

Gerd Winter

Armando Carvalho et alii versus Europäische Union: Rechtsdogmatische und staatstheoretische Probleme einer Klimaklage vor dem Europäischen Gericht

Weltweit gibt es viele Klagen gegen, zunehmend aber auch solche für Klimaschutzmaßnahmen. Eine neue pro Klimaschutz ist die Klage von Carvalho und anderen gegen die EU. Die Kläger machen geltend, dass die Union die Emissionen von Treibhausgasen nicht so streng begrenze, wie dies grundrechtlich und völkerrechtlich gefordert sei. Der Beitrag fasst zusammen, wer gegen wen klagt, welches die Streitgegenstände sind, welche Anträge gestellt werden, welchen Inhalt das einschlägige höherrangige Recht hat und welche Zulässigkeitshürden zu nehmen sind. Auf einer allgemeineren Ebene der Gewaltenteilungslehre erörtert er, ob Klimaschutz eine Domäne der Politik oder auch Sache der Justiz ist.

Schlagworte: Klimaklagen, Klagebefugnis vor dem EuG, Grundrechte auf Klimaschutz, Pariser Übereinkommen, Emissionsbudgets

A. Einführung

Die mittlerweile Hunderte von Klagen für mehr Klimaschutz lassen sich in „horizontale“ und „vertikale“ Streitigkeiten einteilen. Horizontale finden zwischen Privaten, insbesondere zwischen Opfern und Unternehmen, statt, wie z.B. in *Lliuya v RWE* wegen Kostenbeteiligung an Maßnahmen der Anpassung an Klimaänderungen. Vertikale werden von Privaten gegen Hoheitsträger erhoben, wie z.B. in *Urgenda v Niederlande* und *Kelsy v US Regierung* wegen strengerer Emissionsreduktion, oder umgekehrt von Hoheitsträgern gegen Unternehmen, wie in *New York City v BP, Chevron, Conoco, Exxon und Shell* wegen Ersatzes von Klimaschäden. Ein dritter Typus sind Streitigkeiten zwischen öffentlichen Institutionen untereinander, wie etwa im Fall *Massachusetts v US Environmental Protection Agency* wegen Regulierung der Emissionen von Kraftfahrzeugen.¹

Eine Klage des vertikalen Typus ist diejenige von Armando Carvalho und anderen vor dem Europäischen Gericht, auch *Peoples Climate Case* genannt.² Sie richtet sich nicht wie viele vergleichbare Klagen gegen einen Staat, sondern gegen eine Region – die Europäische Union. Der Beitrag führt vor Augen, wie die prozessualen und sachlichen Hürden, die die gängige Rechtsprechung aufbaut, überwunden werden können.³ Die Klage ist von der Überzeugung der Kläger getragen, dass, wenn die Union eine Regelungskompetenz wie die des Klimaschutzes in Anspruch nimmt, sie diese auch im Einklang mit den Grundrechten ausfüllen muss. Im gegenwärtigen Streit um Konzepte der EU plädiert sie also nicht für weniger, sondern für mehr Union.

B. Klimaphysikalischer Hintergrund

Anlass der Klage sind die Veränderungen des Klimas und ihre Folgen für die Biosphäre, die das menschliche Leben trägt. Der Stand der Wissenschaft⁴ ist kurz zusammengefasst Folgender: Aus unterschiedlichen Quellen, vor allem der Verbrennung fossiler Brennstoffe, werden viel mehr Treibhausgase (THG) emittiert, als vom Natursystem (Vegetation, Ozeane etc.) absorbiert werden; die Gase konzentrieren sich zunehmend in der Atmosphäre; sie verbleiben dort für Jahrhunderte (CO₂) oder einige Jahre (z.B. Methan), werden also nicht aus der Luft abgerechnet (wie z.B. SO₂) oder in ihr kurzfristig abgebaut; sie bewirken eine Aufwärmung der Atmosphäre, die seit Anfang der Industrialisierung (ca. 1870) im globalen Durchschnitt fast 0,87° C, regional (z.B. Arktis, Subsahara) bis zu 2°–3° C beträgt⁵; die Aufwärmung wird durch Sekundäreffekte wie die Verringerung von Albedo weiter gesteigert; sie hat systemare Wirkungen, indem sie das thermo-haline System der Ozeane und die atmosphärische Windzirkulation verändert, was zur Zunahme von Wetterextremen führt; sie dehnt den Wasserkörper aus, so dass der Meeresspiegel steigt; all dies schädigt auf vielfältige Weise die Lebensbedingungen von Mensch und Natur.

- 1 Vgl. *UNEP, The Status of Climate Change Litigation – A Global Review*, 2017. Neuerer Überblick in *Greenpeace*, Factsheet: Klimaklagen Weltweit, www.greenpeace.de, und bei *Wegener, Urgenda – Weltrettung per Gerichtsbeschluss? Klimaklagen testen die Grenzen des Rechtsschutzes*, ZUR 2019, 3-13. Zu *New York v Ölgesellschaften* s. die Berufungsschrift gegen die erstinstanzliche Abweisung auf www1.nyc.gov/assets/law/downloads/pdf/City%20v%20BP%20Appellant%20Brief.pdf.
- 2 Sie ist dokumentiert auf der website www.peoplesclimatecase.can-europe.org. Die englischsprachige Klageschrift und Gegenerwiderung sind die Originaltexte. Die deutschen Versionen wurden mit dem Programm DeepIPro übersetzt und nur grob korrigiert. Die Klage wird von der Hamburger Anwältin Roda Verheyen, dem Londoner Barrister Hugo Leith und dem Verfasser dieses Beitrags vertreten und wurde von ihnen gemeinsam entworfen, mit Anregungen der Professoren Ludwig Krämer, Madrid, Eckard Rehbinder, Universität Frankfurt/M. und Peter Sand, Universität München, RA Dennis van Berkel, Amsterdam sowie unter Assistenz von Michael Stadermann und Kristian Poppinga, Uni Bremen sowie Caterina Freytag, Germanwatch Bonn. In klimawissenschaftlicher Hinsicht haben Stefan Rahmstorf und Daniel Klöngfeld, Potsdam Institut für Klimafolgenforschung, sowie Carl-Friedrich Schlessner und Yann Robiou du Pont, Climate Analytics, Anregungen gegeben und Beiträge geleistet. Die Umweltverbände *Protect the Planet*, *Germanwatch* und *Climate Action Network Europe* unterstützen die Klage kommunikativ und finanziell. Die Klage hat die Fallnummer T-330/18.
- 3 Soweit der Verfasser den Klagevortrag wiedergibt, benutzt er die indirekte Rede. Beschreibungen und die Klage ergänzende rechtliche Ausführungen stehen im Indikativ.
- 4 Zusammengefasst aus *IPCC, Climate Change 2014, Synthesis Report 2015; IPCC, Global Warming of 1.5°C*, 2018.
- 5 *IPCC, Global Warming* (Fn. 4), Kap. 3.3.1 (S. 186).

C. Kläger, Beklagte und Verfahrensstand

Es klagen neun Familien und ein Verband, der Mitglieder von weiteren Familien umfasst. Die Familien sind in der mittelständischen Land- und Tourismuswirtschaft tätig, d.h. in Berufsfeldern, die die Folgen des Klimawandels direkter spüren als Stadtbewohner und andere Wirtschaftszweige. Sie haben Kinder, so dass auch die Zukunft der Lebensbedingungen thematisch wird. Sie leben in Nordschweden, an der deutschen Nordseeküste, in Südportugal und Südfrankreich, in den italienischen Alpen und den rumänischen Karpaten sowie in Nordkenia und auf der Fidchi-Insel Vanua Levu. Ihre Risiko- und Schädigungslagen repräsentieren die hauptsächlichen Folgen des Klimawandels. Diese sind, auf die Wasserverfügbarkeit bezogen: zu wenig Wasser (Dürren bis hin zu Wüstenbildung), zu viel Wasser (Meeresspiegelanstieg, Zunahme von Häufigkeit und Stärke von Sturmfluten) und zu warmes Wasser (Gletscherschmelze, Verharschung des Schnees). Hinzu kommen Perioden großer Hitze. Die wirtschaftlichen Schäden der Kläger sind nachgewiesen. Dass sie vom anthropogenen Klimawandel verursacht wurden, wird jeweils durch klimawissenschaftliche Expertise belegt und von den Beklagten bisher nicht bestritten.

Die Klage richtet sich gegen das Europäische Parlament und den Rat der EU als gesetzgebende Organe.

Die Klage wurde innerhalb der Zweimonatsfrist nach Bekanntmachung der angegriffenen Rechtsakte⁶ Ende Mai 2018 eingereicht und im August 2018 mit dem Aktenzeichen T-330/18 bekanntgemacht.⁷ Die Beklagten beantworteten die Klage innerhalb einer neuen Zweimonatsfrist, beschränkten sich aber auf die Frage der Zulässigkeit der Klage; die Kläger erwiderten darauf innerhalb eines weiteren Monats.⁸ Zulassung als Streit Helfer haben die Verbände Climate Action Network Europe und Arbeitsgemeinschaft bäuerliche Landwirtschaft auf Klägerseite und die Kommission auf Beklagtenseite beantragt.

D. Streitgegenstand

Streitgegenstand ist die Vereinbarkeit von drei Rechtsakten der EU mit höherrangigem Recht. Diese Rechtsakte regeln die Emission von Treibhausgasen aus unterschiedlichen Quellen in den Jahren 2021–2030 und setzen insgesamt das Ziel, dass die jährlichen Emissionen in der genannten Dekade um 40 Prozent, bezogen auf die Emissionen von 1990, reduziert werden müssen. Die Reduktion um 40 Prozent ist eine Gesamtquote, die auf drei Hauptquellen ausdifferenziert wird. Die drei Rechtsakte sind die Folgenden:

- Die „ETS“⁹-Richtlinie (EU) 2018/410: Sie gilt für große Emittenten, insbesondere die Stromerzeugung aus fossilen Brennstoffen, und unterwirft sie einem System aus Kappung, Zuweisung und Handel von Emissionsrechten. Die Reduktionsquote dieses Sektors beträgt 43 Prozent. Rechtstechnisch ergibt sich dies aus Art. 9 (2) der RL, nach dem die jährlich verfügbare Emissionsmenge ab 2021 um jährlich 2,2 Prozent abnimmt.
- Die „ES“¹⁰-Verordnung (EU) 2018/842: Sie gilt für mittlere und kleinere Emittenten aus u.a. Industrie, Verkehr, Gebäuden, Landwirtschaft und Abfallwirtschaft. Die Reduktions-

quote des Sektors beträgt 30 Prozent. Dies ergibt sich aus Art. 4 mit Anhang 1 der VO, wonach für jeden Mitgliedstaat eine (je nach wirtschaftlicher Stärke unterschiedliche) Zielquote für 2030 gesetzt wird; diese ist durch jährlich verfügbare Emissionsmengen zu erreichen, welche sich je Mitgliedstaat ab dem Durchschnitt seiner Emissionen von 2016–2018 linear vermindern.

- Die „LULUCF“¹¹-Verordnung (EU) 2018/841: Sie gilt für Landnutzungsänderungen, die zu Emissionen (z.B. Abholzung und Verbrennen des Holzes) oder zum Verlust von Senken für Treibhausgase (z.B. Umwandlung von Grünland in Ackerland) führen. Die Zielquote beträgt nach Art. 4 der VO Null Nettoemission, d.h. ein Ausgleich zwischen Emissionen und Absorption durch Senken. Sie gilt für jedes Jahr bereits ab 2021 und bis 2029. Soweit in einem Mitgliedstaat mehr Treibhausgase aus der Atmosphäre in Senken abgebaut werden als durch Landnutzungsänderung neu emittiert werden, kann der Überschuss in den ES-Sektor des Mitgliedstaats übertragen und dort emissionsmindernd angesetzt werden, wobei jedoch eine spezifische Deckelung je Mitgliedstaat sowie eine Gesamtdeckelung von 280 Mio. Tonnen besteht.¹²

Für die Klage ist es konzeptionell wichtig zu sehen, dass die drei Rechtsakte, indem sie Reduktionsvorgaben von 40 Prozent machen, implizit in 2030 immer noch 60 Prozent der jährlichen Emissionen des Referenzjahres von 1990 ermöglichen. 1990 betrug die Emissionen 5,654 Gt. CO₂, 2030 sind es also noch 3,392 Gt. Die Klage macht geltend, dass diese Menge viel zu hoch sei.

E. Klageantrag

Der Klageantrag richtet sich darauf, die drei Rechtsakte nach Art. 263 (1) und (4) AEUV insoweit für nichtig zu erklären, wie sie Emissionsberechtigungen ermöglichen, die über das von höherrangigem Recht erlaubte Maß hinausgehen. Nichtig seien die einschlägigen einzelnen Vorschriften, nicht etwa die gesamten Rechtsakte. Da eine Leistungsklage nach Art. 265 (3) AEUV auf Erlass von Gesetzgebungsakten unzulässig wäre,¹³ andererseits aber auch keine Regelungslücke entstehen soll, wird zugleich beantragt, gemäß Art. 264 (2) AEUV die nichtigen Vorschriften fortgelten zu lassen, bis sie rechtskonform neugefasst worden sind.

Neben der Nichtigerklärung wird ein Anspruch nach Art. 340 (2) AEUV wegen von der EU rechtswidrig zugefügten Schadens geltend gemacht. Da die Kläger nicht an Entschädigung, sondern an der Vermeidung von weiteren Schäden interessiert sind, beantragen sie die Setzung strengerer Reduktionsziele.

Im Folgenden wird zunächst die Nichtigkeitsklage – erst ihre Begründetheit, dann ihre Zulässigkeit – und danach die Leistungsklage behandelt.

6 Vgl. Art. 263 (6) AEUV.

7 ABl. 2018 C 285, S. 34.

8 Vgl. Art. 81 und 83 Verfahrensordnung des EuG.

9 ETS = Emissions Trading System.

10 ES = Effort Sharing.

11 LULUCF = Land Use, Land Use Change and Forestry.

12 Art. 7 mit Annex III VO (EU) 2018/842.

13 EuGH, Rs. 90/78 (Granaria v Rat und Kommission), Rnr. 14; vgl. Cremer, in: Calliess/Ruffert, EUV/AEUV 2016, Art. 265 Rnr. 6.

F. Begründetheit der Nichtigkeitsklage

Der Antrag auf partielle Nichtigerklärung der drei Rechtsakte ist begründet, wenn höherrangiges Recht mehr Reduktion fordert als die vorgesehenen 40 Prozent in 2030, bezogen auf 1990, bzw. wenn es weniger Restemissionen erlaubt als die durch die drei Rechtsakte noch gestatteten 60 Prozent.

I. Höherrangiges Recht

Die einschlägigen Maßstäbe sind zu rekonstruieren und dann auf die drei THG-Rechtsakte anzuwenden. Maßstäbe sind Grundrechte und internationale Rechtssätze.

1. Grundrechte

Verletzt sein könnten Grundrechte der Charta der EU, und zwar die Grundrechte auf Leben und körperliche Unversehrtheit (Art. 2(1) und 3(1) GrCh), auf Berufsausübung (Art. 15(1) GrCh), auf Eigentumsnutzung (Art. 17(1) GRCh), auf Gleichbehandlung der Jungen und Alten sowie der in und außerhalb der EU von EU-Handlungen Betroffenen (Art. 20 GrCh) und auf den Schutz und die Fürsorge, die für das Wohlergehen von Kindern notwendig sind (Art. 24(1) GrCh).

Der Fall wirft einige grundrechtsdogmatische Probleme auf, deren Lösung eine aufgeschlossene Haltung des Gerichts erfordert.

Zunächst ist zu klären, ob die Grundrechte als Abwehrrechte gegen hoheitliche Eingriffe oder als Rechte auf Schutz gegen private Schädigungen angesprochen werden. Für die Schutzpflichtkonstruktion spricht, dass die Emissionen letztlich von privaten Akteuren ausgehen. Für die Eingriffskonstruktion spricht dagegen, dass die drei Rechtsakte, wie oben gesagt, eine Zuteilung und Gestattung von Emissionsberechtigungen vorsehen und damit in die Grundrechte der Betroffenen eingreifen.

Die Klage folgt primär der Eingriffskonstruktion: Nach der ETS-RL teilt die Kommission den Mitgliedstaaten jährlich Emissionsmengen zu, die sie an die Akteure per Versteigerung oder kostenlos weiterverteilen. Auch nach der ES-VO teilt die Kommission den Mitgliedstaaten jährlich bestimmte Emissionsmengen zu, die diese dann im Wege sektorbezogener Maßnahmen bewirtschaften. Die LULUCF-VO spricht dagegen nicht von jährlichen Zuteilungen, sondern setzt einen jährlich zu erreichenden Zielwert fest, der eine Emissionsmenge von Netto-Null beträgt. Dies bedeutet, dass die Mitgliedstaaten durch Landnutzungsänderung so viel emittieren dürfen, wie durch Senken kompensiert wird. Diese Emissionsmenge wird durch den Rechtsakt erlaubt.

Die Schutzpflichtkonstruktion wird hilfsweise vorgebracht. Sie birgt insofern mehr Schwierigkeiten, als der EuGH Grundrechte auf Schutzmaßnahmen bisher nur in Ansätzen entwickelt hat.¹⁴ Das liegt am Fehlen entsprechender Klagen, aber wohl auch daran, dass die Wahrnehmung einer Schutzpflicht zugleich die Subsidiaritätsfrage aufwirft – eine Implikation, die sich für den insoweit innovativeren EGMR nicht stellt, weil dieser über Hoheitsakte der Staaten, nicht eines Staatenverbunds wie der EU zu entscheiden hat. Ist die Subsidiaritätsfrage aber gelöst – im vorliegenden Fall wurde sie durch den Erlass der drei THG-

Rechtsakte beantwortet – verpflichtet Art. 53 GrCh zu einer Beachtung der Schutzpflichtrechtsprechung des EGMR.¹⁵

Weiterhin ist zu klären, ob die Grundrechte sich auch auf die im EU-Ausland wohnenden Kläger erstrecken. Die im Fall herangezogenen Grundrechte sind personell und geografisch neutral formuliert.¹⁶ Im staatlichen Umweltgesetzesrecht ist dies üblich und entspricht verfassungsrechtlich dem Prinzip offener Staatlichkeit.¹⁷ Auch internationale Menschenrechte sind in diesem transnationalen Sinne interpretiert worden.¹⁸ Im Wirtschaftsrecht der EU gilt dies ebenfalls zumindest für die Grundfreiheiten und die Rechte auf freien Wettbewerb.¹⁹ Die Klage meint, es sei nicht einzusehen, warum sich ausländische große Unternehmen auf die Warenverkehrs- und Wettbewerbsfreiheiten, mittelständische Landwirte wie die klagenden Familien dagegen nicht auf die Berufs- und Eigentumsfreiheiten berufen können sollen. Jedenfalls müsse aber vorausgesetzt werden, dass die im Ausland Ansässigen durch die Ausübung von Hoheitsgewalt der EU betroffen sind. Dies sei der Fall, weil die Zuteilung und Gestattung von Emissionsberechtigungen zu einer Schädigung der Kläger führe.

Des Weiteren ist zu fragen, welche Art von Kausalität für Grundrechtseingriffe vorausgesetzt werden muss. Die Kette von der Zuweisung von Emissionsberechtigungen bis zur Schädigung der Kläger ist lang. Wie einleitend skizziert, verläuft sie über komplexe systemare Prozesse der Wind- und Meeresströme. Trotzdem gilt eine Korrelation zwischen Emissionen und geschädigten Endpunkten als hoch wahrscheinlich. Die Klage argumentiert, dass die Kette de facto lang ist,²⁰ sei deshalb unerheblich.²¹ Zu erwägen ist auch, dass die spezifischen Grundrechte im Lichte der objektiven Verpflichtung zu einem hohen Umweltschutzniveau nach Art. 37 GrCh und Art. 191 (2)

14 Zu aus Grundfreiheiten abgeleiteten Pflichten s. EuGH, Rs. C-265/95 (Kommission/Frankreich), ECLI:EU:C:1997:595, Rnr. 31 (Pflicht, Blockaden von Landwirten gegen Agrarimporte zu verhindern); EuGH, Rs. C-112/00 (Schmidtberger), ECLI:EU:C:2003:333, Rnr. 59 (Pflicht, Autobahnsperrung durch Umweltaktivisten zu verhindern).

15 Vgl. die entsprechenden Ausführungen des EGMR in den Fällen Nr. 67021/01 (TÄTAR v. ROMANIA), Nr. 61603/00 (STORCK v. GERMANY) und Nr. 48939/99 (ÖNERVILDIZ v. TURKEY).

16 Anders z.B. die Freiheit, Arbeit zu suchen und sich niederzulassen, wie auch die unternehmerische Freiheit, die auf UnionsbürgerInnen beschränkt sind (Art. 15 Abs. 2 und 16 GrCh).

17 Vgl. *Rehbinder*, Ziele, Grundsätze, Strategien und Instrumente des Umweltschutzes, in: *Rehbinder/Schink* (Hrsg.), *Grundzüge des Umweltrechts*, 2018, S. 227.

18 Corte Interamericana de Derechos Humanos, Opinión Consultiva OC-23/17 v. 15.11.2017, Solicitada por la República de Colombia, Medio Ambiente y Derechos Humanos, Rnr. 55. S. dazu *Markus/Silva-Sanchez*, Zum Schutz der Umwelt durch die Amerikanische Menschenrechtskonvention: Das Gutachten des IAGMR OC-23/2017, ZUR 2019, 150 ff.

19 Zum Beispiel wurde die in Delaware ansässige Fa. Monsanto zur Anfechtung der Entscheidung der Kommission zugelassen, das Arzneimittel Somatribove von Monsanto nicht in die Liste der akzeptablen Tierarzneimittel aufzunehmen. Der Gerichtshof hat das betroffene Recht nicht benannt, man kann aber schließen, dass die Grundfreiheit nach Art. 34 AEUV gemeint war.

20 Man vergleiche damit die Kausalkette in Subventionsfällen, die ähnlich über die Stationen Kostensenkung bei Konkurrenten über Preisenkungen, Kaufentscheidungen der Konsumenten und Pufferkapazitäten beim betroffenen Unternehmen zu Kostennachteilen und schließlich Preisdifferenzen führen. Zwischen beiden Polen liegen komplexe Vorgänge des Marktsystems.

21 Dies hat das OLG Hamm im Fall *Lliuya v RWE* sogar für das in Kausalitätsfragen strengere Zivilrecht implizit bejaht, vgl. den Beweisabschluss v. 30.11.2017, Az. I-5 U 15/17, unter III. Dazu *Frank*, Störerhaftung für Klimaschäden, NVwZ 2017, 664-669.

AEUV ausgelegt werden. Ein allgemeines Grundrecht auf gesunde Umwelt, wie es bereits etwa 100 Staaten²² besitzen, wäre insoweit hilfreich, ist aber für eine erweiternde Interpretation der spezifischen Grundrechte nicht unabdingbar. Es genügt anzunehmen, dass die Grundrechte sich darauf erstrecken, dass der verantwortliche Hoheitsträger die lebensnotwendigen gemäßigten Klimabedingungen nicht zerstört.

Ist ein Eingriff in den Schutzbereich der Grundrechte zu bejahen, bleibt seine mögliche Rechtfertigung zu prüfen. Dafür müssen Gemeinwohlinteressen oder Rechte anderer gegeben sein, deren Verfolgung dem Verhältnismäßigkeitsprinzip entspricht (Art. 52 (1) GrCh). U.a. muss der Eingriff auf das Erforderliche beschränkt werden. Auf die Emissionen bezogen bedeutet dies nach dem Vortrag der Klage, dass sie auf das technisch und ökonomisch Machbare zu reduzieren sind.

Somit ist zweistufig zu prüfen, ob die zugelassenen Emissionen einen Eingriff darstellen, und wenn ja, ob dieser auf das Machbare beschränkt wird.

2. Internationale Rechtssätze

Einschlägig ist insbesondere das Pariser Übereinkommen von 2015. Es zielt auf eine Verstärkung der weltweiten Reaktion auf die Bedrohung durch Klimaänderungen, „indem unter anderem a) der Anstieg der durchschnittlichen Erdtemperatur deutlich unter 2°C über dem vorindustriellen Niveau gehalten wird“, verbunden mit „Anstrengungen“, sie auf 1,5°C zu begrenzen (Art. 2 (1)). Wegen seiner instrumentellen Rolle und der indikativischen Formulierung („gehalten wird“) kann das Ziel „deutlich unter 2°C“ als nicht nur formal sondern auch inhaltlich bindend²³ angesehen werden, wobei 2°C die unbedingte Obergrenze darstellen dürfte.²⁴

Daneben enthält das Abkommen Vorschriften über Wege zu diesem Ziel. Dazu gehört:

- dass der weltweite Scheitelpunkt der Emissionen möglichst bald erreicht werden soll (Art. 4 (1))
- dass die Vertragsstaaten danach rasche Reduktionen herbeiführen, um in der zweiten Jahrhunderthälfte ein Gleichgewicht zwischen Emissionen und dem Abbau durch Senken herzustellen (Art. 4 (1))
- dass die Vertragsparteien national festgelegte Beiträge (nationally determined contributions – NDCs) deklarieren und verwirklichen (Art. 4 (2)), die sie sukzessive steigern nach „größtmöglicher Ambition“ unter Berücksichtigung der „gemeinsamen, aber unterschiedlichen Verantwortlichkeiten und ihrer jeweiligen Fähigkeiten angesichts der unterschiedlichen nationalen Gegebenheiten“ (Art. 4 (3))
- dass die entwickelten Länder weiterhin führen und zu Emissionsreduktionszielen verpflichten sollen, dass aber auch die Entwicklungsländer zu solchen Zielsetzungen übergehen sollen
- dass bei allem der Grundsatz der Gerechtigkeit herrschen soll (Art. 2 (2), Art. 4 (1)).

Obwohl diese Kriterien der Einhaltung der Erwärmungsobergrenze dienen sollen, sind sie prima facie nicht so ausgestaltet, dass das Ziel zwingend erreicht werden muss. Sie enthalten Elemente der Freiwilligkeit (Erklärung von NDCs), Adhortation

statt Verpflichtung („sind die Vertragsparteien bestrebt“) und abgeschwächter Zielsetzung (Gleichgewicht erst in der zweiten Jahrhunderthälfte). Andererseits betonen sie die besondere Verpflichtung der entwickelten Länder und setzen mit dem Hinweis auf die „jeweiligen Fähigkeiten“ auch die Schwellenländer unter Handlungsdruck. Zudem appellieren sie an die Gerechtigkeit (equity).

Diese mangelnde Passung von Temperaturziel und Kriterien kann auf zweierlei Weise gelöst werden.²⁵

- Die Kriterien sind distributiv, das Ziel ist verbindlich: Die Kriterien richten sich an alle Beteiligten als Kollektiv. Ihre Anwendung darf nicht zu einer Summe führen, die die Obergrenze übersteigt.
- Die Kriterien sind relational, das Ziel ist unverbindlich: Die Kriterien richten sich an die einzelnen Vertragsparteien relativ zu anderen; ihre Anwendung führt zu einer Summe, die nicht streng an die Obergrenze gebunden ist, so dass diese nur als Richtwert erscheint.

Im Bild gesprochen, gibt es in der ersten Variante einen Brotfladen (nämlich die Emissionsmenge bis zur Grenze 2°C), der aufgeteilt wird und nicht vergrößert werden kann. Alle Beteiligten müssen sich so einrichten, dass jeder einen Teil konsumieren darf – eben gemäß den genannten Kriterien. In der zweiten Variante vergrößert sich der Brotfladen, wenn er – gemäß den Kriterien oder auch unter Verstoß gegen sie – verzehrt worden ist.²⁶

Die Klage verbindet beide Interpretationen, indem sie eine zweistufige Prüfung²⁷ vorschlägt, die derjenigen bei Anwendung der Grundrechte ähnelt. Die erste Stufe dient der Konkretisierung und Anwendung des aus der Obergrenze folgenden Schutzniveaus; auf ihr wird ermittelt, welches Emissionsbudget noch zur Verfügung steht und wie es nach den internationalen distri-

22 Boyd, Catalyst for Change: Evaluating Forty Years of Experience in Implementing the Right to a Healthy Environment, in: Know/Pejan (Hrsg.), The Right to a Healthy Environment, CUP 2018, 17-41 (19-23).

23 Zu dieser Unterscheidung s. Bodansky, The legal character of the Paris Agreement, RECIEL 2016, 142-150 (142), der aber auf die inhaltliche Verbindlichkeit der 2°C Obergrenze nicht eingeht.

24 Ähnlich Frank, Anmerkungen zum Pariser Klimavertrag aus rechtlicher Sicht, ZUR 2016, 352-359 (356).

25 Diese Frage wird von den Kommentatoren des Pariser Übereinkommens nach meinem Eindruck vernachlässigt. Vgl. Kein e.a. (Hrsg.), The Paris Agreement on Climate Change. Analysis and Commentary, 2017, Kap. 7-9; Bodansky, RECIEL 2016, 142-150; Voigt/Ferreira, Differentiation in the Paris Agreement, Climate Law 2016, 58-64. S. dagegen Ekardt/Zorn/Wieding, In zehn Jahren Nullemissionen? Widersprüche im Paris-Abkommen und ihre Auflösung, momentum Quartely. Zeitschrift für sozialen Fortschritt 2018, 73-85, die den Widerspruch zwischen den Temperaturobergrenzen und dem Zeithorizont nach Art. 4 (1) zu Gunsten der Temperaturgrenzen auflösen.

26 Die an sich naheliegende Deutungsvariante findet sich m.W. nicht in der rechtswissenschaftlichen Literatur. Angenommen wird sie von Klimaphysikern und -ökonomen, so z.B. Robiou du Pont/Meinshausen, Warming assessment of the bottom-up Paris Agreement emissions pledges, Nature Communications, 2018, 9:4810; Millar e.a., Emission budgets and pathways consistent with limiting warming to 1.5° C, Nature Geoscience, online veröff. 18.9.2018; Rahmstorf, Die Koalitions-gespräche und das deutsche Emissionsbudget, Blog: Klimalounge 17.10.2017; IPCC, Global warming (Fn. 4), Summary for Policymakers, 2018 Chapter D.

27 Die Unterscheidung ähnelt der von Shelton, Equity, in: Bodansky/Brunnée/Hey (Hrsg.), The Oxford Handbook of International Environmental Law, 2007, S. 639 ff. (647-649), vorgeschlagenen zwischen distributive justice in allocating resource utilization und distributive justice in allocating burdens of remedial measures. Shelton erkennt allerdings nicht den Unterschied zwischen distributiven und individualgerichteten Kriterien.

butiven Vorgaben auf die Staaten zu verteilen ist. Auf der zweiten Stufe kehren die Vorgaben wieder als auf die einzelnen Staaten gerichtete relationale Anforderungen. Dabei geht es um die Berücksichtigung von nationalen Interessen, die von drastischen Emissionsreduktionen belastet werden, wobei die Verfehlung der 2°C Obergrenze in Kauf genommen wird. Entwickelte Länder wie die EU werden strenger behandelt als Entwicklungsländer. Als zentraler und am besten konkretisierbarer Maßstab erscheint derjenige der „jeweiligen Fähigkeiten“.

Die erste Stufe entspricht der grundrechtlichen Eingriffsprüfung. Allerdings sind die jeweiligen Schutzniveaus der völkerrechtlichen und grundrechtlichen Ebenen unterschiedlich. Grundrechtseingriffe gehen von einem höheren Schutzniveau aus, weil schon jede nicht ganz unerhebliche Belastung einen Eingriff darstellt. Das völkerrechtliche Schutzniveau liegt niedriger, weil eine weitere Aufwärmung bis zur Obergrenze von 2°C hingenommen wird.²⁸ Fraglich ist, wie dieser Konflikt zwischen den beiden Ebenen zu lösen ist. Zwei Auffassungen bieten sich an:

- Die Grundrechte werden durch das Völkerrecht nicht relativiert. Die absolute Obergrenze der 2°C könnte aber für die Bestimmung des Wesensgehalts der Grundrechte i.S.d. Art. 51(1) GrCh herangezogen werden, denn sie impliziert enorme bis katastrophale Schäden, die die Rechte auf Gesundheit, Berufstätigkeit, Eigentum und besonders Kindesentwicklung fundamental in Frage stellen.
- Das völkerrechtliche Schutzniveau nivelliert dasjenige der Grundrechte, so dass Eingriffe bis zur Obergrenze hingenommen werden müssen.

Die Klage schließt sich primär der ersten Deutung an, ohne aber (bisher) den Gesichtspunkt des Wesensgehalts vorzutragen. Hilfsweise wird die zweite Deutung konzidiert.

Die zweite Stufe auf Völkerrechtsebene mit ihrem Bezug auf die jeweiligen Fähigkeiten entspricht der zweiten Stufe der Prüfung des technisch und ökonomisch Machbaren auf der Grundrechtsebene.

II. Anwendung des höherrangigen Rechts auf die drei THG-Rechtsakte

1. Eingriff in Grundrechte

Die Klage behauptet und belegt für die klagenden Familien jeweils unterschiedliche Eingriffe in deren Grundrechte. Dies gilt im Hinblick auf Gesundheit, Berufstätigkeit, Eigentum und Kindeswohl. Zudem wird eine Ungleichbehandlung der jüngeren gegenüber der älteren Generation wie auch der Menschen in Entwicklungsländern gegenüber denen in der EU geltend gemacht.

Hilfsweise konzidiert die Klage, dass das Pariser Übereinkommen das grundrechtliche Schutzniveau rechtlich neu justiert, so dass ein Eingriff erst ab Aufwärmung über die Obergrenze hinaus anzunehmen ist. Bis zu der Obergrenze wären Schäden als sozialadäquat hinzunehmen. Dies ist bereits eine verzweifelte Annahme, denn nach dem Stand der Wissenschaft sind enorme Schäden bereits bei Überschreitung der 1,5° Grenze zu erwarten.²⁹ Selbst bei dieser Annahme ergibt sich jedoch,

dass die drei THG-Rechtsakte einen Grundrechtseingriff darstellen, weil sie mehr an Emissionen erlauben als nach dem Pariser Übereinkommen gestattet ist. Das folgt aus einer Budgetrechnung, die in der Klage als „top down-Ansatz“ bezeichnet wird. Sie besteht aus drei Schritten: Der Bestimmung des verfügbaren globalen Gesamtbudgets, der Aufteilung dieses Budgets auf die einzelnen Staaten, einschließlich EU, und der möglichen und der rechtlich gebotenen Wege, dieses Budget zu verausgaben.

a. Bestimmung des verfügbaren globalen Budgets

Nach dem IPCC Bericht von 2014 betrug das globale Emissionsbudget von CO₂,³⁰ das ab 2011 verfügbar war, wenn die Obergrenze 2°C Aufwärmung eingehalten werden sollte, etwa 1075 Gt. CO₂.³¹ Bei Einhaltung der Grenze von 1,5°C betrug es noch ca. 575 Gt. CO₂. Die Einhaltung der Grenzen bei diesen Budgets hat allerdings nur eine Wahrscheinlichkeit von 66 Prozent für 2°C bzw. 50 Prozent für 1,5°C. Sie kann also mit 34 Prozent bzw. 50 Prozent Wahrscheinlichkeit über- oder auch unterschritten werden. Rechtlich gesehen stellen die genannten Wahrscheinlichkeiten nach Auffassung der Klage genügend Anhaltspunkte dar, um das Vorsorgeprinzip heranzuziehen.

Von dem Budget ab 2011 sind die Mengen abzuziehen, die bis 2020 emittiert wurden und werden. Zählt man die historischen Emissionen von 2011–2016 und schreibt sie bis 2020 fort, so reduziert sich das globale Budget auf etwa 667 Gt. für 2°C bzw. 167 Gt. für 1,5°C.³²

Das Gesamtbudget ist größer, wenn man nicht auf 2020, sondern historisch auf das Jahr 1992 zurückblendet. Es lässt sich ermitteln, wenn man auf die 2011 noch verfügbare Menge die historischen Emissionen von 1992–2010 addiert. Diese betragen 595 Gt., woraus sich Gesamtbudgets von 1670 Gt. für 2°C bzw. 1120 Gt. für 1,5°C ergeben.³³ Der Bezug auf 1992 geht davon aus, dass den Staaten bereits im Jahr der Annahme der Klimarahmenkonvention die Knappheit des globalen Budgets und die Verteilungsproblematik bekannt waren.

b. Aufteilung des Gesamtbudgets

Für die Aufteilung des Budgets können die Kriterien des Pariser Übereinkommens als distributive herangezogen werden. Dies

28 Das gilt allerdings nur für das Pariser Abkommen. Der gewohnheitsrechtliche Satz des „neminem laedere“ wird dadurch nicht abgeschwächt. So auch die Erklärung tief liegender Inselstaaten zur Unterzeichnung des Pariser Abkommens, UN-Treaty Collection, Kapitel XXVII 7 d (https://treaties.un.org/Pages/ViewDetails.aspx?src=TREATY&mdsg_no=XXVII-7-d&chapter=27&clang=en#EndDec).

29 IPCC, Global warming (Fn. 4) – An IPCC Special Report on the impacts of global warming of 1.5°C above pre-industrial levels and related global greenhouse gas emission pathways, Summary for Policymakers, October 2018.

30 CO₂ stellt 85 Prozent der Treibhausgasemissionen. Eine eigene Rechnung wäre für Methan, Lachgas und andere Gase aufzumachen. Die Berechnungsweise und Aufteilung dieser 15% dürfte aber ähnlich sein.

31 IPCC, Climate Change 2014 (Fn. 4), S. 64, Table 2.2., Kasten Simple Model, WG III scenarios bei <2°C Aufwärmung. 1075 ist der Mittelwert der durch die Unterschiedlichkeit der Modelle bedingten Streuung von 750–1400 Gt.

32 Mittelwerte von 342–992 bzw. 142–192 Gt.

33 Mittelwerte von 1345–1995 bzw. 1145–1195 Gt.

bedeutet, dass die Zuteilung gemäß den Kriterien immer nur höchstens die Summe des Budgets ergeben darf.

Wählt man als gemeinsamen Nenner die jeweilige Bevölkerungszahl der Staaten,³⁴ würde aus den Kriterien „gemeinsame aber differenzierte Verantwortlichkeit“, „jeweilige Fähigkeiten“ und Beachtung der Entwicklungsinteressen der Entwicklungsländer folgen, dass der EU pro Kopf eine geringere Menge zusteht als die eines Entwicklungslandes oder auch eines Schwellenlandes, denn diese müssen für ihre Entwicklung wesentlich mehr emittieren dürfen als bisher. Die auf die EU entfallende Menge wäre winzig.

Wendet man dagegen das Kriterium der Gerechtigkeit (equity) an³⁵ und deutet es auch unter Heranziehung des Gleichheitssatzes nach Art. 20 GrCh als Gleichbehandlung aller Menschen, dann kann die EU einen Anteil beanspruchen, der ihrem Anteil an der Weltbevölkerung entspricht.³⁶ Bei den für 2021 prognostizierten 6,5 Prozent ergibt dies für das EU-Budget ab 2021 eine zur Verfügung stehende Emissionsmenge von 43,4 Gt. für 2°C bzw 10,9 Gt. für 1,5°C.

Legt man dagegen das Gesamtbudget ab 1992 zu Grunde und nimmt man an, dass bereits seit diesem Jahr der Gleichheitssatz anzuwenden war, so ergibt sich ein EU-Budget von 167 Gt. für 2°C bzw 112 Gt. für 1,5°C.³⁷ Diese Budgets wurden seit 1992 fast gänzlich aufgebraucht. Nach dieser Berechnung steht der EU also überhaupt kein Budget mehr zur Verfügung.

c. Verwendung des EU Budgets

Die Klage rechnet nur mit dem Budget ab 2021 weiter. Es muss in jährliche Portionen aufgeteilt werden. Wie oben gesagt, wird die faktische Emissionsmenge in 2021 bei 80 Prozent der Emissionen im Jahr 1990 liegen, d.h. bei 3,38 Gt. CO₂. Die Verwendung muss degressiv erfolgen. Drei Möglichkeiten gibt es für die Degression:

- Konvex: Einige Jahre wird noch viel verbraucht, so dass später ein steiler Abfall erfolgen muss. Diese konvexe Kurve der Emissionsreduktion verschiebt das Problem nach hinten. Sie nimmt große Schäden in Kauf und setzt die zukünftige Gesellschaft unter enormen Handlungsdruck.
- Konkav: Es wird sofort drastisch gespart, so dass später immer noch eine kleine Marge verbleibt. Der Handlungsdruck ist bei diesem Verlauf sofort sehr groß.
- Linear: Jedes Jahr wird die Emissionsmenge um denselben Prozentsatz vermindert.

Rechtlich gesehen stellt die lineare Degression nach Auffassung der Klage das Minimum dar, welches das Präventionsprinzip und die Generationengerechtigkeit verlangen. Die ETS-RL und die ES-VO wählen diese Variante. Nur muss die Degression steil genug sein. Die gebotene Steilheit ergibt sich mathematisch aus der Berechnung eines rechtwinkligen Dreiecks ($F = x \cdot y/2$), dessen Flächeninhalt F (43,4 bzw. 10,9 Gt.) und y-Achse (3,38 Gt. in 2021) vorgegeben sind. Mit der Formel für die x-Achse ($x = F/y \cdot 2$) ergibt sich, dass bei linearer Degression das Budget für 2°C im Jahre 2048 und das Budget für 1,5°C im Jahre 2027 erschöpft sein wird, die Nettoemissionen also auf Null gefahren sein müssen. Legt man die strengeren Werte der Modellvarianz zu Grunde, nämlich 342 Gt. für 2°C und 142 Gt. für 1,5°C, so

muss Netto-Null bereits in den Jahren 2034 für 2°C bzw. 2027 für 1,5°C erreicht sein. Die Klage legt diese letzteren Zahlen zu Grunde. Sie argumentiert, das Vorsorgeprinzip gebiete, dass bei einer Varianz von Ungewissheit der worst case anzunehmen ist. Hieraus ergibt sich, dass im Jahre 2030 bei der Obergrenze von 2°C nur noch 20 Prozent der Emissionen von 1990 und bei der Obergrenze von 1,5°C gar keine Nettoemissionen mehr zulässig sind. Mit anderen Worten müssten die Emissionen bis 2030 um 80 Prozent bzw 100 Prozent gesenkt werden. Diese Verläufe werden in den beiden Schaubildern illustriert.

Wendet man dieses Ergebnis auf die drei THG-Rechtsakte an, ergibt sich, dass diese mit ihrem Reduktionsziel von 40 Prozent weit hinter dem völkerrechtlich gebotenen Ziel von 80 Prozent zurückliegen, oder, m.a.W., mit den von ihnen erlaubten 60 Prozent weit über die völkerrechtlich erlaubten 20 Prozent hinauschießen.

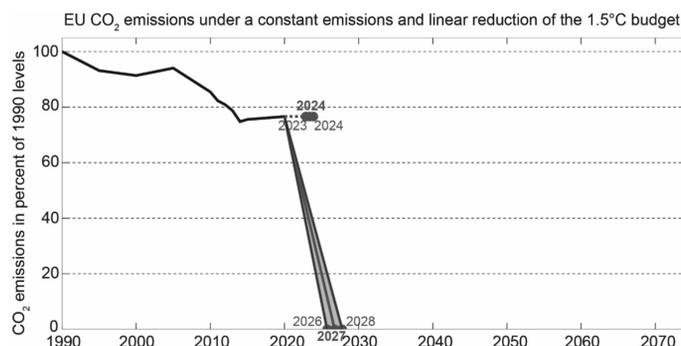
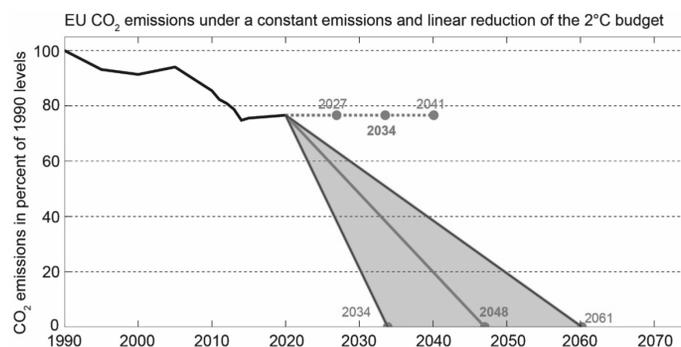


Abbildung: CO₂-Emissionsszenarien, einschließlich Landnutzung, für die EU ab 2021 nach einem gleichen Pro-Kopf-Ansatz, basierend auf dem Bevölkerungsanteil der EU im Jahr 2020. Das obere Schaubild zeigt eine Verwendung des 2°C-Budgets (mit >66 Prozent Wahrscheinlichkeit) ab 2021 und das untere Schaubild eine Verwendung des 1,5°C-Budgets (>50 Prozent Wahrscheinlichkeit). Die Endpunkte auf der x-Achse stellen dar, wann die verschiedenen Budgets verbraucht sind, entweder nach konstant bleibenden CO₂-Emissionen (gestrichelte Linien) oder linear reduzierten Emissionen (durchgezogene Linien). Beide Schaubilder zeigen drei degressive Linien, die für die Extrem- und Mittelwerte der Modellierung der verfügbaren Budgets stehen. (Erstellt von Climate Analytics 2018).

34 Ein anderer gemeinsamer Nenner wäre die relative Landesfläche. Sie würde für die EU aber vermutlich zu noch stärkeren Einschränkungen führen.

35 Equity dürfte im Pariser Übereinkommen, weil neben anderen Kriterien stehend, enger gemeint sein als im allgemeinen Völkerrecht, in dem das Prinzip praktisch alle im Übereinkommen genannten Kriterien umfasst, vgl. Shelton (Fn. 27), S. 653-658.

36 So auch der Vorschlag des WBGU in seinem Sondergutachten „Kassensturz für den Weltklimavertrag – Der Budgetansatz“, 2009.

37 Dabei wird ein Bevölkerungsanteil der EU von 10 Prozent angenommen.

2. Rechtfertigung des Grundrechtseingriffs bzw. der Budgetüberziehung

Wie dargelegt kann der Grundrechtseingriff bzw. die Budgetüberziehung, die die drei THG-Rechtsakte verursachen, durch legitime öffentliche Interessen gerechtfertigt werden, wenn der Eingriff auf das technisch und ökonomisch Machbare reduziert wird. Was machbar ist, kann (im relationalen Sinne) aus der EU heraus untersucht werden und muss sich nicht streng auf eine kollektive Obergrenze beziehen.

Legitime Interessen sind z.B. Arbeitsplätze, die beim Ausstieg aus der kohlebasierten Stromerzeugung verloren gingen. Die Reduktion auf das Minimum würde aber bedeuten, dass entstehende neue Arbeitsplätze gegengerechnet werden müssten.

Die Klage wartet nicht mit einer eigenen Analyse des technisch und ökonomisch Machbaren auf. Welche einzelnen Maßnahmen zu treffen sind, würde entweder vom Gericht in den politischen Handlungsspielraum verwiesen werden oder zu Gutachterschlachten führen. Stattdessen rügt die Klage, dass der Gesetzgeber keine stimmige Methode der Analyse entwickelt habe. Damit wird nicht der Verfahrensfehler mangelnder Begründung geltend gemacht, denn an die Begründungspflicht stellt der EuGH keine strengen Anforderungen,³⁸ zumal nicht bei Gesetzgebungsakten.³⁹ Vielmehr handelt es sich um einen prozeduralen Aspekt des materiellen Gebots der Emissionsreduktion gemäß dem Machbaren.

Den drei THG-Rechtsakten liegen folgende Untersuchungen zu Grunde: Das Reduktionsziel von 40 Prozent ist abgeleitet aus der übergreifenden Vorstellung, nach der bis 2050 eine Reduktion der Emissionen um 80–95 Prozent erfolgen soll. Es ist ein Zwischenziel in der Reihe 8 Prozent bis Mittelwert 2008/2012, 20 Prozent bis 2020, 40 Prozent bis 2030, 60 Prozent bis 2040 und 80–95 Prozent bis 2050. Der vorgestellte Gesamtverlauf geht auf eine Option des IPCC von 2007 zurück, wurde 2009 vom Rat der EU angenommen und 2013 von der Kommission präzisiert. Durch ein umfangreiches Impact Assessment stellte die Kommission fest, dass das Ziel ohne große Kosten umsetzbar sei.⁴⁰ Dies führte zu Vorschlägen für die drei THG-Rechtsakte, für die dann noch je eigene Impact Assessments durchgeführt wurden.

Die Klage rügt, dass die Methodik der Impact Assessments die Machbarkeit von Reduktionen nicht angemessen erfasse:

(1) Der Gesamtverlauf der Reduktionen mit dem Ziel 80–95 Prozent in 2050 ist überholt, weil er das Budget, das bei einer Obergrenze von 2°C weltweit verfügbar sei, überzieht.

(2) Die Untersuchungsrichtung ist unstimmtig: es wird gefragt, ob eine angenommene Quote realisierbar ist, statt zu fragen, welche Quote realisierbar ist.

(3) Die Parameter, die für die Impact Assessments verwendet wurden, sind unvollständig oder beruhen auf falschen Annahmen:

- a) Der Nutzen aus der Vermeidung von Kosten des Klimawandels und der Anpassung an ihn wurde gegen die Kosten der Emissionsreduktion nicht gegengerechnet. Diese Kosten sind deshalb geringer als angenommen.
- b) Der Suffizienzfaktor, d.h. die Änderung und Verminderung des Konsums, wurde nicht erwogen.

- c) Die Zielsetzung für den Anteil an erneuerbaren im Vergleich zu fossilen Energiequellen ist zu gering angesetzt.
- d) Die Zeitspanne für den Kohleausstieg wird zu langfristig angesetzt.
- e) Im Transportsektor werden die Möglichkeiten des Energieverbrauchs von Kfz weit unterschätzt.
- f) Der Landwirtschaftssektor wird fast gänzlich von jeder Anforderung von Emissionsreduktionen verschont. Im Gegenteil werden ihm zusätzliche Emissionsberechtigungen aus dem LULUCF-Sektor zugewiesen.
- g) Die Energieeinsparung bei Gebäuden wird unterschätzt.
- h) Das Potential der Energieeinsparung in der nicht vom ETS erfassten Industrie und im Dienstleistungssektor wird nicht berücksichtigt.
- i) Das Potential der Energieeinsparung durch besseres Produktdesign bleibt unbeachtet.
- j) Vom LULUCF-Sektor wird keine Nettosenke von Treibhausgasen erwartet, obwohl viele Mitgliedstaaten eine solche aufweisen.

Dass eine stärkere Emissionsreduktion möglich wäre, wird durch eine ganze Reihe von Expertisen belegt, die die Impact Assessments nicht berücksichtigen. Die Expertisen variieren in der Regel nur einzelne Parameter (wie z.B. den schnelleren Übergang zu erneuerbaren Energiequellen) und kommen bereits dadurch zu Reduktionsquoten von 45–60 Prozent.⁴¹ Würden sämtliche Parameter zusammen gesehen, wäre die Quote noch höher.

Insgesamt behauptet die Klage, dass eine Reduktion um 50–60 Prozent, m.a.W. eine verbleibende Quote von 40–50 Prozent technisch und ökonomisch machbar wäre. Demgegenüber ist die Zielquote der drei THG-Rechtsakte – 40 Prozent Reduktion bzw. 60 Prozent verbleibende Emissionen – zu wenig ambitioniert. Wie bereits betont, wird diese Feststellung im Bereich der Nichtigkeitsklage nur als Begründung für die Verletzung höher-rangigen Rechts getroffen. Eine Untätigkeitsklage aus Art. 265 AEUV wird nicht erhoben. Dagegen ist die als möglich dargelegte Quote Gegenstand der Klage nach Art. 340 AEUV.

G. Zulässigkeit der Nichtigkeitsklage

Die Klage richtet sich gegen Gesetzgebungsakte. Nach Art. 263 (4) AEUV müssen die Kläger deshalb von diesen unmittelbar und individuell betroffen sein.

I. Unmittelbare Betroffenheit

Nach der Rechtsprechung ist ein Kläger unmittelbar betroffen, wenn „sich die angefochtene Handlung der Union erstens auf die Rechtsstellung dieser Person unmittelbar auswirkt und zwei-

38 Vgl. bereits EuGH, Rs. C-41/96 (Chemiefarma v Kommission), Rnr. 77/78.

39 EuGH, Rs. 5/67 (Beus v Hauptzollamt München), Slg. 1968, 127 ff. (144). Dazu Schwarze (Hrsg.), Europäisches Verwaltungsrecht, 1988, Bd. 2, S. 1350, 1359.

40 Commission Staff Working Document, Impact Assessment, accompanying the document Communication from the Commission to the Parliament [...], A policy framework for climate and energy in the period from 2020 up to 2030, COM(2014) 15.

41 Vgl. die Klageschrift, Rnr. 268-269 mit Anlagen.

tens ihren Adressaten, die mit ihrer Durchführung betraut sind, keinerlei Ermessensspielraum lässt, ihre Durchführung vielmehr rein automatisch erfolgt und sich allein aus der unionsrechtlichen Regelung ergibt, ohne dass weitere Durchführungsvorschriften angewandt werden“.⁴² Dabei ist ratsam, die Formel nicht rein positivistisch auszudeuten, sondern sich an den ursprünglichen Zweck der Vorschrift zu erinnern, der darauf gerichtet ist, dass Rechtsschutz nicht verfrüht, d.h. bevor die Dinge administrativ endgültig geklärt sind, gewährt wird, und dass, wenn die Klärung erst auf nationaler Ebene erfolgt, primär nationaler Rechtsschutz zu nutzen und ggf. vom Vorlageverfahren Gebrauch zu machen ist.

1. Auswirkung auf die Rechtslage der Kläger

Wie oben ausgeführt, teilen die drei THG-Rechtsakte den Mitgliedstaaten Emissionsberechtigungen zu und erlauben dadurch jährliche Emissionen bis zur Höhe der Linie von 80 Prozent in 2020 bis 60 Prozent im Zieljahr 2030, jeweils bezogen auf angenommene 100 Prozent in 1990. Die Zuteilung eines Teils dieser Menge (etwa 10–20 Prozent der Menge von 1990) ist nach Vortrag der Klage wegen Verstoßes gegen höherrangiges Recht rechtswidrig. Die Gestattung der Emission dieser Teilmenge bedeutet nach dem Klagevortrag zugleich einen Eingriff in die Grundrechte der Kläger, weil den Klägern mit der Vergabe einer Emissionsberechtigung zugleich eine Duldungsverpflichtung auferlegt werde.

Darauf, dass die Emissionen letztlich von den Akteuren ausgehen, und dass die Kommission und die Mitgliedstaaten über die Zuteilung im Einzelnen entscheiden, kommt es für das Vorliegen eines Eingriffs nicht an. Die Lage ist ähnlich wie bei einer Genehmigung des Baus einer Industrieanlage. Sie kann von Nachbarn angefochten werden, obwohl nicht sicher ist, ob die Anlage wirklich errichtet und die spätere Betriebsgenehmigung erteilt wird. Denn, wie das BVerwG in einer seinerzeitigen ähnlichen Kontroverse festgehalten hat: „Eine genehmigungspflichtige Anlage wird – selbstverständlich – nur errichtet, um betrieben zu werden.“⁴³ Um eine europarechtliche Parallele zu ziehen: Wenn das Unternehmen A die Kommissionsgenehmigung einer Beihilfe an das Unternehmen B anfecht, ist es in seiner Rechtsstellung (die individuelle Betroffenheit unterstellt) unmittelbar betroffen, obwohl noch nicht vollständig sicher ist, dass der Mitgliedstaat die Beihilfe wirklich auszahlt und dass die Beihilfe die Wettbewerbssituation wirklich verändert. Die Klage konzediert allerdings, dass die Realisierung der Genehmigung wahrscheinlich sein muss. Dies sei in der gegebenen Konstellation der Fall, weil die bisherige Erfahrung mit vergangenen Lastenteilungen und auch das Feilschen im Rat um die neue Lastenverteilung gezeigt hätten, dass die Mitgliedstaaten ihre Emissionsmenge mit großer Wahrscheinlichkeit ausnutzen werden.

2. Kein Ermessen bei der Durchführung

Die Durchführung der drei THG-Rechtsakte obliegt der Kommission und den Mitgliedstaaten. Die Kommission hat kein Ermessen, mehr Emissionen zu erlauben oder zu drosseln als die Reduktionsquoten der drei THG-Rechtsakte vorgeben.⁴⁴ Dage-

gen haben die Mitgliedstaaten auf Grund von Art. 193 AEUV wie auch nach der Anlage der Rechtsakte als Minimalharmonisierung das Recht, weniger Emissionen zuzulassen als ihnen zugewillt werden. Das Durchführungsermessen als Kriterium der unmittelbaren Betroffenheit im Rahmen bezieht sich jedoch auf die Vorgaben der „angefochtenen Handlung der Union“,⁴⁵ nicht auf das Recht weiterzugehen und die nationalen Vorschriften, die dies ermöglichen oder sogar anordnen. Die Klage zielt nicht auf die Ausnutzung solcher nationalen Vorgaben, sondern darauf, dass die THG-Rechtsakte der EU selbst strenger ausgestaltet werden müssen. Die Kläger sind ja nicht nur von den Emissionen ihres jeweiligen Mitgliedstaates betroffen, sondern von der Gesamtheit der Emissionen der EU. Diese kann aber nur durch EU-Recht geregelt werden.

II. Individuelle Betroffenheit

Personen, an die der angegriffene Rechtsakt nicht gerichtet ist, sind nach der sog. Plaumann-Formel individuell betroffen, wenn der Rechtsakt „sie aufgrund bestimmter ihnen eigentümlicher Eigenschaften oder aufgrund von Umständen, unter denen sie sich von allen anderen Personen unterscheiden, betrifft und sie aufgrund dieser Faktoren ebenso wie die angesprochene Person individuell unterscheidet.“⁴⁶

Die Klage macht zunächst geltend, dass die drei Rechtsakte die klagenden Familien in der Tat jeweils „aufgrund ihnen eigentümlicher Eigenschaften“ betrifft, nämlich z.B. die eine Familie als Waldbewirtschafterin in einer austrocknenden portugiesischen Region, die andere als Restaurantbetreiberin auf einer vom steigenden Meeresspiegel bedrohten Inseldüne, die dritte als Rentierhalterin in durch Wärmeeinfälle verharschten nordschwedischen Schneeregionen, etc.

Hilfswise, für den Fall, dass das Gericht diese Eigentümlichkeiten in einer abstrakteren Vorstellung von *ähnlicher* Betroffenheit aufgehen lässt und eine exklusive, von allen anderen auch abstrakt unterschiedene Betroffenheit fordert, greift die Klage die Formel selbst an. Die Formel sei immerhin bereits 55 Jahre alt und gehöre schon deshalb auf den Prüfstand. Sie sei zu Zeiten erfunden worden, als nur Entscheidungen, nicht auch Gesetzgebungsakte anfechtbar waren, m.a.W. als es noch Sinn machte, von einer Betroffenheit ähnlich wie die adressierte Person zu sprechen. Gesetzgebungsakte seien immer an viele gerichtet; das Exklusivitätskriterium sei deshalb strukturell ungeeignet, denn bei Gesetzgebungsakten sei streng genommen niemand exklusiv betroffen, so dass das Kriterium nie erfüllt sein

42 EuG, Rs. T-18/10 (Inuit Tapiriit Kanatami v EP und Rat), Rnr. 71.

43 Vgl. BVerwG, I C 49.70 (Würgassen), DVBl. 1972, 678.

44 Es gibt zwar gewisse Flexibilitäten, die aber entweder in Richtung zusätzlicher Emissionen gehen oder, soweit sie weitere Drosselung ermöglichen, bei Weitem nicht den Umfang haben, den die Klage für grundrechtlich geboten hält. Falls das Gericht diese Flexibilitäten als Ermessen im Sinne der unmittelbaren Betroffenheit versteht, müsste die Klage gegen die nachfolgenden Kommissionsentscheidungen, die die zuzuweisenden Emissionsmengen festlegen, gerichtet werden. Da dies Exekutivrechtsakte wären, gestaltete sich die Klagebefugnis einfacher, auch im Hinblick auf eine mögliche Verbandsklage. Im Kern ginge es aber weiterhin um die Rechtmäßigkeit der zu Grunde liegenden THG-Rechtsakte.

45 S. obiges Zitat aus EuG, Rs. T-18/10. Ebenso EuG, Rs. T-739/17 (Euracoal u.a. v Kommission), ECLI:EU:T:2018:959, Rnr. 81-114.

46 EuGH, Rs. 25/62 (Plaumann v Kommission), ECLI:EU:C:1963:17, S. 107.

könne. Dies zeige sich besonders deutlich im vorliegenden Fall: Die Effekte des Klimawandels seien gravierend und würden bei Auslösung von Kippunkten katastrophal. Unzählige Menschen müssten darunter leiden. Solle ihnen einfach deshalb, weil es viele sind, der Rechtsschutz versagt werden? Es sei widersinnig, dass der Rechtsschutz umso geringer ausfallen solle, je stärker die Betroffenheit sei.⁴⁷

Der Ausdruck individuelle Betroffenheit i.S.d. Art. 263 (4) AEUV müsse deshalb für Klagen gegen Gesetzgebungsakte neu ausgelegt werden. Die Klage macht geltend, dass hierfür die Grundrechte, die zu Zeiten des Plaumann-Urteils noch unentwickelt waren, herangezogen werden sollten. Eingriffe in die Grundrechte Einzelner, jedenfalls wenn sie gegenwärtig oder hoch wahrscheinlich und gravierend sind, sollten als individuelle Betroffenheit gewertet werden. Diese Auslegung, die Generalanwalt Jacobs in großer Gründlichkeit und mit schonungsloser Kritik an der bisherigen Rechtsprechung erarbeitet⁴⁸ und die auch das EuG übernommen hat,⁴⁹ lehnte der EuGH ab. Die Kläger könnten ihre Rechte vor nationalen Gerichten einklagen, und diese hätten die Möglichkeit, über einschlägige EU-Rechtsakte eine Vorabentscheidung des EuGH einholen. Fehlte es an geeigneten Rechtsbehelfen, seien die Mitgliedstaaten nach Art. 47 GrCh verpflichtet, sie bereitzustellen. Zu überprüfen, ob dies erfolgt sei, stehe freilich nicht in seiner Kompetenz.⁵⁰

Wenn es nun aber nicht Gründe mitgliedstaatlicher Säumnis, sondern strukturelle Gründe gibt, warum der nationale Rechtsschutz nicht effektiv ist, müsste auch der EuGH anerkennen, dass ein direkter Rechtsweg zum Europäischen Gericht eröffnet werden muss. Solche Gründe werden von der Klage geltend gemacht:

(1) Ob überhaupt und wenn ja, in welcher Weise Mitgliedstaaten Rechtsbehelfe zur Verfügung stellen, mit denen der Staat zu strengeren Emissionsreduktionen verpflichtet werden kann, ist höchst unterschiedlich geregelt. So kann es sein, dass verwaltungsprozessual eine Leistungsklage auf Erlass einer untergesetzlichen Norm nicht existiert,⁵¹ dass eine entsprechende Feststellungsklage vergleichsweise strenge Anforderungen an subjektive Rechtsverletzungen stellt,⁵² dass es verfassungsprozessual keine Verfassungsbeschwerde gegen Gesetze⁵³ gibt und in objektiven Verfahren wie auf Vorlage eines Gerichts keine Feststellungs- oder Leistungsklage hinsichtlich gesetzgeberischer Handlungspflichten besteht.⁵⁴ Art. 47 GrCh würde überzogen, wenn man aus ihm eine Pflicht ableiten würde, dass die Mitgliedstaaten einen bestimmten Standard von Rechtsbehelfen einführen müssen, wie z.B. eine Klage auf den Erlass eines Gesetzes, einer untergesetzlichen Norm oder eines Verwaltungsaktes.

(2) Unterstellt, eine grundrechtsgestützte Klage auf Feststellung einer administrativen oder legislativen Handlungspflicht kommt in Betracht, würde das nationale Gericht am Maßstab des nationalen Verfassungsrechts beurteilen, ob der Mitgliedstaat weitergehen muss als unionsrechtlich vorgegeben. Darauf ist die Klage aber nicht gerichtet. Sie will nicht den Spielraum des Weitergehens ausgeschöpft wissen, sondern greift die EU-Kontingentierung selbst an und behauptet eine Grundrechtsverletzung durch den EU-Gesetzgeber.

(3) Es wäre denkbar, dass diese letztere Frage nach Art. 267 AEUV dem EuGH vorgelegt wird. Die Vorlage müsste für die Entscheidung des nationalen Falles aber erheblich sein. Auf sie käme es nur an, wenn das nationale Gericht argumentieren könnte, dass der Mitgliedstaat gezwungen ist, das ihm zugeteilte Kontingent auszuschöpfen. Das ist aber nicht der Fall, weil er wegen der minimalharmonisierenden Anlage der drei THG-Rechtsakte und im Übrigen nach Art. 193 AEUV weitergehen kann.

(4) Wesentlicher noch als diese rechtsdogmatischen Einschränkungen ist aber der tatsächliche Umstand, dass die Kläger in allen 28 (27) Mitgliedstaaten klagen müssten, um ihr Ziel zu erreichen, dass die EU insgesamt ihre Emissionen reduzieren muss. Dies ist eine unzumutbare Hürde, die den Rechtsschutz, wenn er denn überhaupt auf die nationale Ebene verwiesen werden kann, ineffektiv macht und deshalb gegen Art. 47 GrCh verstößt.⁵⁵

H. Zulässigkeit und Begründetheit der Leistungsklage aus außervertraglicher Haftung

Neben der Nichtigerklärung nach Art. 263 AEUV beantragt die Klage, die Beklagten zur Reduktion der jährlichen THG-Emissionen auf mindestens 50–60 Prozent jährlich in 2030, bezogen auf 100 Prozent in 1990, zu verpflichten.

Der Antrag stützt sich auf den Anspruch aus außervertraglicher Haftung nach Art. 340 (2) AEUV. Dieser Anspruch richtet sich normalerweise auf eine Verpflichtung zu Schadensersatz, ist vom EuGH aber angesichts entsprechender allgemeiner Rechtsgrundsätze der Mitgliedstaaten auf eine Verpflichtung zu Maßnahmen oder Unterlassungen ausgedehnt worden.⁵⁶

47 Kritisch zu diesem Paradox auch *Jans/Vedder*, *European Environmental Law*, 4. Aufl. 2012, S. 241.

48 GA Jacobs in Rs. C-50/00 P (*Unión de Pequeños Agricultores*), ECLI:EU:C:2002:197, Rnr. 102.

49 EuG, Rs. T-177/01 (*Jégo-Quéré*), ECLI:EU:T:2002:112, Rnr. 51.

50 EuGH, Rs. C-50/00 P (*Unión de Pequeños Agricultores*), ECLI:EU:C:2002:462, Rnr. 43, 44; Rs. C-263/02 P (*Jégo-Quéré*), ECLI:EU:C:2004:210, Rnr. 33-35.

51 In Österreich gibt es nur eine Anfechtungsklage, die immerhin u.U. zur Aufhebung des VA und Erlass eines neuen VA durch das Gericht selbst führen kann. Wenn die Verwaltung pflichtwidrig unterlässt, einen VA zu erlassen, kann dies gerichtlich festgestellt werden. Das Gericht kann aber weder den Erlass eines VA anordnen noch ihn selbst erlassen. Vgl. Art. 130, 132 österreich. Bundes-Verfassung.

52 Vgl. § 43 dt. VwGO und BVerwGE 80, 155 ff. (362 ff.); BVerwGE 111, 276 ff. (278 ff.).

53 So z.B. in den Niederlanden, vgl. Art. 120 ndl. Verfassung, in Frankreich vgl. Art. 61-1 frz. Verfassung.

54 Vgl. Art. 61-1 der frz. Verfassung von 1958; dazu *Favoreu* e.a., *Droit Constitutionnel*, 11. Aufl. 2008, S. 347, 405.

55 Über die Verpflichtung, die Klagebefugnis im Lichte des Art. 47 GrCh auszulegen, s. EuG, Rs. T-739/17 (*Euracoal v Kommission*), ECLI:EU:T:2018:959, Rnr. 126.

56 Vgl. EuG v. 10.5.2006, Rs. T-279/03 (*Galileo International Technology and Others*), ECLI:EU:T:2006:121, Paras 63: „Diesen beiden Bestimmungen [scl. Art. 288 (2) EGV, jetzt Art. 340 (2) AEUV], und Art. 235 EGV, jetzt Art. 268 AEUV – die im Gegensatz zu Artikel 40 Absatz 1 des früheren EGKS-Vertrags, der nur die Entschädigung durch Geldzahlung vorsah, eine Naturalrestitution nicht ausschließen – ist zu entnehmen, dass der Gemeinschaftsrichter die Befugnis besitzt, der Gemeinschaft jede Form des Schadensausgleiches aufzuerlegen, die mit den allgemeinen Rechtsgrundsätzen, die den Rechtsordnungen der Mitgliedstaaten auf dem Gebiet der außervertraglichen Haftung gemeinsam sind, in Einklang steht, und zwar, soweit sie diesen Grundsätzen entspricht, auch eine Naturalrestitution, die gegebenenfalls die Form einer Anordnung eines bestimmten Handelns oder Unterlassens annehmen kann.“

Eine solche Verpflichtung wird von den Beklagten als eine rechtsmissbräuchliche Umgehung der Unzulässigkeit einer Leistungsklage nach Art. 263, 264 AEUV angesehen. Die Kläger machen dagegen geltend, dass Rechtsmissbrauch ein subjektiv vorwerfbares Verhalten bedeute, so etwa, wenn ein Kläger die Frist für eine Nichtigkeitsklage versäumt und das Klageziel über eine Schadensersatzklage (die unbefristet möglich ist) erreichen will.⁵⁷ Halte man dagegen eine objektive Unvereinbarkeit der Klagen nach Art. 263, 264 und Art. 340 AEUV für denkbar, sei zu bemerken, dass die Leistungsklage nach 340 AEUV von der Klage nach Art. 263–265 AEUV grundsätzlich verschieden ist, weil der Urteilsausspruch nur inter partes gilt, die Nichtigkeit dagegen erga omnes festgestellt wird.⁵⁸ Dass eine Emissionsreduktion zu Gunsten der Kläger klimaphysikalisch zugleich faktisch allen Betroffenen zu Gute komme, sollte dabei rechtlich irrelevant sein.

Der Anspruch setzt dreierlei voraus: Die Rechtsnorm, gegen die verstoßen wird, muss dem Kläger Rechte verleihen, der Verstoß muss hinreichend qualifiziert sein, und zwischen dem Verstoß und dem Schaden muss ein unmittelbarer Kausalzusammenhang bestehen.⁵⁹

Die Rechtsnormen, die nach dem Klagevortrag verletzt wurden und weiter verletzt werden, sind die Grundrechte auf Berufstätigkeit und Eigentum. Sie bestünden als die europäischen Institutionen bindende Normen seit Langem und als kodifizierter verbindlicher Katalog ab 2009. 2009 sei zugleich das Jahr, in dem die RL 2009/29 die ETS-RL 2003/87 in die Post-Experimentierphase überführt hat und durch Beschluss 406/2009 der Mechanismus der Lastenteilung eingeführt wurde. Zugleich sei das Konzept der Zuteilung von Emissionsquantitäten gesetzlich eingeführt worden.⁶⁰ Spätestens seit 2009 habe der EU Gesetzgeber deshalb den strengeren Anforderungen höherrangigen Rechts folgen müssen.

Die Grundrechte verliehen den Klägern per se auch Rechte. Soweit es die „objektiven“ Schutzzvorschriften des Pariser Übereinkommens angehe, sei es ausreichend, dass diese jedenfalls auch den individuellen Interessen der Kläger dienen.⁶¹ Dies zeigt sich u.a. daran, dass das Pariser Übereinkommen in seinem zehnten Erwägungsgrund die Menschenrechte erwähnt.

Der Verstoß ist hinreichend qualifiziert, wenn die handelnde Institution im Falle von Ermessensspielräumen die Ermessensgrenzen offenkundig und erheblich überschritten hat, oder wenn gar keine Ermessensspielräume bestanden.⁶² Die Klage macht geltend, dass es zwar einen weiten Ermessensspielraum hinsichtlich der Maßnahmen zur Reduktion von Emissionen gebe, dass der Spielraum aber hinsichtlich der Zielvorgaben geringer sei, weil diese durch den grundrechtlichen Eingriffsbegriff, die Obergrenze des Pariser Übereinkommens und den Maßstab der technischen und ökonomischen Machbarkeit gesteuert würden.⁶³ Die Zielvorgabe, die Emissionen müssten von 2021–2030 lediglich um 40 Prozent der Emissionen von 1990 gesenkt werden, stellten eine offensichtliche und erhebliche Überschreitung der Ermessensgrenzen dar.

Die Kläger erlitten nachweisbar Schaden in ihrer Wirtschaftstätigkeit und an ihrem Eigentum. Dieser werde durch anthropogenen Klimawandel verursacht. Der Schaden sei zwar nicht ein physikalisch direkter Effekt von Emissionen wie z.B. im Fall der

gewohnten luftverschmutzenden Gase. Aber mit dem Kriterium der Unmittelbarkeit könne nicht die Länge und Komplexität des Kausalprozesses zwischen Emission und Schadenswirkung gemeint sein, solange der Zusammenhang nachweisbar sei und die handelnde Institution einen relevanten Anteil daran habe. Dieser Anteil entspreche dem Verhältnis der EU-Emissionen zu den globalen Emissionen; das sind etwa 10 Prozent.

Der Kausalprozess muss für den Schadensersatzanspruch in der Vergangenheit liegen. Dies ist nach dem Klagevortrag der Fall. Die EU sei spätestens seit 2009 grundrechtlich gebunden und habe seitdem ihre Kompetenz zur Regulierung der Emissionen ausgeübt. Wenn der Anspruch aus Art. 340 (2) AEUV statt auf Schadensersatz auch auf Unterlassung oder Handeln bezogen werden könne (was der Fall sei, s. oben), müsse der Kausalprozess sich denklogisch auch in die Zukunft fortsetzen können, was von den Klägern dann auch nachgewiesen werden müsse. Dies sei geschehen, weil die drei THG-Rechtsakte für die Zeit von 2021–2030 in rechtswidrigem Umfang Emissionen zuließen. Der Antrag bezieht sich darauf, dass dies unterlassen werden muss und entsprechend stärkere Emissionsreduktionen vorgeschrieben werden sollen.

I. Juristische Irrläufe? Illusionäre Erwartungen? Systemische Risiken?

Bernhard Wegener hat ein deutliches Wort gegen Klimaklagen gesprochen.⁶⁴ Er bezieht es auch auf die hier besprochene Klage, für die ich vorwiegend antworten möchte.

I. Juristische Irrläufe?

Wegener meint, die Klage *Carvalho et al.*(1) werde die Hürde der individuellen Betroffenheit „wegen des allgemeinen Charakters der angegriffenen Maßnahmen“ wahrscheinlich nicht überwinden, (2) stelle einen – nicht anerkannten – Verpflichtungsantrag auf verschärfte Reduktionsziele und -maßnahmen und (3) „überreize“ die „Leistungs- und Steuerungskraft“ der Grundrechte.

Dagegen ist einzuwenden:

(1) Statt einer wohlfeilen, sozusagen realdogmatischen Prognose hätte man sich von dem sonst juristisch kreativen Wegener erhofft, dass er weiterführende Ideen beisteuert. Die Klage gibt sich alle Mühe, die mentale Distanz zwischen der existentiellen Not der Kläger und dem abgehobenen Konstrukt der individuel-

57 So im Fall EuGH, Rs. 175/84 (Krohn), Rdnr. 33; EuG, Rs. T-279/11 (T&L Zucker), Rnr. 104.

58 Die Unterschiedlichkeit der Klagen wird auch in EuG, Rs. T-177/01 (Jégo-Quéré), ECLI:EU:T:2002:112, Rnr. 46, betont.

59 EuGH, Rs. C-352/98 P (Bergaderm und Goupil), ECLI:EU:C:2000:361, Ziff. 42.

60 Vgl. oben F.1.1.

61 EuGH, Rs. 5/66, 7/66, 13/66 und 24/66 (Kampffmeyer/Kommission), Slg. 1967, 245, Slg. 263; EuG, Rs. T-341/07 (Sison/Rat), ECLI:EU:T:2011:687, Rnr. 47.

62 EuGH, Rs. C-352/98 P (Bergaderm und Goupil), ECLI:EU:C:2000:361, Ziff. 44.

63 Den Unterschied zwischen zusammenfassenden Zielquoten und einzelnen Maßnahmen vernachlässigt *Volland*, Zur Reichweite von Menschenrechten im Klimaschutz. Wäre die „Urgenda-Entscheidung“ auch im deutschen Recht zu erwarten?, NVwZ 2019, 114-120 (118).

64 *Wegener*, ZUR 2019, 3 ff. (s. oben Fn. 1).

len Betroffenheit zu überwinden.⁶⁵ Der Hinweis Wegeners auf die Aarhus-Konvention ist nicht hilfreich, weil diese nicht auf Gesetzgebungsakte anwendbar ist.

(2) Ein Verpflichtungsantrag nach Art. 265 (3) AEUV auf einzelne Klimaschutzmaßnahmen wird nicht gestellt, sondern ein solcher auf partielle Nichtigerklärung der THG-Rechtsakte bei gleichzeitiger Aufrechterhaltung bis zu ihrer Korrektur. Daneben wird ein Verpflichtungsantrag aus Art. 340 (2) AEUV gestellt, der grundsätzlich anerkannt ist, dessen Voraussetzungen aber natürlich nachgewiesen werden müssen und nach Klagvortrag nachgewiesen sind. Er richtet sich nicht auf bestimmte Klimaschutzmaßnahmen, sondern auf eine strengere allgemeine Reduktionsquote.

(3) Die Klage geht, anders als Wegener annimmt, von einer Eingriffskonstellation aus, die die Abwehrfunktion der Grundrechte auslöst; nur hilfsweise wird eine Schutzpflichtsituation angenommen. Wegener hat Recht, auf den weiten Handlungsspielraum der Klimapolitik hinzuweisen. Nur ist eben auch der EU-Gesetzgeber an Grundrechte gebunden. Die eigentliche Frage ist also, wo die grundrechtlichen Grenzen des Handlungsspielraums liegen. Wenn Wegener meint: „Der Klimawandel ist ein zu komplexes und weitausgreifendes Problem, als dass es sich – jenseits denkbarer Einzelfälle – sinnvoll in der Kategorie der individuellen Grundrechtsverletzung beschreiben und juristisch erfassen ließe“, so ist zu bedenken, dass die Welt sich keineswegs diesseits denkbarer Einzelfälle befindet, sondern geradezu aus unzähligen Einzelfällen besteht, weil so viele Menschen individuell betroffen sind oder sein werden. Die Situation ist anders als bei chemischen, radiologischen, gentechnischen etc. Kollektivrisiken, deren Effekte sich stochastisch, aber nicht individuell vorhersagen lassen. Die Klimawandeleffekte sind mit hoher Gewissheit real und ubiquitär. Man kann die einzelnen Prozesse in den globalen Meeres- und Atmosphärensystemen juristisch als black box betrachten, weil – jedenfalls im Sinne des Vorsorgeprinzips – als erwiesen gelten kann, dass jede zusätzliche Emission von Treibhausgasen im Endeffekt zur Zunahme von Wetterextremen führt, die als Trockenheit, Überflutung, Tauwetter oder Hitzewelle die Einzelnen schädigen. Welch' ärmliche Konstruktion der Grundrechte, wenn sie diese unbestreitbare existenzvernichtende Kausalität „kategorial“ nicht als Verletzung erfassen soll!

II. Illusionäre Erwartungen?

Wegener meint, (1) Gerichte seien zu schwach legitimiert und unzureichend ausgestattet, um einen ökologischen Umbau sinnvoll anzuleiten und zu steuern, (2) sie könnten Reduktionsziele nur frei greifen, (3) ihre Direktionskraft finde ihre Grenzen an harten politische Widerständen.

Dagegen ist einzuwenden:

(1) Gerichte sind durchaus legitimiert, die Grundrechte anzuwenden, und dies auf EU-Ebene auch gegenüber dem EU-Gesetzgeber. Sie sind auch hinreichend ausgestattet, denn die Klimaentwicklung liegt so tief, transparent, verständlich und neutral aufbereitet vor wie kaum ein anderes Feld umweltrechtlicher Beurteilung. Es bedarf nur einer gewissen Geduld und Aufgeschlossenheit, sich damit vertraut zu machen. Die Klagewelle, zu

der *Carvalho et al.* gehört, zielt im Übrigen keineswegs auf eine „Große Transformation“ (WBGU) oder gar (wie Wegener insinuiert) „Weltrettung per Gerichtsbeschluss“. Die Gerichte sollen ihren genuinen Beitrag leisten, der mäßig ist und die vielen Beiträge aus den gesellschaftlichen, wirtschaftlichen und politischen Sphären ergänzt. Die Klagen sind jeweils auf spezifische Ziele beschränkt, etwa die Anordnung, dass überhaupt erst einmal ein Klimaschutzprogramm aufgestellt wird (Kelsey v US Administration), dass pro rata der Verursachung eine Kostenbeteiligung zu zahlen ist (Lluya v RWE), dass bestimmte Erdöl- und Kohleextraktionen unterbunden werden (Greenpeace v Norway wg Arctic Oil, Gloucester v Minister, New South Wales), dass ein bestimmtes gesetztes Reduktionsziel nicht ausreicht (Urgenda v NL, Carvalho et al. v EU), etc.

(2) Bestimmte quantitative Reduktionsziele können in der Tat grundrechtlich nur schwer abgeleitet werden, wohl aber lassen sich Grundrechte zu Kriterien auf mittlerer Allgemeinheitsebene konkretisieren. Wie oben gezeigt, kann rechtsdogmatisch geklärt werden, ob der Eingriff in Schutzbereiche längere Kausalprozesse einschließt, ob und wie Emissionsbudgets aus der Pariser 2°C-Obergrenze abgeleitet und zugeteilt werden können, und ob die Rechtfertigung von Eingriffen ein Kriterium der technischen und ökonomischen Machbarkeit generiert, das zumindest verlangt, dass der Gesetzgeber eine Methodologie entsprechender Untersuchungen entwickelt und anwendet, bevor er seinerseits Reduktionsziele „frei greift“.

(3) Wegeners Aussage zur Direktionskraft der Gerichte erscheint als eine faktische Behauptung, die aber empirisch belegt werden müsste. Es gibt in der Rechtsprechungsgeschichte Beispiele, die sie bestätigen, aber auch solche, die sie widerlegen. Systemtheoretisch gesehen, entstehen Innovationen im Rechtssystem zwar nur autopoietisch und werden von den anderen Systemen abgestoßen, wenn sie nicht passen. Konflikttheoretisch gesehen ist es dagegen so, dass rechtlicher Wandel aus energetischen Anstößen aus den sozialen und politischen Sphären entstehen kann. Jedenfalls wird auch Wegener keinen Rechtssatz prästieren, wonach kontrafaktische Klagen nicht erhoben werden dürfen. Er hat vielleicht eher eine strategische Klugheitsregel im Sinn, über die man aber unterschiedlicher Meinung sein kann.

III. Systemische Risiken?

Wegener sieht gar systemische Risiken – darunter geht es anscheinend nicht. Er meint zusammengefasst, (1) die Reduktionsvorgaben des IPCC seien realpolitisch unerreichbar, (2) Gerichte könnten unbestimmte menschenrechtliche Vorgaben als zwingend ausgeben, entgegenstehende Interessen ignorieren und strenge Reduktionsverpflichtungen dekretieren, (3) dies werde Missachtung der Urteile provozieren, (4) statt „potemkinscher Urteile“ bedürfe es der gesellschaftlichen Anerkennung der notwendigen Transformation im demokratischen Raum; Umweltschützer „sollten sich darauf konzentrieren, demokratische Mehrheiten für die notwendigen Klimaschutzanstrengungen zu gewinnen“, (5) diese könnten dann gerichtlich durchgesetzt

⁶⁵ Vgl. oben F.II.

werden. (6) Die allein grundrechtsgestützten Klimaklagen verschlechterten die Aussicht auf gesamtgesellschaftlich mitgetragene Klimaschutzanstrengungen.

Dagegen ist einzuwenden:

(1) Das IPCC macht keine normativen Vorgaben, sondern bewegt sich im wenn-dann-Schema.⁶⁶ Normative Vorgaben werden dagegen vom Pariser Übereinkommen gemacht. Dieses Abkommen ist formal verbindliches Völkerrecht. Es ist Interpretationssache, was von ihm auch inhaltlich verbindlich ist. Ein Kandidat dafür ist jedenfalls die Obergrenze von 2°C. Wenn Wegener meint, dass diese realpolitisch nicht einzuhalten sei, so ist dies durch eine Unzahl von Studien über die Machbarkeit von schnelleren Reduktionen widerlegt⁶⁷ und übrigens widersprüchlich, weil er andererseits ja auf das Potential demokratischer Politik vertraut.

(2) Das Berufungsgericht im Urgenda-Fall mag die Abwägung mit anderen als Klimaschutzinteressen unterbelichtet haben – die Klage *Carvalho et al.* berücksichtigt sie zentral und präzise grundrechts- und völkerrechtsdogmatisch, wozu oben unter F.I. und II.2 mehr gesagt wurde.

(3) Wegener stellt eine Zwickmühle auf: Entweder die Urteile sind milde, dann sind sie überflüssig, weil sie nur feststellen, was ohnehin politisch getan werden kann, oder sie gehen darüber hinaus, dann werden sie missachtet. Er übersieht dabei den Mittelweg, weil er nur in der Alternative Weltrettung oder Nichtstun denkt. Die Gerichte können pragmatische Lösungen finden, die über den Stand der Gesetzgebung hinausgehen, aber auf das Machbare Rücksicht nehmen. Genau dies ist das Ziel der Klage *Carvalho et al.* und anderer Klagen. Solche Mittelwege sind nicht überflüssig, sondern wichtig, weil sie von der Politik abfordern, dass sie sich nicht von privater Macht und Marktideologie dominieren lässt, sondern sich am sachlich Gebotenen und Machbaren orientieren. Gerichte können insofern geradezu die Demokratie gegen ihre oligarchischen Zerstörer verteidigen.⁶⁸

(4) Umweltschützer bedürfen nicht der kathederdemokratischen Ermahnung, sie sollten sich auf den politischen Raum konzentrieren. Sie tun das bereits, und sie unterstützen die Klagen zusätzlich. Kläger sind in vielen Fällen übrigens nicht politisch aktive „Umweltschützer“, sondern wirtschaftlich und gesundheitlich existentiell Betroffene – so auch und sogar zentral im Fall *Carvalho et al.*

(5) Dass Gerichte nur für die Durchsetzung von Gesetzgebung, nicht auch für deren Bindung an Grundrechte zuständig sein sollen, kann der Staatsrechtslehrer Wegener nicht ernsthaft meinen.

(6) Dass grundrechtsgestützte Klimaklagen die gesellschaftliche Akzeptanz von Klimaschutz verschlechtern, ist reine Spekulation. Gerichte sind eine Stimme im Diskurs des Klimaschutzes, sie können helfen, deutlich zu machen, dass Klimaschutz nicht in der Willkür der Politik steht, sondern rechtlich verankerte Aufgabe und Verpflichtung ist. Sie sind klug genug, pragmatisch zu bleiben. Wie sollte dies verhindern, dass Klimaschutz gesamtgesellschaftlich mitgetragen wird?

J. Schlüsse

Allgemeiner geantwortet empfiehlt es sich, nicht alle Klimaklagen über einen Kamm zu scheren und gleich mit Großtheorien

aufzuwarten. Ergiebiger ist ein induktiver Ansatz, der zunächst zu verstehen versucht, worauf die Klagen zielen, wer sie wo erhebt, in welchem gesellschaftlichen, wirtschaftlichen und rechtskulturellen Kontext sie stehen, warum sie entstanden sind, welche rechtsdogmatische Qualität sie haben, welchen Beitrag sie zum öffentlichen Diskurs leisten, inwieweit sie die Akteure zu Verhaltensänderungen angestiftet haben⁶⁹ und welche Folgen negative oder positive Entscheidungen gehabt haben. Erst aus einer solchen Analyse entstehen realitätsgesättigte Theorien. Des Weiteren ist zu empfehlen, von dieser sozialwissenschaftlichen Arbeit die verfassungsrechtlichen Verortungen und Bewertungen streng zu unterscheiden. Diese können sozialwissenschaftlich informiert sein, unterscheiden sich aber durch ihre besondere Methodik der Interpretation von Texten des positiven Rechts und der Judikatur. Drittens müssen die jeweiligen nationalen und regionalen Rechtskulturen im Blick bleiben. Gerade im Hinblick auf die Funktion der Justiz gibt es enorme Unterschiede in den verfassungsrechtlichen Gewaltenteilungskonzeptionen. Dabei ist faszinierend zu sehen, wie die Entwicklung nicht nur der Rechtssetzung, sondern auch der Judikatur sich transnationalisiert, d.h. wie sich Klagvorträge und Urteile weltweit zunehmend gegenseitig beobachten und berücksichtigen. Inwieweit sich dabei globale Konvergenzen herausstellen oder Traditionen persistieren, bleibt noch abzuwarten.

Das eigentlich Neue und zugleich das Skandalon von *Carvalho et al.* ist, dass die Klage die Union wegen zu geringen Umweltschutzes angreift. Die Europäische Gemeinschaft/Union hat seit ihrer vor 30 Jahren einsetzenden Wende von einer Wirtschaftsgemeinschaft zu einem „Europa der Bürger“ aktive Politik in vielen sozialen Feldern betrieben. Dazu gehört namentlich auch die Umweltpolitik. Rechtlich sah sich diese Politik bisher nur durch den *status negativus* der Grundfreiheiten und Grundrechte der in ihren Tätigkeiten betroffenen Wirtschaftsakteure eingeehgt. Die Klage strebt dagegen einen *status positivus* der betroffenen Bürger an, der ermöglicht zu rügen, dass nicht zu viel, sondern zu wenig Umweltschutz betrieben wird. Sie argumentiert, dass die Union, wenn sie einen Politikbereich an sich zieht, diesen auch grundrechtsgemäß gestalten muss. Man könnte sie auch als einen Ausdruck des Vertrauens der Bürger auf „ihre“ Union verstehen.

Weil diese Stoßrichtung neu ist, nimmt es nicht Wunder, dass die Klage mit einer Menge von rechtsdogmatischen Hürden rechnen muss. Dazu gehören vor allem die Öffnung der Klagebefugnis, die Verortung der THG-Rechtsakte als hoheitlicher Eingriff, hilfsweise die Entwicklung von Schutzpflichten aus den Grundrechten, die Erstreckung der Grundrechte auf unionshoheitlich betroffene Auslandsbewohner, das Verhältnis zwischen Völkerrecht wie dem Pariser Übereinkommen und dem EU-Recht, die Ableitung eines EU-Budgets für THG-Emissionen,

66 Dies gilt insbesondere für die im Urgenda-Fall zentrale Tabelle 2.2. in *IPCC, Climate Change 2014 (Fn. 4)*, S. 64, über die global noch verfügbaren Emissionsbudgets bei bestimmten angenommenen Erwärmungsgrenzen.

67 Vgl. oben F.III.2.

68 Zu diesem Gedanken bereits *Sax, The Public Trust Doctrine in Natural Resource Law: Effective Judicial Intervention*, 68 Mich. L. Rev. 471 (1969), S. 559 f.

69 Zu diesem Aspekt *Peel/Osofsky, Climate Change Litigation. Regulatory Pathways to Cleaner Energy*, 2015.

die Begründung und Anwendung des Maßstabs technischer und ökonomischer Machbarkeit, die Begrenzung des gesetzgeberischen Handlungsspielraums durch Grundrechte und vieles andere. Es besteht also Bedarf an rechtsdogmatischer Neuerung. Ob sie gelingt, hängt auch davon ab, ob der fachliche Diskurs nicht nur tradierte Doktrinen repetiert, sondern im Lichte der Klimafrage neue Ideen ventiliert. Denn das Recht muss mitreden, wenn die Gesellschaft unterzugehen droht.

Viel Zeit für weitschweifende Debatten lässt der fortschreitende Klimawandel allerdings nicht. Nach der IPCC-Rechnung steht der Menschheit noch ein Emissionsbudget von etwa 700 Gt. CO₂ zur Verfügung, wenn sie die 2°C Grenze halten will. Geteilt durch 7 Mrd. Menschen hat jeder Mensch deshalb nur noch etwa 100 t zur Verfügung. Ungefähr 9 t konsumiert jede/r

Deutsche Bürger jährlich, nach 11 Jahren sind sie aufgebraucht. Was dann?

Prof. Dr. Dres.h.c. Gerd Winter

Forschungsprofessor, FEU, Universität Bremen.

Aktuelle Veröffentlichungen: Substitution: From Alternatives to Ecological Proportionality, in: Krämer/Orlando (Hrsg.), Principles of Environmental Law 2018, 234-250; Rechtsprobleme im Anthropozän: Vom Umweltschutz zur Selbstbegrenzung, ZUR 2017, 267-276; In Search for a Legal Framework for Synthetic Biology, in: Engelhard (Hrsg.), Synthetic Biology Analysed. Tools for Discussion and Evaluation, 2016, S. 171 -211; (Hrsg.), Property and Environmental Protection in Europe, 2016.

Alexander Graser

Vermeintliche Fesseln der Demokratie: Warum die Klimaklagen ein vielversprechender Weg sind

Eine Replik auf Bernhard Wegener, Urgenda – Weltrettung per Gerichtsbeschluss? Klimaklagen testen die Grenzen des Rechtsschutzes

Weltweit und auch in Deutschland gibt es immer mehr so genannte Klimaklagen. Die Judikative könnte dadurch zu einem maßgeblichen Akteur der Klimapolitik werden. Jedenfalls wird sie so zu einem Forum, in dem rechtliche Aspekte des Klimaschutzes artikuliert und debattiert werden können. Letzteres hält der vorliegende Beitrag für wünschenswert, Ersteres für zumindest erwägenswert. Er tritt damit der in beiden Punkten ablehnenden Einschätzung entgegen, die Bernhard Wegener in dieser Zeitschrift geäußert hat.

Schlagworte: Klimaschutz, Strategic Litigation, Gewaltenteilung, Demokratie

A. Wegeners Beitrag im Überblick

Die ZUR hat das Jahr 2019 mit einem sehr beachtenswerten Beitrag von Bernhard Wegener eröffnet.¹ Aufhänger ist das niederländische Urgenda-Verfahren – eine von weltweit immer mehr Klimaschutzklagen und nach Wegeners einleuchtender Einschätzung derzeit deren „juristisch erfolgreichste“ (S. 6). Sein Beitrag zeichnet das zusprechende zweitinstanzliche Urteil ausführlich nach und stellt es in den Kontext einer Reihe weiterer prominenter Klimaschutzklagen, darunter überwiegend solche aus anderen Rechtsordnungen, aber auch die hiesigen. In seiner abschließenden kritischen Auseinandersetzung unterstellt Wegener, die Betreiber jedenfalls des Urgenda-Verfahrens und wohl auch der anderen Klimaklagen hofften auf eine „Weltrettung per Gerichtsbeschluss“ (S. 10). Er attestiert ihnen zwar „allzu verständliche“ (S. 10), ja „ehrenwerte“ (S. 13) Motive, hält den

eingeschlagenen Weg aber für „potenziell gefährlich“ (S. 10) und jedenfalls „falsch“ (so sein abschließendes Fazit auf S. 13).

Auch Wegeners Motive können durchweg als ehrenwert gelten. In Übereinstimmung mit den kritisierten Klimaklägern konstatiert er eine „ungenügende ökologische Responsivität des Systems“ sowie ein „eklatantes (...) Versagen“ der Politik, die trotz „apokalyptischer Vorhersagen“ nicht „adäquat auf die mittel- bis langfristige Bedrohung durch den Klimawandel“ reagiere (alles S. 10). Dass er dennoch gegen die Klimaklagen ist, begründet er mit Bedenken im Hinblick auf Demokratie und Gewaltenteilung sowie der Sorge, dass die Klagen dem Klimaschutz deswegen letztlich sogar abträglich sein könnten (S. 13). Kurz: Wegeners Kritik richtet sich nicht gegen das Ziel des Klimaschutzes und auch nicht gegen die inhaltliche Reichweite der Forderungen. Vielmehr wendet er sich allein gegen die Wahl des Mittels, nämlich gerichtlicher Verfahren zur Durchsetzung dieser Ziele.

B. Die Gegenansicht

Auch die vorliegende Replik konzentriert sich auf diese Frage. Die These ist, dass Wegeners Bedenken nicht stichhaltig und die Klagen ein vielversprechender Weg zur Förderung des Klimaschutzes sind. Dementsprechend setzen sich die nachfolgenden Ausführungen eingehend mit einzelnen Aspekten aus Wegeners

¹ ZUR 2019, 3-13. Im Folgenden beziehen sich die nicht näher spezifizierten Seitenangaben auf Wegeners Artikel.