

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 Anknüpfungsproblem: 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 Anknüpfungsproblem: 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) Rechtsgutzgefährdung . . . . .	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 Anknüpfungsproblem: 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 Mangel . . . . .	350
(2) Behebbarer Mangel . . . . .	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.<sup>1</sup>

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.<sup>2</sup> 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

---

<sup>1</sup> Näher *Westernhagen* (1988); zur zeitgeschichtlichen Entwicklung Wiens *Lorenz* (2007).

<sup>2</sup> 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.<sup>3</sup> 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.<sup>4</sup> 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;<sup>5</sup> Entsprechendes soll sich Art. 20a GG und den grundrechtlichen Schutzpflichten entnehmen lassen.<sup>6</sup> 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.<sup>7</sup>

Doch im Privatrechtsdiskurs ist von dem Wirbel wenig zu spüren. Anders als in der internationalen Debatte<sup>8</sup> 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“.<sup>9</sup> Wer erwägt, den sachenrechtlichen Eigentumsbegriff um Nachhaltigkeitserwägungen zu ergänzen, muss sich entgegenhalten lassen, dass „die originäre Aufgabe [des Privatrechts] eigentlich eine andere ist“.<sup>10</sup> Und in den handelsrechtlichen Berichtspflichten zu Corporate Social Responsibility sehen manche gar die Vorboten einer „Revolution“.<sup>11</sup>

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

<sup>4</sup> Dazu nur *Mathis* (2017), 206 ff.

<sup>5</sup> Exemplarisch *Wiesbrock/Sjåfjell* (2014).

<sup>6</sup> Exemplarisch *Callies* (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).

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

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

<sup>9</sup> *Sonde* (2016), 38.

<sup>10</sup> *Ruster* (2021), 1111.

<sup>11</sup> *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.<sup>12</sup> 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.“<sup>13</sup> Für Holger Fleischer sind die CSR-Berichtspflichten ein erster „Brückenkopf“ einer in vielen Punkten „nicht erstrebenswert[en]“ Entwicklung hin zu mehr Gemeinwohl-orientierung.<sup>14</sup> Noch deutlicher wird Christine Windbichler, die eine „Publizierung“ und „Aufladung mit ethischen und gesellschaftspolitischen Anliegen“ beklagt.<sup>15</sup>

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.<sup>16</sup> 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-

<sup>12</sup> 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.

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

<sup>14</sup> *Fleischer* (2017), 525.

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

<sup>16</sup> *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.<sup>17</sup> Ganz ähnlich könnte man aus Steuerungsperspektive argumentieren: Ließe sich Nachhaltigkeit als legitimes, mitunter sogar zwingendes Steuerungsziel begründen – wofür naturwissenschaftlich und ethisch ebenfalls eine Menge spricht<sup>18</sup> – 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.<sup>19</sup>

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.<sup>20</sup> Wie vor allem Gunther Teubner herausgearbeitet hat, geschieht das jedoch nicht durch eine „Eins-zu-eins Übernahme“, sondern durch einen reflexiven, mitunter aufreibenden Integrationsprozess.<sup>21</sup> Der Prozess führt regelmäßig zu Irritationen, und die Irritationen fallen umso heftiger aus, je schlechter sich der Input mit

<sup>17</sup> 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).

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

<sup>19</sup> 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).

<sup>20</sup> *Lubmann* (1993), 440 ff., 538 ff.

<sup>21</sup> 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.<sup>22</sup> 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.<sup>23</sup>

Andere Ansätze schlagen in eine ähnliche Kerbe. So besagt etwa die kognitive Metaphertheorie, dass menschliche Denkprozesse ganz erheblich von metaphorischen Konzeptstrukturen geprägt sind.<sup>24</sup> Metaphern wie „Zeit ist Geld“ dienen dazu, abstrakten Konzepten durch Rückkopplung mit erfahrungsbaasierten 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.<sup>25</sup> Viele privatrechtliche Institute wirken so selbstverständlich, ja geradezu natürlich, umgekehrt führt aber alles, was aus der Rückkopplungsstruktur fällt, zu Irritationen und wird

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

<sup>23</sup> 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.

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

<sup>25</sup> 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.<sup>26</sup> 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.<sup>27</sup> 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.<sup>28</sup>

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“.<sup>29</sup> 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.<sup>30</sup> 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

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

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

<sup>28</sup> 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), 9f.), sprachphilosophischen Ansätzen zum „Sprachspiel“ in institutionellen Sprachgemeinschaften (dazu *Goebel* (2001), 42ff.), 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.

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

<sup>30</sup> *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 ungern vorschreiben. *My backyard, my rules.*<sup>31</sup>

Um keine Missverständnisse zu provozieren: Hiermit soll weder einer Vorherrschaftstellung 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.<sup>32</sup> Michael Grünberger hat dafür jüngst eine schöne Formel (wieder-)gefunden: Responsive Rechtswissenschaft.<sup>33</sup> 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“.<sup>34</sup> 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.<sup>35</sup>

## 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.

<sup>31</sup> 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“.

<sup>32</sup> Teubner (1982), 49.

<sup>33</sup> 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.

<sup>34</sup> Grünberger (2018), 242.

<sup>35</sup> 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 nahelegten, 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*.<sup>36</sup> Nicht weil diese Perspektive nicht wich-

---

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

tig wäre – im Gegenteil, sie ist gerade im Nachhaltigkeitskontext überragend wichtig<sup>37</sup> –, sondern weil mich interessiert, ob das altherwürdige Bürgerliche Recht zum Nachhaltigkeitsprung 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,<sup>38</sup> 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.<sup>39</sup> 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“.<sup>40</sup> 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

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

<sup>38</sup> Dazu knapp *Schirmer* (2021b), 37 ff.

<sup>39</sup> Unten § 5 II.

<sup>40</sup> *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.

## 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.