufklärungsrichtigen Verhaltens im Kapitalanlagerecht, dazu *Emmerich* (2022), § 311 BGB Rn. 228 ff.; zu dieser Parallele schon *Stoll* (1976), 170 f.

Kindes nahelege.⁵⁸⁹ Das wollte jedoch weder das Berufungsgericht noch der BGH gelten lassen. Während das Berufungsgericht den mühsamen Weg wählte und die Aussagen der Mutter abweichend würdigte,⁵⁹⁰ ging der BGH direkter und zugleich genereller vor. Zwar beließ er die Darlegungs- und Beweislast grundsätzlich beim Kläger, jedoch statuierte er (wie eine Folgeentscheidung es formulierte) einen „aus der Lebenserfahrung als tatsächliche Vermutung hergeleiteten Erfahrungssatz“,⁵⁹¹ nämlich „daß dann, wenn auf bestimmte Gefahren deutlich und für den Adressaten plausibel hingewiesen worden ist, dies auch beachtet worden wäre“.⁵⁹² Kurz: Bei Instruktions- und Warnpflichten greift die tatsächliche Vermutung hinweisgerechten Verhaltens.⁵⁹³ Und weil der Hersteller des Kindertees diese Vermutung nicht entkräften konnte, war dem Kläger der Nachweis der Quasikausalität gelungen.⁵⁹⁴

Wegen der engen konzeptionellen Verwandtschaft von Produzentenhaftung und Umwelthaftung liegt es nahe, jene Vermutung auch bei produktionsbezogenen Warnpflichten anzuwenden, zumal der BGH ja in der Kupolofen-Entscheidung explizit die Beweislastgrundsätze der Produzentenhaftung auf die Umwelthaftung übertragen hat.⁵⁹⁵ In Klimahaftungskonstellationen wie dem RWE-Fall müssten klagende Klimaopfer also weiterhin die Quasikausalität der Warnung darlegen und mitunter beweisen, doch streitet zumindest eine tatsächliche Vermutung hinweisgerechten Verhaltens für sie. Das ist ein nicht zu unterschätzender Startvorteil, allerdings ist selbst dann der Weg ins Ziel noch lang. Denn Klimahaftungskonstellationen weisen einen entscheidenden Unterschied zu typischen Produzentenhaftungsfällen auf. Wird vor den Krebsgefahren von Kirschkuchen gewarnt, ist sehr klar, wie ich mich verhalte: Ich esse keinen Kirschkuchen mehr. Es besteht also kein Zweifel, dass bei Befolgung der Warnung der Schaden entfällt – und zwar vollständig. In Klimahaftungskonstellationen wie dem RWE-Fall ist aber genau das nicht selbstverständlich. Da-

⁵⁸⁹ Das Urteil ist nicht veröffentlicht, ich beziehe mich hier auf die Angaben in der Berufungsentscheidung des OLG Frankfurt ZIP 1991, 374, 378.

⁵⁹⁰ Vgl. OLG Frankfurt ZIP 1991, 374, 378.

⁵⁹¹ BGH NJW 1999, 2273, 2274 (Kindertee IV).

⁵⁹² BGHZ 116, 60, 73 (Kindertee I).

⁵⁹³ Vgl. nur Förster (2022), § 823 BGB Rn. 780. In der Literatur wird die Figur der tatsächlichen Vermutung teils scharf kritisiert, prominent Prütting (1983), 50 ff.; andere wollen im Rahmen der Produzentenhaftung sogar eine echte Beweislastumkehr annehmen, namentlich Spindler (2022a), § 823 BGB Rn. 723. Zur ganz ähnlichen Debatte in den USA Leone (2011), 391 ff.

⁵⁹⁴ Da tatsächliche Vermutungen ungeschriebene Vermutungen sind, ist § 292 ZPO nach h. M. nicht anwendbar, dh. der von einer tatsächlichen Vermutung Begünstigte ist nicht von der Behauptungslast für die vermutete Tatsache befreit und die Gegenseite muss auch nicht den vollen Beweis des Gegenteils erbringen, sondern „nur“ die Erfahrungsgrundlage entkräften. Das gilt jedenfalls für die Vermutung in der Produzentenhaftung (dazu sogleich), im Übrigen sind die Ausprägungen und Wirkungen der tatsächlichen Vermutung aber sehr verschieden und umstritten, vgl. generell Laumen (2015).

⁵⁹⁵ Oben § 6 III. 3. b) cc) (2); dazu andeutungsweise schon Gerlach (1989), 103 f., 282 f.

mit stehen wir gleich vor zwei Hürden: Hat die Vermutung hinweisgerechten Verhaltens für Klimaopfer und Stromabnehmer Bestand? Und selbst wenn wir vermuten, dass Klimaopfer und Stromabnehmer die Warnung befolgt hätten, inwieweit wären dann Klimaschäden vermieden worden?

(aa) *Klimaopfer*

Beginnen wir mit den Klimaopfern selbst, und hier zunächst bei der Vermutung hinweisgerechten Verhaltens. Ob sie Bestand hat, ist natürlich immer vom Einzelfall abhängig, allerdings dürften die Chancen regelmäßig gut stehen. In der eben erwähnten Folgeentscheidung im Kindertee-Komplex hat der BGH die Anforderungen dahingehend spezifiziert, dass es an der für die Vermutung erforderlichen Erfahrungsgrundlage fehle, „wenn konkrete Umstände des Sachverhalts für das Gegenteil sprechen.“ Ähnlich wie beim ebenfalls auf Lebenserfahrung beruhenden Anscheinsbeweis seien deshalb „alle unstreitigen, festgestellten und vom Kläger selbst vorgetragenen Umstände daraufhin zu prüfen, ob sich aus ihnen bei der erforderlichen Gesamtbetrachtung ein für die zu beweisende Tatsache typischer Geschehensablauf ergibt“. ⁵⁹⁶ Anders ausgedrückt greift die Vermutung nur dann, wenn es auch im konkreten Fall der Lebenserfahrung entspricht, dass die Warnung befolgt worden wäre, wobei vor allem das Verhalten des Warnungsadressaten im Umgang mit der Gefahr zu berücksichtigen ist. ⁵⁹⁷ Im zu entscheidenden Fall meldete der BGH Zweifel an, weil die Eltern vorherige Warnungen zu einem Beiprodukt nicht beachtet hatten, sie ihr Kind trotz aufgetretener Gebisschäden weiterhin „Dauernuckeln“ ließen und sich sogar über die Anweisungen des behandelnden Zahnarztes hinweggesetzt hatten. ⁵⁹⁸

Entsprechendes lässt sich über Klimaopfer wie Lliuya aber nicht sagen. Weder widerspricht die Befolgung der Warnung der Lebenserfahrung noch gibt das Verhalten im Umgang mit der Gefahr gegenteilige Anhaltspunkte. Das zeigt sich schon daran, dass viele Klimaopfer, aufgerüttelt durch die intensivierete öffentliche Klimadebatte, in jüngerer Zeit Eigensicherungsmaßnahmen ergriffen haben. ⁵⁹⁹ So auch Lliuya, der kürzlich die Außenmauern seines Wohnhauses verstärkt und ein zweites Stockwerk als Rückzugsort aufgesetzt hat. Legt man dieses Verhalten zugrunde, ist ein lebensnaher Schluss möglich: ⁶⁰⁰ Wenn sich Klimaopfer infolge der aktuellen Klimadiskussion „hinweisgerecht“

⁵⁹⁶ BGH NJW 1999, 2273, 2274 (Kindertee IV); allgemein zur Lebenserfahrung als Grundlage der tatsächlichen Vermutung *Laumen* (2015), 3 f.

⁵⁹⁷ In diesem Sinne auch *Meyer* (1999), 1323.

⁵⁹⁸ BGH NJW 1999, 2273, 2274 f. (Kindertee IV).

⁵⁹⁹ Näher IPCC (2017), 7 ff., 20 ff.; *Bowser* (2018), 497 ff., speziell zur *property-level flood risk adaptation* (PLFRA) *Attems, et al.* (2020).

⁶⁰⁰ Zur Schlussfolgerungstechnik i. R. d. tatsächlichen Vermutung *Musielak* (2010), 563; *Laumen* (2015), 3.

verhalten, spricht viel dafür, dass sie es auch bei frühzeitigen Warnungen getan hätten.⁶⁰¹ Erst recht weil die Warnung nicht von irgendwem, sondern mit Energieproduzenten wie RWE ausgerechnet von den besonders glaubwürdigen Profiteuren fossiler Energieerzeugung gekommen wäre.⁶⁰²

Aber selbst wenn Klimaopfer Warnungen ab Mitte der 1960er Jahre befolgt hätten, wäre die Rechtsgutsverletzung (bzw. drohende Beeinträchtigung) dann vermieden worden? Speziell im RWE-Fall hätten frühzeitige Eigensicherungsmaßnahmen schließlich nichts daran geändert, dass RWE weiter emittiert, die Temperaturen steigen, der Hausgletscher schmilzt, der Pegel des Gletschersees anschwillt und für Lliuyas Stadtteil ein hohes GLOF-Risiko besteht. All das stimmt, aber es unterschlägt einen für Klimaopfer zentralen Punkt, der teilweise schon oben im Präventionskontext zur Sprache kam: Hinsichtlich eines Schadensrisikos macht es nicht nur einen Unterschied, wie sich das Risiko über die Zeit entwickelt, ob es konstant bleibt, ansteigt oder sinkt.⁶⁰³ Entscheidend ist auch, wie lange es besteht.⁶⁰⁴ Je länger ich etwa ungeschützt einem hohem GLOF-Risiko ausgesetzt bin, desto wahrscheinlicher, dass ein Auslöserereignis in Form einer Lawine eintritt und ich samt meinem Wohnhaus hinweggeschwemmt werde.⁶⁰⁵ Je früher daher Eigensicherungsmaßnahmen ergriffen werden, desto eher wird das persönliche Schadensrisiko vermindert – und selbst wenn damit nicht das Risiko als solches aus der Welt ist, kann zumindest das Ausmaß der drohenden Schäden begrenzt werden.⁶⁰⁶ Angewandt auf den RWE-Fall wäre das Lliuya drohende Schadensausmaß also nicht erst durch die kürzlich vorgenommen Eigensicherungsmaßnahmen, sondern von Anbeginn deutlich reduziert worden. Von vornherein hätten verstärkte Mauern die Gefahr der Totalzerstörung des Wohnhauses abgemildert, ein zusätzliches Stockwerk schwere Gesundheitsverletzungen oder Ertrinken gar größtenteils ausgeschlossen.

⁶⁰¹ Dass diese Warnung als Gefahrenverdacht mit Unsicherheiten behaftet gewesen wäre, ändert daran nichts, denn Adressaten von Katastrophenwarnungen können durchaus mit Unsicherheiten umgehen, sofern diese nachvollziehbar kommuniziert werden, vgl. die systematische Auswertung der empirischen Studien bei *Sharma/Patt* (2012), 416 ff.

⁶⁰² Ebenso *Leone* (2011), 388, 403. Zur großen Bedeutung der Glaubwürdigkeit des Warnenden in Katastrophenszenarien vgl. die systematische Auswertung der empirischen Literatur von *Sorensen* (2000), 122 f. Die Warnung durch (private) Profiteure wird umso wichtiger, wo – wie in Huaraz – das Vertrauen in staatliche (Warn-)Stellen gering ist, näher *Huggel, et al.* (2020), 2181 ff.

⁶⁰³ Oben § 6 II. 2. c).

⁶⁰⁴ Im Umwelt- und Katastrophenschutz spricht man hier von der Expositionsdauer, also dem Zeitraum des unmittelbaren Ausgesetztseins gegenüber gefährdenden Bedingungen, der eine Grundlage für die Ermittlung der Eintrittswahrscheinlichkeit bildet, vgl. *Bundesinstitut für Risikobewertung* (2010), 25 ff., 64 ff. Zur Bedeutung der Dauer von Risiken vgl. auch *Wilhelmi* (2009), 158 ff.

⁶⁰⁵ Vgl. zur Zeitkomponente innerhalb des GLOF-Risikos *Raetzo, et al.* (2002), 266 f.

⁶⁰⁶ Ebenso *Grossman* (2003), 17 ff.

Darüber hinaus spricht einiges dafür, dass befolgte Warnungen ab Mitte der 1960er Jahren nicht nur das Schadensausmaß frühzeitig begrenzt hätten, sondern viele Klimaschäden gleich ganz vermieden worden wären. Aktuell lässt sich beobachten, dass erste Klimaopfer infolge der intensivierten öffentlichen Klimadiskussion schweren Herzens ihren Lebensmittelpunkt in weniger bedrohte Gebiete verlegen.⁶⁰⁷ Das lässt wiederum einen Schluss auf die Vergangenheit zu: Angesichts der Reaktion im Jetzt besagt die Lebenserfahrung, dass einige Klimaopfer bei frühzeitiger Warnung von vornherein den Gefahrenbereich verlassen oder gemieden hätten. Legt man die plausible Annahme zu Grunde, dass die tiefe soziale Verwurzelung, die vielen Klimaopfern heute den Rückzug aus dem Gefahrengebiet so schwer macht, bei frühzeitiger Sensibilisierung für die örtlichen Klimagefahren weniger tief wäre,⁶⁰⁸ dürften etliche Bedrohlagen nicht mehr bestehen oder wären niemals entstanden. Das zeigt sich durchaus exemplarisch im RWE-Fall: Das überflutungsgefährdete Wohnhaus wurde Mitte der 1980er Jahre vom Vater gebaut, Lliuya ist darin aufgewachsen, nun bewohnt er es mit seiner eigenen Familie.⁶⁰⁹ Zwar ist es natürlich nicht sicher, dass eine frühzeitige Warnung an alldem etwas geändert hätte. Aber es ist durchaus lebensnah, dass der Vater den als besonders klimagefährdet identifizierten Standort gemieden hätte bzw. Lliuya zumindest ein Umzug leichter fallen würde.⁶¹⁰

(bb) Stromabnehmer

Bezüglich der Stromabnehmer ist die Situation weniger eindeutig, allerdings dürfte auch hier die Vermutung hinweisgerechten Verhaltens regelmäßig Bestand haben. Jedenfalls ist die Befolgung der Warnung nicht per se lebensfremd, weil nicht die Stromabnehmer selbst, sondern Dritte – die Klimaopfer – entscheidend davon profitiert hätten. Das zeigt sich schon daran, dass die Vermutung just im Lichte dieser Konstellationen geschaffen wurde – die Kindertee-Fälle betreffen hinweisgerechtes Verhalten der Eltern zum Schutz ihrer Kinder. Diesbezüglich könnte man natürlich einwenden, dass die Beziehung zwischen Eltern und Kindern unvergleichlich eng ist und die Eltern deshalb die Warnung befolgen. Doch auch im oben erwähnten Überrollbügel-Fall, wo man kaum von einer ähnlich engen Beziehung zwischen dem zu warnenden Monteur und dem

⁶⁰⁷ Eingehend *Worldbank* (2018), 17 ff.

⁶⁰⁸ Speziell für das GLOF-Risiko in Huaraz *Huggel, et al.* (2020), 2181 ff.

⁶⁰⁹ Vgl. klägerischer Schriftsatz v. 29.9.2016, 50 (abrufbar auf: <https://germanwatch.org/de/14198>).

⁶¹⁰ Dagegen lässt sich nicht einwenden, dass jener Standort immer flutgefährdet war (und ja auch in der Vergangenheit mehrmals überflutet wurde). Denn es macht einen erheblichen Unterschied, ob ich bei der Ansiedlung weiß, dass in dem Gebiet das Überflutungsrisiko perspektivisch deutlich ansteigt. Vgl. zur gegenwärtig zurückgehenden Ansiedlung in klimagefährdeten Gebieten *Worldbank* (2018), 17 ff.

gefährdeten Bauern sprechen kann, ging der BGH unproblematisch davon aus, dass Monteure drittschützende Sicherheitshinweise befolgen.⁶¹¹ Das ist auch plausibel, und zwar nicht nur, weil Monteure sonst selbst schadensersatzpflichtig sein könnten.⁶¹² Denn ohne an dieser Stelle die verzweigte Altruismus-Debatte zu bemühen, entspricht es doch zumindest der (experimentell bestätigten) Lebenserfahrung, dass Menschen durchaus von sich aus Anstrengungen unternehmen, um Gefahren von unbekanntem Dritten abzuwenden.⁶¹³

Freilich ist das mit Blick auf Stromabnehmer besonders fraglich, weil sie sich zum Schutz der Klimaopfer nicht nur kurzfristig anstrengen, sondern dauerhaft ihren Stromverbrauch hätten reduzieren müssen. Wie wir oben gesehen haben, lief in einer Zeit quasi alternativloser fossiler Stromproduktion die Befolgung der Warnung auf Nutzungsreduktion hinaus, und weniger Strom bedeutet regelmäßig weniger Annehmlichkeiten. Aber nur weil hinweisgerechtes Verhalten mit Entsagung einhergeht, ist es noch lange nicht lebensfremd. Dass dies selbst dann gilt, wenn der eigene Lebensstil typischerweise nicht einmal im Ansatz auf Entsagung oder Zurückhaltung ausgerichtet ist, zeigt der Baggersee-Fall, auf dessen Grundlage der BGH später die Vermutung hinweisgerechten Verhaltens entwickelt hat.⁶¹⁴ Der BGH sah den Pächter für den Ertrinkungstod eines Kindes verantwortlich, weil er nicht durch Hinweisschild vor der gefährlichen Badestelle gewarnt hatte. Daran änderte auch nichts, dass das Kind gerade einmal acht Jahre alt war und (worauf der Pächter im Verfahren wiederholt hinwies) wie die meisten Kinder wohl kaum wegen eines Warnschildes auf den großen Badespaß verzichtet hätte. Denn auch bei typischerweise nicht zu Zurückhaltung neigenden Kindern müsse davon ausgegangen werden, „daß solche Warn- und Hinweisschilder zur Abwehr von Gefahren, vorausgesetzt sie sind in ihrer Aussage klar und verständlich, auch beachtet werden.“⁶¹⁵ Gewiss lässt sich kindlicher Badespaß kaum mit Stromverbrauch vergleichen. Aber jedenfalls steht der Baggersee-Fall für den Gedanken, dass hinweisgerechtes Verhalten selbst dann anzunehmen ist, wenn es für den Warnungsadressaten

⁶¹¹ BGH NJW 1986, 1863, 1864. Spiegelbildlich zu unserem Schluss von gegenwärtigem auf früheres Befolgungsverhalten, schloss der BGH von früherem Verhalten (Befolgen der ursprünglich unrichtigen Sicherheitshinweise) auf späteres Verhalten (Befolgen der per Warnung klargestellten Sicherheitshinweise). Im Fall hatte das Berufungsgericht über das frühere Verhalten aber keine Feststellungen getroffen, weshalb der BGH zurückverwies.

⁶¹² Im Fall waren Monteur und verunglückter Bauer nicht vertraglich verbunden. Der BGH (ebd., 1864) argumentierte daher nicht aus einer Pflichten-, sondern aus einer Gefahrsteuerungsperspektive, weil „die für die Benutzer angestrebte Sicherheit dann nicht gewährleistet werden kann, wenn die Anleitungen für den An- bzw. Einbau [von Monteuren] nicht beachtet werden.“

⁶¹³ Vgl. die noch heute wegweisende systematische Literaturauswertung durch *Fehr/Fischbacher* (2003); zur konzeptionellen Debatte die jüngste Auswertung durch *Pfafftheicher, et al.* (2022).

⁶¹⁴ Vgl. BGHZ 116, 60, 73 (Kindertee I).

⁶¹⁵ BGH NJW-RR 1989, 219, 220.

Zurückhaltung oder Verzicht bedeutet und beides eigentlich nicht dem typischen Lebensstil entspricht.⁶¹⁶

Letztlich ist der springende Punkt bei Stromabnehmern aber derselbe wie bei Klimaopfern. Auch wenn an sich wenig dafür spricht, Anstrengungen oder gar Verzicht zu üben, um vor allem Schäden von unbekanntem Dritten in fernen Ländern abzuwenden – wie wir im Rahmen der Lieferkettenverantwortlichkeit noch ausführlich besprechen werden, tun immer mehr Konsumenten genau das.⁶¹⁷ Zwar ist heute gut verstanden, dass gerade der Klimawandel überhaupt nur so gefährlich werden konnte, weil Menschen lange Zeit nicht oder nur unzureichend bereit waren, ihren eigenen Lebens- und Konsumstandard zugunsten einer diffusen globalen Gefahr umzustellen.⁶¹⁸ Aber weil die öffentliche Diskussion in den letzten Jahren immer lauter und der Klimawandel mit Hitzesommern und Überschwemmungen auch hierzulande erfahrbar geworden ist, nimmt nicht nur das Klimabewusstsein der Bevölkerung kontinuierlich zu.⁶¹⁹ Laut der jüngsten Umweltbewusstseinsstudie des Umweltbundesamts sparen auch rund drei Viertel der Befragten gezielt Energie ein und mehr als die Hälfte bezieht teureren Ökostrom (oder zieht dies zumindest in Erwägung).⁶²⁰ Was sich durchaus in den Verbrauchszahlen niederschlägt, zumal auch industrielle Abnehmer wie die Deutsche Bahn oder Ikea vermehrt auf fossile Energie verzichten: Der Stromverbrauch ist deutschlandweit seit 2008 rückläufig und auch der Marktanteil von Ökostrom ist seither von 8 % auf 28 % gestiegen.⁶²¹ Und

⁶¹⁶ Ähnlich Meyer (1999), 1322f. am Bsp. der Feuerwerkskörper-Urteile BGH NJW 1998, 2436; 1998, 2905, in denen der BGH ebenfalls (unausgesprochen) davon ausging, dass junge Kinder Warnungen vor spaßigen Feuerwerkskörpern befolgen. Auch im Dieselskandal-Komplex geht der BGH „nach den Regeln der allgemeine Lebenserfahrung“ davon aus, dass bei Kenntnis der Abschaltautomatik auf die zahlreichen Vorteile des Fahrzeugs (insb. niedrigerer Verbrauch/Unterhaltskosten) verzichtet und das betreffende Fahrzeug nicht erworben worden wäre, vgl. BGHZ 225, 316 Rn. 48ff.

⁶¹⁷ Vgl. die systematischen Auswertungen der jüngeren sozialwissenschaftlichen Forschung durch Carrington, et al. (2021) und Hassan, et al. (2022); dazu noch unten § 7 II. 1. b).

⁶¹⁸ Instruktiv Gardiner (2011), 49ff.

⁶¹⁹ In den zweijährlichen Erhebungen des Umweltbundesamtes stieg der Anteil der Befragten, die Umwelt- und Klimaschutz als sehr wichtiges Thema einordnen, von 31 % im Jahr 1998 auf 65 % im Jahr 2020. In anderen Studien ist ein ähnlicher Anstieg zu verzeichnen, wobei vor allem der Klimawandel zunehmend das Umweltbewusstsein dominiert (während etwa in den 1980er Jahren, als das Umweltbewusstsein ähnlich hoch war wie heute, Ozonloch und Waldsterben im Vordergrund standen), näher Schipperges (2020), 18ff.

⁶²⁰ Umweltbundesamt (2021), 19f. Unter Ökostrom wird dabei ein Stromtarif verstanden, der aufgrund von Ökostrom-Labeln oder Strom-Kennzeichnung als Stromtarif mit besonderer Relevanz des Anteils bzw. der Förderung erneuerbarer Energiegewinnung ausgewiesen und gesondert vertrieben wird. Vgl. zum Energiesparverhalten im Haushalt auch die systematische Literaturauswertung durch Reid, et al. (2010).

⁶²¹ Bundesnetzagentur/Bundeskartellamt (2020), 53ff., 300ff. Obwohl zwischen ökologischer Einstellung und Umsetzung noch immer eine erhebliche Lücke klafft (sog. attitude-behavior gap), lässt sich auch jenseits des Energiesektors verstärkt beobachten, dass Konsumenten „grün“ oder „ethisch“ hergestellte Produkte konventionellen Produkten vorziehen, vgl. die systematische Auswertung der empirischen Forschung durch Joshi/Rahman (2015).

angesichts dieser Entwicklung kann dann für Stromabnehmer nichts anderes gelten als für Klimaopfer: Wenn sich Stromabnehmer im Jetzt „hinweisgerecht“ verhalten und ihren fossilen Energieverbrauch im Interesse einer sie eher peripher tangierenden globalen Gefahr reduzieren, ist es gerade Ausdruck der Lebenserfahrung, dass sie es auch in der Vergangenheit getan hätten. Zwar ist natürlich nicht sicher, dass Warnungen ab Mitte der 1960er Jahre die heutige Entwicklung vorweggenommen hätten. Aber wenn man bedenkt, dass just in diesem Zeitraum Umweltthemen in der Bevölkerung immer wichtiger wurden⁶²² und es überdies einen entscheidenden Unterschied machen dürfte, dass nicht irgendwer, sondern mit Energieproduzenten wie RWE ausgerechnet die besonders glaubwürdigen Profiteure fossiler Stromerzeugung vor den Klimagefahren gewarnt hätten,⁶²³ ist es durchaus plausibel, dass eine deutliche Warnung schon damals Stromabnehmer zu Nutzungsreduktionen bewogen hätte.⁶²⁴ Zumal auch sozialwissenschaftliche Forschungsergebnisse zeigen, dass „grünes“ Konsumverhalten vor allem dann eintritt, wenn die ökologischen Folgewirkungen klar und verständlich aufgezeigt werden.⁶²⁵

Indes stellt sich dann die Anschlussfrage nach den Konsequenzen in voller Schärfe. Selbst wenn sich gut begründen lässt, dass die Vermutung hinweisgerechten Verhaltens regelmäßig auch für Stromabnehmer Bestand hat und sie lebensnah die Warnung befolgt hätten – sie hätten dann nicht die Stromnutzung eingestellt, sondern eben „nur“ reduziert. Folglich hätten Energieproduzenten wie RWE weiterhin fossile Brennstoffe verbrannt, die Treibhausgaskonzentration der Atmosphäre wäre weiterhin gestiegen, die Temperaturen wären weiterhin geklettert und so weiter – nur alles eben weniger. Und um wieviel weniger lässt sich sehr schwer beziffern, weil schon die Ausgangsgröße spekulativ bleiben dürfte.⁶²⁶ Denn in welchem Umfang die Stromabnehmer ihre Nutzung reduziert und so Treibhausgase verhindert hätten, lässt sich anhand der historischen und aktuellen Emissionsmengen allenfalls grob überschlagen. Nehmen wir RWE: Um den Stromverbrauch der Abnehmer zu decken, hat RWE 1965 laut den Buchhaltungsstudien von Heede 107 Millionen Tonnen Treibhausgase erzeugt. Wohl nicht zuletzt weil RWE die Stromnachfrage mit Werbekampag-

⁶²² Instruktiv Grober (2013), 23 ff.; eingehend Hünemörder (2004), 114 ff.

⁶²³ Ebenso Leone (2011), 388, 403; für insoweit ähnliche Lieferkettenkonstellationen auch Geistfeld (2019), 159. Zur großen Bedeutung der Glaubwürdigkeit des Warnenden vgl. wiederum die systematische Auswertung der empirischen Literatur bei Sorensen (2000), 122 f. Auch im Kindertee-Komplex stellt der BGH erkennbar darauf ab, dass die Warnung durch den profitierenden Hersteller von anderer Qualität ist, als wenn lediglich „in den Medien über das Baby-bottle-Syndrom berichtet [wird]“, vgl. BGH NJW 1994, 932, 933 (Kindertee II).

⁶²⁴ Im US-Kontext ebenso Leone (2011), 396 ff., 403; grundsätzlich auch Grossman (2003), 42 f.

⁶²⁵ Vgl. die systematische Auswertung der empirischen Literatur durch Joshi/Rahman (2015), 133, 138; speziell für die Klimafolgen des Konsumverhaltens Polonsky, et al. (2011).

⁶²⁶ So insb. Grossman (2003), 43.

nen gezielt gesteigert hat, waren es zehn Jahre später schon 145 Millionen. 2008, mit Beginn des deutschlandweiten Rückgangs des Stromverbrauchs, emittierte RWE 128 Millionen Tonnen Treibhausgase; die aktuellste Zählung von 2018 steht bei 117 Millionen Tonnen.⁶²⁷ Dieser Abwärtstrend soll sich weiter beschleunigen, bis 2040 will RWE die fossile Stromerzeugung vollständig einstellen.⁶²⁸ Nimmt man diesen drastischen Rückgang innerhalb von rund drei Jahrzehnten als Muster für die Entwicklung bei befolgter Warnung Mitte der 1960er Jahre, hätte RWE bereits kurz vor der Jahrtausendwende keine fossilen Brennstoffe mehr verfeuert. Unter dem Strich könnte man so näherungsweise von einer mindestens halbierten historischen Emissionsmenge ausgehen – und entsprechend geringer wäre dann RWEs Temperaturbeitrag zur globalen Erwärmung.

Dass eine derartige Rechnung gleich mehrfach Widerspruch provoziert, liegt auf der Hand. Zunächst könnte man grundsätzlich einwenden, dass selbst wenn man sie akzeptierte, der Klimaschaden durch die Warnung der Stromabnehmer nicht entfallen wäre. Denn wie oben gesehen, geht ja mit 0,321 % nur ein Bruchteil der globalen Erwärmung auf RWEs Treibhausgasemissionen zurück⁶²⁹ und folglich hätte sich auch durch entsprechende Nutzungsreduktionen der RWE-Stromabnehmer am hohen GLOF-Risiko wenig bis nichts geändert.⁶³⁰ Dieser Gedanke greift aber schon deshalb nicht durch, weil die Perspektive zu breit ist: Natürlich können Nutzungsreduktionen der RWE-Stromabnehmer weder Klimawandel noch hohes GLOF-Risiko verhindern, denn selbst wenn sie ab Mitte der 1960er Jahre überhaupt keinen Strom mehr bezogen und RWE keinerlei Treibhausgase mehr ausgestoßen hätte, wäre allenfalls der seither auf RWE zurückgehende 0,321 %ige Verursachungsanteil entfallen. Fragen wir im Rahmen der Quasikausalität, ob der Schaden bei befolgter Warnung nicht bestünde, kann es bei einem vielgliedrigen Schaden also von vornherein nur um den Schadensteil gehen, auf den der Warnungsadressat Einfluss nehmen kann. Fordert die Warnung Nutzungsreduktion, ist Bezugspunkt allein der Schadensanteil, den folgsame Stromabnehmer beeinflusst hätten. Im RWE-Fall kommt es daher nicht darauf an, ob das gesteigerte GLOF-Risiko als solches verhindert

⁶²⁷ Vgl. Heede (2014), Ergänzende Materialien, 6 sowie die fortlaufend aktualisierten Daten für RWE auf <https://climateaccountability.org/carbonmajors.html>. Genaugenommen ist nicht völlig klar, dass jene Emissionen ausschließlich bei der Stromerzeugung angefallen sind, denn Heede (der ja die Produktionsmengen der Brennstoffe als Berechnungsgrundlage heranzieht) unterscheidet nicht zwischen direkten (also in eigenen Kraftwerken erzeugten) und indirekten (also insb. durch Verfeuerung der verkauften Brennstoffe durch Dritte bewirkten) Emissionen. Weil RWE aber nur einen kleinen Bruchteil der produzierten Kohle an Dritte veräußert, dürfte die bei der Kohleverstromung angefallene Emissionsmenge den von Heede angesetzten sehr nahekommen; zum Ganzen schon oben § 6 II. 1. a) aa) und III. 2. d) cc) (1).

⁶²⁸ RWE-Group (2020c), 2f.

⁶²⁹ Oben § 6 II. 1. b).

⁶³⁰ So für Großemittenten generell Grossman (2003), 43.

worden wäre, sondern inwieweit Nutzungsreduktionen den auf RWE entfallenden 0,321 %igen Schadensteil verhindert hätten.⁶³¹ Und dann wäre auf Basis obiger Rechnung eben mindestens die Hälfte jenes Schadensteils weggefallen – wobei freilich schon zweifelhaft sein könnte, ob in einer Welt, in der prominent vor der Nutzung fossilen Stroms gewarnt wurde, das GLOF-Risiko überhaupt von mittel auf hoch gestiegen wäre.

Bleibt der Widerspruch gegen die Rechnung selbst. Ist es überhaupt möglich, den aktuellen Rückgang der Treibhausgasemissionen als Vorbild für den hypothetischen Rückgang bei befolgter Warnung Mitte der 1960er Jahre zu nehmen? Steht der gegenwärtige Rückgang nicht vor allem für die technologischen Sprünge der erneuerbaren Energien, die wie gesehen Mitte der 1960er Jahre noch lange nicht serienreif waren?⁶³² Inwiefern lässt sich Stromverbrauch zeitlich vergleichen, wenn er doch entscheidend von den eingesetzten Geräten und Maschinen abhängt, die sich heute fundamental zu damals unterscheiden? Ist nicht zuletzt die Zahl der Stromabnehmer bedeutend, die heute schon wegen des Bevölkerungswachstums eine andere ist als ein halbes Jahrhundert zuvor? Diese und ähnliche Einwände sind kaum zu entkräften, zumal die Liste sich leicht fortsetzen ließe. Allerdings ist rechtlich dann die entscheidende Frage, wer die Einwände vor Gericht entkräften muss, genauer: wer im Einzelnen belegen muss, in welchem Umfang die Warnung Klimaschäden verhindert hätte.

Eingangs dieses Abschnitts haben wir gesehen, dass grundsätzlich der Kläger die Quasikausalität der Warnung darlegen und mitunter beweisen muss, dabei allerdings die tatsächliche Vermutung hinweisgerechten Verhaltens für ihn streitet. Die Begründung dafür war einleuchtend: Gäbe es die Vermutung nicht, wäre es für den Beklagten ein Leichtes, beim Gericht Zweifel an der Befolgung des Hinweises zu wecken.⁶³³ Dieser Gedanke für das Ob der Befolgung greift aber erst recht für das Wie. Denn bei einer hypothetischen Reaktion lässt sich nicht nur kaum belegen, dass sie überhaupt erfolgt wäre. Wohl noch schwerer fällt der Nachweis, wie man sich konkret verhalten hätte. Dies gilt vor allem für Fälle, wo der Hinweis nicht auf einen Nutzungsstopp, sondern auf das rechte Maß der Nutzung abzielt. Wäre etwa Kirschkuchen nur in großen Dosen und nicht generell krebserregend und hätte der Hersteller einen entsprechenden Gefahrenhinweis versäumt, könnte er im Prozess versuchen zu argumentieren, dass Kirschkuchen nun einmal lecker ist und deshalb unklar bliebe, wie genau ein etwaiger Hinweis befolgt und in welchem Umfang ein Krebsbefall vermie-

⁶³¹ Das ist auch der Ansatz des BGH in Folgeentscheidungen des Kindertee-Komplexes, in denen die kariesgeschädigten Kinder nicht nur den Tee eines Herstellers, sondern verschiedene zuckerhaltige Getränke „dauernuckelnd“ konsumiert hatten, vgl. etwa BGH NJW 1994, 932, 934 (Kindertee II): „Ihre Verantwortlichkeit reicht nur so weit, wie Gefahren von ihrem Tee ausgingen.“ Dazu auch noch sogleich im Text.

⁶³² Oben § 6 III. 3. b) cc) (2) (b).

⁶³³ Oben § 6 III. 3. b) cc) (2) (f).

den worden wäre. Und angesichts des Umstands, dass das konkrete Nutzungsverhalten und der damit zusammenhängende Schadensumfang von vielerlei Variablen abhängt – wie sehr mag ich Kirschkuchen, was sind meine sonstigen Essgewohnheiten, wie hoch ist mein generelles Krebsrisiko? – dürfte der Kuchenhersteller damit häufig Erfolg haben.⁶³⁴ Würde man hier stehenbleiben, zeigte sich dasselbe Bild wie beim Ob der Befolgung: Instruktions- und Warnpflichten wären de facto wirkungslos.⁶³⁵

Freilich hat der BGH in der Kindertee-Entscheidung auch das schon gesehen. Lesen wir dazu die relevante Passage nochmals genauer: Beim Aspekt, „daß die Schäden durch eine ausreichende Warnung vor dem Risiko vermieden worden wären“, wird vermutet „daß dann, wenn auf bestimmte Gefahren deutlich und für den Adressaten plausibel hingewiesen worden ist, dies auch beachtet worden wäre“.⁶³⁶ Dass Schäden durch eine ausreichende Warnung *vermieden* und *diese* auch beachtet worden wäre. Der Bezugspunkt der Vermutung ist also ein doppelter: Es wird nicht nur vermutet, dass der Warnungsadressat die Hinweise befolgt hätte. Weil es ja Aufgabe des Produzenten ist, durch plausible und deutliche Hinweise so ausreichend zu warnen, dass Schäden vermieden werden, wird auch vermutet, dass der Warnungsadressat die Hinweise ausreichend umgesetzt und so Schäden *vollständig* vermieden hätte.⁶³⁷ Und wo die ausreichende Umsetzung das rechte Maß der Nutzung betrifft, wird vermutet, dass der Warnungsadressat sein Nutzungsverhalten entsprechend angepasst hätte. Genau das war der Knackpunkt im Kindertee-Fall: Nicht der Genuss des Kindertees als solcher führte zum Kariesbefall, sondern das exzessive „Dauernuckeln“, die „längere Einwirkung“ und „übermäßige [...] Anwendung“. Dementsprechend

⁶³⁴ Diese Nachweisprobleme bestehen auch und gerade bei „grünem“ Konsumverhalten, das von einer Vielzahl individueller, kontextueller und sozialer Faktoren beeinflusst wird, vgl. die Systematisierung bei *Joshi/Rabman* (2015), 132 ff.

⁶³⁵ Das entspricht wiederum der Argumentation des BGH für die Vermutung aufklärungsrichtigen Verhaltens im Kapitalanlagerecht: Hier hatte der XI. Senat lange die Linie vertreten, dass die Vermutung nur eingreift, wenn der Anleger bei gehöriger Aufklärung vernünftigerweise nur *eine* Handlungsalternative gehabt hätte – namentlich bei extremen Spekulationsgeschäften das Anlageprodukt gar nicht zu erwerben (ähnlich wie den generell krebseregenden Kuchen gar nicht zu konsumieren). Stellten sich dem Anleger – wie bei verschwiegener Rückvergütungen – dagegen viele Handlungsalternativen, sollte die Vermutung wegen der Vielzahl von Reaktionsoptionen nicht eingreifen. Davon rückte der Senat in BGHZ 193, 159 ausdrücklich ab. Weil es dem Anleger „auch – oder erst recht – in solchen Fällen“ schwer fällt, seine genaue Reaktion bei ordnungsgemäßer Aufklärung darzulegen und der Aufklärungspflichtige dann im Ergebnis wenig zu befürchten hätte, wird „der Zweck der Aufklärungs- und Beratungspflichten [...] nur erreicht [...], wenn Unklarheiten, die durch eine Aufklärungspflichtverletzung bedingt sind, zu Lasten des Aufklärungspflichtigen gehen, dieser die Nichtursächlichkeit seiner Pflichtverletzung also zu beweisen hat“ (Rn. 35f.).

⁶³⁶ BGHZ 116, 60, 73 (Kindertee I).

⁶³⁷ Im Kapitalanlagerecht entspricht dies dem Gedanken, dass der Anleger bei aufklärungsrichtigem Verhalten das Anlageprodukt *gar nicht* erworben hätte, vgl. nur *Emmerich* (2022), § 311 BGB Rn. 229f.

hätte der Hersteller die Eltern zur richtigen, Kariesbefall ausschließenden Nutzung des Tees instruieren müssen, etwa durch entsprechende „Mengenbegrenzungen“ in den Zubereitungshinweisen, wie es im Urteil heißt.⁶³⁸ Und welche Nutzungsreduktion die Eltern dann konkret ergriffen hätten und in welchem Umfang Kariesschäden bei den Kindern tatsächlich verhindert worden wären, ist nicht im Einzelnen vom Kläger darzulegen. Weil ein pflichtgemäß agierender Hersteller das rechte, Kariesschäden vermeidende Nutzungsmaß vorgegeben hätte und vermutet wird, dass die Eltern diesem rechten Maß gefolgt wären, wäre bei hinweisgerichtetem Verhalten der Kariesbefall vollständig vermieden worden. Inwieweit das Nutzungsverhalten der Eltern trotz unterstellter Warnung Einfluss auf den Schadensumfang hatte, ist deshalb keine Frage der Quasikausalität mehr, sondern des „Mitverschulden[s] bei der Schadensabwendung und Schadensminderung“, für das der Hersteller die volle Beweislast trägt – und weil der Teehersteller damit nicht durchdrang, sprach der BGH Schadensersatz für den gesamten Kariesbefall zu.⁶³⁹ Dagegen muss von Klägerseite der Quasikausalzusammenhang zwischen befolgter Warnung und Schadensumfang nur dann detailliert aufgeschlüsselt werden, wenn die Vermutung hinweisgerichten Verhaltens im konkreten Fall nicht eingreift. Das zeigt wiederum die erwähnte Folgeentscheidung im Kindertee-Komplex, wo der BGH wegen des generell sorglosen Verhaltens der Eltern am Eingreifen der Vermutung gezweifelt und zurückverwiesen hatte. Sofern das Berufungsgericht nach umfassender Würdigung dennoch auf eine Quasikausalität der Warnung erkennen „und die Einstandspflicht der Bekl. für einen Teil der Schäden der Kl. bejahen sollte“, schließt das Urteil, „wird es auch den Feststellungsausspruch im Urteilstenor auf diesen Schadensteil zu begrenzen haben.“⁶⁴⁰

Angewandt auf Klimahaftungskonstellationen wie den RWE-Fall folgt daraus: Weil hier die Vermutung hinweisgerichten Verhaltens wie gezeigt regelmäßig Bestand haben dürfte, müssen nicht klagende Klimaopfer wie Lliuya im Einzelnen belegen, inwiefern gewarnte Stromabnehmer ihren Verbrauch reduziert hätten und in welchem Umfang dann Schäden entfallen wären.⁶⁴¹ Da ein pflichtgemäß agierender Energieproduzent das rechte, Klimaschäden vermeidende Nutzungsmaß vorgegeben hätte und vermutet wird, dass die Stromabnehmer diesem rechten Maß gefolgt wären, wäre bei hinweisgerichtetem Verhal-

⁶³⁸ BGHZ 116, 60, 66f. (Kindertee I).

⁶³⁹ BGHZ 116, 60, 74f. (Kindertee I). Bei Lichte besehen legt der BGH über die Vermutung hinweisgerichten Verhaltens dem Produzenten also den Einwand der fehlenden Kausalität der *Pflichtverletzung* auf, was in der Literatur vielfach gefordert wird, vgl. schon *Hanau* (1971), 142; *Brüggemeier* (2006), 416f. Auch das entspricht dem Kapitalanlagerecht, wo der Aufklärungspflichtige „die Nichtursächlichkeit seiner Pflichtverletzung [...] zu beweisen hat“, vgl. BGHZ 193, 159 Rn. 35.

⁶⁴⁰ BGH NJW 1999, 2273, 2275 (Kindertee IV).

⁶⁴¹ Im US-Kontext (mit knapper Begründung) auch *Leone* (2011), 400 ff.; für insoweit ähnliche Lieferkettenkonstellationen ähnlich *Geistfeld* (2019), 161 ff.

ten der auf den jeweiligen Energieproduzenten entfallende Schadensteil vollständig verhindert worden. Zweifel und Widersprüche in der obigen Rechnung sind also nicht das Problem klagender Klimaopfer. Wollen Energieproduzenten wie RWE die fehlende Quasikausalität der Warnung einwenden, müssen sie die Vermutung hinweisgerechten Verhaltens entkräften. Es ist an ihnen näher aufzuschlüsseln, in welchem Umfang der Schaden auch bei befolgter Warnung bestanden hätte. Sofern sie daran scheitern (was angesichts der geschilderten Berechnungsprobleme häufig der Fall sein dürfte), bleibt es bei der schätzungsweisen Bestimmung des Haftungsanteils nach Maßgabe des § 287 ZPO, was ich im Rahmen der Kausalität bereits näher erläutert habe.⁶⁴² Kann also etwa RWE keine genaueren Angaben zum Umfang des GLOF-Risikos bei erfolgter Warnung liefern, sollte eine Richterin schätzungsweise von dem Anteil ausgehen, den breit akzeptierte klimawissenschaftliche Ermittlungsmethoden als RWEs Verursachungsbeitrag identifiziert haben – besagte 0,321 %.

Auch das ist schon aus dem Kindertee-Komplex bekannt: In späteren Verfahren hatten die kariesgeschädigten Kinder nicht nur den Tee eines Herstellers, sondern verschiedene zuckerhaltige Getränke „dauernuckelnd“ konsumiert. Ähnlich wie in Klimahaftungskonstellationen brauchte es also einen Anhaltspunkt, welcher Teil der Kariesschäden auf den beklagten Hersteller entfällt, der die Warnung versäumt hatte. Und wie auch sonst bei multikausalen Schadensverläufen stellte der BGH dazu auf den jeweiligen Verursachungsbeitrag ab, also den Anteil an der initialen Rechtsgutsverletzung.⁶⁴³ Stehe fest, „daß der konkrete Schaden nur durch das Zusammenwirken des Tees [mehrerer Hersteller] eintreten konnte, also nur durch ihre Summierung“,⁶⁴⁴ müsse (formuliert eine Folgeentscheidung weiter) „der Anteil der Zahnzerstörung durch den Fruchtrunk“ orientierungsweise herangezogen werden, um den „Umfang ihrer Haftung daher gem. § 287 ZPO zu ermitteln.“⁶⁴⁵ Auch wenn man in Klimahaftungskonstellationen die Pflichtverletzung in einer unterlassenen Warnung erblickt, fügt sich eine am Verursachungsbeitrag orientierte Teilhaftung also harmonisch in den bestehenden Rahmen ein.

⁶⁴² Oben § 6 III. 2. c).

⁶⁴³ Zu dieser Parallele auch *Spindler* (2022b), § 830 BGB Rn. 31. Zum Prinzip der Teilhaftung oben § 6 III. 2. c).

⁶⁴⁴ BGH NJW 1994, 932, 934 (Kindertee II).

⁶⁴⁵ BGH NJW 1995, 1286, 1288 (Kindertee III); auch BGH NJW 1994, 932, 934 (Kindertee II) erwähnt bereits § 287 ZPO. Auch in der zeitgenössischen Literatur stieß dies auf Zustimmung, vgl. *Meyer* (1995), 718: „Hat dagegen nur ein Getränkehersteller seine Instruktionspflicht verletzt, so haftet er nur für seinen (im Rahmen des § 287 ZPO) festgestellten Verursachungsbeitrag.“

(g) Produktionsbeobachtungspflicht im Konzern

Eben haben wir nochmals gesehen, wie eng Tun und Unterlassen in Klimahaftungskonstellationen verknüpft sind. Die Klimahaftung ist eine Produktionshaftung für klimabedingte Schädigungen, ihr Ausgangspunkt ist also ein Tun: Die initiale Verletzungshandlung – das „abfallartige“ Emittieren von Treibhausgasen während des Herstellungsprozesses – muss kausal für die Rechtsverletzung bzw. drohende Beeinträchtigung sein. Dieses Tun summiert sich über die Jahrzehnte zu einem Verursachungsbeitrag, der gleichzeitig den Rahmen für den Haftungsanteil zieht – im Fall von RWE 0,321 % am gesteigerten GLOF-Risiko. Für die Pflichtverletzung tritt zu dem Tun ein Unterlassen hinzu. Nicht das jahrzehntelange Emittieren der Treibhausgase als solches ist pflichtwidrig, sondern das Emittieren ohne Warnung vor den damit verbundenen Klimagefahren, die nach der Produktionsbeobachtungspflicht geboten war. Das eine bedingt mit anderen Worten das andere: Nur wer emittiert, leistet überhaupt einen Verursachungsbeitrag, und nur wer dabei die von der Produktionsbeobachtungspflicht geforderte Warnung unterlässt, leistet einen pflichtwidrigen Verursachungsbeitrag.

Exakt diese Verknüpfung könnte bei genauem Hinsehen problematisch sein. Bislang habe ich fast durchweg von „Energieproduzenten“ und „RWE“ gesprochen und damit Erzeuger von fossilem Strom bzw. den RWE-Konzern gemeint. Wie bereits eingangs betont, ist beides natürlich ungenau. Denn Energieproduzenten dürften regelmäßig als Unternehmensgruppe organisiert sein, und auch den RWE-Konzern kann man nicht als eigenständiges Rechtssubjekt ansprechen. Folglich richtet sich im RWE-Fall die Klage nicht gegen den Konzern, sondern die RWE-AG, die juristische Person an der Konzernspitze. Und das bedeutet dann, dass nicht der RWE-Konzern jahrzehntelang emittiert und dabei gegen seine Produktionsbeobachtungspflicht verstoßen haben muss, sondern eben jene RWE-AG – was die Frage provoziert, ob die bei Energieproduzenten typischerweise anzutreffende Konzernstruktur etwas am bisherigen Ergebnis ändert.

Blicken wir zur Verdeutlichung kurz in die Unternehmensgeschichte von RWE, genauer: in die der Braunkohleverstromung – denn wie erläutert, setzt sich RWEs 0,321 %iger Verursachungsbeitrag zu Klimawandel und GLOF-Risiko allein aus inländischen Braunkohleemissionen zusammen.⁶⁴⁶ Mitte der

⁶⁴⁶ Zur Erinnerung: Zwar verstromt RWE auch (in vergleichsweise kleinen Mengen) Steinkohle und Gas, allerdings werden beide Brennstoffe in Heedes Buchhaltungsstudien aus methodischen Gründen nicht berücksichtigt – und da die Attributionsstudien von Ekwurzel, et al. und Licker, et al. auf Heedes Emissionsmengen aufbauen, bezieht sich RWEs 0,321 %iger Verursachungsbeitrag eben nur auf die bei der Braunkohleverbrennung freigesetzten Treibhausgase, genauer: auf die in inländischen Kraftwerken freigesetzten Treibhausgase, weil Heedes Studie sowieso nur die im Inland geförderte Braunkohle erfasst und Braunkohle lagerstättennah verstromt wird, dazu schon oben § 6 II. 1. b) aa).

1960er Jahre sprach man allerorts (und auch im Unternehmen selbst) von *dem* RWE, das Rheinisch-Westfälische Elektrizitätswerk trat im Singular auf.⁶⁴⁷ Zwar war streng genommen schon damals der Artikel unpassend, denn RWE war von Anbeginn als Aktiengesellschaft organisiert. Aber diese Aktiengesellschaft betrieb die Braunkohleverstromung unter einem Dach, von der Stromproduktion in eigenen Kraftwerken bis zur Verteilung an die Abnehmer.⁶⁴⁸ Damals stellte sich also kein Zuordnungsproblem: Die der RWE-AG gehörenden und von ihr betriebenen inländischen Kraftwerke emittierten Treibhausgase, die RWE-AG traf deshalb eine Produktionsbeobachtungspflicht, und weil sie Mitte der 1960er Jahre auf einen ernst zu nehmenden Gefahrenverdacht nicht mit einer Warnung reagierte, emittierte sie seither auch pflichtwidrig.⁶⁴⁹ Die Zuordnung erschwert sich erst 1990, denn nun wird der Singular zum Plural: Im Zuge einer großen Umstrukturierung bringt die RWE AG ihr Braunkohlegeschäft samt der zugehörigen Kraftwerke in die neugegründete Tochtergesellschaft RWE Energie AG ein.⁶⁵⁰ Weitere Umstrukturierungen später liegt das Braunkohlegeschäft heute bei der RWE Power AG. An all diesen Tochtergesellschaften hält die RWE AG zwar sämtliche Anteile und ist auch qua Beherrschungsvertrag weisungsbefugt⁶⁵¹ – aber formal gesehen emittiert seit 1990 eben nicht mehr sie, sondern die jeweilige Tochtergesellschaft. Und wenn das so ist, sind dann die seither von den Tochtergesellschaften freigesetzten Treibhausgase überhaupt in den Verursachungsbeitrag der RWE-AG einzubeziehen?⁶⁵² Vor allem: Trifft sie diesbezüglich eine Produktionsbeobachtungspflicht?

Teilweise haben wir diese Frage schon beantwortet. Zur Erinnerung: Jedenfalls dürfte es allgemein akzeptiert sein, dass trotz der Konzerndimension eine adäquat kausale Verletzungshandlung der RWE AG vorliegt.⁶⁵³ Das lässt sich verschiedentlich begründen. Zum einen könnte man chronologisch ansetzen und in der Übertragung des Braunkohlegeschäfts auf die Tochtergesellschaften die kausale Verletzungshandlung erblicken. Die einmal so begonnene Kausalkette reißt dann nicht durch das Emittieren der Tochtergesellschaften ab, weil darin kein Dazwischentreten Dritter erblickt werden kann. Nach der breit ak-

⁶⁴⁷ Eingehend *Radkau* (1998a) und *Radkau* (1998b).

⁶⁴⁸ Soweit ersichtlich ist einzige Ausnahme das Kraftwerk Fortuna, das seinerzeit von der Rheinbraun AG – einer „fast hundertprozentige[n] RWE-Tochter“ (*Radkau* (1998a), 186) betrieben wurde. Insofern gilt dann aber das im Folgenden Gesagte.

⁶⁴⁹ Genauer gesagt besteht deshalb kein Zuordnungsproblem, weil mittlerweile geklärt sein dürfte, dass sich Verkehrspflichten originär an juristische Personen richten können und ihr das pflichtsäumige Tun des intern organisations- bzw. aufsichtspflichtigen Repräsentanten dann via § 31 BGB rückstandslos zugerechnet wird, näher *Schirmer* (2015), 21 ff., 223 ff.

⁶⁵⁰ Näher *Heck* (1998), 263 ff.

⁶⁵¹ Vgl. *RWE-Group* (2020a), 3; *RWE-Group* (2020b), 192 ff.

⁶⁵² Andeutungsweise *Wagner* (2020b), 77: „[Offene] Frage, ob der RWE AG als Konzernmuttergesellschaft Emissionen der Kraftwerksgesellschaften des RWE-Konzerns zuzurechnen sind.“

⁶⁵³ Oben § 6 III. 2. d) cc) (2).

zeptierten Rechtsprechung des BGH unterbrechen nachfolgende Beiträge Dritter den Kausalzusammenhang nur dann, wenn sie „in völlig unsachgemässer und ungewöhnlicher Weise vorgenommen“ werden. Ist es dagegen so, dass der objektive Beobachter mit dem Drittverhalten „normalerweise hätte rechnen können“, bleibt die Kausalkette intakt.⁶⁵⁴ Letzteres trifft auf die Emissions-tätigkeit der Tochtergesellschaften zu. Mit der Verfeuerung fossiler Brennstoffe zur Stromproduktion tun die Untergesellschaften genau das, was die RWE AG nach der Umstrukturierung von ihnen erwartet. Wem die Übertragung des Braunkohlegeschäfts als relevante Verletzungshandlung zu fern erscheint, könnte zum anderen auf die Einflussnahme auf das Tochtergeschäft abstellen. Wie wir gleich sehen werden, ist das hinsichtlich der RWE AG möglich, allerdings wird mit der Einflussnahme bereits die Frage einer konzernweiten Produktionsbeobachtungspflicht gestreift. Das unterstreicht, warum umweltbezogene Schädigungen in Konzernstrukturen üblicherweise erst gar nicht unter Adäquanz Gesichtspunkten verhandelt werden. „Die Frage nach der Verantwortlichkeit für eine Anlage [im Konzern]“, heißt es bei Imke Ossenbühl ganz richtig, „ist [...] kein Problem des Kausalverlaufs mehr, sondern vielmehr ein Problem der Haftungszurechnung“, konkret: es ist ein Problem der Pflichtenstellung.⁶⁵⁵

Entscheidend ist damit, ob die RWE-AG als Konzernspitze auch nach 1990 noch eine Produktionsbeobachtungspflicht traf, sie also die Braunkohleverstromung durch die Tochtergesellschaften überwachen und aufgrund des weiterhin bestehenden Gefahrenverdachts hätte warnen müssen. Zwar könnte man durchaus argumentieren, dass es darauf gar nicht ankommt, weil die RWE-AG jedenfalls bis 1990 ihre eigenen Produktionsprozesse nicht ordnungsgemäß überwacht hat und diese Pflichtverletzung in den übrigen Verursachungszeitraum fortwirkt.⁶⁵⁶ Allerdings braucht es den argumentativen Umweg über eine zeitliche Fortwirkung gar nicht, weil sich eine konzernweite Produktionsbeobachtungspflicht der RWE-AG leicht begründen lässt. Das wird mit Blick auf die Kriterien deutlich, die (mangels aussagkräftiger Rechtsprechung) in der Literatur für die Pflichtenbegründung entwickelt wurden.

Den Ausgangspunkt bildet wiederum die Produzentenhaftung, wo Anfang der 1990er Jahre eine intensive Debatte über Konzernsachverhalte einsetzte. Am weitesten ging dabei Wolfgang Oehler, der „unabhängig [...], wie die konzernmäßigen Weisungsbefugnisse gegenüber den abhängigen Unternehmen im

⁶⁵⁴ Wiederum BGHZ 3, 261 Leitsatz II und 269; danach etwa BGHZ 144, 200, 203 ff. (Beeinträchtigungen durch Nutzer eines Drogenhilfeszentrums); BGH NJW 2006, 992 (fahrlässige Brandstiftung durch Mieter). Es existieren zahlreiche weitere Bsp. aus der Rspr., vgl. *Fritzsche* (2022), § 1004 BGB Rn. 18.1f.

⁶⁵⁵ *Ossenbühl* (1999), 129; genauso *Brüggemeier* (1991), 308ff.; *Westermann* (1991), 239; *Lytzas* (1995), 249ff.

⁶⁵⁶ In diese Richtung offenbar *Ossenbühl* (1999), 92; tendenziell auch *König* (2017), 672.

einzelnen ausgestaltet sind“, eine Abwendungspflicht des herrschenden Unternehmens für Schadensgefahren auf Tochterebene bejahte, „namentlich in Fällen der Produktbeobachtungsfehler“. ⁶⁵⁷ Durchsetzen konnte er sich damit jedoch nicht. Vielmehr gehen heute die meisten Literaturstimmen mit Peter Hommelhoff davon aus, dass es nicht auf die gesellschaftsrechtlich vermittelten Einflussmöglichkeiten, sondern die konkrete Einflussnahme der Muttergesellschaft ankommt – was vor allem dann der Fall sein soll, „wenn die Konzerngeschäftsleitung in den technisch-organisatorischen Autonomiebereich der Tochtergesellschaftsleitung mit einzelnen Weisungen oder Veranlassungen eingreift.“ ⁶⁵⁸ Diese produkthaftungsrechtliche Linie hat sich auch für umweltbezogene Rechtsgutsverletzungen durchgesetzt. Da „die Parallelen zur Umwelthaftung im Konzern auf der Hand liegen“, bestehen für Harm Peter Westermann umweltbezogene Produktionsbeobachtungspflichten etwa nicht bei „dezentralisierter Führung des Konzerns durch die Obergesellschaft, die also der Betriebsgesellschaft hinsichtlich der technischen und wirtschaftlichen Ausstattung und des Einsatzes der Anlage die Entscheidungen völlig überläßt [...] wohl aber, wenn die Konzernspitze auch über die Art des Einsatzes der Anlage und Geräte [vor allem durch Weisung] bestimmte.“ ⁶⁵⁹ Andere Literaturstimmen fordern ebenfalls eine spezifische Einflussnahme auf die Tochtergesellschaft. ⁶⁶⁰ Nur wenige wie Uwe H. Schneider gehen noch weiter und verlangen, dass „das herrschende Unternehmen die konkrete Handhabung bestimmt“, was dann der Fall sei, „wenn die Tochtergesellschaft ‚wie ein Betrieb‘ des herrschenden Unternehmens geführt wird.“ ⁶⁶¹

Mit Blick auf Energieproduzenten wie RWE sind nähere Details zur richtigen Grenzziehung aber gar nicht nötig. Denn die Einflussnahme der Konzernspitze auf die Stromerzeugung ist derart tiefgehend und konkret, dass selbst die strengsten Kriterien problemlos erfüllt sind. Es kann auch gar nicht anders sein,

⁶⁵⁷ Oehler (1990), 1450f.

⁶⁵⁸ Hommelhoff (1990), 767. Ganz ähnlich etwa Wagner (2020a), § 823 BGB Rn. 941: „Soweit die Konzernobergesellschaft über faktische Leitungsmacht verfügt und den Herstellungsprozess bei ihren Töchtern tatsächlich steuert, lassen sich [konzernweite] Sorgfaltpflichten [...] nicht a limine von der Hand weisen.“ Wie Wagner (2016), 768 und Görge (2019), 270f. zutreffend betonen, steht auch Spindler (2011), 955 ff. für diese Linie, weil er trotz seines restriktiven, das Trennungsprinzip betonenden Ausgangspunkts jedenfalls bei intensiver Leitung (Konzernspitze behält Teile der Herstellerfunktion, erteilt Anweisungen) eine Verantwortlichkeit bejaht. Vgl. zum Ganzen auch König (2017), 666 ff.

⁶⁵⁹ Westermann (1991), 238 und 240. Westermann bezieht sich genau genommen nicht auf die deliktische Produktionsbeobachtungspflicht, sondern – da er sich schwerpunktmäßig mit dem seinerzeit neuen UmweltHG befasst – auf die Frage, ob die Obergesellschaft als Inhaberin der umweltgefährdenden Anlage angesehen werden kann, die von der Untergesellschaft betrieben werden. Allerdings sollen für deliktische Pflichten „keine anderen als die soeben erörterten Grundsätze [gelten]“, vgl. 242.

⁶⁶⁰ Exemplarisch Ossenbühl (1999), 89 ff.; Kohler (2017), Rn. 50.

⁶⁶¹ Schneider (1996), 239.

denn konzernweite Stromproduktion ist notwendig auf straffe Steuerung der Untergesellschaften angewiesen.⁶⁶² Der entscheidende Punkt kam bereits im Rahmen der Warnung zur Sprache: Damit das Stromnetz stabil bleibt, müssen alle am Netz hängenden Erzeuger gerade so viel Strom ins Netz einspeisen, wie in diesem Moment von den Abnehmern verbraucht wird. Orientierungspunkt ist der jahreszeitlich typische Minimalbedarf, die sogenannte Grundlast. Sie wird von Energieproduzenten wie RWE im Voraus abgeschätzt, wobei vor allem lang- und kurzfristig eingegangene Lieferverpflichtungen gegenüber Abnehmern und Stromhändlern sowie Erfahrungswerte einfließen. Die so ermittelte Strommenge melden Energieproduzenten dann an die jeweiligen Netzbetreiber und verpflichten sich damit zugleich, genau diese Strommenge ins Netz einzuspeisen. In welcher Form Energieproduzenten die zugesagte Strommenge bereitstellen, ist ihnen überlassen. Da gerade große Energieproduzenten wie RWE typischerweise nicht nur eine, sondern verschiedene Energiequellen nutzen – neben Braunkohle etwa auch Gas oder Wasserkraft, denen im RWE Konzern jeweils eigene Tochtergesellschaften zugeordnet sind – entscheiden vor allem Kostengesichtspunkte.⁶⁶³ Dazu müssen konzernweit Brennstoffpreise und Auslastung im Blick behalten werden, um einzelne Kraftwerke wenn nötig hoch- oder herunterzufahren. So erfolgt etwa bei RWE die zentrale Einsatzsteuerung aller europäischen Kraftwerke im sogenannten Dispatch Centre. Laut RWEs Eigenbeschreibung wird hierzu mithilfe des eigens für den Konzern entwickelten Optime-Steuerungsprogramms „der wirtschaftlich optimale Einsatz aller Kraftwerksblöcke und Maschinen ermittelt sowie daraus entsprechende ‚Fahrpläne‘ erstellt, die anschließend direkt via ‚Optime‘ an die entsprechende Block- bzw. Maschinenleittechnik der einzelnen Kraftwerksstandorte als Sollwert übertragen werden.“⁶⁶⁴

All das verdeutlicht, dass die Tochtergesellschaft RWE Power AG nicht autonom darüber entscheidet, ob und wieviel Braunkohle sie in ihren Kraftwerken verstromt. Die RWE AG als Konzernspitze greift qua zentraler Einsatzsteuerung „in den technisch-organisatorischen Autonomiebereich“ (Hommelhoff) ein, sie bestimmt „über die Art des Einsatzes der Anlage und Geräte“ (Westermann), ja gibt „die konkrete Handhabung“ wie in einem „Betrieb“ vor (U. H. Schneider).⁶⁶⁵ Aufgrund dieser geradezu totalen Einflussnahme auf die Pro-

⁶⁶² Eingehend Heuck, et al. (2013), 56 ff., 491 ff. Aus juristischer Sicht sehr knapp auch Ossenbühl (1999), 98.

⁶⁶³ Vgl. Heuck, et al. (2013), 72 f., 492 ff.; PricewaterhouseCoopers (2017), 30 ff.

⁶⁶⁴ RWE Supply & Trading GmbH (2020), 2.

⁶⁶⁵ Daran ändert auch nichts, dass jene Einsatzsteuerung formal bei der RWE Supply & Trading GmbH angesiedelt ist. Denn dabei handelt es sich wiederum um eine 100%ige und per Beherrschungsvertrag weisungsunterworfenen Tochtergesellschaft, die die RWE AG „damit betraut, den Einsatz unserer Kraftwerke kommerziell zu optimieren“ und so „[b]eim Management von Commodity-Preisrisiken [...] eine zentrale Rolle [übernimmt]“, wie es im Geschäftsbericht der RWE-Group (2020b), 26 und 72 heißt. Auch wenn es faktisch die RWE

duktionsprozesse der Tochtergesellschaften hat die RWE AG dann nicht nur weiterhin adäquat kausale Verursachungsbeiträge zum gesteigerten GLOF-Risiko geleistet. Weil sie nach 1990 eine – nun konzernweite – Produktionsbeobachtungspflicht traf und sie die geforderte Warnung unterlassen hat, sind ihre Verursachungsbeiträge auch pflichtwidrig.

c) Zwischenergebnis

Nachdem mit der rechtlichen Kausalität schon das erste Anknüpfungproblem gemeistert wurde, können wir nun auch beim zweiten Vollzug melden: Das Verhalten von Energieproduzenten wie RWE lässt sich als Pflichtverletzung fassen. Die häufig angeführte Legalisierungsthese steht dem nicht entgegen. Denn ihr Gleichschritt – öffentlich-rechtlich legalisierte Treibhausgasemissionen sind auch privatrechtlich pflichtgemäß – scheidet gleich aus mehreren Gründen; vor allem aber daran, dass öffentlich-rechtliche Vorgaben nur eine privatrechtliche Indizwirkung haben, für die in Klimahaftungskonstellationen sowieso wenig Raum ist. Ist damit eine Pflichtverletzung nicht von vornherein ausgeschlossen, rücken die Begründungskriterien für umweltbezogene Verkehrspflichten in den Blick, die freilich auf denselben Grundpfeilern wie alle deliktischen Sorgfaltspflichten ruhen: Rechtsgutsgefährdung, Erkennbarkeit und Zumutbarkeit. Während die erstgenannten Punkte in Klimahaftungskonstellationen leicht zu bejahen sind, ist die Zumutbarkeit weniger eindeutig. Konkretisierungsversuche anhand der rechtsökonomischen Learned-Hand-Formel scheitern zwar nicht daran, dass dafür alle sozialen Kosten von Treibhausgasemissionen einbezogen werden müssten – denn dies würde auf eine Selbstdemontage der Formel hinauslaufen, die Gerichten ja gerade eine approximative Berechnungsmethode an die Hand geben will. Allerdings leiden bisher angestellte Rechnungen daran, dass der Bezugspunkt der Zumutbarkeit – die maßgebliche Schadensvermeidungsmaßnahme – nicht sauber herausgearbeitet wird. Sie wird erkennbar, wenn man sich die konzeptionelle und faktische Verknüpfung von Umwelt- und Produzentenhaftung vor Augen führt, die in Klimahaftungskonstellationen besonders eng ist. Denn die Klimahaftung präsentiert sich hier als Produktionshaftung für klimabedingte Schädigungen: Weil Energieproduzenten wie RWE zur Stromerzeugung fossile Brennstoffe verfeuern, werden quasi abfallartig Treibhausgase freigesetzt, die – verursacht über den Umweltpfad – Rechtsgüter von Klimaopfern wie Lliuya bedrohen oder verletzen.

Supply & Trading GmbH sein mag, die per Optime-Steuerungsprogramm die Braunkohlekraftwerke der RWE Power AG anweist, laufen rechtlich die Fäden also an der Spitze zusammen: Macht das Dispatch Centre der RWE Supply & Trading GmbH den Braunkohlekraftwerken der RWE detaillierte Produktionsvorgaben, nimmt es der Sache nach eine Weisung für die beherrschende RWE AG vor.

Damit rücken die aus der Produzentenhaftung bekannten Vermeidungsinstrumente in den Fokus. Weil Energieproduzenten wie RWE danach eine Produktionsbeobachtungspflicht trifft und Mitte der 1960er Jahre ein ernst zu nehmender Gefahrenverdacht bestand, hätten sie zumindest vor den Klimagefahren ihrer Produktionsprozesse warnen müssen. Die Warnung galt dabei nicht nur Klimaopfern wie Lliuya, sondern auch und gerade Stromabnehmern, die zu Gefahrsteuerung durch Nutzungsreduktionen befähigt worden wären. Da für beide Adressatengruppen die tatsächliche Vermutung hinweisgerechten Verhaltens Bestand haben dürfte und jene Vermutung neben dem Ob auch das Wie der Befolgung umfasst, müssen beklagte Energieproduzenten die Quasikausalität der Warnung im Einzelnen entkräften, namentlich in welchem Umfang der Schaden auch bei befolgter Warnung bestanden hätte. Gelingt das nicht, bleibt es bei der schätzungsweisen Bestimmung des Haftungsanteils anhand des klimawissenschaftlich ermittelten Verursachungsbeitrags – im Fall von RWE also jene 0,321 % am hohen GLOF-Risiko. Daran ändert auch die in Klimahaftungskonstellationen regelmäßig anzutreffende Konzerndimension nichts. Denn da bei konzernweiter Stromerzeugung tiefgehend und konkret auf die Produktionsprozesse der Tochtergesellschaften Einfluss genommen wird, trifft die Konzernspitze – in RWE-Fall also die RWE AG – eine konzernweite Produktionsbeobachtungspflicht.

Wie schon im Rahmen der rechtlichen Kausalität ist damit zugleich deutlich geworden, dass viele der in § 6 I. behandelten Konstruktionsgründe taugliche Anknüpfungspunkte in der Verkehrspflichtdogmatik finden. Da sich der Haftungsumfang weiterhin am Verursachungsbeitrag orientiert, werden Energieprodukten Anreize zur Treibhausgasreduktion gesetzt und so Präventionsgründen Rechnung getragen. Die so wichtige Schadensvermeidung durch Klimaopfer, die der Präventionsaspekt ebenfalls unterstrichen hat, lässt sich genauso mit dem Konzept der Warnung verarbeiten, wie der vom Nachhaltigkeitskonzept betonte Einfluss der Stromabnehmer auf die Gefahrsteuerung. Dass gerade besonders exponierte Klimaopfer wie Lliuya berechtigt werden, bildet das Erfordernis einer umfassenden und hinreichend wahrscheinlichen Rechtsgutsgefährdung ab. Dass demgegenüber die Verpflichtung gerade Energieproduzenten wie RWE trifft, findet in den Kriterien der Erkennbarkeit und den gesteigerten Anforderungen an die Produktionsbeobachtung Widerhall. Allerdings nützt auch das alles nichts, wenn wir nicht auch über das dritte und letzte Anknüpfungspunkt hinwegkommen: Agieren Energieproduzenten wie RWE auch rechtswidrig, sind Klimaopfer wie Lliuya mitunter zur Duldung verpflichtet?

4. Drittes Anknüpfungsproblem: Rechtswidrigkeit

Nach rechtlicher Kausalität und Pflichtverletzung steht nun abschließend das dritte große Anknüpfungsproblem der Klimahaftung an: die Rechtswidrigkeit. Müssen Klimaopfer wie Lliuya die Rechtsgutsverletzung bzw. die zu besorgende Beeinträchtigung dulden, ist ihr Anspruch ausgeschlossen? Stützt sich die Klimahaftung wie im RWE-Fall auf einen vorbeugenden Unterlassungsanspruch, leuchtet die Frage unmittelbar ein, denn bekanntlich kann der Beeinträchtigte nach § 1004 Abs. 2 BGB zur Duldung verpflichtet sein. Die Beeinträchtigung ist dann nicht rechtswidrig und der Abwehranspruch ausgeschlossen.⁶⁶⁶ Wäre das Rechtsgut schon verletzt und damit § 823 BGB einschlägig, ist der Zusammenhang aber nicht sofort klar. Das Deliktsrecht kennt keinen Ausschlussstatbestand im Stile des § 1004 Abs. 2 BGB, und statt um Duldungspflichten geht es eher um Rechtfertigungsgründe. Nötig ist deshalb der gedankliche Brückenschlag, den wir schon oben bei der Legalisierungsthese kennengelernt haben: Weil in Rechtsprechung und Literatur anerkannt ist, dass der Immissionsschutz von Dritten nicht weiter reicht als der von Nachbarn, begrenzen die Duldungspflichten des § 906 BGB auch die Deliktshaftung. Teilweise haben wir uns damit schon bei der Pflichtverletzung befasst, namentlich mit der Wirkung standardisierter Grenz- und Richtwerte i. S. d. § 906 Abs. 1 S. 2 BGB.⁶⁶⁷ Einige Punkte sind aber noch offen, insbesondere eine Duldungspflicht aus § 906 Abs. 2 S. 1 BGB und ein etwaiger Ausschluss aus § 14 S. 1 BImSchG. Zwar hätten all diese Punkte durchaus im Rahmen der Pflichtverletzung angesprochen werden können (zumal wenn wir auch Abwehransprüche aus § 1004 BGB von ihr abhängig machen).⁶⁶⁸ Weil sie aber typischerweise unter Rechtswidrigkeitss Gesichtspunkten diskutiert werden,⁶⁶⁹ mache ich es zwecks besserer Übersichtlichkeit genauso. Dabei werden wir viele bekannte Argumente aufgreifen können; das letzte Anknüpfungsproblem wird daher deutlich weniger Raum einnehmen als die ersten beiden.

So viel zum Überblick. Betrachten wir nun genauer, warum Klimaopfer wie Lliuya zur Duldung verpflichtet sein könnten. Eine ausführliche Begründung liefert erneut Gerhard Wagner. Zunächst sieht er Klimaopfer wie Lliuya aus „§ 906 Abs. 1 BGB ohne Weiteres verpflichtet“ CO₂-Immissionen zu dulden, denn „Kohlendioxid ist ein in der natürlichen Atmosphäre vorkommendes, geruchsloses, transparentes, nicht brennbares und ungiftiges Gas, das die Nutzung des Grundstücks nicht wesentlich beeinträchtigt.“⁶⁷⁰ Außerdem zieht er

⁶⁶⁶ Vgl. nur *Raff* (2020), § 1004 BGB Rn. 199.

⁶⁶⁷ Oben § 6 III. 3. a) bb).

⁶⁶⁸ In diese Richtung *Abrens* (2019), 649ff.; generell *Wilhelmi* (2009), 130ff.

⁶⁶⁹ Exemplarisch *Frank* (2010), 2299f.; *Koch, et al.* (2011), Rn. 15.80ff.; *Wagner* (2020b), 78ff.

⁶⁷⁰ *Wagner* (2020b), 84; in diese Richtung auch *Hinteregger* (2017), 250 (später aber einschränkend, 254).

aus der Präklusionswirkung des § 14 S. 1 BImSchG einen Erst-recht-Schluss: Wenn bei bestandskräftiger immissionsschutzrechtlicher Genehmigung zulasten „der Nachbarn der Anlage als den am intensivsten Betroffenen“ privatrechtliche Abwehransprüche ausgeschlossen werden, dürften bloß drittbetroffenen Klimaopfern „nicht an § 14 BImSchG vorbei“ eben solche Ansprüche gewährt werden.⁶⁷¹ Und schließlich sei „[a]us den §§ 906 BGB, 14 BImSchG insgesamt“ eine „implizite Pflicht zur Duldung von Summations- und Distanzbeeinträchtigungen“ zu entnehmen.⁶⁷² Wagner begründet die Duldungspflicht also gleich dreifach. Gehen wir deshalb seine Punkte Stück für Stück durch.

a) Keine Duldungspflicht aus § 906 Abs. 1 und 2 BGB

Beim ersten Punkt können wir uns kurzfassen. Zwar ist es richtig, dass CO₂-Immissionen als solche nur eine unwesentliche Beeinträchtigung nach § 906 Abs. 1 BGB darstellen. Aber sobald an sich harmlose Immissionen „nach Art und Ausmaß geeignet sind, Gefahren und erhebliche Nachteile“ herbeizuführen, liegt sehr wohl eine wesentliche Beeinträchtigung vor.⁶⁷³ Dabei muss nicht jede einzelne Treibhausgasbelastung gefährlich sein. Weil es nicht auf Wesentlichkeit der Einwirkung, sondern auf die der Beeinträchtigung ankommt, ist entscheidend, ob Immissionen in der Summe erhebliche Sach- oder Gesundheitsschäden bewirken können.⁶⁷⁴ Klimaopfer wie Lliuya sind mit anderen Worten deshalb wesentlich beeinträchtigt, weil sie im Gegensatz zu nur Irgendwie-Betroffenen besonders exponiert sind: Da bei ihnen Treibhausgase nicht nur als wärmere Temperaturen, sondern als erhebliche Sach- und Gesundheitsgefahren ankommen, werden die an sich harmlosen Immissionen zu abwehrbaren wesentlichen Beeinträchtigungen.⁶⁷⁵ Genauso wie Zigarettenrauch, obwohl er für sich genommen „nur zu einer unwesentlichen Beeinträchtigung durch Qualm oder Geruch führte“, nicht geduldet werden muss, wenn er „die konkrete Gefahr einer gesundheitlichen Schädigung [...] mit sich brächte“,⁶⁷⁶ müssen Klimaopfer wie Lliuya existenziell bedrohlich werdende Treibhausgase nicht dulden.

⁶⁷¹ Wagner (2020b), 89; ebenso Ahrens (2019), 648f.

⁶⁷² Wagner (2020b), 91 und 88; ganz ähnlich wiederum Ahrens (2019), 652ff.

⁶⁷³ BGH NJW 1999, 1029, 1030; ebenso NJW 2015, 2023 Rn. 27; jüngst wieder NZM 2021, 321 Rn. 10ff. Das ist auch in der Literatur nahezu unbestritten, vgl. nur Roth (2020), § 906 BGB Rn. 110, 178, 202; Brückner (2020), § 906 BGB Rn. 73, 77.

⁶⁷⁴ Vgl. nur Brückner (2020), § 906 BGB Rn. 81.

⁶⁷⁵ In der Sache auch Frank (2010), 2299; Koch, et al. (2011), Rn. 15.80; Pöttker (2014), 127f.; Hinteregger (2017), 254; Kling (2018), 216; Frank (2019), 521f. Dass Treibhausgase erst infolge physikalischer Folgeprozesse (Temperatursteigerung, Gletscherschmelze etc.) zu wesentlichen Beeinträchtigungen werden, schadet nicht, wie schon die Motive belegen, vgl. Mugdan (1899), 146: „[D]ie menschliche Thätigkeit [ist] von physikalischen Wirkungen begleitet, die sich weiter fortpflanzen, wie Erschütterung, Wärme, Geräusch, Licht“; dazu auch noch unten § 6 III. 4. c).

⁶⁷⁶ So BGH NJW 2015, 2023 Rn. 19.

In Betracht kommt daher allenfalls eine Duldungspflicht aus § 906 Abs. 2 S. 1 BGB.⁶⁷⁷ Danach sind selbst wesentliche Beeinträchtigungen hinzunehmen, wenn sie durch ortsübliche Grundstücksnutzung herbeigeführt und nicht durch wirtschaftlich zumutbare Maßnahmen verhindert werden können. Nach dem zur Pflichtverletzung Gesagten greift jedoch auch diese Ausnahme nicht ein. Denn obwohl die regulären Verfeuerungsprozesse bei der Energieherstellung als Akte der öffentlichen Daseinsvorsorge eine ortsübliche Nutzung sein dürften und Mitte der 1960er noch keine serienreifen Schadensvermeidungstechnologien zur Verfügung standen – zumindest eine Vermeidungsmaßnahme war Energieproduzenten wie RWE sehr wohl wirtschaftlich zumutbar: die Warnung von Klimaopfern und Stromabnehmern.⁶⁷⁸

b) Keine Duldungspflicht aus § 14 S. 1 BImSchG

Nicht anders verhält es sich mit § 14 S. 1 BImSchG, wonach bei bestandskräftiger immissionsschutzrechtlicher Genehmigung grundsätzlich privatrechtliche Abwehransprüche gegen den Anlagebetrieb ausgeschlossen sind. Zwar betreiben Energieproduzenten wie RWE ihre Kraftwerksanlagen regelmäßig auf entsprechender Genehmigungsbasis.⁶⁷⁹ Allerdings sprechen gleich mehrere Gründe dagegen, deshalb privatrechtliche Ansprüche von Klimaopfern zu präkludieren.⁶⁸⁰

Zunächst stellt schon der Wortlaut der Vorschrift klar, dass nur „Ansprüche zur Abwehr benachteiligender Einwirkungen von einem Grundstück auf ein benachbartes Grundstück“ ausgeschlossen werden. Die Präklusionswirkung der immissionsschutzrechtlichen Genehmigung wird also allein auf grundstücksbezogene Rechte beschränkt; dagegen sind drohende Gesundheitsbeeinträchtigungen – genauso wie im Rahmen des § 906 BGB – weiterhin privatrechtlich abwehrfähig.⁶⁸¹ Weil Klimaopfer wie Lliuya typischerweise immer auch in ihrer Gesundheit bedroht sind, würde § 14 S. 1 BImSchG also allenfalls in Ausnahmefällen relevant, wo lediglich das Grundeigentum betroffen ist.

⁶⁷⁷ Darauf abstellend etwa Koch, *et al.* (2011), Rn. 15.81 f.; ablehnend aber Pöttker (2014), 127, da sich keine weltweite Ortsüblichkeit bestimmen lasse (auf die es aber sowieso nicht ankommt, weil es § 906 Abs. 2 S. 1 BGB nur um die ortsübliche Nutzung des emittierenden Grundstücks geht).

⁶⁷⁸ Oben § 6 III. 3. b) cc) (2) (e).

⁶⁷⁹ Dabei geht es von vornherein einzig um die etwaige Präklusionswirkung der *immissionsschutzrechtlichen* Genehmigung (§ 4 BImSchG), denn namentlich die Genehmigung aus § 4 TEHG ist von § 14 BImSchG nicht erfasst, vgl. Rehbinder (2021), § 14 BImSchG Rn. 32a. Zur (abzulehnenden) Legalisierungswirkung der TEHG-Genehmigung (vermittelt über § 906 Abs. 1 S. 2 BGB als vermeintlicher Grenzwert) schon oben § 6 III. 3. a) bb).

⁶⁸⁰ Entsprechendes gilt für vor Inkrafttreten des BImSchG (also vor 1974) erteilte Genehmigungen und eine entsprechende Präklusionswirkung aus § 26 GewO aF.

⁶⁸¹ Das ist im Ergebnis unstrittig, lediglich die Begründungen gehen auseinander, vgl. nur Rehbinder (2021), § 14 BImSchG Rn. 47 ff.

Selbst dann führte die Norm aber häufig nicht weiter. Denn sie besagt nur, dass mittels privatrechtlicher Ansprüche „nicht die Einstellung des Betriebs einer Anlage verlangt werden [kann]“. Es sind also allein Ansprüche auf Betriebsbeendigung ausgeschlossen, nicht solche auf Schutzvorkehrungen.⁶⁸² Ersteres werden Klimaopfer aber regelmäßig nicht verlangen, und auch Lliuya tut dies nicht. In Klimahaftungskonstellationen geht es typischerweise „nur“ um Schutzvorkehrungen, die von § 14 S. 1 BImSchG ohnehin nicht gesperrt werden.⁶⁸³

Vor allem aber werden nur Ansprüche von Personen ausgeschlossen, die immissionsschutzrechtlich als Nachbarn anzusehen sind. Das sind alle Betroffenen, denen das Immissionsschutzrecht subjektiv-öffentliche Rechte vermittelt.⁶⁸⁴ Denn sie sind in der Lage, die Genehmigung im Verwaltungsverfahren anzugreifen, was es rechtfertigt, sie mit dem Ausschluss privatrechtlicher Ansprüche zu belasten. Mit § 14 S. 1 BImSchG soll also nicht jedwede privatrechtliche Abwehr ausgeschlossen werden. Es geht darum, den schon über das Immissionsschutzrecht protegierten Nachbarn eine neuerliche, nun privatrechtlich vermittelte Abwehrmöglichkeit zu versperren. Wer seine vielfältigen Rechtsschutzmöglichkeiten im verwaltungsrechtlichen Genehmigungsverfahren ungenutzt lässt (oder unterlegen ist), soll nicht durch die privatrechtliche Hintertür eine zweite Chance bekommen.⁶⁸⁵ Da Nachbar i.S.d. Immissionsschutzrechts aber nach ganz herrschender Ansicht nur sein kann, wer in einer „engeren räumlichen und zeitlichen Beziehung“ zur betreffenden Anlage steht,⁶⁸⁶ und jene Beziehung bei räumlich weit entfernten Klimaopfern wie Lliuya gerade abgelehnt wird,⁶⁸⁷ ist es dann schief, den Anspruchsausschluss des § 14 S. 1 BImSchG auf sie zu erstrecken. Denn wer schon nicht die Möglichkeit hat, im Verwaltungsverfahren gegen die Anlagegenehmigung vorzugehen, für den sind privatrechtliche Abwehransprüche die erste und einzige Chance. Der von Wagner gezogene Schluss, dass die für Nachbarn greifende Präklusionswirkung erst recht für weit entfernte Klimaopfer gelten müsse, würde also nur dann greifen, wenn man Klimaopfer in den Kreis der immissionsschutzrechtlichen Nachbarn einbeziehen und ihnen subjektiv-öffentliche Rechte einräumen würde.⁶⁸⁸ Solange dies nicht passiert, spricht ihre im Vergleich zu Nachbarn abgeschwächte immissionsschutzrechtliche Stellung gerade gegen eine

⁶⁸² Vgl. BGH NJW 1995, 132, 133; aus der Literatur nur *Jarass* (2020), § 14 BImSchG Rn. 8.

⁶⁸³ Ebenso *Koch, et al.* (2011), Rn. 15.94f.

⁶⁸⁴ Deutlich *Jarass* (2020), § 14 BImSchG Rn. 11.

⁶⁸⁵ In diesem Sinne *Rehbinder* (2021), § 14 BImSchG Rn. 1; *Jarass* (2020), § 14 BImSchG Rn. 1; eingehend *Wagner* (1989), 170ff.

⁶⁸⁶ Grundlegend BVerwG NJW 1983, 1507, 1508; aus der Literatur nur *Rehbinder* (2021), § 14 BImSchG Rn. 39.

⁶⁸⁷ Exemplarisch *Pöttker* (2014), 89ff.; *Hinteregger* (2017), 250; *Wagner* (2020b), 87f.

⁶⁸⁸ Tendenziell etwa *Frank* (2010), 2299. Zur grundsätzlich möglichen Einbeziehung ausländischer Nachbarn vgl. nur *Jarass* (2020), § 14 BImSchG Rn. 6.

privatrechtliche Präklusionswirkung. Wird Klimaopfern wie Lliuya die verwaltungsrechtliche Vordertür verwehrt, entfällt die Rechtfertigung, ihnen auch noch die privatrechtliche Hintertür zu versperren.⁶⁸⁹

c) Keine Duldungspflicht für Summations- und Distanzbeeinträchtigungen

Wohl auch wegen dieser Unstimmigkeiten stützt Wagner seine Argumentation letztlich auf eine „dahinterstehende Wertung“,⁶⁹⁰ die er vor allem § 14 S. 2 BImSchG entnehmen will. Nach dieser Vorschrift kann vom Betreiber einer genehmigten Anlage Schadensersatz verlangt werden, wenn Schutzvorkehrungen technisch nicht durchführbar oder wirtschaftlich nicht vertretbar sind. Anspruchsberechtigt sind nach herrschender Lehre freilich nur Personen, die in einer „engeren räumlichen und zeitlichen Beziehung“ zur Anlage stehen, also besagte Nachbarn im immissionsschutzrechtlichen Sinne.⁶⁹¹ Laut Wagner hat sich der BGH „diesen restriktiven Nachbarschaftsbegriff in seinem Waldschadens-Urteil zu Eigen gemacht“, indem er für § 14 S. 2 BImSchG „individualisierbare Kausalbeziehungen zu einem oder mehreren Emittenten voraussetzt“, wie Wagner aus dem Urteil zitiert.⁶⁹² Dementsprechend sei heute anerkannt, dass bei „emittententfernen Summations- und Distanzschäden“ von vornherein keine Entschädigungsansprüche aus § 14 S. 2 BImSchG bestehen. Für sonstige Kostenersatzansprüche – sei es in Gestalt eines deliktischen Schadensersatzes oder als GoA-Aufwendungsersatz bzw. Bereicherungsausgleich, wie ihn Lliuya begehrt – „gilt dies erst recht“. Für Wagner ist das Waldschadensurteil also Ausdruck einer übergreifenden Absage: Emittententferne Summations- und Distanzschäden sind privatrechtlich generell nicht ausgleichsfähig – weshalb dann auch Abwehransprüche gesperrt sein müssen. Denn „[a]us den §§ 906 BGB, 14 BImSchG insgesamt ist die Wertung zu entnehmen, dass Drittbetroffene, die räumlich weit von der genehmigten Emissionsquelle entfernt sind und einen Schaden zu erleiden drohen, der auf Summation von Emissionen aus einer unübersehbaren Vielzahl verschiedener Quellen beruht, diese Gefahren entschädigungslos hinnehmen müssen.“⁶⁹³

Die Argumentation kennen wir schon aus der rechtlichen Kausalität. Sie entspricht im Kern dem Vermischungseinwand, demzufolge der BGH im Waldschadensurteil den privatrechtsübergreifenden Grundsatz aufgestellt haben soll, dass bei summierten Immissionen eine individuelle Haftungszuordnung ausgeschlossen ist.⁶⁹⁴ Wie ich oben ausführlich gezeigt habe, ist diese Interpre-

⁶⁸⁹ In der Sache mit knapper Begründung auch *Pöttker* (2014), 90 f., 125.

⁶⁹⁰ *Wagner* (2020b), 88.

⁶⁹¹ Vgl. *Rebbinder* (2021), § 14 BImSchG Rn. 65; *Jarass* (2020), § 14 BImSchG Rn. 23.

⁶⁹² *Wagner* (2020b), 90 f., mit Verweis auf BGHZ 102, 350, 354 (Waldschaden).

⁶⁹³ Alle vorstehenden Zitate bei *Wagner* (2020b), 91 f.

⁶⁹⁴ So insb. *Abrens* (2019), 652; *Wagner* (2020b), 52 ff. (zurückhaltender aber noch *Wagner* (1992), 208); *Frenz* (2021), 68; *Zeidler* (2022), 130 f.; *Gärditz* (2022), 67 f., 70.

tation des Waldschadensurteils jedoch überschießend. Der BGH hat einer Haftung bei summierten Immissionen keine kategorische Absage erteilt. Es ging allein um die spezifischen Nachweisprobleme bei neuartigen Waldschäden, wo zwar theoretisch ganz bestimmte Verursacher existieren, sie sich aber praktisch nicht identifizieren lassen. Dieses Grundproblem stellt sich bei Klimaschäden nicht, weil hier ohnehin alle Energieproduzenten Mitverursacher sind und nur die Höhe des jeweiligen Verursachungsbeitrags entscheidend ist. Nach dem etablierten Prinzip der Teilhaftung beschränkt sich die Verantwortlichkeit dann auf den jeweiligen Verursachungsbeitrag, der anhand gesicherter klimawissenschaftlicher Erkenntnisse schätzungsweise nach § 287 ZPO bestimmt werden kann.⁶⁹⁵ Diese Vorgehensweise ist auch für Ansprüche auf Schutzvorkehrung bzw. Entschädigung aus § 14 BImSchG anerkannt.⁶⁹⁶ Und das heißt dann: Es ist gerade nicht so, dass wegen der unübersichtlichen Vielzahl genehmigter Treibhausgasquellen „schon die Nachbarn Emissionen hinnehmen müssen“ und deshalb „dies erst recht für [d]ritt Betroffene“ Klimaopfer gelten muss.⁶⁹⁷ Im Gegenteil, sollten die übrigen tatbestandlichen Voraussetzungen für einen Abwehranspruch vorliegen, besteht namentlich eine ernsthaft drohende, kausal nachweisbare Beeinträchtigung in Form erheblicher Gesundheits- oder Sachschäden wie bei Lliuya, könnten beispielsweise auch Nachbarn eines genehmigten Braunkohlekraftwerks anteilig klimabezogene Schutzmaßnahmen bzw. Entschädigung fordern (§ 14 S.1 Hs.2 bzw. S.2 BImSchG). Weder für § 14 BImSchG⁶⁹⁸ noch sonst im Privatrecht existiert ein allgemeiner Grundsatz, dass bei summierten Immissionen Abwehr- oder Entschädigungsansprüche per se ausgeschlossen sind.⁶⁹⁹ Auch lässt sich aus dem Gesamtkonzept der § 906 BGB, § 14 BImSchG nicht ableiten, dass ausschließlich in engen räumlichen Nahbeziehungen immissionsbezogene Abwehr- und Entschädigungsansprüche bestehen sollen. Es existiert gerade keine absolute Distanzgrenze, „[e]ntscheidend ist,

⁶⁹⁵ Zum Ganzen oben § 6 III. 2. c).

⁶⁹⁶ Vgl. *Rehbinder* (2021), § 14 BImSchG Rn. 63, 77; *Jarass* (2020), § 14 BImSchG Rn. 27.

⁶⁹⁷ *Wagner* (2020b), 92.

⁶⁹⁸ Dass hier nicht entgegenstehende dogmatische Grundsätze, sondern Nachweishürden das Problem sind, verdeutlicht die Formulierung von *Rehbinder* (2021), § 14 BImSchG Rn. 39a: „Bei emittentenfernen Wald- und Gebäudeschäden, die zwar durch genehmigte Anlagen mitverursacht sind, deren Verursacher aber *infolge ungeklärter Kausalbeziehungen* [...] *nicht zu ermitteln sind*, besteht kein Abwehranspruch und daher auch kein Surrogatanspruch nach § 14 [BImSchG]“ [Hervorhebungen hinzugefügt]. Entsprechend auch *Jarass* (2020), § 14 BImSchG Rn. 11a.

⁶⁹⁹ So auch *Frank* (2017), 667 (mit Fn. 22); *Kling* (2018), 221; *Ipsen, et al.* (2021), 1845. Auch der Verweis auf die summierte Immissionen ausklammernde Gesetzesbegründung zum UmweltHG trägt nicht (so insb. *Abrens* (2019), 852f.). Denn wenn der Gesetzgeber hier überhaupt allgemeine „Grundsätze“ aufgestellt haben sollte – was angesichts der spezifischen Regelungsmaterie ohnehin nicht überzeugt – hat er nur besagte „Beweisschwierigkeits-Grundsätze“ des Waldschadensurteils wiedergegeben, vgl. *Kloepfer* (2016), § 6 Rn. 141; ähnlich *Kohler* (2017), Rn. 173.

wie weit sich die Einwirkung erstreckt“.⁷⁰⁰ So hat dann auch der BGB-Gesetzgeber bewusst darauf verzichtet, den privatrechtlichen Immissionsschutz auf die geografische Nachbarschaft zu begrenzen. „Wir leben“, wie die Motive plastisch formulieren, „auf dem Grunde eines Luftmeeres. Und dieser Umstand führt mit Nothwendigkeit eine Erstreckung der menschlichen Thätigkeit in die Ferne mit sich. [...] Wenn über die Erlaubtheit oder Unerlaubtheit einer solchen Immission bestimmt werden soll, so hat man nicht bloß [...] das Verhältnis von Nachbar zu Nachbar zu berücksichtigen, vielmehr ist der Umfang des Rechtes des Eigenthümers gegen alle anderen Personen festzusetzen.“⁷⁰¹

Ohne das Korrektiv einer engen räumlichen Nahbeziehung droht Energieproduzenten wie RWE auch nicht notwendig eine uferlose Haftung. Das berechnete Anliegen, das hinter der impliziten Duldungspflicht für Summations- und Distanzschäden stecken dürfte – den großen Kreis der Klimabetroffenen auf einen beherrschbaren Kern von Anspruchsberechtigten zusammenzuschmelzen – wird dogmatisch auf anderem Weg erreicht: Die breite Masse der nur Irgendwie-Betroffenen fällt bereits bei der Anspruchsbegründung durchs Raster. Denn nur besonders exponierte Klimaopfer wie Lliuya erfüllen überhaupt alle Anspruchsvoraussetzungen. Nur ihre Rechtsgüter sind nachweisbar kausal verletzt oder ernsthaft bedroht; nur sie sind wegen erheblicher Gesundheits- oder Sachgefahren wesentlich durch Treibhausgase beeinträchtigt; nur für slow onset-Phänomene wie Meeresspiegelanstieg und Gletscherschmelze greift die Produktionsbeobachtungspflicht, denn nur insoweit bestand ab Mitte der 1960er Jahre ein ernst zu nehmender Gefahrenverdacht.⁷⁰² Es braucht also kein zusätzliches Nähekorrektiv, um die Menge der Anspruchsberechtigten beherrschbar zu halten. Denn statt sich wie bei klassischen Schadstoffemissionen (etwa einem stark rußenden Kupolofen) in hoher Dichte um die Anlage zu ballen, sind in Klimahaftungskonstellationen die Anspruchsberechtigten zwar weiträumig, aber wegen der einengenden Anspruchsvoraussetzungen nur sehr punktuell verstreut.

⁷⁰⁰ So Roth (2020), § 906 BGB Rn. 115; ganz ähnlich Lang (1974), 386. Deutlich auch Jarass (2020), § 3 BImSchG Rn. 38: „Insgesamt können insb. im Hinblick auf Luftverunreinigungen auch noch weit entfernt wohnende Personen Nachbarn sein. Andererseits müssen die Belastungen der Quelle noch hinreichend zuverlässig zurechenbar sein [Nachweise], weshalb die von Fernwirkungen Betroffenen regelmäßig keine Nachbarn sind“.

⁷⁰¹ Mugdan (1899), 146. Dazu bereits Koch, et al. (2011), Rn. 15.81; Pöttker (2014), 87f.; Frank (2013), 31; Rumpf (2019), 150; generell Lang (1974), 386ff. Die gegenläufige Argumentation von Gärditz (2022), 56 kann von vornherein nicht überzeugen: Der BGB-Gesetzgeber hat nicht wegen der „unbrauchbaren Konsequenzen“ eine Haftung für Distanzschäden insgesamt „abschlägig entschieden“, sondern zur Haftungsbegrenzung das Kriterium der wesentlichen Beeinträchtigung eingeführt, vgl. Mugdan (1899), 147.

⁷⁰² Oben § 6 III. 2. und 3. b) cc) (2).

d) Keine Duldungspflicht aus Eigengefährdung

Zuletzt noch zu einem Punkt, der bereits bei der Adäquanz kurz zur Sprache kam. Könnte man nicht sagen, Klimaopfer wie Lliuya haben sich sehenden Auges in die Klimagefahr begeben und seien deshalb zur Duldung verpflichtet? Energieproduzenten wie RWE emittieren Treibhausgase schließlich seit Jahrhunderten, und wer trotzdem unterhalb eines gefährlichen Gletschers oder in Nähe eines steigenden Meeresspiegels siedelt, ist dann halt selbst schuld und kann nicht Unterlassung oder Entschädigung fordern.⁷⁰³ Die Duldungspflicht würde dann auf den Gedanken der zeitlichen Priorität gestützt (*first come, first served*),⁷⁰⁴ was gerade im RWE-Fall sehr klar ausfällt: RWE erstes Kohlekraftwerk wurde 1900 in Betrieb genommen; Lliuya lebt in dem flutgefährdeten Wohnhaus erst seit Mitte der 1980er Jahre, als der Vater das Grundstück erwarb und bebaute.

Doch auch eine so begründete Duldungspflicht überzeugt bei näherem Hinsehen nicht. Zwar setzt sich in Rechtsprechung und Literatur zunehmend der (zweifelhafte) Gedanke durch, dass der Beeinträchtigte zur Duldung verpflichtet sein kann, wenn er gewissermaßen in die Gefahr hinein baut.⁷⁰⁵ Weil § 906 BGB über das Kriterium der Ortsüblichkeit in Abs. 2 den Gedanken der zeitlichen Benutzungspriorität partiell aufgreift – der Beeinträchtigte muss eine örtlich bereits etablierte Emissionspraxis eben nur dulden, wenn Schadensvermeidungsmaßnahmen wirtschaftlich unzumutbar sind –, sind die Anforderungen für noch weitergehende benutzungsprioritäre Duldungspflichten aber zu Recht streng.⁷⁰⁶ Wegweisend ist hier das Hammerschmiede-Urteil, in dem der BGH über die Klage eines Anwohner-Ehepaares zu entscheiden hatte, das sich vom Lärm der nahen Schmiede gestört fühlte.⁷⁰⁷ Die Besonderheit des Falls lag darin, dass die Schmiede bereits jahrelang in Betrieb war, als die Kläger ihr Eigenheim erwarben. Das Berufungsgericht hatte dieser Tatsache keine Beachtung geschenkt, doch der BGH sah das anders. Wer sich „in Kenntnis oder grob fahrlässiger Unkenntnis einer vorhandenen Immissionsquelle in deren Nähe ansiedelt“, führt die Entscheidung aus, „hat den daraus entstehenden vorhersehbaren Konflikt mit verschuldet. Er ist deswegen zwar nicht uneingeschränkt zur Duldung jeglicher Immission verpflichtet, wohl aber zur Duldung derjenigen, die sich [...] in den Grenzen der zulässigen Richtwerte hält.“ Letzteres war

⁷⁰³ In diese Richtung (allerdings unter Adäquanzgesichtspunkten) Wagner (2020b), 63 ff.

⁷⁰⁴ Treffend und näher Klöhn (2008), 779 ff.

⁷⁰⁵ Angelehnt an die treffende Formulierung in BGHZ 175, 253 Rn. 22; aus der Literatur nur Brückner (2020), § 906 BGB Rn. 82 f.; Roth (2020), § 906 BGB Rn. 184. Eingehend zur Entwicklung (und zu Recht kritisch) Klöhn (2008), 787 ff.

⁷⁰⁶ Zur Verknüpfung von zeitlicher Benutzungspriorität und Ortsüblichkeit vgl. Roth (2020), § 906 BGB Rn. 184; sie findet sich auch schon in den Motiven, vgl. Mugdan (1899), 147. Freilich sprechen gewichtige Argumente dafür, den Prioritätsgedanken nicht nur restriktiv zu fassen, sondern ganz abzulehnen, näher Klöhn (2008), 801 ff.

⁷⁰⁷ BGHZ 148, 261.

bezüglich der Hammerschmiede gegeben, und der BGH erkannte auch eine schuldhafte Konfliktherbeiführung durch die klagenden Ehegatten. Denn sie „kannten die Geräuscheinwirkungen, die sie jetzt abwehren wollen, oder sie hätten sie zumindest kennen können“ und hätten dennoch „gleichsam ‚sehenden Auges‘ die absehbaren Beeinträchtigungen in Kauf genommen“ – weshalb sie eine gesteigerte Duldungspflicht treffe.⁷⁰⁸

Eine vergleichbare Konfliktverschuldung dürfte bei Klimaopfern aber regelmäßig nicht vorliegen. Lliuyas Situation ist ein gutes Beispiel: Zwar hatten er und sein Vater Mitte der 1980er Jahre, als sich die Familie in Huaraz ansiedelte, mitunter schon von atmosphärischen Treibhausgasen gehört und möglicherweise wussten sie sogar, dass RWE im fernen Deutschland Kohlekraftwerke betreibt. Aber keiner von ihnen kannte zu diesem Zeitpunkt die erheblichen Sach- und Gesundheitsgefahren, die das klimabedingt gesteigerte GLOF-Risiko mit sich bringt. Weil in Klimahaftungskonstellationen aber nicht die einzelnen Treibhausgasimmission, sondern die daraus resultierenden erheblichen Sach- und Gesundheitsgefahren die relevante Beeinträchtigung darstellen,⁷⁰⁹ kann es nur auf die Kenntnis bzw. das Kennenmüssen jenes Gefährzusammenhangs ankommen. Und während jedermann schon immer klar war, dass Hammerschmieden unangenehme Geräusche erzeugen, ist dies beim Zusammenhang zwischen Braunkohlekraftwerken und Klimagefahren gerade nicht der Fall. Hier lässt sich das zur Adäquanz und Warnung Gesagte übertragen: Wirkweise und Ausmaß von Klimagefahren waren der breiten Öffentlichkeit lange kaum bekannt, und speziell im Globalen Süden, wo sich die besonders exponierten Klimaopfer typischerweise finden, sind die Kenntnisdefizite noch heute erheblich. Klimaopfer trifft auch keine Produktionsbeobachtungspflicht, kraft derer sie laufend die internationale Wissenschaftsdiskussion verfolgen und eigene Gefährerforschung betreiben müssen.⁷¹⁰ Allenfalls bei heutigen Ansiedlungen in klimagefährdeten Gebieten ließe sich erwägen, dass sehenden Auges Beeinträchtigungen in Kauf genommen werden, die Unkenntnis jener „neuen“ Klimaopfer also verschuldet ist. Aber selbst wenn man dies täte, bestünde keine vollumfängliche Duldungspflicht.⁷¹¹ Denn das Hammerschmiede-Urteil besagt nur, dass der schuldhaft in die Gefahr hinein Bauende dann nicht die örtlichen Besonderheiten anführen kann, sondern Immissionen dulden muss, die sich in den Grenzen der standardisierten Grenz- und Richtwerte bewegen. Wie oben näher ausgeführt, spielen Grenz- und Richtwerte in Klimahaftungskonstellationen aber gleich doppelt keine Rolle: Es gibt schon keine einschlägigen Grenz-

⁷⁰⁸ Alle vorstehenden Zitate bei BGHZ 148, 261, 268 f.

⁷⁰⁹ Oben § 6 III. 3. a) cc) und 4. a).

⁷¹⁰ Oben § 6 III. 3. b) cc) (2) (c).

⁷¹¹ Überlegenswert wäre allein die Berücksichtigung eines Mitverschuldens bei der Anspruchshöhe analog § 254 Abs. 1 BGB, exemplarisch BGHZ 135, 235, 239 (Tennisplatz); näher Klöhn (2008), 785 f., 813 ff.

und Richtwerte für Treibhausgasbelastungen, und selbst wenn es sie gäbe, dürften sie unbeachtlich sein – denn erhebliche Sach- und Gesundheitsgefahren müssen niemals geduldet werden.⁷¹²

e) Zwischenergebnis

Auch wenn das letzte Anknüpfungsproblem bei Weitem nicht so viel Platz einnahm wie die ersten beiden, fassen wir die Ergebnisse kurz zusammen: Energieproduzenten wie RWE emittieren auch rechtswidrig, Klimaopfer wie Lliuya sind nicht zur Duldung verpflichtet. Eine Duldungspflicht folgt nicht aus § 906 Abs. 1 BGB, weil existenziell bedrohlich werdende Treibhausgase wesentliche Beeinträchtigungen sind. Nichts anderes gilt für § 906 Abs. 2 S. 1 BGB, da die Warnung der Klimaopfer und Stromabnehmer eine wirtschaftliche zumutbare Verhinderungsmaßnahme darstellt. Die Duldungspflicht ergibt sich auch nicht aus § 14 S. 1 BImSchG. Zwar verfügen Energieproduzenten wie RWE regelmäßig über eine immissionsschutzrechtliche Genehmigung. Der in der Norm geregelte Anspruchsausschluss greift in Klimahaftungskonstellationen typischerweise aber sowieso nicht ein, und auch eine implizite Duldungspflicht für Summations- und Distanzschäden ist dem Privatrecht fremd. Denn weder hat der BGH im Waldschadensurteil einen entsprechenden Grundsatz aufgestellt, noch wird er von den hinter § 14 BImSchG, § 906 BGB stehenden Wertungen getragen.

Die letzten Seiten haben zudem gezeigt, dass viele der in § 6 I. behandelten Konstruktionsgründe in der Rechtswidrigkeitsdogmatik anknüpfen können. Dass die umfassende Betroffenheit Anlass gibt, gerade Klimaopfer wie Lliuya zu berechtigen, wird etwa durch das Erfordernis der wesentlichen Beeinträchtigung in § 906 BGB reflektiert – bloß Irgendwie-Betroffene nehmen diese Hürde nicht. Der von Präventions- und Effizienzgründen gelieferte Anstoß, einerseits die Eigensicherungsmaßnahmen durch Klimaopfer zu betonen, andererseits – weil ein Rückzug aus dem Gefahrengebiet keine valide Option ist – die Kostentragung den Energieproduzenten aufzuerlegen, lässt sich durch eine zurückhaltende Linie bei der Duldungspflicht qua Eigengefährdung abbilden.

IV. Ergebnis Positivmerkmale

Damit können wir § 6 zur Klimahaftung abschließen. Wir hatten vor der Folie des RWE-Falls gefragt, inwiefern Konstruktionsgründe Anlass geben, gerade Klimaopfer wie Lliuya und Energieproduzenten wie RWE über eine wechselseitige Rechte- und Pflichtenbeziehung zu verbinden und ob hierfür taugliche Anknüpfungspunkte im Privatrechtssystem bestehen. Beides wurde bejaht: Es existieren diverse Konstruktionsgründe – naturwissenschaftliche Kausalität,

⁷¹² Oben § 6 III. 3. a) cc) und 4. a).

Prävention, Effizienz, exponierte Stellung, Nachhaltigkeit –, und die drei großen Anknüpfungsprobleme sind überwunden. Trotz summierter Immissionen besteht ein nachweisbarer Kausalzusammenhang; Energieproduzenten wie RWE emittieren mangels Warnung pflichtwidrig; und Klimaopfer wie Lliuya trifft auch keine Duldungspflicht. Ist ein Rechtsgut verletzt, besteht daher regelmäßig ein deliktischer Schadensersatzanspruch aus § 823 Abs. 1 BGB; droht eine Beeinträchtigung, kann diese nach § 1004 Abs. 1 S. 2 BGB abgewehrt werden.

Aber bedeutet das auch, dass Klimaopfer die Kosten für vorgenommene Eigensicherungsmaßnahmen ersetzt bekommen? Weil dieser Punkt allenfalls am Rande thematisiert wird, habe ich ihn nicht als gesondertes Anknüpfungsproblem erörtert.⁷¹³ Da der uns als Konstruktionsfolie dienende RWE-Fall aber sonst etwas in der Luft hängt, will ich zumindest kurz darauf eingehen.

Ist die Rechtsgutsverletzung bereits eingetreten, hätte etwa eine Gletscherflut Lliuyas Wohnhaus geschädigt, wäre ein Ersatzanspruch zu bejahen. Denn die Kosten treten hier als Teil des deliktischen Schadensersatzes auf den Plan, und im Rahmen des § 249 BGB ist überwiegend akzeptiert, dass Aufwendungen zur Eigensicherung ersatzfähig sind, wenn sie im Hinblick auf eine konkret drohende Schädigung erfolgen.⁷¹⁴ Verstärken Klimaopfer angesichts schmelzender Gletscher oder ansteigender Meeresspiegel die Außenmauern ihrer überflutungsbedrohten Wohnhäuser, errichten sie ein zweites Stockwerk als Rückzugsort oder nehmen sie sonstige Eigensicherungsmaßnahmen zur Vermeidung bevorstehender Klimaschäden vor, können sie die aufgewendeten Kosten (bei Eintritt des Schadensfalls) also regelmäßig im Rahmen des § 823 Abs. 1 BGB liquidieren – freilich wie auch sonst anteilig, also beschränkt auf den jeweiligen Verursachungsbeitrag des Schädigers.

Ist das Rechtsgut noch nicht verletzt, wird der Kostenersatzanspruch mithin über den Abwehranspruch des § 1004 BGB vermittelt, dürfte nichts anderes gelten. Dass der beeinträchtigte Eigentümer die Störung selbst beseitigen und die Kosten über eine berechtigte Geschäftsführung ohne Auftrag bzw. das Bereicherungsrecht ersetzt verlangen kann, ist in der Rechtsprechung anerkannt,⁷¹⁵

⁷¹³ In der Literatur wird die Existenz des Anspruch häufig mit einem Satz vorausgesetzt, exemplarisch *Pöttker* (2014), 95; auch im erstinstanzlichen Urteil des LG Essen ZUR 2017, 370 Rn. 37 verhält es sich so. Ähnliches gilt für die internationale Diskussion, namentlich im US-amerikanischen Recht sind entsprechende Kostenersatzansprüche laut *Grossman* (2003), 17f. „for more than hundred years“ anerkannt.

⁷¹⁴ Vgl. BGH NJW 1992, 1043, 1044 (Gasdichte Haustür); aus der Literatur nur *Oetker* (2022), § 249 BGB Rn. 178. Sofern zusätzlich verlangt wird, dass die drohende Schädigung derart konkret ist, dass ein vorbeugender Unterlassungsanspruch aus § 1004 Abs. 1 S. 2 BGB bestanden hätte, gilt das sogleich im Text Gesagte.

⁷¹⁵ Grundlegend BGHZ 60, 235, 243; 98, 235, 240; zur Verteidigung gegen die Literaturkritik BGH NJW 2004, 603, 604. Entgegen *Abrens* (2019), 648 folgt auch nichts anderes aus BGH NJW 1992, 1043, 1044 (Gasdichte Haustür), weil hier laut BGH gerade (noch) keine drohende Beeinträchtigung vorlag.

und selbst kritische Literaturstimmen rechnen nicht damit, „dass der BGH kurzfristig [davon] abrücken wird.“⁷¹⁶ Auch überzeugt es nicht, die Selbstvornahme auf den Beseitigungsanspruch zu beschränken, weil man andernfalls bei „Unterlassungsansprüchen den Grundsatz umkehren [würde], dass es Sache des Störers ist, über die Art und Weise zu entscheiden, mit der er die drohende Gefahr für das Eigentum des Berechtigten abwendet.“⁷¹⁷ Zwar wird dem Störer in der Tat ein solches Wahlrecht bei Unterlassungsbegehren eingeräumt. Allerdings soll das Wahlrecht ausscheiden, wenn Alternativmaßnahmen „vernünftigerweise [...] nicht ernsthaft in Betracht gezogen werden können“, das Auswahlermessen des Störers also praktisch auf null reduziert ist.⁷¹⁸ Genau diese Ausnahme dürfte in Klimahaftungskonstellationen regelmäßig erfüllt sein, wie wir oben im Präventions- und Effizienzkontext gesehen haben: Um bereits angelegten Klimaschäden wie dem gesteigerten GLOF-Risiko im RWE-Fall abzuhelpfen, müssten Energieproduzenten der Atmosphäre einmal zugefügte Treibhausgase wieder entziehen. Selbst wenn diese Technik in Zukunft im benötigten Umfang verfügbar sein sollte, dürfte sie angesichts der extremen Kosten praktisch ausgeschlossen sein. Vernünftigerweise versprechen deshalb vor allem Eigensicherungsmaßnahmen in der Sphäre der Klimaopfer Abhilfe, weil durch verstärkte Mauern oder zusätzliche Stockwerke Schäden entscheidend begrenzt und mitunter ganz vermieden werden können.⁷¹⁹ Nehmen Klimaopfer wie Lliuya nun jene Eigensicherungsmaßnahmen vor, machen sie letztlich genau das, was mangels praktikabler Alternativoptionen auch Energieproduzenten wie RWE (mindestens) hätten tun müssen. Und weil damit das Wahlrecht der störenden Energieproduzenten gar nicht eingeschränkt ist, spricht auch nichts dagegen, Klimaopfern einen entsprechenden Ersatzanspruch bei Selbstvornahme zuzugestehen. Im Gegenteil, wie oben gesehen geben Präventions-, Effizienz- und Nachhaltigkeitsgründe sogar ausdrücklich Anlass dafür.⁷²⁰

Mit alledem sind für die Klimahaftung aber erst die Positivmerkmale bejaht. Dass *Anlass für Bipolarität* besteht und auch eine *taugliche Anknüpfung* im Privatrechtssystem möglich ist, genügt allein nicht. Sollte eines der in § 5 entwickelten Negativmerkmale vorliegen – *strukturelle Unterkomplexität* oder Fo-

⁷¹⁶ So Wagner (2020b), 101.

⁷¹⁷ Wagner (2020b), 104. Ähnlich auch Abrens (2019), 647 f., der noch stärker die vermeintlich entgegenstehenden Wertungen des Vollstreckungsrechts betont, was BGH NJW 2004, 603, 604 jedoch bereits überzeugend entkräftet hat.

⁷¹⁸ So BGH NJW 2004, 1035, 1037 (wo die Entfernung des Baums einzig vernünftige Abhilfemöglichkeit bei Einsturzgefahr infolge windbedingten Wurzeldrucks war); aus der Literatur vgl. nur Raff (2020), § 1004 BGB Rn. 243; Fritzsche (2022), § 1004 BGB Rn. 103. Säge man das anders, würde zudem die Abgrenzung von Beseitigungs- und Unterlassungsanspruch zum Knackpunkt, weil sie über Bestehen des Kostenersatzanspruchs entscheidet – und diese Abgrenzung ist auch und gerade in Klimahaftungskonstellationen häufig alles anderes als klar, näher Wagner (2020b), 25 ff.

⁷¹⁹ Oben § 6 II. 2. c).

⁷²⁰ Oben § 6 II. 2. c), 3. b), 5.

rumsinkompatibilität – scheitert die Bipolaritätskonstruktion dennoch. Wie eingangs erwähnt, werde ich jene Negativmerkmale aber gesammelt im abschließenden § 8 behandeln, weil sie übergreifende Probleme von nachhaltigkeitsresponsiven Bipolaritätskonstruktionen verkörpern. Einstweilen steht deshalb ein Themenwechsel an: Nach der Klimahaftung nehmen wir nun mit der Lieferkettenverantwortlichkeit das zweite Anwendungsbeispiel in den Blick.

§ 7 Lieferkettenverantwortlichkeit

Wird von Lieferkettenverantwortlichkeit gesprochen, ist häufig ein Deliktsanspruch gemeint. Neben Haftungsfragen im Konzern steht vor allem die Schadensersatzhaftung inländischer Unternehmen in Rede, wenn Beschäftigte der Lieferanten im Produktionsprozess verletzt oder gar getötet werden.⁷²¹ Vermehrt wird auch diskutiert, ob der häufig zwischen inländischem Unternehmen und Lieferant vereinbarte Verhaltenskodex als Anknüpfungspunkt für einen vertraglichen Schadensersatzanspruch der Betroffenen taugt, entweder als echter oder als Vertrag mit Schutzwirkung zugunsten Dritter.⁷²² Und damit ist lediglich ein kleiner Ausschnitt der weit verzweigten Debatte beschrieben.⁷²³

Der Schwerpunkt der folgenden Seiten liegt woanders. Mit geht es um eine bislang nur am Rande behandelte Fallgestaltung, die zwar Überschneidungen zu den genannten Themenkomplexen aufweist, aber eine ganz andere Beziehung beleuchtet: das Verhältnis zwischen Endverbrauchern und transnationalen Händlern. Als Konstruktionsfolie dient der (leicht abgewandelte) KiK-Fall, der schon in der Einleitung kurz zur Sprache kam.

I. Wirklichkeitsphänomen globale Lieferketten in casu: Der (leicht abgewandelte) KiK-Fall

Wie der RWE-Fall beginnt auch der KiK-Fall weit entfernt, diesmal in Karatschi, der größten Stadt Pakistans.⁷²⁴ Dort produziert das Unternehmen Ali Enterprises Ltd. Kleidung für Textilhändler in aller Welt. Seit 2007 auch für die KiK Textilien und Non Food GmbH, die in Deutschland und Europa zahlreiche Geschäfte betreibt und dort die Kleidung unter eigener Markenbezeichnung verkauft. Wie alle anderen KiK-Lieferanten hat auch Ali Enterprises KiKs Verhaltenskodex unterzeichnet, der „Anforderungen und Mindeststandards“ für die Produktionsstätten definiert. Unter anderem ist vorgesehen, dass der „Arbeitsplatz und das Ausüben der Tätigkeit den Arbeitnehmer, seine Gesundheit und Sicherheit nicht gefährden [dürfen].“ Zudem „sind KiK oder von KiK benannte Dritte dazu berechtigt, zu jeder Zeit und ohne vorherige Ankündigung alle Produktionsstätten [...] zu Kontrollzwecken zu besuchen.“⁷²⁵

⁷²¹ Exemplarisch Wagner (2016); monografisch etwa Falkenhausen (2020).

⁷²² Exemplarisch Heinlein (2018); monografisch etwa Beckers (2015), 126 ff., 256 ff.

⁷²³ Umfassender Überblick bei Görgen (2019).

⁷²⁴ Und ähnlich wie der RWE-Fall ist auch der KiK-Fall dank der engen Begleitung von NGOs gut dokumentiert, vgl. zu den Hintergründen Saage-Maaß (2021), 36 ff.

⁷²⁵ KiK (2012), 1, 4 und 2. Die älteren und neueren Versionen enthalten quasi identische Formulierungen, die aktuelle Version KiK (2015) unterscheidet sich z. B. nur in einem Wort („autorisierte“ statt „benannte“ Dritte).

Im Jahr 2011 veröffentlicht KiK seinen ersten Nachhaltigkeitsbericht.⁷²⁶ Darin erklärt sich KiK „verantwortlich für mehr als 20.000 Mitarbeiter in Europa [...] sowie für die Arbeiterinnen und Arbeiter, die in den Produktionsländern an der Herstellung der durch uns geordneten Ware beteiligt sind.“⁷²⁷ Ausdrücklich wird auf den eigenen Verhaltenskodex verwiesen, der „die Einhaltung der Mindeststandards in Bezug auf die Arbeitsbedingungen in den Fabriken“ regelt, namentlich die Vorgaben zum „Schutz der Gesundheit und die Gewährleistung von Sicherheit am Arbeitsplatz“.⁷²⁸ Auch die Beschreibung der Produzentenkontrollen, im Bericht Auditierungsverfahren genannt, nimmt breiten Raum ein. „Die Auditoren kontrollieren alle relevanten Dokumente, besichtigen das Fabrikgelände“ und beziehen dabei „rund 175 Prüfpunkte“ ein, konkret „Feuerpräventionsvorkehrungen“, erläutert der Bericht. Zudem „überprüft“ der KiK interne CSR-Bereich „die weitere Entwicklung des Lieferanten“; dazu „erfolgen mehrere angemeldete oder unangemeldete Kurzbesuche zur engmaschigen Beobachtung“.⁷²⁹

Auch in der Textilfabrik von Ali Enterprises haben zwischen 2007 und 2011 mindestens vier Kontrollen stattgefunden, gleich bei der ersten wurden Defizite beim Brandschutz festgestellt. Dennoch wird fleißig für KiK produziert, über die Jahre nimmt KiK knapp drei Viertel der Kapazitäten in Anspruch.⁷³⁰ Am Abend des 11. September 2012 bricht in der Fabrik ein Feuer aus. Über 250 Arbeiterinnen und Arbeiter sterben, über 30 werden teils schwer verletzt. Wie es zu dem Brand kam, ist bis heute nicht abschließend geklärt; laut einer lokalen Untersuchungskommission soll Brandstiftung die Ursache gewesen sein. Klar ist aber, dass der unzureichende Brandschutz eine entscheidende Rolle spielte. Kleinere Verbesserungen hätten große Wirkung gehabt, wie eine gutachterliche Brandsimulation zeigte: Schon gitterlose Fenster, rudimentäre Alarmsysteme und unverstellte Fluchtwege hätten viele Tote verhindern können.⁷³¹

Im März 2015 erhebt eine Gruppe von Hinterbliebenen Klage vor dem LG Dortmund, das für KiK örtlich zuständig ist. Gefordert wird Schmerzensgeld für das Leid der Brandopfer, weil KiK den Brandschutz bei Ali Enterprises nicht ordnungsgemäß organisiert und überwacht haben soll. Die Klage scheitert, und auch das anschließend zwecks Prozesskostenhilfe angerufene Berufungsgericht – wie im RWE-Fall ist es das OLG Hamm – macht kurzen Prozess: Wegen Art. 4 Abs. 1 Rom II-VO ist das Deliktsrecht des Erfolgsorts an-

⁷²⁶ Bei der ersten Version bleibt es fast drei Jahre, erst 2013 erscheint dann ein neuer Bericht.

⁷²⁷ *KiK* (2011), 13.

⁷²⁸ *KiK* (2011), 25.

⁷²⁹ Alle vorstehenden Zitate bei *KiK* (2011), 26 f.

⁷³⁰ Vgl. *Saage-Maaß* (2021), 36.

⁷³¹ Methode und Ergebnisse der Simulation sind als Video abrufbar auf https://www.youtube.com/watch?v=aa9NcklW3_4.

wendbar, und nach pakistanischen Recht sind alle in Betracht kommenden Ansprüche verjährt.⁷³²

So weit, so bekannt. Wie eingangs erwähnt, sollen Direktansprüche der Betroffenen aber gar nicht unser Thema sein. Der entscheidende Grund dafür kam gerade zur Sprache: Deutsches Recht ist in aller Regel nicht anwendbar.⁷³³ Das wäre zwar anders, wenn ein Verhaltenskodex wie der von KiK ein echter oder drittschützender Vertrag zugunsten der Betroffenen wäre.⁷³⁴ Allerdings ist ein Verhaltenskodex typischerweise weder das eine noch das andere, wie ich andernorts dargelegt habe.⁷³⁵ Wie wir im Verlauf noch sehen werden, stellen sich all diese Probleme nicht, wenn wir stattdessen das Verhältnis zwischen Endverbrauchern und transnationalen Händlern in den Blick nehmen. Freilich besteht dann eine faktische Hürde: Der KiK-Fall liefert hierfür nicht ausreichend Stoff.⁷³⁶ Wir müssen ihn deshalb um einen fiktiven, aber durchaus typischen Geschehensablauf erweitern: Angenommen, zwei Wochen vor dem Feuer kauft Karla König in einer deutschen KiK-Filiale einen Pullover, der in der abgebrannten Textilfabrik von Ali Enterprises hergestellt wurde. Vom Brand ist Karla König im fernen Deutschland nicht betroffen, und auch der Pullover ist an sich von tadelloser Qualität – aber sie ist von KiK enttäuscht, weil die in Verhaltenskodex und Nachhaltigkeitsbericht beteuerten „Mindeststandards“ und „Feuerpräventionsvorkehrungen“ sich als leere Ankündigungen herausgestellt haben. Hat diese Enttäuschung privatrechtliche Relevanz? Könnte der unter unzureichenden Brandschutzvorkehrungen produzierte Pullover gewährleistungsrechtliche Ersatzansprüche auslösen?

Das ist das Szenario, das uns auf den folgenden Seiten als Konstruktionsfolie dienen wird. In der Sprache der in § 5 entwickelten Positivmerkmale lauten die Kernfragen daher: Geben im Umgang mit dem Wirklichkeitsphänomen globale Lieferketten Konstruktionsgründe Anlass, gerade diese konkreten Parteien – Endverbraucher wie König und transnationale Händler wie KiK – über eine auf

⁷³² Vgl. LG Dortmund BeckRS 2019, 388; OLG Hamm NJW 2019, 3527.

⁷³³ Das sieht auch die große Mehrheit in der Literatur so, vgl. etwa Wagner (2016), 739 ff.; Habersack/Ehrl (2019), 181 ff.; Falkenhausen (2020), 304 ff.; auch das Lieferkettensorgfaltspflichtengesetz hat daran nach h.M. nichts geändert, vgl. Wagner (2021a), 1104 f.; Paefgen (2021), 2015 f. Außerdem ist in Lieferkettenkonstellationen – anders als bei der über den Umweltpfad vermittelten Klimahaftung (oben § 6 III. 1.) – Art. 7 Rom II-VO typischerweise nicht einschlägig. Für eine analoge Anwendung aber Görge (2019), 179 ff.; für ein Bestimmungsrecht nach Art. 4 Abs. 3 Rom II-VO Thomale/Hübner (2017), 391 f., zurückhaltender aber nun Hübner (2022), 146 ff.

⁷³⁴ Vgl. etwa Thomale/Hübner (2017), 390 f.; Heinlein (2018), 279 f. In der Literatur wird der VSD vermehrt als deliktsähnliche Norm eingeordnet und deshalb Art. 4 Abs. 1 Rom II-VO unterworfen – folgt man dem, wäre auch hier deutsches Recht also schon nicht anwendbar, zum Ganzen Hübner (2022), 142 f.

⁷³⁵ Schirmer (2021b), 53 ff.

⁷³⁶ Anders in den USA, wo ähnliche Grundkonstellationen (erfolglos) verhandelt wurden, dazu Dadush (2019), 837 ff.

Ersatz gerichtete Rechte- und Pflichtenbeziehung zu verbinden? Und existieren im Privatrechtssystem dafür taugliche Anknüpfungspunkte?

Vorab aber noch zu den Begrifflichkeiten, deren Zuschnitt (wie bei der Klimahaftung) freilich erst Stück für Stück deutlicher werden wird:

- Mit *transnationalen Händlern* meine ich Unternehmen wie KiK, die ihre Ware größtenteils von Lieferanten aus dem Globalen Süden fertigen lassen und die Ware dann (auch) im Inland über das eigene Filialnetz unter eigener Markenbezeichnung an Endverbraucher vertreiben. Spreche ich von *KiK*, ist die KiK Textilien und Non Food GmbH gemeint.
- *Lieferanten* sind rechtlich selbstständige Unternehmen wie Ali Enterprises Ltd., die im Globalen Süden eigene Produktionsstätten betreiben, dazu eigene Beschäftigte anstellen und im Auftrag transnationaler Händler fertigen.
- Ein *Verhaltenskodex* ist ein zwischen transnationalem Händler und Lieferant (regelmäßig im Rahmen des Liefervertrags) vereinbartes Regelregime, das wie der KiK-Verhaltenskodex Anforderungen und Mindeststandards für die Arbeits- und Produktionsbedingungen benennt. Soll der Verhaltenskodex durch Überprüfungs- und Kontrollverfahren begleitet werden, spreche ich von *Lieferkettengovernance*. Mit *Nachhaltigkeitsbericht* ist ein CSR-Report oder eine sonstige Darstellung gemeint, die wie der KiK-Nachhaltigkeitsbericht jene Lieferkettengovernance näher beschreibt. Dabei macht es keinen Unterschied, ob der Nachhaltigkeitsbericht wie im KiK-Fall freiwillig erfolgte oder eine entsprechende gesetzliche Transparenzverpflichtung aus §§ 289b, 289c HGB oder § 6 Abs. 2 LkSG bestand. Wird all das öffentlich (typischerweise über die händlereigene Website) kommuniziert und erläutert, bezeichne ich das als *angekündigte Lieferkettengovernance* oder *Ankündigungen zur Lieferkettengovernance*.
- Ist von *Endverbrauchern* die Rede, geht es um die Letztglieder der Lieferkette, die wie Karla König die gefertigte Ware zur privaten Nutzung erwerben. Zwar dürften viele der folgenden Argumente auch für unternehmerische (Zwischen-)Abnehmer gelten; zwecks klarerer Fokussierung beschränke ich mich aber auf Endverbraucher.
- Mit *Lieferkettenschäden* sind Szenarien wie der KiK-Fall gemeint, in denen Beschäftigte des Lieferanten im Rahmen des Produktionsprozesses Rechtsverletzungen erleiden.
- Spreche ich dagegen von *Lieferkettenkonstellationen* oder *Lieferkettenverantwortlichkeit*, ist nicht eine Haftung gegenüber den Beschäftigten oder sonst direkt Betroffenen gemeint (diesbezüglich rede ich von *Direkthaftung*). Unsere Konstruktionsfolie ist allein der (leicht abgewandelte) KiK-Fall, also die Frage, ob Endverbraucher und transnationale Händler über eine auf Ersatz gerichtete Rechte- und Pflichtenbeziehung zu verbinden sind, wenn die Erwartungen an die angekündigte Lieferkettengovernance enttäuscht werden.

II. Erstes Positivmerkmal: Anlass für Bipolarität

Denken wir an mögliche Anspruchsgrundlagen, kommen als Erstes Gewährleistungsansprüche in den Sinn. Bezogen auf den KiK-Fall wäre etwa möglich, dass der Pullover nicht die Beschaffenheit aufweist, die Karla König nach KiKs öffentlichen Äußerungen über die Lieferkettengovernance erwarten kann (§ 434 Abs. 3 S. 1 Nr. 2 BGB), und ihr deshalb die in § 437 BGB aufgezählten Nacherfüllungs- oder Sekundäransprüche zustehen. Das greift allerdings schon zu weit vor, denn dogmatische Details stehen erst beim zweiten Positivmerkmal an. Bevor wir uns dort den tauglichen Anknüpfungspunkten im Privatrechtssystem widmen, müssen wir zunächst über das erste Positivmerkmal hinweg – also ob im Umgang mit dem Wirklichkeitsphänomen globale Lieferketten Konstruktionsgründe Anlass geben, gerade Endverbraucher wie König und transnationale Händler wie KiK über eine Lieferkettenverantwortlichkeit zu verbinden.

Das anstehende Prüfprozedere kennen wir schon von der Klimahaftung: Erstens genügt es nicht, nur anlassgebende Konstruktionsgründe für eine wechselseitige Rechte- und Pflichtenbeziehung gerade zwischen Karla König und KiK zu identifizieren. Weil im *drama between plaintiff and defendant* die Zuschauer immer mitgedacht werden, muss es auch über die konkreten Parteien hinaus Anlass geben, die Statusgruppen „Endverbraucher“ und „transnationale Händler“ zu verbinden. Wo nötig, werde ich zwischen der statusbezogenen und der parteibezogenen Perspektive trennen, meistens werde ich aber beide Ebenen zusammen erläutern; ich spreche dann von *Endverbrauchern wie König* und *transnationalen Händlern wie KiK*. Zweitens ist auf Basis meines Modells responsiver Bipolarität eine wechselseitige Rechte- und Pflichtenverbindung umso erfolgversprechender, desto mehr Konstruktionsgründe sie verkörpert. Wie schon bei der Klimahaftung besteht das Ziel also darin, eine möglichst breite Basis an Konstruktionsgründen auszumachen. Und weil drittens das Privatrecht zur normativen Richtigkeit der Konstruktionsgründe nichts Genuines beizutragen hat, hinterfrage ich die im Folgenden diskutierten – ohnehin wenig kontroversen – Konstruktionsgründe nicht prinzipiell. Entscheidend ist vielmehr (was eben gar nicht so wenig ist), ob sie privatrechtlich abbildbar sind.

1. Konstruktionsgrund: Prävention

Beginnen wir mit einem der kontroversesten Aspekte der Lieferkettenverantwortlichkeit: Prävention. Drei Punkte werden uns beschäftigen: Haben transnationale Händler überhaupt ausreichend Einflussmöglichkeiten, um Lieferkettenschäden bei den Beschäftigten zu vermeiden? Trägt es wirklich zur Schadensvermeidung bei, wenn man die Ankündigungen transnationaler Händler zur Lieferkettengovernance beim Wort nimmt – oder führt das nicht dazu, dass

die Lieferkettengovernance abgeschwächt wird oder ganz ausbleibt? Und bestehen nicht sowieso genug marktförmige Anreize zur Schadensvermeidung, die eine zusätzliche privatrechtliche Lieferkettenverantwortlichkeit überflüssig machen?

a) Umfassende Einflussmöglichkeiten

Die privatrechtliche Lieferkettendebatte beruht auf einer bestechenden Präventionsidee: Da die Heimatrechtsordnungen der Lieferanten sichere Arbeits- und Produktionsbedingungen nur unzureichend wahren und durchsetzen, sollen die Einflussmöglichkeiten transnationaler Händler genutzt werden, um Lieferkettenschäden bei den Beschäftigten zu vermeiden. Das setzt indes voraus, dass transnationale Händler überhaupt über entsprechende Einflussmöglichkeiten verfügen. In der Literatur wird genau das von manchen infrage gestellt. Mögen transnationale Händler wie KiK auf dem Papier auch zahlreiche Einflussmöglichkeiten haben, faktisch soll es mit der Lieferkettengovernance nicht weit her sein. Denn wenn Lieferanten nicht nur tausende Kilometer entfernt, sondern auch in ganz andere regulative und soziokulturelle Kontexte eingebettet sind, könnten selbst die strengsten Verhaltenskodizes und Kontrollverfahren wenig ausrichten.⁷³⁷ Lügen die Kritiker damit richtig, bestünde aus Präventionsicht kein Anlass für eine Lieferkettenverantwortlichkeit – wo es an Einflussmöglichkeiten transnationaler Händler fehlt, ergibt ihre Inpflichtnahme keinen Sinn.

Aber wieso kommt es überhaupt auf die Vermeidung von Lieferkettenschäden bei den Beschäftigten an, wenn unsere Konstruktionsfolie doch der KiK-Fall ist, wir also das Verhältnis zwischen Endverbrauchern und transnationalen Händlern betrachten? In der Tat leuchtet das nicht unmittelbar ein, wenn wir uns an das zur Klimahaftung Gesagte erinnern: Präventionsgründe geben dann Anlass für wechselseitige Rechte- und Pflichtenbeziehungen, wenn Schäden durch Haftungsandrohung abgewendet oder zumindest begrenzt werden können; und verhaltensbezogene Ersatzpflichten sind dazu grundsätzlich geeignet, sofern sie ausreichend Anreize zur Schadensvermeidung setzen. Freilich geht es dabei nicht um die Vermeidung von irgendwelchen Schäden, sondern Schäden im Verhältnis der konkreten Parteien.⁷³⁸ Präventionsgründe geben also nur

⁷³⁷ Exemplarisch *Wagner* (2021a), 1105: „Macht der Unternehmen, in den Produktionsstaaten unsere Vorstellungen von guten Arbeitsbedingungen durchzusetzen, ist begrenzt“; *Ekkenga, et al.* (2021), 1513: „letztlich nicht steuerbare Vorgänge“; vor allem die lokalen Durchsetzungsdefizite betonend *Sykes* (2012), 2198ff.; *Kocher* (2021), 194f.; skeptisch auch *Beckers* (2021), 226f., 236ff.

⁷³⁸ Treffend *Franck* (2016), 91: „der Präventionsgedanke [...] vermag, eine konzeptionell fundierte Verbindungslinie zwischen dem ersatzfähigen individuellen Nachteilen von Haftungsgläubigern und einer [...] abschreckenden Haftungsandrohung gegen potentielle Schädiger herzustellen“. Zum Ganzen schon oben, § 6 II. 2.

dann Anlass, gerade Endverbraucher wie König und transnationale Händler wie KiK über eine Bipolaritätskonstruktion zu verbinden, wenn verhaltensbezogene Ersatzpflichten Anreize für transnationale Händler setzen, Schäden bei eben jenen Endverbrauchern zu vermeiden. Und wenn das unser Blickwinkel ist, wieso ist dann die Vermeidung von Lieferkettenschäden bei den Beschäftigten relevant?

Die Perspektiverweiterung liegt an der Besonderheit von Lieferkettenkonstellationen, wie sich anhand unseres KiK-Falls leicht zeigen lässt: Wir hatten gesagt, Karla König ist mit dem gekauften Pullover unzufrieden, weil die in Verhaltenskodex und Nachhaltigkeitsbericht beteuerten „Mindeststandards“ und „Feuerpräventionsvorkehrungen“ sich als leere Ankündigungen herausgestellt haben. Der aus Präventionssicht zu verhindernde Schaden liegt also darin, dass die mit dem gekauften Pullover verbundenen Erwartungen enttäuscht worden sind. Dieser Enttäuschungsschaden lässt sich vermeiden, indem transnationale Händler wie KiK die angekündigte Lieferkettengovernance so betreiben, dass keine Lieferkettenschäden eintreten, also Beschäftigte des Lieferanten im Produktionsprozess keine Rechtsgutsverletzungen erleiden. Diese Präventionsebene – die Vermeidung von Lieferkettenschäden bei den Beschäftigten – ist für transnationale Händler mithin die entscheidende Grundlage, um auch Enttäuschungsschäden auf der Primärebene – im Verhältnis zu Endverbrauchern – zu verhindern. Und das heißt dann: Will man eine Lieferkettenverantwortlichkeit zwischen Endverbrauchern und transnationalen Händlern aus Präventionsgesichtspunkten beurteilen, müssen immer auch die Einflussmöglichkeiten der Lieferkettengovernance einbezogen werden. Oder negativ formuliert: Aus Präventionsgründen besteht für eine Lieferkettenverantwortlichkeit dann kein Anlass, wenn transnationale Händler die Erwartungen der Endverbraucher gar nicht erfüllen können – weil sie schon außerstande sind, ausreichend auf die Arbeits- und Produktionsbedingungen bei den Lieferanten einzuwirken, um Lieferkettenschäden bei den Beschäftigten zu vermeiden.

Doch wieso sollten transnationale Händler das nicht können? Spricht nicht schon ihre Marktmacht dafür, dass Lieferanten die vereinbarten Verhaltenskodizes einhalten und sich so mittelfristig die Bedingungen in den Produktionsstätten verbessern? Das ist in der Tat die bis heute vorherrschende Prämisse der sozialwissenschaftlichen Lieferkettenforschung.⁷³⁹ Allerdings fehlten für diesen sogenannten trading up-Effekt lange empirische Nachweise. Etliche Studien konnten bei Lieferanten mit Lieferkettengovernance allenfalls kleinere Verbesserungen aufzeigen, teilweise wurde auch Stagnation oder gar Verschlechterung beobachtet. Manche zogen daraus den Schluss, dass weniger die Lieferkettengovernance, sondern gesamtgesellschaftliche, von transnationalen Händlern weitgehend unbeeinflusste Faktoren (regulative und soziokulturelle

⁷³⁹ Grundlegend Vogel (1995); zur Entwicklung der Debatte vgl. Adolph, et al. (2017), 1 ff.

Rahmenbedingungen, weltwirtschaftliche Lage etc.) darüber bestimmen, ob und wie sich Arbeits- und Produktionsbedingungen bei Lieferanten verbessern⁷⁴⁰ – womit die eingangs erwähnten kritischen Stimmen aus der juristischen Literatur größtenteils bestätigt wären.

Die neuere sozialwissenschaftliche Lieferkettenforschung zeichnet aber ein deutlich positiveres Bild.⁷⁴¹ Exemplarisch ist eine viel beachtete Fallstudie zum Sportartikelanbieter Nike: Ende der 1990 Jahre hatte das Unternehmen seine Lieferbeziehungen nach Pakistan abgebrochen, nachdem Kinderarbeitsfälle und andere schwerwiegende Beschäftigungsverstöße bekannt geworden waren. Seit 2007 lässt das Unternehmen dort wieder Fußbälle produzieren, diesmal aber unter straffer Lieferkettengovernance. Obwohl auch im zweiten Versuch insbesondere bei der kollektiven (betriebsratsähnlichen) Organisation der Arbeiterschaft nur geringe Fortschritte verzeichnet wurden, zeigten sich bei stärker greifbaren „tangible issues“ wie Kinderarbeit, Lohnniveau und Arbeitssicherheit klar positive Effekte; besonders deutlich waren die Verbesserungen dort, wo Lieferanten konstant hohe Auftragsvolumen für Nike produzierten.⁷⁴² Ganz ähnliche Ergebnisse präsentierte eine groß angelegte Fallstudie zu Kleidungslieferanten in Sri Lanka.⁷⁴³ Aber auch übergreifende Studien kommen zunehmend zu positiven Ergebnissen. So fragte etwa eine großangelegte quantitative Untersuchung, wie sich in 90 Ländern des Globalen Südens die Arbeitsbedingungen abhängig von den Haupthandelspartnern entwickelt haben. Dabei zeigte sich der trading up-Effekt deutlich: Länder bildeten höhere Arbeitsstandards heraus, wenn ihre Haupthandelspartner selbst hohe Arbeitsstandards aufwiesen. Nicht nur verbesserten sich die formalen Rechtspositionen, nach drei Jahren verstärktem Handel zeigte sich auch ein signifikanter Effekt bei den praktizierten Arbeitsbedingungen. Was vor allem an dem Druck durch transnationale Händler aus dem Globalen Norden liegen dürfte, wie die Studie schlussfolgert: Durch ihre vergleichsweise strengen Verhaltenskodizes entsteht „supply chain pressure [... which] can eventually bring about real changes in behavior.“⁷⁴⁴ Eine Befragung von mehr als 1.500 vietnamesischen Liefe-

⁷⁴⁰ Konzis Vogel (2010), 79 ff.; eingehend Locke (2013), 24 ff.

⁷⁴¹ Vgl. (mit jeweils anderen disziplinären Schwerpunkten) die systematischen Literaturauswertungen durch Carruthers/Lamoreaux (2016), 62 ff.; Kano, et al. (2020), 600 f., 607 ff.; Babri, et al. (2021), 87 ff.

⁷⁴² Lund-Thomsen/Coe (2015), 285 ff. (Zitat auf 276). Ähnliches zeigte sich in einer länderübergreifenden (quantitativen) Studie zu Nikes Fortbildungs- und Prozessoptimierungsprogrammen, die seit 2011 regelmäßiger Bestandteil der Lieferkettengovernance im Globalen Süden sind, vgl. Distelhorst, et al. (2017).

⁷⁴³ Ruwanpura (2012), 14 ff. Eine jüngere Studie legt nahe, dass dabei auch außergerichtliche Beschwerdemechanismen für die Beschäftigten eine bedeutende Rolle spielen (sollten), vgl. Gläßer, et al. (2021), 85 ff. Dabei wurden jeweils (wie bei der Nike Fallstudie) vor allem qualitative Interviews durchgeführt.

⁷⁴⁴ Greenhill, et al. (2009), 678 ff. (Zitat auf 681). Untersuchungszeitraum ist 1986–2002; die Bewertung von formalen Rechtspositionen (labor laws) und praktizierten Standards

ranten bestätigte den Befund: Lieferanten waren bereit, mehr in verbesserte Arbeitsstandards zu investieren, wenn sie Händler aus dem Globalen Norden beliefern sollten, und die Zahlungsbereitschaft war noch höher bei Lieferanten aus Segmenten wie der Kleidungsindustrie, wo Händler typischerweise größeren Wert auf Arbeitsstandards legen.⁷⁴⁵ Und der positive Einfluss der Lieferkettengovernance soll sich auch bei KiK beobachten lassen, wie der eigene Nachhaltigkeitsbericht festgestellt haben will: Während die Lieferanten in Bangladesch 2009 nur 62 % der Vorgaben aus KiKs Verhaltenskodex erfüllten, stieg die Quote ein Jahr später auf rund 83 %. Speziell im Bereich Arbeitsgesundheit und -sicherheit lag der Zuwachs bei knapp 12 %; in China soll der Anstieg sogar knapp 30 % betragen haben.⁷⁴⁶

Damit lässt sich festhalten: Es greift zu kurz, dass transnationale Händler wegen der Gegebenheiten im Globalen Süden faktisch kaum im Stande sein sollen, Lieferkettenschäden bei den Beschäftigten zu vermeiden. Auch wenn regulative und soziokulturelle Faktoren die lokalen Arbeits- und Produktionsbedingungen natürlich mitbeeinflussen, können transnationale Händler mit Verhaltenskodizes und Kontrollverfahren sehr wohl spürbar einwirken. Bei straffer Lieferkettengovernance sind Verbesserungen empirisch nachgewiesen, und bei konstant hohen Auftragsvolumen verstärkt sich der Effekt noch.

b) Kein Dilemma of Control

Allerdings ist die Vermeidung von Lieferkettenschäden bei den Beschäftigten nur ein Weg, um Enttäuschungsschäden von Endverbrauchern zu verhindern. Wegen der eben beschriebenen Besonderheit von Lieferkettenkonstellationen bleibt transnationalen Händlern noch eine zweite Möglichkeit: Statt mitunter aufwändige Lieferkettengovernance zu betreiben, könnten sie einfach keinerlei Erwartungen bei den Endverbrauchern wecken und so jeder Enttäuschungsmöglichkeit von vornherein den Boden entziehen. Denken wir an den KiK-Fall. Niemand kann KiK zwingen, den Verhaltenskodex in der gewählten Art und

(labor practices) orientiert sich an den international gängigen Analysen, v. a. durch die ILO. Umgekehrt lässt sich ein trading down-Effekt beobachten, wenn die Haupthandelspartner aus dem Globalen Norden durch solche aus Regionen mit geringeren Arbeitsstandards ersetzt werden (konkret China), vgl. *Adolph, et al.* (2017).

⁷⁴⁵ *Malesky/Mosley* (2018). Konkret wurde die Zahlungsbereitschaft für Lieferbeziehungen mit europäischen und indischen Handelspartnern abgefragt und dann nach Segmenten aufgeschlüsselt. Lieferanten, die einen europäischen Kleidungshändler beliefern sollten, waren bereit, 8,4 % ihrer Betriebskosten in verbesserte Arbeitsstandards zu investieren; für indische Handelspartner betrug der Wert nur 6 %. In Segmenten mit typischerweise geringerer *supply chain pressure* wie der Plastik- und Gummiindustrie zeigte sich der Unterschied nicht. Diese erhöhte Investitionsbereitschaft dürfte sich auch häufig für Lieferanten lohnen, denn höhere Arbeits- und Produktionsstandards versprechen durchschnittlich eine jährliche Auftragssteigerung um 4 %, vgl. *Distelhorst/Locke* (2018).

⁷⁴⁶ *KiK* (2011), 27 ff., 63 f. Die Zahlen basieren auf den Ergebnissen der Audits und Befragungen der Beschäftigten.

Weise aufzustellen, dazugehörige Überprüfungs- und Kontrollverfahren zu implementieren und alles in einem Nachhaltigkeitsbericht darzulegen. Auch die (2012 beim Brand in der Textilfabrik noch nicht geltenden) §§ 289b, 289c HGB bzw. § 6 Abs. 2 LkSG tun dies nicht, denn sie verpflichten transnationale Händler entsprechender Größe und Organisation nur zu Transparenz, nicht zu konkreter Lieferkettengovernance.⁷⁴⁷ Und das könnte auf fatale Fehlanreize hinauslaufen, manche sprechen gar von einem „dilemma of control“.⁷⁴⁸ Denn gründet man die Lieferkettenverantwortlichkeit darauf, dass transnationale Händler die Erwartungen in die angekündigte Lieferkettengovernance enttäuschen, könnten sie von Vorgaben völlig absehen und ihre Lieferanten überhaupt nicht kontrollieren, so die Sorge. Jedenfalls dürften transnationale Händler Verhaltenskodizes deutlich vager formulieren und Überprüfungsanstrengungen erheblich zurückfahren.⁷⁴⁹ Das eigentliche Präventionsziel der Lieferkettenverantwortlichkeit – Lieferkettenschäden bei den Beschäftigten zu vermeiden – drohe damit konterkariert zu werden.

Doch die Befürchtung ist überzogen. Bei breiterer Perspektive wird deutlich, dass für transnationale Händler vielfältige Anreize zur Lieferkettengovernance bestehen, die auch von einer Lieferkettenverantwortlichkeit nicht durchkreuzt werden. Der Offensichtlichste ist das Lieferkettensorgfaltspflichtengesetz (LkSG), das transnationale Händler entsprechender Größe (wenn auch recht allgemein) zur Lieferkettengovernance verpflichtet und die Nichteinhaltung bußgeldbewährt.⁷⁵⁰ Zwar treten die relevanten Bestimmungen erst Anfang 2023 in Kraft, so dass bis dahin gewissermaßen eine Anreizlücke bestehen könnte. Allerdings wirken in der Zwischenzeit andere Anreize.⁷⁵¹ Denn transnationale Händler haben berechtigten Grund zur Annahme, dass sich Lieferkettengovernance trotz der Kosten für sie lohnt. Zum einen auf Absatzseite: Wie Befragungen wiederholt belegt haben, wird sogenannter „ethischer Konsum“ immer wichtiger. Konsumenten legen verstärkt Wert darauf, dass Waren unter Einhal-

⁷⁴⁷ Vgl. nur *Bachmann* (2018b), 233 f. Speziell für KiK gelten die HGB-Berichtspflichten mangels Kapitalmarktorientierung (§ 289b Abs. 1 Nr. 2 HGB) ohnehin nicht.

⁷⁴⁸ So *Ulfbeck/Ehlers* (2019), 141; *Asmussen/Wagner* (2020), 996 f.; ähnlich etwa *Geistfeld* (2019), 150; *Schneider* (2019), 1376 ff.; *Snyder* (2019), 1921 f.; *Stöbener de Mora/Noll* (2021), 1287; *Spindler* (2022d), 121. Die Genannten beziehen sich meistens auf eine auf Verhaltenskodizes gestützte Direkthaftung gegenüber den Beschäftigten des Lieferanten, die Problematik stellt sich aber genauso bei der uns interessierenden „liability towards consumers“, so etwa *Ulfbeck/Ehlers* (2019), 142 (m. Fn. 45).

⁷⁴⁹ Plastisch *Schneider* (2019), 1377: „Anreiz zur Sicherheitsreserve im Unbestimmtheitsbereich“. Das Argument ist freilich nicht neu, sondern wurde schon der Verkäuferhaftung für öffentliche Äußerungen (jetzt § 434 Abs. 3 S. 1 Nr. 2 BGB) erfolglos entgegengehalten, vgl. *Weiler* (2002), 1794.

⁷⁵⁰ Vgl. §§ 3 ff., 24 LkSG. So auch *Beckers* (2021), 248. Zur eher allgemeinen Formulierung der Pflichten *Spindler* (2022d), 80 ff.

⁷⁵¹ Das gilt auch, wenn das LkSG mangels ausreichend großer Mitarbeiterzahl (weniger als 3.000 bzw. ab dem Jahr 2024 1.000 Arbeitnehmer, vgl. § 1 LkSG) gar nicht anwendbar sein sollte, was freilich bei transnationalen Händlern wie KiK selten der Fall sein dürfte.

tung grundlegender Arbeits- und Umweltstandards produziert werden, und sie sind auch bereit, dafür einen entsprechenden Preisaufschlag zu zahlen.⁷⁵² Zahlreiche Studien unter Realbedingungen konnten zudem zeigen, dass lieferkettensensible Konsumenten ihren Worten vermehrt Taten folgen lassen.⁷⁵³ Besonders aufschlussreich ist ein Feldexperiment in mehr als 100 US-amerikanischen Outlet-Stores des transnationalen Kleidungshändlers Banana Republic. Die untersuchten Geschäfte wurden in drei randomisierte Vergleichsgruppen aufgeteilt und dort jeweils identische Produkte angeboten, unter anderem Leinenanzüge. In der ersten Vergleichsgruppe wurden die Produkte nicht gesondert präsentiert, in der zweiten und dritten Vergleichsgruppe wurden sie dagegen um Aufsteller gruppiert, die entweder mit einer Fashion-Message („Makes a great first impression“) oder mit einer Fairness-Message („Promoting fair and safe working conditions“) warben. Während die Fashion-Message bei keinem der Produkte Einfluss auf die Verkaufszahlen hatte, steigerte die Fairness-Message den Absatz der Leinenanzüge um 14 %. Ein bemerkenswertes Ergebnis, wie die Forschenden betonen: Selbst in sehr preissensitiven Kaufumgebungen wie Outlet-Stores „we can identify a substantial segment of shoppers willing to support fair labor standards by voting with their shopping dollar.“⁷⁵⁴ Kurzum: Zwar zeigen diese und andere Proben aufs Exempel immer wieder, dass Einstellung und Umsetzung erheblich auseinanderfallen, also nur ein Bruchteil der sich „grün“ oder „ethisch“ gebenden Konsumenten tatsächlich entsprechende Produkte erwirbt; man spricht hier vom „attitude-behavior gap“.⁷⁵⁵ Allerdings steht dieser Bruchteil für eine durchaus beachtliche Konsumentengruppe, die zudem immer größer und heterogener wird.⁷⁵⁶ Wollen transnationale Händler diese Gruppe erreichen, ist Lieferkettengovernance ein zentrales Verkaufsargument. Und weil diese Gruppe typischerweise nicht nur vage Bemühungszusagen erwartet und Fabrikbrände und andere Lieferkettenskandale mit Wechseln zur Konkurrenz sanktioniert (sogenannter Konsumentenboykott),⁷⁵⁷ besteht

⁷⁵² Vgl. die systematische Auswertung der jüngeren sozialwissenschaftlichen Studien durch *Carrington, et al.* (2021) und *Hassan, et al.* (2022). Im Einklang mit dem eben beschriebenen trading up-Effekt ist die Wertschätzung und Zahlungsbereitschaft der Konsumenten im Globalen Norden höher als in anderen Regionen (konkret Schweiz vs. China), vgl. *Bartling, et al.* (2015).

⁷⁵³ Dazu die systematische Auswertung durch *Joshi/Rahman* (2015). Speziell bei „fair“ bzw. „ethisch“ produzierter Kleidung geben Konsumenten durchschnittlich 10–20 % mehr aus als für ein konventionell produziertes Pendant, vgl. die Auswertung durch *Tey, et al.* (2018).

⁷⁵⁴ *Hainmueller/Hiscox* (2015), 13. Ähnlich für entsprechend angepriesenen Kaffee bzw. Handtücher und Kerzen (jeweils rund 10 % Absatzsteigerung trotz höherem Preis) *Hainmueller, et al.* (2015); *Hiscox/Smyth* (2006). Zur wichtigen Rolle der Kaufumgebung *Grimmer, et al.* (2016).

⁷⁵⁵ Vgl. die Aufstellung bei *Joshi/Rahman* (2015), 136 ff.

⁷⁵⁶ Speziell für Deutschland vgl. *Statista* (2021a), 30 ff., 60 ff.

⁷⁵⁷ Zu allem *Carrington, et al.* (2021), 222 ff.

für transnationale Händler wie KiK ein klarer Anreiz für strikte Verhaltenskodizes und Überwachungsverfahren.⁷⁵⁸

Neben jenen Reputationseffekten legen neuere Studien nahe, dass straffe Lieferkettengovernance zudem die Produktivität erhöht.⁷⁵⁹ Wiederum lässt sich das anhand des Sportartikelanbieters Nike zeigen: Die Fortbildungs- und Prozessoptimierungsprogramme, die seit 2011 regelmäßiger Bestandteil der Lieferkettengovernance im Globalen Süden sind, steigerten nicht nur die Arbeitsbedingungen der Beschäftigten, sondern verbesserten zugleich den Ressourceneinsatz und die durchschnittliche Warenqualität.⁷⁶⁰ Es passt daher ins Bild, dass auch KiK den Einsatz von Verhaltenskodex und Kontrollverfahren nicht zuletzt mit Produktivitätserwägungen begründet.⁷⁶¹ Und nimmt man schließlich hinzu, dass Investoren immer häufiger strikte Lieferkettengovernance voraussetzen (müssen), was für ausscherende Unternehmen nachweislich die Aufnahme von Kapital verteuert,⁷⁶² erscheinen die befürchteten Fehlanreize durch eine Lieferkettenverantwortlichkeit endgültig vernachlässigbar.

c) Lieferkettenverantwortlichkeit als Anreizverstärker

An diese Überlegungen könnte sich ein Folgeeinwand anschließen: Wenn doch schon zahlreiche marktförmige Anreize für transnationale Händler bestehen, wozu braucht es dann noch eine privatrechtliche Lieferkettenverantwortlichkeit? Wenn es sich ohnehin lohnt, auf verbesserte Produktions- und Arbeitsbedingungen bei den Lieferanten hinzuwirken, ist es aus Präventionssicht doch gar nicht nötig, die Einflussmöglichkeiten transnationaler Händler über eine verhaltensbezogene Ersatzpflicht zu aktivieren?⁷⁶³

Der Gedanke klingt bestechend, hat aber einen Haken. Dass besagte Anreize bestehen, bedeutet noch lange nicht, dass sich transnationale Händler auch ent-

⁷⁵⁸ Wie hier schon *Kysar* (2004), 613 f.; *Dadush* (2019), 818 f.; knapp auch *Fleischer/Korch* (2019), 2190; *Beckers* (2021), 248 f.; *Hübner* (2022), 317 f. Anekdotische Evidenz liefert wiederum Nike: Ein in den USA gegen das Unternehmen angestregtes false advertisement-Verfahren führte nicht dazu, dass Nike seine Lieferkettengovernance reduzierte – vielmehr gilt Nike heute international als Vorreiter, vgl. *Conway* (2014), 780; *Lund-Thomsen/Coe* (2015), 784 ff.

⁷⁵⁹ Vgl. die systematischen Auswertungen durch *Carruthers/Lamoreaux* (2016), 63 f. *Kano, et al.* (2020), 604 ff.

⁷⁶⁰ *Distelhorst, et al.* (2017), 710 ff. Bei einem ähnlich angelegten Feldexperiment in Indien zeigten sich bei Textillieferanten innerhalb des ersten Jahres gar Produktivitätssteigerungen um 17 %, vgl. *Bloom, et al.* (2012).

⁷⁶¹ *KiK* (2011), 13 ff. Die Produktivitätssteigerungen sollen insb. bei Lieferanten aus Bangladesch auch eingetreten sein, ebd. 62 f.

⁷⁶² *El Ghouli, et al.* (2011). Dies liegt auf der Linie jüngerer empirischer Studien, die einen positiven Effekt von CSR-Maßnahmen auf den Unternehmenswert aufzeigen, vgl. etwa *Flammer* (2015); *Ferrell, et al.* (2016).

⁷⁶³ Die Argumentation ist nicht auf die Lieferkettenverantwortlichkeit beschränkt, sondern ein weit verbreitetes Argumentationsmuster („Reputation als Disziplinierungsmittel“), näher *Klöhn/Schmolke* (2015), 695 ff.

sprechend verhalten. Sozialwissenschaftliche Fallstudien zeigen immer wieder, dass auf Verstöße gegen Verhaltenskodizes nur sehr zurückhaltend reagiert wird und selbst bei fortgesetzten Missachtungen die Geschäftsbeziehungen zu Lieferanten nicht beendet werden.⁷⁶⁴ Häufig braucht es aufrüttelnde (Medien-)Kampagnen, damit die Lieferkettengovernance strikter betrieben wird; die oben erwähnte Reaktion von Nike auf Kinderarbeitsfälle bei pakistanischen Lieferanten ist ein Beispiel von vielen.⁷⁶⁵ Mit anderen Worten tritt das aus dem „ethischen Konsum“ bekannte *attitude-behavior gap* in veränderten Rollen auf: Transnationale Händler wie KiK beteuern zwar gern ihre Verantwortung „für die Arbeiterinnen und Arbeiter, die in den Produktionsländern an der Herstellung der durch uns geordneten Ware beteiligt sind“,⁷⁶⁶ aber sie lassen ihren Worten nur begrenzt Taten folgen.

Vor diesem Hintergrund könnte eine Lieferkettenverantwortlichkeit eine wichtige Rolle als Anreizverstärker spielen:⁷⁶⁷ Müssten transnationale Händler wie KiK bei unzureichender Lieferkettengovernance Ersatzforderungen enttäuschter Endverbraucher befürchten, käme zu den marktförmigen Anreizen für ambitionierte Verhaltenskodizes und intensive Kontrollmaßnahmen noch ein privatrechtlicher Anreiz hinzu⁷⁶⁸ – und seine Wirkung sollte nicht unterschätzt werden, zumal nicht nur Karla König einen Pullover gekauft haben dürfte. Gewiss setzt all das voraus, dass Endverbrauchern überhaupt eine Ersatzforderung zusteht und in der Realität mit entsprechenden Klagen zu rechnen ist. Beides wird uns noch eingehend beschäftigen; um die Ersatzforderung der Endverbraucher wird es weiter unten bei der tauglichen Anknüpfung im Privatrechtssystem gehen,⁷⁶⁹ vermeintlich fehlende Klageanreize betreffen nachhaltigkeitsresponsive Bipolaritätskonstruktionen generell und werden deshalb in § 8 geballt erörtert.⁷⁷⁰ Blenden wir aber beide Punkte für den Moment aus und betrachten eine Lieferkettenverantwortlichkeit rein aus (idealisierter) Präventionssicht, ist ein Zwischenfazit möglich: Es besteht Anlass, Endverbraucher wie König und transnationale Händler wie KiK über eine Lieferkettenverantwortlichkeit zu verbinden. Für transnationale Händler entstehen so Anreize, Enttäuschungsschäden bei Endverbrauchern zu vermeiden – was zugleich

⁷⁶⁴ Vgl. nur die zahlreichen Beispiele bei *Locke* (2013), 24 ff.

⁷⁶⁵ Speziell zur Rolle der Kampagnenarbeit vgl. die systematische Literaturlauswertung durch *Carrington, et al.* (2021), 232.

⁷⁶⁶ So *KiK* (2011), 13.

⁷⁶⁷ Die Verstärkungsfunktion rechtlicher (Haftungs-)Regeln wird zunehmend auch in der sozialwissenschaftlichen Lieferkettenforschung betont, vgl. etwa *Locke* (2013), 156 ff.; *Etilé/Teyssier* (2016), 417 ff.; aus der rechtswissenschaftlichen Literatur insb. *Beckers* (2015), 125, 306 ff.; *Rühmkorf* (2018), 429 ff.; *Asmussen* (2020), 18 ff., 145 ff.; *Hellgardt/Jouannaud* (2022), 211.

⁷⁶⁸ Zumal das LkSG (anders als ursprünglich geplant) gerade keine gesonderte privatrechtliche Haftung vorsieht, vgl. § 3 Abs. 3 LkSG.

⁷⁶⁹ § 7 III.

⁷⁷⁰ § 8 II 3. b.

die Anreize verstärkt, die Einflussmöglichkeiten per Lieferkettengovernance zu intensivieren, um Lieferkettenschäden bei den Beschäftigten des Lieferanten zu vermeiden.

2. Konstruktionsgrund: Effizienz

Geben auch Effizienzgründe Anlass, gerade Endverbraucher wie König und transnationale Händler wie KiK zu verbinden? Wie wir gleich sehen werden, lässt sich das mit zwei Erwägungen begründen: Eine Lieferkettenverantwortlichkeit weist gegenüber der Direkthaftung entscheidende Effizienzvorteile auf; und sie kann Marktversagen bei Vertrauenseigenschaften entgegenwirken.

a) Lieferkettenverantwortlichkeit im Effizienzvorteil

Beginnen wir mit der ersten Erwägung, dem Effizienzvorteil gegenüber der Direkthaftung. Auf den ersten Blick erscheint dieser Gedanke kontraintuitiv. Rufen wir uns die Besonderheiten von Lieferkettenkonstellationen in Erinnerung, könnten uns sogar grundsätzliche Effizienzzweifel kommen. Denn bildlich gesprochen spielt eine Lieferkettenverantwortlichkeit über Bande: Die drohenden Enttäuschungsschäden der Endverbraucher dienen als Umweg, um zum eigentlichen Ziel zu gelangen, nämlich Lieferkettenschäden bei den Beschäftigten zu vermeiden. Intuitiv erscheint es dann deutlich weniger aufwändig, den direkten Weg zu nehmen und Rechte- und Pflichtenbeziehungen gleich zwischen Beschäftigten und transnationalen Händlern zu knüpfen. Zumal Effizienzgründe hierfür durchaus Anlass geben. Weil das schon mehrfach detailliert gezeigt worden ist,⁷⁷¹ genügt hier die Kurzfassung:

Wie eben gesehen, kommt es trotz marktförmiger Anreize für transnationale Händler immer wieder zu Lieferkettenschäden bei den Beschäftigten. Das ist aus Effizienzsicht nicht zwingend problematisch, solange transnationale Händler die Kosten von Lieferkettenschäden internalisieren. Dafür ist das lokal geltende Haftungsrecht grundsätzlich ein geeigneter Hebel.⁷⁷² Müsste etwa im KiK-Fall der Lieferant Ali Enterprises Ersatzansprüche seiner Beschäftigten befürchten, würde er als rationaler Agent seine Arbeitsschutzvorkehrungen bis zur Wirtschaftlichkeitsgrenze ausdehnen⁷⁷³ und die dafür aufgewendeten In-

⁷⁷¹ Vgl. nur Sykes (2012), 2179 ff.; Geistfeld (2019), 134 ff.; Wagner (2021c), 212 ff.

⁷⁷² Theoretisch bräuchte es nicht mal das, wenn die Beschäftigten ihr Risiko für Lieferkettenschäden vertraglich absichern könnten (z. B. über Risikoprämien in den Arbeitsverträgen). Weil Beschäftigten (nicht nur, aber insb.) im Globalen Süden regelmäßige die nötige Verhandlungsmacht fehlt, fällt dieser Internalisierungsstrang indes realiter aus, vgl. Geistfeld (2019), 138 f.

⁷⁷³ Die Wirtschaftlichkeitsgrenze ist dabei die Kosteneffektivitätsgrenze der Learned-Hand-Formel (oben § 6 III. 3. b) cc) (1)): Der Lieferant muss so lange Arbeitsschutzinvestitio-

vestitionskosten (bzw. die eintretenden Schadenskosten) an seinen Vertragspartner KiK weiterreichen.⁷⁷⁴ Weil KiK diese Kosten wiederum an Endverbraucher wie Karla König weiterreichen würde, wären im Endpreis des Pullovers die gesamten sozialen Kosten der Produktion abgebildet – womit zugleich plausibilisiert ist, dass der Vorgang insgesamt einen gesellschaftlichen Nettutzen aufweist. Ist dieser Weiterreich-Mechanismus aber gestört, reflektiert der Endpreis nicht mehr die gesamten sozialen Kosten der Produktion und fällt damit zu niedrig aus. Und genau das ist das Problem: Da in den Ländern des Globalen Südens Haftungsansprüche schwer durchsetzbar sind, müssen Lieferanten wie Ali Enterprises gerade nicht (oder jedenfalls nur eingeschränkt) befürchten, von ihren Beschäftigten belangt zu werden.⁷⁷⁵ In der Folge unterschreiten sie systematisch das Maß des sozial nützlichen Arbeitsschutzes, geben an transnationale Händler wie KiK zu geringe Produktionskosten weiter und Endverbraucher wie König fragen die zu günstigen Pullover in zu hohem Maße nach. Weil der Weiterreich-Mechanismus nicht richtig funktioniert, werden die Kosten von Lieferkettenschäden in sozialschädlichem Maße auf die Beschäftigten des Lieferanten externalisiert.

Aus Effizienz­sicht muss also das erste Ziel sein, den Weiterreich-Mechanismus wieder in Gang zu bringen. Und da wegen der Durchsetzungsprobleme die Heranziehung der Lieferanten im Globalen Süden ausfällt, könnte die Direkthaftung von transnationalen Händlern einspringen.⁷⁷⁶ Denn müsste etwa KiK befürchten, direkt für Lieferkettenschäden der Beschäftigten zu haften, würde KiK auf den Arbeitsschutz bei Ali Enterprises bis zur Wirtschaftlichkeitsgrenze einwirken und die dabei anfallenden Kosten wiederum an Endverbraucher wie König weiterreichen. Die vollen sozialen Kosten wären wieder internalisiert und Lieferkettenschäden der Beschäftigten auf ein effizientes Maß begrenzt.⁷⁷⁷

So jedenfalls, auf das Wesentliche heruntergebrochen, die Theorie. Im Detail wird es deutlich komplizierter, da Lieferanten und transnationale Händler typischerweise als Kapitalgesellschaften organisiert sind, ihre Haftung also auf das Gesellschaftsvermögen beschränkt ist – was den Weiterreich-Mechanismus zusätzlich stören kann, gleichzeitig aber auch effizienzsteigernde Effekte hat.⁷⁷⁸

nen vornehmen, bis die marginalen Kosten einer weiteren Arbeitsschutzanstrengung der marginalen Verringerung der erwarteten Schadenskosten entsprechen.

⁷⁷⁴ Ob das angesichts der beschriebenen Marktmacht transnationaler Händler in der Realität (vollständig) möglich ist, steht freilich auf einem anderen Blatt.

⁷⁷⁵ Genau das war auch im KiK-Fall das Problem, vgl. *Saage-Maaß* (2021), 36 ff.

⁷⁷⁶ Das ist freilich nicht die einzige Möglichkeit, ein ergänzender Ansatz besteht etwa im Ausbau von effektiven außergerichtlichen Beschwerdemaßnahmen, dazu eingehend *Gläßer, et al.* (2021).

⁷⁷⁷ Das soll selbst dann gelten, wenn transnationale Händler gar nicht über entsprechende Einwirkungsmacht verfügen, sondern nur mit Abbruch der Lieferbeziehungen drohen können – denn so würden „schlechte“ Lieferanten perspektivisch aus dem Markt gedrängt und so Lieferkettenschäden reduziert, vgl. *Geistfeld* (2019), 143.

⁷⁷⁸ Dazu etwa *König* (2017), 617 ff.

Doch jedenfalls wenn wir bei unserem vereinfachten Ausgangsmodell stehen bleiben, scheinen Effizienzgründe Anlass zu geben, den Fokus auf eine Direkthaftung zwischen Beschäftigten und transnationalen Händlern zu richten – und nicht auf eine umständliche Lieferkettenverantwortlichkeit zwischen Endverbrauchern und transnationalen Händlern.

Das ändert sich allerdings, wenn wir die Folgewirkungen einer Direkthaftung gegenüber Beschäftigten miteinbeziehen. Denn eine Direkthaftung von transnationalen Händlern schafft neue Effizienzprobleme, wie ebenfalls schon oft gezeigt worden ist.⁷⁷⁹ Dabei wird ein Aspekt besonders betont: Damit die Direkthaftung den Weiterreich-Mechanismus wieder in Gang bringen kann, müsste sie sich auf das besser durchsetzbare Heimatrecht des transnationalen Händlers stützen, im KiK-Fall also auf deutsches Privatrecht. Angenommen, das wäre z. B. über eine extensive Auslegung von Art. 4 Abs. 3 Rom II-VO möglich (was die herrschende Meinung freilich ablehnt),⁷⁸⁰ dann wären von der Direkthaftung alle transnationalen Händler betroffen, die ihren Handlungsort – also der Sache nach ihren Verwaltungssitz – in Deutschland haben.⁷⁸¹ Neben KiK würde die Haftung also auch die Adidas AG und alle anderen transnationalen Händler mit Sitz im Inland adressieren; und sie alle würden bis zur Wirtschaftlichkeitsgrenze auf ihre Lieferanten einwirken und die dabei anfallenden Kosten an ihre Endverbraucher weiterreichen. Dagegen wäre die in London ansässige UNIQLO Ltd. und alle anderen transnationalen Händler mit Sitz im Ausland nicht betroffen, ihnen würden also keine zusätzlichen Einwirkungskosten entstehen; freilich könnten sie ihre Waren weiterhin auf dem deutschen Markt anbieten. Einen perfekt funktionierenden Wettbewerbsmarkt unterstellt, bestünde für inländische Händler also ein einseitiger Wettbewerbsnachteil – ihre Waren wären um den zusätzlichen Einwirkungsaufwand teurer als die der nicht-einwirkungspflichtigen ausländischen Konkurrenz. Das Resultat wäre doppelt schlecht: Nicht nur würden Endverbraucher bei inländischen Händlern weniger nachfragen, womit diese über kurz oder lang vom deutschen Markt verdrängt werden könnten. Weil die Nachfrage ja nicht wegbrechen, sondern sich nur auf die ausländische Konkurrenz verlagern würde, wäre auch für die Beschäftigten im Globalen Süden wenig gewonnen. Denn wenn nun vermehrt diese nicht-einwirkungspflichtigen Händler die Lieferketten dominieren, würden mitunter noch mehr Lieferkettenschäden in sozialschädlichem Maße externalisiert.

Diese befürchteten Verlagerungseffekte hat eine Direkthaftung von transnationalen Händlern nicht exklusiv; sie werden auch sonst häufig gegen nachhaltigkeitsresponsive Bipolaritätskonstruktionen angeführt, namentlich gegen

⁷⁷⁹ Vgl. wiederum *Sykes* (2012), 2183 ff.; *Geistfeld* (2019), 143 ff.; *Wagner* (2021c), 220 ff.

⁷⁸⁰ Dazu schon oben § 7 I.

⁷⁸¹ So etwa *Thomale/Hübner* (2017), 391 f., näher zur Verknüpfung von Handlungsort und Verwaltungssitz bei der Direkthaftung für Lieferkettenschäden, *Hübner* (2022), 151 f., 158 ff.

die Klimahaftung. Ich werde mich deshalb erst in § 8 ausführlich mit ihnen auseinandersetzen und dort auch begründen, warum ich sie für überzeichnet halte.⁷⁸² Dennoch ist es natürlich nicht auszuschließen, dass die befürchteten Verlagerungseffekte zumindest partiell auftreten. Aus Effizienzgründen wäre deshalb eine Lösung vorzuzugswürdig, die nicht an den Verwaltungssitz transnationaler Händler anknüpft, sondern alle am Markt auftretenden Händler gleichmäßig erfasst – neben KiK und Adidas also auch UNIQLO. Und genau hier liegt der entscheidende Vorteil der Lieferkettenverantwortlichkeit: Weil ihr Anknüpfungspunkt die kaufvertragliche Beziehung zwischen Endverbrauchern und transnationalen Händlern ist, wäre gemäß Art. 6 Abs. 1 Rom I-VO nicht nur regelmäßig deutsches Recht anwendbar.⁷⁸³ Weil sich eine Lieferkettenverantwortlichkeit kraft europäischem Kollisionsrecht auf alle transnationalen Händler erstrecken würde, die „eine Absatztätigkeit im Verbraucherland entfalte[n]“, ⁷⁸⁴ wären neben den Inländern KiK und Adidas auch UNIQLO und sehr viele weitere transnationale Händler mit Verwaltungssitz im Ausland erfasst. Um Enttäuschungsschäden ihrer Endverbraucher auf dem deutschen Markt zu vermeiden, müssten alle hier aktiven transnationalen Händler bis zur Wirtschaftlichkeitsgrenze auf ihre Lieferanten einwirken und die dabei anfallenden Kosten weiterreichen. Der einseitige Wettbewerbsnachteil bei Direkthaftung bliebe aus, die befürchteten Verlagerungseffekte wären ausgeschlossen.⁷⁸⁵

b) Vertrauenseigenschaften und Marktversagen

Neben der gleichmäßigen Anwendbarkeit sprechen noch weitere Effizienzgründe dafür, gerade Endverbraucher und transnationale Händler über eine Lieferkettenverantwortlichkeit zu verbinden. Versetzen wir uns dazu in die Lage von Karla König: Als rationale Agentin wird sie den Pullover von KiK erwerben, wenn sie sich von ihm einen Nutzenzuwachs verspricht, also das Innehaben des Pullovers höher bewertet als die Nutzungsalternativen aus der gezahlten Kaufpreissumme. Um ihren Nutzen besser bewerten zu können, sollte sie möglichst viel über den Pullover wissen. Die Wissenssammlung macht allerdings Aufwand, kommt also zu gewissen Kosten. Manche Eigenschaften sind recht leicht und daher zu geringen Kosten vor dem Kauf feststellbar, etwa die Farbe oder das Material des Pullovers. Andere zeigen sich erst nach dem Erwerb oder basieren auf Erfahrungswerten, etwa das Tragegefühl oder die Haltbarkeit des Pullovers. Ob bei der Herstellung des Pullovers die von KiK beteuerten

⁷⁸² Unten § 8 I. 3.

⁷⁸³ Treffend *Hübner* (2022), 358: „Vorteil im IPR: Anwendbarkeit deutschen Rechts“.

⁷⁸⁴ So die Formulierung von *Martiny* (2021), Art. 6 Rom I-VO Rn. 37.

⁷⁸⁵ Für den insoweit ähnlichen Weg über die Produzentenhaftung *Salminen/Ulfbeck* (2019), 152; *Geistfeld* (2019), 145 ff.; *Wagner* (2021c), 223 f. Freilich könnte es zu anderen Verlagerungseffekten kommen, nämlich dass sich transnationale Händler vollständig vom deutschen Markt zurückziehen. Zu dieser (größtenteils unbegründeten) Sorge noch unten § 8 I. 3. a).

Mindeststandards und Feuerpräventionsvorkehrungen eingehalten wurden, kann Karla König aber weder vor noch nach dem Kauf zu vertretbaren Kosten überprüfen. Sie kann nur darauf vertrauen, dass KiK die Lieferkettengovernance wie angekündigt betrieben hat. Bei händler eigenen Ankündigungen zur Lieferkettengovernance handelt es sich also ökonomisch gesprochen um Vertrauenseigenschaften – und empirische Studien bestätigen, dass Endverbraucher den Ankündigungen durchaus Vertrauen entgegenbringen.⁷⁸⁶

Das ist problematisch, denn es eröffnet KiK und anderen transnationalen Händlern die Möglichkeit zu opportunistischem Verhalten.⁷⁸⁷ Zwar haben wir gesehen, dass drohende Absatzeinbußen und Investorsanktionen Anreize zur Einhaltung der angekündigten Lieferkettengovernance aussenden. Aber was schon die weiterhin auftretenden schweren Lieferkettenschäden nahelegen, wird auch durch ökonomische Laborexperimente bestätigt: Bei Vertrauenseigenschaften reichen marktförmige Anreize nicht aus, insbesondere bei „ethischen“ Produktionsbedingungen wie im Fall unseres KiK-Pullovers kommt es häufig zu Preisbetrug.⁷⁸⁸ Händler nutzen die Informationsasymmetrie gegenüber Endverbrauchern gezielt aus, fordern also etwa für Pullover einen Preiszuschlag, obwohl die angekündigte Lieferkettengovernance gar nicht stattgefunden hat. Müssen Endverbraucher daher befürchten, mangels Differenzierungsmöglichkeit systematisch zu überzahlen, gehen sie in der Folge auf Nummer sicher und investieren von vornherein in die günstigeren Waren ohne angekündigte Lieferkettengovernance. Das führt in eine Abwärtsspirale: Die „ethischen“ Händler finden immer weniger Abnehmer und werden mit der Zeit vom Markt verdrängt; statt Pullovern mit und ohne Lieferkettengovernance gibt es nur noch Pullover ohne – und das ist nicht nur für lieferkettensensible (und durchaus zahlungsbereite) Endverbraucher schlecht, sondern vor allem auch für die Beschäftigten der Lieferanten.⁷⁸⁹

⁷⁸⁶ Vgl. die systematischen Auswertungen durch *Joshi/Rahman* (2015), 132 ff.; *Babri, et al.* (2021), 97; speziell zu (online zugänglichen und komprimiert dargestellten) Nachhaltigkeitsberichten *Axjonow, et al.* (2018). Hinzu kommt, dass hier wohl auch der sog. Halo-Effekt eine Rolle spielt, Endverbraucher also aufgrund einer bekannten Eigenschaft (z. B. Händler recycelt Altprodukte) auf eine unbekanntere Eigenschaft schließen (Händler betreibt Lieferkettengovernance), dazu *Hong/Liskovich* (2015).

⁷⁸⁷ Wegweisend waren vor allem die Arbeiten von Phillip Nelson sowie Michael Darby und Edi Karni (die wiederum auf George Stiglers Informationsmodell aufbauen), dazu und zur weiteren wissenschaftlichen Entwicklung vgl. die systematische Literaturlauswertung durch *Balafoutas/Kerschbamer* (2020), 2 ff.

⁷⁸⁸ Zu „ethischen“ Produktionsbedingungen *Rode, et al.* (2008); *Etilé/Teyssier* (2016); zu „klassischen“ Vertrauenseigenschaften von Experten (Ärztinnen, Mechaniker etc.) wiederum *Balafoutas/Kerschbamer* (2020), 3 ff.

⁷⁸⁹ Letztlich handelt es sich also um eine „hidden action version“ (*Dulleck/Kerschbamer* (2006), 29) des Akerlof'schen Lemon-Problems, das sogar zum kompletten Zusammenbruch des Marktes führen kann, vgl. dazu das eindrückliche Laborexperiment von *Rode, et al.* (2008), 271 f.

Zur Behebung des Marktversagens wird in der ökonomischen Diskussion meist bei der Informationsasymmetrie angesetzt. Gefordert wird insbesondere die Einführung von drittgeprüften Zertifizierungsprogrammen und Labels (Fair-Trade-Siegel etc.), um so Vertrauenseigenschaften in Sucheigenschaften zu überführen.⁷⁹⁰ In jüngerer Zeit wird der Fokus jedoch stärker auf eine Händlerhaftung für substanzlose Ankündigungen gelenkt.⁷⁹¹ Denn zum einen können Händler regelmäßig am kostengünstigsten den Stand ihrer Lieferkettengovernance ermitteln; und zum anderen haben wegweisende Laborexperimente zu „klassischen“ Vertrauenseigenschaften von Experten (Ärztinnen, Mechaniker etc.), gezeigt, dass der Markt „performs significantly better under liability“ als auf Basis bloßer Konkurrenz und Reputation.⁷⁹² Zwar kann eine solche Händlerhaftung grundsätzlich vielerlei Richtung nehmen, denkbar wäre etwa eine Lauterkeitshaftung gegenüber Wettbewerbern. Legt man aber die Modelle zu besagten „klassischen“ Vertrauenseigenschaften zugrunde, dürfte vor allem eine Haftung gegenüber Endverbrauchern die gewünschte Effizienzsteigerung bewirken, weil ihnen als Vertragspartnern zugleich die richtigen Preissignale gesendet werden können.⁷⁹³ Genau diesem Muster entspricht die uns beschäftigende Lieferkettenverantwortlichkeit: Müssten transnationale Händler bei fehlangekündigter Lieferkettengovernance Ersatzforderungen enttäuschter Endverbraucher befürchten, hätten sie keinen Grund zu opportunistischem Verhalten – und setzten sie die Ankündigungen um, könnten transnationale Händler sie über die Kaufpreise direkt an Endverbraucher weiterreichen.⁷⁹⁴

Nehmen wir diesen Befund und die im letzten Abschnitt herausgearbeitete gleichmäßige Anwendbarkeit zusammen, erhärtet sich das Zwischenergebnis, das wir im Präventionskontext gewonnen haben: Eine Lieferkettenverantwortlichkeit ist auch ein effizienter Anreizverstärker. Weil sie einseitige Wettbewerbsnachteile verhindert und zudem Marktversagen bei Vertrauenseigenschaften entgegenwirkt, geben auch Effizienzgründe Anlass, Endverbraucher

⁷⁹⁰ Vgl. erneut die Auswertung durch *Balafoutas/Kerschbamer* (2020), 15.

⁷⁹¹ Exemplarisch *Etilé/Teyssier* (2016), 426.

⁷⁹² *Dulleck, et al.* (2011); weitere Nachweise (auch zu bestätigenden Feldexperimenten) bei *Balafoutas/Kerschbamer* (2020), 9 ff. (dort, auf 9, auch das Zitat).

⁷⁹³ *Dulleck/Kerschbamer* (2006), 18 ff.; *Dulleck, et al.* (2011), 548 f. Aus der rechtswissenschaftlichen Literatur *Schlacke, et al.* (2015), 53 ff., 209 f.; *Dadush* (2019), 833 ff.; grundsätzlich auch *Asmussen* (2020), 194 f. (mit Blick auf eine Haftung aus c.i.c.); für Vertrauenseigenschaften generell etwa *Lehmann* (2000), 287 f.; *Fleischer* (2001), 127 f., 469 ff.; *Leistner* (2007), 108 ff.; *Schäfer/Ott* (2020), 409 ff., 586 ff. (dort auch zu möglichen Einschränkungen).

⁷⁹⁴ Wie schon im Rahmen der Prävention angesprochen, ist realiter natürlich ganz entscheidend, inwiefern transnationale Händler tatsächlich mit Ersatzansprüchen der Endverbraucher zu rechnen haben – was ich als übergreifenden Aspekt noch eingehend besprechen werde (unten § 8 II. 3. b)). Jedenfalls theoretisch-experimentell ist eine Haftung aber ein robustes Mittel gegen das Marktversagen bei Vertrauenseigenschaften, vgl. *Balafoutas/Kerschbamer* (2020), 9 f.

wie König und transnationale Händler wie KiK über eine Lieferkettenverantwortlichkeit zu verbinden.

3. Konstruktionsgrund: Exponierte Stellung

Der letzte Abschnitt hat uns nicht nur weitere Konstruktionsgründe für eine Lieferkettenverantwortlichkeit geliefert, die gegenüber einer Direkthaftung bestehenden Effizienzvorteile haben auch nahegelegt, gerade diese konkreten Parteien – Endverbraucher wie König und transnationale Händler wie KiK – zu verbinden. Allerdings provoziert das die gleiche Anschlussfrage wie bei der Klimahaftung: Warum sollten dann *nur* diese Parteien verknüpft werden? Wenn eine Lieferkettenverantwortlichkeit auf der Enttäuschung der Endverbraucher aufbaut, könnte die Ersatzpflicht doch grundsätzlich jeden treffen, der auf die ein oder andere Art Erwartungen an die Lieferkettengovernance geweckt oder zumindest von ihnen mitprofitiert hat. „If the owner of a premium clothing brand were liable for harm caused by a supplier in Bangladesh who operates a garment factory there“, mahnt etwa Gerhard Wagner, „the same would apply to a supermarket operator and their domestic suppliers of foodstuffs. In effect, everybody could be liable for the harm caused by others with whom they interacted.“⁷⁹⁵ Zwar geht es Wagner nicht um eine Lieferkettenverantwortlichkeit zwischen Endverbrauchern und transnationalen Händlern (sondern um die oben angesprochene Direkthaftung gegenüber Beschäftigten). Aber auch in Lieferkettenkonstellationen, in denen anders als im KiK-Fall die produzierte Ware erst von einem Zwischenhändler an Endverbraucher veräußert wird, stellt sich die Frage, warum nicht etwa das örtliche Bekleidungsgeschäft am Ende der Absatzkette in die Pflicht genommen werden sollte. Außerdem ist der Auslöser der Lieferkettenverantwortlichkeit – der Enttäuschungsschaden der Endverbraucher – bislang sehr vage geblieben.

Nötig ist es daher eine nähere Eingrenzung. Sind Endverbraucher wie König und transnationale Händler wie KiK besonders exponiert, inwiefern ragen sie aus dem Feld der Irgendwie-Beteiligten heraus? Lässt sich noch genauer begründen, *gerade diese* konkreten Parteien über eine wechselseitige Rechte- und Pflichtenbeziehung zu verbinden?

a) Darum gerade transnationale Händler wie KiK

Ich beginne wie bei der Klimahaftung auf der Pflichtenseite. Und ähnlich wie dort lässt sich der Fokus auf transnationale Händler zunächst mit ihrem Tätigkeitsumfang begründen. Nehmen wir das eben erwähnte örtliche Bekleidungsgeschäft zum Vergleich: Sofern es in den Absatzvorgang dazwischengeschaltet

⁷⁹⁵ Wagner (2021c), 224; ähnlich auch Bagchi (2019), 2520f.

ist, mag es zwar sein, dass es an der Erwartung der Endverbraucher mitgewirkt hat – und sei es schlicht, indem es die Waren vertreibt. Aber selbst wenn dies so wäre, dürfte es in Relation zu transnationalen Händlern nur einen minimalen Verursachungsbeitrag geleistet haben. Sowohl die Erwartungen an die Lieferkettengovernance als auch ihre Umsetzung werden zuallererst durch die transnationalen Händler bestimmt, sind sie es doch, die per Verhaltenskodex oder Nachhaltigkeitsbericht Anforderungen und Mindeststandards ankündigen und auf die Lieferanten per Überprüfungs- und Kontrollverfahren einwirken können – genau aus diesem Grund sind sie ja aus Präventionssicht so interessant.⁷⁹⁶ Etwas anderes mag zwar dann gelten, wenn Zwischenhändler ihrerseits auf transnationale Händler einwirken können. Aber jedenfalls dem örtlichen Bekleidungsgeschäft und anderen kleinen Verkaufsstellen wird regelmäßig die Marktmacht dazu fehlen. Auch wenn es also denkbar, ja mitunter konsequent wäre, Kleinakteure zu verpflichten, wenn sie nur irgendwie an der Enttäuschung mitgewirkt haben, erscheint es doch schon angesichts ihres vergleichsweise geringen Tätigkeitsumfangs naheliegend, sie aus dem Kreis der Pflichtigen auszugrenzen.⁷⁹⁷

Das zeigt sich noch deutlicher, wenn wir auf die moralische Ebene wechseln und nach der Verantwortung transnationaler Händler fragen. Obwohl zahlreiche Begründungsvorschläge existieren (zumal wenn man die Grundsatzdiskussion um Corporate Social Responsibility einbezieht),⁷⁹⁸ möchte ich mich auf einen schon etwas älteren Vorschlag von Rebecca deWinter konzentrieren.⁷⁹⁹ Er eignet sich meines Erachtens besonders gut, weil er nicht nur explizit auf transnationale (Textil-)Händler abzielt, sondern in seiner pragmatischen Herleitung auch wenig kontrovers sein dürfte, sofern man die Ausgangsprämisse akzeptiert. DeWinter umschifft nämlich die in der Philosophie bis heute umstrittene Frage, ob nicht-menschliche Akteure überhaupt moralisch verantwortlich sein können, indem sie den Akteurstatus nicht ontologisch, sondern im Wege sozialer Zuschreibung begründet: Etwas ist nicht Akteur kraft bestimmter Voraussetzungen oder Fähigkeiten; Etwas wird zum Akteur, indem es sich infolge kommunikativer und interaktiver Prozesse als Einheit konstituiert und gegenüber der Umwelt abgrenzt. Und zum moralischen Akteur wird dieses Etwas, wenn es auch in der Sprache der Moral kommuniziert, also auf Konzepte wie „Werte“, „Verantwortung“, „Pflicht“ etc. rekurriert und von seiner Umwelt damit assoziiert wird.⁸⁰⁰ Wenn transnationale Händler wie KiK

⁷⁹⁶ Oben § 7 II. 1.

⁷⁹⁷ Ähnlich *Bagchi* (2019), 2522: „[Although] we are all thinly responsible for wrongful conditions of production, some agents of our collective economy are more obligated than others to alleviate harm as a result of their position in the causal chain.“

⁷⁹⁸ Vgl. nur die systematischen Literaturauswertungen durch *Kolk* (2016), 28 ff. und *Quarshie, et al.* (2016), 86 ff.

⁷⁹⁹ *deWinter* (2001).

⁸⁰⁰ Insoweit ist deWinters Vorschlag natürlich nicht neu (was sie auch nicht behauptet),

sich öffentlich per Verhaltenskodex oder Nachhaltigkeitsbericht „verantwortlich“ erklären „für die Arbeiterinnen und Arbeiter, die in den Produktionsländern an der Herstellung der durch uns geordneten Ware beteiligt sind“, ⁸⁰¹ dann, so formuliert es deWinter, „they have reconstituted themselves as collective moral actors“. ⁸⁰² Die Botschaft ist zudem besonders kraftvoll: Weil transnationale Händler staatsähnliche Aufgaben als Hüter und Überwacher von Arbeits- und Produktionsbedingungen übernehmen, signalisieren sie umfangreiche Macht und Einflussmöglichkeit. Ist diese moralische Aufladung einmal vollzogen, ist es für deWinter dann nur konsequent, „to hold corporations to their words“. ⁸⁰³ Die Eigenbeschreibung wird zur Fremdzuschreibung, die kommunizierte Verantwortungsübernahme verfestigt sich zur moralischen Pflicht. ⁸⁰⁴ Und weil örtliche Bekleidungsgeschäfte und andere kleine Verkaufsstellen diese moralische Aufladung typischerweise nicht vollziehen (und jedenfalls von ihrer Umwelt nicht entsprechend wahrgenommen werden), besteht dann auch nur Anlass, transnationale Händler über eine Lieferkettenverantwortlichkeit zu verpflichten.

Dass deWinters Verknüpfung von moralischer Verantwortung und sozialer Zuschreibung die Realität durchaus treffend abbildet, zeigt eine empirische Untersuchung, bei der (deutschsprachige) Befragte einschätzen sollten, wann transnationale Händler typischerweise eine moralische Verantwortung trifft. ⁸⁰⁵ Dazu wurden den Befragten mehrere Szenarien mit Lieferkettenschäden vorgelegt. Die Auswertung ergab, dass eine solche „notion of chain liability“ vor allem von drei Tendenzen abhängt: Erstens muss der Lieferkettenschaden eher

sondern von zahlreichen konstruktivistischen Ansätzen beeinflusst (insb. Systemtheorie, kognitive Linguistik, Attributionstheorie), dazu näher *Schirmer* (2019), 712 ff.; *Schirmer/Pauschinger* (2020), 221 ff.

⁸⁰¹ *KiK* (2011), 13, ähnliche Formulierungen finden sich öfter, ein paar Zeilen später heißt es etwa: „Es ist daher folgerichtig [...] soziale und ökologische Standards zu definieren, diese einzuhalten, und auch über das Kerngeschäft hinaus gesellschaftliche Verantwortung wahrzunehmen.“ Auch der Verhaltenskodex spricht von „unserem Wertesystem“ und „unsere[r] Pflicht“, vgl. *KiK* (2012), 1. Wie verbreitet moralisch aufgeladene Begrifflichkeiten in Verhaltenskodizes sind, zeigt die systematische Auswertung der einschlägigen empirischen Studien durch *Babri, et al.* (2021), 74 ff.; speziell für die DAX 30-Unternehmen *Schramm* (2020), 65 ff.

⁸⁰² *deWinter* (2001), 110.

⁸⁰³ *deWinter* (2001), 111. Dass viele transnationale Händler in ihren Verhaltenskodizes und Nachhaltigkeitsberichten zugleich entgegengesetzte Signale senden, indem sie ihre Verantwortung abschwächen oder gar zurücknehmen, ist für die *moralische* Bindungswirkung regelmäßig irrelevant, da das primäre kommunikative Signal doch ein Verantwortungsversprechen bleibt, vgl. dazu (auf Basis der Sprechakttheorie) *Beckers* (2015), 246 f., 255 ff.

⁸⁰⁴ Treffend auch *Beckers* (2015), 247: „moral threshold for their future corporate behaviour“.

⁸⁰⁵ *Hartmann/Moeller* (2014). Um Verzerrungen (v. a. den sog. social desirability bias) auszuschließen, wurde also nicht gefragt, ob transnationale Händler aus Sicht des Teilnehmenden verantwortlich sein sollten, sondern nach einer Fremdeinschätzung (siebenteilige Antwortskala, ob andere „gar nicht“ oder „komplett“ transnationale Händler für verantwortlich erklären würden).

aus einem Fehlverhalten des Lieferanten als aus höherer Gewalt resultieren; zweitens muss der Schaden eher Ausdruck eines organisatorischen Fehlverhaltens als eines Einzelfehlers sein; und drittens muss ein erheblicher Schaden vorliegen, etwa die Gesundheit der Beschäftigten schwer geschädigt sein.⁸⁰⁶ Beschäftigten transnationale Händler zudem viele Mitarbeiter und haben sie öffentlichkeitswirksam eine Lieferkettengovernance implementiert, verstärkt sich die Verantwortungszuschreibung noch. Dagegen machte es für die Befragten keinen Unterschied, ob der Schaden im Betrieb des Händlers oder beim Lieferanten bzw. bei der Produktion einer wichtigen oder unwichtigen Ware aufgetreten war.

Schließlich erhalten deWinters Herleitung und die experimentell bestätigte *notion of chain liability* Unterstützung durch jüngere rechtstheoretische Ansätze, die ganz ähnlich argumentieren.⁸⁰⁷ So macht etwa David Snyder eine moralische Verantwortung transnationaler Händler davon abhängig, dass große Schäden für die Beschäftigten des Lieferanten drohen, Händler den Schaden vermeiden können und ein Näheverhältnis besteht. Die ersten beiden Voraussetzungen machen laut Snyder typischerweise wenig Probleme (was sich mit unseren Präventionserwägungen deckt), und auch das Näheverhältnis, das er auf der gängigen Moralvorstellung enger räumlicher und emotionaler Nähe aufbaut (*near and dear*), wird von ihm bejaht. Denn Snyder erblickt in vertraglichen Lieferkettenregimen Erscheinungsformen eines „new social contract“, die den klassischen Gesellschaftsvertrag zwischen Bürgern und Staat partiell ersetzen.⁸⁰⁸ Ähnlich wie bei deWinter rücken transnationale Händler gewissermaßen in die Schutz- und Fürsorgestellung des Staates ein und begründen so – über geografische und institutionelle Entfernungen hinweg – ein Verantwortungsverhältnis.⁸⁰⁹

b) Darum gerade Endverbraucher wie König

Es lässt sich also nicht zuletzt moralisch begründen, gerade transnationale Händler wie KiK zu verpflichten. Allerdings ist damit wenig über die Berechtig-

⁸⁰⁶ Hartmann/Moeller (2014), 288 ff.

⁸⁰⁷ Exemplarisch Glinski (2011), 173 ff.; Beckers (2015), 233 ff.; Bagchi (2019), 2516 ff. Freilich starten diese jüngeren Ansätze nicht bei null, sondern basieren auf Grundüberlegungen zur Selbstbindung durch Selbstdarstellung, namentlich von Köndgen (1981), 174 ff.; Herberg (2001) oder Bachmann (2006), 246 ff.

⁸⁰⁸ Auch das ist freilich nicht neu, sondern v. a. in der (Rechts-)Soziologie seit Jahrzehnten Thema, wegweisend Teubner (1996); Teubner (2011b); aus jüngerer Zeit insb. Beckers (2015), 306 ff.; zum Ganzen Eller (2020b), 12 ff.

⁸⁰⁹ In der Sache ähnlich Bagchi (2019), 2521 ff. (Lieferkettengovernance als verantwortungsauslösende „complicity“). Auch das von Weller/Nasse (2020), 127 ff. (im IPR-Kontext) bemühte Argument der Menschenrechtsarbitrage (grob: wenn transnationale Händler vom governance gap im Globalen Süden wirtschaftlich profitieren, müssen sie die Lücke mit erhöhter Verantwortung füllen), geht in eine ähnliche Richtung.

tenseite gesagt, also Endverbraucher wie König. Mehr noch, die letzten Seiten scheinen eher das nahezu legen, womit wir auch die Effizienzbetrachtung begonnen haben: Wenn die moralische Verantwortung transnationaler Händler vor allem der Lieferkette gilt, besteht dann nicht Anlass, gerade die besonders exponierten Beschäftigten (etwa über besagte Direkthaftung) zu berechtigen?⁸¹⁰

Doch auch hier lohnt ein zweiter Blick. Denn transnationale Händler kommunizieren ihre moralische Lieferkettenverantwortung in mehrere Richtungen. Was damit gemeint ist, haben wir im Präventions- und Effizienzkontext gesehen: Neben Investoren legen auch Konsumenten verstärkt Wert darauf, dass Waren unter Einhaltung grundlegender Arbeits- und Umweltstandards produziert werden. Immer mehr Endverbraucher „vote with their shopping dollar“ und zahlen dafür bereitwillig einen Preisaufschlag.⁸¹¹ Weil sie die Einhaltung der Lieferkettengovernance aber kaum selbst überprüfen können, treffen sie letztlich eine Entscheidung auf Vertrauensbasis – und fehlt es wie im KiK-Fall an Fair-Trade-Siegeln oder anderen drittgeprüften Labels, besteht diese Vertrauensbasis nicht zuletzt aus den (manipulationsanfälligen) händler-eigenen Ankündigungen via Verhaltenskodex und Nachhaltigkeitsbericht.⁸¹² Wie namentlich Anna Beckers unter Rückgriff auf sprach- und sozialwissenschaftliche Vorarbeiten gezeigt hat, sind jene Ankündigungen daher „already loosely connected to the more specific social context of the market with the aim of initiating cooperation and contracting.“⁸¹³ Wenn transnationale Händler in Verhaltenskodizes und Nachhaltigkeitsberichten in der Sprache der Moral kommunizieren und ihre „Werte“ und „Lieferkettenverantwortung“ öffentlich betonen, steckt darin immer auch ein Wahlversprechen an Endverbraucher wie König.⁸¹⁴ Ihr *shopping dollar* wird zu buchstäblich gut angelegtem Geld. Und das heißt dann: So richtig es ist, dass transnationale Händler in Szenarien wie dem KiK-Fall zuallererst (und besonders fatal) ihrer moralischen Verantwortung gegenüber den Beschäftigten nicht gerecht werden – sie haben eben auch gegenüber Endverbrauchern ihr Wort gebrochen. Der von deWinter formulierte Leitgedanke „to hold corporations to their words“ greift für Endverbraucher wie König genauso.

Im Gegensatz zu den verletzten oder gar getöteten Beschäftigten sind die Folgen des Wortbruchs für Endverbraucher aber weniger offensichtlich. Bislang

⁸¹⁰ So etwa *Bagchi* (2019), 2524, 2532 ff., der freilich letztlich aus der Verantwortung eine rein öffentliche Pflicht ableitet („duty to support just social institutions“).

⁸¹¹ Oben § 7 II. 1. b).

⁸¹² Oben § 7 II. 2. b).

⁸¹³ *Beckers* (2015), 251 ff. (Zitat auf 256); knapp auch *Glinski* (2011), 173 ff. Beide orientieren sich dabei an rechtssoziologisch inspirierten Vorarbeiten, insb. *Köndgen* (1981), 174 ff.

⁸¹⁴ Vielfach werden Endverbraucher sogar ausdrücklich angesprochen, vgl. die systematische Auswertung der einschlägigen empirischen Studien durch *Babri, et al.* (2021), 74 ff.; speziell für die DAX 30-Unternehmen *Schramm* (2020), 55 ff. Auch KiKs Nachhaltigkeitsbericht wendet sich direkt an „interessierte Verbraucher“, vgl. *KiK* (2011), 3.

habe ich sehr allgemein davon gesprochen, dass ihre Erwartungen enttäuscht werden; wird die angekündigte Lieferkettengovernance nicht eingehalten, entsteht ein Enttäuschungsschaden. Aber was genau macht jenen Enttäuschungsschaden aus? Und inwiefern können wir so noch genauer begründen, gerade Endverbraucher wie König über eine Lieferkettenverantwortlichkeit zu berechnen?

Wie oben erläutert, sind mit Lieferkettengovernance hergestellte Waren regelmäßig teurer als solche ohne. Endverbraucher haben also zunächst einen Vermögensschaden erlitten. Sie haben schlicht überzahlt. Damit wird man dem Enttäuschungsschaden aber nicht gerecht. Dass er für mehr steht als eine finanzielle Übervorteilung, ist in der Soziologie schon häufiger beschrieben worden, in jüngerer Zeit besonders prägnant von Andreas Reckwitz.⁸¹⁵ Seine Gesellschaftstheorie ist natürlich viel zu umfangreich, um sie hier im Detail auszubreiten, allerdings genügt für unsere Zwecke ein Teilaspekt. Für Reckwitz vollzieht sich mit Beginn der 1970er Jahre eine gesellschaftliche Zeitenwende: Die industrielle Moderne und ihre „soziale Logik des Allgemeinen“ wird von der bis heute andauernden Spätmoderne und ihrer „sozialen Logik des Besonderen“ abgelöst.⁸¹⁶ Kennzeichnend für die Spätmoderne ist nicht zuletzt ein „kuratierter Lebensstil“, der vor allem auf die Aneignung von „Singularitätsgütern“ setzt.⁸¹⁷ Gemeint sind damit als einzigartig und besonders wahrgenommene Güter, „die von ihren emotionalen Effekten und Identifikationsmöglichkeiten leben“ – ein häufig von ihm bemühtes Beispiel ist das Wohnen, wo nicht mehr standardisierte Wohnkomplexe und konventionelle Schrankwände dominieren, sondern einst vernachlässigte Altbauten und ein persönlicher Einrichtungsstil.⁸¹⁸ Gleiches gilt aber auch für Güter, die ihre Singularität „über die Besonderheiten ihrer *Dingbiografie*“ und ihren „sinnhaften Kontext“ erhalten, namentlich „ethisch“ hergestellte Produkte wie unseren KiK-Pullover.⁸¹⁹ Die zentrale Rolle von Singularitätsgütern liegt für Reckwitz nun darin, dass sich ihre Aneignung als „*performative Selbstverwirklichung*“ gleich doppelt lohnt: Singularitätsgüter versprechen nicht nur positive Affizierung (Freude, Bereicherung, Gutes tun etc.); weil das spätmoderne Subjekt sein besonderes Selbst zugleich vor einem sozialen Publikum darstellt, strahlt das Prestige des Guts auf das Prestige des Subjekts ab.⁸²⁰ Singularitätsgüter sind also immer auch eine „Statusinvestition in das eigene Singularitätskapital“, ihre Aneignung bedeutet einen Wertzuwachs auf den spätmodernen Attraktivitäts- und Aufmerksam-

⁸¹⁵ Reckwitz (2017). Zuvor mit ähnlicher Stoßrichtung etwa Slater (1997); mit wirtschaftssoziologischem Schwerpunkt Karpik (2010).

⁸¹⁶ Reckwitz (2017), 27 ff. Zur näheren zeitlichen Verortung (1977 als Umbruchjahr) jüngst Sarasin (2021).

⁸¹⁷ Reckwitz (2017), 111 ff., 273 ff.

⁸¹⁸ Reckwitz (2017), 113; speziell zum Wohnen 314 ff.

⁸¹⁹ Reckwitz (2017), 130 f. und 122 [Hervorhebung auch im Original].

⁸²⁰ Reckwitz (2017), 303 ff. (Zitat auf 305) [Hervorhebung auch im Original].

keitsmärkten.⁸²¹ Diese Verschiebung bietet bislang ungeahnte Entfaltungsmöglichkeiten und Synergien, hält aber auch neue Gefahren bereit. Denn anders als etwa ein neues Auto, das „in der nivellierten Mittelstandsgesellschaft [der industriellen Moderne] ‚automatisch‘ Prestige [brachte]“, hält der heute maßstabsbildende singularistische Lebensstil „eine Reihe potenzieller systemischer Enttäuschungen bereit“, wie Reckwitz formuliert.⁸²² Weil Singularitätsinvestitionen auf das Besondere zielen, verlieren sie ihren Wert, wenn die Zuschreibung als Besonderes wegfällt. Mehr noch, wurde etwa die Kleidung wie im KiK-Fall doch nicht im sinnhaften Kontext produziert, wird sie „negativ singularisiert“. Die performative Selbstverwirklichung kehrt sich gewissermaßen in ihre dunkle Seite um: Aus dem prestigeträchtigen Besonderen wird nicht nur das profane Allgemeine, der Träger von etwas Gutem wird sozial herabgestuft zum Träger von etwas Schlechtem.⁸²³ Das Prestige verkommt zum Makel, die Statusinvestition endet mit einem Verlust an Singularitätskapital.

Mit Douglas Kysar lässt sich daher zusammenfassend sagen, dass Kaufentscheidungen mit Rücksicht auf den Herstellungsprozess „expressive and ethical dimensions“ erfüllen.⁸²⁴ Transnationale Händler wie KiK verkaufen bei Produkten mit Lieferkettengovernance nicht nur beliebige Sondereigenschaften, „they are selling consumers a voice“. Obwohl physische Produkteigenschaften wie etwa der Schnitt oder die Webqualität des Pullovers natürlich weiterhin wichtig sind, bieten herstellungsbezogene Faktoren Endverbrauchern wie König „an important vehicle [...] to express their views on public issues, and fashion their moral identity.“⁸²⁵ Im Kauf steckt zugleich eine Positionierung und Exponierung gegenüber der Umwelt. Wird die Lieferkettengovernance nicht wie angekündigt umgesetzt, werden Endverbraucher daher nicht nur finanziell übervorteilt, sie erleiden auch einen „moral taint“, „they feel shame, and are stigmatized by others“⁸²⁶ – es kommt zu eben jener „negativen Singularisierung“, von der Reckwitz spricht. Der Enttäuschungsschaden ist also in einem doppelten Sinn wörtlich zu nehmen: Nicht nur werden die Erwartungen von lieferkettensensiblen Endverbrauchern an das Produkt enttäuscht, es werden auch die Erwartungen der Umwelt an lieferkettensensible Endverbraucher ent-

⁸²¹ Reckwitz (2017), 108, zu den spätmodernen Attraktivitäts- und Aufmerksamkeitsmärkten 147 ff. Jene gruppenpsychologischen Mechanismen „ethischen“ Konsums werden auch durch empirische Studien bestätigt, vgl. die systematischen Auswertungen durch *Joshi/Rahman* (2015), 134, 138; *Carrington, et al.* (2021), 217 ff.

⁸²² Reckwitz (2017), 346 f.

⁸²³ Reckwitz (2017), 81 f., 122.

⁸²⁴ *Kysar* (2004), 579 ff. (Zitat auf 581); vorbereitet in *Kysar* (2003), 1757 ff.; ihm folgend *Collins* (2014), 630 ff.; knapp auch schon *Schirmer* (2021b), 47 f.

⁸²⁵ Beide vorstehenden Zitate bei *Kysar* (2004), 610 und 624.

⁸²⁶ *Kysar* (2004), 597, 616 unter teils wörtlichem Zitat von *Posner/Vermeule* (2003), 709.

täuscht. Der Enttäuschungsschaden ist immer auch ein „identity harm“, wie es Sarah Dadush im Anschluss an Kysar auf den Punkt bringt.⁸²⁷

Auch wenn in Szenarien wie dem KiK-Fall die Betroffenheit natürlich nicht einmal ansatzweise so schwer ist wie bei den verletzten oder gar getöteten Beschäftigten, sind es mithin zwei Aspekte, die Endverbraucher wie König besonders exponieren und zu einer Berechtigung Anlass geben: Weil transnationale Händler ihre moralische Lieferkettenverantwortung auch in Richtung von Endverbrauchern kommunizieren, sind sie auch diesen gegenüber wortbrüchig geworden; und weil Endverbraucher nicht nur überzahlt haben, sondern auf dem Produkt überdies ein gesellschaftlicher Makel lastet, erleiden Endverbraucher einen doppelten Enttäuschungsschaden.

c) Darum gerade transnationale Händler wie KiK und Endverbraucher wie König

Bei der Klimahaftung hatte ich die Eingrenzung auf Klimaopfer und Energieproduzenten auch damit begründet, dass so das komplexe Wirklichkeitsphänomen Klimawandel als intuitiv verständliche Klimageschichte mit klarer Rollenverteilung und Dramaturgie strukturiert wird.⁸²⁸ Legen wir diese Narrativperspektive auch beim nicht minder komplexen Wirklichkeitsphänomen globaler Lieferketten an, drängt sich erneut der bereits mehrfach angesprochene Befund auf: Die ikonische Szene – gewissermaßen die Gletscherschmelze im Lieferkettenkontext – ist die brennende oder einstürzende Fabrik, in der Kleidung für den Globalen Norden hergestellt wird, und ihre Protagonisten sind transnationale Händler und ungeschützte Beschäftigte. Will man globale Lieferketten in einen anschaulichen Einzelkonflikt zerlegen, scheint also wiederum eher eine Direkthaftung gegenüber den Beschäftigten geeignet.⁸²⁹

Doch auch aus narrativer Perspektive ist damit noch nicht gesagt, dass Endverbraucher wie König als Protagonisten ausscheiden. Im Gegenteil, es bringt sogar erhebliche Vorteile, dass eine Lieferkettenverantwortlichkeit den Fokus auf sie verlagert. Denn zum einen würden die Beschäftigten nur eine Nebenrolle einnehmen. Das mag kontraintuitiv klingen, wo es doch vor allem um ihren Schutz geht. Insbesondere Stimmen aus dem Globalen Süden mahnen aber immer wieder, dass die dramaturgische Zuspitzung auf verletzte Näherinnen oder getötete Fabrikarbeiter schnell in eine diskriminierende „Savages, Victims, and Savors“ Erzählung umschlagen kann, die bestehende Machtungleichheiten

⁸²⁷ Dadush (2019), 811 ff.; ihr folgend Geistfeld (2019), 152f.

⁸²⁸ Oben § 6 II. 4. c).

⁸²⁹ Es verwundert daher nicht, dass der (originale) KiK-Fall nicht zuletzt aufgrund seines klaren Narratives als besonders geeigneter Musterprozess identifiziert wurde, vgl. Saage-Maaf (2021), 44 ff. Zur Sogkraft von Unrechtsgeschichten im Menschenrechtsdiskurs näher Meisterhans (2010).

eher verfestigt als auflöst.⁸³⁰ Zum anderen – und wichtiger – wäre bei einer Lieferkettenverantwortlichkeit die Aufmerksamkeit auf die Akteure und Praktiken gelenkt, die globale Lieferketten (mit-)antreiben: Endverbraucher und ihre Konsumententscheidungen. Das Wirklichkeitsphänomen globaler Lieferketten würde gewissermaßen an der Wurzel verhandelt. Und schließlich verkörpert die Wurzel einen durchaus eingängigen Konflikt. Denn im Gegensatz zum oben erwähnten örtlichen Bekleidungsgeschäft oder anderen kleinen Verkaufsstellen hat die Szene zwischen Endverbrauchern und transnationalen Händlern eine klare Rollenverteilung und Dramaturgie: Im Zentrum stehen enttäuschte Erwartungen und ein möglicher Wortbruch. So gesehen spricht einiges dafür, gerade mit Endverbrauchern wie König und transnationalen Händlern wie KiK das *drama between plaintiff and defendant* zu eröffnen.

4. Konstruktionsgrund: Nachhaltigkeit

Schließlich geben auch Nachhaltigkeitsgründe Anlass, gerade Endverbraucher wie König und transnationale Händler wie KiK über eine Lieferkettenverantwortlichkeit zu verbinden. Wie bei der Klimahaftung ist dies vielfach schon in den übrigen Konstruktionsgründen angeklungen, machen wir es nun aber explizit: In § 1 und § 2 haben wir gesehen, dass Nachhaltigkeit verlangt, menschliche Grundbedürfnisse wie Arbeit, Hygiene und Gesundheit zu sichern und dabei essentielle Natursysteme wie Atmosphäre, Böden und Gewässer tragfähig zu halten. Auch wissen wir schon, dass das Nachhaltigkeitskonzept nicht nur auf der großen geopolitischen Ebene wirken soll, sondern „private enterprise[s], from the one-person business to the great multinational company“ genauso angesprochen sind.⁸³¹ Für jene „multinational companies“ hält der Brundtland-Bericht sogar besondere Anforderungen bereit. Sie haben „a special responsibility to smooth the path of industrialization in the nations in which they operate“, weshalb sie die „highest safety and health protection standards practicable“ adaptieren und mittels „environmental and safety audits“ überprüfen sollten.⁸³² Schon im Ursprungsdokument der Nachhaltigkeit klingt daher deutlich vernehmbar an, dass transnationale Händler wie KiK eine Verantwortung zu strikter Lieferkettengovernance trifft.

Der Faden wird in den UN-Leitprinzipien für Wirtschaft und Menschenrechte aufgenommen, die sich explizit als Beitrag zur „nachhaltigen Globalisie-

⁸³⁰ So die prominente Charakterisierung von *Mutua* (2001); ähnlich zum (originalen) KiK-Fall auch *Azeem* (2021), 291 ff. Die Kritik wird freilich auch von Stimmen aus dem Globalen Norden erhoben, vgl. etwa im Kontext des (originalen) KiK-Falls *Fischer-Lescano* (2021), 303 ff.

⁸³¹ *WCED* (1987), Chairman’s Foreword. Zum Ganzen oben § 1 und § 2 II.

⁸³² *WCED* (1987), Overview Rn. 68 und Chapter 8 Rn. 92.

„rung“ verstehen.⁸³³ Genauso wie der Brundtland-Bericht sind jene Leitprinzipien ein von der Völkergemeinschaft (konkret vom UN-Menschenrechtsrat) ratifiziertes, als solches unverbindliches soft law-Dokument, das neben Staaten auch Unternehmen adressiert.⁸³⁴ Darin wird ausdrücklich die „Verantwortung der Wirtschaftsunternehmen zur Achtung der Menschenrechte“ betont, wozu mindestens die in der internationalen Menschenrechtscharta und in der Erklärung der Internationalen Arbeitsorganisation ausgedrückten Positionen zählen, also etwa „befriedigende Arbeitsbedingungen“ oder die Beseitigung von Zwangsarbeit.⁸³⁵ Beachtenswert ist insbesondere Leitprinzip 17, wonach Wirtschaftsunternehmen, „[u]m ihre nachteiligen menschenrechtlichen Auswirkungen zu ermitteln, zu verhüten und zu mildern [...] Sorgfaltspflicht auf dem Gebiet der Menschenrechte walten lassen [sollten]“. Wie der Folgeabsatz klarstellt, sollte sich die Sorgfaltspflicht dabei nicht nur auf die eigene Tätigkeit erstrecken, sondern auch auf nachteilige menschenrechtliche Auswirkungen zu denen das Wirtschaftsunternehmen „beiträgt“ oder die „mit seiner Geschäftstätigkeit, seinen Produkten oder Dienstleistungen unmittelbar verbunden sind“, worunter gemeinhin die Lieferkette verstanden wird.⁸³⁶ Dabei richtet sich die Pflicht grundsätzlich an Wirtschaftsunternehmen jeder Art und Größe, wie es ausdrücklich in Leitprinzip 14 heißt. Doch werden sich Umfang und Komplexität der Maßnahmen, wie der dazugehörige Kommentar erläutert, durchaus an diesen Faktoren zu orientieren haben, denn „[k]leine und mittlere Unternehmen besitzen geringere Kapazität und verfügen über informellere Verfahren und Managementstrukturen als größere Unternehmen.“⁸³⁷ Das entspricht im Wesentlichen unserer bisherigen Linie: Transnationale Händler wie KiK trifft eine Lieferkettenverantwortung, örtliche Bekleidungsgeschäfte und andere kleine Verkaufsstellen allenfalls sehr beschränkt.

Freilich zielt all das primär auf den Schutz der Beschäftigten ab. Auch Nachhaltigkeitsgründe scheinen also eher Anlass für eine Direkthaftung zu geben.⁸³⁸ Doch auf den zweiten Blick zeigt sich wiederum ein deutlich breiteres Bild: Bereits der Brundtland-Bericht streicht mehrfach die Bedeutung privaten Konsumverhaltens zur Sicherung der Grundbedürfnisse heraus. „[C]onsump-

⁸³³ *United Nations/DGCN* (2011/2014), 1. Hinweis. Weil die Leitprinzipien in (halboffizieller) deutscher Übersetzung vorliegen, zitiere ich aus dieser Version.

⁸³⁴ Zu Entstehungshintergrund und Einordnung vgl. nur *Brunk* (2022), 179 ff.

⁸³⁵ *United Nations/DGCN* (2011/2014), Leitprinzip 12 und Art. 24 Allgemeine Erklärung der Menschenrechte bzw. Erklärung der ILO über grundlegende Prinzipien und Rechte bei der Arbeit, Punkt 2 b).

⁸³⁶ *United Nations/DGCN* (2011/2014), Leitprinzip 17; zur Interpretation etwa *Görgen* (2019), 88 ff.; *Hübner* (2022), 4 f.

⁸³⁷ *United Nations/DGCN* (2011/2014), Leitprinzip 14 und Kommentar.

⁸³⁸ So wird die (Einstrahlungs-)Wirkung der UN-Leitprinzipien dann auch vor allem hier diskutiert, exemplarisch *Görgen* (2019), 224 ff. (befürwortend); *Falkenhausen* (2020), 131 ff. (zurückhaltend).

tion standards everywhere [should] have regard for long-term sustainability“, heißt es schon am Anfang; später wird das Ziel betont, „to make consumption and production patterns sustainable“. ⁸³⁹ Die auf dem Bericht aufbauenden *Sustainable Development Goals* benennen sogar ausdrücklich das Ziel, nachhaltige Konsum- und Produktionsmuster sicherzustellen, was unter anderem von Endverbrauchern erfordert, „buy[ing] and choosing a sustainable option whenever possible [...] as well as exercising pressure on businesses to adopt sustainable practices.“ ⁸⁴⁰ Mithin wäre eine Lieferkettenverantwortlichkeit auch ein nachhaltiger Anreizverstärker: Sie würde nicht nur nachhaltige Kaufentscheidungen aufgreifen, sondern enttäuschten Endverbrauchern auch ein Druckmittel an die Hand geben, damit transnationale Händler die angekündigte Lieferketten-governance auch umsetzen. ⁸⁴¹ Gleichzeitig fände auch die vom Nachhaltigkeitskonzept gewollte Nord/Süd-Verteilung statt. ⁸⁴² Dafür würde der Weiterreich-Mechanismus sorgen, den wir im Effizienzkontext kennengelernt haben: Weil transnationale Händler die zusätzlichen Kosten der Lieferkettengovernance an die Endverbraucher auf dem deutschen Markt weiterreichen, zahlt der Globale Norden dafür, um Grundbedürfnisse bei den Beschäftigten im Globalen Süden zu sichern. ⁸⁴³

5. Zwischenergebnis

Auf den letzten Seiten wollten wir möglichst viele anlassgebende Konstruktionsgründe für eine Lieferkettenverantwortlichkeit identifizieren. Das dürfte gelungen sein: Neben Anreizen, Enttäuschungsschäden bei Endverbrauchern zu vermeiden, verstärken sich für transnationale Händler vor allem die Anreize, per intensivierter Lieferkettengovernance die örtlichen Arbeits- und Produktionsbedingungen zu verbessern. Weil einseitige Wettbewerbsnachteile verhindert und zudem einem Marktversagen bei Vertrauenseigenschaften entgegenwirkt wird, ist eine Lieferkettenverantwortlichkeit zudem ein effizienter Anreizverstärker. Ferner sind transnationale Händler wegen ihres Tätigkeitsumfangs und ihrer kommunizierten Verantwortungsübernahme besonders exponiert; Entsprechendes gilt für Endverbraucher, weil transnationale Händler

⁸³⁹ *WCED* (1987), Chapter 2 Rn. 5 und Chapter 3 Rn. 27.

⁸⁴⁰ *United Nations* (2015), Ziel 12. Das Zitat findet sich auf der SDG-Internetplattform, vgl. <https://www.un.org/sustainabledevelopment/sustainable-consumption-production/>.

⁸⁴¹ Ebenso *Dadush* (2019), 817; tendenziell auch *Saumier* (2021), 402 ff.

⁸⁴² Oben § 2 II. 3.

⁸⁴³ Freilich könnte der Globale Süden unter dem Strich doch den Preis zahlen, sofern transnationale Händler auf eine Lieferkettenverantwortlichkeit mit der Verlagerung ihrer Produktion z. B. in Schwellenländer reagieren. Da es sich hierbei um einen (wenig überzeugenden) generellen Einwand gegen nachhaltigkeitsresponsive Bipolaritätskonstruktionen handelt, werde ich ihn unten in § 8 I. 3. a) behandeln.

auch ihnen gegenüber im Wort stehen und ihnen ein doppelter Enttäuschungsschaden droht. Eine Lieferkettenverantwortlichkeit steht außerdem für einen durchaus eingängigen Konflikt, der das Wirklichkeitsphänomen globaler Lieferketten an der Wurzel verhandelt. Und schließlich geben auch Nachhaltigkeitsgründe Anlass, gerade Endverbraucher wie König und transnationale Händler wie KiK über eine Lieferkettenverantwortlichkeit zu verbinden. Denn so werden Anreize zu nachhaltigem Konsumverhalten gestärkt und Grundbedürfnisse im Globalen Süden gesichert.

Allerdings ist trotz all dieser anlassgebenden Konstruktionsgründe noch nicht gesagt, ob auch taugliche Anknüpfungspunkte im Privatrechtssystem bestehen. Kann etwa das Gewährleistungsrecht die Erwartungen von lieferkettensensiblen Endverbrauchern nicht verarbeiten, bleiben sie privatrechtlich belanglos; nur wenn sich die moralische Verantwortungsübernahme auch als rechtliche Bindung abbilden lässt, hat der Wortbruch transnationaler Händler Relevanz. Wir lassen deshalb das erste Positivmerkmal *Anlass für Bipolarität* hinter uns und wenden uns nun dem zweiten Positivmerkmal *taugliche Anknüpfung* zu.

III. Zweites Positivmerkmal: Taugliche Anknüpfung

Nachdem bisher aus Sicht der Konstruktionsgründe argumentiert wurde, nehmen wir nun die Innenperspektive der privatrechtlichen Anknüpfungspunkte ein. Wie bei der Klimahaftung gehen wir dabei in vier Schritten vor. Als Erstes werden die für eine Lieferkettenverantwortlichkeit relevanten Anspruchsgrundlagen umrissen. Das ist allerdings nicht mehr als eine lose Orientierung, denn welche Ansprüche bestehen, hängt vielfach von den erst noch zu prüfenden Voraussetzungen ab. Das bedeutet indes nicht, dass jeweils eine allumfassende Prüfung erfolgt. Wir prüfen also nicht detailliert einzelne Anspruchsgrundlagen und deren Voraussetzungen, sondern konzentrieren uns wie bei der Klimahaftung auf drei große Anknüpfungsprobleme, die den Kern der Diskussion bilden: Sachmangel, Anspruchsinhalt und Anspruchsumfang. Weil es die Ausführungen plastischer machen sollte – und im *drama between plaintiff and defendant* die spezifische Rechte- und Pflichtenverbindung sowieso den Fixpunkt bildet –, dominiert bei allem die parteibezogene Perspektive. Obwohl wir die Zuschauer immer mitdenken, suchen wir also speziell vor der Konstruktionsfolie des KiK-Falls nach tauglichen Anknüpfungspunkten im Privatrechtssystem.⁸⁴⁴ Und noch eine letzte Klarstellung: Auch wenn unser Fall eigentlich um das Jahr 2012 spielt, werde ich, um nicht Rechtsgeschichte zu produzieren, aktuell geltendes Recht heranziehen (d. h. das des Jahres 2022). Da die für uns

⁸⁴⁴ Dazu schon oben § 5 III. 1.

relevanten Gesetzespassagen aber keine entscheidende inhaltliche Änderung erfahren haben, dürften die Ergebnisse auch auf das alte Recht übertragbar sein.

1. Anspruchsgrundlagen

Sofern die nicht eingehaltene Lieferkettengovernance als Mangel zu fassen wäre, kämen grundsätzlich alle Anspruchsgrundlagen in Betracht, die in § 437 BGB aufgezählt werden (sowie die nicht erwähnte Rückforderung des Kaufpreises, § 346 Abs. 1 BGB). Neben Ansprüchen auf Nacherfüllung sind also auch Rücktritt oder Schadensersatz denkbar. Gleichzeitig wäre dann nach ganz herrschender Meinung eine Anfechtung wegen Eigenschaftsirrtums (§ 119 Abs. 2 BGB) und eine Haftung aus culpa in contrahendo (§§ 280 Abs. 1, 241 Abs. 2, 311 Abs. 2 BGB) gesperrt, zumal in Lieferkettenkonstellationen nach Muster des KiK-Falls regelmäßig kein arglistiges Verhalten transnationaler Händler vorliegen dürfte.⁸⁴⁵ Vorvertragliche Haftungsansprüche sowie solche aus § 812 Abs. 1 S. 1 BGB und § 122 BGB können wir daher zurückstellen. Da ein absolutes Recht typischerweise nicht verletzt ist, scheiden Deliktsansprüche ebenfalls aus. Im Folgenden konzentrieren wir uns daher ganz auf Gewährleistungsansprüche und die diesbezüglich bestehenden Anknüpfungsprobleme.

2. Erstes Anknüpfungsproblem: Sachmangel

Die (spärliche) einschlägige Literatur beschäftigt sich vor allem mit einer Frage: Kann es überhaupt einen Sachmangel darstellen, wenn transnationale Händler wie KiK ihre Ankündigungen zur Lieferkettengovernance nicht einhalten?⁸⁴⁶ Weil damit gleich mehrere Probleme aufgeworfen sind, werden wir das erste Anknüpfungsproblem in Teilfragen zergliedern, die sich eng am Tatbestand des § 434 Abs. 3 BGB orientieren: Kann die Lieferkettengovernance eine Beschaffenheit der Kaufsache sein? Ist sie eine übliche, zu erwartende Beschaffenheit? Inwiefern beeinflusst sie die Kaufentscheidung? Und welche Rolle spielt bei allem die Verkäuferkenntnis?

⁸⁴⁵ Gleiches gilt für eine positive, auf Erfüllung gerichtete Vertrauenshaftung der Endverbraucher. Selbst wenn man Arglist bejahte, stellten sich hier außerdem ähnliche Fragen wie bei der Mangelhaftigkeit (nämlich ob sich Endverbraucher auf die Ankündigungen zur Lieferkettengovernance verlassen können), vgl. zu allem nur *Asmussen* (2020), 150ff., 170ff.; auch sollten sich die Ausführungen zur berechtigten Beschaffenheitserwartung (unten § 7 III. 2. b)) auf die Äußerungshaftung übertragen lassen, vgl. dazu generell *Leistner* (2007), 969ff.

⁸⁴⁶ Exemplarisch *Lüttringhaus* (2019); *Grunevald* (2021).

a) Lieferkettengovernance als Beschaffenheit

Unabhängig davon, ob man einen Sachmangel am subjektiv Vereinbarten oder objektiv Gewöhnlichen festmacht, stets muss die Ist-Beschaffenheit von der Soll-Beschaffenheit abweichen. Bevor wir nähere Überlegungen zur Mangelhaftigkeit anstellen, muss im Ausgangspunkt also geklärt sein, ob Produktionsumstände überhaupt eine „Beschaffenheit“ darstellen können, konkret: ob die Art und Weise der Lieferkettengovernance zur Beschaffenheit des KiK-Pullovers zählt. Versteht man unter Beschaffenheit nur Eigenschaften, die der Kaufsache physisch anhaften, müsste man dies verneinen.⁸⁴⁷ Wie wir oben gesehen haben, sind ohne Lieferkettengovernance hergestellte Produkte zwar mit einem Makel belastet.⁸⁴⁸ Dieser Makel ist aber keine physische Erscheinung, sondern eine gesellschaftliche Zuschreibung. Da sich Arbeitsbedingungen und Feuerpräventionsvorkehrungen typischerweise weder positiv noch negativ auf den Produktzustand auswirken, besteht zwischen Produkten mit und ohne Lieferkettengovernance regelmäßig kein manifester Qualitätsunterschied.⁸⁴⁹ So auch in unserem KiK-Fall, wo der von Karla König erworbene Pullover an sich von tadelloser Qualität ist.

Darauf kommt es jedoch gar nicht an. Denn ein physisch eng begrenzter Beschaffenheitsbegriff ist heute überholt. Genau genommen war er schon länger überholt, wie der BGH 2016 noch zur alten Rechtslage (das heißt zur Fassung des Schuldrechtsmodernisierungsgesetzes) bestätigt hat.⁸⁵⁰ In der Entscheidung ging es um einen Gebrauchtwagen, der „inklusive Herstellergarantie“ verkauft wurde, obwohl diese in Wahrheit längst abgelaufen war. Weil eine Herstellergarantie sich in keiner Weise auf den physischen (Qualitäts-)Zustand des Fahrzeugs auswirkt, hatte das Berufungsgericht eine Beschaffenheit abgelehnt und den Gewährleistungsanspruch des Klägers abgewiesen. Der BGH widersprach und bekannte sich bei der Gelegenheit ausdrücklich zum weiten Beschaffenheitsbegriff, den viele Literaturstimmen schon länger propagiert hatten.⁸⁵¹ Danach „sind als Beschaffenheit einer Sache [...] sowohl alle Faktoren anzusehen, die der Sache selbst anhaften, als auch alle Beziehungen der Sache

⁸⁴⁷ So etwa *Schlacke, et al.* (2015), 123f.; *Roth-Mingram* (2017), 131ff., 279; tendenziell auch *Bachmann* (2018b), 247.

⁸⁴⁸ Oben § 7 II. 3. b).

⁸⁴⁹ Allerdings gibt es durchaus empirische Fallstudien, die einen Zusammenhang zwischen strikter Lieferkettengovernance und niedrigerer Reklamationsrate transnationaler Händler nahelegen, vgl. etwa für Nike in Pakistan *Distelhorst, et al.* (2017), 710ff. Allerdings führt das eben nicht dazu, dass jedes einzelne mit Lieferkettengovernance hergestellte Produkt qualitativ hochwertiger wird, sondern nur, dass die Durchschnittsqualität der Produktlinie sich insgesamt verbessert, transnationale Händler also mehr Produkte von mittlerer Qualität an Endverbraucher verkaufen können.

⁸⁵⁰ BGH NJW 2016, 2874. Dazu mit Blick auf Lieferkettenkonstellationen schon *Lüttringhaus* (2019), 35ff.

⁸⁵¹ Vgl. zur Debatte nur *Westermann* (2019), § 434 BGB Rn. 9ff.

zur Umwelt, die nach der Verkehrsauffassung Einfluss auf die Wertschätzung der Sache haben“.⁸⁵² Und weil eine Herstellergarantie typischerweise genau diesen wertbildenden Einfluss hat, zählte der BGH ihr (Nicht-)Bestehen zur Beschaffenheit des Fahrzeugs.

Da die Gesetzesbegründung zur Schuldrechtsmodernisierung den Beschaffenheitsbegriff offengelassen hatte, stützte sich der BGH hierzu vor allem auf Art. 2 Verbrauchsgüterkaufrichtlinie, der ohne Einschränkung auf physische Eigenschaften den Verkäufer verpflichtet, „dem Kaufvertrag gemäße Güter zu liefern“.⁸⁵³ Mit Blick auf die heutige, von der Warenkaufrichtlinie geprägte Rechtslage ist dieser Umweg jedoch nicht mehr nötig. So ist schon der Wortlaut des reformierten § 434 BGB deutlich breiter: Während der alte Normtext noch von „Eigenschaften der Sache“ sprach und so einen physischen Kern des Beschaffenheitsbegriffs zumindest nahelegte,⁸⁵⁴ ist in der aktuellen Version allgemeiner von „sonstige[n] Merkmale[n] der Sache“ die Rede.⁸⁵⁵ Auch die Reformbegründung legt unverkennbar den weiten, Umweltfaktoren einbeziehenden Beschaffenheitsbegriff zugrunde, wenn sie „Beschaffenheit“ als „jegliche Merkmale einer Sache“ definiert, „die der Sache selbst anhaften oder sich aus ihrer Beziehung zur Umwelt ergeben“ – bzw. für den uns interessierenden Absatz 3 klarstellt, „dass die ‚übliche Beschaffenheit‘ im Sinne der Nummer 2 jegliche Merkmale der Kaufsache umfasst.“⁸⁵⁶ Für das weite Verständnis spricht schließlich, dass die Reformbegründung dem Gesetz ausdrücklich bescheinigt, „im Einklang mit dem Leitgedanken der Bundesregierung zur nachhaltigen Entwicklung“ zu stehen.⁸⁵⁷

Nehmen wir all das und die in § 7 I. herausgearbeiteten Punkte zusammen, lässt sich unsere Ausgangsfrage klar beantworten: Weil mit Lieferkettengovernance produzierte Waren höheres gesellschaftliches Ansehen genießen und regelmäßig höhere Verkaufspreise erzielen,⁸⁵⁸ sind die Produktionsumstände ein sachbezogener Umweltfaktor, der nach der Verkehrsauffassung Einfluss auf die Wertschätzung hat. Obwohl sich Arbeitsbedingungen oder Feuerpräventionsvorkehrungen typischerweise weder positiv noch negativ auf den physischen Zustand der Kaufsache auswirken, erblickt der Verkehr in ihnen wertbildende

⁸⁵² BGH NJW 2016, 2874 Rn. 10; in der Sache auch schon BGH NJW 2011, 1217 Rn. 13; 2013, 1948 Rn. 15. Jüngst bekräftigt in BGHZ 224, 195 Rn. 37.

⁸⁵³ BGH NJW 2016, 2874 Rn. 11 ff. (Zitat in Rn. 12).

⁸⁵⁴ Vor allem weil so eine gewisse begriffliche Kontinuität zu den Fehlerkategorien des alten Schuldrechts (vor 2002) bestand (dazu *Glinski/Rott* (2003), 653 f.), wo sich eine Einbeziehung von (ökologischen) Umweltfaktoren besonders schwierig gestaltete, vgl. *Meier* (1995), 17 ff.

⁸⁵⁵ *Saenger* (2022), § 434 BGB Rn. 13 spricht von einer „offenen Formulierung“; sinngleich *Faust* (2022), § 434 BGB Rn. 15: „weit zu verstehen“.

⁸⁵⁶ BT-Drs. 19/27424, 22 f. Wie hier etwa auch *Schroeter* (2020), 1167 f.; *Wilke* (2021), 284; *Koch* (2022), 5; *Croon-Gestefeld* (2022a), 498 f.; *Hellgardt/Jouannaud* (2022), 215.

⁸⁵⁷ BT-Drs. 19/27424, 15.

⁸⁵⁸ Oben § 7 II. 1. b) und 3. b).

Merkmale, die zur Beschaffenheit der Kaufsache zählen.⁸⁵⁹ Durch die Einbeziehung der Produktionsumstände droht der Beschaffenheitsbegriff auch nicht konturlos zu werden,⁸⁶⁰ wie eine Kontrollüberlegung zeigt. Denn mag sich die Art und Weise der Lieferkettengovernance auch nicht in der Qualität einer Kaufsache manifestieren, so besteht immerhin ein Zusammenhang zwischen den Produktionsumständen und ihrem physischen Zustand – hat doch exakt jener Herstellungsprozess die Kaufsache hervorgebracht. Es geht in Lieferkettenkonstellationen wie dem KiK-Fall also nicht um eine eher lose Beziehung der Sache zur Umwelt, etwa die generelle CSR-Politik des sie vertreibenden transnationalen Händlers.⁸⁶¹ Vielmehr sorgt der Fokus auf die Produktionsumstände per se für einen gewissen physischen Sachbezug.⁸⁶² Und er ist sogar deutlich enger als bei anderen, allein die Sachbiografie betreffenden Faktoren, die seit jeher zur Beschaffenheit gezählt werden, etwa die Standzeit eines Neuwagens oder die Provenienz eines Kunstwerks.⁸⁶³ Darauf wird noch zurückzukommen sein.

b) Lieferkettengovernance als übliche, zu erwartende Beschaffenheit

Weil in Lieferkettenkonstellationen wie dem KiK-Fall die Lieferkettengovernance regelmäßig nicht als Beschaffenheit vereinbart werden dürfte und auch keine vorausgesetzte Verwendung vertraglich fixiert wird,⁸⁶⁴ konzentrieren wir uns ganz auf die objektiven Anforderungen in § 434 Abs. 3 BGB. Genauer gesagt auf S. 1 Nr. 2, wonach eine Sache den objektiven Anforderungen entspricht (und insoweit mangelfrei ist), wenn sie eine Beschaffenheit aufweist, die bei Sachen derselben Art üblich ist und die der Käufer – unter Berücksichtigung der Art der Sache und insbesondere der öffentlichen Äußerungen des Verkäufers – erwarten kann.

⁸⁵⁹ Ebenso *Glinski/Rott* (2003), 652f.; *Zimmer* (2008), 249ff.; *Glinski* (2011), 187ff.; *Beckers* (2015), 118ff.; *Görgen* (2019), 435f.; *Schroeter* (2020), 1163ff.; *Schramm* (2020), 153ff.; *Grunewald* (2021), 1778f.; *Hübner* (2022), 349ff.; *Koch* (2022), 5f.; *Croon-Gestefeld* (2022a), 498f.; *Hellgardt/Jouannaud* (2022), 210ff.; *Fleischer* (2022), 927; grundsätzlich auch *Asmussen* (2020), 157ff.; weitergehend (Einfluss auf die Wertschätzung brauche es nicht) *Sonde* (2016), 186ff.; *Lüttringhaus* (2019), 37ff. Im internationalen Kontext etwa *Wilhelmsson* (2002), 89 (skandinavisches Recht); *Collins* (2014), 631ff. (englisches Recht).

⁸⁶⁰ So tendenziell die Befürchtung von *Westermann* (2019), § 434 BGB Rn. 13.

⁸⁶¹ Dies auch in den Beschaffenheitsbegriff einbeziehend aber *Schroeter* (2020), 1165.

⁸⁶² Dies zu Recht betonend *Schramm* (2020), 155ff.; *Grunewald* (2021), 1778f.; dazu auch schon *Schirmer* (2021b), 47f.

⁸⁶³ Eingehend (mit weiteren Beispielen und Nachweisen) *Lüttringhaus* (2019), 41ff.

⁸⁶⁴ Eine Beschaffenheitsvereinbarung ließe sich zwar damit begründen, dass die angekündigte Lieferkettengovernance Bestandteil der Vertragserklärung transnationaler Händler wird (die in Lieferkettenkonstellationen wie dem KiK-Fall ja zugleich Verkäufer sind), so etwa *Beckers* (2015), 118ff. Allerdings war die dazu nötige Ausdehnung des subjektiven Mangelbegriffs schon immer künstlich, und sie braucht es nach den jüngsten Änderungen durch das Gesetz zur Umsetzung der Warenkaufrichtlinie auch dogmatisch (endgültig) nicht mehr, weil nunmehr ein Gleichrang zwischen subjektivem und objektivem Mangelbegriff besteht, vgl. nur *Lorenz* (2021), 2065f.

aa) Weichenstellung: Vergleichsgruppe und Maßstab

Bevor wir Lieferkettenkonstellationen wie den KiK-Fall daran messen, müssen wir erst wissen, wie und womit wir eigentlich messen. Die Norm ist aufgrund ihrer verschachtelten Satzstruktur nicht leicht zu verstehen, daran haben auch die jüngsten Ausbesserungen durch das Gesetz zur Umsetzung der Warenkaufrichtlinie wenig geändert. Klar ist nur, dass es um einen Abgleich geht: Die konkrete Kaufsache ist Kaufsachen „derselben Art“ gegenüberzustellen. Im ersten Schritt muss daher mit der „Art“ der Sache die richtige Vergleichsgruppe herausgearbeitet werden.

Für den KiK-Fall könnte das bedeuten, dass der konkrete von Karla König erworbene Pullover an einem üblichen Exemplar der Art Pullover zu messen ist. Wäre das die Vergleichsgruppe, könnten wir die Prüfung hier abbrechen: An sich ist der Pullover tadellos; er unterscheidet sich qualitativ nicht von anderen Exemplaren der Art Pullover. Freilich zeigt schon das im letzten Abschnitt Gesagte, dass eine derart breite Perspektive nicht richtig sein kann. Denn zählen zur Beschaffenheit einer Kaufsache auch ihre Produktionsumstände, muss das auch bei der Vergleichsgruppenbildung berücksichtigt werden – andernfalls fallen die Produktionsumstände doch wieder durchs Raster. Maßstab ist also nicht ein übliches Exemplar der Art Pullover, sondern ein übliches Exemplar der Art Pullover *mit Lieferkettengovernance*.⁸⁶⁵ Diese enge, eher die Gattung als die Art berücksichtigende Vergleichsperspektive ist in der Literatur breit akzeptiert,⁸⁶⁶ und sie wird auch von der Rechtsprechung geteilt, wie eine Entscheidung des BGH zu einem Dieselfahrzeug zeigt.⁸⁶⁷ Das Fahrzeug war mit einem Rußpartikelfilter verkauft worden, was es nach dem Stand der Technik für den reinen Kurzstreckenverkehr untauglich machte. Der Käufer begehrte daraufhin Rückzahlung, die ihm das Berufungsgericht auch mit dem Argument gewährte, dass andere Dieselfahrzeuge im Kurzstreckenverkehr tadellos funktionieren. Der BGH widersprach dem schon im Ansatz. Vergleichsmaßstab sei nicht ein übliches Exemplar der Art Dieselfahrzeug, sondern ein Exemplar der Gattung *mit Rußpartikelfilter* – und diese Gattung zeichnet sich herstellerübergreifend nun einmal dadurch aus, dass sie technisch nicht zum reinen Kurzstreckenverkehr taugt.⁸⁶⁸

Die Bestimmung der richtigen Vergleichsgruppe – im KiK-Fall: Pullover mit Lieferkettengovernance – ist aber wie gesagt nur der erste Schritt. Denn wie im

⁸⁶⁵ Ebenso (für nachhaltig hergestellte Produkte generell) *Schramm* (2020), 159 f.

⁸⁶⁶ Vgl. nur *Berger* (2021), § 434 BGB Rn. 14: „Es sind Vergleichsgattungen zu bilden“; eingehend *Gsell* (2022), 145 ff.

⁸⁶⁷ BGH NJW 2009, 2056. Wenn die Entscheidung in der Literatur kritisiert wird, dann nicht wegen ihres engen Perspektivzuschnitts, sondern weil der BGH andere Anhaltspunkte für Mängel unberücksichtigt gelassen hat, vgl. etwa *Grunewald* (2020), § 434 BGB, Rn. 22 (Rußpartikelfilter als Mangel).

⁸⁶⁸ BGH NJW 2009, 2056 Rn. 9 f.

eben erwähnten Urteil des BGH schon angeklungen, müssen für den Abgleich auch die typischen Attribute der Vergleichsgruppe bekannt sein – eben das etwa Dieselfahrzeuge mit Rußpartikelfilter bei reinem Kurzstreckenverkehr technische Probleme machen. Hier kommt nun der Rest des Relativsatzes von § 434 Abs. 3 S. 1 Nr. 2 BGB ins Spiel, dass also die Kaufsache zur objektiven Mangelfreiheit eine Beschaffenheit aufweisen muss, die bei Sachen derselben Art üblich ist und die der Käufer erwarten kann. Nimmt man die Norm beim Wort, geht es nicht nur um zwei Kriterien, sie müssen auch kumulativ vorliegen: Neben der üblichen Beschaffenheit hat die Sache auch der zu erwartenden Beschaffenheit zu entsprechen.⁸⁶⁹ Dass sich beides aber nicht sinnvoll trennen lässt, macht wiederum die Entscheidung des BGH zu besagtem Dieselfahrzeug mit Rußpartikelfilter deutlich. Das Berufungsgericht hatte den Sachmangel zusätzlich damit begründet, dass eine fehlende Kurzstreckeneignung nach dem Stand der Technik zwar üblich sein mag, ein durchschnittlich informierter Käufer diese Beschaffenheit aber nicht erwarten könne. Der BGH widersprach dem entschieden. Für die objektive Soll-Beschaffenheit „kommt es weder auf die konkret vorhandene Vorstellung des jeweiligen Käufers noch auf einen durchschnittlichen technischen Informationsstand [...] der Käuferseite, sondern allein darauf an, welche Beschaffenheit der Käufer ‚nach der Art der Sache‘ erwarten kann. Maßstab ist danach die objektiv berechtigte Käufererwartung, die sich in Ermangelung abweichender Anhaltspunkte an der üblichen Beschaffenheit gleichartiger Sachen orientiert“.⁸⁷⁰ Kurz gesagt ist die Beschaffenheit, die berechtigterweise erwartet werden kann, also die übliche Beschaffenheit.⁸⁷¹ Und weil sich – wie ein Blick in die zugrundeliegende Richtlinie verdeutlicht⁸⁷² – die übliche Beschaffenheit wiederum nach dem Erwartungshorizont eines vernünftigen Durchschnittskäufers richtet, wird „[d]ie zu erwartende Beschaffenheit [...] in aller Regel mit der üblichen Beschaffenheit übereinstimmen“, wie Florian Faust formuliert.⁸⁷³ Oder um es noch klarer zu sagen: Eine Kaufsache weist die übliche Beschaffenheit auf, wenn sie dem Erwartungshorizont eines vernünftigen Durchschnittskäufers entspricht.⁸⁷⁴

Entscheidend ist dann, woraus sich dieser Erwartungshorizont zusammensetzt, genauer: zusammensetzen darf – denn mit dem vernünftigen Durchschnittskäufer

⁸⁶⁹ In diese Richtung etwa *Jorden/Lehmann* (2001), 954.

⁸⁷⁰ BGH NJW 2009, 2056 Rn. 11.

⁸⁷¹ So etwa auch *Westermann* (2019), § 434 Rn. 24: „objektiv berechtigte Käufererwartung, [orientiert] sich, wenn nichts Besonderes vereinbart ist, an der üblichen Beschaffenheit“; *Grünwald* (2020), § 434 BGB, Rn. 22: „Der Käufer kann regelmäßig die übliche Beschaffenheit gleichartiger Waren erwarten, so dass die Kriterien der Nr 2 insoweit meist zusammenfallen“.

⁸⁷² Vgl. Art. 7 Abs. 1 lit. d) Warenkaufrichtlinie.

⁸⁷³ *Faust* (2022), § 434 BGB Rn. 102; fast wortgleich *Matusche-Beckmann* (2013), § 434 BGB Rn. 92.

⁸⁷⁴ So dann auch die gängige Formel in der Lehrbuchliteratur, vgl. *Medicus/Lorenz* (2018), § 6 Rn. 18; *Looschelders* (2022b), § 3 Rn. 33.

wird ja ein normativer Maßstab zugrunde gelegt.⁸⁷⁵ Hier haben die jüngsten gesetzgeberischen Anpassungen zur Umsetzung der Warenkaufrichtlinie eine hilfreiche Entzerrung des Tatbestands gebracht. Nach § 434 Abs. 3 S. 1 Nr. 2 lit. a) und b) sind für den Erwartungshorizont die Art der Sache und die öffentlichen Äußerungen, insbesondere des Verkäufers, zu berücksichtigen. Der Normativmaßstab des vernünftigen käuferseitigen Erwartungshorizonts wird also durch den Kontext des Erwerbsvorgangs geprägt. Einerseits durch die Art der Sache – die typischen Attribute der Vergleichsgruppe, den gattungsbezogenen Stand der Technik wie im Fall des Dieselfahrzeuge mit Rußpartikelfilter. Andererseits durch die öffentlichen Äußerungen, die insbesondere der Verkäufer zur konkreten Beschaffenheit der Kaufsache abgegeben hat – die Werbung für bestimmte Produktmerkmale, die Funktionalitätsangaben in einem Zeitungsinterview.⁸⁷⁶ Letztlich kommt es darauf an, welche übliche Beschaffenheit ein vernünftiger Durchschnittskäufer angesichts dieser kontextuellen Aspekte – typische Attribute der Sachgattung; öffentliche Äußerungen insbesondere des Verkäufers – erwarten würde.⁸⁷⁷

Halten wir kurz inne. Die letzten Absätze mögen kleinteilig, ja mitunter für ein juristisches Fachpublikum redundant wirken. Ich meine aber, dass die Schälprozedur ganz entscheidend war. Denn nun können wir unsere Fragestellung klar benennen: Für Lieferkettenkonstellationen wie den KiK-Fall ist weniger zentral, ob Produktionsumstände vom Beschaffenheitsbegriff erfasst sind oder wie Karla König und andere konkret betroffenen Endverbraucher die Äußerungen in Verhaltenskodex und Nachhaltigkeitsbericht deuten (bzw. ob sie die Äußerungen überhaupt zur Kenntnis nehmen). Ersteres ist rechtlich weitgehend geklärt, Letzteres eine nachgelagerte Frage, die erst beim (konkreten) Kausalitätsnachweis relevant wird.⁸⁷⁸ Die primäre Hürde ist, welche Produktionsumstände ein *vernünftiger Durchschnittskäufer* in Anbetracht der von KiK angekündigten Lieferkettengovernance erwarten darf. Und weil selbst das bei Lichte besehen noch zwei Fragen sind, sollten wir Kontext- und Normativebene zunächst auseinanderhalten. Konkret: Wie lauten KiKs Ankündigungen genau und sind sie überhaupt öffentlich geäußert? Und was darf ein vernünftiger Durchschnittsverkäufer deshalb erwarten?

⁸⁷⁵ Deutlich *Berger* (2021), § 434 BGB Rn. 14: „Maßstab ist der (normativ bestimmte) Durchschnittskäufer“.

⁸⁷⁶ Dass sich die öffentliche Äußerung auf die konkrete Beschaffenheit der Kaufsache (bzw. der Produktlinie) beziehen muss, ist aus dem Wortlaut des neugefassten § 434 Abs. 3 S. 1 Nr. 2 lit. b) BGB nicht unmittelbar ersichtlich (anders noch die Vorfassung, die explizit „Eigenschaften“ erwähnte). Schon die Systematik spricht aber stark für eine beschaffenheitsbezogene Auslegung und Art. 7 Abs. 1 lit. d) Warenkaufrichtlinie, der auf „Menge, Qualität und sonstigen Merkmale“ abstellt, dürfte das endgültig bestätigen. In der Sache auch *Saenger* (2022), § 434 BGB Rn. 28 ff.; *Faust* (2022), § 434 BGB Rn. 115.

⁸⁷⁷ *Faust* (2022), § 434 BGB Rn. 82, 84; gleichsinnig auch *Westermann* (2019), § 434 BGB Rn. 24, 29; *Grunewald* (2020), § 434 BGB Rn. 22 f.

⁸⁷⁸ Unten § 7 III. c).

bb) Inhalt und Öffentlichkeit der Äußerung

Im KiK-Fall haben wir angenommen, dass Karla König zwei Wochen vor dem Feuer – also Ende August 2012 – in einer deutschen KiK-Filiale einen Pullover kauft, der in der abgebrannten Textilfabrik von Ali Enterprises hergestellt wurde. Maßgeblich ist damit, welche Lieferkettengovernance KiK in diesem Zeitraum angekündigt hat. Dafür sind die zwei eingangs erwähnten Dokumente maßgeblich, die seinerzeit die Lieferkettengovernance näher beschrieben haben: Verhaltenskodex und Nachhaltigkeitsbericht.⁸⁷⁹

Der Verhaltenskodex beginnt mit einer Einleitung, in der die Grundprinzipien dargelegt werden. „Niemand, der mit oder für uns arbeitet“, heißt es schon im zweiten Satz, „soll seelischen oder körperlichen Schaden nehmen.“ KiK spricht in erster Person Plural von „unserem Wertesystem“, „unsere[r] Pflicht“, alle Geschäftsbeziehungen auf den Menschenrechten und den anerkannten Arbeitsnormen der Internationalen Arbeitsorganisation aufzubauen, schließlich „glauben wir fest an einen Kern allgemeingültiger und universaler Menschenrechte, die unter allen Umständen beachtet und geschützt werden müssen.“⁸⁸⁰ Deshalb erwartet KiK „ohne Einschränkung, dass alle Geschäftspartner überzeugende Maßnahmen einleiten, um die Einhaltung der beschriebenen Anforderungen zu gewährleisten.“ Zum „Zweck der Leistungsüberprüfung“, schließt der nächste Satz an, „sind KiK oder von KiK benannte Dritte dazu berechtigt, zu jeder Zeit und ohne vorherige Ankündigung alle Produktionsstätten [...] zu Kontrollzwecken zu besuchen.“⁸⁸¹ „Jegliche Missachtung“ der im Verhaltenskodex festgehaltenen „Anforderungen und Mindeststandards“, die KiK „zur Kenntnis gelangt, werden wir im Rahmen des uns zur Verfügung stehenden Einflusses sanktionieren.“⁸⁸² Bei „vorsätzliche[n] Verstöße[n] gegen den Standard [...] und/oder [einem] anhaltende[n] Mangel an Kooperationsbereitschaft“, behält sich KiK „das Recht vor, Geschäftsbeziehungen zu beenden.“⁸⁸³ Anschließend werden die „Standard[s] für die Beschäftigung“ näher ausbuchstabiert. Nach Anforderungen zu Betriebsklima („Respekt und Würde“), Wochen-

⁸⁷⁹ Wie oben bereits erwähnt, gilt in diesem Zeitraum der Verhaltenskodex in der 2012er-Version und der erste Nachhaltigkeitsbericht von 2011 (der nächste Bericht erscheint erst 2013). Vielfach unterscheiden sich beide aber nicht von den heutigen Fassungen, auf Abweichungen werde ich in den Fußnoten kurz hinweisen. Die Verhaltenskodizes und Nachhaltigkeitsberichte der DAX 30-Unternehmen sind vielfach ganz ähnlich strukturiert und formuliert, vgl. die systematische Auswertung durch *Schramm* (2020), 34 ff., 250 ff.

⁸⁸⁰ Alle vorstehenden Zitate in *KiK* (2012), 1. In der aktuelle Version *KiK* (2015), 1 ist von „unsere[r] soziale[n] Verantwortung“ statt von „unsere[r] Pflicht“ die Rede.

⁸⁸¹ *KiK* (2012), 2. *KiK* (2015), 2 spricht von „autorisierte[n]“ statt von „benannte[n]“ Dritten.

⁸⁸² *KiK* (2012), 1. In *KiK* (2015), 1 heißt es nahezu inhaltgleich: „Auf jegliche uns zur Kenntnis gelangte Missachtung dieses Standards, werden wir im Rahmen unserer Einflussmöglichkeiten reagieren.“

⁸⁸³ *KiK* (2012), 3. *KiK* (2015), 2 formuliert weiter und verlangt (nur) „ernsthafte Verstöße gegen diesen Kodex“.

arbeitszeit („nicht mehr als 48 Stunden“) und Entlohnung („Mindestlohn-niveau“) widmet sich der Verhaltenskodex „Gesundheit und Sicherheit am Arbeitsplatz“.⁸⁸⁴ Wegen der Relevanz für unseren Fall gebe ich diese Passage komplett wieder: „Der Arbeitsplatz und das Ausüben der Tätigkeit dürfen den Arbeitnehmer, seine Gesundheit und Sicherheit nicht gefährden. Eine sichere und saubere Arbeitsumgebung sollte gewährleistet sein. Gesundheit am Arbeitsplatz und Sicherheitspraktiken sollen gefördert werden, so dass Unfällen und Verletzungen bei der Arbeit oder als Folge der Benutzung von Firmeneinrichtungen vorgebeugt wird.“⁸⁸⁵ Nach weiteren Anforderungen unter anderem zu Kinderarbeit und Diskriminierung endet der Verhaltenskodex wieder allgemeiner. „Wir sind bestimmt in unseren Anforderungen und Erwartungen“, liest man auf der letzten Seite. Weil KiK aber um die „Schwierigkeiten bei der Umsetzung einiger Anforderungen dieses Standards“ wisse, „erachten wir es als eine Frage der Umsicht und Fairness, angemessene Zeiträume für die Entwicklung der Leistung eines Partners in Bezug auf die Einhaltung der Standards zu gewähren.“⁸⁸⁶

Wie schon der Verhaltenskodex beginnt auch KiKs Nachhaltigkeitsbericht grundsätzlich. Verdeutlicht werden soll, heißt es Vorwort, „dass der Textildiscount – entgegen der geäußerten Kritik – mit einer verantwortungsvollen Unternehmenspraxis gegenüber Mensch und Umwelt vereinbar ist.“ Mehr noch, KiK will mit dem Nachhaltigkeitsbericht zeigen, „dass sich unser Engagement nicht auf Schadensbegrenzung beschränkt, sondern konstruktiv und proaktiv daran arbeitet, soziale Standards im globalen Kontext zu verbessern“.⁸⁸⁷ Nach einem kurzen Porträt der Unternehmensentwicklung und Langzeitstrategie widmet sich das vierte Kapitel der Lieferkettengovernance. Die zehnköpfige CSR-Abteilung wird als „Schlüsselposition“ vorgestellt, die „als Stabsstelle direkt an die Geschäftsführung berichtet“ und „die Maßnahmen zur Verbesserung der Arbeitsbedingungen in den Produktionsstätten [steuert]“. Um die Maßnahmen „intensiv begleiten und optimal steuern zu können“, haben zwei Mitarbeitende in „anspruchsvollen“ Fortbildungen eigens „fundiertes Wissen“ erworben.⁸⁸⁸ Sodann folgt ein ausdrücklicher Verweis auf den eigenen Verhal-

⁸⁸⁴ *KiK* (2012), 3 f.

⁸⁸⁵ *KiK* (2012), 4.

⁸⁸⁶ *KiK* (2012), 5. In *KiK* (2015), 5 sind nur die Erwartungen bestimmt, und es ist von „Besonnenheit“ statt „Umsicht“ die Rede.

⁸⁸⁷ Alle vorstehenden Zitate in *KiK* (2011), 6. In der Einleitung der aktuellen Version des Nachhaltigkeitsberichts hat sich an dem Anspruch nichts geändert, vgl. *KiK* (2021), 8: „Außerdem möchten wir unter Beweis stellen, dass Nachhaltigkeit auch mit kleinen Preisen zu vereinbaren ist [...]. Wir achten darauf, dass die Rechte der Arbeiterinnen und Arbeiter in der Lieferkette gewahrt und umweltbezogene Standards eingehalten werden. Auf unterschiedlichen Ebenen setzen wir uns dafür ein, diese Standards weiterzuentwickeln und noch verbindlicher zu machen.“

⁸⁸⁸ Alle vorstehenden Zitate in *KiK* (2011), 25 f. Abgesehen davon, dass mittlerweile eine

tenskodex, der „die Einhaltung der Mindeststandards in Bezug auf die Arbeitsbedingungen in den Fabriken“ regelt, namentlich die Vorgaben zum „Schutz der Gesundheit und die Gewährleistung von Sicherheit am Arbeitsplatz“. ⁸⁸⁹ Vieles, was im Verhaltenskodex noch allgemeiner gehalten war, wird nun detaillierter beschrieben. Das gilt insbesondere für die Lieferantenkontrollen, das sogenannte Auditierungsverfahren: „Die Auditoren kontrollieren alle relevanten Dokumente, besichtigen das Fabrikgelände“ und beziehen dabei „rund 175 Prüfpunkte“ ein, konkret „Feuerpräventionsvorkehrungen“, erläutert der Bericht. Neben den externen Auditoren besuchen zudem „Mitarbeiter aus dem CSR-Bereich [...] die Lieferanten regelmäßig vor Ort, um sie in ihrer Leistung bestmöglich zu unterstützen.“ Zeigt sich dabei ein Verstoß gegen die Verhaltensstandards, wird ein „Korrekturplan (CAPA) mit einem entsprechenden Zeitrahmen festgelegt“. Anhand dieses Plans „überprüft der CSR-Bereich die weitere Entwicklung des Lieferanten“; dazu „erfolgen mehrere angemeldete oder unangemeldete Kurzbesuche zur engmaschigen Beobachtung“. Bei „komplexeren Problemstellungen“ wird der „Veränderungsprozess eng über einen längeren Zeitraum hinweg [begleitet], bis eine Verbesserung erreicht ist.“ Erst wenn der Lieferant all diese Prüfungen und ein Re-Audit besteht, gehört er fortan zu den „bevorzugten Lieferanten“, an den regelmäßige Lieferaufträge ergehen. „Sollte ein gravierender Verstoß auf Seiten des Lieferanten es notwendig machen, die Geschäftsbeziehung zu beenden, handeln wir konsequent.“ Das Ganze ist mit einem Foto illustriert, auf dem ein Auditor einen Feuerlöscher kontrolliert, der unterhalb eines Brandwarnschilds hängt. ⁸⁹⁰

So viel zu KiKs Äußerungen. Bevor wir sie aus Sicht eines vernünftigen Durchschnittskäufers interpretieren, müssen wir aber noch über eine Vorfrage hinweg: Handelt es sich bei Verhaltenskodex und Nachhaltigkeitsbericht überhaupt um *öffentliche* Äußerungen i. S. v. § 434 Abs. 3 S. 1 Nr. 2 lit. b) BGB? Das wird von manchen bestritten. So will etwa Barbara Grunewald Äußerungen aus dem Anwendungsbereich der Norm ausgrenzen, „die sich klar nicht an ihn [sc. den Käufer] richten, von denen er also mehr oder weniger zufällig erfährt“. Nachhaltigkeitsberichte (nichts anderes dürfte aber auch für Verhaltenskodizes gelten) sieht sie daher nicht erfasst – schließlich „ist der Endabnehmer des Produkts nicht Adressat des Berichts. Dies ist vielmehr der Kapitalmarkt.“ ⁸⁹¹

lokale CSR-Außenstelle in Dhaka (Bangladesch) aufgebaut wurde, ist die aktuelle Beschreibung der CSR-Abteilung quasi deckungsgleich, vgl. *KiK* (2021), 10f., 34.

⁸⁸⁹ *KiK* (2011), 25.

⁸⁹⁰ Alle vorstehenden Zitate und das beschriebene Foto in *KiK* (2011), 25ff. In *KiK* (2021), 34 ist der nahezu identische Kontrollprozess anhand eines Diagramms beschrieben.

⁸⁹¹ *Grunewald* (2021), 1779f.; ihr folgend *Saenger* (2022), § 434 BGB Rn. 28, 29; tendenziell auch *Fleischer* (2022), 927; dies auch auf die Grundsatzerklärung nach § 6 Abs. 2 LkSG erstreckend *Koch* (2022), 6. Grunewald beruft sich dazu auf Vorarbeiten von *Weiler* (2002), 1786f., der m. E. jedoch auf ein bestimmtes Publikum zugeschnittene Äußerungen weniger am Merk-

Doch das überzeugt aus zwei Gründen nicht. Erstens wird das Merkmal „öffentlich“ in der Literatur üblicherweise weit ausgelegt; umfasst sind jegliche Äußerungen, die sich an unbestimmt viele und nicht nur individuell ausgewählte Personen richten.⁸⁹² Begründet wird dies einerseits mit der Abgrenzung zur (individuelle Äußerungen erfassenden) Beschaffensvereinbarung, andererseits mit der Gesetzesbegründung, die den umfassenden Schutz der Kaufentscheidung vor fehlerhaften Angaben betont.⁸⁹³ Die Rechtsprechung hat deshalb Äußerungen mit großem Adressatenkreis stets – und ohne dies überhaupt zu problematisieren – als öffentlich eingeordnet.⁸⁹⁴ Ob der Käufer von der Äußerung mehr oder weniger zufällig erfährt, wie es bei Grunewald einschränkend heißt, ist folglich unerheblich. Entscheidend ist allein, dass die Äußerung – eben weil sie nicht auf ganz bestimmte Adressaten begrenzt bleibt – die Erwartungen eines *Durchschnittskäufers* beeinflussen kann.⁸⁹⁵ So gesehen gehört Grunewalds Einwand dogmatisch eher zur (uns später noch beschäftigenden) Ausnahmvorschrift des § 434 Abs. 3 S. 3 BGB, wonach die Bindung des Verkäufers ausgeschlossen ist, wenn die öffentliche Äußerung keinen Einfluss auf die Kaufentscheidung des konkreten Käufers nehmen konnte.⁸⁹⁶

Zweitens haben wir oben gesehen, dass Verhaltenskodizes und Nachhaltigkeitsberichte nicht nur in Richtung des Kapitalmarkts kommunizieren.⁸⁹⁷ Neben Investoren legen auch Konsumenten verstärkt Wert darauf, dass Waren unter Einhaltung grundlegender Arbeits- und Umweltstandards produziert werden; immer mehr Endverbraucher „vote with their shopping dollar“ und zahlen dafür bereitwillig einen Preisaufschlag. Wenn transnationale Händler wie KiK ihr „Wertesystem“ und die „Mindeststandards in Bezug auf die Arbeitsbedingungen in den Fabriken“ hervorheben, geschieht dies immer auch mit Blick auf Endverbraucher, die ihr Geld gewissermaßen gut anlegen wollen. KiKs Nachhaltigkeitsbericht, der auf der Unternehmenswebsite genauso wie der Verhaltenskodex für jedermann verfügbar ist, betont das sogar ausdrücklich. „In der vorliegenden Form“, heißt es in der Einleitung, „wendet sich der Bericht an interessierte Verbraucher, Nichtregierungsorganisationen aus den

mal öffentlich, sondern am Erwartungshorizont eines vernünftigen Durchschnittskäufers scheitern lässt, ebenso *Leistner* (2007), 766 (m. Fn. 426).

⁸⁹² Vgl. *Matusche-Beckmann* (2013), § 434 BGB Rn. 99; *Westermann* (2019), § 434 BGB Rn. 28; *Faust* (2022), § 434 BGB Rn. 113; daran anknüpfend BGH NZM 2021, 810 Rn. 8. Auch Grunewald selbst sieht das grundsätzlich so, vgl. *Grunewald* (2020), § 434 BGB Rn. 23.

⁸⁹³ Näher *Grigoleit/Herresthal* (2003), 236 f.; *Kaspar* (2007), 172 f. (jeweils mit Verweis auf die – insoweit weiterhin aktuelle – Gesetzesbegründung zum SMG).

⁸⁹⁴ Vgl. BGH NJW 2018, 1954 Rn. 17 (Maklerexposé); 2018, 146 Rn. 21 (Internetanzeige); 2021, 3781 Rn. 8 (Visualisierung einer Umbaumaßnahme); OLG München NZV 2005, 309, 310 (Prospekt).

⁸⁹⁵ Deutlich *Westermann* (2019), § 434 BGB Rn. 27; *Faust* (2022), § 434 BGB Rn. 114.

⁸⁹⁶ So wohl auch *Schroeter* (2020), 1168; generell schon *Grigoleit/Herresthal* (2003), 238; *Kaspar* (2007), 173. Zum Ausschlussgrund des § 434 Abs. 3 S. 3 BGB noch unten § 7 III. 2. c).

⁸⁹⁷ Oben § 7 II. 1. b) und 3. b).

Bereichen Umwelt und Soziales, an Entscheidungsträger aus Politik und Gesetzgebung, Medienvertreter, Handelspartner und Lieferanten sowie an Körperschaften und Verbände.“⁸⁹⁸ Der Adressatenkreis ist also nicht nur denkbar groß. Endverbraucher werden sogar an erster Stelle genannt. Selbst wenn man mit Grunewald für § 434 Abs. 3 S. 1 Nr. 2 BGB verlangen würde, dass die Äußerung eindeutig (auch) in Richtung potentieller Käufer erfolgen muss, wäre dies für Verhaltenskodizes und Nachhaltigkeitsberichte regelmäßig zu bejahen.⁸⁹⁹

cc) Beschaffenheitserwartung eines vernünftigen Durchschnittskäufers

Typischerweise sind die Äußerungen transnationaler Händler via Verhaltenskodex und Nachhaltigkeitsbericht also öffentlich, und nichts anderes gilt für KiKs Ankündigungen zur Lieferkettengovernance. Aber welche Produktionsumstände darf ein vernünftiger Durchschnittskäufer deshalb erwarten? Im vorletzten Abschnitt habe ich kurz erwähnt, dass sich die Äußerung auf eine konkrete Beschaffenheit der Kaufsache beziehen muss. In der bis 2022 geltenden Fassung des § 434 BGB kam das noch klar durch den Wortlaut zum Ausdruck, wonach es nach Abs. 1 S. 3 „Äußerungen [...] über bestimmte Eigenschaften der Sache“ brauchte. Im aktuellen § 434 Abs. 3 S. 1 Nr. 2 lit. b) BGB fehlt diese Einschränkung auf bestimmte Eigenschaften, allerdings ist damit keine Ausweitung des Tatbestands verbunden. Denn schon die systematische Nähe zu Abs. 3 S. 2 – der Beschaffenheit mit „sonstige Merkmale der Sache“ umschreibt – spricht klar dafür, dass sich die Äußerung weiterhin auf bestimmte Merkmale beziehen muss. Und spätestens der Wortlaut von 7 Abs. 1 lit. d) Warenkaufrichtlinie, der „sonstige Merkmale [...] der Waren“ und „öffentliche Erklärungen“ im selben Satz verknüpft, beseitigt letzte Zweifel.

Insofern sind die Abgrenzungsformeln weiterhin aktuell, mit denen bisher zwischen berechtigten und unberechtigten Beschaffenheitserwartungen unterschieden wurde.⁹⁰⁰ Schauen wir sie uns kurz an. Die grobe Linie gibt die Gesetzesbegründung zur Schuldrechtsreform vor: „Reißerische Anpreisungen allgemeiner Art ohne Bezugnahme auf nachprüfbar Aussagen über die Beschaffen-

⁸⁹⁸ *KiK* (2011), 3. Ganz ähnlich auch die aktuelle Version *KiK* (2021), 6: „Konkret berichten wir über unsere Ziele und Fokusthemen, Fortschritte und Herausforderungen sowie nächste Schritte in Richtung einer nachhaltigeren Wirtschaftsweise. Dabei nehmen wir sowohl soziale als auch ökologische Aspekte in den Blick und richten uns an alle Anspruchsgruppen des Unternehmens: ob Kunden, Mitarbeiter, Geschäftspartner oder Experten.“ Die Verhaltenskodizes und Nachhaltigkeitsberichte der DAX 30-Unternehmen sind vielfach ähnlich breit adressiert, vgl. die systematische Auswertung durch *Schramm* (2020), 55 ff.

⁸⁹⁹ So auch die große Mehrheit in der Literatur, vgl. *Glinski/Rott* (2003), 652 ff.; *Zimmer* (2008), 247; *Glinski* (2011), 186 f.; *Beckers* (2015), 118 ff., 265 ff.; *Lüttringhaus* (2019), 55 ff.; *Görgen* (2019), 432 f.; *Asmussen* (2020), 16 ff., 155 ff.; *Schroeter* (2020), 1167; *Schramm* (2020), 162, 164 f.; *Hübner* (2022), 355 f.; insoweit auch *Westermann* (2019), § 434 BGB Rn. 27.

⁹⁰⁰ So dann auch die Kommentare zur neuen Rechtslage, etwa *Saenger* (2022), § 434 BGB Rn. 28 ff.

heit der Sache“, beziehen sich nicht auf bestimmte Sachmerkmale und dürfen daher den Erwartungshorizont eines vernünftigen Durchschnittskäufers nicht prägen.⁹⁰¹ Ähnliche Formulierungen liefern Kommentare. Es müsse sich um „ernsthafte Angaben“ und nicht um „offensichtliche Übertreibungen“ oder „allg[emeine] Anpreisungen“ handeln.⁹⁰² Die Aufsatzliteratur sieht das im Wesentlichen genauso, Tim Kaspar fordert beispielsweise einen „überprüfbaren Tatsachekern“.⁹⁰³ Andere steuern ergänzend Daumenformeln bei. Laut Frank Weiler muss etwa ein vernünftiger Durchschnittskäufer Äußerungen umso kritischer gegenüberstehen, je übertriebener sie ausfallen, während er „[n]üchterner, auf Fakten abstellender, ohne Übertreibung“ arbeitender Äußerungspraktik regelmäßig Vertrauen entgegenbringen darf.⁹⁰⁴ Hierbei gilt nach Hans Christoph Grigoleit und Carsten Herresthal indes ein „strenger Maßstab“. „Im Zweifel“ sei von der Ernsthaftigkeit auszugehen, weshalb die Äußerung nur dann keine berechnete Beschaffenheitserwartung begründe, „wenn sich die mangelnde Ernsthaftigkeit aus objektiver Empfängersicht („Durchschnittskunde“) nahezu aufdrängt.“⁹⁰⁵ Die wenige⁹⁰⁶ einschlägige Rechtsprechung fügt sich in diesen Rahmen ein. Wird ein Gebäude etwa als „Luxusimmobilie“ bezeichnet, die „nach neuestem Standard renoviert worden“ sei, kann dem BGH zufolge ein vernünftiger Durchschnittskäufer erwarten, dass die Wände nicht feucht sind.⁹⁰⁷ Heißt es dagegen im Verkaufsexposé, das Objekt sei „mit wenigen Handgriffen“ bereit „neue Besitzer zu beherbergen“, führt das nach Ansicht des OLG Dresden nicht dazu, dass ein gehobener Sanierungsstand erwartet werden darf.⁹⁰⁸ Beschreibt ein Hersteller per „Manifesto“ sein Produkt als „Meisterstück“ und „handgefertigtes Unikat“, entspricht ein industriell gefertigtes Massenprodukt laut LG Bonn nicht den berechtigten Beschaffenheitserwartungen.⁹⁰⁹ Umgekehrt ist die Aussage „eignet sich als perfekter Begleiter durch die winterlichen Monate“ gemäß dem AG Düsseldorf keine ausreichend faktenbezogene Beschaffenheitsangabe für einen Winterschuh.⁹¹⁰

⁹⁰¹ BT-Drs. 14/6040, 214.

⁹⁰² Grunewald (2020), § 434 BGB Rn. 25; teils wortgleich Matusche-Beckmann (2013), § 434 BGB Rn. 102; Westermann (2019), § 434 BGB Rn. 28. Faust (2022), § 434 BGB Rn. 115 übernimmt gar die Formulierung aus der Gesetzesbegründung.

⁹⁰³ Kaspar (2007), 174 ff. (Zitat auf 175); ganz ähnlich Lehmann (2000), 283 ff.

⁹⁰⁴ Weiler (2002), 1791.

⁹⁰⁵ Grigoleit/Herresthal (2003), 237.

⁹⁰⁶ Genau genommen ist wenig (v. a. instanzgerichtliche) Rechtsprechung veröffentlicht. Weil es sich bei der Abgrenzung um ein Alltagsproblem handelt, spricht viel dafür, dass in Wahrheit sehr viel mehr einschlägige Rechtsprechung existiert – und wir sie nur nicht sehen und rezipieren können. Dazu kritisch Hamann (2021).

⁹⁰⁷ BGH NJW 2018, 1954 Rn. 18 ff.

⁹⁰⁸ MittBayNot 2020, 566 Rn. 4.

⁹⁰⁹ LG Bonn BeckRS 2014, 21619.

⁹¹⁰ AG Düsseldorf NJW-RR 2012, 1265, 1266.

Was folgt daraus für die Äußerungen in Verhaltenskodizes und Nachhaltigkeitsberichten? In der Literatur werden im Wesentlichen drei Ansätze verfolgt, zwei mehr oder weniger pauschale und ein eher differenzierter. Wie wir gleich sehen werden, kann aber keiner vollends überzeugen.

(1) Ansatz 1: Produktionsbezug der Äußerung entscheidet

Exemplarisch für den ersten, eine eindeutige Lösung anstrebenden Ansatz ist erneut Barbara Grunewald. „Aussagen“, schreibt sie, „die sich auf den Produktionsprozess beziehen, sind von dem Mängelbegriff erfasst, andere Aussagen nicht.“ Zu ersteren zählt sie etwa Aussagen zum „Ausschluss von Kinderarbeit oder zum Wasser- und Energieverbrauch“, zu letzteren solche „zur Geschlechterdifferenzierung, zur Stellung der Gewerkschaften im Betrieb oder auch zur Korruption“. Und während produktionsbezogene Aussagen dann grundsätzlich eine ausreichend konkrete Basis für einen Sachmangel bilden, soll dies für generelle, nicht-produktionsbezogene Aussagen ausscheiden.⁹¹¹

Doch das kann in dieser Pauschalität nicht richtig sein. Denn bei Lichte besehen ist damit nur die Mindestvoraussetzung für § 434 Abs. 3 S. 1 Nr. 2 lit. b) genannt, nämlich dass sich die öffentliche Äußerung auf eine Beschaffenheit der Kaufsache beziehen muss, um überhaupt den käuferseitigen Erwartungshorizont prägen zu können. Zwar trifft es zu, dass etwa Äußerungen zur Diversität des Managements oder zur generellen CSR-Politik regelmäßig keinen ausreichenden Bezug zur Beschaffenheit der Kaufsache aufweisen, während dies bei den Produktionsumständen der Fall ist – denn sie zählen nach dem oben Gesagten ja gerade zur Beschaffenheit.⁹¹² Damit ist aber noch nichts darüber gesagt, was ein vernünftiger Durchschnittskäufer aufgrund der produktionsbezogenen Äußerungen erwarten darf. Deutlich machen das die eben erwähnten Beispiele aus der Rechtsprechung: Entscheidend war nicht, ob sich die Äußerungen auf die Beschaffenheit der Kaufsache bezogen; das war bei allen Äußerungen unzweifelhaft der Fall. Entscheidend war, inwieweit bei einem vernünftigen Durchschnittskäufer deshalb eine berechtigte Beschaffenheitserwartung entsteht. Und dafür kam es auf den Bestimmtheitsgrad der konkreten Äußerung an – was bei „nach neuestem Standard renovierter Luxusimmobilie“ bejaht und bei „mit wenigen Handgriffen neue Besitzer beherbergendem Objekt“ verneint wurde.

Folglich kann der Produktionsbezug der Äußerung allein nicht ausreichen. Damit die Äußerung den Erwartungshorizont eines vernünftigen Durch-

⁹¹¹ Grunewald (2021), 1780. Freilich lehnt Grunewald eine Mangelhaftigkeit im Ergebnis ab, weil die produktionsbezogenen Äußerungen sich schon nicht an Käufer richten sollen (dazu, und dass dies nicht überzeugt, oben § 7 III. 2. b) bb)). Ähnlich wie Grunewald auf den Produktionsbezug abstellend etwa Lüttringhaus (2019), 55 ff.; Hübner (2022), 355 ff.; Croon-Gestefeld (2022a), 500; Fleischer (2022), 927.

⁹¹² Oben § 7 III. 2. a).

schnittskäufers prägen darf, muss es – wie auch sonst – zudem auf ihren Bestimmtheitsgrad ankommen.⁹¹³

(2) *Ansatz 2: Produktionsbezogene Äußerungen sind (nicht) ernst zu nehmen*

Hier setzt der zweite Ansatz an. Streng genommen könnte man ihn noch weiter unterteilen, denn der Ansatz gliedert sich in zwei diametral entgegengesetzte Positionen. Einerseits werden produktionsbezogene Äußerungen in Verhaltenskodizes und Nachhaltigkeitsberichten als „regelmäßig tatsachenbezogen“ angesehen, die „hinreichend bestimmt und keine Anpreisungen allgemeiner Art [sind]“.⁹¹⁴ Andererseits sollen jene Äußerungen der Inbegriff von offensichtlichen Übertreibungen und gehaltlosen Anpreisungen sein.⁹¹⁵ Warum ich beide Positionen dennoch zu einem Ansatz zusammenziehe, wird auf den zweiten Blick sichtbar. Sie sind strukturell ähnlich aufgebaut: Beide Positionen plädieren jeweils für eine eindeutige Lösung anhand der Bestimmtheit. Erst in der Bewertung gehen sie auseinander – einerseits darf ein vernünftiger Durchschnittskäufer die produktionsbezogenen Äußerungen regelmäßig ernstnehmen, andererseits darf er genau das nicht.

Allerdings überzeugt ein derartiger Pauschalansatz ebenfalls nicht. Und zwar in jede Richtung, wie unser KiK-Fall anschaulich zeigt. Zwar enthalten Verhaltenskodex und Nachhaltigkeitsbericht sicherlich produktionsbezogene Äußerungen, die eher in die Kategorie Übertreibungen oder Anpreisungen gehören – etwa wenn dort das Leitziel ausgerufen wird, im „[festen Glauben] an einen Kern allgemeingültiger und universaler Menschenrechte“ den Textildiscount „mit einer verantwortungsvollen Unternehmenspraxis gegenüber Mensch und Umwelt [zu vereinbaren]“.⁹¹⁶ Aber daneben existieren zahlreiche nüchterne Äußerungen, die durchaus einen überprüfbaren Tatsachenkern aufweisen – namentlich wenn es heißt, „[d]er Arbeitsplatz und das Ausüben der Tätigkeit dürfen den Arbeitnehmer, seine Gesundheit und Sicherheit nicht gefährden“, wozu „rund 175 Prüfpunkte“ vor Ort kontrolliert werden.⁹¹⁷ Dieser Mix ist auch keineswegs ein auf KiK beschränktes Phänomen, wie empirische Inhaltsanalysen von Verhaltenskodizes und Nachhaltigkeitsberichten belegen.⁹¹⁸ Eine Entweder-oder-Lösung ist daher deutlich zu grob. Verhaltenskodizes und

⁹¹³ Bei *Lüttringhaus* (2019), 56 und *Hübner* (2022), 356 klingt das zumindest an, weil sie auf „konkret-produktbezogene öffentliche Äußerungen“ bzw. „konkrete Angaben zu einzelnen Produkten“ abstellen.

⁹¹⁴ So *Gliniski* (2011), 191 bzw. *Schramm* (2020), 163; tendenziell auch *Wilhelmsson* (2002), 91; *Beckers* (2015), 119f.

⁹¹⁵ So wohl *Seibt* (2016), 2715; tendenziell auch *Westermann* (2019), § 434 BGB Rn. 27.

⁹¹⁶ *KiK* (2012), 1 und *KiK* (2011), 6.

⁹¹⁷ *KiK* (2012), 4 und *KiK* (2011), 26.

⁹¹⁸ Vgl. die systematische Auswertung der einschlägigen Studien durch *Babri, et al.* (2021), 74 ff. Am Beispiel der DAX 30-Unternehmen auch *Schramm* (2020), 61 ff.; anhand anekdotischer Nachweise *Beckers* (2015), 233 ff.

Nachhaltigkeitsberichte sind typischerweise beides zugleich – sie enthalten ernsthafte Angaben *und* allgemeine Anpreisungen. Diese Ambivalenz im Interesse vermeintlich eindeutiger Lösungen auszublenden, wird Verhaltenskodizes und Nachhaltigkeitsberichten nicht gerecht. Die Aufgabe ist vielmehr, sie in ihrer Ambivalenz zu deuten.

(3) *Ansatz 3: Erfolgsversprechen vs. Bemühungszusagen*

Dieser Aufgabe verschreibt sich der dritte Ansatz, für den vor allem Sven Asmussen steht. Er will produktionsbezogene Äußerungen noch einmal in Erfolgsversprechen und Bemühungszusagen unterteilen. Schließt ein transnationaler Händler etwa jede Form von Kinderarbeit aus, biete dieses öffentlich geäußerte Erfolgsversprechen die Basis für einen Sachmangel. Will er sich lediglich bei seinen Lieferanten dafür einsetzen, mache demgegenüber schon die Formulierung klar, dass das Bemühen auch fruchtlos bleiben kann – womit schon keine Beschaffenheitserwartung entstehen kann. Asmussen setzt mit anderen Worten auf das Leseverständnis eines vernünftigen Durchschnittskäufers. Denn „[o]b ein Unternehmen lediglich verspricht, sich um die Einhaltung einer Klausel zu bemühen, seine Zulieferer zu überwachen oder Prozesse einzurichten, die auf bestimmte Veränderungen hinwirken, lässt sich einem CSR-Code durch hinreichend genaues Studium des Codetextes entnehmen.“⁹¹⁹

Doch auch dieser Ansatz hat Schwächen. Zwar negiert Asmussen nicht die Ambivalenz von Verhaltenskodizes und Nachhaltigkeitsberichten und lenkt den Fokus zu Recht auf ihren genauen Inhalt. Aber dabei fällt er dann doch wieder in eine schematische Betrachtung zurück. Denn sein Ansatz setzt unausgesprochen voraus, dass sich Ankündigungen zur Lieferkettengovernance eindeutig als Erfolgsversprechen oder Bemühungszusagen einordnen lassen. Das mag für unzweideutig formulierte Äußerungen noch angehen, namentlich wenn jede Form von Kinderarbeit ausgeschlossen wird. Allerdings stehen in Verhaltenskodizes und Nachhaltigkeitsberichten typischerweise nicht nur Erfolgsversprechen und Bemühungszusagen nebeneinander – sie beziehen sich auch häufig auf ein und denselben Gegenstand. Wiederum zeigt das der KiK-Fall mustergültig. Bezüglich der festgelegten Anforderungen und Mindeststandards beteuert der Verhaltenskodex: „Jegliche Missachtung dieses Standards, die uns zur Kenntnis gelangt, werden wir im Rahmen des uns zur Verfügung stehenden Einflusses sanktionieren.“⁹²⁰ Der erste und letzte Teil des Satzes („jegliche Missachtung [...] sanktionieren“) dürften die meisten wohl als Erfolgsversprechen lesen; weil der Mittelteil („im Rahmen des uns zur Verfügung stehenden Einflusses“) jedoch eine Einschränkung vornimmt, könnte man ins-

⁹¹⁹ Asmussen (2020), 159 ff. (Zitat auf 169). In der Sache ähnlich Görgen (2019), 436 ff.; im Ausgangspunkt auch Zimmer (2008), 248 f.

⁹²⁰ KiK (2012), 1.

gesamt doch von einer Bemühungszusage ausgehen. Demgegenüber heißt es im Nachhaltigkeitsbericht, dass im Rahmen der Auditierungsverfahrens „rund 175 Prüfpunkte“ und ganz konkret „Feuerpräventionsvorkehrungen“ beim Lieferanten kontrolliert werden und bei auftretenden „komplexeren Problemstellungen“ der „Veränderungsprozess eng über einen längeren Zeitraum hinweg [begleitet wird], bis eine Verbesserung erreicht ist.“⁹²¹ Diese Aussage ist nicht nur deutlich spezifischer („175 Prüfpunkte“, „Feuerpräventionsvorkehrungen“), ihr Schlussteil („[Begleitung...], bis eine Verbesserung erreicht ist“) enthält auch einen klaren Erfolgsbezug. Kurzum: Selbst einzelne Ankündigen zur Lieferkettengovernance sind häufig ambivalent – und just für diese Ambivalenzen hilft die Schablone „Erfolgsversprechen oder Bemühungszusage“ nicht weiter.⁹²²

(4) Alternativansatz: Lauterkeitsrechtliche Orientierung

Alle drei Ansätze geben auf die Kernfrage also nur unzureichende Antwort: Nach welchen Kriterien werden die typischen Grenzfälle gelöst, in denen Verhaltenskodex und Nachhaltigkeitsbericht ambivalente Signale senden? Welche Produktionsumstände kann ein vernünftiger Durchschnittskäufer erwarten, wenn die Lieferkettengovernance mal klar und verbindlich, mal vage und allgemein beschrieben wird? Hier kann ein Rechtsgebiet helfen, das sich mit diesen Grenzfragen seit jeher beschäftigt: das Lauterkeitsrecht, genauer: das Irreführungsverbot in § 5 Abs. 1 UWG.⁹²³

Die Grundidee ist nicht neu, sondern wurde schon im Zuge der Schuldrechtsreform in der Aufsatzliteratur vorgeschlagen – vollends etabliert hat sie sich indes nicht.⁹²⁴ Schuld daran dürfte die hartnäckige Befürchtung sein, dass bei Übertragung lauterkeitsrechtlicher Wertungen die genuin vertragsrechtliche Basis des § 434 Abs. 3 S. 1 Nr. 2 lit. b) BGB gelockert wird, namentlich jede irreführende Äußerung Gewährleistungsansprüche nach sich zieht.⁹²⁵ Indes hat schon vor Jahren Matthias Leistner in seiner grundlegenden Analyse zum wechselseitigen Verhältnis von Vertrags- und Lauterkeitsrecht dargelegt, wie unbegründet diese Sorge ist. Für Leistner lassen sich beide Materien nämlich mit einem Öltropfen im Wasser vergleichen: Beim Rückgriff auf lauterkeitsrechtliche Kriterien geht es nicht darum, den vertragsrechtlichen Wertungsbestand zu verändern; wie der im Wasser schwimmende Öltropfen bilden jene

⁹²¹ *KiK* (2011), 25 f.

⁹²² Insoweit auch *Zimmer* (2008), 249; im UWG-Kontext räumt das *Asmussen* (2020), 216 selbst ein.

⁹²³ Andeutungsweise schon *Schlacke, et al.* (2015), 122, 209 f.

⁹²⁴ *Lehmann* (2000), 284 f.; *Kaspar* (2007), 175 und besonders vehement *Bernreuther* (2003), 64 ff. In der aktuellen Kommentarliteratur zum BGB wird die Parallele nur bei *Westermann* (2019), § 434 BGB Rn. 29 erwähnt (und auch gezogen); in den UWG-Kommentierungen findet sie sich dagegen regelmäßig, exemplarisch *Bornkamm/Feddersen* (2022), § 5 UWG Rn. 0.90; *Peifer/Obergfell* (2016), § UWG 5 Rn. 42.

⁹²⁵ So früh *Tiller* (2005), 57 f., 67 ff.; jüngst wieder *Asmussen* (2020), 168 f.

Kriterien vielmehr eine „wettbewerbsrechtliche Insel“ im größeren Rahmen des Beschaffenheitsbegriffs“. ⁹²⁶ Gemeint ist damit zunächst das, was wir oben schon angesprochen haben: Die öffentliche Äußerung muss sich auf eine Beschaffenheit der Kaufsache beziehen, um den käuferseitigen Erwartungshorizont überhaupt prägen zu können – und was zum Beschaffenheitsbegriff zählt, regelt allein das Vertragsrecht, konkret § 434 BGB. Auf diese, den Anwendungsbereich des Sachmängelrechts umgrenzende Vorfrage hat das Lauterkeitsrecht keinen Zugriff. Sofern eine Äußerung aber einmal Beschaffenheitsbezug aufweist, muss die eigentliche Frage beantwortet werden, inwieweit bei einem vernünftigen Durchschnittskäufer deshalb eine berechtigte Beschaffenheitserwartung entsteht. ⁹²⁷ Hier – und nur hier – kann laut Leistner nun auf bewährte lauterkeitsrechtliche Methoden und Beurteilungskriterien zurückgegriffen werden. ⁹²⁸ Allerdings gilt dabei wieder der „Wasser-und-Öl-Ansatz“: Das Vertragsrecht gibt mit dem vernünftigen Durchschnittskäufer das normative Schutzniveau vor, nur die Kriterien zur Ermittlung des käuferseitigen Erwartungshorizonts werden aus dem Lauterkeitsrecht übernommen. ⁹²⁹ So kommt Leistner zu einem Prüfprogramm, das wie übereinander geschobene Linsen Schicht für Schicht den Blick für die Äußerung schärft: Wer sind ihre Adressaten, wie ist die Äußerung aus jener Adressatensicht inhaltlich zu verstehen und welche berechtigte Beschaffenheitserwartung resultiert daraus? ⁹³⁰

Leistner befasst sich in seiner Arbeit primär mit ambivalenten Werbeaussagen, nicht mit Verhaltenskodizes und Nachhaltigkeitsberichten. Weil jene Werbeaussagen aber gewissermaßen den Prototyp des nicht klar einzuordnenden Grenzfalls verkörpern, eignet sich sein Prüfprogramm gut für unsere Zwecke. Das wird auf den nächsten Seiten deutlich werden, wenn wir KiKs Ankündigungen zur Lieferkettengovernance daran messen.

⁹²⁶ Leistner (2007), 755 ff. (Zitat auf 776).

⁹²⁷ Deutlich Leistner (2007), 758 (m. Fn. 388) und nochmals 769.

⁹²⁸ Letztlich kann man darin eine Ausprägung des Konzepts responsiver Bipolarität erblicken: Nach den Selektionskriterien der privatrechtlichen Eigenlogik (Beschaffenheitsbegriff) wird der lauterkeitsrechtliche Input verarbeitet.

⁹²⁹ In den Worten von Leistner (2007), 761: „Ist somit die Reichweite der durch § 434 Abs. 1 S. 3 BGB [heute § 434 Abs. 3 S. 1 und 2 BGB] vorgenommenen gesetzlichen Typisierung der Beschaffenheitsvereinbarung sozusagen horizontal auf Sacheigenschaften, die in irgendeinem gegenwärtigen Zusammenhang mit der physischen Beschaffenheit der Kaufsache stehen, begrenzt, so kann innerhalb dieses sicher begrenzten typisierten Bereichs nunmehr im Grundsatz für Bestimmung, Zurechnung und Relevanz dieser Verkehrserwartung auch auf wettbewerbsrechtliche Beurteilungskriterien zurückgegriffen werden.“ Ähnlich Westermann (2019), § 434 BGB Rn. 29: „Immerhin kann eine durch die Rspr. zum UWG getroffene Feststellung, welchen Inhalt die von der Werbung angesprochenen Verkehrskreise einer Äußerung beilegen, auch für die Frage hilfreich sein, was für Eigenschaften der Sache der Verkehr auf Grund einer Werbung erwartet.“

⁹³⁰ Leistner (2007), 764 ff. Das entspricht im Wesentlichen den ersten Prüfungsschritten des Irreführungsverbots, vgl. Bornkamm/Feddersen (2022), § 5 UWG Rn. 1.63.

(a) Fokussierung 1: Adressatenkreis

Weil eine Aussage in verschiedenen Adressatenkreisen verschiedentlich verstanden werden kann, muss lauterkeitsrechtlich zunächst geklärt sein, ob sie sich an das breite Publikum oder ausschließlich an informierte und aufmerksame Fachleute richtet.⁹³¹ Die Bestimmung der angesprochenen Verkehrskreise ist bei Leistner deshalb auch der erste Schritt zur Deutung beschaffenheitsbezogener öffentlicher Äußerungen i. S. v. § 434 Abs. 3 BGB.⁹³²

Das erklärt sich jedoch nicht von selbst. Denn wenn besagter § 434 BGB mit dem vernünftigen Durchschnittskäufer das Schutzniveau vorgibt, scheint das auf den ersten Blick für eine einheitliche Betrachtung zu sprechen: Maßgeblich ist dann nicht, wie etwa Fachkreise eine Äußerung verstehen, sondern wie ein vernünftiger Durchschnittskäufer sie versteht. Bei genauem Hinsehen widerspricht eine Differenzierung nach Verkehrskreisen dem jedoch nicht. Denn wird die Kaufsache ausschließlich in Fachkreisen vertrieben, kommt auch der vernünftige Durchschnittskäufer dieser Kaufsache notwendigerweise aus eben jenen Fachkreisen. Das Differenzierungsgebot ergibt sich mit anderen Worten unmittelbar aus § 434 Abs. 3 BGB: Weil überhaupt nur Äußerungen zur Beschaffenheit der relevanten Kaufsache erfasst werden, ist die Beschaffenheitserwartung immer sachbezogen zu ermitteln – und wenn die Kaufsache nur in bestimmten Kreisen gehandelt und mit Äußerungen belegt wird, entstehen auch nur hier Erwartungen.⁹³³ Daher geht auch die Kommentarliteratur zu § 434 BGB unproblematisch davon aus, dass der käuferseitige Erwartungshorizont ausgehend „von einem durchschnittlichen Adressaten der Äußerung“ zu bestimmen ist.⁹³⁴

Freilich sind in Lieferkettenkonstellationen nach dem Muster des KiK-Falls die Kaufsachen regelmäßig Massenwaren, die über Fachkreise hinaus gehandelt werden. Zudem haben wir schon mehrfach gesehen, dass Verhaltenskodizes und Nachhaltigkeitsberichte an einen breiten Adressatenkreis gerichtet sind und sich mitunter dezidiert an „interessierte Verbraucher“ wenden.⁹³⁵ Mithin ist in Lieferkettenkonstellation typischerweise das breite, größtenteils aus Endverbrauchern zusammengesetzte Käuferpublikum angesprochen. Die berechnete Beschaffenheitserwartung ist daher aus Verbrauchersicht zu ermitteln, der vernünftige Durchschnittskäufer ist ein vernünftiger Durchschnittsverbraucher.⁹³⁶ Um Verwechslungen mit dem lauterkeitsrechtlichen Verbraucherbe-

⁹³¹ Vgl. nur *Bornkamm/Feddersen* (2022), § 5 UWG Rn. 1.64 ff.

⁹³² *Leistner* (2007), 765 ff.

⁹³³ Das (und nicht die vermeintlich fehlende Öffentlichkeit der Äußerung) ist auch der entscheidende Punkt von *Weiler* (2002), 1786 f.; wie hier auch *Leistner* (2007), 766 f.

⁹³⁴ *Westermann* (2019), § 434 BGB Rn. 29; genauso *Matusche-Beckmann* (2013), § 434 BGB Rn. 101; *Grunewald* (2020), § 434 BGB Rn. 25; wohl auch *Faust* (2022), § 434 BGB Rn. 114.

⁹³⁵ *KiK* (2011), 3. Zum Ganzen schon oben § 7 II. 3. b) und III. 2. b) bb).

⁹³⁶ Im UWG-Kontext dürfte das i. E. allgemeine Ansicht sein, vgl. nur *Zimmer* (2008),

griff (dazu sogleich) zu vermeiden, spreche ich im Folgenden aber weiterhin vom vernünftigen Durchschnittskäufer und denke seine Verbraucherstellung nur mit.

(b) Fokussierung 2: Adressatenbezogenes Verständnis

Mit der Eingrenzung des Adressatenkreises wissen wir noch nichts darüber, wie ein vernünftiger Durchschnittskäufer KiKs Ankündigungen zur Lieferkettengovernance versteht. Der zweite Fokussierungsprozess dient daher der näheren Konturierung der Äußerung: Welcher Inhalt ist ihr verständigerweise beizulegen? Dazu hat das Lauterkeitsrecht über die Jahre gefestigte Kriterien entwickelt.⁹³⁷ Ausgangspunkt ist das sogenannte Verbraucherleitbild, das der BGH seit der Jahrtausendwende an den Vorgaben des europäischen Rechts ausrichtet. Maßgeblich ist danach die „Sicht eines durchschnittlich informierten und verständigen Verbrauchers mit einer der Situation angemessenen Aufmerksamkeit“.⁹³⁸ Der letzte Satzteil macht deutlich, dass die entgegengebrachte Aufmerksamkeit keine konstante Größe ist, sondern vom jeweiligen Kontext abhängt. Vor allem der wirtschaftlichen Tragweite der Kaufentscheidung wird zentrale Bedeutung beigemessen: Bei niedrigpreisigen Waren des täglichen Bedarfs beurteilt ein Verbraucher eine Angabe typischerweise flüchtig, umgekehrt lässt er bei hochpreisigen Waren größere Aufmerksamkeit walten. Dabei zählt grundsätzlich der Gesamteindruck. Bei umfangreicheren Angaben dürfen einzelne Passagen daher nicht aus dem Zusammenhang gerissen werden; allerdings ist eine isolierte Beurteilung geboten, wenn (wie etwa beim sogenannten Blickfang) Einzelangaben vom flüchtigen Verkehr ohne Zusammenhang mit dem übrigen Text wahrgenommen werden. Sind Angaben mehrdeutig, muss der Äußernde die ungünstigere, aber verständnisweise mögliche Auslegung gegen sich gelten lassen, und zwar unabhängig davon, ob die Mehrdeutigkeit intendiert war oder nicht. Bei alledem können Umfragen und andere empirische Erkenntnisse herangezogen werden; weil das Verbraucherleitbild aber im Kern normativ ist, sind Gerichte dazu nicht verpflichtet (und tun es in aller Regel auch nicht).⁹³⁹

262 ff.; *Görgen* (2019), 450 ff.; *Asmussen* (2020), 202 ff. Die Maßgeblichkeit der Verbrauchersicht gilt auch dann, wenn man in Lieferkettenkonstellationen davon ausgeht, dass sich die Äußerungen an verschiedene, objektiv voneinander abgrenzbare Abnehmerkreise richten (z. B. Investoren, Großhändler, Endverbraucher). Denn lauterkeitsrechtlich ist dann die Äußerung aus Sicht jedes Verkehrskreises zu deuten und es genügt zur Irreführung, wenn sie für einen Verkehrskreis (z. B. Endverbraucher) missverständlich ist, vgl. nur *Bornkamm/Feddersen* (2022), § 5 UWG Rn. 1.64. Übertragen auf § 434 Abs. 3 BGB müsste für Endverbraucher wie König somit ohnehin eine gesonderte Beschaffenheitserwartung bestimmt werden, vgl. *Leistner* (2007), 767. Folglich erscheint es zielführender, bei Massenware die Beschaffenheitserwartung von vornherein (nur) aus Verbrauchersicht zu ermitteln.

⁹³⁷ Vgl. zur historischen Entwicklung nur *Bornkamm/Feddersen* (2022), § 5 UWG Rn. 0.60 ff.

⁹³⁸ So die st. Rspr., jüngst etwa BGH GRUR 2021, 746 Rn. 46.

⁹³⁹ Vgl. zu allem nur *Bornkamm/Feddersen* (2022), § 5 UWG Rn. 1.76 ff.

Doch lassen sich diese Kriterien tatsächlich für § 434 Abs. 3 BGB heranziehen? Schließlich klingt „vernünftig“ um einiges strenger als „durchschnittlich informiert, verständig und situationsadäquat aufmerksam“ – womit das normative Schutzniveau des Kaufrechts überdehnt sein könnte.⁹⁴⁰ Die Befürchtung lässt sich schnell ausräumen. Denn obwohl die Begrifflichkeiten variieren, gehen Kaufrecht und Lauterkeitsrecht auf denselben europarechtlich überwölbten Maßstab zurück – das sogenannte europäische Verbraucherleitbild. Mit dem vernünftigen Durchschnittskäufer ist mit anderen Worten eben jener durchschnittlich informierte und verständige Verbraucher gemeint.⁹⁴¹ Und für den ist es auch grundsätzlich vernünftig, situationsadäquate Aufmerksamkeit an den Tag zu legen.⁹⁴² Das gilt umso mehr, wenn man – wie es namentlich Sven Asmussen tut – den vernünftigen Durchschnittskäufer mit einem rationalen, wirtschaftlich denkenden Nutzenmaximierer gleichsetzt.⁹⁴³ Denn wie wir bei der Effizienzbetrachtung gesehen haben, bedeutet zusätzliche Aufmerksamkeit zusätzlichen Informationsaufwand, kommt also zu gewissen Kosten.⁹⁴⁴ Geht man von der plausiblen Grundannahme aus, dass niedrigpreisige Waren typischerweise auch nur niedrige Nutzenzuwächse bei Käufern stiften, dürften bei konstant hohen Aufmerksamkeitsanforderungen viele alltägliche Erwerbsvorgänge unwirtschaftlich sein – eben weil die Kosten der Informationssammlung für einen Durchschnittskäufer viel zu hoch sind. Insofern ist die lauterkeitsrechtliche Linie, die erforderliche Aufmerksamkeit an der wirtschaftlichen Tragweite der konkreten Kaufentscheidung auszurichten, genau das, was ein vernünftiger, rational handelnder Durchschnittskäufer tun sollte.⁹⁴⁵ Damit zeigt sich beim Inhaltsverständnis das gleiche Bild wie bei der Bestimmung des Adressatenkreises: Die etablierte lauterkeitsrechtliche Differenzierung nach der wirtschaftlichen Tragweite der Kaufentscheidung deckt sich nicht nur mit dem kaufrechtlichen Schutzniveau, sie folgt bei Lichte besehen unmittelbar aus § 434 Abs. 3 BGB. Weil die Beschaffenheitserwartung immer sachbezogen zu ermitteln ist und alltägliche Massenwaren typischerweise nur einen niedrigen Nutzenzuwachs versprechen, erfasst ein vernünftiger Durchschnittskäufer öffentliche Äußerungen eben nur mit niedrigerer, flüchtiger Aufmerksamkeit – und dann ist es auch konsequent, mehrdeutige Zweifelsfälle verbraucherfreundlich zu interpretieren.⁹⁴⁶ Das ist es auch, was hinter der Daumenformel aus der

⁹⁴⁰ So früh *Tiller* (2005), 57 f., 67 ff.; jüngst wieder *Asmussen* (2020), 168 f.

⁹⁴¹ Vgl. etwa *Lehmann* (2000), 283 ff.; *Weiler* (2002), 1790; *Glinski/Rott* (2003), 253 f.; *Kaspar* (2007), 175 f.; *Leistner* (2007), 575 ff., 761 ff.; *Glinski* (2011), 190; grundsätzlich auch *Asmussen* (2020), 162 ff., 210 ff.

⁹⁴² So auch *Leistner* (2007), 762 f., 772 ff.; *Westermann* (2019), § 434 BGB Rn. 29.

⁹⁴³ *Asmussen* (2020), 168.

⁹⁴⁴ Oben § 7 II. 2. b).

⁹⁴⁵ Gleichsinnig *Lettl* (2004), 454 f. Im UWG-Kontext dann auch *Asmussen* (2020), 214.

⁹⁴⁶ Ganz ähnlich *Leistner* (2007), 762 f. Dafür spricht ferner § 434 Abs. 3 S. 3 BGB, wonach nur dann keine berechnete Beschaffenheitserwartung entsteht, wenn die Äußerung in „der-

kaufrechtlichen Literatur stecken dürfte, wonach sich regelmäßig „die mangelnde Ernsthaftigkeit aus objektiver Empfängersicht („Durchschnittskunde“) nahezu aufdräng[en muss]“.⁹⁴⁷

Wir können festhalten: Das Lauterkeitsrecht stellt etablierte Kriterien bereit, um umfangreiche und mehrdeutige Äußerungen verständigerweise zu konturieren – und wegen des Wertungsgleichlaufs können sie auch im Kaufrecht angewendet werden. Was folgt daraus für Ankündigungen zur Lieferkettengovernance? Weil einzelne Passagen nicht in der Form herausstechen, wie es insbesondere für Blickfangfälle gefordert wird, dürfte es zwar grundsätzlich zutreffen, dass der vernünftige Durchschnittskäufer die Äußerungen in Verhaltenskodex und Nachhaltigkeitsbericht ganzheitlich wahrzunehmen und zu würdigen hat.⁹⁴⁸ Da Lieferkettenkonstellationen aber typischerweise alltägliche Erwerbsvorgänge über niedrigpreisige Produkte wie unseren KiK-Pullover betreffen, kann dabei nur flüchtige Aufmerksamkeit vorausgesetzt werden.⁹⁴⁹ Vom vernünftigen Durchschnittskäufer ist also keine „sorgsame Betrachtung“, kein „hinreichend genaues Studium des Codetextes“ zu verlangen.⁹⁵⁰ Verständnismaßstab ist vielmehr ein auf den ganzen Text gegründeter, aber eben nur flüchtiger Gesamteindruck. Es braucht eine lose Durchsicht, keine kleinteilige Inhaltsanalyse. Im Textverlauf vorgenommene Relativierungen oder Aufweichungen sind zwar durchaus beachtlich, bleiben sie aber bloß vereinzelt oder verstreut, ändern sie nichts am Gesamteindruck. Zudem gehen mehrdeutige Äußerungen zulasten transnationaler Händler – angelehnt an Asmussens Kategorisierung liegt im Zweifel also keine Bemühungszusage, sondern ein Erfolgsversprechen vor.⁹⁵¹

selben oder in gleichwertiger Weise berichtigt war“ – denn zur Mehrdeutigkeit kommt es in der Regel mangels gleichwertiger Berichtigung einer vorangegangenen Aussage, vgl. schon Schirmer (2021b), 50f.

⁹⁴⁷ Grigoleit/Herresthal (2003), 237; wie hier auch Leistner (2007), 770 (m. Fn. 440).

⁹⁴⁸ Asmussen (2020), 214 in Anlehnung an die lauterkeitsrechtliche Rspr. zu Verpackungsangaben von Lebensmitteln und Kosmetika, jüngst etwa BGH GRUR 2018, 431 Rn. 29 ff.; großzügiger wohl Zimmer (2008), 263 f. Zu Blickfangfällen allg. Bornkamm/Feddersen (2022), § 5 UWG Rn. 1.85 ff.

⁹⁴⁹ Wohl auch Hübner (2022), 364 f. Dagegen spricht auch nicht, dass „ethischen“ Konsumenten die Arbeits- und Produktionsbedingungen besonders wichtig sind (oben § 7 II. 1. b)) und sie deshalb besondere Aufmerksamkeit walten lassen (müssten). Denn es geht nicht um sie, sondern um das Normativmodell eines vernünftigen Durchschnittskäufers; insoweit auch Asmussen (2020), 205 ff.

⁹⁵⁰ So aber Asmussen (2020), 169 und im lauterkeitsrechtlichen Kontext gleichsinnig 214 ff.; in der Sache ähnlich Görge (2019), 436 ff. bzw. 455.

⁹⁵¹ Im Ergebnis wohl auch Zimmer (2008), 263; für die Angabe „Wir unterstützen keine Kinderarbeit“ LG Stuttgart BeckRS 2006, 11378 Rn. 4. Strukturell ähnlich auch BGH GRUR 1982, 563, wo ein Baustoffhersteller „Betonklinker“ angeboten hatte, obwohl der Stein nicht die (insb. wasserabweisenden) Eigenschaften von Klinker aufwies. Der Hersteller verteidigte sich mit dem Einwand, dass mit „Klinker“ nur die Klinker-Optik des Steins gemeint sei. Der BGH hielt die Äußerung dagegen für mehrdeutig und ging zulasten des Herstellers davon aus, dass der Stein nicht nur wie Klinker aussehen, sondern tatsächlich Klinker sein müsse.

So ausgerüstet, können wir uns nun dem KiK-Fall zuwenden. Rufen wir uns dazu KiKs Ankündigungen zur Lieferkettengovernance komprimiert in Erinnerung:⁹⁵² Verhaltenskodex und Nachhaltigkeitsbericht beginnen jeweils mit markigen Ansagen. „Niemand, der mit oder für uns arbeitet, soll seelischen oder körperlichen Schaden nehmen“; KiK „[arbeitet] konstruktiv und proaktiv daran, soziale Standards im globalen Kontext zu verbessern“. Der zupackende Grundton bleibt auch im weiteren Textverlauf erhalten.⁹⁵³ KiK erwartet „ohne Einschränkung, dass alle Geschäftspartner überzeugende Maßnahmen“ zur Einhaltung der festgelegten „Anforderungen und Mindeststandards“ einleiten. „Die Auditoren kontrollieren alle relevanten Dokumente, besichtigen das Fabrikgelände“ und beziehen dabei „rund 175 Prüfpunkte“ ein, konkret „Feuerpräventionsvorkehrungen“, was eigens durch ein Foto verdeutlicht wird. Zudem „überprüft der CSR-Bereich die weitere Entwicklung des Lieferanten“; dazu „erfolgen mehrere angemeldete oder unangemeldete Kurzbesuche zur engmaschigen Beobachtung“. Bei „komplexeren Problemstellungen“ wird der „Veränderungsprozess eng über einen längeren Zeitraum hinweg [begleitet], bis eine Verbesserung erreicht ist“. Macht es „ein gravierender Verstoß“ und/oder „anhaltender Mangel an Kooperationsbereitschaft“ auf Seiten des Lieferanten notwendig, „die Geschäftsbeziehung zu beenden, handeln wir konsequent.“ Demgegenüber finden sich Relativierungen und Aufweichungen nur vereinzelt und verstreut, etwa wenn es heißt „[e]ine sichere und saubere Arbeitsumgebung sollte gewährleistet sein“. Unmittelbar vor jener weichen Formulierung („sollte“) findet sich zudem eine unbedingte Forderung – „Der Arbeitsplatz und das Ausüben der Tätigkeit dürfen den Arbeitnehmer, seine Gesundheit und Sicherheit nicht gefährden“ –, so dass die Mehrdeutigkeit zugunsten eines Erfolgsversprechen aufzulösen ist.⁹⁵⁴ Schließlich entpuppt sich das, was beim ersten Lesen als Relativierung erscheint, häufig als vorangestellter, im weiteren Textverlauf konkretisierter Programmsatz – beispielweise dass KiK „[j]egliche Missachtung [...] im Rahmen des uns zur Verfügung stehenden Einflusses sanktionieren“ wird oder es „eine Frage der Umsicht und Fairness“ sein soll, den Lieferanten „angemessene Zeiträume [...] in Bezug auf die Einhaltung der Standards zu gewähren.“

⁹⁵² Oben § 7 III. 2. b) bb).

⁹⁵³ Ähnliches lässt sich in anderen Texten beobachten, vgl. die Auswertung für die DAX 30-Unternehmen durch *Schramm* (2020), 65 ff., 250 ff.

⁹⁵⁴ Ähnlich lag der Fall in BGH GRUR 2016, 1189, wo der Beklagte – ohne Rechts- oder Patentanwalt zu sein – damit geworben hatte „Produktentwicklungen im Elektro-/Elektroniksektor, Recherchen und gewerbliche Schutzrechte (gem. § 5 RDG)“ sowie „[g]ewerbliche Schutzrechte in Verbindung mit Entwicklungen (gem. § 5 RDG)“ zu offerieren. Der Beklagte verteidigte sich mit dem Einwand, dass der jeweils nachgeschobene Klammerzusatz doch verdeutliche, dass er nur nach § 5 RDG erlaubte Leistungen anbieten wolle. Der BGH wies das mit Verweis auf die zu seinen Lasten gehende Mehrdeutigkeit zurück.

Auch wenn abweichende Deutungen natürlich möglich bleiben, kann man den flüchtigen Gesamteindruck eines vernünftigen Durchschnittskäufers daher wie folgt auf den Punkt bringen: KiK sind sichere Arbeits- und Produktionsbedingungen bei den Lieferanten wichtig; deshalb führt KiK vor und während der Lieferbeziehung umfassende Kontrollen zu Feuerpräventionsvorkehrungen und anderen Sicherheitsaspekten durch; werden dabei Versäumnisse festgestellt, wird zunächst auf zeitnahe Verbesserungen gedrängt; und wenn sich weiterhin nichts tut, die Geschäftsbeziehung beendet. Ganzheitlich betrachtet sind KiKs Ankündigungen ein dreifaches Erfolgsversprechen: Eine Lieferkettengovernance wird betrieben, kontrolliert und durchgesetzt.

(c) *Fokussierung 3: Erwartungen aus adressatenbezogenem Verständnis*

Die lauterkeitsrechtlichen Regeln zum Aufmerksamkeitslevel, Gesamteindruck und zum Umgang mit Mehrdeutigkeit können also dabei helfen, das Inhaltsverständnis eines Durchschnittskäufers zu konkretisieren – und im KiK-Fall kommen wir so zu einem dreifachen Erfolgsversprechen. Freilich provoziert dieses Zwischenergebnis einen naheliegenden Einwand, den wir oben bereits angerissen haben: Selbst wenn die Ankündigungen zur Lieferkettengovernance als Erfolgsversprechen zu verstehen sind – werden sie von einem vernünftigen Durchschnittskäufer überhaupt ernst genommen? Schließlich müsse doch jedermann klar sein, dass es sich durchweg um leere Worthülsen handelt, die nur das unternehmenseigene Image aufpolieren sollen.⁹⁵⁵ Zwar wurde oben ebenfalls schon deutlich, dass der Einwand zu pauschal ist, und die letzten Seiten haben diesen Befund weiter bestärkt. Vollends entkräftet ist der Einwand aber noch nicht. Denn in der Tat ist es nicht zwingend, von einem Verständnis automatisch auf berechnete Erwartungen zu schließen.

Im Lauterkeitsrecht ist das lange erkannt. Vor allem im Kontext anpreisender Produktwerbung⁹⁵⁶ wird deshalb eine weitere Unterscheidungsebene eingebracht: Aus dem adressatenbezogenen Verständnis muss auch eine entsprechende Erwartung erwachsen.⁹⁵⁷ Dafür ist Grundvoraussetzung, dass der Inhalt der

⁹⁵⁵ Oben § 7 III. 2. b) cc) (2); dazu aus lauterkeitsrechtlicher Sicht *Asmussen* (2020), 216 ff.

⁹⁵⁶ Gesetzliche Anknüpfung ist also § 5 Abs. 2 Nr. 1 UWG (Irreführung über wesentliche Merkmale der Ware oder Dienstleistung). Der auf den ersten Blick perfekt passende § 5 Abs. 2 Nr. 6 (Irreführung über Einhaltung eines Verhaltenskodex), passt aus zwei Gründen doch nicht: Europarechtlich richtig verstanden greift die Norm sowieso nur für Verhaltenskodizes, auf die sich mehrere Unternehmen gemeinsam einigen; zudem – und wichtiger – genügt für die Vorschrift, dass ein Verhaltenskodex als solcher nicht eingehalten wird, es fehlt also am für § 434 Abs. 3 BGB nötigen Beschaffenheitsbezug, vgl. *Bornkamm/Feddersen* (2022), § 5 UWG Rn. 7.1 ff.

⁹⁵⁷ Allerdings wird hierbei nicht durchweg von Erwartungen, sondern häufig auch von den aus dem Verständnis „erweckten Vorstellungen“ gesprochen oder gefragt, ob der Durchschnittsverbraucher der Angabe „Gewicht beimisst“, vgl. *Bornkamm/Feddersen* (2022), § 5 UWG Rn. 1.63 bzw. *Sosnitza* (2016), § 5 UWG Rn. 185.

Werbung objektiv überprüfbar ist. Das bedeutet freilich nicht, dass nur nüchterne Informationen Erwartungen begründen können. Auch reklamehafte Übertreibungen sind geeignet, sofern sie sich auf einen Tatsachenkern reduzieren lassen. So erwartet ein durchschnittlich informierter und verständiger Durchschnittsverbraucher zwar nicht, dass eine als „unzerreißbar“ beworbene Hose niemals reißt, aber zumindest, dass sie verglichen mit gewöhnlichen Hosen besonders reißfest ist.⁹⁵⁸ Zudem ist (wie schon beim verständnisbezogenen Aufmerksamkeitslevel) der Kontext wichtig. Während der Durchschnittsverbraucher mündlich oder bildlich übermittelten Angaben eher skeptisch begegnen muss, darf er schriftlichen Produktbeschreibungen ein höheres Grundvertrauen entgegenbringen.⁹⁵⁹ Freilich darf er auch schriftliche Tatsachenbehauptungen nicht per se für bare Münze nehmen. Deklariert etwa ein Lebensmittelhersteller sein Produkt als „biologisch“ oder „natürlich“, kann ein Durchschnittsverbraucher keine völlige Schadstofffreiheit erwarten. Schließlich weiß er, wie der BGH wiederholt entschieden hat, „dass nahezu überall Schadstoffe anzutreffen sind und dies selbst für solche Lebensmittel gilt, die die Reinheitsbezeichnung ‚natürlich‘ oder ‚Bio‘ tragen.“ Der Durchschnittsverbraucher unterwirft mit anderen Worten sein zunächst gewonnenes Inhaltsverständnis einem Realitätscheck – und erwartet deshalb lediglich (aber immerhin), „dass das so bezeichnete Produkt weitestgehend frei von Rückständen und Schadstoffen ist und nur unvermeidbare Geringstmengen deutlich unterhalb der rechtlich zulässigen Grenzwerte enthält.“⁹⁶⁰

Vieles davon sollte vertraut klingen. Mehr noch, die lauterkeitsrechtlichen Maßstäbe stimmen teils wörtlich mit den oben erwähnten kaufrechtlichen Formeln überein, etwa dass die Äußerung einen „überprüfbaren Tatsachenkern“ aufweisen muss, während „offensichtliche Übertreibungen“ oder „allg[emeine] Anpreisungen“ ausscheiden sollen.⁹⁶¹ Erneut ist damit ein klarer Wertungsgleichlauf zum Schutzniveau des § 434 Abs. 3 BGB zu konstatieren.⁹⁶² Der Unterschied besteht allein darin, dass die lauterkeitsrechtlichen Kriterien kleinteiliger sind – womit sie geradezu als Orientierungshilfe prädestiniert sind.

Das zeigt sich deutlich in Lieferkettenkonstellationen wie dem KiK-Fall. Mithilfe der lauterkeitsrechtlichen Kriterien lässt sich strukturiert herausarbei-

⁹⁵⁸ So das typische (Lehrbuch-)Beispiel, vgl. nur *Bornkamm/Feddersen* (2022), § 5 UWG Rn. 1.128. Exemplarisch aus der Rspr. BGH GRUR 1975, 141: Bei „unschlagbaren Vibrationswalzen“ kann das Fachpublikum zumindest erwarten, dass die beworbenen Walzen auf dem Markt die besten sind und dass keine andere Walze derzeit oder in absehbarer Zeit eine gleich gute Leistung erbringen kann.

⁹⁵⁹ Statt aller *Bornkamm/Feddersen* (2022), § 5 UWG Rn. 1.129 ff.

⁹⁶⁰ BGHZ 194, 314 Rn. 34 (Biomineralwasser); zuvor schon GRUR 1997, 306, 308 (Naturkind); GRUR 2011, 633, 636 (Bio Tabak); gleichsinnig auch EuGH GRUR Int 2000, 756, 758 (d'arbo naturrein); zum Ganzen *Bornkamm/Feddersen* (2022), § 5 UWG Rn. 2.79 ff., 2.180 ff.

⁹⁶¹ Oben § 7 III. 2. b) aa).

⁹⁶² Wiederum schon *Leistner* (2007), 762 f., 768 ff.

ten, inwiefern aus dem adressatenbezogenen Verständnis berechnete Beschaffenheitserwartungen erwachsen – inwiefern also vom vernünftigen Durchschnittskäufer erwartet werden darf, dass KiK seine Erfolgsversprechen zur Lieferkettengovernance auch einhält. Transnationale Händler wie KiK halten ihre Verhaltenskodizes und Nachhaltigkeitsberichte in aller Regel schriftlich fest, der vernünftige Durchschnittskäufer kann ihnen also ein gewisses Grundvertrauen entgegenbringen. Dass dies nicht völlig realitätsfern ist, Konsumenten den Ankündigungen transnationaler Händler also durchaus Glauben schenken, wird auch durch empirische Studien bestätigt, wie wir oben im Effizienzkontext gesehen haben.⁹⁶³ Wie nicht nur der KiK-Fall zeigt,⁹⁶⁴ sind die Mehrzahl der Äußerungen zudem objektiv nachprüfbar („erfolgen mehrere angemeldete oder unangemeldete Kurzbesuche zur engmaschigen Beobachtung“; „rund 175 Prüfpunkte“, darunter „Feuerpräventionsvorkehrungen“ etc.). Im Übrigen werden sich die Äußerungen regelmäßig auf einen Tatsachenkern reduzieren lassen.⁹⁶⁵ Wenn KiK etwa verlautbart, „wir [glauben] fest an einen Kern allgemeingültiger und universaler Menschenrechte, die unter allen Umständen beachtet und geschützt werden müssen“, dann erwartet ein Durchschnittskäufer zwar nicht, dass es niemals zu Menschenrechtsverstößen kommt. Aber er darf zumindest erwarten, dass KiK sich an die Menschenrechte gebunden fühlt und diese nicht gezielt missachtet.⁹⁶⁶

Auf diese Weise lassen sich auch die Erwartungen an die Lieferkettengovernance genauer spezifizieren. Weil ein vernünftiger Durchschnittskäufer weiß, dass Lieferkettenschäden bei den Beschäftigten niemals völlig verhindert werden können, nimmt er nicht für bare Münze, dass laut KiK „[n]iemand, der mit oder für uns arbeitet, seelischen oder körperlichen Schaden nehmen [soll]“. Wie bei „biologisch“ oder „natürlich“ deklarierten Produkten⁹⁶⁷ unterwirft er die Aussage vielmehr einem Realitätscheck – und erwartet deshalb lediglich (aber

⁹⁶³ Oben § 7 II. 2. b).

⁹⁶⁴ Vgl. die Auswertung für die DAX 30-Unternehmen durch *Schramm* (2020), 65 ff., 250 ff.

⁹⁶⁵ So nahezu einhellig die lauterkeitsrechtliche Literatur, exemplarisch *Kocher* (2005), 651; *Zimmer* (2008), 261; *Görge* (2019), 450; zu umweltschonenden Produktionsumständen auch *Sosnitzka* (2016), § 5 UWG Rn. 307.

⁹⁶⁶ So wohl einhellig die lauterkeitsrechtliche Literatur, exemplarisch *Augsburger* (2014), 429; *Görge* (2019), 451; *Asmussen* (2020), 217; *Schramm* (2020), 215 f.

⁹⁶⁷ Laut *Birk* (2011), 202 soll sich die Rspr. zu jenen „grünen“ Produktangaben nicht auf Angaben zur („sozialethischen“) Lieferkettengovernance übertragen lassen, weil hier das Interesse des Verbrauchers an der Erhaltung seiner Sicherheit oder Gesundheit nicht berührt sei. Das überzeugt jedoch nicht (ebenso *Beckers* (2015), 198). Denn der BGH stützt seine Rechtsprechung zu „grünen“ Produktangaben darauf, dass „viele Verbraucher ihre Kaufentscheidung erfahrungsgemäß an ökologischen Kriterien ausrichten“ sowie am „Aspekt der Nachhaltigkeit und des Umweltschutzes“ (so BGH GRUR 2018, 431 Rn. 35) – Verbraucher also zunehmend auch gesellschaftspolitische Interessen verfolgen. Für nichts anderes steht aber „sozialethischer“ Konsum, der auf die Arbeits- und Produktionsbedingungen Wert legt, dazu schon oben § 7 II. 1. b).

immerhin), dass Lieferkettenschäden weitestgehend verhindert werden und nur unvermeidbare Restschäden deutlich unterhalb der regulären Schadensquote auftreten. Dazu darf er nicht nur erwarten, dass KiK überhaupt Lieferkettengovernance betreibt, sondern das KiK die angekündigten Kontroll- und Durchsetzungsmaßnahmen im Wesentlichen umsetzt.⁹⁶⁸ Insbesondere darf ein Durchschnittskäufer davon ausgehen, dass KiK tatsächlich „mehrere angemeldete oder unangemeldete Kurzbesuche zur engmaschigen Beobachtung“ vornimmt, und zwar auch wie angekündigt durch eigene „Mitarbeiter aus dem CSR-Bereich“. Dass dabei „[j]egliche Missachtung“ sanktioniert wird, hält wiederum einem Realitätscheck nicht stand; der Durchschnittskäufer darf aber zumindest erwarten, dass KiK auf schwerwiegende, Leib und Leben der Beschäftigten gefährdende Verstöße reagiert und den „Veränderungsprozess eng über einen längeren Zeitraum hinweg [begleitet], bis eine Verbesserung erreicht ist“.⁹⁶⁹ Das gilt namentlich bei festgestellten Verstößen gegen grundlegende Arbeitsschutzmaßnahmen, etwa dem Umgang mit gefährlichen Stoffen und Maschinen, vor allem aber auch bei „Feuerpräventionsvorkehrungen“.⁹⁷⁰ Sofern KiK in der Folgezeit vom Lieferanten weiterhin produzieren lässt, darf der Durchschnittskäufer davon ausgehen, dass kein „gravierender Verstoß“ und/oder „anhaltender Mangel an Kooperationsbereitschaft“ es „notwendig macht, die Geschäftsbeziehung zu beenden“, also die grundlegenden Arbeitsschutzmaßnahmen nun eingehalten werden.⁹⁷¹

c) Lieferkettengovernance und Einfluss auf die Kaufentscheidung

Auf den letzten Seiten haben wir mithilfe lauterkeitsrechtlicher Kriterien ermittelt, welche Produktionsumstände ein vernünftiger Durchschnittskäufer bei angekündigter Lieferkettengovernance erwarten darf. Dazu durchliefen wir einen dreistufigen Fokussierungsprozess, in dem zunächst der Adressatenkreis, dann das adressatenbezogene Verständnis und schließlich die daraus resultierenden Erwartungen herausgearbeitet wurden. Im KiK-Fall kamen wir so zum

⁹⁶⁸ Für die Angabe „Wir unterstützen keine Kinderarbeit“ (im UWG-Kontext) ebenso LG Stuttgart BeckRS 2006, 11378 Rn. 20: Erwartet werden darf das „Vorhandensein eines im Ansatz schlüssigen, hinreichend zuverlässigen und einigermaßen dichten Kontroll- und Überprüfungssystems“. Sobald und sofern es anwendbar ist, sollte auch das LkSG nicht zu einer (quasi gesetzlich gestützten) Erweiterung der Erwartungen führen, weil danach nur die Pflicht zu „angemessenen“ Kontrollmechanismen besteht, vgl. § 6 Abs. 4 Nr. 4 LkSG.

⁹⁶⁹ Sobald und sofern das LkSG anwendbar ist, wird diese Erwartung auch von § 7 Abs. 1 und 2 LkSG gestützt.

⁹⁷⁰ Sobald und sofern das LkSG anwendbar ist, wird diese Erwartung auch von § 2 Abs. 2 Nr. 5 LkSG gestützt.

⁹⁷¹ Das dürfte auf der Mehrheitslinie der lauterkeitsrechtlichen Literatur liegen, vgl. Zimmer (2008), 262f.; Glinski (2011), 215f.; Birk (2015), 200f., 205; Augsburger (2014), 428f.; Görgen (2019), 451, 455; Schramm (2020), 216. Aus rechtssoziologischer Sicht früh Herberg (2001), 33, 48. Sobald und sofern das LkSG anwendbar ist, wird diese Erwartung auch von § 7 Abs. 3 Nr. 2 LkSG gestützt.

Ergebnis, dass ein vernünftiger Durchschnittskäufer zwar nicht erwarten darf, dass Lieferkettenschäden bei den Beschäftigten restlos verhindert werden, wohl aber, dass KiK Lieferkettengovernance betreibt und die angekündigten Kontroll- und Durchsetzungsmaßnahmen im Wesentlichen umsetzt. Insbesondere kann er erwarten, dass KiK bei festgestellten Verstößen gegen Feuerpräventionsvorkehrungen und andere grundlegende Arbeitsschutzmaßnahmen auf Verbesserungen beim Lieferanten drängt und sie fortan eingehalten werden.

Aber beeinflussen die Erwartungen an die Lieferkettengovernance überhaupt die Kaufentscheidung? Einige Literaturstimmen melden hier Zweifel an. Den Konsumenten, schreibt etwa Gregor Bachmann, dürfte der Kausalitätsnachweis schwerfallen, „denn es entspricht nicht der Lebenserfahrung, dass sie ihre Entscheidung von der Lektüre des CSR-Reports abhängig machen.“⁹⁷² Doch auch diese Zweifel lassen sich zerstreuen: Erstens zeigen zahlreiche empirische Studien, dass Endverbraucher ihre Konsumententscheidungen durchaus an den Ankündigungen in Verhaltenskodizes und Nachhaltigkeitsberichten ausrichten, wie wir oben im Effizienzkontext gesehen haben.⁹⁷³ Zweitens – und wichtiger – ist die Beweislastverteilung des § 434 Abs. 3 S. 3 BGB zu beachten. Danach ist der Verkäufer nicht an die öffentliche Äußerung gebunden, wenn die Äußerung die Kaufentscheidung nicht beeinflussen konnte. Was schon die doppelte Verneinung nahelegt, wird durch Art. 7 Abs. 2 Warenkaufrichtlinie bestätigt: Die Bindung des Verkäufers tritt nur dann nicht ein, „wenn er nachweisen kann, dass [...] die Kaufentscheidung nicht durch die öffentliche Erklärung beeinflusst worden sein konnte.“⁹⁷⁴ Es müssen also ohnehin nicht Endverbraucher wie König den Kausalitätsnachweis führen, sondern transnationale Händler wie KiK. Hier zeigt sich eine handfeste Abweichung zum Schutzniveau des Lauterkeitsrechts: Während dort die geweckte Erwartung positiv dazu geeignet sein muss, den Durchschnittsverbraucher zu einer geschäftlichen Entscheidung zu veranlassen, die er andernfalls nicht getroffen hätte (sogenannte Relevanz, vgl. § 5 Abs. 1 UWG), setzt das Kaufrecht die Kausalitätseignung der Beschaffenheitsäußerung voraus – und gesteht dem Verkäufer lediglich den Negativnachweis zu.⁹⁷⁵

Wie der BGH jüngst im Anschluss an die herrschende Literatur bestätigt hat, sind die Anforderungen hierfür streng.⁹⁷⁶ Weil § 434 Abs. 3 S. 3 BGB einen

⁹⁷² Bachmann (2018b), 247; ebenso etwa Roth-Mingram (2017), 279 f.; offenbar auch Koch (2022), 6.

⁹⁷³ Oben § 7 II. 2. b).

⁹⁷⁴ Die Rechtslage ist also zur Version des SMG unverändert, vgl. schon BT-Drs. 14/6040, 215.

⁹⁷⁵ In der Sache dürfte indes kaum ein Unterschied bestehen. Denn in Anlehnung an die Rspr.-Linie zu „grünen“ Produktangaben, wäre auch bei falschen Angaben zur Lieferkettengovernance lauterkeitsrechtlich regelmäßig von Relevanz auszugehen, vgl. etwa Sosnizza (2016), § 5 UWG Rn. 306 f.

⁹⁷⁶ BGH NJW 2021, 3781 (zur Visualisierung einer Umbaumaßnahme im Grundstücksex-

re-individualisierenden Ausschlussgrund für eine einmal entstandene objektive Beschaffenheitserwartung statuiert, ist Maßstab nicht das Entscheidungsverhalten eines vernünftigen Durchschnittsverkäufers, sondern das des konkreten Käufers.⁹⁷⁷ Im KiK-Fall ist also unerheblich, ob KiKs Ankündigungen zur Lieferkettengovernance eine Kaufentscheidung vernünftigerweise nicht beeinflussen durften; es geht allein darum, ob die lieferkettensensible Karla König davon nicht beeinflusst wurde. Wegen des Ausnahmecharakters der Vorschrift muss der Verkäufer zudem weit mehr als nur Anhaltspunkte vorbringen. Der Negativnachweis gelingt ihm nur, „wenn ein Einfluss der öffentlichen Äußerung auf die Kaufentscheidung nachweislich ausgeschlossen ist“ und deshalb der konkrete Käufer nicht schutzwürdig ist – etwa wenn die Äußerung bei Vertragsabschluss noch gar nicht vorlag oder der Käufer sie unzweifelhaft nicht kannte. Umgekehrt genügt es für die Beeinflussung der Kaufentscheidung bereits, „dass der Käufer die öffentliche Äußerung in seine Abwägung für und gegen den Kauf einbezogen hat“.⁹⁷⁸

Zumindest Letzteres wird in Lieferkettenkonstellationen wie dem KiK-Fall typischerweise vorliegen. Neben Preis oder Farbe mögen die Ankündigungen transnationaler Händler selbst für lieferkettensensible Endverbraucher wie König nur einer von vielen Entscheidungsfaktoren sein – aber sie sind eben ein Aspekt der Kaufabwägung. Dagegen lässt sich auch nicht einwenden, dass jedenfalls beim Erwerb im (Textil-)Discounter, die Lieferkettengovernance keine Rolle spielen wird, weil hier ausschließlich der niedrige Preis der Ware entscheidet. Denn nicht nur belegen empirische Feldexperimente, dass selbst in sehr preissensitiven Kaufumgebungen wie Outlet-Stores ein Teil der Konsumenten bereit ist, für die Einhaltung von grundlegenden Arbeits- und Produktionsbedingungen Preisaufschläge zu zahlen, wie wir oben im Präventionskontext gesehen haben.⁹⁷⁹ Auch in Befragungen zeigen Discountkäufer gerade keine Gleichgültigkeitsattitüde, speziell KiK-Kunden ist die Einhaltung von grundlegenden Arbeits- und Produktionsbedingungen quasi genauso wichtig wie dem Rest der Bevölkerung.⁹⁸⁰ Transnationalen Händlern wie KiK dürfte der Negativnachweis daher nur in Ausnahmefällen gelingen.⁹⁸¹

pósé); aus der Lit. exemplarisch *Grunewald* (2020), § 434 BGB Rn. 29; *Faust* (2022), § 434 BGB Rn. 122.

⁹⁷⁷ Was schon aus dem Wortlaut folgt (*die Kaufentscheidung nicht beeinflussen konnte*), näher *Grigoleit/Herresthal* (2003), 238f. Anders aber insb. *Leistner* (2007), 779ff., der analog zum Lauterkeitsrecht auf die abstrakt-normative Sicht eines vernünftigen Durchschnittskäufers abstellen will, um so abweichende (höhere) Beschaffenheitserwartungen des konkreten Käufers auszuschneiden. Das ist jedoch gar nicht nötig, da in diesen Fällen von vornherein (!) keine berechnete (höhere) Beschaffenheitserwartung entsteht.

⁹⁷⁸ Alle Zitate bei BGH NJW 2021, 3781 Rn. 11. Das entspricht den üblichen Fallgruppen der Literatur, vgl. *Faust* (2022), § 434 BGB Rn. 122.

⁹⁷⁹ Oben § 7 II. 1. b).

⁹⁸⁰ Vgl. *Statista* (2021c), 14f.

⁹⁸¹ Ebenso *Glinski/Rott* (2003), 652f.; *Lüttringhaus* (2019), 57f.; *Görge* (2019), 438;

d) Lieferkettengovernance und Verkäuferkenntnis

Bevor wir das erste Anknüpfungsproblem abschließen, kurz noch zu einem letzten Ausschlussgrund, der in Lieferkettenkonstellationen relevant werden könnte. Nach § 434 Abs. 3 S. 3 BGB ist der Verkäufer durch öffentliche Äußerungen nicht gebunden, wenn er sie nicht kannte und auch nicht kennen musste.⁹⁸² Denkbar ist das nur, wenn die Äußerungen nicht von ihm selbst stammen – in Konstellationen nach dem Muster des KiK-Falls, wo transnationaler Händler und Verkäufer ja gerade personenidentisch sind, spielt der Ausschlussgrund also von vornherein keine Rolle. Würde ein transnationaler Händler die von seinen Lieferanten hergestellte Ware aber anders als KiK an Kaufhäuser oder andere Zwischenhändler vertreiben (die diese dann an Endverbraucher verkaufen), wird die Frage der Verkäuferkenntnis akut.⁹⁸³ Und sie ist laut Barbara Grunewald stets negativ zu beantworten. Denn stammen die Ankündigungen zur Lieferkettengovernance nicht vom Verkäufer selbst, „kann [...] nicht erwartet werden, dass der Verkäufer den [fremden] CSR-Bericht kennt.“ Grunewald räumt zwar ein, dass nach allgemeiner Meinung zumindest ein Fachhändler die Werbung des Produzenten kennen muss. „[D]er Jahresabschluss mit seinen komplexen, fast durchweg nicht produktbezogenen Darlegungen“ gehört für sie aber „sicher nicht zu der üblichen Lektüre eines Fachhändlers, zumal solche Werke regelmäßig sehr umfangreich sind.“⁹⁸⁴

Das ist jedoch nicht ganz korrekt. Selbst wenn es um eine Fallkonstellation ginge, in der ein transnationaler Händler (der Produzent, in Grunewalds Terminologie) zur Abgabe eines Nachhaltigkeitsberichts nach § 289b HGB verpflichtet wäre, ist jene nichtfinanzielle Erklärung nicht Teil des Jahresabschlusses, sondern des davon separaten Lageberichts (§ 289 HGB). Ein Fachhändler müsste sich also nicht durch komplexe Zahlenwerke arbeiten, sondern „nur“ die produktionsbezogenen Teile des Lageberichts studieren.⁹⁸⁵ Selbst das wird aber regelmäßig nicht nötig sein, da transnationale Händler ihre Nachhaltigkeitsberichte genauso wie ihre Verhaltenskodizes prominent auf der unterneh-

Schroeter (2020), 1168; Grunewald (2021), 1779 f.; Hübner (2022), 356; i. E. auch Wilhelmsson (2002), 93 ff.; Zimmer (2008), 252 f.

⁹⁸² Dass es § 434 Abs. 3 S. 3 BGB – obwohl der Wortlaut anders als in der Vorversion „von nicht kennen konnte“ spricht – um den normativen Maßstab des Kennenmüssens geht, folgt m. E. zwingend aus Art. 7 Abs. 2 lit a) Warenkaufrichtlinie („vernünftigerweise nicht kennen konnte“). Davon geht auch (unausgesprochen) die Literatur aus, vgl. etwa Saenger (2022), § 434 BGB Rn. 31; Looschelders (2022b), § 3 Rn. 36; strenger aber Faust (2022), § 434 BGB Rn. 117: „nicht bloß sorgfaltsgemäß, sondern optimal organisierter Verkäufer“.

⁹⁸³ Kein struktureller Unterschied zum KiK-Fall bestünde dann, wenn der Verkäufer über einen eigenen Verhaltenskodex oder Nachhaltigkeitsbericht verfügt und aufgrund der darin getätigten Ankündigungen berechnete Beschaffenerwartungen entstehen.

⁹⁸⁴ Grunewald (2021), 1780.

⁹⁸⁵ Folgt die Transparenzverpflichtung (auch) aus § 6 Abs. 2 LkSG, müsste er nicht mal das. Denn die relevanten Informationen sind dann in der danach abzugebenden „Grundsatzklärung“ enthalten.

menseigenen Webseite verfügbar machen, wie wir oben gesehen haben.⁹⁸⁶ Insofern hat die Frage der zumutbaren Verkäuferkenntnis wenig mit der handelsrechtlichen Verpflichtung zur Nachhaltigkeitsberichtserstattung zu tun. Gleich ob transnationale Händler berichten müssen oder wie KiK es freiwillig tun – in beiden Fällen sind die Äußerungen leicht und komprimiert zugänglich. Wie auch Grunewald einräumt, ist die Fallgestaltung daher am ehesten damit zu vergleichen, was uns auch schon bei der Beschaffenheitserwartung als Orientierung gedient hat: der Produktwerbung.

Hierfür hat die kaufrechtliche Literatur klare Kriterien entwickelt. Der Ausgangspunkt ist dabei derselbe wie bei allen öffentlichen Äußerungen: Dass der Verkäufer die Produktwerbung nicht kennen musste, ist von ihm nachzuweisen, und dies scheitert bereits bei einfach fahrlässiger Unkenntnis.⁹⁸⁷ Dabei sind die Sorgfaltspflichten ja nach Verkäuferstatus verschieden. Während Privatverkäufer die Produktwerbung nicht verfolgen müssen, haben Vertrags- und Fachhändler genau das zu tun.⁹⁸⁸ Darüber hinaus müssen sie sich aus allgemein zugänglichen Quellen informieren, etwa die neuesten Kataloge studieren und auch „regelmäßig die Homepage des Herstellers auswerten“.⁹⁸⁹ Für unternehmerische Verkäufer außerhalb des Vertrags- und Fachhandels (etwa Kaufhäuser oder sonstige allgemeine Verkaufsstellen), gilt nach überwiegender Meinung ein abgestuftes Sorgfaltsprogramm, das vom Wert der Kaufsache, ihrer Bedeutung im Sortiment des Verkäufers und der Häufigkeit und Verbreitung der Werbung abhängen soll.⁹⁹⁰ Gewissermaßen zeigt sich also die (etwas strengere) Kehrseite von dem, was wir zu Adressatenkreis und Aufmerksamkeitslevel für den vernünftigen Durchschnittskäufer herausgearbeitet haben.⁹⁹¹

Vor diesem Hintergrund lässt sich in Lieferkettenkonstellationen wie folgt differenzieren: Privatverkäufer müssen die Ankündigungen transnationaler Händler gewiss nicht kennen. Ist der Verkäufer dagegen Vertrags- oder Fach-

⁹⁸⁶ Oben § 7 III. 2. b) bb). Dies betont zu Recht *Lüttringhaus* (2019), 57.

⁹⁸⁷ Vgl. BT-Drs. 14/6040, 215 sowie exemplarisch *Westermann* (2019), § 434 BGB Rn. 33. Im Ausgangspunkt noch strenger *Faust* (2022), § 434 BGB Rn. 117 („optimal organisierter Verkäufer“), seine Sorgfaltsanforderungen decken sich aber letztlich weitgehend mit denen der übrigen Literatur.

⁹⁸⁸ Einschlüsse (veröffentlichte) Rspr. ist nicht auffindbar, allerdings wird die strenge Behandlung von Fachhändlern offenbar unausgesprochen vorausgesetzt, vgl. etwa LG Bonn BeckRS 2014, 21619 (Haftung des Möbelhändlers für Herstellerwerbung). Dass für Privatverkäufer die Sachmängelhaftung für fremde Äußerungen de facto ausgeschlossen ist, verstößt auch nicht gegen europäische Vorgaben, denn sie sind nur für b2c-Konstellationen verbindlich, vgl. *Matusche-Beckmann* (2013), § 434 BGB Rn. 110.

⁹⁸⁹ So *Faust* (2022), § 434 BGB Rn. 118. Teilweise werden sogar ausländische und auf der Homepage bloß verlinkte Quellen eingeschlossen, etwa *Kaspar* (2007), 178.

⁹⁹⁰ Vgl. *Westermann* (2019), § 434 BGB Rn. 33; *Faust* (2022), § 434 BGB Rn. 118; zuvor schon *Kaspar* (2007), 177. Dagegen will *Grunewald* (2020), § 434 BGB Rn. 26 ihnen gar keine Sorgfaltsanstrengungen auferlegen, was mit der Richtlinienvorgabe aber kaum zu vereinbaren sein dürfte.

⁹⁹¹ Oben § 7 III. 2. b) cc) (4) (a).

händler, muss er die Ankündigungen zur Lieferkettengovernance auswerten;⁹⁹² fallen sie wie üblich mehrdeutig aus, sind ihm aufgrund seiner gesteigerten Sorgfaltsanforderungen auch klarstellende Rückfragen beim transnationalen Händler zuzumuten.⁹⁹³ Bei sonstigen unternehmerischen Verkäufern kommt es vor allem auf den Warenwert, das Sortiment und die Verbreitung der Ankündigungen an. Konkret sollte hier dasselbe gelten, was wir zum Aufmerksamkeitslevel des vernünftigen Durchschnittskäufers gesagt haben:⁹⁹⁴ Weil zusätzlicher Informationsaufwand mit zusätzlichen Kosten einhergeht (die auf die Endverbraucher umgelegt werden dürften und den Erwerbsvorgang zunehmend unwirtschaftlich machen), sind bei niedrigpreisigen Waren auch nur geringe Nachforschungen nötig; umgekehrt rechtfertigen höherpreisige Waren auch höhere Anstrengungen. Zudem wird die Informationssammlung umso aufwändiger, desto breiter das Sortiment ist. So wäre es dogmatisch möglich, die oben erwähnte Gestaltunganregung aufzugreifen und örtliche Bekleidungsgeschäfte oder andere kleine Verkaufsstellen aus der Sachmängelhaftung für fehlangekündigte Lieferkettengovernance auszuschneiden:⁹⁹⁵ Weil jene Verkaufsstellen anders als Fachhändler typischerweise ein breites Sortiment vorhalten, dürfte jedenfalls bei niedrigpreisigen Alltagswaren nicht erforderlich sein, dass sie eigens die Verhaltenskodizes und Nachhaltigkeitsberichte transnationaler Händler auswerten.

e) Zwischenergebnis

Damit ist das erste Anknüpfungsproblem überwunden: Halten transnationale Händler wie KiK ihre Ankündigungen zur Lieferkettengovernance nicht ein, lässt sich dies als Sachmangel fassen. Die Grundlage dafür bildet der weite Beschaffenheitsbegriff, der richtigerweise schon für das schuldrechtsmodernisierte Kaufrecht galt und nach den Änderungen durch die Warenkaufrichtlinie nun sogar im Wortlaut von § 434 Abs. 3 BGB deutlich(er) angelegt ist. Weil die Ankündigungen in Verhaltenskodex und Nachhaltigkeitsbericht öffentliche Äußerungen darstellen, können via § 434 Abs. 3 S. 1 Nr. 2 BGB berechnete Beschaffenheitserwartungen an die Lieferkettengovernance entstehen. Maßstab sind aber nicht die Vorstellungen von lieferkettensensiblen Endverbrauchern wie Karla König, sondern die Erwartungen eines normativ gefassten, vernünftigen Durchschnittskäufers. Da Ankündigungen zur Lieferkettengovernance typischerweise ambivalente Signale senden, helfen die schematischen Abgrenzungsforneln der kaufrechtlichen Literatur hierfür nicht weiter. Zur näheren Bestim-

⁹⁹² Ebenso *Lüttringhaus* (2019), 57; *Hübner* (2022), 356.

⁹⁹³ Da von Verkäufern vielfach gefordert wird, auch ausländische Werbeaussagen und auf der Herstellerhomepage verlinkte Quellen auszuwerten (etwa *Kaspar* (2007), 178), liegt darin eher eine moderate Anforderung.

⁹⁹⁴ Oben § 7 III. 2. b) cc) (4) (a).

⁹⁹⁵ Oben § 7 II. 3. a) und 4.

mung des käuferseitigen Erwartungshorizonts sind deshalb die ausdifferenzierten lauterkeitsrechtlichen Kriterien zum Irreführungsschutz heranzuziehen. So lässt sich strukturiert herausarbeiten, dass ein vernünftiger Durchschnittskäufer von transnationalen Händlern regelmäßig eine Lieferkettengovernance erwarten darf, bei der die angekündigten Kontroll- und Durchsetzungsmaßnahmen im Wesentlichen umgesetzt werden. Ist dies nicht der Fall, ist die erworbene Kaufsache mangelhaft – zumal in Lieferkettenkonstellationen typischerweise kein Ausschlussgrund nach § 434 Abs. 3 S. 3 BGB greift.

Für unseren KiK-Fall folgt daraus, dass der gekaufte Pullover nicht die geschuldete Beschaffenheit aufweist: Wie eingangs geschildert, stellte ein Brandgutachten grobe Defizite beim Brandschutz fest, namentlich waren in der Textilfabrik von Ali Enterprises Fenster vergittert und die wenigen Fluchtwege verstellt.⁹⁹⁶ Obwohl die Defizite bei Kontrollen aufgefallen waren, hat KiK die Lieferbeziehung nicht wie angekündigt beendet, sondern fortgesetzt – und damit die berechtigte Beschaffenheitserwartung enttäuscht, dass im Produktionsprozess Feuerschutzpräventionsvorkehrungen und andere grundlegende Arbeitsschutzmaßnahmen eingehalten werden.

Zugleich haben wir gesehen, dass viele der in § 7 I. behandelten Konstruktionsgründe Anknüpfungspunkte in der gewährleistungsrechtlichen Dogmatik finden. Dass Endverbraucher verstärkt auf die Einhaltung grundlegender Arbeits- und Umweltstandards Wert legen und so produzierte Waren wegen ihres Singularitätsprestiges höheres gesellschaftliches Ansehen genießen, wird vom weiten Beschaffenheitsbegriff reflektiert. Die vom Effizienzkriterium nahegelegte Händlerhaftung für fehlangekündigte Vertrauenseigenschaften lässt sich durch die Einbeziehung öffentlicher Äußerungen in den käuferseitigen Erwartungshorizont verarbeiten – womit zudem abgebildet ist, dass transnationale Händler ihre moralische Verantwortungsübernahme auch in Richtung von Endverbrauchern kommunizieren. Gleichzeitig kann über die Normativfigur des vernünftigen Durchschnittsverkäufers (und vor allem die begleitenden lauterkeitsrechtlichen Kriterien) der Wortbruch näher ausdifferenziert werden. Dass angesichts ihres vergleichsweise geringen Tätigkeitsumfangs wenig Anlass besteht, gerade Kleinakteure wie das örtliche Bekleidungsgeschäft über eine Lieferkettenverantwortlichkeit zu verpflichten – was auch von Präventions- und Nachhaltigkeitsgründen unterstrichen wird –, kann mittels des Ausschlussgrunds der Verkäuferkenntnis gefiltert werden.

Freilich ist mit der Einordnung als Sachmangel erst eine Teiletappe bewältigt. Offen ist insbesondere, was genau aus der Mangelhaftigkeit folgt. Bestehen überhaupt Gewährleistungsansprüche und haben sie einen sinnvollen Inhalt? Diesem Anknüpfungproblem wenden wir uns nun zu.

⁹⁹⁶ Oben § 7 I.

3. Zweites Anknüpfungproblem: Anspruchsinhalt

Verglichen mit der Mangelhaftigkeit, bekommt unser zweites Anknüpfungproblem deutlich weniger Aufmerksamkeit.⁹⁹⁷ Das jedoch etwas zu Unrecht, denn hier spielt die Musik – ein Sachmangel allein bringt Endverbrauchern wie Karla König praktisch wenig, wenn er nicht mit einem entsprechenden Anspruch korrespondiert. Darum wird es im Folgenden gehen, wobei wir zwischen Primär- und Sekundärebene differenzieren, also erst Nacherfüllungsansprüche betrachten und dann Rücktritt und Schadensersatz in den Blick nehmen. Wie auch bisher erfolgt jedoch keine allumfassende Anspruchsprüfung; wir konzentrieren uns vielmehr auf die problematischen Punkte.

a) Primärebene: Nacherfüllungspflicht

Ist die Kaufsache mangelhaft, hat der Käufer Anspruch auf Nachbesserung oder Nachlieferung, § 439 Abs. 1 BGB. Das klingt selbsterklärend, laut Sven Asmussen kommt es hier jedoch zu einem handfesten Problem. Er befürchtet, dass in Lieferkettenkonstellationen die Nacherfüllungspflicht zu sehr ausgedehnt wird. Würde etwa Karla König die Neulieferung eines mangelfreien Pullovers verlangen, müsste KiK als Teil der Nacherfüllungspflicht auf die Produktionsprozesse seines Lieferanten einwirken, damit die geschuldeten Feuerpräventionsvorkehrungen und sonstigen grundlegenden Arbeitsschutzmaßnahmen (diesmal) eingehalten werden. Dann aber ginge nicht nur endgültig der Bezug zur Kaufsache verloren, die Nacherfüllungspflicht „lässt sich überdies nicht einmal auf das konkrete Vertragsverhältnis zwischen Käufer und Verkäufer begrenzen“.⁹⁹⁸

Die Befürchtung ist unbegründet. Oder genauer gesagt: sie ist als Folge des weiten Beschaffenheitsbegriffs hinzunehmen. Wenn man – wie es auch Asmussen grundsätzlich tut – die Produktionsumstände als sachbezogene, wertbildende Umweltfaktoren zur Beschaffenheit der Kaufsache zählt, führt das bei arbeitsteiliger Industrieproduktion notwendig zu einer gewissen „Ausdehnung“ der Nacherfüllungspflicht.⁹⁹⁹ Weil etwa KiK nicht nur diesen einen Pullover produzieren lässt, wird die Pflicht de facto immer über die einzelne Kaufsache hinausreichen und den ganzen Produktionsprozess erfassen. Und weil KiK

⁹⁹⁷ Exemplarisch die Aufteilung bei *Lüttringhaus* (2019), 58 ff.

⁹⁹⁸ *Asmussen* (2020), 158 zur generellen CSR-Politik und anderen unternehmensbezogenen Faktoren – „aus dem gleichen Grund“ (159) hält er aber auch prozessorientierte Versprechen (zu denen Ankündigungen zur Lieferkettengovernance zählen dürften) für problematisch.

⁹⁹⁹ Ähnlich *Schramm* (2020), 156; zur „Ausdehnung“ qua weitem Beschaffenheitsbegriff generell schon *Berger* (2004), 277. Treffend *Westermann* (2019), § 434 BGB Rn. 26: „[Zweck der] Erweiterung des objektiven Fehlerverständnisses [...ist auch,] das Verständnis des Sachmangels stärker an die Gegebenheiten des modernen arbeitsteiligen Produktions- und Absatzprozesses anzupassen.“

nicht selbst produziert, wird die Pflicht dann auch immer die Beziehungen zu Lieferanten berühren.¹⁰⁰⁰ Gerade diese über-Bande-Wirkung ist ja einer der anlassgebenden Gründe für eine Lieferkettenverantwortlichkeit, wie wir oben im Präventions- und Effizienzkontext gesehen haben.¹⁰⁰¹ Und die Ausdehnung ist auch nicht unbillig, wird sie doch durchweg von KiKs eigenen Entscheidungen bewirkt – die industrielle Kleidungsproduktion, die Auslagerung des Herstellungsprozesses, die konkreten Ankündigungen zur Lieferkettengovernance. Genau betrachtet ist sie nicht einmal ungewöhnlich, wie eine Kontrollüberlegung zeigt: Wären etwa gesundheitsgefährdende Stoffe verarbeitet worden (und damit bereits die physische Sachsubstanz des Pullovers mangelhaft), würde die Nacherfüllung ebenfalls über die einzelne Kaufsache hinaus den gesamten Produktionsprozess und die Beziehung zum Lieferanten erfassen. Vom Verkäufer kann im Rahmen der Nacherfüllung durchaus ein Aktivwerden verlangt werden; er schuldet eben „Herstellung des vertragsgemäßen Zustands der Waren“, wie Art. 13 Abs. 1 Warenkaufrichtlinie formuliert.¹⁰⁰²

aa) Unmöglichkeit als Regelfall

Freilich kommt es auf all das gar nicht entscheidend an. Denn die Nacherfüllungspflicht wird in Lieferkettenkonstellationen sowieso nur selten bestehen. Das wird deutlich, wenn wir die einzelnen Nacherfüllungsvarianten durchgehen.

Die einmal erwartungswidrig produzierte Kaufsache kann nicht repariert werden, ihr Herstellungsprozess lässt sich nicht mehr ändern. Gemäß § 275 Abs. 1 BGB ist eine Nachbesserung in Lieferkettenkonstellationen also genauso unmöglich wie bei anderen, die Sachbiografie betreffenden Mängeln, etwa der Standzeit eines Neuwagens oder der Provenienz eines Kunstwerks.¹⁰⁰³ Aber auch eine Nachlieferung wird häufig ausscheiden. Zwar sollte wie beim KiK-Pullover regelmäßig eine Gattungsschuld vorliegen, so dass grundsätzlich neu geliefert werden kann. Dies setzt allerdings voraus, dass entweder mit Lieferkettengovernance produzierte Gattungsexemplare vorhanden sind oder dass

¹⁰⁰⁰ Versteht man die übliche, angesichts öffentlicher Äußerungen zu erwartende Beschaffenheit dogmatisch als „gesetzlich typisierte Beschaffenheitsvereinbarung“ (prominent *Grigoleit/Herresthal* (2003), 234 ff.), erfolgt die Ausdehnung freilich nicht erst auf Ebene der Nacherfüllungspflicht, vielmehr ist die Einhaltung von Feuerpräventionsvorkehrungen und anderen grundlegenden Arbeitsschutzmaßnahmen von vornherein geschuldet. So gesehen beschränkte sich also schon KiKs originäre Erfüllungspflicht de facto nicht nur auf den einzelnen Pullover und die Beziehung zu Karla König, sondern erfasst immer zugleich Produktionsprozess und Lieferanten.

¹⁰⁰¹ Oben § 7 II. 1.

¹⁰⁰² Ähnlich wird für eine umfassende Beseitigungspflicht u. a. bei „Weiterfresserschäden“ argumentiert, vgl. nur *Höpfner* (2022), § 439 BGB Rn. 94.

¹⁰⁰³ Das dürfte unbestritten sein, exemplarisch *Glinski* (2011), 191; *Lüttringhaus* (2019), 41 ff., 58; *Grunewald* (2021), 1780; *Hübner* (2022), 357; knapp auch schon *Schirmer* (2021b), 52.

die Gattung weiterhin hergestellt wird, die laufende Produktion also auf die geschuldete Lieferkettengovernance umgestellt werden kann. Sind dagegen alle vorhandenen Gattungsexemplare ohne entsprechende Lieferkettengovernance hergestellt und ist die Gattung bereits „ausproduziert“, ist auch eine Nachlieferung gemäß § 275 Abs. 1 BGB unmöglich.¹⁰⁰⁴

Jedenfalls bei Alltagskleidung wird genau das typischerweise der Fall sein: Die Levi's 501-Jeans und andere zeitlose Klassiker einmal ausgenommen,¹⁰⁰⁵ gilt in der Bekleidungsindustrie das Prinzip Fast Fashion, das heißt Kleidung wird schnell und trendbezogen designt, produziert und verkauft. In der Regel beträgt die Durchlaufzeit maximal ein halbes Jahr, mitunter liegt ein Kleidungsstück schon nach wenigen Wochen in den Regalen (und ist ebenso schnell wieder verschwunden). Um kostensenkende Skaleneffekte zu erzielen, wird die Produktion zudem häufig auf einen Lieferanten konzentriert.¹⁰⁰⁶ Sofern jener Lieferant das verkaufte Kleidungsstück nicht im Einklang mit der erwarteten Lieferkettengovernance hergestellt hat, wird also regelmäßig die gesamte, bereits ausproduzierte Serie betroffen sein. Und weil sich der Kaufvertrag auf ein Gattungsexemplar aus eben jener Serie beziehen dürfte, ist dann die gesamte Gattung mangelhaft. Etwas anderes folgt auch nicht aus der (vor allem für Kraftfahrzeuge) entwickelten Rechtsprechung zu sogenannten Ersatzsachen.¹⁰⁰⁷ Zwar hat der BGH jüngst bekräftigt, dass sich die Nachlieferungspflicht des Verkäufers „auch auf eine vom Kaufgegenstand abweichende Sache – wie etwa ein zwischenzeitlich auf den Markt getretenes Nachfolgemodell des Kaufgegenstands – erstrecken [kann], die nach dem Parteiwillen als gleichwertig und gleichartig anzusehen ist.“ Doch anders als bei den erwähnten zeitlosen Klassikern, wird bei Fast Fashion-Alltagskleidung sehr selten ein Nachfolgemodell existieren, das „für beide Seiten erkennbar an die Stelle des nicht mehr aktuellen Vorgängermodells [tritt]“, wie der BGH fordert.¹⁰⁰⁸

¹⁰⁰⁴ Denn es dürfte unstrittig sein, dass selbst bei herstellernahen Verkäufern die Beschaffungspflicht nicht so weit reicht, eine einmal abgeschlossene Produktion zwecks Nacherfüllung wieder aufnehmen zu müssen. So geht der BGH im Fall von Fahrzeugen, bei denen die gesamte, mittlerweile nicht mehr produzierte Serie mangelhaft ist, dann auch unproblematisch davon aus, dass eine Nachlieferung eines mangelfreien Modells dieser Serie bereits nach § 275 Abs. 1 BGB unmöglich ist, vgl. BGH NJW 2019, 1133 Rn. 29 ff.; 2021, 2958, 2962 Rn. 38 (für BGHZ vorgesehen). Dazu, dass aber möglicherweise ein Nachfolgemodell geschuldet ist, sogleich im Text.

¹⁰⁰⁵ Freilich hat selbst die vermeintlich ewige Levi's 501 mit der Zeit Änderungen erfahren, vgl. *Levi Strauss & Co* (2014).

¹⁰⁰⁶ Vgl. die systematischen Auswertungen der einschlägigen empirischen Literatur durch *Caro/Martínez-de-Albéniz* (2015); *Wen, et al.* (2019), 36 ff., 44. Ein schon bekanntes Bsp. dafür ist Nike, vgl. *Distelhorst, et al.* (2017), 710 ff.

¹⁰⁰⁷ Vgl. nur *Faust* (2022), § 439 BGB Rn. 59 f.

¹⁰⁰⁸ BGH NJW 2021, 2958 Rn. 40 und 59 (für BGHZ vorgesehen); zuvor schon BGH NJW 2019, 1133 Rn. 29 ff. Entsprechendes gälte, wenn man darauf abstellte, ob die Parteien den Kaufvertrag in im Übrigen identischer Weise auch über die in Betracht kommende Ersatzsache geschlossen hätten (so *Höpfner* (2022), § 439 BGB Rn. 113.7) – denn angesichts des stark

Insofern dürfte jedenfalls in Lieferkettenkonstellationen, die wie im KiK-Fall trendbezogene Waren mit kurzen Produktionszyklen betreffen, häufig jede Form der Nacherfüllung unmöglich sein. Genauer: Weil das Leistungshindernis bereits bei Vertragsschluss feststeht – Nachbesserung scheidet ohnehin aus; auch die Nachlieferung ist von vornherein ausgeschlossen, da die gesamte Gattung bereits ausproduziert ist – dürfte die Nacherfüllung *anfänglich* unmöglich sein. Dagegen kann bei noch nicht ausproduzierten, fortlaufend hergestellten Massenwaren durchaus ein Nachlieferungsanspruch bestehen. Anders als in der Literatur vielfach unterstellt, setzt das allerdings nicht voraus, dass „die Produktionsbedingungen inzwischen den öffentlichen Äußerungen [...] entsprechen“,¹⁰⁰⁹ also mittlerweile mit erwartungskonformer Lieferkettengovernance produziert wird. Denn wie eingangs erwähnt, geht mit der Einbeziehung der Produktionsumstände in den Beschaffenheitsbegriff notwendig eine gewisse „Ausdehnung“ der Nacherfüllungspflicht einher: Der Verkäufer schuldet dem Käufer, dass bei der Herstellung der Ersatzsache die zu erwartende Lieferkettengovernance eingehalten wird. Ist das (immer noch) nicht der Fall, muss der Verkäufer bei arbeitsteiliger Industrieproduktion auf den Herstellungsprozess seiner Lieferanten einwirken.¹⁰¹⁰ Angesichts der oben im Präventionskontext beschriebenen asymmetrischen Marktmacht, dürfte das transnationalen Händlern auch regelmäßig möglich sein.¹⁰¹¹ Demgegenüber fehlt örtlichen Bekleidungsgeschäften und anderen kleinen Verkaufsstellen die Einwirkungsmöglichkeit von vornherein. Uns präsentiert sich also ein weiteres dogmatisches Filterkriterium, um zwischen Verkäufergruppen mit unterschiedlichen Tätigkeitsumfängen differenzieren zu können: Während transnationale Händler kraft ihrer Marktmacht auf erwartungskonforme Produktionsumstände hinwirken können und eine Neulieferung deshalb faktisch möglich bleibt, ist örtlichen Bekleidungsgeschäften und anderen kleinen Verkaufsstellen mangels entsprechender Marktmacht eine Neulieferung regelmäßig unmöglich.¹⁰¹²

variierenden Kleidungsgeschmacks, werden die Parteien selten derart generische Anforderungen an die Kaufsache stellen.

¹⁰⁰⁹ Hübner (2022), 357; ebenso Lüttringhaus (2019), 58f.; Grunewald (2021), 1780.

¹⁰¹⁰ So ist dann auch anerkannt, dass eine Leistung auch dann für den Schuldner möglich bleibt, wenn (nur) ein Dritter zur Leistung imstande ist und der Dritte mit der Naturalleistung auf eigene Kosten des Schuldners beauftragt werden könnte (klassisch: nur gegen Zahlung herausgabebereiter Dritter), vgl. Riehm (2021), § 275 BGB Rn. 136ff. Auch der BGH hat sich kürzlich dagegen gewandt, vorschnell eine Nachlieferung nach § 275 Abs. 1 BGB zu verneinen, vgl. BGH NJW 2019, 1133 Rn. 37 (zur Ersatzbeschaffung eines Nachfolgemodells).

¹⁰¹¹ Oben § 7 II. 1. a).

¹⁰¹² In diese Richtung wohl auch Lüttringhaus (2019), 59. Weil es ihnen ebenfalls an ausreichenden Einwirkungsmöglichkeiten fehlen dürfte, wird deshalb auch Vertrags- oder Fachhändlern eine Nachlieferung regelmäßig unmöglich sein.

bb) Verweigerung irrelevant

Wollen transnationale Händler bei fortlaufend produzierten Waren die geschuldete Lieferkettengovernance nicht umsetzen, bleibt es ihnen freilich unbenommen, die Neulieferung nach § 275 Abs. 2 BGB bzw. § 439 Abs. 4 BGB zu verweigern.¹⁰¹³ Ob sie damit durchdringen, ist indes sehr fraglich. Weil § 275 Abs. 2 BGB nach dem Willen des Gesetzgebers die strengere Grenze darstellen soll,¹⁰¹⁴ ist für transnationale Händler vor allem § 439 Abs. 4 BGB relevant. Danach wird der Verkäufer von seiner Pflicht frei, wenn die Nacherfüllung unverhältnismäßige Kosten erzeugt – was nach der vom BGH akzeptierten Daumenformel regelmäßig der Fall ist, wenn die Nacherfüllungskosten mehr als 150 % des Werts der Kaufsache in mangelfreiem Zustand entsprechen.¹⁰¹⁵

Bricht man die Nacherfüllungskosten anteilig auf jede produzierte Kaufsache herunter,¹⁰¹⁶ wird aber selbst diese Grenze in Lieferkettenkonstellationen kaum einmal erreicht werden. Das dürfte sich für kleinere, kostengünstige Verbesserungen von selbst verstehen, etwa wenn wir an die gitterlosen Fenster oder unverstellten Fluchtwege im KiK-Fall denken, die große Sicherheitsgewinne gebracht hätten.¹⁰¹⁷ Und selbst wenn aufgrund gravierender Defizite erhebliche Verbesserungen nötig sein sollten, dürften die dazu vom Lieferanten aufgewendeten (und an transnationale Händler weitergereichten) Kosten weit unterhalb von 150 % des mangelfreien Werts der Kaufsache liegen. Das zeigt eine einfache Beispielrechnung für „fairen“ Kaffee, für den relativ viel empirische Forschung existiert: Ein „fair“, also unter Einhaltung vergleichsweise hoher sozialer und ökologischer Standards produziertes Pfund Kaffee kostet im Einzelhandel etwa 8 Euro.¹⁰¹⁸ Weil bei Massengütern üblicherweise der Kaufpreis angesetzt wird,¹⁰¹⁹ lässt sich der Wert eines mangelfreien Pfunds „fairen“ Kaffees also mit

¹⁰¹³ Die Verweigerung nach § 439 Abs. 4 BGB scheitert nicht schon deshalb, weil in Lieferkettenkonstellationen nach dem Muster des KiK-Falls ein Verbrauchsgüterkauf vorliegt. § 475 Abs. 4 BGB aF., der ein „Totalverweigerungsrecht“ ausschloss, wurde im Zuge der Umsetzung der (insoweit verkäuferfreundlicheren) Warenkaufrichtlinie gestrichen, dazu nur *Lorenz* (2021), 2069.

¹⁰¹⁴ So BT-Drs. 14/6040, 232.

¹⁰¹⁵ So BGH NJW 2009, 1660, 15 f. Die Grenze ist freilich nicht starr, maßgeblich bleibt immer eine Abwägung aller Umstände des Einzelfalls, vgl. BGHZ 200, 350 Rn. 41. Dennoch kann die 150 %-Formel zumindest grobe Orientierung bieten, vgl. zum Ganzen *Höpfner* (2022), § 439 BGB Rn. 159 ff.

¹⁰¹⁶ Dass nur eine anteilige Betrachtung richtig sein kann, liegt auf der Hand. Andernfalls würde wohl jede Neulieferung an § 439 Abs. 4 BGB scheitern, die vom Verkäufer eine (für sich genommen: sehr teure) Anpassung der Produktionsprozesse verlangt – etwa auch im Fall unserer Kontrollüberlegung, wenn bei der Produktion ein gesundheitsgefährdender Stoff verwendet wurde.

¹⁰¹⁷ Oben § 7 I.

¹⁰¹⁸ Ähnliche Werte zeigen (im März 2022 durchgeführte) Preisvergleiche im Internet. Der Preis kann natürlich saisonal und regional schwanken (und tut es auch), das sollte aber am (Nicht-)Erreichen der Grenzlinie nichts Entscheidendes ändern.

¹⁰¹⁹ So etwa BGH NJW 2009, 1660 Rn. 16 (für Fliesen). Abweichendes gilt freilich dann,

eben jenen 8 Euro taxieren. Legen wir zugrunde, dass bei Getränkeprodukten die Bruttogewinnspanne im Einzelhandel durchschnittlich bei rund 30 % liegt,¹⁰²⁰ können wir näherungsweise davon ausgehen, dass bei transnationalen Händlern pro verkauftem Pfund Kaffee 5,60 Euro direkte Kosten anfallen (Einkauf, Transport, Steuern etc.). Wäre der Kaffee erwartungswidrig nicht „fair“, sondern konventionell produziert worden, sind zur Ermittlung der Nacherfüllungskosten die Aufwendungen hinzuzuzählen, die der transnationale Händler für die Lieferung eines „fairen“ Pfunds Kaffee zusätzlich zu den bestehenden direkten Kosten von 5,60 Euro aufbringen muss. In einer groß angelegten quantitativen Studie konnte gezeigt werden, dass mittelamerikanische Kaffeebauern für ein „fair“ produziertes Pfund Kaffee durchschnittlich 0,68 US-Dollar erhielten, während konventionell produzierter Kaffee 0,51 US-Dollar brachte;¹⁰²¹ in Euro umgerechnet beträgt der von den Kaffeebauern weitergegebene „fair“-Aufschlag also rund 0,15 Euro pro Pfund. Selbst wenn wir zugunsten transnationaler Händler unterstellen, dass der „fair“-Aufschlag sich durch händlereigene Kontroll- und Durchsetzungskosten verdoppelt, lägen die Nacherfüllungskosten für ein „fair“ produziertes Pfund Kaffee bei 5,90 Euro, was rund 74 % des Werts des Kaffees in mangelfreiem Zustand entspricht. Die für § 439 Abs. 4 BGB herangezogene 150 %-Daumengrenze ist also nicht einmal zur Hälfte erreicht.¹⁰²²

Natürlich ist mit einer Beispielrechnung für Kaffee wenig über andere Warengruppen ausgesagt, und natürlich mögen die Kosten im Einzelfall höher sein. Allerdings taugt die Beispielrechnung zumindest als Indikator, dass das Verweigerungsrecht aus § 439 Abs. 4 BGB (und erst recht § 275 Abs. 2 BGB) in Lieferkettenkonstellationen keine große Rolle spielen dürfte.

b) Sekundärebene: Rücktritt und Schadensersatz

Wir können also festhalten: Jedenfalls wenn (anders als im KiK-Fall) die Produktion noch läuft und daher auf erwartungskonforme Lieferkettengovernance umgestellt werden kann, könnten Endverbraucher von transnationalen Händ-

wenn der Käufer ein besonders gutes Geschäft macht, also einen Kaufpreis unterhalb des Marktwerts erzielt (was bei Massenwaren typischerweise nicht vorkommt), dazu etwa *Bitter/Meidt* (2001), 2121.

¹⁰²⁰ Vgl. *Statista* (2021b), 37.

¹⁰²¹ Vgl. *Méndez, et al.* (2010), 242 ff. Das deckt sich im Wesentlichen mit anderen Studien, vgl. die systematische Auswertung durch *Dammert/Mohan* (2015), 861 f.

¹⁰²² Entsprechendes gälte, wenn man für § 439 Abs. 4 BGB (auch) darauf abstellte, ob die Nacherfüllungskosten mehr als 200 % des mangelbedingten Minderwerts entsprechen, vgl. BGH NJW 2009, 1660 Rn. 15 f. Denn selbst ohne den mangelbedingten Minderwert genauer zu kennen (dazu noch unten § 7 III. 4. a)), lässt er sich zumindest mit der Preisdifferenz zwischen konventionellem und „fairem“ Kaffee ansetzen – und diese Differenz dürfte deutlich größer sein als die Nacherfüllungskosten von 0,30 Euro. Vgl. zum Ganzen auch *Bitter/Meidt* (2001), 2121.

lern Nachlieferung verlangen. Jedoch ist nicht zu erwarten, dass transnationale Händler mit Ansprüchen überzogen werden. Denn in den allermeisten Fällen dürfte eine Nachlieferung gar nicht im Interesse der Endverbraucher liegen. Die Gründe dafür kennen wir schon: Werden Fabrikbrände oder andere gravierende Sicherheitsverstöße im Produktionsprozess bekannt, ist die erste Reaktion von Endverbrauchern nicht, transnationalen Händlern eine zweite Chance einzuräumen. Enttäuschte Endverbraucher wollen mit dem Produkt nichts mehr zu tun haben und wechseln zur Konkurrenz (sogenannter Konsumentenboykott). Das ist aus ihrer Sicht auch sinnvoll, denn mit einer Nachlieferung ist dem doppelten Enttäuschungsschaden kaum beizukommen: Zwar erhielten Endverbraucher qua Nachlieferung den geschuldeten Gegenwert, hätten also doch nicht überzahlt. Aber bei nicht erwartungskonformer Lieferkettengovernance werden nicht nur die Erwartungen von Endverbrauchern an das Produkt enttäuscht, es werden auch die Erwartungen der Umwelt an Endverbraucher enttäuscht. Das aus dem Herstellungsprozess hervorgegangene Produkt ist gesellschaftlich bemakelt; es wurde „negativ singularisiert“ (Reckwitz), der „moral taint“ (Kysar) ist da¹⁰²³ – und selbst eine Neuherstellung mit erwartungskonformer Lieferkettengovernance wird den einmal entstandenen Makel allenfalls partiell verschwinden lassen. Praktisch dürfte es in Lieferkettenkonstellationen daher vor allem um Sekundärrechtsbehelfe gehen, mit denen die Kaufsache zugleich abgestoßen wird, also Rücktritt vom ganzen Vertrag und Schadensersatz statt der ganzen Leistung.¹⁰²⁴

aa) Fristsetzung entbehrlich

Rücktritt und Schadensersatz statt der Leistung setzen grundsätzlich eine erfolglose Nachfristsetzung voraus. Allerdings dürfte in Lieferkettenkonstellationen von diesem Grundsatz wenig übrigbleiben. Ist die betreffende Kaufsache wie im KiK-Fall bereits ausproduziert (und damit jede Form der Nacherfüllung nach § 275 Abs. 1 BGB anfänglich unmöglich), muss ohnehin keine Nachfrist gesetzt werden (§ 326 Abs. 5 BGB bzw. § 311a Abs. 2 BGB). Läuft die Produktion noch und ist daher zumindest eine Nachlieferung möglich, werden sich Endverbraucher häufig auf den neu eingeführten § 475d Abs. 1 Nr. 3 bzw. Nr. 5 BGB berufen können. § 475d Abs. 1 Nr. 3 setzt einen derart schwerwiegenden Mangel voraus, der den sofortigen Übergang auf die Sekundärebene rechtfertigt; Nr. 5 greift ein, wenn die Nichtvornahme einer ordnungsgemäßen Nacherfüllung offensichtlich ist. Wann beides der Fall ist, wird von der Gesetzes-

¹⁰²³ Zu allem oben § 7 II. 1. b) und 3. b).

¹⁰²⁴ Ebenso Zimmer (2008), 294; Glinski (2011), 191 f.; Beckers (2015), 122 ff.; Lüttringhaus (2019), 60; Hübner (2022), 357; knapp auch schon Schirmer (2021b), 52. Eine davon zu trennende (nachhaltigkeitsresponsive Bipolaritätskonstruktionen generell betreffende) Frage ist, ob die Ansprüche tatsächlich durchgesetzt werden, dazu noch unten § 8 II. 3. b).

begründung nicht näher spezifiziert: Nötig sei eine Abwägung der widerstreitenden Interessen im Einzelfall, alles Weitere wird in die Hände der Rechtsprechung gelegt.¹⁰²⁵

Allerdings sollte ein schwerwiegender Mangel bzw. die offensichtliche Nichtvornahme einer ordnungsgemäßen Nacherfüllung jedenfalls dann bejaht werden, wenn auch eine Unzumutbarkeit der Nacherfüllung nach § 440 S. 1 Var. 3 BGB zu bejahen wäre. Denn im Einklang mit der Warenkaufrichtlinie möchte § 475d BGB Verbrauchern den Übergang auf die Sekundärebene ausdrücklich erleichtern. Es wäre mithin ein Wertungswiderspruch, wenn an § 475d Abs. 1 Nr. 3 und 5 höhere Anforderungen als an § 440 S. 1 Var. 3 BGB gestellt würden, der zugunsten von Verbrauchern nicht mehr eingreift.¹⁰²⁶ Insofern sind die für die Unzumutbarkeit entwickelten Kriterien auch in Lieferkettenkonstellationen zwischen Endverbrauchern und transnationalen Händlern weiterhin aktuell.

Schauen wir sie uns kurz an: Wie schon das in § 440 S. 1 Var. 3 BGB verwendete Personalpronomen („ihm“) verdeutlicht, ist die Unzumutbarkeit allein aus der Perspektive des konkreten Käufers zu bestimmen ist; dabei dienen die Art der Kaufsache und der vom Käufer verfolgte Erwerbszweck als Orientierungspunkte. Um das Fristsetzungserfordernis nicht leerlaufen zu lassen, führt freilich nicht jede Lappalie zur Unzumutbarkeit. Üblicherweise wird etwa gefordert, dass das Vertrauen in eine ordnungsgemäße Herstellung des vertragsgemäßen Zustands aufgrund konkreter Anhaltspunkte ernsthaft und dauerhaft erschüttert ist, was sich insbesondere aus der Person des Verkäufers oder der Art der Mangelhaftigkeit ergeben kann.¹⁰²⁷

In Lieferkettenkonstellationen ist typischerweise beides erfüllt. Wie im Rahmen der Sachmangels herausgearbeitet, kann bei entsprechenden Ankündigungen transnationaler Händler insbesondere erwartet werden, dass festgestellte Verstöße gegen grundlegende Arbeitsschutzmaßnahmen im Rahmen der Lieferkettengovernance behoben werden.¹⁰²⁸ Geschieht dies nicht, wird vom Lieferanten vielmehr weiterhin Ware bezogen, legt das einen mangelnden Umsetzungswillen transnationaler Händler nahe – und dann spricht wenig dafür, dass diese Laxheit im Zuge der Nachlieferung abgelegt wird.¹⁰²⁹ Neben der Person des transnationalen Händlers ist es aber vor allem die Art der Mangelhaftigkeit, die eine Nachlieferung unzumutbar macht. Hier kann an das eben zum Käuferinteresse Gesagte angeknüpft werden: Weil Kaufentscheidungen mit Rücksicht

¹⁰²⁵ Vgl. BT-Drs. 19/27424, 36f.

¹⁰²⁶ In der Sache ebenso *Saenger* (2022), § 475d Rn. 6; *Schubel* (2022), 80f.; wohl auch *Wilke* (2021), 290; *Wendehorst* (2021), 997; *Faust* (2022), § 475d BGB Rn. 21.

¹⁰²⁷ Exemplarisch BGH NJW 2015 1670 Rn. 22ff.; vgl. zum Ganzen nur *Faust* (2022), § 440 BGB Rn. 39ff.

¹⁰²⁸ Oben § 7 III. 2. b) cc).

¹⁰²⁹ Dieser Aspekt wird auch in der Literatur mehrheitlich betont, vgl. *Zimmer* (2008), 294; *Glinski* (2011), 192; *Lüttringhaus* (2019), 60; *Görgen* (2019), 439; *Hübner* (2022), 357.

auf den Herstellungsprozess „expressive and ethical dimensions“ (Kysar) erfüllen, ist der von Endverbrauchern mitverfolgte Erwerbzweck – die „Statusinvestition in das eigene Singularitätskapital“ (Reckwitz) – selbst bei ordnungsgemäßer Nachlieferung kaum mehr erreichbar. Die nicht im Einklang mit der erwarteten Lieferkettengovernance produzierte Kaufsache ist gesellschaftlich bemakelt, und der Makel ist auch mit einer Nachlieferung nicht vollständig aus der Welt.

Hier direkt auf die Sekundärebene überzuwechseln, ist auch kein beispielloser Bruch mit dem Vorrang der Nacherfüllung. Das zeigt ein Seitenblick auf strukturell ähnlich gelagerte Fälle, von denen oben schon kurz die Rede war.¹⁰³⁰ Wird etwa ein Fahrzeug als Neuwagen verkauft, weist es aber eine Standzeit von mehr als 12 Monaten zwischen Herstellung und Erstzulassung auf, ist es nach gefestigter Rechtsprechung nicht nur mangelhaft, auch die Nacherfüllung soll unmöglich sein.¹⁰³¹ Letzteres ist aber alles andere als zwingend. Denn die Mangelhaftigkeit wird vom BGH primär damit begründet, dass „sich der Zustand des Fahrzeugs durch Zeitablauf aufgrund von Materialermüdung, Oxidation und anderen physikalischen Veränderungen [verschlechtert].“¹⁰³² Vordergründig stehen also reale Alterungsprozesse in Rede, die durch Austausch der betroffenen Teile an sich behoben werden könnten – mit ein paar Handgriffen wäre das betreffende Fahrzeug wieder „wie neu“. „Wie neu“ soll aber gerade nicht reichen, wenn ein Neuwagen verkauft wird. Denn laut BGH erfahren Neuwagen im Verkehr eine besondere Wertschätzung, und diese Wertschätzung gilt als unwiederbringlich dahin, selbst wenn das Fahrzeug technisch in den Neuzustand zurückversetzt wird.¹⁰³³ Auch bei länger stehenden Neuwagen geht es also im Kern um einen gesellschaftlichen Makel,¹⁰³⁴ an dem die Nacherfüllung wenig zu ändern vermag – weshalb dem Käufer konsequenterweise zugestanden wird, direkt mit Sekundäransprüchen vorzugehen. Dasselbe Ar-

¹⁰³⁰ Oben § 7 III. 3. b) aa).

¹⁰³¹ Vgl. nur *Westermann* (2019), § 434 BGB Rn. 65, 71.

¹⁰³² So jüngst BGH NJW 2016, 3015 Rn. 44; zuvor schon BGH NJW 2004, 160, 160; 2006, 2694 Rn. 11.

¹⁰³³ Deutlich BGH NJW 2006, 2694 Rn. 11 (zu insoweit gleichen Situation bei Jahreswagen): „Auch für den Käufer eines Jahreswagens ist die vor der Erstzulassung liegende Standdauer des Fahrzeugs als wertbildender Faktor von erkennbar wesentlicher Bedeutung. Aus der Sicht eines verständigen Käufers dient die an das Alter des Fahrzeugs anknüpfende Kennzeichnung eines Gebrauchtfahrzeugs als Jahreswagen dem Zweck, das Fahrzeug einerseits von (fabrikneuen) Neufahrzeugen und andererseits von älteren Gebrauchtwagen, denen nach der Verkehrsanschauung regelmäßig eine geringere Wertschätzung zukommt, abzugrenzen.“ Dass eine Nacherfüllung an der geringeren Wertschätzung nichts mehr ändern und der Käufer direkt auf Sekundäransprüche übergehen kann, wird vom BGH mehr oder weniger unterstellt, vgl. etwa BGH NJW 2006, 2694 Rn. 11; 2016, 3015 Rn. 53 („nicht behebbare[r] Mangel“).

¹⁰³⁴ Treffend *Roth* (2004), 331: „[Es geht nicht um ein] physisches Merkmal[, sondern die] mit der Standzeit als solcher verbundenen Einbußen an Wertschätzung“; ebenso *Lüttringhaus* (2019), 42 (m. Fn. 54).

gumentationsmuster wirkt bei „unfallfrei“ verkauften Fahrzeugen. Obwohl auch hier Unfallschäden vollständig behoben werden können (und häufig auch behoben sind), „lässt sich der Charakter des Fahrzeugs als Unfallwagen nicht korrigieren“, wie der BGH formuliert.¹⁰³⁵ Selbst bei einer umfassenden Generalüberholung bleibt ein Makel zurück, das Fahrzeug wird vom Verkehr mit einem merkantilen Minderwert belegt. Insofern passt es durchaus ins Bild in Lieferkettenkonstellationen Endverbrauchern keine – allenfalls teilweise abhel-fende – Nacherfüllung zuzumuten.¹⁰³⁶

bb) Kein unerheblicher Mangel

Rücktritt vom ganzen Vertrag und Schadensersatz statt der ganzen Leistung sind ausgeschlossen, wenn die Pflichtverletzung unerheblich ist, § 323 Abs. 5 S. 2 BGB bzw. § 281 S. 3 BGB.¹⁰³⁷ In die Sprache des Gewährleistungsrechts übersetzt, kann der Käufer also weder komplett zurücktreten noch den sogenannten großen Schadensersatz verlangen, wenn der Mangel nur unerheblich ist. In Lieferkettenkonstellationen könnte das für Endverbraucher zum Problem werden.¹⁰³⁸ Zwar ist die Kaufsache mangelhaft, wenn sie nicht im Einklang mit der erwarteten Lieferkettengovernance hergestellt wurde. Aber ist der Mangel auch erheblich genug?¹⁰³⁹

Wann von Unerheblichkeit auszugehen ist, wird in der Gesetzesbegründung zur Schuldrechtsmodernisierung lediglich angedeutet. Voraussetzung ist danach, dass das „Leistungsinteresse des Gläubigers im Grunde nicht gestört ist.“¹⁰⁴⁰ Das hilft genauso wenig weiter wie ein Blick in die Literatur, wo sich keine klaren Kriterien etabliert haben. Zwar wird üblicherweise zwischen unbeheb- und behebbaren Mängeln unterschieden – und während unbeheb-

¹⁰³⁵ BGH NJW 2008, 53 Rn. 23; sinngleich NJW 2008, 1517 Rn. 21.

¹⁰³⁶ Aufgrund der Wertungsparallele zu den Fällen „neuer“ oder „unfallfreier“ Fahrzeuge könnte man argumentieren, dass auch in Lieferkettenkonstellationen der Makel nicht mehr behoben werden kann, also die Nachlieferung (obwohl die Produktion noch läuft und umgestellt werden kann) unmöglich ist (so noch *Schirmer* (2021b), 52). Sinnvoll ist das aber nicht, weil damit die Möglichkeiten von Endverbrauchern unnötig beschnitten werden (es mag ja Fälle geben, wo sie doch Nachlieferung verlangen wollen). Hier ist § 475d BGB (bzw. § 440 S. 1 Var. 3 BGB) die passendere Stellschraube – was übrigens auch für die Reparatur von „neuen“ oder „unfallfreien“ Fahrzeugen gelten dürfte.

¹⁰³⁷ Die Normen lauten nicht nur quasi identisch, auch in der Sache wird die Unerheblichkeit auf Rücktritts- und Schadensersatzebene einheitlich beurteilt, vgl. nur BGH NJW 2013, 1431 Rn. 41 („inhaltsgleich“); *Ernst* (2022), § 281 BGB Rn. 156. Die Normen sind auch mit der Warenkaufrichtlinie vereinbar und gegenüber Verbrauchern weiterhin anwendbar, vgl. BT-Drs. 19/27424, 34.

¹⁰³⁸ Läuft die Produktion noch und ist daher zumindest eine Nachlieferung möglich, sind die genannten Normen direkt einschlägig; ist die betreffende Kaufsache wie im KiK-Fall bereits ausproduziert (und damit jede Form der Nacherfüllung nach § 275 Abs. 1 BGB anfänglich unmöglich), gilt der Verweis in § 326 Abs. 5 BGB bzw. § 311a Abs. 2 S. 3 BGB.

¹⁰³⁹ Zweifelnd etwa *Beckers* (2015), 123.

¹⁰⁴⁰ BT-Drs. 14/6040, 187.

bare Mängel niemals unerheblich sein sollen, wird bei behebbaren Mängeln häufig für eine weite Interpretation plädiert.¹⁰⁴¹ Aber was genau aus dieser weiten Interpretation folgt, bleibt häufig vage.¹⁰⁴² Wer Orientierung sucht, ist deshalb auf die Rechtsprechung verwiesen. Aufbauend auf Vorarbeiten zum alten Schuldrecht hat der BGH in jüngerer Zeit zwei Daumenformeln entwickelt: Bei behebbaren Mängeln werden ähnlich wie bei § 439 Abs. 4 BGB Nacherfüllungskosten und Kaufpreis in ein Verhältnis gesetzt; Unerheblichkeit liegt regelmäßig vor, wenn die Nacherfüllungskosten 5 % des Kaufpreises nicht übersteigen. Bei unbehebbar Mängeln, wo die Nacherfüllungskosten als Bezugspunkt ausscheiden, wird das „Ausmaß der Funktionsbeeinträchtigung“ angesetzt.¹⁰⁴³ Ob hier auch die 5 %-Grenze gilt, wurde bislang nicht ausdrücklich entschieden. Mit Blick auf einen Unfallwagen hat der BGH jedoch ausgesprochen, dass die Pflichtverletzung „zweifellos unerheblich“ wäre, wenn der merkantile Minderwert des Fahrzeugs weniger als 1 % des Kaufpreises entspricht.¹⁰⁴⁴

Wenden wir diese Maßstäbe auf Lieferkettenkonstellationen an, dürfte regelmäßig keine Unerheblichkeit vorliegen. Ist wie im KiK-Fall die Kaufsache bereits ausproduziert und der Mangel daher unbehebbar, wäre zunächst das Ausmaß der Funktionsbeeinträchtigung zu beziffern. Orientieren wir uns dazu wie bei Unfallwagen am merkantilen Minderwert, müssten wir den (fiktiven) Wertverlust ansetzen, der beim Verkauf der bemakelten Kaufsache anfallen würde.¹⁰⁴⁵ Dass wir diesen Wertverlust mitunter nicht genau kennen und anders als bei Unfallwagen auch nicht ausdifferenzierte Berechnungsparameter heranziehen können, ist unschädlich. Denn der Wertverlust sollte mindestens dem Preisaufschlag entsprechen, den ein nicht-bemakeltes Pendant am Markt erzielt – hier also eine vergleichbare Kaufsache mit eingehaltener Lieferkettengovernance. Dieser Preisaufschlag entfällt bei einem Weiterverkauf in jedem Fall, schlicht weil (nun) eine konventionelle Kaufsache ohne Lieferkettengovernance verkauft werden würde.¹⁰⁴⁶ Freilich ist damit das Problem nur verschoben, da

¹⁰⁴¹ Vgl. die Darstellung bei *Looschelders* (2022a), § 323 BGB Rn. 314 ff.

¹⁰⁴² Exemplarisch *Ernst* (2022), § 323 BGB Rn. 256: „[Unerheblichkeit ist anzunehmen], wenn sein vertragliches Leistungsinteresse [sc. das des Gläubigers] bei einer Herabsetzung der Gegenleistung zwar beeinträchtigt ist, diese Beeinträchtigung aber in Abwägung mit dem Schuldnerinteresse am Bestand des Vertrages als untergeordnet erscheint, das Leistungsdefizit mit Minderung und kleinem Schadensersatz befriedigend ausgeglichen werden kann.“

¹⁰⁴³ Jüngst etwa BGHZ 224, 195 Rn. 47; grundlegend BGHZ 201, 290 Rn. 17 ff. Liegt (anders als in Lieferkettenkonstellationen) eine Beschaffenheitsvereinbarung vor, soll allerdings die Erheblichkeit indiziert sein.

¹⁰⁴⁴ BGH NJW 2008, 1517 Rn. 22.

¹⁰⁴⁵ Die Orientierung scheidet nicht schon daran, dass der merkantile Minderwert nur für Unfallwagen gilt – entscheidend ist allein, dass die Kaufsache trotz ordnungsgemäßer Nacherfüllung auf dem Markt mit einem Wertverlust belegt wird. So wurde der merkantile Minderwert dann auch für viele andere Kaufsachen angesetzt (Gebäude, Pferde, Musikinstrumente etc.), vgl. *Oetker* (2022), § 249 BGB Rn. 53 f.

¹⁰⁴⁶ Das ist auch der Grundgedanke bei der Berechnung des merkantilen Minderwerts von Unfallwagen, vgl. *Jaeger* (2017). Der Unterschied ist „nur“, dass der Wertverlust nicht im di-

wir nun den Preisaufschlag näher beziffern müssen. Ähnlich wie oben beim „fairen“ Kaffee können wir uns hierzu jedoch auf breite empirische Forschung stützen. Speziell für „faire“ bzw. „ethische“ Kleidung, die unter Einhaltung vergleichsweise hoher sozialer und ökologischer Standards produziert wurde, konnten in Labor- und Feldexperimenten Preisauflschläge von bis zu 40 % nachgewiesen werden; überwiegend zeigen sich Konsumenten indes bereit, etwa 10–20 % mehr auszugeben als für ein konventionell produziertes Gegenstück.¹⁰⁴⁷ Selbst wenn wir uns am unteren Spektrum orientieren und den (fiktiven) Wertverlust bei Weiterverkauf mit lediglich 10 % des Kaufpreises ansetzen,¹⁰⁴⁸ kämen wir bei unbehebbar Mängeln wie im KiK-Fall also nicht einmal in die Nähe der richterlichen Unerheblichkeitsgrenzen: Der merkantile Minderwert läge weit oberhalb von 1 % des Kaufpreises, und auch die 5 %-Grenze (so sie denn bei unbehebbar Mängeln überhaupt greift), wäre überschritten. Zum gleichen Ergebnis sollten wir regelmäßig bei noch laufender Produktion kommen, wenn also der Mangel durch Nachlieferung behebbar ist. Stellen wir etwa wieder auf das obige Beispiel des „fairen“ Kaffees ab, belaufen sich die Nacherfüllungskosten auf 5,90 Euro, was rund 74 % des Kaufpreises entspricht – und damit weit jenseits der vom BGH bei behebbar Mängeln angesetzten 5 %-Grenze liegt.¹⁰⁴⁹

Natürlich gilt der gleiche Vorbehalt wie bei der Beispielrechnung, die wir im Rahmen des § 439 Abs. 4 BGB angestellt haben: Mit alledem ist bestenfalls etwas über die Warengruppen Kleidung und Kaffee ausgesagt, und die Zahlen mögen im Einzelfall anders sein. Allerdings sind die Beispielrechnungen deshalb nicht wertlos. Sie deuten klar darauf hin, dass in Lieferkettenkonstellationen der Mangel selten unerheblich sein wird – zumal es am nachweisbelasteten Verkäufer wäre, eine abweichende Rechnung zu präsentieren, wie die Formulierung in § 323 Abs. 5 S. 2 BGB bzw. § 281 S. 3 BGB verdeutlicht.¹⁰⁵⁰ Und selbst wenn er sie präsentierte, ist fraglich, ob das reicht. Denn nach einer verbreiteten Auffassung in der Literatur (der sich auch der BGH anzunähern scheint) wäre Unerheblichkeit schon dann zu verneinen, wenn der Mangel einen Beschaffen-

rechten Vergleich mit den Marktpreisen vergleichbarer unfallfreier Fahrzeugen ermittelt wird, sondern anhand zahlreicher Bewertungsfaktoren des beschädigten Fahrzeugs, die leichter zu erheben sind als Referenzpreise, dazu generell *Flume* (2019), 64 ff., 175 ff.

¹⁰⁴⁷ Vgl. die systematische Auswertung durch *Tey, et al.* (2018); zu gleichen Ergebnissen kommen Umfragen, vgl. *KPMG* (2019), 10. Die 40 % Preisauflschlag zeigten sich (ausgerechnet) bei Socken, vgl. *Prasad, et al.* (2004).

¹⁰⁴⁸ Was angesichts der Tatsache, dass die Nichteinhaltung von angekündigter Lieferkettengovernance von Konsumenten teils mit Boykott sanktioniert wird (oben § 7 II. 1. b)), sehr niedrig gegriffen sein dürfte, dazu auch noch unten § 7 III. 4.

¹⁰⁴⁹ Das gleiche Ergebnis zeigte sich, wenn wir die tendenziell höheren Grenzwerte aus der Literatur (etwa *Müller/Matthes* (2004), 748: 15 %; *Rösler* (2007), 593: 5 % bis [sic!] 10 %) ansetzen.

¹⁰⁵⁰ Unmissverständlich wiederum Art. 13 Abs. 5 S. 2 Warenkaufrichtlinie: „Die Beweislast dafür, ob es sich um eine geringfügige Vertragswidrigkeit handelt, trägt der Verkäufer.“

heits- oder Verwendungsaspekt betrifft, der für die Kaufentscheidung wichtig war¹⁰⁵¹ – und wie wir wissen, ist genau das in Lieferkettenkonstellationen der Fall.¹⁰⁵²

cc) Vertretenmüssen

Fordern Endverbraucher bei nicht erwartungskonformer Lieferkettengovernance Schadensersatz statt der ganzen Leistung, braucht es Vertretenmüssen auf Seiten transnationaler Händler. Sofern dies in der Literatur überhaupt Erwähnung findet, wird es häufig mit wenigen Worten abgelehnt: In aller Regel seien die Produktionsumstände nicht näher bekannt, und weil der Lieferant nicht als Erfüllungshilfe angesehen werden könne, scheide auch eine Verhaltenszurechnung via § 278 BGB aus.¹⁰⁵³ Wenn wir genauer hinschauen, wird jedoch schnell klar, dass das Gegenteil richtig ist. Weil sich die Bezugspunkte des Vertretenmüssens unterscheiden, müssen wir dabei erneut unbehebbar und behebbar Mängel auseinanderhalten.

(1) Unbehebbar Mängel

Ist wie im KiK-Fall die Kaufsache bereits ausproduziert und die Nacherfüllung daher anfänglich unmöglich, kommt es nach § 311a Abs. 2 S. 2 BGB darauf an, ob transnationale Händler den Mangel und dessen Unbehebbarkeit vor Vertragsschluss kannten oder ihre Unkenntnis zu vertreten haben.¹⁰⁵⁴ Genauer: Weil § 311a Abs. 2 S. 2 als Exkulpationseinwand konzipiert ist, müssen transnationale Händler darlegen und mitunter beweisen, dass sie den Mangel und dessen Unbehebbarkeit vor Vertragsschluss nicht kannten oder ihre Unkenntnis nicht zu vertreten haben. Dass dürfte jedenfalls KiK kaum gelingen: Wie eingangs bei der Fallschilderung erwähnt, stellte ein Brandgutachten grobe Defizite beim Brandschutz fest, namentlich waren in der Textilfabrik von Ali Enterprises Fenster vergittert und die wenigen Fluchtwege verstellt.¹⁰⁵⁵ Gehen wir nach dem zu Fast Fashion Gesagten davon aus, dass KiK die gesamte Serie ausschließlich in jener Textilfabrik produzieren ließ, unterblieben nicht nur bei der Produktion des später von Karla König erworbenen Pullovers grundlegende Feuerschutzpräventionsvorkehrungen, sondern bei der Produktion der gesamten Gattung.¹⁰⁵⁶ Vor dem Brand wurde die Fabrik außerdem vier Mal im Zuge

¹⁰⁵¹ Exemplarisch *Lorenz* (2006), 1925 f. (am Bsp. eines blauen statt des gewünschten roten Autos); ähnlich jüngst BGHZ 224, 195 Rn. 46 (zu günstig ersetzbaren Felgen, wegen der aber die Entziehung der Betriebserlaubnis droht); zum Annäherungsaspekt vgl. *Schmidt* (2022), § 323 BGB Rn. 47.

¹⁰⁵² So knapp auch *Glinski* (2011), 192; *Lüttringhaus* (2019), 60; *Hübner* (2022), 357.

¹⁰⁵³ *Lüttringhaus* (2019), 61; *Weller, et al.* (2016), 399 (m. Fn. 65).

¹⁰⁵⁴ Zum Bezugspunkt des Vertretenmüssens nur *Faust* (2022), § 437 BGB Rn. 126.

¹⁰⁵⁵ Oben § 7 I.

¹⁰⁵⁶ Oben § 7 III. 3. a) aa).

der Lieferkettengovernance kontrolliert, gleich die erste Kontrolle stellte Brandschutzmängel fest. Weil jene Kontrolle entweder direkt von KiK-Mitarbeitern aus dem CSR-Bereich durchgeführt wurde oder die Mitarbeiter zumindest die Prüfberichte der beauftragten Auditoren erhielten,¹⁰⁵⁷ war in KiKs Unternehmensbereich typischerweise aktenmäßig gespeichertes, für die Leistungserbringung ganz wesentliches Wissen vorhanden. Damit greifen die Grundsätze der Wissenszurechnung ein: Der KiK Textilien und Non Food GmbH ist das im Unternehmen vorhandene Wissen über die unzureichenden Feuerschutzpräventionsvorkehrungen zuzurechnen.¹⁰⁵⁸

Nichts anderes würde gelten, wenn wir (abweichend von der Realität) unterstellten, dass in der Textilfabrik keinerlei oder nur oberflächliche Kontrollen stattgefunden haben und bei KiK deshalb kein aktenmäßig vorhandenes Wissen über die Brandschutzmängel vorhanden war. Denn in diesem Fall hätte KiK seine Unkenntnis zu vertreten: Wir hatten gesagt, dass ein Durchschnittskäufer nicht nur erwarten darf, dass KiK überhaupt Lieferkettengovernance betreibt, sondern das KiK die angekündigten Kontroll- und Durchsetzungsmaßnahmen im Wesentlichen umsetzt – wozu insbesondere „mehrere angemeldete oder unangemeldete Kurzbesuche zur engmaschigen Beobachtung“ zählen, und zwar auch durch eigene „Mitarbeiter aus dem CSR-Bereich“.¹⁰⁵⁹ Als die Textilfabrik 2012 abbrannte, standen KiK und Ali Enterprises bereits seit fünf Jahren in Lieferbeziehungen. Wenn KiK in dieser ganzen Zeit keinerlei Kontrollen durchgeführt hätte, wäre schon wegen der völlig unzureichenden Wissensorganisation von fahrlässiger Unkenntnis auszugehen. Gleiches gilt, wenn KiK seine Mitarbeiter (oder eigens beauftragte Auditoren) so oberflächlich hätte kontrollieren lassen, dass leicht zu erkennende Defizite wie vergitterte Fenster oder verstellte Fluchtwege dabei nicht auffallen.¹⁰⁶⁰ Und wenn KiKs eigene oder beauftragte

¹⁰⁵⁷ Ob Ersteres oder Zweiteres im KiK-Fall einschlägig war, ist nicht völlig klar. Selbst KiK bestreitet aber nicht, dass die Kontrollergebnisse intern bekannt waren, vgl. *Saage-Maaß* (2021), 36, 42.

¹⁰⁵⁸ Dass die Wissenszurechnung i. R. d. § 311 Abs. 2 S. 2 BGB Anwendung findet, ist in der Literatur breit akzeptiert, vgl. nur *Herresthal* (2022), § 311a BGB Rn. 121 ff.; dass Kontrollergebnisse typischerweise aktenmäßig festzuhalten sind, dürfte im Lichte der Grundsätze der Wissenszurechnung ebenfalls nicht zweifelhaft sein, (vgl. *Schubert* (2021), § 166 BGB Rn. 95 ff.) und sollte (sobald und sofern anwendbar) auch aus § 6 Abs. 3 LkSG folgen. Darüber hinaus wäre denkbar, transnationalen Händlern das Wissen ihrer Lieferanten zuzurechnen – so wusste KiKs Lieferant Ali Enterprises (genauer: sein vor Ort ansässiger Geschäftsführer) ja zweifellos, dass bei Produktion des Pullovers grundlegende Feuerschutzpräventionsvorkehrungen nicht eingehalten wurden und deshalb die gesamte, bereits ausproduzierte Gattung mangelhaft ist. Obwohl das auf Basis der engen Kontroll- und Durchsetzungsbefugnisse qua Lieferkettengovernance nicht ausgeschlossen scheint, dürfte es doch zu weit gehen, schon weil die Lieferanten eigenständige (und auch nicht konzernverbundener) Rechtsträger sind. Freilich kommt es angesichts der unzähligen (leichteren) Begründungswege ohnehin nicht darauf an.

¹⁰⁵⁹ Oben § 7 III. 2. b) cc).

¹⁰⁶⁰ Singlegleich (für die insoweit ähnliche cic-Haftung) *Beckers* (2015), 167 ff.; *Asmussen* (2017), 122 f.; im US-Kontext *Bagchi* (2019), 2521 ff. Sobald und sofern das LkSG anwendbar

Leute trotz ausreichender organisatorischer Vorgaben ihrerseits unsorgfältig kontrolliert hätten, würde § 278 BGB eingreifen: Da aufgrund der Struktur des § 311a Abs. 2 S. 2 BGB als Exkulpationsnorm die §§ 276 ff. BGB Anwendung finden, müssen sich Schuldner das schuldhaft Verhalten von Personen zurechnen lassen, derer sie sich zur Vergewisserung der eigenen Leistungsfähigkeit bedienen.¹⁰⁶¹ Ein häufig genanntes Beispiel ist der vom Schuldner beauftragte Lagerverwalter, der die Unversehrtheit der zukünftigen Kaufsache überprüfen soll und dabei leichtfertig übersieht, dass der Warenbestand verdorben ist.¹⁰⁶² Nicht anders liegt die Sache, wenn transnationale Händler eigene Mitarbeiter oder beauftragte externe Auditoren zur Kontrolle der Produktionsumstände heranziehen. Ihr Einsatz dient auch der Vergewisserung, ob bei der Herstellung der Kaufsachen Feuerpräventionsvorkehrungen und andere grundlegende Arbeitsschutzmaßnahmen eingehalten werden und transnationale Händler damit gegenüber Lieferkettengovernance erwartenden Endverbrauchern leistungsfähig sind. KiKs Einwand im Verfahren vor dem LG Dortmund – in den jüngeren Prüfungen wären keine Brandschutzmängel festgestellt worden –¹⁰⁶³ würde im Kontext des § 311a Abs. 2 S. 2 BGB also nicht durchgreifen. Denn angesichts der unverkennbar in der Textilfabrik bestehenden Brandschutzdefizite (vergitterte Fenster, verstellte Fluchtwege etc.) hätten die von KiK eingeschalteten Hilfspersonen dann genauso unsorgfältig geprüft wie der Lagerverwalter aus dem Beispiel.¹⁰⁶⁴

Die Anwendbarkeit von § 278 BGB rückt schließlich einen ganz entscheidenden Akteur ins Licht: Transnationale Händler wie KiK haben schon deshalb Kenntnis vom Mangel und dessen Unbehebbarkeit, weil ihnen auch das Verhalten ihrer Lieferanten nach § 278 BGB zuzurechnen ist. Zwar entspricht es ständiger Rechtsprechung, dass der die Kaufsache fertigende Lieferant nicht Erfüllungshilfe des Verkäufers ist, weil der Verkäufer nur Verschaffung und nicht die Herstellung der Ware schuldet – weshalb es auch in Lieferkettenkonstellationen reflexhaft heißt, § 278 BGB sei auf Lieferanten nicht anwendbar.¹⁰⁶⁵ Das geht

ist, lässt sich dies auch auf §§ 6 Abs. 4 Nr. 4, 7 Abs. 2, 3 Abs. 2 LkSG stützen. Zur Konkretisierung des Sorgfaltsmaßstabs anhand des LkSG vgl. *Wagner* (2021a), 1103f.; *Paefgen* (2021), 2010ff.; eine Konkretisierung via LkSG (wenig überzeugend) ablehnend *Schneider* (2022), 412ff.

¹⁰⁶¹ Vgl. aus der Literatur nur *Ernst* (2022), § 311a BGB Rn. 64; grundsätzlich auch BGHZ 163, 234, 244 (Kauf eines Hundes mit körperlichem Defekt).

¹⁰⁶² Etwa *Ernst* (2022), § 311a BGB Rn. 64; sinngleich *Herresthal* (2022), § 311a BGB Rn. 123.

¹⁰⁶³ Dazu *Saage-Maaß* (2021), 42.

¹⁰⁶⁴ Wobei unsorgfältig eher eine Beschönigung sein dürfte: Wie eine Untersuchung der letzten, von Ali Enterprises selbst durchgeführten (und auf dem Papier glänzend bestandenen) Prüfung ergab, war Korruption an der Tagesordnung, vgl. *Saage-Maaß* (2021), 36f., 42.

¹⁰⁶⁵ *Lüttringhaus* (2019), 61; *Weller, et al.* (2016), 399 (m. Fn. 65); jeweils unter Berufung auf die st. Rspr., jüngst bekräftigt durch BGHZ 200, 337 Rn. 31 (Fensterhersteller ist nicht Erfüllungshilfe eines Fachhändlers für Baubedarf).

jedoch deutlich zu schnell. Denn wie oben herausgearbeitet wurde, besteht die Besonderheit von Lieferkettenkonstellationen gerade darin, dass transnationale Händler *kaufvertraglich* bestimmte Produktionsumstände schulden. Ihre Verkäuferpflichten beschränken sich nicht auf die Verschaffung, sondern beziehen den Herstellungsprozess mit ein. Und nicht bloß handlungs-, sondern erfolgsbezogen: Die Kaufsache muss mit erwartungskonformer Lieferkettengovernance gefertigt werden.¹⁰⁶⁶ Produzieren transnationale Händler nicht selbst und delegieren sie die Umsetzung von Feuerschutzpräventionsvorkehrungen und anderen grundlegenden Arbeitsschutzstandards an ihre Lieferanten, werden die Lieferanten insoweit in ihrem Pflichtenkreis tätig. Lieferanten fungieren als Hilfspersonen, um die gegenüber Endverbrauchern geschuldeten Produktionsumstände bei der Herstellung der Kaufsache zu erfüllen. Da direkt in den Produktionsprozess involviert, sind Lieferanten zugleich die erste Kontrollinstanz, mit der sich transnationale Händler ihrer eigenen Leistungsfähigkeit vergewissern. Halten Lieferanten schuldhaft die zu erwartende Lieferkettengovernance nicht ein – ignorieren sie etwa wie im KiK-Fall offen die nötigen Feuerpräventionsvorkehrungen – und vereiteln sie so von vornherein jede Möglichkeit, eine mangelfreie Kaufsache zu leisten, wird dies transnationalen Händlern nach § 278 BGB zugerechnet.¹⁰⁶⁷ So gesehen liegt die Sache nicht viel anders, als wenn ein Verkäufer im Rahmen eines Streckengeschäfts die Lieferung an den Hersteller delegiert; letzterer ist dann eben bezogen auf die Lieferung Erfüllungsgehilfe des Verkäufers.¹⁰⁶⁸ Zudem wird ungeachtet der Besonderheiten von Lieferkettenkonstellationen in der Literatur vorgeschlagen, dass der nach außen wie ein Hersteller auftretende Verkäufer – insbesondere wenn er wie KiK seine Marke am Produkt anbringt – für das Verschulden seiner Lieferanten im Produktionsprozess nach § 278 BGB haftet.¹⁰⁶⁹ Auch vor diesem Hintergrund wären Lieferanten in Lieferkettenkonstellationen nach dem Muster des KiK-Falls also als Erfüllungsgehilfen anzusehen.

Um einen möglichen Einwand direkt zu entkräften: Werden Lieferanten als Erfüllungsgehilfen eingeordnet, ist keine uferlose Ausweitung der Verkäufenhaftung zu befürchten. Insbesondere wäre es nicht so, dass örtliche Bekleidungsgeschäfte und andere kleine Verkaufsstellen – die anders als im KiK-Fall in den Absatzvorgang als Letztverkäufer dazwischengeschaltet sind – nun pau-

¹⁰⁶⁶ Oben § 7 III. 3. a).

¹⁰⁶⁷ Genauer gesagt wird die schuldhafte Nichtweitergabe der Information, dass die nötigen Feuerpräventionsvorkehrungen bei der Produktion nicht eingehalten wurden und transnationale Händler damit gegenüber Lieferkettengovernance erwartenden Endverbrauchern nicht leistungsfähig sind, nach § 278 BGB dem Schuldner zugerechnet, vgl. generell *Herresthal* (2022), § 311a BGB Rn. 106, 123.

¹⁰⁶⁸ So schon RGZ 108, 221, 223.

¹⁰⁶⁹ Etwa *Faust* (2022), § 437 BGB Rn. 101 m.w.Nw.; weitergehender *Grundmann* (2022a), § 278 BGB Rn. 31 (Lieferant ist immer Erfüllungsgehilfe); *Herresthal* (2022), § 311a BGB Rn. 157 (jedenfalls bei öffentlichen Äußerungen i. S. v. § 434 Abs. 3 BGB).

schal für schuldhaftes Verhalten von Lieferanten haften. Denn § 278 BGB greift ja überhaupt nur dann ein, wenn Verkäufer erwartungskonforme Lieferkettengovernance schulden. Wie oben gezeigt, ist das bei örtlichen Bekleidungsgeschäfte und anderen kleinen Verkaufsstellen (und bei Privatverkäufern sowieso) gerade nicht der Fall, weil sie sich auf den Ausschlussgrund des § 434 Abs. 3 S. 3 BGB berufen können: Sie müssen die Äußerungen transnationaler Händler in Verhaltenskodizes und Nachhaltigkeitsberichten nicht kennen, weshalb die Kaufsache schon nicht mangelhaft ist.¹⁰⁷⁰ Entsprechendes gilt für Vertrags- oder Fachhändler. Zwar greift zu ihren Gunsten § 434 Abs. 3 S. 3 BGB regelmäßig nicht ein, wie wir oben gesehen haben.¹⁰⁷¹ Allerdings bedienen sie sich nicht der Lieferanten als Hilfsperson. Denn sie haben mit der Auswahl der Lieferanten und den Produktionsbedingungen vor Ort typischerweise nichts zu tun, die Lieferanten werden also gerade nicht mit ihrem Wissen und Wollen eingeschaltet.¹⁰⁷² Die Zurechnung von Lieferantenverhalten spielt also nur bei solchen Verkäufern eine Rolle, die wie transnationale Händler qua ihrer Marktmacht bestimmte Produktionsumstände an einzelne Lieferanten delegieren und kontrollieren können.¹⁰⁷³ Hier ist die Anwendung von § 278 BGB dann aber auch wenig problematisch.¹⁰⁷⁴

(2) Behebbarer Mängel

Läuft anders als im KiK-Fall die Produktion noch und bleibt eine Nachlieferung daher möglich, gilt § 281 Abs. 1 S. 1 BGB i. V. m. § 280 Abs. 1 S. 2 BGB. Transnationale Händler müssen also entweder zu vertreten haben, dass die Pflicht zur ursprünglich mangelfreien Leistung oder die Pflicht zur Nacherfüllung verletzt wurde.¹⁰⁷⁵ Weil Endverbraucher wie gesehen selten Nachlieferung verlangen dürften, ist in Lieferkettensituationen vor allem die Pflicht zur ursprünglich mangelfreien Leistung relevant. Hier können wir uns kurzfassen. Nach dem eben Gesagten wird regelmäßig Vertretenmüssen anzunehmen sein – zumal es wegen § 280 Abs. 1 S. 2 BGB wiederum an transnationalen Händlern wäre, sich zu entlasten: Hätten beim Lieferanten keinerlei oder nur oberflächliche Kontrollen und Einwirkungsversuche stattgefunden, dürften unzureichende organisatorische Sorgfaltsanstrengungen zur Umsetzung der angekündigten Lieferkettengovernance vorliegen. Wäre es bei der Umsetzung der an

¹⁰⁷⁰ Oben § 7 III. 2. d).

¹⁰⁷¹ Wiederum oben § 7 III. 2. d).

¹⁰⁷² Auch über die anderen Wege wäre Vertretenmüssen kaum zu begründen: Für eine Wissenszurechnung ist aufgrund der Eigenständigkeit von Vertrags- und Fachhändlern kein Raum, auch hätten sie (da sie ja selbst keine Lieferkettengovernance angekündigt haben) unzureichende organisatorische Wissensanstrengungen nicht zu vertreten.

¹⁰⁷³ Dazu oben § 7 II. 1. a).

¹⁰⁷⁴ Dazu generell *Tröger* (2012), 431 ff.; *Köndgen* (2015), 343 ff.

¹⁰⁷⁵ So die ganz h. M., vgl. nur *Faust* (2022), § 437 BGB Rn. 86f.

sich ordnungsgemäßen organisatorischen Vorgaben zu Sorgfaltsverstößen der eigenen oder beauftragten Leute gekommen, würde § 278 BGB eingreifen. Und weil sich transnationale Händler ihrer Lieferanten als Hilfspersonen bedienen, um die gegenüber Endverbrauchern geschuldeten Produktionsumstände bei der Herstellung der Kaufsache zu erfüllen, haften sie immer schon dann, wenn Lieferanten schuldhaft gegen die Anforderungen der Lieferkettengovernance verstoßen.

c) Zwischenergebnis

Damit können wir auch das zweite Anknüpfungsproblem abschließen. Wir wollten herausfinden, welche Gewährleistungsansprüche in Lieferkettenkonstellationen bestehen und welchen Inhalt sie haben. Dazu ist es wichtig, auf Primärebene zwischen unbehebaren und behebbaren Mängeln zu unterscheiden. Ist wie im KiK-Fall die Kaufsache bereits ausproduziert, ist typischerweise jede Form der Nacherfüllung unmöglich; läuft die Produktion dagegen noch, besteht grundsätzlich ein Nachlieferungsanspruch gegen transnationale Händler. Letzterer scheitert auch nicht an § 439 Abs. 4 BGB (und erst recht nicht an § 275 Abs. 2 BGB), weil die Nacherfüllungskosten regelmäßig nicht einmal in die Nähe der Unverhältnismäßigkeitsgrenze kommen. Weil die Kaufsache bei nicht eingehaltener Lieferkettengovernance aber gesellschaftlich bemakelt ist und eine Nachlieferung diesen Makel allenfalls partiell verschwinden lässt, dürften Endverbraucher häufig Interesse daran haben, die Kaufsache ohne Nachlieferung abzustoßen. Folglich liegt der Anspruchsfokus eher auf Sekundärebene, auf Rücktritt vom ganzen Vertrag und Schadensersatz statt der ganzen Leistung. Obwohl es dazu an sich eine erfolglose Fristsetzung braucht, wird das Erfordernis häufig wegen § 475d Abs. 1 Nr. 3 bzw. 5 BGB entfallen. Denn die Art der Mangelhaftigkeit – der auf der Kaufsache lastende gesellschaftliche Makel, der auch durch eine Nachlieferung nicht aus der Welt ist – macht die Nachlieferung unzumutbar; insofern liegt die Sache nicht anders als bei zu lange stehenden Neuwagen oder Unfallwagen. Komplettrücktritt und großer Schadensersatz scheitern ferner nicht daran, dass der Mangel nur unerheblich ist; die hierfür verbreiteten Grenzwerte sind typischerweise weit überschritten. Schließlich ist auch Vertretenmüssen zu bejahen, nicht zuletzt weil transnationalen Händlern das Verhalten ihrer Lieferanten nach § 278 BGB zugerechnet wird.

Wiederum konnten wir bei alledem einige der in § 7 I. behandelten Konstruktionsgründe in der Gewährleistungsdogmatik anknüpfen. So wird etwa vom Unmöglichkeitsskriterium reflektiert, dass angesichts ihres vergleichsweise geringen Tätigkeitsumfangs wenig Anlass besteht, gerade Kleinakteure wie das örtliche Bekleidungsgeschäft über eine Lieferkettenverantwortlichkeit zu verpflichten. Dass Produkte bei nicht eingehaltener Lieferkettengovernance „nega-

tiv singularisiert“ (Reckwitz) und mit einem „moral taint“ (Kysar) versehen sind, konnten wir beim Anspruchsziel, dem Fristsetzungserfordernis und der Mangelerheblichkeit verarbeiten.

Freilich führt uns der letzte Punkt direkt zu unserem letzten Anknüpfungproblem: Inwiefern lässt sich im Umfang des Anspruchs ausdrücken, dass Endverbraucher bei nicht erwartungskonformer Lieferkettengovernance nicht nur überzahlt haben, sondern aufgrund des auf dem Produkt lastenden gesellschaftlichen Makels einen doppelten Enttäuschungsschaden erleiden?

4. Drittes Anknüpfungproblem: Anspruchsumfang

Im Kontrast zu den ersten beiden Anknüpfungproblemen ist der in Lieferkettenkonstellationen anfallende Anspruchsumfang hierzulande kaum Thema. Genauer gesagt ist mir keine Publikation bekannt, die sich überhaupt an einer genaueren Bezifferung versucht hat.¹⁰⁷⁶ Das soll im Folgenden nachgeholt werden, wobei uns vor allem ein Aspekt beschäftigen wird: Ist es möglich, den oben herausgearbeiteten doppelten Enttäuschungsschaden als Schadensersatz abzubilden?¹⁰⁷⁷ Bevor wir das tun, sollten wir uns aber zunächst die typischen Rechtsfolgen vor Augen führen.

a) Ausgangspunkt

Hinsichtlich des Anspruchsinhalts haben wir oben festgehalten: Gleich ob die Produktion noch läuft oder wie im KiK-Fall die Kaufsache bereits ausproduziert ist – weil der Mangel regelmäßig nicht nur unerheblich sein dürfte, können Endverbraucher in Lieferkettenkonstellationen vom ganzen Vertrag zurücktreten sowie großen Schadensersatz fordern. Treten sie zurück, bereitet der Anspruchsumfang wenig Probleme. Der Kaufpreis ist gegen Rückgabe der Kaufsache zurückzuzahlen, etwaig gezogene Nutzungen sind herauszugeben, § 346 Abs. 1 BGB.¹⁰⁷⁸ Ebenso unspektakulär lässt sich der große Schadensersatz ermitteln. Auch hier geben Endverbraucher die Kaufsache zurück, im Gegenzug erhalten sie Geldersatz in Höhe des Gesamtwerts der Kaufsache in mangelfreiem Zustand. Weil bei Massengütern der Kaufpreis den mangelfreien Wert der Kaufsache verkörpern sollte und Endverbraucher wie König typischerweise keinen konkreten gewinnbringenden Weiterverkauf geplant haben, sollte der

¹⁰⁷⁶ Bei Beckers (2015), 123 bleibt es etwa bei der Feststellung: „damages are still difficult to calculate“.

¹⁰⁷⁷ Oben § 7 II. 3. b).

¹⁰⁷⁸ Die Pflicht zum Nutzungersatz gilt auch, obwohl Lieferkettenkonstellationen nach dem Muster des KiK-Falls Verbrauchsgüterkäufe darstellen, denn § 475 Abs. 3 S. 1 BGB gilt für den Rücktritt nicht, vgl. BGHZ 182, 241 Rn. 14 ff. Das dürfte sich mittlerweile auch direkt aus § 475 Abs. 6 BGB ergeben.

erlittene Schaden daher regelmäßig dem gezahlten Kaufpreis entsprechen.¹⁰⁷⁹ Ein darüberhinausgehender Schaden käme allenfalls bei Vornahme eines teureren Deckungskaufs in Betracht. Ähnlich wie bei der oben behandelten Unmöglichkeit setzt das allerdings voraus, dass überhaupt eine gleichwertige und gleichartige Ersatzsache am Markt verfügbar ist,¹⁰⁸⁰ woran es bei trendbezogenen, bereits ausproduzierten Kaufsachen wie im KiK-Fall typischerweise fehlen wird.¹⁰⁸¹ Und bei mehr oder weniger austauschbaren Massengütern – etwa anderswo erworbenem „fairen“ Kaffee – dürfte die Preisdifferenz minimal sein.

Sollten Endverbraucher die Kaufsache behalten wollen (wozu sie freilich nicht komplett zurücktreten dürfen), wäre nur der sogenannte kleine Schadensersatz zu ersetzen. Dieser bezieht sich auf den mangelbedingten Minderwert, also den Wertunterschied zwischen mangelhafter und mangelfreier Sache.¹⁰⁸² Gerade bei Massengütern läuft das auf die Differenz zwischen dem Restwert der mangelhaften Kaufsache und dem Marktpreis eines mangelfreien Vergleichsprodukts hinaus.¹⁰⁸³ Der Sache nach können wir deshalb an das zum merkantilen Minderwert Gesagte anknüpfen: Der mangelbedingte Minderwert sollte mindestens dem Preisaufschlag entsprechen, den ein nicht-bemakeltes Pendant am Markt erzielt – im KiK Fall also ein vergleichbarer Pullover mit eingehaltener Lieferkettengovernance.¹⁰⁸⁴ Freilich haben wir ebenfalls schon gesehen, dass jener kleine Schadensersatz selten relevant werden sollte – eben weil die Kaufsache gesellschaftlich bemakelt ist, wollen Endverbraucher wie König sie abstoßen.

¹⁰⁷⁹ Sofern man in dem Verlangen nach Schadensersatz statt der ganzen Leistung zumindest konkludent eine Rücktrittserklärung erblickt, besteht dann wegen des Rückzahlungsanspruchs aus § 346 Abs. 1 BGB allerdings gar kein Schaden; Gleiches folgt aus der Anwendung der Differenzmethode, vgl. *Lorenz* (2022), § 281 BGB Rn. 36, 47.

¹⁰⁸⁰ Vgl. etwa OLG Stuttgart, NJW-RR 2012, 251, 252 (ein Jahr später produziertes Oldtimermodell mit Schalt- statt Automatikgetriebe ist kein gleichwertiger Deckungskauf); näher zur Gleichwertigkeit i. R. d. Deckungskaufs *Emmerich* (2022), Vor § 281 BGB Rn. 45 ff.

¹⁰⁸¹ Oben § 7 III. 3. a) aa).

¹⁰⁸² Vgl. nur *Lorenz* (2022), § 281 BGB Rn. 71. Freilich gilt auch hier, dass über den mangelbedingten Minderwert hinaus eingetretene Schäden ersetzt werden, etwa entgangener Gewinn aus konkretem Weiterverkauf und (ggf. fiktive) Mängelbeseitigungskosten (vgl. dazu BGHZ 229, 115 Rn. 6 ff.). Beides dürfte in Lieferkettenkonstellationen aber aus o.g. Gründen kaum einmal der Fall sein: Ein konkreter Weiterverkauf wird von Endverbrauchern nicht angestrebt, eine Mängelbeseitigung durch Nachbesserung ist unmöglich.

¹⁰⁸³ Wobei der Marktpreis dann wiederum im Kaufpreis abgebildet sein sollte, vgl. zum Ganzen *Stöber* (2021), § 441 BGB Rn. 62 ff.

¹⁰⁸⁴ Oben § 7 III. 3. b) bb). Deutlich (zum insoweit parallelen mangelbedingten Minderwert im Werkvertrag) BGHZ 218, 1 Rn. 28: „Hat der Besteller [...die] Sache veräußert, ohne dass eine Mängelbeseitigung vorgenommen wurde, kann er den Schaden nach dem konkreten Mindererlös wegen des Mangels der Sache bemessen. Der Mindererlös wird typischerweise anhand der Differenz zwischen dem hypothetischen Wert der Sache ohne Mangel und dem gezahlten Kaufpreis [sc. bei Weiterverkauf] ermittelt werden können. Da der Kaufpreis den tatsächlichen Wert der [mangelhaften] Sache indiziert, entspricht der so ermittelte Mindererlös im Regelfall dem Minderwert der betroffenen Sache.“

Der letzte Punkt macht auf das eingangs angesprochene Problem aufmerksam: Blieben wir bei den bisherigen Schadensposten stehen, wäre nur die erste Facette des doppelten Enttäuschungsschadens abgebildet – nämlich dass Endverbraucher wie König bei nicht erwartungskonformer Lieferkettengovernance überzahlt haben. Dass „they feel shame, and are stigmatized by others“ (Kysar), dass Endverbraucher also darüber hinaus einen Verlust an „Singularitätskapital“ erleiden (Reckwitz), bliebe bei der Schadensermittlung außen vor.¹⁰⁸⁵ In der US-amerikanischen Debatte zur Lieferkettenverantwortlichkeit hat Sarah Dadush hierfür den treffenden Begriff „identity harm“ geprägt, den sie als Unterfall von „emotional harm“ einordnet und entsprechend ersetzen will.¹⁰⁸⁶ Details dieser sehr auf die Eigenarten des US-amerikanischen Rechtssystems zugeschnittenen Diskussion müssen uns nicht interessieren, allein die Grundidee macht neugierig: Kommt ein emotional vermittelter „identity harm“ auch hierzulande in Betracht?

b) Identity Harm als ersatzfähiger Schaden?

Auf den ersten Blick wirkt das abwegig. Scham und Prestigeeinbuße mögen unangenehm sein, aber sie sind als immaterielle Schäden nur in den Grenzen des § 253 BGB ersatzfähig – und in Lieferkettenkonstellationen nach dem Muster des KiK-Falls sind weder Körper, Gesundheit noch Freiheit oder sexuelle Selbstbestimmung verletzt. Auf den zweiten Blick ist die Sache aber nicht mehr so eindeutig. Denn im Schadensrecht sind zahlreiche weitere Fallgruppen etabliert, in denen offen oder zumindest der Sache nach immaterielle Schäden ersetzt werden.

aa) Viele Vorläufer

Ein Beispiel für Letzteres ist der Ersatz für entgangene private Gebrauchsmöglichkeiten, namentlich wenn das eigene Fahrzeug nicht genutzt werden kann. Zwar orientiert sich die Rechtsprechung bei der Schadensberechnung am üblichen Mietpreis für ein vergleichbares Fahrzeug und damit vordergründig an einem Vermögenswert. Dass aber auch ohne ersatzweise Anmietung oder sonstige Kosten ein Schaden vorliegen soll, wird vom BGH mit der „fühlbaren“ bzw. „spürbaren Einschränkung“ des Gebrauchsverlusts erklärt. Weil das Vermögen nicht nur das reine Haben, sondern auch die darin „verkörperten Möglichkeiten für den Vermögensträger umfass[t], es zur Verwirklichung seiner

¹⁰⁸⁵ Knapp auch *Beckers* (2015), 122: „In relation to end-consumer contracts, the delivery of the product results primarily in disappointed expectations, but not in direct financial damage.“

¹⁰⁸⁶ *Dadush* (2019), 848ff.; ihr folgend *Geistfeld* (2019), 152f. Dadush beruft sich insb. auf die Vorarbeiten von *Ben-Shabar/Porat* (2018).

Lebensziele zu nutzen“, brauche es eine „Ergänzung des Gesetzes“. ¹⁰⁸⁷ Bei Lichte besehen bezieht sich der BGH bei entgangenen privaten Gebrauchsvorteilen also auf immaterielle Einbußen, die „unter Zuhilfenahme abenteuerlicher Kunstgriffe zu Vermögensschäden umqualifiziert [werden]“, wie Oliver Brand formuliert. ¹⁰⁸⁸ Und wie weit diese Ergänzung des Gesetzes mittlerweile reicht, verdeutlicht ein Blick auf die Vielzahl jener „Wirtschaftsgüter von zentraler Bedeutung für die Lebenshaltung“, bei denen die Rechtsprechung Schadensersatz zugesprochen hat: Neben Fahrzeugen und Wohnhäusern sind auch die spürbaren Einschränkungen durch Gebrauchsverluste von Fahrrädern, Schönwetter-Motorrädern und gar Fernsehern ersatzfähig. ¹⁰⁸⁹ In der Literatur wird deshalb vielfach gefordert, sich ehrlich zu machen. Wenn die Rechtsprechung in Wahrheit ohnehin nicht den vermögensmäßigen, sondern den immateriellen Charakter der Einbuße in den Mittelpunkt stellt und auch ökonomisch viel dafür spricht, den Schädiger zwecks voller Kosteninternalisierung für verlorene Gebrauchsmöglichkeiten haften zu lassen, müssten alle Arten von Sachen einbezogen werden, gleich ob sie zentral für die Lebenshaltung sind oder nicht. ¹⁰⁹⁰

Ein zweites Beispiel, in dem immaterielle Schäden sogar ganz offen ersetzt werden, sind schwerwiegende Verletzungen des allgemeinen Persönlichkeitsrechts. ¹⁰⁹¹ Die Geldentschädigung spielt vor allem bei sogenannten Identitätsentstellungen eine Rolle. Weil sich die eigene Persönlichkeit auch darin ausdrückt, grundsätzlich selbst über das eigene Bild in der Öffentlichkeit zu bestimmen, können Betroffene Entschädigung verlangen, wenn sie „in einem falschen Licht“ gezeigt werden. ¹⁰⁹² Typische Beispiele sind Zuschreibungen zu öffentlich umstrittenen Bewegungen oder Ansichten, mit denen Betroffene nicht assoziiert werden wollen, etwa die unterstellte Nähe zu Scientology oder der Reichsbürgerbewegung. ¹⁰⁹³ Jenseits dieser drastischen Fälle wurde eine entschädigungspflichtige Identitätsentstellung aber auch bei einem SPD-Mitglied bejaht, dem Wahlkampfaussagen der CDU in den Mund gelegt wurden. ¹⁰⁹⁴ Selbst ungünstige Assoziation im Zusammenhang mit Produkten und Sachbiografien können genügen, wie die Rechtsprechung mehrfach entschieden hat. So

¹⁰⁸⁷ Grundlegend BGHZ 98, 212 (Großer Senat), Zitate auf 220, 218 und 222.

¹⁰⁸⁸ Brand (2018), § 7 Rn. 3. Damit ist nicht gesagt, dass entgangene Gebrauchsvorteile nicht überzeugend als Vermögensschaden fassbar sind (vgl. nur Schäfer/Ott (2020), 386 f.) – sie sind es nur nicht mit der abenteuerlichen Begründung des BGH.

¹⁰⁸⁹ Vgl. KG NJW-RR 1993, 1438, 1438; BGHZ 217, 218 Rn. 8 ff. bzw. OLG München NJW-RR 2010, 1112, 1113. Weitere Bsp. bei Flume (2022), § 249 BGB Rn. 159 ff.

¹⁰⁹⁰ Exemplarisch Bitter (2005), 766 ff.; Brand (2018), § 6 Rn. 26 f.; Schäfer/Ott (2020), 381 ff.; Kötz/Wagner (2021), Kap. 10 Rn. 25 ff.; früh auch schon Medicus (1989), 1890 ff.

¹⁰⁹¹ Wobei die Rechtsprechung den Entschädigungsanspruch bekanntlich direkt aus Art. 1 Abs. 1 GG und Art. 2 Abs. 1 GG ableitet, grundlegend BGHZ 35, 363, 367 (Ginseng); ausdrücklich nochmals BGH NJW 1996, 984, 985 (Caroline von Monaco II).

¹⁰⁹² So plastisch BGH NJW 1965, 2395, 2396 (Mörder unter uns).

¹⁰⁹³ Vgl. nur Rixecker (2021), Anh. § 12 BGB Rn. 132 ff.

¹⁰⁹⁴ BGH NJW 1980, 994, 995 f. (Wahlkampfbroschüre).

wurde einer Schauspielerin, die durch eine Werbeanzeige mit luststeigernden Liebestropfen in Verbindung gebracht worden war, Geldentschädigung zugesprochen, weil die Anstößigkeit des Produkts mit ihrem selbstgewählten „klassischen“ Rollenprofil kollidierte.¹⁰⁹⁵ In einem anderen Fall sah der BGH „das Persönlichkeitsbild des Klägers verfälscht“, da dessen Ferienhaus im Werbeprospekt eines Bauträgers auftauchte, obwohl er das Haus – womit er sich gern brüstete – in Eigenregie erbaut hatte. Denn infolge des Eindrucks, das Ferienhaus sei von einem gewöhnlichen Bauträger errichtet worden, laufe der Kläger Gefahr, „daß er als unglaubwürdig gilt, es mit der Wahrheit nicht genau nimmt und mit unwahren Angaben prahlt“.¹⁰⁹⁶

Schließlich ist der Ausgleich immaterieller Schäden anerkannt, wenn das verletzte immaterielle Interesse Vertragsinhalt geworden ist. Dieses dritte Beispiel setzt direkt bei § 253 BGB selbst an: Weil die Norm nach allgemeiner Ansicht dispositiv ist, haben die Parteien die Möglichkeit, Ersatz für immaterielle Schäden zu vereinbaren. Folgt aus dem Vertrag, dass der Schuldner auch zur Förderung immaterieller Gläubigerinteressen verpflichtet ist, drückt ein entsprechender Ersatzanspruch daher schlicht den verständigen Parteiwillen aus. Wie auch sonst ist dafür keine ausdrückliche Abrede nötig, sondern es genügt, wenn sich die Erweiterung auf immaterielle Interessen aus den Umständen ergibt.¹⁰⁹⁷ So führt etwa Gerhard Wagner den vom OLG Saarbrücken (ablehnend) entschiedenen Fall einer Hochzeitsfeier an, die wegen einer Doppelbuchung des Gastwirts ausgefallen war.¹⁰⁹⁸ Weil die Brautleute die Gaststätte nicht nur für ein beliebiges Essen, sondern dezidiert für eine Hochzeitsfeier gebucht hatten, sei das immaterielle Interesse am Stattfinden der Feier Vertragsinhalt geworden. Das nach dem Ausfall der Feier empfundene Leid – die Braut hatte tagelang geweint und war nervlich total am Ende – müsse deshalb vom vergesslichen Wirt im Wege des „Immaterialschadensersatz[es]“ kompensiert werden.¹⁰⁹⁹ Dass die Annahme einer entsprechenden vertraglichen Abrede alles andere als exotisch ist, verdeutlicht die seit Jahrzehnten etablierte Praxis im Reisevertragsrecht: Der Ersatz für vertanen Urlaub, der heute in § 651n Abs. 2 BGB geregelt ist, wurde ursprünglich vom BGH genau nach diesem Muster begründet.¹¹⁰⁰

¹⁰⁹⁵ BGH NJW 1971, 698, 700f. (Pariser Liebestropfen).

¹⁰⁹⁶ BGH NJW 1971, 1359, 1359 (Teneriffa). Da die Klage nur auf Unterlassung lautete, wissen wir nicht sicher, ob die Persönlichkeitsverletzung in diesem Fall ausreichend schwer wog, um einen Geldentschädigungsanspruch auszulösen. Weil die Rechtsprechung bei Identitätsverletzungen regelmäßig auf Geldentschädigung erkennt (vgl. *Rixecker* (2021), Anh. § 12 BGB Rn. 365), ist es aber durchaus wahrscheinlich.

¹⁰⁹⁷ Früh BGH JZ 1955, 581; aus der Literatur nur *Oetker* (2022), § 253 BGB Rn. 8.

¹⁰⁹⁸ OLG Saarbrücken NJW 1998, 2912; ähnlich OLG Brandenburg NJW-RR 2005, 253 (Feuerwerk fliegt in Hochzeitsgesellschaft).

¹⁰⁹⁹ *Wagner* (2004), 330. Ähnlich der Beispielfall bei *Schäfer/Ott* (2020), 375f. (muslimische Hochzeitsfeier, Caterer liefert Hackfleischbällchen aus Schweine- statt aus Hammelfleisch); weitere Konstellationen bei *Schubert* (2013), 107ff.

¹¹⁰⁰ Ausdrücklich BGHZ 86, 212, 215f. Außerhalb des Anwendungsbereichs des § 651n

bb) Viele Parallelen

Die Beispiele ließen sich fortsetzen, doch der entscheidende Punkt sollte auch so deutlich geworden sein: Obwohl gesetzlich als Ausnahme konzipiert, haben Rechtsprechung und Lehre über die Zeit derart viele weitere Ausnahmen hinzugefügt, dass der Ersatz immaterieller Schäden heute fester Bestandteil des Privatrechts ist.¹¹⁰¹ Was folgt daraus für die Scham und Prestigeeinbuße, die Endverbraucher wie Karla König bei nicht erwartungskonformer Lieferkettengovernance erleiden?

Denken wir an Sarah Dadushs Formel vom „identity harm“, drängt sich schon begrifflich die Nähe zur Identitätsentstellung auf. Auch in der Sache bestehen durchaus Parallelen. Zwar hat es natürlich eine andere Qualität, ob man ungewollt mit Reichsbürgern oder bemakelten Produkten assoziiert wird. Aber Douglas Kysars treffende Charakterisierung verdeutlicht, dass beide Fälle denselben Grundkonflikt verkörpern: Produkte mit angekündigter Lieferkettengovernance ermöglichen Endverbrauchern „[to] express their views on public issues, and fashion their moral identity“. Wird die Lieferkettengovernance nicht erwartungskonform umgesetzt, droht die mit dem Kauf mitverfolgte Selbstpositionierung verfälscht zu werden.¹¹⁰² Zudem zeigen die erwähnten Fälle des SPD-Mitglieds und der Schauspielerin, dass es für eine Identitätsentstellung keine Assoziation mit extremistischen Ansichten braucht. Bereits der Eindruck einer abweichenden gesellschaftspolitischen Verortung bzw. die Verbindung mit einem anstößigen Produkt kann ausreichen. Und ähnlich wie beim vermeintlich doch nicht selbst gebauten Ferienhaus laufen Endverbraucher in Lieferkettenkonstellationen Gefahr, als unglaubwürdig zu gelten und mit unwahren Angaben zu prahlen, wenn das „gute“ Produkt sich als „schlecht“ herausstellt.

Entsprechendes zeigt sich, wenn wir uns die Begründungen zu entgangenen Gebrauchsvorteilen und vertraglich vereinbartem Immaterialschadensersatz in Erinnerung rufen. Zwar bestehen selbstverständlich auch hier klare Unterschiede. Enttäuschte Erwartungen wegen nichteingehaltener Lieferkettengovernance sind nicht gleichzusetzen mit einer ausgefallenen Hochzeitsfeier oder einem nicht nutzbaren Auto – zumal Endverbraucher die Nutzung durch den Erwerb einer zumindest ähnlichen Sache größtenteils nachholen oder bei noch nicht ausproduzierten Kaufsachen Neulieferung verlangen können.¹¹⁰³ Doch auch hier werden deutliche Parallelen sichtbar, wenn wir eine Stufe herauszoo-

BGB, ist die vertragliche Anbindung für vertanen Urlaub noch immer aktuell, vgl. etwa LG Frankfurt NJW-RR 1990, 1210, 1211 (Sport- und Sprachreise); eingehend *Schubert* (2013), 117ff.

¹¹⁰¹ Plastisch *Schubert* (2013), 881: „sukzessive Integration in das allgemeine Schadensersatzrecht“.

¹¹⁰² Oben § 7 II. 3. b).

¹¹⁰³ Oben § 7 III. 3. b) aa).

men: Ist die Kaufsache mit einem Makel behaftet und damit in Reckwitz'scher Terminologie als Statusinvestition in das eigene Singularitätskapital nicht nur unbrauchbar, sondern ein Verlustgeschäft, bedeutet dies ebenfalls eine „spürbare Einschränkung“, die Sache „zur Verwirklichung seiner Lebensziele zu nutzen“, wie der BGH für entgangene Gebrauchsvorteile formuliert hat.¹¹⁰⁴ Und ähnlich wie Gastwirten klar sein muss, dass bei Buchung einer Hochzeitsfeier das immaterielle Interesse am Stattfinden der Feier Vertragsinhalt wird, sollte sich für verständige transnationale Händler zumindest aus den Umständen ergeben, dass „selling consumers a voice“ (Kysar) auf die Einbeziehung immaterieller Gläubigerinteressen hinauslaufen kann.

Zusammengefasst lässt sich daher sagen, dass der in Lieferkettenkonstellationen anfallende immaterielle Schaden keines der genannten Beispiele so richtig, aber alle ein bisschen trifft. Die von Endverbrauchern wie König empfundene Scham und Prestigeeinbuße steht für einen immateriellen Mix, der Elemente etablierter Fallgruppen enthält: eine Spur entgangener Gebrauchsvorteile, etwas Identitätsentstellung, eine Prise vertraglich vereinbarter Immaterialschadensersatz. Aus isolierter Sicht der jeweiligen Fallgruppe mag es fernliegend wirken, den immateriellen Schaden auszugleichen – was ist schon das bisschen Scham und Prestigeeinbuße wegen nicht erwartungskonformer Lieferkettengovernance im Vergleich zu parteipolitischer Vereinnahmung, einer Zeit ohne Kraftfahrzeug oder einer geplatzten Hochzeitsfeier?! Doch nicht nur ist dieses Argument besser bei der Bemessungshöhe als beim Bestehen des Ausgleichsanspruchs verortet.¹¹⁰⁵ Macht man sich vor allem bewusst, dass in Lieferkettenkonstellationen Elemente verschiedener Fallgruppen zusammenkommen, fügt sich ein Ausgleichsanspruch durchaus harmonisch in das bestehende Gefüge ein.

cc) Ein Bezifferungsvorschlag

Bezüglich der Bemessung heißt es in der Regel, der erlittene immaterielle Schaden müsse durch billige Entschädigung ausgeglichen bzw. angemessen in Geld aufgewogen werden. Das Gericht bestimmt die Höhe nach freiem Ermessen (§ 287 ZPO), habe dabei aber alle relevanten Umstände des Einzelfalls und die bisherige Spruchpraxis vergleichend zu berücksichtigen.¹¹⁰⁶ Das bedeutet für Lieferkettenkonstellationen gleich ein doppeltes Problem: Weder existiert einschlägige Rechtsprechung, noch lassen die vagen Attribute „billig“ und „angemessen“ einen aussagekräftigen eigenen Bemessungsvorschlag zu. Bleibt in Lieferkettenkonstellationen also nichts anderes übrig, als auf die Gerichte zu warten, in welcher Höhe sie Scham und Prestigeeinbuße (eventuell) ausgleichen werden?

¹¹⁰⁴ Oben § 7 III. 4. b) aa).

¹¹⁰⁵ Ähnlich *Schubert* (2013), 230 ff., 620 ff.

¹¹⁰⁶ Exemplarisch *Oetker* (2022), § 253 BGB Rn. 36 f.

Meines Erachtens wäre das zu verzagt. Wie auch sonst beim Ersatz immaterieller Schäden lassen sich auch in Lieferkettenkonstellationen Kriterien finden, mit denen die Ermessensentscheidung des Gerichts zwar nicht ersetzt, aber zumindest etwas rationalisiert werden kann.¹¹⁰⁷ Dazu können wir wiederum Anleihen bei den drei eben besprochenen Fallgruppen nehmen. Denn genauso wie die von Endverbrauchern empfundene Scham und Prestigeeinbuße Elemente von Identitätsentstellung, entgangenen Gebrauchsvorteilen und vertraglich vereinbartem Immaterialschadensersatz enthält, kann jede der drei Fallgruppen Anhaltspunkte für die Schadensbemessung beisteuern.

Beginnen wir mit der Identitätsentstellung. In den Fällen des SPD-Mitglieds und der Schauspielerin sprachen die Gerichte (umgerechnet) 3.750 bzw. 2.000 Euro zu.¹¹⁰⁸ Die Entscheidungen stammen freilich aus den 1970er Jahren, die Beträge müssten also schon inflationsbereinigt heute deutlich höher liegen. Selbst wenn man die Steigerung berücksichtigt, wären die Summen verglichen mit den üblichen Sätzen für verlorene Gliedmaßen oder Sinnesorgane aber immer noch überschaubar.¹¹⁰⁹ Diese Diskrepanz ist indes leicht erklärbar. Denn während Gliedmaßen oder Sinnesorgane unwiederbringlich verloren sind, hat eine Identitätsentstellung sich irgendwann verflüchtigt – selbst eine reichweitenstarke Wahlkampfbroschüre oder Printwerbung ist irgendwann vergessen und durch neue Eindrücke überlagert.¹¹¹⁰ Das legt nahe, auch in Lieferkettenkonstellationen so zu verfahren. Wird die Lieferkettengovernance nicht erwartungskonform umgesetzt, ist für den immateriellen Schaden (nur) der Zeitraum zu berücksichtigen, bis sich Scham und Prestigeeinbuße verflüchtigt haben. Aber wie lange dauert typischerweise jener „Verflüchtigungszeitraum“? Angesichts der Vielzahl denkbarer Szenarien und menschlicher Resilienzkapazitäten sind verbindliche Allgemeinaussagen kaum möglich. Um zumindest eine ungefähre Vorstellung zu gewinnen, können wir uns aber an der Länge von Konsu-

¹¹⁰⁷ In diese Richtung zielt auch der Vorschlag eines „taggenauen“ Schmerzensgeldes, vgl. etwa *Lüttringhaus/Korch* (2019). Dass jener Ansatz jüngst von BGH NJW 2022, 1953 Rn. 12 ff. für Gesundheitsverletzungen verworfen wurde, war primär den hemdsärmeligen Berechnungsmethoden des Berufungsgerichts geschuldet – das Urteil als generelle Absage gegen Rationalisierungsversuche bei der Schmerzensgeldberechnung zu verstehen, dürfte indes zu weit gehen (vgl. auch die gerichtseigenen Rationalisierungsversuche in Rn. 27 f.).

¹¹⁰⁸ BGH NJW 1980, 994, 995 f. (Wahlkampfbroschüre); 1971, 698, 700 f. (Pariser Liebestropfen). Im letzteren Fall wurden die vom LG zugesprochenen (umgerechnet) 2.000 Euro nicht ausdrücklich vom BGH bestätigt, sondern auch die Schadensbemessung an das OLG zurückverwiesen (weil es als Berufungsgericht das LG-Urteil insgesamt aufgehoben hatte). Mangels abweichender Informationen ist aber davon auszugehen, dass der Schauspielerin schlussendlich jene 2.000 Euro zugesprochen wurden (oder zumindest eine ähnliche Entschädigung).

¹¹⁰⁹ Zum Vergleich: OLG Köln VersR 2016, 191: 230.000 Euro wegen Oberschenkelamputation; OLG Oldenburg NJW-RR 2007, 602: 25.000 Euro Entschädigung für Verlust der Sehfähigkeit eines Auges um 80 %.

¹¹¹⁰ Aus diesem Grund sind auch Identitätsentstellungen im „niemals vergessenden“ Internet so problematisch, zum Ganzen *Rixecker* (2021), Anh. § 12 BGB Rn. 366.

mentenboykotts orientieren, also dem Zeitraum, bis sich der Absatz eines in einen Lieferkettenskandal verwickelten Produkts wieder normalisiert – was in empirischen Studien üblicherweise auf 8–12 Monate taxiert wird.¹¹¹¹ Zwar sind die Zeitangaben aufgrund der Verschiedenheit von Boykotts stark kontextabhängig und der Ansehensverlust eines Produkts auf dem Gütermarkt kann auch nicht vollends mit der Scham und Prestigeeinbuße eines Subjekts auf „spätmodernen Attraktivitäts- und Aufmerksamkeitsmärkten“ (Reckwitz) gleichgesetzt werden. Aber wenn wir die 8–12 Monate mit der Lebenserfahrung abgleichen, scheinen sie durchaus treffend den Verflüchtigungszeitraum abzubilden: Solange ein Ereignis nicht beständig emotional aktualisiert oder interaktionell wieder in unseren Bewusstseinsfokus gerückt wird, bleibt nach einem Jahr regelmäßig wenig zurück – die wiederholten Aha-Momente beim Lesen von Jahresrückblicken sind ein Beispiel.¹¹¹²

Die Fallgruppe der Identitätsentstellungen lehrt uns also, dass wir auch in Lieferkettenkonstellationen den Verflüchtigungszeitraum berücksichtigen sollten, der sich orientierungshalber auf 8–12 Monate taxieren lässt. Einen ähnlichen Fingerzeig erhalten wir von der Fallgruppe der entgangenen Gebrauchsvorteile. Wie oben ausgeführt, orientiert sich die Rechtsprechung für die Schadensberechnung am üblichen Mietpreis für eine Ersatzsache, der unter Abzug ersparter Unterhalts- und sonstiger Kosten partiell ersetzt wird (bei Fahrzeugen etwa 40 % des Mietpreises).¹¹¹³ In der Literatur wird dieses Vorgehen vielfach als unnötig kompliziert kritisiert und stattdessen ein Alternativansatz vorgeschlagen: Versteht man den Marktwert einer Sache als die Summe der noch in ihr steckenden Nutzungsmöglichkeiten bis zum Ende ihrer Lebensdauer, entgehen dem Geschädigten bei zeitweisem Sachentzug Nutzungsperioden.¹¹¹⁴ Wäre etwa ein Fahrzeug erfahrungsgemäß noch 12 Monate nutzbar und 1.200 Euro wert, wären bei einem Monat Nutzungsentzug 100 Euro zu ersetzen, weil 1/12 der noch verbleibenden Nutzungsperiode entgangen sind.¹¹¹⁵ Dieser Alternativansatz ist sinngemäß auch in Lieferkettenkonstellationen hilfreich. Zwar entgehen Endverbrauchern wie König nicht im eigentlichen Sinn Nutzungsperioden – sie geben die bemakelten Kaufsachen ja typischerweise bewusst zurück und können die Nutzung durch den Erwerb einer zumindest ähnlichen Sache

¹¹¹¹ Vgl. die systematische Auswertung und eigenen Ergebnisse in *Lasarov, et al.* (2021).

¹¹¹² Freilich handelt es sich dabei allenfalls um anekdotische Evidenz. Sie deckt sich jedoch weitgehend mit den Erkenntnissen der Kognitionswissenschaft und Sozialpsychologie, vgl. instruktiv *Welzer* (2017).

¹¹¹³ Vgl. nur *Brand* (2022), § 251 BGB Rn. 86 und oben § 7 III. 4. b) aa).

¹¹¹⁴ Exemplarisch *Bitter* (2005), 766 ff.; *Schäfer/Ott* (2020), 387 ff.; *Kötz/Wagner* (2021), Kap. 10 Rn. 28.

¹¹¹⁵ Genau genommen müssten die Nutzungsmöglichkeiten (weil in der Zukunft liegend) abdiskontiert werden, (dazu oben § 2 I. 2.) Bei kurzer Restlebensdauer schlägt die Diskontierung jedoch nicht entscheidend ins Gewicht, außerdem handelt es sich ja auch nur um eine näherungsweise Bestimmung der Schadenssumme.

nachholen (oder bei noch nicht ausproduzierten Kaufsachen Neulieferung verlangen). Aber wie wir mehrfach gesehen haben, ist damit der Makel der ursprünglichen Kaufsache nicht aus der Welt. Der von Endverbrauchern mit dem Erwerb (auch) verfolgte Verwendungszweck – die Reckwitz'sche „Statusinvestition in das eigene Singularitätskapital“ – ist nicht nur gescheitert, sie hat sich in ihr dunkles Gegenteil verkehrt und wirkt nun als Singularitätsverlust nach.¹¹¹⁶ Freilich tut sie es eben nur eine gewisse Zeit, nämlich über die Dauer des Verflüchtigungszeitraums von etwa 8–12 Monaten. Folglich bietet es sich in Lieferkettenkonstellationen an, den Verflüchtigungszeitraum ähnlich wie entgangene Nutzungsperioden zu behandeln. Zur Eingrenzung des immateriellen Schadensersatzes wäre also in einem ersten Schritt der Anteil zu bestimmen, um den die ab Erwerb typische Nutzungsdauer der Kaufsache durch den Verflüchtigungszeitraum bemakelt ist.

Nachdem uns Identitätsentstellung und entgangene Gebrauchsvorteile für den Verflüchtigungszeitraum und dessen Verhältnis zur typischen Nutzungsdauer sensibilisiert haben, können wir der dritten Fallgruppe, dem vertraglich vereinbarten Immaterialschaftensersatz, einen letzten Anhaltspunkt entnehmen. Wir hatten gesagt, dass ein immaterieller Ersatzanspruch den verständigen Parteiwillen ausdrückt, wenn der Vertrag (ggf. konkludent) auch zur Förderung immaterieller Gläubigerinteressen verpflichtet, und dass Lieferkettenkonstellationen („selling consumers a voice“) durchaus so verstanden werden können.¹¹¹⁷ Das macht auf zwei Aspekte aufmerksam, die genau genommen zusammenhängen: Der immaterielle Schadensersatz sollte in Lieferkettenkonstellationen immer den Bezug zur kaufvertraglichen Abrede wahren. Weil Verflüchtigungszeitraum und typische Nutzungsdauer dies für die Kaufsache schon tun, geht es hier vor allem um den Kaufpreis. Wenn wir den Parteiwillen gebührend abbilden wollen, sollte daher der Kaufpreis der Bezugspunkt sein, an dem sich die Schadenshöhe bemisst. Und weil verständigerweise kaum anzunehmen ist, dass transnationale Händler wie KiK in höherem Umfang immaterielle Gläubigerinteressen einbeziehen und ersetzen wollen, fungiert die Höhe des Kaufpreises dann zugleich als Maximalgrenze des immateriellen Schadensersatzes.

All das legt einen *gedeckelten Verhältnisansatz* nahe, der Kaufpreis, typische Nutzungsdauer und Verflüchtigungszeitraum von 8–12 Monaten kombiniert: Der in Lieferkettenkonstellationen orientierungshalber anzusetzende immaterielle Schaden entspricht dem Verhältnis zum Kaufpreis, in dem der Verflüchtigungszeitraum zur typischen Nutzungsdauer steht, wobei die Höhe des Kaufpreises die Maximalgrenze darstellt. Am Beispiel: Angenommen, der KiK-Pullover kostet 45 Euro und hat eine typische Nutzungsdauer von zwei Jahren,

¹¹¹⁶ Oben § 7 II. 3. b).

¹¹¹⁷ Oben § 7 III. 4. b) bb).

dann läge der immaterielle Schaden auf Basis des Verflüchtigungszeitraums von 8–12 Monaten zwischen 15 und 22,50 Euro.¹¹¹⁸ Ginge es stattdessen um ein Möbelstück, das 4.500 Euro gekostet und eine Nutzungsdauer von 10 Jahren hat, würde der immaterielle Schaden 300–450 Euro betragen.¹¹¹⁹ Beim „fairen“ Pfund Kaffee zu 8 Euro, das nicht mehr als einen Monat reichen sollte, wäre der immaterielle Schaden (weil nun vom Kaufpreis gedeckelt) 8 Euro.¹¹²⁰

Um es noch einmal ausdrücklich zu betonen: Jener gedeckelte Verhältnisansatz ist lediglich eine grobe Annäherung an den ersatzfähigen immateriellen Schaden in Lieferkettenkonstellationen. Der Verflüchtigungszeitraum mag bei bestimmten Produkten ein anderer sein, die typische Nutzungsdauer kann divergieren und so weiter. Und natürlich ist es den Gerichten unbenommen, angesichts der Umstände des Einzelfalls ganz anders ermittelte (mitunter höhere) Summen zuzusprechen. Aber meines Erachtens kann mit dem gedeckelten Verhältnisansatz der Ermittlungsprozess zumindest etwas rationalisiert werden. Zudem machen die Beispielrechnungen deutlich, dass keine exorbitanten Zahlungspflichten drohen. Werden Scham und Prestigeeinbuße der Endverbraucher ersetzt, geht es regelmäßig um eher geringe Schadenssummen.

Aber zeigt das dann nicht gerade, dass die in Lieferkettenkonstellationen erlittenen immateriellen Schäden bloße Bagatellen darstellen, die schon deshalb nicht ausglich werden sollten?¹¹²¹ Der Schluss wäre verfrüht. Denn zum einen kann von einer Bagatelle allenfalls dann die Rede sein, wenn man die absolute Schadenshöhe heranzieht, also etwa die 15–22,50 Euro aus dem KiK-Fall den 3.750 Euro für das erwähnte SPD-Mitglied gegenüberstellt. Weil Lieferkettenkonstellationen eine vertraglichen Haftungsgrundlage haben, ist diese Perspektive aber zu breit. Denn in Relation zum Kaufpreis von 45 Euro ist eine Beeinträchtigung der immateriellen Gläubigerinteressen i. H. v. 15–22,50 Euro zweifellos mehr als nur geringfügig; insofern kann sinngemäß an das zur Unerheblichkeit des Mangels Gesagte angeknüpft werden.¹¹²² Zum anderen ist gene-

¹¹¹⁸ Rechenweg: 8–12 Monate Verflüchtigungszeitraum sind im Verhältnis zu 24 Monaten Nutzungsdauer 1/3 bis 1/2, folglich ist der orientierungshalber anzusetzende immaterielle Schaden 1/3 bis 1/2 des Kaufpreises von 45 Euro.

¹¹¹⁹ Rechenweg: 8–12 Monate Verflüchtigungszeitraum sind im Verhältnis zu 120 Monaten Nutzungsdauer 1/15 bis 1/10, folglich ist der orientierungshalber anzusetzende immaterielle Schaden 1/15 bis 1/10 des Kaufpreises von 4.500 Euro.

¹¹²⁰ Rechenweg: 8–12 Monate Verflüchtigungszeitraum sind im Verhältnis zu 1 Monate Nutzungsdauer 8/1 bis 12/1, folglich ist der orientierungshalber anzusetzende immaterielle Schaden 8/1 bis 12/1 des Kaufpreises von 8 Euro, also 56–96 Euro. Weil der Kaufpreis aber den Maximalbetrag darstellt, ist der Schaden bei 8 Euro gedeckelt.

¹¹²¹ Vgl. zur Bagatellschwelle nur *Oetker* (2022), § 253 BGB Rn. 29ff.

¹¹²² So dürfte es auch zu erklären sein, warum das AG Frankfurt aM. NJW 2002, 2253 die Bagatellschwelle nicht einmal erwähnte, als es einem Bahnkunden 300 Euro Immaterialscha-densersatz zusprach, weil während einer längeren Bahnreise nur eine Toilette nutzbar war. Überdies ist auch bei immateriellen Schäden der aus der Unerheblichkeit des Mangels bekannte Gedanke akzeptiert (oben § 7 III. 3. b) bb)), das Geringfügigkeit immer dann verneint werden müsse, wenn der immaterielle Schaden einen Vertragsaspekt betrifft, der für den Ver-

rell fraglich, wie eine Bagatellschwelle zu rechtfertigen ist. Denn wenn sich die immateriellen Gläubigerinteressen zumindest näherungsweise beziffern lassen, sollten sie schon aus Gründen der Verhaltenssteuerung in der Gesamtschadensbilanz abgebildet werden.¹¹²³

c) Zwischenergebnis

Damit wäre auch das dritte und letzte Anknüpfungproblem überwunden. Neben den mehr oder weniger regulären Anspruchsgrößen – Rückzahlung des Kaufpreises; großer (ebenfalls auf den Kaufpreis gerichteter) Schadensersatz und kleiner (auf den Lieferkettengovernance-Preisauflschlag gerichteter) Schadensersatz – steht Endverbrauchern wie König auch ein Anspruch auf Ersatz ihrer immateriellen Schäden zu, der orientierungsweise anhand des gedeckelten Verhältnisansatzes ermittelt werden kann. Weil der immaterielle Schaden über die Wahrung des reinen Austauschverhältnisses hinaus geht, können Endverbraucher ihn zusätzlich zur Rückzahlung des Kaufpreises (bzw. zum kleinen Schadensersatz) ersetzt verlangen. Im KiK-Fall würde Karla König also sowohl den Kaufpreis von 45 Euro erstattet bekommen als auch ihren immateriellen Schaden, der annäherungsweise bei 15 bis 22,50 Euro liegt.¹¹²⁴

IV. Ergebnis Positivmerkmale

§ 7 zur Lieferkettenverantwortlichkeit können wir nun abschließen. Wir hatten vor der Folie des KiK-Falls gefragt, inwiefern Konstruktionsgründe Anlass geben, gerade Endverbraucher wie König und transnationale Händler wie KiK über eine wechselseitige Rechte- und Pflichtenbeziehung zu verbinden und ob hierfür taugliche Anknüpfungspunkte im Privatrechtssystem bestehen. Beides kann bejaht werden: Nicht nur existieren vielfältige Konstruktionsgründe, nämlich Prävention, Effizienz, exponierte Stellung und Nachhaltigkeit. Auch die drei großen Anknüpfungsprobleme sind gelöst. Der gekaufte Pullover ist wegen nicht erwartungskonformer Lieferkettengovernance mangelhaft; Karla König kann vom ganzen Kaufvertrag zurücktreten oder großen Schadensersatz verlangen; und auch ihr erlittener immaterieller Schaden ist ersatzfähig.

Freilich gilt bei alledem dasselbe wie bei der Klimahaftung: Damit sind erst die Positivmerkmale bejaht. Dass *Anlass für Bipolarität* besteht und auch eine *taugliche Anknüpfung* im Privatrechtssystem möglich ist, genügt allein nicht. Sollte

tragsschluss wichtig war, vgl. für vertanen Urlaub nur BGH NJW 2013, 3170 Rn. 31 ff.; näher *Tonner* (2020), § 651n BGB Rn. 58 ff.

¹¹²³ Vgl. nur *Schäfer/Ott* (2020), 391 ff.

¹¹²⁴ Karla König könnte auch direkt im Wege des großen Schadensersatzes vorgehen, der immaterielle Schaden wäre dann wohl ein unselbstständiger Rechnungsposten dieses Anspruchs, vgl. generell *Ernst* (2022), § 281 BGB Rn. 1.

eines der in § 5 entwickelten Negativmerkmale vorliegen – *strukturelle Unterkomplexität* oder *Forumsinkompatibilität* – scheitert die Bipolaritätskonstruktion dennoch. Jenen Negativmerkmalen wenden wir uns nun dazu.

§ 8 Negativmerkmale

Rekapitulieren wir kurz die wichtigsten Wegpunkte. Nachdem im ersten Teil Nachhaltigkeit näher spezifiziert wurde, haben wir uns im zweiten Teil mit zwei typischen Einwänden gegen Nachhaltigkeit im Privatrecht befasst: „Aufladung“ und „Revolution“. Sie enthalten ein deskriptiv-analytisches Element – das Privatrecht entferne sich zu weit von seinem traditionellen Startpunkt der Privatautonomie –, der Hauptvorwurf ist aber normativ-kritischer Art – Nachhaltigkeit finde in der ideellen privatrechtlichen Eigenlogik keinen Anschluss. Mit meinen Ausführungen in § 4 und § 5 habe ich versucht, beiden Einwänden die Basis zu entziehen. Kurz gesagt gehörte „Aufladung“ mit diversen Konstruktionsgründen realiter schon immer zum privatrechtlichen Geschäft; und idealiter ist „Aufladung“ – verstanden als responsive Bipolarität – auch genau das, was die privatrechtliche Eigenlogik ausmachen sollte. Im Privatrecht dominiert nicht ein singulärer Konstruktionsgrund, sondern aufgrund seiner Responsivität für diversen Input aus anderen gesellschaftlichen Subsystemen greift das Privatrecht auf so diverse Konstruktionsgründe wie Selbstbestimmung, Effizienz oder Krankenfürsorge zurück – womit Nachhaltigkeitsgründe dann auch keine „Revolution“ bedeuten können. Entscheidend ist vielmehr, dass jeder Konstruktionsgrund immer in eine wechselseitige Rechte- und Pflichtenbeziehung übersetzbar, also über die Positivmerkmale *Anlass für Bipolarität* und *taugliche Anknüpfung* privatrechtlich abbildbar sein muss. In § 6 und § 7 haben wir beide Positivmerkmale dann anhand unserer Anwendungsbeispiele für nachhaltigkeitsresponsive Bipolaritätskonstruktionen – Klimahaftung und Lieferkettenverantwortlichkeit – durchgespielt. Dabei hat sich nicht nur gezeigt, dass neben Nachhaltigkeitsgründen noch zahlreiche weitere Konstruktionsgründe Anlass geben, Klimaopfer und Energieproduzenten bzw. Endverbraucher und transnationale Händler über wechselseitige Rechte- und Pflichtenbeziehungen zu verbinden. Wir haben auch taugliche Anknüpfungspunkte in der Privatrechtsdogmatik gefunden und Klimahaftung und Lieferkettenverantwortlichkeit dadurch intern legitimiert.

So weit, so gut. Allerdings kam bereits in der Einleitung ein weiterer Kritikstrang zur Sprache, der noch nicht entkräftet ist. Exemplarisch dafür stehen Gerhard Wagners Bedenken gegen eine Klimahaftung. Klimaschutz, schreibt er, sei „eine hoch komplexe Aufgabe“, die in den „originären Zuständigkeitsbereich der Politik, also von Parlament und Regierung“ falle. Diese vielschichtigen und noch dazu globalen Prozesse „lassen sich durch einen gerichtlichen Interessenausgleich *ad hoc* und im Einzelfall nicht ersetzen“.¹¹²⁵ Wagners Fazit fällt dann auch pessimistisch aus: „Der auf bilaterale Konflikte zwischen zwei Personen angelegte Zivilprozess ist nicht das geeignete Forum dafür, um der Kom-

¹¹²⁵ Wagner (2020b), 113 [Hervorhebungen auch im Original].

plexität des Problems, seiner internationalen Dimension sowie der Vielzahl der zu berücksichtigenden Interessen gerecht zu werden.“¹¹²⁶ Ganz ähnlich urteilt Eric Posner. Neben dem uns schon im Effizienzkontext begegneten Kostenargument führt er gegen eine Klimahaftung an, dass sie sich größtenteils um „policy questions“ drehe, um die Abwägung von „values and interests of many people“. Privatrecht und Privatrechtsprozess seien mit derartigen „complexities“ schlicht überfordert, Klimaschutz gehöre auf die politisch-gesetzgeberische Ebene.¹¹²⁷ Ähnliche Einwände werden mit Blick auf die Lieferkettenverantwortlichkeit geäußert;¹¹²⁸ Axel Halfmeier spricht gar generell von den „Implementationsdefiziten“ eines nachhaltigen Privatrechts.¹¹²⁹

Dieser Kritikstrang ist also nicht per se gegen Nachhaltigkeit im Privatrecht. Kritisiert wird, dass sich nachhaltigkeitsresponsive Bipolaritätskonstruktionen übernehmen. Vor diesem Hintergrund wird selbst die Kritik um „Aufladung“ und „Revolution“ wieder akut, nämlich wenn man sie nicht deskriptiv-analytisch oder normativ-kritisch, sondern funktional-instrumentell versteht: Wirklichkeitsphänomene wie Klimawandel und globale Lieferketten könnten schlicht eine Nummer zu groß sein. Privatrecht würde also „überladen“, die vorhandene Ordnung von der Problemdimension „überfordert“.

So verstanden trifft die Kritik geradeswegs ins Mark. Denn sie adressiert nichts weniger als die in § 5 entwickelten Negativmerkmale, die Bipolaritätskonstruktionen scheitern lassen: *strukturelle Unterkomplexität* und *Forumsinkompatibilität*. Weder sollen wechselseitige Rechte- und Pflichtenbeziehungen zwischen einzelnen Parteien den „complexities“ (Posner) von Klimawandel und globalen Lieferketten gerecht werden, noch ist der Privatrechtsprozess „das geeignete Forum“ (Wagner) zur Deliberation. Träfe das zu, würden uns die in § 6 und § 7 herausgearbeiteten Positivmerkmale nichts nützen. Dass für Klimahaftung und Lieferkettenverantwortlichkeit anlassgebende Konstruktionsgründe bestehen und eine Anknüpfung im Privatrechtssystem gelingt, wäre letztlich unerheblich, weil die Integration in die privatrechtliche Eigenlogik an den Negativmerkmalen scheiterte. Mehr noch, die Kritik ist schon deshalb besonders brisant, weil es nicht beide Negativmerkmale bräuchte. Ich habe das in § 5 mit dem Anna-Karenina-Prinzip verglichen: Bereits ein fauler Faktor genügt, um die Konstruktion als Bipolarität scheitern zu lassen. Klimahaftung und Lieferkettenverantwortlichkeit wären also nicht im Privatrecht anschlussfähig, wenn sie die Wirklichkeitsphänomene Klimawandel und globale Lieferketten nur unterkomplex erfassen *oder* sich das Forum des Privatrechtsprozesses nicht zur

¹¹²⁶ Wagner (2020b), 114, in der Sache nochmal 133.

¹¹²⁷ Posner (2007), 1936. Zum Kostenargument oben § 6 II. 3. a).

¹¹²⁸ Etwa Bagchi (2019), 2532 ff.; ähnlich (mit Schwerpunkt auf die Direkthaftung gegenüber Beschäftigten) Wagner (2021c), 227 ff.

¹¹²⁹ Halfmeier (2016), 746 ff.; ähnlich (im Klimahaftungskontext) Pöttker (2014), 394 „übergreifendes funktionales Problem“.

Deliberation jener Phänomene eignet. Auch wenn sich auf den folgenden Seiten mitunter Überschneidungen zeigen werden, nehme ich die Negativmerkmale deshalb einzeln unter die Lupe.

Bevor es losgeht, noch eine letzte Anmerkung zum weiteren Vorgehen. Ähnlich wie in § 6 und § 7 werde ich mich bei der Erörterung der Negativmerkmale auf große Kritikpunkte beschränken, die den Kern der Debatte bilden. Dabei wird das, was ich eben (und teilweise auch schon vorher) angedeutet habe, noch deutlicher werden: Obwohl etwa die erwähnte Kritik von Wagner und Posner speziell auf die Klimahaftung zielt, erfasst sie auch die Lieferkettenverantwortlichkeit, ja bei Lichte besehen nachhaltigkeitsresponsive Bipolaritätskonstruktionen generell. Auch wenn damit viele der folgenden Ausführungen weit über unsere Anwendungsbeispiele hinaus reichen, werde ich mich dennoch auf sie konzentrieren, also die Kritikpunkte zur besseren Veranschaulichung immer an Klimahaftung und Lieferkettenverantwortlichkeit festmachen. Um mich nicht unnötig zu wiederholen, trenne ich aber nicht wie in § 6 und § 7 zwischen beiden Anwendungsbeispielen, sondern erörtere die Negativmerkmale *strukturelle Unterkomplexität* und *Forumsinkompatibilität* geballt. Dabei lege ich jeweils die Negativhypothese zugrunde und versuche sie dann zu erschüttern. Mit anderen Worten gehe ich mit den Kritikern davon aus, dass Rechte- und Pflichtenbeziehungen zwischen einzelnen Parteien die Wirklichkeitsphänomene Klimawandel und Lieferkette nur unterkomplex erfassen und das Forum des Privatrechtsprozesses sich nicht zur Deliberation jener Phänomene eignet und versuche dann die jeweiligen Kritikpunkte so weit wie möglich auszuräumen. Erst ganz am Ende werde ich meine Argumente bündeln und zeigen, warum es für das (Nicht-)Vorliegen der Negativmerkmale entscheidend auf die Perspektive ankommt – und damit zugleich an das in § 5 skizzierte Modell responsiver Bipolarität anknüpfen.

I. Erstes Negativmerkmal: Strukturelle Unterkomplexität

Beginnen wir mit dem ersten Negativmerkmal *strukturelle Unterkomplexität*. Hier lassen sich drei große Kritikpunkte identifizieren, und es ist wichtig, sie auseinanderzuhalten. Gehen wir sie im Einzelnen durch.

1. Kritikpunkt: Großlösungsaspekt

Der erste Kritikpunkt lässt sich mit „großes Problem braucht große Lösung“ zusammenfassen, ich spreche im Folgenden vom *Großlösungsaspekt*. Er wird besonders vehement für die Klimahaftung vertreten, namentlich von Wagner. Sein Ausgangspunkt ist die berühmte *tragedy of the commons*. Da Klima und

Atmosphäre als globale Allmende allen und keinem gehören, brauche es zum Schutz „die koordinierte Aktion sämtlicher Beteiligter“.¹¹³⁰ Hier stoßen Wagner zufolge privatrechtliche Bipolaritätskonstruktionen an ihre Grenzen, gewissermaßen kommt es zu der in § 5 für Ehestörung und Amtshaftung beschriebenen Überforderung in extremo: Wenn die Komplexität des Wirklichkeitsphänomens „politische Planung und koordiniertes Vorgehen auf nationaler, europäischer und internationaler Ebene“ nötig mache, könne dies nicht durch „Zwei-Personen Streitigkeiten substituiert werden“.¹¹³¹ Erforderlich sei vielmehr, wie Eric Posner schreibt, eine Perspektive, die „the interests of everyone“ in den Blick nehme und nicht nur die der „people who go to the trouble of litigating“.¹¹³² Der Klimawandel müsse auf größtmöglicher Bühne, im politisch-gesetzgeberischen Prozess, unter Einbeziehung aller Interessen angegangen werden, namentlich durch ein „weltweit funktionsfähiges Emissionshandelssystem“.¹¹³³ Aus derselben Richtung wird auch eine Lieferkettenverantwortlichkeit kritisiert. Denn obwohl sie kein Allmendeproblem betrifft, hat sie doch mit prekären Arbeits- und Produktionsbedingungen im Globalen Süden eines der zentralen Globalisierungsprobleme zum Hintergrund – wie beim Klimaschutz sind also mannigfaltige Interessen und weltweite Akteure berührt.¹¹³⁴

a) Aber 1: Globale Lücken

Dem Großlösungsaspekt ist grundsätzlich kaum zu widersprechen, und gerade im Klimakontext besteht auch theoretisch breiter Konsens, dass kein Mechanismus effektiver und zugleich effizienter die globale Erwärmung begrenzen könnte als ein optimal gedeckeltes und weltweit implementiertes Emissionshandelssystem.¹¹³⁵ Allein so ein Handelssystem existiert nicht.¹¹³⁶ Und es ist auch alles andere als wahrscheinlich, dass sich in naher Zukunft daran etwas ändert, ja es ist sogar fraglich, ob ein entsprechendes System jemals geschaffen wird. Die Gründe dafür sind gut erforscht: Beim Klimawandel handelt es sich um ein klassisches Kollektivhandlungsproblem, das heißt die Akteure können

¹¹³⁰ Wagner (2020b), 112 ff.

¹¹³¹ Wagner (2020b), 114; gleichsinnig etwa Chatzinerantzis/Appel (2019), 885; Wegener (2022), 430.

¹¹³² Posner (2007), 1937; gleichsinnig etwa Schwartz, et al. (2011), 400 ff.; Gärditz (2022), 53 f.

¹¹³³ So das Fazit von Pöttker (2014), 434.

¹¹³⁴ Exemplarisch Bagchi (2019), 2532 ff. Der Kritikpunkt ist generell im Lieferkettenkontext verbreitet, vgl. etwa Stöbener de Mora/Noll (2021), 1290 ff.

¹¹³⁵ Das räumen im Ausgangspunkt selbst Kritiker großer Lösungen ein, prominent Ostrom (2014), 115. Anders als lange angenommen, ist ein Handelssystem dabei sogar einer globalen Emissionssteuer überlegen, eingehend mit zahlreichen Nachweisen Posner/Weisbach (2010), 41 ff.; Sturm/Vogt (2018), 185 ff.

¹¹³⁶ Auch nicht durch das in der Öffentlichkeit häufig positiv besprochene Paris-Abkommen, das aus Sicht des Emissionshandels sogar einen erheblichen Rückschritt zum (schon wenig wirksamen) Kyoto-Protokoll darstellt, näher Sturm/Vogt (2018), 209 ff.

darauf hoffen, auch ohne eigenen Beitrag vom Ergebnis zu profitieren.¹¹³⁷ Klimaschutz nützt eben nicht nur der jeweiligen Klimaschützerin, sondern auch Trittbrettfahrern. Erschwerend kommt hinzu, dass es sogar Profiteure einer (moderat) steigenden Erdtemperatur gibt, nämlich die Regionen, die derzeit mit kaltem Klima zu kämpfen haben, etwa Russland oder Grönland, aber auch Teile Skandinaviens.¹¹³⁸ Zudem entscheiden auch nicht „Deutschland“ oder „Russland“, sondern die jeweils mit der Frage befassten Politikerinnen und Ministerialbeamten, und die haben ihrerseits eine suboptimale, weil vor allem zu kurzfristige Anreizstruktur.¹¹³⁹ Daneben stellen sich ganz praktische Probleme, etwa wie für ein solches System die optimale Emissionsobergrenze ermittelt, deren Einhaltung gemeinschaftlich kontrolliert und vor allem gegen nachträgliche Aufweichung abgesichert werden kann.¹¹⁴⁰

Ähnliches gilt für globale Großlösungen im Lieferkettenkontext. So fordern namentlich die in § 7 besprochenen UN-Leitprinzipien für Wirtschaft und Menschenrechte die „Achtung der Menschenrechte“ und „befriedigende Arbeitsbedingungen“ weltweit, sie sind für die adressierten Unternehmen aber gerade unverbindlich.¹¹⁴¹ Dieses Defizit soll der vom UN-Menschenrechtsrat vorgelegte Vertragsentwurf zur verbindlichen Regulierung der Aktivitäten transnational agierender Wirtschaftsunternehmen zwar beheben.¹¹⁴² Ob das seit 2014 laufende und mehrfach überarbeitete Projekt jemals umgesetzt wird, ist allerdings ungewiss.¹¹⁴³ Zumal die derzeitige Externalisierung von Lieferketten Schäden auf die Beschäftigten zu sinkenden Kosten bei transnationalen Händlern und Endverbrauchern führt, wie wir oben im Effizienzkontext gesehen haben;¹¹⁴⁴ mehr noch als beim Klimawandel gibt es also etliche Profiteure des status quo. Vor allem aber ist die politische Anreizstruktur für global verbindliche Lieferkettenregime noch ungünstiger, da entsprechende Maßnahmen

¹¹³⁷ Treffend *Kysar* (2011), 44: „mother of all collective action problems“. Eingehend (auch zu den wenig hoffnungsvollen neueren spieltheoretischen Ansätzen) *Sturm/Vogt* (2018), 188 ff.; optimistischer (jedenfalls für kleinere und mittelgroße Kollektive, in denen gegenseitiges Vertrauen besonders wichtig ist) *Ostrom* (2014), 103 ff. Näher aus der Perspektive der Politikfeldanalyse *Blum/Schubert* (2018), 134 ff.

¹¹³⁸ Vgl. *International Monetary Fund* (2017), 125 ff.; *IPCC* (2022a), 14 ff.; zur Diskrepanz zwischen den Weltregionen auch *Posner/Weisbach* (2010), 18 ff. *Sturm/Vogt* (2018), 154 ff.

¹¹³⁹ Grundlegend *Stigler* (1971); im Klimakontext *Lazarus* (2008), 1178 ff., so jüngst auch das BVerfG im Klimabeschluss, vgl. BVerfGE 157, 30 Rn. 206.

¹¹⁴⁰ So dann auch (speziell mit Blick auf den Globalen Süden) *Posner/Weisbach* (2010), 90 f. Dabei geht es insb. um die (politische) Gefahr der Ausweitung des ursprünglich festgelegten Emissionsobergrenze bzw. der Anzahl der allokierten Zertifikate, gerade Ersteres war etwa das große Problem des Kyoto-Protokolls, näher *Sturm/Vogt* (2018), 202 ff.

¹¹⁴¹ Oben § 7 II. 4.

¹¹⁴² Adressaten sind dabei allein die unterzeichnenden Staaten; diese sollen im Einklang mit dem Entwurf entsprechende (Haftungs-)Regeln einführen. Der Entwurfstext ist abrufbar unter: <https://www.business-humanrights.org/en/big-issues/binding-treaty/>.

¹¹⁴³ Skeptisch auch *Hübner* (2022), 509 ff.

¹¹⁴⁴ Oben § 7 II. 2. a).

als Eingriffe in die heimische Industrie erscheinen, denen „nur“ ein Vorteil im Globalen Süden gegenübersteht.¹¹⁴⁵ Trotz der klaren theoretischen Vorzüge von weltweiten Großlösungen gibt es daher, wie Posner selbst einräumt, „numerous reasons for pessimism“.¹¹⁴⁶

b) Aber 2: Europäische und nationale Lücken

Auch die nächstgrößeren Ebenen machen nur begrenzt Hoffnung. Was den Klimawandel angeht, hat sich zwar insbesondere der europaweite Emissionshandelssystem (EU-ETS) nach Startschwierigkeiten in den letzten Jahren stabilisiert.¹¹⁴⁷ Allerdings erfasst das System den Großteil der in Europa anfallenden Treibhausgasemissionen schon gar nicht – und wegen der starken politischen Vorbehalte (namentlich in Osteuropa) deutet wenig daraufhin, dass sich in nächster Zeit daran Entscheidendes ändert.¹¹⁴⁸ Auch das in Deutschland Anfang 2021 ergänzend zum EU-ETS eingeführte nationale Brennstoffemissionshandelssystem bezieht sich nur auf die Sektoren Wärme und Verkehr, zudem wird der angesetzte Startpreis vielfach als deutlich zu niedrig (und damit ineffektiv) kritisiert.¹¹⁴⁹ Vor allem aber stellen die sich für die globale Ebene angesprochenen Kontroll- und Aufweichungsprobleme hier genauso, wie die lauter werdenden politischen Forderungen nach „bezahlbaren“ Energiepreisen verdeutlichen.¹¹⁵⁰ Das kann angesichts der Forschungen zu Vollzugsdefiziten im Umweltrecht auch kaum verwundern. Wenige Schlagworte genügen hier: defizitäre Ausstattung der Behörden, einseitige Gewichtung wirtschaftlicher Interessen, hohe Sensibilität für politische Stimmungen und mobilisierungskräftige Interessengruppen.¹¹⁵¹ Nicht von ungefähr lautete deshalb das Fazit der umweltpolitischen Diskussion in den 1990er Jahren, dass der Staat als Treuhänder der Umwelt nicht ausreiche und flankierend privatrechtliche Einzelinstrumente hinzutreten müssen – was dann mit dem Umwelthaftungsgesetz auch geschah.¹¹⁵²

¹¹⁴⁵ Eingehend *Locke* (2013), 1 ff., 156 ff.; generell *Carruthers/Lamoreaux* (2016), 89 f.

¹¹⁴⁶ *Posner* (2007), 1925.

¹¹⁴⁷ Vgl. die systematische Auswertung der empirischen Literatur durch *Hintermann, et al.* (2016).

¹¹⁴⁸ Näher *Ismer* (2014), 108 ff.; *Sturm/Vogt* (2018), 111 ff.

¹¹⁴⁹ Prominent *Deutsches Institut für Wirtschaftsforschung* (2020).

¹¹⁵⁰ Vgl. *Tagesspiegel* v. 10.1.22, 6. Zwanzig europäische Länder haben klimabezogene Lenkungsabgaben (insb. Energiesteuern) infolgedessen sogar reduziert; auf europäischer Ebene wird sogar erwogen, Privathaushalte aus der geplanten Ausweitung des europaweiten Emissionshandels auszunehmen.

¹¹⁵¹ Speziell zum Emissionshandel (infolge des sog. Grandfatherings bei der Ausgangsallokation) *Ismer* (2014), 121 ff.; *Sturm/Vogt* (2018), 100 ff.; im US-Kontext *Lazarus* (2008), 2012 ff.

¹¹⁵² Vgl. dazu nur *Gerlach* (1989), 50 ff.; *Wagner* (1992), 202 ff., 209 f.; dies jüngst aufgreifend *Hellgardt/Jouannaud* (2022), 183 ff.

Während für den Klimawandel auf europäischer und nationaler Ebene zumindest Ansätze für politisch-gesetzgeberische Großlösungen bestehen, ist man davon im Lieferkettenkontext deutlich weiter entfernt. Die von der Europäischen Kommission mehrfach angekündigte „Lieferketten-Richtlinie“ ist bislang nicht über das Entwurfsstadium hinaus gekommen und muss noch von Parlament und Rat gebilligt werden.¹¹⁵³ Mit dem oben bereits angesprochenen, 2023 in Kraft tretenden Lieferkettensorgfaltspflichtengesetz ist man hierzulande zwar einen Schritt weiter.¹¹⁵⁴ Selbst wenn das Gesetz zukünftig schon für Unternehmen mit mehr als 1.000 Arbeitnehmern gilt, sind aber nicht einmal 0,01 % aller inländischen Unternehmen erfasst.¹¹⁵⁵ Auch dass die Durchsetzung der angeordneten Sorgfaltspflichten in behördlichen Händen liegt, sorgt für viel Skepsis.¹¹⁵⁶ So befürchtet etwa Eva-Maria Kieninger, dass „dem deutschen Papiertiger die Zähne [fehlen]“¹¹⁵⁷ – was angesichts der angesprochen Erkenntnisse zu behördlichen Vollzugsdefiziten nicht ganz unbegründet sein dürfte.

Wir können also festhalten: Der Charme von großen Lösungen ist gleichzeitig ihre größte Schwäche. So überzeugend es grundsätzlich ist, im Klima- und Lieferkettenkontext „the interests of everyone“ (Posner) einzubeziehen und auf „politische Planung und koordiniertes Vorgehen auf nationaler, europäischer und internationaler Ebene“ (Wagner) zu setzen – gerade wegen der Vielzahl der berührten Interessen werden Großlösungen damit schnell *too big to handle* und bleiben häufig Stückwerk.¹¹⁵⁸ Freilich sind damit noch nicht die theoretischen Vorzüge großer Lösungen entkräftet. Im Gegenteil, dass sie, einmal vollumfänglich in Kraft gesetzt, der Komplexität von Klimawandel und globalen Lieferketten am ehesten gerecht würden, ist kaum wegzudiskutieren. Gesagt ist nur (aber immerhin), dass großen Lösungen häufig ihre eigene Komplexität zum Verhängnis wird. Diesen Punkt stellen wir aber einstweilen zurück, wir werden ganz am Ende von § 8 noch einmal auf ihn zurückkommen.

¹¹⁵³ Vgl. Proposal for a Directive on Corporate Sustainability Due Diligence and amending Directive (EU) 2019/1937 (COM(2022) 71 final), allerdings sind nach derzeitigem Stand nicht einmal 1 % aller europäischen Unternehmen erfasst. Zum Ganzen *Spindler* (2022c).

¹¹⁵⁴ Dazu schon oben § 7 II. 1. b).

¹¹⁵⁵ Jedenfalls, wenn verglichen mit 2020 nicht plötzlich eine deutliche größere Zahl von Unternehmen mehr als 1.000 Arbeitnehmer beschäftigt, vgl. *Statista* (2020), 6.

¹¹⁵⁶ Die behördliche Durchsetzungszuständigkeit scheint indes nicht abschließend zu sein, weil § 11 LkSG eine Prozessstandschaft im Zivilprozess für Gewerkschaften und NGOs vorsieht. Was genau das bedeutet, ist jedoch noch weitgehend unklar, jedenfalls können damit aber nicht die im Gesetz vorgesehenen Sorgfaltspflichten als solche durchgesetzt werden, vgl. *Wagner* (2021a), 1101 ff.

¹¹⁵⁷ *Kieninger* (2021b), 252; ähnlich *Beckers* (2021), 237 ff.; *Brunk* (2022), 481 f., 487 f.; *Spindler* (2022d), 122.

¹¹⁵⁸ Mit der Politikfeldanalyse hat sich hierzu nicht von ungefähr ein ganzer Forschungszweig entwickelt, instruktiv *Blum/Schubert* (2018), 73 ff. Im Klimakontext besonders eindringlich *Ostrom* (2014), 112 ff.

2. Kritikpunkt: Breitenaspekt

Der zweite Kritikpunkt knüpft an den ersten an, fügt ihm aber eine neue Note hinzu. Er lässt sich mit *Breitenaspekt* zusammenfassen und lautet sinngemäß: Selbst wenn wir die Präventionserwägungen aus § 6 und § 7 zugrunde legen, von Klimahaftung und Lieferkettenverantwortlichkeit also Anreize zu Treibhausgasreduktionen bzw. intensiver Lieferkettengovernance ausgehen, wäre doch nur ein Bruchteil aller Energieproduzenten und transnationaler Händler erfasst. Denn die Abschreckung funktioniert nur, wenn ein reelles Haftungsrisiko besteht – und bei den allermeisten Energieproduzenten und transnationalen Händlern ist das schon deshalb nicht der Fall, weil sie mangels Inlandsbezug nicht dem deutschen Privatrecht unterfallen. Wenn der Steuerungseffekt aber allenfalls bis zur Landesgrenze reicht, ist mit Klimahaftung und Lieferkettenverantwortlichkeit wenig gewonnen. Wem es wirklich um Klimaschutz und verbesserte Arbeits- und Produktionsbedingungen im Globalen Süden geht, sollte sich deshalb nicht mit privatrechtlichen Bipolaritätskonstruktionen aufhalten, sondern besagte Großlösungen angehen.¹¹⁵⁹

a) Aber 1: Transnationale Breitenwirkung

Aber ist die Breitenwirkung wirklich derart begrenzt? Schauen wir uns zunächst die Klimahaftung an. Wie oben näher herausgearbeitet, ist sie eine Produktionshaftung für klimabedingte Schädigungen, die infolge des pflichtwidrigen Emittierens von Treibhausgasen während der Stromerzeugung entstehen.¹¹⁶⁰ Im RWE-Fall kann der Peruaner Luciano Lliuya nicht deshalb in Essen klagen und sich auf deutsches Recht berufen, weil die RWE AG ihren Satzungssitz in Deutschland hat. Sondern weil mit den emittierenden Kohlekraftwerken der Handlungsort im Inland liegt, Art. 7 Nr. 2 Brüssel Ia-VO bzw. Art. 7 Rom-II VO.¹¹⁶¹ Wegen der Maßgeblichkeit des Handlungsorts wäre es also ebenso möglich, die deutsche Tochtergesellschaft der schwedischen Vattenfall AB, die hierzulande zahlreiche Kohlekraftwerke betreibt, aus Klimahaftung zu verklagen.¹¹⁶² Juristisch gesehen ist damit zwar immer noch ein inländischer Energieproduzent Haftungsadressat – eben die deutsche Tochter Vattenfall GmbH.

¹¹⁵⁹ Zur Klimahaftung etwa *Posner* (2007), 1927f., 1939f.; *Ismer* (2014), 349ff.; *Wagner* (2020b), 115, 120f.; im Lieferkettenkontext *Bagchi* (2019), 2532ff.; *Wagner* (2016), 780f. (zur Direkthaftung). Generell zu nachhaltigkeitsresponsiven Bipolaritätskonstruktionen *Ekarde* (2016b), 464f.

¹¹⁶⁰ Oben § 6 II.

¹¹⁶¹ Oben § 6 II. 1.

¹¹⁶² Dazu nur *Lehmann/Eichel* (2019), 88 ff., 96. Das dürfte unstrittig sein; diskutiert wird nur, ob Klimaopfer wie Lliuya auch am Sitz der Konzernobergesellschaft (hier also in Schweden) klagen und das dortige Recht (hier also schwedisches Privatrecht) zur Anwendung bringen können, weil dort die wesentlichen unternehmerischen Entscheidungen getroffen worden sind, vgl. *Weller/Tran* (2021), 345 f.

Aber das Haftungsrisiko wäre wirtschaftlich bis nach Schweden spürbar; der Steuerungseffekt ginge also über die Landesgrenze hinaus. Würde die Vattenfall AB ihr Deutschlandgeschäft statt durch eine rechtlich verselbständigte Tochtergesellschaft in Eigenregie ausführen, wäre sie für die hier betriebenen Kraftwerke sogar direkt der deutschen Klimahaftung unterworfen. Es ist somit zumindest eine verkürzte Darstellung, dass deutsche Gerichte „weder die Kompetenz noch die Macht [haben...] auch gegen ausländische Großemittenten vorzugehen“.¹¹⁶³

Das wird noch deutlicher, wenn wir den Spieß umdrehen. Wäre der Klimaschaden auf deutschem Boden eingetreten, könnten Klimaopfer nicht nur kraft Erfolgsortzuständigkeit deutsche Gerichte anrufen (Art. 7 Nr. 2 Brüssel Ia-VO bzw. § 32 ZPO).¹¹⁶⁴ So sich das klagende Klimaopfer darauf beruft, müsste das Gericht auch das Recht des Erfolgsorts anwenden (Art. 7 Rom II-VO).¹¹⁶⁵ Im obigen Beispiel der überfluteten Elbphilharmonie wäre es also grundsätzlich sehr wohl möglich, einen ausschließlich in Frankreich oder den USA operierenden Energieproduzenten mittels deutscher Klimahaftung haftbar zu machen.¹¹⁶⁶ Zwar müsste das Gericht bei der Prüfung gem. Art. 17 Rom II-VO „faktisch und soweit angemessen“ die Sicherheits- und Verhaltensregeln am Handlungsort (also in Frankreich oder den USA) berücksichtigen, und in der Literatur wird auch versucht, die Anwendbarkeit des Erfolgsortrechts für Klimaklagen weiter einzuschränken.¹¹⁶⁷ Aber gerade jene Eingrenzungsversuche zeigen doch eindrücklich, dass kraft der Kollisionsregeln des internationalen Privatrechts eine Klimahaftung erheblich über das eigene Territorium hinausreicht und so umfassende Verhaltensanreize aussenden würde.¹¹⁶⁸

¹¹⁶³ So *Wagner* (2020b), 120.

¹¹⁶⁴ Art. 7 Nr. 2 Brüssel Ia-VO gilt dabei für Energieproduzenten mit Sitz innerhalb der EU (sowie die am Lugano Abkommen beteiligten Staaten), § 32 ZPO für alle übrigen in Drittstaaten, vgl. *Kieninger* (2021a), 127 ff.

¹¹⁶⁵ Für Emissionen vor 2009 ist Art. 7 Rom-II VO nicht anwendbar (vgl. Art. 31 Rom-II VO), hier folgt die Anwendbarkeit deutschen Rechts aber aus Art. 40 EGBGB, vgl. *Kieninger* (2021a), 139.

¹¹⁶⁶ Eingehend *Lehmann/Eichel* (2019), 88 ff.; auch für staatseigene Unternehmen gilt keine Immunitätsausnahme, vgl. *Kieninger* (2021a), 124 f. Daneben nehmen prominente Stimmen in der US-Literatur an, dass deutsche Klimaopfer auch vor US-Gerichten klagen könnten und das Gericht dabei auf Verlangen deutsches (Erfolgsort-)Recht anwenden dürfte, vgl. *Byers, et al.* (2017), 292 ff.

¹¹⁶⁷ Letztlich wird hier die Legalisierungsthese (oben § 6 III. 3. a)) im internationalen Kontext reaktiviert, vgl. dazu den Überblick bei *Lehmann/Eichel* (2019), 91 ff. Insofern sollten sich viele meiner obigen Gegenargumente übertragen lassen; deutliche Kritik auch bei *Kieninger* (2021a), 129 ff., 142 ff.

¹¹⁶⁸ Deutlich *Byers, et al.* (2017), 264: „potentialit[y] that could significantly and rapidly alter the landscape for climate change litigation“; ebenso *Hinteregger* (2017), 246 f.; *Sutherland* (2017), 209 ff.; *Kieninger* (2021a), 140; generell schon *Medicus* (1990), 8 f. Dagegen lässt sich auch nur begrenzt einwenden, dass die auf deutschem Boden potentiell zu erwartenden Klimafolgen im Vergleich zu den besonders bedrohten Weltregionen kaum ins Gewicht fallen (und so nur geringe Abschreckungseffekte erzeugen) und die Vollstreckung eines hierzulande

Bei der Lieferkettenverantwortlichkeit ist die Breitenwirkung qua internationalem Privatrecht sogar noch größer. Das haben wir oben im Effizienzkontext gesehen: Neben Inländern wie KiK oder Adidas müssen auch transnationale Händler mit Verwaltungssitz im Ausland wie die UNIQLO Ltd. Gewährleistungsansprüche von Endverbrauchern befürchten. Denn wegen Art. 6 Abs. 1 Rom I-VO gilt für sie deutsches Privatrecht, wenn sie ihre Waren hierzulande absetzen.¹¹⁶⁹ Die von der Lieferkettenverantwortlichkeit ausgehenden Anreize zu intensiver Lieferkettengovernance würden also nicht nur von Lübeck bis Lindau, sondern auch in London oder Los Angeles wirken.

b) Aber 2: Wirtschaftliches Expansionspotential

Der letzte Punkt provoziert einen Folgeeinwand. Selbst wenn alle auf dem deutschen Markt operierenden transnationalen Händler einer Lieferkettenverantwortlichkeit unterfallen, ist damit noch lange nicht gesagt, dass sie ihre Lieferkettengovernance intensivieren. Denn sofern sie sich nicht gleich ganz vom deutschen Markt zurückziehen, steht zu befürchten, dass sie allenfalls ihr Inlandsgeschäft anpassen, also nur die hierzulande verkauften Produkte mit erwartungskonformer Lieferkettengovernance herstellen. Die Produkte für den übrigen Weltmarkt würden dagegen unverändert unter schlechten Arbeits- und Produktionsbedingungen gefertigt. Unter dem Strich wäre also weiterhin wenig erreicht.¹¹⁷⁰

Das unterschlägt jedoch das faktische Expansionspotential einer Lieferkettenverantwortlichkeit. Dafür sprechen zunächst wirtschaftliche Gründe, genauer gesagt die Mechanismen transnationaler Märkte. In der ökonomischen Regulierungstheorie ist das Phänomen als California Effect bekannt. Gemeint ist Folgendes: Großunternehmen sind typischerweise in unterschiedlichen Märkten und Rechtsordnungen aktiv. Werden in einer Rechtsordnung die Anforderungen an Produkte oder Produktionsumstände erhöht – sei es durch öffentlich-rechtliche Vorgaben oder durch privatrechtliche Haftungsandro-

erstrittenen Klimahaftungsurteils jedenfalls gegenüber außereuropäischen Energieproduzenten ungewiss ist. Denn zum einen hängt das Schadenspotential mit dem Wohlstandslevel des jeweiligen Landes zusammen (zugespitzt: eine überschwemmte Villa auf Sylt ist mehr wert als 1.000 Wellblechhütten in Bangladesch, vgl. dazu auch IPCC (2022a), 15 ff.); und namentlich in den USA ist die Vollstreckung eines deutschen (oder sonstigen „westlichen“) Klimahaftungsurteils keineswegs aussichtslos, ja aus Sicht prominenter Literaturstimmen sogar wahrscheinlich, vgl. eingehend *Byers, et al.* (2017), 296 ff.

¹¹⁶⁹ Oben § 7 II. 2. a).

¹¹⁷⁰ In diese Richtung wohl *Wagner* (2021c), 223 und 222. Das Argument findet sich auch bezogen auf die Klimahaftung (exemplarisch *Posner* (2007), 1927f., 1939f.), es greift nach dem eben Gesagten hier aber von vornherein nicht durch. Denn weil eine Klimahaftung qua Erfolgsortrecht weltweit Verhaltensanreize zur Vermeidung von Klimaschäden auf deutschem Boden aussendet, könnte etwa Vattenfall sein Haftungsrisiko nicht begrenzen, indem es nur den Treibhausgasausstoß in deutschen Kraftwerken reduziert.

hung¹¹⁷¹ – führt das nicht automatisch dazu, dass die Unternehmen ihre Produkte oder Produktionsumstände nur in Bezug auf diese Rechtsordnung umstellen oder sich gar ganz aus ihr zurückziehen. Im Gegenteil, sofern der relevante Markt von hoher wirtschaftlicher Bedeutung ist, er von einem starken Staat mit funktionierenden rechtlichen Institutionen eingerahmt wird und für die betroffenen Unternehmen einheitliche Standards praktisch, technisch oder finanziell sinnvoll sind, passen sie ihre Produkte oder Produktionsumstände generell an die strengen Anforderungen an. Die an sich territorial begrenzte Anforderung wird so de facto zum globalen Maßstab.¹¹⁷² In den USA lässt sich der Effekt etwa für den Bundesstaat Kalifornien beobachten, dem er auch seinen Namen verdankt: Ungeachtet der von Einzelstaat zu Einzelstaat unterschiedlichen Abgasvorschriften werden Fahrzeuge US-weit weitgehend nach den strengen kalifornischen Anforderungen produziert. Nicht weil die Fahrzeughersteller ihr grünes Gewissen entdeckt haben, sondern weil uneinheitliche Produktionsstrukturen sich nicht lohnen. Wenn für den bedeutendsten Markt die entsprechenden Abgastechnologien ohnehin entwickelt und verbaut werden müssen, macht es schon aufgrund von Skaleneffekten wenig Sinn, für Montana oder Virginia eigens „dreckige“ Autos herzustellen. Bildlich ausgedrückt, werden dank der kalifornischen Vorgaben die Abgasstandards also insgesamt nach oben gezogen.¹¹⁷³

Eine Lieferkettenverantwortlichkeit dürfte ähnliche Effekte haben. Nehmen wir den Markt für Bekleidung als Beispiel: Transnationale Händler sind typischerweise in mehreren Ländern anbietend tätig;¹¹⁷⁴ KiK operiert etwa auch in Tschechien und Italien, UNIQLO ist neben dem Stammsitz Japan auch in China und den USA aktiv. Von kleineren Abweichungen abgesehen, ist das Angebot länderübergreifend weitgehend identisch. Wer im Urlaub schon einmal shoppen war, kennt das: Das Angebot in einer ausländischen KiK-Filiale (oder einem UNIQLO-Store) unterscheidet sich wenig von dem Angebot hierzulande; so hätte etwa Karla König den Pullover aus dem KiK-Fall wahrscheinlich ebenso in Tschechien oder Italien kaufen können. Das ist auch wenig verwunderlich, denn wie wir in § 7 gesehen haben, sind standardisierte Abläufe ein zentraler Aspekt von Fast Fashion: Kleidung wird schnell und trendbezogen design, produziert und verkauft – und weil Trends mittlerweile (nicht zuletzt

¹¹⁷¹ Eingehende Darstellung der verschiedenen Szenarien bei *Carruthers/Lamoreaux* (2016), 56 ff., 88 f.; *Frankenreiter* (2021), 11 ff.

¹¹⁷² Grundlegend *Vogel* (1995); konzis *Vogel* (1997), entscheidend fortentwickelt von *Bach/Newman* (2007) und (mit genuin rechtswissenschaftlicher Perspektive) *Bradford* (2012).

¹¹⁷³ *Vogel* (1997), 561 ff., eingehend *Perkins/Neumayer* (2012), 223 ff. Neben Skaleneffekten können einheitlich hohe Standards freilich auch mit Blick auf qualitätsbewusste Endkunden oder zwecks virtue signaling für „grüne“ Konsumenten sinnvoll sein, dazu *Carruthers/Lamoreaux* (2016), 77 f.; *Frankenreiter* (2021), 18 ff. und auch schon oben § 7 II. 1. b).

¹¹⁷⁴ Vgl. die systematischen Auswertungen der einschlägigen empirischen Literatur durch *Caro/Martínez-de-Albéniz* (2015); *Wen, et al.* (2019), 39 ff.

dank der globalen Präsenz der transnationalen Textilhändler) kaum noch auf Länder und Regionen begrenzt bleiben, wird in der Regel für den Weltmarkt produziert.¹¹⁷⁵

Die Ausgangslage ist also vergleichbar mit der US-weiten Fahrzeugproduktion. Fast Fashion wird auf verschiedenen Märkten mit unterschiedlichen Rechtsrahmen abgesetzt, aber weitgehend einheitlich produziert. Auch sonst drängen sich Parallelen auf: Würde in Deutschland die in § 7 herausgearbeitete Lieferkettenverantwortlichkeit eingreifen, wäre Rückzug angesichts der wirtschaftlichen Bedeutung des deutschen Bekleidungsmarkts – Platz sechs weltweit¹¹⁷⁶ – regelmäßig keine sinnvolle Option.¹¹⁷⁷ Vielmehr wäre zu erwarten, dass transnationale Händler zwecks Haftungsvermeidung ihre Lieferketten-governance entsprechend intensivieren. Und genauso wie bei Kraftfahrzeugen dürfte es sich selten rechnen, auf die kostensenkenden Skaleneffekte zu verzichten und spezifische Produktionsstrukturen für den deutschen Markt zu implementieren. Denken wir etwa an die Textilfabrik von Ali Enterprises, wird es sich für KiK kaum lohnen, je nach Zielland mal mit und mal ohne vergitterte Fenster und funktionierende Feueralarmsysteme zu produzieren. Die von der deutschen Lieferkettenverantwortlichkeit ausgehenden Anreize bildeten insofern die neue universelle Richtschnur; selbst wenn transnationale Händler in anderen Rechtsordnungen gar keine Gewährleistungsansprüche von Endverbrauchern befürchten müssten, würde auch für diese Märkte mit entsprechenden Feuerpräventionsvorkehrungen produziert.¹¹⁷⁸

Gewissermaßen zeigt sich hier die Kehrseite von dem, was wir oben bei der Unmöglichkeit herausgearbeitet haben:¹¹⁷⁹ Genauso wie bei erwartungswidriger Lieferkettengovernance typischerweise die gesamte Gattung negativ betroffen ist, wäre bei Umstellung auf erwartungskonforme Lieferkettengovernance typischerweise die gesamte Gattung positiv betroffen. Mag ein großer Teil der Gattung auch gar nicht für den deutschen Markt bestimmt sein – der von der Lieferkettenverantwortlichkeit ausgehende, an sich auf inländische Produkte beschränkte Anreiz zu intensiverter Lieferkettengovernance würde de facto die Arbeits- und Produktionsbedingungen im gesamten Herstellungsprozess

¹¹⁷⁵ Vgl. wiederum *Caro/Martínez-de-Albéniz* (2015), 245 ff.; *Wen, et al.* (2019), 36 ff.

¹¹⁷⁶ <https://de.statista.com/outlook/cmo/bekleidung/deutschland#weltweiter-vergleich>.

¹¹⁷⁷ Zumal intensivierte Lieferkettengovernance sich für transnationale Händler vielfach lohnen kann (Reputationseffekte, Produktivität, verringerte Kapitalkosten etc.), wie wir oben in § 7 II. 1. b) gesehen haben. Auch empirisch lässt sich ein Rückzug von bedeutenden Märkten wegen steigender Produktions- oder Compliancekosten so gut wie nie beobachten, vgl. die systematische Literaturlauswertung durch *Carruthers/Lamoreaux* (2016), 57 ff., 76 f.

¹¹⁷⁸ Ich setze hier voraus, dass die deutsche Lieferkettenverantwortlichkeit den höchsten Standard setzt. Würde ein anderer bedeutender Markt mit einem noch höheren Standard „überbieten“, wäre dies die universelle Richtschnur – die deutsche Lieferkettenverantwortlichkeit wäre also Teil eines *race to the top*, dazu noch unten § 8 I. 3. a).

¹¹⁷⁹ Oben § 7 III. 3. a) aa).

nach oben ziehen. Und das bei vielen Lieferanten. Weil die Lieferkettenverantwortlichkeit ja Anreize für alle Produktionsstätten aussendet, die (auch) für den deutschen Markt fertigen, dürfte etwa KIK seine Lieferkettengovernance nicht nur in der Fabrik von Ali Enterprises intensivieren, sondern auch in China, Bangladesch und überall sonst, wo KIK produzieren lässt. Und da andere auf dem deutschen Markt absetzende transnationale Händler wie UNIQLO zwecks Haftungsvermeidung entsprechend agieren sollten, würden auch Arbeits- und Produktionsbedingungen in Vietnam, Kambodscha und den übrigen Standorten von UNIQLO Lieferanten von der Lieferkettenverantwortlichkeit nach oben gezogen.¹¹⁸⁰

Diesen Mechanismus kennt man hierzulande etwa aus dem Kapitalmarkt- und Rechnungslegungsrecht, wo deutsche Unternehmen die lange strengeren amerikanischen Vorgaben nicht nur für das US-Geschäft adaptierten, sondern die einheimischen Prozesse gleich mitumstellten.¹¹⁸¹ Ähnliches lässt sich umgekehrt bei der Produktsicherheit und (zumindest partiell) im Datenschutz beobachten, wo die strikten europäischen Standards durch entsprechende Anpassungen in den US-Markt einsickern (sogenannter Brussels Effect).¹¹⁸² Das Expansionspotential einer Lieferkettenverantwortlichkeit steckt also nicht zuletzt in der wirtschaftlichen und institutionellen Schlagkraft des sie hervorbringenden Rechtskreises – und hier ist Deutschland kein ganz kleiner Player.¹¹⁸³

c) Aber 3: Diskursives Expansionspotential

Was sich im wirtschaftlichen Kontext zeigt, gilt in ähnlicher Form auch für den privatrechtlichen Diskursraum. Klimahaftung und Lieferkettenverantwortlichkeit haben ein erhebliches diskursives Expansionspotential. Ihr entscheidender Vorteil liegt darin, dass sie an weithin etablierten Privatrechtsinstituten

¹¹⁸⁰ Auch die häufig vorgebrachte Befürchtung, transnationale Händler würden nicht ihre Lieferkettengovernance in Pakistan oder Bangladesch intensivieren, sondern sich gleich ganz aus dem Globalen Süden zurückziehen und die Produktion auf Lieferanten in Schwellenländern verlagern, ist wenig plausibel und auch empirisch kaum belegt – schlicht weil die niedrigen Lohnkosten bei arbeitsintensiver, geringqualifizierter Arbeit der maßgebliche Faktor für die Standortentscheidung sind, vgl. *Carruthers/Lamoreaux* (2016), 62 ff.; *Kano, et al.* (2020), 600 f., 607 ff. So gibt es dann auch erste empirische Nachweise für einen Arbeits- und Produktionsbedingungen erfassenden California Effect im Globalen Süden, vgl. *Greenhill, et al.* (2009); *Malesky/Mosley* (2018) und auch schon oben § 7 II. 1. a).

¹¹⁸¹ Dazu *Coffee* (1999), 676 ff.; *Coffee* (2002), 1824 ff.; *Bach/Newman* (2007), 837 ff. (dort auch dazu, dass die EU den USA mittlerweile die Vorreiterrolle streitig macht); spezifisch aus deutscher Perspektive *Adolphsen* (2004); *Ruhnke/Simons* (2018), 109 ff.; am Bsp. von Siemens *Bachmann* (2018a), 693 ff.

¹¹⁸² Vgl. *Bach/Newman* (2007), 33 ff. und *Bradford* (2012), 19 ff.; einschränkend aber *Frankenreiter* (2021), 29 ff., wonach sich der Effekt jedenfalls für Datenschutzerklärung nicht empirisch nachweisen lässt.

¹¹⁸³ Was nicht zuletzt daran liegt, dass Deutschland quasi das Kalifornien der EU ist, vgl. *Bradford* (2012) 40; *Perkins/Neumayer* (2012), 221.

anknüpfen – Delikts- und Eigentumsrecht bei der Klimahaftung, Gewährleistungsrecht im Fall der Lieferkettenverantwortlichkeit. Denn ungeachtet der mitunter erheblichen Detailunterschiede teilen (jedenfalls die westlichen) Privatrechte gemeinsame Grundwerte, zumal wenn sie wie im Fall des Gewährleistungsrechts auch noch europarechtlich überwölbt sind.¹¹⁸⁴ So müssten etwa die obigen Ausführungen zur Kausalität der Klimahaftung auch in vielen anderen Rechtsordnungen anschlussfähig sein; nichts anderes gilt für einen weiten, die Produktionsumstände einbeziehenden Beschaffenheitsbegriff.¹¹⁸⁵

Nachhaltigkeitsresponsive Bipolaritätskonstruktionen bieten mit anderen Worten gute Voraussetzungen für „convergence by design“: Wegen der hohen Breitenkompatibilität ist ein Rechtsimport relativ leicht möglich.¹¹⁸⁶ Zwar lehrt die praktische Erfahrung, dass Wissenschaft und noch mehr die Gerichte meist ihren nationalen Rechtsräumen verhaftet sind. Aber es wäre unwahr, dass sie überhaupt nicht über den Tellerrand blicken. Dies gilt vor allem für die großen Leitordnungen, also die privatrechtlichen Diskursräume, von denen eine gewisse Breitenwirkung ausgeht. Das ist im Privatrecht noch immer primär der anglo-amerikanische Rechtskreis und hier vor allem die USA.¹¹⁸⁷ Die in § 4 beschriebene Rezeption der corrective justice Theorie durch Florian Rödl ist einer von vielen Belegen dafür;¹¹⁸⁸ und auch ich habe mich im Laufe dieser Untersuchung vielfach durch US-amerikanische Debatten inspirieren lassen. Das bedeutet jedoch nicht, dass das diskursive Expansionspotential nur in eine Richtung wirkt. Obwohl ein gewisser diskursiver Exportüberschuss zugunsten der USA aktuell kaum zu leugnen ist, wäre es doch viel zu zaghaft, dass der europäische und insbesondere der deutsche Privatrechtsdiskurs gar nicht mehr gehört wird. Ein aktuelles Beispiel ist die Debatte um autonome Systeme, wo hiesige Konzepte einer Teilrechtsfähigkeit nicht nur ins europäische Ausland, sondern bis nach Mittel- und Südamerika vordringen.¹¹⁸⁹ Selbst der US-Diskurs ist auf dem „deutschen“ Ohr keineswegs taub, wie namentlich die (wenn auch zugegeben vereinzelt bleibenden) Reflexionen durch James Gordley oder in jünge-

¹¹⁸⁴ Dazu bereits *Schirmer* (2021b), 41 ff.

¹¹⁸⁵ Für die Klimahaftung etwa *Weaver/Kysar* (2017), 329 ff.; *Zeidler* (2022), 79 ff.; speziell zum RWE-Fall *Verheyen/Franke* (2021), 630; für die Lieferkettenverantwortlichkeit schon *Wilhelmsson* (2002), 85 ff.; *Collins* (2014), 621 ff.

¹¹⁸⁶ Dazu generell *Pistor* (2002), 107 ff. und nochmals *Pistor* (2019), 132 ff.; *Collins* (2002), 79 ff.; zu empirischen Nachweisen vgl. die systematische Literatursauswertung durch *Carruthers/Lamoreaux* (2016), 55 f.

¹¹⁸⁷ Prominent *Kennedy* (2006), 63 ff.; *Auer* (2014), 46 ff.

¹¹⁸⁸ Ein weiterer findet sich im deutschen Gesellschaftsrecht, wo die im US-Diskurs geprägte Haftungsreduzierung für Geschäftsleiter bei unternehmerischen Entscheidungen (sog. Business Judgment Rule) zunächst von der hiesigen Literatur rezipiert, dann durch den BGH adaptiert und schließlich vom Gesetzgeber zementiert wurde, dazu etwa *Bachmann* (2014), 25 ff.

¹¹⁸⁹ Exemplarisch *Fonseca* (2021); *Borges Fortes* (2021); *Mocanu* (2022). Auch in China werden hiesige Konzepte zunehmend rezipiert, vgl. *Bu* (2022), 375 ff.

rer Zeit Daniel Markovits und Hanoch Dagan zeigen.¹¹⁹⁰ Gewissermaßen lässt sich selbst Weinribs corrective justice Theorie eine *German heritage* zuschreiben, und zwar nicht nur weil sich Weinrib wie gesehen freimütig bei Kant bedient, sondern weil er für sein zentrales Kohärenzargument Anleihen bei Luhmann nimmt.¹¹⁹¹ Für uns wichtiger ist aber noch, dass deutsche Bipolaritätskonstruktionen im Klima- und Lieferkettenkontext international durchaus rezipiert werden. Der auf eine Teilhaftung zielende RWE-Fall gilt als möglicher Türöffner für Klimahaftungskonstruktionen weltweit; nicht selten erfolgt sogar ein durchaus tiefer Einstieg in das deutsche Beweisrecht.¹¹⁹² Entsprechendes gilt für den (originalen) KiK-Fall,¹¹⁹³ und auch internationale Beiträge zur Lieferkettenverantwortlichkeit greifen teils explizit auf die deutsche Debatte zurück.¹¹⁹⁴ Natürlich ist deshalb noch lange nicht gesichert, dass nachhaltigkeitsresponsive Bipolaritätskonstruktionen wirklich andernorts nachgeahmt werden. Aber es ist eben auch nicht ausgeschlossen, ja angesichts der globalen Dimension von Klimawandel und Lieferketten durchaus naheliegend.¹¹⁹⁵

Fassen wir den zweiten Kritikpunkt zusammen: Es geht zu schnell, Klimahaftung und Lieferkettenverantwortlichkeit als deutsche Insellösung abzutun, dessen Steuerungseffekt in einer globalisierten Welt weitgehend verpufft. Zunächst sorgt das internationale Privatrecht für eine durchaus erhebliche Breitenwirkung: Qua Handlungsortanknüpfung sind nicht nur alle in Deutschland emittierenden Energieproduzenten einer Klimahaftung unterworfen; qua Erfolgsortanknüpfung müssen auch im Ausland operierende Energieproduzenten eine Haftung für Klimaschäden auf deutschem Boden befürchten – und die Lieferkettenverantwortlichkeit gilt sowieso für alle hierzulande tätigen transnationalen Händler. Dazu kommt ein nicht zu unterschätzendes wirtschaftliches und diskursives Expansionspotential.¹¹⁹⁶ Weil sich spezifische Produktionsstrukturen für inländische Produkte selten lohnen, dürften die von der Lieferkettenverantwortlichkeit ausgehenden Anreize de facto die Arbeits- und

¹¹⁹⁰ Vgl. etwa zu den Lehren von Geschäftsgrundlage und Treu und Glauben *Gordley* (1981) bzw. *Markovits* (2014). *Dagan/Heller* (2017) erheben das Vertragstypen-System des BGB gar zum Vorbild ihrer „choice theory of contracts“; auch das Konzept der Teilrechtsfähigkeit wird mittlerweile in den USA diskutiert, vgl. *Thomas/Pontón-Núñez* (2022). Ein weiteres Bsp. ist die Rezeption von Vertragsnetztheorien, näher *Eller* (2020a), 1403 ff.

¹¹⁹¹ *Weinrib* (2012), 215 (m. Fn. 12); die Rezeption ist allerdings ungenau, dazu schon oben § 5 I. 2.

¹¹⁹² Etwa *Setzer/Vanhala* (2019), 8 ff.; *Burger, et al.* (2020), 211 f., 238 f.; *Stuart-Smith, et al.* (2021a), 654.

¹¹⁹³ Etwa *Terwindt, et al.* (2018); *Geistfeld* (2019), 132 ff.

¹¹⁹⁴ Früh *Wilhelmsson* (2002), 86 ff.; auch *Snyder* (2019), 1905 ff., dazu such schon oben § 7 II. 3.

¹¹⁹⁵ So wird auch der weltweite Siegeszug europäischer Datenschutzstandards mit dem diskursiven Expansionspotential begründet, vgl. etwa *Schwartz* (2019), 818 („reflects a success in the marketplace of ideas“).

¹¹⁹⁶ Beide Dimensionen können sich dabei durchaus bestärken, vgl. *Vogel* (1997), 564 f.; *Bradford* (2012), 33; *Carruthers/Lamoreaux* (2016), 56, 67.

Produktionsbedingungen bei vielen Lieferanten nach oben ziehen. Und da an etablierte Privatrechtsinstitute angeknüpft wird, sind Klimahaftung oder Lieferkettenverantwortlichkeit geradezu prädestiniert für einen Ideentransfer. Der vermeintlich eng begrenzte Einfluss nachhaltigkeitsresponsiver Bipolaritätskonstruktionen ist also eher Ausdruck einer zu engen Perspektive. Auch darauf wird noch zurückzukommen sein.

3. Kritikpunkt: Verlagerungsaspekt

Der dritte Kritikpunkt hängt mit dem zweiten zusammen und ist schon mehrfach angeklungen. Er lässt sich mit *Verlagerungsaspekt* zusammenfassen und lautet in der Kurzversion: Wären Energieproduzenten und transnationale Händler einer Klimahaftung bzw. Lieferkettenverantwortlichkeit ausgesetzt, müssten sie entweder zwecks Haftungsvermeidung kostspielige Anpassungen vornehmen (Treibhausgasreduktionen bzw. intensiviert Lieferkettengovernance) oder das Haftungsrisiko einpreisen. Das bedeutete nicht nur einen dauerhaften Nachteil gegenüber internationalen Wettbewerbern, die von Klimahaftung bzw. Lieferkettenverantwortlichkeit unangetastet bleiben. Schlimmstenfalls könnte die einseitige Belastung dazu führen, dass Energieproduzenten und transnationale Händler ihre Aktivität in andere Rechtsordnungen verlagern, um weiterhin gegenüber der internationalen Konkurrenz wettbewerbsfähig zu sein. Und das wäre gleich doppelt schlecht: Zum einen gingen mit der Abwanderung hiesige Arbeitsplätze und Steuereinnahmen verloren. Zum anderen wären weder dem Klimaschutz noch den Arbeits- und Produktionsbedingungen im Globalen Süden gedient. Denn weil in den neuen Heimatjurisdiktionen deutlich laxere Vorgaben gelten dürften, würde tendenziell mehr emittiert bzw. weniger Lieferkettengovernance betrieben.¹¹⁹⁷

Mit dem Verlagerungsaspekt sind eine Reihe von nachteiligen Folgewirkungen angesprochen, die für sich genommen – aber erst recht in ihrem Zusammenspiel – sehr kompliziert und wirtschaftswissenschaftlich umstritten sind.¹¹⁹⁸ Ich versuche mich auf den nächsten Seiten deshalb erst gar nicht am Gegenbeweis, sondern unterwerfe die prognostizierten Folgewirkungen nur einer Plausibili-

¹¹⁹⁷ Exemplarisch für die Klimahaftung Posner (2007), 1934f., 1939f.; Schwartz, et al. (2011), 404ff.; Wagner (2020b), 120f.; für die Lieferkettenverantwortlichkeit wohl Wagner (2021c), 223 und 221; für nachhaltigkeitsresponsive Bipolaritätskonstruktionen generell Ekardt (2016b), 464f. Der Verlagerungsaspekt – so er denn überhaupt überzeugt (dazu sogleich im Text) – wäre nebenbei auch bei den von den genannten Autoren bevorzugten politisch-gesetzgeberischen Großlösungen auf europäischer bzw. nationaler Ebene zu befürchten (und wird auch vor allem hier diskutiert).

¹¹⁹⁸ Vgl. nur die systematischen Literaturlauswertungen durch Branger/Quirion (2014) und Carruthers/Lamoreaux (2016).

tätsprüfung. Dabei wird schnell deutlich werden, dass die Sorgen des Verlagerungsaspekts überzeichnet sind.

a) Aber 1: Bei Lieferkettenverantwortlichkeit unrealistisch

Hinsichtlich der Lieferkettenverantwortlichkeit haben wir die wichtigsten Einwände schon kennengelernt. Erstens droht inländischen transnationalen Händlern gerade kein Wettbewerbsnachteil. Weil die Lieferkettenverantwortlichkeit nicht am einheimischen Verwaltungssitz anknüpft, sondern bei Warenabsatz im Inland eingreift, sind ausländische transnationale Händler gleichermaßen erfasst.¹¹⁹⁹ Zweitens ist es sehr unwahrscheinlich, dass transnationale Händler wegen der Kosten intensivierter Lieferkettengovernance dem deutschen Markt den Rücken kehren. Denn nicht nur bedeutete Abwanderung einen vollständigen Verzicht auf den deutschen Absatzmarkt, was angesichts dessen globaler Bedeutung selten sinnvoll sein wird, wie wir oben beim California Effect gesehen haben.¹²⁰⁰ Vor allem ist im Effizienzkontext bereits deutlich geworden, dass transnationale Händler die entstehenden Kosten an Endverbraucher weiterreichen dürften.¹²⁰¹ Insgesamt ist daher kaum damit zu rechnen, dass inländische transnationale Händler wie KiK abwandern oder ausländische Pendanten wie UNIQLO fortan den deutschen Markt meiden.

b) Aber 2: Bei Klimahaftung (sehr) wenig wahrscheinlich

Bei der Klimahaftung ist die Ausgangslage vertrackter. Der Verlagerungsaspekt wird hier unter einem eigenen Stichwort diskutiert, der sogenannten *carbon leakage*. Meist ist dabei „direkte“ leakage gemeint, also die Verlagerung der Produktion von treibhausgasintensiven Gütern ins Ausland, weil sich die Inlandsproduktion aufgrund von nationalen Klimaschutzmaßnahmen relativ verteuert (namentlich durch Bepreisung der Treibhausgasemissionen).¹²⁰² Dabei sind wie-

¹¹⁹⁹ Oben § 7 II. 2. a). Der Nachteil könnte transnationalen Händlern also nur auf ausländischen Märkten drohen, sofern dort Konkurrenten operieren, die nicht (auch) hierzulande absetzend tätig sind und deshalb einen komparativen Kostenvorteil aufweisen. Dies lässt sich bei fragmentierten Rechtsordnungen aber nie vollends vermeiden, zudem dürfte langfristig wiederum der California Effect (durch ein race to the top) für ein level playing field sorgen: Um auf jenen ausländischen Märkten nicht dauerhaft von der Konkurrenz preislich unterboten zu werden, werden transnationale Händler dafür trommeln, auch dort eine Lieferkettenverantwortlichkeit (oder Ähnliches) zu implementieren, vgl. maßgeblich *Bradford* (2012), 5 ff. Auch für diese sog. de jure-Seite des California Effects gibt es empirische Nachweise, vgl. für Emissionsstandards im Automobilsektor *Vogel* (1997), 561 ff.; *Perkins/Neumayer* (2012), 223 ff.; für Arbeits- und Produktionsstandards im Globalen Süden *Greenhill, et al.* (2009), 678 ff.; *Malesky/Mosley* (2018), 720 ff.

¹²⁰⁰ Oben § 8 I. 2. b).

¹²⁰¹ Oben § 7 II. 2. a).

¹²⁰² Vgl. die systematische Literatursauswertung durch *Branger/Quirion* (2014), 53 f. „Indirekte“ leakage beschreibt dagegen den Effekt, dass infolge nationaler Klimaschutzmaßnahmen die Inlandsnachfrage nach fossilen Brennstoffen zurückgeht, wodurch die Weltmarkt-

derum zwei Szenarien auseinanderzuhalten: Erstens kann es sein, dass die bisherige Inlandsproduktion wegen des gestiegenen Kostendrucks physisch ins Ausland verlagert wird, also eine echte Abwanderung erfolgt. Zweitens kann sich die bestehende Nachfrage auf die von der Klimaschutzmaßnahme nicht erfasste (und insoweit günstigere) ausländische Konkurrenz verlagern, die dann mehr produziert. In beiden Fällen wäre der Klimaeffekt gleich null, weil die Emissionen einfach nur anderswo ausgestoßen werden. So jedenfalls die Grundannahme, die freilich im Detail und vor allem in ihrer Praxistauglichkeit ähnlich umstritten ist wie Verlagerungseffekte generell.¹²⁰³ Selbst wenn wir sie als gegeben unterstellen, ist es aber wenig plausibel, dass eine Klimahaftung entsprechende Effekte zeitigte.

Beginnen wir mit der ersten leakage-Variante, also der physischen Produktionsverlagerung. Wie oben herausgearbeitet, adressiert die Klimahaftung Energieproduzenten, die fossile Brennstoffe in eigenen Kraftwerken zur Stromerzeugung verfeuern.¹²⁰⁴ Nehmen wir wieder RWE als Beispiel, geht es also um eine Verlagerung der Braunkohlekraftwerke über die Grenze, sagen wir in die benachbarten Niederlande. Aber inwiefern könnte sich RWE damit dem Haftungsrisiko einer Klimahaftung entziehen? Erinnern wir uns an das im Präventionskontext Gesagte, kann jedenfalls bei bereits angelegten Schäden wie dem GLOF-Risiko in Huaraz eine Produktionsverlagerung die Haftung lediglich begrenzen.¹²⁰⁵ Würde etwa RWE morgen all seine Kraftwerke in die Niederlande verlegen und übermorgen sich das GLOF-Risiko in Huaraz realisieren und Lliuyas Wohnhaus überschwemmen, wäre RWE nicht haftungsfrei. Vielmehr würde RWE weiterhin für seinen in inländischen Braunkohlekraftwerken pflichtwidrig getätigten Verursachungsbeitrag von 0,321 % haften und nur der eine Tag im Ausland – der mangels Handlungsortanknüpfung dem deutschen Privatrecht nicht mehr unterfällt¹²⁰⁶ – wäre nicht erfasst. Der Vorteil einer Produktionsverlagerung läge also darin, den Verursachungsbeitrag gewissermaßen

preise sinken – was wiederum Ländern ohne entsprechende Klimaschutzmaßnahmen die Nachfrage erhöht und dort die Emissionen steigen lässt. Weil jene Effekte aber noch weniger verstanden (und empirisch belegt) sind als „direkte“ leakage, und die für uns besonders relevante Braunkohle aufgrund ihrer hohen Transportkosten ohnehin kaum gehandelt wird, lasse ich sie außen vor. Dazu und zu weiteren Diskussionssträngen rund um leakage *Umweltbundesamt* (2020), 7 f., 49 ff.

¹²⁰³ Deutlich *Branger/Quirion* (2014), 54: „one of the most contentious debates in international economics“.

¹²⁰⁴ Oben § 6 III.

¹²⁰⁵ Oben § 6 II. 2. b).

¹²⁰⁶ Denn da die Kraftwerke ja nun in den Niederlanden emittieren, würden diese Emissionen qua Handlungsortanknüpfung nach Art. 7 Rom II-VO niederländischem Privatrecht unterfallen. Würde die RWE AG als Konzernobergesellschaft weiterhin ihren Sitz in Deutschland haben, wäre aber selbst damit nichts gewonnen. Denn weil dann die wesentlichen unternehmerischen Entscheidungen immer noch im Inland getätigt werden, ist nach (freilich umstrittener Ansicht) weiterhin deutsches Recht anwendbar, vgl. *Weller/Tran* (2021), 345 f.

auf dem bisherigen Stand einzufrieren (bzw. aufgrund bei weiter zunehmenden globalen Gesamtemissionen Stück für Stück zu verringern, wie wir oben ebenfalls gesehen haben).¹²⁰⁷ Das ist für RWE natürlich besser als nichts, aber es ist sehr fraglich, ob sich dafür der Aufwand lohnt. Kraftwerke verlegen sich nicht so leicht – grob gesagt müsste RWE alle inländischen Kraftwerke abbauen, sie in den Niederlanden wieder aufbauen und dann den dort produzierten Kohlestrom bis ins deutsche Netz leiten. Weil die mitteleuropäischen Stromnetze verbunden sind, ist das zwar technisch grundsätzlich möglich, allerdings hängt die Produktionsverlagerung von zahlreichen Vorbedingungen ab: Es bräuchte ausreichend freie Grundstücke, die erforderlichen Genehmigungen müssten vorliegen, die nötigen Arbeitskräfte verfügbar sein und so weiter. RWE müsste die in den rheinischen Gebieten geförderte Braunkohle zudem deutlich weiter transportieren, womit einer der zentralen Kostenvorteile der Braunkohle – schnell abgebaut, in unmittelbarer Nähe verfeuert – wegfiel.¹²⁰⁸ Vor allem aber dürfte es mit immensen Kosten einhergehen, technisch hochkomplexe Anlagen wie Kraftwerke an einen anderen Ort zu verlegen.¹²⁰⁹ Insofern ist es wenig verwunderlich, dass der befürchtete Exodus kaum einmal stattfindet. „The dire predictions of those who assert that more stringent regulation of business will produce divestment and flight have seldom been realized in practice“, fassen Bruce Carruthers und Naomi Lamoreaux ihre systematische Auswertung der einschlägigen empirischen Studien zu Verlagerungseffekten zusammen.¹²¹⁰ Dabei ist besonders interessant, dass selbst innerhalb der USA, wo Produktionsverlagerungen ähnlich wie im RWE-Niederlande-Beispiel schon aufgrund der räumlichen und regulativen Nähe vergleichsweise leicht fallen sollten, kaum zu beobachten sind. Bei steigenden Produktionskosten infolge von einzelstaatlichen Umweltschutzmaßnahmen wurde von Unternehmensseite zwar regelmäßig mit Rückzug in andere Einzelstaaten gedroht, wahr gemacht wurde dies aber nur selten.¹²¹¹ Auch eine aktuelle Untersuchung des Umweltbundesamts, die sich speziell auf treibhausgasintensive Unternehmen in Europa und Deutsch-

¹²⁰⁷ Wenn die RWE AG gleich auch ihren Sitz in die Niederlande verlegt, wird damit auch nicht die Vollstreckung des deutschen Urteils in der Niederlande entscheidend erschwert, vgl. Art. 36 ff. Brüssel IA-VO, §§ 1110 ff. ZPO.

¹²⁰⁸ Vgl. Radkau (1998a), 184 ff.; generell AGORA *Energiewende* (2022), 127 ff.

¹²⁰⁹ Zur groben Orientierung: Die Verlegung des Stahlwerks Westfalenhütte nach China beschäftigte rund 10.000 Arbeiter, dauerte drei Jahre und kostete nach Expertenschätzungen 750 Millionen Euro. Das räumt auch Posner (2007), 1939 f. ein: Abwanderung „would be extremely costly“.

¹²¹⁰ Carruthers/Lamoreaux (2016), 89; ebenso Branger/Quirion (2014), 59: „a massive environmental relocation has never been observed“ sowie 65: „Carbon costs matter, but they are one factor out of many [...]. Massive environmental relocations in case of stringent policies [...] are not realistic.“

¹²¹¹ Entsprechendes zeigt sich innerhalb gemeinsamer Märkte wie der EU und NAFTA, vgl. die zahlreichen (Nicht-)Nachweise bei Carruthers/Lamoreaux (2016), 64 ff., Gleiches gilt für anderweitig steigende Produktions- oder Compliancekosten, vgl. 57 ff.

land konzentrierte, kam zu dem Ergebnis, dass Unternehmen kostensteigernde Klimaschutzmaßnahmen zwar regelmäßig laut beklagen, diese aber keinen nachweisbaren Einfluss auf die Standortentscheidung haben.¹²¹²

Hinzu kommt, dass RWE selbst in den Niederlanden (oder in jedem anderen Land) nicht vollends von der deutschen Klimahaftung für noch nicht angelegte Klimaschäden abgeschirmt wäre. Das haben wir oben bei der transnationalen Breitenwirkung gesehen: Sofern der Klimaschaden auf deutschem Boden eintritt – besagte obere Etagen der Elbphilharmonie – ist RWE selbst bei einer Abwanderung qua Erfolgsortanknüpfung weiterhin deutschem Privatrecht unterworfen.¹²¹³ Und dabei bleibt es nicht. Aufgrund des beschriebenen diskursiven Expansionspotentials ist es nicht unwahrscheinlich, dass auch an dem neuen Produktionsstandort perspektivisch eine Klimahaftung eingreift.¹²¹⁴ Die ohnehin niedrigen Verlagerungsanreize sinken mithin weiter: Wenn ein Energieproduzent auch anderswo eine Klimahaftung befürchten muss, wird der ohnehin teure Umzug zur Wette.¹²¹⁵

Zu einer physischen Verlagerung der Kraftwerke dürfte es also kaum kommen. Wie aber steht es um die zweite leakage-Variante, wonach eine Klimahaftung die Nachfrage auf ausländische Konkurrenten verlagern könnte, die dann mehr (und entsprechend klimaschädlich) produzieren? Wie oben gesehen, stellen Energieproduzenten wie RWE abhängig von den gegenüber Abnehmern und Stromhändlern eingegangenen Verpflichtungen Strommengen bereit; vereinfacht gesagt bieten sie also Strompakete an.¹²¹⁶ Würde nun etwa RWE zwecks Haftungsbegrenzung weniger vom relativ günstigen Braunkohlestrom produzieren oder das Haftungsrisiko einpreisen, dürfte dies jeweils eine Verteuerung von RWEs angebotenen Strompaketen zur Folge haben.¹²¹⁷ Das bedeutet jedoch nicht, dass dann ein Braunkohle verstromender Energieproduzent aus Polen

¹²¹² *Umweltbundesamt* (2020), 50ff.

¹²¹³ Oben § 8 I. 2. a).

¹²¹⁴ Ebenso *Kling* (2018), 223. In der ökonomischen Literatur ist dies als negative leakage (oder allgemeiner als policy diffusion) bekannt, vgl. die systematischen Auswertungen durch *Branger/Quirion* (2014), 56; *Carruthers/Lamoreaux* (2016), 55f., 67.

¹²¹⁵ Zum Steuerungseffekt durch Einpreisung einer (mitunter bloß vagen) Haftungserwartung vgl. *Schäfer/Ott* (2020), 219f. Dem lässt sich auch kaum entgegenhalten, dass RWE „dann halt nach China“ oder in eine vergleichbare außereuropäische Rechtsordnung umzieht, die für laxen Klimaschutz bekannt ist. Denn zum einen wären noch immer die immensen Umzugskosten zu beachten, zum anderen könnte RWE jedenfalls nicht mehr Strom (auch) für den deutschen Markt bereitstellen, weil die Kraftwerke nicht ans europäische Verbundsystem angeschlossen wären.

¹²¹⁶ Oben § 6 III. 3. b) cc) (2) (g).

¹²¹⁷ Sicher ist das freilich nicht. Denn da RWE nicht nur eine, sondern verschiedene Energiequellen nutzt – neben Braunkohle etwa auch Gas, Wind- oder Wasserkraft – entscheiden vor allem Kostengesichtspunkte über den Einsatz der jeweiligen Energiequelle. Ist etwa Windkraft gerade viel vorhanden (und damit günstig), kann eine Verteuerung ausbleiben, vgl. nur *Heuck, et al.* (2013), 72f., 506ff.; für die insoweit ähnlich liegende CO₂-Bepreisung wird jedoch eine (durchschnittliche) Verteuerung unterstellt, vgl. *Umweltbundesamt* (2020), 254ff.

oder Tschechien RWEs Angebot aussticht und seinerseits entsprechende Treibhausgasemissionen freisetzt. Für fossilen Strom gibt es keine festgelegten Kontingente, Braunkohle-Strompakete konkurrieren also nicht nur mit anderen Braunkohle-Strompaketen, sondern mit Strompaketen generell. Es setzt sich der Energieproduzent am Markt mit seinem Angebot durch, der im fraglichen Zeitpunkt am günstigsten Strom bereitstellen kann. Das hängt wiederum von zahlreichen Faktoren ab – etwa wie windig oder sonnig es gerade ist, wie die Brennstoffpreise (und die entsprechenden Emissionszertifikate) stehen, wie hoch die Auslastung der Kraftwerke ist, ob gleichmäßige Grund- oder dynamische Spitzenlast bereitzustellen ist und einigem mehr. Es kann also durchaus sein, dass der sich im konkreten Fall durchsetzende Energieproduzent Strom aus (vorrangig einzuspeisenden) erneuerbaren Energien oder zumindest weniger klimaschädlichen Gaskraftwerken bereitstellt.¹²¹⁸ Nimmt man zudem als groben Indikator, welche Energieform bisher überwiegend in deutsche Stromnetze „importiert“ wurde, wäre auch eher eine Verschiebung zugunsten der relativ günstig zu produzierenden Atomkraft zu erwarten.¹²¹⁹ Und schließlich müssten polnische oder tschechische Energieproduzenten in ihre angebotenen Strompakete ja ebenfalls einpreisen, dass sie für Klimaschäden auf deutschem Boden qua Erfolgsortanknüpfung ein Haftungsrisiko trifft – ob sie gegenüber RWE überhaupt einen komparativen Kostenvorteil haben, ist also gar nicht so klar.

All das ist natürlich nur eine sehr grobe Darstellung des sehr vielschichtigen Strommarkts, und ich will damit auch nicht abstreiten, dass eine Klimahaftung eine Nachfrageverlagerung auf (noch) klimaschädlichere Energieproduzenten im Ausland zur Folge haben könnte. Aber wie die Ausführungen verdeutlicht haben sollten, ist carbon leakage mit vielen Unbekannten behaftet, und diese Unbekannten werden angesichts der Besonderheiten des Strommarkts eher größer. Letztlich bräuchte es für belastbare Voraussagen über die Verlagerungseffekte einer Klimahaftung entsprechende Simulationsstudien oder ökonomische Analysen, wie sie etwa für das europaweite Emissionshandelssystem existieren (und deren „leakage estimates contrast sharply with alarmist predictions made by industry-financed studies“).¹²²⁰ Jedenfalls ist aber nicht zwin-

¹²¹⁸ Sofern der Handel über die Strombörse erfolgt, wird die Einsatzreihenfolge der Kraftwerke zudem vom sog. Merit-Order-Prinzip bestimmt, das die zum relevanten Zeitpunkt günstiger produzierenden Kraftwerke systematisch bevorzugt, instruktiv *PricewaterhouseCoopers* (2017), 59ff. Wie komplex die Preisbildung im Einzelnen ist, eindrucklich *Germehausen/Wölfling* (2020).

¹²¹⁹ Denn Deutschland importiert Strom vor allem aus Frankreich, wo der Strom zu mehr als zwei Dritteln aus Atomkraft gewonnen wird, vgl. *Bundesnetzagentur/Bundeskartellamt* (2020), 223 ff.

¹²²⁰ Vgl. die systematische Literaturlauswertung durch *Branger/Quirion* (2014), 58 ff. (Zitat auf 58). Neuere Untersuchungen untermauern diesen Befund, vgl. *Sato/Dechezleprêtre* (2015); *Branger, et al.* (2017), auch der jüngste Sachstandsbericht des IPCC (2022c), 61 sieht „no consistent evidence“.

gend, ja angesichts der genannten diversen Einflussfaktoren nicht einmal wahrscheinlich, dass eine Klimahaftung zu den befürchteten Verlagerungseffekten führt. Wahrscheinlicher ist eher, dass sie die fossile Stromproduktion verteuert und so den Anteil treibhausgasschonender Energieerzeugung im Strommix erhöht – womit sie genau den gewünschten Klimaeffekt hätte.

II. Zweites Negativmerkmal: Forumsinkompatibilität

Bislang haben wir uns mit dem ersten Negativmerkmal *strukturelle Unterkomplexität* beschäftigt und dabei drei Kritikpunkte herausgegriffen. Obwohl unterschiedliche Schwerpunkte setzend, lag der Kernvorwurf darin, dass Klimahaftung und Lieferkettenverantwortlichkeit der Komplexität von Klimawandel und globalen Lieferketten nicht gerecht werden: Nötig sind große Lösungen; privatrechtliche Bipolaritätskonstruktionen haben nicht ausreichend Breitenwirkung; schlimmstenfalls kommt es zu Verlagerungseffekten. All diese Kritikpunkte sprechen Wichtiges an, überzeugen aber nur bedingt. Nun wenden wir uns dem zweiten Negativmerkmal *Forumsinkompatibilität* zu. Wir verlagern unseren Fokus also auf das (gedankliche) Setting, in dem Klimahaftung und Lieferkettenverantwortlichkeit ausgehandelt werden: das Forum des Privatrechtsprozesses. Dabei ist unser Ausgangspunkt wiederum die Negativhypothese, das heißt wir gehen davon aus, dass das Forum des Privatrechtsprozesses zur Deliberation von Klimawandel und globalen Lieferketten nicht geeignet ist. Und erneut lassen sich drei große Kritikpunkte identifizieren, die wir auseinanderhalten sollten.

1. Kritikpunkt: Kompetenzaspekt

Beim ersten Kritikpunkt werden schwere Geschütze aufgeföhren. Was ich im Folgenden als *Kompetenzaspekt* bezeichne, wird vor allem der Klimahaftung entgegengehalten. Klimaschutz qua Gerichtsbeschluss, mahnt etwa Bernhard Wegener, berge „systemische Risiken“. Eine derart fundamentale gesellschaftspolitische Großfrage müsse „im dafür demokratisch legitimierten politischen Raum, nicht im Gerichtssaal geführt werden“. Mischten sich Gerichte in den legislativen Prozess ein, bestünde die Gefahr, „die dritte Gewalt und das gewaltenteilende System insgesamt zu destabilisieren.“¹²²¹ Die „Entscheidungsprärogativen des Gesetzgebers und der ebenso legitimierten Exekutive“, pflichtet ihm Gerhard Wagner bei, würden ausgehebelt; „auf dem Spiel“ stünde nichts

¹²²¹ Wegener (2019), 13. Speziell zu privaten Klimaklagen auch Wegener (2022), 430: „[mutet] wie ein Rückfall in vormoderne Zeiten an, in denen nicht die Allgemeinheit des Gesetzes, sondern die Singularität des richterlichen Rechtspruchs die gesellschaftliche Ordnung prägte.“

weniger als „die Bedeutung des politischen Prozesses als Ausdruck praktischer Demokratie.“¹²²² Ähnliche Einwände, wenn auch nicht in dieser Vehemenz, werden gegenüber der Lieferkettenverantwortlichkeit erhoben.¹²²³ Insofern konstatiert Felix Ekardt durchaus treffend, dass nachhaltigkeitsresponsive Bipolaritätskonstruktionen „in höherem Maße Bedenken aus der Perspektive von Demokratie und Gewaltenteilung ausgesetzt sein [werden].“¹²²⁴

a) Aber 1: Lücken bleiben Lücken

Der Kompetenzaspekt hat insbesondere in den USA eine lange Vorgeschichte. Er firmiert dort unter der Überschrift „regulation through litigation“ und geht auf die in § 5 erwähnte *tobacco litigation* seit den 1950er Jahren zurück.¹²²⁵ Trotz der schon damals recht klaren (und auch der Industrie bekannten) Gesundheitsgefahren wurden von staatlicher Seite kaum Schutzmaßnahmen gegen Tabakrauch ergriffen. Verbraucher begannen daraufhin in großer Zahl Tabakhersteller wegen Gesundheitsverletzungen zu verklagen; in den 1990er Jahren schlossen sich über 40 Einzelstaaten an und erwirkten einen Milliardenvergleich, der zahlreiche Restriktionen enthielt (Jugendschutz, Werbeverzicht etc.) und in der Folgezeit durch weitere Gesetzgebung flankiert wurde. Exakt diese zeitliche Abfolge störte viele und wurde letztlich mit denselben Argumenten angegriffen, die heute im Klima- und Lieferkettenkontext zu hören sind: Nichtraucher- und Gesundheitsschutz gehören auf die politisch-gesetzgeberische Bühne; greifen Gerichte dem Prozess vor, überschreiten sie ihre Kompetenz.¹²²⁶

Unbestritten ist auch das ein sehr valider Punkt. Demokratietheoretisch dürfte Konsens bestehen, dass insbesondere der breit angelegte parlamentarische Prozess eine bessere Legitimationsgrundlage für gesellschaftspolitische Großentscheidungen bietet als Gerichtsverfahren – die verschiedenen Lösungsansätze werden mit Expertenhilfe ausgelotet, dann im öffentlichen Plenum debattiert und schließlich in einen mehrheitsfähigen Konsens überführt. Allerdings macht schon diese Darstellung das Problem deutlich: Der Kompetenzaspekt beruht auf einem theoretischen Idealbild, das mit der Realität wenig zu tun hat.¹²²⁷ Und das gleich doppelt.

¹²²² Wagner (2020b), 118 und 114. Ebenso etwa Schwartz, et al. (2011), 404 ff.; Ismer (2014), 41 ff.; besonders scharf (Verletzung des Rechtsstaatsprinzips) Ahrens (2019), 652 ff.; Gärditz (2022), 55 ff.

¹²²³ So etwa die vor diesem Hintergrund geführte Diskussion zur „Instrumentalisierung“ des Zivilprozesses, abgedruckt in Althammer/Roth (2018), 113 ff.; tendenziell auch Weller/Nasse (2020), 113 f. (für die Direkthaftung).

¹²²⁴ Ähnlich Ruster (2021), 1111: „Nachhaltigkeit wird die Legislative im demokratischen Rechtsstaat selbst angehen müssen, anstatt sie leichter Hand an die Judikative zu delegieren.“

¹²²⁵ Eingehend zum entstehungsgeschichtlichen Hintergrund Thorpe (2008), 86 ff.; Schwartz, et al. (2011), 399 ff.; Olszynski, et al. (2017), 9 ff.

¹²²⁶ Prominent Viscusi (1999).

¹²²⁷ So auch Thorpe (2008), 91 ff.; Pöttker (2014), 439; generell (und grundlegend) Stigler (1971).

Erstens unterstellt der Kompetenzaspekt, dass der politische Prozess reibungslos funktioniert. Genau das ist aber die Krux. Gleich ob *tobacco litigation*, Klimahaftung oder Lieferkettenverantwortlichkeit – auf Gerichtsverfahren wird ja nicht deshalb gesetzt, weil sie höhere Legitimation versprechen.¹²²⁸ Sondern weil der an sich maßgebliche politische Prozess zahlreiche Fehlanreize und strukturelle Defizite aufweist, die ihn gerade im Umgang mit Klimawandel und globalen Lieferketten stottern lassen, wie wir beim Großlösungsaspekt gesehen haben.¹²²⁹ Das räumen selbst Skeptiker wie Eric Posner ein. „The best argument“ für eine Klimahaftung, schreibt er, bestehe darin, dass das „problem hasn’t been adequately addressed by political branches; bad juridical regulation might be better than no regulation at all.“¹²³⁰ Ähnlich wie der Großlösungsaspekt macht es sich der Kompetenzaspekt also eine Spur zu einfach, wenn er die rechtsrealistisch gefärbten Argumente pro Klimahaftung und Lieferkettenverantwortlichkeit lediglich mit den – unbestrittenen! – demokratietheoretischen Vorzügen des politisch-gesetzgeberischen Prozesses kontert.

Zweitens kommt hinzu, dass selbst wenn der Prozess reibungslos funktionieren würde, weniger die öffentliche parlamentarische Debatte das Ergebnis hervorbrächte, sondern vor allem eine gut geölte Ministerialbürokratie. Auch wenn die legislative Befassung natürlich den zentralen Legitimationsakt darstellt und durchaus noch erheblichen Einfluss nehmen kann (und mitunter nimmt), ist doch mittlerweile gut erforscht, dass gerade in Deutschland die Regierung nicht nur die meisten Vorhaben auf den Weg bringt, sondern ihre Entwürfe auch die anschließende parlamentarische Debatte maßgeblich formen.¹²³¹ Erik Pöttker hat deshalb Recht, dass es beim Kompetenzaspekt „faktisch weniger um das Verhältnis von Judikative und Legislative, als um das dasjenige von Judikative und Exekutive [geht].“¹²³²

b) Aber 2: Gesetzgeberisches Rückholrecht

Schließlich wird der Kompetenzaspekt auch nicht von ungefähr primär im staatsrechtlichen Kontext betont. Denn hier stellt er sich aufgrund der gesetzlichen Bindungswirkung verfassungsgerichtlicher Entscheidungen in besonderer Schärfe.¹²³³ Wie der sogenannte Klimabeschluss des Ersten Senats eindrücklich

¹²²⁸ Treffend *Peel/Osofsky* (2015), 340: „Courts may not always be the best forum for policy debates of this kind or the most sympathetic to arguments for transformative change. [...] But in terms of allowing such issues to be aired publicly, thoroughly, and stridently, at least the courtroom doors are open.“

¹²²⁹ Oben § 8 I. 1.

¹²³⁰ *Posner* (2007), 1938.

¹²³¹ Früh *Wälde* (1979), 97 ff: Parlament als „Notar“ bereits ausgehandelter Entscheidungen; zum Ganzen instruktiv *Baer* (2017), 177 ff.; eingehend *Bogdandy* (2000), 55 ff.

¹²³² *Pöttker* (2014), 440.

¹²³³ So etwa *Wegener* (2019), 12. Treffend auch *Graser* (2019b), 273: „Wenn Verfassungsgerichte irren, laufen sie tatsächlich Gefahr, dies für die Ewigkeit zu tun.“

gezeigt hat, laufen Entscheidungen des BVerfG in Klimafragen in der Tat auf politisch kaum hintergehbare Klimaschutzanordnungen hinaus.¹²³⁴ Privatrechtsurteile haben aber keine entsprechende Bindungswirkung. „Dem Gesetzgeber“, heißt es in einem jüngeren Urteil des BVerfG dazu knapp, „[bleibt] die Möglichkeit, in unerwünschte Rechtsentwicklungen korrigierend einzugreifen und so im Wechselspiel von Rechtsprechung und Rechtsetzung demokratische Verantwortung wahrzunehmen“.¹²³⁵ Guido Calabresi spricht deshalb mit Blick auf gerichtliche Bipolaritätskonstruktionen treffend von gesetzgeberisch abänderbaren „conditional rules“; noch prägnanter ist Anne Röthels Formel vom „Rückholrecht des Privatrechtsgesetzgebers“.¹²³⁶ Das passiert auch gar nicht so selten, ein berühmtes Beispiel ist die durch Gesetzesänderung eingefangene Rechtsprechung des BGH zum Eigenkapitalersatzrecht in der GmbH.¹²³⁷

Aus theoretischer Sicht steht die gesetzgeberische Einschätzungsprärogative also gar nicht zur Disposition. Allenfalls die Chronologie wäre durch nachhaltigkeitsresponsive Bipolaritätskonstruktionen verändert.¹²³⁸ Das eigentliche Argument kann deshalb nur lauten, dass Urteile zu Klimahaftung oder Lieferkettenverantwortlichkeit praktisch schwer revidierbar wären und so faktisch Gesetzgebung vorwegnehmen.¹²³⁹ Dann aber ist der Kompetenzaspekt eher rechtsrealistisch als idealistisch eingefärbt – was ihn empfindlich schwächt, weil er unvermittelt die Perspektive wechselt: Entweder man betrachtet den politisch-gesetzgeberischen Prozess konsequent idealiter und betont seine demokratietheoretischen Vorzüge – dann aber haben Legislative und Exekutive weiterhin die uneingeschränkte Kompetenz, Urteile zu Klimahaftung und Lieferkettenverantwortlichkeit zu revidieren. Oder man argumentiert realiter und beklagt eine faktische Vorwegnahme des politisch-gesetzgeberischen Prozesses durch entsprechende Urteile – dann sollte man aber auch von vornherein realistisch auf den Prozess selbst blicken und nicht seine faktischen Defizite ausblenden.

¹²³⁴ BVerfGE 157, 30. Selbst hier besteht freilich kein unüberwindbares demokratietheoretisches Problem, näher *Möllers/Weinberg* (2021), 1077f.

¹²³⁵ BVerfGE 132, 99 Rn. 74 (Freiwilliges Delisting).

¹²³⁶ *Calabresi* (1982), 92 ff. und *Röthel* (2004), 80 ff.; ebenso *Eidenmüller* (2009), 648; *Hellgardt* (2016), 691 f. Speziell für die Klimahaftung *Thorpe* (2008), 90; *Weaver/Kysar* (2017), 317; implizit auch *Wegener* (2019), 12.

¹²³⁷ Der BGH hatte hier v. a. in seinem historischen November-Urteil das Kapitalbindungssystem weit ausgedehnt, mit dem MoMiG von 2008 kehrte der Gesetzgeber per Nichtanwendungsregel zur bilanziellen Betrachtungsweise „zurück“, näher *Thiessen* (2017), 634 ff. Ein ähnliches Beispiel ist die Macrotron/Frosta Rechtsprechung zum Delisting, dazu *Bayer* (2018). Einer der prototypischen Fälle in den USA ist die Intervention durch den kalifornischen Gesetzgeber, der die gerichtlich anerkannte Haftung von Hauseigentümern gegenüber Einbrechern zurückdrehte, vgl. *Goldberg/Zipursky* (2020), 219.

¹²³⁸ Ebenso *Thorpe* (2008), 90; *Weaver/Kysar* (2017), 317; generell *Calabresi* (1982), 92 ff.; *Hellgardt* (2016), 713 ff.

¹²³⁹ So dann auch (generell) *Maultzsch* (2010), 315 ff.

2. Kritikpunkt: Zurückhaltungsaspekt

Allerdings gewinnt der Kompetenzaspekt sofort wieder an Schärfe, wenn wir uns in die Rolle einer Richterin versetzen. Nicht nur würden Klimahaftung und Lieferkettenverantwortlichkeit neuartige Bipolaritätskonstruktionen bedeuten. Weil dahinter die komplexen Wirklichkeitsphänomene Klimawandel und globale Lieferketten stehen, verhandelt man zugleich über gesellschaftspolitische Großfragen. Aus richterlicher Sicht mag dann viel für Zurückhaltung sprechen. Der naheliegende Impuls könnte lauten: Selbst wenn wir als Gericht über Klimahaftung und Lieferkettenverantwortlichkeit entscheiden können, lassen wir von solch heiklen Themen lieber die Finger. Wir deliberieren erst gar nicht, ob zwischen Klimaofern und Energieproduzenten bzw. Endverbrauchern und transnationalen Händlern wechselseitige Rechte- und Pflichtenbeziehungen bestehen. Stattdessen erklären wir unser Forum von vornherein für unzuständig und verweisen für alles Weitere auf den politisch-gesetzgeberischen Prozess. Auch wenn die bislang behandelten kompetenziellen Aspekte natürlich hineinspielen, geht es bei dem, was ich im Folgenden als *Zurückhaltungsaspekt* bezeichne, also um eine selbstverordnete Mäßigung durch die Forumshüter.

Dass dies kein bloßes Gedankenspiel ist, zeigt ein Blick auf Klimahaftungsklagen in den USA, wo Gerichte trotz teils offener Sympathie für die Anliegen der Kläger reihenweise auf ihren *judicial self restraint* verwiesen.¹²⁴⁰ Was sich ihre deutschen Pendanten zum Vorbild nehmen sollten, wie prominente Literaturstimmen fordern. „Wenn sich aber schon US-amerikanische Gerichte in einer bestimmten Frage in Zurückhaltung üben“, schreibt etwa Gerhard Wagner mit Blick auf die Klimahaftung, „sind die deutschen Gerichte gut beraten, es ihnen gleich zu tun.“¹²⁴¹ Ähnliches wird im Lieferkettenkontext angeregt – allerdings mit deutlich weniger Vehemenz.¹²⁴²

Ich werde den Zurückhaltungsaspekt deshalb primär mit Blick auf die Klimahaftung behandeln und meine Gegenargumente darauf konzentrieren. Vieles davon sollte sich aber auf die (ja ohnehin weniger starken) Vorbehalte gegen eine gerichtliche Aushandlung der Lieferkettenverantwortlichkeit übertragen lassen; am Ende des Abschnitts werde ich auch noch speziell auf sie zurückkommen.

a) Aber 1: Judicial self restraint nicht übertragbar

Führen wir uns noch einmal die Argumentation des Zurückhaltungsaspekts vor Augen. Sie macht zwei Schritte: Erstens verfolgen US-amerikanische Gerichte bei der Klimahaftung eine etablierte Zurückhaltungslinie in Form eines

¹²⁴⁰ Vgl. die Darstellung der Rechtsprechungsentwicklung bei *Weaver/Kysar* (2017), 322 ff.

¹²⁴¹ *Wagner* (2020b), 128; ebenso etwa *Ismer* (2014), 44 f.

¹²⁴² Vgl. die Diskussion in *Althammer/Roth* (2018), 113 ff.; tendenziell auch *Ekardt* (2016b), 465; *Habersack/Ehrl* (2019), 203 ff.

judicial self restraint; und zweitens sollte dieser judicial self restraint auf deutsche Gerichte übertragen werden. Beides überzeugt nicht.

Beginnen wir beim ersten Argumentationsschritt, indem wir kurz in die US-Debatte eintauchen. Das Konzept des judicial self restraint umfasst zahlreiche Fallgruppen, die teils nur lose verbunden sind, teils aber auch erhebliche Überlappungen aufweisen.¹²⁴³ Letzteres ist bei den für uns wesentlichen Fallgruppen der Fall, der *political question doctrine* und *justiciability/standing*.¹²⁴⁴ Im Einzelnen stellen sich hier eine Reihe von Fragen,¹²⁴⁵ ich konzentriere mich aber nur auf die Kernaspekte, die sich gut anhand der in den USA bereits ergangenen Urteile zur Klimahaftung verdeutlichen lassen: Ein Gericht muss eine Klage dann als politische bzw. nicht-justiziable Frage abweisen (und gar nicht erst vor einer Jury verhandeln)¹²⁴⁶, wenn keine hinreichenden rechtlichen Kriterien zur Entscheidungsfindung zur Verfügung stehen.¹²⁴⁷ Um das festzustellen, nimmt das Gericht eine summarische Prüfung vor. Ein klar negativer Befund ist etwa dann gegeben, wenn die auf richterrechtliches common law gestützte Klage durch legislativ gesetztes Gesetzesrecht gesperrt ist (*displacement* bzw. *preemption*).¹²⁴⁸ Die Sperrwirkung ist sehr strikt und entspricht im Wesentlichen der Situation, die wir hierzulande von der konkurrierenden Gesetzgebung zwischen Bund und Ländern kennen: Common law ist dann nicht anwendbar, wenn die einschlägige Frage durch einen gesetzgeberischen Akt direkt angesprochen wurde („when it does speak directly to a question“).¹²⁴⁹ Die Idee dahinter ist, dass Gerichte andernfalls mit „ihrem“ Recht das der Legislative aushebeln könnten. Und genau hier liegt der Knackpunkt für Klimaklagen. In dem sogenannten AEP-Verfahren vor dem US-Supreme Court hatten die Klä-

¹²⁴³ Zur Entstehungsgeschichte *Posner* (1983), 2 ff.

¹²⁴⁴ Streng genommen sind es sogar drei überlappende Konzepte, denn *justiciability* und *standing* lassen sich nochmals aufteilen, dazu *Posner* (2012), 520 ff., 533 ff.

¹²⁴⁵ Eingehend *Gaynor, et al.* (2010), 10847; *Belleville/Kennedy* (2012), 59 ff.; *Pöttker* (2014), 254 ff.

¹²⁴⁶ Beide Konzepte hängen also auch eng mit dem Geschworenengericht zusammen, in denen der richterliche Einfluss erheblich schwindet. Die Selbstbegrenzung ist auch und gerade Selbstbehauptung: Indem Gerichte den Zugang zu ihrem Forum nach strengen Regeln einhegen, erweitern sie gleichzeitig ihre eigene Kontrolldichte, treffend *Belleville/Kennedy* (2012), 59: „each of these defenses prevents a plaintiff from getting a claim to the ultimate fact-finder“.

¹²⁴⁷ Üblicherweise wird die *political question doctrine* in sechs Unterkategorien aufgeteilt und der beschriebene Aspekt aus Kategorie 2 (lack of judicially discoverable and manageable standards) und 3 (impossibility of deciding without an initial policy determination) abgeleitet, dazu *Barkow* (2002), 246 ff.; *Thorpe* (2008), 79 ff.

¹²⁴⁸ Streng genommen gehört diese Frage zur *justiciability/standing*-Fallgruppe (vgl. *Gaynor, et al.* (2010), 10847), in den einschlägigen Klimaurteilen wird die Frage jedoch regelmäßig unter der *political question doctrine* mitverhandelt bzw. nicht sauber getrennt, vgl. *Belleville/Kennedy* (2012), 59 ff.; *Peel/Osofsky* (2015), 270 ff.; *Weaver/Kysar* (2017), 322 ff.; zum Ganzen *Pöttker* (2014), 257 ff.

¹²⁴⁹ *Mobil Oil Corp. v. Higginbotham*, 436 U.S. (1978), 618, 625.

ger sich auf das *common law of nuisance* berufen, einen grob unserem Nachbartschaftsrecht ähnelnden Deliktstatbestand. Nach Ansicht des Gerichts war das jedoch von vornherein nicht möglich, weil der vom Kongress verabschiedete Clean Air Act die Frage bereits adressierte.

Das klingt nach einer höchstrichterlichen Absage gegen auf common law gestützte Klimaklagen, ist aber genau das nicht. Denn die Klage zielte auf Unterlassung, den beklagten Energieunternehmen sollten Emissionen oberhalb eines bestimmten Grenzwerts untersagt werden. Zu dieser Festsetzung sah sich das Gericht nicht in der Lage, weil die Bestimmung von konkreten Grenzwerten in den Anwendungsbereich des Clean Air Acts (und der zuständigen Umweltbehörde) falle und nicht richterrechtlich ausgehebelt werden dürfe.¹²⁵⁰ Ausdrücklich nicht entschieden wurde dagegen, ob auch auf common law gestützte Schadensersatzklagen verdrängt sind.¹²⁵¹ Dies nahm erst ein Bundesberufungsgericht im sogenannten Kivalina-Fall mit dem Verweis auf ein älteres Supreme Court-Präjudiz an.¹²⁵² Die vom Berufungsgericht dabei zugrunde gelegte Interpretation – durch einen legislativen Akt seien alle auf das common law of nuisance gestützte Ansprüche gesperrt, also auch Schadensersatzansprüche –, wird von vielen Literaturstimmen jedoch als Fehlschluss kritisiert, den das ältere Präjudiz gar nicht hergebe.¹²⁵³

Auch wenn das Konzept des judicial self restraint US-Gerichten also mehr oder weniger eindeutige Vorgaben für Zurückhaltung an die Hand gibt – ausgerechnet bei der Klimahaftung bestehen erhebliche Ungewissheiten. Mangels klar einschlägigem höchstrichterlichen Präjudiz ist schon gar nicht gesichert, ob es auch für Schadensersatzbegehren eingreift. Hinzu kommt, dass zahlreiche prominente Literaturstimmen dem Konzept generell kritisch gegenüberstehen und auch und gerade im Klimakontext kein gutes Haar daran lassen.¹²⁵⁴ Somit geht schon der erste Argumentationsschritt des Zurückhaltungsaspekts ins Leere. Es fehlt an einer etablierten Zurückhaltungslinie US-amerikanischer Gerichte, an der sich deutsche Gerichte bei Klimahaftungsklagen orientieren könnten.

¹²⁵⁰ American Electric Power Company, Inc., et al., v. Connecticut, 564 U.S. (2011), 410, 425: „The Act itself thus provides a means to seek limits on emissions of carbon dioxide from domestic power plants—the same relief the plaintiffs seek by invoking federal common law. There is no room for a parallel track.“

¹²⁵¹ Vgl. *Belleville/Kennedy* (2012), 75 ff.; *Johnson* (2013), 561 f.; *Pöttker* (2014), 262; tendenziell auch *Wagner* (2020b), 127. Außerdem ging es nur um das Verhältnis von federal common law zu federal statutory regulation; auch die Frage der Anwendbarkeit des bundestaatlichen common law ist mithin nicht vom Urteil angesprochen, dazu *Belleville/Kennedy* (2012), 72 ff.

¹²⁵² Native Village of Kivalina v. ExxonMobil Corp, 696 F 3d (9th Cir 2012), 849, 856 ff.; ebenso schon die Erstinstanz vgl. No. 4:08-cv-01138 (N.D. Cal. 2008).

¹²⁵³ So etwa *Belleville/Kennedy* (2012), 77 ff.; *Johnson* (2013), 561 f.; pro displacement aber *Schwartz, et al.* (2011), 398 ff.; vgl. zum Ganzen auch *Pöttker* (2014), 261 ff.

¹²⁵⁴ Grundsätzliche Kritik bei *Barkow* (2002), 300 ff.; *Posner* (2012), 533 ff.; im Klimakontext insb. *Thorpe* (2008), 86 ff.; *Weaver/Kysar* (2017), 35 f.

Letztlich können wir diese Detailfragen US-amerikanischer Gerichtspraxis aber auf sich beruhen lassen. Denn selbst wenn der Supreme Court in Zukunft eine Sperrwirkung bejahen und US-Gerichten deshalb Zurückhaltung auferlegen sollte – die Gründe dafür lägen dann primär im besonderen Wechselspiel zwischen richterrechtlichem common law und legislativ gesetzter regulation. Vor diesem Hintergrund wird schnell klar, dass dann auch der zweite Argumentationsschritt des Zurückhaltungsaspekts keinen Halt findet. Weil der judicial self restraint US-amerikanischer Bauart zuallererst der dortigen Rechtsquellenhierarchie geschuldet ist, lässt er sich kaum auf die Situation in Deutschland übertragen.¹²⁵⁵ Wie in § 6 herausgearbeitet, beruht die Klimahaftung auf Delikts- oder Eigentumsrecht. Beides ist kodifiziertes Recht, so dass sich die Vorrang- und Sperrwirkungsproblematik schon gar nicht stellt. Nur weil der Privatrechtsgesetzgeber eine Frage adressiert, büßen die Zivilgerichte hierzulande außerdem nicht ihre Kontroll- und Rechtsfortbildungsfunktion ein. Ein prominentes Beispiel haben wir bereits kennengelernt: Obwohl der Gesetzgeber mit § 278 BGB und § 831 BGB bewusst die Haftungszurechnung in vertraglich-pauschal und deliktisch-verschuldensabhängig aufgeteilt hatte, konstruierte das Reichsgericht mit dem Vertrag mit Schutzwirkung zugunsten Dritter eine neue Hybridkategorie – und zwar gerade weil der Gesetzgeber die außervertragliche Nähebeziehung nach Ansicht der Richter nur unzureichend adressiert hatte.¹²⁵⁶

Sofern man also überhaupt Parallelen zur speziellen US-amerikanischen Vorrangdebatte ziehen kann, dann allenfalls zur hiesigen Diskussion um die Verbindlichkeit von öffentlich-rechtlichen Vorgaben und Genehmigungen im Privatrecht, die wir im Rahmen von Legalisierungsthese und Rechtswidrigkeit behandelt haben.¹²⁵⁷ Freilich haben wir dort auch gesehen, dass das Privatrecht grundsätzlich selbstständig gegenüber der öffentlich-rechtlichen Ebene bleibt; sofern nicht ausdrücklich angeordnet, haben öffentlich-rechtliche Vorgaben und Genehmigungen allenfalls Indizwirkung. Zivilgerichte legen sich also gerade keinen judicial self restraint auf, sondern deliberieren lebhaft darüber, inwieweit sie der öffentlich-rechtlichen Ebene im Privatrecht Geltung verschaffen. Gewissermaßen kann man einen Großteil der Entwicklung der deliktischen Verkehrspflichten als privatrechtliche Konkretisierungs- und Abgrenzungsgeschichte zu öffentlich-rechtlichen Sicherheitsvorschriften und Technologie-

¹²⁵⁵ Ebenso *Frank* (2013), 29f.; *Thöne* (2022), 332; für civil law-Länder generell *Spitzer/Burtscher* (2017), 145f.; *Sutherland* (2017), 196f. Entsprechendes gilt, wenn man den judicial self restraint mit den Besonderheiten des Geschworenverfahrens begründet, dass also US-amerikanische Gerichte den Zugang zu ihrem Forum nach strengen Regeln einhegen, um so zugleich ihre eigene Kontrolldichte zu erweitern. Denn deutschen Richterinnen und Richter droht im Laufe des Zivilverfahrens kein Einflussverlust durch Geschworene.

¹²⁵⁶ *Hofer* (2000), 379ff.; *Lakenberg* (2015), 295ff. und schon oben § 5 II. 3. a).

¹²⁵⁷ Oben § 6 III. 3. a) und 4.

standards lesen, in denen Zivilgerichte immer wieder das Pflichtenprogramm neu aushandelten.¹²⁵⁸

Kurzum: Der *judicial self restraint* US-amerikanischer Gerichte sagt über Klimaklagen vor deutschen Gerichten wenig aus. Ausgerechnet für die Klimahaftung ist bereits der Verlauf der Zurückhaltungslinie unklar; vor allem aber ist der *judicial self restraint* maßgeblich US-amerikanischen Eigenheiten geschuldet, die hierzulande so nicht existieren.

b) Aber 2: Keine deutsche Zurückhaltungslinie

Allerdings ist damit nur die Übertragbarkeit bestritten. Nur weil der *judicial self restraint* US-amerikanischer Bauart nicht zur hiesigen Ausgangslage passt, bleibt es ja möglich, dass deutsche Zivilgerichte angesichts der gesellschaftspolitischen Dimension von Klimawandel und globalen Lieferketten erst gar nicht in den Deliberationsprozess eintreten und auf den Gesetzgeber verweisen. So verstanden zielt der Zurückhaltungsaspekt dann auf eine eigene, wenn man so will, deutsche Zurückhaltungslinie in gesellschaftspolitischen Großfragen.¹²⁵⁹ In der Literatur zur Klimahaftung werden als Beleg zwei BGH-Entscheidungen angeführt,¹²⁶⁰ die wir uns kurz anschauen wollen.

Die erste angeführte Entscheidung ist das bereits vielfach erwähnte Waldschadensurteil. In der Tat hatte der BGH den Ersatzanspruch des klagenden Waldeigentümers seinerzeit auch mit der Begründung versagt, dass die Anerkennung eines solchen Anspruchs „dem an Recht und Gesetz gebundenen Richter nicht zu Gebote [steht]“ und es eine „gesetzlichen Entschädigungsregelung“ brauche.¹²⁶¹ Allerdings ist das Waldschadensurteil in Inhalt und Kontext viel zu eigen, um als Beleg für eine generelle Zurückhaltungslinie herzuhalten. Zur Erinnerung: Die Klage des Waldeigentümers stand vor dem Grundproblem, dass es schon an einer klaren Anspruchsgrundlage fehlte. Verklagt waren der Bund und das Land Baden-Württemberg, beide waren aber nicht Betreiber der emittierenden Anlagen. Der Waldeigentümer versuchte es deshalb auf analogem Weg, konkret mit dem Argument, dass doch gerade die von Bund und Land erlassenen Rechtsvorschriften den Betrieb der Anlagen unangreifbar machten und beide deshalb nach § 14 S. 2 BImSchG analog für die Beeinträchtigungen einstehen müssten. Konkret stand also nichts weniger als eine Garantierhaftung der öffentlichen Hand für genehmigungsfest betriebene Anlagen zur

¹²⁵⁸ Vgl. *Kleindiek* (1997), 284 ff.; *Spindler* (2011), 1039 ff.; speziell zur Produktsicherheit *Brüggemeier* (2006), 445 ff.; zur Gebäudesicherheit *Lakenberg* (2015), 313 ff.; empirische Nachweise bei *Höland* (2009), 40 ff. Im US-Kontext *Witt* (2009), 43 ff.; *Goldberg/Zipursky* (2020), 69 ff., 344 ff. Zum Ganzen schon oben § 5 III. 2.

¹²⁵⁹ In diesem Sinne wohl der „Korrekturmechanismus“ bei *Maultzsch* (2010), 314 ff.

¹²⁶⁰ *Wagner* (2020b), 122 ff.; *Gärditz* (2022), 60 f.; hinsichtlich des Waldschadensurteils schon *Abrens* (2019), 652 ff.

¹²⁶¹ BGHZ 102, 350, 363.

Debatte.¹²⁶² Vor diesem Hintergrund mag es einleuchten, dass der BGH „weitreichende Folgen für die Staatsfinanzen“ befürchtete und es vorzog „die Zubilligung solcher Ansprüche entsprechend dem Grundsatz der Gewaltenteilung und dem demokratischen Prinzip der Entscheidung des Parlamentsgesetzgebers vorzubehalten.“¹²⁶³ Aber für richterliche Zurückhaltung bei der Klimahaftung von Energieproduzenten folgt daraus wenig. Eine per Analogie errichtete Staatshaftung für Drittemissionen ist etwas anderes als die dogmatische Weiterentwicklung von § 823 BGB oder § 1004 BGB.

Interessanter ist die zweite angeführte Entscheidung, das sogenannte Mehltaurteil. Ein Winzer hatte seinen ebenfalls Wein anbauenden Nachbarn auf Schadensersatz verklagt, weil dieser auf seinem Weinberg kein Schädlingsbekämpfungsmittel eingesetzt hatte, woraufhin ein Pilz auf die Weinpflanzen des klagenden Winzers übersprang und sie zerstörte. Der Winzer berief sich auf eine Verkehrspflichtverletzung, doch der BGH wollte sich gar nicht erst näher mit einer Bipolaritätskonstruktion befassen. Weil es letztlich um die Frage ordnungsgemäßer landwirtschaftlicher Nutzung gehe und hierbei so unterschiedliche Aspekte wie Gewässerhaushalt, Monokulturbildung oder Nitratbelastung zu berücksichtigen seien, müsse es dem politisch-gesetzgeberischen Prozess vorbehalten bleiben, „[o]b und inwieweit in solchen Fällen regelnd einzugreifen ist“.¹²⁶⁴ Anders als im Waldschadensurteil verwehrte sich der BGH also nicht gegen Analogiebildungen zulasten der öffentlichen Hand. Er übte Zurückhaltung bei der Weiterentwicklung von deliktischen Verkehrspflichten zwischen Privaten – also in einem Bereich, auf den es gerade für die Klimahaftung ankommt. Ist damit die deutsche Zurückhaltungslinie in gesellschaftspolitischen Großfragen identifiziert?

Schaut man genauer hin, wirkt das Vorgehen des BGH im Mehltaurteil übermäßig streng, ja geradezu ungewöhnlich. Denn wie in § 5 gesehen, lagen auch dem Vertrag mit Schutzwirkung zugunsten Dritter und der Produzentenhaftung gesellschaftspolitische Großfragen zugrunde (prekäre Wohnsituation, klinische Behandlungsfehler im arbeitsteiligen Gesundheitssystem, industrielle Massenproduktion), in denen es dann konsequenterweise den Gerichten nicht zu Gebote gestanden hätte, „regelnd einzugreifen“ – allein sie taten es dennoch.¹²⁶⁵ Natürlich kann man VSD und Produzentenhaftung genau deshalb kritisieren, darum geht es mir jedoch nicht. Mein Argument ist: Wann Richterinnen und Richter Zurückhaltung walten lassen und wann nicht, lässt sich kaum vorhersagen.¹²⁶⁶ Zwar mag das Mehltaurteil eine entsprechende Tendenz

¹²⁶² Oben § 6 III. 2. b).

¹²⁶³ BGHZ 102, 350, 362.

¹²⁶⁴ BGH NJW-RR 2001, 1208, 1209.

¹²⁶⁵ In diesem Sinne auch *Ganguly, et al.* (2018), 856; *Salminen/Ulfbeck* (2019), 149 ff.; *Graser* (2019a), 341 ff. Für die tobacco litigation befürwortend *Posner* (2003), 1155 ff.

¹²⁶⁶ Was nicht zuletzt mit den ganz unterschiedlichen richterlichen Handlungsmotiven

nahelegen. Aber dem kann man genauso VSD, Produzentenhaftung, unternehmerische Organisationspflichten und die vielen anderen Beispiele für richterliche Entscheidungen zu gesellschaftspolitischen Großfragen entgegenhalten.¹²⁶⁷ Klar ist hinsichtlich der Zurückhaltungslinie also nur, dass es gerade an Klarheit fehlt. Anders als ihre US-amerikanischen Pendanten haben deutsche Zivilgerichte keine Kriterien etabliert, um gesellschaftspolitische Großfragen systematisch aus ihrem Forum herauszuhalten.¹²⁶⁸

Insofern passt es ins Bild, dass auch die hierzulande laufenden Klimahaftungsverfahren bislang wenig Zurückhaltungstendenzen erkennen lassen. Im RWE-Fall wies das erstinstanzliche LG Essen die Klage nicht deshalb ab, weil die gesellschaftspolitische Dimension einer Klimahaftung nach *judicial self restraint* verlangte. Sondern weil es nach Ansicht des Gerichts an einem rechtlichen Kausalzusammenhang fehlte, wie wir oben gesehen haben.¹²⁶⁹ Obwohl die Klage letztlich scheiterte, trat das LG Essen also immerhin in den Deliberationsprozess über das Bestehen einer Bipolaritätskonstruktion ein. Auch das aktuell mit dem Fall befasste OLG Hamm verfährt nicht anders.¹²⁷⁰ Beide Gerichte sind damit in guter Gesellschaft, wie ein Seitenblick auf Klimaverfahren in anderen Kontexten zeigt: Der Gerichtshof Den Haag verurteilte im aufsehenerregenden Urgenda-Verfahren den niederländischen Staat auf deliktsrechtlicher Grundlage zu einer konkreten Reduktion des Treibhausgasausstoßes um 25 % bis 2020.¹²⁷¹ Das Bezirksgericht Den Haag verpflichtete die Royal Dutch Shell PLC auf derselben Grundlage gar zu einer Verringerung um 45 %.¹²⁷² Hierzulande stützte sich das BVerfG auf ein klimawissenschaftlich errechnetes Treibhausgas-Restbudget, um so die Notwendigkeit von konkreteren Klimaschutzmaßnahmen zu begründen.¹²⁷³ Und in allen Verfahren lehnten die Gerichte es explizit ab, bei der gesellschaftspolitischen Großfrage des Klimaschutzes richterliche Zurückhaltung walten zu lassen.¹²⁷⁴

zusammenhängt, instruktiv *Baer* (2017), 237 ff.; eingehend (und dezidiert aus richterlicher Teilnehmerperspektive) *Posner* (2010), 78 ff.

¹²⁶⁷ Vgl. etwa die zahlreichen weiteren Bsp. bei *Maultzsch* (2010), 67 ff., 82 ff. und *Hellgardt* (2016), 99 ff. Es passt daher ins Bild, dass das LG Frankfurt (Oder) in einer mit dem Mehltauurteil vergleichbaren Konstellation jüngst der Klage eines Imkers stattgab, dessen Bienenstöcke durch das vom Nachbarn eingesetzte Unkrautvernichtungsmittel zerstört wurden, vgl. Urteil v. 20.06.2022, Az. 13 O 97/20.

¹²⁶⁸ Eingehend *Maultzsch* (2010), 98 ff.; 318 ff.; im Klimakontext auch *Spitzer/Burtscher* (2017), 147 f.; *Weaver/Kysar* (2017), 329 ff.; *Zeidler* (2022), 97 f.; *Thöne* (2022), 332.

¹²⁶⁹ Oben § 6 III. 2.

¹²⁷⁰ Oben § 6 I.

¹²⁷¹ Gerichtshof Den Haag 200.178.245/01 (2018). Das Urteil wurde ein Jahr später durch den niederländischen Verfassungsgerichtshof bestätigt, vgl. Hoge Raad 19/00135 (2019) [beide Urteile in englischer Übersetzung]; dazu *Hänni* (2020).

¹²⁷² Rechtbank Den Haag C/09/571932/HA ZA 19-379 (2021) [Urteil in englischer Übersetzung]; dazu *Verbeyen/Franke* (2021).

¹²⁷³ BVerfGE 157, 30; dazu *Möllers/Weinberg* (2021).

¹²⁷⁴ Vgl. Hoge Raad 19/00135 (2019), Abschnitt 8.3.1 ff.; Rechtbank Den Haag C/09/571932/

Wir können also vorläufig festhalten: Auch wenn wir den Zurückhaltungsaspekt direkt auf hiesige Gerichtspraxis beziehen und nach einer genuinen Zurückhaltungslinie für gesellschaftspolitische Großfragen fahnden, finden wir wenig Anzeichen für einen *judicial self restraint*. Zwar legen sich deutsche Zivilgerichte mitunter Zurückhaltung auf. Aber in der Gesamtschau dürfte dies die Ausnahme sein – und die bisherigen Klimaverfahren legen nicht nahe, dass die Klimahaftung darunterfällt.

c) Aber 3: Geopolitische Zurückhaltung bleibt gewahrt

Bislang haben wir den Zurückhaltungsaspekt aus dem Blickwinkel erörtert, ob Zivilgerichte angesichts der gesellschaftspolitischen Dimension von Klimawandel und globalen Lieferketten ihr Forum erst gar nicht zur Deliberation öffnen und stattdessen auf den Gesetzgeber verweisen. Wie wir im Rahmen des Breitenaspekts gesehen haben, weisen Klimahaftung und Lieferkettenverantwortlichkeit aber auch eine geopolitische Dimension auf. Rufen wir uns das zur Lieferkettenverantwortlichkeit Gesagte in Erinnerung: Angesichts der wirtschaftlichen Bedeutung des deutschen Absatzmarktes dürften transnationale Händler ihre Lieferkettengovernance entsprechend intensivieren. Und weil es sich selten lohnen wird, spezifische Produktionsstrukturen für den deutschen Markt zu implementieren, bilden die von der deutschen Lieferkettenverantwortlichkeit ausgehenden Anreize dann den neuen universellen Produktionsstandard. Würde ein deutsches Gericht etwa eine Lieferkettenverantwortlichkeit von KiK anerkennen und damit die Erwartungen von deutschen Endverbrauchern an KiKs Lieferkettengovernance legitimieren, reichte der Arm des Gerichts also bis nach Pakistan, Bangladesch und überall sonst, wo KiK produzieren lässt. Und weil ja auch andere auf dem deutschen Markt absetzende transnationale Händler wie UNIQLO zwecks Haftungsvermeidung entsprechend agieren dürften, sind potentiell auch Produktionsstandards in Vietnam, Kambodscha und den übrigen Standorten von UNIQLO-Lieferanten betroffen.¹²⁷⁵ Das mag man schon generell kritisch sehen,¹²⁷⁶ das Problem verstärkt sich aber noch dadurch, dass der pakistanische oder vietnamesische Gesetzgeber kaum Interventionsmöglichkeiten hätte. Anders als bei einheimischen Gerichten könnte er die von ihm missbilligte Entscheidung nicht einfach durch abschwächende Gesetzgebung zur Lieferkettengovernance einfangen, da er an die deutsche Lieferkettenverantwortlichkeit nicht einseitig herankommt.¹²⁷⁷ Ähnliches gilt wegen der Er-

HA ZA 19-379 (2021), Abschnitt 4.1.3; BVerfGE 157, 30 Rn.205 ff. Entsprechendes gilt für viele andere Verfahren außerhalb der USA, vgl. die quantitative Auswertung durch *Eskander, et al.* (2021), 67 ff.

¹²⁷⁵ Oben § 8 I. 2. a).

¹²⁷⁶ Exemplarisch *Salminen/Ulfbeck* (2019), 159 f.

¹²⁷⁷ Der Einfluss reduziert sich insofern auf indirekte Maßnahmen, etwa diplomatische Einflussnahme oder wirtschaftliche Drohgebärden – was beides angesichts der wirtschaft-

folgsortanknüpfung für die Klimahaftung. Würden deutsche Gerichte sie anerkennen und damit ausländische Energieproduzenten einem Haftungsrisiko für Klimaschäden auf deutschem Boden unterwerfen, würden sie letztlich eine globale Klimapolitik aufziehen „that makes sense to judges but does not reflect the needs and interests of people worldwide“, wie Eric Posner kritisiert.¹²⁷⁸ Kurz gesagt könnte also ausgerechnet die in den letzten Abschnitten gepriesene Breitenwirkung von nachhaltigkeitsresponsiven Bipolaritätskonstruktionen für gerichtliche Zurückhaltung sprechen: Mögen im *drama between plaintiff and defendant* die Zuschauer auch immer mitgedacht sein – wenn die Zuschauer auch in weit entfernten Ländern und Kulturen sitzen, könnte das deutschen Gerichten dann doch unheimlich werden.

Doch auch diese Bedenken lassen sich abmildern. Zwar ist zuzugeben, dass insbesondere bei Anerkennung einer Lieferkettenverantwortlichkeit deutsche Zivilgerichte maßgeblich über die Arbeits- und Produktionsbedingungen im Globalen Süden bestimmen würden – was schon aus postkolonialer Sicht heikel ist.¹²⁷⁹ Allerdings dürften sie dabei nicht mehr als das verlangen, wozu Lieferanten ohnehin verpflichtet sind. Würde etwa ein deutsches Gericht im KiK-Fall auf eine Lieferkettenverantwortlichkeit erkennen und KiK daraufhin auf Ali Enterprises einwirken, so dass Feuerpräventionsvorkehrungen und andere grundlegende Arbeitsschutzmaßnahmen fortan eingehalten werden, hätte das Gericht lediglich die Arbeits- und Produktionsbedingungen aktiviert, die bei Ali Enterprises in Pakistan ohnehin gelten. Denn auch nach pakistanischem Recht ist es nicht zulässig, Fenster zu vergittern und nicht ausreichend Fluchtwege vorzuhalten.¹²⁸⁰ Nichts anderes sollte für Produktionsstätten in Bangladesch oder Vietnam gelten. Auch wenn der Arm eines deutschen Gerichts bei Anerkennung einer Lieferkettenverantwortlichkeit faktisch also sehr weit reicht und Zuschauer in entfernten Ländern miteinbezieht – die Sorge, dass das Gericht damit Geopolitik betreibt, gar politisch-gesetzgeberische Gestaltungsspielraum in Pakistan und anderswo einengt, ist überzeichnet. Eher das Gegenteil ist der Fall. Das Gericht würde mit dafür sorgen, dass der an den Produktionsstätten herrschende Rechtsrahmen tatsächlich umgesetzt und eingehalten wird. Genau das ist ja auch die hinter der Lieferkettenverantwortlichkeit stehende Präventionsidee, wie wir oben gesehen haben.¹²⁸¹

lichen Schlagkraft der Gegenseite wenig erfolgversprechend sein dürfte, näher *Bradford* (2012), 49 ff.

¹²⁷⁸ Posner (2007), 1937 ff. (Zitat auf 1941); ähnlich etwa *Schwartz, et al.* (2011), 399 f.; *Wagner* (2020b), 123 f.

¹²⁷⁹ Dazu besonders eindrücklich *Mutua* (2001), 209 ff.; im Lieferkettenkontext *Azeem* (2021), 291 ff.; *Fischer-Lescano* (2021), 308 f. Das Argument findet sich auch häufig mit Blick auf den „Regelimperialismus“ der EU, etwa *Kogan* (2004).

¹²⁸⁰ Näher *Saage-Maaß* (2021), 36 ff.; eindrücklich dazu die Brandsimulation in der Fabrik von Ali Enterprises, dazu oben § 7 I.

¹²⁸¹ Oben § 7 II. 1.

Bei der Klimahaftung ist auf andere Art geopolitische Zurückhaltung sichergestellt. Zwar sorgt die Erfolgsortanknüpfung in der Tat dafür, dass Klimahaftungsurteile deutscher Zivilgerichte auch ausländische Energieproduzenten erreichen würden, wie wir bei der transnationalen Breitenwirkung gesehen haben.¹²⁸² Und im Gegensatz zur Lieferkettenverantwortlichkeit ist es gut möglich, dass die deutsche Klimahaftung dann höhere Anforderungen zu Treibhausgasreduktionen aufstellt als der am Ort des Kraftwerks herrschende Rechtsrahmen. Sollten aber etwa französische oder amerikanische Energieproduzenten tatsächlich für Klimaschäden auf deutschem Boden verklagt werden, müsste hiesige Gerichte bei der Prüfung der deutschen Klimahaftung gem. Art. 17 Rom II-VO „faktisch und soweit angemessen“ die Sicherheits- und Verhaltensregeln am Handlungsort (also in Frankreich oder den USA) berücksichtigen. Ausländische Gesetzgeber können also nicht nur die Breitenwirkung der deutschen Klimahaftung einhegen, indem sie die lokalen Verhaltensregeln für emittierende Energieproduzenten absenken und so die Entscheidungsparameter deutscher Gerichte beeinflussen.¹²⁸³ Eben weil deutsche Gerichte die Sicherheits- und Verhaltensregeln am Handlungsort in ihre Entscheidung einzubeziehen haben, erlangen „the needs and interests of people worldwide“ durchaus Geltung. Wie Posner noch einen Schritt weiterzugehen, also Gerichten im Interesse größtmöglicher geopolitischer Zurückhaltung zu raten, eine Klimahaftung erst gar nicht in ihrem Forum zu verhandeln, kann indes kaum überzeugen. Denn das würde letztlich darauf hinauslaufen, sich vom System der Erfolgsortanknüpfung zu verabschieden.¹²⁸⁴ Immer wenn eine Rechtsordnung grenzüberschreitende Schädigungen auch nach ihren eigenen lokalen Maßstäben beurteilt, hat dies eine geopolitische Dimension, drohen doch potentiell Reibungen mit den Maßstäben anderer Rechtsordnungen.¹²⁸⁵ Sowohl das europäische als auch das (historische) deutsche internationale Privatrecht nehmen das im Interesse eines weitreichenden Geschädigtenschutzes aber bewusst in Kauf, wie Art. 7 Rom II-VO und Art. 40 EGBGB unmissverständlich klarstellen. „The fact“, bringt es Eva-Maria Kieninger auf den Punkt, „that large-scale cross-border litigation may also have a certain impact on foreign policy relations between the forum state and the home state of the defendant(s) is normal and cannot bar the judiciary from carrying out its proper functions.“¹²⁸⁶ Auch die geopolitische Dimension von Klimahaftung und Lieferkettenverantwortlichkeit sollte hiesige Zivilgerichte also nicht zu selbstverordneter Zurückhaltung verleiten.

¹²⁸² Oben § 8 I. 2. a).

¹²⁸³ Dies betonend *Lehmann/Eichel* (2019), 102 ff.

¹²⁸⁴ Ebenso *Alvarez-Armas* (2021), 422 ff.; ähnlich (bezogen auf eine ausschließliche Anwendung des Handlungsortsrechts via Art. 17 Rom II-VO) *Kieninger* (2021a), 142: „would effectively displace any stricter liability rules of the *lex loci damni*, which is contrary to what the rule intends.“

¹²⁸⁵ Dazu nur *Michaels* (2011a), 166 ff.

¹²⁸⁶ *Kieninger* (2021a), 125; generell auch *Michaels* (2011a), 172 ff.

3. Kritikpunkt: Leistungsaspekt

Bislang haben wir beim Negativmerkmal *Forumsinkompatibilität* zwei Kritikpunkte behandelt. Erstens den Kompetenzaspekt, wonach Gerichte qua Gewaltenteilung gar nicht zur Entscheidung über Klimahaftung oder Lieferkettenverantwortlichkeit befugt sind; zweitens den Zurückhaltungsaspekt, dem zufolge Gerichte dies aus selbstverordneter Rücksicht ohnehin nicht täten. Nun wenden wir uns dem dritten Kritikpunkt zu, der sich als *Leistungsaspekt* bezeichnen lässt. Er baut auf den vorherigen Kritikpunkten auf, schlägt aber einen etwas anderen Ton an. Der Kerngedanke lautet: Komplexe Wirklichkeitsphänomene wie Klimawandel und globale Lieferketten überfordern den Privatrechtsprozess. Ungeachtet von Kompetenz- und Zurückhaltungsaspekt fehlt es dem Forum schlicht an den nötigen Kapazitäten, um Klimahaftung und Lieferkettenverantwortlichkeit zu deliberieren. Und das gleich doppelt: Weder haben Richterinnen und Richter für derart komplexe Themen das nötige Know-how, noch können die Parteien die Ausmaße überblicken und zielführende Prozesse führen.

a) Aber 1: Pure Routine

Beginnen wir bei der ersten Facette des Leistungsaspekts, der fehlenden Kapazität der Gerichte. Der Gedanke wird besonders deutlich im eben angesprochenen AEP-Urteil des US-Supreme Court.¹²⁸⁷ Ausgerechnet Justice Ruth Bader Ginsburg, seinerzeit die progressivste Stimme auf der Richterbank, sah bei der Klimahaftung die Grenze richterlicher Kapazität erreicht. Weil deren faktische Wirkung weit über die Parteien hinausgehe, müssten sorgfältig alle berührten Interessen abgewogen werden, namentlich „[a]long with the environmental benefit potentially achievable, our Nation’s energy needs and the possibility of economic disruption“. Hierfür seien Gerichte aber nicht gemacht, „[j]udges lack the scientific, economic, and technological resources an agency can utilize in coping with issues of this order.“¹²⁸⁸ Noch deutlicher wurde ihr Kollege Antonio Scalia, als er in einem anderen Klimaverfahren darauf hingewiesen wurde, Troposphäre und Stratosphäre verwechselt zu haben: „Troposphere, whatever. I told you before I’m not a scientist. That’s why I don’t want to deal with global warming.“¹²⁸⁹ In der Literatur sehen das viele ähnlich. Der Klimawandel halte nicht von ungefähr eine Vielzahl von Fachleuten und Disziplinen auf Trab, es sei naiv zu glauben, dass ein „super wicked problem“ nebenbei von den „für

¹²⁸⁷ Oben § 8 II. 2. a).

¹²⁸⁸ American Electric Power Company, Inc., et al., v. Connecticut, 564 U.S. (2011), 410, 427f.

¹²⁸⁹ Mündl. Verhandlung zu Massachusetts v. EPA, 549 U.S. 497 (2007), zitiert nach Oreskes/Conway (2011), 2.

diese Menschheitsaufgabe völlig unzureichend ausgestatteten Gerichte[n]“ gelöst werden könne.¹²⁹⁰ Und nichts anderes gilt dann für die Lieferkettenverantwortlichkeit. Denn auch wenn sie keine verzwickten naturwissenschaftlichen Probleme bereithält, sind der soziologisch unterfütterte doppelte Enttäuschungsschaden und die beim Breitenaspekt beschriebenen Steuerungs- und Expansionseffekte doch ähnlich „wicked“ – und vor allem weit jenseits der Alltagsroutine von Richterinnen und Richtern.¹²⁹¹

Freilich haben nachhaltigkeitsresponsive Bipolaritätskonstruktionen diesen Einwand nicht exklusiv. Hierzulande wird der richterliche Leistungsaspekt etwa prominent von Horst Eidenmüller für Effizienzanalysen vertreten, zu denen Gerichte mangels ökonomischer Expertise und ausreichender Informationen grundsätzlich nicht imstande sein sollen.¹²⁹² Im Ausgangspunkt erscheint der Leistungsaspekt hier wie dort auch sehr plausibel. Denn in der Tat umfasst das juristische Studium zwar eine Fülle von Stoff, aber naturwissenschaftliche, ökonomische oder soziologische Themen zählen typischerweise nicht dazu – wie auch die Möglichkeiten von Zivilgerichten zur Informationsbeschaffung begrenzt sind.¹²⁹³

Allerdings provoziert das genauso wie beim Kompetenzaspekt die Frage nach der Leistungsfähigkeit der Alternative. Der Verweis auf die Kapazitätsdefizite von Richterinnen und Richtern überzeugt nur dann, wenn die Akteure in Legislative und Exekutive über höheres Know-how und bessere Informationen zu Klimawandel und globalen Lieferketten verfügen.¹²⁹⁴ Schon der Umstand, dass in Ministerialbürokratie und Politik ebenfalls viele Generalisten unterwegs sind, spricht nicht wirklich dafür.¹²⁹⁵ Stellt man zudem die oben be-

¹²⁹⁰ So Lazarus (2008), 1159 und Wegener (2019), 11; ebenso etwa Posner (2007), 1936f.; Posner/Weisbach (2010), 70; Schwartz, et al. (2011), 387 ff.; Ismer (2014), 41 ff.; Spitzer/Burtscher (2017), 162; Wagner (2020b), 113 ff.; Gärditz (2022), 57.

¹²⁹¹ In diesem Sinne die Diskussion in Althammer/Roth (2018), 113 ff.; tendenziell auch Ekardt (2016b), 468; Ruster (2021), 1111.

¹²⁹² Eidenmüller (1998), 426 ff.; ähnlich etwa Wilhelmi (2009), 23 ff.; Maultzsch (2010), 286 ff.; Poelzig (2012), 512 ff.; grundsätzlich schon Horowitz (1977), 260 ff.

¹²⁹³ Freilich können sich Gerichte sehr wohl Informationen zu sog. „Normtatsachen“ bzw. „legislative facts“ beschaffen, also von sich aus Hintergrundinformationen einholen, die über den Tatsachenstoff des konkreten Falls hinausgehen – etwa generelle Informationen zur Funktionsweise von Klimawandel oder globalen Lieferketten. Denn hier greift nach h.M. (ausnahmsweise) der Untersuchungsgrundsatz, so dass Gerichte z. B. von Amts wegen Sachverständige hören können; daneben besteht die Möglichkeit zur Informationsbeschaffung durch Hilfskräfte oder Anhörung interessierter Kreise, zum Ganzen eingehend Hellgardt (2016), 713 ff.

¹²⁹⁴ Zu dieser Gegenüberstellung generell schon Poelzig (2012), 388 ff.; Hellgardt (2016), 508 ff.

¹²⁹⁵ So Thorpe (2008), 91 ff.; Pöttker (2014), 442. Hinzu kommt, dass naturwissenschaftlichen, ökonomischen oder sonstigen Klimawandel- oder Lieferkettenexperten umgekehrt immer der Vorwurf fehlenden *juristischen* Know-how gemacht werden kann, vgl. Hamann (2014), 27.

schriebenen ureigenen Leistungsdefizite von Legislative und Exekutive in Rechnung – zu kurzfristige Anreizstrukturen, großer Einfluss von Interessengruppen und so weiter –, wachsen die Zweifel weiter.¹²⁹⁶ Insofern kommt es wenig überraschend, dass eine Reihe jüngerer empirischer Studien keine Nachweise für mangelnde richterliche Kapazität fanden. Mehr noch, die Befunde legen eher nahe, dass Gerichte genauso gut (bzw. genauso schlecht) wie Gesetzgeber komplexe Wirklichkeitsphänomene angehen können und dies auch häufig mit beachtlicher Tiefenschärfe tun.¹²⁹⁷ Wiederum liefern Vertrag mit Schutzwirkung zugunsten Dritter und Produzentenhaftung hierfür (zumindest anekdotische) Unterstützung: Das Reichsgericht schreckte nicht vor der Vielzahl der berührten Interessen und sozioökonomischen Auswirkungen zurück, sondern versuchte gerade jene Interessen und Auswirkungen miteinander in Einklang zu bringen. Erinnerung sei an den Scharlachfall, wo das Reichsgericht das Spannungsfeld von Krankenfürsorge, gerechtem Ausgleich und Effizienz mit einer Haftung des Klinikträgers gegenüber Patienten auflöste.¹²⁹⁸ Und auch in den bislang in Deutschland und Europa ergangenen Klimaurteilen, die wir im letzten Abschnitt kurz angesprochen haben, machten Richterinnen und Richter genau das, was ihre US-Kollegin Ginsburg für unmöglich erklärt hatte: die relevanten Interessen und Auswirkungen identifizieren und mithilfe juristischer Argumentationsmuster moderieren.¹²⁹⁹ Selbst vehemente Kritiker dieser Urteile räumen ein, dass sich die Gerichte „in eindrucksvoller Weise um eine Erfassung der naturwissenschaftlichen Erkenntnislage“ bemüht hätten und dass man den „Ableitungen grundsätzlich zustimmen“ könne.¹³⁰⁰

Nun ließe sich einwenden, dass das Bemühen der Gerichte gar nicht in Abrede gestellt werden soll, sondern exakt diese Gehversuche das eigentliche Problem sind. Zugespitzt lautete der Leistungsaspekt dann: Gerade weil Gerichte die Angewohnheit haben, ihre Kapazitäten systematisch zu überschätzen, kommt regelmäßig nur Halbgares heraus. Gerichte steigen eben nicht mit letzter Konsequenz in die Klimaforschung oder die Funktionsweise von globalen Lieferketten ein, sondern kratzen bestenfalls an der Oberfläche. Dabei besteht die

¹²⁹⁶ Oben § 8 I. 1.

¹²⁹⁷ Vgl. die Auswertung der empirischen Literatur bei *Intocchia* (2002), 136 ff. und *Höland* (2009), 32 ff. Speziell aus politikwissenschaftlicher Sicht *Miller* (2018), 277 ff. Das deckt sich mit jüngeren empirischen Studien zur (unterschätzten) Leistungsfähigkeit von „kleinen Lösungen“ für Kollektivhandlungsprobleme, näher *Ostrom* (2014), 103 ff.

¹²⁹⁸ Zum Ganzen oben § 5 II. 3. a) und b).

¹²⁹⁹ Exemplarisch BVerfGE 157, 30 Rn. 16 ff., 207 ff. Entsprechende Bsp. existieren für die USA und Australien (näher *Peel/Osofsky* (2015), 251 ff.) oder Kenia und Indien (dazu *Ganguly, et al.* (2018), 862 f.). In den USA lässt sich sogar empirisch nachweisen, dass Gerichte vermehrt naturwissenschaftliche Erkenntnisse berücksichtigen, vgl. *McCormick, et al.* (2017).

¹³⁰⁰ *Wegener* (2019), 12 (zum Urgenda-Urteil des Gerechthofs Den Haag); ähnlich auch *Spitzer/Burtscher* (2017), 142; *Weaver/Kysar* (2017), 329 ff.; *Peel/Osofsky* (2018), 48 ff.; *Verheyen/Franke* (2021), 630; dezidiert kritisch (zum Klimabeschluss des BVerfG) aber *Wagner* (2021b), 2259 ff.

Gefahr, dass sie das Gesamtbild aus den Augen verlieren, also etwa die naturwissenschaftlichen Zusammenhänge unzureichend erfassen oder die sozioökonomischen Implikationen verkennen.¹³⁰¹

Dieses Risiko lässt sich nicht völlig ausräumen, aber zumindest minimieren. Und wie ich in § 5 näher ausgeführt habe, spielt die Privatrechtswissenschaft dabei eine Schlüsselrolle.¹³⁰² Denn niemand ist besser in der Lage, außerjuristische Erkenntnisse und Methoden aufzubereiten und in die Eigenlogik des Privatrechts zu integrieren. Weil Gerichte insoweit tatsächlich „institutionell überfordert“¹³⁰³ sind, sollte eine responsive Privatrechtswissenschaft die Konstruktion als Bipolarität entsprechend vorbereiten. Dazu reflektiert sie anlassgebende Konstruktionsgründe wie naturwissenschaftliche Kausalität, Effizienz oder eben Nachhaltigkeit und sucht dann nach tauglichen Anknüpfungspunkten im Privatrechtssystem. Ihre Serviceleistung liegt gewissermaßen darin, die komplexen naturwissenschaftlichen und sozioökonomischen Zusammenhänge in dogmatisch schlüsselfertige Bipolaritätskonstruktionen zu übersetzen.¹³⁰⁴ Genau daran habe ich mich in § 6 und § 7 versucht. Gerichte müssen also gar nicht mit letzter Konsequenz in die Klimaforschung oder die Funktionsweise von globalen Lieferketten einsteigen. Mit Klimahaftung und Lieferkettenverantwortlichkeit stehen weitgehend gebrauchsfertige Konstruktionsvorschläge bereit, die „nur noch“ auf den konkreten Fall angewendet werden müssen – und das dafür nötige Know-how erlernen Richterinnen und Richter ab dem ersten Tag ihres Studiums.

b) Aber 2: Vielfältige Klageanreize

Damit ist jedoch nur die richterliche Facette des Leistungsaspekts abgeschwächt. Die andere Facette betrifft die Prozessparteien, und hier vor allem die Klägerseite. Der Kerngedanke ist: Damit Klimahaftung und Lieferkettenverantwortlichkeit im Forum des Privatrechtsprozess deliberiert werden, braucht es entsprechende „Problemimpulse“.¹³⁰⁵ Weil Klagen aber unwahrscheinlich sind, soll es daran häufig fehlen. Nehmen wir die Lieferkettenverantwortlichkeit: Wie sollen Endverbraucher überhaupt Kenntnis davon erlangen, dass bei der

¹³⁰¹ So wohl *Wegener* (2019), 11 f.; *Wagner* (2020b), 113 ff.; *Wagner* (2021b), 2259 ff. (zum Klimabeschluss des BVerfG). Auch dieses Argument ist schon aus dem Effizienzkontext bekannt, vgl. *Eidenmüller* (1998), 428: „Experimentierfeld für einzelne Richter [zur Erprobung der] in ‚Heimarbeit‘ erworbenen Kenntnisse“; für sozialwissenschaftliche Erkenntnisse generell *Maultzsch* (2010), 429: „Ermittelte wird stets fragmentarisch und unzuverlässig bleiben“.

¹³⁰² Oben § 5 I. 3. b).

¹³⁰³ *Lobinger* (2016), 58 (freilich mit anderer Stoßrichtung), dazu bereits oben § 5 I. 3.

¹³⁰⁴ Gleichsinnig *Bach/Kieninger* (2021), 1098: „An uns, an der Rechtswissenschaft, ist es, die Grundlagenarbeit einer umfassenden ökologischen Analyse des Rechts zu leisten, [... d]abei werden empirische, interdisziplinäre Untersuchungen unabdingbar sein“.

¹³⁰⁵ Treffend *Sambuc* (1977), 97; so (im Effizienzkontext) auch *Eidenmüller* (1998), 436; generell dazu *Maultzsch* (2010), 305 ff.; *Poelzig* (2012), 375 ff.

Produktion der Kaufsache die angekündigte Lieferkettengovernance nicht eingehalten wurde? Selbst wenn sie es tun, wie kommen sie dann an nähere Informationen, um ihrer Darlegungslast zu genügen und mitunter eine gerichtliche Beweisaufnahme zu bestehen? Und wenn die Kaufsache doch an sich von tadelloser Qualität ist, werden dann Endverbraucher tatsächlich die Bürde eines Zivilprozesses auf sich nehmen?¹³⁰⁶ Ähnliches lässt sich über die Klimahaftung sagen. Nicht nur sind die fact finding-Anforderungen und Beweisschwierigkeiten ebenfalls hoch. Wie der RWE-Fall exemplarisch zeigt, müssten Klimaopfer häufig vor fremde Gerichte ziehen und sich auf fremdes Recht berufen.¹³⁰⁷ Unter dem Strich scheint so ziemlich klar, wie sich Kläger von nachhaltigkeitsresponsiven Bipolaritätskonstruktionen entscheiden werden: Auf der Sollseite hohe Informations- und Prozesskosten, auf der Habenseite viel Ungewissheit und geringe persönliche Ertragsaussichten – das ist nicht der Stoff, aus dem Klagen sind.¹³⁰⁸ Und wo kein Kläger, da keine RichterIn. Und wo nicht einmal potentiell eine RichterIn, da auch wenig Anreize zu Treibhausgasreduktionen und intensiver Lieferkettengovernance.

Die klägerische Facette ist in der Tat das eigentliche Problem des Leistungsaspekts. Allerdings dürfte das Problem deutlich kleiner sein, als es häufig gemacht wird. Schauen wir zunächst auf das vermeintliche Informationsdefizit. Zwar stimmt es natürlich, dass Klimahaftung oder Lieferkettenverantwortlichkeit viel mehr und viel detailliertere Informationen erfordern als beispielsweise ein gewöhnlicher Mietrechtsstreit. Aber anders als Mieter können klagende Klimaopfer und Endverbraucher auf eine gut geölte und weltweit operierende Informationsmaschinerie zurückgreifen. So sind etwa die für die Klimahaftung wichtigen Erkenntnisse zu naturwissenschaftlichen Kausalzusammenhängen überall und (von wenigen kostenpflichtigen Journals abgesehen) gratis verfügbar. Insbesondere die Berichte des Weltklimarats IPCC werden von den renommiertesten Wissenschaftlerinnen und Wissenschaftlern der Welt verfasst und durch Presse, Think Tanks und Nichtregierungsorganisationen allgemeinverständlich aufbereitet.¹³⁰⁹ Jene Informationsvermittler sind es auch, die im Globalen Süden Missstände bei Arbeits- und Produktionsbedingungen aufdecken und hierzulande anprangern.¹³¹⁰ Nicht zuletzt werden die gewonnenen Informationen von einer responsiven Privatrechtswissenschaft in weitgehend gebrauchsfertige Bipolaritätskonstruktionen übersetzt. Das alles ändert zwar nichts daran, dass die Generierung der Informationen durchaus erheblichen

¹³⁰⁶ Exemplarisch *Glinski* (2011), 192; früh schon *Wilhelmsson* (2002), 99.

¹³⁰⁷ Exemplarisch *Posner* (2007), 1935 ff.; *Faure/Yayun* (2019), 100 ff. Der Aspekt ist nicht neu, sondern findet sich in ähnlicher Form schon in der umweltpolitischen Debatte zum Ende des Jahrtausends, vgl. etwa *Köndgen* (1983), 345; *Wagner* (1992), 203.

¹³⁰⁸ Exemplarisch *Schlacke, et al.* (2015), 126; *Halfmeier* (2016), 746 ff.

¹³⁰⁹ Näher zur kollektiven Wissensproduktion in Klimakontext *IPCC* (2022b), 13-32 ff.

¹³¹⁰ Näher zur kollektiven Wissensproduktion im Lieferkettenkontext *Carrington, et al.* (2021), 227 ff.

Aufwand erzeugt und sie auch erst einmal zu Klimaopfern und Endverbrauchern gelangen müssen. Aber im Gegensatz zum häufig auf sich selbst gestellten Mieter profitieren Klimaopfer und Endverbraucher von global etablierten Wissens- und Kommunikationsnetzwerken.¹³¹¹ Und wie gut der Informationsfluss funktionieren kann, lässt sich nicht zuletzt an unseren Anwendungsbeispielen ablesen: Unterstützt von klimawissenschaftlichen Studien und NGOs nahm Luciano Lliuya im RWE-Fall die Schlüssigkeitsschwelle; im (originalen) KiK-Fall trugen ebenfalls NGOs und eine internationale Expertengruppe die Informationen über den Brandablauf zusammen.¹³¹²

Zudem sind die Nachweisanforderungen durchaus zu bewältigen. Hier können wir an die bisherigen Ergebnisse anknüpfen. Zunächst zur Klimahaftung: Weil die Kausalzusammenhänge bei slow onset-Phänomenen wie dem Meeresspiegelanstieg oder der Gletscherschmelze nach wissenschaftlich abgesicherten, breit akzeptierten Erklärungen „extrem wahrscheinlich“ sind, müsste der Kausalitätsnachweis in Klimahaftungskonstellationen regelmäßig nach § 286 ZPO erbracht sein.¹³¹³ Der auf den beklagten Energieproduzenten entfallende Verursachungsbeitrag kann ohnehin schätzungsweise nach § 287 ZPO bestimmt werden – und auch hierfür geben breit akzeptierte klimawissenschaftliche Ermittlungsmethoden mehr als genug Anhaltspunkte.¹³¹⁴ Zudem bestehen für Klimaopfer bei der Quasikausalität der Warnung Beweiserleichterungen. Da für sie selbst und Stromabnehmer die tatsächliche Vermutung hinweisgerechten Verhaltens Bestand haben dürfte und jene Vermutung neben dem Ob auch das Wie der Befolgung umfasst, müssen beklagte Energieproduzenten die Quasikausalität der Warnung im Einzelnen entkräften, namentlich in welchem Umfang der Schaden auch bei befolgter Warnung bestanden hätte.¹³¹⁵ Entsprechendes gilt für die Lieferkettenverantwortlichkeit: Nicht Endverbraucher müssen nachweisen, dass die Ankündigungen zur Lieferkettengovernance ihre Kaufentscheidung beeinflussen haben, transnationale Händler müssen den Negativbeweis führen – und die Anforderungen hieran sind streng.¹³¹⁶ Wie die angestellten Modellrechnungen gezeigt haben, sollte der Mangel zudem selten unerheblich sein; zumal es wiederum am nachweisbelasteten Verkäufer wäre, eine abweichende Rechnung zu präsentieren.¹³¹⁷ Schließlich macht auch das (ohnehin vermutete) Vertretenmüssen wenig Probleme, nicht zuletzt weil transnationalen Händlern das Verhalten ihrer Lieferanten nach § 278 BGB zugerechnet wird.

¹³¹¹ Eingehend zur Klimahaftung *Ganguly, et al.* (2018), 849ff., zur Lieferkettenverantwortlichkeit *Beckers* (2015), 124f., 233ff.

¹³¹² Vgl. *Setzer/Vanhala* (2019), 9 bzw. *Saage-Maaß* (2021), 36ff.; weitere Bsp. bei *Peel/Osofsky* (2015), 279ff.; *Kysar* (2018), 54ff.

¹³¹³ Oben § 6 III. 2. a).

¹³¹⁴ Oben § 6 III. 2. c).

¹³¹⁵ Oben § 6 III. 3. b) cc) (2) (f).

¹³¹⁶ Oben § 7 III. 2. c).

¹³¹⁷ Oben § 7 III. 3. b) bb).

Nimmt man den stabilen Informationsfluss und die bewältigbaren Nachweisanforderungen zusammen, steht es um die Erfolgsaussichten von Klimaopfern und Endverbrauchern also gar nicht so schlecht. Selbst wenn es so wäre, dass Menschen nur aus monetären Gründen klagen, sind die finanziellen Anreize durchaus verlockend: Auf der Sollseite dürften die Informations- und Prozesskosten nicht entscheidend höher als in gewöhnlichen Verfahren sein, ja angesichts der den Klägern gratis zuarbeitenden globalen Informationsmaschinerie sind sie wohlmöglich weitaus geringer als vielfach angenommen; demgegenüber sind auf der Habenseite wegen der guten Nachweischancen die persönlichen Ertragsaussichten recht solide.

Freilich verdeutlicht schon meine einschränkende Formulierung, dass es darauf sowieso nicht entscheidend ankommt. Menschen klagen nicht nur aus monetären Gründen.¹³¹⁸ Und diese nicht-monetären Gründe dürften bei Klimahaftung und Lieferkettenverantwortlichkeit erheblich sein. Vom Meeresspiegelanstieg bedrohten Küstenanrainern oder überflutungsgefährdeten Gebirgseinwohnern geht es um die pure Existenz – Klimaopfern wie Lliuya droht der Verlust des eigenen Hausgrundstücks, der wirtschaftlichen Lebensgrundlage oder beidem.¹³¹⁹ Schon das spricht für eine hohe Klagemotivation. Nicht viel anders sollte es Endverbrauchern wie König gehen. Zwar sind sie natürlich nicht einmal ansatzweise so schwer betroffen wie Klimaopfer. Aber weil bei erwartungswidriger Lieferkettengovernance nicht nur überzahlt worden ist, sondern Endverbraucher auch einen „moral taint“ (Kysar), einen Verlust an „Singularitätskapital“ (Reckwitz) erleiden – den sie zudem als immateriellen Schaden liquidieren können – dürften auch viele Endverbraucher geneigt sein, sich durch eine Klage maximal vom bemakelten Produkt zu distanzieren.¹³²⁰ Darüber hinaus haben wir in § 5 gesehen, dass ein nicht zu unterschätzender Klagefaktor in der Satisfaktionswirkung des privatrechtlichen Forums liegt, weil Goliath plötzlich in Augenhöhe auf David eingehen muss.¹³²¹

Da ich all das in der sogleich anschließenden Zusammenführung meiner Argumente noch aufgreifen werde, können wir es damit für den Moment bewenden lassen. Jedenfalls dürfte die klägerische Facette des Leistungsaspekts deutlich entschärft sein. Die Sorge, dass es dem Forum des Privatrechtsprozesses an ausreichenden Problemimpulsen fehlen könnte, ist größtenteils unbegründet: Die finanziellen Klageanreize sind besser als häufig behauptet, und bei nachhaltigkeitsresponsiven Bipolaritätskonstruktionen geht es sowieso um Problemimpulse durch Überzeugungstäter.

¹³¹⁸ Was auch in der rechtsökonomischen Literatur nicht angezweifelt wird, vgl. nur *Franck* (2016), 49 ff.

¹³¹⁹ Oben § 6 II. 4. b).

¹³²⁰ Oben § 7 II. 3. b).

¹³²¹ Oben § 5 III. 3.

III. Full Circle

Halten wir kurz inne und versuchen uns an einem Zwischenfazit. Es fällt nicht ganz eindeutig aus: Die auf den letzten Seiten behandelten Kritikpunkte lassen sich zwar erheblich entkräften, aber es bleibt doch häufig ein Körnchen Wahrheit. Manchmal ist es sogar eine ordentliche Prise, insbesondere beim Kompetenz- und Leistungsaspekt. Vor allem aber scheint am Horizont immer der Großlösungsaspekt auf. Auch wenn große Lösungen wie globale Emissionshandelssysteme oder weltweite Lieferkettenregime praktisch schwer zu errichten sind, ändert das doch nichts an ihren klaren theoretischen Vorzügen. In der Summe könnte das bedeuten, dass Wirklichkeitsphänomene wie Klimawandel und globale Lieferketten für das Privatrecht tatsächlich eine Nummer zu groß sind – und nachhaltigkeitsresponsive Bipolaritätskonstruktionen scheitern müssen.

Diese Schlussfolgerung wäre jedoch aus mehreren Gründen unzutreffend. Viele davon sind auf den letzten Seiten schon angeklungen, im Folgenden möchte ich die Argumente bündeln und damit gleichzeitig an § 5 anknüpfen. Meine These lautet: Trotz vieler valider Bedenken greifen die Kritikpunkte auch in der Gesamtschau nicht durch, weil schon die zugrundeliegenden Prämissen nur eingeschränkt überzeugen. Akzeptiert man als richtige Antwort für die privatrechtliche Eigenlogik das in § 5 skizzierte Konzept responsiver Bipolarität, haben die auf den letzten Seiten behandelten Kritikpunkte zwei ganz zentrale Schwächen: Sie bewerten privatrechtliche Wirksamkeit aus einer zu engen Perspektive und sie sind überpessimistisch.

1. Zu enge Wirksamkeitsperspektive

Auf den letzten Seiten habe ich die Negativmerkmale *strukturelle Unterkomplexität* und *Forumsinkompatibilität* anhand der größten Kritikpunkte dargestellt und dabei argumentative Schwächen und Widersprüche aufgezeigt. Nun geht es mir nicht mehr um die Stringenz der Kritikpunkte, sondern ich setze auf einer vorgelagerten Stufe an: bei der Prämisse. Trotz der unterschiedlichen Tonlage der Kritikpunkte lässt sich nämlich ein wiederkehrendes Motiv ausmachen. Nachhaltigkeitsresponsiven Bipolaritätskonstruktionen wie Klimahaftung oder Lieferkettenverantwortlichkeit wird immer wieder ihre vermeintliche Ineffektivität vorgeworfen. Das haben wir besonders deutlich beim Breitenaspekt gesehen, aber bereits der Großlösungsaspekt sagt nichts anderes, wenn er die Vorzüge großer Lösungen auf politisch-gesetzgeberischer Ebene betont. Und auch Verlagerungs- und Leistungsaspekt schlagen letztlich in dieselbe Kerbe: Privatrechtliche Bipolaritätskonstruktion sollen unwirksam bleiben, weil es zu kontraproduktiven Ergebnissen kommt und das Forum des Pri-

vatrechtsprozesses ohnehin keine leistungsfähigen Antworten hervorbringt. Durchweg unausgesprochen bleibt dabei aber die entscheidende Vorfrage, nämlich wonach sich die Wirksamkeit bemisst. Wann sind privatrechtliche Bipolaritätskonstruktionen wirksam, wann ist ein Ergebnis produktiv, wann zeigt sich das Forum des Privatrechtsprozesses leistungsfähig?¹³²²

a) Bezugspunkt: Isoliert/statische Zustände

Blicken wir vor diesem Hintergrund noch einmal auf die Wirksamkeitseinwände der behandelten Kritikpunkte, lässt sich zumindest die Prüfungsstruktur ausmachen. Es gibt ein Ziel (Klimaschutz bzw. Verbesserung der Arbeits- und Produktionsbedingungen im Globalen Süden) sowie ein Mittel (Klimahaftung bzw. Lieferkettenverantwortlichkeit) und beides wird sodann in einem Gedankenexperiment miteinander verknüpft. Kann das Mittel das Ziel erreichen, ist es wirksam. Das ist aber nur der erste Schritt, denn anschließend wird eine Abstufung vorgenommen. Aus verschiedenen Mitteln ist das am wirksamsten, das bestmöglich das Ziel erreicht. Wie auf den letzten Seiten gesehen, ist „bestmöglich“ dabei nicht an einem singulären Kriterium ausgerichtet, sondern wird aus verschiedenen Richtungen bewertet (Wohlfahrtsauswirkungen, Gewaltenteilung, Leistungsfähigkeit des Forums etc.).¹³²³ Dabei gilt kein fixer Termin („An Stichtag X ist Mittel 3 das bestmögliche, an Stichtag Y Mittel 1“), sondern jedem Mittel wird sein eigener Zeithorizont zugestanden und die Wirksamkeitsbewertung erfolgt zum Zeitpunkt des (gedachten) Einsatzes des betreffenden Mittels.

Bei Klimahaftung und Lieferkettenverantwortlichkeit wird folglich auf den Zeitpunkt ihres Eingreifens abgestellt: Wir stellen uns eine Welt vor, in der Klimahaftung und Lieferkettenverantwortlichkeit bestehen und fragen uns, ob durch diesen Zustand das jeweilige Ziel – Klimaschutz bzw. Verbesserung der Arbeits- und Produktionsbedingungen im Globalen Süden – erreicht ist.¹³²⁴ Dabei beziehen wir natürlich auch die Folgen dieses Zustands mit ein, aber eben nur die Folgen, die bereits in dem Zustand angelegt sind und sich nur noch

¹³²² Treffend (im Klimahaftungskontext) *Setzer/Vanhala* (2019), 12: „The key meta-level question concerns who is responsible for defining what impact is, and how we can recognize impact when we see it.“; generell *Raiser* (2013), 256: „[es ist] nötig, die Faktoren herauszuarbeiten, von denen die Wirksamkeit abhängt“.

¹³²³ Besonders deutlich (im Klimakontext) *Ismar* (2014), 94 ff. Dem entspricht auch der generelle regulierungstheoretische Prüfungsmaßstab bei *Hellgardt* (2016), 504 ff. oder *Kolter* (2022), 58 ff.

¹³²⁴ Exemplarisch *Posner* (2007), 1937: Entscheidende Frage ist, „whether this litigation, if succesful, is likely to have benefetial effects on people’s lives“; allgemein *Hellgardt* (2016), 438: „Unter einem Regulierungsziel soll der soziale, d. h. der *tatsächliche Zustand* verstanden werden, den die regulierende Instanz – sei es der Gesetzgeber, eine Behörde oder ein Gericht – mit ihrer regulatorischen Rechtssetzung *erreichen* möchte.“ [Hervorhebungen hinzugefügt].

entfalten müssen, zum Beispiel potentielle Verlagerungseffekte.¹³²⁵ Im nächsten Schritt stellen wir uns alternative Welten vor, in denen jeweils andere Mittel bestehen, und fragen uns wieder, ob durch diese Zustände (mit ihren angelegten Folgen) das jeweilige Ziel erreicht ist. Abschließend vergleichen wir die Zustände und identifizieren so das wirksamste Mittel.¹³²⁶ Dass die Welten aufgrund der verschiedenen Zeithorizonte der Mittel auf der Zeitachse weiter vorne oder weiter hinten liegen können – dass etwa eine Klimahaftung schneller zu erreichen sein dürfte als ein politisch schwer durchsetzbares globales Emissionshandelssystem – ist hierfür irrelevant. Entscheidend ist allein, in welcher Welt das Ziel bestmöglich erreicht wurde.¹³²⁷

Die Prüfungsperspektive ist also einerseits isoliert, andererseits statisch: Isoliert, weil für jedes Mittel eine eigene Welt gebildet wird, in der nur dieses Mittel besteht; und statisch, weil die jeweils gebildete Welt im Zustand des Mitteleinsatzes eingefroren wird und dieser Zeitpunkt die Beurteilungsgrundlage für die Zielerreichung bildet.

b) Blinder Fleck: Interdependente/dynamische Abläufe

Diese isoliert/statische Wirksamkeitsprüfung hat natürlich klare analytische Vorteile, schon weil so überhaupt ein sauberer Vergleich von verschiedenen Mitteln möglich wird.¹³²⁸ Meine Absicht ist auch nicht, sie als generell untauglich oder verfehlt zu kritisieren. Mir geht es um den blinden Fleck: Wer isoliert/statisch auf Zustände blickt, verliert notwendigerweise interdependente/dynamische Abläufe aus dem Blick.¹³²⁹ Dieser Befund ist letztlich trivial (und auch

¹³²⁵ Posner (2007), 1932 klammert etwa ausdrücklich die „indirect effects“ aus. Auch die „unerwünschten Nebenwirkungen“ bei Hellgardt (2016), 503 ff. beziehen sich letztlich auf „antizipierte“ Effekte.

¹³²⁶ Generell Hellgardt (2016), 442: „Wenn es [...] um Zielerreichung geht, ist deshalb stets ein relatives Moment gemeint: der reale Zustand, der sich dem Ideal möglichst weit annähert. [...] Werden unterschiedliche Regulierungsziele miteinander verglichen, kann es deshalb immer nur darum gehen, in welchem Ausmaß ein Instrument zur Erreichung des Regulierungsziels beiträgt.“ Im Klimahaftungskontext Posner/Weisbach (2010), 71: „adequate response“.

¹³²⁷ In der ökonomischen Regulierungstheorie drückt sich dies durch die Denkfigur des „allmächtigen sozialen Entscheiders“ oder „wohlmeinenden Diktators“ aus, der aus dem Set vorhandener Mittel das wohlfahrtsoptimale auswählen und implementieren kann, vgl. im umweltökonomischen Kontext Sturm/Vogt (2018), 188.

¹³²⁸ Dazu generell Hellgardt (2016), 504 ff.; Kolter (2022), 58 ff. Auch der Ausgangspunkt der (neoklassischen) ökonomischen Regulierungstheorie beruht auf einem statischen Analysemodellen, vgl. (am Bsp. Steuer vs. Emissionshandel vs. Auflagen) Sturm/Vogt (2018), 90 ff. Freilich gibt es innerhalb der Disziplin mit der angewandten Ökonomik (und hier vor allem Simulationsstudien und input-output-Analysen) nicht nur ein Feld, das sich dezidiert um die Einbeziehung interdependenter/dynamischer Abläufe bemüht, mit der modernen Evolutionsökonomik oder dem Ansatz der narrative economics existieren auch theoretische Perspektivenerweiterungen, prominent Nelson/Winter (1982); Ostrom (2014); Shiller (2020).

¹³²⁹ Jüngst etwa Hellgardt (2016), 442: „Die Definition des Regulierungsziels als eines bestimmten ‚sozialen Zustands‘ beschreibt ein statisches Konzept, während die Realität durch

nicht neu),¹³³⁰ aber er ist deshalb nicht weniger wichtig, denn er macht die prinzipielle Schwäche der Kritikpunkte deutlich. Ein Beispiel für die dynamikbezogene Blickfeldverengung haben wir oben beim Kompetenzaspekt kennengelernt: Wenn die Bewertungsgrundlage der eingefrorene Zustand der Welt bei Eingreifen einer gerichtlich anerkannten Klimahaftung oder Lieferkettenverantwortlichkeit ist, mag man darin eine Verletzung der gesetzgeberischen Entscheidungsprärogative erblicken und diesen Zustand deshalb als nicht bestmöglich qualifizieren. Doch allein durch die eingefrorene Perspektive gerät aus dem Blick, dass die Möglichkeiten des Privatrechtsgesetzgebers gar nicht beschnitten, sondern nur zeitlich gewandelt sind, weil er die richterliche Bipolaritätskonstruktion durch Gesetzesänderung nachträglich revidieren kann.¹³³¹ Nichts anderes gilt für den Breitenaspekt: Bewertet man Klimahaftung und Lieferkettenverantwortlichkeit rein isoliert/statisch, mögen sie als wenig wirksame deutsche Insellösungen erscheinen. Sobald man aber ihr wirtschaftliches und diskursives Expansionspotential einbezieht, bleibt von dem vermeintlich eng begrenzten Einfluss wenig übrig.¹³³²

Freilich gilt das nicht nur für die spätere Entwicklungsdynamik, sondern genauso für die vorausgehende.¹³³³ Dieser Umstand ist für uns noch wichtiger, denn er macht klar, warum nachhaltigkeitsresponsive Bipolaritätskonstruktionen bei isoliert/statischer Wirksamkeitsprüfung von vornherein chancenlos sind. Auch wenn sich viele Kritikpunkte wie gesehen entkräften lassen, zeigen namentlich Klimahaftung und Lieferkettenverantwortlichkeit weiterhin Schwächen, die große Lösungen gerade nicht haben. Weltumspannende Emissionshandelssysteme oder Lieferkettenregime arbeiten etwa von Anfang an global und müssen nicht erst wie Klimahaftung und Lieferkettenverantwortlichkeit mühsam in die Breite expandieren. Und auch wenn die Kompetenzeinwände gegen Klimahaftung und Lieferkettenverantwortlichkeit überzogen sind – globale, auf politisch-gesetzgeberischer Ebene gefundene Großlösungen bleiben aus Kompetenzgesichtspunkten natürlich immer vorzugswürdig. Dass sie aufgrund der oben beschriebenen Kollektivhandlungsprobleme und unzureichenden Anreizstrukturen (wenn überhaupt) nur schwer zu erreichen sind, ändert

dynamische Prozesse geprägt ist und nicht in diesem ‚Zustand‘ verharrt.“; speziell im Klimakontext etwa *Burger* (2013), 57: „It is not that these other approaches are false, it is that they are incomplete“.

¹³³⁰ Hieran entzündet sich etwa ganz maßgeblich die Kritik an der (neoklassischen) Regulierungstheorie, prominent *Kennedy* (1981a), 422 ff.; was innerhalb der Ökonomik (unter anderem mit dem berühmten „Nirwana-Vorwurf“) freilich früh erkannt wurde, etwa *Demsetz* (1969); *Nelson/Winter* (1982), 23 ff.; *Ostrom* (2014), 112 ff.

¹³³¹ Oben § 8 II. 1. b).

¹³³² Oben § 8 I. 2.

¹³³³ Ebenso (im Klimahaftungskontext) *Setzer/Vanhala* (2019), 12: „The question of where to look for the impact of climate litigation will depend on the research and evaluation strategy and its epistemological approach. Impact might be found in policy and regulatory change (or lack of change).“

daran nichts. Genauer gesagt kommt es bei isoliert/statischer Wirksamkeitsprüfung darauf schon gar nicht an: Weil die Wirksamkeitsbewertung ja im Zeitpunkt des (gedachten) Mitteleinsatzes erfolgt, blendet der Perspektivzuschnitt die *vorausgehenden* Entwicklungsdynamiken konsequent aus – es wird einfach unterstellt, dass die große Lösung bereitsteht. Und das heißt dann: Weil zumindest theoretisch eine Welt existiert, in der das Ziel am wirksamsten erreicht wird, ist diese Welt immer vorzuziehen.¹³³⁴ Möchte ich mein Hausdach bestmöglich abdichten und kommen als Mittel Felle, Reet und Ziegel in Betracht, setze ich alles auf Ziegel. Dass Ziegel technisch deutlich schwerer herzustellen sind als Felle und Reet, ja mitunter überhaupt erst im Tonstich abgebaut und in der Ziegelei gebrannt werden müssen, ist irrelevant, denn sie sind nun einmal das im Einsatzzeitpunkt bestmögliche Dichtungsmittel. Und genauso wie es dann keinen Sinn macht, es mit Fellen und Reet überhaupt zu versuchen, sollte ich mich auch erst gar nicht mit Klimahaftung oder Lieferkettenverantwortlichkeit aufhalten, sondern gleich große Lösungen angehen.

Der isoliert/statische Blickwinkel ist aber nicht nur weitgehend blind für dem Mitteleinsatz vorausgehende und nachfolgende Entwicklungsdynamiken, sondern unterschlägt auch Interdependenzen.¹³³⁵ Auch das zeigt das Szenario des dichten Hausdachs: Weil die unterschiedlichen Zeithorizonte der Mittel keine Rolle spielen, gerät aus dem Blick, dass Felldächer Durchgangsstation auf dem Weg zu Reetdächern waren – und Reetdächer wiederum Durchgangsstation auf dem Weg zu Ziegeldächern. Die ersten Siedler versuchten es mit Fellen; Reet war schon dichter, verfaulte aber schnell; also probierte man es wieder anders und brannte Ton zu Ziegeln.¹³³⁶ Anders ausgedrückt: Dass Problemlösungen in aller Regel erst Stück für Stück entstehen und dass rückblickend unwirksame Mittel häufig infolge ihrer schieren Existenz einen ganz entscheidenden Impuls für die weitere Entwicklung setzen, bleibt bei einer für Zeitabläufe unsensiblen Wirksamkeitsanalyse im Dunkeln.¹³³⁷ „Reliance on a single ‚solution‘“, fasst da-

¹³³⁴ Treffend *Weaver/Kysar* (2017), 350: „within that narrow framework climate change litigation has been a failure“; eingehend *Kysar* (2010), 99ff. Im Lieferkettenkontext *Vogel* (2010), 80: „[A]ny realistic assessment of civil regulation should compare it not to an ideal world of effective global governance but to actual policy alternatives. When compared to most government regulations in developed countries, civil regulation is clearly less effective.“

¹³³⁵ Im Umwelt- und Klimakontext näher *Kysar* (2010), 71ff.; im Lieferkettenkontext *Vogel* (2010), 79ff.

¹³³⁶ Gleiches gilt, wenn ich das Beispiel visualisieren wollte und dazu zu einer Tafel, einem Dia-Projektor und einer PowerPoint-Präsentation greifen könnte. Zu diesen und anderen Aspekten von „success through failure“ eingehend *Petroski* (2018). Ähnlich das Bsp. bei *Ismer* (2014), 97, der die Wirksamkeit von Klimaschutzmaßnahmen auch anhand „zielkonformer Innovationen – etwa der Entwicklung eines [klimaschonenden] Zements“ bewerten will.

¹³³⁷ In der (neoklassischen) ökonomischen Regulierungstheorie äußert sich das in *ceteris paribus* Annahme, vgl. im umweltökonomischen Kontext *Sturm/Vogt* (2018), 212f.; im Lieferkettenkontext *Carruthers/Lamoreaux* (2016), 54f.; für prominente Kritik vgl. *Kennedy* (1981a), 422ff. *Nelson/Winter* (1982), 51ff.

her die Ökonomin Elinor Ostrom zusammen, „may be more of a problem than a solution.“¹³³⁸

c) Perspektiverweiterung: Responsive Bipolarität

Exakt hier setzt der erste Aspekt meiner Prämissenkritik an: Isoliert/statische Wirksamkeitsbewertungen blenden einen ganz zentralen Aspekt privatrechtlicher Wirkung aus. Privatrecht wirkt nicht nur, wenn es bestimmte Ziele bestmöglich erreicht. Privatrecht wirkt schon dadurch, dass auf der Dauerbaustelle responsiver Bipolarität gearbeitet wird. Zwei dieser Wirkungsaspekte haben wir bereits am Ende von § 5 kennengelernt.¹³³⁹

Zum einen hat das „vor Gericht zerren“ oftmals erhebliche Satisfaktionswirkung. Allein durch die Deliberation im Forum des Privatrechtsprozesses wird das klägerische Begehren kollektiv wahrgenommen. Der Kläger hat Gelegenheit seinen Fall zu präsentieren und die Gegenseite kann das nicht länger ignorieren, sondern muss sich für alle sichtbar darauf einlassen. Dass diese Satisfaktionswirkung gerade bei nachhaltigkeitsresponsiven Bipolaritätskonstruktionen von großer Bedeutung ist, zeigen schon die Parteikonstellationen in unseren Anwendungsbeispielen: Im RWE-Fall klagt der Eigentümer eines kleinen Grundstücks in Peru gegen einen der weltweit umsatzstärksten Energieproduzenten; im (originalen) KiK-Fall verlangen Angehörige aus Pakistan Schmerzensgeld vom größten Textil-Discounter Deutschlands. In anderen Prozessen ist die Rollenverteilung ganz ähnlich.¹³⁴⁰ Alle Prozesse wurden und werden intensiv medial begleitet, die bislang kaum sichtbaren Konflikte in den hintersten Winkeln der Welt werden zu global wahrgenommen Problemen.¹³⁴¹ Das allein schützt die Betroffenen natürlich nicht vor klimabedingten Überschwemmungen oder abbrennenden Textilfabriken. Den Betroffenen ist sogar bewusst, dass ihr Prozess mitunter nur geringe Erfolgchancen hat. Aber sie klagen trotzdem – nämlich schlicht weil der Privatrechtsprozess ihnen das Forum bietet, ihr Anliegen weithin wahrnehmbar zu artikulieren und die Öffentlichkeit dafür zu sensibilisieren. „[A] lot of this stuff is born of less of the sense that litigation is the optimal strategy“, bringt es ein mit einer Klimaklage befasster Prozessvertreter auf den Punkt, „and more of the sense that at least courtroom doors are open and if you think you can put together some good arguments you can get a court to do something.“¹³⁴² Und auch wenn speziell bei der Lieferkettenverantwort-

¹³³⁸ Ostrom (2014), 115.

¹³³⁹ Oben § 5 III.

¹³⁴⁰ Zum klägerischen Hintergrund vgl. nur Osofsky (2005), 1802ff. bzw. Saage-Maaß (2021), 27ff.

¹³⁴¹ Hierfür gibt es auch erste empirische Nachweise (z.B. Erfassung des Medienechos, Problemsensibilität der Bevölkerung), vgl. dazu die Literaturlauswertung bei Vanhala/Kinghan (2018) oder die Interviews bei Peel/Osofsky (2015), 173ff.

¹³⁴² Wiedergegeben nach Peel/Osofsky (2015), 325; dies stark betonend Kysar (2018), 55ff.

lichkeit die Asymmetrie nicht ganz so drastisch ist, verlangen doch auch hier „kleine“ Endverbraucher von „großen“ transnational operierenden Händlern Rechenschaft für leere Ankündigungen. Klimahaftung und Lieferkettenverantwortlichkeit betreffen also typischerweise Konstellationen von David gegen Goliath, und es ist schon ein Erfolg, Goliath in die Arena der Responsivität zu zerren und dort auf Augenhöhe eine wechselseitige Rechte- und Pflichtenbeziehung auszuhandeln.¹³⁴³

Die Satisfaktionswirkung ist aber noch nicht alles. Bedeutender ist der über die Parteien hinausgehende Antreibereffekt. Weil es im *drama between plaintiff and defendant* eben nur vordergründig um die Protagonisten geht und die Zuschauer immer mitgedacht sind, können Privatrechtsprozesse der Inspiration und dem Agendasetting dienen. Indem komplexe Wirklichkeitsphänomene wie Klimawandel und globale Lieferketten als wechselseitige Rechte- und Pflichtenbeziehung zwischen einzelnen Parteien rekonstruiert (oder eben nicht rekonstruiert) werden, zeichnet sich sukzessive ab, welches Verhalten gesellschaftlich toleriert wird und welches nicht.¹³⁴⁴ Diskursanalytisch formuliert wird Normalität markiert und Anomalie stigmatisiert; politikwissenschaftliche Regulierungsmodelle sprechen von gerichtlichen Initialzündungen („juridical initiation“) für umfassende politisch-gesetzgeberische Regulierungsvorhaben.¹³⁴⁵ „Das Zivilgericht“, schreiben selbst Kritiker von Klimaklagen wie Matthias Lehmann und Florian Eichel, „wird damit zum Forum eines öffentlichen Streits über Fragen der *global environmental governance*“; es kann, fügt Anja Kling an, „die notwendige Bewegung in die Debatte [...] bringen“.¹³⁴⁶ Der Einwand von Seiten des Kompetenzaspekts, wonach durch gerichtliche Bipolari-

Genauso im Lieferkettenkontext, vgl. *Saage-Maaß* (2021), 44: KiK: „Our aim was not compensation, it was justice.“

¹³⁴³ Treffend (im Klimahaftungskontext) *Weaver/Kysar* (2017), 349f.: „the managerial, welfarist perspective [...] does not recognize the narrative function of legal dialogue. [...]. Even in defeat, the climate change plaintiff may inspire new understandings of our confrontation with catastrophe.“ In diesem Sinne etwa auch *Penalver* (1998), 576f.; *Wilhelmsson* (2002), 98ff.; *Burger* (2013), 12ff.; *King* (2014), 333ff.; *Nosek* (2017), 757ff.; *Peel/Osofsky* (2018), 47f.; *Ganguly, et al.* (2018), 865f.; *Graser* (2019a), 328ff.; *Burgers* (2020), 67ff.; *Saage-Maaß* (2021), 44ff.; *Hübner* (2022), 28f.; *IPCC* (2022b), 13-26ff.

¹³⁴⁴ Oben § 5 III. 2.

¹³⁴⁵ Mit diskursanalytischer Stoßrichtung etwa auch *Möllers* (2015), 128ff. („positiv markierte Möglichkeiten“). Zum politikwissenschaftlichen Regulierungsmodells des policy cycle instruktiv *Baer* (2017), 208ff.; näher *Blum/Schubert* (2018), 153ff.; *Miller* (2018), 203ff. und speziell im Lieferkettenkontext *Hübner* (2022), 38ff.

¹³⁴⁶ *Lehmann/Eichel* (2019), 82 [Hervorhebungen auch im Original] und *Kling* (2018), 223, ähnlich auch *Penalver* (1998), 576f.; *Wilhelmsson* (2002), 98ff.; *Pöttker* (2014), 444; *Peel/Osofsky* (2015), 224ff.; *Ekarde* (2016b), 465; *Ganguly, et al.* (2018), 856ff.; *Kysar* (2018), 54ff.; *Faure/Yayun* (2019), 102; *Payandeh* (2021), 79f.; *Alvarez-Armas* (2021), 428ff.; *Zeidler* (2022), 67ff.; *IPCC* (2022b), 13-29ff. Freilich sind die kleinen, weniger Aufmerksamkeit bringenden Verfahren – ähnlich wie die in § 5 III. 2. angesprochenen Dieselklagen oder amtsgerichtlichen Mietrechtsfälle – hierfür ebenso wichtig wie die großen „holy grail cases“, näher *Bowmer* (2018), 496ff.

tätskonstruktionen dem politisch-gesetzgeberischen Raum gesellschaftliche Großfragen entzogen würden, ist also wiederum zu isoliert/statisch gedacht. Bei dynamisch/interdependenter Perspektive wird deutlich, dass jene Großfragen überhaupt erst einmal auf die gesetzgeberische Ebene gelangen müssen – und weil es genau daran aufgrund der spezifischen Defizite des Gesetzgebungsprozesses häufig hapert, können Privatrechtsprozesse hierfür als Katalysator fungieren. In den USA wird diese wichtige Antreiberwirkung vor allem von der Law as Narrative-Strömung betont: „[L]itigation created a hybrid script for climate change that *worked* – if not through redress, then by narrative reflief and inspiration“¹³⁴⁷. Es geht also in der Tat um eine oftmals belächelte Symbolwirkung,¹³⁴⁸ aber diese Symbolwirkung ist gerade nicht belanglos. Klimahaftung oder Lieferkettenverantwortlichkeit mögen zwar nicht die bestmöglichen Lösungsentscheidungen für Klimawandel und globale Lieferketten sein, aber „[i]mmerhin kann man hoffen, aus diesen Entscheidungen und damit gleichsam unterwegs zu lernen.“¹³⁴⁹ Wenn große Lösungen noch nicht existieren, sind Lösungsversuche umso wichtiger – sie sind Näherungen mit Symbolcharakter, und mitunter entpuppen sie sich sogar als entscheidende Durchgangsstationen auf dem Weg zur bestmöglichen Lösung.¹³⁵⁰ Felle und Reet dichten zwar mein Hausdach nur unzureichend ab. Aber ihre Bedeutung dürfte nicht zuletzt darin liegen, dass ich dank ihnen heute überhaupt zu Ziegeln greifen kann.

2. Überpessimismus

Wie in § 5 herausgearbeitet, gleicht Privatrecht aus dem Blickwinkel responsiver Bipolarität einer Baustelleneinheit auf einer noch größeren gesellschaftlichen Dauerbaustelle – und privatrechtliche Wirkung bemisst sich dann auch und gerade darin, dass Bipolaritätskonstruktionen die Großbaustelle fortwährend an-

¹³⁴⁷ King (2014), 331 f. [Hervorhebungen auch im Original]; ebenso Burger (2013), 12 ff.; darauf aufbauend etwa Weaver/Kysar (2017), 348 ff.; Nosek (2017), 757 ff.; Kysar (2018), 58 ff.; Burgers (2020), 73 ff. Wieviel Inspiration Klimaklagen stiften können, zeigt eindrücklich der RWE-Fall: Die Klimafolgen im Raum Huaraz sind deshalb so gut erforscht, weil die einschlägigen Studien vom Prozess angestoßen wurden, vgl. Stuart-Smith, et al. (2021a).

¹³⁴⁸ Exemplarisch (im Klimakontext) Posner/Weisbach (2010), 59: „symbols, no substance“; im Lieferkettenkontext Wagner (2021c), 231: „litigation mostly remains symbolic“.

¹³⁴⁹ Graser (2019b), 274; ganz ähnlich Burgers (2020), 73 ff.; für CSR-Berichtspflichten Kolter (2022), 275 ff. Im verfassungsrechtlichen Kontext des Klimawandels hat BVerfGE 157, 30 Rn. 199 ff. jüngst gar eine entsprechende Pflicht statuiert, zur Erreichung großer Lösungen zunächst nationale Durchgangslösungen zu entwickeln, „auch wenn sie für sich genommen das Klimaproblem nicht lösen könnten“.

¹³⁵⁰ Näher zur Antreiber- und Inspirationswirkung vermeintlich bloß „symbolischer“ Regulierung Raiser (2013), 252 ff.; Baer (2017), 257 f. Peel/Osofsky (2015), 312 ff. liefern (mithilfe qualifizierter Interviews) im Klimakontext empirische Nachweise und sehen darin „[p]erhaps the most important role climate change litigation can serve“ (340); im Lieferkettenkontext vgl. Shabab (2021); Saage-Maaß (2021), 44 ff.

regen und vorantreiben.¹³⁵¹ Ich sehe Privatrecht mit anderen Worten nicht nur als Teil eines gesellschaftlichen Lernprozesses, sondern ich setze auch darauf, dass in diesem Prozess weniger wirksame Mittel perspektivisch durch wirksamere Mittel ersetzt werden – man sich also nicht mit Fellen begnügt, sondern irgendwann Reet und schließlich Ziegel zum Einsatz kommen. Dies lässt sich gewiss kritisieren und den Vorwurf haben wir auch schon kennengelernt: Das Modell responsiver Bipolarität und andere dynamisch/interdependente Wirksamkeitszugriffe sind im Kern optimistisch. Sie nehmen weniger wirksame Mittel in der Hoffnung in Kauf, dass sie ultimativ zu wirksameren Mitteln führen. Allerdings muss das nicht so kommen. Möglicherweise treiben Klimahaftung oder Lieferkettenverantwortlichkeit nicht die Entwicklung großer Lösungen voran, sondern stören im Gegenteil den Findungsprozess, ja brechen ihn sogar ab. Exakt diese Sorge hat etwa Posner: „If [...] plaintiffs prevail, we may be in a worse world unless governments act, and governments might not act.“¹³⁵² Sind nachhaltigkeitsresponsive Bipolaritätskonstruktionen erst einmal da, sieht er zudem die Gefahr, dass der Problemlösungsdruck insgesamt nachlässt und man sich mit ihnen einrichtet. Die halbgare Zwischenlösung verfestigte sich zur Endlösung – statt Ziegeln bleibt es bei Reet.¹³⁵³ Für die Klimahaftung kommt Posner daher zu einem insgesamt ablehnenden Urteil, das für nachhaltigkeitsresponsive Bipolaritätskonstruktionen insgesamt gelten dürfte: „[I]t is a gamble, and an odd one at that.“¹³⁵⁴

a) Historische Initialzündungen

Hier setzt der zweite Punkt meiner Prämissenkritik an: Überpessimismus.¹³⁵⁵ Das Risiko im Findungsprozess auf halbem Weg stecken-zubleiben, ist zwar nicht wegzudiskutieren, aber es dürfte deutlich kleiner sein, als es vielfach gemacht wird. Meines Erachtens stehen die Chancen für die privatrechtliche Nachhaltigkeitswette sogar recht gut. Da sind zunächst die historischen Beispiele, in denen Privatrecht erfolgreich als Antreiber für Großlösungen fungiert hat. Vertrag mit Schutzwirkung zugunsten Dritter und Produzentenhaftung als Vorläufer für umfassende Gebäude- und Produktsicherheitsregularien wurden schon mehrfach genannt.¹³⁵⁶ Ähnliches gilt für den oben beschriebenen Scharlachfall, dem das

¹³⁵¹ Teubner (1984), 142 spricht hier vom Beitrag des Rechts „zur Erhaltung gesellschaftlicher Selbstreferenz“; speziell zum Privatrecht Teubner (1998).

¹³⁵² Posner (2007), 1944; im Lieferkettenkontext ähnlich Wagner (2021c), 231 f.

¹³⁵³ Das ist auch einer der klassischen Kritikpunkte an multidimensionalen Zwischenlösungen in der ökonomischen Regulierungstheorie, exemplarisch Sturm/Vogt (2018), 108 ff.; speziell im Klimakontext Posner/Weisbach (2010), 79 ff.

¹³⁵⁴ Posner (2007), 1944; ähnlich Posner/Weisbach (2010), 70 f.

¹³⁵⁵ Mit Blick auf die Klimahaftung schon Kysar (2011), 51: „At the bottom of the climate change dilemma is a pessimistic moral imagination“; ähnliche Kritik bei Ostrom (2014), 103 ff.

¹³⁵⁶ Brüggemeier (2006), 445 ff. (zur Produktsicherheit); Lakenberg (2015), 313 ff. (zur Gebäudesicherheit); weitere Nachweise bei Höland (2009), 40 ff. Zum Ganzen schon oben § 5 III. 2.

Beziehungsgeflecht zwischen Versicherung, Patient, Ärztin und Klinikträger zugrunde lag. Der Weg des RG über eine Schutzpflicht zwischen Patient und Klinikträger war nicht das letzte Wort in der Sache, schon weil die Entscheidung offenließ, wie körperschaftlich verfasste Klinikträger überhaupt pflichtwidrig agieren können und welche Rolle die Versicherung bei Entstehung und Abwicklung des Anspruchs spielt. Das macht die vom RG entwickelte Bipolaritätskonstruktion aber nicht weniger wichtig, denn auch sie war ein bedeutender Näherungsversuch auf dem Weg zu großen Lösungen – Ersteres mündete über Jahrzehnte in die Figur der Organisationspflichten juristischer Personen; Letzteres regeln heute die § 630 ff. BGB zusammen mit dem seit den 1970er Jahren geschaffenen SGB. Und auch die in § 5 beschriebene Amtshaftung gehört hierher. Sie ist zwar aus heutiger Sicht zugunsten einer echten Staatshaftung gescheitert. Aber sie ist dennoch eine wirkmächtige Durchgangsstation. Ähnlich wie bei heutigen nachhaltigkeitsresponsiven Bipolaritätskonstruktionen war auch bei der Entstehung der Amtshaftung im 19. Jahrhundert klar, dass die privatrechtliche Anseilkonstruktion zahlreiche Schwachstellen hat und vor allem eine echte Staatshaftung nicht ersetzen kann.¹³⁵⁷ Aber die große Lösung war aufgrund zahlreicher Hürden eben noch nicht zu haben, weshalb es umso wichtiger war, via Konstruktion als Bipolarität zumindest erste privatrechtliche Pflöcke einzuschlagen. Der Näherungsversuch bedeutete auch nicht das Ende des Findungsprozesses. Im Gegenteil, er war genau die Initialzündung von der aus weitergebaut und schließlich mit der originären, verfassungsrechtlich überwölbten Staatshaftung die große Lösung gefunden wurde.

Wie bei technischem Design ist also auch bei juristischem Regeldesign „success through failure“ eher die Regel als die Ausnahme.¹³⁵⁸ Und es spricht wenig dafür, warum dies bei Klimahaftung und Lieferkettenverantwortlichkeit anders sein sollte.¹³⁵⁹ International existieren auch erste Beispiele für erfolgreich angestoßene Findungsprozesse. So wurden etwa verstärkte Klimaschutzmaßnahmen in Australien, Israel, Kenia und den USA auch und gerade mit dem zunehmenden Druck durch private Klimahaftungsklagen begründet.¹³⁶⁰ Auch der oben erwähnte Vorschlag für eine europäische „Lieferketten-Richtlinie“ ist

¹³⁵⁷ Eingehend *Kohl* (1977), 28 ff.; zur Entwicklungsgeschichte schon oben § 5 II. 3. d).

¹³⁵⁸ Eindrücklich *Petroski* (2018); speziell zu juristischem Regeldesign 82 ff.

¹³⁵⁹ Im Klimakontext auch *Pöttker* (2014), 444: „Gerichte befassen sich seit Jahrhunderten mit der Frage der gerechten Schadensallokation. Die hierbei entwickelten Kriterien und Lösungsansätze haben sich häufig bewährt und sollten dabei einem [durch den Gesetzgeber zu schaffenden] Ausgleichssystem zugrunde gelegt werden.“; ebenso *Frumhoff, et al.* (2015), 160 f.; *Byers, et al.* (2017), 307 ff.; *Ganguly, et al.* (2018), 856 ff.; im Lieferkettenkontext prominent *Vogel* (2010), 70 ff.

¹³⁶⁰ Als prototypisch gilt der vom US-Supreme Court entschiedene Fall *Massachusetts v. EPA*, 549 U.S. 497 (2007), der gemeinhin als „turning point“ für die US-amerikanische Position in den globalen Klimaverhandlungen angesehen wird, vgl. *Payandeh* (2021), 79 f. Für weitere empirische Nachweise zur Rezeptionsgeschichte in den USA und Australien vgl. *Peel/Osofsky* (2015), 312 ff.; für Israel und Kenia *Byers, et al.* (2017), 307 ff.; ferner die alle

nicht vom Himmel gefallen, sondern wurde entscheidend vom (originalen) KiK-Fall und anderen öffentlichkeitswirksamen Lieferkettenprozessen inspiriert.¹³⁶¹ Nimmt man noch das oben beschriebene diskursive Expansionspotential nachhaltigkeitsresponsiver Bipolaritätskonstruktionen hinzu,¹³⁶² besteht also durchaus Grund für Optimismus: Dass es zu Großlösungen kommt, ist zwar nicht garantiert. Aber dass privatrechtliche Näherungsversuche die Entwicklung von großen Lösungen stören oder gar verhindern, ist es eben auch nicht. Im Gegenteil, es ist erheblich plausibler, dass nachhaltigkeitsresponsive Bipolaritätskonstruktionen den Problemlösungsdruck verstärken.¹³⁶³

b) Warten als Risiko

Schließlich spricht für Optimismus auch ein Argument, das ich bisher bewusst nicht in den Vordergrund gerückt habe, das aber gerade bei Klimahaftung und Lieferkettenverantwortlichkeit unbedingt dazugehört. Posners Metapher von der vermeintlich schlechten privatrechtlichen Nachhaltigkeitswette verdunkelt einen ganz entscheidenden Punkt: Nicht nur entstehen Risiken, wenn man die Wette eingeht – es entstehen auch Risiken, wenn man sie *nicht* eingeht. Genauer gesagt sind diese Risiken in Form von gefährlichen Arbeits- und Produktionsbedingungen im Globalen Süden längst da, gar nicht zu reden vom alarmierenden Zustand des Klimasystems. Es lässt sich also kaum argumentieren, dass Klimahaftung und Lieferkettenverantwortlichkeit schon deshalb unterbleiben sollten, weil es quasi schadenslos möglich wäre, auf politisch-gesetzgeberische Großlösungen zu warten.¹³⁶⁴ Es ist schlicht Fakt, dass gerade die naturwissenschaftlichen Risiken durch ein abwartendes Weiter-so immer größer werden. Neben den zahlreichen genannten Gründen legt also nicht zuletzt das sich stetig verkleinernde Zeitfenster Optimismus nahe, ja zwingt ihn geradezu auf.¹³⁶⁵ Macht man sich bewusst, dass wir den Planeten sowieso längst eingesetzt haben, ändert sich die Risikostruktur der privatrechtlichen Nachhaltigkeitswette radikal: Das Wagnis ist weniger, dass die Wette nicht aufgeht und wir auf halber Strecke stehen bleiben – das eigentliche Risiko ist, es erst gar nicht zu versuchen.

Länder einbeziehende quantitative Auswertung durch *Eskander, et al.* (2021), 56ff. und die Übersicht in *IPCC* (2022b), 13-29ff.

¹³⁶¹ Vgl. etwa *Saage-Maaß* (2021), 47ff.; *Bertram* (2022); dazu schon oben § 8 I. 1. b).

¹³⁶² Oben § 8 I. 2. c).

¹³⁶³ Treffend *Ismer* (2014), 11ff. „parallele Evolution“; ebenso *Vogel* (2010), 70ff.; *Ostrom* (2014), 118ff.

¹³⁶⁴ Das Argument ist aus dem Effizienzkontext bekannt, prominent etwa *Eidenmüller* (1998), 440: Warten auf Gesetzgeber problemlos, weil volkswirtschaftlicher Schaden des Wartens (so er denn überhaupt eintritt) eher gering sein dürfte.

¹³⁶⁵ Deutlich *Kysar* (2011), 51: „there is no honor in a sucker’s payoff when the stakes are these“; ähnlich *Ostrom* (2014), 116: „Given the severity of the threat, simply waiting for resolution of these issues at a global level, without trying out policies at multiple scales because they lack a global scale, is not a reasonable stance“.

Ergebnis Teil 3

Es ist nun möglich, die Ausgangsfrage von § 8 und damit auch die des gesamten dritten Teils zu beantworten. Wir wollten wissen, ob nachhaltigkeitsresponsive Bipolaritätskonstruktionen im Privatrecht anschlussfähig sind. Nachdem wir in § 6 und § 7 für unsere Anwendungsbeispiele Klimahaftung und Lieferkettenverantwortlichkeit zunächst die Positivmerkmale *Anlass für Bipolarität* und *taugliche Anknüpfung* bejaht haben, widmete sich der laufende § 8 den Negativmerkmalen, die Bipolaritätskonstruktionen scheitern lassen: *strukturelle Unterkomplexität* und *Forumsinkompatibilität*. Als Negativhypothese formuliert besagt das erste Merkmal, dass Klimahaftung und Lieferkettenverantwortlichkeit die Wirklichkeitsphänomene Klimawandel und globale Lieferketten nur unterkomplex erfassen; das zweite Merkmal postuliert, dass sich das Forum des Privatrechtsprozesses schon nicht zur Deliberation jener Phänomene eignet. Beide Negativmerkmale habe ich für Klimahaftung und Lieferkettenverantwortlichkeit geballt erörtert und dabei große Kritikpunkte herausgegriffen. Obwohl sie viele wichtige Bedenken anmelden, überzeugen die Kritikpunkte nur bedingt: Aufgrund der Regeln des internationalen Privatrechts sowie ihres wirtschaftlichen und diskursiven Expansionspotentials sind Klimahaftung und Lieferkettenverantwortlichkeit deutlich breitenwirksamer als angenommen; die befürchteten Verlagerungseffekte sind überzeichnet; die Entscheidungsprerogative des Privatrechtsgesetzgebers ist nur zeitlich verschoben; dass deutsche Zivilgerichte aus Zurückhaltung nachhaltigkeitsresponsive Bipolaritätskonstruktionen schon nicht deliberieren, ist wenig plausibel; und das Forum des Privatrechtsprozesses bringt dazu auch die nötigen Kapazitäten mit. Vor allem aber ist die zugrunde gelegte Prämisse zu eng. Die Kritikpunkte legen eine isoliert/statische Zustandsperspektive an und sind in ihrem Grundton überpessimistisch. So werden interdependente/dynamische Abläufe ausgeblendet und einer der zentralen Aspekte responsiver Bipolarität unterschlagen: Wo die an sich nötigen großen Lösungen erst noch entwickelt werden müssen, kommt Privatrecht eine wichtige Rolle als Antreiber zu. Deshalb ist es auch unschädlich, dass selbst die expansivste Klimahaftung oder Lieferkettenverantwortlichkeit kaum sofort allumfassende Wirkung erreichen wird und das Forum des Privatrechtsprozesses aus Kompetenzgesichtspunkten angreifbar bleibt. Beides ist im Durchgangsstadium hinzunehmen, ja als Ausdruck des laufenden Lernprozesses geradezu unvermeidlich. Die auf der privatrechtlichen Baustelle entwickelten Bipolaritätskonstruktionen sind notwendigerweise Näherungsversuche – aber genau das macht sie so wichtig, weil sie der gesellschaftlichen Großbaustelle fortwährend Anstöße und Inspiration liefern.

Somit ist festzuhalten: Legen wir das Konzept responsiver Bipolarität zugrunde, sind nicht nur jeweils die Positivmerkmale *Anlass für Bipolarität* und

taugliche Anknüpfung erfüllt, es liegt auch keines der Negativmerkmale *strukturelle Unterkomplexität* oder *Forumsinkompatibilität* vor. Klimahaftung und Lieferkettenverantwortlichkeit sind im Privatrecht anschlussfähig. Und was für sie möglich ist, sollte auch für viele andere nachhaltigkeitsresponsive Bipolaritätskonstruktionen möglich sein.

Schluss

Wir begannen unsere Untersuchung im Wien des späten 19. Jahrhunderts. Betrachten präsentiert sich die Stadt damals wie aus einem Guss. Nach jahrelangen Umbauten erstrahlt Wien ganz im Zeichen des Historismus, die Monumentalbauten der Donaumonarchie werden von luxuriösen Prachtstraßen und herrschaftlichen Wohnquartieren des Bürgertums gesäumt. Streift man heute durch Wien, hat sich auf den ersten Blick daran wenig geändert. Der herrschaftliche Glanz der Bürgerpaläste ist ungebrochen, und auch auf den Prachtstraßen buhlen noch immer Kaffeehäuser und Luxusboutiquen um Kundschaft. Erst bei genauem Hinsehen fallen die zahlreichen modernen Einsprengsel auf. An sonnigen Tagen zieht die schwungvoll verglaste Fassade des Haas-Hauses alle Blicke auf sich, wenige Kilometer entfernt glitzert das kastenförmige Leopold-Museum wie ein großer weißer Zuckerwürfel. Beide Bauten waren hoch umstritten, und noch heute würden manche sie am liebsten durch historisierende Architektur ersetzen. Doch im Großen und Ganzen hat die Stadtgesellschaft ihren Frieden damit gemacht. Haas-Haus, Leopold-Museum und die vielen anderen zeitgenössischen Bauten gehören genauso zu Wien wie die herrschaftlichen Bürgerpaläste und Kaffeehäuser. Man könnte sagen, Wien hat sich für die Moderne geöffnet und trotzdem seine ganz eigene Aura behalten.

Nicht anders steht es um das Privatrecht. Es hat sich für die Soziale Frage geöffnet, für Konstitutionalisierung und Europäisierung, und es wird sich auch für Nachhaltigkeit öffnen können, ohne seine ganz eigene Aura zu verlieren. Denn genau das macht die privatrechtliche Dauerbaustelle aus: Das Privatrecht folgt keinem bestimmten Stil, sondern aufgrund seiner Responsivität für diversen Input aus anderen gesellschaftlichen Subsystemen verkörpert es einen Stilmix so diverser Konstruktionsgründe wie Selbstbestimmung, Effizienz oder eben Nachhaltigkeit. Aber weil alle Stile die privatrechtliche Eigenlogik nicht ignorieren können, weil ein jeder Stil als Bipolarität konstruierbar sein muss und sich im gedanklichen Setting des Privatrechtsprozesses zu bewähren hat, können selbst die modernsten Stileinflüsse der privatrechtlichen Aura nichts anhaben. Genauso wie Wien eben Wien bleibt, bleibt auch ein nachhaltigkeitsresponsives Privatrecht immer Privatrecht.

Freilich kommt einer Gruppe dabei die Schlüsselrolle zu. Es ist gerade an uns Privatrechtswissenschaftlerinnen und Privatrechtswissenschaftlern, außerjuristische Erkenntnisse und Methoden aufzubereiten und in die Eigenlogik des Pri-

vatrechts zu integrieren. Wir machen es uns etwas zu leicht, wenn wir immer nur sagen, was alles nicht geht. Vielmehr sollten wir mithilfe unseres *specific private point of view* Gesetzgeber und Gerichten proaktiv zuarbeiten und komplexe naturwissenschaftliche oder sozioökonomische Zusammenhänge in gebrauchsfertige Bipolaritätskonstruktionen übersetzen. Genau daran habe ich mich mit Klimahaftung und Lieferkettenverantwortlichkeit versucht. Damit bin ich natürlich kein Einzelfall, viele andere haben ebenfalls nachhaltigkeitsresponsive Bipolaritätskonstruktionen entwickelt oder sind gerade dabei. Doch es wäre schön, wenn es noch ein paar mehr wären.

Vielleicht kann diese Untersuchung dabei helfen, mit dem skizzierten Modell responsiver Bipolarität steht jedenfalls das Gerüst bereit. Natürlich ist das nur ein Anfang, und natürlich wird mein Modell viele nicht überzeugen. Und gewiss werden manche nachhaltigkeitsresponsiven Bipolaritätskonstruktionen scheitern, so wie auch andere Bipolaritätskonstruktionen gescheitert sind. Aber versuchen, so viel ist klar, sollten wir es zumindest.

Literaturverzeichnis

- Ackermann, Thomas* (2018), Sektorielles EU-Recht und allgemeine Privatrechtssystematik, ZEuP 2018, 741–781.
- Adams, Michael* (1986), Zur Aufgabe des Haftungsrechts im Umweltschutz, ZZZP 99 (1986), 129–165.
- Adler, Matthew D.* (2007), Corrective Justice and Liability for Global Warming, U. Pa. L. Rev. 155 (2007), 1859–1867.
- Adolph, Christopher, et al.* (2017), The Shanghai Effect: Do Exports to China Affect Labor Practices in Africa?, World Development 89 (2017), 1–18.
- Adolphsen, Jens von* (2004), Grenzen der internationalen Harmonisierung der Rechnungslegung durch Übernahme internationaler privater Standards, RabelsZ 68 (2004), 154–190.
- AGORA Energiewende* (2022), Die deutsche Braunkohlenwirtschaft 2021, Berlin 2022.
- Abrens, Hans-Jürgen* (2019), Außervertragliche Haftung wegen der Emission genehmigter Treibhausgase?, VersR 2019, 645–654.
- Akkermans, Bram/Van Dijck, Gijs* (Hrsg.) (2019), Sustainability and Private Law, Utrecht 2019.
- Allan, Bentley B.* (2017), Producing the Climate: States, Scientists, and the Constitution of Global Governance Objects, International Organization 71 (2017), 131–162.
- Allen, Myles* (2011), The scientific basis for climate change liability, in: Brunnée, Jutta, et al. (Hrsg.), Climate Change Liability: Transnational Law and Practice, Cambridge 2011, 8–22.
- Althammer, Christoph/Roth, Herbert* (Hrsg.) (2018), Instrumentalisierung von Zivilprozessen, Tübingen 2018.
- Alvarez-Armas, Eduardo* (2021), SDG 13: Climate Action, in: Michaels, Ralf, et al. (Hrsg.), The Private Side of Transforming our World, Cambridge 2021, 409–440.
- Appelbaum, Binyamin* (2019), The Economists' Hour: How the False Prophets of Free Markets Fractured Our Society, London 2019.
- Aristoteles* (2006), Nikomachische Ethik – Übers. und hrsg. von Ursula Wolf, Reinbek 2006.
- Arnold, Stefan* (2014), Vertrag und Verteilung, Tübingen 2014.
- (2016), Bürgerliches Recht und Rechtsphilosophie – Gegenseitige Anerkennung und Gerechtigkeit als Schlüssel zur Rationalität des Rechts, in: Klippel, Diethelm, et al. (Hrsg.), Grundlagen und Grundfragen des Bürgerlichen Rechts – Symposium aus Anlass des 80. Geburtstages von Dieter Schwab, Bielefeld 2016, 5–22.
- (2017), Freiheit, ausgleichende Gerechtigkeit und die Zwecke des Privatrechts, in: Grünberger, Michael/Jansen, Nils (Hrsg.), Privatrechtstheorie heute, Tübingen 2017, 137–150.
- Arrow, Kenneth J., et al.* (1995), Intertemporal Equity, Discounting, and Economic Efficiency, in: Munasinghe, Mohan (Hrsg.), Global Climate Change: Economic and Policy Issues, Washington D. C. 1995, 1–32.

- Asmussen, Sven* (2017), Haftung für unwahre Aussagen über Nachhaltigkeitskodizes vor Abschluss eines Kaufvertrags, NJW 2017, 118–123.
- (2020), Haftung für CSR, Tübingen 2020.
- Asmussen, Sven/Wagner, Gerhard* (2020), Menschenrechtsklagen vor englischen Gerichten: Von Yachten zu Konzernen, ZEuP 2020, 979–998.
- Attems, Marie-Sophie, et al.* (2020), Implementation of property-level flood risk adaptation (PLFRA) measures: Choices and decisions, WIREs Water 7 (2020), e1404.
- Auer, Marietta* (2005), Materialisierung, Flexibilisierung, Richterfreiheit: Generalklauseln im Spiegel der Antinomien des Privatrechtsdenkens, Tübingen 2005.
- (2014), Der privatrechtliche Diskurs der Moderne, Tübingen 2014.
- (2015), Der Kampf um die Wissenschaftlichkeit der Rechtswissenschaft: Zum 75. Todestag von Hermann Kantorowicz, ZEuP 2015, 773–805.
- (2016), Eigentum, Familie, Erbrecht. Drei Lehrstücke zur Bedeutung der Rechtsphilosophie im Privatrecht, AcP 216 (2016), 239–276.
- (2018), Zum Erkenntnisziel der Rechtstheorie: Philosophische Grundlagen multidisziplinärer Rechtswissenschaft, Baden-Baden 2018.
- (2020), Kants Rechtsbegriff und die Struktur subjektiver Rechte, RphZ 6 (2020), 162–172.
- (2022), Claus-Wilhelm Canaris – Eine Erinnerung in fünf Bildern, JZ 2022, 629–639.
- Augsburger, Matthias* (2014), Lauterkeitsrechtliche Beurteilung von Corporate Responsibility Codes – Verbindliche Standards im Wettbewerb?, MMR 2014, 427–431.
- Axjonow, Anastasia, et al.* (2018), The Impact of Corporate Social Responsibility Disclosure on Corporate Reputation: A Non-professional Stakeholder Perspective, Journal of Business Ethics 151 (2018), 429–450.
- Azeem, Muhammad* (2021), The KiK Case: A Critical Perspective from the South, in: Saage-Maaß, Miriam, et al. (Hrsg.), Transnational Legal Activism in Global Value Chains: The Ali Enterprises Factory Fire and the Struggle for Justice, Cham 2021, 279–298.
- Babri, Maira, et al.* (2021), An Updated Inquiry into the Study of Corporate Codes of Ethics: 2005–2016, Journal of Business Ethics 168 (2021), 71–108.
- Bach, David/Newman, Abraham L.* (2007), The European regulatory state and global public policy: micro-institutions, macro-influence, Journal of European Public Policy 14 (2007), 827–846.
- Bach, Ivo/Kieninger, Eva-Maria* (2021), Ökologische Analyse des Zivilrechts, JZ 2021, 1088–1098.
- Bachmann, Gregor* (2006), Private Ordnung: Grundlagen ziviler Regelsetzung, Tübingen 2006.
- (2010), Nationales Privatrecht im Spannungsfeld der Grundfreiheiten, AcP 210 (2010), 424–488.
- (2014), Das „vernünftige“ Vorstandsmitglied – Zum richtigen Verständnis der deutschen Business Judgment Rule (§ 93 Abs. 1 Satz 2 AktG), in: Habersack, Mathias, et al. (Hrsg.), FS Stilz, München 2014, 25–44.
- (2018a), § 22 – Siemens / Neubürger – LG München I NZG 2014, 345: Compliance-Pflicht des Vorstands und Organhaftung, in: Fleischer, Holger/Thiessen, Jan (Hrsg.), Gesellschaftsrechts-Geschichten, Tübingen 2018, 691–727.
- (2018b), CSR-bezogene Vorstands- und Aufsichtsratspflichten und ihre Sanktionierung, ZGR 2018, 231–261.
- Baer, Susanne* (2017), Rechtssoziologie, 3. Aufl., Baden-Baden 2017.

- Bagchi, Aditi* (2019), Production Liability, *Fordham L. Rev.* 87 (2019), 2501–2538.
- Balafoutas, Loukas/Kerschbamer, Rudolf* (2020), Credence goods in the literature: What the past fifteen years have taught us about fraud, incentives, and the role of institutions, *Journal of Behavioral and Experimental Finance* 26 (2020), 100285.
- Bar, Christian von* (1989), Zur Dogmatik des zivilrechtlichen Ausgleichs von Umweltschäden, *VersR* (Beiheft zum 1987er Karlsruher Forum) 1989, 4–18.
- Barkow, Rachel E.* (2002), More Supreme than Court – The Fall of the Political Question Doctrine and the Rise of Judicial Supremacy, *Colum. L. Rev.* 102 (2002), 237–336.
- Baron, Jane B./Epstein, Julia* (1997), Is Law Narrative?, *Buff. L. Rev.* 45 (1997), 141–187.
- Bartling, Björn, et al.* (2015), Do Markets Erode Social Responsibility?, *QJE* 130 (2015), 219–266.
- Bayer, Walter* (2018), § 16 – Macrotron – BGHZ 153, 47: Die „Geschichte“ der Grundsatzentscheidung zum Delisting, ihr überraschendes Ende durch Frosta und ihre „modifizierte Wiederbelebung“ durch den Gesetzgeber, in: Fleischer, Holger/Thiessen, Jan (Hrsg.), *Gesellschaftsrechts-Geschichten*, Tübingen 2018, 505–534.
- Beaucamp, Guy* (2002), *Das Konzept der zukunftsfähigen Entwicklung im Recht*, Tübingen 2002.
- Beckerman, Wilfred* (1994), ‚Sustainable Development‘: Is it a Useful Concept?, *Environmental Values* 3 (1994), 191–209.
- Beckers, Anna* (2015), *Enforcing Corporate Social Responsibility Codes: On Global Self-Regulation and National Private Law*, London 2015.
- (2021), Globale Wertschöpfungsketten: Theorie und Dogmatik unternehmensbezogener Pflichten, *ZfPW* 2021, 220–251.
- Begon, Michael, et al.* (2017), *Ökologie*, 3. Aufl., Berlin/Heidelberg 2017.
- Behringer, Wolfgang* (2015), *Kulturgeschichte des Klimas: Von der Eiszeit bis zur globalen Erwärmung*, München 2015.
- Belleville, Mark/Kennedy, Katherine* (2012), Cool Lawsuits – Is Climate Change Litigation Dead after *Kivalina v. Exxonmobil?*, *Appalachian Nat. Resources L.J.* 7 (2012), 51–86.
- Ben-Shabar, Omri/Porat, Ariel* (2018), The Restoration Remedy in Private Law, *Colum. L. Rev.* 118 (2018), 1901–1952.
- Berger, Christian* (2004), Der Beschaffenheitsbegriff des § 434 Abs. 1 BGB, *JZ* 2004, 276–283.
- (2021), § 434 Sachmangel, in: Stürner, Rolf (Hrsg.), *Jauernig Bürgerliches Gesetzbuch*, 18. Aufl., München 2021.
- Bernreuther, Friedrich* (2003), Sachmangelhaftung und Werbung, *MDR* 2003, 63–68.
- Bernstein, David E.* (2011), *Rehabilitating Lochner: Defending Individual Rights against Progressive Reform*, Chicago 2011.
- Bertram, Daniel* (2022), Green(wash)ing Global Commodity Chains: Light and Shadow in the EU Commission’s Due Diligence Proposal, *VerfBlog* (2022), 2/24.
- Beseler, Georg* (1843), *Volksrecht und Juristenrecht*, Leipzig 1843.
- Biess, Frank* (2019), *Republik der Angst: Eine andere Geschichte der Bundesrepublik*, Reinbek 2019.
- Binder, Julius* (1925), *Philosophie des Rechts*, Berlin 1925.
- Birk, Axel* (2011), Corporate Responsibility, unternehmerische Selbstverpflichtungen und unlauterer Wettbewerb, *GRUR* 2011, 196–203.
- (2015), CSR und Wettbewerbsrecht: Zulässigkeit von Umweltwerbung und CSR-Marketing, in: Walden, Daniel/Depping, André (Hrsg.), *CSR und Recht: Juristische*

- Aspekte nachhaltiger Unternehmensführung erkennen und verstehen, Berlin/Heidelberg 2015, 191–211.
- Bitter, Georg* (2005), Wertverlust durch Nutzungsausfall, *AcP* 205 (2005), 743–794.
- Bitter, Georg/Meidt, Eva* (2001), Nacherfüllungsrecht und Nacherfüllungspflicht des Verkäufers im neuen Schuldrecht, *ZIP* 2001, 2114–2124.
- Bloom, Nicholas, et al.* (2012), Does Management Matter? Evidence from India, *QJE* 128 (2012), 1–51.
- Blum, Sonja/Schubert, Klaus* (2018), Politikfeldanalyse, 3. Aufl., Wiesbaden 2018.
- Bogdandy, Armin von* (2000), Gubernative Rechtsetzung, Tübingen 2000.
- Böhm, Franz* (1966), Privatrechtsgesellschaft und Marktwirtschaft, *ORDO: Jahrbuch für die Ordnung von Wirtschaft und Gesellschaft* 17 (1966), 75–151.
- Böhm, Isabell* (2021), Staatsklimahaftung: Die klimarechtliche Verantwortlichkeit Deutschlands und der EU, Baden-Baden 2021.
- Bonneuil, Christophe, et al.* (2021), Early warnings and emerging accountability: Total's responses to global warming, 1971–2021, *Global Environmental Change* (2021), 102386.
- Borges Fortes, Pedro Rubim* (2021), Hasta la vista, baby: reflections on the risks of algorithmic killing, killer robots, and artificial superintelligence, *Revista de la Facultad de Derecho de México* 70 (2021), 45–72.
- Bork, Reinhard* (2016), Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Gesetzbuchs, 4. Aufl., Tübingen 2016.
- Bornkamm, Joachim/Feddersen, Jörn* (2022), § 5 Irreführende geschäftliche Handlungen, in: Köhler, Helmut, et al. (Hrsg.), *Beck'scher Kurzkommentar UWG*, 40. Aufl., München 2022.
- Bosmajian, Haig A.* (1992), Metaphor and Reason in Judicial Opinions, *Carbondale/Edwardsville* 1992.
- Bosselmann, Klaus* (2016), *The Principle of Sustainability*, 2. Aufl., London/New York 2016.
- Bowwer, Kim* (2018), The unsexy future of climate change litigation, *Journal of Environmental Law* 30 (2018), 483–506.
- Bradford, Anu* (2012), The Brussels Effect, *Nw. U. L. Rev.* 107 (2012), 1–68.
- Bradford, Travis* (2008), *Solar Revolution: The Economic Transformation of the Global Energy Industry*, Cambridge 2008.
- Brand, Oliver* (2018), *Schadensersatzrecht*, 2. Aufl., München 2018.
- (2022), § 251 Schadensersatz in Geld ohne Fristsetzung, in: Gsell, Beate, et al. (Hrsg.), *BeckOGK Zivilrecht*, München 2022.
- Branger, Frédéric/Quirion, Philippe* (2014), Climate policy and the 'carbon haven' effect, *Wiley Interdisciplinary Reviews: Climate Change* 5 (2014), 53–71.
- Branger, Frédéric, et al.* (2017), Carbon leakage and competitiveness of cement and steel industries under the EU ETS: much ado about nothing, *The Energy Journal* 37 (2017), 109–136.
- Brasseur, Guy P., et al.* (2017), *Klimawandel in Deutschland Entwicklung, Folgen, Risiken und Perspektiven*, Berlin/Heidelberg 2017.
- Braun, Johanna* (2015), *Leitbilder im Recht*, Tübingen 2015.
- Brückner, Bettina* (2020), § 906 Zuführung unwägbarer Stoffe, in: Säcker, Franz-Jürgen, et al. (Hrsg.), *Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch*, Band 8: Sachenrecht, 8. Aufl., München 2020.
- Bruder, Adolf* (1879), Zur ökonomischen Charakteristik des römischen Rechtes III. Artikel, *ZgS* 35 (1879), 285–317.

- Brüggemeier, Gert* (1989), Umwelthaftungsrecht – Ein Beitrag zum Recht der „Risikogesellschaft“, KJ 22 (1989), 209–230.
- (1991), Jenseits des Verursacherprinzips? Zur Diskussion um den Kausalitätsnachweis im Umwelthaftungsrecht, KritV 74 (1991), 297–310.
 - (2006), Haftungsrecht: Struktur, Prinzipien, Schutzbereich, Berlin/Heidelberg/New York 2006.
- Brulle, Robert J.* (2014), Institutionalizing delay: foundation funding and the creation of U.S. climate change counter-movement organizations, Climatic Change 122 (2014), 681–694.
- Brunk, Bastian* (2022), Menschenrechtscompliance, Tübingen 2022.
- Bu, Yuanshi* (2022), Steuerbarkeit der Wissensproduktion? Erkenntnisse aus der Übersetzung deutscher Rechtsliteratur in China, JZ 2022, 369–380.
- Bullinger, Martin* (1968), Öffentliches Recht und Privatrecht: Studien über Sinn und Funktionen der Unterscheidung, Stuttgart/Berlin/Köln/Mainz 1968.
- (1991), Öffentliches Recht und Privatrecht in Geschichte und Gegenwart, in: Löwisch, Manfred (Hrsg.), FS Rittner, München 1991, 69–91.
- Bumke, Christian* (2014), Rechtsdogmatik: Überlegungen zur Entwicklung und zu den Formen einer Denk- und Arbeitsweise der deutschen Rechtswissenschaft, JZ 2014, 641–650.
- Bundesinstitut für Risikobewertung* (2010), Kommunikation von Risiko und Gefährdungspotenzial aus Sicht verschiedener Stakeholder, Berlin 2010.
- Bundesnetzagentur/Bundeskartellamt* (2020), Monitoringbericht 2020, Bonn 2020.
- Burger, Michael* (2013), Environmental Law/Environmental Literature, Ecology L.Q. 40 (2013), 1–58.
- Burger, Michael, et al.* (2020), The Law and Science of Climate Change Attribution, Colum. J. Envtl. L. 45 (2020), 57–240.
- Burgers, Laura* (2020), Should Judges Make Climate Change Law?, TEL 9 (2020), 55–75.
- Burns, Patrick/Nolin, Anne* (2014), Using atmospherically-corrected Landsat imagery to measure glacier area change in the Cordillera Blanca, Peru from 1987 to 2010, Remote Sensing of Environment 140 (2014), 165–178.
- Bydlinski, Franz* (1964), Probleme der Schadensverursachung nach deutschem und österreichischem Recht, Stuttgart 1964.
- (1994), Kriterien und Sinn der Unterscheidung von Privatrecht und öffentlichem Recht, AcP 194 (1994), 319–351.
 - (1996), System und Prinzipien des Privatrechts, Wien/New York 1996.
- Byers, Michael, et al.* (2017), The Internationalization of Climate Damages Litigation, Wash. J. Envtl. L. & Pol’y. 7 (2017), 264–319.
- Calabresi, Guido* (1961), Some Thoughts on Risk Distribution and the Law of Torts, YLJ 70 (1961), 499–553.
- (1970), The Costs of Accidents, New Haven 1970.
 - (1975), Concerning Cause and the Law of Torts: An Essay for Harry Kalven, Jr, U. Chi. L. Rev. 43 (1975), 69–108.
 - (1982), A Common Law for the Age of Statutes, Cambridge 1982.
 - (2013), Civil Recourse Theory’s Reductionism, Ind. L.J. 88 (2013), 449–468.
- Calabresi, Guido/Melamed, A. Douglas* (1972), Property Rules, Liability Rules, and Inalienability: One View of the Cathedral, Harv. L. Rev. 85 (1972), 1089–1128.
- Calliess, Christian* (2001), Rechtsstaat und Umweltstaat: Zugleich ein Beitrag zur Grundrechtsdogmatik im Rahmen mehrpoliger Verfassung, Tübingen 2001.

- Calliess, Graf-Peter* (1999), *Prozedurales Recht*, Baden-Baden 1999.
- Canaris, Claus-Wilhelm* (1993), Funktion, Struktur und Falsifikation juristischer Theorien, *JZ* 1993, 377–391.
- (1997), *Die Bedeutung der iustitia distributiva im deutschen Vertragsrecht*, München 1997.
- Caro, Felipe/Martínez-de-Albéniz, Victor* (2015), Fast Fashion: Business Model Overview and Research Opportunities, in: Agrawal, Narendra/Smith, Stephen A. (Hrsg.), *Retail Supply Chain Management: Quantitative Models and Empirical Studies*, New York/Heidelberg/Dordrecht/London 2015, 237–264.
- Carrington, Michal, et al.* (2021), Consumption Ethics: A Review and Analysis of Future Directions for Interdisciplinary Research, *Journal of Business Ethics* 168 (2021), 215–238.
- Carruthers, Bruce G./Lamoreaux, Naomi R.* (2016), Regulatory Races: The Effects of Jurisdictional Competition on Regulatory Standards, *JEL* 54 (2016), 52–97.
- Chatzinerantzis, Alexandros/Appel, Markus* (2019), Haftung für den Klimawandel, *NJW* 2019, 881–886.
- Coffee, John C.* (1999), Future as history: The prospects for global convergence in corporate governance and its implications, *Nw. U.L. Rev.* 93 (1999), 641–707.
- (2002), Racing towards the Top?: The Impact of Cross-Listings and Stock Market Competition on International Corporate Governance, *Colum. L. Rev.* 102 (2002), 1757–1831.
- Collins, Hugh* (2002), *Regulating Contracts*, Oxford 2002.
- (2014), Conformity of Goods, the Network Society, and the Ethical Consumer, *Eur. Rev. Private L.* 22 (2014), 619–640.
- Conway, Madeleine* (2014), A new duty of care? Tort liability from voluntary human rights due diligence in global supply chains, *Queen's L.J.* 40 (2014), 741–786.
- Cook, Kristen L., et al.* (2018), Glacial lake outburst floods as drivers of fluvial erosion in the Himalaya, *Science* 362 (2018), 53–57.
- Costanza, Robert/Daly, Herman E.* (1992), Natural capital and sustainable development, *Conservation Biology* 6 (1992), 37–46.
- Costanza, Robert, et al.* (Hrsg.) (2007), *Sustainability or Collapse?*, Cambridge 2007.
- Craig, Cameron Douglas* (2005), Flohn, Hermann (1912–1997), in: Oliver, John E. (Hrsg.), *Encyclopedia of World Climatology*, Dordrecht 2005, 379.
- Croon-Gestefeld, Johanna* (2022a), Die nachhaltige Beschaffenheit der Kaufsache, *NJW* 2022, 497–502.
- (2022b), *Gemeininteressen im Privatrecht*, Tübingen 2022.
- Dadush, Sarah* (2019), The Law of Identity Harm, *Wash. U.L. Rev.* 96 (2019), 803–858.
- Dagan, Hanoch* (1999), The Distributive Foundation of Corrective Justice, *Mich. L. Rev.* 98 (1999), 138–166.
- (2013), *Reconstructing American Legal Realism & Rethinking Private Law Theory*, Oxford 2013.
- Dagan, Hanoch/Heller, Michael* (2017), *The Choice Theory of Contracts*, Cambridge 2017.
- Daly, Herman E.* (1992), Allocation, distribution, and scale: towards an economics that is efficient, just, and sustainable, *Ecological Economics* 6 (1992), 185–193.
- Damm, Reinhard* (1992), Anmerkung zu BGHZ 116, 60 (Kindertee I), *JZ* 1992, 637–640.
- Dammert, Ana C./Mohan, Sarah* (2015), A Survey of the Economics of Fair Trade, *Journal of Economic Surveys* 29 (2015), 855–868.

- Deimer, K., et al.* (2016), Ressourcenallokation, Wettbewerb und Umweltökonomie: Wirtschaftspolitik in Theorie und Praxis, Berlin/Heidelberg 2016.
- Demsetz, Harold* (1969), Information and Efficiency: Another Viewpoint, *JLE* 12 (1969), 1–22.
- Deutsche Bundesregierung* (2021), Deutsche Nachhaltigkeitsstrategie – Weiterentwicklung 2021, Berlin 2021.
- Deutsche Physikalische Gesellschaft*, Machen Menschen das Wetter? Presseinformation zur 36. Physikertagung in Essen vom 27.9. bis 2.10.1971, Hanau 1971.
- Deutsches Institut für Wirtschaftsforschung* (2020), Nachbesserungen beim Klimapaket richtig, aber immer noch unzureichend – CO₂-Preise stärker erhöhen und Klimaprämie einführen, Berlin 2020.
- Deweese, Donald, et al.* (1996), Exploring the Domain of Accident Law: Taking the Facts Seriously, Oxford 1996.
- deWinter, Rebecca* (2001), The Anti-Sweatshop Movement: Constructing Corporate Moral Agency in the Global Apparel Industry, *Ethics & International Affairs* 15 (2001), 99–115.
- Diamond, Jared* (1997/2017), *Guns, Germs & Steel*, London 1997/2017.
- Diederichsen, Uwe* (1973), Die Haftung für Umweltschäden, *BB* 1973, 485–491.
- Distelhorst, Greg, et al.* (2017), Does Lean Improve Labor Standards? Management and Social Performance in the Nike Supply Chain, *Management Science* 63 (2017), 707–728.
- Distelhorst, Greg/Locke, Richard M.* (2018), Does Compliance Pay? Social Standards and Firm-Level Trade, *AJPS* 62 (2018), 695–711.
- Duffy, Michael* (2009), Climate Change Causation: Harmonizing Tort Law and Scientific Probability, *Temp. J. Sci. Tech. & Envtl. L.* 28 (2009), 185–240.
- Dulleck, Uwe/Kerschbamer, Rudolf* (2006), On Doctors, Mechanics, and Computer Specialists: The Economics of Credence Goods, *JEL* 44 (2006), 5–42.
- Dulleck, Uwe, et al.* (2011), The Economics of Credence Goods: An Experiment on the Role of Liability, Verifiability, Reputation, and Competition, *AER* 101 (2011), 526–555.
- Dussailant, I., et al.* (2019), Two decades of glacier mass loss along the Andes, *Nature Geoscience* 12 (2019), 802–808.
- Dworkin, Ronald* (1977), *Taking Rights Seriously*, Cambridge 1977.
- Eidenmüller, Horst* (1998), *Effizienz als Rechtsprinzip*, 2. Aufl., Tübingen 1998.
- (2009), Recht als Produkt, *JZ* 2009, 641–653.
- Ekardt, Felix* (2016a), *Theorie der Nachhaltigkeit*, 2. Aufl., Baden-Baden 2016.
- (2016b), Umweltschutz und Zivilrecht: Nachhaltigkeit durch Kapitalgesellschaftsrecht?, *ZUR* 2016, 463–473.
- Ekkenga, Jens, et al.* (2021), Offene Fragen zur rechtlichen Steuerung nachhaltigen Unternehmertums, *NJW* 2021, 1509–1513.
- Ekwürzel, B., et al.* (2017), The rise in global atmospheric CO₂, surface temperature, and sea level from emissions traced to major carbon producers, *Climatic Change* 144 (2017), 579–590.
- El Ghoul, Sadok, et al.* (2011), Does corporate social responsibility affect the cost of capital?, *Journal of Banking & Finance* 35 (2011), 2388–2406.
- Eller, Klaas Hendrik* (2020a), Comparative Genealogies of “Contract and Society”, *GLJ* 21 (2020), 1393–1410.
- (2020b), Is ‘Global Value Chain’ a Legal Concept?: Situating Contract Law in Discourses Around Global Production, *ERCL* 16 (2020), 3–24.

- Emmer, A./Vilímek, V.* (2013), Review Article: Lake and breach hazard assessment for moraine-dammed lakes: an example from the Cordillera Blanca (Peru), *Nat. Hazards Earth Syst. Sci.* 13 (2013), 1551–1565.
- Emmerich, Volker* (2022), Vor § 281/§ 311 Rechtsgeschäftliche und rechtsgeschäftsähnliche Schuldverhältnisse, in: Säcker, Franz-Jürgen, et al. (Hrsg.), *Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, Band 2: Schuldrecht Allgemeiner Teil I/Band 3: Schuldrecht Allgemeiner Teil II*, 9. Aufl., München 2022.
- Ernst, Wolfgang* (2007), Gelehrtes Recht – Die Jurisprudenz aus der Sicht des Zivilrechtslehrers, in: Engel, Christoph/Schön, Wolfgang (Hrsg.), *Das Proprium der Rechtswissenschaft*, Tübingen 2007, 3–49.
- (2022), § 281 Schadensersatz statt der Leistung wegen nicht oder nicht wie geschuldet erbrachter Leistung/§ 311a Leistungshindernis bei Vertragsschluss/§ 323 Rücktritt wegen nicht oder nicht vertragsgemäß erbrachter Leistung, in: Säcker, Franz-Jürgen, et al. (Hrsg.), *Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, Band 2: Schuldrecht Allgemeiner Teil I/Band 3: Schuldrecht Allgemeiner Teil II* 9. Aufl., München 2022.
- Eskander, Shaikh, et al.* (2021), Global Lessons from Climate Change Legislation and Litigation, *Environmental and Energy Policy and the Economy* 2 (2021), 44–82.
- Esser, Josef* (1956), Grundsatz und Norm in der richterlichen Fortbildung des Privatrechts, Tübingen 1956.
- (1972), Vorverständnis und Methodenwahl in der Rechtsfindung: Rationalitätsgrundlagen richterlicher Entscheidungspraxis, *Durchges. u. erg. Ausg.*, Frankfurt am Main 1972.
- Esser, Josef/Schmidt, Eike* (2000), *Schuldrecht Band 1: Allgemeiner Teil, Teilband 2*, 8. Aufl., Heidelberg/Karlsruhe 2000.
- Etilé, Fabrice/Teysier, Sabrina* (2016), Signaling Corporate Social Responsibility: Third-Party Certification versus Brands, *The Scandinavian Journal of Economics* 118 (2016), 397–432.
- Expert Group on Climate Obligations of Enterprises* (2020), *Principles on Climate Obligations of Enterprises*, 2. Aufl., Den Haag 2020.
- Falkenhausen, Marie von* (2020), *Menschenrechtsschutz durch Deliktsrecht*, Tübingen 2020.
- Falvey, Mark/Garraud, René D.* (2009), Regional cooling in a warming world: Recent temperature trends in the southeast Pacific and along the west coast of subtropical South America (1979–2006), *Journal of Geophysical Research* 114 (2009), 1–16.
- Faure, Michael G.* (2014), The complementary roles of liability, regulation and insurance in safety management: theory and practice, *Journal of Risk Research* 17 (2014), 689–707.
- Faure, Michael G./Yayun, Shen* (2019), Environmental Liability as a Tool to Promote Sustainability, in: Akkermans, Bram/Van Dijck, Gijs (Hrsg.), *Sustainability and Private Law*, Den Haag 2019, 79–115.
- Faust, Florian* (2022), § 434 Sachmangel/§ 437 Rechte des Käufers bei Mängeln/§ 439 Nacherfüllung/§ 440 Besondere Bestimmungen für Rücktritt und Schadensersatz/§ 475d Sonderbestimmungen für Rücktritt und Schadensersatz, in: Hau, Wolfgang/Poseck, Roman (Hrsg.), *BeckOK BGB*, 62. Ed., München 2022.
- Fehr, Ernst/Fischbacher, Urs* (2003), The nature of human altruism, *Nature* 425 (2003), 785–791.
- Feldman, Dan R., et al.* (2015), Observational determination of surface radiative forcing by CO₂ from 2000 to 2010, *Nature* 519 (2015), 339–343.

- Fellenberg, Günter* (1997), *Chemie der Umweltbelastung*, 3. Aufl., Stuttgart 1997.
- Ferrell, Allen, et al.* (2016), Socially responsible firms, *JFE* 122 (2016), 585–606.
- Fischer-Lescano, Andreas* (2021), From Strategic Litigation to Juridical Action, in: Saage-Maaß, Miriam, et al. (Hrsg.), *Transnational Legal Activism in Global Value Chains: The Ali Enterprises Factory Fire and the Struggle for Justice*, Cham 2021, 299–312.
- Flammer, Caroline* (2015), Does Corporate Social Responsibility Lead to Superior Financial Performance? A Regression Discontinuity Approach, *Management Science* 61 (2015), 2549–2568.
- Fleischer, Holger* (2001), *Informationsasymmetrie im Vertragsrecht*, München 2001.
- (2017), Corporate Social Responsibility – Vermessung eines Forschungsfeldes aus rechtlicher Sicht, *AG* 2017, 509–525.
- (2022), Zivilrechtliche Haftung im Halbschatten des Lieferkettensorgfaltspflichten-gesetzes, *DB* 2022, 920–929.
- Fleischer, Holger/Korch, Stefan* (2019), Zur deliktsrechtlichen Verantwortlichkeit von Auftraggebern in der Lieferkette, *ZIP* 2019, 2181–2191.
- Flume, Johannes W.* (2019), *Marktaustausch*, Tübingen 2019.
- (2022), § 249 Art und Umfang des Schadensersatzes, in: Hau, Wolfgang/Poseck, Roman (Hrsg.), *BeckOK BGB*, 62. Ed., München 2022.
- Flume, Werner* (1965/1992), *Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts – Zweiter Band: Das Rechtsgeschäft*, 4. Aufl., Heidelberg 1965/1992.
- Foer, Jonathan Safran* (2019), *Wir sind das Klima!*, Köln 2019.
- Foljanty, Lena* (2013), *Recht oder Gesetz: Juristische Identität und Autorität in den Naturrechtsdebatten der Nachkriegszeit*, Tübingen 2013.
- Fonseca, Aline Klayse* (2021), Delineamentos jurídico-dogmáticos da inteligência artificial e seus impactos no instituto da responsabilidade civil, *Civilistica* 10 (2021), 1–36.
- Förster, Christian* (2022), § 823 Schadensersatzpflicht, in: Hau, Wolfgang/Poseck, Roman (Hrsg.), *BeckOK BGB*, 62. Ed., München 2022.
- Franck, Jens-Uwe* (2016), *Marktordnung durch Haftung*, Tübingen 2016.
- Frank, Will* (2010), Climate Change Litigation – Klimawandel und haftungsrechtliche Risiken, *NJOZ* 2010, 2296–2230.
- (2013), Klimahaftung und Kausalität, *ZUR* 2013, 28–32.
- (2017), Störerhaftung für Klimaschäden?, *NVwZ* 2017, 664–669.
- (2019), Aspekte zur Risikobewertung beim Eigentumsschutz gem. § 1004 BGB am Beispiel der Klimaklage eines peruanischen Bauern gegen RWE, *ZUR* 2019, 518–522.
- Frankenreiter, Jens* (2021), The Missing California Effect in Data Privacy Law Washington University in St. Louis Legal Studies Research Paper No. 21-07-01 (2021), 1–64.
- Franta, Benjamin* (2018), Early oil industry knowledge of CO₂ and global warming, *Nature Climate Change* 8 (2018), 1024–1025.
- Frenz, Walter* (2021), Klimahaftung der Energiekonzerne?, *RdE* 2021, 61–68.
- Frey, Holger, et al.* (2018), Multi-Source Glacial Lake Outburst Flood Hazard Assessment and Mapping for Huaraz, Cordillera Blanca, Peru, *Frontiers in Earth Science* 6 (2018), 1–16.
- Fritzsche, Jörg* (2022), § 1004 Beseitigungs- und Unterlassungsanspruch, in: Hau, Wolfgang/Poseck, Roman (Hrsg.), *BeckOK BGB*, 62. Ed., München 2022.
- Frumhoff, Peter C., et al.* (2015), The climate responsibilities of industrial carbon producers, *Climatic Change* 132 (2015), 157–171.
- Gadamer, Hans Georg* (1960/2010), *Hermeneutik I – Wahrheit und Methode*, 7. Aufl., Tübingen 1960/2010.

- Ganguly, Geetanjali, et al.* (2018), If at First You Don't Succeed: Suing Corporations for Climate Change, *Oxf. J. Leg. Stud.* 38 (2018), 841–868.
- Gardiner, Stephen M.* (2011), *A perfect moral storm: The ethical tragedy of climate change*, Oxford 2011.
- Gärditz, Klaus Ferdinand* (2022), Verfassungsfragen zivilrechtlicher Klagen zur Durchsetzung von Klimaschutzzielen, *EurUP* 2022, 45–73.
- Gareis, Karl* (1877), Die Privatrechtssphären im modernen Kulturstaate, insbesondere im Deutschen Reiche, *Zeitschrift für Gesetzgebung und Praxis auf dem Gebiete des deutschen öffentlichen Rechtes* 3 (1877), 137–153.
- Gaynor, Kevin A., et al.* (2010), Challenges Plaintiffs Face in Litigating Federal Common-Law Climate Change Claims, *Envtl. L. Rep. News & Analysis* 40 (2010), 10845–10857.
- Gebne, Katja* (2011), *Nachhaltige Entwicklung als Rechtsprinzip*, Tübingen 2011.
- Geistfeld, Mark A.* (2019), The Law and Economics of Tort Liability for Human Rights Violations in Global Supply Chains, *JETL* 10 (2019), 130–165.
- Gerlach, Johann Wilhelm* (1989), *Privatrecht und Umweltschutz im System des Umweltrechts*, Berlin 1989.
- Germeshausen, Robert/Wölfling, Nikolas* (2020), How marginal is lignite? Two simple approaches to determine price-setting technologies in power markets, *Energy Policy* 142 (2020), 111482.
- Gessner, Volkmar* (1976), *Recht und Konflikt*, Tübingen 1976.
- Gierke, Otto von* (1889), *Die soziale Aufgabe des Privatrechts*, Berlin 1889.
- (1896), *Das bürgerliche Gesetzbuch und der deutschen Reichstag*, Berlin 1896.
- Gifford, Donald G.* (2018), Technological Triggers to Tort Revolutions: Steam Locomotives, Autonomous Vehicles, and Accident Compensation, *J. Tort L.* 11 (2018), 71–143.
- Gläßer, Ulla, et al.* (2021), *Außergerichtliche Beschwerdemechanismen entlang globaler Lieferketten*, Frankfurt (Oder) 2021.
- Glinski, Carola* (2011), *Die rechtliche Bedeutung der privaten Regulierung globaler Produktionsstandards*, Baden-Baden 2011.
- Glinski, Carola/Rott, Peter* (2003), Umweltfreundliches und ethisches Konsumverhalten im harmonisierten Kaufrecht, *EuZW* 2003, 649–654.
- Goebel, Joachim* (1994), *Zivilprozeßrechtsdogmatik und Verfahrenssoziologie*, Berlin 1994.
- (2001), *Rechtsgespräch und kreativer Dissens*, Berlin 2001.
- Goldberg, John C.P./Zipursky, Benjamin C.* (2020), *Recognizing Wrongs*, Cambridge 2020.
- Gordley, James* (1981), Equality in Exchange, *Calif. L. Rev.* 69 (1981), 1587–1656.
- (2001), Contract Law in the Aristotelian Tradition, in: Benson, Peter (Hrsg.), *The Theory of Contract Law*, Cambridge 2001, 265–334.
- Gordon, John-Stewart* (2007), *Aristoteles über Gerechtigkeit*, Freiburg 2007.
- Görgen, Theresa* (2019), *Unternehmerische Haftung in transnationalen Menschenrechtsfällen*, Baden-Baden 2019.
- Gottwald, Peter* (1988), Kausalität und Zurechnung – Probleme und Entwicklungstendenzen des Haftungsrechts, *VersR* (Beiheft zum 1986er Karlsruher Forum) 1988, 3–32.
- Graeber, David* (2011), *Debt: The First 5000 Years*, New York/London 2011.
- Graeber, David/Wengrow, David* (2021), *The Dawn of Everything: A New History of Humanity*, New York 2021.
- Grandin, Greg* (2019), *The End of the Myth*, New York 2019.

- Grapentin, Justin* (2019), Die Erosion der Vertragsgestaltungsmacht durch das Internet und den Einsatz Künstlicher Intelligenz, NJW 2019, 181–185.
- Graser, Alexander* (2019a), Strategic Litigation – oder: Was man mit der Dritten Gewalt sonst noch so anfangen kann, RW 2019, 317–353.
- (2019b), Vermeintliche Fesseln der Demokratie: Warum die Klimaklagen ein vielversprechender Weg sind, ZUR 2019, 271–278.
- Grasso, Marco/Vladimirova, Katia* (2020), A Moral Analysis of Carbon Majors’ Role in Climate Change, *Environmental Values* 29 (2020), 175–195.
- Greenhill, Brian, et al.* (2009), Trade-based Diffusion of Labor Rights: A Panel Study, 1986–2002, *APSR* 103 (2009), 669–690.
- Grey, Thomas C.* (1983/2014), *Formalism and Pragmatism in American Law*, Leiden 1983/2014.
- Griffin, Paul* (2017), CDP Carbon Majors Report, London 2017.
- Grigoleit, Hans Christoph* (2010), Der Verbraucheracquis und die Entwicklung des Europäischen Privatrechts, *AcP* 210 (2010), 354–423.
- Grigoleit, Hans Christoph/Herresthal, Carsten* (2003), Die Beschaffenheitsvereinbarung und ihre Typisierungen in § 434 I BGB, *JZ* 2003, 233–239.
- Grimm, Dieter* (1987), *Recht und Staat der bürgerlichen Gesellschaft*, Frankfurt am Main 1987.
- (2017), *Verfassung und Privatrecht im 19. Jahrhundert*, Tübingen 2017.
- Grimmer, Martin, et al.* (2016), The effect of purchase situation on realized pro-environmental consumer behavior, *Journal of Business Research* 69 (2016), 1582–1586.
- Grober, Ulrich* (2013), *Die Entdeckung der Nachhaltigkeit: Kulturgeschichte eines Begriffs*, München 2013.
- Grossman, David A.* (2003), Warming up to a Not-So-Radical Idea: Tort-Based Climate Change Litigation, *Colum. J. Envtl. L.* 28 (2003), 1–61.
- Grünberger, Michael* (2013), *Personale Gleichheit: Der Grundsatz der Gleichbehandlung im Zivilrecht*, Baden-Baden 2013.
- (2018), Verträge über digitale Güter, *AcP* 218 (2018), 213–296.
- (2019), Responsive Rechtsdogmatik – Eine Skizze, *AcP* 219 (2019), 924–942.
- Grundmann, Stefan* (2022a), § 278 Verantwortlichkeit des Schuldners für Dritte, in: Säcker, Franz-Jürgen, et al. (Hrsg.), *Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch*, Band 2: Schuldrecht Allgemeiner Teil I, 9. Aufl., München 2022.
- (2022b), Pluralistische Privatrechtstheorie, *RabelsZ* 86 (2022), 364–420.
- Grundmann, Stefan, et al.* (2015), *Privatrechtstheorie*, Band 1, Tübingen 2015.
- Grunewald, Barbara* (2020), § 434 Sachmangel, in: Grunewald, Barbara, et al. (Hrsg.), *Erman BGB*, 16. Aufl., Köln 2020.
- (2021), Verkäuferhaftung für unrichtige CSR-Berichte des Herstellers, NJW 2021, 1777–1780.
- Gsell, Beate* (2022), Informationspflichten im europäischen Verbraucherrecht, *ZfPW* 2022, 130–153.
- Habermas, Jürgen* (1992/2019), *Faktizität und Geltung*, 7. Aufl., Frankfurt am Main 1992/2019.
- (1995), Paradigms of Law, *Cardozo L. Rev.* 17 (1995), 771–784.
- Habersack, Mathias/Ehrl, Max* (2019), Verantwortlichkeit inländischer Unternehmen für Menschenrechtsverletzungen durch ausländische Zulieferer – de lege lata und de lege ferenda, *AcP* 219 (2019), 155–210.

- Haerberli, Wilfried* (2013), Mountain permafrost — research frontiers and a special long-term challenge, *Cold Regions Science and Technology* 96 (2013), 71–76.
- Haferkamp, Hans-Peter* (2004), Georg Friedrich Puchta und die „Begriffsjurisprudenz“, Frankfurt am Main 2004.
- (2014), Zur Methodengeschichte unter dem BGB in fünf Systemen, *AcP* 214 (2014), 60–92.
- (2017a), Methode und Rechtslehre bei Georg Friedrich Puchta (1798–1846), in: Rückert, Joachim/Seinecke, Ralf (Hrsg.), *Methodik des Zivilrechts – von Savigny bis Teubner*, 3. Aufl., Baden-Baden 2017, 96–147.
- (2017b), Privatrechtshistorisches zu Marietta Auer, Der privatrechtliche Diskurs der Moderne, in: Grünberger, Michael/Jansen, Nils (Hrsg.), *Privatrechtstheorie heute Perspektiven deutscher Privatrechtstheorie*, Tübingen 2017, 45–54.
- Hager, Günter* (1986), Umweltschäden – ein Prüfstein für die Wandlungs- und Leistungsfähigkeit des Deliktsrechts, *NJW* 1986, 1961–1971.
- (1990), Umwelthaftung und Produkthaftung, *JZ* 1990, 397–409.
- Hahn, Robert W.* (2004), The Economic Analysis of Regulation: A Response to the Critics, *U. Chi. L. Rev.* 71 (2004), 1021–1054.
- Hainmueller, Jens/Hiscox, Michael J.* (2015), The socially conscious consumer? Field experimental tests of consumer support for fair labor standards, MIT Political Science Department Research Paper No. 2012-15 (2015), 1–24.
- Hainmueller, Jens, et al.* (2015), Consumer demand for fair trade: Evidence from a multistore field experiment, *Review of Economics and Statistics* 97 (2015), 242–256.
- Halfmeier, Axel* (2016), Nachhaltiges Privatrecht, *AcP* 216 (2016), 717–762.
- Hallstein, Walter* (1942), Von der Sozialisierung des Privatrechts, *ZgS* 102 (1942), 530–554.
- Hamann, Hanjo* (2014), *Evidenzbasierte Jurisprudenz*, Tübingen 2014.
- (2018), Marken- und Wettbewerbsrecht als Vorbilder für die Vertragsauslegung? Demoskopische Befragungsmethoden und ihre ungewisse Zukunft, in: Christandl, Gregor, et al. (Hrsg.), *Intra- und Interdisziplinarität im Zivilrecht: Jahrbuch junger Zivilrechtswissenschaftler*, Baden-Baden 2018, 135–154.
- (2021), Der blinde Fleck der deutschen Rechtswissenschaft – Zur digitalen Verfügbarkeit instanzgerichtlicher Rechtsprechung, *JZ* 2021, 656–665.
- Hammer, Balz* (2012), Valuing the Invaluable?, in: Mathis, Klaus (Hrsg.), *Efficiency, Sustainability, and Justice to Future Generations*, Dordrecht/Heidelberg/London/New York 2012, 211–235.
- Hanau, Peter* (1971), *Die Kausalität der Pflichtwidrigkeit*, Göttingen 1971.
- Hanna, Ryan, et al.* (2021), Emergency deployment of direct air capture as a response to the climate crisis, *Nature Communications* 12, 368 (2021), 1–13.
- Hänni, Julia* (2020), Menschenrechtlicher Schutz in der Klimakrise – Das Leiturteil Urgenda, *EuGRZ* 2020, 616–633.
- Harel, Alon* (2014), *Why Law Matters*, Oxford 2014.
- Harrison, S., et al.* (2018), Climate change and the global pattern of moraine-dammed glacial lake outburst floods, *The Cryosphere* 12 (2018), 1195–1209.
- Hartmann, Julia/Moeller, Sabine* (2014), Chain liability in multitier supply chains? Responsibility attributions for unsustainable supplier behavior, *Journal of Operations Management* 32 (2014), 281–294.
- Hassan, Syed Masroor, et al.* (2022), Consumer ethics: A review and research agenda, *Psychology & Marketing* 39 (2022), 111–130.

- Hasselmann, Klaus* (1979), On the signal-to-noise problem in atmospheric response studies, in: Royal Meteorological Society (Hrsg.), *Meteorology of Tropical Oceans*, London 1979, 251–259.
- Heck, Heinz* (1998), Das RWE vom Stromkonzern zur Zukunftsgruppe 1988–1998, in: *Schweer, Dieter/Thieme, Wolf* (Hrsg.), *Der gläserne Riese*, Wiesbaden 1998, 261–284.
- Heede, Richard* (2014), Tracing anthropogenic carbon dioxide and methane emissions to fossil fuel and cement producers, 1854–2010, *Climatic Change* 122 (2014), 229–241.
- Heidenhain, Martin* (1965), *Amtshaftung und Entschädigung aus enteignungsgleichem Eingriff*, Berlin 1965.
- Heinlein, Ingrid* (2018), *Zivilrechtliche Verantwortung transnationaler Unternehmen für sichere und gesunde Arbeitsbedingungen in den Betrieben ihrer Lieferanten*, NZA 2018, 276–282.
- Heinrich-Böll-Stiftung/BUND* (2015), *Kohleatlas 2015*, Berlin 2015.
- Heinrichs, Harald/Michelsen, Gerd* (2014), *Nachhaltigkeitswissenschaften*, Berlin/Heidelberg 2014.
- Hellgardt, Alexander* (2016), *Regulierung und Privatrecht*, Tübingen 2016.
- Hellgardt, Alexander/Jouannaud, Victor* (2022), Nachhaltigkeitsziele und Privatrecht, *AcP* 222 (2022), 163–216.
- Hensler, Deborah R.* (2005), Asbestos Litigation in the United States: Triumph and Failure of the Civil Justice System, *Conn. Ins. L.J.* 12 (2005), 255–280.
- Herberg, Martin* (2001), Codes of Conduct und kommunikative Vernunft: Rechtssoziologische Überlegungen zu den umweltbezogenen Selbstverpflichtungen transnationaler Chemiekonzerne, *ZfRSoz* 22 (2001), 25–52.
- Herresthal, Carsten* (2022), § 311a Leistungshindernis bei Vertragsschluss, in: *Gsell, Beate, et al.* (Hrsg.), *BeckOGK Zivilrecht*, München 2022.
- Herrmann, Elke* (1987), *Der Störer nach § 1004 BGB*, Berlin 1987.
- Heuck, Klaus, et al.* (2013), *Elektrische Energieversorgung: Erzeugung, Übertragung und Verteilung elektrischer Energie für Studium und Praxis*, 9. Aufl., Wiesbaden 2013.
- Heymann, Matthias* (1995), *Die Geschichte der Windenergienutzung: 1890–1990*, Frankfurt am Main/New York 1995.
- Hilson, Chris* (2019), Framing time in climate change litigation, *Oñati Socio-Legal Series*, 9 (2019), 361–379.
- Hinteregger, Monika* (2017), Civil Liability and the Challenges of Climate Change: A Functional Analysis, *JETL* 8 (2017), 238–260.
- Hintermann, Beat, et al.* (2016), Price and Market Behavior in Phase II of the EU ETS: A Review of the Literature, *Review of Environmental Economics and Policy* 10 (2016), 108–128.
- Hippel, Eike von* (1988), Anmerkung zum Waldschadensurteil, *NJW* 1988, 482.
- Hiscox, Michael J./Smyth, Nicholas* (2006), Is there consumer demand for fair labor standards? Evidence from a field experiment, *Harvard University Working Paper* (2006), 1–31.
- Hofer, Sibylle* (2000), Drittschutz und Zeitgeist, *ZRG (GA)* 117 (2000), 377–394.
– (2001), *Freiheit ohne Grenzen?*, Tübingen 2001.
- Höfer-Bosse, Thomas, et al.* (1984), *RWE – Ein Riese mit Ausstrahlung*, Köln 1984.
- Hoffmann-Riem, Wolfgang* (1996), Öffentliches Recht und Privatrecht als wechselseitige Auffangordnungen – Systematisierung und Entwicklungsperspektiven, in: *Hoffmann-Riem, Wolfgang/Schmidt-Aßmann, Erberhard* (Hrsg.), *Öffentliches Recht und Privatrecht als wechselseitige Auffangordnungen*, Baden-Baden 1996, 261–336.

- Höland, Armin* (2009), Wie wirkt Rechtsprechung?, *ZfRSoz* 30 (2009), 23–46.
- Hollstein, Thorsten* (2017), Methode und Zivilrecht bei Hans Carl Nipperdey (1895–1968), in: Rückert, Joachim/Seinecke, Ralf (Hrsg.), *Methodik des Zivilrechts – von Savigny bis Teubner*, 3. Aufl., Baden-Baden 2017, 203–218.
- Hommelhoff, Peter* (1990), Produkthaftung im Konzern, *ZIP* 1990, 761–771.
- (2015), Nichtfinanzielle Ziele in Unternehmen von öffentlichem Interesse – Die Revolution übers Bilanzrecht, in: Bork, Reinhard, et al. (Hrsg.), *FS Kübler*, München 2015, 291–299.
- (2017), CSR-Vorstands- und Aufsichtsratspflichten, *NZG* 2017, 1361–1366.
- Hong, Harrison/Liskovich, Inessa* (2015), Crime, Punishment and the Halo Effect of Corporate Social Responsibility, *National Bureau of Economic Research Working Paper Series* 21215 (2015), 1–45.
- Honsell, Heinrich* (2008), Die Erosion des Privatrechts durch das Europarecht, *ZIP* 2008, 621–629.
- (2018), Einleitung zum BGB, in: Kaiser, Dagmar/Stoffels, Markus (Hrsg.), *Eckpfeiler des Zivilrechts*, 6. Aufl., Berlin 2018.
- Höpfner, Clemens* (2022), § 439 Nacherfüllung, in: Gsell, Beate, et al. (Hrsg.), *BeckOGK Zivilrecht*, München 2022.
- Horowitz, Donald L.* (1977), *The Courts and Social Policy*, Washington D. C. 1977.
- Horwitz, Morton J.* (1982), The History of the Public/Private Distinction, *U. Pa. L. Rev.* 130 (1982), 1423–1428.
- Hosemann, Eike Götz* (2017), Privatrechtsidee und Common Law. Ein Kommentar zu Marietta Auer, in: Grünberger, Michael/Jansen, Nils (Hrsg.), *Privatrechtstheorie heute: Perspektiven deutscher Privatrechtstheorie*, Tübingen 2017, 62–81.
- Hsu, Shi-Ling* (2008), A Realistic Evaluation of Climate Change Litigation through the Lens of a Hypothetical Lawsuit, *U. Colo. L. Rev.* 79 (2008), 701–766.
- Huber, Peter M.* (2022), Rechtsprechung und Rechtswissenschaft, *JZ* 2022, 1–7.
- Hübner, Leonhard* (2022), Unternehmenshaftung für Menschenrechtsverletzungen, Tübingen 2022.
- Huggel, Christian, et al.* (2020), Anthropogenic climate change and glacier lake outburst flood risk: local and global drivers and responsibilities for the case of lake Palcacocha, Peru, *Nat. Hazards Earth Syst. Sci.* 20 (2020), 2175–2193.
- Huggel, Christian, et al.* (2004), An assessment procedure for glacial hazards in the Swiss Alps, *Canadian Geotechnical Journal* 41 (2004), 1068–1083.
- Hugonnet, Romain, et al.* (2021), Accelerated global glacier mass loss in the early twenty-first century, *Nature* 592 (2021), 726–731.
- Hünemörder, Kai F.* (2004), *Die Frühgeschichte der globalen Umweltkrise und die Formierung der deutschen Umweltpolitik (1950–1973)*, Stuttgart 2004.
- Hunter, David/Salzman, James* (2007), Negligence in the Air: The Duty of Care in Climate Change Litigation, *U. Pa. L. Rev.* 155 (2007), 1741–1794.
- Inoue, Harunori* (1985), Der Zivilprozeß als gleichberechtigtes Dialogverfahren, *ZZP* 98 (1985), 378–402.
- International Monetary Fund* (2017), *World Economic Outlook – Seeking Sustainable Growth: Short-Term Recovery, Long-Term Challenges*, Washington D. C. 2017.
- Intocchia, Gregory F.* (2002), Reassessing Judicial Capacity to Resolve Complex Questions of Social Policy, *U.S. A.F. Acad. J. Legal Stud.* 11 (2002), 127–153.
- IPCC* (2017), *Special Report on the impacts of global warming of 1.5°C (Summary)*, Genf 2017.

- (2019), Special Report on the Ocean and Cryosphere in a Changing Climate (Summary), Genf 2019.
 - (2021a), Sixth Assessment Report – Working Group I: The Physical Science Basis (Full Report [Unedited]), Genf 2021.
 - (2021b), Sixth Assessment Report – Working Group I: The Physical Science Basis (Summary), Genf 2021.
 - (2022a), Sixth Assessment Report – Working Group II: Impacts, Adaptation and Vulnerability (Summary), Genf 2022.
 - (2022b), Sixth Assessment Report – Working Group III: Mitigation of Climate Change (Full Report [Unedited]), Genf 2022.
 - (2022c), Sixth Assessment Report – Working Group III: Mitigation of Climate Change (Summary [Unedited]), Genf 2022.
- Ipsen, Jörn* (1983), Enteignung, enteignungsgleicher Eingriff und Staatshaftung, DVBl 1983, 1029–1038.
- Ipsen, Nils, et al.* (2021), Klimawandel als Haftungsrisiko, ZIP 2021, 1843–1853.
- Ismer, Roland* (2014), Klimaschutz als Rechtsproblem, Tübingen 2014.
- Jaeger, Alexander* (2017), Die Berechnung des merkantilen Minderwerts nach der Marktrelevanz- und Faktorenmethode, NZV 2017, 297–303.
- Jansen, Nils* (2003), Die Struktur des Haftungsrechts, Tübingen 2003.
- (2018), Rechtswissenschaft und Rechtssystem, Baden-Baden 2018.
- Jansen, Nils/Michaels, Ralf* (2007), Private Law and the State: Comparative Perceptions and Historical Observations, *RabelsZ* 71 (2007), 345–397.
- Jarass, Hans* (2020), Kommentar zum Bundesimmissionsschutzgesetz, 13. Aufl., München 2020.
- Jellinek, Georg* (1905), System der subjektiven öffentlichen Rechte, 2. Aufl., Tübingen 1905.
- Jhering, Rudolf von* (1852), Geist des römischen Rechts auf den verschiedenen Stufen seiner Entwicklung, Theil 1, Leipzig 1852.
- (1854), Geist des römischen Rechts auf den verschiedenen Stufen seiner Entwicklung, Theil 2, Band 1, Leipzig 1854.
 - (1865), Geist des römischen Rechts auf den verschiedenen Stufen seiner Entwicklung, Theil 3, Leipzig 1865.
 - (1877), Der Zweck im Recht, Band 1, Leipzig 1877.
- Johnson, Nicole* (2013), Native Village of Kivalina v. ExxonMobil Corp: Say Goodbye to Federal Public Nuisance Claims for Greenhouse Gas Emissions In Brief, *Ecology L.Q.* 40 (2013), 557–564.
- Jonas, Hans* (1979/2015), Das Prinzip Verantwortung: Versuch einer Ethik für die technologische Zivilisation, 5. Aufl., Frankfurt am Main 1979/2015.
- Jorden, Simone/Lehmann, Michael* (2001), Verbrauchsgüterkauf und Schuldrechtsmodernisierung: Zur geplanten Umsetzung der Richtlinie 1999/44/EG im Rahmen eines Gesetzes zur Modernisierung des Schuldrechts, *JZ* 2001, 952–965.
- Joshi, Yatish/Rahman, Zillur* (2015), Factors Affecting Green Purchase Behaviour and Future Research Directions, *International Strategic Management Review* 3 (2015), 128–143.
- Kahl, Wolfgang* (2008), Nachhaltigkeit als Verbundbegriff, in: Kahl, Wolfgang (Hrsg.), Nachhaltigkeit als Verbundbegriff, Tübingen 2008, 1–35.
- (2018), Nachhaltigkeitsverfassung, Tübingen 2018.

- Kahl, Wolfgang/Weller, Marc-Philippe* (Hrsg.) (2021), *Climate Change Litigation*, München 2021.
- Kähler, Lorenz* (2017), Pluralismus und Monismus in der normativen Rekonstruktion des Privatrechts, in: Grünberger, Michael/Jansen, Nils (Hrsg.), *Privatrechtstheorie heute*, Tübingen 2017, 118–136.
- Kahneman, Daniel* (2013), *Thinking, Fast and Slow*, New York 2013.
- Kahneman, Daniel/Tversky, Amos* (2000), *Choices, Values, and Frames*, Cambridge 2000.
- Kano, Liena, et al.* (2020), Global value chains: A review of the multi-disciplinary literature, *Journal of International Business Studies* 51 (2020), 577–622.
- Kant, Immanuel* (1797/1907), *Kant's Gesammelte Schriften* (Akademie-Ausgabe), Band VI, Berlin 1797/1907.
- Kaplow, Louis/Shavell, Steven* (2002), *Fairness Versus Welfare*, Cambridge 2002.
- Karpik, Lucien* (2010), *Valuing the Unique: The Economics of Singularities*, Princeton 2010.
- Kaspar, Tim* (2007), Die Sachmangelhaftung des Verkäufers für Werbeaussagen, *ZGS* 2007, 172–181.
- Kaube, Jürgen* (2020), *Hegels Welt*, Berlin 2020.
- Keller, Moritz/Kapoor, Sunny* (2019), Climate Change Litigation – zivilrechtliche Haftung für Treibhausgasemissionen, *BB* 2019, 706–712.
- Kelsen, Hans* (1934/2008), *Reine Rechtslehre – Studienausgabe der 1. Auflage 1934*, Tübingen 1934/2008.
- (1960/2017), *Reine Rechtslehre – Studienausgabe der 2. Auflage 1960*, Tübingen 1960/2017.
- Kennedy, Duncan* (1976), Form and Substance in Private Law Adjudication, *Harv. L. Rev.* 89 (1976), 1685–1778.
- (1981a), Cost-Benefit Analysis of Entitlement Problems: A Critique, *SLR* 33 (1981), 387–445.
- (1981b), Distributive and paternalist motives in contract and tort law, with special reference to compulsory terms and unequal bargaining power, *Md. L. Rev.* 41 (1981), 563–658.
- (2006), Three Globalizations of Law and Legal Thought: 1850–2000, in: Santos, Alvaro/Trubek, David M. (Hrsg.), *The New Law and Economic Development: A Critical Appraisal*, Cambridge 2006, 19–73.
- Kenner, Dario/Heede, Richard* (2021), White knights, or horsemen of the apocalypse? Prospects for Big Oil to align emissions with a 1.5 °C pathway, *Energy Research & Social Science* 79 (2021), 102049.
- Kieninger, Eva-Maria* (2021a), Conflicts of jurisdiction and the applicable law in domestic courts' proceedings, in: Kahl, Wolfgang/Weller, Marc-Philippe (Hrsg.), *Climate Change Litigation*, München 2021, 119–147.
- (2021b), Lieferkettengesetz – dem deutschen Papiertiger fehlen die Zähne, *ZEuP* 2021, 252–256.
- KiK* (2011), *Nachhaltigkeitsbericht 2010*, Bönen 2011.
- (2012), *Verhaltenskodex*, Bönen 2012.
- (2015), *Verhaltenskodex*, Bönen 2015.
- (2021), *Nachhaltigkeitsbericht 2021*, Bönen 2021.
- King, Laura* (2014), Narrative, Nuisance, and Environmental Law, *J. Envtl. L. & Litig.* 29 (2014), 331–362.
- Kleindiek, Detlef* (1997), *Deliktshaftung und juristische Person*, Tübingen 1997.

- Kliegl, Reinhold* (2007), Zur Wahrnehmung und (Selbst-)Attribution von Kausalität, in: BBAW (Hrsg.), Kausalität: Streitgespräche in den Wissenschaftlichen Sitzungen der Versammlung der Berlin-Brandenburgischen Akademie der Wissenschaften am 9. Dezember 2005 und 5. Mai 2006, Berlin 2007, 39–45.
- Kling, Anne* (2018), Die Klimaklage gegen RWE – Die Geltendmachung von Klimafolgeschäden auf dem Privatrechtsweg, *KJ* 51 (2018), 213–224.
- Klippel, Diethelm/Otto, Martin* (2008), Nachhaltigkeit und Begriffsgeschichte, in: Kahl, Wolfgang (Hrsg.), Nachhaltigkeit als Verbundbegriff, Tübingen 2008, 39–59.
- Kloepfer, Michael* (2016), Umweltrecht, 4. Aufl., München 2016.
- Kloepfer, Michael/Neugärtner, Rico David* (2021), Liability for climate damages, sustainability and environmental justice, in: Kahl, Wolfgang/Weller, Marc-Philippe (Hrsg.), Climate Change Litigation, München 2021, 21–44.
- Klöhn, Lars* (2008), Zeitliche Priorität als Argument im Nachbarrecht, *AcP* 208 (2008), 777–817.
- Klöhn, Lars/Schmolke, Klaus Ulrich* (2015), Unternehmensreputation (Corporate Reputation), *NZG* 2015, 689–697.
- Koch, Hans-Joachim, et al.* (2011), Germany, in: Brunnée, Jutta, et al. (Hrsg.), Climate Change Liability: Transnational Law and Practice, Cambridge 2011, 376–416.
- Koch, Raphael* (2022), Das Lieferkettensorgfaltspflichtengesetz, *MDR* 2022, 1–7.
- Kocher, Eva* (2005), Unternehmerische Selbstverpflichtungen im Wettbewerb – Die Transformation von „soft law“ in „hard law“ durch das Wettbewerbsrecht, *GRUR* 2005, 647–652.
- (2021), Transnational Labour Law? “Corporate Social Responsibility” and the Law, in: Saage-Maaß, Miriam, et al. (Hrsg.), Transnational Legal Activism in Global Value Chains: The Ali Enterprises Factory Fire and the Struggle for Justice, Cham 2021, 187–208.
- Kodek, Georg* (2018), „Instrumentalisierung“ von Zivilprozessen? „Strategic Litigation“ als Herausforderung für das Verfahrensrecht, in: Althammer, Christoph/Roth, Herbert (Hrsg.), Instrumentalisierung von Zivilprozessen Tübingen 2018, 93–111.
- Kogan, Lawrence A.* (2004), Exporting Europe’s Protectionism, *The National Interest* 77 (2004), 91–99.
- Kohl, Jürgen* (1977), Die Lehre von der Unrechtsunfähigkeit des Staates, Berlin/Köln 1977.
- Kohler, Jürgen* (2017), Einleitung zum Umwelthaftungsrecht, in: Staudinger, Julius von (Hrsg.), Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch: Buch 2: Recht der Schuldverhältnisse: Umwelthaftungsrecht, Neubearbeitung, Berlin 2017.
- Kolk, Ans* (2016), The social responsibility of international business: From ethics and the environment to CSR and sustainable development, *Journal of World Business* 51 (2016), 23–34.
- Kolter, Max* (2022), Nachhaltigkeit durch Transparenz? (unveröffentlichtes Manuskript), Berlin 2022.
- Köndgen, Johannes* (1981), Selbstbindung ohne Vertrag, Tübingen 1981.
- (1983), Überlegungen zur Fortbildung des Umwelthaftpflichtrechts, *UPR* (1983), 345–356.
- (2015), § 278 BGB – (k)ein universelles Haftungsmodell für arbeitsteilige Vertragserfüllung?, in: Ackermann, Thomas/Köndgen, Johannes (Hrsg.), FS W.-H. Roth, München 2015, 311–345.

- König, Carsten* (2017), Deliktshaftung von Konzernmuttergesellschaften, AcP 217 (2017), 611–686.
- Kopp, Robert E, et al.* (2014), Probabilistic 21st and 22nd century sea-level projections at a global network of tide-gauge sites, *Earth's future* 2 (2014), 383–406.
- Kötz, Hein/Wagner, Gerhard* (2021), *Deliktsrecht*, 14. Aufl., München 2021.
- KPMG* (2019), *Sustainable Fashion*, Hongkong 2019.
- Krings, Sylvia* (2012), *Die Vorgeschichte des Vertrags mit Schutzwirkung zu Gunsten Dritter im Mietrecht*, Tübingen 2012.
- Krüper, Julian* (2020), Kategoriale Unterscheidung von Öffentlichem Recht und Privatrecht?, in: *Vereinigung der Deutschen Staatsrechtslehrer (Hrsg.), Öffentliches Recht und Privatrecht (VVDStRL 79)*, Berlin/Boston 2020, 43–99.
- Kübler, Friedrich* (1974), *Privatrecht und Demokratie. Zur Aktualität gesellschaftstheoretischer Vorstellungen in der Jurisprudenz*, in: *Baur, Fritz, et al. (Hrsg.), FS L. Raiser*, Tübingen 1974, 697–725.
- (1975), *Über die praktischen Aufgaben zeitgemäßer Privatrechtstheorie*, Karlsruhe 1975.
- Kumm, Mattias* (2006), Who Is Afraid of the Total Constitution? Constitutional Rights as Principles and the Constitutionalization of Private Law, *GLJ* 7 (2006), 341–370.
- Kuntz, Thilo* (2016), *Recht als Gegenstand der Rechtswissenschaft und performative Rechtserzeugung. Zugleich ein Beitrag zur Möglichkeit von Dogmatik*, AcP 216 (2016), 866–910.
- (2019), *Auf der Suche nach einem Proprium der Rechtswissenschaft*, AcP 219 (2019), 254–299.
- Kysar, Douglas A.* (2001), Sustainability, Distribution, and the Macroeconomic Analysis of Law, *B. C. L. Rev.* 43 (2001), 1–71.
- (2002), Law, Environment, and Vision, *Nw. U. L. Rev.* 97 (2002), 675–729.
- (2003), The Expectations of Consumers, *Colum. L. Rev.* 103 (2003), 1700–1790.
- (2004), Preferences for Processes: The Process/Product Distinction and the Regulation of Consumer Choice, *Harv. L. Rev.* 118 (2004), 526–642.
- (2007), Discounting... on Stilts, *U. Chi. L. Rev.* 74 (2007), 119–138.
- (2010), *Regulating From Nowhere: Environmental Law and the Search for Objectivity*, New Haven 2010.
- (2011), What Climate Change Can Do about Tort Law, *Envtl. L.* 41 (2011), 1–71.
- (2018), The Public Life of Private Law: Tort Law as a Risk Regulation Mechanism, *EJRR* 9 (2018), 48–65.
- Lakenberg, Thomas* (2015), *Kinder, Kranke, Küchenhilfen: Wie das Reichsgericht nach 1900 die Schutzwirkung von Verträgen zugunsten Dritter erweiterte*, Köln 2015.
- Lakoff, George* (2016), *Moral Politics: How Liberals and Conservatives Think*, 3. Aufl., Chicago 2016.
- Lakoff, George/Johnson, Mark* (2018), *Leben in Metaphern*, 9. Aufl., Heidelberg 2018.
- Landes, William M./Posner, Richard A.* (1980), The Positive Economic Theory of Tort Law, *Ga. L. Rev.* 15 (1980), 851–924.
- Lang, Eberhard* (1974), Grundfragen des privatrechtlichen Immissionsschutzes in rechtsvergleichender Sicht, *AcP* 174 (1974), 381–406.
- Lange, Hermann* (1976), Adäquanztheorie, Rechtswidrigkeitszusammenhang, Schutzzwecklehre und selbständige Zurechnungsmomente, *JZ* 1976, 198–207.
- Larenz, Karl* (1991), *Methodenlehre der Rechtswissenschaft*, 6. Aufl., Berlin/Heidelberg 1991.

- Lasarov, Wassili, et al.* (2021), Vanishing Boycott Impetus: Why and How Consumer Participation in a Boycott Decreases Over Time, *Journal of Business Ethics* (2021), s10551.
- Laumen, Hans-Willi* (2015), Die sog. tatsächliche Vermutung, *MDR* 2015, 1–6.
- Lazarus, Richard J.* (2008), Super Wicked Problems and Climate Change: Restraining the Present to Liberate the Future, *Cornell L. Rev.* 94 (2008), 1153–1234.
- Le Quéré, C., et al.* (2018), Global Carbon Budget 2018, *Earth Syst. Sci. Data* 10 (2018), 2141–2194.
- Lehmann, Matthias/Eichel, Florian* (2019), Globaler Klimawandel und Internationales Privatrecht, *RabelsZ* 83 (2019), 77–110.
- Lehmann, Michael* (2000), Informationsverantwortung und Gewährleistung für Werbeangaben beim Verbrauchsgüterkauf, *JZ* 2000, 280–293.
- Leistner, Matthias* (2007), Richtiger Vertrag und lauterer Wettbewerb, Tübingen 2007.
- Leone, Lindsay* (2011), Putting the Heat on the Fossil Fuel Industry: Using Products Liability in Climate Change Litigation Notes, *B. U. Pub. Int. L. J.* 21 (2011), 365–404.
- Lepore, Jill* (2019), Diese Wahrheiten, München 2019.
- Leschke, Martin* (2008), Nachhaltigkeit und Institutionen – eine wirtschaftswissenschaftliche Sicht, in: Kahl, Wolfgang (Hrsg.), *Nachhaltigkeit als Verbundbegriff*, Tübingen 2008, 297–325.
- Lettl, Tobias* (2004), Der Schutz der Verbraucher nach der UWG-Reform, *GRUR* 2004, 449–461.
- Levi Strauss & Co* (2014), *History of the Levi's 501 Jeans*, San Francisco 2014.
- Lewis, David* (1973), Causation, *The Journal of Philosophy* 70 (1973), 556–567.
- Licker, Rachel, et al.* (2019), Attributing ocean acidification to major carbon producers, *Environmental Research Letters* 14 (2019), 124060.
- Lind, E. Allan/Tyler, Tom R.* (1988), *The Social Psychology of Procedural Justice*, New York 1988.
- Lobel, Jules* (2003), *Success Without Victory: Lost Legal Battles and the Long Road to Justice in America*, New York 2003.
- Lobinger, Thomas* (2016), Perspektiven der Privatrechtsdogmatik am Beispiel des allgemeinen Gleichbehandlungsrechts, *AcP* 216 (2016), 28–106.
- Locke, Richard M.* (2013), *The Promise and Limits of Private Power: Promoting Labor Standards in a Global Economy*, Cambridge 2013.
- Lomfeld, Bertram* (2015), *Die Gründe des Vertrages*, Tübingen 2015.
- (2017), Der Mythos vom unpolitischen Privatrecht, in: Grünberger, Michael/Jansen, Nils (Hrsg.), *Privatrechtstheorie heute*, Tübingen 2017, 152–169.
- Looschelders, Dirk* (2022a), § 323 Rücktritt wegen nicht oder nicht vertragsgemäß erbrachter Leistung, in: Gsell, Beate, et al. (Hrsg.), *BeckOGK Zivilrecht*, München 2022.
- (2022b), *Schuldrecht Besonderer Teil*, 17. Aufl., München 2022.
- Lorenz, Dagmar* (2007), *Wiener Moderne*, 2. Aufl., Stuttgart/Weimar 2007.
- Lorenz, Stephan* (2006), Arglist und Sachmangel – Zum Begriff der Pflichtverletzung in § 323 V 2 BGB, *NJW* 2006, 1925–1927.
- (2021), Die Umsetzung der EU-Warenkaufrichtlinie in deutsches Recht, *NJW* 2021, 2065–2073.
- (2022), § 281 Schadensersatz statt der Leistung wegen nicht oder nicht wie geschuldet erbrachter Leistung, in: Hau, Wolfgang/Poseck, Roman (Hrsg.), *BeckOK BGB*, 61. Ed., München 2022.

- Lowe, Vaughan* (1999), Sustainable development and unsustainable arguments, in: Boyle, A./Freestone, D. (Hrsg.), *International Law and Sustainable Development: Past Achievements and Future Challenges*, Oxford 1999, 19–37.
- Löwisch, Manfred* (1970), *Der Deliktsschutz relativer Rechte*, Hamburg 1970.
- Luhmann, Niklas* (1975), *Legitimation durch Verfahren*, 2. Aufl., Frankfurt am Main 1975.
- (1980), Kommunikation über Recht in Interaktionssystemen, in: Blankenburg, Erhard, et al. (Hrsg.), *Alternative Rechtsformen und Alternativen zum Recht*, Wiesbaden 1980, 99–112.
- (1993), *Das Recht der Gesellschaft*, Frankfurt am Main 1993.
- Lund-Thomsen, Peter/Coe, Neil M.* (2015), Corporate social responsibility and labour agency: the case of Nike in Pakistan, *Journal of Economic Geography* 15 (2015), 275–296.
- Lüttringhaus, Jan D.* (2019), Kaufrechtliche Gewährleistungsansprüche bei „ethischen“ Produkten und öffentlichen Aussagen zur Corporate Social Responsibility, *AcP* 219 (2019), 29–63.
- Lüttringhaus, Jan D./Korch, Stefan* (2019), Schmerzensgeldbemessung, *VersR* 2019, 973–982.
- Lytras, Theodor* (1995), *Zivilrechtliche Haftung für Umweltschäden*, Berlin 1995.
- Malesky, Edmund J./Mosley, Layna* (2018), Chains of Love? Global Production and the Firm-Level Diffusion of Labor Standards, *AJPS* 62 (2018), 712–728.
- Marburger, Peter* (1987), Zur zivilrechtlichen Haftung für Waldschäden, in: Breuer, Rüdiger, et al. (Hrsg.), *Waldschäden als Rechtsproblem*, Berlin/Düsseldorf/Heidelberg 1987, 109–148.
- Marjanac, Sophie/Patton, Lindene* (2018), Extreme weather event attribution science and climate change litigation: an essential step in the causal chain?, *JERL* 36 (2018), 265–298.
- Markovits, Daniel* (2014), Good Faith as Contracts Core Value, in: Klass, Gregory, et al. (Hrsg.), *Philosophical Foundations of Contract Law*, Oxford 2014, 272–293.
- Markovits, Daniel/Schwartz, Alan* (2019), Plural Values in Contract Law: Theory and Implementation, *Theoretical Inquiries in Law* 20 (2019), 571–593.
- Marsch-Barner, Reinhard* (2011), Zum Begriff der Nachhaltigkeit in § 87 Abs. 1 AktG, *ZHR* 175 (2011), 737–745.
- Martinek, Michael* (2012), Das Prinzip der Selbstverantwortung im Vertrags- und Verbraucherrecht, in: Riesenhuber, Karl (Hrsg.), *Das Prinzip der Selbstverantwortung: Grundlagen und Bedeutung im heutigen Privatrecht*, Tübingen 2012, 247–276.
- Martiny, Dieter* (2021), Art. 6 Rom I-VO Verbraucherverträge, in: Säcker, Franz-Jürgen, et al. (Hrsg.), *Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, Band 13: Internationales Privatrecht II, Internationales Wirtschaftsrecht, Einführungsgesetz zum Bürgerlichen Gesetzbuche*, 8. Aufl., München 2021.
- Mathis, Klaus* (2011), Discounting the future? Cost-benefit analysis and sustainability, in: Mathis, Klaus (Hrsg.), *Efficiency, sustainability, and justice to future generations*, Dordrecht/Heidelberg/London/New York 2011, 165–180.
- (2017), *Nachhaltige Entwicklung und Generationengerechtigkeit*, Tübingen 2017.
- Mattei, Ugo/Quarta, Alessandra* (2018), *The Turning Point in Private Law*, Cheltenham/Northampton 2018.
- Matthews, H. Damon, et al.* (2014), National contributions to observed global warming, *Environmental Research Letters* 9 (2014), 014010.

- Matusche-Beckmann, Annemarie* (2013), § 434 Sachmangel, in: Staudinger, Julius von (Hrsg.), Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch: Buch 2: Schuldrecht: Kaufrecht, Neubearbeitung, Berlin 2013.
- Maultzsch, Felix* (2010), Streitentscheidung und Normbildung durch den Zivilprozess, Tübingen 2010.
- Mayer, Claudia* (2017), Haftung und Paarbeziehung, Tübingen 2017.
- McCormick, Sabrina, et al.* (2017), Science in litigation, the third branch of U.S. climate policy, *Science* 357 (2017), 979–980.
- Medhaug, Iselin, et al.* (2017), Reconciling controversies about the 'global warming hiatus', *Nature* 545 (2017), 41–47.
- Medicus, Dieter* (1986), Zivilrecht und Umweltschutz: Zur Abteilung Umweltrecht, *JZ* 1986, 778–785.
- (1988), Anmerkung zum Waldschadensurteil, *JZ* 1988, 458–459.
 - (1989), Das Luxusargument im Schadensersatzrecht, *NJW* 1989, 1889–1895.
 - (1990), Umweltschutz als Aufgabe des Zivilrechts – aus zivilrechtlicher Sicht, in: Breuer, Rüdiger, et al. (Hrsg.), Umweltschutz und Privatrecht, Düsseldorf 1990, 5–33.
- Medicus, Dieter/Lorenz, Stephan* (2018), Schuldrecht II: Besonderer Teil, 18. Aufl., München 2018.
- Medicus, Dieter/Petersen, Jens* (2021), Bürgerliches Recht: Eine nach Anspruchsgrundlagen geordnete Darstellung zur Examensvorbereitung, 28. Aufl., München 2021.
- Meier, Klaus* (1995), Ökologische Aspekte des Schuldvertragsrechts, Berlin 1995.
- Meisterhans, Nadja* (2010), Normativität und Narration. Wie Unrechtsgeschichten den Menschenrechtsdiskurs vorantreiben, *KJ* 43 (2010), 22–28.
- Méndez, V. Ernesto, et al.* (2010), Effects of Fair Trade and organic certifications on small-scale coffee farmer households in Central America and Mexico, *Renewable Agriculture and Food Systems* 25 (2010), 236–251.
- Menger, Anton* (1890), Das bürgerliche Recht und die besitzlosen Volksklassen, Tübingen 1890.
- (1904), Das bürgerliche Recht und die besitzlosen Volksklassen, 3. Aufl., Tübingen 1904.
- Mergili, Martin, et al.* (2020), Reconstruction of the 1941 GLOF process chain at Lake Palcacocha (Cordillera Blanca, Peru), *Hydrol. Earth Syst. Sci.* 24 (2020), 93–114.
- Meyer, Justus* (1992), Instruktionshaftung – Eine Analyse aus der Sicht der Rechts-, Wirtschafts- und Verhaltenswissenschaften, Bielefeld 1992.
- (1995), Von Saugern und Säften – ein Zwischenstandsbericht zum Kindertee-Komplex, *ZIP* 1995, 716–721.
 - (1999), Die neue BGH-Rechtsprechung zur Produkthaftung gegenüber Kindern, *DStR* 1999, 1319–1323.
- Michaels, Ralf* (2011a), Global Problems in Domestic Courts, in: Muller, Sam, et al. (Hrsg.), *The Law of the Future and The Future of Law*, Oslo 2011, 165–175.
- (2011b), Of Islands and the Ocean: The Two Rationalities of European Private Law, in: Brownsword, Roger, et al. (Hrsg.), *The Foundations of European Private Law*, Oxford 2011, 139–158.
 - (2017), Zugangsschranken – Rezeptionsprobleme der Systemtheorie in der US-amerikanischen Rechtstheorie, in: Grünberger, Michael/Jansen, Nils (Hrsg.), *Privatrechtstheorie heute*, Tübingen 2017, 238–267.
- Michaels, Ralf, et al.* (Hrsg.) (2021), *The Private Side of Transforming our World*, Cambridge 2021.

- Michaels, Ralf/Jansen, Nils* (2006), Private Law Beyond the State? Europeanization, Globalization, Privatization, *AJCL* 54 (2006), 843–890.
- Michalski, Lutz* (1998), Produktbeobachtung und Rückrufpflicht des Produzenten, *BB* 1998, 961–965.
- Micklitz, Hans-W.* (2009), The Visible Hand of European Regulatory Private Law, *Yearbook of European Law* 28 (2009), 3–59.
- (2018), *The Politics of Justice in European Private Law: Social Justice, Access Justice, Societal Justice*, Cambridge 2018.
- Millar, Richard J., et al.* (2017), A modified impulse-response representation of the global near-surface air temperature and atmospheric concentration response to carbon dioxide emissions, *Atmos. Chem. Phys.* 17 (2017), 7213–7228.
- Miller, Mark C.* (2018), *Judicial Politics in the United States*, New York 2018.
- Minnerop, Petra/Otto, Friederike* (2020), Climate Change and Causation. Joining Law and Climate Science on the basis of Formal Logic, *Buff. Envtl. L.J.* 27 (2020), 49–86.
- Mitkidis, Katerina* (2014), Using Private Contracts for Climate Change Mitigation, *Gro-JIL* 2 (2014), 54–80.
- (2019), Enforcement of sustainability contractual clauses in supply chains by third parties, in: Ulfbeck, Vibe, et al. (Hrsg.), *Law and Responsible Supply Chain Management: Contract and Tort Interplay and Overlap*, London 2019, 65–87.
- Mittwoch, Anne-Christin* (2022), *Nachhaltigkeit und Unternehmensrecht*, Tübingen 2022.
- Mocanu, Diana Mădălina* (2022), Gradient Legal Personhood for AI Systems—Painting Continental Legal Shapes Made to Fit Analytical Molds, *Frontiers in Robotics and AI* 8 (2022), 1–11.
- Möller, Fritz* (1963), On the influence of changes in the CO₂ concentration in air on the radiation balance of the Earth's surface and on the climate, *Journal of Geophysical Research* 68 (1963), 3877–3886.
- Möllers, Christoph* (2011), *Staat als Argument*, Tübingen 2011.
- (2015), *Die Möglichkeit der Normen*, Berlin 2015.
- Möllers, Christoph/Weinberg, Nils* (2021), Die Klimaschutzentscheidung des Bundesverfassungsgerichts, *JZ* 2021, 1069–1078.
- Mugdan, Benno* (Hrsg.) (1899), *Die gesammten Materialien zum Bürgerlichen Gesetzbuch für das Deutsche Reich*, III. Band: Sachenrecht, Berlin 1899.
- Muis, Sanne, et al.* (2016), A global reanalysis of storm surges and extreme sea levels, *Nature Communications* 7 (2016), 11969.
- Müller, Markus/Matthes, Dirk* (2004), Notwendigkeit einer richtlinienkonformen Bestimmung der Leistung in § 323 V BGB bei Teilschlechtleistung und Teilleistung, *AcP* 204 (2004), 732–756.
- Müller-Mall, Sabine* (2012), *Performative Rechtserzeugung*, Weilerwist 2012.
- Münch, Richard* (1984), *Die Struktur der Moderne: Grundmuster und differentielle Gestaltung des institutionellen Aufbaus der modernen Gesellschaften*, Frankfurt am Main 1984.
- Münkler, Laura* (2016), Metaphern im Recht – Zur Bedeutung organischer Vorstellungen von Staat und Recht, *Der Staat* 55 (2016), 181–211.
- Muscheler, Karlheinz* (2017), *Familienrecht*, 4. Aufl., München 2017.
- Musielak, Hans-Joachim* (2010), Die sog. tatsächliche Vermutung, *JA* 2010, 561–566.
- Mutua, Makau* (2001), Savages, Victims, and Saviors: The Metaphor of Human Rights, *Harv. Int'l L.J.* 42 (2001), 201–246.

- Nassehi, Armin* (2011), Gesellschaft der Gegenwarten, Frankfurt am Main 2011.
- Nelson, Richard R./Winter, Sidney G.* (1982), An Evolutionary Theory of Economic Change, Cambridge/London 1982.
- Nitsch, Stephanie* (2021), Liability for climate change damages under the German Environmental Liability Act, in: Kahl, Wolfgang/Weller, Marc-Philippe (Hrsg.), Climate Change Litigation, München 2021, 429–446.
- Nonet, Philippe/Selznick, Philip* (1978), Law and Society in Transition: Toward Responsive Law, New York 1978.
- Nörr, Knut Wolfgang* (1991), Eher Hegel als Kant – Zum Privatrechtsverständnis im 19. Jahrhundert, Paderborn 1991.
- Nosek, Grace* (2017), Climate change litigation and narrative: How to use litigation to tell compelling climate stories, Wm. & Mary Envtl. L. & Pol’y Rev. 42 (2017), 733–803.
- O’Neill, John, et al.* (2008), Environmental Values, New York 2008.
- Oberender, Peter/Zerth, Jürgen* (2008), Nachhaltigkeit und Marktwirtschaft, in: Kahl, Wolfgang (Hrsg.), Nachhaltigkeit als Verbundbegriff, Tübingen 2008, 554–568.
- Oechsler, Jürgen* (1997), Gerechtigkeit im modernen Austauschvertrag, Tübingen 1997.
- Oehler, Wolfgang* (1990), Produkthaftung im Konzern – Deliktsrecht und Haftungsbeschränkung, ZIP 1990, 1445–1455.
- Oetker, Hartmut* (2022), § 249 Art und Umfang des Schadensersatzes/§ 253 Immaterieller Schaden, in: Säcker, Franz-Jürgen, et al. (Hrsg.), Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, Band 2: Schuldrecht Allgemeiner Teil I, 9. Aufl., München 2022.
- Olszynski, Martin, et al.* (2017), From smokes to smokestacks: Lessons from tobacco for the future of climate change liability, Geo. Int’l Envtl. L. Rev. 30 (2017), 1–45.
- Oppenheim, Heinrich Bernhard* (1879), Die Gewerbefreiheit und der Arbeitsvertrag, Breslau 1879.
- Oreskes, Naomi/Conway, Erik M.* (2011), Merchants of Doubt, London 2011.
- Öry, Marika* (2020), Kollektivität im Haftungsrecht, Tübingen 2020.
- Osofsky, Hari M.* (2005), The Geography of Climate Change Litigation: Implications for Transnational Regulatory Governance, Wash. U.L. Q. 83 (2005), 1789–1855.
- Ossenbühl, Fritz/Cornils, Matthias* (2013), Staatshaftungsrecht, 6. Aufl., München 2013.
- Ossenbühl, Imke* (1999), Umweltgefährdungshaftung im Konzern, Berlin 1999.
- Ostrom, Elinor* (2014), A Polycentric Approach for Coping with Climate Change, Annals of Economics and Finance 15 (2014), 97–134.
- Ott, Konrad, et al.* (2016), Handbuch Umweltethik, Stuttgart 2016.
- Ott, Konrad/Döring, Ralf* (2004), Theorie und Praxis starker Nachhaltigkeit, Marburg 2004.
- Paefgen, Walter G.* (2021), Haftung für die Verletzung von Pflichten nach dem neuen Lieferkettensorgfaltspflichtengesetz, ZIP 2021, 2006–2016.
- Paschke, Marian* (2021), Privatrecht als Klimaschutz förderndes Steuerungselement, in: Joost, Detlev, et al. (Hrsg.), FS Säcker, München 2021, 61–76.
- Payandeh, Mehrdad* (2017), Judikative Rechtserzeugung, Tübingen 2017.
- (2021), The role of courts in climate protection and the separation of powers, in: Kahl, Wolfgang/Weller, Marc-Philippe (Hrsg.), Climate Change Litigation, München 2021, 62–80.
- Peel, Jacqueline* (2011), Issues in Climate Change Litigation, CCLR 5 (2011), 15–24.
- Peel, Jacqueline/Osofsky, Hari M.* (2015), Climate Change Litigation: Regulatory Pathways to Cleaner Energy, Cambridge 2015.
- (2018), A Rights Turn in Climate Change Litigation?, TEL 7 (2018), 37–67.

- Peifer, Karl-Nikolaus/Obergfell, Eva Inés* (2016), § 5 Irreführende geschäftliche Handlungen, in: Fezer, Karl-Heinz, et al. (Hrsg.), *Lauterkeitsrecht: Kommentar zum Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb (UWG)*, 3. Aufl., München 2016.
- Penalver, Eduardo M.* (1998), Acts of God or toxic torts? Applying tort principles to the problem of climate change, *NRJ* 38 (1998), 563–601.
- Perkins, Richard/Neumayer, Eric* (2012), Does the ‚California effect‘ operate across borders? Trading- and investing-up in automobile emission standards, *Journal of European Public Policy* 19 (2012), 217–237.
- Petersen, Jens* (1996), *Duldungspflicht und Umwelthaftung*, München 1996.
- (2017), *Adam Smith als Rechtstheoretiker*, 2. Aufl., Berlin 2017.
- Petroski, Henry* (2018), *Success through Failure: The Paradox of Design*, Princeton/Oxford 2018.
- Pfattheicher, Stefan, et al.* (2022), Prosocial behavior and altruism: A review of concepts and definitions, *Current Opinion in Psychology* 44 (2022), 124–129.
- Picker, Eduard* (2002), Antidiskriminierungsgesetz – Der Anfang vom Ende der Privatautonomie?, *JZ* 2002, 880–882.
- Pistor, Katharina* (2002), The Standardization of Law and Its Effect on Developing Economies, *AJCL* 50 (2002), 97–130.
- (2019), *The Code of Capital*, Princeton/Oxford 2019.
- Planck, Gottlieb* (1889), *Zur Kritik des Entwurfes eines bürgerlichen Gesetzbuches für das deutsche Reich*, *AcP* 75 (1889), 327–429.
- Podszun, Rupprecht* (2014), *Wirtschaftsordnung durch Zivilgerichte*, Tübingen 2014.
- Poelzig, Dörte* (2012), *Normdurchsetzung durch Privatrecht*, Tübingen 2012.
- Pohl, Hans* (1992), *Vom Stadtwerk zum Elektrizitätsgrossunternehmen: Gründung, Aufbau und Ausbau der „Rheinisch-Westfälischen Elektrizitätswerk AG“ (RWE) 1898–1918*, Stuttgart 1992.
- Polinsky, A. Mitchell* (2011), *An Introduction to Law and Economics*, New York 2011.
- Polinsky, A. Mitchell/Shavell, Steven* (2010), The Uneasy Case for Product Liability, *Harv. L. Rev.* 123 (2010), 1437–1492.
- Polonsky, Michael Jay, et al.* (2011), Western consumers’ understanding of carbon offsets and its relationship to behavior, *Asia Pacific Journal of Marketing and Logistics* 23 (2011), 583–603.
- Posner, Eric A.* (2003), Tobacco Regulation or Litigation?, *U. Chi. L. Rev.* 70 (2003), 1141–1157.
- (2007), Climate Change and International Human Rights Litigation: A Critical Appraisal, *U. Pa. L. Rev.* 155 (2007), 1925–1945.
- Posner, Eric A./Vermeule, Adrian* (2003), Reparations for Slavery and Other Historical Injustices, *Colum. L. Rev.* 103 (2003), 689–747.
- Posner, Eric A./Weisbach, David* (2010), *Climate Change Justice*, Princeton/Oxford 2010.
- Posner, Richard A.* (1983), The Meaning of Judicial Self-Restraint, *Ind. L. J.* 59 (1983), 1–24.
- (1986), The Decline of Law as an Autonomous Discipline: 1962–1987, *Harv. L. Rev.* 100 (1986), 761–780.
- (1997), Wealth Maximization and Tort Law: A Philosophical Inquiry, in: Owen, David G. (Hrsg.), *The Philosophical Foundations of Tort Law*, Oxford 1997, 99–111.
- (2010), *How Judges Think*, Cambridge 2010.
- (2012), The Rise and Fall of Judicial Self-Restraint, *Calif. L. Rev.* 100 (2012), 519–556.
- (2014), *Economic Analysis of Law*, 9. Aufl., New York 2014.
- Pöttker, Erik* (2014), *Klimahaftungsrecht*, Tübingen 2014.

- Prasad, Monica, et al.* (2004), Consumers of the World Unite: A Market-based Response to Sweatshops, *Labor Studies Journal* 29 (2004), 57–79.
- President's Science Advisory Committee* (1965), Restoring the Quality of Our Environment, Washington D. C. 1965.
- PricewaterhouseCoopers* (2017), Regulierung in der deutschen Energiewirtschaft: Band II Strommarkt, Freiburg 2017.
- Prütting, Hanns* (1983), Gegenwartsprobleme der Beweislast, München 1983.
- (2020), § 286 Freie Beweiswürdigung/§ 287 Schadensermittlung, Höhe der Forderung, in: Krüger, Wolfgang/Rauscher, Thomas (Hrsg.), Münchener Kommentar zur Zivilprozessordnung, Band 1, 6. Aufl., München 2020.
- Puchta, Georg Friedrich* (1853), Cursus der Institutionen, Band 1, 4. Aufl., Leipzig 1853.
- Quarshie, Anne M., et al.* (2016), Sustainability and corporate social responsibility in supply chains: The state of research in supply chain management and business ethics journals, *Journal of Purchasing and Supply Management* 22 (2016), 82–97.
- Rabatel, Antoine, et al.* (2013), Current state of glaciers in the tropical Andes: a multi-century perspective on glacier evolution and climate change, *The Cryosphere* 7 (2013), 81–102.
- Radbruch, Gustav* (1963), Rechtsphilosophie, 6. Aufl., Stuttgart 1963.
- Radkau, Joachim* (1998a), Das RWE zwischen Braunkohle und Atomeuphorie 1945–1968, in: Schweer, Dieter/Thieme, Wolf (Hrsg.), Der gläserne Riese, Wiesbaden 1998a, 173–196.
- (1998b), Das RWE zwischen Kernenergie und Diversifizierung 1968–1988, in: Schweer, Dieter/Thieme, Wolf (Hrsg.), Der gläserne Riese, Wiesbaden 1998b, 221–244.
- Radkau, Joachim/Hahn, Lothar* (2013), Aufstieg und Fall der deutschen Atomwirtschaft, München 2013.
- Raetzo, Hugo, et al.* (2002), Hazard assessment in Switzerland – Codes of Practice for mass movements, *Bulletin of Engineering Geology and the Environment* 61 (2002), 263–268.
- Raff, Thomas* (2020), § 1004 Beseitigungs- und Unterlassungsanspruch, in: Säcker, Franz-Jürgen, et al. (Hrsg.), Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, Band 8: Sachenrecht, 8. Aufl., München 2020.
- Raiser, Thomas* (2013), Grundlagen der Rechtssoziologie, 6. Aufl., Tübingen 2013.
- Rapre, Alejo Cochachin/Checa, César Salazar* (2016), Batimetría de la Laguna Palca-cocha, Huaraz 2016.
- Rawls, John* (1971), A Theory of Justice, Revised Edition, Cambridge 1971.
- (2005), Political Liberalism, New York 2005.
- Reckwitz, Andreas* (2017), Die Gesellschaft der Singularitäten, Berlin 2017.
- Rehbinder, Eckard* (2021), § 14 BImSchG Ausschluß von privatrechtlichen Abwehransprüchen, in: Beckmann, Martin, et al. (Hrsg.), Umweltrecht, Band 1, 97. EL., München 2021.
- Reid, Louise, et al.* (2010), Theorizing the meso level: the household as a crucible of pro-environmental behaviour, *Progress in Human Geography* 34 (2010), 309–327.
- Repgen, Tilman* (2001), Die soziale Aufgabe des Privatrechts, Tübingen 2001.
- Ricke, Katharine L./Caldeira, Ken* (2014), Maximum warming occurs about one decade after a carbon dioxide emission, *Environmental Research Letters* 9 (2014), 124002.
- Riehm, Thomas* (2021), § 275 Ausschluss der Leistungspflicht, in: Gsell, Beate, et al. (Hrsg.), BeckOGK Zivilrecht, München 2021.
- Riesenhuber, Karl* (2018), Privatautonomie – Rechtsprinzip oder „mystifizierendes Leuchtfeuer“, *ZfPW* 2018, 352–368.

- Ripstein, Arthur* (2009), *Force and Freedom*, Cambridge 2009.
- Rivas, Denny S., et al.* (2015), Predicting outflow induced by moraine failure in glacial lakes: the Lake Palcacocha case from an uncertainty perspective, *Nat. Hazards Earth Syst. Sci.* 15 (2015), 1163–1179.
- Rixecker, Roland* (2021), Anhang zu § 12. Das Allgemeine Persönlichkeitsrecht, in: Säcker, Franz-Jürgen, et al. (Hrsg.), *Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch*, Band 1: Allgemeiner Teil, 9. Aufl., München 2021.
- Röckerath, Luidger* (2004), *Kausalität, Wahrscheinlichkeit und Haftung*, München 2004.
- Rode, Julian, et al.* (2008), Ethical differentiation and market behavior: An experimental approach, *Journal of Economic Behavior & Organization* 66 (2008), 265–280.
- Rödl, Florian* (2015), *Gerechtigkeit unter freien Gleichen*, Baden-Baden 2015.
- Roe, Gerard H., et al.* (2017), Centennial glacier retreat as categorical evidence of regional climate change, *Nature Geoscience* 10 (2017), 95–99.
- Roe, Gerard H., et al.* (2021), On the attribution of industrial-era glacier mass loss to anthropogenic climate change, *The Cryosphere* 15 (2021), 1889–1905.
- Rogall, Holger* (2003), *Akteure der nachhaltigen Entwicklung – Der ökologische Reformstau und seine Gründe*, München 2003.
- (2015), *Grundlagen einer nachhaltigen Wirtschaftslehre: Volkswirtschaftslehre für Studierende des 21. Jahrhunderts*, 2. Aufl., Marburg 2015.
- Rohls, Michael* (2017), *Methode und Zivilrecht bei Rudolf Wiethölter* (geb. 1929), in: Rückert, Joachim/Seinecke, Ralf (Hrsg.), *Methodik des Zivilrechts – von Savigny bis Teubner*, 3. Aufl., Baden-Baden 2017, 343–360.
- Rose-Ackerman, Susan* (1989), Dikes, Dams, and Vicious Hogs: Entitlement and Efficiency in Tort Law, *J. Legal Stud.* 18 (1989), 25–50.
- Rosenberg, Leo, et al.* (2019), *Zivilprozessrecht*, 18. Aufl., München 2019.
- Rösler, Hannes* (2007), Arglist im Schuldvertragsrecht, *AcP* 207 (2007), 564–613.
- Roth, Herbert* (2004), Standzeit von Kraftfahrzeugen als Sachmangel, *NJW* 2004, 330–331.
- (2016), Private Rechtsdurchsetzung im Zivilprozess, *JZ* 2016, 1134–1140.
- (2020), § 906 Zufügung unwägbarer Stoffe, in: Staudinger, Julius von (Hrsg.), *Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch: Buch 3: Sachrecht: Eigentum 1 – Privates Nachbarrecht*, Neubearbeitung, Berlin 2020.
- Roth-Mingram, Berrit* (2017), *Corporate Social Responsibility in der Sozialen Marktwirtschaft: Mit system- und rechtsvergleichenden Impulsen aus den Vereinigten Staaten von Amerika und der Volksrepublik China*, Baden-Baden 2017.
- Röthel, Anne* (2004), *Normkonkretisierung im Privatrecht*, Tübingen 2004.
- (2013), Techniksteuernde Grenzwerte – Gewöhnungseffekte und Zukunftsaufgaben, *JZ* 2013, 1136–1143.
- (2017), Privatautonomie im Spiegel der Privatrechtsentwicklung, in: Bumke, Christian/Röthel, Anne (Hrsg.), *Autonomie im Recht*, Tübingen 2017, 91–115.
- (2020a), Emanzipationsdebatten, *JZ* 2020, 645–652.
- (2020b), Ist es gerecht, dass es ein Recht zu vererben gibt?, *AcP* 220 (2020), 19–50.
- Rückert, Joachim* (1992), „Frei“ und „Sozial“. Arbeitsvertrags-Konzeptionen um 1900 zwischen Liberalismen und Sozialismen, *ZfA* 1992, 225–294.
- (2003), Das Bürgerliche Gesetzbuch – ein Gesetzbuch ohne Chance?, *JZ* 2003, 749–760.
- (2004a), Der Geist des Rechts in Jherings „Geist“ und Jherings „Zweck“ – Teil 1, *Rechtsgeschichte* 5 (2004), 128–149.
- (2004b), Der Geist des Rechts in Jherings „Geist“ und Jherings „Zweck“ – Teil 2, *Rechtsgeschichte* 6 (2004), 122–142.

- (2010), Die Historische Rechtsschule nach 200 Jahren – Mythos, Legende, Botschaft, JZ 2010, 1–9.
- (2017a), Die Schlachtrufe im Methodenkampf – Ein historischer Überblick, in: Rückert, Joachim/Seinecke, Ralf (Hrsg.), Methodik des Zivilrechts – von Savigny bis Teubner, 3. Aufl., Baden-Baden 2017, 541–608.
- (2017b), Methode und Zivilrecht bei Bernhard Windscheid (1817–1892), in: Rückert, Joachim/Seinecke, Ralf (Hrsg.), Methodik des Zivilrechts – von Savigny bis Teubner, 3. Aufl., Baden-Baden 2017, 121–147.
- (2017c), Methode und Zivilrecht beim Klassiker Savigny (1779–1861), in: Rückert, Joachim/Seinecke, Ralf (Hrsg.), Methodik des Zivilrechts – von Savigny bis Teubner, 3. Aufl., Baden-Baden 2017, 53–95.
- (2017d), Windscheid – verehrt, verstoßen, vergessen, rätselhaft?, JZ 2017, 662–670.
- Ruffert, Matthias* (2001), Vorrang der Verfassung und Eigenständigkeit des Privatrechts, Tübingen 2001.
- Rühmkorf, Andreas* (2018), Corporate Social Responsibility in der Lieferkette: Governance und Verantwortlichkeiten, ZGR 2018, 410–432.
- Ruhnke, Klaus/Simons, Dirk* (2018), Rechnungslegung nach IFRS und HGB, 4. Aufl., Stuttgart 2018.
- Rumpf, Mareike* (2019), Der Klimawandel als zunehmendes Haftungsrisiko für „Carbon Majors“, EurUP 2019, 145–158.
- Ruster, Andreas* (2021), Nachhaltigkeit im Sachenrecht, JZ 2021, 1106–1111.
- Rüthers, Bernd* (1968/2012), Die unbegrenzte Auslegung, 7. Aufl., Tübingen 1968/2012.
- Ruwanpura, Kanchana N.* (2012), Ethical Codes: Reality and Rhetoric – The Sri Lankan Story, Southampton 2012.
- RWE Supply & Trading GmbH* (2020), Alles aus einer Hand – RWE investiert in neues Leitsystem für den Kraftwerkseinsatz, Essen 2020.
- RWE-Group* (1998), Umweltbericht 1998, Essen 1998.
- (2020a), Erklärung zur Unternehmensführung nach § 289f HGB und nach § 315d HGB mit integriertem Corporate Governance Bericht, Essen 2020.
- (2020b), Geschäftsbericht 2020, Essen 2020.
- (2020c), Greenhouse Gas Emission Inventory & Calculation Methodology 2019, Essen 2020.
- Saage-Maaß, Miriam* (2021), Legal Interventions and Transnational Alliances in the Ali Enterprises Case: Struggles for Workers’ Rights in Global Supply Chains, in: Saage-Maaß, Miriam, et al. (Hrsg.), Transnational Legal Activism in Global Value Chains: The Ali Enterprises Factory Fire and the Struggle for Justice, Cham 2021, 25–58.
- Säcker, Franz-Jürgen* (2002), „Vernunft statt Freiheit!“ – Die Tugendrepublik der neuen Jakobiner: Referentenentwurf eines privatrechtlichen Diskriminierungsgesetzes, ZRP 2002, 286–290.
- Saenger, Ingo* (2022), § 434 Sachmangel/§ 475d Sonderbestimmungen für Rücktritt und Schadensersatz, in: Schulze, Reiner (Hrsg.), Handkommentar Bürgerliches Gesetzbuch, 11. Aufl., Baden-Baden 2022.
- Sagoff, Mark* (2007), The Economy of the Earth: Philosophy, Law, and the Environment, 2. Aufl., 2007.
- Sahm, Philipp* (2019), Elemente der Dogmatik, Weilerswist 2019.
- Salminen, Jaakko/Ulfbeck, Vibe* (2019), Developing supply chain liability: A necessary marriage of contract and tort?, in: Ulfbeck, Vibe, et al. (Hrsg.), Law and Responsible Supply Chain Management: Contract and Tort Interplay and Overlap, London 2019, 146–173.

- Sambuc, Thomas* (1977), *Folgenerwägungen im Richterrecht*, Berlin 1977.
- Santer, Benjamin D., et al.* (2019), Celebrating the anniversary of three key events in climate change science, *Nature Climate Change* 9 (2019), 180–182.
- Sarasin, Philipp* (2021), *1977 – Eine kurze Geschichte der Gegenwart*, Berlin 2021.
- Sato, Misato/Dechezleprêtre, Antoine* (2015), Asymmetric industrial energy prices and international trade, *Energy Economics* 52 (2015), S130–S141.
- Saumier, Geneviève* (2021), SDG 12: Sustainable Consumption and Production, in: Michaels, Ralf, et al. (Hrsg.), *The Private Side of Transforming our World*, Cambridge 2021, 383–408.
- Savigny, Friedrich Carl von* (1840), *System des heutigen Römischen Rechts*, Band 1, Berlin 1840.
- (1851), *Das Obligationenrecht als Theil des heutigen Römischen Rechts*, Band 1, Berlin 1851.
- Schäfer, Hans-Bernd/Ott, Claus* (2020), *Lehrbuch der ökonomischen Analyse des Zivilrechts*, 6. Aufl., Berlin/Heidelberg 2020.
- Schäfer, Roland* (2012), *Lamettasyndrom und Säuresteppe: Das Waldsterben und die Forstwissenschaften 1979–2007*, Freiburg 2012.
- Schauwecker, Simone, et al.* (2014), Climate trends and glacier retreat in the Cordillera Blanca, Peru, revisited, *Global and Planetary Change* 119 (2014), 85–97.
- Schellnhuber, Hans Joachim* (2015), *Selbstverbrennung: Die fatale Dreiecksbeziehung zwischen Klima, Mensch und Kohlenstoff*, München 2015.
- Scherzberg, Arno* (2004), Beweiserhebung als Kognition, *ZZP* 117 (2004), 163–185.
- Schipperges, Michael* (2020), *Umwelteinrichtungen in Deutschland von 1971 bis 2019 – Zeitreihenanalyse anhand externer Datenquellen*, Dessau-Roßlau 2020.
- Schirmer, Jan-Erik* (2015), *Das Körperschaftsdelikt*, Tübingen 2015.
- (2019), Von Mäusen, Menschen und Maschinen – Autonome Systeme in der Architektur der Rechtsfähigkeit, *JZ* 2019, 711–718.
- (2020), Metaphern und Menschenrechtshaftung im Konzern, in: Bachmann, Gregor, et al. (Hrsg.), *FS Windbichler*, Berlin/München/Boston 2020, 997–1014.
- (2021a), Klimahaftung und Kausalität – und es geht doch!, *JZ* 2021, 1099–1106.
- (2021b), Nachhaltigkeit in den Privatrechten Europas, *ZEuP* 2021, 35–63.
- Schirmer, Jan-Erik/Pauschinger, Philipp* (2020), Im Griff der Metapher – Eine (andere) Geschichte von juristischer Person und Dieselskandal, *AcP* 220 (2020), 211–233.
- Schlacke, Sabine, et al.* (2015), *Stärkung eines nachhaltigen Konsums im Bereich Produktnutzung durch Anpassungen im Zivil- und öffentlichen Recht*, Studie für das Umweltbundesamt, Dessau-Roßlau 2015.
- Schlosser, Johann Georg* (1789), *Briefe über die Gesetzgebung überhaupt, und den Entwurf des preussischen Gesetzbuchs insbesondere*, Frankfurt am Main 1789.
- Schmid, Christoph U.* (2010), *Die Instrumentalisierung des Privatrechts durch die Europäische Union: Privatrecht und Privatrechtskonzeptionen in der Entwicklung der Europäischen Integrationsverfassung*, Baden-Baden 2010.
- Schmidt, Eike* (1980), Von der Privat- zur Sozialautonomie, *JZ* 1980, 153–161.
- Schmidt, Hubert* (2022), § 323 Rücktritt wegen nicht oder nicht vertragsgemäß erbrachter Leistung, in: Hau, Wolfgang/Poseck, Roman (Hrsg.), *BeckOK BGB*, 62. Ed., München 2022.
- Schmidt, Katharina Isabel* (2017), Henry Maine’s “Modern Law”: From Status to Contract and Back Again?, *AJCL* 65 (2017), 145–186.

- Schmidt-Kötters, Thomas* (2019), § 5 BImSchG Pflichten der Betreiber genehmigungsbedürftiger Anlagen, in: Giesberts, Ludger/Reinhardt, Michael (Hrsg.), BeckOK Umweltrecht, 62. Ed., München 2019.
- Schmölders, Günter* (1961), Geschichte der Volkswirtschaftslehre, Wiesbaden 1961.
- Schneider, Birgit* (2018), Klimabilder, Berlin 2018.
- Schneider, Björn* (2019), Menschenrechtsbezogene Verkehrspflichten in der Lieferkette und ihr problematisches Verhältnis zu vertraglichen Haftungsgrundlagen – Über ein drohendes haftungsrechtliches Dilemma als Ergebnis der CSR-Debatte, NZG 2019, 1369–1379.
- (2022), Deliktische „Lieferkettenhaftung“ unter Geltung des Lieferkettensorgfaltpflichtengesetzes (LkSG), ZIP 2022, 407–418.
- Schneider, Uwe H.* (1996), Die Überlagerung des Konzernrechts durch öffentlich-rechtliche Strukturnormen und Organisationspflichten, ZGR 1996, 225–246.
- Schön, Wolfgang* (2007), Quellenforscher und Pragmatiker – Ein Schlusswort, in: Engel, Christoph/Schön, Wolfgang (Hrsg.), Das Proprium der Rechtswissenschaft, Tübingen 2007, 313–321.
- (2022), „Nachhaltigkeit“ in der Unternehmensberichterstattung, ZfPW 2022, 207–256.
- Schramm, Alexander* (2020), Privatrechtliche Wirkungen unternehmerischer Selbstverpflichtungen zur Einhaltung der Menschenrechte, Baden-Baden 2020.
- Schröder, Jan* (2012), Recht als Wissenschaft: Geschichte der juristischen Methodenlehre in der Neuzeit (1500–1933), 2. Aufl., München 2012.
- Schroeter, Ulrich G.* (2020), Risikoberichterstattung in der „nichtfinanziellen Erklärung“: Maßstab, Adressaten und gewährleistungsrechtliche Publizitätshaftung, in: Stefan, Grundmann, et al. (Hrsg.), FS Hopt, Berlin/Boston 2020, 1155–1170.
- Schubel, Christian* (2022), Die zweite Andienung des Verkäufers nach der Umsetzung der Warenkaufrichtlinie, JZ 2022, 73–82.
- Schubert, Claudia* (2013), Die Wiedergutmachung immaterieller Schäden im Privatrecht, Tübingen 2013.
- (2021), § 166 Willensmängel, Wissenszurechnung, in: Säcker, Franz-Jürgen, et al. (Hrsg.), Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, Band 1: Allgemeiner Teil, 9. Aufl., München 2021.
- Schubert, Werner* (1988), Volksgesetzbuch: Teilentwürfe, Arbeitsberichte und sonstige Materialien, Berlin/New York 1988.
- Schulin, Bertram* (1976), Der natürliche, vorrechtliche, Kausalitätsbegriff im zivilen Schadensersatzrecht, Berlin/Boston 1976.
- Schwab, Dieter* (2002), Gemeinsame elterliche Verantwortung – ein Schuldverhältnis?, FamRZ 2002, 1297–1303.
- (2019), Familienrecht, 27. Aufl., München 2019.
- Schwab, Sebastian* (2021), Historische Ambiguität und Recht, JZ 2021, 500–508.
- Schwartz, Paul M.* (2019), Global Data Privacy: The EU Way, N. Y. U. L. Rev. 94 (2019), 771–818.
- Schwartz, Victor E., et al.* (2011), Does the Judiciary Have the Tools for Regulating Greenhouse Gas Emissions?, Val. U. L. Rev. 46 (2011), 369–410.
- Schweitzer, Heike* (2020), Vertragsfreiheit, Marktregulierung, Marktverfassung: Privatrecht als dezentrale Koordinationsordnung, AcP 220 (2020), 544–586.
- Seibt, Christoph H.* (2016), CSR-Richtlinie-Umsetzungsgesetz: Berichterstattung über nichtfinanzielle Aspekte der Geschäftstätigkeit, DB 2016, 2707–2716.

- Seinecke, Ralf* (2017), Methode und Zivilrecht beim Begriffsjuristen Jhering (1818–1892), in: Rückert, Joachim/Seinecke, Ralf (Hrsg.), Methodik des Zivilrechts – von Savigny bis Teubner, 3. Aufl., Baden-Baden 2017, 148–176.
- Setzer, Joana/Vanhala, Lisa C.* (2019), Climate change litigation: A review of research on courts and litigants in climate governance, *Wiley Interdisciplinary Reviews: Climate Change* 10 (2019), e580.
- Shahab, Palvasha* (2021), Loss and Legibility: A Conversation with Saeeda Khatoun, in: Saage-Maaß, Miriam, et al. (Hrsg.), *Transnational Legal Activism in Global Value Chains: The Ali Enterprises Factory Fire and the Struggle for Justice*, Cham 2021, 15–23.
- Sharma, Upasna/Patt, Anthony* (2012), Disaster warning response: the effects of different types of personal experience, *Natural Hazards* 60 (2012), 409–423.
- Shavell, Steven* (1984), Liability for harm versus regulation of safety, *JLS* 13 (1984), 357–374.
- (2009), *Economic Analysis of Accident Law*, Cambridge/London 2009.
 - (2011), Corrective Taxation versus Liability as a Solution to the Problem of Harmful Externalities, *JLE* 54 (2011), S249–S266.
 - (2013), A Fundamental Enforcement Cost Advantage of the Negligence Rule over Regulation, *J. Legal Stud.* 42 (2013), 275–302.
- Shiller, Robert J.* (2020), *Narrative Economics: How Stories Go Viral and Drive Major Economic Events*, Princeton/Oxford 2020.
- Shue, Henry* (2017), Responsible for what? Carbon producer CO₂ contributions and the energy transition, *Climatic Change* 144 (2017), 591–596.
- Shugar, Dan H., et al.* (2020), Rapid worldwide growth of glacial lakes since 1990, *Nature Climate Change* 10 (2020), 939–945.
- Sjåfjell, Beate/Richardson, Benjamin J.* (2015), *Company Law and Sustainability*, Cambridge 2015.
- Slater, Don* (1997), *Consumer Culture and Modernity*, Cambridge 1997.
- Snyder, David V.* (2019), The New Social Contracts in International Supply Chains, *Am. U.L. Rev.* 68 (2019), 1869–1932.
- Söllner, Fritz* (2012), *Die Geschichte des ökonomischen Denkens*, 3. Aufl., Berlin/Heidelberg 2012.
- Solomina, Olga N., et al.* (2016), Glacier fluctuations during the past 2000 years, *Quaternary Science Reviews* 149 (2016), 61–90.
- Solow, Robert M.* (1974), Intergenerational Equity and Exhaustible Resources, *The Review of Economic Studies* 41 (1974), 29–45.
- Somek, Alexander* (2020), Kategoriale Unterscheidung von Öffentlichem Recht und Privatrecht?, in: *Vereinigung der Deutschen Staatsrechtslehrer (Hrsg.), Öffentliches Recht und Privatrecht (VVDStRL 79)*, Berlin/Boston 2020, 7–42.
- Somos-Valenzuela, Marcelo A., et al.* (2016), Modeling a glacial lake outburst flood process chain: the case of Lake Palcacocha and Huaraz, Peru, *Hydrol. Earth Syst. Sci.* 20 (2016), 2519–2543.
- Sonde, Stephan Lars* (2016), *Das kaufrechtliche Mängelrecht als Instrument zur Verwirklichung eines nachhaltigen Konsums*, Kassel 2016.
- Sorensen, John H.* (2000), Hazard Warning Systems: Review of 20 Years of Progress, *Natural Hazards Review* 1 (2000), 119–125.
- Sosnitza, Olaf* (2016), § 5 Irreführende geschäftliche Handlungen, in: *Ohly, Ansgar/Sosnitza, Olaf (Hrsg.), Kommentar UWG*, 7. Aufl., München 2016.

- Spier, Jaap* (2017), The Oslo Principles and the Enterprises Principles: Legal Strategies to Come to Grips with Climate Change, *JETL* 8 (2017), 218–237.
- Spindler, Gerald* (2008), Kausalität im Zivil- und Wirtschaftsrecht, *AcP* 208 (2008), 283–344.
- (2011), Unternehmensorganisationspflichten, Göttingen 2011.
 - (2022a), § 823 Schadensersatzpflicht, in: Gsell, Beate, et al. (Hrsg.), *BeckOGK Zivilrecht*, München 2022.
 - (2022b), § 830 Mittäter und Beteiligte, in: Hau, Wolfgang/Poseck, Roman (Hrsg.), *BeckOK BGB*, 62. Ed., München 2022.
 - (2022c), Der Vorschlag einer EU-Lieferketten-Richtlinie, *ZIP* 2022, 765–777.
 - (2022d), Verantwortlichkeit und Haftung in Lieferantketten – das Lieferketten-sorgfaltspflichtengesetz aus nationaler und europäischer Perspektive, *ZHR* 186 (2022), 67–124.
- Spitzer, Martin/Burtscher, Bernhard* (2017), Liability for Climate Change: Cases, Challenges and Concepts, *JETL* 8 (2017), 137–176.
- Stark, Alexander* (2020), Interdisziplinarität der Rechtsdogmatik, Tübingen 2020.
- Stark, Johanna* (2019), *Law for Sale*, Oxford 2019.
- Statista* (2020), Unternehmenslandschaft in Deutschland, Hamburg 2020.
- (2021a), Fairtrade in Deutschland, Hamburg 2021.
 - (2021b), Getränkehandel in Deutschland, Hamburg 2021.
 - (2021c), KiK-Kunden, Hamburg 2021.
- Statistisches Bundesamt* (2019), Statistisches Jahrbuch, Wiesbaden 2019.
- Steindorff, Ernst* (1996), *EG-Vertrag und Privatrecht*, Baden-Baden 1996.
- Stern, Nicholas* (2007), *The Economics of Climate Change: The Stern Review*, Cambridge 2007.
- Stigler, George J.* (1971), The Theory of Economic Regulation, *The Bell Journal of Economics and Management Science* 2 (1971), 3–21.
- Stöbener de Mora, Patricia/Noll, Paul* (2021), Grenzenlose Sorgfalt? – Das Lieferketten-sorgfaltspflichtengesetz (Teil 2), *NZG* 2021, 1285–1292.
- Stöber, Michael* (2021), § 441 Minderung, in: Gsell, Beate, et al. (Hrsg.), *BeckOGK Zivilrecht*, München 2021.
- Stoll, Hans* (1976), Haftungsverlagerung durch beweisrechtliche Mittel, *AcP* 176 (1976), 145–196.
- Stuart-Smith, Rupert F., et al.* (2021a), Filling the evidentiary gap in climate litigation, *Nature Climate Change* 11 (2021), 651–655.
- Stuart-Smith, Rupert F., et al.* (2021b), Increased outburst flood hazard from Lake Palcacocha due to human-induced glacier retreat, *Nature Geoscience* 14 (2021), 85–90.
- Sturm, Bodo/Vogt, Carla* (2018), *Umweltökonomik*, Berlin/Heidelberg 2018.
- Sunstein, Cass R.* (1996), On the Expressive Function of Law, *U. Pa. L. Rev.* 144 (1996), 2021–2053.
- Supran, Geoffrey/Oreskes, Naomi* (2017), Assessing ExxonMobil’s climate change communications (1977–2014), *Environmental Research Letters* 12 (2017), 084019.
- (2020), Addendum to ‘Assessing ExxonMobil’s climate change communications (1977–2014)’ Supran and Oreskes (2017 *Environ. Res. Lett.* 12 084019), *Environmental Research Letters* 15 (2020), 119401.
- Sutherland, Philip* (2017), Obligations to Reduce Emissions: From the Oslo Principles to Enterprises, *JETL* 8 (2017), 177–216.
- Sykes, Alan O.* (2012), Corporate Liability for Extraterritorial Torts Under the Alien Tort Statute and Beyond: An Economic Analysis, *Geo. L.J.* 100 (2012), 2161–2210.

- Terwindt, Carolijn, et al.* (2018), Supply Chain Liability: Pushing the Boundaries of the Common Law?, *JETL* 8 (2018), 261–296.
- Teubner, Gunther* (1982), Reflexives Recht: Entwicklungsmodelle des Rechts in vergleichender Perspektive, *ARSP* 68 (1982), 13–59.
- (1984), Das regulatorische Trilemma, *Quaderni fiorentini* 13 (1984), 109–149.
 - (1989), Recht als autopoietisches System, Frankfurt am Main 1989.
 - (1996), Globale Bukowina. Zur Emergenz eines transnationalen Rechtspluralismus, *Rechtshistorisches Journal* (1996), 255–290.
 - (1998), Nach der Privatisierung? Diskurskonflikte im Privatrecht, *ZfRSoz* 19 (1998), 8–36.
 - (2000), Ein Fall von struktureller Korruption?, *KritV* 83 (2000), 388–404.
 - (2008), State Policies in Private Law? A Comment on Hanoch Dagan, *AJCL* 56 (2008), 835–844.
 - (2011a), *Networks as Connected Contracts*, London 2011.
 - (2011b), Self-Constitutionalizing TNCs? On the Linkage of ‚Private‘ and ‚Public‘ Corporate Codes of Conduct, *IJGLS* 18 (2011), 617–638.
 - (2015), Rechtswissenschaft und -praxis im Kontext der Sozialtheorie, in: Grundmann, Stefan/Thiessen, Jan (Hrsg.), *Recht und Sozialtheorie im Rechtsvergleich*, Tübingen 2015, 141–164.
- Tey, Yeong Sheng, et al.* (2018), Factors influencing willingness to pay for sustainable apparel: A literature review, *Journal of Global Fashion Marketing* 9 (2018), 129–147.
- Thiessen, Jan* (2004), Das unsoziale BGB – vertraute Bilder und neue Zweifel, in: Peer, Gundula Maria/Wolfgang, Faber (Hrsg.), *Die soziale Dimension des Zivilrechts: Zivilrecht zwischen Liberalismus und sozialer Verantwortung*, Stuttgart 2004, 29–50.
- (2017), In neuer Gesellschaft? Handels- und Gesellschaftsrecht in der Berliner Republik, in: Duve, Thomas/Ruppert, Stefan (Hrsg.), *Rechtswissenschaft in der Berliner Republik*, Berlin 2017, 608–663.
- Thomale, Chris/Hübner, Leonhard* (2017), Zivilgerichtliche Durchsetzung völkerrechtlicher Unternehmensverantwortung, *JZ* 2017, 385–397.
- Thomas, Christopher/Pontón-Núñez, Antonio* (2022), Automating Judicial Discretion: How Algorithmic Risk Assessments in Pretrial Adjudications Violate Equal Protection Rights on the Basis of Race, *Minnesota Journal of Law & Inequality* 40 (2022), 371–407.
- Thöne, Meik* (2022), Klimaschutz durch Haftungsrecht – vier Problemkreise, *ZUR* 2022, 323–333.
- Thorpe, Amelia* (2008), Tort-Based Climate Change Litigation and the Political Question Doctrine, *J. Land Use & Env'tl. L.* 24 (2008), 79–106.
- Tiller, Sebastian* (2005), *Gewährleistung und Irreführung*, München 2005.
- Tonner, Klaus* (2020), § 651n Schadensersatz, in: Säcker, Franz-Jürgen, et al. (Hrsg.), *Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, Band 6: Schuldrecht Besonderer Teil III*, 8. Aufl., München 2020.
- Träger, Marion* (2017), *Methode und Zivilrecht bei Joachim Wieacker (1908–1994)*, in: Rückert, Joachim/Seinecke, Ralf (Hrsg.), *Methodik des Zivilrechts – von Savigny bis Teubner*, 3. Aufl., Baden-Baden 2017, 264–292.
- Tröger, Tobias* (2012), *Arbeitsteilung und Vertrag*, Tübingen 2012.
- Ulfbeck, Vibe/Ehlers, Andreas* (2019), Direct and vicarious liability in supply chains, in: Ulfbeck, Vibe, et al. (Hrsg.), *Law and Responsible Supply Chain Management: Contract and Tort Interplay and Overlap*, London 2019, 131–145.

- Ulrich, Bernhard (1995), The history and possible causes of forest decline in central Europe, with particular attention to the German situation, *Environmental Reviews* 3 (1995), 262–276.
- Umweltbundesamt (2020), Analysen zum direkten und indirekten Carbon-Leakage-Risiko europäischer Industrieunternehmen, Dessau-Roßlau 2020.
- (2021), 25 Jahre Umweltbewusstseinsforschung im Umweltressort – Langfristige Entwicklungen und aktuelle Ergebnisse, Dessau-Roßlau 2021.
- Union of Concerned Scientists (2007), *Smoke, Mirrors & Hot Air – How ExxonMobil Uses Big Tobacco’s Tactics to “Manufacture Uncertainty” on Climate Change*, Cambridge 2007.
- United Nations (1992), Agenda 21 – Konferenz der Vereinten Nationen für Umwelt und Entwicklung, Rio de Janeiro 1992.
- (2015), *Transforming our World: The 2030 Agenda for Sustainable Development*, New York 2015.
- United Nations/DGCN, *Geschäftsstelle Deutsches Global Compact Netzwerk* (2011/2014), Leitprinzipien für Wirtschaft und Menschenrechte (deutsche Übers.), Berlin 2011/2014.
- Van Dijck, Gijs (2019), Tort Law and Greenhouse Gas Emission Reductions, in: Akkermans, Bram/Van Dijck, Gijs (Hrsg.), *Sustainability and Private Law*, Den Haag 2019, 117–129.
- Vanhala, Lisa/Kinghan, Jacqui (2018), Literature review on the use and impact of litigation, The Public Law Project (PLP) Research Paper (2018), 1–25.
- Verheyen, Roda/Franke, Johannes (2021), Deliktsrechtlich begründete CO₂-Reduktionspflichten von Privatunternehmen, *ZUR* 2021, 624–632.
- Viscusi, W. Kip (1999), The Governmental Composition of the Insurance Costs of Smoking, *JLE* 42 (1999), 575–610.
- Viscusi, W. Kip/Moore, Michael J. (1993), Product Liability, Research and Development, and Innovation, *JPE* 101 (1993), 161–184.
- Vogel, David (1995), *Trading Up: Consumer and Environmental Regulation in a Global Economy*, Cambridge 1995.
- (1997), Trading up and governing across: transnational governance and environmental protection, *Journal of European Public Policy* 4 (1997), 556–571.
- (2010), The Private Regulation of Global Corporate Conduct: Achievements and Limitations, *Business & Society* 49 (2010), 68–87.
- Vuille, Mathias, et al. (2018), Rapid decline of snow and ice in the tropical Andes – Impacts, uncertainties and challenges ahead, *Earth-Science Reviews* 176 (2018), 195–213.
- Vuille, Mathias, et al. (2015), Impact of the global warming hiatus on Andean temperature, *Journal of Geophysical Research: Atmospheres* 120 (2015), 3745–3757.
- Wagner, Adolph (1892), *Grundlegung der politischen Ökonomie, Erster Theil*, Leipzig 1892.
- (1894), *Grundlegung der politischen Ökonomie, Zweiter Theil*, Leipzig 1894.
- Wagner, Gerhard (1989), *Öffentlich-rechtliche Genehmigung und zivilrechtliche Rechtswidrigkeit*, Köln 1989.
- (1991), Wesentlichkeit gleich Erheblichkeit? Zur Harmonisierung von öffentlichem und privatem Nachbar- und Immissionsschutzrecht, *NJW* 1991, 3247–3251.
- (1992), Umweltschutz mit zivilrechtlichen Mitteln, *NuR* 1992, 201–210.
- (2004), Ersatz immaterieller Schäden: Bestandsaufnahme und europäische Perspektiven, *JZ* 2004, 319–331.
- (2006), Prävention und Verhaltenssteuerung durch Privatrecht – Anmaßung oder legitime Aufgabe?, *AcP* 206 (2006), 352–476.

- (2008), Proportionalhaftung bei mehreren möglichen Schadensursachen, in: Eger, Thomas, et al. (Hrsg.), FS Schäfer, Wiesbaden 2008, 193–206.
 - (2010), Materialisierung des Schuldrechts unter dem Einfluss von Verfassungsrecht und Europarecht – Was bleibt von der Privatautonomie?, in: Blaurock, Uwe/Hager, Günter (Hrsg.), Obligationenrecht im 21. Jahrhundert, Baden-Baden 2010, 13–84.
 - (2016), Haftung für Menschenrechtsverletzungen, *RabelsZ* 80 (2016), 717–782.
 - (2017), Privatrechtsdogmatik und ökonomische Analyse, in: Auer, Marietta, et al. (Hrsg.), FS Canaris, Berlin/Boston 2017, 281–318.
 - (2018), Zivilrechtswissenschaft heute, in: Dreier, Horst (Hrsg.), Rechtswissenschaft als Beruf, Tübingen 2018, 67–182.
 - (2020a), § 823 Schadensersatzpflicht/§ 830 Mittäter und Beteiligte, in: Säcker, Franz-Jürgen, et al. (Hrsg.), Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, Band 7: Schuldrecht Besonderer Teil IV, 8. Aufl., München 2020.
 - (2020b), Klimahaftung vor Gericht: Eine Fallstudie, München 2020.
 - (2021a), Haftung für Menschenrechtsverletzungen in der Lieferkette, *ZIP* 2021, 1095–1105.
 - (2021b), Klimaschutz durch Gerichte, *NJW* 2021, 2256–2263.
 - (2021c), Tort Law and Human Rights, in: Saage-Maaß, Miriam, et al. (Hrsg.), Transnational Legal Activism in Global Value Chains: The Ali Enterprises Factory Fire and the Struggle for Justice, Cham 2021, 209–233.
- Wagner, Gerhard/Arntz, Arvid* (2021), Liability for climate damages under the German law of torts, in: Kahl, Wolfgang/Weller, Marc-Philippe (Hrsg.), *Climate Change Litigation*, München 2021, 405–428.
- Wälde, Thomas* (1979), *Juristische Folgenorientierung*, Königstein 1979.
- Wandt, Manfred/Schwarz, Günter* (2022), *Gesetzliche Schuldverhältnisse*, 11. Aufl., München 2022.
- WCED, World Commission on Environment and Development* (1987), *Report of the World Commission on Environment and Development: Our Common Future*, New York 1987.
- Weart, Spencer R.* (2008), *The Discovery of Global Warming*, Cambridge 2008.
- Weaver, R. Henry/Kysar, Douglas A.* (2017), Courting Disaster: Climate Change and the Adjudication of Catastrophe, *Notre Dame L. Rev.* 93 (2017), 295–356.
- Wegener, Bernhard* (2019), Urgenda – Weltrettung per Gerichtsbeschluss?, *ZUR* 2019, 3–13.
- (2022), Menschenrecht auf Klimaschutz? Grenzen grundrechtsgestützter Klimaklagen gegen Staat und Private, *NJW* 2022, 425–431.
- Weiler, Frank* (2002), Haftung für Werbeangaben nach neuem Kaufrecht, *WM* 2002, 1784–1794.
- Weimann, Joachim* (1995), *Umweltökonomik: Eine theorieorientierte Einführung*, 3. Aufl., Berlin/Heidelberg 1995.
- Weinrib, Ernest J.* (2002), Poverty and property in Kant's system of rights, *Notre Dame L. Rev.* 78 (2002), 795–828.
- (2012), *The Idea of Private Law*, Oxford 2012.
 - (2015), Causal Uncertainty, *Oxf. J. Leg. Stud.* 36 (2015), 135–164.
- Weisbach, David* (2012), Negligence, Strict Liability, and Responsibility for Climate Change, *Iowa L. Rev.* 97 (2012), 521–565.
- Weller, Marc-Philippe, et al.* (2016), Haftung deutscher Unternehmen für Menschenrechtsverletzungen im Ausland, *AcP* 216 (2016), 387–420.

- Weller, Marc-Philippe/Nasse, Laura (2020), Menschenrechtsarbitrage als Gefahrenquelle: Systemkohärenz einer Verkehrspflicht zur Menschenrechtssicherung in Lieferketten?, ZGR Sonderheft 2020, 107–136.
- Weller, Marc-Philippe, et al. (2021), Climate change litigation in Germany, in: Kahl, Wolfgang/Weller, Marc-Philippe (Hrsg.), *Climate Change Litigation*, München 2021, 378–404.
- Weller, Marc-Philippe/Tran, Mai-Lan (2021), Milieudéfense et al. versus Shell: Auswirkungen für Klimaklagen gegen deutsche Unternehmen, EurUP 2021, 342–356.
- Welzer, Harald (2017), *Das kommunikative Gedächtnis: Eine Theorie der Erinnerung*, 4. Aufl., München 2017.
- Wen, Xin, et al. (2019), Fashion retail supply chain management: A review of operational models, *International Journal of Production Economics* 207 (2019), 34–55.
- Wendehorst, Christiane (1999), *Anspruch und Ausgleich*, Tübingen 1999.
- (2021), Die neuen kaufrechtlichen Gewährleistungsregelungen – ein Schritt in Richtung unserer digitalen Realität, JZ 2021, 974–984.
- Westermann, Harm Peter (1991), Umwelthaftung im Konzern, ZHR 155 (1991), 223–246.
- (2019), § 434 Sachmangel, in: Säcker, Franz-Jürgen, et al. (Hrsg.), *Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, Band 4: Schuldrecht Besonderer Teil I*, 8. Aufl., München 2019.
- Westernhagen, Dörthe Willroth von (1988), Anton Menger (1841–1906). Sozialist, Naturrechtler, Weltverbesserer, in: *Kritische Justiz* (Hrsg.), *Streitbare Juristen*, Baden-Baden 1988, 81–91.
- Wieacker, Franz (1938), Richtermacht und privates Rechtsverhältnis. Eine Übersicht über den Stand der Problematik im Privatrecht, AÖR 68 (1938), 1–39.
- (1953), *Das Sozialmodell der klassischen Privatrechtsgesetzbücher und die Entwicklung der modernen Gesellschaft*, Karlsruhe 1953.
- (1958), *Gesetz und Richterkunst: Zum Problem der aussergesetzlichen Rechtsordnung*, Karlsruhe 1958.
- (1967), *Privatrechtsgeschichte der Neuzeit unter besonderer Berücksichtigung der deutschen Entwicklung*, 2. Aufl., Göttingen 1967.
- Wiesbrock, Anja/Sjåfjell, Beate (2014), The importance of Article 11 TFEU for regulating business in the EU, in: Sjåfjell, Beate/Wiesbrock, Anja (Hrsg.), *The Greening of European Business under EU Law*, London/New York 2014, 1–12.
- Wilhelmi, Rüdiger (2009), *Risikoschutz durch Privatrecht*, Tübingen 2009.
- Wilhelmsson, Thomas (2002), A Green Sales Law?, *Yearbook of New Zealand Jurisprudence* 6 (2002), 83–101.
- (2004), Varieties of Welfarism in European Contract Law, *European Law Journal* 10 (2004), 712–733.
- Wilke, Felix (2021), Das neue Kaufrecht nach Umsetzung der Warenkauf-Richtlinie, VuR 2021, 283–293.
- Windbichler, Christine (2007), Kausalität im Zivilrecht, in: BBAW (Hrsg.), *Kausalität: Streitgespräche in den Wissenschaftlichen Sitzungen der Versammlung der Berlin-Brandenburgischen Akademie der Wissenschaften am 9. Dezember 2005 und 5. Mai 2006*, Berlin 2007, 65–73.
- (2019), Publizierung und Corporate Governance, in: Bergmann, Alfred, et al. (Hrsg.), *FS Seibert*, Köln 2019, 1131–1148.
- Winkler, Adam (2018), *We the Corporations*, New York 2018.

- Winkler, Heinrich August* (2015), *Geschichte des Westens: Von den Anfängen in der Antike bis zum 20. Jahrhundert*, München 2015.
- Winkler, Viktor* (2014), *Der Kampf gegen die Rechtswissenschaft. Franz Wieackers „Privatrechtsgeschichte der Neuzeit“ und die deutsche Rechtswissenschaft des 20. Jahrhunderts*, Hamburg 2014.
- Witt, John Fabian* (2009), *The Accidental Republic*, Cambridge 2009.
- Wolke, Frank* (2022), § 4 TEHG Emissionsgenehmigung, in: Beckmann, Martin, et al. (Hrsg.), *Umweltrecht*, Band 1, 97. EL., München 2022.
- Worldbank* (2018), *Groundswell – Preparing for Internal Climate Migration*, Washington D.C. 2018.
- Zeidler, Sophie* (2022), *Klimahaftungsklagen*, Berlin 2022.
- Zimmer, Reingard* (2008), *Soziale Mindeststandards und ihre Durchsetzungsmechanismen: Sicherung internationaler Mindeststandards durch Verhaltenskodizes?*, Baden-Baden 2008.
- Zipursky, Benjamin C.* (1998), *Rights, Wrongs, and Recourse in the Law of Torts*, *Vand. L. Rev.* 51 (1998), 1–100.
- Zöllner, Wolfgang* (1988), *Zivilrechtswissenschaft und Zivilrecht im ausgehenden 20. Jahrhundert*, *AcP* 188 (1988), 85–100.
- Zweigert, Konrad/Kötz, Hein* (1984), *Einführung in die Rechtsvergleichung auf dem Gebiete des Privatrechts*, 2. Aufl., Tübingen 1984.
- Zwiffelhofer, Lara* (2020), *Die Figur des Durchschnittsmenschen im Verwaltungsrecht*, Tübingen 2020.

Sachregister

- Allmendeproblem *siehe* tragedy of the commons
- Amtshaftung 99 ff., 184, 372, 420
- Anlass für Bipolarität 102 ff.
- und Klimahaftung 122 ff.
 - und Lieferkettenverantwortlichkeit 278 ff.
- Ausgleichende Gerechtigkeit 58 ff., 75 ff.
- Begriffsjurisprudenz 42 ff., 47 ff.
- Benomyl-Entscheidung 201 ff., 229 ff.
- Brundtland-Bericht 15 ff., 171 ff., 301 ff.
- Brundtland-Konzept *siehe* Nachhaltigkeitskonzept
- Brussels Effect *siehe* California Effect
- California Effect 378 ff., 385
- carbon leakage 385 ff.
- cheapest cost avoider 92, 159, 240
- civil recourse theory 109 ff., 410, 416 f.
- corrective justice theory 56, 58 ff., 75 ff., 328 f.
- Derosal-Entscheidung 201 ff., 218, 229 ff., 232 ff.
- Diskontierung 21 f., 24 ff.
- Diskurstheorie 76 ff., 81, 88, 104 ff.
- Dogmatik 113 f.
- drama between plaintiff and defendant 84, 104 ff., 124, 402 ff., 417 f.
- Effizienz 18 ff.
- vs. Nachhaltigkeit 24 ff.
 - und Privatrecht 83 ff.
 - des VSD 92
 - der Produzentenhaftung 95 ff.
 - der Klimahaftung 156 ff.
 - der Lieferkettenverantwortlichkeit 287 ff.
- Ehestörung 97 ff., 101 ff., 372
- Emissionshandelssystem 20, 157 f., 209 ff., 372 ff.
- Emissionssteuer 20, 157 f., 372
- EPA-Fall 197, 404 f., 420
- Erster Entwurf BGB 1, 11, 45 ff.
- Forumsinkompatibilität 103 ff.
- von Klimahaftung bzw. Lieferkettenverantwortlichkeit 390 ff.
- Germanisten 36 ff., 42 ff.
- Historische Schule 69 ff., 78 ff.
- Hühnerpest-Entscheidung 96, 163, 219
- Interessenjurisprudenz 42, 47 ff.
- iustitia commutativa *siehe* ausgleichende Gerechtigkeit
- iustitia distributiva *siehe* Verteilungsgerechtigkeit
- judicial self restraint 394 ff.
- KiK-Fall 8, 274 ff.
- Sachverhalt 274 ff.
 - rechtliche Bewertung 304 ff.
- Kindertee-Komplex 201 ff., 230 ff., 241 ff.
- Kivalina-Fall 125, 170, 396
- Klageanreize 407 ff.
- Klimabeschluss BVerfG 2, 128, 193, 373, 406 f.
- Klimahaftung 119 ff.
- Begrifflichkeiten 121 f.
 - bereits angelegte Klimaschäden 148 ff., 224, 386
 - noch nicht angelegte Klimaschäden 150 ff., 224, 388
 - Beweiswürdigung 180 ff.

- Quantifizierung 191 ff.
- öffentlich-rechtliche Legalisierung 209 ff., 261 ff.
- Warnung 226 ff.
- Schadensvermeidung 154 ff., 217 ff.
- Moral 164 ff.
- Carbon Majors 129 ff., 151, 162 ff., 195 ff.
- internationales Privatrecht 175 f., 376 ff.
- Klimawandel
 - Naturwissenschaftlicher Hintergrund 128 ff.
 - Forschungsgeschichte 164 ff., 189 ff., 198 f.
 - Restunsicherheit 145 f.
 - Strahlungsantrieb (radiative forcing) 128 ff., 148 ff.
 - IPCC 20 ff., 127 ff., 408 ff.
 - slow onset-Phänomene 122, 147 ff., 169 ff., 233 ff.
 - Extremereignisse 122, 168 f., 235
 - Erdsystemmodell 129 ff., 188
 - Attributionsstudie 130, 137, 192 f.
 - glacial lake outburst flood (GLOF) 132 ff., 140 ff., 191 ff., 386
- Konzernhaftung 205 ff., 254 ff.
- Kosten-Nutzen-Analyse 19 ff., 220 ff.
- Kupolofen-Urteil 211, 214 ff., 225 ff.
- Kyoto-Protokoll 27, 372 f.

- Lauterkeitsrecht 321 ff.
- law as narrative 6, 170 ff., 300 f., 417 f.
- Learned-Hand-Formel 92, 159 ff., 220 ff., 259
- Lieferkettensorgfaltspflichtengesetz (LkSG) 164, 277, 283, 331 ff., 351, 375
- Lieferkettenverantwortlichkeit 274 ff.
 - Begrifflichkeiten 277
 - ausproduzierte Waren 339 ff.
 - fortlaufend produzierte Waren 341 ff.
 - Enttäuschungsschaden 280, 298 ff.
 - identity harm 298 ff., 358 ff.
 - immaterieller Schaden 358 ff.
 - Durchschnittskäufer 310 ff.
 - Vertrags- und Fachhandel 334 ff., 352 ff.
 - merkantiler Minderwert 347 ff.
 - gedeckelter Verhältnisansatz 362 ff.
- Wettbewerbsnachteil 289 f., 303, 385
- Moral 293 ff.
- trading up-Effekt 280 ff.
- ethischer Konsum 284 ff., 326 ff.
- internationales Privatrecht 276, 289 ff., 378

- Materialisierung 52 f.
- Monismus 74 ff., 78 ff.

- Nachhaltigkeitskonzept 10 f., 15 ff., 18 ff.
 - und Klimahaftung 171 ff.
 - und Lieferkettenverantwortlichkeit 301 ff.
- Nachhaltigkeitsprinzip 2, 14
- Nachhaltigkeitsresponsive Bipolaritätskonstruktion
 - Begriff 117 f.
 - Anwendungsbeispiele 119 ff.
- NS-Jurisprudenz 48 ff.

- Paris-Agreement *siehe* Übereinkommen von Paris
- policy cycle 107 f., 417 f.
- Prävention
 - durch Klimahaftung 147 ff.
 - durch Lieferkettenverantwortlichkeit 278 ff.
- Privatautonomie 33 ff.
- Produktionshaftung 225 ff.
- Produzentenhaftung 89 ff., 102 ff., 123 f., 169 ff., 201 ff., 225 ff., 399 ff.

- Reich der Freiheit 5, 35 f., 54 ff., 114
- Responsive Bipolarität
 - Herleitung 82 ff.
 - Beispiele 89 ff.
 - Positivmerkmale 102
 - Negativmerkmale 103
 - Anna-Karenina-Prinzip 103 f.
 - Synthese 112 ff.
 - Dauerbaustelle Privatrecht 114 ff., 416 ff.
- Responsivität 3 ff.
 - Responsive Rechtswissenschaft 3 ff.
 - Responsive Privatrechtswissenschaft 80 ff., 89, 407, 425 f.
- Richterliches Know-how 404 ff.

- Romanisten 36 ff., 42 ff.
 RWE-Fall 8, 119 ff.
 – Sachverhalt 119 ff.
 – erstinstanzliches Urteil 121, 125 ff., 147, 161 ff.
 – rechtliche Bewertung 174 ff.
- Salzfall 93 ff., 105 ff.
 Scharlachfall 91 ff., 114, 406, 419
 Schuldrechtsmodernisierung 306 f., 347
 Singularität 298 ff., 358 ff.
 Soziale Frage 2, 11, 35, 44 ff., 53 f., 425
 specific private point of view 81 f., 425 f.
 Staatshaftung *siehe* Amtshaftung
 Stern-Report 19 f., 221
 strictly legal point of view 7, 78 f.
 Strukturelle Unterkomplexität 103 ff.
 – von Klimahaftung bzw. Lieferkettenverantwortlichkeit 371 ff.
 Substituierung 22 ff., 24 ff.
 summierte Immissionen *siehe* Waldschadensurteil
 Sustainable Development Goals (SDGs) 16, 171 f., 303
 sustainable development *siehe* Nachhaltigkeitskonzept
 Systemtheorie 4 f., 76 f.
- taugliche Anknüpfung 102 ff.
 – von Klimahaftung 174 ff.
 – von Lieferkettenverantwortlichkeit 304 ff.
- Tauschgerechtigkeit *siehe* ausgleichende Gerechtigkeit
 TEHG *siehe* Emissionshandelssystem
 tobacco litigation 108 f., 391 f.
 tragedy of the commons 371 ff.
 Tragfähigkeitserhalt 25 ff.
 Tuberkulosefall 90 ff., 169
- Übereinkommen von Paris 26 ff., 119, 150, 211
 Umwelthaftung 151, 209 ff., 225 ff.
 UN-Leitprinzipien für Wirtschaft und Menschenrechte 301 f., 373
- Verfassungsrecht 4, 14, 71 ff., 88 f., 392 f.
 Verlagerungseffekt 290, 384 ff.
 Vermutung hinweisgerechten Verhaltens 242 ff.
 Verteilungsgerechtigkeit
 – und Nachhaltigkeitskonzept 27 ff.
 – im Privatrecht 57 ff.
 – bei Aristoteles 59 ff.
 Vertrag mit Schutzwirkung zugunsten Dritter (VSD) 90 ff., 102 f., 108 ff., 169 ff., 399 ff.
 Vertrauenseigenschaften 290 ff.
- Waldschadensurteil 183 ff., 200 ff., 265 ff., 398 f.
 Warenkaufrichtlinie 307 ff., 332 ff., 342 ff.
 Wettbewerbsrecht *siehe* Lauterkeitsrecht
 Wissenszurechnung 351 ff.