



## Rechtswidrigkeit bei der «Klima-Haftung»

### Abermals zum niederländischen Shell-Entscheid

JÜRIG FISCH\*

Ein erstinstanzliches Gericht in den Niederlanden hat im vergangenen Jahr eine Unterlassungsklage von Privaten gutgeheissen und den Shell-Konzern verpflichtet, den CO<sub>2</sub>-Ausstoss bis Ende 2030 um 45 % zu reduzieren. Dass ein schweizerisches Gericht auf der Grundlage des geltenden Rechts kein analoges Urteil fällen könnte, wurde bereits in einem früheren Aufsatz dargelegt. Im vorliegenden Aufsatz wird die Problematik der Rechtswidrigkeit – neben der Kausalität die zweite grosse Hürde für Klima-Klagen – noch einmal aufgegriffen und tiefergehend analysiert. Es wird aufgezeigt, dass Shell für die aus dem Verbrauch seiner Erzeugnisse resultierenden CO<sub>2</sub>-Emissionen nicht verantwortlich gemacht werden kann und dass sich die Rechtswidrigkeit weder mittels eines Schutzgesetzes noch mittels der allgemeinen Sorgfaltspflicht begründen lässt.

Un tribunal de première instance des Pays-Bas a admis l'année passée l'action en cessation du trouble intentée par des particuliers, ordonnant au groupe Shell de réduire les émissions de CO<sub>2</sub> de 45 % d'ici fin 2030. Un précédent article à ce sujet a exposé qu'un tribunal suisse n'aurait pas pu rendre un jugement similaire sur la base du droit en vigueur. Le présent article reprend la question de l'illicéité, qui représente le deuxième grand obstacle pour les actions climatiques après la causalité, et l'analyse plus en détail. Il démontre que Shell ne peut être tenue responsable des émissions de CO<sub>2</sub> résultant de la consommation de ses produits et que l'illicéité ne peut être invoquée ni sur la base d'une loi de protection, ni sur celle du devoir général de diligence.

#### Inhaltsübersicht

- I. Verhaltensunrecht anstatt Erfolgsunrecht
- II. Keine Haftung für Verbraucher
- III. Begründung der Rechtswidrigkeit mittels eines Schutzgesetzes
- IV. Begründung der Rechtswidrigkeit mittels der allgemeinen Sorgfaltspflicht
  - A. Bestehen einer Gefahrschutzpflicht
  - B. Verletzung der Gefahrschutzpflicht

Das Erdöl-Unternehmen *Shell* wurde im vergangenen Jahr von einem erstinstanzlichen niederländischen Gericht zu einer massiven Reduktion seiner CO<sub>2</sub>-Emissionen verurteilt.<sup>1</sup> Hätte *Shell* seinen Sitz in der Schweiz («*Shell Schweiz*»), so könnte einer analogen Unterlassungsklage gegen «*Shell Schweiz*» wegen übermässiger, klimagefährdender CO<sub>2</sub>-Emissionen kein Erfolg beschieden sein. Dies ist bereits in einem früheren Aufsatz<sup>2</sup> herausgearbeitet worden. Zur vollständigeren Ausleuchtung des Phänomens der privatrechtlichen Klima-Klagen soll im Folgenden die Frage der Rechtswidrigkeit noch einmal etwas tiefergehend analysiert werden.

#### I. Verhaltensunrecht anstatt Erfolgsunrecht

Es ist davon auszugehen, dass aus den absoluten subjektiven Rechten generell ein Unterlassungsanspruch fliesst. Was Art. 28/28a Abs. 1 Ziff. 1 ZGB und Art. 641 Abs. 2 ZGB spezifisch für die Persönlichkeit bzw. das Eigentum normieren – dass nämlich zu deren Schutz im Falle einer drohenden Verletzung gerichtlich ein Verbot der Verletzung erwirkt werden kann –, dürfte im schweizerischen Recht für sämtliche absoluten subjektiven Rechte gelten. Der Normgehalt von Art. 28/28a Abs. 1 Ziff. 1 ZGB und Art. 641 Abs. 2 ZGB dürfte m.a.W. verallgemeinerungsfähig sein. Der aus den absoluten subjektiven Rechten fliessende Unterlassungsanspruch ist verschuldensunabhängig, setzt aber Rechtswidrigkeit voraus. Dies wirft die Frage auf, ob die Rechtswidrigkeit im Sinne des Erfolgsunrechts oder im Sinne des Verhaltensunrechts zu verstehen ist.<sup>3</sup> Die folgenden drei Gründe sprechen dafür, dass die Rechtswidrigkeit (auch) im Bereich des Unterlassungsanspruchs einheitlich verhaltensbezogen zu verstehen ist.<sup>4</sup>

\* JÜRIG FISCH, Dr. iur., MA, Rechtsanwalt, Universität St. Gallen (HSG).

<sup>1</sup> Rechtbank Den Haag, C/09/571932 / HA ZA 19-379, 26.5.2021.

<sup>2</sup> VITO ROBERTO/JÜRIG FISCH, Zivilrechtliche Klima-Klagen, AJP 2021, 1225 ff.

<sup>3</sup> Nach traditioneller Auffassung wäre – da es sich um absolute Rechte handelt – das Erfolgsunrecht anwendbar (vgl. z.B. BGer, 5C.137/2004, 17.3.2005, E. 2.3). Die bundesgerichtliche Rechtsprechung ist aber uneinheitlich. Vgl. z.B. BGE 91 II 401 E. 3a; 107 II 1 E. 2 (Verhaltensunrecht bei Art. 28 ZGB).

<sup>4</sup> Vgl. ALEXANDROS CHATZINERANTZIS/MARKUS APPEL, Haftung für den Klimawandel, NJW 2019, 881 ff., 884 (denen zufolge es im Bereich von § 1004 BGB entscheidend darauf ankommt, «ob den An-

*Erstens:* Das Erfolgsunrecht ist zur Begründung eines Unterlassungsanspruchs untauglich,<sup>5</sup> denn die Idee des Erfolgsunrechts besteht darin, dass (erst) der Erfolg – also der Eingriff als solcher in das absolute subjektive Recht eines anderen – die Rechtswidrigkeit begründet. Wo es um die Begründung eines Unterlassungsanspruchs geht, hat ein solcher Eingriff aber *per definitionem* noch nicht stattgefunden (andernfalls nicht ein Unterlassungs-, sondern ein Beseitigungs- oder ein Schadenersatzanspruch geltend gemacht werden müsste). Würde also das Erfolgsunrecht in reiner Form zur Anwendung gebracht, könnte – wo es um die Begründung eines Unterlassungsanspruchs geht – die erforderliche Rechtswidrigkeit nie nachgewiesen werden. Es wäre auch nicht statthaft, die Rechtswidrigkeit damit zu begründen, dass in der Vergangenheit bereits Eingriffe stattgefunden haben, denn dann würde in Wirklichkeit eben nicht mehr der – noch nicht eingetretene – Erfolg die Rechtswidrigkeit begründen, sondern das zurückliegende Verhalten des Beklagten.

lagenbetreiber eine entsprechende Verkehrssicherungspflicht trifft»); KARL LARENZ/CLAUS-WILHELM CANARIS, Lehrbuch des Schuldrechts, Bd. II/2, 13. A., München 1994, 675, 707; ERIK PÖTTKER, Klimahafungsrecht (StudIPR; 307), Diss. Potsdam, Tübingen 2014, 98–107, 139 (dem zufolge «[i]m Bereich negatorischer Haftung, insbesondere sofern eine Emissionsreduktion begehrt wird, [...] allerdings ein strengerer Massstab anzulegen [ist]» [107]); CHRISTOPH THOLE, J. von Staudingers Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, Buch 3, §§ 985–1011 (Eigentumsschutz und Eigentümer-Besitzer-Verhältnis), Berlin 2019, § 1004 BGB N 24 f., 35, 486; GERHARD WAGNER, Klimahaftung vor Gericht, München 2020, 47 f., 65–76; GERHARD WAGNER, Die Voraussetzungen negatorischen Rechtsschutzes, in: Volker Beuthien et al. (Hrsg.), Perspektiven des Privatrechts am Anfang des 21. Jahrhunderts, Köln 2009, 589 ff., 599–610 (der die These vertritt, «das Konzept des Erfolgsunrechts sei das eigentliche Problem des negatorischen Rechtsschutzes» [600]); GERHARD WAGNER/ARVID ARNTZ, Liability for climate damages under the German law of torts, in: Wolfgang Kahl/Marc-Philippe Weller (Hrsg.), Climate Change Litigation, München 2021, 405 ff., N 88; RÜDIGER WILHELM, Risikoschutz durch Privatrecht (Jus Privatum; 141), Habil. Tübingen, Tübingen 2009, 118–132, 143–145, 150. Vgl. auch HEIN KÖTZ, Vorbeugender Rechtsschutz im Zivilrecht, AcP 1974, 145 ff., 162, der aus rechtsvergleichender Perspektive festhält, dass für die Zubilligung negatorischen Schutzes «Common Law und französisches Recht [...] die Voraussetzung aufstellen, dass – denkt man sich den drohenden Schaden eingetreten – der volle Tatbestand einer unerlaubten Handlung erfüllt wäre». Spezifisch zu Art. 28/28a ZGB VITO ROBERTO, Haftpflichtrecht, 3. A., Bern 2022, N 15.07–15.12; diesem explizit folgend WALTER FELLMANN/ANDREA KOTTMANN, Schweizerisches Haftpflichtrecht, Bd. I, Bern 2012, N 633. Neustens zur Rechtswidrigkeit beim Unterlassungsanspruch VITO ROBERTO/JÜRGEN FISCH, Vom Erfolgsunrecht zum Verhaltensunrecht, in: Eva Maria Belser/Pascal Pichonnaz/Hubert Stöckli (Hrsg.), Le droit sans frontières – Recht ohne Grenzen – Law without Borders, Bern 2022, 605 ff., *passim*.

<sup>5</sup> So auch WOLFGANG PORTMANN, Erfolgsunrecht oder Verhaltensunrecht?, SJZ 1997, 273 ff., 275 f.

*Zweitens:* An anderer Stelle ist ausführlich nachgewiesen worden, dass im Schadenersatzrecht die Rechtswidrigkeit einheitlich im Sinne des Verhaltensunrechts zu verstehen ist.<sup>6</sup> Wenn nun aber im Schadenersatzrecht die Rechtswidrigkeit einheitlich im Sinne des Verhaltensunrechts zu verstehen ist, dann gebietet es der Grundsatz der Einheit der Rechtsordnung, dass die Rechtswidrigkeit auch im übrigen Deliktsrecht<sup>7</sup> verhaltensbezogen verstanden wird. Es würde keinen Sinn ergeben, sondern umgekehrt in hohem Masse inkohärent wirken, wenn die Rechtswidrigkeit im Falle von reparatorischen Ansprüchen verhaltensbezogen, im Falle von negatorischen Ansprüchen hingegen erfolgsbezogen interpretiert würde.<sup>8</sup>

Dass die Rechtswidrigkeit einheitlich verhaltensbezogen zu interpretieren ist, erscheint auch deshalb richtig, weil mit dem Unterlassungsanspruch der durch das Schadenersatzrecht gewährte Schutz des Integritätsinteresses verstärkt wird.<sup>9</sup> Aufgrund seines Präventionseffekts gewährt zwar auch das Schadenersatzrecht Schutz vor Rechtsgutsverletzungen,<sup>10</sup> mit dem Institut des Unterlassungsanspruchs wird dieser Schutz jedoch noch einmal verstärkt (der durch fahrlässiges oder vorsätzliches Handeln in seinem Integritätsinteresse Bedrohte soll nicht zuwarten müssen, bis es zu einer Integritätsverletzung gekommen ist, die *ex post* nur mehr mit einem Schadenersatzanspruch ausgeglichen werden kann). Reparatorische und negatorische Ansprüche dienen demnach demselben Zweck, nämlich dem Schutz des Integritätsinteresses.<sup>11</sup> Auch dieser

<sup>6</sup> Vgl. statt vieler JÜRGEN FISCH, Eigentumsгарantie und Nichtersatzfähigkeit reiner Vermögensschäden (SGRW; 42), Diss. St. Gallen, Zürich/St. Gallen 2020, N 514–566; ROBERTO (FN 4), N 04.08–04.16 – je m.Hw.

<sup>7</sup> Wenn für die negatorische Haftung – wie hier vertreten – einheitlich ein Verhaltensunrecht verlangt wird, erscheint es folgerichtig, diese gesamthaft dem Deliktsrecht zuzuordnen. Vgl. WAGNER (FN 4), Voraussetzungen, 609, der darlegt, dass das englische und das französische Recht «ohne eine Sonderdogmatik des negatorischen Rechtsschutzes auskommen und die Abwehrrechte schlicht als «remedy» ausgestalten, d.h. als einen Rechtsbehelf, den das allgemeine Deliktsrecht unter bestimmten Voraussetzungen zur Verfügung stellt».

<sup>8</sup> Vgl. HANS-JÜRGEN AHRENS, Ausservertragliche Haftung wegen der Emission genehmigter Treibhausgase?, VersR 2019, 645 ff., 649 («Einheitlichkeit des Rechtswidrigkeitsurteils für den restituierenden und den präventiven Rechtsschutz»).

<sup>9</sup> Vgl. PÖTTKER (FN 4), 97, 103, 176 («Ergänzungsfunktion»); WILHELM (FN 4), 131 («funktionelle[s] Ergänzungsverhältnis»).

<sup>10</sup> Vgl. DAVID HUNTER/JAMES SALZMAN, Negligence in the Air, U. Pa. L. Rev. 2007, 1741 ff., 1775.

<sup>11</sup> Vgl. WAGNER (FN 4), Voraussetzungen, 590, dem zufolge die herrschende Auffassung in Deutschland «in § 1004 BGB einen kupierten Deliktstatbestand [sieht], der dieselben Voraussetzungen hat wie § 823 BGB – mit einer Ausnahme: «Verschulden ist unstreitig nicht nötig»».

einheitliche Zweck gebietet es, die Rechtswidrigkeit einheitlich im Sinne des Verhaltensunrechts zu interpretieren.

*Drittens:* Eine freiheitliche Rechtsordnung hat neben dem Integritätsinteresse auch das Entfaltungsinteresse zu schützen. Deshalb kann es nicht sein, dass absolute subjektive Rechte bzw. absolut geschützte Rechtsgüter absoluten Schutz geniessen. «Absolut» ist der Schutz dieser Rechte bzw. Rechtsgüter eben nur insofern, als er *erga omnes* gerichtet ist, nicht aber, was das durch die Rechtsordnung gewährte Schutzniveau anbetrifft. Die Rechtswidrigkeit ist bei der reparatorischen wie auch bei der negatorischen Haftung dasjenige Tatbestandselement, in dem die gegenläufigen Interessen – das Integritätsinteresse einerseits, das Entfaltungsinteresse andererseits – gegeneinander abgewogen werden und zu entscheiden ist, welches der beiden gegenläufigen Interessen im Konfliktfall vorgeht.<sup>12</sup> Die Rechtswidrigkeit ist m.a.W. die generalklauselartige Schaltstelle, innerhalb derer durch die Gerichte im Einzelfall die notwendige Freiheitskoordination erfolgt. Diese Freiheitskoordination im Einzelfall ist im Falle von negatorischen Ansprüchen genauso unablässig wie im Falle von reparatorischen Ansprüchen. Deliktsrecht generell ist «Freiheitskoordinationsrecht»<sup>13</sup>.

## II. Keine Haftung für Verbraucher

Die durch den Verbrauch des von «*Shell Schweiz*» produzierten und verkauften Treibstoffs entstehenden CO<sub>2</sub>-Emissionen können «*Shell Schweiz*» nicht zugerechnet werden.<sup>14</sup> Es gibt im schweizerischen Deliktsrecht im Grundsatz keine Zurechnung des Verhaltens Dritter.<sup>15, 16</sup> Stattdessen gilt –

in Umsetzung des Gedankens der Eigenverantwortlichkeit von Art. 6 BV im unterverfassungsrechtlichen Recht –, dass jedes Rechtssubjekt Verantwortung nur, aber immerhin für sich selbst trägt. Dies entspricht dem Verschuldensprinzip: Es besteht eine Einstandspflicht für eigenes, nicht aber für fremdes Fehlverhalten («Verschulden»)<sup>17</sup>.

Nach Art. 55 OR haftet der Geschäftsherr – jedenfalls nach traditioneller Lesart<sup>18</sup> – für Schäden, die eine Hilfsperson verursacht, wenn er eine ihm selbst obliegende Sorgfaltspflicht bezüglich Auswahl, Instruktion oder Überwachung der Hilfsperson verletzt hat. Es handelt sich mithin – im Unterschied namentlich zum anglo-amerikanischen Recht, wo das Prinzip des *respondeat superior* herrscht (Zurechnung des Fehlverhaltens der Hilfsperson) – um eine Haftung für eigenes Fehlverhalten. Analoges gilt auch im Falle von Art. 333 ZGB: Das Familienhaupt haftet, wenn es den Hausgenossen, der einen Schaden verursacht hat, nicht sorgfältig beaufsichtigt hat. Das Familienhaupt haftet mithin – wie der Geschäftsherr – für ein eigenes Fehlverhalten.<sup>19</sup> Einen «Durchgriff» kennt das Gesellschaftsrecht.<sup>20</sup> Dieser führt dazu, dass die eigene Rechtssubjektivität einer Gesellschaft ignoriert wird und infolgedessen eine Verhaltenszurechnung gegenüber deren (Haupt-)Aktionär stattfindet. Auch im Gesellschaftsrecht ist der «Durchgriff» jedoch eine seltene Ausnahme, die nur in Fällen Anwendung findet, in denen eine Gesellschaft missbräuchlich verwendet wird.

Im Falle von «*Shell Schweiz*» könnte allenfalls im Verkauf von Treibstoff an Dritte ein Verhaltensunrecht, das «*Shell Schweiz*» unmittelbar (ohne Verhaltenszurechnung) trafe, erblickt werden infolge der Schaffung einer nicht hinnehmbaren Gefährdung. Aber worin bestünde

<sup>12</sup> Vgl. FISCH (FN 6), N 508–513, 592–594, 787–837.

<sup>13</sup> FISCH (FN 6), N 4, 593.

<sup>14</sup> Vgl. DOUGLAS A. KYSAR, What Climate Change Can Do About Tort Law, *Envtl. L.* 2011, 1 ff., 18, der von einer «problematic arbitrariness in plaintiffs' designation of the defendant class» spricht und kritisch fragt: «[W]hy are automakers and power plants sued rather than their customers?» Vgl. auch RAYMOND B. LUDWISZEWSKI/CHARLES H. HAAKE, Comment on Basic Compensation for Victims of Climate Change, *ELR* 2008, 10536 ff., 10537. Im Ergebnis wie hier VALENTIN JENTSCH, Etappensieg bei Klimaklage zur Reduktion von CO<sub>2</sub>-Emissionen gegen Rohstoffunternehmen, *GesKR* 2021, 321 ff., 335; PETER JUNG, Die Haftung von Emittenten für Klimafolgeschäden – Eine Haftung ohne Grenzen?, in: Eva Maria Belser/Pascal Pichonnaz/Hubert Stöckli (Hrsg.), *Le droit sans frontières – Recht ohne Grenzen – Law without Borders*, Bern 2022, 385 ff., 392.

<sup>15</sup> Eine Ausnahme von diesem Grundsatz stellt z.B. Art. 58 Abs. 4 SVG dar (vgl. dazu BGE, 6S.346/2005, 2.2.2006, E. 2.1).

<sup>16</sup> Zu bedenken ist in diesem Zusammenhang auch, dass sich der *Shell*-Konzern aus einzelnen juristischen Personen zusammensetzt; der Konzern als ganzer hingegen besitzt keine Rechtspersönlich-

keit. Es stellt sich demzufolge auch die Frage – welche in diesem Aufsatz zur Vereinfachung nicht weiter thematisiert wird –, ob die Muttergesellschaft für Handlungen und Unterlassungen von Tochtergesellschaften verantwortlich gemacht werden kann. Mit Sicherheit lässt sich dies auf der Basis der bestehenden Rechtsprechung und Literatur kaum sagen. Vgl. JUNG (FN 14), 391 f.

<sup>17</sup> Ähnlich Restat 2d of Torts, § 315: «There is no duty so to control the conduct of a third person as to prevent him from causing physical harm to another unless (a) a special relation exists between the actor and the third person which imposes a duty upon the actor to control the third person's conduct, or (b) a special relation exists between the actor and the other which gives to the other a right to protection» (Hervorhebung hinzugefügt).

<sup>18</sup> Ob diese traditionelle Lesart von Art. 55 OR in der Sache richtig ist, erscheint fraglich. Es ist hier aber nicht der Ort, die (schwierige) Frage nach der richtigen Lesart von Art. 55 OR einer Antwort zuzuführen.

<sup>19</sup> Vgl. BGE 122 III 225 E. 5.

<sup>20</sup> Vgl. zum gesellschaftsrechtlichen «Durchgriff» etwa ARTHUR MEIER-HAYOZ/PETER FORSTMOSER/ROLF SETHE, *Schweizerisches Gesellschaftsrecht*, 12. A., Bern 2018, § 2 N 54–62 m.Hw.

die Gefährdung, vor der «*Shell Schweiz*» schützen müsste? Der blosse Verkauf von Treibstoff kann nicht als deliktsrechtlich relevante Gefahrschaffung interpretiert werden. Denn zum einen unterliegt der Verkauf von Treibstoff keinerlei mengenmässigen gesetzlichen Beschränkungen. Zum anderen verwenden die Dritten, die den Treibstoff von «*Shell Schweiz*» erwerben, diesen gemeinhin in vollkommen zulässiger Weise, denn auch der Verbrauch von Treibstoff unterliegt keinerlei mengenmässigen gesetzlichen Beschränkungen.<sup>21</sup> Auch eine – theoretisch denkbare – ungeschriebene deliktsrechtliche Klimaschutzpflicht, die einen *exzessiven* Verbrauch von fossilem Treibstoff untersagt, ist von der Rechtsprechung bislang nicht erkannt worden.

Wenn nun aber der Verbrauch von fossilem Treibstoff durch die Konsumenten weder gegen geschriebene noch gegen ungeschriebene Verhaltenspflichten verstösst, sondern im Gegenteil ohne mengenmässige Beschränkung zulässig ist, wie und weshalb soll dann der Verkauf von Treibstoff eine nicht hinnehmbare Gefährdung schaffen, folglich ein Verhaltensunrecht darstellen und deshalb mittels eines Unterlassungsanspruchs beschränkt werden können? Dies kann nicht sein. Solange der Verbrauch von Treibstoff kein Verhaltensunrecht darstellt, liegt auch im Verkauf von Treibstoff kein Verhaltensunrecht. Erst wenn durch den Gesetzgeber oder durch die Rechtsprechung erkannt worden wäre, dass der (übermässige) Verbrauch von Treibstoff wegen der dadurch produzierten CO<sub>2</sub>-Emissionen rechtswidrig ist, könnte auch im (mengenmässig unbeschränkten) Verkauf von Treibstoff ein Verhaltensunrecht erblickt werden, denn dann liesse sich sagen, dass mit dem (mengenmässig unbeschränkten) Verkauf von Treibstoff unter Umständen ein rechtswidriges Verhalten Dritter ermöglicht wird. Dies entspricht aber – wie gesagt – nicht dem geltenden Recht; einst-

weilen ist der Verbrauch von Treibstoff mengenmässig uneingeschränkt zulässig. Folglich ist nicht zu erkennen, weshalb «*Shell Schweiz*» deliktsrechtlich verpflichtet sein sollte, den Treibstoffverkauf an Dritte einzuschränken.

Zu bedenken ist im Hinblick auf die Voraussetzungen des Unterlassungsanspruchs auch Folgendes: Neben dem unmittelbar drohenden Eingriff in ein fremdes Rechtsgut und dem Verhaltensunrecht muss auch die Kausalität (zwischen dem Verhaltensunrecht und dem drohenden Eingriff) gegeben sein. Nun erhebt sich die Frage: Wenn die Konsumenten den von ihnen nachgefragten Treibstoff nicht mehr bei «*Shell Schweiz*» erwerben könnten, weil «*Shell Schweiz*» aufgrund der Unterlassungsklage insoweit Schranken auferlegt worden sind, würden dann die Konsumenten nicht einfach auf andere Treibstoffanbieter ausweichen? Blicke die von den Klägern behauptete Bedrohungslage nicht in ihrer bisherigen Form bestehen, auch wenn «*Shell Schweiz*» seine Geschäftsaktivitäten zurückfahren müsste, da die Konsumenten den von ihnen nachgefragten Treibstoff bei der Konkurrenz von «*Shell Schweiz*» erwerben würden?

Es zeigt sich: Im Hinblick auf die CO<sub>2</sub>-Emissionen, welche die Konsumenten durch den Verbrauch von Treibstoff verursachen, den «*Shell Schweiz*» produziert und verkauft hat, stellen die Geschäftsaktivitäten von «*Shell Schweiz*» keine *conditio sine qua non* dar, denn Benzin und Diesel sind Waren, die auch von anderen Produzenten in beliebiger Menge und in gleicher Qualität angeboten werden. Die Konsumenten würden einfach von einem Anbieter («*Shell Schweiz*») auf einen anderen Anbieter ausweichen. Was – im Hinblick auf die Voraussetzungen des Unterlassungsanspruchs – fehlt, ist, dass das «*Shell Schweiz*» unterstellte Verhaltensunrecht eine notwendige Bedingung für die behauptete Gefährdung der Kläger darstellt. Auch mangels Kausalität kann «*Shell Schweiz*» nicht für die CO<sub>2</sub>-Emissionen der Konsumenten haften. Im Folgenden kann es somit nur mehr um die eigenen Emissionen von «*Shell Schweiz*» gehen, also jene Emissionen, die im Zuge der Produktion und des Vertriebs von Treibstoff anfallen (und die bloss ca. 15 % des – unter Einschluss der CO<sub>2</sub>-Emissionen aus dem Verbrauch errechneten – Totals ausmachen<sup>22</sup>).

<sup>21</sup> Das Gesagte sei mit Blick auf das CO<sub>2</sub>-Gesetz (SR 641.71) um zwei Punkte ergänzt. *Erstens*: Die CO<sub>2</sub>-Verminderungsverpflichtung gemäss Art. 31 CO<sub>2</sub>-Gesetz ist freiwilliger Natur; Betreiber von Anlagen können sich gegenüber dem Bund zu einer Reduktion ihrer Treibhausgasemissionen verpflichten, um einen Anspruch auf Rückerstattung der CO<sub>2</sub>-Abgabe auf Brennstoffe (Art. 29 ff. CO<sub>2</sub>-Gesetz) zu erwirken. *Zweitens*: Der Emissionshandel (Art. 15 ff. CO<sub>2</sub>-Gesetz) mit dem ihm zugrundeliegenden Prinzip des *cap and trade* stellt nur für wenige Betreiber von Anlagen, die hohe Treibhausgasemissionen verursachen, eine Pflicht dar (Art. 16 CO<sub>2</sub>-Gesetz, Art. 40 CO<sub>2</sub>-Verordnung [SR 641.711]). Zudem bezieht sich der *cap*, d.h. der vom Bund festgelegte «Deckel» der Treibhausgasemissionen, nicht auf einzelne Anlagenbetreiber, sondern auf die Gesamtheit der teilnehmenden Anlagenbetreiber; zwischen den einzelnen Anlagenbetreibern gilt stattdessen das Prinzip des *trade*, d.h., die einzelnen Anlagenbetreiber haben die Möglichkeit, nach eigenem Gutdünken Emissionsrechte hinzuzukaufen, um mit diesen ihre Treibhausgasemissionen zu legalisieren.

<sup>22</sup> Vgl. Rechtbank Den Haag, C/09/571932 / HA ZA 19-379, 26.5.2021, N 4.4.19.

### III. Begründung der Rechtswidrigkeit mittels eines Schutzgesetzes

Die Rechtswidrigkeit (das Verhaltensunrecht) kann auf zwei Arten begründet werden, entweder mittels Nachweises einer Schutzgesetzverletzung<sup>23</sup> oder mittels Nachweis einer Verletzung der allgemeinen Sorgfaltspflicht.<sup>24</sup> Der Nachweis einer Schutzgesetzverletzung ist der einfachere und deshalb *in praxi* vorrangige Weg zur Begründung des Verhaltensunrechts.

Um eine Schutzgesetzverletzung nachzuweisen, sind zwei Voraussetzungen zu erfüllen. *Erstens* muss ein Schutzgesetz gefunden werden, d.h. eine Norm des geschriebenen Rechts, die zumindest akzessorisch individuelle Interessen schützen will, indem sie bestimmte Verhaltensweisen aufgrund ihrer Gefährlichkeit verbietet oder mit Gefahrschutzpflichten belegt. Normen, die ausschliesslich den Schutz kollektiver, überindividueller Interessen bezwecken, sind keine Schutzgesetze. *Zweitens* muss der eingetretene oder drohende Eingriff in die fremde Interessenssphäre vom Schutzzweck der Norm erfasst sein. Dies wiederum erfordert dreierlei: Der Verletzte oder Bedrohte muss zu jenem Personenkreis gehören, welchen die Norm schützen will (personaler Schutzbereich); sodann muss das verletzte oder bedrohte Interesse zu jenen Interessen gehören, welche die Norm schützen will (sachlicher Schutzbereich); und schliesslich muss sich der Eingriff in einer Weise verwirklicht haben oder sich zu verwirklichen drohen, vor welcher die Norm schützen will (modaler Schutzbereich).<sup>25</sup>

Angesichts dieser restriktiven Vorgaben darüber, welche Normen als Schutzgesetze zu fungieren vermögen, ist festzustellen:

*Erstens* stellen Grundrechte (des nationalen Rechts) und Menschenrechte (des Völkerrechts) generell keine Schutzgesetze dar. Der Grund ist einfach: Mangels direkter Drittwirkung verpflichten Grund- und Menschenrechte ausschliesslich Staaten; Dritte – wie zum Beispiel das fiktive Unternehmen «*Shell Schweiz*» – werden durch sie nicht verpflichtet.<sup>26</sup> Folglich können Grund- und Menschenrechte einem Unternehmen wie «*Shell Schweiz*»

auch keine Gefahrschutzpflichten auferlegen. An diesem Befund vermögen auch die UNO-Leitprinzipien für Wirtschaft und Menschenrechte (die sog. *Ruggie Principles*) – die Unternehmen auffordern, die Menschenrechte zu «respektieren» – nichts zu ändern, da diese unverbindliches *soft law*<sup>27</sup> darstellen, also nicht mehr als blossen Empfehlungsscharakter besitzen. In dogmatischer Hinsicht wäre es auch – wie man in der (deutschen) Literatur schon vor vielen Jahrzehnten zutreffend festgestellt hat – alles andere als erstrebenswert, Privatrechtssubjekte an die Grund- bzw. Menschenrechte zu binden.<sup>28</sup>

*Zweitens* umfasst auch das Völkerrecht, das sich mit Fragen des Klimaschutzes befasst – darunter namentlich das Klimaübereinkommen von Paris<sup>29</sup> –, keine Schutzgesetze. Der Grund dafür ist, dass sich der wohl ganz überwiegende Teil des thematisch einschlägigen Völkerrechts überhaupt nicht an Private, sondern nur an Staaten richtet.<sup>30</sup> Wenn einmal Private direkt adressiert werden sollten – wie etwa im Falle der UNO-Leitprinzipien für Wirtschaft und Menschenrechte (die sog. *Ruggie Principles*) –, so werden keine verbindlichen Gebote oder Verbote aufgestellt, sondern im Endeffekt bloss Empfehlungen abgegeben. Dieses überstaatliche *soft law* ist darüber hinaus zumeist ausserordentlich vage gehalten. Im Bereich des Klimaschutzes ist keine Völkerrechtsnorm ersichtlich, die zum Schutz Dritter unzweideutige Verhaltensgebote oder -verbote an die Adresse von Privatrechtssubjekten richtet, sodass – vom Problem der fehlenden Verbindlichkeit einmal abgesehen – ein Schutzgesetz angenommen werden könnte.<sup>31</sup>

<sup>27</sup> Der Begriff des *soft law* findet hier einzig deshalb Verwendung, weil er gebräuchlich ist. Es drängt sich jedoch die Frage auf, ob es sich nicht eigentlich um ein Oxymoron handelt (und die Verwendung dieses Begriffs deshalb vermieden werden sollte). Denn: Kann ein Verhaltensgebot oder -verbot, das für sich in Anspruch nimmt, «*law*» zu sein, tatsächlich zugleich «*soft*» sein? Ist das Recht nicht ein binäres Phänomen in dem Sinne, dass ein bestimmtes Verhaltensgebot oder -verbot entweder staatlichen Zwangscharakter besitzt und somit Recht darstellt oder eben nicht?

<sup>28</sup> Vgl. CHRISTIAN BICKENBACH, Subjektiv-öffentliches Recht auf Klimaschutz?, JZ 2020, 168 ff., 170. Ausführlich zum Verhältnis von Grundrechten und Privatrecht FISCH (FN 6), N 17–68 und *passim*.

<sup>29</sup> Übereinkommen von Paris vom 12. Dezember 2015 (Klimaübereinkommen; SR 0.814.012).

<sup>30</sup> Vgl. CLAUDIO FRANZIUS/ANNE KLING, The Paris Climate Agreement and liability issues, in: Wolfgang Kahl/Marc-Philippe Weller (Hrsg.), Climate Change Litigation, München 2021, 197 ff., N 41; ERIC A. POSNER, Climate Change and International Human Rights Litigation, U. Pa. L. Rev. 2007, 1925 ff., 1929.

<sup>31</sup> Vgl. ANNE KLING, Die Klimaklage gegen RWE, KJ 2018, 213 ff., 213, die das Fehlen eines internationalen Regelwerks feststellt, «das den Umgang mit den Klimafolgeschäden effektiv und verbindlich regelt, etwa durch Festlegung verbindlicher Kompensationszahlungen oder der Klärung von Haftungsfragen». Vgl. auch

<sup>23</sup> Diese wird im US-amerikanischen Recht als *negligence per se* bezeichnet (in Abgrenzung von der unspezifischen *negligence*, die der Verletzung der allgemeinen Sorgfaltspflicht entspricht).

<sup>24</sup> Vgl. FISCH (FN 6), N 573–579, 595–837; ROBERTO (FN 4), N 04.26, 04.30–04.102a; ferner MONIKA HINTEREGGER, Civil Liability and the Challenges of Climate Change, JETL 2017, 238 ff., 253.

<sup>25</sup> Vgl. FISCH (FN 6), N 596–598.

<sup>26</sup> Vgl. WOLFGANG KAHL/MARC-PHILIPPE WELLER, Liability for climate damages, in: Wolfgang Kahl/Marc-Philippe Weller (Hrsg.), Climate Change Litigation, München 2021, 532 ff., N 57.

*Drittens* schliesslich sind auch im CO<sub>2</sub>-Gesetz<sup>32</sup> – dem vorrangigen Instrument des Bundesgesetzgebers im Bereich des Klimaschutzes –<sup>33</sup> keine schutzgesetzlichen Bestimmungen erkennbar. Aus der Zweckbestimmung in Art. 1 CO<sub>2</sub>-Gesetz ergibt sich, dass mit diesem Gesetz das Klima als solches vor einer Erwärmung um mehr als 2 Grad Celsius geschützt werden soll.<sup>34</sup> Um den Schutz individueller Rechtsgüter geht es in diesem Gesetz nicht.<sup>35</sup> Dass der mit dem CO<sub>2</sub>-Gesetz verfolgte Klimaschutz kein Selbstzweck ist, sondern mittelbar den in der Schweiz lebenden Individuen zugutekommen soll, kann zu keinem anderen Schluss führen, denn öffentliche Zwecke sind mittelbar wohl zumeist auf die Interessen von einzelnen Individuen zurückzuführen. Diesen Umstand anders zu beurteilen, hiesse, die allgemein anerkannte Schutzzwecklehre *ad absurdum* zu führen.

Überdies erscheint es generell problematisch – im Hinblick auf die Rechtssicherheit wie auch im Hinblick auf den fehlenden Ausgleich der gegenläufigen Interessen von Privatrechtssubjekten –, in Gesetzen des öffentlichen Rechts, die sich zu den Rechten und Pflichten zwischen Privatrechtssubjekten und einer etwaigen Haftung für Pflichtverstösse in keiner Weise äussern, Schutzgesetze

erkennen zu wollen. Im Zweifelsfall sollte die Frage des Vorliegens eines Schutzgesetzes verneint werden und der Rechtsanwender sollte weiterschreiten zur Prüfung, ob nicht die allgemeine Sorgfaltspflicht verletzt ist. Denn wo die Rechtswidrigkeitsprüfung ergibt, dass kein einschlägiges Schutzgesetz vorhanden ist oder ein Verstoss gegen ein solches nicht nachgewiesen werden kann, besteht im Grundsatz stets noch die Möglichkeit, dass eine Verletzung der allgemeinen Sorgfaltspflicht gegeben ist (dazu sogleich).<sup>36</sup>

#### IV. Begründung der Rechtswidrigkeit mittels der allgemeinen Sorgfaltspflicht

Die Prüfung, ob «*Shell Schweiz*» aufgrund seiner konzernweiten CO<sub>2</sub>-Emissionen gegen die allgemeine Sorgfaltspflicht verstösst und infolgedessen rechtswidrig handelt, erfordert ein zweistufiges Vorgehen. In einem ersten Schritt ist zu prüfen, ob «*Shell Schweiz*» gegenüber den Unterlassungsklägern überhaupt gefahrschutzpflichtig ist. Falls dem so ist, ist sodann in einem zweiten Schritt zu prüfen, ob «*Shell Schweiz*» seine Gefahrschutzpflicht gegenüber den Klägern verletzt.<sup>37</sup> Könnte eine Verletzung festgestellt werden, so wäre die Rechtswidrigkeit gegeben.

##### A. Bestehen einer Gefahrschutzpflicht

Im Falle der Anwendung der allgemeinen Sorgfaltspflicht zur Begründung der Rechtswidrigkeit ist auf einer Vorstufe, also vor der eigentlichen Verhaltensprüfung, zu fragen, ob der Beklagte gegenüber dem Kläger überhaupt gefahrschutzpflichtig war/ist (Bestehen einer *duty of care*) oder – anders ausgedrückt – «whether defendant was obligated to the plaintiff to take care to avoid causing the type of injury plaintiff suffered»<sup>38, 39</sup> Denn zum Schutz der

DIRK HANSCHER, Climate Change and the Individual, in: Martin Schmidt-Kessel (Hrsg.), German National Reports on the 20th International Congress of Comparative Law, (Rechtsvergleichung und Rechtsvereinheitlichung; 56), Tübingen 2018, 635 ff., 642 f.; HINTEREGGER (FN 24), 248; PÖTTKER (FN 4), 1.

<sup>32</sup> Bundesgesetz vom 23. Dezember 2011 über die Reduktion der CO<sub>2</sub>-Emissionen (CO<sub>2</sub>-Gesetz; SR 641.71). Vgl. dazu etwa BUNDESAMT FÜR UMWELT (BAFU)/BUNDESAMT FÜR METEOROLOGIE UND KLIMATOLOGIE (METEO-SCHWEIZ)/NATIONAL CENTRE FOR CLIMATE SERVICES (NCCS) (Hrsg.), Klimawandel in der Schweiz, Bern 2020, 78–81; ferner JÜRGEN BALLY, Revision des CO<sub>2</sub>-Gesetzes, URP 2010, 848 ff., *passim*. Zur aktuellen Revision des CO<sub>2</sub>-Gesetzes vgl. etwa FÉLISE ROUILLER, Révision de la Loi fédérale sur la réduction des émissions de CO<sub>2</sub>, AJP 2020, 213 ff., *passim*.

<sup>33</sup> Vgl. Botschaft vom 1. Dezember 2017 zur Totalrevision des CO<sub>2</sub>-Gesetzes nach 2020, BBl 2018 247 ff., 261 («Herzstück der Schweizer Klimapolitik»); BUNDESAMT FÜR UMWELT (BAFU)/BUNDESAMT FÜR METEOROLOGIE UND KLIMATOLOGIE (METEO-SCHWEIZ)/NATIONAL CENTRE FOR CLIMATE SERVICES (NCCS) (FN 32), 74. Zu den nationalen CO<sub>2</sub>-Emissionsreduktionszielen ebd., 76.

<sup>34</sup> Art. 1 Abs. 1 CO<sub>2</sub>-Gesetz lautet: «Mit diesem Gesetz sollen die Treibhausgasemissionen, insbesondere die CO<sub>2</sub>-Emissionen, die auf die energetische Nutzung fossiler Energieträger (Brenn- und Treibstoffe) zurückzuführen sind, vermindert werden mit dem Ziel, einen Beitrag zu leisten, den globalen Temperaturanstieg auf weniger als 2 Grad Celsius zu beschränken.»

<sup>35</sup> Übereinstimmend JUNG (FN 14), 388. Analog der Befund von HINTEREGGER (FN 24), 254, der zufolge das Emissionshandelssystem der Europäischen Union nicht auf den Schutz privater Rechtsgüter abzielt. So auch HANSCHER (FN 31), 643; PÖTTKER (FN 4), 72 f.; WAGNER/ARNTZ (FN 4), N 75.

<sup>36</sup> Vgl. FISCH (FN 6), N 384, 579, 599. Dass im Kontext der privatrechtlichen Klima-Klagen eine Haftungsbegründung mittels Schutzgesetzverletzung kaum eine Rolle spielen dürfte, stellen – für das deutsche Recht – auch WAGNER/ARNTZ (FN 4), N 75, fest.

<sup>37</sup> «Before there can be legal negligence, there must be an obligation of care owed by the defendant to the plaintiff» (JOHN C. P. GOLDBERG/BENJAMIN C. ZIPURSKY, The Restatement (Third) and the Place of Duty in Negligence Law, Vand. L. Rev. 2001, 657 ff., 700). Vgl. auch KAHL/WELLER (FN 26), N 65.

<sup>38</sup> GOLDBERG/ZIPURSKY (FN 37), 698.

<sup>39</sup> Ausführlich zur Prüfung des Bestehens einer Gefahrschutzpflicht FISCH (FN 6), N 611–740. Vgl. zur Gefahrschutzpflicht (*duty of care*) auch HUNTER/SALZMAN (FN 10), 1745–1749; FRANCESCO SINDICO/MAKANE MOÏSE MBENGUE/KATHRYN MCKENZIE, Climate Change Litigation and the Individual, in: Francesco Sindico/Maka-

Entfaltungsfreiheit muss eine «Gefahrschutzpflicht von allen gegenüber allen» verhindert werden. Deshalb gilt: «A duty is owed to another person or a class of persons, not to the world at large.»<sup>40</sup>

Wenn die potentiell ubiquitäre Anwendbarkeit der allgemeinen Sorgfaltspflicht nicht beim Tatbestandsmerkmal der Rechtswidrigkeit restringiert würde, müsste versucht werden, die zum Schutz der Entfaltungsfreiheit notwendige Eingrenzung mit dem Instrument der Adäquanz zu bewerkstelligen.<sup>41</sup> Die Verantwortlichkeit beim Tatbestandsmerkmal der Kausalität mittels der Adäquanz einzugrenzen, wäre jedoch der falsche Weg,<sup>42</sup> denn ob ein ursächlicher Zusammenhang zwischen einem bestimmten Verhalten und einem (drohenden) Eingriff besteht, ist eine Tatsachen- und nicht eine Wertungsfrage. Die erforderliche Wertung, wie weit der Kreis der potentiell Verantwortlichen gezogen werden soll, ist konzentriert bei der Rechtswidrigkeit vorzunehmen.<sup>43</sup>

Ausserhalb des Bereichs der reinen Vermögensschäden<sup>44</sup> setzt das Bestehen einer aus der allgemeinen Sorgfaltspflicht fliessenden Gefahrschutzpflicht zweierlei voraus, zum einen einen Beitrag zur Schaffung jener Gefahr, vor der geschützt werden soll, zum anderen die Erkennbarkeit der drohenden Rechtsgutsverletzung.

*Erstens:* Die Kläger gegen «Shell Schweiz» machen geltend, dass die CO<sub>2</sub>-Emissionen von «Shell Schweiz» zum Klimawandel beitragen und letzterer wiederum ihre physische Integrität und ihr Eigentum gefährde. Nicht zu bezweifeln ist, dass die Geschäftsaktivitäten von «Shell Schweiz» in der Tat mit der Emission von CO<sub>2</sub> einhergehen. Ob die von «Shell Schweiz» verursachten CO<sub>2</sub>-Emissionen aber tatsächlich – auch bloss minimal – zu der behaupteten Gefährdung der Kläger beitragen, steht nicht von vornherein fest. Es sei diese Frage aufgrund ih-

rer Komplexität hier offengelassen; die Beantwortung ist an anderer Stelle bereits erfolgt.<sup>45</sup>

*Zweitens:* Um die Voraussetzung der Erkennbarkeit<sup>46</sup> als erfüllt betrachtet zu können, müsste sich feststellen lassen, dass die den Klägern angeblich drohenden Rechtsgutsverletzungen aus Sicht der Organe von «Shell Schweiz» objektiv erkennbar sind (es sei hier unterstellt, dass es sich bei «Shell Schweiz» um eine Körperschaft handelt).<sup>47</sup> Die Organe von «Shell Schweiz» müssten also nicht nur objektiv erkennen können, dass die von «Shell Schweiz» verursachten CO<sub>2</sub>-Emissionen zum Treibhauseffekt beitragen, dass dieser wiederum zum Klimawandel beiträgt und dass dieser wiederum zum gehäuften Auftreten von Schadensereignissen (wie zum Beispiel Unwettern) beiträgt, sondern es müsste für sie auch objektiv erkennbar sein, dass durch solche Schadensereignisse spezifisch die Kläger – individuell oder jedenfalls als Teil einer eingrenzenden Gruppe – in ihrer physischen Integrität und/oder ihrem Eigentum gefährdet werden.<sup>48</sup>

Das Bezugsobjekt der Erkennbarkeit sind die individuellen Rechtsgüter, die angeblich gefährdet sind, und nicht bloss etwaige Glieder in der Kausalitätskette, die Kläger und Beklagte möglicherweise verbindet.<sup>49</sup> Das Deliktsrecht als Teil des Privatrechts schützt Rechtsgüter von Privatrechtssubjekten, nicht aber öffentliche Güter wie das Klima; das Klima als solches ist aus deliktsrechtlicher Perspektive nicht relevant.<sup>50</sup>

Das erforderliche Mass an Erkennbarkeit ist *in casu* nicht gegeben. Das Quantum an CO<sub>2</sub>, das «Shell Schweiz» jährlich in die Atmosphäre emittiert, ist im Verhältnis zum CO<sub>2</sub>, das sich bereits in der Atmosphäre befindet und das zusammen mit anderen Treibhausgasen den Treibhaus-

ne Moïse Mbengue (Hrsg.), Comparative Climate Change Litigation, (Ius Comparatum – Global Studies in Comparative Law; 47), Cham 2021, 1 ff., 12.

<sup>40</sup> HUNTER/SALZMAN (FN 10), 1747. So auch BRIAN J. PRESTON, Climate Change Litigation (Part I), CCLR 2011, 3 ff., 6.

<sup>41</sup> In der US-amerikanischen Literatur wird dieses Alternativverhältnis klar erkannt. Vgl. z.B. KYRISAR (FN 14), 14 f. (bezugnehmend auf den *landmark case Palsgraf v. Long Island Railroad Co.*, 248 N.Y. 339, 162 N.E. 99 [1928]).

<sup>42</sup> A.A. – spezifisch zum US-amerikanischen Recht – aber wohl etwa BENJAMIN C. ZIPURSKY, Foreseeability in Breach, Duty, and Proximate Cause, Wake Forest L. Rev. 2009, 1247 ff., 1255. (Im US-amerikanischen Recht kommt als ein die Diskussion erschwerender Faktor hinzu, dass das Bestehen einer *duty of care* vom Gericht ermittelt wird, das Vorliegen eines *breach* der *duty of care* hingegen von der *jury*; es geht mithin auch um einen Kompetenzstreit.)

<sup>43</sup> So auch PÖTTKER (FN 4), 27, 230.

<sup>44</sup> Vgl. zu den reinen Vermögensschäden im Kontext der Klima-Klagen HUNTER/SALZMAN (FN 10), 1783 f.

<sup>45</sup> Vgl. JÜRGEN FISCH, Kausalität bei der «Klima-Haftung», AJP 2022, 533 ff., *passim*.

<sup>46</sup> Vgl. dazu auch HINTEREGGER (FN 24), 252; ferner KENNETH S. ABRAHAM, The Relation Between Civil Liability and Environmental Regulation, Washburn L.J. 2002, 379 ff., 384 («[t]he principal hurdle»); HUNTER/SALZMAN (FN 10), 1746–1748.

<sup>47</sup> Das, was die Organe objektiv zu erkennen vermögen, ist unmittelbar auch für die juristische Person objektiv erkennbar, da die Organe Teil der juristischen Person bilden (sog. Wissensvertretung; vgl. HANS MICHAEL RIEMER, Vereins- und Stiftungsrecht [Art. 60–89<sup>bis</sup> ZGB], Bern 2012, Art. 55 ZGB N 13; HANS MICHAEL RIEMER, Berner Kommentar zum schweizerischen Privatrecht, Einleitung und Personenrecht, 3. A., Bern 1993, Art. 54/55 ZGB N 47).

<sup>48</sup> Vgl. HUNTER/SALZMAN (FN 10), 1780 f.; PRESTON (FN 40), 7.

<sup>49</sup> Vgl. PHILIP SUTHERLAND, Obligations to Reduce Emissions, JETL 2017, 177 ff., 188.

<sup>50</sup> In diesem Sinne auch JUNG (FN 14), 387 f., der darlegt, dass nur konkrete Klimafolgeschäden ersatzfähig sind, nicht aber bloss Beeinflussungen des Klimas. Vgl. auch POSNER (FN 30), 1933: «[C]limate change is not an intrinsic harm, but is a harm only insofar as it has a negative impact on human beings.»

effekt bewirkt, minimal. Für sich genommen sind die CO<sub>2</sub>-Emissionen von «*Shell Schweiz*» ungefährlich. Die Erkennbarkeit einer Rechtsgutsgefährdung aufgrund der von «*Shell Schweiz*» verursachten CO<sub>2</sub>-Emissionen ist damit überhaupt zu verneinen. Und schon gar nicht könnten die Kläger als spezifisch gefährdet erkannt werden, da es sich beim Treibhauseffekt und beim Klimawandel um globale Phänomene handelt, die potentiell jede Person auf diesem Planeten gefährden.<sup>51</sup> Schutz der Allgemeinheit ist nicht Aufgabe des Deliktsrechts (dazu stehen die Instrumente des Verwaltungsrechts bereit).

Mangels Schaffung einer objektiv erkennbaren Gefahr einer Rechtsgutsverletzung gegenüber den Klägern ist das Bestehen einer Gefahrschutzpflicht von «*Shell Schweiz*» gegenüber den Klägern abzulehnen.<sup>52</sup> Zu bedenken ist: Würde das Bestehen einer Gefahrschutzpflicht *in casu* – aufgrund einer zu grosszügigen Handhabung der Voraussetzung der Erkennbarkeit – bejaht, dann bestünde eine Gefahrschutzpflicht und mithin eine potentielle Haftbarkeit von jedem gegenüber jedem.<sup>53</sup> Denn jeder Mensch

ist – schon von Natur aus – ein Emittent von CO<sub>2</sub>, und jeder Mensch ist potentiell vom Klimawandel betroffen. «Each of us contributes to climate change, each of us will be affected by climate change.»<sup>54</sup> Unnötig zu sagen, dass mit einer CO<sub>2</sub>-Emissionshaftung von jedem gegenüber jedem die Funktionalität des Deliktsrechts weit überspannt würde.<sup>55</sup>

Man stelle sich vor, was die Konsequenz einer solchen Haftung wäre: Es wäre dann jeder gegenüber jedem für seine sämtlichen CO<sub>2</sub>-Emissionen und mithin für seinen gesamten Lebensstil potentiell rechenschaftspflichtig, denn «[b]ei heutiger Lebensweise ist noch nahezu jegliches Verhalten unmittelbar oder mittelbar mit dem Ausstoss von CO<sub>2</sub> verbunden»<sup>56</sup>. Die CO<sub>2</sub>-Emissionen, die allein durch die menschliche Atmung verursacht werden, müssten jedenfalls als ohne Weiteres zulässig beurteilt werden<sup>57</sup> – doch wo läge, darüber hinausgehend, die Grenze?<sup>58</sup> Würde jemand, der täglich mit einem benzin- oder dieselmotortriebenen Auto zur Arbeit fährt, anstatt bei-

<sup>51</sup> Vgl. STEPHAN MEYER, Grundrechtsschutz in Sachen Klimawandel?, NJW 2020, 894 ff., 899, der festhält, dass es Klägern nicht gelingen wird, «darzulegen, auf welche spezifische Weise und in welchem speziellen grundrechtlichen Schutzgut sie vom Klimawandel beeinträchtigt sein werden». Vgl. auch MATTHEW D. ADLER, Corrective Justice and Liability for Global Warming, U. Pa. L. Rev. 2007, 1859 ff., 1862; MIRINA GROSZ, Grundrechte und Klimaschutz, AJP 2021, 1361 ff., 1362, wo festgestellt wird, «dass der Klimawandel «alle» betrifft»; JUNG (FN 14), 386 («Problem mit ubiquitären unmittelbaren und mittelbaren Auswirkungen»); PRESTON (FN 40), 7, der festhält: «Even though the test of reasonable foreseeability is often expressed in the undemanding terms of not being far-fetched or fanciful, establishing the test may prove extremely hard. Is it reasonably foreseeable that a particular defendant's conduct, such as emitting GHGs by using fossil fuels in the course of its business, could result in a specific climate change-induced event, such as greater tidal inundation that, in turn, harms a resident or their property in a coastal community?»

<sup>52</sup> Vgl. MARTIN SPITZER/BERNHARD BURTSCHER, Liability for Climate Change, JETL 2017, 137 ff., 162, die festhalten: «[W]e seriously doubt that it is appropriate to create individual legal obligations regarding the global challenges of climate change.»

<sup>53</sup> Zutreffend die Feststellung von BERNHARD BURTSCHER/MARTIN SPITZER, Haftung für Klimaschäden, ÖJZ 2017, 945 ff., 948: «Gäbe es eine Pflicht, übermässige Emissionen zu vermeiden, müsste diese Pflicht konsequenterweise ja jeden treffen.» So auch SPITZER/BURTSCHER (FN 52), 161. Vgl. auch BERNHARD W. WEGENER, Urgenda – Weltrettung per Gerichtsbeschluss?, ZUR 2019, 3 ff., 11: «Wegen seiner potentiellen Uferlosigkeit und Unabgrenzbarkeit erscheint es zudem zweifelhaft, ob das Recht überhaupt einen Anspruch auf unveränderte klimatische Rahmenbedingungen des eigenen Lebens und Wirtschaftens anerkennen kann oder sollte.» WILL FRANK, Klimahaftung und Kausalität, ZUR 2013, 28 ff., 31, hingegen meint, dass «die Haftung so genannter Kleinemittenten auf individualrechtlicher Ebene kaum von Relevanz sein [dürfte]»; eine Begründung gibt er nicht. Vgl. ferner MICHAEL

B. GERRARD/JOSEPH A. MACDOUGALD, An Introduction to Climate Change Liability Litigation and a View to the Future, Conn. Ins. L.J. 2013, 153 ff., 160; HANSCHER (FN 31), 653; KY SAR (FN 14), 4; SUTHERLAND (FN 49), 194 f.; MARC-PHILIPPE WELER/JAN-MARCUS NASSE/LAURA NASSE, Climate change litigation in Germany, in: Wolfgang Kahl/Marc-Philippe Weller (Hrsg.), Climate Change Litigation, München 2021, 378 ff., N 83.

<sup>54</sup> PHILIPPE SANDS, Climate Change and the Rule of Law, Journal of Environmental Law 2016, 19 ff., 23. Vgl. auch AHRENS (FN 8), 646; WOLFGANG BEHRINGER, Kulturgeschichte des Klimas, 5. A., München 2010, 281; DAVID A. GROSSMAN, Warming up to a Not-So-Radical Idea, Colum. J. Envtl. L. 2003, 1 ff., 25; HUNTER/SALZMAN (FN 10), 1780 f.; JUNG (FN 14), 392, 395 f.; ERICA D. KASSMAN, How Local Courts Address Global Problems, Duke J. Comp. & Int'l L. 2013, 201 ff., 205 («everyone is a culprit»); MORITZ KELLER/SUNNY KAPOOR, Climate Change Litigation, BB vom 25.3.2019, 706 ff., 709 («ein Wirtschaften gänzlich ohne den Ausstoss von Treibhausgasen [ist] nicht möglich»), 711; KY SAR (FN 14), 13 («sheer pervasiveness of activities with high associated greenhouse gas emissions»), 17 f.; KIRK B. MAAG, Climate Change Litigation, Geo. L.J. 2009, 185 ff., 186, 196; POSNER (FN 30), 1929; PÖTTKER (FN 4), 51; PRESTON (FN 40), 7 («Defendants and plaintiffs are indeterminate»); JAAP SPIER, Legal aspects of global climate change and sustainable development, InDret 2/2006, 1 ff., 6; WAGNER/ARNTZ (FN 4), N 47, 100. Vgl. ferner BGer, 6B\_1295/2020, 26.5.2021, E. 2.5; BVGer, A-2992/2017, 27.11.2018, E. 7.4.1 (wo von «einer von der Allgemeinheit verursachten Umweltauswirkung» die Rede ist); LG Essen, 2 O 285/15, 15.12.2016, N 42; EuG, T-330/18, 8.5.2019, N 50.

<sup>55</sup> Ähnlich JUNG (FN 14), 396.

<sup>56</sup> BVerfG, 1 BvR 2656/18, 1 BvR 78/20, 1 BvR 96/20, 1 BvR 288/20, 24.3.2021, N 37.

<sup>57</sup> Vgl. PÖTTKER (FN 4), 136 f.; WAGNER/ARNTZ (FN 4), N 67, 69.

<sup>58</sup> Vgl. BURTSCHER/SPITZER (FN 53), 947: «Die entscheidende Frage wird somit überall lauten, ob die Emission von Treibhausgasen wie CO<sub>2</sub> objektiv sorgfaltswidrig ist» (Hervorhebung weggelassen); WAGNER/ARNTZ (FN 4), N 68.

spielsweise die öffentlichen Verkehrsmittel zu benutzen, sich gegenüber seinen sämtlichen Mitbürgern haftbar machen? Dürfte man noch nach Belieben Sport treiben, obgleich bei intensiver körperlicher Betätigung aufgrund der beschleunigten Atmung mehr CO<sub>2</sub> produziert wird als im ausgeruhten Zustand? Wäre es noch zulässig, nach eigenem Gutdünken Haustiere und/oder Kinder zu haben, die ja ebenfalls CO<sub>2</sub> emittieren? Es zeigt sich, dass sich groteske, in einer freiheitlichen Rechtsordnung besser ungestellt bleibende Fragen zum anwendbaren Sorgfaltsstandard stellen würden, wenn eine Gefahrschutzpflicht wegen CO<sub>2</sub>-Emissionen bejaht würde.<sup>59</sup>

## B. Verletzung der Gefahrschutzpflicht

Im vorangegangenen Abschnitt ist festgestellt worden, dass «*Shell Schweiz*» keine Gefahrschutzpflicht gegenüber den Klägern im Hinblick auf die durch «*Shell Schweiz*» verursachten CO<sub>2</sub>-Emissionen obliegt. Infolgedessen hat keine Prüfung mehr zu erfolgen, ob «*Shell Schweiz*» seine Gefahrschutzpflicht gegenüber den Klägern verletzt. Denn wenn keine Gefahrschutzpflicht besteht, kann diese auch nicht verletzt sein. Mangels Bestehens einer Gefahrschutzpflicht ist der Nachweis einer Verletzung der allgemeinen Sorgfaltspflicht gescheitert. Um das im schweizerischen Recht bis anhin dunkel erscheinende Phänomen der privatrechtlichen Klima-Klage noch etwas weiter auszuleuchten, wird nachfolgend gleichwohl zu einer hypothetischen Verletzungsprüfung geschritten.<sup>60</sup>

Die Kläger fordern zu ihrem Schutz, dass «*Shell Schweiz*» seine jährlichen CO<sub>2</sub>-Emissionen bis Ende 2030 um netto 45 % reduziert. Die Reduktion der konzernweiten CO<sub>2</sub>-Emissionen um netto 45 % bis Ende 2030

entspricht einer Gefahrschutzmassnahme. Im Rahmen der nachfolgenden hypothetischen Prüfung, ob «*Shell Schweiz*» seine – in Wirklichkeit nicht bestehende – Gefahrschutzpflicht gegenüber den Klägern verletzt, weil es diese Gefahrschutzmassnahme bis anhin nicht ergriffen hat, muss gefragt werden, ob die von den Klägern geforderte Gefahrschutzmassnahme (die Reduktion der jährlichen konzernweiten CO<sub>2</sub>-Emissionen um netto 45 % bis Ende 2030) objektiv zumutbar ist. Wenn die Massnahme objektiv zumutbar wäre, dann wäre erstellt, dass «*Shell Schweiz*» seine – in Wirklichkeit nicht bestehende – Gefahrschutzpflicht gegenüber den Klägern verletzt und folglich gegen die allgemeine Sorgfaltspflicht verstösst. Damit wäre die Rechtswidrigkeit – welche die Kläger zur Durchsetzung des geltend gemachten Unterlassungsanspruchs nachzuweisen haben – erstellt. Ist hingegen die objektive Zumutbarkeit dieser Massnahme nicht gegeben, so ist auch die Rechtswidrigkeit nicht erstellt. Bevor jedoch die Verletzungsprüfung durchgeführt werden kann, ist auf zwei Probleme hinzuweisen.

*Erstens:* Es stellt sich die Frage, ob die von den Klägern geforderte Verringerung der CO<sub>2</sub>-Emissionen von «*Shell Schweiz*» objektiv zumutbar sein kann, solange die Kläger selbst – wie gemutmasst werden muss – über das absolut notwendige Mass hinaus CO<sub>2</sub>-Emissionen verursachen. Müssten nicht zunächst die Kläger selbst jegliche unnötige Selbstgefährdung infolge von CO<sub>2</sub>-Emissionen unterlassen, bevor sie von Dritten Massnahmen zu ihrem Schutz verlangen können? Wäre m.a.W. nicht zunächst jegliches Selbstverschulden zu eliminieren?

*Zweitens:* Der Beitrag von «*Shell Schweiz*» zum Klimawandel liegt – wenn er denn überhaupt rechtsgenügend nachweisbar ist –<sup>61</sup> im *De-minimis*-Bereich.<sup>62</sup> Hinzu kommt: Wenn «*Shell Schweiz*» seine Geschäftsaktivitäten massiv zurückfahren müsste, um die von den Klägern geforderte Reduktion der CO<sub>2</sub>-Emissionen zu erreichen, so würden die Konsumenten auf andere Treibstoffanbieter ausweichen (möglicherweise auch auf solche, die eine schlechtere CO<sub>2</sub>-Bilanz vorzuweisen haben als «*Shell Schweiz*»).<sup>63</sup> Das Ausmass an Produktion und Verbrauch von fossilem Treibstoff lässt sich mit der Durchsetzung eines Unterlassungsanspruchs gegen einen einzelnen Treibstoffanbieter nicht verringern. Im Hinblick auf die Menge an CO<sub>2</sub>, die Jahr für Jahr in die Atmosphäre emit-

<sup>59</sup> Vgl. ERIC A. POSNER/CASS R. SUNSTEIN, *Global Warming and Social Justice*, Regulation 2008, 14 ff., 19; ERIC A. POSNER/DAVID WEISBACH, *Climate Change Justice*, Princeton/Oxford 2010, 111. Wenn JAAP SPIER, «The «Strongest» Climate Ruling Yet», NILR 2020, 319 ff., 340, festhält, dass in der Europäischen Union ansässige Unternehmen seiner Auffassung nach verpflichtet sind, ihre Treibhausgasemissionen bis 2050 auf netto null zu reduzieren, dann stellt sich vor dem Hintergrund des Rechtsgleichheitsgebots unweigerlich die Frage, weshalb dieses Erfordernis nicht auch für natürliche Personen gelten soll. Vgl. zum Sorgfaltsstandard ferner HOWARD F. CHANG, *Reasonable Emissions of Greenhouse Gasses*, U. Pa. L. Rev. 2007, 1869 ff., *passim*; MAAG (FN 54), 207, der die Vermutung aufstellt, «that household sector conduct is unreasonable».

<sup>60</sup> Ausführlich zur Verletzungsprüfung (d.h. zur Prüfung, ob ein *breach* einer *duty of care* vorliegt) FISCH (FN 6), N 741–837. Vgl. auch HUNTER/SALZMAN (FN 10), 1756–1780; SPITZER/BURTSCHER (FN 52), 158–165.

<sup>61</sup> Vgl. dazu FISCH (FN 45), AJP 2022, *passim*.

<sup>62</sup> Vgl. POSNER/WEISBACH (FN 59), 111; WAGNER (FN 4), *Klimahaftung*, 112.

<sup>63</sup> Vgl. WAGNER (FN 4), *Klimahaftung*, 121. Die drohende Verlagerung wird in Fachkreisen als (*carbon*) *leakage* bezeichnet (vgl. etwa POSNER/WEISBACH [FN 59], 2).

tiert wird, wäre die von den Klägern geforderte Massnahme demnach ineffektiv; und folglich würde sich auch die von den Klägern behauptete Gefährdung nicht verringern.<sup>64</sup> Es würde wohl bloss eine Verschiebung zwischen den Anbietern von Treibstoff stattfinden, mehr nicht.<sup>65</sup> Wenn aber die von den Klägern geforderte Gefahrschutzmassnahme keinen gefahrschützenden Effekt zu zeitigen vermag, kann sie – mangels objektiver Zumutbarkeit – nicht gefordert werden. Eine ineffektive Gefahrschutzmassnahme vermag vor der zur Prüfung der objektiven Zumutbarkeit vorzunehmenden Interessenabwägung *a priori* nicht zu bestehen, da sie dem Beklagten zwar Nachteile aufzwingt, dem Kläger aber keinerlei Vorteile bringt. Die Ineffektivität einer geforderten Gefahrschutzmassnahme impliziert notwendig deren Unzumutbarkeit.<sup>66</sup>

Zu bedenken ist auch: Hätten Unterlassungs- und/oder Schadenersatzklagen gegen in der Schweiz ansässige oder auf dem schweizerischen Markt aktive Unternehmen Erfolg, so könnte dies dazu führen, dass Unternehmen die Schweiz als Standort und Markt inskünftig meiden. Es könnte mithin zu einer Abwanderung von Unternehmen kommen.<sup>67</sup> Auch aufgrund dieses Abwanderungseffekts könnte es zu einem «Leerlaufen» von Klima-Klagen gegen Unternehmen kommen.<sup>68</sup>

Bezogen auf die Rechtswidrigkeit besteht das Kernproblem negatorischer horizontaler Klima-Klagen darin, dass der Klimawandel ein globales Phänomen ist, zu dem jede Person einen mehr oder weniger grossen – oder eher: kleinen – Teil beiträgt. Infolgedessen ergibt das Geltendmachen eines Unterlassungsanspruchs gegenüber einem einzelnen CO<sub>2</sub>-Emittenten von vornherein keinen Sinn – die Gefährdung bestünde bei Gutheissung des Anspruchs praktisch genau gleich. Die Gefahr kann, wenn nur gegen einen einzelnen CO<sub>2</sub>-Emittenten vorgegangen wird, nicht gebannt werden. Und einem bloss symbolischen Geltendmachen eines Anspruchs ist der Rechtsschutz zu verwei-

gern. Die Verletzungsprüfung kann demnach *in casu* von vornherein zu keinem positiven Ergebnis führen. Gleichwohl soll im Folgenden aufgezeigt werden, wie die Verletzungsprüfung vorzunehmen wäre.

Das Gericht, das über den gegen «*Shell Schweiz*» geltend gemachten Unterlassungsanspruch zu befinden hat, ist – aufgrund der Wahrnehmung einer staatlichen Aufgabe – uneingeschränkt grundrechtsgebunden (Art. 35 Abs. 2 BV). Dies hat zur Konsequenz, dass das Gericht bei der Prüfung, ob die von den Klägern geforderte Gefahrschutzmassnahme (die Reduktion der jährlichen konzernweiten CO<sub>2</sub>-Emissionen um netto 45 % bis Ende 2030) objektiv zumutbar ist, die auf beiden Seiten des Konflikts einschlägigen Grundrechte zu beachten hat. Aufseiten der Kläger sind dies das Recht auf körperliche Unversehrtheit (Art. 10 Abs. 2 BV) und die Eigentumsgarantie (Art. 26 Abs. 1 BV); aufseiten von «*Shell Schweiz*» sind es die Eigentumsgarantie (Art. 26 Abs. 1 BV) und die Wirtschaftsfreiheit (Art. 27 BV). Eine allfällige Gefahrschutzmassnahme – deren Auferlegung der Staat als Urheber der Rechtsordnung vor den Grundrechten zu verantworten hätte – müsste innerhalb dieser grundrechtlichen Schranken liegen. Das heisst: Die Kläger sollen keine übermässigen Eingriffe in die einschlägigen grundrechtlichen Schutzgüter aufgrund der CO<sub>2</sub>-Emissionen von «*Shell Schweiz*» dulden müssen; umgekehrt soll «*Shell Schweiz*» durch eine allfällige Gefahrschutzmassnahme in der freien Nutzung erworbener Vermögenswerte (Art. 26 Abs. 1 BV)<sup>69</sup> und in der freien wirtschaftlichen Betätigung (Art. 27 BV) nicht übermässig beschränkt werden.

Das eben Gesagte macht klar: Klimaschutz ist kein «absolut» gesetzter Zweck, der gegenläufigen Interessen unbedingt vorgeht.<sup>70</sup> Bei den CO<sub>2</sub>-Emissionen «han-

<sup>64</sup> Vgl. CHATZINERANTZIS/APPEL (FN 4), 884 f.; KASSMAN (FN 54), 223; SUTHERLAND (FN 49), 191 f.

<sup>65</sup> Vgl. JONI HERSCH/W. KIP VISCUSI, Allocating Responsibility for the Failure of Global Warming Policies, U. Pa. L. Rev. 2007, 1657 ff., 1668.

<sup>66</sup> In die gleiche Richtung geht die folgende Argumentation von POSNER/SUNSTEIN (FN 59), 19: «[...] it is not negligent to fail to contribute to a public good if not enough others are doing similarly, so that the public good would not be created even if one did contribute. This is a moral collective action problem» and, however it should be assessed, the failure to act when other people are not acting does not seem to constitute negligence.» Vgl. auch POSNER/WEISBACH (FN 59), 112 f.

<sup>67</sup> Dazu – mit Blick auf die USA – REIMUND SCHWARZE, Liability for Climate Change, U. Pa. L. Rev. 2007, 1947 ff., 1951.

<sup>68</sup> Vgl. POSNER (FN 30), 1927.

<sup>69</sup> Ausführlich zum (vorgesetzten) Schutzbereich der Eigentumsgarantie FISCH (FN 6), N 69 ff.

<sup>70</sup> G.L.A. CHATZINERANTZIS/APPEL (FN 4), 885. Vgl. auch HINTEREGGER (FN 24), 252: «[N]ot all greenhouse gas emissions are unlawful but, rather, only those which cannot be prevented at reasonable cost.» Vgl. ferner GUIDO CALABRESI, Concerning Cause and the Law of Torts, U. Chi. L. Rev. 1975, 69 ff., 78. Das Bundesverfassungsgericht hält fest: «Art. 20a GG verpflichtet den Staat zum Klimaschutz [...]. Art. 20a geniesst indessen keinen unbedingten Vorrang gegenüber anderen Belangen, sondern ist im Konfliktfall in einen Ausgleich mit anderen Verfassungsrechtsgütern und Verfassungssprinzipien zu bringen [...]. Das gilt auch für das darin enthaltene Klimaschutzgebot» (BVerfG, 1 BvR 2656/18, 1 BvR 78/20, 1 BvR 96/20, 1 BvR 288/20, 24.3.2021, N 198). Der US-amerikanische *Supreme Court* argumentiert im gleichen Sinne: «The appropriate amount of regulation in any particular greenhouse gas-producing sector cannot be prescribed in a vacuum: As with other questions of national or international policy, informed assessment of competing interests is required. Along with the environmental benefit potentially achievable, our Nation's

delt es sich vielmehr um Einwirkungen, die sich massgeblich aus den grundrechtlichen Freiheiten der Bürger ergeben»<sup>71</sup>. Wenn eine Gefahr nicht gewichtig genug ist, um gegenläufigen Interessen vorzugehen, bildet sie Teil des allgemeinen Lebensrisikos, vor dem sich jeder selbst zu schützen hat.<sup>72</sup> Das Deliktsrecht als Freiheitskoordinationsrecht bezweckt eben nicht bloss den Schutz des Erhaltungsinteresses, sondern auch den Schutz des Entfaltungsinteresses.

Um zu ermitteln, ob die von den Klägern geltend gemachte Gefahrenschutzmassnahme objektiv zumutbar ist, müssen die auf beiden Seiten des Konflikts einschlägigen grundrechtlichen Schutzgüter – das Erhaltungsinteresse einerseits, das Entfaltungsinteresse andererseits – gegeneinander abgewogen werden.<sup>73</sup> Dabei hängt das Abwägungsgewicht der widerstreitenden Interessen von verschiedenen Kriterien ab. Für das Erhaltungsinteresse ist die Grösse der Gefahr massgeblich, wobei diese jedoch insoweit, als in zumutbarer Weise Selbstschutzmassnahmen ergriffen werden können, wieder an Gewicht einbüsst. Für das Entfaltungsinteresse ist massgeblich, welche finanzielle Belastung aus dem Ergreifen der geforderten Gefahrenschutzmassnahme resultieren und in welchem Umfang die gefährliche Aktivität beschränkt würde.

Mit Blick auf die Unterlassungsklage gegen «*Shell Schweiz*» ist festzuhalten, dass die Grösse der Gefahr kaum ermittelt werden kann, was daran liegt, dass – wie schon bei der Erkennbarkeit festgestellt – eine Rechts-gutsverletzung nicht unmittelbar droht. (*Pro memoria*: Da das Deliktsrecht individuellen Rechtsgüterschutz bezweckt, kann die relevante Gefahr nicht bereits im Klimawandel oder im Treibhauseffekt erblickt werden.) Es lässt sich weder erkennen, welche individuellen Rechtsgüter bedroht sind, noch lässt sich erkennen, wie gross der drohende Schaden ist, noch lässt sich erkennen, wie gross die Eintrittswahrscheinlichkeit der Gefahr ist. Die Gefahr,

vor der mit der angebehrten Unterlassung geschützt werden soll, ist vollkommen diffus.

Hinzu kommt, dass sich die Kläger vor möglichen Auswirkungen des Klimawandels jedenfalls zu einem Teil in zumutbarer Weise selbst schützen können.<sup>74</sup> Die Fähigkeit des Menschen, sich an ein langsam – über Jahrzehnte und Jahrhunderte – eintretendes Phänomen anzupassen, ist im Allgemeinen als gross zu veranschlagen.<sup>75</sup> Nicht zu verkennen ist zudem, dass eine moderate Klimaerwärmung auch Vorteile – etwa im Bereich der Gebäudeheizung, der Landwirtschaft, der Rohstoffgewinnung oder im Tourismus – mit sich bringen dürfte.<sup>76</sup> In der Wärmeperiode des Hochmittelalters hat sich dies schon einmal erwiesen.<sup>77</sup> Diese Vorteile gilt es zu nutzen und allfällige Nachteile bestmöglich zu kompensieren, denn die Schadensminderungspflicht gilt auch im Kontext des Klimawandels. Genauer lässt sich an dieser Stelle mangels einer konkreten Gefährdungslage nicht sagen.

<sup>74</sup> Vgl. WAGNER/ARNTZ (FN 4), N 57.

<sup>75</sup> Vgl. BVerfG, 1 BvR 2656/18, 1 BvR 78/20, 1 BvR 96/20, 1 BvR 288/20, 24.3.2021, N 164; HERSCH/VISCUSI (FN 65), 1666; POSNER/WEISBACH (FN 59), 17.

<sup>76</sup> Als Frage formuliert: Was gibt Anlass zu der Annahme, dass das Klima in der Gegenwart in allen Teilen der Erde optimal ist? Nur wenn von einem allgemeinen Optimum auszugehen wäre, wäre der Schluss zulässig, dass eine Klimaerwärmung *a priori* und uneingeschränkt negativ wäre. Auf mögliche positive Effekte des Klimawandels weisen auch ALEXANDROS CHATZINERANTZIS/BENJAMIN HERZ, *Climate Change Litigation*, NJOZ 2010, 594 ff., 598, hin. POSNER/SUNSTEIN (FN 59), 17, halten fest: «[...] millions of poor people are likely to benefit from climate change.» Vgl. auch BEHRINGER (FN 54), 7, 282; *The Economist* vom 1.4.1995, *Stay cool*, 11 f., 11; HERSCH/VISCUSI (FN 65), 1666; ROLAND ISMER, *Klimaschutz als Rechtsproblem*, (Jus Publicum; 225), Habil. München, Tübingen 2014, 33; POSNER (FN 30), 1933; POSNER/WEISBACH (FN 59), 11; NICHOLAS STERN, *The Economics of Climate Change*, Cambridge 2007, 138–148; WEGENER (FN 53), 11.

<sup>77</sup> «It is evident that Europe experienced, on the whole, relatively mild climate conditions during the earliest centuries of the second millennium (i.e., the early Medieval period). Agriculture was possible at higher latitudes (and higher elevations in the mountains) than is currently possible in many regions, and there are numerous anecdotal reports of especially bountiful harvests (e.g., documented yields of grain) throughout Europe during this interval of time. Grapes were grown in England several hundred kilometers north of their current limits of growth, and subtropical flora such as fig trees and olive trees grew in regions of Europe (northern Italy and parts of Germany) well north of their current range. [...] [S]evere winters were less frequent and less extreme at times during the period from about 900–1300 AD in central Europe. [...] In Greenland, the Norse settlers, arriving around AD 1000, maintained a settlement, raising dairy cattle and sheep. Greenland existed, in effect, as a thriving European colony for several centuries» (MICHAEL E. MANN, *Medieval Climatic Optimum*, in: Michael C. MacCracken/John S. Perry [Hrsg.], *Encyclopedia of Global Environmental Change*, Bd. I, Chichester 2002, 514 ff., 514 f.).

energy needs and the possibility of economic disruption must weigh in the balance» (*American Elec. Power Co., Inc. v. Connecticut*, 131 S.Ct. 2527 [2011], 2539). Teilweise a.A. anscheinend URSULA BRUNNER/CORDELIA C. BAHR, *Climate Change and Individuals' Rights in Switzerland*, in: Francesco Sindico/Makane Moïse Mbengue (Hrsg.), *Comparative Climate Change Litigation* (Ius Comparatum – Global Studies in Comparative Law; 47), Cham 2021, 119 ff., 123 f., die festhalten: «[A] residual risk can be accepted only insofar as global warming remains <well below 2°C>».

<sup>71</sup> BVerfG, NJW 1998, 3264, 3264 (das Bundesverfassungsgericht nimmt hier Bezug auf Luftschadstoffe im Allgemeinen).

<sup>72</sup> Vgl. WAGNER/ARNTZ (FN 4), N 66.

<sup>73</sup> Vgl. zur vorzunehmenden Interessenabwägung BURTSCHER/SPITZER (FN 53), 947 f.; HINTEREGGER (FN 24), 251 f.; PÖTTKER (FN 4), 106, 114–117, 129–139; SPITZER/BURTSCHER (FN 52), 160–162.

Was das Entfaltungsinteresse von «*Shell Schweiz*» anbetrifft, ist zum einen festzuhalten, dass eine Reduktion der jährlichen konzernweiten CO<sub>2</sub>-Emissionen um netto 45 % bis Ende 2030 vermutlich mit sehr grossen Kosten verbunden wäre. Es müssten entweder in grossem Umfang Devestitionen vorgenommen werden, oder es müssten in ebenfalls grossem Umfang Kompensationsmassnahmen ergriffen werden. Zum anderen ist festzuhalten, dass die geforderte Gefahrschutzmassnahme – jedenfalls faktisch – zu einer erheblichen Beschränkung der Geschäftsaktivität führen dürfte. Denn selbst wenn «*Shell Schweiz*» mittels Ergreifen von umfangreichen Kompensationsmassnahmen seine Geschäftsaktivitäten zunächst wie bisher fortzusetzen versuchte, dürften die Kosten aus dem Ergreifen der notwendigen Kompensationsmassnahmen dazu führen, dass «*Shell Schweiz*» im Wettbewerb mit der Konkurrenz zurückfiele. Längerfristig würde sich wohl die Konkurrenz, die ohne Zusatzkosten infolge von Kompensationsmassnahmen operiert, aufgrund tieferer Preise gegenüber «*Shell Schweiz*» auf dem Markt durchsetzen können.<sup>78</sup> Unabhängig davon, ob zu Devestitionen oder zu Kompensationsmassnahmen gegriffen würde, um die Reduktionsvorgabe zu erreichen, dürfte es zu einem Abbau von Arbeitsplätzen bei «*Shell Schweiz*» kommen. Betroffen wären mithin auch Arbeitnehmer von «*Shell Schweiz*».

Die nach wie vor hohe Nachfrage auf dem Markt nach fossilem Treibstoff zeigt ferner, dass mit der Produktion von fossilem Treibstoff ein Bedürfnis einer grossen Zahl von Menschen befriedigt wird.<sup>79</sup> Indem «*Shell Schweiz*» für die breite Öffentlichkeit eine preisgünstige, vielseitig einsetzbare Energiequelle zur Verfügung stellt, gewährt «*Shell Schweiz*» ein Stück Freiheit für die Konsumenten. Der Umstand, dass die Nutzung fossiler Treibstoffe – trotz der bei ihrem Verbrauch bekanntermassen anfallenden Emissionen – nach wie vor mengenmässig uneingeschränkt zulässig ist, zeigt, wie wichtig fossile Treibstoffe für eine Vielzahl von Menschen immer noch sind.<sup>80</sup> Wür-

de es sich anders verhalten, wäre es vermutlich schon längst zu einer gesetzlichen Beschränkung der Nutzung oder sogar zu einem Verbot gekommen.<sup>81</sup>

Man muss sich fragen: Kann es richtig sein, die Produktion und Bereitstellung einer Ware, die trotz der bekanntermassen damit verbundenen Umweltgefahren von fast allen Menschen genutzt wird – deren Nutzung mithin hochgradig demokratisch legitimiert ist –, als rechtswidrig zu erklären? Müsste nicht – wenn schon – zunächst der (übermässige) Konsum dieser Ware vom demokratisch legitimierten Gesetzgeber als rechtswidrig normiert werden? Müsste also nicht zuerst auf der politischen Ebene ein entsprechender Konsens erzielt werden?<sup>82</sup>

Die Produktion und Bereitstellung von fossilem Treibstoff darf nicht als eine unnötig umweltbelastende Aktivität abgetan werden, die ohne gesellschaftlichen Wert ist und deshalb leichthin beschränkt werden darf. Zurückhaltung erscheint auch deshalb angebracht, weil hier und heute für die breite Masse der Konsumenten eine gleichwertige, ebenso erschwingliche Alternativenergiequelle nicht zur Verfügung steht und weil die Nutzung jeglicher Energiequelle mit Umweltbelastungen einhergeht.<sup>83</sup>

Die Abwägung der *in casu* konfligierenden Interessen ergibt, dass die von den Klägern angebehrte Gefahrschutzmassnahme (Reduktion der jährlichen konzernweiten CO<sub>2</sub>-Emissionen um netto 45 % bis Ende 2030) – welche in Ermangelung einer Gefahrschutzpflicht ohnehin nicht gefordert werden kann und hier bloss hypothetisch geprüft wurde – nicht als objektiv zumutbar beurteilt werden kann. Weil eine Gefährdung individueller Rechtsgüter der Kläger höchstens ganz diffus erkennbar ist, hat das klägerische Erhaltungsinteresse nur geringes Gewicht in der Interessenabwägung. Der mit der gefor-

<sup>78</sup> Vgl. BURTSCHER/SPITZER (FN 53), 948, die darauf hinweisen, dass Massnahmen zur Treibhausgasreduktion Unternehmen existentiell gefährden können. So auch SPITZER/BURTSCHER (FN 52), 160. Vgl. ferner WAGNER (FN 4), Klimahaftung, 120 f., 123.

<sup>79</sup> Vgl. KELLER/KAPOOR (FN 54), 711 f.; KYSAR (FN 14), 21; PÖTTKER (FN 4), 136; JAAP SPIER, *Injunctive Relief*, in: Jaap Spier/Ulrich Magnus (Hrsg.), *Climate Change Remedies (Legal Perspectives for Global Challenges)*; 2), Den Haag 2014, 1 ff., 23; SUTHERLAND (FN 49), 193.

<sup>80</sup> Vgl. BVerfG, NVwZ 2014, 211, 228 N 287: «Das BVerfG hat schon mehrfach die überragende Bedeutung der Sicherung der Energieversorgung für das Gemeinwohl betont. Es hat dabei die Sicherung der Energieversorgung durch geeignete Massnahmen als öffentliche Aufgabe von grösster Bedeutung bezeichnet und die

Energieversorgung zum Bereich der Daseinsvorsorge gerechnet, deren Leistung der Bürger zur Sicherung einer menschenwürdigen Existenz unumgänglich bedarf [...]. Die ständige Verfügbarkeit ausreichender Energiemengen ist zudem eine entscheidende Voraussetzung für die Funktionsfähigkeit der gesamten Wirtschaft.» Vgl. auch BVerfGE 66, 248 (258).

<sup>81</sup> Dass bei der Energieversorgung der Aspekt des Umweltschutzes nur ein Aspekt neben anderen ist, ergibt sich auch aus Art. 89 Abs. 1 BV, wo das Ziel einer «ausreichende[n], breit gefächerte[n], sichere[n], wirtschaftliche[n] und umweltverträgliche[n] Energieversorgung» formuliert wird.

<sup>82</sup> Vgl. MARTIN SPITZER, *Der Klimawandel als juristische Kategorie*, in: Christian Huber/Matthias Neumayr/Wolfgang Reisinger (Hrsg.), *Festschrift Karl-Heinz Danz*, Wien 2017, 655 ff., 667.

<sup>83</sup> «Human populations did and still do rely on the conversion of fossil fuels into electricity and other forms of energy» (WAGNER/ARNTZ [FN 4], N 69). Vgl. auch HUNTER/SALZMAN (FN 10), 1749, zur Relevanz der Verfügbarkeit alternativer Technologien bei der Ermittlung, ob eine Verletzung (*breach*) einer Gefahrschutzpflicht vorliegt.

derten Gefahrenschutzmassnahme einhergehende Eingriff in das Entfaltungsinteresse von «*Shell Schweiz*» wäre hingegen sehr tiefreichend,<sup>84</sup> weshalb das Entfaltungsinteresse in der Interessenabwägung stark zu gewichten ist. Das Entfaltungsinteresse von «*Shell Schweiz*» überwiegt infolgedessen das Erhaltungsinteresse der Kläger, womit feststeht, dass die geforderte Gefahrenschutzmassnahme objektiv nicht zumutbar ist.<sup>85</sup>

<sup>84</sup> Vgl. PÖTTKER (FN 4), 94, zur stark freiheitsbeschränkenden Wirkung der negatorischen Haftung im Allgemeinen.

<sup>85</sup> Vgl. KASSMAN (FN 54), 204: «[E]mission-causing activities have utility for each individual or organization. For each individual, there is a high positive component: the benefit of or profit from those activities. But there is also a small negative component: contribution of GHGs to the atmosphere. When adding the component utilities of GHG emis-

Als Fazit ist festzuhalten, dass die Kläger mit ihrem Unterlassungsbegehren gegen «*Shell Schweiz*» nicht durchzudringen vermögen, da es auf der Grundlage des geltenden Rechts nicht gelingen kann, das Verhalten des Unternehmens, d.h. konkret dessen CO<sub>2</sub>-Emissionen, als rechtswidrig auszuweisen. Die von den Klägern behauptete Rechtswidrigkeit der durch das Unternehmen verursachten CO<sub>2</sub>-Emissionen lässt sich weder mittels eines Schutzgesetzes noch mittels der allgemeinen Sorgfaltpflicht begründen. Der Tatbestand des Unterlassungsanspruchs ist somit nicht erfüllt.

sions, the net result for each discrete emitter is positive because, individually, the positive component outweighs the negative component.»

## Anzeige

Derya Wasmuth-Avyüzten

# Die Mitarbeiterbeurteilung aus rechtlicher Sicht

Diese Dissertation beleuchtet die rechtlichen Aspekte der Mitarbeiterbeurteilung einschliesslich des Mitarbeitergesprächs. Der Schwerpunkt liegt auf den Fragen, ob ein Anspruch der Parteien auf Durchführung einer Mitarbeiterbeurteilung besteht, wie diese ausgestaltet sein muss und ob sie angefochten werden kann.

2022, 253 Seiten, broschiert  
 ISBN 978-3-03891-446-4  
 CHF 74.-

Praxisnaher  
Leitfaden

RiU – LfE  
Band 52

Recht in privaten und  
öffentlichen Unternehmen

Roland Müller / Thomas Geiser / Kurt Pärli (Hrsg.)

Derya Wasmuth-Avyüzten

Die Mitarbeiterbeurteilung  
aus rechtlicher Sicht

DIKE 