Die Mittäterschaft und Teilnahme im Zivilrecht

Eine rechtsvergleichende Analyse

DISSERTATION
der Universität St.Gallen,
Hochschule für Wirtschafts-,
Rechts- und Sozialwissenschaften,
Internationale Beziehungen und Informatik (HSG),
zur Erlangung der Würde einer
Doktorin der Rechtswissenschaft

vorgelegt von

Nadia Kuźniar

von

Bern

Genehmigt auf Antrag der Herren

Prof. Dr. Vito Roberto

und

Prof. Dr. Arnold F. Rusch

Dissertation Nr. 5296

Dike Verlag AG Zürich/St. Gallen 2023

Die Universität St.Gallen, Hochschule für Wirtschafts-, Rechts- und Sozialwissenschaften, Internationale Beziehungen und Informatik (HSG), gestattet hiermit die Drucklegung der vorliegenden Dissertation, ohne damit zu den darin ausgesprochenen Anschauungen Stellung zu nehmen.

St.Gallen, 24. Oktober 2022

Der Rektor:

Prof. Dr. Bernhard Ehrenzeller

Die gleiche Arbeit ist im Dike Verlag AG erschienen

ISBN 978-3-03891-535-5

myclimate neutral

Vorwort

Die vorliegende Arbeit entstand als Dissertation hauptsächlich während meiner Zeit am Lehrstuhl von Prof. Dr. Vito Roberto an der Universität St. Gallen und während meines Forschungsaufenthaltes an der University of California in Berkeley. Mein besonderer Dank gebührt denn auch Prof. Dr. Roberto. Er gewährte mir stets die nötigen Freiheiten, stand mir mit wertvollen Hinweisen zur Seite und wachte, wenn nötig, über den Fortschritt meines Dissertationsprojekts. Bedanken möchte ich mich sodann bei meinem Korreferenten Prof. Dr. Arnold F. Rusch, mit dem ich viele anregende Diskussionen zu den von mir angetroffenen Problemfeldern führen durfte. Ebenso möchte ich Prof. Stephen D. Sugarman, der leider kürzlich verstorben ist, für die in jeder Hinsicht lehrreiche Zeit an der University of California, Berkeley, danken. Zu Dank verpflichtet bin ich überdies Roger Sutter für das umsichtige Lektorat.

Sodann gebührt all jenen ein herzliches Dankeschön, die mich bei meinem Dissertationsvorhaben unterstützt haben, sei es durch wertvollen fachlichen Austausch, sei es durch die emotionale Unterstützung, die ich auch in schwierigen Phasen meines Projekts erfahren habe. Ein besonderer Dank gebührt Dr. Tabea Lorenz, Dr. Roman Schister, Sine Selman und Dr. Kai-Peter Uhlig für die Durchsicht meines Manuskripts.

Zuletzt möchte ich mich von ganzem Herzen bei meinen Eltern bedanken, die mir meine Ausbildung ermöglicht und mich stets bedingungslos unterstützt haben. Ihnen sei diese Arbeit gewidmet.

Rechtsprechung und Literatur wurden bis Ende Juni 2022 berücksichtigt.

St. Gallen, im August 2022 *Nadia Kuźniar*

Inhaltsübersicht

Vorwort V
Inhaltsverzeichnis IX
Literaturverzeichnis XIII
Materialienverzeichnis XXVII
Abkürzungsverzeichnis XXIX
Erlasse XXXV
Zusammenfassung XXXVII
Abstract XXXVIII
Résumé XXXIX

1. Teil: Einleitung und Methodik 1
§ 1 Einleitung und Problemstellung 3
§ 2 Methodik der Analyse 5

2. Teil: Theoretische Grundlagen 9
§ 3 Rechtliche Grundlagen in den einzelnen Rechtsordnungen 11
§ 4 Die Anwendbarkeit von Art. 50 OR auf Kausalhaftpflichtige 26
§ 5 Parameter zur Haftungseingrenzung bei Mehrtäterverhältnissen 36

3. Teil: Die Mittäterschaft und Teilnahme im Rechtsvergleich 45
§ 6 Einleitung 47
§ 7 Vorsätzliches Zusammenwirken 48
§ 8 Fahrlässiges Zusammenwirken 90
§ 9 Spezifische Fallgruppen in der Rechtsprechung 110
§ 10 Haftung bei alternativer Kausalität bei Fehlen eines Zusammenwirkens im Sinne von Art. 50 OR 184

4. Teil: Abschliessende Betrachtung 189
§ 11 Ausgangslage 191
§ 12 Grundlegendes Haftungskonzept 193
§ 13 Auswirkungen auf spezifische Fallgruppen 195
§ 14 Haftung bei alternativer Kausalität 198

Inhaltsverzeichnis

Vorwort V
Inhaltsübersicht VII
Literaturverzeichnis XIII
Materialienverzeichnis XXVII
Abkürzungsverzeichnis XXIX
Erlasse XXXV
Zusammenfassung XXXVII
Abstract XXXVIII
Résumé XXXIX

1. Teil: Einleitung und Methodik 1

§ 1 Einleitung und Problemstellung 3

§ 2 Methodik der Analyse 5

2. Teil: Theoretische Grundlagen 9

§ 3 Rechtliche Grundlagen in den einzelnen Rechtsordnungen 11

1. Einleitung 11
2. Schweizerisches Haftpflichtrecht 11
3. Deutsches Haftpflichtrecht 15
4. Österreichisches Haftpflichtrecht 17
5. Schweizerisches Strafrecht 19
6. US-amerikanisches Haftpflichtrecht 23

§ 4 Die Anwendbarkeit von Art. 50 OR auf Kausalhaftpflichtige 26

1. Einleitung 26
2. Anwendbarkeit von Art. 50 OR auf einfache Kausalhaftungen respektive auf Verschuldenshaftungen mit Beweislastumkehr? 26
3. Solidarhaftung nach Art. 50 OR zwischen einem Haftpflichtigen aus Verschuldenshaftung nach Art. 41 OR und einem Haftpflichtigen aus einer einfachen Kausalhaftung respektive einer Verschuldenshaftung mit Beweislastumkehr? 28
4. Solidarität zwischen der juristischen Person und ihrem Organ 30

5. Anwendbarkeit von Art. 50 OR auf Gefährdungshaftungen? ... 32
6. Solidarität zwischen dem Staat und seinem Beamten/seiner Beamtin im Rahmen der Staatshaftung ... 33

§ 5 Parameter zur Haftungseingrenzung bei Mehrtäterverhältnissen ... 36
1. Einleitung ... 36
2. Bestimmung der Parameter ... 36
3. Schaffung eines vergleichbaren Massstabs beim Verschuldensgrad ... 40

3. Teil: Die Mittäterschaft und Teilnahme im Rechtsvergleich ... 45

§ 6 Einleitung ... 47

§ 7 Vorsätzliches Zusammenwirken ... 48
1. Die Qualifikation des vorsätzlichen Zusammenwirkens in den einzelnen Rechtsordnungen ... 48
1.1. Das vorsätzliche, auf eine Schädigung gerichtete Zusammenwirken ... 48
1.2. Das vorsätzliche Zusammenwirken ohne Schädigungsvorsatz ... 48
2. Die Bedeutung des Kausalzusammenhangs bei vorsätzlichem Zusammenwirken mehrerer in den einzelnen Rechtsordnungen ... 61
2.1. Einleitung ... 61
2.2. Gemeinsame Verursachung eines unteilbaren Schadens (gemeinsame Kausalität) ... 63
2.3. Alternative Kausalität sowie Haftung über den eigenen Kausalbeitrag hinaus (haftungsausweitende Funktion der Mittäterschaft und Teilnahme) ... 65
2.4. Haftung bei bestimmbaren Schadensanteilen ... 78
2.5. Haftung für Exzesse ... 80
2.5.1. Einleitung ... 80
2.5.2. Grundlegende Prämisse: Keine Haftung für Exzesse ... 80
2.5.3. Inhaltliche Exzesse ... 82
2.5.3.1. Konstellation (1) ... 82
2.5.3.2. Konstellation (2) ... 85
2.5.4. Zeitliche Exzesse (zeitlich nachgelagerte Handlungen) ... 85
2.5.4.1. Konstellation (1) ... 85
2.5.4.2. Konstellation (2) ... 88

§ 8 Fahrlässiges Zusammenwirken 90
1. Das fahrlässige Zusammenwirken als gedankliches Konzept 90
2. Die Qualifikation des fahrlässigen Zusammenwirkens in den einzelnen Rechtsordnungen 91
3. Die Bedeutung des Kausalzusammenhangs bei fahrlässigem Zusammenwirken mehrerer in den einzelnen Rechtsordnungen 100
3.1. Einleitung 100
3.2. Alternative Kausalität sowie Haftung über den eigenen Kausalbeitrag hinaus 100
3.3. Haftung bei bestimmbaren Schadensanteilen 105
3.4. Haftung für Exzesse (Mechanismen der Haftungseingrenzung) 106
3.5. Synthese 108
§ 9 Spezifische Fallgruppen in der Rechtsprechung 110
1. Tätliche Auseinandersetzungen 110
1.1. Einleitung 110
1.2. Qualifikation als Mittäterschaft und Teilnahme? 111
1.3. Haftungsumfang bei Exzessen 115
1.4. Psychische Mitwirkung an tätlichen Auseinandersetzungen 116
2. Wettfahrten 120
3. Persönlichkeits- und Urheberrechtsverletzungen durch Medien 122
3.1. Einleitung 122
3.2. Passivlegitimation nach Art. 50 OR im Vergleich zu Art. 28 ff. ZGB und Art. 61 f. URG 123
3.3. Mittäterschaft zu und Teilnahme an Persönlichkeits- und Urheberrechtsverletzungen durch Medien 125
4. Zurverfügungstellung von Infrastruktur 129
4.1. Einleitung 129
4.2. Lokal gebundene Infrastruktur 130
4.3. Netzwerkinfrastruktur 132
4.3.1. Netzwerke des 20. Jahrhunderts 132
4.3.2. Internetinfrastruktur 133
4.3.2.1. Einleitung 133
4.3.2.2. Regelung der Providerhaftung in den einzelnen Rechtsordnungen 135
4.3.3. Ein Providerhaftungsrahmen für das schweizerische Zivilrecht 152

5. Die Haftung von Warenanbietern und Dienstleistungserbringern für rechtswidrige Schädigungen durch ihre Kunden 156
6. Schäden bei grossen Menschenansammlungen 160
6.1. Einleitung 160
6.2. Faktoren, die für oder wider eine Mittäterschaft und Teilnahme an Schäden bei Massenveranstaltungen sprechen 164
6.2.1. Charakter der Massenveranstaltung: grundsätzlich friedlich oder von vornherein als unfriedlich konzipiert? 164
6.2.2. Grösse der Veranstaltung: Grossdemonstration oder kleinere Gruppe? 172
6.2.3. Art der Beteiligung an Massenveranstaltungen 176
6.2.3.1. Grundsatz 176
6.2.3.2. Sonderfall: Vermögensschäden anlässlich von Blockadeaktionen 180
6.3. Zwischenfazit 183

§ 10 Haftung bei alternativer Kausalität bei Fehlen eines Zusammenwirkens im Sinne von Art. 50 OR 184
1. Einleitung 184
2. Verankerung der Haftung bei alternativer Kausalität im schweizerischen Zivilrecht 185
3. Folgen der veränderten dogmatischen Grundlage für die Haftung bei alternativer Kausalität 187

4. Teil: Abschliessende Betrachtung 189

§ 11 Ausgangslage 191

§ 12 Grundlegendes Haftungskonzept 193

§ 13 Auswirkungen auf spezifische Fallgruppen 195

§ 14 Haftung bei alternativer Kausalität 198

Literaturverzeichnis

ACKERMANN JÜRG-BEAT/VOGLER PATRICK/BAUMANN LAURA/EGLI SAMUEL, Strafrecht, Individualinteressen, Bern 2019

AHRENS HANS-JÜRGEN, Störerhaftung als Beteiligungsform im Deliktsrecht, in: Heldrich Andreas/Prölls Jürgen/Koller Ingo (Hrsg.), Festschrift für Claus-Wilhelm Canaris, Bd. I, München 2007, 3–21

AMERICAN LAW INSTITUTE, Restatement (Second) of the Law of Torts, Vol. 1, American Law Institute, St. Paul, Minnesota 1965

AMERICAN LAW INSTITUTE, Restatement (Second) of the Law of Torts, Vol. 2, American Law Institute, St. Paul, Minnesota 1965

AMERICAN LAW INSTITUTE, Restatement (Second) of the Law of Torts, Vol. 3, American Law Institute, St. Paul, Minnesota 1977

AMERICAN LAW INSTITUTE, Restatement (Second) of the Law of Torts, Vol. 4, American Law Institute, St. Paul, Minnesota 1979

ASSMANN HEINZ-DIETER, Multikausale Schäden im deutschen Haftungsrecht, in: Fenyves Attila/Weyers Hans-Leo (Hrsg.), Multikausale Schäden in modernen Haftungsrechten, Frankfurt a.M. 1988, 99–151

AUF DER MAUR ROLF/STEINER THOMAS, Technologiegerechte Haftungsstandards für Online-Diensteanbieter, in: Sethe Rolf/Heinemann Andreas/Hilty Reto M./Nobel Peter/Zäch Roger (Hrsg.), Kommunikation. Festschrift für Rolf H. Weber zum 60. Geburtstag, Bern 2011, 413–426

BALLERSTEDT KURT, Zur zivilrechtlichen Haftung für Demonstrationsschäden, JZ 1973, 105–110

Basler Kommentar, Obligationenrecht I, Art. 1–529, hrsg. von Widmer Lüchinger Corinne/Oser David, 7. Aufl., Basel 2019 [zit. BSK OR I-BEARBEITERIN]

Basler Kommentar, Strafrecht I, Art. 1–136, hrsg. von Niggli Marcel Alexander/Wiprächtiger Hans, 4. Aufl., Basel 2019 [zit. BSK StGB I-BEARBEITERIN]

Basler Kommentar, Zivilgesetzbuch I, Art. 1–456, hrsg. von Geiser Thomas/Fountoulakis Christiana, 6. Aufl., Basel 2018 [zit. BSK ZGB I-BEARBEITERIN]

Basler Kommentar, Zivilgesetzbuch II, Art. 457–977 ZGB, Art. 1–61 SchlT ZGB, hrsg. von Geiser Thomas/Wolf Stephan, 6. Aufl., Basel 2019 [zit. BSK ZGB II-BEARBEITERIN]

BAUER MARIANNE, Die Problematik gesamtschuldnerischer Haftung trotz ungeklärter Verursachung, JZ 1971, 4–11

BAUERREISS WOLFGANG, Zur Auslegung der §§ 1301 und 1302 ABGB, in: Faistenberger Christoph/Mayrhofer Heinrich (Hrsg.), Privatrechtliche Beiträge. Gedenkschrift Franz Gschnitzer, Innsbruck 1969, 53–86

Beck'scher Online-Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, hrsg. von Hau Wolfgang/Poseck Roman, 62. Aufl., München 2022 [zit. BeckOK-BEARBEITERIN]

BECKER HERMANN, Berner Kommentar, Obligationenrecht, Allgemeine Bestimmungen, Art. 1–183, Bern 1941 [zit. BK-BECKER]

BERGER MATHIS, Ändert die Gegenwart die Vergangenheit? – Anmerkungen zum EuGH-Entscheid in Sachen «Filmspeler», sic! 2017, 661–669

BRAMBRING GÜNTER, Mittäter, Nebentäter, Beteiligte und die Verteilung des Schadens bei Mitverschulden des Geschädigten, Berlin 1973

BREHM ROLAND, Berner Kommentar, Die Entstehung durch unerlaubte Handlungen, Art. 41–61 OR, 5. Aufl., Bern 2021 [zit. BK-BREHM]

BRINER ROBERT GEORG, Haftung der Internet-Provider für Unrecht Dritter, sic! 2006, 383–400

BRÜGGEMEIER GERT, Deliktsrecht, Baden-Baden 1986

BRUNNER HANS-ULRICH, Die Anwendung deliktsrechtlicher Regeln auf die Vertragshaftung, Diss. Freiburg i.Ü. 1991

BYDLINSKI FRANZ, Aktuelle Streitfragen um die alternative Kausalität, in: Sandrock Otto (Hrsg.), Festschrift für Günther Beitzke zum 70. Geburtstag, Berlin 1979, 3–34 [zit. *Streitfragen*]

ders., Probleme der Schadensverursachung nach deutschem und österreichischem Recht, Stuttgart 1964 [zit. *Probleme*]

ders., Mittäterschaft im Schadensrecht, AcP 1959/1960, 410–430

ders., Haftung bei alternativer Kausalität, JBl 1959, 1–13

Commentaire romand, Code des obligations I, art. 1–529 CO, hrsg. von Thévenoz Luc/Werro Franz, 3. Aufl., Basel 2021 [zit. CR CO I-BEARBEITERIN]

Commentaire romand, Code pénal I, art. 1–110, hrsg. von Moreillon Laurent/Macaluso Alain/Queloz Nicolas/Dongois Nathalie, 2. Aufl., Basel 2021 [zit. CR CP I-BEARBEITERIN]

Commentaire romand, Code pénal II, art. 111–392, hrsg. von Macaluso Alain/Moreillon Laurent/Queloz Nicolas, Basel 2017 [zit. CR CP II-BEARBEITERIN]

Compensation for Victims of Urban Riots, Columbia Law Review 1968, 57–84

CORBOZ BERNARD, La distinction entre solidarité parfaite et solidarité imparfaite, Diss. Genf 1974

CYPIONKA BERTRAM, Deliktsrechtliche Haftung trotz ungeklärter Schadensverursachung – Zu den Grundlagen und Voraussetzungen des § 830 Abs. 1 Satz 2 BGB, Diss. Münster 1985

CZYCHOWSKI CHRISTIAN/NORDEMANN JAN BERND, Grenzenloses Internet – entgrenzte Haftung?, GRUR 2013, 986–996

Das neue Urheberrecht. Kommentar zum Bundesgesetz über das Urheberrecht und verwandte Schutzrechte, hrsg. von Barrelet Denis/Egloff Willi, 4. Aufl., Bern 2020 [zit. Neues Urheberrecht-BEARBEITERIN]

DESCHENAUX HENRI/TERCIER PIERRE, La responsabilité civile, 2. Aufl., Bern 1982

DEUTSCH ERWIN, Allgemeines Haftungsrecht, 2. Aufl., Köln/Berlin/Bonn/München 1996 [zit. *Haftungsrecht*]

ders., Das «allgemeine Lebensrisiko» als negativer Zurechnungsgrund, VersR 1993, 1041–1046

ders., Das Verhältnis von Mittäterschaft und Alternativtäterschaft im Zivilrecht, JZ 1972, 105–107

DEUTSCH ERWIN/AHRENS HANS-JÜRGEN, Deliktsrecht. Unerlaubte Handlungen, Schadensersatz, Schmerzensgeld, 6. Aufl., Köln/Berlin/Bonn/München 2016

DIAMOND JOHN L./LEVINE LAWRENCE C./BERNSTEIN ANITA, Understanding Torts, 6. Aufl., Durham, North Carolina 2018

DIEDRICHSEN UWE/MARBURGER PETER, Die Haftung für Demonstrationsschäden, NJW 1970, 777–784

DIMITA GAETANO, Six characters in search of infringement: potential liablity for creating, downloading, and disseminating .torrent files, Journal of Intellectual Property Law & Practice, Vol. 7, No. 6, 2012, 466–472

DOBBS DAN B./HAYDEN PAUL T./BUBLICK ELLEN M., Hornbook on Torts, 2. Aufl., St. Paul, Minnesota 2016

DONATSCH ANDREAS, Strafrecht III, Delikte gegen den Einzelnen, 11. Aufl., Zürich 2018

ders., Mittäterschaft oder Teilnahme am fahrlässigen Erfolgsdelikt?, SJZ 1989, 109–114

DONATSCH ANDREAS/SCHWARZENEGGER CHRISTIAN/WOHLERS WOLFGANG, Strafprozessrecht, 2. Aufl., Zürich 2014

DONATSCH ANDREAS/TAG BRIGITTE, Strafrecht I, Verbrechenslehre, 9. Aufl., Zürich 2013

DREIER THOMAS, Die Schlacht ist geschlagen – ein Überblick. Zum Ergebnis des Copyright Package der EU-Kommission, GRUR 2019, 771–779

Dreier Thomas/Schulze Gernot (Hrsg.), Urheberrechtsgesetz, 7. Aufl., München 2022 [zit. Dreier/Schulze-BEARBEITERIN]

DRUEY JEAN NICOLAS/DRUEY JUST EVA/GLANZMANN LUKAS, Gesellschafts- und Handelsrecht, 12. Aufl., Zürich 2021

DUBS HANS, Ist fahrlässige Mitwirkung bei einem Vorsatzdelikt strafbar?, in: Corboz Bernhard (Hrsg.), Mélanges Robert Patry, Lausanne 1988, 295–305

EHMANN RICHARD/BERTSCHINGER CLAUDE, Von «rolling stones» zu «flying rockets» – Die fahrlässige Mittäterschaft erneut auf dem bundesgerichtlichen Prüfstand, forumpoenale 2018, 137–143

EHRENZWEIG ALBERT A., Die Schuldhaftung im Schadenersatzrecht, Wien 1936

EHRENZWEIG ALBERT A./MAYRHOFER HEINRICH, System des österreichischen allgemeinen Privatrechts, Das Recht der Schuldverhältnisse, 2. Buch, 1. Abteilung, Allgemeine Lehren, 3. Aufl., Wien 1986

ENGEL PIERRE, Traité des obligations en droit suisse, dispositions générales du CO, 2. Aufl., Bern 1997

ENNECCERUS LUDWIG/LEHMANN HEINRICH, Recht der Schuldverhältnisse, 15. Aufl., Tübingen 1958

Ensthaler Jürgen/Weidert Stephan (Hrsg.), Handbuch Urheberrecht und Internet, 3. Aufl., Frankfurt a.M. 2017 [zit. Ensthaler/Weidert-BEARBEITERIN]

EQUEY DAVID, La responsabilité pénale des fournisseurs de services Internet. Étude à la lumière des droits suisse, allemand et français, Bern 2016

EREN FIKRET, Haftung mehrerer Schädiger für den gleichen Schaden, in: Die Verantwortlichkeit im Recht, Türkisch-schweizerische Juristenwoche 1980 in Zürich und Bern, Bd. II, Zürich 1981, 403–446

Erman, Bürgerliches Gesetzbuch, Handkommentar, Bd. II, 16. Aufl., Köln 2020 [zit. Erman-BEARBEITERIN]

ESSER JOSEF/WEYERS HANS-LEO, Schuldrecht, Bd. II, Besonderer Teil, Teilbd. 2, 8. Aufl., Heidelberg 2000

FELLMANN WALTER, Schweizerisches Haftpflichtrecht, Bd. II, Haftung nach der gewöhnlichen Kausalhaftung des StSG und den Gefährdungshaftungen des SVG, des Transportrechts (TrG, EBG, BG Anschlussgleise, BSG und SebG) sowie des LFG, Bern 2013

FELLMANN WALTER/KOTTMANN ANDREA, Schweizerisches Haftpflichtrecht, Bd. I, Allgemeiner Teil sowie Haftung aus Verschulden und Persönlichkeitsverletzung, gewöhnliche Kausalhaftungen des OR, ZGB und PrHG, Bern 2012

FISHER HANK, Danger in the DMCA Safe Harbors: The Need to Narrow What Constitutes Red Flag Knowledge, University of Richmond Law Review, Vol. 49, No. 2, 2015, 643–669

FRAENKEL MICHAEL, Tatbestand und Zurechnung bei § 823 Abs. 1 BGB, Berlin 1979

FRANCEY JULIEN, La responsabilité délictuelle des fournisseurs d'hébergement et d'accès Internet, Zürich 2017

FRECH PHILIPP, Zivilrechtliche Haftung von Internet-Providern bei Rechtsverletzungen durch ihre Kunden. Eine rechtsvergleichende Untersuchung des schweizerischen, des amerikanischen und des deutschen Rechts unter besonderer Berücksichtigung des Urheber- und Markenrechts, Zürich 2009

FREY HARALD, Die Haftung von Host-Providern für Immaterialgüterrechtsverletzungen, Baden-Baden 2018

FUCHS MAXIMILIAN/PAUKER WERNER/BAUMGÄRTNER ALEX, Delikts- und Schadensersatzrecht, 9. Aufl., Berlin/Heidelberg 2017

GAUCH PETER/SCHLUEP WALTER R./EMMENEGGER SUSAN, Schweizerisches Obligationenrecht, Allgemeiner Teil, Bd. II, 11. Aufl., Zürich 2020

GERNHUBER JOACHIM, Haftung bei alternativer Kausalität: Zum Urteil BGH VI ZR 7/60, JZ 1961, 148–153

GETH CHRISTOPHER, Strafrecht, Allgemeiner Teil, 7. Aufl., Basel 2021

GILLIARD FRANÇOIS, Topologie de la solidarité imparfaite, in: Rechts-, wirtschafts- und sozialwissenschaftliche Fakultät der Universität Freiburg Schweiz (Hrsg.), Mélanges en l'honneur de Henri Deschenaux, Freiburg i.Ü. 1977, 289–305

GOLDBERG JOHN C. P./ZIPURSKY BENJAMIN C., Torts, New York 2010

GOTTWALD PETER, Kausalität und Zurechnung, in: Karlsruher Forum 1986, Karlsruhe 1988, 3–32

GRAVEN PHILIPPE/STRÄULI BERNHARD, L'infraction pénale punissable, 2. Aufl., Bern 1995

GRISSE KARINA, Was bleibt von der Störerhaftung?, Bedeutung der 3. Änderung des TMG für die zivilrechtliche Systematik und Umsetzung der Vermittlerhaftung in Deutschland, GRUR 2017, 1073–1081

GROSS JOST, Schweizerisches Staatshaftungsrecht, 2. Aufl., Bern 2001

Grüneberg, Bürgerliches Gesetzbuch, 81. Aufl., München 2022 [zit. Grüneberg-BEARBEITERIN]

GSCHNITZER FRANZ/FAISTENBERGER CHRISTOPH/BARTA HEINZ/ECCHER BERNHARD, Österreichisches Schuldrecht, Besonderer Teil und Schadenersatz, 2. Aufl., Wien/New York 1988

GUHL THEO/KOLLER ALFRED/SCHNYDER ANTON K., DRUEY JEAN, Das Schweizerische Obligationenrecht, 9. Aufl., Zürich 2000 [zit. Guhl/Koller/Schnyder-BEARBEITERIN]

GURMANN STEFAN, Internet-Auktionen, Wien/New York 2005

HÄFELIN ULRICH/HALLER WALTER/KELLER HELEN/THURNHERR DANIELA, Schweizerisches Bundesstaatsrecht, 10. Aufl., Zürich 2020

HÄFELIN ULRICH/MÜLLER GEORG/UHLMANN FELIX, Allgemeines Verwaltungsrecht, 8. Aufl., Zürich/St. Gallen 2020

Haftpflichtkommentar, Kommentar zu den schweizerischen Haftpflichtbestimmungen, hrsg. von Fischer Willi/Luterbacher Thierry, Zürich 2016 [zit. Haftpflichtkommentar-BEARBEITERIN]

Handkommentar zum Schweizer Privatrecht, Obligationenrecht, Allgemeine Bestimmungen, Art. 1–183 OR, hrsg. von Furrer Andreas/Schnyder Anton K., 3. Aufl., Zürich 2016 [zit. CHK-BEARBEITERIN]

Handkommentar zum Schweizer Privatrecht, Personen- und Familienrecht, Partnerschaftsgesetz, Art. 1–456 ZGB, PartG, hrsg. von Breitschmid Peter/Jungo Alexandra, 3. Aufl., Zürich 2016 [zit. CHK-BEARBEITERIN]

HANFELD MICHAEL, «Seid ihr Bots? Seid ihr ein Mob?», FAZ vom 23. März 2019, <https://www.faz.net/aktuell/feuilleton/debatten/proteste-gegen-und-eintreten-fuer-das-eu-urheberrecht-16104780.html> (Stand 28. Juni 2022)

HÄRING DANIEL, Die Mittäterschaft beim Fahrlässigkeitsdelikt, Basel 2005

HARPER FOWLER V./ JAMES FLEMING, JR./GRAY OSCAR S., Harper, James and Gray on Torts, Vol. 3, 3. Aufl., New York 2007

dies., Harper, James and Gray on Torts, Vol. 4, 3. Aufl., New York 2007

HARRIS DONALD P., Time to Reboot?: DMCA 2.0, Arizona State Law Journal, Vol. 47, No. 3, 2015, 801–856

HARTMANN ALEXANDER, Unterlassungsansprüche im Internet, München 2009

HAUSHEER HEINZ/AEBI-MÜLLER REGINA E., Das Personenrecht des Schweizerischen Zivilgesetzbuches, 5. Aufl., Bern 2020

HAY PETER, The Law of the United States. An Introduction, Abingdon, New York 2017

HESS-BLUMER ANDRI, Teilnahmehandlungen im Immaterialgüterrecht unter zivilrechtlichen Aspekten, sic! 2003, 95–109

HOEREN THOMAS, BGH: Störerhaftung von RapidShare – Alone in the Dark. Anmerkungen, MMR 2013, 185–189

HOFMANN FRANZ, Fünfzehn Thesen zur Plattformhaftung nach Art. 17 DSM-RL, GRUR 2019, 1219–1229

HOLZNAGEL DANIEL, Nach dem EuGH-Urteil in Sachen YouTube/Cyando: Fast alles geklärt zur Host-Provider-Haftung?, CR 2021, 603–608

ders., Zur Providerhaftung – Notice and Take-Down in § 512 U.S. Copyright Act, GRUR Int. 2007, 971–986

HONSELL HEINRICH/ISENRING BERNHARD/KESSLER MARTIN A., Schweizerisches Haftpflichtrecht, 5. Aufl., Zürich 2013

HONSELL HEINRICH/MAYER-MALY THEO, Rechtswissenschaft. Die Grundlagen des Rechts, 7. Aufl., Baden-Baden/Wien/Bern 2017

HUG GITTI, Haftung der Medien im Internetzeitalter, medialex 2014, 52–58

HUGUENIN CLAIRE, Obligationenrecht, Allgemeiner und Besonderer Teil, 3. Aufl., Zürich 2019

HUNTER DAN, The Oxford Introductions to U.S. Law, Intellectual Property, New York 2012

HURTADO POZO JOSÉ, Droit penal, partie générale, Zürich 2008

HYLTON KEITH N., Tort Law, New York 2016

JANSEN GERHARD, Das Zusammentreffen von Haftungsgründen bei einer Mehrheit von Ersatzpflichtigen, Diss. Freiburg i.Ü. 1973

Jauernig, Bürgerliches Gesetzbuch, Kommentar, 18. Aufl., München 2021 [zit. Jauernig-BEARBEITERIN]

JETZER LAURA/MARKWALDER NORA, Plädoyer gegen die fahrlässige Mittäterschaft – Besprechung von BGE 143 IV 361, forumpoenale 2018, 220–226

KAESLING KATHARINA/KNAPP JAKOB, Umsetzung der urheberrechtlichen Verantwortlichkeit von Upload-Plattformen. Gestaltung eines nutzerzentrierten Anreizschemas, MMR 2021, 11–15

KELLER MAX, Haftpflichtrecht im Privatrecht, Bd. II, 2. Aufl., Bern 1999

KELLER MAX/GABI SONJA/GABI KARIN, Haftpflichtrecht, 3. Aufl., Basel 2012

Klang Heinrich (Hrsg.), Kommentar zum Allgemeinen bürgerlichen Gesetzbuch, Bd. 6, §§ 1293–1502, 2. Aufl., Wien 1951 [zit. Klang-BEARBEITERIN]

KOLLER ALFRED, Schweizerisches Obligationenrecht, Allgemeiner Teil, 4. Aufl., Bern 2017

KÖRNER ALEXANDRA, Die Haftung der Solidarschuldner im Aussenverhältnis. Kausalität und persönliche Herabsetzungsgründe im System der Solidarität, Zürich 2011

KOZIOL HELMUT, Österreichisches Haftpflichtrecht, Bd. I, Allgemeiner Teil, 4. Aufl., Wien 2020

KRAMER ERNST A., Multikausale Schäden – Länderberichte Schweiz/Österreich, in: Fenyves Attila/Weyers Hans-Leo (Hrsg.), Multikausale Schäden in modernen Haftungsrechten, Frankfurt a.M. 1988, 55–97

KRATZ BRIGITTA, Berner Kommentar, Solidarität, Art. 143–150 OR, Bern 2015 [zit. BK-KRATZ]

KRAUSKOPF FRÉDÉRIC, Zürcher Kommentar, Obligationenrecht, Die Solidarität, Art. 143–150 OR, 3. Aufl., Zürich 2016 [zit. ZK-KRAUSKOPF]

KREUTZIGER STEFAN, Die Haftung von Mittätern, Anstiftern und Gehilfen im Zivilrecht – zugleich ein Beitrag zur deliktischen Haftung von Teilnehmern an unfriedlichen Demonstrationen, Frankfurt a.M./Bern/New York 1985

Kurzkommentar zum ABGB, hrsg. von Koziol Helmut/Bydlinski Peter/Bollenberger Raimund, 4. Aufl., Wien 2020 [zit. KuKo-BEARBEITERIN]

KÜTTEL PAMELA, Begriff der Teilnahme nach Art. 50 OR, HAVE 2008, 320–335

LANDOLT HARDY, Haftung für rechtmässige Schadensverursachung, HAVE 2014, 3–13

LARENZ KARL, Lehrbuch des Schuldrechts, Bd. I, Allgemeiner Teil, 14. Aufl., München 1987

ders., Tatzurechnung und «Unterbrechung des Kausalzusammenhanges», NJW 1955, 1009

LARENZ KARL/CANARIS CLAUS-WILHELM, Lehrbuch des Schuldrechts, Bd. II/2, Besonderer Teil, 13. Aufl., München 1994

LARSON WENDY C., Internet Service Provider Liability: Imposing a Higher Duty of Care, Columbia Journal of Law & the Arts, Vol. 37, No. 4, 2014, 573–584

LEISTNER MATTHIAS, Die «The Pirate Bay»-Entscheidung des EuGH: ein Gerichtshof als Ersatzgesetzgeber, GRUR 2017, 755–760

MÄDRICH MATTHIAS, Das allgemeine Lebensrisiko. Ein Beitrag zur Lehre von der Haftungsbegrenzung im Schadensrecht, Berlin 1980

MERZ HANS, Schweizerisches Privatrecht, Obligationenrecht, Bd. VI/1, Allgemeiner Teil, Basel 1984

MÜLLER CHRISTOPH, La responsabilité civile extracontractuelle, Basel 2013

MÜLLER JÖRG PAUL/SCHEFER MARKUS, Grundrechte in der Schweiz, 4. Aufl., Bern 2008

Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, Bd. 2, Schuldrecht – Allgemeiner Teil I, §§ 241–310, hrsg. von Säcker Franz Jürgen/Rixecker Roland/Oetker Hartmut/Limperg Bettina, 9. Aufl., München 2022 [zit. MüKo BGB-BEARBEITERIN]

Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, Bd. 6, Schuldrecht, Besonderer Teil IV, §§ 705–853, hrsg. von Säcker Franz Jürgen/Rixecker Roland/Oetker Hartmut/Limperg Bettina, 8. Aufl., München 2020 [zit. MüKo BGB-BEARBEITERIN]

Münchener Kommentar zum Strafgesetzbuch, Bd. 1, §§ 1–37, hrsg. von Erb Volker/Schäfer Jürgen, 4. Aufl., München 2020 [zit. MüKo StGB-BEARBEITERIN]

NEUENSCHWANDER PETER K., Die Schadenersatzpflicht für Demonstrationsschäden, Zürich 1983

NEUMANN SOPHIE, Die Haftung der Intermediäre im internationalen Immaterialgüterrecht, Baden-Baden 2015

NIGGLI MARCEL ALEXANDER/RIKLIN FRANZ/STRATENWERTH GÜNTER, Die strafrechtliche Verantwortlichkeit von Internet-Providern. Ein Gutachten, medialex 2000, 1–47

NIGGLI MARCEL ALEXANDER/SCHWARZENEGGER CHRISTIAN, Strafbare Handlungen im Internet, SJZ 2002, 61–73

NOBEL PETER/WEBER ROLF H., Medienrecht, 4. Aufl., Bern 2021

Nomos Kommentar, Bürgerliches Gesetzbuch, Handkommentar, hrsg. von Schulze Reiner, 11. Aufl., Baden-Baden 2022 [zit. NomosHaKo-BEARBEITERIN]

Nomos Kommentar, Bürgerliches Gesetzbuch, Schuldrecht, Bd. 2/3, §§ 662–853, hrsg. von Dauner-Lieb Barbara/Langen Werner, 4. Aufl., Baden-Baden 2021 [zit. NomosKomm-BEARBEITERIN]

NORDEMANN JAN BERND, EuGH-Urteile *GS Media*, *Filmspeler* und *ThePirateBay*: ein neues europäisches Haftungskonzept im Urheberrecht für die öffentliche Wiedergabe, GRUR Int. 2018, 526–535

OFTINGER KARL, Haftpflichtrechtliche Folgen von Strassenkrawallen und dgl., SJZ 1968, 228

OFTINGER KARL/STARK EMIL W., Schweizerisches Haftpflichtrecht, Bd. I, Allgemeiner Teil, 5. Aufl., Zürich 1995

dies., Schweizerisches Haftpflichtrecht, Bd. II/1, Besonderer Teil, 4. Aufl., Zürich 1987

dies., Schweizerisches Haftpflichtrecht, Bd. II/2, Gefährdungshaftungen: Motorfahrzeughaftpflicht und Motorfahrzeughaftpflichtversicherung, 4. Aufl., Zürich 1989

OHLY ANSGAR, Der weite Täterbegriff des EuGH in den Urteilen «GS Media», «Filmspeler» und «The Pirate Bay»: Abenddämmerung für die Störerhaftung?, ZUM 2017, 793–802

OSER HUGO/SCHÖNENBERGER WILHELM, Zürcher Kommentar, Kommentar zum Schweizerischen Zivilgesetzbuch, Das Obligationenrecht, Art. 1–183, Bd. V/1, 2. Aufl., Zürich 1929 [zit. ZK-OSER/SCHÖNENBERGER]

PEIFER KARL-NIKOLAUS, Sharing-Plattformbetreiberhaftung im Urheberrecht (Art. 17 DSM-RL), GRUR-Prax 2019, 403–405

PERRITAZ VINCENT, L'art. 50 al. 1 CO: une norme qui fonde la responsabilité?, AJP 2018, 795–800

ders., La solidarité: un monde imparfait, HAVE 2018, 62–70

ders., Le concours d'actions et la solidarité, Zürich 2017

PETER BERNHARD, Zur Mittäterschaft nach schweizerischem Strafrecht, Diss. Freiburg i.Ü. 1984

PIETH MARK, Strafrecht, Besonderer Teil, 2. Aufl., Basel 2018

POSCH WILLIBALD, Die Haftung für Demonstrationsschäden aus zivilrechtlicher Sicht, in: Schick Peter/Funk Bernd-Christian/Posch Willibald (Hrsg.), Demonstrationsschäden. Abwehr und Ausgleich aus rechtlicher Sicht, Wien 1989, 59–78

PRAVEMANN TIMM, Art. 17 der Richtlinie zum Urheberrecht im digitalen Binnenmarkt. Eine Analyse der neuen europäischen Haftungsregelung für Diensteanbieter für das Teilen von Online-Inhalten, GRUR 2019, 783–788

PROSSER WILLIAM L., Joint Torts and Several Liability, California Law Review, Vol. 25, No. 4, 1937, 413–443

PROSSER WILLIAM L./KEETON PAGE W., Prosser and Keeton on the Law of Torts, 5. Aufl., St. Paul, Minnesota 1984

QUENDOZ ROGER, Modell einer Haftung bei alternativer Kausalität, Zürich 1991

RABIN ROBERT L., Enabling Torts, DePaul Law Review, Vol. 49, No. 2, 1999, 435–453

REHBINDER MANFRED, Tauschbörsen, Sharehoster und UGC-Streamingdienste, ZUM 2013, 241–264

REHBINDER MANFRED/HAAS LORENZ/UHLIG KAI-PETER, URG Kommentar, 4. Aufl., Zürich 2022

REY HEINZ/WILDHABER ISABELLE, Ausservertragliches Haftpflichtrecht, 5. Aufl., Zürich 2018

RIEDO CHRISTOF/CHVOJKA MICHAELA, Fahrlässigkeit, Mittäterschaft und Unsorgfaltsgemeinschaft, ZStrR 2002, 152–168

RIEMER HANS MICHAEL, Berner Kommentar, Allgemeine Bestimmungen, Systematischer Teil und Kommentar zu Art. 52–59 ZGB, 3. Aufl., Bern 1993 [zit. BK-RIEMER]

RIGAMONTI CYRILL P., Providerhaftung – auf dem Weg zum Urheberverwaltungsrecht?, sic! 2016, 117–134

RIGAMONTI CYRILL P./WULLSCHLEGER MARC, Zur Teilnahme an Urheberrechtsverletzungen, sic! 2018, 47–56

RIKLIN FRANZ, Schweizerisches Strafrecht, Allgemeiner Teil I, Verbrechenslehre, 3. Aufl., Zürich 2007

ROBERTO VITO, Haftpflichtrecht, 3. Aufl., Bern 2022 [zit. *Haftpflichtrecht*]

ders., Schadensrecht, Basel 1997 [zit. *Schadensrecht*]

ROBERTO VITO/SCHISTER ROMAN, Leichtes Verschulden – kein Reduktionsgrund, HAVE 2014, 431–434

ROHN PATRICK, Zivilrechtliche Verantwortlichkeit der Internet Provider nach schweizerischem Recht, Zürich 2004

ROXIN CLAUS/GRECO LUÍS, Strafrecht, Allgemeiner Teil, Bd. I, Grundlagen, Der Aufbau der Verbrechenslehre, 5. Aufl., München 2020

Rummel Peter (Hrsg.), Kommentar zum Allgemeinen bürgerlichen Gesetzbuch, Bd. 2, 1. Teilbd., §§ 1175–1502 ABGB, 3. Aufl., Wien 2002 [zit. Rummel-BEARBEITERIN]

RUSCH ARNOLD F./KLAUS PHILIPP, Haftung aus Herausforderung, HAVE 2021, 99–104

SCHÄFER HANS-BERND/OTT CLAUS, Lehrbuch der ökonomischen Analyse des Zivilrechts, 6. Aufl., Berlin 2020

SCHAZMANN PAUL-EMILE, La responsabilité plurale en matière d'actes illicites. A l'exception du recours de l'assureur, d'après le Code fédéral des obligations, Diss. Genf 1928

SCHMID NIKLAUS/JOSITSCH DANIEL, Handbuch des schweizerischen Strafprozessrechts, 3. Aufl., Zürich/St. Gallen 2017

SCHMIDT MAURIN, Das Aussenverhältnis der Haftung einer Mehrheit von Schädigern im Haftpflichtrecht. Ein Haftungsmodell basierend auf der Solidarität, der Anspruchskonkurrenz und der Kausalität, Zürich/St. Gallen 2012

SCHMIDT-GABAIN FLORIAN, Die Passivlegitimation bei Unterlassungs- und Beseitigungsansprüchen nach Art. 62 Abs. 1 lit. a und b URG – insbesondere bei Urheberrechtsverletzungen im Internet, sic! 2017, 451–467

SCHMITZ SANDRA V. I., The Struggle in Online Copyright Enforcement, Oxford 2015

SCHOCH NIK/SCHÜEPP MICHAEL, Provider-Haftung «de près ou de loin»?, Jusletter 13. Mai 2013, 1–14

Schricker Gerhard/Loewenheim Ulrich/Leistner Matthias/Ohly Ansgar (Hrsg.), Urheberrecht, 6. Aufl., München 2020 [zit. Schricker/Loewenheim-BEARBEITERIN]

SCHULTZ HANS, Die strafrechtliche Rechtsprechung des Bundesgerichts im Jahr 1987, ZBJV 1989, 34–63

SCHWANDER VITAL, Das Schweizerische Strafgesetzbuch, 2. Aufl., Zürich 1965

Schweizerisches Strafgesetzbuch, Praxiskommentar, hrsg. von Trechsel Stefan/Pieth Mark, 4. Aufl., Zürich/St. Gallen 2021 [zit. PraKomm-BEARBEITERIN]

SCHWENZER INGEBORG/FOUNTOULAKIS CHRISTIANA, Schweizerisches Obligationenrecht, Allgemeiner Teil, 8. Aufl., Bern 2020

Schwimann Michael/Kodek Georg (Hrsg.), ABGB Praxiskommentar, Bd. 6, §§ 1293–1503 ABGB, 4. Aufl., Wien 2016 [zit. Schwimann/Kodek-BEARBEITERIN]

SENFTLEBEN MARTIN, Filterverpflichtungen nach der Reform des europäischen Urheberrechts – Das Ende der freien Netzkultur?, ZUM 2019, 369–374

SHAPO MARSHALL S., Principles of Tort Law, 4. Aufl., St. Paul, Minnesota 2016

SIEGEL JACK M., Civil Disobedience and Riot Damage, Chicago Bar Record 1966, 17–26

SIMON JÜRG/METZGER NICK, Die neue Urheberrechtslinie der EU (2019/790) – Leistungsschutzrecht, «Upload-Filter», Fotografie und ihr Verhältnis zur schweizerischen Urheberrechtsrevision, EuZ 2019, 130–141

SOEHRING JÖRG/HOENE VERENA, Presserecht, 6. Aufl., Köln 2019

Soergel, Bürgerliches Gesetzbuch, Schuldrecht 10, §§ 823–854, 13. Aufl., Stuttgart 2005 [zit. Soergel-BEARBEITERIN]

SPECHT-RIEMENSCHNEIDER LOUISA/RIEMENSCHNEIDER SEVERIN/SCHNEIDER RUBEN, Internetrecht, Berlin/Heidelberg 2020 [zit. Specht-Riemenschneider/Riemenschneider/Schneider-BEARBEITERIN]

SPIEGEL GLASSBERG SUSAN, Liability for Urban Riot Damage, Journal of Urban and Contemporary Law 1971, 193–199

Spindler Gerald/Schuster Fabian (Hrsg.), Recht der elektronischen Medien, 4. Aufl., München 2019 [zit. Spindler/Schuster-BEARBEITERIN]

STAUFFACHER WERNER, Die Teilnahme am fahrlässigen Delikt, Diss. Zürich 1980

STEHLE ANJA, «Solche Szenen hat es noch nie gegeben» – Strassenschlachten und Gewalt gegen Polizisten erschüttern Stuttgart, NZZ, 21. Juni 2020, <https://www.nzz.ch/international/solche-szenen-hat-es-noch-nie-gegeben-strassenschlachten-und-gewalt-gegen-polizisten-erschuettern-stuttgart-ld.1562412> (Stand 28. Juni 2022)

STEMPEL JONATHAN, Google, Viacom settle landmark YouTube lawsuit, Reuters, 14. März 2014, <https://www.reuters.com/article/us-google-viacom-lawsuit-idUSBREA2H11220140318> (Stand 28. Juni 2022)

StGB Annotierter Kommentar, hrsg. von Graf Damian K., Bern 2020 [*zit.* StGB Annotierter Kommentar-BEARBEITERIN]

STRATENWERTH GÜNTER, Schweizerisches Strafrecht, Allgemeiner Teil I: Die Straftat, 4. Aufl., Bern 2011

THOUVENIN FLORENT/STILLER BURKHARD/HETTICH PETER/BOCEK THOMAS/REUTIMANN KENTO, Keine Netzsperren im Urheberrecht, sic! 2017, 701–722

TODENHÖFER JÜRGEN, Die deliktische Haftung des Hehlers unter besonderer Berücksichtigung des § 830 BGB, Diss. Freiburg i.Br. 1969

TRECHSEL STEFAN/NOLL PETER/PIETH MARK, Schweizerisches Strafrecht, Allgemeiner Teil I, 7. Aufl., Zürich 2017

TSCHANNEN PIERRE/ZIMMERLI ULRICH/MÜLLER MARKUS, Allgemeines Verwaltungsrecht, 4. Aufl., Bern 2014

UHLMANN FELIX, Schweizerisches Staatshaftungsrecht, Zürich/St. Gallen 2017

VILLARD KATJA, Coactivité par négligence: le retour des «Rolling Stones»?, AJP 2017, 1453–1460

von Staudingers Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, Buch 2, Recht der Schuldverhältnisse, §§ 830–838 (Haftung mehrerer Schädiger, Tierhalter-, Gebäudehaftung), Berlin 2018 [zit. Staudinger-BEARBEITERIN]

von Staudingers Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, Buch 2, Recht der Schuldverhältnisse, §§ 840–853 (Unerlaubte Handlungen 5), Berlin 2015 [zit. Staudinger-BEARBEITERIN]

VON STUBENRAUCH MORITZ, Commentar zum österreichischen allgemeinen bürgerlichen Gesetzbuche, Bd. II, 8. Aufl., Wien 1903

VON TUHR ANDREAS/ESCHER ARNOLD, Allgemeiner Teil des Schweizerischen Obligationenrechts, Bd. II, 3. Aufl., Zürich 1984

VON TUHR ANDREAS/PETER HANS, Allgemeiner Teil des Schweizerischen Obligationenrechts, Bd. I, 3. Aufl., Zürich 1984

VON ZEILLER FRANZ, Commentar über das Allgemeine bürgerliche Gesetzbuch für die gesamten deutschen Erbländer der österreichischen Monarchie, Bd. III/2, Wien 1812

WALDER HANS, The Rolling Stones. Urteilsanmerkung Strafrecht, BGE 113 IV 58, recht 1989, 56–59

WANDTKE ARTUR/HAUCK RONNY, Art. 17 DSM-Richtlinie – Ein neues Haftungssystem im Urheberrecht, ZUM 2019, 627–636

WAGNER GERHARD, Deliktsrecht, 14. Aufl., München 2021

WEBER ROLF H., Internet Service Provider Liability. The Swiss Perspective, Journal of Intellectual Property, Information Technology and Electronic Commerce Law, Vol. 1, No. 3, 2010, 145–150

WEBER STEPHAN, Kausalität und Solidarität – Schadenszurechnung bei einer Mehrheit von tatsächlichen oder potenziellen Schädigern, HAVE 2010, 115–127

ders., Eine einheitliche Lösung für eine Mehrheit von Ersatzpflichtigen?, in: Koziol Helmut/Spier Jaap (Hrsg.), Liber Amicorum Pierre Widmer, Wien/New York 2003, 341–365 [zit. *einheitliche Lösung*]

WECKERLE THOMAS, Die deliktische Verantwortlichkeit mehrerer, Karlsruhe 1974

WECKSTRÖM KATJA, Secondary Liability for Trademark Infringement in the United States, University of Louisville Law Review, Vol. 49, No. 4, 2011, 555–580

WEHRLE STEFAN, Fahrlässige Beteiligung am Vorsatzdelikt – Regressverbot?, Basel/Frankfurt a.M. 1986

WEITNAUER HERMANN, in: Keller Max (Hrsg.), Revolution der Technik, Evolution des Rechts. Festgabe zum 60. Geburtstag von Karl Oftinger, Zürich 1969

WELDON DURWARD E., Joint and Concurrent Tortfeasors Distinguished, Insurance Law Journal 1947, 329–330

WELP KAI, Die Auskunftspflicht von Access-Providern nach dem Urheberrechtsgesetz, München 2009

WERRO FRANZ, La responsabilité civile, 3. Aufl., Bern 2017

WEYERS HANS-LEO, Unfallschäden. Praxis und Ziele von Haftpflicht- und Vorsorgesystemen, Frankfurt a.M. 1971

WIDMER LÜCHINGER CORINNE, Solidarische Haftung einer Bank für Menschenrechtsverletzungen im Sudan, SZW 2021, 526–537

dies., Die Haftung von Banken bei Menschenrechtsverletzungen durch ausländische Staaten – zugleich ein Beitrag zu Art. 41 und 50 OR, in: Jung Peter/Krauskopf Frédéric/Cramer Conradin (Hrsg.), Theorie und Praxis des Unternehmensrechts. Festschrift zu Ehren von Lukas Handschin, Zürich 2020, 785–800

WITTGENSTEIN PHILIPP, Die digitale Agenda der neuen WIPO-Verträge. Umsetzung in den USA und der EU unter besonderer Berücksichtigung der Musikindustrie, Bern 2000

WOHLERS WOLFGANG, Intensivierung der strafrechtlichen Verantwortlichkeit der Unternehmensleitung: Geschäftsherrenhaftung und Täterschaft kraft Organisationsherrschaft, in: Ackermann Jürg-Beat/Wohlers Wolfgang (Hrsg.), Umfangreiche Wirtschaftsstrafverfahren in Theorie und Praxis, Zürich 2008, 83–113

WOHLERS WOLFGANG/GODENZI GUNHILD/SCHLEGEL STEPHAN, Schweizerisches Strafgesetzbuch, Handkommentar, 4. Aufl., Bern 2020 [zit. HaKo StGB-BEARBEITERIN]

WULLSCHLEGER MARC, Die Durchsetzung des Urheberrechts im Internet, Bern 2015

ZEIRINGER MARKUS, Die zivilrechtliche Haftung für Demonstrationsschäden, Wien 2015

Materialienverzeichnis

Schweiz

Amtliches stenografisches Bulletin der Schweizerischen Bundesversammlung, Nationalrat, Sitzung vom 19. Oktober 1909 [zit. StenBull NR 1909]

Bericht der Expertenkommission «Netzwerkkriminalität» vom Juni 2003, Eidgenössisches Justiz- und Polizeidepartement [zit. Bericht Expertenkommission Netzwerkkriminalität]

Botschaft vom 22. November 2017 zur Änderung des Urheberrechtsgesetzes sowie zur Genehmigung zweier Abkommen der Weltorganisation für geistiges Eigentum und zu deren Umsetzung, BBl 2018 591 ff.

Botschaft vom 21. September 1998 zur Änderung des Schweizerischen Strafgesetzbuches (Allgemeine Bestimmungen, Einführung und Anwendung des Gesetzes) und des Militärstrafgesetzes sowie zu einem Bundesgesetz über das Jugendstrafrecht, BBl 1999 II 1979 ff.

Botschaft vom 26. Juni 1985 über die Änderung des Schweizerischen Strafgesetzbuches und des Militärstrafgesetzbuches (Strafbare Handlungen gegen Leib und Leben, gegen die Sittlichkeit und gegen die Familie), BBl 1985 II 1009 ff.

Botschaft vom 5. Mai 1982 über die Änderung des Schweizerischen Zivilgesetzbuches (Persönlichkeitsschutz: Art. 28 ZGB und 49 OR), BBl 1982 II 636 ff.

Botschaft vom 3. März 1905 zu einem Gesetzesentwurf betreffend die Ergänzung des Entwurfes eines schweizerischen Zivilgesetzbuches durch Anfügung des Obligationenrechts und der Ausführungsbestimmungen, BBl 1905 II 1 ff.

Die zivilrechtliche Verantwortlichkeit von Providern, Bericht des Bundesrates vom 11. Dezember 2015 [zit. Bericht Bundesrat zivilrechtliche Verantwortlichkeit von Providern]

Gutachten des Bundesamtes für Justiz vom 24. Dezember 1999 zur Frage der strafrechtlichen Verantwortlichkeit von Internet-Access-Providern gemäss Artikel 27 und 322bis StGB, VPB 2000 Nr. 75, 820–855 [zit. Gutachten BJ strafrechtliche Verantwortlichkeit Access-Provider]

Europäische Union

Generalanwalt beim EuGH (Saugmandsgaard Øe), Schlussantrag vom 16.07.2020 – C-682/18, C-683/18 [*YouTube* und *Uploaded*], GRUR-RS 2020, 18772 [zit. Schlussantrag Generalanwalt *YouTube/Uploaded*]

Deutschland

Motive zu dem Entwurfe eines Bürgerlichen Gesetzbuches für das Deutsche Reich, Band II: Recht der Schuldverhältnisse, Berlin 1888 [zit. Motive II]

Protokolle der Kommission für die zweite Lesung des Entwurfs des Bürgerlichen Gesetzbuchs, bearbeitet von Dr. Achilles, Dr. Gebhard, Dr. Spahn, Band II: Recht der Schuldverhältnisse, Berlin 1898 [zit. Protokolle II]

Abkürzungsverzeichnis

A.	Atlantic Reporter (Second) (USA)
Abs.	Absatz
AcP	Archiv für die civilistische Praxis (Tübingen)
A.D.	Appellate Division Reports (USA)
AJP	Aktuelle Juristische Praxis (Zürich/St. Gallen)
al.	alinéa
a.M.	anderer Meinung
App.	Court of Appeals
Ariz.	Arizona Reports (USA)
Art./art.	Artikel/article
Aufl.	Auflage
BBl	Bundesblatt
Bd.	Band
BeckEuRS	Beck-Rechtsprechung des EuGH, EuG und EuGöD (München)
BeckOK	Beck'scher Online-Kommentar (München)
BeckRS	Beck-Rechtsprechung (München)
BGE	Bundesgerichtsentscheid (publiziert)
BGer	Bundesgerichtsentscheid (unpubliziert)
BGH	Bundesgerichtshof (Deutschland)
BGHZ	Entscheidungen des Bundesgerichtshofes in Zivilsachen, Amtliche Sammlung (Deutschland)
BJ	Bundesamt für Justiz
BK	Berner Kommentar
BSK	Basler Kommentar
bzw.	beziehungsweise
Cal.	California Reports (Second or Third) (USA)
Cal. App.	California Appellate Reports (Second or Third) (USA)
Cal. Rptr.	California Reporter (USA)
CaS	Causa Sport (Zürich)
CHK	Handkommentar zum Schweizer Privatrecht (Zürich)
Cir.	Circuit

Colo. App.	Colorado Court of Appeals
CR	Commentaire romand (Basel)/Computer und Recht (Köln)
D.C.	District of Columbia
D.C. Cir.	United States Court of Appeals, D.C. Circuit
D.D.C.	United States District Court for the District of Columbia
Del.	Delaware
ders.	derselbe
dgl.	dergleichen
dies.	dieselbe/dieselben
Diss.	Dissertation
Dr.	Doktor
D. Wy.	District of Wyoming
Einl.	Einleitung
EU	Europäische Union
EuGH	Gerichtshof der Europäischen Union
EuZ	Zeitschrift für Europarecht (Zürich)
F.	Federal Reporter (First, Second or Third) (USA)
f./ff.	folgender/folgende
FAZ	Frankfurter Allgemeine Zeitung (Frankfurt a.M.)
Fn.	Fussnote
forumpoenale	Zeitschrift für Strafrecht (Bern)
Frankfurt a.M.	Frankfurt am Main
Freiburg i.Br.	Freiburg im Breisgau
Freiburg i.Ü.	Freiburg im Üechtland
F.Supp.	Federal Supplement (First and Second) (USA)
GlUNF	Glaser/Unger Neue Folge (Österreich)
Grat.	Grattan's Virginia Reports
GRUR	Gewerblicher Rechtsschutz und Urheberrecht (München)
GRUR Int.	Gewerblicher Rechtsschutz und Urheberrecht International (München)
GRUR-Prax	Gewerblicher Rechtsschutz und Urheberrecht, Praxis im Immaterialgüter- und Wettbewerbsrecht (München)
HaKo	Handkommentar

HAVE	Haftung und Versicherung (Zürich/St. Gallen)
Hrsg./hrsg.	Herausgeber/herausgegeben
i.e.S.	im engeren Sinne
Ill.	Illinois Reports (USA)
Ill. App.	Illinois Appellate Court Reports (Third) (USA)
i.V.m.	in Verbindung mit
JBl	Juristische Blätter (Wien)
JZ	Juristenzeitung (Tübingen)
Kan.	Kansas Reports (USA)
KuKo	Kurzkommentar
Ky.	Kentucky Reports (USA)
LG	Landgericht (Deutschland)
lit.	litera
Mass.	Massachusetts Reports (USA)
Md.	Maryland Reports (USA)
medialex	Zeitschrift für Medienrecht (Bern)
Mich.	Michigan Reports (USA)
Mich. App.	Michigan Appeals Reports (USA)
Minn.	Minnesota Reports (USA)
Miss.	Mississippi Reports (USA)
MMR	Multimedia und Recht (München)
Mont.	Montana Reports (USA)
MüKo	Münchener Kommentar
m.w.N.	mit weiteren Nachweisen
N	Randnote
N.C.	North Carolina Reports (USA)
N.E.	Northeastern Reporter (First or Second) (USA)
Neb.	Nebraska Reports (USA)
Nev.	Nevada Reports (USA)
NJW	Neue Juristische Wochenschrift (München)
NJW-RR	Neue Juristische Wochenschrift, Rechtsprechungsreport Zivilrecht (München)
N.M.	New Mexico Reports (USA)
No.	Nummer/Ausgabe
NomosHaKo	Nomos Handkommentar (Baden-Baden)

NomosKomm	Nomos Kommentar (Baden-Baden)
NR	Nationalrat
NStZ	Neue Zeitschrift für Strafrecht (München)
N.W.	Northwestern Reporter (First or Second) (USA)
N.Y. App. Div.	New York Supreme Court, Appellate Division
N.Y.S.	New York Supplement (USA)
NZG	Neue Zeitschrift für Gesellschaftsrecht (München)
NZZ	Neue Zürcher Zeitung (Zürich)
OGH	Oberster Gerichtshof (Österreich)
Ohio St.	Ohio State Reports (USA)
OLG	Oberlandesgericht (Deutschland)
ORF	Österreichischer Rundfunk
P.	Pacific Reporter (Second or Third) (USA)
Pra	Die Praxis (Basel)
PraKomm	Praxiskommentar
PTT	Schweizerische Post-, Telefon- und Telegrafenbetriebe
RGZ	Entscheidungen des Reichsgerichts in Zivilsachen, Amtliche Sammlung (Deutschland)
RL	Richtlinie
S.	Seite
S.C.	South Carolina Reports (USA)
SchlT	Schlusstitel
S. Ct.	Supreme Court Reporter (USA)
S.D.N.Y.	United States District Court for the Southern District of New York
S.E.	Southeastern Reporter (First or Second) (USA)
sic!	Zeitschrift für Immaterialgüter-, Informations- und Wettbewerbsrecht (Basel)
SJZ	Schweizerische Juristen-Zeitung (Zürich)
So.	Southern Reporter (USA)
StenBull	Stenografisches Bulletin
S.W.	Southwestern Reporter (First or Second) (USA)
SZ	Entscheidungen des Obersten Gerichtshofes in Zivilsachen, Amtliche Sammlung (Österreich)
SZW	Schweizerische Zeitschrift für Wirtschafts- und Finanzmarktrecht (Zürich)

Teilbd.	Teilband
Tenn.	Tennessee Reports (USA)
Tenn. App.	Court of Appeals of Tennessee
U.S.	United States Reports (USA)
USA	Vereinigte Staaten von Amerika
U.S.C.	United States Code
Va.	Virginia Reports (USA)
VersR	Versicherungsrecht (Karlsruhe)
vgl.	vergleiche
Vol./Vols.	volume/volumes
VPB	Verwaltungspraxis der Bundesbehörden (Bern)
Vt.	Vermont Reports (USA)
Wn.	Washington Reports (Second) (USA)
W. Va.	West Virginia Reports (USA)
z.B.	zum Beispiel
ZBJV	Zeitschrift des Bernischen Juristenvereins (Bern)
Ziff.	Ziffer
zit.	zitiert
ZK	Zürcher Kommentar
ZStrR	Schweizerische Zeitschrift für Strafrecht (Bern)
ZUM	Zeitschrift für Urheber- und Medienrecht (Baden-Baden)

Erlasse

ABGB	Allgemeines Bürgerliches Gesetzbuch vom 1. Juni 1811 (Österreich)
aOR	Bundesgesetz vom 14. Juni 1881 über das Obligationenrecht [ausser Kraft]
aStGB	Schweizerisches Strafgesetzbuch vom 21. Dezember 1937 (Stand 1. Januar 1995) [ausser Kraft]
BGB	Bürgerliches Gesetzbuch vom 18. August 1896 (Deutschland)
DMCA	Digital Millennium Copyright Act vom 12. Oktober 1998 (USA)
DSM-Richtlinie	Richtlinie (EU) 2019/790 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 17. April 2019 über das Urheberrecht und die verwandten Schutzrechte im digitalen Binnenmarkt und zur Änderung der Richtlinien 96/9/EG und 2001/29/EG (Europäische Union)
Durchsetzungsrichtlinie	Richtlinie 2004/48/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 29. April 2004 zur Durchsetzung der Rechte des geistigen Eigentums (Europäische Union)
E-Commerce-Richtlinie	Richtlinie 2000/31/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 8. Juni 2000 über bestimmte rechtliche Aspekte der Dienste der Informationsgesellschaft, insbesondere des elektronischen Geschäftsverkehrs, im Binnenmarkt (Richtlinie über den elektronischen Geschäftsverkehr, Europäische Union)
InfoSoc-Richtlinie	Richtlinie 2001/29/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 22. Mai 2001 zur Harmonisierung bestimmter Aspekte des Urheberrechts und der verwandten Schutzrechte in der Informationsgesellschaft (Europäische Union)
OR	Bundesgesetz vom 30. März 1911 betreffend die Ergänzung des Schweizerischen Zivilgesetzbuches (Fünfter Teil: Obligationenrecht) (SR 220)
PatG	Bundesgesetz vom 25. Juni 1954 über die Erfindungspatente (Patentgesetz, SR 232.14)
StGB	Schweizerisches Strafgesetzbuch vom 21. Dezember 1937 (SR 311.0)

SVG	Strassenverkehrsgesetz vom 19. Dezember 1958 (SR 741.01)
URG	Bundesgesetz vom 9. Oktober 1992 über das Urheberrecht und verwandte Schutzrechte (Urheberrechtsgesetz, SR 231.1)
UrhG	Gesetz vom 9. September 1965 über Urheberrecht und verwandte Schutzrechte (Urheberrechtsgesetz, Deutschland)
VG	Bundesgesetz vom 14. März 1958 über die Verantwortlichkeit des Bundes sowie seiner Behördenmitglieder und Beamten (Verantwortlichkeitsgesetz, SR 170.32)
VRV	Verkehrsregelnverordnung vom 13. November 1962 (SR 741.11)
ZGB	Schweizerisches Zivilgesetzbuch vom 10. Dezember 1907 (SR 210)

Zusammenfassung

Wer gemeinsam mit anderen einen Schaden verschuldet, haftet gemäss Art. 50 Abs. 1 OR mit diesen übrigen Tätern solidarisch. Die Grenzen dieser Bestimmung, welche im schweizerischen Zivilrecht die Mittäterschaft und Teilnahme regelt, sind dabei alles andere als klar. Einigkeit herrscht in der schweizerischen Rechtsprechung und Lehre lediglich dahingehend, dass bereits eine *fahrlässige*, also unvorsätzliche Beteiligung an einer Schädigung zu Solidarhaftung führen soll. Damit werden die Grenzen der Mittäterschaft und Teilnahme im internationalen Vergleich äusserst weit gezogen.

Die vorliegende Dissertation hat zum Ziel, die Konturen der Mittäterschaft und Teilnahme für das schweizerische Zivilrecht deutlicher herauszuarbeiten. Dabei werden Lösungen aus dem deutschen, österreichischen und US-amerikanischen Zivil- sowie dem schweizerischen Strafrecht hinzugezogen. Als entscheidend für eine klare Eingrenzung erweist es sich dabei, den Bezugspunkt des gemeinsamen Verschuldens präzise festzulegen. So ist einerseits zu fragen, ob die schädigenden Personen vorsätzlich oder fahrlässig *zusammengewirkt* haben. Andererseits muss geprüft werden, worauf dieses Zusammenwirken gerichtet war. Es kann eine *vorsätzliche Schädigung* zum Ziel gehabt haben oder aber ein *haftpflichtrechtlich neutrales Unterfangen*, bei dessen Durchführung eine nicht beabsichtigte Schädigung eintrat.

Die Autorin lehnt sich an das österreichische und das US-amerikanische Haftpflichtrecht an und grenzt das in der Schweiz übliche Verständnis der Mittäterschaft und Teilnahme bedeutend ein. Erforderlich ist nach der vorgeschlagenen Lösung stets ein *vorsätzliches* Zusammenwirken. Allerdings muss sich dieser gemeinschaftliche Vorsatz nicht zwingend auf die Schädigung beziehen. Es genügt, wenn er ein sorgfaltswidriges, also fahrlässiges Handeln umfasste, welches eine nicht gewollte Schädigung zur Folge hatte.

Den so gezogenen Haftungsrahmen wendet die Autorin dann auf verschiedene, in der Rechtsprechung häufige Fallgruppen an. Insbesondere untersucht sie moderne Haftungsphänomene wie die Haftung von *Internet-Service-Providern* sowie die Haftung für Demonstrationsschäden.

Abstract

If one acts in concert with others and thereby causes harm to a third person, he and the other tortfeasors will be considered *joint tortfeasors.* They will all be jointly and severally liable in accordance with art. 50 para. 1 of the Swiss Code of Obligations. The limits of said provision, however, are far from clear. The only element Swiss scholars and courts agree on is that for joint and several liability to arise, it is sufficient to negligently participate in a tortious activity. Compared to other legal systems, this notion of *joint tortfeasors* is particularly broad.

This thesis aims to clarify the concept of *joint tortfeasors* under Swiss civil law. In order to achieve that, it draws on solutions common in German, Austrian, and US civil law as well as Swiss criminal law. In this process, defining what *acting in concert* refers to proves to be crucial. The first question to be asked is whether the persons acted together *intentionally* or *negligently*. Second, the *purpose* of said concerted action needs to be clarified. Its goal could have been a tortious act. It is also well possible that it was aimed at a course of conduct that in itself was not problematic from a tort law perspective. However, in the course of such conduct, the tortfeasors might have negligently caused an injury to a third person.

With reference to Austrian and US tort law, the author significantly narrows down the notion of joint tortfeasors traditionally common in Swiss legal doctrine. The solution presented in this thesis requires that the joint tortfeasors intentionally acted together in pursuance of a common plan. That common plan, however, does not need to have entailed a tortious act. For joint and several liability to arise, it is sufficient that the tortfeasors acted negligently when pursuing their plan, thus causing an injury to a third person.

The author then applies her concept to several case groups common in legal practice. The focus lies on modern phenomena, such as internet service provider liability and the liability for damages caused during mass events such as protests or riots.

Résumé

Selon l'art. 50 al. 1 CO, celui qui cause un dommage avec d'autres personnes est tenu de le réparer solidairement avec ces autres auteurs. L'interprétation de cette disposition régissant la coactivité et la participation en droit civil suisse est cependant loin d'être claire. La jurisprudence et la doctrine suisses s'accordent uniquement sur le fait que la participation à un dommage par négligence, voire sans intention, est suffisante pour entraîner une responsabilité solidaire. Le champ d'application de la coactivité et de la participation en droit civil suisse est donc extraordinairement vaste en comparaison internationale.

La présente thèse de doctorat a pour but de définir plus clairement les contours de la coactivité et de la participation en droit civil suisse. A cet effet, elle propose des solutions tirées du droit civil allemand, autrichien et américain ainsi que du droit pénal suisse. Dans ce but, elle définit précisément les éléments essentiels qui définissent la faute commune. Ainsi, il s'agit d'analyser en premier lieu si les personnes qui ont causé le dommage ont coopéré intentionnellement ou par négligence. En second lieu, il convient d'examiner si cette coopération avait pour objectif un préjudice intentionnel ou si elle consistait en une entreprise neutre qui a entraîné un préjudice non intentionnel.

L'auteure s'inspire du droit de la responsabilité civile autrichien et américain et limite ainsi considérablement la compréhension habituelle de la coactivité et de la participation en Suisse. Selon la solution proposée dans cette thèse, il faut toujours une coopération intentionnelle. Toutefois, cette intention commune ne doit pas nécessairement porter sur le préjudice. Il suffit qu'elle comprenne un acte négligent qui a provoqué un préjudice non intentionnel.

L'auteure applique ensuite le modèle de responsabilité civile proposé à différents groupes de cas fréquents dans la jurisprudence. Elle examine en particulier les phénomènes modernes de responsabilité civile, tels que la responsabilité des fournisseurs de services Internet et la responsabilité pour les dommages subis lors de manifestations.

1. Teil: Einleitung und Methodik

§ 1 Einleitung und Problemstellung

Wer gemeinsam mit anderen an einer Schädigung mitwirkt, haftet mit diesen übrigen Tätern solidarisch für den gesamten Schaden. Diese «Mitwirkung» wird dabei in der schweizerischen Lehre und Rechtsprechung zum Haftpflichtrecht sehr weit ausgelegt: Bereits eine *fahrlässige*, also unvorsätzliche Beteiligung an einer Schädigung führt zu Solidarhaftung. Dieser so verstandene Grundsatz kann für einzelne «Mitwirkende» weitreichende Folgen haben: Ein Hosting-Provider kann so unter Umständen haftbar gemacht werden, wenn einer seiner Kunden den angebotenen Web-Speicherplatz nutzt, um Urheberrechtsverletzungen zu begehen. Ein unvorsichtiger Kommentar, z.B. in den sozialen Medien, wird ebenfalls zum Haftungsrisiko: Verleitet er einen anderen zu einer Sachbeschädigung oder Körperverletzung, kann möglicherweise der Autor des Kommentars auf den gesamten daraus resultierenden Schaden verklagt werden. Dieses Problem wird dadurch verschärft, dass Lehre und Rechtsprechung in der Schweiz bisher keine zuverlässigen Kriterien entwickeln konnten, um die «fahrlässige Mitwirkung» sinnvoll abzugrenzen. Eine beachtliche Rechtsunsicherheit ist die Folge.

Im Zentrum der vorliegenden Arbeit steht denn auch Art. 50 Abs. 1 OR, der, wie noch aufgezeigt wird, die zivilrechtliche Mittäterschaft und Teilnahme in der Schweiz regelt. Er statuiert die solidarische Haftung mehrerer, die durch eine unerlaubte Handlung einen Schaden «gemeinsam verschuldet» haben, «sei es als Anstifter, Urheber oder Gehilfen». Diese Bestimmung knüpft folglich an ein Element der Gemeinschaftlichkeit an. Es sind die Grenzen dieser Gemeinschaftlichkeit, die durch die vorliegende Untersuchung abgesteckt werden sollen.

An Literatur dazu mangelt es in der Schweiz keineswegs. Darin wird durchaus versucht, die Konturen von Art. 50 OR genauer zu zeichnen. Allerdings bleiben diese Ausführungen häufig vage. Zwar gibt es wohl einen Konsens dahingehend, dass die Bestimmung ein gemeinsames Verschulden im Sinne eines «bewussten schuldhaften Zusammenwirkens»[1] voraus-

[1] ZK-OSER/SCHÖNENBERGER OR 50 N 3; vgl. auch OFTINGER/STARK, Bd. II/1, § 16 N 325: «Gemeinsamkeit des Verschuldens setzt zwar nicht ein beabsichtigtes, aber doch ein bewusstes Zusammenwirken voraus.»

setzt[2]. Auch herrscht weitestgehend Einigkeit darüber, dass dafür Fahrlässigkeit genügt[3]. Diese Erkenntnis ist, wie später noch aufgezeigt wird[4], für eine klare Eingrenzung der Mittäterschaft und Teilnahme jedoch unzureichend.

Über diese grundlegende Übereinstimmung hinaus lässt sich keine klare Linie ausmachen. Dies liegt möglicherweise an der bisher ungünstig gewählten Methodik. Nicht zielführend ist nämlich die vielfach gestellte Frage, welche Interpretation von Art. 50 OR nach dem Willen des historischen Gesetzgebers, dem Wortlaut oder der Gesetzessystematik zulässig sei[5]. Klar wird dabei lediglich, dass der deutschen Gesetzesfassung (die ein gemeinsames Verschulden verlangt) vor der französischen und der italienischen (die von einer gemeinsamen Verursachung sprechen) der Vorzug zu geben ist[6]. Bei der hier interessierenden Kernfrage nach den Grenzen der gemeinschaftlichen Schadenszufügung ist der Erkenntnisgewinn bei diesen Methoden jedoch bescheiden.

---

2 BGE 104 II 225, 230; 55 II 310, 314; ferner BGE 100 II 332, 337; 71 II 107, 110 f.; BK-BREHM OR 50 N 7 ff.; OFTINGER/STARK, Bd. II/1, § 16 N 322 ff.; FELLMANN/KOTTMANN N 2759 ff.; ZK-OSER/SCHÖNENBERGER OR 50 N 1 ff.; EREN 407; JANSEN 49; vgl. REY/WILDHABER N 1672; ähnlich KÜTTEL, HAVE 2008, 320 f., die sowohl eine gemeinsame Verursachung als auch ein gemeinsames Verschulden verlangt; ferner SCHAZMANN 12; a.M. HONSELL/ISENRING/KESSLER § 11 N 3, MERZ 103 ff., die eine gemeinsame Verursachung für ausreichend erachten.

3 BGE 127 III 257, 264; 115 II 42, 45; so auch schon BGE 25 817, 823 f.; OFTINGER/STARK, Bd. II/1, § 16 N 324; BK-BREHM OR 50 N 12; BSK OR I-GRABER Art. 50 N 6, 10; REY/WILDHABER N 1672, 1679; VON TUHR/PETER 465; WERRO N 1701; KÖRNER N 139 f.; PERRITAZ, AJP 2018, 796; QUENDOZ 11; SCHAZMANN 15; vgl. DESCHENAUX/TERCIER § 35 N 4 f.; FELLMANN/KOTTMANN N 2774; Guhl/Koller/Schnyder-KOLLER § 26 N 1; a.M. wohl KÜTTEL 326; kritisch auch WEBER, *einheitliche Lösung*, 348 f.

4 Vgl. hinten S. 36 ff.

5 Vgl. KÖRNER N 31 ff.; SCHAZMANN 37 ff. Analog für § 830 BGB im deutschen Recht KREUTZIGER 15 ff.

6 Vgl. hinten S. 36 ff.

§ 2 Methodik der Analyse

Die bisherigen Versuche, Art. 50 OR deutlichere Konturen zu verleihen, haben, wie soeben aufgezeigt, nur bedingt gefruchtet. Die in der Schweiz übliche theoretische Herangehensweise mit Fokus auf den Gesetzeswortlaut führt zu keinen aussagekräftigen Ergebnissen. Zielführender erscheint stattdessen eine folgenorientierte Analyse. Es ist danach zu fragen, wie sich unterschiedlich gesetzte Grenzen der Gemeinschaftlichkeit auf konkrete Fälle in der Rechtsprechung auswirken. Die Kenntnis dieser Zusammenhänge ermöglicht es, Aussagen über eine rechtspolitisch wünschenswerte Eingrenzung der Solidarhaftung nach Art. 50 OR zu machen und entsprechende Regeln aufzustellen. Um diese Fragen systematisch untersuchen zu können, werden im Folgenden Parameter definiert, anhand derer Mehrtäterverhältnisse zuverlässig kategorisiert werden können. Anschauungsmaterial zu den Folgen verschiedener Parametereinstellungen bietet dabei ein Rechtsvergleich. Untersucht werden in der vorliegenden Arbeit deshalb das deutsche, österreichische und US-amerikanische Haftpflichtrecht sowie das schweizerische Strafrecht. Das deutsche und das österreichische Recht weisen eine nahe Verwandtschaft zum schweizerischen Recht auf. Aus diesen Rechtsordnungen gewonnene Erkenntnisse können daher ohne grössere Anpassungen auf die schweizerische Rechtslage übertragen werden. Das US-amerikanische Recht mit seiner im *common law* verwurzelten Rechtstradition hingegen zeichnet sich durch eine im Vergleich zum kontinentaleuropäischen Recht höhere Flexibilität aus. Die in US-amerikanischen Gerichtsurteilen anzutreffenden Begründungen beruhen weniger auf dogmatischen als auf lösungsorientierten Überlegungen. Die Entscheide lassen entsprechend haftpflichtrechtliche Wertungsgesichtspunkte deutlicher erkennen[7]. Beides entspricht dem in der vorliegenden Abhandlung gewählten Vorgehen. Im schweizerischen Strafrecht wiederum wird die Debatte, ob eine fahrlässige Mitwirkung an Straftaten möglich ist, seit Jahren geführt[8]. Die dort vorgebrachten Argumente sind aufgrund des strafrechtlichen Legalitätsprin-

[7] Vgl. WECKERLE 35.

[8] Vgl. anstatt vieler STRATENWERTH § 16 N 38.

zips[9] häufig präziser als im Haftpflichtrecht, weshalb sie für diese Arbeit wertvoll sind. Gleichwohl ist insofern Vorsicht geboten, als sich die Zielsetzungen und Grundprämissen des Strafrechts von denjenigen des Haftpflichtrechts unterscheiden[10]. Die aus dieser Analyse gewonnenen Erkenntnisse dürfen deshalb nicht unhinterfragt übernommen, sondern müssen auf ihre Kompatibilität mit dem Zivilrecht hin überprüft werden.

Um den für die Untersuchung der einzelnen Rechtsordnungen nötigen Rahmen zu schaffen, erfolgt in einem ersten Schritt ein Überblick über die einschlägigen rechtlichen Grundlagen (§ 3). Sodann wird untersucht, ob und inwiefern Art. 50 OR auch bei Kausalhaftungen Anwendung findet (§ 4). Daraufhin werden die Parameter festgelegt, anhand derer Mehrtäterverhältnisse zuverlässig kategorisierbar sind (§ 5). Dabei muss Vergleichbarkeit zwischen den einzelnen Rechtsordnungen hergestellt werden. Vor der eigentlichen Analyse ist also sicherzustellen, dass die Parameter über die einzelnen Rechtsordnungen hinweg einheitlich verwendet werden.

Nun erst kann auf einer abstrakten Ebene untersucht werden, wo und mit welcher Begründung in den einzelnen Rechtsordnungen die Grenzen der Mittäterschaft und Teilnahme gezogen werden (§§ 6–8). Daraus wird ein Haftungsmodell für Mehrtäterverhältnisse abgeleitet, das aus dogmatischer Perspektive für das schweizerische Zivilrecht geeignet erscheint.

Dieses Haftungsmodell muss in der Folge auf seine praktische Funktionalität hin überprüft werden. Dabei ist die grosse Vielfalt an Mehrtäterverhältnissen zu berücksichtigen, auf die dieser Haftungsrahmen Anwendung findet. Die Rechtsprechung umfasst etwa die Haftung für fahrlässige Rechtsgutverletzungen in kleinräumigen Situationen[11], Demonstrationsschäden[12] sowie die Zurverfügungstellung von lokal gebundener[13] und

---

9 Vgl. dazu DONATSCH/TAG 30 ff.; KILLIAS/MARKWALDER/KUHN/DONGOIS N 801 ff.; STRATENWERTH § 4 N 6 ff.

10 Umfassend dazu hinten S. 49 f.

11 Für die Schweiz: BGE 100 II 332; 79 II 66; 42 II 473. Für Deutschland: BGH NJW 1972, 40. Für Österreich: OGH SZ 59/7. Für die USA: *Brown v. Thayer,* 212 Mass. 392, 99 N.E. 237 (1912).

12 Für die Schweiz: BGE 48 II 145. Für Deutschland: BGHZ 137, 89; 89, 383; 63, 124. Für Österreich: OGH CaS 2018, 389; OGH SZ 72/55.

13 BGE 71 II 107.

netzwerkbasierter Infrastruktur[14]. Würde die zuvor aufgestellte Haftungstheorie pauschal auf sämtliche dieser Mehrtäterverhältnisse angewendet, würde sie sich gezwungenermassen auf einer hohen Abstraktionsebene bewegen. Ihre Aussagekraft für die heiklen Grenzfälle wäre damit gering und der Erkenntnisgewinn überschaubar.

Der vorliegend gewählte methodologische Ansatz ist denn auch ein anderer: Aus in der Rechtsprechung immer wiederkehrenden Fällen werden rechtsordnungsübergreifende Fallgruppen gebildet (§ 9). Der Umgang mit ihnen wird beschrieben und unter Einbezug des zuvor zusammengestellten Argumentariums kritisch hinterfragt. Daraus werden an die schweizerische Rechtsordnung angepasste Regeln exzerpiert, die auf dem im vorangehenden Teil festgelegten Haftungsrahmen basieren und gleichzeitig den Spezifika der einzelnen Fallgruppen Rechnung tragen. Die zuerst thematisierten *tätlichen Auseinandersetzungen* und *Wettfahrten* stehen dabei beispielhaft für Fälle mit kleinräumigen, überschaubaren Sachverhalten. Sie können relativ einfach in die Haftungsstruktur der Mehrtäterverhältnisse eingepasst werden. Der Schwerpunkt der Untersuchung liegt deshalb auf den weiteren Fallgruppen. Sie haben moderne Phänomene zum Inhalt, die sich durch eine Vielzahl von in die Schädigung involvierten Personen und komplexe Kausalzusammenhänge auszeichnen. Ihre Verortung im haftpflichtrechtlichen Gefüge ist daher mit besonderen Herausforderungen verbunden.

Zuletzt wird, als bedeutsames Element eines jeden Haftungsmodells für Mehrtäterverhältnisse, die Frage der Haftung bei alternativer Kausalität thematisiert (§ 10). Es wird ein vermittelnder Lösungsansatz präsentiert, welcher den entgegengesetzten Interessen der Geschädigten und der potenziellen Schädiger Rechnung zu tragen versucht. Die Abhandlung wird mit einer abschliessenden Betrachtung abgerundet (§ 11–14).

---

[14] Für die Schweiz: BGE 145 III 72; 107 II 82; BGer 5A_792/2011 vom 14. Januar 2013. Für Deutschland: BGH GRUR 2015, 485. Für die USA: *Capitol Records, LLC v. Vimeo, LLC*, 826 F.3d 78 (2nd Cir. 2016); *Louis Vuitton Malletier, S.A. v. Akanoc Solutions, Inc.*, 658 F.3d 936 (9th Cir. 2011).

2. Teil: Theoretische Grundlagen

§ 3 Rechtliche Grundlagen in den einzelnen Rechtsordnungen

1. Einleitung

Die folgende Darstellung dient dem Überblick über die auf Mehrtäterverhältnisse anwendbaren Rechtsnormen und die grundlegenden Begriffe in den untersuchten Rechtsordnungen. Sodann bildet sie übersichtsartig den aktuellen Meinungsstand in den jeweiligen Rechtsordnungen ab. Auf vertiefte Ausführungen zu kontroversen Themen wird an dieser Stelle jedoch verzichtet. Entsprechende Analysen finden sich im weiteren Verlauf der Arbeit, wo sie für das jeweils behandelte Problem einen Mehrwert generieren.

2. Schweizerisches Haftpflichtrecht

Im Rahmen dieser Arbeit sind im schweizerischen Haftpflichtrecht zwei Gesetzesbestimmungen relevant[15]. Im Zentrum der Abhandlung steht Art. 50 Abs. 1 OR, der die Solidarhaftung anordnet, wenn «mehrere den Schaden gemeinsam verschuldet [haben], sei es als Anstifter, Urheber oder Gehilfen». Die Bestimmung setzt folglich ein Gemeinschaftlichkeitselement voraus und regelt damit die *Mittäterschaft und Teilnahme*[16]. Dabei

[15] Neben diesen spezifisch haftpflichtrechtlichen Normen sind die allgemeinen Bestimmungen zur Solidarität (Art. 143 ff. OR) zu beachten. Nach Meinung des Bundesgerichts und eines Teils der Lehre sind sie lediglich auf Art. 50 OR (BGE 69 II 162, 167 f.; ENGEL 561; DESCHENAUX/TERCIER § 34 N 13 f.; vgl. FELLMANN/KOTTMANN N 2730 ff.; HONSELL/ISENRING/KESSLER § 11 N 11), anderer Ansicht nach auch auf Art. 51 OR anwendbar (KELLER 170; CR CO I-WERRO/PERRITAZ Intro. art. 50–51 N 35; ferner ZK-KRAUSKOPF OR 143 N 40).

[16] Die Konstellation des gemeinschaftlichen Zusammenwirkens wird in der schweizerischen Rechtsprechung und Lehre zum Haftpflichtrecht bloss selten ausdrücklich als «Mittäterschaft und Teilnahme» bezeichnet (in Ansätzen findet sich diese Begrifflichkeit bei FELLMANN/KOTTMANN N 2783 ff.; SCHMIDT 33, Fn. 121). Weitaus geläufiger ist diese Terminologie im deutschen Zivilrecht, wo § 830 BGB ausdrücklich von «Mittäter[n] und Beteiligte[n]» spricht (vgl. z.B. die Terminologie bei Staudinger-EBERL-BORGES § 830 BGB N 2), sowie im österreichischen Zivilrecht (BYDLINSKI, AcP 1959/1960, 410 ff.; Schwimann/Kodek-HARRER/WAGNER § 1302 ABGB N 2).

spielt es keine Rolle, ob ein Schädiger als Mittäter oder als Teilnehmer, also als Anstifter oder Gehilfe an der Schädigung beteiligt war[17]. Daneben ist Art. 51 OR von Bedeutung. Die Norm regelt den Rückgriff unter Personen, die, so der Gesetzeswortlaut, aus verschiedenen Rechtsgründen haften. Zwar erwähnt diese Bestimmung die Solidarität nicht ausdrücklich, diese ist jedoch zwingende Voraussetzung des Rückgriffs und ergibt sich im Übrigen aus dem Verweis in Art. 51 Abs. 1 OR auf Art. 50 OR[18].

Nach ständiger Rechtsprechung des Bundesgerichts handelt es sich bei der Solidarhaftung aus gemeinsamem Verschulden nach Art. 50 OR um *echte*, bei der Solidarhaftung aus unterschiedlichen Rechtsgründen nach Art. 51 OR um *unechte Solidarität*[19]. Die Lehre ist hinsichtlich dieser Unterscheidung gespalten. In der Literatur finden sich sowohl Stimmen, die daran festhalten wollen[20] (wobei einige im Zusammenhang mit Art. 51 OR nicht von unechter Solidarität, sondern von *Anspruchskonkurrenz* sprechen[21]), als auch solche, die sie aufgeben möchten[22]. Auch hinsichtlich der praktischen

---

17 BSK OR I-GRABER Art. 50 N 8; ZK-OSER/SCHÖNENBERGER OR 50 N 4; REY/WILDHABER N 1673.

18 BK-BREHM OR 51 N 6; BSK OR I-GRABER Art. 51 N 2; CHK-MAZAN OR 51 N 1; OFTINGER/STARK, Bd. I, § 10 N 13; SCHWENZER/FOUNTOULAKIS N 88.14; a.M. PERRITAZ N 105 ff.

19 BGE 130 III 591, 603; 127 III 257, 264 f.; 69 II 162, 168.

20 BK-BECKER OR 51 N 1; BK-BREHM OR 51 N 22 f.; ZK-OSER/SCHÖNENBERGER Vor OR 143–150 N 8; FELLMANN/KOTTMANN N 2732 ff.; REY/WILDHABER N 1649; WEBER, *einheitliche Lösung*, 351 ff.; ders., HAVE 2010, 123 f.; ENGEL 561 ff., insbesondere 563; CR CO I-WERRO/PERRITAZ Intro. art. 50–51 N 30 ff.; WERRO N 1695; MÜLLER N 834; SCHWENZER/FOUNTOULAKIS N 88.46; vgl. CHK-MAZAN OR 51 N 1 ff.; Haftpflichtkommentar-FISCHER/ITEN OR 51 N 1.

21 PERRITAZ N 107; SCHMIDT 47 f.; vgl. ZK-OSER/SCHÖNENBERGER OR 50 N 1 sowie VON TUHR/PETER 466, die beide Begriffe verwenden; MERZ 102 f.; FELLMANN/KOTTMANN N 2837 m.w.N.

22 CR CO I-WERRO/PERRITAZ Intro. art. 50–51 N 67 ff.; OFTINGER/STARK, Bd. I, § 10 N 14; CORBOZ 113 ff.; KELLER 170, 176 f.; VON TUHR/ESCHER 319 ff.; DESCHENAUX/TERCIER § 34 N 13 ff.; KÖRNER N 82 ff.; vgl. auch GAUCH/SCHLUEP/EMMENEGGER N 3755, die feststellen, die Unterscheidung sei «ohne praktische Konsequenzen». Im Ergebnis gleich KOLLER N 75.41, der die Unterscheidung aufgeben will, sofern man ihr mehr als nur klassifikatorische Bedeutung zumisst. Einer dritten Ansicht nach ist Art. 50 OR sowohl mit als auch ohne gemeinsames Verschulden Grundlage der Solidarhaftung im ausservertraglichen Haftpflichtrecht. Art. 51 OR wird damit zu einer reinen Regressregel (so MERZ

Relevanz dieser Differenzierung gehen die Meinungen auseinander. Nach Ansicht des Bundesgerichts und eines überwiegenden Teils der Lehre besteht der hauptsächliche Unterschied zwischen den beiden Solidaritätsformen in der Verjährungsunterbrechung. So bestimmt Art. 136 Abs. 1 OR, der lediglich bei der echten Solidarität anwendbar sein soll, dass die Unterbrechung der Verjährung gegen einen Solidarschuldner auch gegen die übrigen Mitschuldner wirkt[23]. Kontrovers diskutiert wird des Weiteren die Berufung auf individuelle Herabsetzungsgründe im Aussenverhältnis[24]. Ein Teil der Lehre erachtet diese bei beiden Arten der Solidarität als zulässig (bzw. will auf die Differenzierung verzichten)[25], während sie ein anderer stets ablehnt[26]. Das Bundesgericht und einige Autoren vertreten eine vermittelnde Auffassung, wonach die Geltendmachung individueller Herabsetzungsgründe bei der unechten Solidarität in Ausnahmefällen möglich sein soll[27]. Nach einem Teil der Befürworter der Unterscheidung geht die Bedeutung der Differenzierung jedoch darüber hinaus. So habe Art. 50 OR insofern eine haftungsbegründende Wirkung, als diese Bestimmung stets eine Haftung für den gesamten Schaden zur Folge habe. Dies solle selbst dann gelten, wenn der Einzelne bloss für einen Teil davon eine kau-

---

104 f.; HONSELL/ISENRING/KESSLER § 11 N 10 ff., insbesondere N 13; ferner WEBER, *einheitliche Lösung*, 351, der allerdings dennoch an der Unterscheidung zwischen echter und unechter Solidarität festhält).

23 BGE 127 III 257, 264; 115 II 42, 47; 69 II 162, 167; KRAMER 58; vgl. BSK OR I-GRABER Art. 50 N 2; DESCHENAUX/TERCIER § 34 N 20; HONSELL/ISENRING/KESSLER § 11 N 14; MÜLLER N 832; SCHWENZER/FOUNTOULAKIS N 88.45 f.; Haftpflichtkommentar-FISCHER/ITEN OR 50 N 11; GILLIARD 290.

24 Bei genauerer Betrachtung der bundesgerichtlichen Rechtsprechung zeigt sich allerdings, dass die praktische Bedeutung zumindest des leichten Verschuldens als Reduktionsgrund gemeinhin überschätzt wird (vgl. ROBERTO/SCHISTER, HAVE 2014, 431 ff.).

25 OFTINGER/STARK, Bd. I, § 10 N 33; CORBOZ 101, 115; GAUCH/SCHLUEP/EMMENEGGER N 3755; KÖRNER N 652, 659 ff.; vgl. REY/WILDHABER N 1714 m.w.N.

26 MERZ 107 f.; so wohl auch HUGUENIN N 2025, die bei echter Solidarität keine individuellen Herabsetzungsgründe im externen Verhältnis zulassen will; vgl. REY/WILDHABER N 1716 m.w.N.

27 BGE 127 III 257, 265; BRUNNER N 328 ff.; JANSEN 100 f.; vgl. für eine Übersicht über den Meinungsstand SCHMIDT 152 ff.; BK-BREHM OR 50 N 40 ff., insbesondere N 48; CHK-MAZAN OR 50 N 19, je m.w.N.

sale Ursache gesetzt habe[28]. Obwohl das Bundesgericht diese Ansicht grundsätzlich nicht teilt, deuten einige seiner Äusserungen zumindest im Urheberrecht auf eine haftungsbegründende Wirkung der Bestimmung hin. So führte das Gericht in BGE 145 III 72 aus:

> «Bereits unter dem alten Urheberrechtsgesetz […] hatte das Bundesgericht erwogen, dass derjenige, der als Gehilfe an der Rechtsverletzung teilhat, aber selber keinen gesetzlichen Verletzungstatbestand erfüllt, nach Art. 50 Abs. 1 OR solidarisch für die unerlaubte Handlung haftet […].»[29]

Für die vorliegende Arbeit ist die Unterscheidung zwischen der echten und der unechten Solidarität zwar nicht von unmittelbarer Bedeutung. Einige Autorinnen und Autoren weisen allerdings zu Recht darauf hin, dass die gleichen respektive verschiedenen Rechtsgründe nicht das eigentliche oder zumindest nicht das einzige Unterscheidungskriterium zwischen den beiden Gesetzesbestimmungen sind[30]. So nimmt das Bundesgericht auch dann unechte Solidarität nach Art. 51 OR an, wenn mehrere Schädiger zwar aus demselben Rechtsgrund, aber unabhängig voneinander einen Schaden verursacht haben[31]. Präziser erscheint es daher, das *ge-*

---

28 FELLMANN/KOTTMANN N 2872 ff.; WEBER, *einheitliche Lösung*, 351 ff.; BRUNNER N 312; PERRITAZ, HAVE 2018, 64; ders., AJP 2018, 799 f.; vgl. CR CO I-WERRO/PERRITAZ Intro. art. 50–51 N 50; REY/WILDHABER N 1649; SCHMIDT 58.

29 BGE 145 III 72, 76; so auch bereits BGE 107 II 82, 92 f.

30 So insbesondere SCHMIDT 50 ff.; vgl. auch BK-BECKER OR 51 N 10; BSK OR I-GRABER Art. 51 N 7; KRAMER 57 f.; ähnlich ZK-OSER/SCHÖNENBERGER OR 51 N 4, REY/WILDHABER N 1648 und SCHWENZER/FOUNTOULAKIS N 88.14, welche das Unterscheidungsmerkmal der verschiedenen Rechtsgründe nicht grundsätzlich infrage stellen, jedoch die Haftung aus gleichen Rechtsgründen, aber ohne gemeinsames Verschulden ebenfalls unter Art. 51 OR subsumieren. Ferner Haftpflichtkommentar-FISCHER/ITEN OR 51 N 13, welche Art. 51 OR analog auf die Haftung aus gleichen Rechtsgründen, aber ohne gemeinsames Verschulden anwenden wollen.

31 Vgl. BGE 93 II 317, 322 [Hervorhebung durch die Autorin]: «Der streitige Schaden ist darauf zurückzuführen, dass sowohl der Kläger (Unternehmer) als auch der Architekt (Bauleiter) ihre *vertraglichen* Sorgfaltspflichten gegenüber dem Beklagten (Bauherrn) verletzt haben. Ein gemeinsames Verschulden, das ihre passive Solidarität im Sinne von Art. 50 bzw. Art. 143 OR begründen würde, fällt ihnen jedoch nicht zur Last. Es liegt somit ein Fall sog. unechter Solidarität oder Anspruchskonkurrenz gemäss Art. 51 OR vor […].» Ebenso BGE 80 II 247, 253. Ausführlich zu den Abgrenzungskriterien zwischen Art. 50 und 51 OR SCHMIDT 37 f.

meinsame Verschulden im Sinne eines Zusammenwirkens von Schädigern als Abgrenzungskriterium zwischen Art. 50 und Art. 51 OR festzulegen[32]. Die unechte Solidarität nach Art. 51 OR ist nach dieser Lesart nichts anderes als das Gegenstück zur Mittäterschaft und Teilnahme und damit die *Nebentäterschaft*. Dies gilt es im Auge zu behalten, wenn im Verlaufe der vorliegenden Arbeit besondere Mehrtäterverhältnisse respektive Fallgruppen unter die Mittäterschaft und Teilnahme oder die Nebentäterschaft subsumiert werden. Dadurch lassen sich zugleich Aussagen zu den umstrittenen praktischen Auswirkungen der Unterscheidung zwischen echter und unechter Solidarität machen.

3. Deutsches Haftpflichtrecht[33]

Im deutschen Recht ist § 830 BGB einschlägig. Die Bestimmung ist zweigeteilt. Zum einen regeln Abs. 1 Satz 1 und Abs. 2 den Fall, dass mehrere gemeinschaftlich eine unerlaubte Handlung begangen und dabei einen Schaden verursacht haben. In diesem Zusammenhang ist es unbeachtlich, ob sie als Mittäter, Anstifter oder Gehilfen zusammengewirkt haben[34]. Zum anderen statuiert Abs. 1 Satz 2 eine solidarische Haftung auch dann, «wenn sich nicht ermitteln lässt, wer von mehreren Beteiligten den Schaden durch seine Handlung verursacht hat». § 830 Abs. 1 Satz 2 ist subsidiär zur Mittäterschaft und Teilnahme und greift bloss, wenn mehrere Personen *unabhängig* voneinander unerlaubte Handlungen begangen haben, die geeignet waren, den Schaden zu verursachen[35]. Voraussetzung ist, dass unklar ist, welche der Handlungen tatsächlich ursächlich war (Urheber-

---

[32] So implizit OFTINGER/STARK, Bd. II/1, § 16 N 329 f., die Art. 50 OR auch auf Kausalhaftpflichtige anwenden wollen, sofern diese bewusst zusammengewirkt haben. Ebenso Haftpflichtkommentar-FISCHER OR 50 N 10. A.M. JANSEN 101.

[33] Obgleich in der deutschen Dogmatik eher die Begriffe «Schadensersatzrecht», «Schadensrecht» oder «Deliktsrecht» verbreitet sind, wird vorliegend der Einheitlichkeit halber durchgehend der schweizerische (und österreichische) Terminus verwendet.

[34] BGHZ 137, 89, 103; Staudinger-EBERL-BORGES § 830 BGB N 2, 27; MüKo BGB-WAGNER § 830 N 3 f.

[35] DEUTSCH, *Haftungsrecht*, N 519; Staudinger-EBERL-BORGES § 830 BGB N 67; Grüneberg-SPRAU § 830 BGB N 6.

zweifel)[36]. Überdies bejahen die Rechtsprechung und ein Teil der Lehre eine entsprechende Anwendung auf Fälle, in denen lediglich ungewiss ist, welcher Schadensanteil auf welche Handlung zurückzuführen ist (Anteilszweifel)[37]. Dabei kann sich jeder potenziell Haftpflichtige mit dem Nachweis entlasten, dass sein Verhalten nicht ursächlich für die Schädigung war[38]. Nicht von der Bestimmung erfasst ist hingegen die Konstellation, in der mehrere Personen durch selbständige rechtswidrige Handlungen einen Schaden verursacht haben und die Kausalität feststeht. In diesem Fall greifen die allgemeinen Grundsätze der Nebentäterschaft. Jeder Verursacher haftet also grundsätzlich nur für den von ihm verursachten (Teil-) Schaden[39]. Liegt hingegen ein unteilbarer Gesamtschaden vor, geht die Haftung jedes Einzelnen auf das Ganze[40].

---

36 BGHZ 72, 355, 358; 67, 14, 18 ff.; Staudinger-EBERL-BORGES § 830 BGB N 69; MüKo BGB-WAGNER § 830 N 67; BeckOK-SPINDLER § 830 BGB N 16; Erman-WILHELMI § 830 BGB N 5; CYPIONKA 5 f.; ferner Jauernig-TEICHMANN § 830 BGB N 11.

37 BGH NJW 1994, 932, 934; BGHZ 72, 355, 358; 67, 14, 18 ff.; NomosKomm-KATZENMEIER § 830 BGB N 21; BeckOK-SPINDLER § 830 BGB N 16, 19; Erman-WILHELMI § 830 BGB N 5; DEUTSCH, *Haftungsrecht*, N 518; WECKERLE 105 f.; Grüneberg-SPRAU § 830 N 7. Staudinger-EBERL-BORGES § 830 BGB N 70 f. und ASSMANN 122 wollen Abs. 1 Satz 2 auf Fälle erstrecken, in denen nicht feststellbar ist, welchen Schadensanteil der einzelne Beteiligte verursacht hat, seine Handlung aber auch für den gesamten Schaden kausal sein könnte. Nicht zur Anwendung komme die Bestimmung hingegen, wenn sicher sei, dass jeder der Beteiligten einen Teil des Schadens verursacht habe, aber unklar bleibe, wie gross diese Teile seien.

38 BGH NJW 1960, 862, 863; BGHZ 33, 286, 292; Staudinger-EBERL-BORGES § 830 BGB N 120; umfassend dazu hinten S. 101 f.

39 BGH NJW 1988, 1719, 1720; ENNECCERUS/LEHMANN 994 f.; Staudinger-EBERL-BORGES § 830 N 67; BeckOK-SPINDLER § 830 BGB N 3; Erman-WILHELMI § 830 BGB N 5; vgl. Grüneberg-SPRAU § 830 N 1; GERNHUBER, JZ 1961, 148. Umfassend zur Nebentäterschaft im deutschen Haftungsrecht MüKo BGB-WAGNER § 840 N 1 ff.

40 BGHZ 30, 203, 208; Staudinger-VIEWEG § 840 BGB N 3; Grüneberg-SPRAU § 840 BGB N 2; NomosHaKo-STAUDINGER § 830 N 2; vgl. auch hinten S. 63 f.

4. Österreichisches Haftpflichtrecht

In Österreich sind die §§ 1301 und 1302 ABGB von Bedeutung. § 1301 ABGB statuiert den Grundsatz, wonach mehrere Personen für einen widerrechtlich zugefügten Schaden verantwortlich gemacht werden können, wenn sie

> «gemeinschaftlich, unmittelbarer oder mittelbarer Weise, durch Verleiten, Drohen, Befehlen, Helfen, Verhehlen u. dgl.; oder, auch nur durch Unterlassen der besonderen Verbindlichkeit, das Uebel zu verhindern, dazu beygetragen haben».

§ 1302 ABGB knüpft daran an und hält die Modalitäten dieser Haftung fest[41]:

> «In einem solchen Falle verantwortet, wenn die Beschädigung in einem Versehen gegründet ist, und die Antheile sich bestimmen lassen, jeder nur den durch sein Versehen verursachten Schaden. Wenn aber der Schade vorsätzlich zugefügt worden ist; oder, wenn die Antheile der Einzelnen an der Beschädigung sich nicht bestimmen lassen, so haften Alle für Einen, und Einer für Alle; doch bleibt demjenigen, welcher den Schaden ersetzt hat, der Rückersatz gegen die Uebrigen vorbehalten.»

Der Wortlaut von § 1301 ABGB vermittelt den Eindruck, dass ein *vorsätzliches* Zusammenwirken im Sinne der Mittäterschaft und Teilnahme eine Bedingung der Haftung nach dieser Rechtsnorm und damit auch nach § 1302 ABGB sei. Tatsächlich jedoch regeln diese Bestimmungen überdies das unbewusste Zusammenwirken mehrerer Täter, also den Fall, wenn mehrere Täter unabhängig voneinander eine Schadensursache gesetzt haben (Nebentäterschaft)[42]. Inwiefern sich die Rechtsfolgen bei den beiden Varianten unterscheiden, ist nicht gänzlich geklärt. So ordnet § 1302 ABGB Solidarhaftung zwischen mehreren Tätern an, «wenn […] der Schade vorsätzlich zugefügt worden ist», gleichgültig, ob sich ihre Anteile daran be-

---

41 KOZIOL D5 N 10; KRAMER 74.

42 OGH SZ 60/55, 284; KOZIOL D5 N 11 f.; Schwimann/Kodek-HARRER/WAGNER § 1302 ABGB N 1; Rummel-REISCHAUER § 1302 ABGB N 2; Klang-WOLFF 54; BAUERREISS 57 ff., der zugleich eine Übersicht über abweichende Ansichten liefert; a.M. GSCHNITZER/FAISTENBERGER/BARTA/ECCHER 467.

stimmen lassen oder nicht[43]. Aus dem Gesetzestext geht nicht hervor, ob diese Anordnung bloss für Mittäter und Teilnehmer oder auch für Nebentäter gilt. KOZIOL beschränkt die uneingeschränkte Solidarhaftung jedoch auf Erstere, während bei voneinander unabhängigen, vorsätzlichen Tätern eine Teilhaftung eintreten soll, sofern sich die Anteile der Einzelnen an der Schädigung bestimmen lassen[44].

«[W]enn [hingegen] die Beschädigung in einem Versehen gegründet ist»[45], also bei *Fahrlässigkeit*, haftet gemäss § 1302 ABGB jeder nur für den von ihm verursachten Schaden, sofern die Anteile *sich bestimmen lassen*. Auch hier bleibt der Anwendungsbereich unklar. Sind ebensolche Sachverhalte stets als Anwendungsfälle der Nebentäterschaft zu qualifizieren oder können auch Mittäter und Teilnehmer in diesem Sinne fahrlässig handeln? Tritt mit anderen Worten in allen Fällen, die das österreichische Recht unter die Mittäterschaft und Teilnahme subsumiert, Solidarhaftung ein oder sind Konstellationen denkbar, in denen Mittäter und Teilnehmer bloss anteilsmässig haften[46]? Diese Frage wird in der Literatur kaum je eindeutig beantwortet[47].

Sind hingegen die Anteile am Schaden *nicht bestimmbar* (hier in Anlehnung an die deutsche Namensgebung als *Anteilszweifel* bezeichnet), haften auch voneinander unabhängige Täter für den gesamten Schaden solidarisch[48]. Diese Rechtsfolge dehnen der OGH sowie weite Teile der Lehre in ana-

---

43 Der Wortlaut von § 1302 ABGB macht deutlich, dass Solidarhaftung auch bei bestimmbaren Schadensanteilen vorgesehen ist. Dem widerspricht KLANG-WOLFF 54 ff. dennoch. Seiner Ansicht nach liegen in solchen Fällen mehrere selbständige Schäden vor, für die jeweils Teilhaftung eintreten sollte.

44 KOZIOL D5 N 12, 17; so auch Rummel-REISCHAUER § 1302 ABGB N 3.

45 § 1302 ABGB.

46 Vgl. KOZIOL D5 N 10.

47 Eine Ausnahme bildet VON STUBENRAUCH 654 f., der ausdrücklich die Möglichkeit fahrlässigen Handelns bei Mittätern und Teilnehmern und eine Haftung für Teilschäden bei bestimmbaren Anteilen anerkennt.

48 BYDLINSKI, *alternative Kausalität*, 5 ff.; KOZIOL D5 N 18, Schwimann/Kodek-HARRER/WAGNER § 1302 ABGB N 10a; Rummel-REISCHAUER § 1302 ABGB N 2; a.M. noch VON STUBENRAUCH 656, gemäss welchem in solchen Fällen «der Schade von allen, welche dazu beigetragen haben, zu gleichen Theilen getragen werden [muss], […] weil für eine solidarische Haftung kein Grund vorhanden ist».

loger Anwendung von § 1302 ABGB auf *Urheberzweifel* bei Nebentätern aus, wenn also mehrere Täter rechtswidrig und schuldhaft gehandelt haben, aber nicht feststeht, wer die eigentliche Ursache für den Schaden gesetzt hat[49].

5. Schweizerisches Strafrecht

Im Unterschied zu den bisher behandelten Zivilrechtsordnungen spielt die Unterscheidung zwischen Mittäterschaft, Anstiftung und Gehilfenschaft im schweizerischen Strafrecht durchaus eine Rolle[50]. In der vorliegenden Arbeit interessieren diese Differenzen jedoch grundsätzlich nicht. Auf sie wird nur insofern eingegangen, als dies für das Verständnis der im Strafrecht angestellten und für das Haftpflichtrecht bedeutsamen Überlegungen unumgänglich ist.

Die relevanten Normen im schweizerischen Strafrecht sind Art. 24 und 25 StGB. Die beiden Bestimmungen bedeuten eine Erweiterung der Strafbarkeit auf Verhaltensweisen, die ansonsten strafrechtlich nicht relevant wären. Teilnahmeformen ausserhalb der durch diese Gesetzesnormen festgelegten Grenzen müssen daher entsprechend dem Grundsatz von «nullum crimen, nulla poena sine lege» straflos bleiben[51]. Demnach sind die *vorsätzliche* Anstiftung (Art. 24 StGB) und die *vorsätzliche* Gehilfenschaft (Art. 25 StGB) strafbar, Letztere dabei grundsätzlich nur bei einem Verbrechen oder Vergehen als Haupttat. Gehilfenschaft zu Übertretungen wird hingegen nur in den ausdrücklich vom Gesetz vorgesehenen Fällen

---

49 OGH, 21. Juni 2011, 1 Ob 63/11p; 26. Juni 2008, 2 Ob 120/08y; 23. Februar 1993, 1 Ob 628/92; VON ZEILLER § 1302 ABGB N 2; BYDLINSKI, *Streitfragen*, 4 ff.; EHRENZWEIG 254; KOZIOL B2 N 42 ff., insbesondere N 47 f., D5 N 21; Rummel-REISCHAUER § 1302 ABGB N 12; EHRENZWEIG/MAYRHOFER 330; BAUERREISS 63; vgl. OGH JBl 1986, 787, 788; Schwimann/Kodek-HARRER/WAGNER § 1302 ABGB N 30; anders aber noch OGH JBl 1956, 314, 315; a.M. auch Klang-WOLFF 56; VON STUBENRAUCH 655.

50 Vgl. GETH N 390; TRECHSEL/NOLL/PIETH 191.

51 STRATENWERTH § 13 N 76; GRAVEN/STRÄULI 282; HURTADO POZO N 1128; VILLARD, AJP 2017, 1454; ferner BSK StGB I-FORSTER Art. 24 N 7; BSK StGB I-ders. Art. 25 N 6; CR CP I-STRÄULI Intro aux art. 24–27 N 3, 6; DONATSCH, SJZ 1989, 109.

bestraft (Art. 105 Abs. 2 StGB)[52]. Der Tatbeitrag des Anstifters besteht dabei in der Hervorrufung des Tatentschlusses beim Haupttäter[53]. Auch der angestiftete Täter muss somit vorsätzlich gehandelt haben[54]. Liegt bei diesem hingegen Fahrlässigkeit vor, handelt es sich in aller Regel um einen Fall von *mittelbarer Täterschaft*[55]. Auch die Gehilfenschaft setzt nach vorherrschender Ansicht einen Vorsatz beim Haupttäter voraus[56]. Damit sind die Grenzen dieser beiden Teilnahmeformen eindeutig abgesteckt. Für Fahrlässigkeit, sei es aufseiten des Teilnehmers oder des Haupttäters, besteht folglich kein Raum.

Als einzige Form des gemeinschaftlichen Zusammenwirkens, dessen Strafbarkeit auch bei fahrlässiger Begehung zumindest nicht von vornherein ausgeschlossen ist, bleibt somit die *Mittäterschaft*. Ein Teil der Lehre wendet dagegen ein, eine trennscharfe Abgrenzung zwischen den einzelnen Beteiligungsformen sei bei Fahrlässigkeitsdelikten nicht möglich. In diesen Voten scheint die Befürchtung mitzuschwingen, ungewollt auch

---

52 KILLIAS/MARKWALDER/KUHN/DONGOIS N 618. Ein Beispiel für die Strafbarkeit der Gehilfenschaft zu einer Übertretung ist etwa in Art. 150bis Abs. 2 StGB zu finden.

53 STRATENWERTH § 13 N 98.

54 BSK StGB I-FORSTER Art. 24 N 3; CR CP I-STRÄULI art. 24 N 11; STRATENWERTH § 13 N 99; HaKo StGB-WOHLERS Art. 24 N 4; RIKLIN § 18 N 45, 48; GRAVEN/STRÄULI 298; TRECHSEL/NOLL/PIETH 206; PETER 6; a.M. STAUFFACHER 102 ff., insbesondere 108.

55 Vgl. die Umschreibung der mittelbaren Täterschaft durch das Bundesgericht in BGE 101 IV 306, 310: «[…] denn mittelbarer Täter ist, wer einen andern als willenloses oder wenigstens nicht vorsätzlich handelndes Werkzeug benutzt, um durch ihn die beabsichtigte strafbare Handlung ausführen zu lassen.» Deutlich TRECHSEL/NOLL/PIETH 200, 208; SCHWANDER N 257; vgl. STRATENWERTH § 13 N 23; HaKo StGB-WOHLERS Vor Art. 24 ff. N 7 ff., insbesondere N 9; PraKomm-TRECHSEL/GETH Vor StGB 24 N 2 ff., insbesondere N 5; StGB Annotierter Kommentar-NYDEGGER Vorbemerkungen zu Art. 24 ff. N 13; GRAVEN/STRÄULI 312; KILLIAS/MARKWALDER/KUHN/DONGOIS N 605; PETER 4; RIEDO/CHVOJKA, ZStR 2002, 153; GETH N 398 f.; ferner CR CP I-STRÄULI Intro aux art. 24–27 N 36 f.

56 STRATENWERTH § 13 N 116; RIKLIN § 18 N 32; HaKo StGB-WOHLERS Art. 25 N 2 und Art. 24 N 3 f.; GRAVEN/STRÄULI 312; PETER 7; GETH N 428; vgl. CR CP I-STRÄULI Intro aux art. 24–27 N 12; a.M. STAUFFACHER 108 ff., insbesondere 112.

(fahrlässige[57]) Anstiftung zu oder Gehilfenschaft bei Fahrlässigkeitstaten unter Strafe zu stellen[58]. Andere Stimmen in der Literatur anerkennen zwar die Besonderheiten, die Fahrlässigkeitsdelikte in Bezug auf die Beteiligung mit sich bringen. Die Gefahr einer ungewollten Ausweitung der Strafbarkeit auf straflose Verhaltensweisen verneinen sie jedoch. So sei bei Fahrlässigkeitsdelikten «jeder sorgfaltswidrig Handelnde, der irgendeinen Beitrag zur Herbeiführung des Erfolges leistet», schlichtweg als Täter zu betrachten[59].

Ob die soeben dargelegten Bedenken einer ungewollten Strafausweitung auf Anstiftung und Gehilfenschaft nun berechtigt sind oder nicht, ist im Rahmen dieser Arbeit nicht von Belang. Das Haftpflichtrecht differenziert, wie eingangs aufgezeigt[60], nicht zwischen den einzelnen Arten der Beteiligung. Es kann somit – mit den sich aus den unterschiedlichen Zielrichtungen der beiden Rechtsordnungen ergebenden Einschränkungen – bedenkenlos auf die Überlegungen aus dem Strafrecht zurückgegriffen werden; die Gefahr einer ungewollten Ausweitung der Haftung auf zwingend «haftungsfreie» Verhaltensweisen besteht nicht. Es interessiert denn auch besonders, inwiefern Täterschaftsformen von der strafrechtlichen Rechtsprechung und Lehre bei Fahrlässigkeitsdelikten anerkannt werden. Die entsprechende Analyse folgt zu einem späteren Zeitpunkt[61]. Im Folgenden sollen lediglich die Eckwerte der infrage kommenden Formen, wie sie im Strafrecht verstanden werden, dargelegt werden.

---

57 Zwar wird nicht ausdrücklich von *fahrlässiger* Anstiftung und Gehilfenschaft gesprochen (vgl. RIEDO/CHVOJKA, ZStR 2002, 156, die lediglich von verschiedenen «Formen der Beteiligung an einem Fahrlässigkeitsdelikt» sprechen). Allerdings wurde soeben dargelegt, dass es sich bei vorsätzlicher Anstiftung (und wohl auch bei Gehilfenschaft) zu einem Fahrlässigkeitsdelikt um nichts anderes als einen Fall von *mittelbarer Täterschaft* handelt.

58 Vgl. JETZER/MARKWALDER, forumpoenale 2018, 223; RIEDO/CHVOJKA, ZStR 2002, 156 m.w.N.; a.M. wohl STRATENWERTH, der in § 16 N 48 einen möglichen Ansatz für die Unterscheidung zwischen Mittäterschaft und Teilnahme bei Fahrlässigkeitsdelikten präsentiert.

59 DONATSCH, SJZ 1989, 113; BSK StGB I-NIGGLI/MAEDER Art. 12 N 134; WEHRLE 14 f.; kritisch HÄRING 32 f.

60 Vgl. vorne S. 11 f.

61 Vgl. hinten S. 54 ff.

Die verschiedenen Arten der Täterschaft werden im Strafgesetzbuch nicht ausdrücklich erwähnt[62]. Sie zu umschreiben hat der Gesetzgeber bewusst der Rechtsprechung und Lehre überlassen[63]. Die *Mittäterschaft* ist die gemeinschaftliche Verübung einer Straftat, wobei jedem der Mittäter Tatherrschaft zukommt[64]. Das Bundesgericht bezeichnet demnach als Mittäter,

> «wer bei der Entschliessung, Planung oder Ausführung eines Deliktes vorsätzlich und in massgebender Weise mit anderen Tätern zusammenwirkt, sodass er als Hauptbeteiligter dasteht. Dabei kommt es darauf an, ob der Tatbeitrag […] für die Ausführung des Deliktes so wesentlich ist, dass sie mit ihm steht oder fällt.»[65]

Herrschender Ansicht nach wird die innere Verbindung zwischen den einzelnen Beteiligten durch den gemeinsamen Tatentschluss begründet[66]. Die *Nebentäterschaft* hingegen bezeichnet gerade das Fehlen gemeinschaftlichen Zusammenwirkens. Sie beschreibt die Konstellation, in der mehrere vorsätzlich oder fahrlässig handelnde Täter unabhängig voneinander auf denselben Taterfolg hinwirken[67].

---

62 BSK StGB I-FORSTER Vor Art. 24 N 5; DONATSCH, SJZ 1989, 110; DONATSCH/TAG 173; KILLIAS/MARKWALDER/KUHN/DONGOIS N 602; STRATENWERTH § 13 N 1, 76; TRECHSEL/NOLL/PIETH 191.

63 BBl 1999 II 1979, 2012.

64 Umfassend dazu DONATSCH/TAG 174 f.; TRECHSEL/NOLL/PIETH 192 ff.; StGB Annotierter Kommentar-NYDEGGER Vorbemerkungen zu Art. 24 ff. N 16; vgl. CR CP I-STRÄULI Intro aux art. 24–27 N 81.

65 BGE 130 IV 58, 66; vgl. auch BGE 135 IV 152, 155; 108 IV 88, 92; 101 IV 47, 49.

66 DONATSCH/TAG 176; GETH N 416; HÄRING 130 f.; STRATENWERTH § 13 N 52; vgl. HaKo StGB-WOHLERS Vor Art. 24 ff. N 14; TRECHSEL/NOLL/PIETH 192.

67 DONATSCH/TAG 187; KILLIAS/MARKWALDER/KUHN/DONGOIS N 602; PETER 5; STRATENWERTH § 13 N 67.

6. US-amerikanisches Haftpflichtrecht

US-amerikanisches Haftpflichtrecht basiert zu weiten Teilen auf *common law*[68]. Eine kodifizierte Gesetzgebung ist ihm fremd[69]. Die in der Folge erläuterten Grundlagen wurden stattdessen durch die Rechtsprechung geprägt. Dabei ist zu beachten, dass das Haftpflichtrecht in die Kompetenz der einzelnen Bundesstaaten fällt[70]. Wenngleich die grundlegenden Konzepte über sämtliche Jurisdiktionen hinweg Gültigkeit haben, variieren sie doch teilweise im Detail.

Der Begriff *joint tortfeasors* bezeichnet Personen, die im weitesten Sinne gemeinschaftlich für eine Schädigung verantwortlich sind. Sein Anwendungsbereich wird jedoch nicht einheitlich definiert[71]. Zweifellos fällt *concerted action* darunter. Damit sind zum einen Fälle gemeint, in denen mehrere Personen sich zum Zwecke einer Schädigung zusammenschliessen (diese Konstellationen werden bisweilen entsprechend dem strafrechtlichen Begriff *conspiracy* genannt[72])[73]. Zum anderen gelten auf haftpflichtrechtlich neutrale Ziele gerichtete Zusammenschlüsse als *concerted action*, sofern es im Zuge der gemeinsamen Tätigkeit zu einer Schädigung kommt[74]. Daneben gelten Personen, die, auch unabhängig voneinander, eine ihnen obliegende Pflicht verletzt haben, als *joint tortfeasors*[75]. Teilweise

---

68 SHAPO 20 f.

69 Zwar sind auch im haftpflichtrechtlichen Bereich einige Gesetze von Bedeutung (vgl. SHAPO 20 f.). Allerdings handelt es sich dabei um vereinzelte Normen, nicht um ein kodifiziertes haftpflichtrechtliches System.

70 GOLDBERG/ZIPURSKY 16; vgl. HAY N 18.

71 Vgl. PROSSER/KEETON 322; PROSSER, California Law Review 1937, 413; ferner SHAPO 368.

72 HYLTON 180 f.; vgl. GOLDBERG/ZYPURSKI 164.

73 AMERICAN LAW INSTITUTE, Restatement (Second) of Torts, Vol. 4, § 876; DIAMOND/LEVINE/BERNSTEIN 194; HARPER/JAMES/GRAY, Vol. 4, 142 f.; HYLTON 180; vgl. GOLDBERG/ZYPURSKI 164; ferner SHAPO 369.

74 Umfassend PROSSER/KEETON 322 ff.; HYLTON 180 f.; vgl. das Beispiel in AMERICAN LAW INSTITUTE, Restatement (Second) of Torts, Vol. 4, § 876, Comment on Clause (a); GOLDBERG/ZYPURSKI 164; WECKERLE 36 ff.

75 *Oakley v. United States*, 622 F.2d 447 (9th Cir. 1980); *Economy Light and Power Co. v. Hiller*, 203 Ill. 518, 520, 68 N.E. 72 (1903); HARPER/JAMES/GRAY, Vol. 3, 1 ff.; PROSSER, California Law Review 1937, 431.

werden sodann voneinander unabhängige Schädiger, die auf denselben Taterfolg im Sinne eines unteilbaren Gesamtschadens hinwirken (*concurrent tortfeasors*), als *joint tortfeasors* bezeichnet[76]. Darüber hinaus wird bei *vicarious liability* von *joint tortfeasors* gesprochen, also z.B. bei der Haftung eines Arbeitgebers für Handlungen seines Arbeitnehmers[77]. Letzterer Fall steht vorliegend jedoch nicht im Zentrum des Interesses und wird daher nicht weiter untersucht.

Insbesondere im Immaterialgüterrecht werden Mehrtäterverhältnisse ausserdem über das *contributory infringement* erschlossen. Dabei handelt es sich um eine aus den Prinzipien des *common law* abgeleitete und für den Bereich des geistigen Eigentums konkretisierte Rechtsfigur[78]. Der *United States Court of Appeals, Second Circuit,* definiert sie folgendermassen:

> «[…] [O]ne who, with knowledge of the infringing activity, induces, causes or materially contributes to the infringing conduct of another may be held liable as a ‹contributory› infringer.»[79]

---

[76] *Glazener v. Safety Transit Lines*, 196 N.C. 504, 505, 146 S.E. 134 (1929); HARPER/JAMES/GREY, Vol. 3, 5 f.; DIAMOND/LEVINE/BERNSTEIN 193; vgl. PROSSER, California Law Review 1937, 420 f.; HARPER/JAMES/GRAY, Vol. 3, 4 ff.; kritisch WELDON, Insurance Law Journal 1947, 329. Ob diese Verursacher als *joint tortfeasors* bezeichnet werden oder nicht, spielt allerdings im Ergebnis keine Rolle. So wird später noch aufgezeigt, dass auch voneinander unabhängige Schädiger bereits nach allgemeinen Grundsätzen der Kausalitätszurechnung für einen *unteilbaren Gesamtschaden* solidarisch haften. Die Regeln zu den *joint tortfeasors* haben in jenen Fällen also bloss klarstellende Funktion (vgl. hinten S. 63 f.).

[77] PROSSER, California Law Review 1937, 430; DIAMOND/LEVINE/BERNSTEIN 193; WECKERLE 35 f.; vgl. HARPER/JAMES/GRAY, Vol. 3, 3 f.

[78] *Fonovisa, Inc., v. Cherry Auction, Inc*., 76 F.3d 259, 264 f. (9th Cir. 1996); vgl. HOLZNAGEL, GRUR Int. 2007, 972 f.

[79] *Gershwin Publishing Corp. v. Columbia Artists Management, Inc.,* 443 F.2d 1159, 1162 (2nd Cir. 1971); vgl. auch *Sony Corp. of America v. Universal City Studios, Inc*., 464 U.S. 417, 104 S. Ct. 774 (1984).

Die Rechtsfolge bei den obengenannten Konstellationen ist *joint and several liability*[80]. Sie entspricht zumindest im hier interessierenden Aussenverhältnis der Solidarhaftung[81]. Jeder Schädiger kann demnach vom Geschädigten für den gesamten Schaden haftbar gemacht werden[82].

[80] DOBBS/HAYDEN/BUBLICK 881; HARPER/JAMES/GRAY, Vol. 3, 9; DIAMOND/LEVINE/BERNSTEIN 196; HYLTON 180 f.; ferner SHAPO 368; für die Rechtsfigur des *contributory infringement*: *Gershwin Publishing Corp. v. Columbia Artists Management, Inc.*, 443 F.2d 1159, 1162 (2nd Cir. 1971).

[81] Unterschiede zeigen sich jedoch teilweise im Innenverhältnis. So lassen die meisten Gerichte einen Rückgriff zwischen mehreren Schädigern zu. In einigen Bundesstaaten ist er jedoch bei vorsätzlichen Schädigungen ausgeschlossen (DOBBS/HAYDEN/BUBLICK 882).

[82] DOBBS/HAYDEN/BUBLICK 881; DIAMOND/LEVINE/BERNSTEIN 193; HYLTON 180; SHAPO 368.

§ 4 Die Anwendbarkeit von Art. 50 OR auf Kausalhaftpflichtige

1. Einleitung

Den klassischen Anwendungsfall von Art. 50 OR bildet das wie auch immer geartete Zusammenwirken zweier natürlicher Personen im Rahmen eines Verschuldenshaftungstatbestandes. Das gemeinsame Verschulden als Definitionsmerkmal von Art. 50 OR wirft eine Frage auf, die beantwortet werden muss, bevor die Feinheiten der Bestimmung herausgearbeitet werden können: Können auch aus Kausalhaftung Verantwortliche und können auch juristische Personen nach Art. 50 OR solidarisch haften?

2. Anwendbarkeit von Art. 50 OR auf einfache Kausalhaftungen respektive auf Verschuldenshaftungen mit Beweislastumkehr?

Es ist unklar, ob Art. 50 OR auch bei Personen greift, die aufgrund eines gemeinhin als *einfache*, *milde* oder *gewöhnliche Kausalhaftung*[83] bezeichneten Haftungstatbestandes zur Verantwortung gezogen werden. In der Lehre wird diese Frage unterschiedlich beantwortet. Einige Autorinnen und Autoren verneinen sie mit Verweis auf das gemeinsame Verschulden, welches gemäss Art. 50 OR vorausgesetzt wird[84]. Vorbehaltlos bejaht sie hingegen MERZ, der sämtliche Fälle einer Haftung mehrerer Personen über Art. 50 OR lösen will und in Art. 51 OR lediglich eine Rückgriffsregel sieht[85]. VON TUHR/PETER bejahen eine Haftung nach Art. 50 OR dann, wenn mehrere Kausalhaftpflichtige die Schädigung durch eine mangelhafte Aufsicht verschuldet haben[86].

---

83 Vgl. etwa FELLMANN/KOTTMANN N 666 ff.; KELLER/GABI/GABI 7 f.; REY/WILDHABER N 1043 ff.

84 BK-BREHM OR 50 N 7; MÜLLER N 838; so wohl auch FELLMANN/KOTTMANN N 2842.

85 MERZ 104 f.

86 VON TUHR/PETER 466 f.; vgl. FELLMANN/KOTTMANN N 2763 m.w.N.

> «Soweit dagegen ihre Haftung nicht auf einem zusätzlichen Verschulden, sondern als Kausalhaftung direkt auf Art. 55 I und 56 I [OR] beruht, ihnen also vom Gesetz zum Ausgleich für die Vorteile auferlegt wird, die sie als Geschäftsherren oder Tierhalter geniessen, liegt meines Erachtens kein Grund vor, mehrere Personen, die sich in dieser Stellung befinden, schwerer zu belasten[,] als sich aus ihrer Beteiligung am Geschäft bzw. der Tierhaltung ergibt.»[87]

Bei genauerer Betrachtung läuft diese Unterscheidung ins Leere. Die üblicherweise als *einfache Kausalhaftungen* bezeichneten Tatbestände zeichnen sich gerade dadurch aus, dass sich der potenziell Haftpflichtige durch den Nachweis der hinreichenden Sorgfalt exkulpieren kann[88]. Eine Haftung aus Art. 55 ff. OR ohne jegliches Verschulden kann es also nicht geben. Entsprechend handelt es sich bei diesen Haftungstatbeständen nicht um Kausalhaftungen. Stattdessen liegt eine *Verschuldenshaftung mit Beweislastumkehr* vor[89]. Die Begründung für oder wider die Anwendbarkeit von Art. 50 OR auf solche Haftungen kann also nicht im Verschuldenselement an sich liegen, sondern muss an der *Gemeinschaftlichkeit* dieses Verschuldens festgemacht werden.

OFTINGER/STARK wollen Art. 50 OR auch auf (einfach) Kausalhaftpflichtige (bzw. Haftpflichtige aus Verschuldenshaftung mit Beweislastumkehr) anwenden, sofern diese bewusst zusammengewirkt haben[90]. Wann ein solches Zusammenwirken vorliegen soll, wird allerdings nicht weiter spezifiziert. Kaum ausreichen kann es, wenn zwei Kausalhaftpflichtige lediglich dieselbe Pflicht trifft, die zu erfüllen beide versäumt haben[91]. So kann

---

87 VON TUHR/PETER 467.

88 CR CO I-WERRO/PERRITAZ art. 55 N 17 f.; Haftpflichtkommentar-FISCHER/ITEN OR 55 N 22; HONSELL/ISENRING/KESSLER § 1 N 23; ROBERTO, *Haftpflichtrecht*, N 02.20.

89 HONSELL/ISENRING/KESSLER § 1 N 23; ROBERTO, *Haftpflichtrecht*, N 02.22; SCHWENZER/FOUNTOULAKIS N 49.09; ähnlich BSK OR I-KESSLER Art. 55 N 1, der in der Geschäftsherrenhaftung eine «stark eingeschränkte Verschuldenshaftung» sieht.

90 OFTINGER/STARK, Bd. II/1, N 329 f.

91 In den USA hingegen scheint eine Verletzung gemeinsamer Pflichten unstrittigerweise als ein *joint tort* zu gelten. So wurden in *Economy Light & Power Co. v. Hiller*, 203 Ill. 518, 68 N.E. 72 (1903) eine Elektrizitäts- und eine Telefongesellschaft als *joint tortfeasors* behandelt. Die Gesellschaften unterhielten

nicht von einem Zusammenwirken zwischen zwei Personen gesprochen werden, bloss weil sie zur selben Zeit Halter desselben Tieres sind[92], welches aufgrund eines Mangels in Beaufsichtigung oder Verwahrung einen Schaden angerichtet hat (vgl. Art. 56 OR). Ebenso wenig wirken zwei Gesellschafter zusammen, bloss weil sie beide gegenüber derselben Hilfsperson als Geschäftsherren[93] gelten. Denkbar ist allerdings, dass etwa die beiden Halter bei einer konkreten Handlung zusammengewirkt haben, auf die der durch das Tier verursachte Schaden zurückzuführen ist. Ist z.B. das Ausbrechen eines Pferdes aus einer Koppel auf eine mangelhafte Einzäunung zurückzuführen, ist eine echte Solidarhaftung zwischen den beiden Haltern zu bejahen, wenn sie den Zaun gemeinsam in ungenügender Höhe oder Stärke errichtet haben[94].

3. Solidarhaftung nach Art. 50 OR zwischen einem Haftpflichtigen aus Verschuldenshaftung nach Art. 41 OR und einem Haftpflichtigen aus einer einfachen Kausalhaftung respektive einer Verschuldenshaftung mit Beweislastumkehr?

Neben den Sachverhalten, in denen mehrere natürliche Personen zusammenwirken, sowie den Situationen, in denen mehrere Personen aus Ver-

---

Elektrizitäts- respektive Telefonmasten. Während eines Sturms löste sich ein Elektrizitätskabel mit mangelhafter Isolation, kam in Kontakt mit dem ebenfalls ungenügend isolierten Telefonkabel und beschädigte dieses (vgl. auch PROSSER, California Law Review 1937, 431; HARPER/JAMES/GRAY, Vol. 3, 2 f.). Zum selben Ergebnis, nämlich der Haftung beider Gesellschaften für den gesamten entstandenen Schaden, hätte in jenem Fall allerdings auch ein Vorgehen nach den allgemeinen Grundsätzen der Kausalitätszurechnung geführt (vgl. dazu hinten S. 63 f.).

92 Zur Möglichkeit, dass die Haltereigenschaft mehreren Personen gleichzeitig zukommt BK-BREHM OR 56 N 28; Haftpflichtkommentar-FISCHER/BÖHME OR 56 N 30; CHK-MÜLLER OR 56 N 18.

93 Eine Hilfsperson, die für die Gesellschafter einer einfachen Gesellschaft tätig ist, untersteht mehreren Geschäftsherren (CHK-MÜLLER OR 55 N 9). Hingegen ist eine Kollektivgesellschaft trotz fehlender Rechtspersönlichkeit selbst Geschäftsherrin (vgl. BGE 90 II 86, 89 f.).

94 Wo zwar die Haltereigenschaft mehreren Personen zukommt, es aber am Zusammenwirken fehlt, haften die Halter gemeinsam aus Art. 51 OR.

schuldenshaftung mit Beweislastumkehr haften, muss eine weitere Kategorie untersucht werden: das Solidaritätsverhältnis zwischen einer aus Art. 41 OR verantwortlichen, unmittelbar schädigenden Person und etwa einem Geschäftsherrn (Art. 55 OR) oder dem Familienhaupt (Art. 333 ZGB)[95], Personen also, die aufgrund von mangelnder Beaufsichtigung für die unmittelbar schädigende Person einstehen müssen. Zu fragen ist also etwa, ob zwischen dem Malerlehrling, der sorgfaltswidrig den Mantel eines Passanten mit Farbe beschmutzt, und der Eigentümerin des Malergeschäfts ein gemeinsames Verschulden vorliegt.

Diese Frage ist zu verneinen. Beispielhaft ist in dieser Hinsicht die Geschäftsherrenhaftung nach Art. 55 OR. Sie beruht nicht auf einer unmittelbaren Zurechnung des Fehlverhaltens einer Hilfsperson. Stattdessen ist es die Sorgfaltswidrigkeit des Geschäftsherrn in Form der mangelhaften Auswahl, Instruktion, Beaufsichtigung der Hilfsperson oder der mangelhaften Organisation des Betriebs, welche die Haftung begründet[96]. Dieses Fehlverhalten des Geschäftsherrn ist jedoch von demjenigen der Hilfsperson unabhängig. Folglich kann darin kein Zusammenwirken zwischen den beiden Haftpflichtigen erblickt werden, und die Solidarität richtet sich entsprechend nach Art. 51 OR[97].

Hingegen ist ein Zusammenwirken im Sinne von Art. 50 OR zwischen Geschäftsherrn und Hilfsperson dann zu bejahen, wenn Letztere auf ausdrückliche sorgfaltswidrige Anweisung des Ersteren gehandelt und dadurch eine Schädigung verursacht hat. Allerdings liegt dabei kein Anwendungsfall von Art. 55 OR vor. Stattdessen haftet der anweisende Geschäftsherr unmittelbar aus Art. 50 i.V.m. Art. 41 OR[98].

---

95 Im Falle der Haftung des Familienhauptes muss besonders geprüft werden, ob die unmittelbar schädigende Person urteilsfähig war. Bejahendenfalls haftet sie aus Art. 41 OR, ansonsten greift unter Umständen die Billigkeitshaftung nach Art. 54 OR (vgl. Haftpflichtkommentar-SCHWANDER Art. 333 ZGB N 16).

96 HONSELL/ISENRING/KESSLER § 13 N 4; ROBERTO, *Haftpflichtrecht*, N 08.04, 08.16; vgl. BSK OR I-KESSLER Art. 55 N 16.

97 So auch für die Haftung des Familienhauptes nach Art. 333 ZGB Haftpflichtkommentar-SCHWANDER Art. 333 ZGB N 16.

98 Ähnlich BK-BREHM OR 55 N 37, der allerdings die Haftung des Geschäftsherrn nach Art. 41 OR neben diejenige nach Art. 55 OR treten lassen will.

4. Solidarität zwischen der juristischen Person und ihrem Organ

Von der soeben beschriebenen Konstellation ist die Situation zu unterscheiden, in der eine juristische Person aufgrund von Art. 55 ZGB für das Handeln ihrer Organe verantwortlich gemacht wird. Ein Organ agiert nicht als Vertreter der juristischen Person, sondern als Teil von ihr[99]. Diese muss sich daher «das Handeln ihrer Organe als eigenes anrechnen lassen, selbst wenn dieses unrechtmässig, ohne oder gegen den Willen der übrigen Organe oder der Aktionäre geschieht»[100].

Das Organ verpflichtet die juristische Person dabei sowohl durch rechtsgeschäftliches als auch durch sonstiges, also ausserrechtsgeschäftliches Verhalten (Art. 55 Abs. 2 ZGB). Zu Letzterem gehören insbesondere Dritte schädigende unerlaubte Handlungen[101]. Dies gilt indessen nicht ohne Einschränkungen. Eine Zurechnung des Organhandelns erfolgt nur, wenn das Organ in seiner Eigenschaft als Organ tätig wird. Bei rechtsgeschäftlichem Handeln bedeutet dies, dass zwischen dem Rechtsgeschäft und dem Gesellschaftszweck ein Zusammenhang bestehen muss[102]. Für die Zurechnung sonstigen Verhaltens wiederum ist es notwendig, dass dieses in Ausübung geschäftlicher Verrichtungen erfolgte[103]. Dabei ist entscheidend, dass sich das Handeln des Organs bei objektiver Betrachtung im Rahmen der Organbefugnisse bewegt:

> «Pour que la responsabilité de la société soit engagée, il n'est pas nécessaire que l'organe en cause ait le pouvoir de la représenter; il suffit

---

99 BGE 112 II 172, 190; BSK ZGB I-HUGUENIN/REITZE Art. 54/55 N 6; BK-RIEMER ZGB 55 N 53; Haftpflichtkommentar-MEIER ZGB 55 N 27; CHK-NIGGLI ZGB 55 N 5; OFTINGER/STARK, Bd. II/1, § 16 N 15; vgl. HAUSHEER/AEBI-MÜLLER N 1139.

100 BGE 115 Ib 274, 281.

101 BSK ZGB I-HUGUENIN/REITZE Art. 54/55 N 27; BK-RIEMER ZGB 55 N 56; Haftpflichtkommentar-MEIER ZGB 55 N 53; HAUSHEER/AEBI-MÜLLER N 1149.

102 BSK ZGB I-HUGUENIN/REITZE Art. 54/55 N 20.

103 BSK ZGB I-HUGUENIN/REITZE Art. 54/55 N 18; BK-RIEMER ZGB 55 N 35; Haftpflichtkommentar-MEIER ZGB 55 N 59; CHK-NIGGLI ZGB 55 N 8, 12; HAUSHEER/AEBI-MÜLLER N 1153. Vgl. auch die Formulierung in BGE 105 II 289, 292: «Erforderlich ist […], dass die Handlung ihrer Natur, ihrem Typus nach in den Bereich der Organkompetenz fällt.»

> que l'acte entre, par un rapport fonctionnel, dans le cadre général des attributions de l'organe.»[104]

So bejahte etwa das Bundesgericht die Haftung einer Aktiengesellschaft, deren Direktor die Unterschrift des kollektivzeichnungsberechtigten Prokuristen fingiert und der Geschädigten so einen gefälschten Wechsel ausgestellt hatte[105].

Privates Handeln des Organs muss sich die juristische Person hingegen nicht zurechnen lassen[106].

Die Haftung der juristischen Person beruht nach dem soeben Gesagten also nicht auf eigenem Fehlverhalten, wie etwa einer mangelhaften Auswahl oder Instruktion. Stattdessen wird sie unmittelbar für das Verschulden des Organträgers haftbar gemacht. Hat dieser in seiner Organstellung gehandelt, muss sich die juristische Person dieses Handeln «ungefiltert» zurechnen lassen, wie wenn sie selbst gehandelt hätte[107]. Daneben bleibt das Organmitglied auch persönlich für sein deliktisches Verhalten verantwortlich (Art. 55 Abs. 3 ZGB)[108]. Dem geschädigten Dritten gegenüber haften die juristische Person und das Organmitglied als natürliche Person solidarisch[109]. Der Grund für die Verantwortlichkeit der beiden liegt dabei in demselben Fehlverhalten der natürlichen Organperson. Diese Sachlage ist gleichzusetzen mit der Situation, in der zwei natürliche Personen gemein-

---

104 BGE 121 III 176, 180.

105 BGE 105 II 289, 295 f.

106 BGE 121 III 176, 180; BSK ZGB I-HUGUENIN/REITZE Art. 54/55 N 18; BK-RIEMER ZGB 55 N 35.

107 BK-RIEMER ZGB 55 N 59; Haftpflichtkommentar-MEIER ZGB 55 N 29; DRUEY/DRUEY JUST/GLANZMANN § 1 N 19, 25 ff.

108 BGE 120 II 58, 63 f.; CHK-NIGGLI ZGB 55 N 13; HAUSHEER/AEBI-MÜLLER N 367; OFTINGER/STARK, Bd. II/1, § 16 N 15. Der Wortlaut von Art. 55 Abs. 3 ZGB, der von einem Verschulden der handelnden Person spricht, ist zu eng. Umfasst sind auch andere Haftungsnormen, selbst wenn sie nach üblichem Verständnis kein Verschulden voraussetzen (BSK ZGB I-HUGUENIN/REITZE Art. 55 N 31; BK-RIEMER ZGB 55 N 57; CHK-NIGGLI ZGB 55 N 14).

109 HAUSHEER/AEBI-MÜLLER N 1155.

schaftlich agieren. Entsprechend greift hier die Haftung aus echter Solidarität nach Art. 50 OR. Dies entspricht auch der herrschenden Lehre[110].

5. Anwendbarkeit von Art. 50 OR auf Gefährdungshaftungen?

Gefährdungshaftungen zeichnen sich dadurch aus, dass ein Fehlverhalten im Sinne einer Sorgfaltspflichtverletzung nicht Haftungsvoraussetzung ist[111]. Rechtswidrigkeit ist demnach nach der hier vertretenen Auffassung nicht erforderlich[112]. Stattdessen knüpft die Haftung an eine gefährliche Tätigkeit oder eine Gefahrenquelle an[113]. Manifestiert sich ein dieser Gefahrenquelle oder Tätigkeit inhärentes Risiko, trägt derjenige die Verantwortung dafür, dem auch der wirtschaftliche Nutzen aus ebendieser Aktivität zukommt[114].

Wo diese Haftung an der blossen Existenz der betreffenden Gefahrenquelle festgemacht wird, fehlt es bereits an einem Anknüpfungspunkt für das gemeinschaftliche Zusammenwirken zwischen den potenziellen Schädigern. Dieses ist jedoch ein entscheidendes Merkmal der Mittäterschaft und Teilnahme nach Art. 50 OR[115]. Aber selbst dort, wo die Gefährdungshaftung ein Handeln bedingt, nämlich wo sie an eine gefährliche Tätigkeit gekoppelt ist, fehlt es, wie soeben dargelegt, an der Sorgfaltswidrigkeit, also der Rechtswidrigkeit der gemeinsamen Tätigkeit. Diese ist aber, wie

---

110 BSK OR I-GRABER Art. 50 N 6; BSK ZGB I-HUGUENIN/REITZE Art. 55 N 30; BK-RIEMER ZGB 55 N 68; Haftpflichtkommentar-MEIER ZGB 55 N 69; CHK-NIGGLI ZGB 55 N 13. Allerdings findet sich in der Literatur, soweit ersichtlich, keine ausführliche Begründung für die Anwendung von Art. 50 OR.

111 FELLMANN N 113, 116; REY/WILDHABER N 1501; ROBERTO, *Haftpflichtrecht*, N 16.01; vgl. HONSELL/ISENRING/KESSLER 195.

112 Vgl. zum Wegfall der Rechtswidrigkeitsvoraussetzung bei Gefährdungshaftungen FELLMANN N 115 f.; ROBERTO, *Haftpflichtrecht*, N 16.05; LANDOLT, HAVE 2014, 8; REY/WILDHABER N 1503; a.M. OFTINGER/STARK, Bd. II/2, § 24 N 27 ff.; BSK OR I-KESSLER Art. 41 N 32c.

113 OFTINGER/STARK, Bd. II/2, § 24 N 6; HONSELL/ISENRING/KESSLER 195; KELLER/GABI/GABI 206; REY/WILDHABER N 1502; ROBERTO, *Haftpflichtrecht*, N 16.02; ferner LANDOLT, HAVE 2014, 8.

114 HONSELL/ISENRING/KESSLER 195; REY/WILDHABER N 1500.

115 Vgl. vorne S. 11.

später zu zeigen sein wird[116], notwendige Voraussetzung der solidarischen Haftung aus Art. 50 OR. Wo mehrere Personen aus Gefährdungshaftung haften, ist die Folge daher stets unechte Solidarität respektive Nebentäterschaft nach Art. 51 OR.

6. Solidarität zwischen dem Staat und seinem Beamten/seiner Beamtin im Rahmen der Staatshaftung

Die Haftung des Staats kann entweder auf öffentlichem Recht oder auf Privatrecht beruhen. Eine öffentlich-rechtliche Haftung liegt vor, wenn die Schädigung durch eine amtliche (hoheitliche oder nichthoheitliche) Tätigkeit verursacht wurde. Dazu zählen etwa Polizeikontrollen und der Strafvollzug sowie Tätigkeiten im Zusammenhang mit der Ausbildung an öffentlichen Schulen sowie der Behandlung in kantonalen Spitälern[117]. Dabei haftet der Staat nicht für alle Handlungen seiner Bediensteten. Erforderlich ist stets ein *funktioneller Zusammenhang* zwischen dem schädigenden Verhalten und der amtlichen Tätigkeit[118]. Eine Schädigung *bei Gelegenheit* der amtlichen Verrichtung genügt nicht[119].

Im Bereich der öffentlich-rechtlichen Haftung gibt es keine schweizweit einheitliche Regelung. Art. 61 Abs. 1 OR ermächtigt Bund und Kantone,

---

116 Vgl. hinten S. 53.

117 ROBERTO, *Haftpflichtrecht*, N 17.01.

118 HÄFELIN/MÜLLER/UHLMANN N 2109.

119 BGE 130 IV 27, 30; TSCHANNEN/ZIMMERLI/MÜLLER § 62 N 23; vgl. HÄFELIN/MÜLLER/UHLMANN N 2109 ff. m.w.N. Über die Frage, wie hoch die Anforderungen an den funktionalen Zusammenhang sein dürfen, gehen die Meinungen allerdings auseinander. So erachten es HÄFELIN/MÜLLER/UHLMANN N 2109 als entscheidend, «ob die Beamtinnen oder Beamten infolge ihrer amtlichen Stellung in der Lage waren, die schädigende Handlung vorzunehmen, und ob die Geschädigten nach den konkreten Umständen die schädigende Handlung als Amtshandlung betrachten durften». TSCHANNEN/ZIMMERLI/MÜLLER § 62 N 24 hingegen fordern eine Bejahung des funktionalen Zusammenhanges in allen Fällen, «in welchen ein Bediensteter nur wegen seiner dienstlichen Tätigkeit in die Lage versetzt wurde, die schädigende Handlung vorzunehmen».

die Haftung ihrer Bediensteten durch öffentliches Recht zu regeln[120]. Davon haben sowohl der Bund als auch die Kantone Gebrauch gemacht. Welche Gesetzesnormen zur Anwendung kommen und an wen sich die geschädigte Person halten kann, hängt deshalb davon ab, ob der Schaden in Ausübung eines öffentlichen Amtes des Bundes oder aber der Kantone verursacht wurde. Auf Bundesebene ist für die öffentlich-rechtliche Haftung primär das eidgenössische Verantwortlichkeitsgesetz (VG) einschlägig[121]. Für Schädigungen im Rahmen der ihnen zukommenden Aufgaben haben Kantone jeweils eigene Verantwortlichkeitsgesetze erlassen[122]. Hier stellt sich die Frage nach der Solidarität zwischen dem Staat und seinen Beamten respektive Angestellten kaum; sowohl der Bund als auch die Mehrheit der Kantone sehen eine *ausschliessliche Staatshaftung* vor[123]. Darüber hinaus gibt es für einige Bereiche staatlichen Handelns spezialgesetzliche Regelungen[124]. Daneben sind, mit gewissen Einschränkungen[125], auch bei amtlicher Tätigkeit gewisse im Privatrecht besonders geregelte Haftungstatbestände einschlägig, so insbesondere die Werkeigentümer- und Grundeigentümerhaftung (Art. 58 OR und Art. 679 ZGB)[126], die Haftung des Anstaltsinhabers (Art. 333 ZGB)[127] und die Tierhalterhaftung (Art. 56 OR)[128]. Diesbezüglich kann auf die zuvor gemachten Ausführungen zu

---

120 ROBERTO, *Haftpflichtrecht*, N 17.03; TSCHANNEN/ZIMMERLI/MÜLLER § 61 N 19; UHLMANN N 12; vgl. BGE 130 IV 27, 29 f.; 123 II 577, 581 f.

121 HÄFELIN/MÜLLER/UHLMANN N 2086; ROBERTO, *Haftpflichtrecht*, N 17.04; UHLMANN N 22.

122 Umfassend dazu UHLMANN N 28 ff.

123 HÄFELIN/MÜLLER/UHLMANN N 2095; REY/WILDHABER N 119; ROBERTO, *Haftpflichtrecht*, N 17.10; TSCHANNEN/ZIMMERLI/MÜLLER § 61 N 4, 8.

124 ROBERTO, *Haftpflichtrecht*, N 17.02. Für eine Auswahl spezialgesetzlicher Normen vgl. HÄFELIN/MÜLLER/UHLMANN N 2089, 2145 ff.

125 So wird aus der Rechtsprechung des Bundesgerichts nicht gänzlich klar, ob bei der unmittelbaren Erfüllung amtlicher Aufgaben das Staatshaftungsrecht zur Anwendung kommt (vgl. dazu GROSS 30 f.; UHLMANN N 39 ff.).

126 BSK OR I-KESSLER Art. 58 N 1; BSK ZGB II-REY/STREBEL Art. 679 N 28; UHLMANN N 38.

127 ROBERTO, *Haftpflichtrecht*, *N* 17.12.

128 BSK OR I-KESSLER Art. 56 N 13; UHLMANN N 38.

den einfachen Kausalhaftungen respektive den Verschuldenshaftungen mit Beweislastumkehr verwiesen werden[129].

Aus Privatrecht hingegen haftet der Staat dann, wenn er privatrechtlich bzw. gewerblich tätig wird, also eine Tätigkeit ausübt, die grundsätzlich auch Privatpersonen offensteht und die auf Gewinnerzielung ausgerichtet ist[130]. Kurzum ist entscheidend, dass der Staat Privaten gleichgeordnet, als Subjekt des Zivilrechts gegenübertritt[131]. Davon umfasst sind die Verwaltung von Finanzvermögen, die fiskalische Wettbewerbswirtschaft sowie administrative Hilfstätigkeiten[132]. In jenen Fällen kommen gemäss Art. 61 Abs. 2 OR zumindest bei Schädigungen durch kantonale Beamte die Bestimmungen von Art. 41 ff. OR zur Anwendung[133]. Damit haften in diesen Fällen die Beamten selbst als Hilfs- oder Organpersonen nach Art. 41 OR ff.[134], das Gemeinwesen hingegen als Geschäftsherr aus Art. 55 OR respektive bei Organhandeln aus Art. 55 Abs. 2 ZGB[135]. Entsprechend ist auch hier auf die vorangehenden Ausführungen dazu zu verweisen[136]. Eine Sonderregelung hat der Bund mit Art. 11 VG erlassen. Er haftet demnach aus Zivilrecht, allerdings steht dem Geschädigten kein Anspruch gegen den fehlbaren Beamten zu[137].

---

129 Vgl. vorne S. 28 f.

130 HÄFELIN/MÜLLER/UHLMANN N 2141; vgl. OFTINGER/STARK, Bd. II/1, § 20 N 32.

131 BGE 139 III 110, 112 f.; HÄFELIN/MÜLLER/UHLMANN N 2108, 2141.

132 HÄFELIN/MÜLLER/UHLMANN N 2108; TSCHANNEN/ZIMMERLI/MÜLLER § 62 N 20; ROBERTO, *Haftpflichtrecht*, N 17.01.

133 BK-BREHM OR 61 N 31; HÄFELIN/MÜLLER/UHLMANN N 2141. Allerdings ist Art. 61 Abs. 2 OR nach der herrschenden Lehre als bloss einseitige Begrenzung der kantonalen Kompetenzen aufzufassen. So soll es den Kantonen möglich sein, zugunsten der Geschädigten abweichende Regelungen zu treffen (BSK OR I-KESSLER Art. 61 N 10; VON TUHR/PETER 425 f.; vgl. BK-BREHM OR 61 N 32; HÄFELIN/MÜLLER/UHLMANN N 2155 ff.; UHLMANN N 37).

134 So ausdrücklich OFTINGER/STARK, Bd. II/1, § 20 N 51.

135 BK-BREHM OR 61 N 31; BSK OR I-KESSLER Art. 61 N 9; GROSS 30; OFTINGER/STARK, Bd. II/1, § 20 N 42.

136 Vgl. vorne S. 28 ff.

137 HÄFELIN/MÜLLER/UHLMANN N 2142.

§ 5 Parameter zur Haftungseingrenzung bei Mehrtäterverhältnissen

1. Einleitung

Die hier untersuchten Rechtsordnungen beschreiben und kategorisieren Mehrtäterverhältnisse auf unterschiedliche Weise. Auch variieren die Rechtsfolgen der jeweiligen Kategorisierungen. Um diesbezüglich Vergleichbarkeit herzustellen, sind deshalb einheitliche Parameter notwendig. Ausgehend von Art. 50 OR werden diese im Folgenden auf einer grundlegenden Ebene identifiziert.

2. Bestimmung der Parameter

Die schweizerische Rechtsprechung und Lehre beschäftigen sich durchaus mit der Mittäterschaft und Teilnahme im ausservertraglichen Bereich. Dabei wird versucht, die Umrisse von Art. 50 OR deutlicher herauszuarbeiten. So wird etwa diskutiert, ob die Bestimmung lediglich eine gemeinsame Verursachung, also den Kausalzusammenhang zwischen dem Verhalten mehrerer Personen und der Rechtsgutverletzung[138], oder zusätzlich ein gemeinsames Verschulden im Sinne eines «bewussten schuldhaften Zusammenwirkens»[139] voraussetzt[140]. Zu Recht sprechen sich die Rechtsprechung und der überwiegende Teil der Lehre für das Erfordernis des

---

138 HONSELL/ISENRING/KESSLER § 11 N 4; MERZ 104.

139 ZK-OSER/SCHÖNENBERGER OR 50 N 3; SCHMIDT 33; vgl. auch OFTINGER/STARK, Bd. II/1, § 16 N 325: «Gemeinsamkeit des Verschuldens setzt zwar nicht ein beabsichtigtes, aber doch ein bewusstes Zusammenwirken voraus.»

140 Dabei werden, wie KÖRNER N 64 zutreffend bemerkt, die Begriffe «gemeinsames Verschulden» und «gemeinsame Schadensverursachung» keinesfalls einheitlich verwendet; das genaue Begriffsverständnis ist weiterhin unklar. So ist z.B. nach BSK OR I-GRABER Art. 50 N 6 f. das bewusste Zusammenwirken Teil der gemeinsamen Verursachung (ebenso SCHWENZER/FOUNTOULAKIS N 88.13; widersprüchlich BK-BECKER OR 50 N 2, 5). Nach einer anderen Lehrmeinung wird dieses Element hingegen im Rahmen des gemeinsamen Verschuldens geprüft (VON TUHR/PETER 464 f.; KÖRNER N 139).

gemeinsamen Verschuldens aus[141]. Auch herrscht weitestgehend Einigkeit darüber, dass dafür Fahrlässigkeit genügt[142].

Dieser grundsätzliche Konsens reicht allerdings nicht für eine klare Eingrenzung der Mittäterschaft und Teilnahme aus. Dass die Lehre Mühe bekundet, hier trennscharfe Linien zu ziehen, wird an den wenig differenzierten und bisweilen sogar widersprüchlichen Voten deutlich. So wird z.B. eine «bewusste und gewollte Teilnahme»[143] gefordert, nur um wenig später Fahrlässigkeit genügen zu lassen[144]. Auch die bundesgerichtliche Rechtsprechung ist in dieser Hinsicht nicht konsistent. Einmal führte das Bundesgericht aus, eine solidarische Haftung nach Art. 50 OR setze «ein gemeinsames Handeln voraus, das […] nur in einer bewussten und ge-

---

141 BGE 104 II 225, 230; 62 II 138, 139 f.; 55 II 310, 314; ferner BGE 100 II 332, 337; 71 II 107, 110 f.; BK-BREHM OR 50 N 7 ff.; ZK-OSER/SCHÖNENBERGER OR 50 N 1 ff.; OFTINGER/STARK, Bd. II/1, § 16 N 322 ff.; FELLMANN/KOTTMANN N 2759 ff.; ENGEL 563; EREN 407; JANSEN 49; vgl. REY/WILDHABER N 1672; ähnlich KÜTTEL, HAVE 2008, 320 f., die sowohl eine gemeinsame Verursachung als auch ein gemeinsames Verschulden verlangt; ferner SCHAZMANN 12. A.M. HONSELL/ISENRING/KESSLER § 11 N 3; MERZ 103 ff.; abweichend auch PERRITAZ N 243, der die Ansicht vertritt, die gemeinsame *Verursachung* und das gemeinsame *Verschulden* seien weitgehend deckungsgleich.

142 BGE 127 III 257, 264; 115 II 42, 45; so auch schon BGE 25 817, 823 f.; BK-BREHM OR 50 N 12; BSK OR I-GRABER Art. 50 N 6, 10; BK-BECKER OR 50 N 6; OFTINGER/STARK, Bd. II/1, § 16 N 324; REY/WILDHABER N 1672, 1679; VON TUHR/PETER 465; WERRO N 1701; KÖRNER N 139 f.; PERRITAZ, AJP 2018, 796; QUENDOZ 11; SCHAZMANN 15; vgl. DESCHENAUX/TERCIER § 35 N 4 f.; FELLMANN/KOTTMANN N 2774; Guhl/Koller/Schnyder-KOLLER § 26 N 1; a.M. wohl KÜTTEL 326; kritisch auch WEBER, *einheitliche Lösung*, 348 f.

143 BK-BREHM OR 50 N 7c.

144 BK-BREHM OR 50 N 12; ähnlich auch QUENDOZ 11 [Hervorhebungen im Original]: «Gemeinsames Verschulden [s]etzt ein *gewolltes, bewusstes*, aber nicht notwendigerweise vorsätzliches *Mitwirken* voraus.» Vgl. sodann BK-KRATZ OR 143 N 317 [Hervorhebungen im Original]: «Nach herrschender Lehre und Rechtsprechung muss [für ein Zusammenwirken nach Art. 50 OR] eine *bewusste und gewollte Teilnahme mehrerer* […] vorliegen. Um dem Vorwurf der Teilnahme ausgesetzt zu sein, genügt es, wenn *jeder Schädiger um das pflichtwidrige Verhalten des anderen weiss oder wissen könnte.*» Ebenso BRUNNER N 310; ferner JANSEN 16. Vgl. immerhin SCHAZMANN 15, welcher den Widerspruch zwischen bewusstem und gewolltem Zusammenwirken einerseits und einer fahrlässigen Schädigung andererseits erkennt.

wollten Teilnahme»[145] bestehen könne. In einem späteren Fall liess es hingegen genügen, dass «jeder Schädiger vom Tatbeitrag des anderen Kenntnis hat oder bei der erforderlichen Aufmerksamkeit Kenntnis haben konnte»[146]. Besonders deutlich wird die Schwierigkeit, zwischen einem Vorsatz- und einem Fahrlässigkeitserfordernis zu unterscheiden, in folgendem Zitat des Bundesgerichts [Hervorhebungen durch die Autorin]:

> «L'art. 50 al. 1 CO suppose tout d'abord que le dommage a été provoqué par une cause commune. Il faut donc que chaque auteur ait connu ou *ait pu connaître*, en usant de l'attention nécessaire, la participation des autres à l'acte dommageable. Autrement dit, les auteurs doivent avoir *coopéré consciemment* pour parvenir à ce résultat.»[147]

Sachlogisch ist allerdings bei fahrlässigen Schädigungen ein bewusstes und gewolltes Zusammenwirken im Hinblick auf den *Schädigungserfolg* nicht möglich. Das Bewusstseinselement kann lediglich die *gemeinschaftliche Tätigkeit* umfassen, welche nicht die Schädigung zum Ziel hatte, bei deren Ausführung aber die nötige Sorgfalt ausser Acht gelassen wurde[148]. Der Vorsatz dreier Kinder etwa, die mit Bengalfackeln spielten, bezog sich lediglich auf die Zündelei. Hingegen wollten sie gerade *nicht*, dass eine der Fackeln einen Scheunenbrand verursacht[149]. Die Verwirrung in der schweizerischen Lehre und Rechtsprechung rührt folglich daher, dass nur

---

145 BGE 90 II 501, 508.

146 BGE 104 II 225, 230; ähnlich bereits BGE 25 II 817, 823 f. Vgl. zur inkonsistenten Rechtsprechung des Bundesgerichts JANSEN 48 ff.

147 BGer 4A_185/2007 vom 20. September 2007, E. 6.2.1.

148 Richtig erkannt wird dies im schweizerischen Strafrecht: DONATSCH, SJZ 1989, 111; HÄRING 12; GETH N 502; RIEDO/CHVOJKA, ZStrR 2002, 161. Auch im deutschen, österreichischen sowie US-amerikanischen Recht wird spezifiziert, ob sich der infrage stehende Verschuldensgrad auf die ursprüngliche Tätigkeit oder die dabei zugefügte Schädigung bezieht (für Deutschland: Staudinger-EBERL-BORGES § 830 BGB N 17; BRAMBRING 49. Für Österreich: BYDLINSKI, AcP 1959/1960, 429; KOZIOL D5 N 11; Schwimann/Kodek-HARRER/WAGNER § 1302 ABGB N 9. Für die USA: HYLTON 180 f.; vgl. die Beispiele in AMERICAN LAW INSTITUTE, Restatement [Second] of Torts, Vol. 4, § 876, Comment on Clause [a]; WECKERLE 37 m.w.N.).

149 Beispiel in Anlehnung an BGE 100 II 332.

in den seltensten Fällen definiert wird, *worauf* sich der nötige Verschuldensgrad zu beziehen hat[150].

Das «gemeinsame Verschulden» ist also vielschichtiger, als dies gemeinhin angenommen wird. Ein eindimensionales Fahrlässigkeits- oder Vorsatzerfordernis vermag die vielfältigen Mehrtäterverhältnisse nicht hinreichend abzubilden. Wird der nötige Verschuldensgrad allerdings genügend aufgeschlüsselt, kann dies zu einer hilfreichen Leitlinie werden, welche die Solidarhaftung nach Art. 50 OR zuverlässig einzugrenzen vermag. Dabei ist kritisch zu fragen, ob und inwiefern Fahrlässigkeit für eine haftpflichtrechtlich relevante Mittäterschaft oder Teilnahme an einer Schädigung genügen soll. Damit ist der erste hier zu untersuchende Parameter der *Verschuldensgrad*:

Welchen Verschuldensgrad muss das «gemeinsame Verschulden» nach Art. 50 OR erreichen und worauf bezieht sich der Verschuldensgrad?

Der Verschuldensgrad genügt allerdings noch nicht, um die Mittäterschaft und Teilnahme verlässlich einzugrenzen. Hier spielt zusätzlich der nötige *Kausalzusammenhang* zwischen den Handlungen der Beteiligten und der Schädigung eine Rolle. Ob und in welchem Ausmass ein solcher vorhanden sein muss, ist dabei alles andere als klar. So stellt das Bundesgericht mittlerweile bei bewusst zusammenwirkenden Personen weit tiefere Anforderungen an den Kausalzusammenhang als bei Schädigungen durch Einzeltäter. Es genüge, wenn die *Gesamthandlung* der gemeinsam handelnden Personen kausal für die Schädigung gewesen sei[151] (im Unterschied zur Handlung *jedes einzelnen* Täters). Die schweizerische Lehre weicht bisweilen das Kausalitätserfordernis mithilfe einer «psychischen» oder «mit-

---

150 Eine Ausnahme in dieser Hinsicht findet sich bei CORBOZ 44, der deutlich zwischen dem bewussten und gewollten *Zusammenwirken* bei einer sorgfaltswidrigen Tätigkeit einerseits und der ungewollten *Schädigung* andererseits differenziert. So wohl auch ZK-KRAUSKOPF OR 144 N 50; KÜTTEL, HAVE 2008, 326; ferner HUGUENIN N 2007 f.; KRAMER 58.

151 BGE 104 II 184, 187; 57 II 417, 419 f.; anders noch in einem Fall, in dem der unmittelbare Täter bekannt war BGE 31 II 248, 252; ausführlich dazu hinten S. 65 ff.

telbaren» Mitverursachung auf[152], und teilweise werden die Tatbeiträge der einzelnen Täter sämtlichen Beteiligten zugerechnet[153].

Das Ergebnis dieser Mehrstimmigkeit ist wenig befriedigend. Insbesondere ist fraglich, inwiefern ein derart gedehntes Kausalitätsverständnis noch einen Beitrag zur Haftungseingrenzung zu leisten vermag. Eine Untersuchung des notwendigen Kausalzusammenhangs muss sich auch mit in der Schweiz wenig bekannten Lösungen auseinandersetzen. In Deutschland wird z.B. von der (zumeist älteren) Rechtsprechung und einem Teil der Lehre gänzlich auf das Kausalitätserfordernis des einzelnen Beteiligten verzichtet und stattdessen eine haftungserzeugende Wirkung des gemeinschaftlichen Willens betont[154].

Der zweite erfolgversprechende Parameter ist damit der ***notwendige Kausalzusammenhang zwischen der Handlung der beteiligten Person und der Rechtsgutverletzung:***

Wie muss er beschaffen sein, um eine Solidarhaftung aus Mittäterschaft und Teilnahme nach Art. 50 OR zu begründen, und welchen Einfluss hat umgekehrt die Mittäterschaft und Teilnahme auf das Kausalitätserfordernis?

Die beiden identifizierten Parameter dienen nun als Linse, durch welche die ausgewählten Rechtsordnungen betrachtet werden.

3. Schaffung eines vergleichbaren Massstabs beim Verschuldensgrad

Um den für eine Mittäterschaft oder Teilnahme jeweils nötigen Verschuldensgrad unmissverständlich zu beschreiben, muss zuerst geklärt werden, worauf er sich bezieht. Es wurde bereits angemerkt, dass die schweizeri-

---

152 OFTINGER/STARK, Bd. II/1, § 16 N 319; KÜTTEL, HAVE 2008, 322; MÜLLER N 840; QUENDOZ 10.

153 FELLMANN/KOTTMANN N 2881; WEBER, *einheitliche Lösung*, 350; KÖRNER N 141; PERRITAZ, AJP 2018, 800.

154 BGH NJW 1972, 40, 42; BGHZ 8, 288, 294; DEUTSCH, *Haftungsrecht*, N 509; vgl. Staudinger-EBERL-BORGES § 830 BGB N 11, 14; ferner MüKo BGB-WAGNER § 830 N 17 m.w.N.; ausführlich hinten S. 72 f.

sche Lehre und Rechtsprechung zum Haftpflichtrecht hier Mühe bekunden[155]. Die Notwendigkeit eines solchen Bezugspunktes wird hingegen im deutschen[156], österreichischen[157] und US-amerikanischen[158] Zivil- sowie im schweizerischen Strafrecht[159] richtig erkannt. Der Blick auf diese (Teil-) Rechtsordnungen ist für die Definition des Verschuldensgrades denn auch unerlässlich.

In Deutschland verlangen die Rechtsprechung und weite Teile der Lehre eine vorsätzliche Beteiligung an einem Vorsatzdelikt[160]. Sie beziehen damit den Verschuldensgrad zum einen auf die *Teilnahmehandlung*, zum anderen auf die dadurch unterstützte *Haupttat*. Vereinzelte Autoren nehmen hingegen als Ausgangspunkt das vorsätzliche Zusammenwirken. Sie diskutieren, ob ein solches für die Begründung einer Solidarhaftung aus Mittäterschaft und Teilnahme selbst dann ausreicht, wenn es nicht auf eine Rechtsgutverletzung gerichtet war, sondern auf ein haftpflichtrechtlich neutrales Verhalten[161]. Dadurch beziehen sie den Verschuldensgrad einerseits auf das *Zusammenwirken*, andererseits auf die *Rechtsgutverletzung*.

Auch im US-amerikanischen Haftpflichtrecht wird, wenngleich nur selten ausdrücklich, zwischen verschiedenen Bezugspunkten des Verschuldensgrades unterschieden:

---

155 Vgl. vorne S. 36 f.

156 Staudinger-EBERL-BORGES § 830 BGB N 17; BRAMBRING 49; vgl. auch WECKERLE 69 f.

157 OGH CaS 2018, 389; OGH SZ 72/156, 270; SZ 71/22, 135; BYDLINSKI, AcP 1959/1960, 429; KOZIOL D5 N 11; Schwimann/Kodek-HARRER/WAGNER § 1302 ABGB N 9.

158 HYLTON 180 f.

159 DONATSCH, SJZ 1989, 111; GETH N 502; RIEDO/CHVOJKA, ZStrR 2002, 161.

160 BGH GRUR 2015, 485, 488, N 35; BGH NJW 1972, 40, 41; BGH VersR 1967, 471, 473; BGHZ 42, 117, 122; besonders deutlich Soergel-KRAUSE § 830 BGB N 5: «Gemeint ist damit ein bewusstes und gewolltes Zusammenwirken mit dem Ziel der Herbeiführung desselben Verletzungserfolgs.» Ebenso Grüneberg-SPRAU § 830 BGB N 3; Eren-WILHELMI § 830 BGB N 3; BeckOK-SPINDLER § 830 BGB N 5; ESSER/WEYERS 227 f.; vgl. MüKo BGB-WAGNER § 830 N 39.

161 WECKERLE 61; BRAMBRING 49; KREUTZIGER 117 f.; vgl. FRAENKEL 275. Noch weiter scheint DEUTSCH, *Haftungsrecht*, N 507 zu gehen, der für eine Solidarhaftung genügen lässt, dass «mehrere dieselbe Pflicht oder aufeinander ausgerichtete Pflichten treffen [sic]». Vgl. dazu auch hinten S. 92.

> «Concert of action exists when two or more tortfeasors act according to a common plan or arrangement. The common plan could be an intentional tort, or it could be a course of conduct in which their negligence causes an injury to the plaintiff.»[162]

Dieselben Überlegungen zu verschiedenen Anknüpfungspunkten des Verschuldens sind im schweizerischen Strafrecht präsent. Allerdings hat das Bundesgericht es versäumt, sich vertieft mit ihnen auseinanderzusetzen. Es hat zwar HURTADO POZO zitiert und damit eine entsprechende Lehrmeinung wiedergegeben, ist jedoch nicht weiter darauf eingegangen[163]. Die schweizerische Lehre zum Strafrecht hingegen beschäftigt sich bereits seit Längerem ausführlich mit dieser Thematik. Mehrere Personen können demnach «gemeinsam vorgehen, um ein bestimmtes Ziel zu erreichen, dabei indessen ungewollt, aber vermeidbar und voraussehbar einen bestimmten Nebenerfolg verursachen und damit ein Fahrlässigkeitsdelikt begehen»[164].

Vor allem aber hat dieses Konzept ausdrücklich Eingang in die höchstrichterliche österreichische Rechtsprechung gefunden. So schreibt der OGH in einem neueren Urteil [Hervorhebungen durch die Autorin]:

> «Gemeinschaftlichkeit im Sinne des § 1301 ABGB kann aber auch dann vorliegen, wenn zwischen den Tätern zwar kein Einvernehmen über die *Schädigung* gegeben war, wohl aber über die gemeinsame Durchführung eines bestimmten *Vorhabens*, bei dessen Verwirklichung eine nicht beabsichtigte Schädigung erfolgte […].»[165]

Die Lehre schliesst sich dieser Ansicht im Grundsatz an[166].

---

162 HYLTON 180; vgl. die Beispiele in AMERICAN LAW INSTITUTE, Restatement (Second) of Torts, Vol. 4, § 876, Comment on Clause (a); ferner WECKERLE 37 m.w.N.

163 BGE 143 IV 361, 367.

164 RIEDO/CHVOJKA, ZStrR 2002, 161; ebenso DONATSCH, SJZ 1989, 110 f.; GETH N 502; HURTADO POZO N 1409; VILLARD, AJP 2017, 1456 f.; EHMANN/BERTSCHINGER, forumpoenale 2018, 141; ferner HÄRING 281; PETER 125; die Aufteilung ebenfalls vornehmend, allerdings der Rechtsprechung und herrschenden Lehre in Deutschland entsprechend zwischen *Teilnahmehandlung* und *Haupttat* differenzierend BSK StGB I-FORSTER Vor Art. 24 N 21.

165 OGH SZ 71/22, 135; bestätigt in OGH SZ 72/156, 270; SZ 2016/87, 134; OGH CaS 2018, 389.

166 KOZIOL D5 N 11; BYDLINSKI, AcP 1959/1960, 429; Schwimann/Kodek-HARRER/WAGNER § 1302 ABGB N 7 ff.; KuKo-KARNER § 1301 ABGB N 3. Im Vergleich

Ob nun zwischen *Teilnahmehandlung* und *Haupttat* oder zwischen *Zusammenwirken* und *Rechtsgutverletzung* unterschieden wird, ist aus ergebnisorientierter Perspektive unerheblich. In beiden Fällen wird deutlich, dass zwischen zwei Bezugspunkten des Verschuldensgrades differenziert werden muss. Gerade für das schweizerische Haftpflichtrecht erscheint letztere Einteilung allerdings geeigneter. So wird in der Rechtsprechung und Literatur in der Regel versucht, die Mittäterschaft und Teilnahme über eine Definition des Zusammenwirkens einzugrenzen[167]. Auch diese Untersuchung ist deshalb entlang dieser Kategorien aufgebaut.

Nach dem soeben Gesagten lassen sich die möglichen Beteiligungskonstellationen in vier Kategorien aufschlüsseln[168]:

(1) vorsätzliches Zusammenwirken, vorsätzliche Rechtsgutverletzung (wissentliches und willentliches Zusammenwirken, gerichtet auf eine Rechtsgutverletzung)

(2) vorsätzliches Zusammenwirken, fahrlässige Rechtsgutverletzung (wissentliches und willentliches Zusammenwirken, gerichtet auf ein haftpflichtrechtlich neutrales Ziel)

(3) fahrlässiges Zusammenwirken, vorsätzliche Rechtsgutverletzung (unbewusste oder für möglich gehaltene, aber nicht gewollte Mitwirkung an wissentlicher und willentlicher Rechtsgutverletzung durch unmittelbaren Schädiger)

---

zur österreichischen Lehre schränkt der OGH den Bezugspunkt des Verschuldensgrades stärker ein. Auf diesen Unterschied wird auf S. 52 ff. vertieft eingegangen.

167 Vgl. anstatt vieler BGE 104 II 225, 230: «[…] Art. 50 OR wird […] nur dort als anwendbar betrachtet, wo mehrere Personen bei der Schadensverursachung schuldhaft zusammengewirkt haben. Ein schuldhaftes Zusammenwirken […] setzt jedoch […] voraus, dass jeder Schädiger vom Tatbeitrag des andern Kenntnis hat oder bei der erforderlichen Aufmerksamkeit Kenntnis haben könnte.» BK-BECKER OR 50 N 2; ZK-OSER/SCHÖNENBERGER OR 50 N 3; OFTINGER/STARK, Bd. II/1, § 16 N 325; ferner HONSELL/ISENRING/KESSLER § 11 N 11.

168 BK-BREHM OR 50 N 9 ff. unterscheidet innerhalb des Vorsatzes weiter zwischen Absicht, Vorsatz i.e.S. und Eventualvorsatz. Diese Differenzierung bietet allerdings keinen Mehrwert, weshalb in dieser Arbeit darauf verzichtet wird.

(4) fahrlässiges Zusammenwirken, fahrlässige Rechtsgutverletzung (unbewusstes oder für möglich gehaltenes Zusammenwirken, resultierend in unbewusster oder für möglich gehaltener, aber nicht gewollter Rechtsgutverletzung)

Diese Kategorisierung ermöglicht es, den für eine Beteiligung an einer Schädigung nötigen Verschuldensgrad und seinen Bezugspunkt präzise zu bestimmen. In der Folge wird erschlossen, wie die untersuchten Rechtsordnungen mit diesen Kategorien umgehen, wo also die Grenzen der Mittäterschaft und Teilnahme gezogen werden. Der Aufbau des nachfolgenden Teils folgt dabei der Zweiteilung zwischen vorsätzlichem und fahrlässigem Zusammenwirken.

3. Teil: Die Mittäterschaft und Teilnahme im Rechtsvergleich

§ 6 Einleitung

Anhand der im vorangehenden Teil festgelegten Parameter werden nachfolgend zunächst die theoretischen Grundlagen der Mittäterschaft und Teilnahme in den einzelnen Rechtsordnungen untersucht. Der Aufbau folgt dabei der zuvor herausgearbeiteten Zweiteilung in vorsätzliches und fahrlässiges Zusammenwirken[169]. Zweck dieser Analyse ist nicht bloss die deskriptive Darstellung der unterschiedlichen Mittäterschafts- und Teilnahmekonzepte. Diese werden vielmehr auf ihre dogmatische Stringenz hin analysiert. Aus dieser Untersuchung wird auf einer abstrakten Ebene ein für das schweizerische Haftpflichtrecht geeignetes Haftungsmodell für Mehrtäterverhältnisse abgeleitet. Die daraus gewonnenen Erkenntnisse dienen als Fundament für die anschliessende fallgruppenbasierte Analyse.

[169] Vgl. vorne S. 43 f.

§ 7 Vorsätzliches Zusammenwirken

1. Die Qualifikation des vorsätzlichen Zusammenwirkens in den einzelnen Rechtsordnungen

1.1. Das vorsätzliche, auf eine Schädigung gerichtete Zusammenwirken

Den archetypischen Fall von Mehrtäterverhältnissen bilden Sachverhalte, in denen sich mehrere Personen zum Zweck einer Schädigung zusammenschliessen. Ebenfalls in diese Kategorie fallen Situationen, in denen die Beteiligten eine Schädigung im Sinne eines Eventualvorsatzes zumindest in Kauf nehmen. Diese der Konstellation (1)[170] zuzuordnenden Fälle bereiten keine Schwierigkeiten. Sämtliche hier untersuchten (Teil-)Rechtsordnungen gehen bei diesem höchstmöglichen Verschuldensgrad von einer Mittäterschaft oder Teilnahme aus[171].

1.2. Das vorsätzliche Zusammenwirken ohne Schädigungsvorsatz

Verlässt man diesen Fall und betrachtet das vorsätzliche Zusammenwirken ohne Schädigungsvorsatz, also Konstellation (2), werden allerdings bereits deutliche Unterschiede zwischen den einzelnen Rechtsordnungen sichtbar. Die deutsche Rechtsprechung und ein überwiegender Teil der

---

170 Für einen Überblick über die vier Konstellationen, entlang derer die vorliegende Arbeit aufgebaut ist vgl. vorne S. 43 f.

171 Für das schweizerische Haftpflichtrecht: besonders deutlich BGE 90 II 501, 508; vgl. auch BGE 115 II 42, 45; 104 II 225, 230; 57 II 417, 420 f.; OFTINGER/STARK, Bd. II/1, § 16 N 324; BK-BREHM OR 50 N 7c, 9 ff.; BSK OR I-GRABER Art. 50 N 6 f.; ZK-OSER/SCHÖNENBERGER OR 50 N 2; FELLMANN/KOTTMANN N 2772 ff. Für das schweizerische Strafrecht: BGE 127 IV 122, 130 f.; 125 IV 134, 136; BSK StGB I-FORSTER Art. 24 N 3; BSK StGB I-ders. Art. 25 N 3; STRATENWERTH § 13 N 53, 104 ff. Für Deutschland: BGH GRUR 2015, 485, 488, N 35; BGHZ 137, 89, 102; Soergel-KRAUSE BGB § 830 N 5; LARENZ/CANARIS 567; Grüneberg-SPRAU § 830 BGB N 3. Für Österreich: OGH, 14. Oktober 2003, 1 Ob 200/03y; Schwimann/Kodek-HARRER/WAGNER § 1302 ABGB N 6. Für die USA: *Garrett v. Garrett*, 228 N.C. 530, 531, 46 S.E.2d 302 (1948); HYLTON 180; vgl. PROSSER/KEETON 322 f.; DIAMOND/LEVINE/BERNSTEIN 193.

deutschen Lehre zum Zivilrecht legen die Begriffe Mittäterschaft, Anstiftung und Beihilfe nach strafrechtlichen Grundsätzen aus[172]. Begründet wird dies zum einen mit Überlegungen der Rechtseinheit bzw. Rechtssicherheit[173]. Zum anderen wird vorgebracht, das Wesen der Mittäterschaft als «Gemeinschaftlichkeit des Wollens»[174] bedinge eine vorsätzliche Begehung[175].

> «Jeder Täter [müsse] den Willen [haben], zugleich dieselbe Tat als eigene zu verwirklichen, auf die der Wille der Mittäter gerichtet ist.»[176]

Ein doppelter Vorsatz wird damit als zwingend erachtet. Er muss sich also sowohl auf das Zusammenwirken als auch auf die Schädigung bezogen haben. Eine nicht zu unterschätzende Mindermeinung kritisiert jedoch diese enge Auslegung von § 830 Abs. 1 Satz 1 und Abs. 2 BGB. So wenden einige Autoren zu Recht ein, dass das doppelte Vorsatzerfordernis auch im Strafrecht nicht unumstritten sei[177]. Weit bedeutsamer ist allerdings der Hinweis auf die unterschiedlichen Zielsetzungen und Interessenlagen des Straf- und Zivilrechts[178]. Das Strafrecht will, in Deutschland wie in der

---

172 BGH GRUR 2015, 485, 488, N 35; BGH NJW 2004, 3423, 3425; BGHZ 137, 89, 102; 89, 383, 389; 63, 124, 126; BGH NJW 1972, 40, 41; BGHZ 8, 289, 292; OLG Dresden BeckRS 2011, 16675; NomosKomm-KATZENMEIER § 830 BGB N 5; Soergel-KRAUSE § 830 BGB N 5; MüKo BGB-WAGNER § 830 N 9; Eren-WILHELMI § 830 BGB N 3; vgl. Staudinger-EBERL-BORGES § 830 BGB N 11, 21; DEUTSCH, *Haftungsrecht*, N 497; FUCHS/PAUKER/BAUMGÄRTNER 262; KREUTZIGER 119 f.; ferner LARENZ/CANARIS 567. Bemerkenswert ist, dass das Reichsgericht noch ein weiteres Verständnis der Mittäterschaft hatte (RGZ 58, 357, 359: «Die Anwendung des § 830 Abs. 1 Satzes 2 B.G.B. erfordert […] keineswegs ein gemeinsames bewusstes Vorgehen der ‹mehreren Beteiligten› […]. Gemeinschaftlichkeit der Verursachung umfasst […] selbst das Zusammenwirken fahrlässiger Handlungen mehrerer […]»). Vgl. auch DEUTSCH, JZ 1972, 105.

173 MüKo BGB-WAGNER § 830 N 9; ferner LARENZ/CANARIS 567; vgl. KREUTZIGER 5; für weitergehende Überlegungen zur Einheit der Rechtsordnung vgl. HONSELL/MAYER-MALY 164 ff.

174 BGH VersR 1960, 540.

175 BRAMBRING 49 f.; vgl. WECKERLE 63 f. m.w.N.

176 BGH VersR 1960, 540.

177 KREUTZIGER 1 ff.; WECKERLE 64 f.; vgl. auch BeckOK-SPINDLER § 830 BGB N 8 mit einer Übersicht über den strafrechtlichen Forschungsstand; DEUTSCH, *Haftungsrecht*, N 507; ders., JZ 1972, 106.

178 Vgl. bereits vorne S. 6.

Schweiz, Unrecht sühnen und im Sinne der Prävention zukünftiges Unrecht verhindern[179]. Es orientiert sich dabei am Täter und seiner persönlichen Schuld[180]. Zwar hat auch das Haftpflichtrecht eine Präventionsfunktion[181]. Ihm ist allerdings, zumindest in Kontinentaleuropa, das pönale oder sühnende Element fremd[182]. Stattdessen will es Ausgleich für erlittenen Schaden schaffen[183]. Von Bedeutung ist überdies, dass die Mehrzahl der zivilrechtlichen Haftungsfälle auf Fahrlässigkeit beruht[184]. Eine unbesehene Übernahme der strafrechtlichen Auslegung ins Haftpflichtrecht wird daher von einem Teil der Lehre als unzulässig erachtet[185]. Stattdessen soll ein vorsätzliches Zusammenwirken bei fahrlässiger Rechtsgutverletzung im Sinne von Konstellation (2) ausreichen[186]. Dem wiederum hält

---

179 Für die Schweiz: DONATSCH/TAG 8; TRECHSEL/NOLL/PIETH 18 ff. Für Deutschland: MüKo StGB-JOECKS/ERB Einl. N 59 ff., 78; ROXIN/GRECO § 3 N 2 ff., 11 ff.

180 STRATENWERTH § 1 N 3 ff., § 8 N 22 ff.; vgl. KÖRNER N 52; ferner Staudinger-EBERL-BORGES § 830 BGB N 27.

181 Umfassend WAGNER 4. Kapitel N 4 ff.; LARENZ 423 f.; REY/WILDHABER N 14; ROBERTO, H*aftpflichtrecht*, N 02.71; vgl. SCHAZMANN 39.

182 ROBERTO, *Haftpflichtrecht*, N 02.79.

183 Staudinger-EBERL-BORGES § 830 BGB N 27; LARENZ 424; KOZIOL A N 36. Anzumerken ist allerdings, dass diese Zielsetzung in der Praxis in den Hintergrund getreten ist. Anstelle des eigentlichen Schädigers übernehmen in den allermeisten Fällen Versicherungen die Ersatzleistungen an den Geschädigten. Das Haftpflichtrecht hat sich deshalb zu einem «Recht der Regressvoraussetzungen» zwischen den Versicherern gewandelt (WEYERS 401; REY/WILDHABER N 13, 23; ROBERTO, H*aftpflichtrecht*, N 02.40; vgl. BRÜGGEMEIER N 34 ff. m.w.N.). Vgl. sodann WAGNER 4. Kapitel N 2, wonach das Haftpflichtrecht vielmehr die Voraussetzungen bestimmen will, unter denen Kompensation für erlittenen Schaden gewährt wird.

184 DEUTSCH, JZ 1972, 106.

185 AHRENS 3; vgl. DEUTSCH, *Haftungsrecht*, N 507; ders., JZ 1972, 106; WECKERLE 65; ferner BYDLINSKI, AcP 1959/1960, 414; KREUTZIGER 127, der zwar anerkennt, dass das Strafrecht für das Zivilrecht nicht massgebend ist, aber dennoch einen doppelten Vorsatz fordert.

186 ENNECCERUS/LEHMANN 993; WECKERLE 69; vgl. BeckOK-SPINDLER § 830 N 8; Soergel-KRAUSE § 830 BGB N 9 m.w.N. Weiter geht FRAENKEL 272 ff., insbesondere 274: «Es gibt eine fahrlässige Teilnahme an vorsätzlicher Tat wie eine vorsätzliche Teilnahme an fahrlässiger Tat, sofern nur die [Teilnahme-]Handlung als Teil der Unrechtsvereinbarung von dem gemeinschaftlichen Willen gedeckt ist.» Damit lässt er eine Mittäterschaft und Teilnahme auch bei Konstellation (3) zu. Ähnlich DEUTSCH, *Haftungsrecht*, N 507, der eine «fahrlässige Mit-

BRAMBRING entgegen, einen auf die Vornahme einer «neutralen» Handlung reduzierten Vorsatzbegriff kenne die Rechtsordnung nicht. Jede Willensrichtung müsse «final, also auf den Erfolg ausgerichtet»[187] sein. Bei diesem Einwand handelt es sich allerdings um einen Zirkelschluss. Der Rechtsordnung ist ja gerade deshalb keine andere Vorsatzdefinition bekannt, weil sie sich stets am strafrechtlichen Vorsatzbegriff orientiert.

Dass trotz der deutlichen Unterschiede zwischen Straf- und Haftpflichtrecht eine Mehrheit in der Haftpflichtrechtswissenschaft an der Strafrechtsdogmatik festhält, ist erstaunlich. Es überrascht umso mehr, als ein Blick auf mit dem Haftpflichtrecht verwandte Rechtsgebiete die Unzulänglichkeiten dieser Konzeption für das Zivilrecht deutlich macht. So sind gerade im Immaterial- sowie im Wettbewerbsrecht Unterlassungs- und Beseitigungsansprüche von grosser Bedeutung. Gleichzeitig gelingt dort kaum je der Nachweis eines doppelten Vorsatzes. Um dennoch zumindest Negatorien zu ermöglichen, war im Sinne eines Korrektivs ein Rückgriff auf die aus dem Sachenrecht stammende *Störerhaftung* nötig[188]. Demnach kann als Störer in Anspruch genommen werden, «wer – ohne Täter oder Teilnehmer zu sein – in irgendeiner Weise willentlich und adäquat kausal

täterschaft» zulassen will. Allerdings lässt er dafür genügen, dass «mehrere dieselbe Pflicht oder aufeinander ausgerichtete Pflichten treffen [sic]». Nach dieser Definition verlangt er lediglich eine fahrlässige Rechtsgutverletzung bei fahrlässigem Zusammenwirken (Konstellation [4]). Ferner LARENZ/CANARIS 567, 570, die in gewissen «besonderen Konstellationen auch ein nur fahrlässiges Zusammenwirken» genügen lassen möchten.

187 BRAMBRING 49.

188 BGH GRUR 2006, 875, 877, N 32; GRUR 2004, 693, 695; BGHZ 14, 163, 174; vgl. GRISSE, GRUR 2017, 1074; kritisch aber AHRENS 5, der den sachenrechtlichen Bezug für verfehlt hält. Anzumerken ist allerdings, dass der Täterschaftsbegriff in der jüngeren EuGH-Rechtsprechung zur Providerhaftung im Urheberrecht stark ausgeweitet wurde (vgl. OHLY, ZUM 2017, 796). Diese Entwicklung hat in der deutschen (Urheberrechts-)Dogmatik Bestrebungen ausgelöst, sowohl negatorische als auch reparatorische Ansprüche auf dieselbe (täterschaftliche) Grundlage zurück-, mithin das Täterschaftskonzept vom doppelten Vorsatzerfordernis wegzuführen (Schricker/Loewenheim-LEISTNER § 97 UrhG N 56a ff.; vgl. ausführlich hinten S. 144 f.).

zur Verletzung des geschützten Rechtsguts beiträgt» und ihm zumutbare Prüfpflichten verletzt hat[189].

Der österreichische OGH geht von einem im Vergleich zum deutschen BGH weiteren Mittäterschafts- und Teilnahmebegriff aus. Er verlangt dafür zwar ein vorsätzliches Zusammenwirken. Allerdings muss sich der gemeinschaftliche Vorsatz nicht zwingend auf die Rechtsgutverletzung beziehen. Immerhin aber hat er eine *rechtswidrige* Handlung zu umfassen:

> «Solidarhaftung ist […] nach der Rechtsprechung auch dann schon gerechtfertigt, wenn zwar kein gemeinschaftlicher Schädigungsvorsatz bestand, zwischen den mehreren Personen aber Einvernehmen über die Begehung einer rechtswidrigen Handlung herrschte und diese Handlung für den eingetretenen Schaden konkret gefährlich war.»[190]

Die Lehre schliesst sich dieser Meinung weitestgehend an und erachtet für die Mittäterschaft und Teilnahme einen nicht auf die Schädigung gerichteten gemeinsamen Vorsatz als ausreichend[191]. Die in der Literatur herrschende Ansicht geht allerdings insofern weiter als der OGH, als sie selbst einen auf eine an sich nicht rechtswidrige Handlung gerichteten gemeinsamen Vorsatz genügen lässt[192]. Dabei grenzen HARRER/WAGNER die Haf-

---

189 BGH GRUR 2016, 268, 270, N 21.

190 OGH SZ 2016/87, 134; ebenso OGH SZ 2010/5, 34; SZ 72/156, 270; SZ 71/22, 135. Ein engeres Verständnis der Mittäterschaft und Teilnahme hatte der OGH allerdings in seinem Urteil vom 15. Januar 1986, 1 Ob 713/85, SZ 59/7. Darin hatten drei Jugendliche in einer Lagerhalle abwechslungsweise Stofffetzen angezündet. Einer der Stofffetzen löste einen Brand aus, der die Lagerhalle vernichtete. Der OGH verneinte ein gemeinschaftliches Handeln im Sinne von § 1301 ABGB. Der Umstand, dass einer der Jugendlichen mit dem Zündeln begonnen hatte und die anderen es ihm gleichtaten, vermöge keine Mittäterschaft oder Teilnahme zu begründen.

191 KOZIOL D5 N 11; Schwimann/Kodek-HARRER/WAGNER § 1302 ABGB N 7; Rummel-REISCHAUER § 1301 ABGB N 2; a.M. wohl aber VON STUBENRAUCH 655, der für solche Fälle im Grundsatz eine anteilsmässige Haftung vorsieht. Lediglich wenn sich die Anteile an der Schädigung nicht bestimmen lassen, soll jeder Einzelne für den gesamten Schaden haften. Vgl. auch ZEIRINGER 224 f.

192 KOZIOL D5 N 11; Rummel-REISCHAUER § 1301 ABGB N 2; vgl. Schwimann/Kodek-HARRER/WAGNER § 1302 ABGB N 7.

tung wiederum insofern ein, als sie die *Gefährlichkeit* der gemeinsamen Handlung fordern[193].

Ein Verständnis der Mittäterschaft und Teilnahme, welches auch das nicht schadensgerichtete, bewusste Zusammenwirken umfasst, entspricht der Zweckrichtung des Haftpflichtrechts. Dabei muss dem OGH darin zugestimmt werden, dass die gemeinsame Handlung *rechtswidrig* gewesen sein muss. Blosse Gefährlichkeit genügt nicht. Die Rechtswidrigkeit, im Sinne des Verhaltensunrechts verstanden als *Sorgfaltswidrigkeit*[194], ist eine unverzichtbare Haftungsvoraussetzung. Eine Aktivität kann, vorbehaltlich der Gefährdungshaftungen[195], noch so gefährlich sein, wurde bei ihrer Durchführung durch die Schadensverursacher ein den Verhältnissen angemessenes Sorgfaltsniveau eingehalten, hat die geschädigte Person ihren Schaden im Grundsatz selber zu tragen (*casum sentit dominus*)[196]. Eine Abweichung davon bei Mehrtäterverhältnissen ist nicht gerechtfertigt. Auch genügt es nicht, wenn lediglich dem unmittelbaren Schädiger eine Sorgfaltswidrigkeit vorgeworfen werden kann. War sie nicht vom Willen der übrigen Beteiligten gedeckt, liegt gar nicht erst Mittäterschaft oder Teilnahme vor. Stattdessen hat der unmittelbare Verursacher allein für den Schaden einzustehen[197].

---

193 Schwimann/Kodek-HARRER/WAGNER § 1302 ABGB N 7. KOZIOL B2 N 48 ff. fordert Rechtswidrigkeit und konkrete Gefährlichkeit der fraglichen Handlungen ausdrücklich nur bei Nebentäterschaft, wenn unklar ist, welcher der möglichen Täter den Schaden verursacht hat.

194 Umfassend zu den Unterschieden zwischen Verhaltens- und Erfolgsunrecht ROBERTO, *Haftpflichtrecht*, N 04.08 ff.

195 Vgl. dazu vorne S. 32 f.

196 Für Österreich: Ausdrücklich § 1311 ABGB, wonach «der blosse Zufall denjenigen [trifft], in dessen Vermögen oder Person er sich ereignet»; KuKo-KARNER § 1311 ABGB N 1; vgl. Schwimann/Kodek-WAGNER § 1311 ABGB N 2. Für die Schweiz: BGE 144 III 281, 292; ROBERTO, *Haftpflichtrecht*, N 02.01. Dieser Grundsatz gilt in der Praxis allerdings aufgrund des Versicherungswesens nur beschränkt.

197 Illustrativ dazu OGH SZ 2010/5: Mehrere Jungen hatten sich zum Zündeln verabredet. Zu diesem Zweck kauften sie mehrere Flaschen Nitroverdünnung. Einen Teil davon gossen sie jeweils in eine Glasflasche und zündeten die Flüssigkeit an. Einer der Jungen goss in die Flasche, an deren Öffnung noch eine kleine Flamme brannte, Nitroverdünnung. Die daraus resultierende Stichflamme fügte ihm schwere Verletzungen zu. Der OGH verneinte eine Mit-

Die österreichische Rechtslage ist vergleichbar mit der US-amerikanischen. Auch in Letzterer wird eine Mittäterschaft und Teilnahme (im Sinne einer *concerted action*[198]) angenommen, wenn mehrere Beteiligte vorsätzlich zusammengewirkt haben, selbst wenn das Zusammenwirken nicht auf eine Schädigung gerichtet war[199]. Die Rechtswidrigkeit der gemeinsamen Tätigkeit wird dabei nicht ausdrücklich als Erfordernis genannt. Dennoch muss ein solches aus den für das österreichische Recht bereits erwähnten Gründen auch hier gelten. Ein Blick auf die US-amerikanische Rechtsprechung zeigt denn auch, dass eine *concerted action* zu Recht jeweils dann bejaht wird, wenn der gemeinsame Wille auf eine rechtswidrige, also sorgfaltswidrige Aktivität gerichtet war[200]. Dabei ist nicht erforderlich, dass sich die Beteiligten im Vorfeld abgesprochen haben. Eine spontane, gemeinsame Aktion genügt[201].

Im Ergebnis ähnlich hat im Bereich des Strafrechts das Schweizerische Bundesgericht entschieden. Im berühmten «Rolling Stones»-Urteil[202] verurteilte es zwei Personen wegen fahrlässiger Tötung. Sie hatten sich gemeinsam dazu entschlossen, je einen Steinbrocken einen Hang hinunterzurollen. Fahrlässigerweise überprüften sie davor nicht hinreichend, ob sich unten am Hang Menschen befanden. Einer der Steine – es konnte nicht

---

täterschaft oder Teilnahme der übrigen Jungen an dieser Rechtsgutverletzung mit der Begründung: «Wie die Vorinstanzen richtig erkannt haben, war das zur Verletzung des Klägers führende Vorgehen, an dem die etwas abseits stehenden Beklagten nicht beteiligt waren, im Vergleich zum Geschehen zuvor allerdings noch viel gefährlicher […]. Allein aus dem gefassten ‹Zündelentschluss› kann daher eine Mittäterschaft der Beklagten nicht abgeleitet werden.»

198 Vgl. zum Begriff vorne S. 23 f.

199 Ein im Vergleich zur herrschenden Rechtsprechung engeres Verständnis der *concerted action* bekundet der *Court of Appeals of Arizona* [Hervorhebung im Original]: «[T]o have a conscious agreement [and thus to act in concert] within the meaning of this statute, the parties must *knowingly agree* to commit the intentional tort.» (*Mein v. Cook*, 219 Ariz. 96, 99, 193 P.3d 790, [App. 2008]).

200 So etwa im Falle von illegalen Wettfahrten (*Bierczynski v. Rogers*, 239 A.2d 218, 221 [Del. 1968]; vgl. dazu hinten S. 120 ff.).

201 AMERICAN LAW INSTITUTE, Restatement (Second) of Torts, Vol. 4, § 876, Comment on Clause (a); *Chappell v. Wenholz*, 226 Ariz. 309, 312, 247 P.3d 192 (App. 2011); PROSSER/KEETON 323.

202 BGE 113 IV 58.

ermittelt werden, welche der Personen ihn gerollt hatte – traf einen Fischer und tötete ihn. Da die Angeklagten gemeinsam die Steine hinunterrollen wollten, sei «nicht danach zu fragen, ob der jeweilige Einzelbeitrag für den tatbestandsmässigen Erfolg kausal geworden ist, sondern ob die Kausalität zwischen der gemeinsam vorgenommenen Gesamthandlung und dem eingetretenen Erfolg zu bejahen ist»[203].

Bei der damit anerkannten ausgeweiteten Mittäterschaft im Sinne der Konstellation (2) handelt es sich jedoch nicht um eine gefestigte Rechtsprechung. Einige Jahre später hielt das Bundesgericht in einem *obiter dictum* fest:

> «La coactivité suppose une décision commune […]. Par conséquent, la coactivité par négligence n'est pas concevable.»[204]

Von dieser kategorischen Sichtweise wich das Bundesgericht im als «Flying Rockets» bekannt gewordenen Entscheid[205] erneut ab. Darin hatten zwei Männer beschlossen, in unmittelbarer Nähe zu Wohnhäusern je zwei Feuerwerksraketen zu zünden. Eine der Raketen – es blieb unklar, wer sie abgefeuert hatte – setzte einen Balkon in Brand. Das Bundesgericht liess die Frage, ob ein vorsätzliches Zusammenwirken bei gemeinschaftlicher Begehung einer Fahrlässigkeitstat möglich sei, offen. Die Voraussetzung dafür, nämlich der gemeinsame Beschluss der sorgfaltswidrigen Handlung, sei ohnehin nicht gegeben. Die beiden Männer hätten einzig beschlossen, Raketen zu zünden. Wie er die Raketen abfeuern wollte, habe jeder selber bestimmt[206]. Zu erwähnen ist ferner ein Fall, in welchem der Halter dem alkoholisierten Lenker seinen Wagen überlassen hatte, woraufhin dieser eine Passantin anfuhr. Das Gericht stufte nicht nur ihn, sondern auch den Halter des Fahrzeugs als (Mit-)Täter bei (vorsätzlichem) Fahren in angetrunkenem Zustand ein. Darüber hinaus wurden beide der fahrlässigen schweren Körperverletzung schuldig gesprochen. Der Halter habe dem Lenker «seinen Wagen überlassen, obwohl er bei pflichtgemässer Aufmerksamkeit erkennen konnte, dass sein Kollege jederzeit mit

---

203 BGE 113 IV 58, 60.

204 BGE 126 IV 84, 88; bestätigt in BGer 6B_477/2011 vom 24. November 2011, E. 1.

205 BGE 143 IV 361.

206 BGE 143 IV 361, 370 f.

einem anderen Verkehrsteilnehmer zusammenstossen und ihn schwer verletzen könnte»[207].

Das Schrifttum zum schweizerischen Strafrecht ist tief gespalten. Die ganze Debatte zu den Grenzen der Mittäterschaft abzubilden, würde den Rahmen dieser Arbeit sprengen. Entsprechend beschränkt sich die folgende Darstellung auf diejenigen Argumente, die auch für das Zivilrecht von Bedeutung sind[208].

Wohl immer noch vorherrschend ist die Meinung, eine Mittäterschaft bei Fahrlässigkeitsdelikten sei nicht denkbar[209]. Als Begründung dafür wird häufig der Begriff der Mittäterschaft selbst angeführt. Diese liesse sich kennzeichnen als «gemeinschaftliche Verübung einer Straftat in bewusstem und gewolltem Zusammenwirken»[210]. Erforderlich sei einerseits im Sinne der Tatherrschaft eine objektiv massgebliche Mitwirkung an der Tat, der Entschlussfassung oder Planung[211]. Andererseits sei subjektiv ein gemeinsamer Tatentschluss nötig[212]. Einen solchen könne es jedoch sachlogisch bei Fahrlässigkeitsdelikten nicht geben[213]. Dem hält ein Teil des Schrifttums die aus dem österreichischen und dem US-amerikanischen Zivilrecht bekannte Ansicht entgegen, ein gemeinsamer Tatentschluss müsse sich nicht zwingend auf den tatbestandsmässigen Erfolg beziehen. Er

---

207 BGE 98 IV 11, 15 ff.; vgl. JETZER/MARKWALDER, forumpoenale 2018, 221, Fn. 13.

208 Für eine umfassende Darstellung sei auf HÄRING 73 ff. verwiesen.

209 BSK StGB I-FORSTER Vor Art. 24 N 18; DONATSCH/TAG 173 f.; TRECHSEL/NOLL/PIETH 198 ff.; JETZER/MARKWALDER, forumpoenale 2018, 226; RIKLIN § 18 N 17; so wohl auch SCHULTZ, ZBJV 1989, 39; SCHWANDER N 255.

210 DONATSCH/TAG 173; vgl. HÄRING 78.

211 BSK StGB I-FORSTER Vor Art. 24 N 8 f.; vgl. TRECHSEL/NOLL/PIETH 193. Ist die Mitwirkung auf die Phase der Entschlussfassung oder Planung beschränkt, kann von Mittäterschaft nur gesprochen werden, wenn die betreffende Person auch während der Tatausführung eine tragende Rolle einnimmt (vgl. TRECHSEL/NOLL/PIETH 197).

212 BSK StGB I-FORSTER Vor Art. 24 N 12; STRATENWERTH § 13 N 52; HaKo StGB-WOHLERS Vor Art. 24 ff. N 15 f.; vgl. TRECHSEL/NOLL/PIETH 192; vgl. zu den Merkmalen der Mittäterschaft vorne S. 22 f.

213 DONATSCH, SJZ 1989, 111; RIKLIN § 18 N 17; GRAVEN/STRÄULI 288; JETZER/MARKWALDER, forumpoenale 2018, 223; vgl. HÄRING 78.

könne auch auf die sorgfaltswidrige Handlung gerichtet sein[214]. Ob diese Argumentation im Strafrecht überzeugt, welches sich an der persönlichen Schuld orientiert und der Fahrlässigkeit einen geringeren Unrechtsgehalt zuschreibt[215], sei dahingestellt. Zweifelsohne hat das Argument aber seine Berechtigung im Haftpflichtrecht. Dessen Zielrichtung ist nicht Strafe, sondern Schadensausgleich; die Verschuldensintensität spielt folglich eine im Vergleich zum Strafrecht weit geringere Rolle[216]. Ob die Rechtsgutverletzung von den gemeinsam Handelnden unmittelbar gewollt oder lediglich die Folge einer kollektiven Unachtsamkeit war, ist demnach unbeachtlich.

Gegen eine Mittäterschaft bei Fahrlässigkeitsdelikten wird sodann eingebracht, eine solche sei vom Gesetz nicht vorgesehen[217]. Sie dennoch zu bejahen, sei vor dem Hintergrund von Art. 12 Abs. 1 StGB umso stossender. Besagt diese Bestimmung doch, dass nur strafbar ist, wer ein Verbrechen oder Vergehen vorsätzlich begeht, es sei denn, das Gesetz bestimme etwas anderes[218]. Überdies führe die Anerkennung der Mittäterschaft bei Fahrlässigkeitsdelikten zu einer Ausweitung der Strafbarkeit auf Verhaltensweisen, die nach üblichem Fahrlässigkeitsverständnis keine (Einzel-)Täterschaft begründen könnten[219]. So fragt SCHULTZ zum «Rolling Stones»-Urteil kritisch:

> «Hätte herausgefunden werden können, welcher Stein das Opfer erschlug, wäre dann der andere Beteiligte ebenfalls wegen fahrlässiger Tötung schuldig erklärt worden?»[220]

---

214 CP I-VILLARD/CORBOZ art. 12 N 211a; HÄRING 218 f., 366 f.; GETH N 502; RIEDO/CHVOJKA, ZStR 2002, 160 ff.; EHMANN/BERTSCHINGER, forumpoenale 2018, 141; vgl. auch WOHLERS 110 sowie VILLARD, AJP 2017, 1456 f., die eine Mittäterschaft nur bei bewusster Fahrlässigkeit zulassen möchten.

215 Vgl. STRATENWERTH § 16 N 1.

216 Zu den unterschiedlichen Zielen und Motiven von Straf- und Haftpflichtrecht vgl. vorne S. 6, 49 f.

217 SCHULTZ, ZBJV 1989, 39 f.; WALDER, recht 1989, 58.

218 Eine entsprechende Diskussion wird insbesondere im deutschen Strafrecht geführt (vgl. HÄRING 89, Fn. 328 m.w.N.). Die dort vorgebrachten Argumente können jedoch ohne Weiteres auf die schweizerische Rechtslage übertragen werden.

219 HÄRING 88; WALDER, recht 1989, 58.

220 SCHULTZ, ZBJV 1989, 40.

Damit verwandt ist das Argument, ein derart ausgeweiteter Mittäterschaftsbegriff stehe im Widerspruch zum Grundsatz *in dubio pro reo*. Lasse sich nicht mit Bestimmtheit sagen, wer von zwei möglichen Tätern die Ursache für den strafbaren Erfolg gesetzt habe, seien beide freizusprechen[221]. Anders zu entscheiden sei lediglich zulässig, wo beide in bewusstem Zusammenwirken den Erfolg vorsätzlich herbeigeführt hätten[222].

Nach einem Teil der Autorenschaft stellt die fehlende gesetzliche Normierung der Mittäterschaft bei Fahrlässigkeitsdelikten hingegen kein Problem dar. Auch die vorsätzliche Mittäterschaft sowie die mittelbare Täterschaft seien im Strafgesetzbuch nicht zu finden. Anerkannt seien sie dennoch seit Langem[223]. Auch von einer Ausweitung der Strafbarkeit könne bloss dort gesprochen werden, wo entgegen dem Art. 12 Abs. 1 StGB auch die fahrlässige Deliktsbegehung pönalisiert werde, obwohl dies nicht ausdrücklich gesetzlich vorgesehen sei. Habe sich der Gesetzgeber jedoch entschieden, ein Verhalten auch bei Fahrlässigkeit unter Strafe zu stellen, sei irrelevant, ob der Erfolg in Allein- oder Mittäterschaft herbeigeführt worden sei[224]. Auch der Einwand von *in dubio pro reo* schlage fehl. Das in «Rolling Stones» eingeführte Konstrukt der *Gesamthandlung*[225] diene gerade dazu, Kausalitätszweifel auszuräumen[226].

Das strafrechtliche Legalitätsprinzip ist tatsächlich ein gewichtiger Faktor in der Diskussion um eine Mittäterschaft bei und Teilnahme an Fahrlässigkeitsdelikten. Im Haftpflichtrecht allerdings, das in der Schweiz sogar auf einer Generalklausel beruht, ist es unbeachtlich. Das Argument von *in dubio pro reo* hingegen ist auch im Haftpflichtrecht nicht gänzlich von der Hand zu weisen. Es erscheint stossend bzw. bedarf zumindest einer Begründung, den Beklagten haftbar zu machen, obwohl sein Kausalbeitrag

---

221 TRECHSEL/NOLL/PIETH 200; JETZER/MARKWALDER, forumpoenale 2018, 226; vgl. auch WALDER, recht 1989, 57.

222 Vgl. für eine ausführliche Herleitung dieser Ansicht HÄRING 141 f.; ferner JETZER/MARKWALDER, forumpoenale 2018, 224 f.

223 EHMANN/BERTSCHINGER, forumpoenale 2018, 141.

224 HÄRING 89; ferner GETH N 502, der eine «derartige Zurechnung von Handlungsteilen» als «nicht weniger gerecht als bei Vorsatzdelikten» sieht.

225 Vgl. vorne S 54 f.

226 HÄRING 22; EHMANN/BERTSCHINGER, forumpoenale 2018, 141.

nicht mit hinreichender Wahrscheinlichkeit nachgewiesen werden kann. Demgegenüber steht allerdings das im Haftpflichtrecht bedeutsame Interesse des Geschädigten am Schadensausgleich. Diesbezüglich ist zu beachten, dass die potenziellen Schädiger im gemeinsamen Einvernehmen eine gefährliche Situation geschaffen und damit die Beweisnot des Geschädigten herbeigeführt haben[227]. Das Unaufklärbarkeitsrisiko sollte daher bei ihnen liegen[228].

Zuletzt wird gegen die Mittäterschaft bei Fahrlässigkeitsdelikten angeführt, das Konzept sei überflüssig. Die fraglichen Fälle liessen sich auch über die Nebentäterschaft lösen. Gerade für Situationen mit unbekannten Kausalverläufen wird entweder eine fahrlässige Nebentäterschaft durch Unterlassung[229] oder eine zumindest psychische Mitverursachung des Erfolges[230] vorgeschlagen. Vereinzelt wird ein Eventualvorsatz zu konstruieren versucht[231]. Befürworter des ausgeweiteten Mittäterschaftsbegriffs werfen diesen Ansätzen jedoch zu Recht Intransparenz[232] sowie fehlende Praktikabilität[233] vor. So bedarf es doch einiger kognitiver Anstrengung, um beispielsweise im «Rolling Stones»-Fall eine Garantenstellung aus Ingerenz zu konstruieren. Der wenig überzeugende Vorwurf an die beiden möglichen Täter lautet dann, den jeweils anderen nicht daran gehindert zu haben, seinen Steinbrocken den Abhang hinunterzurollen[234]. Kaum hilfreich ist auch der zweitgenannte Ansatz, beide Beteiligten als unmittelbare Täter darzustellen, indem argumentiert wird, der eine habe den jeweils

---

227 LARENZ/CANARIS 564 f., 571; NomosKomm-KATZENMEIER § 830 BGB N 14 ff.; Erman-WILHELMI § 830 BGB N 2; vgl. BGHZ 72, 355, 358.

228 Dieses Argument wird in der Regel im Zusammenhang mit der Haftung voneinander unabhängiger Akteure bei alternativer Kausalität angeführt (Staudinger-EBERL-BORGES § 830 BGB N 68; NomosKomm-KATZENMEIER § 830 BGB N 17; Soergel-KRAUSE § 830 BGB N 14; ferner HARPER/JAMES/GRAY, Vol. 4, 143). Seine Berechtigung hat es jedoch auch bei vorsätzlichem Zusammenwirken im Sinne der Konstellation (2).

229 BSK StGB I-FORSTER Vor Art. 24 N 24 ff., insbesondere N 26; WALDER, recht 1989, 59.

230 STRATENWERTH § 16 N 49.

231 BSK StGB I-FORSTER Vor Art. 24 N 24.

232 RIEDO/CHVOJKA, ZStR 2002, 159; ferner HURTADO POZO N 1409.

233 EHMANN/BERTSCHINGER, forumpoenale 2018, 142.

234 So aber die Argumentation bei BSK StGB I-FORSTER Vor Art. 24 N 26.

anderen im Sinne der psychischen Kausalität zu seiner Tat motiviert. Dadurch wird lediglich der mehr als zweifelhafte Anschein der Kausalität aufrechterhalten. Wie später gezeigt wird, sind der Verzicht auf das Kausalitätserfordernis und die Begründung mittels psychischer Kausalität ohnehin beinahe beliebig austauschbar[235]. Hingegen kann der dritte Vorschlag eine vertretbare Lösung sein. Die Abgrenzung zwischen Fahrlässigkeit und Eventualvorsatz in Bezug auf die Schädigung ist häufig alles andere als leicht. Es sind durchaus Fälle denkbar, in denen ein Eventualvorsatz überzeugend erscheint. Allerdings können damit nicht sämtliche Situationen mit Mehrtäterbeteiligung abgedeckt werden. Die zuvor geschilderten Schwierigkeiten und Dilemmata werden dadurch lediglich auf Sachverhalte verlagert, bei denen kaum mehr von einem Eventualvorsatz ausgegangen werden kann.

Diese dogmatischen Umwege liefern bloss andere Begründungen für dasselbe Ergebnis, nämlich die strafrechtliche Verantwortlichkeit trotz unsicheren Kausalverlaufs. Dieses Resultat soll hier nicht aus strafrechtlicher Perspektive gewertet werden. Anzumerken ist lediglich, dass die Überdehnung anerkannter dogmatischer Figuren kein Ersatz für ein entsprechendes Werturteil sein kann. Wurde ein solches bereits gebildet, wird also eine Verurteilung trotz Kausalitätszweifeln als angemessen empfunden, erscheint der bewusste Weg über die Mittäterschaft und Teilnahme auch bei Fahrlässigkeitsdelikten als die aufrichtigere Variante. Gleiches muss für das Haftpflichtrecht gelten. Dies umso mehr, als bereits aufgezeigt wurde[236], dass eine entsprechende Auslegung des haftpflichtrechtlichen Mittäterschaftsbegriffs den Zielsetzungen dieses Rechtsgebiets eher entspricht.

Im schweizerischen Haftpflichtrecht sind die dogmatischen Überlegungen zur Mittäterschaft und Teilnahme, wie bereits ausgeführt[237], weniger ausgereift und mitunter sogar widersprüchlich. Das Bundesgericht hat es bisher versäumt, in abstrakter Weise Leitsätze zu formulieren, die erkennen lassen würden, welche Verschuldenskonstellationen es unter die Mittäterschaft und Teilnahme subsumiert. Auch in der Literatur sucht man über

235 Vgl. hinten S. 67 ff.

236 Vgl. vorne S. 49 ff.

237 Vgl. vorne S. 37 ff.

Allgemeinplätze hinausgehende Ausführungen weitgehend vergebens. Gleichwohl können nach einem Blick auf die bundesgerichtliche Rechtsprechung einige grundlegende Aussagen gemacht werden. So besteht immerhin kein Zweifel daran, dass bei bewusstem Zusammenwirken auch ohne Schädigungsabsicht von Mittäterschaft und Teilnahme ausgegangen wird[238]. Dabei wird nicht vorausgesetzt, dass sich die Beteiligten im Vorfeld der gemeinsamen Handlung ausdrücklich verständigt haben. Es genügt, wenn der gemeinsame Wille durch eine spontane, aktive Beteiligung an der gemeinsamen Tat kundgetan wird[239]. Ebenfalls nicht notwendig ist, dass sämtliche Beteiligten mit derselben Verschuldensintensität gehandelt haben[240]. So ist durchaus denkbar, dass der unmittelbare Schadensverursacher (eventual)vorsätzlich agierte, während der Gehilfe fahrlässigerweise darauf vertraute, dass keine Rechtsgutverletzung eintritt. Wie die vorangehenden Ausführungen zur Rechtsprechung des österreichischen OGH zeigen, ist an diesem Resultat grundsätzlich nichts auszusetzen, sofern das Zusammenwirken auf eine rechts-, also sorgfaltswidrige Handlung gerichtet war[241].

2. Die Bedeutung des Kausalzusammenhangs bei vorsätzlichem Zusammenwirken mehrerer in den einzelnen Rechtsordnungen

2.1. Einleitung

Die Frage nach der Kausalität bzw. dem Tatbeitrag des Einzelnen verdient bei Mehrtäterverhältnissen besondere Beachtung. So haben vielfach einzelne Beteiligte lediglich einen Teil des Schadens verursacht oder waren

---

238 Besonders deutlich BGE 100 II 332: Darin hatten drei Jungen mit bengalischem Feuer gespielt. Einer der drei warf eine Bengalfackel ins Heu. Dieses wiederum setzte eine Scheune in Brand. Das Bundesgericht liess alle drei Kinder solidarisch haften. Ebenso BGE 42 II 473; ferner BGE 79 II 66.

239 BGE 42 II 473, 476; BK-BREHM OR 50 N 13; OFTINGER/STARK, Bd. II/1, § 16 N 325; KÜTTEL, HAVE 2008, 325; vgl. BGE 71 II 107, 114; FELLMANN/KOTTMANN N 2774.

240 BK-BREHM OR 50 N 14; FELLMANN/KOTTMANN N 2781; MÜLLER N 843; vgl. BSK OR I-GRABER Art. 50 N 8; EREN 407.

241 Vgl. vorne S. 52 ff.

unmittelbar sogar gänzlich an der Schädigung unbeteiligt. Wo mehrere Personen in eine Schädigung involviert sind, sind die Kausalverläufe überdies oftmals unklar. Der unmittelbare Schädiger kann häufig nicht identifiziert werden. Allerdings sind der natürliche (und der adäquate) Kausalzusammenhang zwischen Handlung und Rechtsgutverletzung nach herkömmlichem Verständnis unverzichtbare Haftungsvoraussetzungen[242]. Zugleich scheint es dem Gerechtigkeitsempfinden zu widersprechen, den Geschädigten in diesen Fällen leer ausgehen zu lassen. So haben die potenziellen Schädiger, wie bereits dargelegt[243], eine gefährliche Situation geschaffen und damit die Beweisnot des Geschädigten herbeigeführt[244]. Dabei hängt es lediglich vom Zufall ab, ob der einzelne Beteiligte eine kausale Ursache für den Schaden gesetzt hat oder nicht. Und selbst wenn der unmittelbare Schädiger bekannt ist, stellt sich die Frage nach der Verantwortlichkeit der übrigen Beteiligten. Entsprechend identifizieren einige Autorinnen und Autoren sowohl im schweizerischen Zivil- als auch im Strafrecht die Zurechnungsproblematik als Kern der Mittäterschaft und Teilnahme[245].

---

242 Vgl. etwa WAGNER 5. Kapitel N 37; FELLMANN/KOTTMANN N 401 ff.; WERRO N 218. Allerdings ist auch die Adäquanztheorie nicht unumstritten (vgl. hinten S. 96).

243 Vgl. vorne S. 59.

244 Für Deutschland: BGHZ 67, 14, 19; Staudinger-EBERL-BORGES § 830 BGB N 68; Soergel-KRAUSE § 830 BGB N 14; GOTTWALD 18 f.; vgl. LARENZ/CANARIS 571. Für Österreich: BYDLINSKI, *Streitfragen*, 9 f.; Rummel-REISCHAUER § 1302 ABGB N 12. Für die USA: *Summers v. Tice*, 33 Cal.2d 80, 199 P.2d 1, 3 f. (1948); ferner HARPER/JAMES/GRAY, Vol. 4, 124 f.

245 Für das schweizerische Haftpflichtrecht: KÖRNER N 228; vgl. FELLMANN/KOTTMANN N 2745, welche die alternative Kausalität potenzieller Gesamtursachen primär als Beweisproblem sehen. Ebenso REY/WILDHABER N 1657; ferner WEBER, HAVE 2010, 116. Für das schweizerische Strafrecht: JETZER/MARKWALDER, forumpoenale 2018, 220; ferner WOHLERS 107 f.

2.2. Gemeinsame Verursachung eines unteilbaren Schadens (gemeinsame Kausalität[246])

Vergleichsweise unproblematisch sind Fälle, in denen die Handlungen mehrerer Beteiligter zusammentreffen und miteinander kombiniert eine Schädigung bewirken. Liegt ein einheitlicher, also unteilbarer Schaden vor, haften sämtliche Mittäter – wie auch immer diese in den einzelnen Rechtsordnungen definiert werden – dafür solidarisch[247]. Dasselbe muss im Bereich der *kumulativen Kausalität*[248] gelten, wenn also mehrere Ursachen gesetzt werden, von denen jede einzeln bereits den Schaden herbeigeführt hätte[249]. Zur Haftung für den gesamten Schaden kommt es im Übrigen auch, wenn die Teilverursacher unabhängig voneinander, also als Nebentäter, gehandelt haben[250]. Nach überwiegender Ansicht im schweizerischen, deutschen und US-amerikanischen Haftpflichtrecht ergibt sich diese Rechtsfolge nämlich bereits aus den allgemeinen Grundsätzen der

---

246 Die Terminologie ist nicht einheitlich. Während etwa VON TUHR/PETER 93 darunter sowohl gemeinschaftlich handelnde als auch voneinander unabhängige Schädiger subsumieren, fallen gemäss ROBERTO, *Haftpflichtrecht*, N 06.13 nur Letztere darunter. MüKo BGB-WAGNER § 840 N 2 wiederum bezeichnet dieselbe Konstellation als *kumulative Kausalität*.

247 Für das schweizerische Haftpflichtrecht: HONSELL/ISENRING/KESSLER § 3 N 69 ff.; ROBERTO, *Haftpflichtrecht*, N 06.13; ferner FELLMANN/KOTTMANN N 2750. Für Deutschland: BeckOK-SPINDLER § 840 BGB N 5; MüKo BGB-WAGNER § 840 N 2; vgl. DEUTSCH/AHRENS N 62.

248 Auch als *konkurrierende Kausalität* (vgl. VON TUHR/PETER 93) oder *Doppelkausalität* (vgl. MüKo BGB-WAGNER § 840 N 3) bezeichnet.

249 Für das schweizerische Haftpflichtrecht: VON TUHR/PETER 94; HONSELL/ISENRING/KESSLER § 3 N 69 ff.; PERRITAZ N 290; REY/WILDHABER N 734; ROBERTO, *Haftpflichtrecht*, N 06.16. Für Deutschland: DEUTSCH/AHRENS N 60; vgl. BGHZ 57, 257, 260 f.

250 Für das schweizerische Haftpflichtrecht: OFTINGER/STARK, Bd. I, § 3 N 83; VON TUHR/PETER 93; REY/WILDHABER N 751 ff., insbesondere 754; vgl. ROBERTO, *Haftpflichtrecht*, N 06.13. Für Deutschland: BGHZ 30, 203, 208; MüKo BGB-WAGNER § 840 N 1 f.; LARENZ/CANARIS 580; BeckOK-SPINDLER § 840 BGB N 5; NomosHaKo-STAUDINGER § 830 BGB N 2. Für die USA: JAMES/HARPER/GRAY, Vol. 4, 138 f.; PROSSER/KEETON 267 f.; so wohl auch DOBBS/HAYDEN/BUBLICK 324.

Kausalitätszurechnung[251], weshalb die Bestimmungen zur Mittäterschaft und Teilnahme in jenen Fällen lediglich eine klarstellende Funktion haben.

Im Ergebnis gleich ist die Rechtslage in Österreich. § 1302 ABGB schreibt sie ausdrücklich fest. So «haften alle für einen und einer für alle», wenn «die Anteile der Einzelnen an der Beschädigung sich nicht bestimmen lassen». Rechtsprechung und Literatur deuten darauf hin, dass diese Bestimmung vor allem auf Mehrtäterverhältnisse zugeschnitten ist, in denen sich die Anteile von der Täterseite her nicht bestimmen lassen[252]. Mit anderen Worten scheint sie hauptsächlich bei unklaren Kausalverläufen zur Anwendung zu kommen. Dem Wortlaut nach ist davon allerdings auch der Fall abgedeckt, in dem die Kausalität zwar klar ist, von der Schadensseite her eine Aufteilung nach Anteilen jedoch nicht möglich ist, also ein unteilbarer Gesamtschaden vorliegt. Begründet wird die Gesamthaftung dort jedoch nicht mit allgemeinen Kausalitätsüberlegungen. Stattdessen soll die Zurechnung aufgrund eines Kausalitätsverdachts erfolgen. Ein solcher wiederum erfordere ein konkret gefährliches Handeln in Bezug auf den Schaden[253]. Nun vermag jedoch die Tatsache, dass neben einer vom Mitverursacher gesetzten Ursache noch weitere Elemente für die Schädigung kausal waren, den Mitverursacher nicht zu entlasten[254]. Der gedankliche Umweg über den Kausalitätsverdacht ist im Bereich der gemeinsamen Kausalität daher überflüssig.

---

251 Für das schweizerische Haftpflichtrecht: VON TUHR/PETER 465; REY/WILDHABER N 751 ff., insbesondere 754; OFTINGER/STARK, Bd. I, § 3 N 83; FELLMANN/KOTTMANN N 2750; vgl. ROBERTO, *Haftpflichtrecht*, N 06.13. Für Deutschland: BGH NJW 1994, 932, 934; MüKo BGB-WAGNER § 840 N 1 f.; LARENZ/CANARIS 580; FUCHS/PAUKER/BAUMGÄRTNER 264; TRAEGER 278; a.M. wohl DEUTSCH/AHRENS N 62, welche die Haftung für den gesamten Schaden in solchen Fällen auf § 840 BGB als haftungsausweitende Norm stützen. Für die USA: *Johnson v. Chapman*, 43 W. Va. 639, 644, 28 S.E. 744 (1897); JAMES/HARPER/GRAY, Vol. 4, 138 f.; PROSSER/KEETON 267 f.; so wohl auch DOBBS/HAYDEN/BUBLICK 324.

252 Vgl. etwa KOZIOL B2 N 47: § 1302 ABGB ordne eine Haftung für Schäden an, «ohne dass ein Kausalzusammenhang zwischen der Tat und dem Erfolg nachgewiesen werden [müsse]». Ebenso BYDLINSKI, *alternative Kausalität*, 5, der § 1302 ABGB analog auf Fälle der alternativen Kausalität anwenden möchte.

253 KOZIOL B2 N 41; Rummel-REISCHAUER § 1302 ABGB N 2; Schwimann/Kodek-HARRER/WAGNER § 1302 ABGB N 10a.

254 OFTINGER/STARK, Bd. I, § 3 N 83; REY/WILDHABER N 754; vgl. VON TUHR/PETER 93.

2.3. Alternative Kausalität sowie Haftung über den eigenen Kausalbeitrag hinaus (haftungsausweitende Funktion der Mittäterschaft und Teilnahme)

Weitaus schwieriger zu beurteilen sind Konstellationen mit unsicheren Kausalverläufen. Wie bereits dargelegt[255], kommt es im Falle eines bewussten Zusammenwirkens zwischen mehreren Personen nicht selten vor, dass der unmittelbare Schädiger nicht identifiziert werden kann. Der Nachweis des für eine Haftung grundsätzlich notwendigen natürlichen und adäquaten Kausalzusammenhangs wird damit zum Problem. Die hier untersuchten Rechtsordnungen gehen unterschiedlich damit um.

Das Schweizerische Bundesgericht hat bereits früh den rechtsgenüglichen Kausalzusammenhang bei der Mittäterschaft und Teilnahme nach Art. 50 OR stark ausgedehnt[256]. Es sieht nicht den Tatbeitrag des einzelnen Täters als entscheidend an. Stattdessen fragt es nach dem Kausalzusammenhang zwischen der *Gesamthandlung* der Beteiligten und der Rechtsgutverletzung. Erstmals angewendet hat es diesen Ausdehnungsmechanismus bei einem Raufhandel, in dessen Verlauf ein Beteiligter schwer am Auge verletzt wurde. Der unmittelbare Täter konnte nicht ermittelt werden. Das Bundesgericht knüpfte die Haftung jedoch nicht an dieser individuellen Verletzungshandlung an, sondern an der Schlägerei als solcher:

> «Als die gemeinsame schuldhafte Handlung stellt sich nun hier, da nicht etwa ermittelt ist, dass mehrere bestimmte Beklagte gemeinsam auf den Kläger losgeschlagen […] hätten (in welchem Falle vielleicht nur diese Handlung als den Schaden verursachend angesehen werden könnte), dar der Raufhandel, die Schlägerei.»[257]

---

255 Vgl. vorne S. 62.

256 So bereits BGE 25 II 817; vgl. BK-KRATZ OR 143 N 318.

257 BGE 25 II 817, 823; ebenso BGE 42 II 473. Deutlich auch der spätere BGE 104 II 184: Schiessen drei Kinder mit Pfeil und Bogen und wird eines der Kinder dabei am Auge verletzt, ist nicht die Kausalität zwischen dem konkreten Schuss und der Augenverletzung relevant. Das Bundesgericht betrachtet stattdessen das Spiel der Kinder als gefährliche Aktivität, die kausal für die Rechtsgutverletzung war: «En participant ensemble à une activité dont ils pouvaient et devaient reconnaître le caractère dangereux, les trois enfants ont commis une faute commune, dont l'importance est certes sensiblement atténuée en raison de leur jeune âge, mais qui engage néanmoins leur responsabilité solidaire se-

Erst später hat das Gericht das Konzept der Gesamthandlung auch auf Fälle angewendet, in denen der unmittelbare Schadensverursacher bekannt war[258]. In einem neueren Entscheid scheint das Bundesgericht von seiner langjährigen Praxis allerdings Abstand genommen und den notwendigen Kausalzusammenhang enger gefasst zu haben:

> «Die Beschwerdeführerin stellt zu Recht nicht in Frage, dass nicht nur der Schadenersatzanspruch (Art. 41 i.V.m. Art. 50 OR), sondern auch der Unterlassungsanspruch gegen den Teilnehmer einer Urheberrechtsverletzung voraussetzt, dass diese adäquat kausale Folge seines Beitrags ist […].»[259]

Ob dieses Urteil die bisherige Rechtsprechungslinie langfristig verändert, bleibt abzuwarten.

Auch im Strafrecht hat das Bundesgericht bei Vorliegen von Mittäterschaft und Teilnahme auf die Gesamthandlung zurückgegriffen, um bei unklarer Kausalität die Strafbarkeit der potenziellen Täter zu begründen[260]. Sowohl im Haftpflicht- als auch im Strafrecht knüpft das Bundesgericht die Haftung also an eine *Gesamtkausalität*[261]. Ein ähnliches Konstrukt ist auch

---

lon l'art. 50 al. 1 CO, pour le dommage en relation de causalité adéquate avec cette activité.» Vgl. KÜTTEL, HAVE 2008, 323.

258 Erstmals ausdrücklich BGE 57 II 417, 420. Anders noch BGE 31 II 248, 252, wo das Bundesgericht diese Kausalitätsausweitung abgelehnt hatte (dieser älteren Rechtsprechung noch zustimmend BK-BECKER OR 50 N 3; vgl. allgemein zu dieser Entwicklung FELLMANN/KOTTMANN N 2767; QUENDOZ 11). Allerdings hat das Gericht, von der Lehre beinahe gänzlich unbeachtet, bereits in BGE 38 II 471 trotz bekanntem Verursacher sämtliche Beteiligten haften lassen, allerdings noch mit einer anderen Begründung. In jenem Fall hatten sich zwei Knaben mit Steinen beworfen. Einer von ihnen, es stand fest, welcher, traf die zufällig anwesende Klägerin ins Auge. Dieses musste daraufhin entfernt werden. Das Bundesgericht bejahte die Haftung des anderen Knaben und berief sich dabei auf die psychische Kausalität: «[…] es genügt, dass er sich in einer Weise verhalten hat, die nach den Regeln der Erfahrung geeignet ist, die unmittelbare ursächliche Handlung, den Steinwurf […], zu provozieren.»

259 BGE 145 III 72, 78.

260 BGE 130 IV 58, 66 f.; 113 IV 58, 60 («Rolling Stones»). Eine Gesamthandlung geprüft, sie allerdings verneint hat das Bundesgericht auch in BGE 143 IV 361 («Flying Rockets», vgl. vorne S. 55).

261 Vgl. für das Haftpflichtrecht WEBER, *einheitliche* Lösung, 350; für das Strafrecht JETZER/MARKWALDER, forumpoenale 2018, 224.

in der strafrechtlichen Literatur vorherrschend. Hierbei werden jedem der Beteiligten auch die Taten der übrigen zugerechnet[262]. Uneinigkeit herrscht, wie zuvor dargelegt[263], lediglich über den Anwendungsbereich der Mittäterschaft und Teilnahme. Damit ist umstritten, ob das Konzept der Gesamthandlung auf Fälle des bewussten Zusammenwirkens bei fahrlässiger Rechtsgutverletzung im Sinne von Konstellation (2) auszuweiten ist[264].

Zum selben Ergebnis wie das Gesamtkausalitätskonstrukt führt das in der schweizerischen Lehre zum Haftpflichtrecht häufig genannte Konzept der *psychischen* oder *mittelbaren Kausalität* [265]. Nach dieser Auffassung haben auch diejenigen Mittäter und Teilnehmer eine kausale Ursache gesetzt, die den unmittelbaren Täter lediglich moralisch bei seiner Tat unterstützt oder ihn dazu ermuntert haben[266]. Vereinzelte Stimmen in der Literatur gehen

---

262 DONATSCH/TAG 173; GRAVEN/STRÄULI 289; RIKLIN § 18 N 5; STRATENWERTH § 13 N 53; VILLARD, AJP 2017, 1454; vgl. GETH N 502.

263 Vgl. vorne S. 54 ff.

264 Eine Ausweitung befürwortend HÄRING 196 ff., insbesondere 199; RIEDO/CHVOJKA, ZStR 2002, 160 ff.; HURTADO POZO N 1409; so wohl auch GETH N 502; EHMANN/BERTSCHINGER, forumpoenale 2018, 140 ff. Eine Ausweitung ablehnend JETZER/MARKWALDER, forumpoenale 2018, 224 ff. STRATENWERTH § 16 N 49 hingegen argumentiert, jedem der Beteiligten könne [Hervorhebung im Original] «immerhin die *psychische* Mitverursachung des Erfolges» zur Last gelegt werden, weshalb ein Rückgriff auf die Gesamtkausalität überflüssig sei. Ähnlich BSK StGB I-FORSTER Vor Art. 24 N 22 ff., der den «Rolling Stones»-Fall über eine «‹unechte› fahrlässige Nebentäterschaft» oder eine «fahrlässige Nebentäterschaft durch Unterlassen» lösen will.

265 OFTINGER/STARK, Bd. II/1, § 16 N 319; FELLMANN/KOTTMANN N 2766; KÜTTEL, HAVE 2008, 322; MÜLLER N 840; QUENDOZ 10; vgl. REY/WILDHABER N 747, 1668; WIDMER LÜCHINGER 799; ferner OFTINGER, SJZ 1968, 228.

266 OFTINGER/STARK, Bd. II/1, § 16 N 319; KÜTTEL, HAVE 2008, 322; MÜLLER N 840; QUENDOZ 10; vgl. sowohl zur Gesamthandlung als auch zur psychischen Kausalität WEBER, *einheitliche Lösung*, 350. Bisweilen bedient sich auch das Bundesgericht implizit dieses Konstrukts, vgl. BGE 57 II 417, 420: «Zweifellos hat auch hier […] die gegenseitige Aufmunterung, das gemeinsame Auflauern und der gemeinsame Überfall […] bestimmend darauf eingewirkt, dass [der unmittelbare Schädiger] überhaupt in die Lage kam und es wagte, den Kläger in der erfolgten Weise auf den Kopf zu schlagen.»

einen Schritt weiter und erkennen an, dass die Haftung des einzelnen Mittäters oder Teilnehmers über dessen eigenen Kausalbeitrag hinausgeht[267].

Sämtliche der soeben aufgezeigten Mechanismen bewirken im Falle von Mittäterschaft und Teilnahme im Ergebnis eine Kausalitätsausweitung. Art. 50 OR kommt entsprechend eine *haftungsausweitende* Funktion zu[268]. Die in der Literatur weitverbreitete Auffassung, wonach sich die Unterschiede zwischen Art. 50 und Art. 51 OR auf Verjährungsfragen und die Geltendmachung individueller Herabsetzungsgründe beschränken[269], wird damit widerlegt. Diejenigen Autorinnen und Autoren, welche die Haftungsausweitung durch Art. 50 OR richtigerweise ausdrücklich anerkennen, begründen sie mit dem gemeinschaftlichen Willen, von dem die Schädigung getragen sein muss[270]. Dagegen liesse sich einwenden, die Berufung auf den Willen beschlage das Schuldelement und gehöre damit ins

---

267 FELLMANN/KOTTMANN N 2881; WEBER, *einheitliche Lösung*, 350; BRUNNER N 312; MÜLLER N 835; REY/WILDHABER N 1658; SCHMIDT 68; vgl. ROBERTO, *Schadensrecht*, 63 f.

268 WEBER, *einheitliche Lösung*, 350; FELLMANN/KOTTMANN N 2816; PERRITAZ N 247; REY/WILDHABER N 1658; ähnlich BRUNNER N 312. Wenngleich das Bundesgericht dies nicht ausdrücklich anerkennt, deuten Urteile im Bereich des Urheberrechts zumindest in diese Richtung (BGE 145 III 72, 76; 107 II 82, 92 f.; vgl. vorne S. 14). In der Literatur wird häufig der Begriff der Haftungs*begründung* verwendet. Derjenige der *Ausweitung* erscheint insofern passender, als durch Art. 50 OR eine bereits bestehende Haftung – basierend etwa auf Art. 41 OR – auf zusätzliche Personen ausgeweitet wird.

269 Vgl. dazu vorne S. 13.

270 WEBER, *einheitliche Lösung*, 349; JANSEN 100 f.; ferner PERRITAZ, AJP 2018, 798. Im schweizerischen Strafrecht hingegen wird, zumindest im Bereich der Mittäterschaft, die Zurechnung fremder Kausalität kaum ausdrücklich begründet. In Ansätzen findet sich das Willenselement bei DONATSCH/TAG 185, die den vom «jeweiligen Mittäter gefasste[n] Vorsatz» als für den Umfang der Verantwortlichkeit entscheidend bezeichnen. Eine Ausnahme ist überdies HÄRING 199, der in Fällen von bewusstem Zusammenwirken bei fahrlässigen Rechtsgutverletzungen die «gemeinsame Vornahme der zum Fahrlässigkeitserfolg führenden (Gesamt-)Handlung» als Anknüpfungspunkt mittäterschaftlicher Verantwortung sieht. Im Bereich der Anstiftung und Gehilfenschaft hingegen dominieren andere Begründungen, die aufgrund ihrer Orientierung am Verschuldenselement auf das Haftpflichtrecht kaum übertragbar sind (vgl. zu den unterschiedlichen Strafgründen der Teilnahme STRATENWERTH § 13 N 77 ff.).

Strafrecht[271]. Tatsächlich aber liegt die haftpflichtrechtliche Rechtfertigung durch den gemeinsamen Schädigungswillen nicht in einer verstärkten persönlichen Schuld oder einer besonderen Verwerflichkeit der Tat begründet. Stattdessen beruht sie nach der hier vertretenen Auffassung auf der Überlegung, dass ein jeder die schadensgerichteten Handlungen der übrigen Mittäter und Teilnehmer guthiess oder zumindest mit ihnen rechnete und die Entscheidung traf, das eigene Verhalten auf dasjenige der anderen Beteiligten auszurichten[272]. In einem solchen Fall kann es nicht darauf ankommen, welcher der Mittäter oder Teilnehmer unmittelbar die Rechtsgutverletzung verursacht hat. Insofern ist der gemeinsame Wille durchaus ein überzeugendes Argument und die Zurechnung fremder Kausalbeiträge zumindest im Grundsatz zu begrüssen[273]. Dies steht für Konstellation (1), also das bewusste Zusammenwirken auf eine Schädigung hin, ausser Frage. Kritisch ist daher ein neueres Urteil des Bundesgerichts zu beurteilen. Ein Vater und sein Sohn entwendeten abwechselnd Geld aus Kassetten. Beide Täter waren über die Handlungen des jeweils anderen informiert, handelten jedoch alleine und behielten das erbeutete Geld jeweils für sich. Das Bundesgericht hielt fest:

> «[L]e juge du fait peut admettre que chacun savait que l'autre se livrait à des prélèvements de monnaie lorsqu'il en avait occasion, ce qui suffit à engendrer l'obligation solidaire prévue par l'art. 50 al. 1 CO […].»[274]

Mit dieser Qualifikation geht nach dem soeben Gesagten eine Haftungsausweitung auch auf die Kausalbeiträge des jeweils anderen einher. Das blosse Bewusstsein, dass ein Zweittäter parallel, aber unabhängig vom Ersttäter gleich gelagerte Delikte verübt, kann dafür jedoch nicht ausreichen. Von dogmatischen Bedenken abgesehen würde sonst die Gefahr einer Haftungsausuferung erheblich gesteigert[275].

---

271 Vgl. zur Bedeutungslosigkeit des Unrechtsgehalts einer Tat im Haftpflichtrecht Staudinger-EBERL-BORGES § 830 N 27.

272 Ähnlich ENNECCERUS/LEHMANN 993 f.

273 Im Ergebnis ebenso JANSEN 100 f., der zur Begründung zwar pönale Elemente hinzuzieht, «welche aber unserem Schuldrecht keineswegs fremd sind oder gar zuwiderlaufen».

274 BGer 4A_573/2010 vom 28. März 2011, E. 5.

275 Selbst bei Zugrundelegung des in der Schweiz üblichen Verständnisses der Mittäterschaft und Teilnahme, welches Fahrlässigkeit genügen lässt, erscheint

Schwieriger ist die Beurteilung bei Konstellation (2), also dem bewussten, aber auf ein haftpflichtrechtlich neutrales Ziel gerichteten Zusammenwirken. Hier kann naturgemäss nicht von einem Schädigungswillen gesprochen werden. Dennoch ist eine Kausalitätsausweitung auch hier gerechtfertigt. Ihr Anknüpfungspunkt ist dabei die gemeinschaftlich begangene, sorgfalts- und damit rechtswidrige[276] Handlung[277]. Analog zur Überlegung bei Konstellation (1) ist hier entscheidend, dass die Beteiligten ihr Handeln untereinander koordinierten, guthiessen oder zumindest mit dem Tätigwerden der anderen rechneten. Ist dieses Erfordernis gegeben, genügt dies, um die daraus resultierenden schädigenden Folgen sämtlichen Teilnehmern zuzurechnen, die diese Handlung im Sinne einer Willensgemeinschaft unterstützten. Dabei ist, entgegen einer vereinzelt im schweizerischen Straf-[278] und Haftpflichtrecht[279] geäusserten Meinung, unbeachtlich, ob den Mittätern und Teilnehmern die Rechtswidrigkeit der gemeinschaftlichen Handlung bewusst war (*bewusste Fahrlässigkeit*) oder nicht (*unbewusste Fahrlässigkeit*)[280]. Gleich wie bei einem einzelnen Täter[281] kann es nicht darauf ankommen, ob die gemeinschaftlich Handelnden die Sorgfaltswidrigkeit ihres Verhaltens erkannten.

---

die Subsumtion unter Art. 50 OR fragwürdig. Auch die weitestmögliche Dehnung des Anwendungsbereichs von Art. 50 OR setzt noch ein Gemeinschaftlichkeitselement voraus. Ein solches ist vorliegend nicht erkennbar. Kritisch zu diesem Urteil auch BK-BREHM OR 50 N 22: «Da die Komplizenschaft beider Täter lediglich im Wissen, nicht hingegen in einem gemeinsamen [sic] oder zumindest in aufeinander abgestimmten Handlungen bestand, scheint hier die Anwendung von Art. 50 fraglich zu sein.»

276 Vgl. zu dieser insbesondere vom österreichischen OGH ausdrücklich genannten Voraussetzung auch vorne S. 52 ff.

277 So für das schweizerische Strafrecht HÄRING 199. Auch PETER 128 sieht in der gemeinschaftlichen Handlung einen möglichen Anknüpfungspunkt, hält ihn jedoch für unzureichend.

278 WOHLERS 110; VILLARD, AJP 2017, 1456 f.

279 OFTINGER/STARK, Bd. II/1, § 16 N 326.

280 Die Differenzierung ist vor allem im Strafrecht geläufig (vgl. DONATSCH/TAG 340 f.; KILLIAS/MARKWALDER/KUHN/DONGOIS N 333; STRATENWERTH § 16 N 16), findet sich aber auch im Haftpflichtrecht (vgl. BK-BREHM OR 41 N 197a).

281 So für das schweizerische Strafrecht ausdrücklich DONATSCH/TAG 340 f.; STRATENWERTH § 16 N 17.

Nach dem soeben Gesagten ist die Entscheidung des Bundesgerichts, das Konzept der Gesamthandlung auch auf Sachverhalte anzuwenden, in denen der unmittelbare Schädiger bekannt ist, nur konsequent. Denn ob ein gemeinschaftlicher Wille vorliegt, ist unabhängig von der Frage zu beurteilen, ob ein Verursacher unzweifelhaft festgestellt werden kann.

Wenn auch die Haftungsausweitung bei bewusstem Zusammenwirken, wie soeben aufgezeigt, im Ergebnis zu begrüssen ist, so sind nicht sämtliche sie begründenden Mechanismen gleich überzeugend. Der vom Bundesgericht begangene Weg, wonach die Gesamthandlung sämtlicher Beteiligten für die Rechtsgutverletzung kausal war, ist dogmatisch unbefriedigend. Das damit eingeführte Konstrukt der Gesamtkausalität bedeutet eine unnötige, weil keinen Mehrwert bringende Abkehr vom natürlichen Kausalzusammenhang[282]. Die teilweise angeführte psychische Kausalität hingegen hält am natürlichen Kausalzusammenhang fest. Dennoch ist sie nicht gänzlich zufriedenstellend. Sie verwässert die ohnehin schon vielen Wertungsentscheidungen ausgesetzte Voraussetzung des natürlichen Kausalzusammenhangs[283] zusätzlich. Zwar liesse sich einwenden, auch der Anstiftungstatbestand beruhe auf einer psychischen Kausalität, nämlich dem Hervorrufen des Tatentschlusses beim Täter[284]. Tatsächlich können auch dort Schwierigkeiten, den Kausalzusammenhang nachzuweisen, auftreten. Sie werden allerdings im Falle der Mittäterschaft und insbesondere Gehilfenschaft noch verstärkt. Wie soll z.B. der Einfluss eines zusätzlichen Teilnehmers an einem Raufhandel auf den unmittelbaren Schädiger beurteilt werden? Hätte dieser seinem Opfer die Verletzung auch ohne die vermeintliche Sicherheit zugefügt, die eine Gruppe vermittelt? Diese Dynamik entzieht sich einer beweisrechtlich genügenden Beurteilung. Ausgehend von der Prämisse, dass der gemeinsame Wille die Zurechnung fremder Tatbeiträge rechtfertigt, wäre daher die Annahme einer

---

282 So auch für das schweizerische Strafrecht JETZER/MARKWALDER, forumpoenale 2018, 224. Für Österreich ferner KOZIOL B2 N 45.

283 Vgl. zum verbreiteten Irrglauben, naturwissenschaftliche Gesetze seien für den natürlichen Kausalzusammenhang massgebend, ROBERTO, *Haftpflichtrecht*, N 06.04.

284 BGE 128 IV 11, 14 f.; 127 IV 122, 127; BSK StGB I-FORSTER Art. 24 N 1; HaKo StGB-WOHLERS Art. 24 N 4.

Fiktion der psychischen Kausalität aufrichtiger[285]. Zum selben Ergebnis führt der gänzliche Verzicht auf das Kausalitätserfordernis.

Diese Ausführungen sind jedoch nicht dahingehend zu verstehen, dass nach der hier vertretenen Auffassung die blosse Gesinnung eine Haftung aus Mittäterschaft und Teilnahme rechtfertigen würde. In jedem Fall muss sich der Wille in einem äusseren Verhalten manifestieren, welches geeignet ist, die Rechtsgutverletzung zu fördern. Dafür reicht grundsätzlich auch eine Ermunterung oder Billigung des Verhaltens des unmittelbaren Schädigers durch Gesten oder Worte aus[286]. Die Kausalitätsfiktion besteht nach der hier vorgeschlagenen Lösung nun darin, dass nicht nachgewiesen werden muss, dass jenes Verhalten des Beteiligten tatsächlich einen Einfluss auf den unmittelbaren Schädiger hatte.

Was im schweizerischen Haftpflicht- und Strafrecht nur selten offen ausgesprochen wird, also der Kausalitätsverzicht aufgrund des Tatwillens, entspricht in Deutschland der geltenden Rechtsprechung und herrschenden Lehre zu § 830 Abs. 1 Satz 1 und Abs. 2 BGB. Es ist überwiegend anerkannt, dass ein bewusstes Zusammenwirken zwischen mehreren Beteiligten[287] eine Kausalitäts*fiktion* begründet. Nur im Ergebnis richtig ist die vom BGH gewählte, noch heute häufig zitierte Formulierung:

> «Schon ihr gemeinschaftlicher Wille [der Wille der Mittäter und Teilnehmer] erzeugt die gemeinschaftliche Verursachung, sodass es gleichgültig ist, wieviel der einzelne Mittäter zu dem Schaden beigetragen hat.»[288]

---

285 Vgl. ROBERTO, *Haftpflichtrecht*, N 06.29. Kritisch hierzu BYDLINSKI, AcP 1959/1960, 414, welcher festhält, dass «blosse wenn auch nach aussen bekundete Verwerflichkeit der Gesinnung ohne Herbeiführung eines Schadenserfolges eine solche nicht ohne Weiteres begründen kann».

286 So für das deutsche Haftpflichtrecht BGH NJW 1990, 2553, 2554; OLG Oldenburg NJW-RR 2004, 1671, 1672.

287 An dieser Stelle sei daran erinnert, dass Rechtsprechung und herrschende Lehre in Deutschland den § 830 Abs. 1 Satz 1 und Abs. 2 BGB nur im Falle eines bewussten Zusammenwirkens auf einen Schädigungserfolg hin, also bei einem doppelten Vorsatz, anwenden (vgl. vorne S. 48 ff.).

288 BGH NJW 1972, 40, 42; so auch bereits BGHZ 17, 327, 333.

Diese Wortwahl ist unpräzise. Der Wille an sich kann keine Verursachung, also Kausalität begründen[289]. Er kann richtigerweise lediglich den *Verzicht* auf das Kausalitätserfordernis respektive dessen Abschwächung rechtfertigen. Die Kausalitätsausweitung führt indessen trotz der missverständlichen Äusserungen des BGH nicht zu einer reinen Gesinnungshaftung. Auch die deutsche Rechtsprechung fordert – nach der hier vertretenen Auffassung zu Recht – ein objektives Element: Der Wille muss sich in einem äusseren Verhalten manifestieren. Dieses kann auch in einer moralischen Unterstützung bestehen. Dahingehend ist denn auch folgende Äusserung des BGH zu verstehen, die für eine Haftung ein aktives Handeln voraussetzt:

> «[Die] blosse Anwesenheit bei der Verwirklichung rechtswidriger unerlaubter Handlungen Dritter [reicht] nicht aus, um von einer psychisch vermittelten Tatbeteiligung ausgehen zu können […]. Erforderlich ist vielmehr, dass über das wertneutrale Verhalten der Anwesenheit hinaus ein zusätzliches Element hinzukommt, das auf eine psychische Tatbeteiligung schliessen lässt, nämlich eine Solidarisierung mit dem Täter durch Äusserung von Anerkennung, Beifall, Billigung, Aufmunterung, Beseitigung von Hemmungen, Erhöhung des Sicherheitsgefühls oder auch nur die Versicherung der Verbundenheit mit dem Täter […].»[290]

Inzwischen ist der BGH denn auch von seiner zu kategorischen Formulierung abgerückt, wonach der gemeinschaftliche Wille die gemeinschaftliche Verursachung erzeuge. So fordert er mittlerweile eine «Beteiligung an

---

289 Ebenso BYDLINSKI, AcP 1959/1960, 422; vgl. analog für das schweizerische Strafrecht STRATENWERTH § 13 N 8, wonach [Hervorhebung im Original] «nicht der Wille als solcher, sondern allein die Willens*betätigung* strafrechtlich relevantes Unrecht sein kann».

290 BGH NJW 1990, 2553, 2554; ebenso OLG Oldenburg NJW-RR 2004, 1671, 1672. Bereits in BGHZ 63, 124, 130 hatte der BGH festgestellt, die blosse Anwesenheit bei einer rechtswidrigen Schädigung reiche nicht zu einer Haftung aus Mittäterschaft und Teilnahme. Diese Entscheidung bezog sich allerdings auf Demonstrationsschäden. Diese stellen in der Rechtsprechung aufgrund von Grundrechtsüberlegungen einen Sonderfall dar (vgl. Staudinger-EBERL-BORGES § 830 BGB N 11) und werden daher in der vorliegenden Arbeit gesondert behandelt (vgl. hinten S. 160 ff.).

der Ausführung der Tat, die in irgendeiner Form deren Begehung fördert und für diese relevant ist»[291].

Die praktischen Auswirkungen dieser Äusserung scheinen jedoch gering zu sein. Im Ergebnis hält sie lediglich ausdrücklich fest, was die Rechtsprechung bereits vorher für eine Haftung voraussetzte. Insbesondere kann in dieser Formulierung nicht ein neu eingeführtes Kausalitätserfordernis gesehen werden.

Auch in der Literatur ist unbestritten, dass die Rechtsprechung den einzelnen Mittätern und Teilnehmern Tatbeiträge sämtlicher Beteiligten weiterhin definitiv zurechnet[292]. Steht der sich äusserlich manifestierende Wille zur gemeinschaftlichen Tat fest, kann der Einzelne sich folglich nicht mit dem Einwand entlasten, sein Handeln sei für die Schädigung nicht ursächlich gewesen[293]. Begründet wird dies mit der zusätzlichen Verwerflichkeit respektive besonderen Gefährlichkeit, die in einer *gemeinschaftlichen* Schädigung liege[294]. Obwohl die in Deutschland vorgeschlagene Lösung im

---

[291] BGH NZG 2010, 550, 552; so auch BGH NJW-RR 2011, 551, 553, N 44; BGHZ 137, 89, 102; ebenso BGHZ 89, 383, 389, der einen Demonstrationssachverhalt betraf; vgl. Staudinger-EBERL-BORGES § 830 BGB N 11; MüKo BGB-WAGNER § 830 N 17.

[292] Staudinger-EBERL-BORGES § 830 BGB N 13; Soergel-KRAUSE § 830 BGB N 7; MüKo BGB-WAGNER § 830 N 7; ferner Jauernig-TEICHMANN § 830 BGB N 1, 3.

[293] Vgl. BGHZ 63, 124, 126: «Ein Weniger an eigenhändiger Verwirklichung der unmittelbaren Verletzungshandlung wird insoweit durch den in die Tat umgesetzten Willen zur Teilnahme an ihr kompensiert.» Ebenso BGHZ 89, 383, 400; 72, 355, 358; BGH NJW 1972, 40, 42; OLG Schleswig VersR 1977, 183; Soergel-KRAUSE § 830 BGB N 7; MüKo BGB-WAGNER § 830 N 7; Grüneberg-SPRAU § 830 BGB N 11; DEUTSCH, *Haftungsrecht*, N 499, 509; ders., JZ 1972, 106; FRAENKEL 268 ff.; ENNECCERUS/LEHMANN 993 f.; WECKERLE 82 ff.; vgl. BRAMBRING 23 ff.; CYPIONKA 3 ff.; KREUTZIGER 13; ferner FUCHS/PAUKER/BAUMGÄRTNER 261 f.; a.M. LARENZ/CANARIS 566 f.; KREUTZIGER 91 ff., 297 f.; Staudinger-EBERL-BORGES § 830 BGB N 22; BeckOK-SPINDLER § 830 BGB N 1, 7, die stattdessen für Kausalitätsvermutung mit der Möglichkeit eines Entlastungsbeweises plädieren. Zur Entwicklung des Kausalitätserfordernisses bei Täterschaft und Teilnahme in der Rechtsprechung des BGH vgl. Staudinger-EBERL-BORGES § 830 BGB N 11 ff.

[294] KREUTZIGER 89 f.; WECKERLE 88; vgl. TODENHÖFER 39; ferner DEUTSCH, JZ 1972, 106. Die von FRAENKEL 270 vorgebrachte Begründung für die gegenseitige Zurechnung von Tatbeiträgen hingegen gleicht den aus der Schweiz bekannten Argumenten: «Vielmehr bildet den die gegenseitige Zurechnung der Teilnah-

Ergebnis überzeugt, befriedigen die dafür vorgebrachten Argumente nicht. Ob eine Tat besonders verwerflich ist, interessiert zwar im Straf-, nicht aber im Haftpflichtrecht[295]. Auch können gemeinsam begangene Schädigungen nicht pauschal als besonders gefährlich bezeichnet werden. Stattdessen ist, wie bereits dargelegt[296], entscheidend, dass ein jeder um die Handlungen der übrigen Beteiligten wusste und sein eigenes Handeln darauf ausrichtete.

Eine nicht zu unterschätzende Mindermeinung sieht in § 830 Abs. 1 Satz 1 und Abs. 2 BGB jedoch keine haftungsausweitende Norm, sondern lediglich eine Beweisregel. Sie habe zum Zweck, dem Geschädigten die für Mehrtäterverhältnisse typischen Beweisprobleme abzunehmen[297]. Dieses Ziel würde aber auch erreicht, wenn jedem potenziellen Verursacher die Möglichkeit des Nachweises belassen wird, sein Handeln sei für die eingetretene Schädigung nicht kausal gewesen[298]. Anderer Ansicht nach muss durchaus jeder Beteiligte eine Ursache für die Schädigung gesetzt haben. Dabei genüge auch ein psychischer Tatbeitrag, sofern er den unmittelbaren Schädiger zur physischen Schädigungshandlung bewogen habe[299]. Damit komme der Norm lediglich eine Klarstellungsfunktion zu. Sie solle deutlich machen, dass eine Ganzhaftung auch dann eintritt, wenn die unmittelbaren Teilschäden in Arbeitsteilung verursacht wurden[300]. Die erste Ansicht ist abzulehnen. Die Kausalitätsausweitung liegt nicht im Schutz des Geschädigten begründet, sondern im gemeinsamen Willen der Mittäter und Teilnehmer zur Schädigung. Die Gutheissung der unmittelbaren Verletzungshandlung durch die einzelnen Teilnehmer substituiert die Kausalität; ein eigener Kausalbeitrag ist eben gerade nicht notwendig bzw.

---

mehandlungen rechtfertigenden Grund allein der allen Beteiligten gemeinsame, auf die Durchführung einer objektiv zurechenbaren Handlung gerichtete Wille.»

295 Vgl. Staudinger-EBERL-BORGES § 830 N 27.

296 Vgl. vorne S. 68 ff.

297 Staudinger-EBERL-BORGES § 830 BGB N 22; LARENZ/CANARIS 564 f.

298 LARENZ/CANARIS 566 f.; KREUTZIGER 91 ff., 297 f.; Staudinger-EBERL-BORGES § 830 BGB N 22; BeckOK-SPINDLER § 830 BGB N 1, 7; ferner TODENHÖFER 42 f.

299 TODENHÖFER 42 f.

300 BRAMBRING 48; TODENHÖFER 45; TRAEGER 273 ff., insbesondere 279; vgl. auch Staudinger-EBERL-BORGES § 830 BGB N 19.

wird fingiert. Die dabei erreichte Beweiserleichterung für den Geschädigten ist aus dogmatischer Perspektive lediglich ein (willkommener) Nebeneffekt[301]. Die zweite Mindermeinung ist im Ergebnis nicht weit von der hier vertretenen Auffassung entfernt. Beide anerkennen einen psychischen Tatbeitrag. Ein solcher dehnt das übliche Kausalitätsverständnis bedeutend aus, weshalb eine so definierte Klarstellungs- einer Haftungsausweitungsfunktion zumindest sehr nahekommt.

Beinahe identisch ist die Rechtslage im US-amerikanischen Haftpflichtrecht. Im Falle einer *concerted action*[302] werden die jeweiligen Tatbeiträge automatisch sämtlichen Beteiligten zugerechnet. Die Ursächlichkeit der einzelnen Handlungen spielt keine Rolle[303]; es kann insofern also ebenfalls von einer Kausalitätsfiktion gesprochen werden. Entsprechend bezeichnen PROSSER/KEETON die Haftung auch als «vicarious liability for concerted action»[304]. Das Bedürfnis, diese Zurechnung auch fremder Tatbeiträge dogmatisch zu rechtfertigen, ist im Vergleich zu den hier untersuchten kontinentaleuropäischen Rechtsordnungen allerdings weniger stark ausgeprägt. Jedenfalls finden sich kaum ausdrückliche Begründungen für diesen Mechanismus. Dennoch scheint auch hier der gemeinsame Wille das entscheidende Kriterium zu sein[305].

Die im österreichischen Recht einschlägigen §§ 1301 und 1302 ABGB lassen in Bezug auf den nötigen Tatbeitrag einige Fragen offen. So könnte zwar eine isolierte Betrachtung von § 1302 ABGB vermuten lassen, vor-

---

301 MüKo BGB-WAGNER § 830 N 7; a.M. Erman-WILHELMI § 830 BGB N 2 [Hervorhebung im Original]: «Gemeinsames Ziel aller Regelungen des § 830 ist eine *Besserstellung des Geschädigten.*»

302 Zur Definition einer *concerted action* vgl. vorne S. 23 f.

303 *Garrett v. Garrett*, 228 N.C. 530, 532, 46 S.E.2d 302 (1948); *Oliver v. Miles*, 144 Miss. 852, 860, 110 So. 666 (1926); PROSSER/KEETON 322 f.; GOLDBERG/ZIPURSKY 164; WECKERLE 35, 39 f.; vgl. DIAMOND/LEVINE/BERNSTEIN 194.

304 PROSSER/KEETON 322.

305 Vgl. etwa *Garrett v. Garrett*, 228 N.C. 530, 532, 46 S.E.2d 302 (1948): «Where there is a common intent to assault and beat, or where the parties are all present at the beating, as principals […], or are guilty as abettors by reason of counsel or encouragement given beforehand, each is guilty of the whole, and in such case joint damages would alone be proper.»

sätzlich[306] gemeinschaftlich[307] Handelnde würden solidarisch haften, gleichgültig, ob ihr Handeln für die Rechtsgutverletzung kausal war oder nicht[308]. Allerdings knüpft § 1302 ABGB hinsichtlich des Tatbeitrags an § 1301 ABGB an. Dieser erfordert Kausalität[309]. Dies wiederum erachtete die ältere österreichische Judikatur in einigen Entscheiden bei unklaren Kausalverläufen als unüberbrückbares Hindernis und verneinte die Haftung, da der Kausalzusammenhang nicht nachgewiesen werden könne[310]. In der wohl überwiegenden Anzahl der Fälle löste der OGH das Problem, gleich wie heute noch das Bundesgericht, über die *Gesamthandlung* bzw. *Gesamtkausalität*[311]. Davon hat die österreichische Rechtsprechung, in Übereinstimmung mit der mittlerweile herrschenden österreichischen Lehre, über die Jahre jedoch Abstand genommen. Anstelle einer – wie bereits aufgezeigt[312] – dogmatisch fragwürdigen Gesamtkausalität geht sie nun davon aus, dass die vorsätzliche gemeinsame Verfolgung eines Zieles die Annahme einer psychischen Schadenskausalität legitimiert[313]. Im Unterschied zur in Deutschland vorherrschenden – und nach der hier vertretenen Meinung sinnvolleren[314] – Ansicht begründet ein bewusstes Zusam-

---

306 Nach der Rechtsprechung des OGH muss sich dieser gemeinschaftliche Vorsatz jedoch nicht zwingend auf die Schädigung beziehen. Es genügt Einvernehmen über die Begehung einer rechtswidrigen Handlung (vgl. vorne S. 52 ff.).

307 Dass die Rechtsfolge der Solidarhaftung nur für im Sinne der Mittäterschaft und Teilnahme zusammenwirkende Schädiger gilt, ergibt sich nicht aus § 1302 ABGB, wird aber von der Lehre angenommen, sofern diese Frage thematisiert wird (vgl. vorne S. 17 f.).

308 Vgl. § 1302 ABGB Satz 2: «Wenn aber der Schaden vorsätzlich zugefügt worden ist […]; so haften alle für einen und einer für alle.»

309 Rummel-REISCHAUER § 1302 ABGB N 1; KRAMER 76.

310 OGH JBl 1956, 314, 315; OGH GlUNF 1913, Nr. 6380, 310; vgl. KRAMER 77.

311 OGH SZ 43/141, 509; SZ 27/103, 244; OGH JBl 1916, 477; JBl 1909, 81; OGH ZBl 1909, Nr. 91 (zit. in BYDLINSKI, JBl 1959, 3, Fn. 23); vgl. BYDLINSKI, JBl 1959, 3 f.; KOZIOL D5 N 15; ferner Rummel-REISCHAUER § 1302 ABGB N 12. Für eine Übersicht über die Rechtsprechung vgl. KRAMER 76 ff.

312 Vgl. zur Kritik des Konzepts vorne S. 71.

313 OGH SZ 2016/87, 134; SZ 72/55, 351 ff., insbesondere 354; KOZIOL D5 N 12, 15, 20; Schwimann/Kodek-HARRER/WAGNER § 1302 ABGB N 6; Rummel-REISCHAUER § 1302 ABGB N 1; vgl. BYDLINSKI, AcP 1959/1960, 417; ders., JBl 1959, 10 f.

314 Vgl. vorne S. 71.

menwirken jedoch *nicht* eine Kausalitäts*fiktion*. Stattdessen hat sich die von BYDLINSKI begründete Lehre durchgesetzt, wonach derartige Mehrtäterverhältnisse lediglich einen Kausalitäts*verdacht* zur Folge haben. Der gemeinsame Wille gepaart mit einem hohen Verschuldensgrad rechtfertigt nach diesem Verständnis die Annahme einer zumindest psychischen Kausalität sämtlicher Mittäter und Teilnehmer. Der potenzielle Beteiligte kann sich also mit dem Nachweis entlasten, seine Handlung sei für die Rechtsgutverletzung nicht ursächlich gewesen[315]. In der Praxis unterscheidet sich diese Lösung allerdings kaum von der insbesondere in Deutschland und den USA vorherrschenden Kausalitätsfiktion. Zu Recht weisen LARENZ/CANARIS und TODENHÖFER darauf hin, dass der Entlastungsbeweis nur in den allerwenigsten Fällen gelingen wird[316].

2.4. Haftung bei bestimmbaren Schadensanteilen

Vergleichsweise selten wird die Konstellation diskutiert, in der sich den einzelnen Mittätern und Teilnehmern bestimmbare Schadensanteile zu-

---

315 BYDLINSKI, AcP 1959/1960, 416 f., 422, 429 f.; ders., JBl 1959, 10 f.; OGH SZ 2016/87, 134 ff.; vgl. auch OGH CaS 2018, 389; KOZIOL B2 N 39, D5 N 15, 20; Schwimann/Kodek-HARRER/WAGNER § 1302 ABGB N 6; Rummel-REISCHAUER § 1302 ABGB N 1; ferner OGH SZ 72/156, 270; Möglichkeit eines Entlastungsbeweises offengelassen in OGH SZ 71/22, 135 f. Darüber hinaus erwähnte der OGH, soweit ersichtlich, lediglich in einem Urteil die Möglichkeit einer Kausalitätsfiktion. So würde bei vorsätzlicher Schadenszufügung durch die Mittäter «davon ausgegangen, dass jeder Mittäter eine nicht wegzudenkende Ursache für den Schadenserfolg setzte» (OGH SZ 61/234, 355). Allerdings scheint der OGH in jener Entscheidung auch sonst von seiner üblichen Rechtsprechungslinie abgewichen zu sein, qualifizierte er doch eine bewusste Teilnahme an einem Raufhandel als Fall der alternativen Kausalität (OGH SZ 61/234, 355). Von der herrschenden Lehre und Rechtsprechung wohl ebenfalls abweichend KLANG-WOLFF 52: «Bei einem gemeinsamen Plan mit Rollenverteilung haften alle, die an dem Plan teilgenommen haben, mag auch das in Ausführung des Plans beobachtete Verhalten eines einzelnen als solches für den Schaden nicht ursächlich gewesen sein.»

316 LARENZ/CANARIS 566 f.: «Die Möglichkeit, dass der Haupttäter die Tat ohne die in der Mitwirkung des anderen liegende – zumindest psychische – Unterstützung unterlassen hätte, lässt sich […] nur durch den überaus schwer zu führenden Nachweis ausräumen, dass jener unter allen Umständen zur Tat entschlossen war […].» Ebenso TODENHÖFER 44; vgl. auch ZEIRINGER 221.

ordnen lassen[317]. Vereinzelte Äusserungen dazu finden sich immerhin im schweizerischen, österreichischen und US-amerikanischen Recht. Eine Untersuchung der schweizerischen Strafrechtsliteratur deutet darauf hin, dass eine Zurechnung des gesamten Erfolgs auch bei abgrenzbaren Teilerfolgen anerkannt ist. So ist unbestritten, dass jedem Mittäter in den Grenzen seines (Eventual-)Vorsatzes die Tatbeiträge der übrigen Beteiligten angerechnet werden[318]. Dabei wird, soweit ersichtlich, keine Unterscheidung zwischen abgrenzbaren Teilerfolgen und einem einheitlichen Erfolg gemacht[319]. Gleich scheint die Rechtslage in Österreich[320] und den USA[321] zu sein. Im schweizerischen Haftpflichtrecht hingegen gehen die Meinungen auseinander. Während einige Autorinnen und Autoren auch bei bestimmbaren Teilschäden von einer Gesamthaftung ausgehen[322], fordern andere Stimmen für solche Situationen eine anteilsmässige Haftung[323]. Art. 50 OR sei auf solche Fälle nicht anwendbar, da gerade eben nicht ein Schaden vorliege, den die Beteiligten gemeinsam verursacht hätten, sondern meh-

317 Davon zu unterscheiden ist der Fall, bei dem mehrere Schädiger unabhängig voneinander, also als Nebentäter, bestimmbare Schadensanteile verursacht haben (vgl. dazu hinten S. 105 f.).

318 BSK StGB I-FORSTER Vor Art. 24 N 8; CR CP I-STRÄULI Intro aux art. 24–27 N 108; HaKo-StGB-WOHLERS Vor Art. 24 ff. N 14; KILLIAS/MARKWALDER/KUHN/DONGOIS N 602; STRATENWERTH § 13 N 49; vgl. BGE 118 IV 227, 232.

319 Vgl. immerhin DONATSCH/TAG 173: «[Die Bedeutung der Mittäterschaft] liegt darin, dass jeder auf diese Weise Beteiligte als Täter zu bestrafen ist, und zwar auch in Bezug auf Tatbestände, die er nicht oder nicht vollständig durch eigenes Handeln verwirklicht hat.»

320 Dies ergibt sich bereits aus § 1302 ABGB. Die Gesetzesbestimmung spricht bei vorsätzlicher Schadenszufügung (davon ist nach österreichischer Rechtsprechung und Lehre auch das vorsätzliche Zusammenwirken bei fahrlässiger Rechtsgutverletzung umfasst, vgl. vorne S. 52 ff.) ungeachtet der Bestimmbarkeit von Anteilen von einer Solidarhaftung.

321 Vgl. PROSSER/KEETON 323: «Each [of the persons acting in concert] was therefore liable for the entire damage done, although one might have battered, while another imprisoned the plaintiff, and a third stole the plaintiff's silver buttons.»

322 BK-BREHM OR 50 N 19, 35f.; OFTINGER/STARK, Bd. II/1, § 16 N 319; VON TUHR/PETER 93, Fn. 33; KÜTTEL, HAVE 2008, 324; so wohl auch CHK-MAZAN OR 50 N 15.

323 ZK-OSER/SCHÖNENBERGER OR 50 N 9; EREN 410; KÖRNER N 128 f.

rere[324]. Dieser Ansicht kann nicht gefolgt werden. Wie bereits aufgezeigt wurde[325], ist im Bereich des bewussten Zusammenwirkens der gemeinschaftliche Wille entscheidend, von dem die Schädigung respektive die sorgfaltswidrige Aktivität, die zur Schädigung geführt hat, umfasst sein muss. Wenn der einzelne Mittäter oder Teilnehmer die Taten der übrigen Beteiligten guthiess und seine eigenen Handlungen darauf ausrichtete, rechtfertigt sich eine Zurechnung auch fremder Kausalbeiträge. Keine Rolle kann es dann spielen, ob die von diesem Willen getragenen Rechtsgutverletzungen zu einem Gesamtschaden oder zu abgrenzbaren Teilschäden geführt haben. Im Übrigen ist auch die finanzielle Einbusse für den Geschädigten dieselbe, ob er sie nun in Form eines einheitlichen Schadens oder von bestimmbaren Schadensanteilen erlitten hat. Der dem Haftpflichtrecht zugrunde liegende Ausgleichsgedanke führt folglich zu keinem anderen Ergebnis.

2.5. Haftung für Exzesse

2.5.1. Einleitung

Bei den vorangehenden Ausführungen wurde die Situation ausgeklammert, in der die Taten des unmittelbaren Schädigers über das im gemeinsamen Handlungsplan Vereinbarte hinausgehen. Die Haftung für die aus diesen *Exzessen* folgenden Schäden ist gesondert zu untersuchen. Bevor allerdings Exzesse weiter aufgeschlüsselt werden können, ist im Sinne einer Prämisse zu klären, ob die daraus entstehenden Schäden grundsätzlich von der Solidarhaftung umfasst sind. Daraufhin werden die Exzesse in zwei Kategorien aufgeteilt, für die jeweils die Konstellationen (1) und (2) beleuchtet werden.

2.5.2. Grundlegende Prämisse: Keine Haftung für Exzesse

In einem ersten Schritt ist die diesem Abschnitt zugrundeliegende Prämisse zu untersuchen, wonach für den Exzess eines Mittäters oder Teilnehmers nicht gehaftet wird. In den hier untersuchten kontinental-

---

[324] ZK-OSER/SCHÖNENBERGER OR 50 N 9; KÖRNER N 128 f. Gleich argumentiert im österreichischen Recht Klang-WOLFF 54 f.

[325] Vgl. vorne S. 68 ff.

europäischen Rechtsordnungen ist dies beinahe unumstritten[326]. Allein FELLMANN/KOTTMANN halten dem im schweizerischen Haftpflichtrecht die Rechtsprechung des Bundesgerichts entgegen, wonach der persönliche Herabsetzungsgrund des geringen Verschuldens bei der Anwendung von Art. 50 OR im Aussenverhältnis nicht zulässig sei. Überdies ordne die Bestimmung «für alle denkbaren Fälle der Teilnahme ausdrücklich Solidarität» an, die wiederum im Gesetz als Haftung für das Ganze definiert sei[327]. Dieses Argument schlägt jedoch fehl. Die Thematik des geringen Verschuldens beschlägt lediglich den Verschuldensgrad, also z.B., ob jemand leichtfahrlässig oder vorsätzlich gehandelt hat. Eine andere Frage ist hingegen, worauf dieser Verschuldensgrad des jeweiligen Schädigers gerichtet war. Entsprechend bedeutet «Haftung für das Ganze» eine Haftung für den gesamten Schaden, der vom Verschulden des Schädigers, sei dieses noch so gering, gedeckt ist.

Im US-amerikanischen Haftpflichtrecht hingegen scheinen die Grenzen des gemeinsamen Handlungsplans nicht zu interessieren. Das Thema wird dort weniger häufig diskutiert. Die wenigen vorhandenen Quellen deuten zumindest darauf hin, dass für den Haftungsumfang der Solidarhaftpflichtigen unerheblich ist, ob die Rechtsgutverletzung durch den unmittelbaren Schädiger darüber hinausgeht, was die übrigen Beteiligten wollten. Stattdessen scheint ein jeder für sämtliche Schädigungen zu haften, die sich bei Gelegenheit einer gemeinsamen Handlung, einer *common enterprise*, ergeben. So schreibt etwa der *United States Court of Appeals, Fifth Circuit*:

> «[…] [W]here two or more persons engage in a common enterprise, they are jointly liable for wrongful acts done in connection with that enterprise […], in which case all are answerable for any injury done by any of them,

---

326 Für das schweizerische Haftpflichtrecht: WEBER, *einheitliche Lösung*, 350; KÖRNER N 203. Für das schweizerische Strafrecht: BGE 118 IV 227, 232; DONATSCH/TAG 172; RIKLIN § 18 N 72; GETH N 419; STRATENWERTH § 13 N 55; TRECHSEL/NOLL/PIETH 208. Für Deutschland: BGHZ 89, 383, 396; 63, 124, 128; 59, 30, 42; Staudinger-EBERL-BORGES § 830 N 60; NomosKomm-KATZENMEIER § 830 BGB N 10; Soergel-KRAUSE § 830 BGB N 5, 8; BeckOK-SPINDLER § 830 BGB N 6; LARENZ/CANARIS 568; FRAENKEL 273; FUCHS/PAUKER/BAUMGÄRTNER 263; KREUTZIGER 282, Fn. 1; WECKERLE 74. Für Österreich: BYDLINSKI, AcP 1959/1960, 429; Schwimann/Kodek-HARRER/WAGNER § 1302 ABGB N 6.

327 FELLMANN/KOTTMANN N 2823 f.

> although the damage done was greater than was foreseen or the particular act done was not contemplated or intended by them.»[328]

Dieser weite Haftungsumfang ist aus kontinentaleuropäischer Perspektive abzulehnen. Der *gemeinsame Wille* respektive *Handlungsplan* ist das Element, welches in Bezug auf den Kausalzusammenhang gewisse Abweichungen von Einzeltäterverhältnissen rechtfertigt[329]. Auf diesen Willensumfang muss sich denn auch, zumindest im Grundsatz, die Haftung für die Tatbeiträge anderer beschränken.

2.5.3. Inhaltliche Exzesse

2.5.3.1. Konstellation (1)

Im schweizerischen Strafrecht, wo die Exzessthematik im Verhältnis zu den anderen hier untersuchten Rechtsordnungen am ausführlichsten diskutiert wird, ist eine Unterscheidung zwischen einem *qualitativen* und einem *quantitativen* Exzess üblich. Ersterer liegt vor, wenn der unmittelbare Täter eine andere Tat verübt, als vereinbart wurde bzw. als wozu er angestiftet werden sollte[330]. Bei Letzterem hingegen gehen die Handlungen des unmittelbaren Täters in ihrer Intensität über das gemeinsam Vereinbarte hinaus[331]. Bei einem qualitativen Exzess des unmittelbaren Täters

---

328 *Thompson v. Johnson,* 180 F.2d 431, 434 (5th Cir. 1950). Ebenso *American Family Mutual Insurance Company v. Grim,* 201 Kan. 340, 440 P.2d 621 (1968): Vier Jungen drangen in eine Kirche ein. Drei von ihnen stiegen auf den Dachboden hinauf und zündeten dort Fackeln an, welche einen Brand verursachten. Auch der vierte Junge, der den Dachboden nicht betreten hatte und von den Fackeln nichts wusste, wurde für die durch den Brand verursachten Schäden für haftbar erklärt. Ähnlich *Huckeby v. Spangler*, 521 S.W.2d 568 (Tenn. 1975); vgl. auch HARPER/JAMES/GRAY, Vol. 3, 14 f., Fn. 42; PROSSER/KEETON 323, Fn. 7.

329 Vgl. vorne S. 68 ff.

330 CR CP I-STRÄULI Intro aux art. 24–27 N 91; DONATSCH/TAG 172; RIKLIN § 18 N 70; vgl. TRECHSEL/NOLL/PIETH 222; ferner BSK StGB I-FORSTER Vor Art. 24 N 13.

331 CR CP I-STRÄULI Intro aux art. 24–27 N 91; DONATSCH/TAG 172; RIKLIN § 18 N 72; vgl. TRECHSEL/NOLL/PIETH 223; ferner BSK StGB I-Forster Vor Art. 24 N 13; so wohl auch HaKo StGB-WOHLERS Art. 24 N 5; STRATENWERTH § 13 N 55, 106, die allerdings den qualitativen Exzess als Gegenstück dazu nicht ausdrücklich nennen.

sind die übrigen Mittäter und Anstifter[332] herrschender Ansicht nach nur wegen *Versuchs* der gewollten Tat strafbar[333]. Bei einem quantitativen Exzess hingegen sollen sie nach Massgabe ihres (weniger weitreichenden) Vorsatzes haften[334].

Auf das Haftpflichtrecht übertragen, ergibt sich aus diesen Überlegungen sowie aus der Prämisse, wonach der Vorsatz des Einzelnen für die Haftungsreichweite entscheidend ist, folgendes Bild: Bei einem *qualitativen* Exzess des unmittelbaren Schädigers ist eine Haftung des Mittäters oder Teilnehmers für den Versuch logisch nicht denkbar. Die Rechtsgutverletzung, auf die der Vorsatz dieses Mittäters oder Teilnehmers gerichtet ist, hat sich eben gerade nicht verwirklicht; es fehlt folglich an einer finanziellen Einbusse, die ersetzt werden könnte. Dennoch eine Haftung zu bejahen, würde dem haftpflichtrechtlichen Bereicherungsverbot[335] widersprechen. In einem solchen Fall haftet demzufolge nur der unmittelbare Schädiger. Im Bereich des *quantitativen* Exzesses hingegen kann auf die soeben dargelegten, im Strafrecht geltenden Grundsätze verwiesen werden.

Darüber, dass nur im Rahmen des gemeinsamen Vorsatzes gehaftet wird, herrscht in den hier untersuchten kontinentaleuropäischen Rechtsordnungen ein Konsens. Wie eingangs angedeutet, ist allerdings umstritten, ob es Ausnahmen von diesem Grundsatz gibt. So wird bisweilen eine Zurechnung bejaht, wenn die Exzesshandlung zumindest vom Eventualvorsatz der übrigen Beteiligten umfasst war[336]. Richtiger Ansicht nach liegt in jenem Fall jedoch gar kein Exzess vor; die vermeintlich überschiessende Handlung wird vielmehr noch im Rahmen des von sämtlichen Mittätern

---

332 Art. 24 Abs. 2 StGB stellt den Versuch der Anstiftung ausdrücklich unter Strafe. Die versuchte Gehilfenschaft hingegen bleibt straflos (Art. 25 und Art. 1 StGB; BSK StGB I-FORSTER Art. 25 N 52; DONATSCH/TAG 172).

333 BSK StGB I-FORSTER Vor Art. 24 N 13; KILLIAS/MARKWALDER/KUHN/DONGOIS N 325; RIKLIN § 18 N 72; TRECHSEL/NOLL/PIETH 223.

334 BSK StGB I-FORSTER Vor Art. 24 N 13; DONATSCH/TAG 172; KILLIAS/MARKWALDER/KUHN/DONGOIS N 604, 625; RIKLIN § 18 N 72; STRATENWERTH § 13 N 106; TRECHSEL/NOLL/PIETH 222.

335 KOZIOL A N 37; OFTINGER/STARK, Bd. I, § 2 N 79; REY/WILDHABER N 12; ROBERTO, *Haftpflichtrecht*, N 02.69.

336 Für das schweizerische Strafrecht: BSK StGB I-FORSTER Vor Art. 24 N 13. Für Deutschland: Erman-WILHELMI § 830 BGB N 3.

oder Teilnehmern Gewollten sein. Nach einer weiteren Meinung soll eine Zurechnung auch für überschiessende Handlungen erfolgen, wenn die übrigen Mitbeteiligten mit entsprechenden Exzessen des unmittelbaren Täters rechnen mussten[337]. Auch in solchen Fällen kann bei genauerer Betrachtung nicht von einem Exzess gesprochen werden. Es ist jeweils nicht notwendig, dass der einzelne Mittäter oder Teilnehmer den Handlungsablauf im Detail kennt[338]. Anders zu entscheiden, würde bedeuten, die Haftungsausweitung auf Kausalbeiträge anderer ihres Sinnes zu entleeren, denn das Verhalten der übrigen Beteiligten wird kaum je in allen Einzelheiten vorhersehbar sein[339]. Entsprechend ist bei der Eingrenzung des vom gemeinsamen Willen Abgedeckten darauf abzustellen, welche Handlungen noch innerhalb der Bandbreite dessen liegen, was vor der Tatausführung abgesprochen bzw. konkludent vereinbart wurde[340]. Mit anderen Worten ist zu fragen, was noch voraussehbar war. Unter Berücksichtigung dieser Präzisierungen ist denn auch der wohl herrschenden Lehre darin zuzustimmen, dass eine Haftung für Exzesshandlungen kategorisch ausgeschlossen ist[341].

---

337 So hat auch das Schweizerische Bundesgericht in BGE 57 II 417, einem haftpflichtrechtlichen Entscheid, argumentiert. Es hielt fest, der Streikführer, der zu Gewalttätigkeiten aufgerufen hatte, möge «nicht Excesse, wie sie vorliegend sich ereignet, im Auge gehabt haben». Dennoch hafte er für die Verletzungen, die Streikende einem Streikbrecher zugefügt haben: «Allein angesichts der damals herrschenden Erbitterung, die ihm als […] Streikführer nicht entgangen sein konnte, musste er, zumal er wusste, dass Hitzköpfe unter den Streikenden waren, damit rechnen, dass seine Aufforderung zu Tätlichkeiten Ausschreitungen zeitigen könnte.» (BGE 57 II 417, 421) Für Österreich: BYDLINSKI, AcP 1959/1960, 429. Weniger deutlich für das schweizerische Strafrecht wohl RIKLIN § 18 N 5; GETH N 420. Vgl. auch BSK StGB I-FORSTER Art. 25 N 54, der diese Rechtsfolge allerdings nur bei einem qualitativen Exzess zulässt, wenn also der Täter ein anderes Rechtsgut angreift, als worauf der Vorsatz des Gehilfen gerichtet war.

338 Für das schweizerische Strafrecht: KILLIAS/MARKWALDER/KUHN/DONGOIS N 604; ferner STRATENWERTH § 13 N 107. Für Deutschland: BGH VersR 1960, 540; BeckOK-SPINDLER § 830 BGB N 6; WECKERLE 74.

339 Vgl. BGE 108 IV 88, 93; KILLIAS/MARKWALDER/KUHN/DONGOIS N 604.

340 KILLIAS/MARKWALDER/KUHN/DONGOIS N 604; ferner BYDLINSKI, AcP 1959/1960, 429.

341 Für das schweizerische Haftpflichtrecht: WEBER, *einheitliche Lösung*, 350; KÖRNER N 203. Für das schweizerische Strafrecht: DONATSCH/TAG 172; HaKo StGB-

2.5.3.2. Konstellation (2)

Bei Konstellation (2) bezieht sich der gemeinschaftliche Wille per Definition nicht auf die Rechtsgutverletzung, sondern auf ein neutrales Ziel. Wann ein Exzess vorliegt, kann also nicht davon abhängen, ob der gemeinsame Wille auch die eingetretene Schädigung umfasste. Den Anknüpfungspunkt der Haftung bildet, wie zuvor dargelegt[342], stattdessen die nicht schadensgerichtete, aber sorgfaltswidrige Aktivität, auf die sich der gemeinsame Wille bezog. Um den Haftungsumfang einzugrenzen, ist hier folglich danach zu fragen, ob das durch den unmittelbaren Schädiger verwirklichte Risiko noch von der gemeinschaftlichen Handlung umfasst war. Einen entsprechenden Lösungsansatz wählten im Ergebnis sowohl der österreichische OGH[343] als auch, im Bereich des Strafrechts, das Schweizerische Bundesgericht[344]. In den betreffenden Fällen war jedoch nicht bloss die Zurechnung eines Schadensanteils fraglich. Vom Willensumfang hing vielmehr ab, ob überhaupt eine Mittäterschaft oder Teilnahme vorlag. Eine solche ist zu verneinen, wenn die gemeinsame Tätigkeit an sich nicht sorgfalts- und damit rechtswidrig war. Hat sich lediglich der unmittelbare Schädiger sorgfaltswidrig verhalten und war diese Sorgfaltswidrigkeit nicht vom gemeinschaftlichen Willen gedeckt, haftet dieser Schädiger allein für daraus entstandene Schäden[345].

2.5.4. Zeitliche Exzesse (zeitlich nachgelagerte Handlungen)

2.5.4.1. Konstellation (1)

Zu prüfen bleibt, inwiefern die soeben gemachten Überlegungen auf zeitlich nachgelagerte Verletzungshandlungen übertragbar sind. Darunter sind Rechtsgutverletzungen zu verstehen, die einer der Beteiligten verursacht, nachdem die übrigen Mittäter und Teilnehmer nicht mehr unmittelbar in das Geschehen involviert waren. Zu denken ist etwa an die Situa-

---

WOHLERS Art. 24 N 5; GETH N 419. Für Deutschland: Staudinger-EBERL-BORGES § 830 BGB N 60; FRAENKEL 287. Für Österreich: Schwimann/Kodek-HARRER/WAGNER § 1302 ABGB N 6.

342 Vgl. vorne S. 52 ff.

343 OGH SZ 2010/5, 35; für den Sachverhalt vgl. vorne Fn. 197.

344 BGE 143 IV 361, 370 f.; für den Sachverhalt vgl. vorne S. 55.

345 Vgl. OGH SZ 2010/5, 35; BGE 143 IV 361, 370 f.

tion, in der zwei Täter auf ihr Opfer einschlagen, einer von ihnen sich nach einigen Schlägen entfernt, woraufhin der andere dem bereits Geschädigten weitere Verletzungen zufügt. Die Frage, ob solche Verletzungen dem nicht unmittelbaren Schädiger zuzurechnen sind, findet in der Literatur kaum Beachtung[346]. Zuerst ist deshalb das rechtliche Problem rund um die nachträglich zugefügten Rechtsgutverletzungen zu analysieren.

Vorwegzunehmen ist, dass auch zeitlich nachgelagerte Verletzungen vom gemeinsamen Willen sämtlicher Beteiligten umfasst sein können. So ist es durchaus denkbar, dass die nachträglich von einem der Schädiger verpassten Schläge im Rahmen des gemeinsamen Handlungsplans lagen. In einem solchen Fall liegt eine gewöhnliche Zurechnung fremder Kausalbeiträge entsprechend dem von allen Beteiligten getragenen Vorsatz vor. Diesen Grundsatz angewendet hat das OLG Dresden im Zusammenhang mit einer Protestaktion: In jenem Fall hatten Milchbauern mit ihren Fahrzeugen das Gelände einer Molkerei blockiert, um einen als kostendeckend bezeichneten Milchpreis zu fordern. Das OLG Dresden rechnete den Teilnehmern der Blockade auch diejenigen Rechtsgutverletzungen zu, die erfolgten, nachdem die fraglichen Personen das Gelände bereits wieder verlassen hatten:

> «Bei der gegebenen Sachlage muss sich jeder, der sich an der Blockadehandlung, und sei es auch nur durch zeitweise körperliche Anwesenheit vor Ort, beteiligt hat, den rechtswidrigen Eingriff der Klägerin […] als eigenen Tatbeitrag im Sinne einer Gehilfenstellung zurechnen lassen. Denn die Blockade konnte – für jeden Teilnehmer ersichtlich – erst durch die Teilnahme möglichst vieler ihre volle Wirkung entfalten. Dann ist es auch nur folgerichtig, jedem Teilnehmer den weiteren Verlauf der Blockade auch von dem Zeitpunkt an zuzurechnen, zu dem er die Örtlichkeit bereits verlassen hatte.»[347]

Wenn auch grundsätzlich der hier vertretenen Auffassung entsprechend, erscheint es im soeben beschriebenen Fall zumindest fraglich, ob der gemeinsame Handlungsplan auf sämtliche Rechtsgutverletzungen ausgeweitet werden kann. Es ist immerhin denkbar, dass Teilnehmer sich ge-

346 Vgl. immerhin KREUTZIGER 300.

347 OLG Dresden BeckRS 2011, 16675.

rade deshalb vom Ort des Geschehens entfernt haben, weil sie die Protestaktion nicht weiter mittragen wollten.

Die eigentliche Exzessproblematik liegt in den nachträglichen Schädigungen, die ausserhalb des gemeinsamen Handlungsplans erfolgen. Bei ihnen handelt es sich um nichts anderes als *Folgeverletzungen*, die nach den von sämtlichen Mittätern und Teilnehmern zu verantwortenden *Erstverletzungen* eingetreten sind. Entscheidend sind der Kausalzusammenhang zwischen den beiden Verletzungsarten (*haftungsausfüllende Kausalität*)[348] und die Frage, ob die Folgeverletzungen den Verursachern der Erstverletzungen zugerechnet werden können.

Auch für die Zurechnung von Folgeverletzungen, die über den gemeinsamen Willen hinausgehen, ist ein Blick in das deutsche Recht aufschlussreich. Ob die exzessive Schädigung durch den unmittelbaren Schädiger noch vom Vorsatz oder von der Fahrlässigkeit der übrigen Beteiligten umfasst war, ist nach Ansicht des BGH nämlich dann unerheblich, wenn die Beteiligten die Geschädigte erst in die Gefährdungslage gebracht haben, mithin die Vorbedingungen für die Exzesshandlungen gesetzt haben. Im entsprechenden Fall hatten eine Schädigerin und ein Schädiger miteinander verabredet, die Geschädigte mit einem Schlafmittel zu betäuben, um sie zu bestehlen. Der Plan umfasste, dass die Geschädigte, von Medikamenten betäubt, zehn Tage lang vom Schädiger in seiner Wohnung gefangen gehalten werden sollte. Er vergewaltigte die Geschädigte jedoch darüber hinaus während dieser Zeit mehrmals, fesselte sie, sperrte sie im Keller ein und bedrohte sie mit dem Tod. Fraglich war, ob auch diese schwersten Misshandlungen der Schädigerin angerechnet werden konnten. Der BGH bejahte dies mit der Begründung, die Schädigerin habe die Geschädigte durch die Betäubung in die Gefährdungslage gebracht, also eine Vorbedingung für die späteren Verletzungen gesetzt. Die Schäden, welche die Geschädigte durch den unmittelbaren Schädiger erlitten habe, seien dabei eine adäquate Folge der Erstschädigung, also der Betäubung durch das Schlafmittel. Daher sei unerheblich, ob diese Schädigungen noch vom Vorsatz respektive der Fahrlässigkeit der Schädigerin umfasst

---

348 Vgl. zum Begriffspaar der *haftungsbegründenden* und der *haftungsausfüllenden Kausalität* WAGNER 5. Kapitel N 82 ff. und N 101 ff.; ROBERTO, *Haftpflichtrecht*, N 06.02, 06.74.

waren[349]. Damit erfolgte, obwohl der BGH vordergründig eine Argumentation über die Adäquanz wählte, nichts anderes als eine Zurechnung von Folgeverletzungen nach Risikobereichen, also entsprechend der Lehre vom *allgemeinen Lebensrisiko*[350]. Gemäss dieser Theorie kann eine Schädigung einerseits dadurch entstehen, dass sich ein zum Alltag gehörendes, allgemeines Risiko verwirklicht. Andererseits kann die Erstverletzung, für welche die Mittäter und Teilnehmer einzustehen haben, zu einer erhöhten Gefahr geführt haben. Verwirklicht sich diese und führt zu einer Folgeverletzung, so haben die ursprünglichen Schädiger auch dafür einzustehen[351]. Insofern ergeben sich für Mehrtäterverhältnisse keine Besonderheiten. Eine entsprechende Lösung ist zumindest punktuell auch im schweizerischen Strafrecht vorgesehen. Gemäss Bundesgericht haftet bei einem Raufhandel nach Art. 133 StGB unter Umständen nämlich auch derjenige, der zu raufen aufhört, bevor es zu einer Körperverletzung oder Tötung kommt. Dies tut er, sofern die Rechtsgutverletzung auf einer Gefährlichkeit der Rauferei beruht, die bereits im Zeitpunkt seiner Beteiligung bestand[352].

2.5.4.2. Konstellation (2)

Fraglich ist wiederum, ob unter gewissen Bedingungen nachträglich durch einen einzelnen Beteiligten zugefügte Rechtsgutverletzungen den übrigen Beteiligten zugerechnet werden können. Die Literatur bietet hierzu, soweit ersichtlich, keine Anhaltspunkte. Hingegen gibt es in der Rechtsprechung des österreichischen OGH zumindest einen Fall zu dieser Thematik. Darin entwendeten vier Jugendliche zwei Firmenbusse aus der Garage des Betriebs, in dem einer der Jugendlichen als Lehrling angestellt war. Sie beabsichtigten, damit eine Spritztour zu machen, wobei in jedem der Busse je zwei Jugendliche fuhren. Zwei dieser vier Beklagten fuhren nach einer ers-

---

349 BGH NJW 1992, 1381, 1382.

350 Umfassend zum *allgemeinen Lebensrisiko* DEUTSCH, VersR 1993, 1041 ff.; LARENZ 447 ff.; MÄDRICH *passim*.

351 ROBERTO, *Haftpflichtrecht*, N 06.67 ff.; so auch KREUTZIGER 300, der eine zeitlich nachgelagerte Verletzung nur dann den ursprünglich Verantwortlichen zurechnen möchte, wenn diese durch ihr Verhalten eine Vorbedingung für die Folgeverletzung gesetzt haben.

352 BGE 137 IV 1, 3 f.; 106 IV 246, 251 f.; vgl. PraKomm-TRECHSEL/MONA StGB 133 N 7; vgl. zum Raufhandel hinten S. 110 ff.

ten Fahrt weg, um Zigaretten zu kaufen. Daraufhin stellten sie «ihr» Fahrzeug in die Garage zurück. Währenddessen unternahmen die zwei übrigen Beklagten eine Fahrt zu einem Kieswerk, wo das Fahrzeug in einem Kiesbett steckenblieb. Anschliessend verursachten sie einen Verkehrsunfall, bei dem der Bus erheblich beschädigt wurde. Der OGH stellte sich auf den Standpunkt, auch diese letzte, zum Sachschaden führende Schwarzfahrt sei noch vom gemeinsamen Vorsatz aller vier Jugendlichen umfasst gewesen. So sei ein Unfall keineswegs eine atypische Folge einer gemeinsamen Schwarzfahrt von Jugendlichen, die das 18. Lebensjahr noch nicht vollendet hätten. Dasselbe gelte auch für die Tatsache, dass der unmittelbare Schadensverursacher und sein Beifahrer die Spritztour fortsetzten, während die übrigen Beteiligten wegfuhren, um Zigaretten zu besorgen. Auch «die zuletzt zum Schaden führende Schwarzfahrt [sei] noch vom gemeinsamen Vorsatz umfasst» gewesen[353].

Dieser Gedankengang illustriert, dass auch eine zeitlich nachgelagerte sorgfaltswidrige Handlung grundsätzlich vom gemeinsamen Willen umfasst sein kann. Wenngleich die vom OGH gewählte Argumentationslinie methodisch begrüssenswert ist, ist im vorliegenden Fall doch zu bezweifeln, ob der gemeinsame Wille tatsächlich auf sämtliche unternommenen Fahrten ausgedehnt werden kann.

Wo die zur Schädigung führende Handlung vom gemeinsamen Willen nicht mehr gedeckt war, ist, gleich dem soeben beschriebenen Vorgehen bei Konstellation (1), eine Abwägung nach Risikobereichen vorzunehmen. Die für die Erstverletzung Verantwortlichen haften lediglich dann auch für Folgeverletzungen, wenn diese auf ein erhöhtes Risiko zurückzuführen sind, welches durch die Erstverletzung geschaffen wurde.

353 OGH SZ 72/156, 270 f.

§ 8 Fahrlässiges Zusammenwirken

1. Das fahrlässige Zusammenwirken als gedankliches Konzept

Im Vergleich zum zuvor untersuchten vorsätzlichen ist die Idee des fahrlässigen Zusammenwirkens weniger greifbar. Ein gemeinschaftliches Zusammenwirken beinhaltet nach dem üblichen Verständnis ein gewisses Mass an Absprache, was wiederum nur schwer mit dem Konzept der Fahrlässigkeit vereinbar ist. Einige der untersuchten Rechtsordnungen kennen das fahrlässige Zusammenwirken denn auch nicht, sondern versuchen, entsprechende Fälle über andere dogmatische Figuren zu lösen, die vom Gemeinschaftlichkeitsgedanken unabhängig sind. Bereits die Identifikation der Sachverhalte, die unter das fahrlässige Zusammenwirken fallen sollen, gestaltet sich also mitunter schwierig. Zu denken ist etwa an die Unachtsamkeit einer Fahrzeughalterin, die den Zündschlüssel im Auto stecken lässt, woraufhin ein Dieb den Wagen entwendet und einen Unfall verursacht[354]. Ebenso wirkt wohl eine Person, die es versäumt, eine Tür abzuschliessen, sodass ein Einbrecher ungehindert eindringen kann, fahrlässig mit diesem zusammen.

Trotz dieser Schwierigkeiten, das fahrlässige Zusammenwirken zu kategorisieren, ist eine Untersuchung dieser Fälle unerlässlich. Wie die nachfolgenden Ausführungen deutlich machen werden, gibt es zwischen dem schweizerischen Haftpflichtrecht und den übrigen hier untersuchten Rechtsordnungen entscheidende Unterschiede in der Einordnung entsprechender Sachverhalte. Diese Differenzen kritisch zu beleuchten und Empfehlungen für ein mögliches Haftungsmodell in der Schweiz abzugeben, steht denn auch im Zentrum dieses Kapitels.

---

[354] Sachverhalt in Anlehnung an *Elliott v. Mallory Electric Corp.*, 93 Nev. 580, 571 P.2d 397, 582 (1977). Allerdings könnte in diesem Fall nach schweizerischem Recht auch ohne Umweg über die Mittäterschaft und Teilnahme einfach eine Haftung begründet werden. So statuiert Art. 37 Abs. 3 SVG i.V.m. Art. 22 Abs. 1 VRV die Pflicht, das Fahrzeug gegen die Verwendung durch Unbefugte zu sichern. Dessen Schutzzweck ist unter anderem die Verhinderung von Unfällen durch Unbefugte. Der Verstoss gegen diese Bestimmung stellt also bereits eine eigenständige Sorgfaltspflichtverletzung dar.

2. Die Qualifikation des fahrlässigen Zusammenwirkens in den einzelnen Rechtsordnungen

Den Konstellationen (3) (fahrlässiges Zusammenwirken bei einer vorsätzlichen Rechtsgutverletzung) und (4) (fahrlässiges Zusammenwirken bei einer fahrlässigen Rechtsgutverletzung) kommt über alle untersuchten Rechtsordnungen hinweg weniger Aufmerksamkeit zu. Im deutschen und österreichischen Zivilrecht werden sie kaum je ausdrücklich thematisiert. Wo sie dennoch angesprochen werden, werden sie überwiegend nicht über die spezifischen Bestimmungen zur Mittäterschaft und Teilnahme abgehandelt, sondern über die allgemeinen Grundsätze zur Nebentäterschaft respektive der Tatzurechnung (Kausalität)[355]. Illustrativ sind in dieser Hinsicht die beiden «Grünstreifen»-Urteile des LG Düsseldorf und später des BGH. Im ersten Fall hatte ein Fahrzeuglenker auf der Autobahn fahrlässig einen Verkehrsunfall verursacht. Das LG Düsseldorf liess ihn auch für den Schaden haften, der dadurch entstand, dass andere Kraftfahrer, denen die durch den Unfall entstandene Verkehrsblockade zu lange dauerte, kurzerhand über den Grünstreifen der Autobahn fuhren. Begründet wurde diese Haftung allerdings nicht über eine irgendwie geartete Teilnahme des Beklagten an der vorsätzlichen Schädigung durch die anderen Verkehrsteilnehmer. Stattdessen bejahte das Gericht den adäquaten Kausalzusammenhang zwischen dem fahrlässig verursachten Unfall und den am Grünstreifen entstandenen Schäden[356]. Es liess den Unfallverursacher also aus eigener, von den unmittelbaren Schädigern unabhängiger Fahrlässigkeit haften und betrachtete ihn damit als Nebentäter. Im zweiten, ähnlich gelagerten Fall verneinte der BGH hingegen die Haftung des Unfallfahrers für den Schaden am an die Strasse angrenzenden Fussweg. Er begründete dies mit der freien Entscheidung der fehlbaren Kraftfahrer, die Unfallstelle verkehrsregelwidrig zu umfahren. Der diesem Verhalten vorausgehende Unfall sei im Verhältnis dazu «nicht mehr als ein äusserer Umstand, der lediglich die Motivation für das eigenmächtige, nicht mehr

---

355 Für Deutschland: vgl. etwa LARENZ, NJW 1955, 1009; ferner Staudinger-EBERL-BORGES § 830 BGB N 6. Für Österreich: Klang-WOLFF 53 f.

356 LG Düsseldorf NJW 1955, 1031.

von Rücksichten auf Verkehrssicherheit bestimmte Verhalten jener Kraftfahrer bildete»[357].

Einen als Konstellation (4) zu qualifizierenden Sachverhalt hatte wiederum der österreichische OGH zu beurteilen. Eine Lehrerin hatte ein stark ätzendes Putzmittel in ein Servicegeschirr ohne Beschriftung gefüllt und in der schuleigenen Waschküche deponiert, wo zwei Schüler im Rahmen ihrer Ausbildung ohne ständige Beaufsichtigung zu arbeiten hatten. Sie hielten den Inhalt für Tee, füllten ihn in eine Sodaflasche ab und boten ihn einem Mitschüler zum Trinken an. Dieser erlitt daraufhin schwere Verätzungen. Das Gericht qualifizierte die beiden Schüler einerseits und die Lehrerin andererseits im Verhältnis zueinander als Nebentäter respektive als Nebentäterin[358]. Die Vermutung liegt nahe, dass entsprechende Fälle auch in Deutschland gleich behandelt würden[359]. Eine mögliche Ausnahme hierzu findet sich bei DEUTSCH, der eine «fahrlässige Mittäterschaft» zulassen möchte, «wenn mehrere dieselbe Pflicht oder aufeinander ausgerichtete Pflichten treffen [sic]»[360]. Die von ihm als Beispiele angeführten Fälle fallen bei genauerer Betrachtung jedoch unter die Konstellation (2)[361].

Diskutiert wird die Thematik auch im US-amerikanischen Haftpflichtrecht, wo dafür mehrere sich überschneidende Konzepte hinzugezogen werden. Diese werden sowohl auf die Konstellationen (3) als auch (4) angewendet. Zu nennen ist die in Rechtsprechung und Lehre seit Langem anerkannte Theorie des *negligent entrustment*. Sie besagt, dass für Schädi-

---

357 BGHZ 58, 162, 167.

358 OGH SZ 60/55, 284.

359 Vgl. aber FRAENKEL 287, der als Gehilfe haften lassen will, wer «einem Betrunkenen ein Kraftfahrzeug leiht, mit dem dieser dann schuldhaft einen Unfall herbeiführt». Keine Haftung soll den Verleiher hingegen treffen, wenn der Schädiger vorsätzlich rechtswidrig handelt oder sich nicht hinreichend sorgfältig verhält, obwohl er dazu in der Lage wäre.

360 DEUTSCH, *Haftungsrecht*, N 507.

361 Vgl. DEUTSCH, *Haftungsrecht*, N 507: So kann bei einem Arzt und der unter seiner Aufsicht eine Injektion ausführenden Pflegefachfrau von einem bewussten Zusammenwirken gesprochen werden. Ebenso bei Kreisbeamten, die gesunde Rinder fälschlicherweise einer Notschlachtung zuführen, im Verhältnis zu den sie beratenden Landesbeamten.

gungen haftet, wer einem Dritten eine gefährliche Sache anvertraut, obwohl er weiss oder wissen müsste, dass dieser die Sache in einer Art und Weise nutzt, die ihn oder andere gefährdet[362]. Damit beschreibt diese Doktrin lediglich eine Unterkategorie von Fällen, in denen fahrlässiges Verhalten fahrlässige oder vorsätzliche Schädigungen ermöglicht oder begünstigt. Vorgeschlagen wurde bereits, diese Fälle unter dem Überbegriff von *enabling torts* zusammenzufassen[363]. Einen noch umfassenderen Rahmen bietet die häufig anzutreffende Theorie von *intervening* oder *superseding cause*. Sie umschreibt Situationen, in denen eine Person ein Schädigungsrisiko schafft, welches sich allerdings erst durch die (fahrlässige oder vorsätzliche) Handlung eines Dritten manifestiert[364].

Welches Konzept auch hinzugezogen wird, zu beurteilen ist stets die Frage nach der Haftung des «Schädigungsermöglichers». Das Problem wird auf verschiedene Arten zu lösen versucht. Für einige Gerichte ist die *Vorhersehbarkeit* der unmittelbar schädigenden Handlung entscheidend. Dabei ist die grundsätzliche Regel, dass derjenige, der fahrlässigerweise eine Vorsatztat ermöglicht oder begünstigt (Konstellation [3]), nicht haftet[365]. Dies

---

362 AMERICAN LAW INSTITUTE, Restatement (Second) of Torts, Vol. 2, § 390; PROSSER/KEETON 197 ff.; vgl. GOLDBERG/ZIPURSKY 176; RABIN, DePaul Law Review 1999, 438.

363 RABIN, DePaul Law Review 1999, 435 ff. Das Konzept soll allgemein auf Situationen Anwendung finden, in denen das Verhalten einer Person rechtswidrige, schädigende Handlungen einer anderen Person ermöglicht oder begünstigt. Die Theorie scheint bisher jedoch kaum rezipiert worden zu sein.

364 DOBBS/HAYDEN/BUBLICK 351; GOLDBERG/ZIPURSKY 169. Dabei wird von einer *intervening cause* respektive von *intervening wrongdoing* gesprochen, wenn die das Risiko schaffende Person für die Handlungen des Dritten einzustehen hat. Als *superseding cause* wird ein kausaler Faktor bezeichnet, der die Haftung der ersten Person entfallen lässt (vgl. DOBBS/HAYDEN/BUBLICK 361; GOLDBERG/ZIPURSKY 170).

365 Illustrativ *Miller v. Bahmmuller*, 124 A.D. 558, 108 N.Y.S. 924 (1908): Keine Haftung desjenigen, der eine Kellertüre neben einem Gehsteig offenlässt, wenn der Schädiger vorsätzlich ein Kind hinunterschubst; *Gillot v. Washington Metropolitan Area Transit Authority*, 507 F.Supp. 454, 455 (D.D.C. 1981): Keine Haftung des Parkplatzeigentümers für eine Vergewaltigung auf ebendiesem öffentlichen Parkplatz; *Corbitt v. Ringley-Crockett, Inc.*, 496 S.W.2d 914, 919 (Tenn. App. 1973): Keine Haftung des Konzertveranstalters für einen Raubüberfall auf den Toiletten während des Konzerts; DOBBS/HAYDEN/BUBLICK 361; PROSSER/KEETON 201.

galt nach früherer Rechtsprechung absolut. Eine vorsätzliche, strafbare Handlung sei schlichtweg nicht vorhersehbar[366]. Mittlerweile erfolgt zu Recht eine einzelfallbezogene Betrachtung. So sind Fälle denkbar, in denen die Wahrscheinlichkeit einer schädigenden vorsätzlichen Handlung so hoch war, dass die fahrlässige «Ermöglicherin» mit ihr hätte rechnen, sie also hätte vorhersehen müssen. Entsprechend wurde bereits für einen Fahrzeugdiebstahl, bei dem die Diebe einen Unfall mit Sachschaden verursachten, haftbar gemacht, wer den Zündschlüssel im Fahrzeug stecken liess, wenn dieses in einer besonders unsicheren Gegend abgestellt war[367].

Eher bejaht wird die Vorhersehbarkeit im Falle von Konstellation (4). Dennoch muss auch dort nicht immer mit der Fahrlässigkeit eines Dritten rechnen, wer ein Risiko schafft. So wird etwa im Falle von *negligent entrustment* eine Haftung des «Schädigungsermöglichers» nur dann bejaht, wenn die Person, welcher er die Sache zugänglich gemacht hat, bestimmte Charakteristika oder Verhaltensweisen an den Tag legte, die eine Schädigung besonders wahrscheinlich haben erscheinen lassen[368]. Anschaulich sind die in der Rechtsprechung häufigen Fälle, in denen einer fahrunfähigen Person ein Fahrzeug zur Verfügung gestellt wird, worauf diese einen Unfall verursacht[369], sowie Fälle, in denen Kindern Waffen zugänglich gemacht werden[370]. Die Grenzen der Haftung werden jedoch von Gericht zu Gericht unterschiedlich gezogen. Eine eindeutige Linie lässt sich daher nicht aus-

366 DOBBS/HAYDEN/BUBLICK 362.

367 Vgl. *State Farm Mutual Automobile Insurance Co. v. Grain Belt Breweries, Inc.*, 309 Minn. 376, 379 ff., 245 N.W.2d 186 (1976); *Palma v. U.S. Industrial Fasteners, Inc.*, 36 Cal.3d 171, 184, 681 P.2d 893, 203 Cal. Rptr. 628 (1984): In beiden Fällen schloss das Gericht die Möglichkeit einer Haftung zumindest nicht aus und wies den Fall zur Neubeurteilung an die untere Instanz zurück. Anders aber *Ross v. Nutt*, 177 Ohio St. 113, 115, 203 N.E.2d 118 (1964); umfassend zu dieser Thematik DOBBS/HAYDEN/BUBLICK 362 f.

368 AMERICAN LAW INSTITUTE, Restatement (Second) of Torts, Vol. 2, § 390; PROSSER/KEETON 199.

369 *Schneider v. Midtown Motor Co.*, 854 P.2d 1322 (Colo. App. 1992); *Snowhite v. State*, 243 Md. 291, 221 A.2d 342 (1966); *Owensboro Undertaking & Livery Association v. Henderson*, 273 Ky. 112, 115 S.W.2d 563 (1938); *Saunders Drive-It-Yourself Co. v. Walker*, 215 Ky. 267, 284 S.W. 1088 (1926); vgl. auch PROSSER/KEETON 200.

370 *Gilbert v. Sabin*, 76 Mich. App., 137, 256 N.W.2d 54 (1977); *Howell v. Hairston*, 261 S.C. 292, 199 S.E.2d 766 (1973); *Giguere v. Rosselot*, 110 Vt. 173, 179, 3 A.2d 538, 540 (1939); vgl. PROSSER/KEETON 200.

machen. In einigen Urteilen wird für eine Haftung vorausgesetzt, dass der Beklagte eine Sache anvertraut, die in seinem Eigentum steht oder über die er Kontrolle ausüben konnte[371]. Andere Gerichte legen die Regel hingegen weiter aus. In Bezug auf die Fahrlässigkeit des Ersttäters könne es keinen Unterschied machen, ob dieser durchgehend Eigentum an der Sache habe oder nicht[372]. Nach dieser Auslegung kann nicht nur haften, wer seine eigene Sache bereitstellt, sondern auch, wer eine entsprechende Sache verkauft[373] oder sogar wer dem unmittelbaren Schädiger die Mittel für den Erwerb der Sache zur Verfügung stellt[374]. Die Lehre scheint letztere Auslegung zu favorisieren[375].

Die Vorhersehbarkeit ist ein zentrales Element der Sorgfaltspflichten und hat einen entscheidenden Einfluss auf deren Umfang[376]. Gerichte, die nach der Vorhersehbarkeit der schädigenden Handlung fragen, grenzen die Haftung des «Ermöglichers» also über die Sorgfaltspflichten ein[377]. An

---

371 Besonders deutlich *Tosh v. Scott*, 129 Ill. App.3d 322, 323, 472 N.E.2d 591 (1984), wo ein Vater seinem Sohn ein Auto verkauft hatte, obwohl er wusste, dass dieser keinen Fahrausweis, dafür aber ein Alkoholproblem hatte. Gemäss dem *Appellate Court of Illinois, Third District,* lag kein Fall von *negligent entrustment* vor: «Such theory [equating the sale of a motor vehicle with negligent entrustment cases] cannot be supported, since an essential element of negligent entrustment cause of action is the defendant's ownership or right to control the vehicle.» Ähnlich *Estes v. Gibson*, 257 S.W.2d 604, 606 (Ky. 1953); ferner *Fugate v. Galvin*, 84 Ill. App.3d 573, 575, 406 N.E.2d 19 (1980).

372 *Kahlenberg v. Goldstein*, 290 Md. 477, 488, 431 A.2d 76 (1981); zustimmend PROSSER/KEETON 718.

373 *Kahlenberg v. Goldstein*, 290 Md. 477, 488, 431 A.2d 76 (1981).

374 So ging der *Vermont Supreme Court* von der Möglichkeit des *negligent entrustment* aus, wo eine Frau ihrem Grossneffen Geld für ein Auto gegeben hatte, im Wissen, dass dieser mehrmals durch die Fahrprüfung gefallen war sowie exzessiv Alkohol und Drogen konsumierte (*Vince v. Wilson*, 151 Vt. 425, 561 A.2d 103 [1989]).

375 PROSSER/KEETON 718 f.; so wohl auch RABIN, DePaul Law Review 1999, 439; a.M. GOLDBERG/ZIPURSKY 176.

376 *Weirum v. RKO Gen., Inc.*, 15 Cal.3d 40, 46, 123 Cal. Rptr. 468, 539 P.2d 36 (1975); vgl. auch für die Schweiz ROBERTO, *Haftpflichtrecht*, N 04.71 ff.

377 Im Ergebnis gleich DOBBS/HAYDEN/BUBLICK 361, 364, welche allerdings die Vorhersehbarkeit als eine von den Sorgfaltspflichten unabhängige, vorgeschobene Begründung sehen, Sorgfaltspflichten jedoch als das eigentliche Kriterium zur Haftungseingrenzung.

diese werden durch die Gerichte höhere Anforderungen gestellt, wenn zwischen dem «Ermöglicher» und der durch einen Dritten geschädigten Person ein besonderes Verhältnis (*special relationship*) besteht. Dieses begründet für Ersteren eine *affirmative duty*, die geschädigte Person zu schützen. So hat ein Gericht die Eigentümer eines Apartmentkomplexes zu Schadenersatzzahlungen verurteilt, nachdem eine Bewohnerin in einem Gang ausgeraubt worden war. Indem die Eigentümerschaft das Sicherheitspersonal kontinuierlich reduziert habe, habe sie ein Umfeld geschaffen, welches zu kriminellen Aktivitäten eingeladen habe. Sie sei folglich ihrer Schutzpflicht den Anwohnern gegenüber nicht nachgekommen[378].

Andere Gerichte sehen in den Konstellationen (3) und (4) hingegen Fälle, die über die *proximate cause*, ein dem adäquaten Kausalzusammenhang ähnliches Konzept, zu lösen sind[379]. Zu fragen ist nach diesem Verständnis also, ob die betreffende Rechtsgutverletzung noch adäquat kausale Folge der fahrlässigen «Ermöglichungshandlung» war. Allerdings scheint auch im US-amerikanischen Recht – wie in der Schweiz[380] und in Deutschland[381] – die Adäquanztheorie bisweilen kritisch betrachtet zu werden. Ein Vorwurf lautet, sie kaschiere als «nachträgliche Scheinbegründung»[382] lediglich Billigkeitserwägungen[383].

---

378 *Kline v. 1500 Massachusetts Avenue Apartment Corp.*, 439 F.2d 477, 486 f. (D.C. Cir. 1970); vgl. auch *Mullins v. Pine Manor College*, 389 Mass. 47, 51 ff., 449 N.E.2d 331 (1982): Eine Studentin wurde auf einem College-Campus vergewaltigt. Das Gericht bejahte eine Pflicht des Colleges, für die Sicherheit seiner Studentinnen (das College war zu jenem Zeitpunkt eine reine Frauen-Universität) zu sorgen. Umfassend zu dieser Kategorie von Fällen RABIN, DePaul Law Review 1999, 443 ff.; GOLDBERG/ZIPURSKY 174 f.

379 Vgl. *Miller v. Bahmmuller*, 124 A.D. 558, 108 N.Y.S. 924 (1908); RABIN, DePaul Law Review 1999, 441; vgl. zum adäquaten Kausalzusammenhang und zu Fällen der (In-)Adäquanz im schweizerischen Recht ROBERTO, *Haftpflichtrecht*, N 06.36 ff.

380 Vgl. dazu WEITNAUER 336 f.; ROBERTO, *Haftpflichtrecht*, N 06.54 ff., insbesondere N 06.58; ferner HONSELL/ISENRING/KESSLER § 3 N 10, 15.

381 WAGNER 5. Kapitel N 89.

382 ROBERTO, *Haftpflichtrecht*, N 06.49.

383 Vgl. etwa die Ausführungen bei RABIN, DePaul Law Review 1999, 441; ferner DOBBS/HAYDEN/BUBLICK 360 f.

Trotz dieser Bedenken gegen die Adäquanz hat auch das Schweizerische Bundesgericht in einem strafrechtlichen Urteil einen ähnlichen Weg gewählt. Mit BGE 105 IV 330 hatte es einen der Konstellation (3) entsprechenden Fall zu beurteilen. Darin hatte eine Hauseigentümerin vor zwei ihrer Bekannten angemerkt, am besten würde man ihr Haus «warm abbräche», also abbrennen lassen. Die Bekannten zündeten daraufhin das Gebäude an. Ein Anstiftungsvorsatz konnte der Angeklagten nicht nachgewiesen werden. Da die fahrlässige Anstiftung nach schweizerischem Strafrecht nicht strafbar ist[384], prüfte das Gericht stattdessen, ob die unbedachte Äusserung als fahrlässige Verursachung einer Feuersbrunst, also als eigenständiges Fahrlässigkeitsdelikt[385] qualifiziert werden kann. Allerdings verneinte es den adäquaten Kausalzusammenhang zwischen dem Gespräch und der anschliessenden Brandstiftung[386].

Erwähnenswert ist sodann ein der Konstellation (4) zuzuordnender Fall, den das Bundesgericht nicht über die Kausalität, sondern über den Umfang der Sorgfaltspflichten löste. Darin führte ein Mann seinen angeheiterten Gästen seine Dienstwaffe vor. Anschliessend verstaute er die geladene Pistole in einem unverschlossenen Schrank und legte sich schlafen. Einer der Gäste nahm die Waffe daraufhin aus dem Schrank und spielte mit ihr. Dabei löste sich ein Schuss, der einen der Anwesenden tötete. Der Halter der Waffe wurde der fahrlässigen Tötung schuldig gesprochen. Indem er die Dienstwaffe nicht vollständig entladen habe, habe er seine Sorgfaltspflicht verletzt[387].

Auch die schweizerische Lehre zum Strafrecht will die Strafbarkeit des Ersthandelnden mehrheitlich über eine Eingrenzung seiner Sorgfaltspflichten umreissen[388]. Gerade im älteren Schrifttum finden sich allerdings auch Meinungen, die eine Strafbarkeit des fahrlässigen «Ermöglichers»

---

384 Vgl. vorne S. 19.

385 DONATSCH, SJZ 1989, 113; KILLIAS/MARKWALDER/KUHN/DONGOIS N 615a; STRATENWERTH § 13 N 106.

386 BGE 105 IV 330, 333.

387 BGE 103 IV 12, 15.

388 Die Strafbarkeit über die Sorgfaltspflichten eingrenzend: WEHRLE 63 ff.; DUBS 298 ff. Die Strafbarkeit wohl über die Kausalität eingrenzend: KILLIAS/MARKWALDER/KUHN/DONGOIS N 615a.

der Vorsatztat kategorisch ablehnen[389]. Begründet wird dies vielfach mit dem Unrechtsgefälle zwischen der fahrlässigen Erst- und der vorsätzlichen Zweittat. Der Zweittäter sei für sein eigenes Handeln voll verantwortlich[390]. Diese Argumentation führt zum selben Ergebnis wie die aus der älteren US-amerikanischen Rechtsprechung bekannte Ansicht, vorsätzliche Taten seien nie vorhersehbar; entsprechend könne dem fahrlässigen Ersttäter kein Vorwurf der Sorgfaltswidrigkeit gemacht werden[391]. Richtigerweise ist bezüglich der Vorhersehbarkeit jedoch eine einzelfallbezogene Betrachtung notwendig[392].

Welcher Mechanismus auch immer gewählt wird, um die Haftung des fahrlässigen Ersttäters einzugrenzen, es wird deutlich, dass sein Verhalten in den soeben untersuchten Rechtsordnungen nicht als Beteiligung an einer fremden Tat geahndet wird. Stattdessen wird es als mögliches eigenständiges (Fahrlässigkeits-)Delikt betrachtet.

Für das schweizerische Haftpflichtrecht sind eindeutige Aussagen aufgrund der nur unzureichenden Erschliessung der Thematik schwierig. Ein Blick auf Rechtsprechung und Lehre lässt immerhin einige Feststellungen zu: Wenngleich nicht immer frei von Widersprüchen[393], tendiert das Bundesgericht doch dazu, das schuldhafte Zusammenwirken im Sinne von Art. 50 OR zu bejahen, wenn [Hervorhebung durch die Autorin] «jeder Schädiger um das *pflichtwidrige Verhalten* des andern […] weiss oder jedenfalls *wissen konnte*»[394].

Das Gericht scheint also ein fahrlässiges Zusammenwirken sowohl bei einer vorsätzlichen (3) als auch bei einer fahrlässigen Rechtsgutverletzung (4) für die Begründung der Mittäterschaft und Teilnahme genügen zu lassen. Deutlich wird dies etwa im Fall eines Munitionsherstellers, der Muni-

---

389 Vgl. für einen Überblick WEHRLE 33 ff., 76 ff., 81 ff.; DUBS 297 f.

390 Vgl. WEHRLE 83 ff.

391 Vgl. vorne S. 93.

392 Vgl. vorne S. 93 f.

393 Vgl. BGE 90 II 501, 508, wo das Gericht den Anwendungsbereich der Mittäterschaft und Teilnahme zwischenzeitlich auf ein «gemeinsames Handeln» einschränkte, «das […] nur in einer bewussten und gewollten Teilnahme […] bestehen kann» (vgl. vorne S. 36 f.).

394 BGE 115 II 42, 45; 104 II 225, 230.

tion zur Verwendung auf einer Theaterbühne verkauft hatte. Bei einer Theaterprobe gab einer der Schauspieler einen Schuss ab, wodurch ein anderer schwer verletzt wurde. Die Munition erwies sich im Nachhinein als für diesen Zweck gänzlich ungeeignet. Das Bundesgericht liess den Munitionshersteller mit dem Schützen nach Art. 50 OR haften[395].

Diese weite Interpretation wird von einem grossen Teil der schweizerischen Autorenschaft vorbehaltlos übernommen[396]. Z.B. sei eine fahrlässige Bemerkung, wenn sie den Täter zur Tatausführung bewege, ausreichend für eine Mittäterschaft oder Teilnahme[397].

Der Anwendungsbereich der Mittäterschaft und Teilnahme im schweizerischen Haftpflichtrecht wird also im internationalen Vergleich äusserst weit gezogen. Damit wird dieses Konzept überspannt. Nur die intellektuelle Verbindung zwischen den Beteiligten, also das Wissen um die Partizipation anderer und insbesondere der *Wille zur Kooperation*, rechtfertigt die mit der Mittäterschaft und Teilnahme einhergehende Haftungsausweitung[398]. An dieser Verbindung fehlt es bei einem fahrlässigen Zusammenwirken. Vorzuziehen ist damit der in Deutschland, Österreich, den USA und im schweizerischen Strafrecht vorherrschende Ansatz, die Konstellationen (3) und (4) als potenzielle Fälle der Nebentäterschaft zu betrachten.

---

395 BGE 45 II 310.

396 BSK OR I-GRABER Art. 50 N 6, 10; VON TUHR/PETER 465; HONSELL/ISENRING/KESSLER § 11 N 11; KELLER/GABI/GABI 137; MÜLLER N 844; SCHWENZER/FOUNTOULAKIS N 88.13; Haftpflichtkommentar-FISCHER/ITEN OR 50 N 16; EREN 407 f.; wohl ebenso, wenn auch nicht gänzlich widerspruchsfrei BK-BREHM OR 50 N 7c ff.; vgl. DESCHENAUX/TERCIER § 35 N 4 f.; FELLMANN/KOTTMANN N 2774; HUGUENIN N 2007. OFTINGER/STARK, Bd. II/1, § 16 N 326 lassen *bewusste* Fahrlässigkeit genügen. A.M. WEBER, *einheitliche Lösung*, 349, der neben dem Bewusstsein für das Zusammenwirken auch den *Willen* dazu fordert; so wohl auch JANSEN 48 f., 101, insbesondere Fn. 163; kritisch ebenfalls KÜTTEL, HAVE 2008, 326.

397 OFTINGER/STARK, Bd. II/1, § 16 N 324; BK-BECKER OR 50 N 6; VON TUHR/PETER 465; vgl. FELLMANN/KOTTMANN N 2790.

398 Vgl. vorne S. 68 f.

3. Die Bedeutung des Kausalzusammenhangs bei fahrlässigem Zusammenwirken mehrerer in den einzelnen Rechtsordnungen

3.1. Einleitung

Die Frage nach dem notwendigen Tatbeitrag des Einzelnen stellt eine der zentralen Herausforderungen an der Schnittstelle zwischen Mittäterschaft und Teilnahme einerseits und Nebentäterschaft andererseits dar. Die für das vorsätzliche Zusammenwirken bereits untersuchten Kausalitätsvarianten sind daher für das fahrlässige Zusammenwirken ebenfalls zu beleuchten. Diskutiert werden die Haftung bei alternativer Kausalität sowie die Haftung über den eigenen Kausalbeitrag hinaus. Sodann wird die Haftung bei bestimmbaren Schadensanteilen besprochen. Nicht notwendig ist lediglich eine gesonderte Betrachtung des Falles der gemeinsamen Kausalität. Wie bereits dargelegt[399], ergibt sich die Folgenzurechnung dort aus allgemeinen Kausalitätsüberlegungen. Für die Konstellationen (3) und (4) gibt es daher keine Abweichungen.

3.2. Alternative Kausalität sowie Haftung über den eigenen Kausalbeitrag hinaus

Über die untersuchten (Zivil-)Rechtsordnungen hinweg wird es als stossend empfunden, den Geschädigten leer ausgehen zu lassen, wenn von zwei möglichen Verursachern keiner mit hinreichender Sicherheit als tatsächlicher Schädiger identifiziert werden kann. Um dem entgegenzuwirken, wird die Haftung jeweils auf sämtliche durch einen gemeinsamen Willen verbundenen Mittäter und Teilnehmer ausgedehnt[400]. Aber auch über diesen Bereich des wissentlichen und willentlichen Zusammenwirkens hinaus ist in Rechtsprechung und Lehre das Bedürfnis auszumachen, den Geschädigten schadlos zu halten bzw. die potenziellen Schädiger zur

399 Vgl. vorne S. 63 f.

400 Wobei die Besserstellung des Geschädigten im Fall der gemeinschaftlichen Schädigung dogmatisch gesehen lediglich ein Nebeneffekt ist (vgl. vorne S. 76).

Verantwortung zu ziehen. Die dafür eingesetzten Mechanismen unterscheiden sich jedoch von Rechtsordnung zu Rechtsordnung.

Ausdrücklich beantwortet wurde die Frage der Haftung bei alternativer Kausalität auch ausserhalb von Mittäterschaft und Teilnahme im deutschen Zivilrecht. Als Begründung wird dabei angeführt, der Ersatzanspruch des Geschädigten bestehe grundsätzlich. Fraglich sei lediglich, gegen welchen der potenziellen Verursacher. Dabei hänge es lediglich vom Zufall ab, welche der sorgfaltswidrigen Handlungen als Erfolg die Schädigung herbeigeführt habe. § 830 Abs. 1 Satz 2 BGB hat vor diesem Hintergrund zum Zweck, dem Geschädigten aus seiner Beweisnot zu helfen, die durch das unsorgfältige Verhalten der möglichen Verursacher entstanden ist[401]. Haben mehrere Personen unabhängig voneinander eine mögliche Schadensursache gesetzt und lässt sich nicht ermitteln, wessen Handlung tatsächlich kausal war, sind sich Rechtsprechung und Lehre, soweit ersichtlich, einig: Es greift lediglich eine Kausalitätsvermutung. Jeder der Beteiligten kann sich mit dem Nachweis entlasten, seine Handlung sei für die Rechtsgutverletzung nicht ursächlich gewesen[402]. Dies entspricht der Zielrichtung der Bestimmung. Obwohl nicht ausdrücklich vom Gesetzeswort-

---

401 BGH NJW 1994, 932, 934; BGHZ 72, 355, 358; 67, 14, 20; BGH NJW 1960, 862, 863; Staudinger-EBERL-BORGES § 830 BGB N 96; Erman-WILHELMI § 830 BGB N 2. Eine leicht abgewandelte *ratio legis* führen LARENZ/CANARIS 578 an [Hervorhebung im Original]: «Da das Verhalten des Beteiligten möglicherweise kausal und darüber hinaus konkret schadensgeeignet war […], wäre es für ihn ein *unverdienter Glücksfall*, wenn er nur deshalb von der Haftung verschont bliebe, weil auch noch ein anderer den Schaden verursacht haben kann.» Ebenso BeckOK-SPINDLER § 830 BGB N 18; vgl. allgemein zu § 830 Abs. 1 Satz 2 BGB vorne S. 15 f.

402 BGH NJW 1960, 862, 863; BGHZ 33, 286, 292; Staudinger-EBERL-BORGES § 830 BGB N 120; MüKo BGB-WAGNER § 830 N 49 f.; Grüneberg-SPRAU § 830 BGB N 11; CYPIONKA 14 f.; WECKERLE 106 f.; vgl. BAUER, JZ 1971, 5; im Ergebnis gleich DEUTSCH, *Haftungsrecht*, N 528; ferner BeckOK-SPINDLER § 830 BGB N 18. Die neuere Rechtsprechung scheint § 830 Abs. 1 Satz 2 BGB nicht mehr als Beweisregel, sondern als eigenständige Anspruchsgrundlage zu qualifizieren (vgl. BGH NJW 1994, 932, 934; BGHZ 72, 355, 358; 67, 14, 17). Konsequenterweise müsste damit die Möglichkeit eines Entlastungsbeweises entfallen (vgl. MüKo BGB-WAGNER § 830 N 50). Einen solchen lässt der BGH allerdings weiterhin zu (vgl. BGH NJW 1987, 2810, 2812, der von einer «Verursachungsvermutung» spricht), weshalb die Umdeutung aus hier interessierender Perspektive keine Auswirkungen hat (vgl. MüKo BGB-WAGNER § 830 N 50).

laut umfasst, soll dasselbe gelten, wenn sich die Anteile am Schaden nicht mit Sicherheit einem Verursacher zuordnen lassen[403]. Ebenso ist unbestritten, dass die Vermutung nicht greift, wenn der unmittelbare Verursacher feststeht. Denn die Vorschrift «darf nicht dazu missbraucht werden, dem Geschädigten weitere, evtl. solventere Schuldner zu verschaffen»[404]. Diese Argumentation verdient Zustimmung.

Im österreichischen Recht sehen die §§ 1301 und 1302 ABGB unmittelbar keine Haftung bei alternativer Kausalität vor[405]. Bei vorsätzlichem Zusammenwirken, sei es im Hinblick auf eine Schädigung oder auf ein neutrales Ziel, wird die Haftung sämtlicher Beteiligten daher mit einem Kausalitätsverdacht begründet. Dieser wiederum wird durch den gemeinschaftlichen Willen der Schädiger sowie die hohe Verschuldensintensität gerechtfertigt[406]. Ausserhalb dieser Konstellation, bei Nebentäterschaft also, ordnet § 1302 ABGB Solidarhaftung an, wenn sich die Anteile der Einzelnen an der Schädigung nicht bestimmen lassen (Anteilszweifel). In der Literatur herrscht Einigkeit, dass die Rechtsfolge, ebenso wie bei vorsätzlichem Zusammenwirken, eine Umkehr der Beweislast ist[407]. Jeder potenzielle Schädiger kann sich durch den Nachweis entlasten, für den entsprechenden Schadensanteil nicht ursächlich gewesen zu sein. Dasselbe soll gemäss Rechtsprechung und herrschender Lehre trotz Fehlen einer ausdrücklichen gesetzlichen Regelung gelten, wenn nicht ermittelt werden kann, welcher der Beteiligten den Schaden verursacht hat (Urheberzweifel)[408]. Die Begründung für die Beweislastumkehr liegt hier allerdings nicht im gemeinsamen Willen und daraus folgend in einer vermuteten psychischen Kausalität. Zentral ist stattdessen, ähnlich wie im deutschen Zivilrecht[409],

---

403 Vgl. vorne S. 15 f.

404 BGHZ 72, 355, 358 f.; 67, 14, 18 f.; vgl. MüKo BGB-WAGNER § 830 N 67; BeckOK-SPINDLER § 830 BGB N 22; Erman-WILHELMI § 830 BGB N 6; DEUTSCH, *Haftungsrecht*, N 518; vgl. NomosKomm-KATZENMEIER § 830 BGB N 21.

405 BYDLINSKI, JBl 1959, 3.

406 Vgl. vorne S. 78.

407 Rummel-REISCHAUER § 1302 ABGB N 12; BYDLINSKI, *Streitfragen*, 6; ders., JBl 1959, 8; GSCHNITZER/FAISTENBERGER/BARTA/ECCHER 467; vgl. Schwimann/Kodek-HARRER/WAGNER § 1302 ABGB N 10a.

408 Vgl. vorne S. 18 f.

409 Vgl. vorne S. 101.

dass der Ersatzanspruch des Geschädigten an sich feststeht. Dass unklar ist, gegen wen er sich richtet, haben jedoch die potenziellen Schädiger zu verantworten. Durch ihr mit Ausnahme des Kausalitätserfordernisses tatbestandsmässiges Handeln haben sie die Beweisschwierigkeiten des Geschädigten herbeigeführt. Entsprechend sollen sie den Schaden tragen, sofern sie sich nicht exkulpieren können[410]. Gleich wie der deutsche BGH wendet der österreichische OGH zu Recht keine Solidarhaftung an, wenn der unmittelbare Schädiger feststeht[411].

Auch in den USA gibt es die Bestrebung nach einer Haftung der möglichen Schädiger bei alternativer Kausalität. Kommen mehrere voneinander unabhängige Personen als Verursacher infrage und bleibt unklar, welche von ihnen die Schadensursache gesetzt hat, kommt es, gleich wie im deutschen und österreichischen Recht, zu einer Beweislastumkehr[412]. Die Begründung dafür ist aus den untersuchten kontinentaleuropäischen Rechtsordnungen bekannt und nachvollziehbar: Die möglichen Verursacher hätten den Geschädigten durch ihre Fahrlässigkeit in eine Beweisnot gebracht[413]. Wenig überzeugend ist dagegen das bisweilen angeführte Argument, die möglichen Schädiger wüssten häufig, welcher von ihnen verantwortlich

---

410 Rummel-REISCHAUER § 1302 ABGB N 2, 12; vgl. Schwimann/Kodek-HARRER/WAGNER § 1302 ABGB N 10a; KOZIOL D5 N 13 f.; ähnlich BYDLINSKI, *Streitfragen*, 9 ff., der allerdings die Beweisschwierigkeiten der Geschädigten nicht als Begründung für eine Haftung bei alternativer Kausalität sieht. Diese liesse sich «nur durch den an sich feststehenden Ersatzanspruch des Verletzten und – in Verbindung damit – den Gedanken der Vorteilsabwehr erklären».

411 OGH JBl 1986, 787, 787 f.; vgl. Rummel-REISCHAUER § 1302 ABGB N 12.

412 Den Leitentscheid dazu bildet *Summers v. Tice*, 33 Cal.2d 80, 199 P.2d 1 (1948). Darin schossen zwei Jäger fahrlässig in Richtung des Geschädigten. Es konnte jedoch nicht festgestellt werden, welcher der beiden den fraglichen Schuss abgegeben hatte. Das Gericht erklärte beide potenziellen Schädiger für haftbar, liess ihnen allerdings die Möglichkeit eines Entlastungsbeweises, vgl. dazu DOBBS/HAYDEN/BUBLICK 328. Bemerkenswert ist, dass andere Gerichte in ähnlichen Fällen eine *concerted action* angenommen hatten (vgl. anstatt vieler *Oliver v. Miles*, 144 Miss. 852, 860, 110 So. 666 [1926]: «We think that they [the parties] were jointly engaged in the unlawful practice of shooting at birds flying over the highway»).

413 *Summers v. Tice*, 33 Cal.2d 80, 199 P.2d 1, 3 f. (1948); DOBBS/HAYDEN/BUBLICK 328 f.; ferner HARPER/JAMES/GRAY, Vol. 4, 124 f.

sei, zögen es aber vor, zu schweigen[414] bzw. seien eher als der Geschädigte in der Lage, Beweise beizubringen[415]. Durch die Umkehr der Beweislast würden sie zum Reden bzw. zur Erleuchtung der Sachlage gezwungen[416]. Tatsächlich werden aber in den typischen Fällen der alternativen Kausalität auch die potenziell Verantwortlichen über keine zusätzlichen Informationen zum Geschehensablauf verfügen[417].

Das schweizerische Haftpflichtrecht sieht eine Haftung bei alternativer Kausalität vordergründig nicht vor[418]. Stattdessen behilft man sich mit einem äusserst weit gezogenen Anwendungsbereich von Art. 50 OR, also der Mittäterschaft und Teilnahme[419]. Die Haftungsausweitung auf sämtliche potenziellen Schädiger wird damit auch bei fahrlässigem Zusammenwirken, also bei den Konstellationen (3) und (4), möglich. Wenngleich die soeben aufgezeigten Argumente für eine wie auch immer geartete Haftung bei alternativer Kausalität eine gewisse Berechtigung haben, ist doch die Überdehnung der Mittäterschaft und Teilnahme der falsche Weg[420]. Die Anwendung von Art. 50 OR bedingt eine wissentliche und willentliche Kooperation zwischen den Beteiligten. Die haftungsausweitende Funktion der Bestimmung beruht ausschliesslich auf dem gemeinsamen Willen der Akteure. Allein dieser rechtfertigt auch die Praxis des Bundesgerichts, die Haftung auf sämtliche Beteiligten auszudehnen, gleichgültig, ob der unmittelbare Schädiger feststeht oder nicht[421]. Ein gemeinsamer

---

414 *Hymowitz v. Eli Lilly & Co.*, 549 N.E.2d 1069, 1074 (N.Y. 1989); vereinzelt findet sich diese Argumentationslinie auch in der älteren kontinentaleuropäischen Lehre (vgl. etwa TRAEGER 292 f.; BYDLINSKI, JBl 1959, 10 m.w.N.).

415 *Summers v. Tice*, 33 Cal.2d 80, 199 P.2d 1, 4 (1948): «Ordinarily defendants are in a far better position to offer evidence to determine which one caused the injury.» Vgl. HARPER/JAMES/GRAY, Vol. 3, 27; dies., Vol. 4, 123.

416 Vgl. *Hymowitz v. Eli Lilly & Co.*, 549 N.E.2d 1069, 1074 (N.Y. 1989): «The central rationale for shifting the burden of proof in such a situation is that without this device both defendants will be silent, and plaintiff will not recover, with alternative liability, however, defendants will be forced to speak, and reveal the culpable party, or else be held jointly and severally liable themselves.»

417 So wohl auch DOBBS/HAYDEN/BUBLICK 328.

418 OFTINGER/STARK, Bd. I, § 3 N 121 f.; KOLLER N 47.56.

419 Vgl. vorne S. 98 f.

420 Eine Alternative wird auf S. 184 ff. präsentiert.

421 Vgl. vorne S. 68 ff.

Wille kann sachlogisch bei fahrlässigem Zusammenwirken jedoch nicht gegeben sein. Gleichzeitig entfällt mit dem gemeinsamen Willen ein entscheidender Mechanismus zur Haftungseingrenzung. Die Gefahr einer Haftungsausuferung wird damit offensichtlich.

Kategorisch ausgeschlossen ist eine Haftung bei alternativer Kausalität im schweizerischen Strafrecht, sofern kein bewusstes Zusammenwirken zwischen den Beschuldigten nachgewiesen ist. Bereits bei Konstellation (2) ist eine Zurechnung fremder und unsicherer Kausalbeiträge höchst umstritten[422]. Die in jenem Zusammenhang geäusserten Bedenken gelten in verstärktem Mass für fahrlässig zusammenwirkende oder voneinander unabhängige mögliche Täter. Hier eine Strafbarkeit zu bejahen, würde grundlegenden Strafrechtsprinzipien, insbesondere dem Grundsatz von *in dubio pro reo*, zuwiderlaufen[423].

3.3. Haftung bei bestimmbaren Schadensanteilen

Kaum Beachtung finden für den Bereich des fahrlässigen Zusammenwirkens Sachverhalte, in denen sich Schadensanteile einzelnen Tätern zuordnen lassen. Allerdings sind basierend auf der allgemeinen Behandlung der Konstellationen (3) und (4) in den jeweiligen Rechtsordnungen einige Beobachtungen möglich.

Eindeutig erscheint die Rechtslage im schweizerischen Straf- sowie im deutschen, österreichischen und US-amerikanischen Zivilrecht. Fahrlässig Zusammenwirkende werden dort, wie bereits aufgezeigt[424], als Nebentäter qualifiziert. Unzweifelhaft muss unter dieser Prämisse eine anteilsmässige Haftung greifen, wenn Teilschäden abgrenzbar sind[425]. Ohne den gemein-

---

422 Vgl. vorne S. 66 f.

423 JETZER/MARKWALDER, forumpoenale 2018, 226; vgl. DONATSCH/SCHWARZENEGGER/WOHLERS 58 ff.; SCHMID/JOSITSCH N 233; vgl. auch vorne S. 58.

424 Vgl. vorne S. 91 ff.

425 Staudinger-EBERL-BORGES § 830 N 67; BeckOK-SPINDLER § 830 BGB N 3; Erman-WILHELMI § 830 BGB N 6; ENNECCERUS/LEHMANN 995; vgl. BGH NJW 1988, 1719, 1720. Im österreichischen Recht ergibt sich diese Rechtsfolge im Umkehrschluss aus § 1302 ABGB, welcher ausserhalb des vorsätzlichen Zusammenwirkens dann eine Solidarhaftung anordnet, wenn sich die Anteile des Einzelnen an der Schädigung nicht bestimmen lassen (vgl. vorne S. 102 f.).

samen Willen, der richtigerweise die Mittäterschaft und Teilnahme kennzeichnet, entfällt das Element, welches die Teilschäden miteinander verbinden würde. Die wenigen vorhandenen Quellen bestätigen diese Ansicht.

Folgt man hingegen der (abzulehnenden) herrschenden Rechtsprechung und Lehre im schweizerischen Haftpflichtrecht, welche das fahrlässige Zusammenwirken als Mittäterschaft und Teilnahme behandelt, ergeben sich im Vergleich zu den Konstellationen (1) und (2) keine Abweichungen. Der Meinungsstreit in der Literatur, bei dem wohl die Mehrzahl der Autorinnen und Autoren eine Ganzhaftung, eine Minderheit aber eine anteilsmässige Haftung fordert[426], kann folglich auch auf das fahrlässige Zusammenwirken übertragen werden. Ausser Frage steht die anteilsmässige Haftung dann nur noch für gänzlich unabhängig voneinander agierende Täter[427].

3.4. Haftung für Exzesse (Mechanismen der Haftungseingrenzung)

Ein Exzess liegt vor, wenn der unmittelbare Schädiger in seinem Handeln über das im gemeinsamen Plan Vereinbarte hinausgeht. Damit wird bereits deutlich, dass es bei den Konstellationen (3) und (4) müssig ist, von «Exzessen» zu sprechen. Es fehlt am gemeinsamen Schädigungsvorsatz, der die Schwelle zum Exzess definieren könnte. Ebenso ist kein auf eine gemeinsame Tätigkeit gerichteter Wille vorhanden. Folglich kann es keinen Risikobereich geben, der vom Willen sämtlicher Beteiligten getragen würde und damit den Haftungsumfang festlegen könnte[428]. Auch diese Ausführungen zeigen, dass die zur Mittäterschaft und Teilnahme entwickelten Mechanismen nicht auf fahrlässiges Zusammenwirken zugeschnitten sind. Die Handlung des fahrlässig Beteiligten als akzessorisch zur unmittelbaren Schädigung zu betrachten, erweist sich also erneut als systemisch unbefriedigend.

---

426 Vgl. vorne S. 79 f.

427 So etwa VON TUHR/PETER 93, Fn. 33; KÖRNER N 185; REY/WILDHABER N 1662; vgl. FELLMANN/KOTTMANN N 2749.

428 Vgl. zur Haftungseingrenzung bei den Konstellationen (1) und (2) vorne S. 83 ff.

Für eine Haftungseingrenzung bei fahrlässigem Zusammenwirken bzw. bei Nebentäterschaft genügen die aus dem schweizerischen Straf- und dem US-amerikanischen Haftpflichtrecht bereits bekannten Ansatzpunkte[429]. Das Schweizerische Bundesgericht sowie einige US-amerikanische Gerichte prüfen, ob zwischen der infrage stehenden Handlung und der durch einen Dritten verursachten Schädigung ein *adäquater Kausalzusammenhang* besteht. Die schweizerische Lehre zum Strafrecht und ein Teil der US-amerikanischen Gerichte hingegen fragen nach dem Umfang der *Sorgfaltspflichten* der fahrlässig die Schädigung unterstützenden Person. Insbesondere die US-amerikanischen Gerichte tun dies unter Zuhilfenahme der *Vorhersehbarkeit.* Ob der fahrlässige Unterstützer für die Schädigung einzustehen hat, hängt also davon ab, ob er die zur Rechtsgutverletzung führende Handlung des unmittelbaren Schädigers vorhersehen konnte.

Beide Vorgehensweisen sind risikobehaftet, denn sie belassen den Gerichten einen kaum transparenten und aus der Urteilsbegründung häufig nicht ersichtlichen Interpretationsspielraum bezüglich des Haftungsumfangs. Insbesondere die Adäquanzlehre steht, wie bereits erwähnt[430], diesbezüglich in der Kritik. Ob eine Rechtsgutverletzung als typische und damit adäquate Folge einer Handlung beurteilt werden kann, hängt nämlich auch davon ab, wie weit der Vergleichsmassstab gezogen wird[431]. So ist es vergleichsweise unwahrscheinlich, dass ein Schauspieler bei einer Theaterprobe verletzt wird. Anders präsentiert sich die Lage jedoch, wenn der Referenzsachverhalt eingeengt wird: Die Wahrscheinlichkeit, bei einer Theaterprobe verletzt zu werden, bei der mit für die Bühne ungeeigneter Munition geschossen wird, ist bereits deutlich höher[432].

Die Vorhersehbarkeit hingegen kann durch den *Hindsight Bias* verzerrt werden. Dieses insbesondere aus der ökonomischen Analyse des Zivilrechts bekannte Phänomen beschreibt, wie die Wahrscheinlichkeit des Schadenseintritts nach Eintritt des fraglichen Ereignisses höher einge-

---

429 Vgl. vorne S. 93 ff.

430 Vgl. vorne S. 96.

431 Umfassend zu dieser Problematik WEITNAUER 336 f.; ROBERTO, *Haftpflichtrecht*, N 06.54 ff.; im Ergebnis gleich WAGNER 5. Kapitel N 89.

432 Beispiel angelehnt an BGE 45 II 310.

schätzt wird als davor[433]. Trotz dieser Problematik ist dem Weg über den Umfang der Sorgfaltspflichten der Vorzug zu geben. Im Unterschied zum adäquaten Kausalzusammenhang weist dieses Vorgehen keine grundlegenden konzeptionellen Unzulänglichkeiten auf. Allerdings kann nicht abstrakt festgelegt werden, wie weit diese Sorgfaltspflichten reichen. Stattdessen werden sie bei der folgenden Untersuchung der einzelnen Fallgruppen konkretisiert[434].

3.5. Synthese

Im schweizerischen Haftpflichtrecht hält sich beharrlich die Ansicht, die fahrlässige Unterstützung einer rechtswidrigen Schädigung würde für eine Mittäterschaft und Teilnahme nach Art. 50 OR zwischen den Beteiligten ausreichen. Entsprechend werden fahrlässige Unterstützungshandlungen als akzessorisch zur eigentlichen Schädigungshandlung beurteilt. Wie die vorangehenden Ausführungen zeigen, ist jedoch das Konzept der Mittäterschaft und Teilnahme für solche Situationen gänzlich ungeeignet. Es baut auf der Prämisse eines gemeinsamen Vorsatzes auf. Dieser rechtfertigt eine Zurechnung fremder Kausalbeiträge und reguliert den Haftungsumfang bei potenziellen Exzessen. Einen gemeinsamen Vorsatz kann es allerdings bei lediglich fahrlässigem Zusammenwirken sachlogisch nicht geben. Ohne ein Bewusstsein des Zusammenwirkens und einen gemeinsamen Willen zwischen den Beteiligten laufen diese Eingrenzungsmechanismen ins Leere.

Im deutschen, österreichischen und US-amerikanischen Zivil- sowie im schweizerischen Strafrecht gelten Personen, welche den unmittelbaren Schädiger fahrlässig unterstützt haben, denn auch als Nebentäter. Ihre Handlungen werden als von der Haupttat unabhängige potenzielle Delikte beurteilt. Eine solche Methodik ist auch für das schweizerische Haftpflichtrecht zu fordern. Damit würde nicht eine der schweizerischen Rechtsordnung fremde Anpassung vorgenommen, sondern vielmehr der überspannte Anwendungsbereich von Art. 50 OR zu seiner eigentlichen Funktion zurückgeführt. Denn wie die bisherigen Untersuchungen deut-

---

433 SCHÄFER/OTT 123 f.; ROBERTO, *Haftpflichtrecht*, N 04.71 ff.

434 Vgl. hinten S. 110 ff.

lich machen, liegt auch das schweizerische Konzept der Mittäterschaft und Teilnahme im gemeinsamen Wissen und Wollen der Beteiligten begründet[435]. Fehlt dieses, sind die einzelnen Akteure als potenzielle Nebentäter zu betrachten. Die zu stellende Frage lautet dann also auch im schweizerischen Haftpflichtrecht, ob die einzelnen Handelnden unabhängig voneinander den Tatbestand von Art. 41 OR erfüllen.

[435] Vgl. insbesondere vorne S. 68 ff.

§ 9 Spezifische Fallgruppen in der Rechtsprechung

1. Tätliche Auseinandersetzungen

1.1. Einleitung

Die *tätliche Auseinandersetzung* soll als möglichst breiter Oberbegriff sämtliche Auseinandersetzungen unter Anwendung physischer Gewalt beinhalten. Solche Sachverhalte stellen eine wiederkehrende Fallgruppe in der Rechtsprechung dar und bilden viele der in der vorliegenden Arbeit behandelten Fragen ab. Gleichzeitig ist die Komplexität dieser Mehrtäterverhältnisse im Vergleich zu anderen Fallgruppen beschränkt. Es bietet sich daher an, die tätlichen Auseinandersetzungen zuerst zu behandeln. Diese Fallgruppe ist verwandt mit den aus dem Strafrecht stammenden Tatbeständen des *Raufhandels* (Art. 133 StGB), also einer wechselseitigen Auseinandersetzung[436], einerseits und des *Angriffs* (Art. 134 StGB), also einer einseitigen gewaltsamen Einwirkung auf den menschlichen Körper[437], andererseits. Die strafrechtliche Begrifflichkeit wurde hier allerdings bewusst nicht übernommen, da sie mit Tatbestandsvoraussetzungen verbunden ist, die für haftpflichtrechtliche Zwecke einengend wären. So umfassen die hier diskutierten Fälle auch gewaltsame Auseinandersetzungen zwischen lediglich zwei Personen (während der Tatbestand des Raufhandels ab drei beteiligten Personen greift[438]), die aus der vorliegenden Perspektive dann relevant sind, wenn sie zur Verletzung von Rechtsgütern eines unbeteiligten Dritten führen. Sodann entfällt vorliegend die bei

---

436 BGE 104 IV 53, 57; BSK StGB I-MAEDER Art. 133 N 11; PraKomm-TRECHSEL/MONA StGB 133 N 2; DONATSCH 85; PIETH 53; ACKERMANN/VOGLER/BAUMANN/EGLI 73.

437 BGer 6B_157/2016 vom 8. August 2016, E. 6.3; BSK StGB I-MAEDER Art. 134 N 6; PraKomm-TRECHSEL/MONA StGB 134 N 2; DONATSCH 89; PIETH 53; ACKERMANN/VOGLER/BAUMANN/EGLI 77 f.

438 BGE 139 IV 168, 170; BSK StGB I-MAEDER Art. 133 N 10; DONATSCH 85; ACKERMANN/VOGLER/BAUMANN/EGLI 73. Ein Angriff im Sinne der Strafbestimmung liegt hingegen ab zwei angreifenden Personen vor (BGer 6B_157/2016 vom 8. August 2016, E. 6.3; BSK StGB I-MAEDER Art. 134 N 6; DONATSCH 89; ACKERMANN/VOGLER/BAUMANN/EGLI 78).

einem Raufhandel oder Angriff notwendige objektive Strafbarkeitsbedingung der Körperverletzung oder des Todes eines Menschen[439].

1.2. Qualifikation als Mittäterschaft und Teilnahme?

Ob die Beteiligung an tätlichen Auseinandersetzungen als Mittäterschaft und Teilnahme zu qualifizieren ist, wurde in den hier untersuchten Rechtsordnungen nicht immer einheitlich beantwortet. Die ältere Rechtsprechung in Österreich schwankte. Bisweilen kam die damals für die Mittäterschaft und Teilnahme typische Gesamtkausalität[440] zur Anwendung[441]. In anderen Fällen prüfte der OGH jedoch stattdessen den Kausalzusammenhang zwischen den Handlungen der einzelnen Beteiligten und der Schädigung. Wo ein solcher nicht zweifelsfrei nachgewiesen werden konnte, verneinte das Gericht die Haftung[442]. In diesen Gerichtsurteilen qualifizierte der OGH also tätliche Auseinandersetzungen zumindest im Ergebnis nicht als Mittäterschaft und Teilnahme. Im schweizerischen Haftpflichtrecht wiederum wurden die übrigen Beteiligten ursprünglich nicht als Mittäter oder Teilnehmer klassifiziert, wenn der unmittelbare Schädiger bestimmt werden konnte[443]. Mittlerweile aber werden diese Fälle, unabhängig davon, ob der unmittelbare Täter bekannt ist, im schweizerischen, deutschen, österreichischen und US-amerikanischen Zivilrecht als Anwendungsfälle der Mittäterschaft und Teilnahme behandelt[444]. Unklar bleibt allerdings in den meisten der hier untersuchten Rechtsordnungen,

---

439 Für den Raufhandel: BSK StGB I-MAEDER Art. 133 N 22; PraKomm-TRECHSEL/MONA StGB 133 N 7; ACKERMANN/VOGLER/BAUMANN/EGLI 75. Für den Angriff: BSK StGB I-MAEDER Art. 134 N 10; PraKomm-TRECHSEL/MONA StGB 134 N 3; ACKERMANN/VOGLER/BAUMANN/EGLI 79.

440 Vgl. dazu vorne S. 77 f.

441 So in OGH SZ 27/103, 244.

442 OGH JBl 1956, 314, 315; OGH GlUNF 1913, Nr. 6380, 310.

443 So noch BGE 31 II 248; vgl. vorne S. 65 f.

444 Für das schweizerische Haftpflichtrecht: BGE 57 II 417; 38 II 471 (bei bekanntem unmittelbarem Schädiger); BGE 45 II 304; 25 II 817 (bei unbekanntem unmittelbarem Schädiger). Für das schweizerische Strafrecht: BGer 6B_473/2012 vom 21. Februar 2013. Für Deutschland: BGH NJW 1972, 40; OLG Schleswig VersR 1977, 183. Für Österreich: OGH SZ 70/11, 71. Für die USA: *Bergman v. Anderson*, 226 Neb. 333, 411 N.W.2d 336, 341 (1987); *Rael v. Cadena*, 93 N.M. 684, 604 P.2d 822 (App. 1979).

ob sämtliche an einer tätlichen Auseinandersetzung Mitwirkenden für Rechtsgutverletzungen haften oder ob es je nach Gruppenzugehörigkeit Unterschiede geben kann. Einzig in Deutschland erlaubt die Rechtsprechung zuverlässige Schlüsse. Generell scheinen deutsche Gerichte bei Sachverhalten mit zwei sich bekämpfenden Gruppen von Mittäterschaft und Teilnahme auszugehen, wenn der Kläger der einen und der Beklagte der anderen Gruppe angehört. In einem entsprechenden Fall wurde der Schädigungsvorsatz des Beklagten in Bezug auf den Kläger bejaht[445]. Ebenso wurden wiederholt zwei Schädiger als Mittäter respektive Teilnehmer qualifiziert, die einen Dritten gemeinsam verprügelten bzw. einander dabei moralisch unterstützten[446]. Eine Mittäterschaft und Teilnahme wurde hingegen verneint in einem Fall von zwei sich mit Steinen bewerfenden Gruppen, bei denen Kläger und Beklagter derselben Gruppe angehörten. Das Urteil erging, obwohl nicht ausgeschlossen werden konnte, dass Letzterer Ersterem die Verletzung zugefügt hat, indem er einen Stein geworfen hatte, der nicht für den Kläger bestimmt war[447]. Diese Differenzierung widerspiegelt das doppelte Vorsatzerfordernis, welches in Deutschland auch für die zivilrechtliche Mittäterschaft und Teilnahme gilt[448]. In der Schweiz, Österreich und den USA gibt es, soweit ersichtlich, keine Gerichtsurteile in Fällen, in denen das Mitglied der eigenen Gruppe verklagt wurde. Entsprechend sind dort lediglich Vermutungen möglich, basierend auf dem zuvor erarbeiteten theoretischen Fundament.

Die auch von deutschen Gerichten über die Mittäterschaft und Teilnahme abgehandelten Mehrtäterverhältnisse sind weitgehend unproblematisch. Zweifelsfrei müssen sämtliche Beteiligten, die von einem gemeinsamen Willen getrieben schadensgerichtet handelten (Konstellation [1]), solidarisch für die daraus entstandenen Schäden haften[449]. Zwar kann im Einzelfall fraglich sein, ob in solchen Fällen der in Deutschland verlangte doppelte Vorsatz tatsächlich gegeben war. Denkbar ist, dass dieser lediglich die Teilnahme an der tätlichen Auseinandersetzung, nicht aber die daraus

445 BGH NJW 1972, 40, 41.

446 BGH VersR 1960, 540; OLG Schleswig VersR 1977, 183.

447 BGH NJW 1960, 862, 862 f.

448 Vgl. vorne S. 49.

449 Vgl. vorne S. 68 ff.

folgende Körperverletzung oder den daraus folgenden Sachschaden umfasste. In der Regel wird ein entsprechender (Eventual-) Vorsatz allerdings wohl bejaht werden können.

Schwieriger zu beurteilen ist indes, ob in den übrigen hier untersuchten Rechtsordnungen sämtliche an einer solchen Auseinandersetzung Beteiligten, ungeachtet ihrer Gruppenzugehörigkeit, als Mittäter und Teilnehmer betrachtet werden sollten. Nach schweizerischem, österreichischem und US-amerikanischem Haftpflichtrecht ist ein vorsätzliches Zusammenwirken für die Mittäterschaft und Teilnahme ausreichend, auch wenn es nicht auf eine Schädigung gerichtet ist (Konstellation [2])[450]. Es wurde bereits an anderer Stelle angemerkt, dass die Solidarhaftung als Konsequenz der Mittäterschaft und Teilnahme nur dann gerechtfertigt ist, wenn die vorsätzliche gemeinsame Tätigkeit rechtswidrig, also sorgfaltswidrig war[451]. Eine tätliche Auseinandersetzung erfüllt diese Bedingung regelmässig. Wer sich aktiv daran beteiligt – ein rein abwehrendes Verhalten kann nicht genügen[452] –, wirkt bewusst gemeinschaftlich an dieser Tätigkeit mit. Folglich ist in Bezug auf sämtliche an einer Schlägerei Beteiligten, ungeachtet ihrer Gruppenzugehörigkeit, zumindest die Konstellation (2), also ein bewusstes Zusammenwirken ohne Schädigungsabsicht, zu bejahen. Ein jeder Beteiligter trägt wissentlich und willentlich dazu bei, eine Situation aufrechtzuerhalten, die nicht nur für die Mitglieder der gegnerischen Gruppe, sondern auch für die eigenen «Verbündeten» gefährlich ist. Diese Auffassung entspricht nebenbei auch der Linie im schweizerischen Strafrecht. Dieses pönalisiert mit den Straftatbeständen des Raufhandels (Art. 133 StGB) und des Angriffs (Art. 134 StGB) bereits die Beteiligung an ebensolchen Auseinandersetzungen, sofern dabei im Sinne einer objektiven Strafbarkeitsbedingung ein Mensch verletzt oder getötet wurde[453]. Der

---

450 Vgl. vorne S. 52 ff.

451 Vgl. vorne S. 53.

452 Für das Strafrecht BGE 106 IV 246, 252; ACKERMANN/VOGLER/BAUMANN/EGLI 74. Vgl. allerdings BSK StGB I-MAEDER Art. 133 N 13 sowie PraKomm-TRECHSEL/MONA StGB 133 N 2, die darauf hinweisen, dass bereits ein einzelner Schlag, sei er auch zur Abwehr erfolgt, als aktives Verhalten gewertet werden müsse.

453 Für den Raufhandel: BBl 1985 II 1009, 1040; BGE 139 IV 168, 170; BSK StGB I-MAEDER Art. 133 N 4, 7; CR CP II-ROS art. 133 N 8; PraKomm-TRECHSEL/MONA StGB 133 N 1; vgl. HaKo StGB-GODENZI Art. 133 N 1. Für den Angriff:

Grund für diesen Deliktsaufbau liegt in der besonderen Gefährlichkeit und Eigendynamik solcher Konflikte, die Verletzungs- und Todesfolgen begünstigen[454]. Daneben spielen die für solche Konstellationen typischen Beweisschwierigkeiten eine Rolle. So hat es der Gesetzgeber als stossend empfunden, die Beteiligung an einem Raufhandel oder Angriff mit Verletzungs- oder Todesfolge nur deshalb straflos zu lassen, weil der unmittelbare Täter regelmässig nicht bestimmt werden kann[455].

Obwohl es sich bei der Beweisproblematik, dogmatisch gesehen, nur um einen Nebeneffekt handelt[456], leuchtet diese Überlegung auch für das Haftpflichtrecht ein. Dies gilt insbesondere, wenn die Schädiger dem Geschädigten im Sinne eines Angriffs einseitig Verletzungen zufügen. Überzeugend ist dieses Argument sodann, wenn eine an der Schlägerei unbeteiligte dritte Person verletzt bzw. wenn Eigentum eines Dritten beschädigt wird. Dasselbe muss allerdings auch bei wechselseitigen Auseinandersetzungen gelten, bei denen den Geschädigten vielfach ein Selbstverschulden trifft. Einem solchen kann im Rahmen der Schadenersatzbemessung Rechnung getragen werden[457].

Auch in der Anwendung auf die konkrete Fallgruppe der tätlichen Auseinandersetzungen erscheint das in Deutschland übliche doppelte Vorsatzerfordernis also als zu eng. Allerdings sieht das BGB mit § 830 Abs. 1 Satz 2 eine Haftung bei alternativer Kausalität auch dann vor, wenn die Voraussetzungen der Mittäterschaft und Teilnahme nicht gegeben sind

---

BBl 1985 II 1009, 1041; BSK StGB I-MAEDER Art. 134 N 4; CR CP II-ROS art. 134 N 4; HaKo StGB-GODENZI StGB 134 N 1.

454 Für den Raufhandel: BBl 1985 II 1009, 1040; PraKomm-TRECHSEL/MONA StGB 133 N 1. Für den Angriff: BBl 1985 II 1009, 1041; BGer 6B_932/2010 vom 5. Mai 2011, E. 2.

455 Für den Raufhandel: BBl 1985 II 1009, 1040; BGE 139 IV 168, 170; 137 IV 1, 4; 70 IV 126, 128; BSK StGB I-MAEDER Art. 133 N 1; StGB Annotierter Kommentar-EGE Art. 133 N 2. Für den Angriff: BBl 1985 II 1009, 1041; BGer 6B_932/2010 vom 5. Mai 2011, E. 2; BSK StGB I-MAEDER Art. 134 N 1; StGB Annotierter Kommentar-EGE Art. 134 N 1.

456 Vgl. vorne S. 76.

457 Umfassend zur Schadenersatzreduktion wegen Mitverschuldens ROBERTO, *Haftpflichtrecht*, N 33.01 ff.

und der unmittelbare Schädiger nicht identifiziert werden kann[458]. Im Ergebnis unterscheidet sich die deutsche Rechtslage folglich nur dann von derjenigen in der Schweiz, in Österreich und den USA, wenn der unmittelbare Schädiger bekannt ist, § 830 Abs. 1 Satz 2 BGB mithin nicht greift.

1.3. Haftungsumfang bei Exzessen

Jede an einer tätlichen Auseinandersetzung beteiligte Person gilt nach der hier vertretenen Auffassung also als Mittäter oder Teilnehmer. Dies bedeutet jedoch nicht zwingend, dass jede Person für sämtliche im Rahmen dieser Auseinandersetzung erfolgten Rechtsgutverletzungen solidarisch haftet. Wie zuvor aufgezeigt[459], liegt die Grenze der Solidarhaftung im Umfang des gemeinsamen Willens. Eine Haftung ist zu bejahen, wenn entweder die Rechtsgutverletzung vom gemeinschaftlichen (Eventual-)Vorsatz umfasst oder das durch die unmittelbare Schädigerin verwirklichte Risiko noch im Rahmen der gemeinschaftlichen, rechtswidrigen Handlung war. Vor dem Hintergrund der bei tätlichen Auseinandersetzungen häufigen Beweisschwierigkeiten ist diese Grenze weit zu ziehen. Zweifellos umfasst das Werfen mit Steinen das Risiko, dass eines der Wurfgeschosse einen Teilnehmer oder einen Dritten ins Auge trifft, was zum Verlust der Sehkraft führen kann[460]. Ebenso umfasst die vom gemeinsamen Willen getragene tätliche Auseinandersetzung das Risiko, dass einem der Beteiligten eine tödliche Stichverletzung mit einem Messer zugefügt wird, wenn der unmittelbare Schädiger die Tatwaffe von Beginn weg für die übrigen Kämpfenden sichtbar in der Hand trug[461]. Von einem Exzess kann sodann dort nicht die Rede sein, wo ein Angreifer zwar nicht mit Gewalttätigkeiten seitens eines Hinzutretenden rechnet, diese dann aber bewusst ausnützt, um dem Geschädigten weitere Verletzungen zuzufügen. So haftete ein Beteiligter als Mittäter und Teilnehmer auch für durch seinen Bru-

458 Vgl. vorne S. 101 f.

459 Vgl. vorne S. 82.

460 Vgl. die Sachverhalte in BGE 45 II 304; 38 II 471.

461 BGer 6B_448/2013 vom 15. April 2014, E. 7.4: «Der [unmittelbare Täter] ging von Anfang an mit offenem Messer, für seine Mitstreitenden erkennbar und von ihnen gebilligt, in die tätliche Auseinandersetzung. Diese mussten mit dem Einsatz der Waffe und dem konkreten Schaden rechnen.»

der durch Flaschenschläge beigefügte Schnittverletzungen. Unbeachtlich war dabei, ob er voraussehen konnte, dass sein Bruder die Flasche im Rahmen des Angriffs einsetzen würde. Entscheidend war, dass er ausnützte, dass das Opfer nach den Flaschenschlägen wehrlos am Boden lag, und ihm ins Gesicht trat. Damit habe er sich den Vorsatz seines Bruders zu eigen gemacht[462].

Zu beachten ist, dass sich der Willensumfang zwischen den einzelnen an der Auseinandersetzung Beteiligten unterscheiden kann. Wo, wie im soeben genannten Bundesgerichtsurteil, eine Waffe zum Tod oder zur Verletzung eines der Kämpfenden führte, haften nur diejenigen Mittäter und Teilnehmer solidarisch, die von Beginn weg die Anwendung jener Waffe unterstützten oder guthiessen. Dies kann auch konkludent geschehen, indem die Mitstreiter des Waffenträgers weiterhin an der Auseinandersetzung teilnehmen. Dies gilt allerdings nicht ohne Weiteres auch für die Mitglieder der rivalisierenden Gruppe. Damit wird deutlich, dass, obschon sämtliche Beteiligten ungeachtet ihrer Gruppenzugehörigkeit als Mittäter und Teilnehmer gelten, der Willensumfang für die einzelnen Kämpfenden individuell bestimmt werden muss.

1.4. Psychische Mitwirkung an tätlichen Auseinandersetzungen

Vergleichsweise einfach lässt sich eingrenzen, wer im Sinne einer *physischen* Einwirkung an der Auseinandersetzung beteiligt war. Allerdings genügt in sämtlichen hier untersuchten Rechtsordnungen für eine Mittäterschaft und Teilnahme auch die bloss *psychische* Mitwirkung an einer Schädigung[463]. Diese Konstellation birgt zusätzliche Schwierigkeiten und

---

462 BGer 6B_473/2012 vom 21. Februar 2013, E. 1.5 f.

463 Für das schweizerische Haftpflichtrecht: FELLMANN/KOTTMANN N 2766 f.; OFTINGER/STARK, Bd. II/1, § 16 N 319; MÜLLER N 840; QUENDOZ 10. Für das deutsche Haftpflichtrecht: BGH VersR 1960, 540; LARENZ/CANARIS 566; Erman-WILHELMI § 830 BGB N 3; Grüneberg-SPRAU § 830 BGB N 3; vgl. BGH NJW 1990, 2553, 2554. Für das österreichische Haftpflichtrecht: KOZIOL D5 N 12; Schwimann/Kodek-HARRER/WAGNER § 1302 ABGB N 6; Rummel-REISCHAUER § 1302 ABGB N 1. Für das US-amerikanische Haftpflichtrecht: PROSSER/KEETON 323; DIAMOND/LEVINE/BERNSTEIN 194. Für das schweizerische

muss daher gesondert untersucht werden. Einen entsprechenden Fall hatte das Schweizerische Bundesgericht zu beurteilen. Darin hielt ein Streikführer eine Rede, in der er zu Gewalt an Streikbrechern aufrief und erklärte, diese müssten vom Arbeitsplatz weggeführt werden. Daraufhin griffen mehrere Streikende zwei Streikbrecher an und fügten ihnen Verletzungen zu[464]. Das Gericht bejahte richtigerweise eine Haftung des Streikführers aufgrund von Anstiftung zu Körperverletzung.

Eine ähnliche Sichtweise auf die psychische Mitwirkung an tätlichen Auseinandersetzungen nehmen US-amerikanische Gerichte ein:

> «A party injured by an unjustified assault may recover damages not only from the actual assailant, but from any other person who aids, abets, counsels or encourages the assault.»[465]

Auch der deutsche BGH erachtet die «bloss geistige Mitwirkung» sowie «eine durch Ermunterung oder auch durch blosse Anwesenheit bewusst unterstützende Tätigkeit»[466] als ausreichend. Die Abgrenzung zwischen zu Haftung führender psychischer Unterstützung und haftpflichtrechtlich irrelevanter Anwesenheit bei einer fremden schädigenden Handlung ist jedoch schwierig, wie die nachfolgenden Fälle illustrieren. Im ersten Sachverhalt hatte der Beklagte den unmittelbaren Schädiger bei der Verfolgung des Geschädigten unterstützt und blieb auch vor Ort, als der Schädiger dem Geschädigten Verletzungen zufügte[467]. Zu Recht ging der BGH dort

---

Strafrecht: STRATENWERTH § 16 N 49; vgl. PETER 6; SEELMANN/GETH N 407 ff. Vgl. zur psychischen Mitwirkung auch vorne S. 67 ff.

464 BGE 57 II 417.

465 *Ayer v. Robinson*, 163 Cal. App. 2d 424, 428 (1958). Deutlich auch *Rael v. Cadena*, 93 N.M. 684, 685, 604 P.2d 822 (App. 1979): Haftung des Beklagten, der dem unmittelbaren Schädiger (auf Spanisch) «Bring ihn um!» sowie «Schlag ihn fester!» zurief, während dieser den Geschädigten verprügelte. Ebenso *Michael R. v. Jeffrey B.*, 158 Cal. App.3d 1059, 1064, 1067, 205 Cal. Rptr. 312 (1984): Haftung des Beklagten für eine Verletzung, die der unmittelbare Schädiger dem Geschädigten mit einer Schleuder zufügte. Der Beklagte hatte den Schädiger mit «Hey shoot him; go for it!» zum Schleuderwurf ermuntert. Sodann *Brink v. Purnell*, 162 Mich. 147, 149, 127 N.W. (1910): Haftung des Sektenführers, der während eines Angriffs eines Sektenmitglieds auf ein anderes Ersterem mehrmals «Kill him!» zurief.

466 BGH VersR 1960, 540.

467 BGH VersR 1960, 540.

von Mittäterschaft und Teilnahme aus, zumal die Vorinstanz unterstrichen hatte, der unmittelbare Schädiger sei dem Geschädigten körperlich nicht gewachsen gewesen und hätte alleine nicht den Mut aufgebracht, diesen anzugreifen[468]. Hingegen verneinte das Gericht eine Haftung, wo dem potenziell Haftpflichtigen über die blosse Anwesenheit am Tatort hinaus kein Verhalten nachgewiesen werden konnte, das geeignet wäre, die Rechtsgutverletzung zu fördern[469]. In der deutschen Literatur jedoch wird gelegentlich auch ein blosses Dabeistehen für ausreichend erachtet, wenn dem unmittelbaren Täter dadurch das Gefühl der alleinigen Verantwortung genommen wird oder wenn ihm dadurch das Gefühl vermittelt wird, in einer gewissen Anonymität zu wirken[470].

Im US-amerikanischen Haftpflichtrecht hingegen wird für eine psychische Mitwirkung über die blosse Anwesenheit an einer tätlichen Auseinandersetzung hinaus ein zusätzliches Element gefordert. So hielt der *Court of Appeals of New Mexico* fest:

> «Although liability cannot be predicated upon mere presence at a battery, […] verbal encouragement at the scene gives rise to liability.»[471]

---

468 BGH VersR 1960, 540.

469 BGH NJW 1990, 2553, 2554; ebenso OLG Oldenburg NJW-RR 2004, 1671, 1672. In beiden Fällen handelte es sich nicht um tätliche Auseinandersetzungen, sondern um zu einem Brand führende Zündeleien. Die Erkenntnisse daraus lassen sich allerdings auf andere kleinräumige Konstellationen wie die vorliegend behandelten tätlichen Auseinandersetzungen übertragen. Vgl. zu den Anforderungen an den objektiven Tatbeitrag des Mittäters oder Teilnehmers sodann vorne S. 72 ff.

470 Vgl. Staudinger-EBERL-BORGES § 830 BGB N 41; BRAMBRING 34, je m.w.N.; a.M. Grüneberg-SPRAU § 830 BGB N 4; MüKo BGB-WAGNER § 830 N 24, die zwar die psychische Unterstützung bei der Tat, nicht aber die blosse Anwesenheit für ausreichend erachten. Kritisch auch BeckOK-SPINDLER § 830 BGB N 11: «Die reine Solidarisierung mit dem Haupttäter reicht hierfür nicht […].»

471 *Rael v. Cadena*, 93 N.M. 684, 685, 604 P.2d 822 (App. 1979); so bereits *Daingerfield v. Thompson*, 74 Va. (33 Grat.) 136 (1880); ähnlich AMERICAN LAW INSTITUTE, Restatement (Second) of Torts, Vol. 4, § 876: «For harm resulting to a third person from the tortious conduct of another, one is subject to liability if he […] knows that the other's conduct constitutes a breach of duty and gives substantial assistance or encouragement to the other so to conduct himself […].»

Zweifellos kann es für eine Haftung aus Mittäterschaft und Teilnahme nicht ausreichen, dass das unmittelbar schädigende Verhalten innerlich gutgeheissen wird[472]. Ob jedoch haftet, wer bei einer tätlichen Auseinandersetzung lediglich dabeisteht, ohne verbal oder durch Gestik und Mimik auf die unmittelbar beteiligten Personen Einfluss zu nehmen, kann nicht eindeutig beantwortet werden. Zwar muss wohl den Stimmen in der deutschen Literatur dahingehend beigepflichtet werden, dass die Anwesenheit einer Person in Einzelfällen ermutigend auf den unmittelbaren Schädiger wirken kann. Eine Pflicht, sich im Falle einer Auseinandersetzung zu entfernen, kann daraus jedoch nicht abgeleitet werden. Denkbar ist eine Haftung aufgrund von psychischer Mitwirkung höchstens bei einem ostentativen Dazugesellen nach Beginn des tätlichen Konflikts[473]. Dabei kann es sich jedoch nur um Ausnahmen handeln, bei denen die hinzutretende Person ihre Wirkung auf den unmittelbaren Schädiger bewusst ausnützt. Im Zweifelsfall muss die Haftung verneint werden. Gefährlich, weil eine ausufernde Haftung begünstigend, ist jedenfalls die bisweilen in der Literatur vertretene Ansicht, auch ein Dulden der schädigenden Handlung könne eine Teilnehmerschaft begründen[474]. Ebenso ist zu bedenken, dass die Wirkung eines blossen «Zuschauers» nur in kleineren Personenzusammensetzungen überhaupt geeignet ist, die sich unmittelbar an der Auseinandersetzung beteiligenden Personen zu beeinflussen[475]. Als Grundsatz muss sich die moralische Unterstützung in einem aktiven Handeln, einer Ermunterung oder einem Anspornen manifestieren.

---

472 Vgl. vorne S. 73 f.

473 Wobei ein Dazugesellen bereits wieder eine aktive Handlung darstellt.

474 So etwa BK-BREHM OR 50 N 13 [Hervorhebung durch die Autorin]: «Ein konkludentes Verhalten kann aus der einfachen und spontanen Teilnahme entstehen – sei es durch aktives Mitmachen […], sei es *durch entscheidendes Erdulden der schädigenden Handlung*.» Ebenso FELLMANN/KOTTMANN N 2774; KÜTTEL, HAVE 2008, 325.

475 Davon zu unterscheiden sind Situationen mit grossen Menschenansammlungen. Die durch eine grosse Gruppe vermittelte Anonymität geht mit einer besonderen Dynamik einher, die im Zusammenhang mit (Gross-)Demonstrationen gesondert betrachtet wird (vgl. hinten S. 160 ff.).

2. Wettfahrten

Insbesondere in den USA sind Fälle häufig, in denen sich Autofahrer Rennen liefern, oftmals auf der Autobahn[476]. Verursacht einer von ihnen dabei einen Unfall, stellt sich die Frage nach der Haftung auch der übrigen Beteiligten.

Die US-amerikanische Rechtsprechung ergibt ein weitgehend einheitliches Bild. Wie bereits ausgeführt[477], ist nach herrschender Ansicht im US-amerikanischen Haftpflichtrecht nicht von Belang, ob sich der gemeinsame Vorsatz auf eine Schädigung oder lediglich auf eine rechtswidrige, weil sorgfaltswidrige oder gegen Schutzgesetze verstossende Handlung bezog. Die meisten Gerichte qualifizieren denn auch, gleich wie die Literatur, Wettfahrten, seien sie auch spontan, ohne vorangehende Planung zustande gekommen, als bewusstes Zusammenwirken im Sinne von Konstellation (2) und damit als Mittäterschaft und Teilnahme, die zu einer solidarischen Haftung sämtlicher Beteiligten führt[478]. Gelegentlich werden die «Rennfahrer» auch als voneinander unabhängige Nebentäter betrachtet, wobei dies nicht zwingend das Ergebnis verändert: So hielt der *Supreme Court of Massachusetts* in einem entsprechenden Fall fest, beide Fahrer hätten durch ihre Fahrlässigkeit zur Rechtsgutverletzung beigetragen und seien daher solidarisch für den unteilbaren Schaden verantwortlich[479]. Das

---

476 *Mein v. Cook*, 219 Ariz. 96, 193 P.3d 790 (App. 2008); *Bierczynski v. Rogers*, 239 A.2d 218 (Del. 1968); *Skipper v. Hartley*, 246 S.C. 221, 130 S.E.2d 486 (1963); *Boykin v. Bennett*, 253 N.C. 725 (1961); *Nelson v. Nason*, 343 Mass. 220, 177 N.E.2d 887 (1061); *Jones v. Northwestern Auto Supply Co.*, 93 Mont. 224, 18 P.2d 305 (1933); *Brown v. Thayer*, 212 Mass. 392, 99 N.E. 237 (1912); PROSSER/KEETON 323; GOLDBERG/ZIPURSKY 164; vgl. WECKERLE 37. Vereinzelt finden sich entsprechende Beispiele auch in der schweizerischen und der österreichischen Rechtsprechung (BGE 130 IV 58; BGer 6B_230/2016 vom 8. Dezember 2016; OGH SZ 71/22).

477 Vgl. vorne S. 54.

478 *Bierczynski v. Rogers*, 239 A.2d 218, 221 (Del. 1968); *Skipper v. Hartley*, 246 S.C. 221, 225 f., 130 S.E. 2d 486 (1963); *Boykin v. Bennett*, 253 N.C. 725, 731 f. (1961); PROSSER/KEETON 323; im Ergebnis auch HARPER/JAMES/GRAY, Vol. 3, 14, die als Beispiele von Mittäterschaft und Teilnahme illegale Wettfahrten zitieren; vgl. WECKERLE 37.

479 *Brown v. Thayer*, 212 Mass. 392, 397, 99 N.E. 237 (1912); ebenso *Jones v. Northwestern Auto Supply Co.*, 93 Mont. 224, 233, 18 P.2d 305 (1933).

Gericht begründete die Solidarhaftung also mit allgemeinen Kausalitätsüberlegungen[480]. Soweit ersichtlich verneinte lediglich der *Court of Appeals of Arizona* eine solidarische Haftung, da keine *concerted action* vorliege[481].

Auch der österreichische OGH und die herrschende österreichische Lehre teilen die in den USA vorherrschende Meinung und sehen etwa in einer Wettfahrt zwischen drei Lenkern ein bewusstes gemeinschaftliches Vorgehen[482]. Das Schweizerische Bundesgericht hingegen umging zunächst in einem strafrechtlichen Urteil die Frage nach der (Mit-)Täterschaft sämtlicher Beteiligten in Fällen, in denen der gemeinsame Wille die Schädigung respektive die Straftat nicht umfasst. Stattdessen löste es das Problem, indem es den Fall als Konstellation (1)[483] qualifizierte: Es bejahte bei zwei Lenkern, die sich innerorts ein Wettrennen mit rund 120–140 Stundenkilometern lieferten, einen Eventualvorsatz in Bezug auf die Tötung zweier Fussgänger[484]. In einem späteren, ähnlich gelagerten Fall eines spontanen Wettrennens bejahte es hingegen den Kausalzusammenhang zwischen dem Verhalten des einen Fahrzeuglenkers und der durch den anderen Fahrzeuglenker unmittelbar verursachten Kollision mit einen Kleinbus, die zum Tod eines Buspassagiers führte. Ohne das Verhalten des einen Lenkers, so das Gericht, wäre es zu keiner Wettfahrt gekommen, aufgrund derer der andere Lenker mit überhöhter Geschwindigkeit unterwegs war und in den Kleinbus prallte[485]. Beide Fahrer wurden daher der fahrlässigen Tötung schuldig gesprochen.

Der in den USA und in Österreich verbreiteten Ansicht ist zuzustimmen. Selbst ohne vorgängige Vereinbarung, bei einer spontanen Wettfahrt also, ist ein gemeinsamer Wille in Bezug auf eine rechtswidrige, weil die Strassenverkehrsregeln missachtende Aktivität gegeben. Die daran beteiligten

---

480 Vgl. dazu vorne S. 63 f.

481 *Mein v. Cook*, 219 Ariz. 96, 99, 193 P.3d 790 (App. 2008).

482 OGH SZ 71/22, 135; Rummel-REISCHAUER § 1302 N 1a; vgl. Schwimann/Kodek-HARRER/WAGNER § 1302 ABGB N 8.

483 Vgl. für die Definition vorne S. 43.

484 BGE 130 IV 58, 63 ff.

485 BGer 6B_230/2016 vom 8. Dezember 2016, E. 1.3; vgl. auch RUSCH/KLAUS, HAVE 2021, 102, die den Fall über eine Mittäterschaft oder über die in der Schweiz kaum bekannte *Haftung aus Herausforderung* lösen wollen.

Lenker werden nach der hier vertretenen Auffassung zu Recht als Mittäter respektive Teilnehmer behandelt, selbst wenn ihnen keine (eventual)vorsätzliche Schädigung nachgewiesen werden kann. Der auf die rechtswidrige Handlung gerichtete gemeinsame Wille rechtfertigt dabei eine Fiktion der psychischen Kausalität. Im Übrigen würde der in Österreich grundsätzlich zulässige Entlastungsbeweis bei einer Wettfahrt zwischen zwei Personen in aller Regel wohl nicht gelingen.

3. Persönlichkeits- und Urheberrechtsverletzungen durch Medien

3.1. Einleitung

Häufig sind in der Rechtsprechung Persönlichkeits- und Urheberrechtsverletzungen durch Medien. Beide Rechtsgutverletzungen stellen im haftpflichtrechtlichen Gefüge insofern einen Sonderfall dar, als sie teilweise ausserhalb der allgemeinen Bestimmungen von Art. 41 ff. OR geregelt sind. Diese spielen in jenem Bereich mit den Sondernormen von Art. 28 ff. ZGB respektive Art. 62 URG zusammen. Überdies zeichnen sich Rechtsgutverletzungen durch Medienunternehmen dadurch aus, dass sie in der Regel in einem arbeitsteiligen Prozess entstehen[486], Mehrtäterverhältnisse also geradezu die Regel bilden.

Neben die Ansprüche auf Schadenersatz und Genugtuung (Art. 28*a* Abs. 3 ZGB respektive Art. 62 URG i.V.m. Art. 41 ff. OR) treten die im Persönlichkeits- und im Urheberrecht spezifisch geregelten Klagerechte. Es sind dies insbesondere der Anspruch auf Unterlassung (Art. 28*a* Abs. 1 Ziff. 1 ZGB respektive Art. 62 Abs. 1 lit. a URG), auf Beseitigung (Art. 28*a* Abs. 1 Ziff. 2 ZGB respektive Art. 62 Abs. 1 lit. b URG) und auf Feststellung (Art. 28*a* Abs. 1 Ziff. 3 ZGB respektive Art. 61 URG) einer rechtswidrigen Persönlichkeits- bzw. Urheberrechtsverletzung[487].

---

486 BSK ZGB I-MEILI Art. 28 N 37.

487 Darüber hinaus kann die in ihrer Persönlichkeit verletzte Person verlangen, dass eine Berichtigung oder das Urteil Dritten mitgeteilt oder veröffentlicht wird (Art. 28*a* Abs. 2 ZGB). Bei Persönlichkeitsverletzungen durch Massenmedien hat die verletzte Person überdies ein Gegendarstellungsrecht (Art. 28*g–l*

Diese genuin persönlichkeits- und urheberrechtlichen Rechtsbehelfe unterscheiden sich von den Ansprüchen aus Art. 41 ff. OR hauptsächlich dadurch, dass sie (bei Anwendung des Erfolgsunrechts) kein Verschulden respektive (bei Anwendung des Verhaltensunrechts) keine Rechtswidrigkeit aufseiten des Beklagten voraussetzen[488]. Daneben stellen sich einige Fragen im Zusammenhang mit der Anspruchsgrundlage. Bevor die Mittäterschaft und Teilnahme für die vorliegende Fallgruppe genauer umrissen werden kann, ist deshalb zu prüfen, ob die Erkenntnisse aus den negatorischen Ansprüchen für diese Untersuchung genutzt werden können.

3.2. Passivlegitimation nach Art. 50 OR im Vergleich zu Art. 28 ff. ZGB und Art. 61 f. URG

Nach Art. 28 Abs. 1 ZGB können die persönlichkeitsrechtlichen Abwehransprüche gegen jede Person, die an der Rechtsgutverletzung mitwirkt, geltend gemacht werden. Gemäss bundesrätlicher Botschaft muss die Umschreibung der Passivlegitimation im Prozess um Persönlichkeitsschutz [Hervorhebung im Original] «so weit wie möglich ausgelegt [werden]. *Alle Personen*, die an einer Verletzung mitwirken, diese dulden oder begünstigen, können auf der Beklagtenseite stehen, wobei es nicht nötig ist, dass den Beklagten ein Verschulden trifft.»[489]

Weniger klar ist die Passivlegitimation bei den Abwehransprüchen aus Art. 61 f. URG. Das URG äussert sich dazu nicht explizit. Welche gesetzlichen Bestimmungen für die Beurteilung der Passivlegitimation hinzugezogen werden sollen, ist daher Gegenstand einer – teilweise hitzigen – Debatte. Die Lehre schwankt zwischen einer analogen Anwendung der Regeln des Persönlichkeitsrechts (Art. 28 Abs. 1 ZGB)[490], des Haftpflicht-

---

ZGB). Ein Urheberrechtsinhaber hat sodann einen Auskunftsanspruch bezüglich der infrage stehenden Gegenstände (Art. 62 Abs. 1 lit. c URG).

488 Für das Persönlichkeitsrecht: BBl 1982 II 636, 656 f.; BGer 5A_792/2011 vom 14. Januar 2013, E. 6.2; BSK ZGB I-MEILI Art. 28 N 37, 55. Für das Urheberrecht: Neues Urheberrecht-EGLOFF/HEINZMANN URG 62 N 6; REHBINDER/HAAS/UHLIG URG 62 N 1.

489 BBl 1982 II 636, 656 f.; vgl. WULLSCHLEGER N 210.

490 So z.B. SCHMIDT-GABAIN, sic! 2017, 455 ff., der überdies eine analoge Anwendung der Eigentumsfreiheitsklage nach Art. 641 Abs. 2 ZGB ins Spiel bringt (457). Vgl. auch FRECH 275 ff., der eine Übertragung der persönlichkeitsrecht-

rechts (Art. 50 Abs. 1 OR)[491] und des Patentrechts (Art. 66 lit. d PatG)[492], wobei ein Teil der Autorinnen und Autoren sich nicht ausdrücklich äussert[493]. Das Bundesgericht hat sich in seinem jüngsten Urteil zur Frage, gegen wen sich urheberrechtliche Unterlassungsansprüche richten können, für eine analoge Anwendung von Art. 50 OR ausgesprochen[494]. Dagegen ist nichts einzuwenden. Folglich verbleibt eine Gegenüberstellung von Art. 50 OR und Art. 28 ZGB für den persönlichkeitsrechtlichen Bereich.

Hier fallen einige Unterschiede auf. Bereits die Differenzen im Gesetzeswortlaut deuten auf unterschiedliche Anwendungsbereiche hin. So beinhaltet Art. 50 OR das Element des gemeinsamen Verschuldens, also einer wissentlichen und willentlichen Kooperation zwischen den Beteiligten. Art. 28 ZGB hingegen spricht von einer Mitwirkung an der Rechtsgutverletzung. Diese Formulierung deutet auf ein rein objektives Verständnis der Beteiligung hin[495]. Entscheidend ist dort folglich, ob zwischen dem Handeln und der Rechtsgutverletzung ein Kausalzusammenhang besteht[496]. Ein bewusstes Zusammenwirken ist hingegen nicht erforderlich. Dieser Einschätzung entsprechen auch die unterschiedlichen Zwecksetzungen der beiden Normen. Art. 50 OR weist jedem Beteiligten basierend auf dem gemeinsamen Willen eine solidarische Haftung für den entstandenen Schaden zu[497]. Art. 28 ZGB hingegen soll ungeachtet des Willens zur Schädigung oder zum rechtswidrigen Verhalten einen möglichst weiten

---

lichen Grundsätze auf das Urheberrecht vertieft diskutiert und dabei auf die Notwendigkeit gewisser Einschränkungen hinweist.

491 Neues Urheberrecht-EGLOFF/HEINZMANN URG 62 N 7; REHBINDER/HAAS/UHLIG URG 62 N 11; SCHOCH/SCHÜEPP, Jusletter 13. Mai 2013, N 28 f.; WULLSCHLEGER N 212; so wohl auch HESS-BLUMER, sic! 2003, 99 f.

492 RIGAMONTI/WULLSCHLEGER, sic! 2018, 51 f.; BERGER, sic! 2017, 668.

493 So etwa Haftpflichtkommentar-SCHWENNINGER URG 62 N 10.

494 BGE 145 III 72, 76 f. Ebenso in BGE 107 II 82, 92 f., der allerdings noch zum alten URG ergangen ist.

495 So auch BGer 5A_792/2011 vom 14. Januar 2013 [Hervorhebung durch die Autorin]: «Le lésé peut agir contre quiconque a *objectivement* joué, que ce soit de près ou de loin, un rôle – fût-il secondaire – dans la création ou le développement de l'atteinte […].» Vgl. SCHOCH/SCHÜEPP, Jusletter 13. Mai 2013, N 3.

496 SCHMIDT-GABAIN, sic! 2017, 452.

497 Vgl. vorne S. 68 f.

Kreis an Akteuren erfassen[498]. Das Interesse der in ihrer Persönlichkeit verletzten Person an einer Beseitigung ebendieser Verletzung wird also höher gewichtet als das Haftungsrisiko der an der Verletzung beteiligten Person[499]. Rechtsprechung und Literatur zu Art. 28 ZGB werden daher aufgrund der von Art. 50 OR abweichenden Stossrichtung aus dieser Untersuchung ausgeklammert. Einbezogen werden hingegen, wo sinnvoll, die Erkenntnisse aus den negatorischen Ansprüchen im Urheberrecht.

3.3. Mittäterschaft zu und Teilnahme an Persönlichkeits- und Urheberrechtsverletzungen durch Medien

Im schweizerischen Zivilrecht richten sich die reparatorischen Ansprüche aus Persönlichkeits- und Urheberrechtsverletzungen nach den allgemeinen Normen von Art. 41 ff. OR[500]. Ob eine mittäterschaftliche Haftung besteht, bestimmt sich somit nach dem Massstab von Art. 50 OR.

An einem Beitrag in einem Massenmedium wirken Personen in den unterschiedlichsten Funktionen mit. Zu denken ist namentlich an den oder die eigentlichen Verfasser, Redakteurinnen, Rechercheure und gegebenenfalls Druckunternehmen oder Moderatorinnen[501]. Sie alle kooperieren wissentlich und willentlich miteinander, um einen Zeitungsartikel oder eine Fernsehreportage herzustellen und zu verbreiten. Aus diesem Bewusstsein der Kooperation darf jedoch nicht unbesehen auf eine Haftung sämtlicher Beteiligten aus Mittäterschaft und Teilnahme geschlossen werden. Eine solche ist, wie bereits dargelegt, grundsätzlich nur für denjenigen gerechtfertigt, dessen Wille auch die *Rechtswidrigkeit* der gemeinschaftlichen Handlung umfasste. Hat nun etwa ein Druckereiunternehmen wissentlich

---

498 SCHOCH/SCHÜEP, Jusletter 13. Mai 2013, N 6; vgl. Haftpflichtkommentar-KIRCH-SCHLÄGER ZGB 28/28*a N* 5 f.; so im Ergebnis auch WULLSCHLEGER N 212 f.

499 WULLSCHLEGER N 210.

500 Für Persönlichkeitsverletzungen: BSK ZGB I-MEILI Art. 28*a* N 16; CHK-AEBI-MÜLLER ZGB 28*a* N 14. Im Urheberrecht ergibt sich diese Haftungsgrundlage aus Art. 62 Abs. 2 URG, der für Klagen auf Schadenersatz, Genugtuung und Gewinnherausgabe auf das Obligationenrecht verweist (vgl. aber Neues Urheberrecht-EGLOFF/HEINZMANN Art. 62 N 16, die darauf hinweisen, dass der Verweis auf das Obligationenrecht zu eng sei, Schadenersatzansprüche sich mithin auch aus anderen Gesetzen ergeben könnten).

501 SOEHRING/HOENE N 28.10 ff.; vgl. Guhl/Koller/Schnyder-KOLLER § 26 N 5.

und willentlich ein Presseerzeugnis vervielfältigt, kannte es aber den persönlichkeitsverletzenden Inhalt nicht, kann nicht von einem gemeinschaftlichen Schädigungswillen und damit von Mittäterschaft und Teilnahme gesprochen werden[502].

Wer vom Vorwurf der Mittäterschaft und Teilnahme befreit ist, für den entfällt jedoch nicht ohne Weiteres jegliche Haftung. Eine solche ist weiterhin zu prüfen, nun aber aus Perspektive der *Nebentäterschaft*. Hier ist entscheidend, welche Sorgfaltspflichten der fraglichen Person zugemutet werden konnten. Was ein hinreichendes Sorgfaltsniveau darstellt, hängt dabei von der Nähe oder Distanz der beklagten Person zum persönlichkeitsverletzenden Inhalt ab[503]. So kann von der Autorin oder dem Redaktor in der Regel erwartet werden, dass die zu veröffentlichenden Inhalte auf ihre Vereinbarkeit mit dem Persönlichkeitsrecht hin geprüft werden[504]. Dieselben Anforderungen werden zumindest in den USA auch an Druckunternehmen gestellt. Diese werden in Bezug auf ihre Kontrollpflichten mit Autoren und Redaktorinnen gleichgesetzt [Hervorhebung durch die Autorin]:

> «The composer or original publisher of a defamatory statement, such as the author, *printer* or publishing house, usually knows or can find out whether a statement in a work produced by him is defamatory […]. If his publication defames a private person he is subject to liability.»[505]

Ein derart strenger Sorgfaltsmassstab wird Druckereien in der Schweiz zu Recht nicht auferlegt. So hat das Bundesgericht bereits im Jahre 1938 grundsätzlich festgehalten:

> «Pour engager [la] responsabilité [de l'imprimeur], il faut des circonstances particulières de nature à mettre en éveil son attention et à l'inciter à exercer un contrôle sur un point spécial, puisque, pratiquement, on ne

---

502 Vgl. dazu auch die Beispiele aus der strafrechtlichen Rechtsprechung des Schweizerischen Bundesgerichts sowie aus der Rechtsprechung des österreichischen OGH (vorne S. 85).

503 Für die USA: *Sandler v. Calcagni*, 565 F.Supp.2d 184, 193 ff. (2008); PROSSER/KEETON 803 f., 810 f.

504 So für die USA ausdrücklich AMERICAN LAW INSTITUTE, Restatement (Second) of Torts, Vol. 3, § 581, Comment on Subsection (1).

505 AMERICAN LAW INSTITUTE, Restatement (Second) of Torts, Vol. 3, § 581, Comment on Subsection (1).

> saurait exiger qu'il examine par avance tous les articles du périodique sortant jour après jour de ses presses.»[506]

Noch deutlicher wurde das Gericht in einem neueren Urteil:

> «Ciò significa innanzi tutto che la diligenza esatta dal tipografo non è la medesima di quella domandata all'autore o al redattore responsabile di una pubblicazione.»[507]

Gleichwohl seien Druckunternehmen in gewissen Fällen in der Lage und verpflichtet, den wiederholt persönlichkeitsverletzenden Charakter der gedruckten Inhalte zu erkennen. Ebenfalls im Jahr 1938 bejahte das Bundesgericht die Haftung einer Druckerei. Deren Organe hätten zumindest nach Erscheinen des ersten ehrverletzenden Artikels erkennen müssen, dass die von ihnen gedruckte Zeitung eine Kampagne begonnen hatte, welche die Interessen des Geschädigten stark beeinträchtigte. Ebenso hätte ihnen auffallen müssen, dass die von der Zeitung verwendeten Quellen alles andere als zuverlässig waren[508]. Später spezifizierte das Bundesgericht seine Anforderungen an die Sorgfaltspflicht der Druckereien. Handle es sich um eine seriöse Zeitung, müsse der Drucker nur bei Vorliegen besonderer Umstände eine genauere Kontrolle vornehmen. Besondere Vorsicht sei allerdings bei der Boulevardpresse geboten sowie dann, wenn die fraglichen Redakteure im Ruf stünden, entsprechende gesetzliche Vorschriften zu ignorieren. Eine erhöhte Sorgfalt könne sodann bei ganzen Artikelserien mit problematischen Inhalten gefordert werden[509].

Obwohl es im Vergleich zum US-amerikanischen Recht mild ist, muss dieses weite Verständnis der Sorgfaltspflichten eines Druckers dennoch kritisch betrachtet werden. So erscheint fraglich, ob ein Druckunternehmen über hinreichende Kapazitäten auch im juristischen Bereich verfügt, um potenziell persönlichkeits- respektive urheberrechtswidrige Inhalte zu identifizieren. Jedenfalls sollten Sorgfaltspflichten reaktiv ausgestaltet

---

506 BGE 64 II 14, 19.

507 BGE 126 III 161, 168. Übersetzung: «Die vom Drucker verlangte Sorgfalt ist nicht die gleiche wie diejenige, die vom Autor oder vom verantwortlichen Redaktor verlangt wird» (Pra 90 [2001] Nr. 80).

508 BGE 64 II 24.

509 BGE 126 III 161, 168 f.

sein; eine Vorabkontrolle ohne konkrete Anhaltspunkte einer Rechtswidrigkeit kann einem Druckereiunternehmen nicht zugemutet werden.

Für Personen, die lediglich mit dem Vertrieb von durch Dritte veröffentlichten Inhalten befasst sind, liegt in der Schweiz, soweit ersichtlich, keine höchstrichterliche Rechtsprechung vor. Sinnvollerweise sollten für diese Akteure reduzierte Anforderungen an die Sorgfalt gestellt werden. Kaum gefordert werden können Kontrollen, selbst wenn sie sich auf Stichproben beschränken sollten. Eine Haftung kann nur bei offensichtlichen Rechtsgutverletzungen bejaht werden oder aber, wenn dem Vertriebsunternehmen Verletzungen bekannt sind und es den Vertrieb dennoch nicht unterbricht. Ein entsprechender Sorgfaltsmassstab kommt auch in den USA zur Anwendung:

> «[…] [O]ne who only delivers or transmits defamatory matter published by a third person is subject to liability if, but only if, he knows or has reason to know of its defamatory character.»[510]

Dabei ist, wie erwähnt, der Fall der sicheren Kenntnis von Verletzungen als Mittäterschaft und Teilnahme, derjenige des Kennenmüssens von offensichtlichen Rechtsgutverletzungen als Nebentäterschaft zu betrachten.

---

[510] AMERICAN LAW INSTITUTE, Restatement (Second) of Torts, Vol. 3, § 581, Subsection (1). Der Kenntnisstand «reason to know» wiederum ist dann gegeben, wenn Tatsachen vorlagen, aus deren Existenz eine vernünftige Person das Bestehen der fraglichen Tatsache hätte ableiten müssen: «‹Reason to know› means that the actor has knowledge of facts from which a reasonable man of ordinary intelligence or one of the superior intelligence of the actor would either infer the existence of the fact in question or would regard its existence as so highly probable that his conduct would be predicated upon the assumption that the fact did exist.» (AMERICAN LAW INSTITUTE, Restatement [Second] of Torts, Vol. 1, § 12, Comment on § 12). Vgl. zum entsprechenden Sorgfaltsmassstab auch *Sandler v. Calcagni*, 565 F.Supp.2d 184, 194 ff. (2008); *Dworkin v. Hustler Magazine, Inc.*, 611 F.Supp. 781, 785 f. (D. Wy. 1985); ferner DOBBS/HAYDEN/BUBLICK 942.

4. Zurverfügungstellung von Infrastruktur

4.1. Einleitung

Infrastruktur ist im vorliegenden Kontext als möglichst breiter Oberbegriff für den notwendigen oder nützlichen Unterbau zu verstehen, der – in unterschiedlichem Ausmass – einen Beitrag zur Rechtsgutverletzung mit Schadensfolge leistet.

In Abhandlungen zur haftpflichtrechtlichen Mittäterschaft und Teilnahme wurde die Zurverfügungstellung von Infrastruktur bisher kaum ausgeleuchtet. Dabei verstärkt, vervielfacht, ja ermöglicht häufig erst sie die Rechtsgutverletzung. Allerdings ist sie mit den üblichen dogmatischen Figuren der Mittäterschaft und Teilnahme nur schwer greifbar. Vergleichsweise leicht geht dies noch bei der Hauseigentümerin, die ihre Räumlichkeiten im Wissen darum zur Verfügung stellt, dass darin Fälschungen von Markenprodukten hergestellt werden. Mehr Schwierigkeiten bereitet allerdings schon die Duldung von Schiessübungen in einem Raum, im Bewusstsein darum, dass dort keine hinreichenden Sicherheitsvorkehrungen getroffen wurden[511]. Vollends an Grenzen stösst das klassisch gedachte Haftungskonzept aber im ubiquitären Raum des Internets. Gilt etwa als Mittäter oder Teilnehmer, wer online eine katalogisierte Linksammlung betreibt, wobei die Links zu urheberrechtsverletzenden Inhalten führen, die wiederum auf der Plattform eines Dritten gespeichert sind[512]? Gerade solche Konstellationen, in denen eine Schädigung erst durch das Zusammenspiel verschiedener Akteure entsteht, sind in der Internetumgebung des 21. Jahrhunderts omnipräsent. Umso wichtiger sind die Wertungsfrage, wer in welchem Ausmass haften soll, sowie die Identifikation von Anknüpfungspunkten für diese Haftung. Der vorliegende Abschnitt setzt sich mit dieser Thematik auseinander. Dabei beleuchtet er zunächst die «klassische», lokal gebundene Infrastruktur, bevor er die Netzwerkinfrastruktur im Allgemeinen und internetbasierte Infrastruktur im Besonderen ins Zentrum stellt.

---

511 BGE 71 II 107, der ebendiese Konstellation zum Inhalt hat, wird nachfolgend erläutert.

512 Siehe zu dieser Konstellation EuGH GRUR-RS 2021, 15191.

4.2. Lokal gebundene Infrastruktur

Das Schweizerische Bundesgericht hat sich bereits früh mit der Zurverfügungstellung von lokaler, physischer Infrastruktur auseinandergesetzt. In BGE 71 II 107 aus dem Jahre 1945 ging es um eine Gruppe von Gästen, die sich dazu entschlossen hatte, im Garten eines Restaurants ein Zielschiessen zu veranstalten. Die angeheiterten Schützen, darunter ein Soldat und ein Leutnant, missachteten dabei elementare Sorgfaltsgebote, indem sie auf Flaschen und Gläser zielten, die auf einem Tisch, nur wenige Meter von den Teilnehmenden entfernt, aufgestellt waren. Eine Kugel prallte an einem Glas ab und traf einen der Anwesenden ins Auge. Dieses konnte nicht mehr gerettet werden. Das Bundesgericht liess nicht nur den Schützen als unmittelbaren Schädiger sowie den anwesenden Leutnant haften[513]. Es bejahte darüber hinaus auch die Verantwortlichkeit des Wirtes, in dessen Gasthaus das Zielschiessen stattfand. Er habe Kenntnis von den Schiessübungen gehabt. Als Absolvent des Militärdienstes habe ihm die Gefährlichkeit dieser Aktivitäten bewusst sein müssen. Indem er sich ihnen nicht widersetzt habe, habe er sie stillschweigend genehmigt und sich damit zum Gehilfen nach Art. 50 OR gemacht[514]. Wenn dieses Urteil auch harsch wirken mag, ist es doch in der vorliegend vertretenen Systematik der Mittäterschaft und Teilnahme vertretbar. Dem Wirt war der sorgfalts- und damit rechtswidrige Charakter der Schiessübung bewusst. Im Sachverhalt deutet nichts darauf hin, dass dem Wirt ein Einschreiten nicht zumutbar gewesen wäre, etwa weil die Gäste ein aggressives Verhalten an den Tag gelegt hätten. Vor diesem Hintergrund ist seine Entscheidung, die Gruppe weiter in seinen Räumlichkeiten gewähren zu lassen, als Billigung und damit als Wollen der rechtswidrigen Tätigkeit zu taxieren. Entsprechend kann ein Fall von Konstellation (2) bejaht werden.

Zum selben Schluss sind in ähnlich gelagerten Fällen mehrfach US-amerikanische Gerichte gekommen. So bejahte beispielsweise der *United States Court of Appeals, Ninth Circuit,* die Haftung der Betreiberin eines Flohmarktes für Urheberrechtsverletzungen, die einzelne am Flohmarkt teilneh-

---

513 Letzteren, weil er der Schiessübung nicht nur nicht widersprochen, sondern überdies die übrigen Anwesenden zur Schussabgabe angespornt hatte (BGE 71 II 107, 110 ff.).

514 BGE 71 II 107, 113 f.

mende Verkäufer begingen[515]. Sie verkauften regelmässig gefälschte Musikaufnahmen, an denen die Klägerin Urheberrechte hielt. Die Betreiberin respektive Organisatorin des Flohmarktes hatte den einzelnen Verkäufern gegen eine Gebühr Unterstände zur Verfügung gestellt, Parkplätze für die Kunden betrieben und für den Flohmarkt Werbung gemacht. Im Prozess war unbestritten, dass die Betreiberin über die auf ihrem Gelände angebotene, urheberrechtswidrige Ware informiert war[516]. Ein ähnlicher Fall war bereits einige Jahre zuvor entschieden worden. Die Beklagte vermietete darin Videokassetten, an deren Inhalten die Klägerin Urheberrechte hatte, an Privatpersonen. Daneben stellte sie den Mietern dieser Kassetten mit Videoabspielgeräten ausgestattete Räume zur Verfügung, in denen die Mieter die Filme gemeinsam mit anderen Personen abspielen konnten. Der *United States Court of Appeals, Third Circuit*, hielt fest, diese Vorführungen würden das Recht der Klägerin auf öffentliche Vorführung («right to perform the copyrighted work publicly») verletzen. Indem die Beklagte wissentlich die Räume und Geräte dazu bereitstellte, habe sie die Urheberrechte der Klägerin verletzt[517]. Verneint wurde hingegen die Haftung eines Vermieters für Urheberrechtsverletzungen durch seine Mieterin einer Geschäftsfläche. Ohne Kenntnis der rechtswidrigen Tätigkeit, einen finanziellen Profit oder eine anderweitige zusätzliche Verbindung könne ein Vermieter nicht für die Rechtsverletzungen seiner Mieterin haftbar gemacht werden[518].

---

515 Zwar ist Urheberrecht in den USA kodifiziert; mit dem United States Copyright Act von 1976 (17 U.S.C.) besteht eine Spezialgesetzgebung. Es könnte daher eingewendet werden, die Erkenntnisse aus der urheberrechtlichen Rechtsprechung liessen sich nicht auf das allgemeine Haftpflichtrecht übertragen. Allerdings regelt der U.S. Copyright Act lediglich die Verantwortlichkeit des unmittelbaren Verletzers (17 U.S.C. § 501). Eine Haftung anderer an der Verletzung beteiligter Personen (*contributory infringement*) haben Gerichte aus Prinzipien des *common law* abgeleitet (HUNTER 61 f.; *Fonovisa, Inc., v. Cherry Auction, Inc.*, 76 F.3d 259, 264 [9th Cir. 1996]; vgl. zur Rechtsfigur des *contributory infringement* vorne S. 24).

516 *Fonovisa, Inc., v. Cherry Auction, Inc.*, 76 F.3d 259, 261 (9th Cir. 1996).

517 *Columbia Pictures Industries, Inc., v. Aveco, Inc.*, 800 F.2d 59, 64 (3rd Cir. 1986).

518 *Deutsch v. Arnold*, 98 F.2d 686, 688 (2nd Cir. 1938).

4.3. Netzwerkinfrastruktur

4.3.1. Netzwerke des 20. Jahrhunderts

Das Aufkommen neuer Technologien führte bereits im 20. Jahrhundert zu einer Zunahme von (Kommunikations-)Netzwerken, die neben ungeahnten Möglichkeiten neues Schädigungspotenzial mit sich brachten. Entsprechend musste die Mittäterschafts- und Teilnahmelehre, ursprünglich auf lokal umgrenzte Sachverhalte zugeschnitten, an räumlich und zeitlich weitläufigere Konstellationen adaptiert werden. Einen entsprechenden Fall hatte das Bundesgericht in der «Rediffusion»-Entscheidung[519] zu beurteilen: Die schweizerischen Post-, Telefon- und Telegrafenbetriebe (PTT) erstellten seit 1976 ein Richtstrahlnetz, mit dem sie auch ausländische Programme an Betreiber von Fernsehanlagen, darunter die Rediffusion AG, weiterleiteten. Diese wiederum machten die Programme Privatpersonen, die ein entsprechendes Abonnement gekauft hatten, zugänglich. Der Österreichische Rundfunk (ORF) erachtete die Weiterleitung seiner Sendungen durch die PTT als unrechtmässig und mahnte die PTT ab. Nachdem diese Intervention erfolglos geblieben war, klagte der ORF gegen die PTT auf Unterlassung der Weiterleitung von Programmen des ORF, unter anderem an die Rediffusion AG[520]. Das Bundesgericht bejahte eine Urheberrechtsverletzung durch die Rediffusion AG und qualifizierte die PTT als deren Gehilfin im Sinne von Art. 50 OR. Die Rediffusion AG habe die «ORF-Sendungen im Raum Bern nur mit Hilfe des Richtstrahlnetzes, das ihr die PTT zur Verfügung halten, gleichwertig verbreiten» können[521].

Zum selben Ergebnis kam das Bundesgericht in seiner strafrechtlichen Rechtsprechung. Der als «Telekiosk»-Urteil bekannt gewordene BGE 121 V 109 war dabei von gewisser politischer Brisanz: Die PTT vermieteten in den 1990er-Jahren kostenpflichtige Nummern an unterschiedliche Anbieter. Anrufer konnten dort jegliche Informationen, beispielsweise Fahrpläne oder ihre Horoskope, abrufen. Allerdings wurden über die 156er-Nummern auch pornografische Inhalte angeboten, die grundsätzlich für Minderjährige zugänglich waren. Gegen den Direktor der Post, der den

519 BGE 107 II 82.

520 BGE 107 II 82, 84 f.

521 BGE 107 II 82, 93.

«Telekiosk 156» ins Leben gerufen hatte, wurde daher Anklage wegen Gehilfenschaft zur Pornografie nach Art. 197 Ziff. 1 aStGB (Anbieten, Zeigen, Überlassen, Zugänglichmachung oder Verbreitung durch Radio oder Fernsehen von pornografischen Inhalten an Personen unter 16 Jahren) erhoben. Der Postdirektor stellte sich auf den Standpunkt, er sei für die Inhalte, die über «Telekiosk 156» angeboten würden, nicht verantwortlich[522]. Das Bundesgericht hielt jedoch fest, die Anbieter pornografischer Inhalte hätten diese ohne die durch die PTT zur Verfügung gestellte Infrastruktur Minderjährigen nicht zugänglich machen können. Es bejahte daher den Kausalzusammenhang zwischen den Handlungen des Postdirektors und der strafbaren Zugänglichmachung von Pornografie. Es erachtete auch den subjektiven Tatbestand als gegeben, da dem Direktor der Missbrauch der Telefonnummern bekannt war[523], und bestätigte dessen Verurteilung.

Diese Urteile mögen vor dem Internetzeitalter vertretbar gewesen sein. Die darin festgelegten Haftungslinien würden jedoch bei einer unbesehenen Übertragung auf eine internetbasierte Infrastruktur ausufernde Haftungsfolgen nach sich ziehen. Im folgenden Abschnitt werden daher einige notwendige Einschränkungen vorgenommen und wird ein Haftungsrahmen skizziert, der die Haftung auch für *Internet-Service-Provider* verlässlicher eingrenzt.

4.3.2. Internetinfrastruktur

4.3.2.1. Einleitung

Die soeben angesprochene Bedeutung von Netzwerken wurde im 21. Jahrhundert mit dem Siegeszug des Internets auf eine gänzlich neue Ebene gehoben. Einige der wohl drängendsten Haftungsfragen unserer Zeit stehen in Verbindung mit der omnipräsenten Internetinfrastruktur. Mit ihr zusammenhängende Dienstleistungen lassen sich nur schwer im klassischen, auf kleinräumige Situationen ausgerichteten Gefüge der Mittäterschaft und Teilnahme verorten. Dies aufgrund der Struktur des Internets, auf welche das der Haftungssystematik zugrunde liegende Bild der Kausalkette nur schwerlich übertragbar ist. Rechtsgutverletzungen im Internet

522 BGE 121 IV 109, 114.

523 BGE 121 IV 109, 120 f.

sind vielmehr dadurch charakterisiert, dass eine Vielzahl von Akteuren verschiedene Elemente zur Schädigung beisteuert. Diese ergibt sich dann nicht aus einer Abfolge von kausalen Bestandteilen, sondern setzt sich vielmehr aus einem netzwerkartigen Mosaik von Ursachen zusammen[524]. Hinzu tritt, dass ein Grossteil der Dienstleistungen im Bereich der Internetinfrastruktur einem offenen Nutzerkreis unabhängig von konkreten Schädigungen zur Verfügung steht und in bedeutendem Ausmass automatisiert abläuft. Diese Spezifika haben den Gesetzgeber in einigen der hier untersuchten Rechtsordnungen dazu veranlasst, diesen Bereich spezialgesetzlich zu regeln. Die anwendbaren Normen werden nachfolgend dargestellt, wobei der Fokus auf dem Immaterialgüterrecht liegt. Dieser Themenschwerpunkt bietet sich an, stehen doch das Marken- und insbesondere das Urheberrecht wie kaum andere Rechtsinstitute durch die Internetwirtschaft unter Druck. Im Mittelpunkt der (Haftungs-)Diskussion stehen dabei nicht die einzelnen Internetnutzer, sondern die *Internet-Service-Provider*, die diesen Nutzern die notwendige Infrastruktur für die Zugänglichmachung urheber- oder markenrechtsverletzender Inhalte zur Verfügung stellen. Konkret geht es zum einen um *Hosting-Provider*, also um Diensteanbieter, die im weitesten Sinne Speicherplatz zur Verfügung stellen, den Dritte mit eigenen Inhalten füllen können[525]. Im Zentrum des Interesses etwa des EU-Gesetzgebers im Bereich des Urheberrechts stehen seit Jahren Videoplattformen wie *YouTube* oder *Vimeo*[526]. Zum anderen interessieren vorliegend *Access-Provider.* Darunter können alle Dienstleis-

524 Vgl. WULLSCHLEGER N 12.

525 So insbesondere die Definition in Art. 14 von RL 2000/31/EG (E-Commerce-Richtlinie) der Europäischen Union, der von Diensten, «[die] in der Speicherung von durch einen Nutzer eingegebenen Informationen [bestehen]» spricht. Vgl. auch FRANCEY N 24 [Hervorhebung im Original]: «Le fournisseur d'hébergement (*host provider*) se définit comme l'acteur qui cède de l'espace sur un serveur afin qu'un tiers puisse y enregistrer du contenu et le rendre accessible sur le web.» Ebenso FREY 26 f.: «Host-Provider bieten die technischen Voraussetzungen für die Speicherung von Informationen zum Abruf durch die Nutzer, indem sie im Internet Speicherplatz für Informationen und Inhalte zur Verfügung stellen.»

526 Vgl. PEIFER, GRUR-Prax 2019, 403; WANDTKE/HAUCK, ZUM 2019, 629.

ter – in der Regel handelt es sich um Telekommunikationsunternehmen[527] – gefasst werden, die Nutzern Zugang zum Internet verschaffen[528].

Beleuchtet werden, dem generellen Thema der vorliegenden Abhandlung entsprechend, hauptsächlich Schadenersatzansprüche. Unterlassungs- und Beseitigungsansprüche hingegen setzen kein Verschulden voraus[529] und sind daher für das hier interessierende Thema nur am Rande von Bedeutung. Sie werden nur so weit in die Untersuchung einbezogen, als sie für das Verständnis der Interessenlage bei Providerhaftungsfällen hilfreich sind.

4.3.2.2. Regelung der Providerhaftung in den einzelnen Rechtsordnungen

Der US-Gesetzgeber hat sich im Bereich des Urheberrechts dazu entschieden, die Grenzen der Providerhaftung spezialgesetzlich festzuschreiben. Der 1998 erlassene *Digital Millennium Copyright Act (DMCA)*[530] sollte der Rechtssicherheit von Urheberrechtsinhabern und Internet-Service-Providern dienen[531]. Der Erlass ergänzt Title 17 U.S.C., also den *Copyright Act*, um ein 12. Kapitel[532]. Für die vorliegende Untersuchung von Interesse ist 17 U.S.C. § 512 des DMCA. Diese Rechtsnorm legt Haftungsbeschränkungen (sog. *safe harbors*) für Provider fest. 17 U.S.C. § 512(a) befreit den typischen Access-Provider von der Haftung. Diese Bestimmung hat bisher in der Praxis kaum Schwierigkeiten bereitet und scheint auch nicht grundsätzlich infrage gestellt worden zu sein. Praktisch weitaus bedeutsamer, aber auch kontroverser ist 17 U.S.C. § 512(c). Diese Norm befreit den Hosting-Provider unter gewissen Voraussetzungen von der Haftung für Inhalte von Dritten, für die er Speicherplatz zur Verfügung stellt:

---

527 Vgl. WELP 6 ff.

528 FRANCEY N 48; Specht-Riemenschneider/Riemenschneider/Schneider-SPECHT-RIEMENSCHNEIDER 97; WELP 6; vgl. BRINER, sic! 2006, 384.

529 Vgl. vorne S. 123.

530 Für einen Überblick über die Entstehungsgeschichte vgl. FRECH 82 ff.

531 FISHER, University of Richmond Law Review 2015, 643.

532 WITTGENSTEIN 113.

> «(c)
> (1) […] A service provider shall not be liable for monetary relief […], if the provider
>
> (A)
> (i) does not have actual knowledge that the material or an activity using the material on the system or network is infringing;
> (ii) in the absence of such actual knowledge, is not aware of facts or circumstances from which infringing activity is apparent; or
> (iii) upon obtaining such knowledge or awareness, acts expeditiously remove, or disable access to, the material;
>
> (B) does not receive a financial benefit directly attributable to the infringing activity, in a case in which the service provider has the right and ability to control such activity; and
>
> (C) upon notification of claimed infringement […], responds expeditiously to remove, or disable access to, the material that is claimed to be infringing or to be the subject of infringing activity.»

Diese Bestimmung ist im Lichte von 17 U.S.C. § 512(m) zu lesen, welcher eine generelle Überwachungspflicht des Providers verneint:

> «(m) Nothing in this section shall be construed to condition the applicability of [the safe harbor protection] on
>
> (1) a service provider monitoring its service or affirmatively seeking facts indicating infringing activity, except to the extent consistent with a standard technical measure […].»

Dem Nichtvorhandensein tatsächlicher Kenntnis («does not have actual knowledge», 17 U.S.C. § 512[c][1][A][i]) liegt ein subjektiver Massstab zugrunde. Entscheidend ist, was der fragliche Provider tatsächlich wusste. Dabei geht der Schutz des *safe harbor* nicht bereits deshalb verloren, weil der Provider Kenntnis davon hatte, dass im Allgemeinen auf seiner Plattform Urheberrechtsverletzungen begangen werden. Erst Kenntnis konkreter Verletzungshandlungen bzw. konkreter rechtsverletzender Inhalte lässt den Schutz entfallen, sofern die fraglichen Inhalte nicht unverzüglich entfernt werden oder der Zugang zu ihnen gesperrt wird[533]. Auch die zweite Bedingung der Haftungsfreistellung («is not aware of facts or circumstances from which infringing activity is apparent», 17 U.S.C.

[533] Mit einer umfassenden Herleitung dieses Schlusses *UMG Recordings, Inc., v. Shelter Capital Partners LLC*, 718 F.3d 1006, 1021 f. (9th Cir. 2013).

§ 512[c][1][A][ii])) scheint die Gerichte regelmässig zu beschäftigen. Mehrere Jahrzehnte nach Erlass des DMCA ist die Rechtsprechung zur Frage, wann dieser in der Rechtsprechung und Literatur als «red flag knowledge» bezeichnete Kenntnisstand[534] vorliegt, auf einen beachtlichen Umfang angewachsen. Eine vielzitierte Definition hat der *United States Court of Appeals, Second Circuit,* in *Viacom Int., Inc., v. YouTube, Inc.,* gegeben. Das Gericht legte einen objektiven Massstab an und hielt fest:

> «[…] [T]he red flag provision turns on whether the provider was subjectively aware of facts that would have made the specific infringement ‹objectively› obvious to a reasonable person.»[535]

In einem späteren Fall stellte das Gericht klar, dass es sich dabei um «[…] an ordinary person – not endowed with specialized knowledge or expertise concerning music or the laws of copyright»[536] handelt.

Insgesamt scheinen US-Gerichte den Schutzumfang der *Safe-harbor*-Bestimmungen weit zu ziehen. Nur selten wird ein Kenntnislevel seitens der Provider bejaht, das einen Verlust des Schutzes nach sich ziehen würde. Im obengenannten Rechtsstreit von *Viacom* gegen *YouTube* stellte sich *Viacom* auf den Standpunkt, *YouTube* habe Kenntnis von tatsächlichen Urheberrechtsverletzungen auf der Plattform gehabt. Als Beweis führte *Viacom* ein Memorandum von Jawed Karim, einem der *YouTube*-Gründer, an. Darin führte Karim aus, Episoden namentlich erwähnter, bekannter TV-Serien seien weiterhin auf *YouTube* zu finden. Das Berufungsgericht wies die Sache denn auch zur Neubeurteilung an den *District Court, Southern District of New York,* zurück, da nicht mit Sicherheit verneint werden könne, dass *YouTube* einen Kenntnisstand tatsächlicher Urheberrechtsver-

---

534 Vgl. z.B. *Viacom International, Inc., v. YouTube, Inc.*, 676 F.3d 19, 30 f. (2nd Cir. 2012); *Perfect 10, Inc., v. CCBill LLC,* 488 F.3d 1102, 1113 f. (9th Cir. 2007); FISHER, University of Richmond Law Review 2015, 643; HARRIS, Arizona State Law Journal 2015, 813 f.

535 *Viacom International, Inc., v. YouTube, Inc.*, 676 F.3d 19, 20 (2nd Cir. 2012).

536 *Capitol Records, LLC, v. Vimeo, LLC*, 826 F.3d 78, 93 f. (2nd Cir. 2016). Im Ergebnis zum selben Schluss kam der *United States Court of Appeals, Ninth Circuit,* in *Perfect 10, Inc., v. CCBill LLC*, 488 F.3d 1102, 1114 (9th Cir. 2007)*:* «We do not place the burden of determining whether photographs are actually illegal on a service provider.»

letzungen hatte, der mit dem *safe harbor* unvereinbar gewesen wäre[537]. Der *District Court* erachtete das Memorandum jedoch als nicht ausreichend. Karim beziehe sich darin nicht auf spezifische Videoclips. Aus den von *Viacom* eingereichten Unterlagen gehe hervor, dass zum fraglichen Zeitpunkt über 450 Videos auf der Plattform waren, in denen möglicherweise Urheberrechte von *Viacom* verletzt wurden. Aufgrund von 17 U.S.C. § 512(m) könne von *YouTube* nicht verlangt werden, diese Anzahl an Videos zu überprüfen[538]. Die Parteien konnten sich schliesslich aussergerichtlich einigen, und ein erneuter Weiterzug an den *United States Court of Appeals, Second Circuit*, blieb aus[539].

Einige Jahre später entschied dasselbe Berufungsgericht in *Capitol Records, LLC, v. Vimeo, LLC,* dass «red flag knowledge» nicht bereits deshalb gegeben sei, weil ein Mitarbeiter des fraglichen Providers nachweislich ein auf der Plattform zugängliches Video gesehen habe, auf welchem ein urheberrechtlich geschütztes Lied zu hören sei [Hervorhebung im Original]:

> «The mere fact that an employee […] has viewed a video posted by a user (absent specific information regarding how much of the video the employee saw or the reason for which it was viewed) […], would be insufficient for many reasons to make infringement *obvious* to an ordinary reasonable person, who is not an expert in music or the law of copyright.»[540]

Auch die Tatsache, dass Mitarbeiter von *Vimeo* in einigen Fällen Nutzer aktiv dazu ermutigt hatten, urheberrechtsverletzende Inhalte hochzuladen, führte nach Ansicht des Gerichts nicht zum Verlust des *Safe-harbor*-Schutzes oder zu weitergehenden Überwachungspflichten von *Vimeo*. Bewiesen seien nur sporadische Fälle, die im Übrigen nicht die im konkreten Fall strittigen Videos betroffen hätten. Somit könne daraus auch keine «red flag knowledge» abgeleitet werden[541].

---

537 *Viacom International, Inc., v. YouTube, Inc.*, 676 F.3d 19, 41 (2nd Cir. 2012).

538 *Viacom International, Inc., v. YouTube, Inc.*, 940 F.Supp.2d 110, 117 (S.D.N.Y. 2013).

539 STEMPEL.

540 *Capitol Records, LLC, v. Vimeo, LLC*, 826 F.3d 78, 94 (2nd Cir. 2016).

541 *Capitol Records, LLC, v. Vimeo, LLC*, 826 F.3d 78, 99 (2nd Cir. 2016).

Im Unterschied zum Urheberrecht ist die Providerhaftung etwa im Bereich des Markenrechts in den USA nicht spezialgesetzlich geregelt[542]. Der aus den allgemeinen Prinzipien des Haftpflichtrechts abgeleitete Haftungsmassstab unterscheidet sich jedoch kaum von demjenigen im Bereich des Urheberrechts[543]. Eine Haftungsgrundlage hat der *Supreme Court* in *Inwood Labs., Inc., v. Ives Labs., Inc.,* geschaffen. Gemäss diesem Urteil ist nicht nur der unmittelbare Markenrechtsverletzer haftbar. Vielmehr haftet auch, wer einen anderen vorsätzlich zu einer Markenrechtsverletzung veranlasst oder wer sein Produkt weiterhin jemandem zur Verfügung stellt, von dem er weiss oder wissen muss, dass er ein Markenrecht verletzt[544]. Die Gerichte begannen im Laufe der Zeit, diese Regel auf Internetsachverhalte anzuwenden[545]. So beschäftigte sich etwa der *United States Court of Appeals, Second Circuit,* in *Tiffany, Inc,. v. eBay, Inc.,* mit der Frage, welcher Kenntnisgrad eines Plattformbetreibers notwendig sei, um seine Haftung für durch seine Nutzer begangene Markenrechtsverletzungen zu bejahen:

> «[…] [A] service provider must have more than a general knowledge or reason to know that its service is being used to sell counterfeit goods. Some contemporary knowledge of which particular listings are infringing or will infringe in the future is necessary.»[546]

Der *United States Court of Appeals, Ninth Circuit,* liess denn auch einen Hosting-Provider haften, den die Inhaberin einer Marke wiederholt auf spezifische Markenrechtsverletzungen aufmerksam gemacht hatte, worauf der Provider jedoch nicht reagierte[547]. Eine gewisse Unsicherheit herrscht allerdings ausserhalb des Urheberrechts, wo 17 U.S.C. § 512(m) diese Frage ausdrücklich regelt, hinsichtlich etwaiger vorgängiger Kontrollpflichten von Hosting-Providern und Plattformbetreibern. Dabei han-

---

542 WECKSTRÖM, University of Louisville Law Review 2011, 565, 567.

543 So wohl auch WECKSTRÖM, University of Louisville Law Review 2011, 579.

544 *Inwood Labs., Inc., v. Ives Labs., Inc.*, 456 U.S. 844, 854 (1982).

545 Vgl. LARSON, Columbia Journal of Law & the Arts 2014, 580 ff.

546 *Tiffany, Inc., v. eBay, Inc.*, 600 F.3d 93, 107 (2nd Cir. 2010); ebenso *Rosetta Stone Ltd. v. Google, Inc.*, 676 F.3d 144, 163 (2nd Cir. 2010).

547 *Louis Vuitton Malletier, S.A., v. Akanoc Solutions, Inc.*, 658 F.3d 936, 940 f., (9th Cir. 2011).

delt es sich im Kern um nichts anderes als die Frage nach dem zumutbaren Sorgfaltsmassstab für Provider[548].

In der EU befand sich das Urheberrecht im Zeitraum, in dem die vorliegende Arbeit verfasst wurde, im Umbruch. Am 11. Juni 2019 trat die Richtlinie (EU) 2019/790 über das Urheberrecht und die verwandten Schutzrechte im digitalen Binnenmarkt und zur Änderung der Richtlinien 96/9/EG und 2001/29/EG (kurz: *DSM-Richtlinie*) in Kraft. Die Mitgliedstaaten waren gehalten, die Richtlinie bis zum 7. Juni 2021 in nationales Recht umzusetzen[549]. Ein bedeutender Teil der bisherigen EuGH-Rechtsprechung zur Providerhaftung im Bereich des Urheberrechts verlor damit stark an Bedeutung. Es rechtfertigt sich dennoch, zuerst die bisherige Rechtslage zu skizzieren, da sie wichtige Erkenntnisse bereithält, die auch auf das schweizerische Recht übertragbar sind. In einem zweiten Schritt werden die mit der DSM-Richtlinie einhergehenden Änderungen dargestellt.

Der europäische Gesetzgeber hat zu Beginn der 2000er-Jahre eine Reihe von Richtlinien zur Providerhaftung erlassen. Es sind dies Richtlinie 2001/29/EG (*InfoSoc-Richtlinie*), Richtlinie 2004/48/EG (*Durchsetzungsrichtlinie*) sowie Richtlinie 2000/31/EG (*E-Commerce-Richtlinie*). Gemäss Art. 8 Abs. 3 InfoSoc-Richtlinie haben Mitgliedstaaten sicherzustellen, dass Rechteinhaber gerichtliche Verfügungen gegen Intermediäre beantragen können, deren Dienste von Dritten zur Verletzung von Urheberrechten oder verwandten Schutzrechten verwendet werden[550]. Damit schreibt die Bestimmung Unterlassungs- und Beseitigungsrechte vor[551]. Daneben war und ist – allerdings aufgrund der DSM-Richtlinie mit einer bedeutenden Relativierung im Bereich des Urheberrechts[552] – Art. 14 E-Commerce-Richtlinie für Hosting-Provider von entscheidender Bedeutung. Als Vor-

548 Vgl. WECKSTRÖM, University of Louisville Law Review 2011, 567 f.

549 HOFMANN, GRUR 2019, 1219; Schricker/Loewenheim-LEISTNER § 97–105 UrhG, Vorbemerkung, N 12b.

550 Art. 11 Durchsetzungsrichtlinie weitete den Anwendungsbereich dieser Bestimmung auf die übrigen Immaterialgüterrechte aus (vgl. NEUMANN 228).

551 CZYCHOWSKI/NORDEMANN, GRUR 2013, 988.

552 Ausführlich dazu hinten S. 145 ff.

bild für diese Bestimmung diente 17 U.S.C. § 512 aus dem DMCA[553]. Entsprechend ihrem US-amerikanischen Pendant gibt die Norm in Bezug auf reparatorische Ansprüche keine Haftungsvoraussetzungen, sondern lediglich -einschränkungen vor[554]. Demnach sind Hosting-Provider von der Verantwortung befreit, sofern sie keine tatsächliche Kenntnis von der rechtswidrigen Tätigkeit hatten und auch nicht aus den Umständen heraus eine solche Kenntnis haben mussten. Der EuGH stellte – gleich wie US-Gerichte – klar, dass Hosting-Provider nicht bereits deshalb aus dem Schutzbereich dieser Bestimmung fallen, weil sie allgemein und abstrakt Kenntnis davon haben, dass auf ihrer Plattform rechtsverletzende Inhalte liegen. Der Schutz entfällt lediglich, wenn sich der Kenntnisstand der Anbieter auf die konkret infrage stehenden Rechtsverletzungen bezog[555]. Sodann müssen Hosting-Provider, um in den Genuss der Haftungsfreistellung zu kommen, rechtswidrige Inhalte unverzüglich entfernen oder den Zugang dazu sperren, sobald sie Kenntnis von ihnen erlangen. In diesem Zusammenhang ist entscheidend, welche Prüf- oder Monitoringpflichten den Hosting-Providern zugemutet werden. Für Access-Provider wiederum ist Art. 12 E-Commerce-Richtlinie bedeutsam. Die wenig kontroverse Bestimmung befreit den Provider für den Fall der reinen Durchleitung von Informationen von der Verantwortlichkeit, sofern er die Übermittlung nicht veranlasst, den Adressaten der übermittelten Informationen nicht auswählt und die übermittelten Informationen nicht auswählt oder verändert.

Ob aber ein Provider innerhalb dieser durch EU-Recht vorgezeichneten Grenzen auf Schadenersatz haftet, bestimmte sich bis vor einigen Jahren weiterhin nach nationalem Recht[556]. Entsprechend ging der deutsche BGH nach den allgemeinen Grundsätzen der Mittäterschaft und Teilnahme vor, wenn er eine Haftung des Providers auf Schadenersatz prüfte[557]. Dabei orientiert sich das deutsche Haftpflichtrecht gemeinhin, wie bereits darge-

553 HARTMANN 95.

554 Ensthaler/Weidert-WEIDERT/MOLLE, Kap. 7 N 41; vgl. FREY 112 f.

555 EuGH GRUR-RS 2021, 15191, N 112 ff.

556 FREY 195.

557 BGH GRUR 2013, 1229, 1231, N 29 f.; OHLY, ZUM 2017, 795; vgl. NORDEMANN, GRUR Int. 2018, 527; ferner CZYCHOWSKI/NORDEMANN, GRUR 2013, 988 f.

legt[558], an der Strafrechtsdogmatik. Es muss also ein doppelter Vorsatz vorliegen[559]. Diese Voraussetzung wird bei Hosting-Providern in den seltensten Fällen erfüllt sein[560]. Folglich hat der BGH die Haftung einer Online-Auktionsplattform für urheberrechtsverletzende Produkte verneint, die mithilfe von *Adwords* auf Suchmaschinen Werbung für ebendiese Produkte geschaltet hatte. Dabei war die Plattformbetreiberin in diesem Zusammenhang auf klare Rechtsverletzungen hingewiesen worden. Dennoch habe ein «zumindest bedingter Vorsatz der [Beklagten] in Bezug auf die Haupttat, der das Bewusstsein der Rechtswidrigkeit einschliessen muss» gefehlt[561]. Dieses enge Verständnis der Mittäterschaft und Teilnahme machte, um den Vorgaben von Art. 8 Abs. 3 InfoSoc-Richtlinie gerecht zu werden, ein Hilfskonstrukt notwendig. Unterlassungs- und Beseitigungsansprüche – im deutschen UrhG in § 97 Abs. 1 geregelt – wurden über die *Störerhaftung* ermöglicht. Diese ist zur Mittäterschaft und Teilnahme subsidiär[562]. Ein Provider als Intermediär haftete demnach als Störer, wenn er, ohne (Mit-)Täter oder Teilnehmer zu sein, willentlich einen kausalen Beitrag zur Rechtsgutverletzung gesetzt hat, diese hätte verhindern können und zumutbare Prüf- und Überwachungspflichten verletzt hat[563].

Bezüglich der Zumutbarkeit liess sich bei deutschen Gerichten bereits im ersten Jahrzehnt des 21. Jahrhunderts eine Unterteilung der Provider in zwei Kategorien ausmachen. Auf der einen Seite standen Anbieter von Dienstleistungen mit überwiegend legalen Anwendungsbereichen, deren Dienste jedoch gelegentlich für Rechtsgutverletzungen missbraucht wurden. Dort sollte die Prüfpflicht auf grobe, unschwer zu erkennende Rechtsgutverletzungen beschränkt bleiben. Keinesfalls sollte einem Anbieter die Pflicht zu einer systematischen Vorprüfung sämtlicher auf seine Plattform

---

558 Vgl. vorne S. 48 f.

559 Vgl. vorne S. 49.

560 OHLY, ZUM 2017, 794 f.; WANDTKE/HAUCK, ZUM 2019, 629.

561 BGH GRUR 2013, 1229, 1231, N 32; vgl. WANDTKE/HAUCK, ZUM 2019, 629.

562 NORDEMANN, GRUR Int. 2018, 526.

563 BGH GRUR 2013, 1229, 1231, N 34; Schricker/Loewenheim-LEISTNER § 97 UrhG N 73; NORDEMANN, GRUR Int. 2018, 526 f.; Dreier/Schulze-SPECHT-RIEMENSCHNEIDER § 97 UrhG N 28.

hochgeladenen Dateien respektive Kaufangebote auferlegt werden[564]. Allerdings konnte der Provider in beschränktem Umfang auch dazu verpflichtet werden, das erneute Hochladen einer bereits entfernten verletzenden Datei zu verhindern. Konkret soll dem Provider der Einsatz eines Wortfilters mit manueller Nachkontrolle der Ergebnisse zuzumuten gewesen sein[565]. Auf der anderen Seite wurden Dienstleister kategorisiert, deren Geschäftsmodelle auf die Förderung von Rechtsgutverletzungen geradezu ausgerichtet sind oder die solche Verletzungen aktiv fördern respektive denen eine erhöhte Gefahr solcher Verletzungen inhärent ist[566]. Diesen Providern wurden weitaus strengere Prüfpflichten auferlegt[567].

Diese Unterscheidung findet sich auch in der aktuellen Rechtsprechung des EuGH wieder[568]. Allerdings hat der EuGH in drei jüngeren Urteilen[569] den Täterschaftsbegriff deutlich ausgeweitet[570], wodurch sich die Implikationen der Zweiteilung verschoben haben. Von Interesse ist hier insbesondere die «The Pirate Bay»-Entscheidung. Bei *The Pirate Bay* handelt es sich um einen *BitTorrent-Indizierer*. *BitTorrent* wiederum ist ein *Peer-to-Peer*-Protokoll, mit dessen Hilfe Nutzer (*peers*) Dateien untereinander austauschen können. Die Dateien werden dabei nicht als Ganzes gespeichert und heruntergeladen, sondern in kleinen Fragmenten (*bits*), die bei den einzelnen

564 BGH MMR 2004, 668, 671 f.; Schricker/Loewenheim-Leistner § 97 UrhG N 125; Spindler/Schuster-VOLKMANN § 1004 BGB N 25.

565 BGH GRUR 2013, 370, 372, N 35. Diese als «RapidShare – Alone in the Dark»-Urteil bekannt gewordene Rechtsprechung ist jedoch nicht ohne Kritik geblieben. So bezeichnet etwa HOEREN, MMR 2013, 189, die Verpflichtung zur Nachkontrolle als «absurd» und stellt fest: «Der BGH hat sich da verrannt.»

566 BGH GRUR 2013, 1030, 1032, N 36; Schricker/Loewenheim-LEISTNER § 97 UrhG N 126; Spindler/Schuster-VOLKMANN § 1004 BGB N 26; vgl. BGH GRUR 2013, 1229, 1233, N 48; BGH GRUR 2009, 841, 843, N 21.

567 Vgl. Schricker/Loewenheim-LEISTNER § 97 UrhG N 126 m.w.N.

568 EuGH GRUR-RS 2021, 15191, N 102 («YouTube/Uploaded»); vgl. HOLZNAGEL, CR 2021, 603, N 1.

569 EuGH GRUR 2017, 790 («The Pirate Bay»); EuGH ZUM 2017, 587 («Filmspeler»); EuGH GRUR 2016, 1152 («GS Media»).

570 Insbesondere in «Filmspeler» und «GS Media» geschah dies indirekt. In den fraglichen Urteilen stand das Recht der öffentlichen Wiedergabe im Zentrum (EuGH ZUM 2017, 587, 590 ff., N 23 ff.; EuGH GRUR 2016, 1152, 1153 ff., N 29 ff.). Der Schutzbereich dieses Ausschliesslichkeitsrechts wurde ausgeweitet. Dies wiederum hatte Auswirkungen auf den Täterschaftsbegriff.

Nutzern abgelegt sind. Eine Datei wird dabei nicht von einem einzelnen *peer* bezogen. Stattdessen kommen die einzelnen *bits* von einer Vielzahl von Nutzern, die das fragliche Fragment auf ihrem Rechner gespeichert haben[571]. Solche Netzwerke kommen ohne einen zentralen Server für die Speicherung der Dateien aus. Um *BitTorrent* nutzen zu können, muss zuerst eine entsprechende Software, ein *BitTorrent Client*, heruntergeladen werden[572]. Mit dessen Hilfe können *Torrent*-Dateien erstellt werden. Dabei handelt es sich um kleine Dateien, die auf die eigentlichen Werke verweisen[573]. Sie sind mit einem Hyperlink zu vergleichen, der zum gewünschten Inhalt führt[574]. Allerdings bietet *BitTorrent* selbst keine Möglichkeit, die *Torrent*-Dateien nach spezifischen Inhalten zu durchsuchen. Diese Dienstleistung bieten Indizierer wie *The Pirate Bay* an. Auf diese Plattformen laden Nutzer denn auch die *Torrent*-Dateien hoch[575], und erst die Plattform vernetzt die suchende Person mit Nutzern, auf deren Rechnern die gewünschten Dateien liegen[576].

In seinem Urteil stellte der EuGH kurzerhand fest, das Betreiben eines Indizierers wie *The Pirate Bay* sei als «öffentliche Wiedergabe» im Sinne von Art. 3 Abs. 1 InfoSoc-Richtlinie, also als unmittelbare Verletzungshandlung, zu qualifizieren[577]. Zwar würden die fraglichen Werke nicht unmittelbar auf der Plattform bereitgehalten. Dennoch sei es *The Pirate Bay*, der seinen Nutzern den Zugang zu den Inhalten erst ermögliche oder zumindest erheblich erleichtere[578]. Später stellte das Gericht im Urteil

---

571 SCHMITZ 202.

572 EuGH GRUR 2017, 790, 790 f.; SCHMITZ 203.

573 DIMITA, Journal of Intellectual Property Law & Practice 2012, 466; vgl. EuGH GRUR 2017, 790, 790 f.

574 SCHMITZ 203.

575 DIMITA, Journal of Intellectual Property Law & Practice 2012, 467.

576 EuGH GRUR 2017, 790, 790 f.; SCHMITZ 203 f.; ferner LEISTNER, GRUR 2017, 756.

577 EuGH GRUR 2017, 790, 792, N 36 ff., insbesondere N 48.

578 EuGH GRUR 2017, 790, 792, N 36 ff. Zu einem ähnlichen Schluss kam der EuGH bereits kurz zuvor in seinem «Filmspeler»-Urteil. Darin entschied das Gericht, der Verkauf eines Medienabspielgerätes mit vorinstallierten Add-Ons, die Hyperlinks zu Websites enthalten, auf denen wiederum urheberrechtsverletzende Werke gestreamt werden können, stelle eine «öffentliche Wiedergabe» dar (EuGH ZUM 2017, 587, 592, N 50 ff.).

«YouTube/Uploaded» ausdrücklich klar, dass diese Qualifikation nicht allgemein für Plattformen wie *YouTube* gelte, sondern lediglich für Diensteanbieter, die über die blosse Bereitstellung der notwendigen Infrastruktur hinaus dazu beitrügen, der Öffentlichkeit Zugang zu urheberrechtsverletzenden Inhalten zu verschaffen. Dies sei namentlich der Fall bei Betreibern, die ein Teilen entsprechender Inhalte wissentlich förderten, wofür die Wahl eines Geschäftsmodells sprechen könne, das die Nutzer zur öffentlichen Zugänglichmachung geschützter Inhalte verleitet[579].

Vom so neu gezogenen Täterschaftsbegriff wurden auch Konstellationen umfasst, die in Deutschland traditionellerweise über die Störerhaftung gelöst worden waren. Die Dichotomie von Mittäterschafts- und Teilnahmehaftung einerseits und Störerhaftung andererseits war damit infrage gestellt. Das wurde auch in der deutschen Lehre erkannt. So soll der Provider, der einen zentralen Beitrag zur Urheberrechtsverletzung leistet, neu über die Täterhaftung erfasst werden[580] und damit auch auf Schadenersatz belangt werden können[581].

In Österreich ist für die Qualifikation als Mittäter oder Teilnehmer erforderlich, dass der Provider die Rechtsverletzungen des Nutzers bewusst förderte. Diese Voraussetzung ist erfüllt, wenn der Provider Kenntnis von der Rechtsverletzung hat und es dennoch unterlässt, sie zu entfernen[582]. Darüber hinaus kann auf die entsprechenden Ausführungen zur Mittäterschaft und Teilnahme in Österreich verwiesen werden[583].

Das politische Bedürfnis in der EU nach einer stärkeren Partizipation Kulturschaffender an Erträgen aus ihren im Internet zugänglichen Werken[584] scheint jedoch darüber hinauszugehen. Die bereits erwähnte DSM-Richtli-

---

579 EuGH GRUR-RS 2021, 15191, N 102.

580 Schricker/Loewenheim-LEISTNER § 97 UrhG N 56a ff.; NORDEMANN, GRUR Int. 2018, 533 ff.; OHLY, ZUM 2017, 802; Dreier/Schulze-SPECHT-RIEMENSCHNEIDER § 97 UrhG N 28.

581 Vgl. NORDEMANN, GRUR Int. 2018, 801; ferner LEISTNER, GRUR 2017, 757.

582 GURMANN 164.

583 Vgl. vorne S. 52 ff.

584 Vgl. WANDTKE/HAUCK, ZUM 2019, 627.

nie ist Ausdruck dieser Bestrebungen. Art. 17 Abs. 1 DSM-Richtlinie verpflichtet die Mitgliedstaaten ausdrücklich, festzuschreiben,

> «dass ein Diensteanbieter für das Teilen von Online-Inhalten eine Handlung der öffentlichen Zugänglichmachung […] vornimmt, wenn er der Öffentlichkeit Zugang zu von seinen Nutzern hochgeladenen urheberrechtlich geschützten Werken oder sonstigen Schutzgegenständen verschafft».

Mit dieser Bestimmung, in der einige Autoren wohl etwas vorschnell einen «Paradigmenwechsel»[585] bei der Durchsetzung des Urheberrechts erblickten, weitete der Unionsgesetzgeber die aus dem «The Pirate Bay»-Urteil bekannte Linie des EuGH aus[586]. Als «Diensteanbieter für das Teilen von Online-Inhalten» im Sinne der DSM-Richtlinie gelten nämlich nicht nur Plattformen wie *The Pirate Bay* und andere Anbieter, deren Geschäftsmodell zu Urheberrechtsverletzungen bewusst verleitet. Stattdessen werden davon auch Plattformen wie *YouTube* oder *Vimeo* umfasst[587], Dienste also, denen kaum ein auf systematischen Urheberrechtsverletzungen basierendes Geschäftsmodell vorgeworfen werden kann. Konnten das Speichern und die Zugangsverschaffung zu durch Nutzer hochgeladenen Inhalten bisher lediglich über die Mittäterschaft und Teilnahme als haftpflichtrechtlich relevante Handlungen erfasst werden, werden sie nach der neuen gesetzgeberischen Konzeption zu unmittelbaren, eigenständigen Verletzungshandlungen[588]. Das Haftungsprivileg von Art. 14 E-Commerce-Richtlinie für Hosting-Provider[589] wird dabei ausdrücklich ausgeschlossen (Art. 17 Abs. 3 DSM-Richtlinie).

Die Diensteanbieter haben allerdings zwei Möglichkeiten, sich dieser Haftung zu entziehen. Sie können zum einen bei den Rechteinhabern in Form einer Lizenz die vorgängige Zustimmung einholen, wenn sie deren Werke

---

585 DREIER, GRUR 2019, 775; WANDTKE/HAUCK, ZUM 2019, 627; a.M. HOFMANN, GRUR 2019, 1222.

586 Vgl. HOFMANN, GRUR 2019, 1222.

587 Vgl. die Begriffsdefinition in Art. 2 Ziff. 6 DSM-Richtlinie; DREIER, GRUR 2019, 777; HOFMANN, GRUR 2019, 1219.

588 HOFMANN, GRUR 2019, 1219; Schricker/Loewenheim-LEISTER § 97 UrhG N 56e; SENFTLEBEN, ZUM 2019, 369 f.; Specht-Riemenschneider/Riemenschneider/Schneider-SPECHT-RIEMENSCHNEIDER 106; WANDTKE/HAUCK, ZUM 2019, 629; vgl. SIMON/METZGER, EuZ 2019, 135.

589 Vgl. dazu vorne S. 140 f.

öffentlich zugänglich machen wollen (Art. 17 Abs. 1 Unterabschnitt 2 DSM-Richtlinie, sog. *Erlaubnis-* oder *Lizenzlösung*)[590]. Zum anderen können sie sich auch ohne entsprechende Erlaubnis exkulpieren, indem sie den Nachweis erbringen, dass sie die in Art. 17 Abs. 4 DSM-Richtlinie festgelegten Anforderungen erfüllt haben. Sie müssen also eine vorgängige Kontrolle hochzuladender Inhalte (sog. *Uploadfilter*[591]) implementieren (Art. 17 Abs. 4 lit. b DSM-Richtlinie)[592]. Falls trotz dieser Massnahme ein urheberrechtswidriger Inhalt auf der Plattform zugänglich wird, hat ihr Betreiber nach Erhalt eines hinreichend begründeten Hinweises des Rechteinhabers den Zugang dazu zu sperren und Massnahmen zu treffen, die das künftige Hochladen dieses Inhalts verhindern (Art. 17 Abs. 4 lit. c DSM-Richtlinie).

Diensteanbieter wie *YouTube* haben bereits vor Erlass der DSM-Richtlinie Filtertechnologien eingesetzt und Mechanismen implementiert, damit urheberrechtsverletzende Inhalte unkompliziert gemeldet und rasch entfernt werden können[593]. Ebenso hat gerade *YouTube* bereits Verträge mit Musiklabels und Verwertungsgesellschaften, was es Rechteinhabern erlaubt, ihre Werke zu lizenzieren oder an den Werbeeinnahmen von *YouTube* zu partizipieren[594]. Die Auswirkungen des neuen Art. 17 DSM-Richtlinie auf diese Plattformen scheinen denn auch weniger weitrei-

590 HOFMANN, GRUR 2019, 1219; WANDTKE/HAUCK, ZUM 2019, 630; vgl. SENFTLEBEN, ZUM 2019, 370.

591 HOFMANN, GRUR 2019, 1220; vgl. PRAVEMANN, GRUR 2019, 786.

592 Die Uploadfilter waren das wohl am heftigsten umkämpfte Element der Urheberrechtsreform. So hatte Polen beim EuGH eine Klage auf Nichtigerklärung von Art. 17 DSM-Richtlinie erhoben. Die Uploadfilter würden gegen die Meinungsfreiheit verstossen (EuGH Gerichtsmitteilung vom 24. Mai 2019, BeckEuRS 2019, 606662). Mit Urteil vom 26. April 2022 wies der EuGH die Klage jedoch ab (EuGH GRUR-RS 2022, 8378).

593 Schlussantrag Generalanwalt *YouTube/Uploaded N* 21 f.; DREIER, GRUR 2019, 777.

594 DREIER, GRUR 2019, 777.

chend, als es die vor ihrem Erlass ausgetragenen politischen Auseinandersetzungen[595] vermuten lassen konnten[596].

Auch im schweizerischen Zivilrecht spielt sich die Diskussion um die Providerhaftung hauptsächlich im Bereich des Immaterialgüterrechts, insbesondere des Urheberrechts, ab[597]. Dabei fehlt es gänzlich an spezialgesetzlichen Regelungen betreffend reparatorische Ansprüche gegen Internet-Service-Provider für Rechtsgutverletzungen durch ihre Nutzer[598]. Nach Ansicht des Bundesrates reicht der aktuelle Rechtsrahmen aus; ein Bedarf nach einer rechtsgebietsübergreifenden Regelung der Providerhaftung bestehe nicht[599]. Stattdessen verweist etwa Art. 62 Abs. 2 URG für die Klagen aus Schadenersatz auf das Obligationenrecht[600]. Auch das Bundesgericht hat sich im bereits diskutierten BGE 107 II 82[601] für die Anwendung von Art. 50 OR auf Mittäterschafts- und Teilnehmerverhältnisse im Urheber-

---

595 KAESLING/KNAPP, MMR 2021, 12; vgl. SENFTLEBEN, ZUM 2019, 369. So kam es beispielsweise im Jahre 2019 in mehreren deutschen Städten zu Protesten gegen die DSM-Richtlinie im Allgemeinen und gegen ihren Art. 17 im Besonderen (HANFELD).

596 Vgl. DREIER, GRUR 2019, 777.

597 Vgl. z.B. Bericht Bundesrat zivilrechtliche Verantwortlichkeit von Providern *passim*; RIGAMONTI/WULLSCHLEGER, sic! 2018, 47 ff.; ferner HESS-BLUMER, sic! 2003, 95 ff.

598 RIGAMONTI, sic! 2016, 119; THOUVENIN/STILLER/HETTICH/BOCEK/REUTIMANN, sic! 2017, 718. Hingegen wurde das schweizerische URG im Zuge der neusten Urheberrechtsrevision mit Art. 39*d* um eine Bestimmung ergänzt, welche die *Unterlassungs-* und *Beseitigungspflichten* der Hosting-Provider ausdrücklich regelt. Sie greift allerdings nur bei Providern, deren Dienst eine besondere Gefahr von Urheberrechtsverletzungen durch die Nutzer schafft (vgl. dazu BBl 2018 591, 635 ff.; Neues Urheberrecht-MEIER Art. 39*d* N 7).

599 Bericht Bundesrat zivilrechtliche Verantwortlichkeit von Providern 4.

600 BRINER, sic! 2006, 387; HUG, medialex 2014, 55; REHBINDER/HAAS/UHLIG URG 62 N 35; SCHOCH/SCHÜEPP, Jusletter 13. Mai 2013, N 28 ff.; Haftpflichtkommentar-SCHWENNINGER URG 62 N 11; WEBER, Journal of Intellectual Property, Information Technology and Electronic Commerce Law 2010, N 1; WULLSCHLEGER N 179; Bericht Bundesrat zivilrechtliche Verantwortlichkeit von Providern 60, 65; vgl. HESS-BLUMER, sic! 2003, 98 f. Kritisch zum Verweis in Art. 62 Abs. 2 URG auf das Obligationenrecht jedoch Neues Urheberrecht-EGLOFF/HEINZMANN Art. 62 N 16. Strittig ist hingegen die Rechtsgrundlage für negatorische Ansprüche (vgl. dazu vorne S. 123).

601 Vgl. vorne S. 132.

recht ausgesprochen[602]. In BGE 145 III 72 bestätigte es diese Sicht ausdrücklich für den Bereich der Providerhaftung. Es verneinte jedoch in Übereinstimmung mit der herrschenden schweizerischen Lehre[603] die Verantwortlichkeit des Access-Providers als Teilnehmer nach Art. 50 OR für Urheberrechtsverletzungen durch Dritte. Die Beteiligung des Access-Providers an der Urheberrechtsverletzung «liegt einzig darin begründet, dass [er] – zusammen mit zahlreichen weiteren Access Providern […] – die technische Infrastruktur bereitstellt, damit ein Zugang zum weltweiten Internet von der Schweiz aus überhaupt möglich ist»[604].

Dies reiche für eine Zurechnung nach Art. 50 OR nicht aus. Diese Wertung des Bundesgerichts ist dabei nicht selbstverständlich. So hatte es noch im Jahre 1981 in seinem «Rediffusion»-Urteil eine reine Weiterleitung von urheberrechtsverletzenden Sendungen über ein Richtstrahlnetz als Gehilfenschaft zu einer Urheberrechtsverletzung qualifiziert[605]. Mit seiner nun geänderten respektive klärenden Rechtsprechung schaffte das Bundesgericht zumindest für *Access*-Provider eine begrüssenswerte Rechtssicherheit, die im Einklang mit der Rechtslage sowohl in der EU als auch in den USA steht.

Zur Haftung von *Hosting*-Providern existiert in der Schweiz hingegen kaum Rechtsprechung. Erwähnenswert ist immerhin ein *obiter dictum*, in dem das Bundesgericht, von der Lehre beinahe gänzlich unbemerkt, den Täterschaftsbegriff ähnlich weit zu ziehen scheint wie der EU-Gesetzgeber in Art. 17 DSM-Richtlinie[606] [Hervorhebung durch die Autorin]:

> «In Betracht kommt […] eine Urheberrechtsverletzung durch die […] Portalbetreiber, Hoster und Uploader, indem sie die [urheberrechtsverletzenden] Filme auch in der Schweiz […] ohne Zustimmung der Rechtsinhaberin zugänglich machen. […] Dass den Portalbetreibern und Hostern, welche die fraglichen Filme auf dem Internet *zugänglich machen*, eine Ur-

602 BGE 107 II 82, 92 f.

603 AUF DER MAUR/STEINER 423; SCHOCH/SCHÜEPP, Jusletter 13. Mai 2013, N 32; vgl. Bericht Bundesrat zivilrechtliche Verantwortlichkeit von Providern 64.

604 BGE 145 III 72, 84.

605 BGE 107 II 82; vgl. vorne S. 132.

606 Vgl. vorne S. 146.

heberrechtsverletzung vorzuwerfen ist, stellt auch die Beschwerdegegnerin nicht in Abrede.»[607]

Die Vermutung liegt jedoch nahe, dass dem Bundesgericht die Konsequenzen seiner Äusserung nicht bewusst waren. Sie ist denn auch nicht als wegweisende Neuerung, sondern lediglich als weiteres Element unter vielen in der bereits unklaren und bisweilen widersprüchlichen Dogmatik der Mittäterschaft und Teilnahme im schweizerischen Zivilrecht zu sehen.

Eine zuverlässige Einschätzung der Haftungsrisiken für Hosting-Provider ist vor diesem Hintergrund kaum möglich. Zwar kommt der Bundesrat in seinem Bericht zur zivilrechtlichen Verantwortlichkeit von Providern zum Schluss, dass für die Haftung eines Providers aus Art. 50 OR eine *Kenntnis* des Tatbeitrags des unmittelbaren Verletzers, also des Nutzers, sowie die Inkaufnahme des Schadens notwendig seien[608]. Damit ignoriert der Bundesrat jedoch weite Teile der schweizerischen Lehre und insbesondere die Rechtsprechung des Bundesgerichts. Dieses zieht, wie bereits ausgeführt, den Anwendungsbereich von Art. 50 OR weit genug, um auch das *Kennenmüssen* des Tatbeitrags des Verletzers, also eine fahrlässige Mitwirkung an fahrlässigen oder vorsätzlichen Rechtsgutverletzungen, einzuschliessen[609].

Nicht weniger unübersichtlich ist die Rechtslage im schweizerischen Strafrecht. Vereinzelt wurde vorgeschlagen, auf Internet-Service-Provider Medienstrafrecht (Art. 28 Abs. 2 i.V.m. Art. 322bis StGB) anzuwenden[610]. Die Provider würden damit Teil einer Kaskadenhaftung, die primär beim Autor des strafbaren Beitrags ansetzt, subsidiär die Strafbarkeit des ver-

---

607 BGE 145 III 72, 80.

608 Bericht Bundesrat zivilrechtliche Verantwortlichkeit von Providern 65.

609 Vgl. allgemein zum Meinungsstand in der schweizerischen Lehre und Rechtsprechung vorne S. 98 f. Für das Urheberrecht ausdrücklich HUG, medialex 2014, 55.

610 Gutachten BJ strafrechtliche Verantwortlichkeit Access-Provider 830 ff.; EQUEY N 348; vgl. NIGGLI/RIKLIN/STRATENWERTH, medialex 2000, 18 f.; kritisch NOBEL/WEBER 5. Kapitel N 24; ebenso NIGGLI/SCHWARZENEGGER, SJZ 2002, 62 f., 65 f., die überdies eine grosse Rechtsunsicherheit bezüglich der Strafbarkeit der Access-Provider konstatieren: «Alles in allem ist nach dem jetzigen Stand der strafrechtlichen Diskussion beinahe jede Auslegung – sprich: jedes Resultat – möglich.»

antwortlichen Redaktors begründet und bei Fehlen auch eines solchen die für die Veröffentlichung verantwortliche Person für strafbar erklärt. Letztere ist jedoch nicht für die eigentliche Tat verantwortlich, sondern nach Art. 322bis StGB für die vorsätzliche Nichtverhinderung der Veröffentlichung[611].

Einen anderen möglichen Ansatz hat das Bundesgericht im zuvor thematisierten «Telekiosk»-Urteil vorgezeichnet. Es hielt fest, dass sich der Gehilfenschaft gemäss Art. 25 StGB zu verbotener Pornografie strafbar macht, wer die notwendigen Einrichtungen für die Veröffentlichung entsprechender Inhalte zur Verfügung stellt[612]. Die Lehre ist sich jedoch nicht einig, ob diese Rechtsprechung auf Internet-Service-Provider übertragbar ist. Ob nun Art. 28 Abs. 2 i.V.m. Art. 322bis StGB für anwendbar erklärt oder der Weg über die allgemeine Lehre zur Mittäterschaft und Teilnahme gewählt wird – kritisch wird zu Recht insbesondere die Strafbarkeit von Access-Providern gesehen[613], womit immerhin diesbezüglich eine Übereinstimmung mit dem Zivilrecht besteht.

Insgesamt lässt gerade der schweizerische Rechtsrahmen im Bereich der Providerhaftung auf Schadenersatz[614] einige Fragen offen. Der folgende Abschnitt will diesbezüglich Klarheit schaffen und eine mögliche, wünschenswerte Haftungsstruktur skizzieren. Wo nötig, werden dabei die Er-

---

611 BSK StGB I-ZELLER Art. 28 N 92; NOBEL/WEBER 5. Kapitel N 16 f.

612 BGE 121 IV 109, vgl. umfassend zum Sachverhalt und zur Entscheidung des Bundesgerichts vorne S. 132 f.

613 NOBEL/WEBER 5. Kapitel N 24, die eine Unterstellung von Hosting-Providern unter die Kaskadenhaftung als «noch nachvollziehbar» bezeichnen, sie aber für die Access-Provider gänzlich ablehnen; ebenso THOUVENIN/STILLER/HETTICH/BOCEK/REUTIMANN, sic! 2017, 718 ff.; NIGGLI/SCHWARZENEGGER, SJZ 2002, 61 ff.; kritisch wohl auch WEBER, Journal of Intellectual Property, Information Technology and Electronic Commerce Law 2010, N 37; Bericht Expertenkommission Netzwerkkriminalität 67 f.; die Strafbarkeit unter gewissen Voraussetzungen bejahend hingegen Gutachten BJ strafrechtliche Verantwortlichkeit Access-Provider 842 ff.; vgl. zum Ganzen Neues Urheberrecht-RIEDO Vorbemerkungen zu den Art. 67–73 N 31 m.w.N.

614 Eine zumindest punktuelle Regelung hat der Gesetzgeber, wie bereits erwähnt, hingegen für negatorische Ansprüche geschaffen (Art. 39*d* URG).

kenntnisse aus den übrigen untersuchten Rechtsordnungen hinzugezogen.

4.3.3. Ein Providerhaftungsrahmen für das schweizerische Zivilrecht

Dass die im schweizerischen Haftpflichtrecht übliche Auslegung von Art. 50 OR zu weit geht, wurde bereits aufgezeigt[615]. Noch deutlicher wird dies jedoch im Zusammenhang mit Internet-Service-Providern, die in der Regel eine neutrale, einem unbestimmten Kundenkreis zugängliche Netzwerkinfrastruktur anbieten. Ohne verlässliche Haftungsgrenzen ist hier die Gefahr einer Haftungsausuferung besonders prononciert. Bei der Austarierung dieser Grenzen ist der ursprüngliche Anwendungsbereich der Mittäterschaft und Teilnahme im Auge zu behalten. Die vorangehende Analyse der Fallgruppen verdeutlicht, dass der historische Gesetzgeber diesbezüglich kleinräumige Situationen vor Augen hatte, die ein Unmittelbarkeitselement beinhalten. Der gemeinschaftliche Wille als zentraler Faktor der Haftungszurechnung umfasst hier jeweils einen überschaubaren, kognitiv für das Individuum greifbaren Sachverhaltskomplex. Zu denken ist etwa an eine tätliche Auseinandersetzung zwischen mehreren Personen, die eine Körperverletzung eines Beteiligten zur Folge hat. Wenngleich nicht jeder der sich Prügelnden der geschädigten Person selber Tritte und Schläge versetzt hat, war doch der Wille jedes Beteiligten auf die Schlägerei als kleinräumige, gedanklich fassbare Situation gerichtet.

Das Erfordernis des Unmittelbarkeitselements ist nun auf die Tätigkeit der Internet-Service-Provider zu übertragen. Ein gemeinschaftlicher Wille und damit eine Haftung kommt überhaupt erst infrage, wenn der Infrastrukturanbieter die Ebene des neutralen Dienstleisters verlässt und kognitiv in ein unmittelbares Näheverhältnis zum Schädiger rückt. In den untersuchten Rechtsordnungen wird dieser Voraussetzung, zumindest im Ergebnis, teilweise Rechnung getragen. So ist länderübergreifend ein Konsens dahingehend auszumachen, dass nicht jede zur Verfügung gestellte Infrastrukturdienstleistung für eine Haftung aus Mittäterschaft und Teilnahme genügt. Es herrscht, wie zuvor aufgezeigt, zu Recht weitestgehend Einigkeit darüber, dass z.B. Access-Provider aus der Haftung ausscheiden. Al-

[615] Vgl. vorne S. 99.

lerdings wird die Grenze in der Regel anhand der objektiven Tatnähe der Teilnahmehandlung gezogen. Dem subjektiven Willenselement hingegen kommt kaum Bedeutung zu. Das Schweizerische Bundesgericht etwa hielt diesbezüglich fest, dass «nicht jede beliebige Teilnahmehandlung [genügt], die lediglich ‹irgendwie› von förderndem Einfluss ist, jedoch nicht in hinreichend engem Zusammenhang mit der Tat selbst steht»[616].

Die Begründung über die fehlende (objektive) Tatnähe der Teilnahmehandlung mag bei Access-Providern ausreichen. Sie stösst jedoch bei den Hosting-Providern bzw. Plattformbetreibern an ihre Grenzen. Deren Haftung wird, bei jeweils unverändertem Tatbeitrag, in gewissen Fällen bejaht, in anderen verneint. Hier ist das bereits thematisierte *kognitive Näheverhältnis* zur Schädigung entscheidend. In Anlehnung an die US-Rechtsprechung ist zu fordern, dass der Hosting-Provider Kenntnis von einer *konkreten* rechtswidrigen Schädigung hat, die unter Zuhilfenahme seiner Plattform erfolgt[617]. Das Wissen, dass auf der Plattform bisweilen abstrakt Rechte verletzt werden, genügt nicht. Hierbei sind insbesondere Hinweise von Rechteinhabern auf spezifische Rechtsgutverletzungen von Bedeutung. Erst wenn der Provider trotz dieses Wissensstandes nichts unternimmt, um die fragliche Verletzung zu unterbinden, kann von einem vorsätzlichen Zusammenwirken mit dem unmittelbaren Schädiger gesprochen werden. Es sei daran erinnert, dass nach der vorliegend vertretenen Auffassung nur dieses Wissen um die Rechtsgutverletzung und damit um die Rechtswidrigkeit der gemeinschaftlichen Handlung eine Haftung aus *Mittäterschaft und Teilnahme* rechtfertigt. Wo hingegen der Provider keine Kenntnis von einer konkreten Schädigung hat, fehlt es am gemeinschaftlichen Willenselement, welches für die Mittäterschaft und Teilnahme zwingend ist. Dies auch dann, wenn die Unkenntnis auf mangelnde Sorgfalt seitens des Providers zurückzuführen ist. Hier ist stattdessen eine eigenständige Fahrlässigkeitshaftung nach den Grundsätzen der *Nebentäterschaft* zu prüfen[618].

Dabei dürfen, wie insbesondere in den USA und in der EU erkannt wird, einem Diensteanbieter, dessen Dienste hauptsächlich zu legalen Zwecken

---

616 BGE 145 III 72, 81 f.

617 Vgl. vorne S. 136 ff.

618 Vgl. auch vorne S. 126.

genutzt werden und der illegale Verwendungen nicht besonders fördert, keine übermässigen Prüf- und Überwachungspflichten auferlegt werden. Insbesondere ist ihm eine systematische Vorprüfung sämtlicher Inhalte vor dem Upload nicht zuzumuten[619]. Es gilt, einen *chilling effect* für gesellschaftlich grundsätzlich erwünschte Internet-Geschäftsmodelle zu verhindern[620]. Im Ergebnis kann zumindest von kleineren Internet-Service-Providern lediglich verlangt werden, dass sie nach einem Hinweis auf eine konkrete Rechtsgutverletzung aktiv werden. Zu weit würde indes für den Bereich der reparatorischen Ansprüche die aus der deutschen Störerhaftung bekannte Anforderung gehen, im Rahmen des technisch Möglichen gleichartige zukünftige Rechtsverletzungen zu unterbinden[621].

Die Frage bleibt, ob Hosting-Providern, deren Geschäftsmodell auf der systematischen Förderung von (Urheber-)Rechtsverletzungen beruht bzw. deren Modell die Gefahr solcher Verletzungen stark erhöht, weitergehende Prüf- und Überwachungspflichten auferlegt werden sollen. Hier kann, zumindest in der Theorie, nicht mehr von einer neutralen Infrastrukturdienstleistung gesprochen werden. Einem entsprechenden Anbieter den Einwand zuzugestehen, ihm sei die konkret infrage stehende Rechtsgutverletzung nicht bekannt gewesen, weil er nicht von der Rechteinhaberin darauf aufmerksam gemacht wurde, erscheint daher stossend. Allerdings zeigt die Praxis aus Deutschland, dass die von den Gerichten vorgenommene Klassifikation als «neutraler» bzw. «gefährlicher» Internet-Service-Provider an keine klaren Kriterien geknüpft ist und bisweilen aleatorisch anmutet. So verneinte der BGH etwa in der bereits erwähnten «RapidShare – Alone in the Dark»-Entscheidung[622] eine besondere Gefah-

---

619 Für die USA: 17 U.S.C. § 512(m). Für Deutschland: BGH GRUR 2007, 890, 894, N 39; Schricker/Loewenheim-LEISTNER § 97 UrhG N 80. Für die Schweiz: ROHN 204.

620 Vgl. Schricker/Loewenheim-LEISTNER § 97 UrhG N 80; Dreier/Schulze-SPECHT-RIEMENSCHNEIDER § 97 UrhG N 30.

621 Vgl. vorne S. 143. Die für das schweizerische Urheberrecht in Art. 39*d* URG festgeschriebene Verpflichtung greift hingegen nur bei Providern, die einen besonders gefahrengeneigten Dienst anbieten (vgl. vorne Fn. 598).

622 Vgl. vorne Fn. 565.

rengeneigtheit des Geschäftsmodells von *RapidShare*[623], einem *Share Hoster*[624]:

> «Das [Berufungsgericht] hat ohne Rechtsfehler angenommen, dass legale Nutzungsmöglichkeiten des Dienstes der [Beklagten], für die ein beträchtliches technisches und wirtschaftliches Bedürfnis besteht, in grosser Zahl vorhanden und üblich sind.»[625]

Dies, obschon, wie etwa REHBINDER aufzeigt, durchaus gute Gründe dafür bestanden hätten, *RapidShare* als auf die massenhafte Verletzung von Urheberrechten ausgerichtet zu qualifizieren[626]. Hingegen bejahte der BGH gesteigerte Prüfpflichten eines Internet-Marktplatz-Betreibers, der online Anzeigen geschaltet hatte, die unter anderem zu markenrechtsverletzenden Angeboten führten[627]. Diese mäandrierende Rechtsprechung ist der Rechtssicherheit abträglich. Zwar haben verstärkte Sorgfaltspflichten für bestimmte Geschäftsmodelle ihre Berechtigung. Diese Modelle sind jedoch, auf die Gefahr hin, dass einige im Graubereich tätige Anbieter nicht darunterfallen, eng zu umschreiben.

Wird der Anwendungsbereich der Mittäterschaft und Teilnahme auf Fälle der bewussten Kooperation beschränkt, ist dem Bundesrat tatsächlich darin zuzustimmen, dass der geltende Rechtsrahmen ausreicht, um die Haf-

---

623 BGH GRUR 2013, 370, 371 f., N 22 ff.

624 Diese Anbieter stellen nichts anderes als Speicherplatz zur Verfügung. Nutzer können bei solchen Diensten nach Erstellung eines Kontos beliebige Inhalte hochladen, die dann automatisch, ohne vorgängige Kontrolle, online gestellt werden. Daraufhin wird dem Nutzer ein Link übermittelt, über den der fragliche Inhalt zugänglich ist. Der *Share Hoster* selbst stellt aber keine Such- oder Indexfunktion zur Verfügung, weshalb ein Dritter den Inhalt ohne weitere Hilfsmittel nicht auffinden kann. Hier kommen wiederum *Linksammlungen* ins Spiel. Dabei handelt es sich um Websites, die ebensolche Suchen nach Dateien ermöglichen bzw. diese Links indexieren (vgl. für eine Darstellung dieses Zusammenspiels Schlussantrag Generalanwalt *YouTube/Uploaded* N 30 f.).

625 BGH GRUR 2013, 370, 371, N 23.

626 So nennt REHBINDER, ZUM 2013, 250 ff. insbesondere die Anonymität des Dienstes, das Generieren eines der Öffentlichkeit zugänglichen Links sowie die Tatsache, dass einerseits der Downloader für den Download der Inhalte bezahlen musste, andererseits der Uploader für hohe Downloadzahlen belohnt wurde.

627 BGH GRUR 2015, 485, 490 f., N 54; vgl. Schricker/Loewenheim-LEISTNER § 97 UrhG N 129.

tung von Internet-Service-Providern zuverlässig abzustecken[628]. Dies setzt jedoch voraus, dass das vorliegend umrissene Haftungskonzept konsequent angewendet wird, mithin mit der Nebentäterschaft operiert wird, wo es am Willen zum Zusammenwirken fehlt. Zusätzliche Klarheit liesse sich dann mit einer spezialgesetzlichen Regelung kaum schaffen, zeigen doch gerade die Beispiele aus der Europäischen Union und den USA, dass die eigentliche Konkretisierung der Sorgfaltspflichten erst über die Rechtsprechung erfolgt und sich damit über die Jahre herausbildet. Entsprechend ist für die schweizerischen Gerichte, die erst am Anfang dieses Verdichtungsprozesses stehen, ein Blick auf die im Ausland gemachten Erfahrungen unerlässlich.

5. Die Haftung von Warenanbietern und Dienstleistungserbringern für rechtswidrige Schädigungen durch ihre Kunden

Die im vorangehenden Abschnitt diskutierte Thematik der Haftung eines Plattformbetreibers wirft ein Licht auf eine der modernen Dienstleistungsgesellschaft inhärente Problematik: Sämtliche einem offenen Kreis von Nachfragern zugänglichen Waren und Dienstleistungen können im Einzelfall für Schädigungen genutzt werden. Häufig sehen sich die entsprechenden Anbieter mit dem Vorwurf konfrontiert, mit dem Verkauf eines gefährlichen Gegenstandes respektive mit der Zurverfügungstellung einer bestimmten Dienstleistung zur Schädigung beigetragen und damit als Gehilfe des unmittelbaren Schädigers agiert zu haben. Zu denken ist etwa an den Verkauf eines als Waffe einsetzbaren Werkzeugs[629] oder an die Kreditgewährung an ein gegen wettbewerbs- oder kapitalmarktrechtliche Normen verstossendes Unternehmen[630]. Illustrativ ist diesbezüglich auch der

628 Vgl. Bericht Bundesrat zivilrechtliche Verantwortlichkeit von Providern 4.

629 MüKo BGB-WAGNER § 830 N 29; vgl. auch *Bernethy v. Walt Failor's, Inc.*, 97 Wn.2d 929, 653 P.2d 280 (1982): Verkauf eines Gewehrs an einen stark alkoholisierten Kunden, der daraufhin mit der Waffe seine Frau erschiesst.

630 MüKo BGB-WAGNER § 830 N 29.

zum Zeitpunkt, in dem die vorliegende Arbeit verfasst wurde, erneut[631] vor dem *United States District Court for the Southern District of New York* hängige Fall *Kashef v. BNP Paribas SA*. Im zu beurteilenden Sachverhalt hatte der schweizerische Ableger der Bank *BNP Paribas SA* für das durch die USA mit Wirtschaftssanktionen belegte sudanesische Regime jahrelang Finanzdienstleistungen erbracht und ihm so den Zugang zum US-amerikanischen Finanzmarkt ermöglicht. Die so erwirtschafteten Erträge stellten, so die Klägerschaft, die Haupteinnahmequelle des Regimes dar und wurden zur Finanzierung von Waffen und zur Unterstützung von Milizen verwendet. Damit trugen sie entscheidend zur Fortsetzung der vom sudanesischen Regime begangenen Menschenrechtsverletzungen bei[632]. Bei *BNP Paribas SA* waren gemäss der Klage die Menschenrechtsverletzungen im Sudan bekannt; sie waren in der medialen Berichterstattung präsent[633]. Bereits im Jahre 2014, vor dem Zivilverfahren also, hatte sich die Bank überdies verschiedener Straftaten im Zusammenhang mit der Umgehung der US-Sanktionen schuldig bekannt[634].

Wie bei der Providerhaftung ist auch hier die Vermeidung von übermässigen Haftungsrisiken mit besonderen Herausforderungen verbunden. Ein entsprechendes Bewusstsein ist insbesondere im deutschen Zivil- und im schweizerischen Strafrecht vorhanden[635]. Es soll demnach nicht jede «berufstypische»[636] oder «sozialadäquate»[637] Handlung die Gefahr einer Haftung respektive der Strafbarkeit nach sich ziehen. Wie die Eingrenzung vorgenommen werden soll, darüber gehen die Meinungen jedoch aus-

---

631 Der *United States Court of Appeals, Second Circuit,* hatte ihn zwischenzeitlich zur Neubeurteilung an den *United States District Court for the Southern District of New York* zurückgewiesen (*Kashef v. BNP Paribas,* 925 F.3d 53, 63 [2nd Cir. 2019]).

632 *Kashef v. BNP Paribas SA*, 316 F.Supp.3d 770, 775 (S.D.N.Y. 2018). Für einen Überblick über die bisherige Prozessgeschichte vgl. WIDMER LÜCHINGER, SZW 2021, 526 ff.; dies., 786 ff.

633 *Kashef v. BNP Paribas SA*, 16-cv-3228 (AJN), 10 (S.D.N.Y. 2021).

634 *Kashef v. BNP Paribas SA*, 316 F.Supp.3d 770, 775 (S.D.N.Y. 2018); vgl. WIDMER LÜCHINGER, SZW 2021, 527.

635 Im schweizerischen Haftpflichtrecht hingegen geht dieser Thematik, soweit ersichtlich, nur WIDMER LÜCHINGER, SZW 2021, 534 f., ansatzweise nach.

636 MüKo BGB-WAGNER § 830 N 29.

637 BSK StGB I-FORSTER Art. 25 N 30.

einander. Im schweizerischen Strafrecht scheint zuweilen darauf abgestellt zu werden, ob es sich bei der fraglichen Hilfestellung zur Schädigung um eine «Alltagshandlung» handelte:

> «Doch dürfte schon unter rechtsstaatlichen Gesichtspunkten kaum vertretbar sein, Alltagshandlungen, die mit dem Recht äusserlich völlig im Einklang sind, nur deshalb zu kriminalisieren, weil der Handelnde im Einzelfall mehr oder minder zufällig weiss oder damit rechnet, dass ein anderer sie zu deliktischen Zwecken missbrauchen könnte.»[638]

Zu Recht weist jedoch FORSTER darauf hin, dass eine Mehrzahl der Beihilfehandlungen mehr oder weniger «alltäglich» und durch eine solche Abgrenzung mithin nicht viel gewonnen ist[639].

Einer genaueren Untersuchung bedarf hingegen die Prämisse, das bloss zufällige Wissen des Gehilfen um die schädigende Haupttat vermöge keine Haftung desselben zu begründen. Diese Ansicht findet sich auch im deutschen Zivilrecht, wo etwa FRAENKEL deshalb eine «Unrechtsvereinbarung» zwischen Haupttäter und Gehilfen fordert[640]. Abgelehnt wird dieses Erfordernis im schweizerischen Strafrecht hingegen von DONATSCH/TAG, die einwenden, Art. 25 StGB stelle die vorsätzliche Hilfeleistung zu Verbrechen und Vergehen unabhängig von der Einstellung des Gehilfen zur Haupttat unter Strafe[641].

Im Grunde dreht sich diese Diskussion um nichts anderes als das Vorsatzerfordernis, welches nach hier vertretener Auffassung zumindest auf das gemeinschaftliche Zusammenwirken gerichtet sein und das Bewusstsein der Rechtswidrigkeit umfassen muss. Der Vorsatz setzt sich dabei zusammen aus dem Wissens- und dem Willenselement. Wo der potenzielle Gehilfe nur durch Zufall von der Schädigung erfährt, soll eben dieses Willenselement infrage stehen. *Wie* die fragliche Person von der geplanten deliktischen Tat erfahren hat, spielt bei genauerer Betrachtung jedoch keine Rolle. Wie im Rahmen der Providerhaftung aufgezeigt wurde[642], ist stattdessen zum einen entscheidend, dass sich das Wissen auf eine *konkrete*

---

638 STRATENWERTH § 13 N 120; vgl. RIKLIN § 18 N 34.

639 BSK StGB I-FORSTER Art. 25 N 31.

640 FRAENKEL 283; vgl. MüKo BGB-WAGNER § 830 N 29.

641 DONATSCH/TAG 167; ebenso BSK StGB I-FORSTER Art. 25 N 31.

642 Vgl. vorne S. 152 ff.

Schädigung bezieht[643]. Dieses Erfordernis steht im Zusammenhang mit dem an jener Stelle diskutierten Unmittelbarkeitselement. Dieses trägt der ursprünglichen gesetzgeberischen Konzeption Rechnung und wirkt einer ausufernden Haftung entgegen. Zum anderen muss das Wissen um die Schädigung von einer derartigen Intensität sein, dass daraus zuverlässige Schlüsse auf das Wollen möglich sind. Diesbezüglich ist STRATENWERTH zuzustimmen, der eine Verantwortlichkeit nur dort bejaht [Hervorhebung im Original], «wo eine im Allgemeinen unverfängliche Handlung unter den gegebenen Umständen *allein* den Sinn haben kann, zur Begehung eines Delikts beizutragen, und der Gehilfe sich dessen bewusst ist»[644].

Demjenigen, der im vollen Bewusstsein des sicheren deliktischen Verwendungszwecks einen Gegenstand verkauft bzw. eine Dienstleistung zur Verfügung stellt, kann nicht der Einwand zugestanden werden, er habe diese Hilfestellung zum Delikt nicht auch gewollt. Die Aushändigung eines gefährlichen Gegenstandes ist in jenem Fall eben auch eine Entscheidung für die entsprechende deliktische Verwendung dieses Objekts durch den unmittelbaren Täter. Zu berücksichtigen ist dabei jedoch stets, ob es dem Verkäufer oder Dienstleister zumutbar gewesen wäre, die fragliche Leistung zu verweigern. Wo dies verneint werden muss, etwa weil dem Anbieter sonst eine Gefahr für Leib und Leben drohen würde, kann ihm auch kein Vorwurf gemacht werden. Keinesfalls aus Mittäterschaft und Teilnahme, sondern gegebenenfalls aus Nebentäterschaft haftet hingegen, wer zwar nicht von der deliktischen Verwendung der zur Verfügung gestellten Hilfestellung weiss, bei der gebotenen Sorgfalt aber davon hätte wissen müssen[645].

Die obengenannten Voraussetzungen sind etwa im Fall *Kashef v. BNP Paribas SA* nicht erfüllt[646]. Insbesondere reicht das generelle Wissen, dass

---

643 Vgl. auch WIDMER LÜCHINGER, SZW 2021, 532.

644 STRATENWERTH § 13 N 120.

645 Vgl. dazu auch vorne S. 126 und S. 153.

646 Anders aber *Kashef v. BNP Paribas SA*, 16-cv-3228 (AJN), 10 (S.D.N.Y. Feb. 16, 2021). Der *United States District Court, Southern District of New York*, der aufgrund des Kollisionsrechts des Bundesstaats New York Schweizer Recht anwendete (vgl. *Kashef v. BNP Paribas SA*, 442 F.Supp.3d 809, 813 [S.D.N.Y. 2020]), wies eine *Motion to Dismiss* der Beklagten ab. Mit anderen Worten gelangte das Gericht zu der Auffassung, die klägerische Darstellung des schweizerischen

die fragliche Finanzdienstleistung zu Rechtsgutverletzungen beiträgt, nicht für eine Haftung aus Mittäterschaft und Teilnahme aus. Anders zu entscheiden, würde dem Gedanken des historischen Gesetzgebers zuwiderlaufen und den Erbringer einer neutralen, tausendfach in derselben Form angebotenen Dienstleistung einem unkalkulierbaren Haftungsrisiko aussetzen. Erst das Wissen um eine konkrete, durch die Hilfestellung geförderte Schädigung schafft eine unmittelbare kognitive Verbindung zwischen Gehilfen und unmittelbarem Schädiger, die eine Haftung des Ersteren aus Mittäterschaft und Teilnahme rechtfertigt. Hätte der Dienstleister unter jenen Umständen die Möglichkeit, seinen Tatbeitrag zu unterbinden, trifft er aber die Entscheidung, es nicht zu tun, muss bei ihm auch der Wille zum Zusammenwirken mit dem unmittelbaren Schädiger bejaht werden.

Sollte eine darüber hinausgehende Haftung politisch erwünscht sein, müsste dazu auf die Nebentäterschaft zurückgegriffen werden. Regulatorische Stellschraube wären dann die Sorgfaltspflichten des Waren- bzw. Dienstleistungsanbieters, die auf dem gewünschten Niveau festgesetzt werden könnten.

6. Schäden bei grossen Menschenansammlungen

6.1. Einleitung

Die Haftung für anlässlich von Demonstrationen und ähnlichen Veranstaltungen verursachte Personenschäden, Sachschäden und reine Vermögensschäden[647] war insbesondere in Deutschland und Österreich bereits Gegenstand vieler Gerichtsurteile[648]. Als eine der wenigen hier untersuchten

---

Rechts erlaube den Schluss, dass die beklagte Bank für die Menschenrechtsverletzung haftbar sei. Das Gericht liess es ausreichen, dass die Bank «was well aware (or at least should have been aware) of the horrific events [human rights violations] in Sudan, and […] it knew that the country had been sanctioned by the U.S. at least in part for that reason».

647 Zu denken ist etwa an finanzielle Einbussen aufgrund von (Baustellen-)Blockaden (vgl. einen entsprechenden Fall in BGHZ 137, 89).

648 Für Deutschland: BGHZ 137, 89; 89, 383; 63, 124; BGH NJW 1972, 1571; OLG Dresden BeckRS 2011, 16675; OLG Celle NJW-RR 1999, 102; OLG Hamm NJW 1985, 203; OLG Karlsruhe NJW 1974, 1824; LG Itzehoe NJW 1987, 1269.

Fallgruppen wurde sie auch in der Literatur bereits vergleichsweise häufig diskutiert[649]. Der Grund dafür liegt vermutlich in den haftpflichtrechtlichen Besonderheiten, die (Massen-)Kundgebungen inhärent sind. So erfolgen viele Rechtsgutverletzungen aus einer Position der Anonymität heraus, sodass die unmittelbare Täterschaft regelmässig nicht zu bestimmen ist[650]. Selbst wo zumindest ein Teil der Schäden einem unmittelbaren Täter zugeordnet werden kann, stellt sich die Frage nach der Haftung der übrigen Demonstrationsteilnehmer[651]. Die schiere Masse der Teilnehmer führt nämlich zu einer Situation, in welcher der Kausalbeitrag des Einzelnen verschwindend klein und kaum quantifizierbar ist (Problematik der *minimalen Kausalität*)[652]. Besonders problematisch ist dies bei Teilnehmern, deren einziger «Beitrag» in einem passiven Verweilen am Ort des Geschehens besteht[653]. Hinzu kommt häufig eine grundrechtliche Dimension: Öffentliche Meinungskundgebungen beschlagen das Recht auf Meinungs- und Versammlungsfreiheit und stehen daher unter verfassungsrechtlichem Schutz[654]. Diese Spezifika, gepaart mit den häufig enormen

---

Für Österreich: OGH CaS 2018, 389; OGH 28. April 1999, 7 Ob 49/98a; OGH SZ 72/55; OGH 24. Juni 1997, 1 Ob 152/97b; OGH SZ 67/92. In der Schweiz hat sich das Bundesgericht, soweit ersichtlich, bisher mit einem entsprechenden Fall beschäftigt (BGE 48 II 145).

649 Vgl. für die Schweiz NEUENSCHWANDER *passim*; OFTINGER, SJZ 1968, 228; BK-BREHM OR 50 N 35a ff.; ferner KÜTTEL, HAVE 2008, 327 f. Für Deutschland: Staudinger-EBERL-BORGES § 830 BGB N 52 ff.; KREUTZIGER 274 ff.; BALLERSTEDT, JZ 1973, 105 ff.; DIEDRICHSEN/MARBURGER, NJW 1970, 777 ff. Für Österreich: ZEIRINGER *passim*; POSCH *passim*.

650 NEUENSCHWANDER 75; ferner POSCH 60.

651 NEUENSCHWANDER 75 f.

652 Ausführlich zum Sonderproblem der minimalen Kausalität BYDLINSKI, *Probleme*, 108 ff.; mit einer Übersicht über die Lehrmeinungen KREUTZIGER 76 ff.; vgl. ROBERTO, *Haftpflichtrecht*, N 06.15. Auch WECKERLE 92 f. behandelt die minimale Kausalität. Er sieht aber Streiks (zu denen Demonstrationen eine hinreichende Ähnlichkeit aufweisen) gerade nicht als Anwendungsfall dieses Kausalitätsproblems an, da dort «ein subjektives Zusammenwirken und damit qua gegenseitiger Zurechnung der Tatbeiträge eine Grundlage für die volle Verantwortlichkeit gegeben» sei.

653 Vgl. NEUENSCHWANDER 76 f.; Staudinger-EBERL-BORGES § 830 BGB N 55.

654 Für die Schweiz: HÄFELIN/HALLER/KELLER/THURNHERR N 468 ff.; MÜLLER/SCHEFER 579. Für Deutschland: NomosKomm-KATZENMEIER § 830 BGB N 13;

Schadenssummen, die solche Ereignisse nach sich ziehen, machen diese Fallgruppe zu einem praktisch relevanten Forschungsbereich.

Bevor eine weitergehende Analyse der Mittäterschaft und Teilnahme im Rahmen grosser Menschenansammlungen möglich ist, muss diese Fallgruppe definiert werden. Zu denken ist primär an Demonstrationen. Doch bereits hier ist eine trennscharfe Eingrenzung kaum möglich. Die (seltenen) Definitionsversuche in der Literatur deuten zumindest auf gewisse Schwierigkeiten hin[655]. Kennzeichnendes Merkmal scheint lediglich zu sein, dass es sich um Personengruppen handelt, die zum Zwecke einer kollektiven Meinungskundgebung zusammengekommen sind[656]. Solche Meinungsäusserungen können verschiedene Formen annehmen. Klassische Aufmärsche[657] fallen ebenso darunter wie Mahnwachen, Sitzstreiks[658], Blockaden von Strassen oder Arealen[659] und Besetzungen von Fahrnis-[660] und Grundeigentum[661]. Allerdings ist die Meinungsäusserung nicht zwingendes Merkmal für die vorliegende Fallgruppe. Krawalle ohne jegliche dahinterstehende Botschaft[662] sind genauso umfasst wie Massenschlägereien zwischen verfeindeten Hooligans im Rahmen von Sportveranstaltungen[663]. Entscheidend ist, dass es sich um Ansammlungen einer mehr oder weniger *grossen* Anzahl Menschen handelt[664], denn erst ab einer gewissen

---

DIEDRICHSEN/MARBURGER, NJW 1970, 782 f.; vgl. KREUTZIGER 274 f. Für Österreich: ZEIRINGER 54.

655 Vgl. POSCH 61 ff.; NEUENSCHWANDER 5 ff.; ferner ZEIRINGER 4, der auf eine Definition des Demonstrationsbegriffs zugunsten einer typologischen Darstellung gänzlich verzichtet.

656 Vgl. ZEIRINGER 4.

657 BGE 48 II 145; BGHZ 89, 383; OLG Hamm NJW 1985, 203; in eine ähnliche Kategorie fallend OLG Karlsruhe NJW 1974, 1824.

658 Vgl. BGH NJW 1969, 1770, allerdings aus strafrechtlicher Sicht.

659 BGHZ 59, 30; BGH NJW 1972, 1571; OGH, 28. April 1999, 7 Ob 49/98a; OGH SZ 72/55; OGH, 24. Juni 1997, 1 Ob 152/97b; OLG Dresden BeckRS 2011, 16675; vgl. ZEIRINGER 6 ff.

660 BGHZ 137, 89; OLG Celle NJW-RR 1999, 102; OGH SZ 67/92.

661 BGHZ 63, 124; LG Itzehoe NJW 1987, 1269; umfassend zu möglichen Erscheinungsformen von Demonstrationen ZEIRINGER 5 f.

662 Vgl. z.B. die Strassenkrawalle in Stuttgart vom 20. Juni 2020 (STEHLE).

663 Vgl. z.B. OGH CaS 2018, 389.

664 ZEIRINGER 4.

Gruppengrösse kommt die Gruppendynamik, gepaart mit dem Gefühl der Stärke respektive der Straflosigkeit aufgrund der Anonymität, zum Tragen[665]. Der Begriff soll in einem möglichst weiten Sinne verstanden werden und sämtliche Schäden umfassen, die aus einer Masse von Menschen heraus verübt werden. Die folgenden Ausführungen legen den Fokus gleichwohl auf öffentliche Meinungskundgebungen, da diese den Hauptteil der Rechtsprechung ausmachen.

Die einleitend skizzierten Problembereiche von Grossveranstaltungen bilden ein dichtes Geflecht an zu berücksichtigenden Faktoren. Sie alle sind einzubeziehen, wenn Schäden haftpflichtrechtlich einzelnen Akteuren zugeordnet werden. Dies macht die rechtliche Einschätzung für jene Fallgruppe äusserst komplex. Verallgemeinerungsfähige Aussagen sind folglich nur beschränkt möglich. Der vorliegend gewählte Ansatz hat denn auch keine solchen zum Ziel. Stattdessen werden aus den einzelnen Rechtsordnungen Faktoren isoliert, die in der Tendenz regelmässig für oder wider eine solidarische Haftung aus Mittäterschaft und Teilnahme sprechen bzw. die gerichtliche Entscheidungsfindung beeinflussen. Ob gehaftet wird oder nicht, bestimmt sich demzufolge in einer Gesamtschau der nachfolgend identifizierten Einflussfaktoren. Dabei liegt der Schwerpunkt auf der deutschen und, in geringerem Umfang, der österreichischen Rechtsprechung, da dort die umfassendsten Überlegungen zu dieser Fallgruppe zu finden sind. Ebenso werden punktuell Lösungen aus dem schweizerischen Strafrecht hinzugezogen. Im schweizerischen Haftpflichtrecht hingegen wurde die Diskussion um Schäden anlässlich von Massenveranstaltungen bisher kaum geführt[666]. Nur von geringem Nutzen ist für einmal das US-amerikanische Haftpflichtrecht. Auf Ersatz für Schäden anlässlich von Demonstrationen und Krawallen werden in den USA hauptsächlich Versicherer sowie Behörden belangt[667]. Letztere mit der Begründung, die Behörde oder Verwaltung hätte die Pflicht, vor

---

665 Vgl. BALLERSTEDT, JZ 1973, 107.

666 Ausnahmen bilden BGE 48 II 145 sowie in der Literatur NEUENSCHWANDER *passim*; OFTINGER, SJZ 1968, 228.

667 Vgl. Compensation for Victims of Urban Riots, Columbia Law Review 1968, 59 ff.; SIEGEL, Chicago Bar Record 1966, 18 ff.; SPIEGEL GLASSBERG, Journal of Urban and Contemporary Law 1971, 194.

entsprechenden Schädigungen zu schützen[668]. Soweit ersichtlich, sind Schadenersatzklagen gegen individuelle Demonstranten dagegen kaum üblich.

6.2. Faktoren, die für oder wider eine Mittäterschaft und Teilnahme an Schäden bei Massenveranstaltungen sprechen

6.2.1. Charakter der Massenveranstaltung: grundsätzlich friedlich oder von vornherein als unfriedlich konzipiert?

Sowohl in Deutschland als auch in Österreich wird die Haftung von Demonstrationsteilnehmern in aller Regel über die Mittäterschaft und Teilnahme erfasst[669]. In der Schweiz ordnet auch NEUENSCHWANDER das Thema unter Art. 50 OR ein[670]. Es sei an dieser Stelle daran erinnert, dass nach deutschem und österreichischem Recht sowie wünschenswerterweise in der Schweiz für die Mittäterschaft und Teilnahme ein Vorsatz, also ein Wissen und ein Wollen, hinsichtlich der gemeinsamen Handlung notwendig ist[671]. In Deutschland muss er ein doppelter sein, überdies also die Rechtsgutverletzung umfassen[672]. Damit stellt sich, wie bereits in den vorangehenden Kapiteln, die Frage nach dem Bezugspunkt dieses gemeinschaftlichen Vorsatzes. Mit anderen Worten ist zu fragen, worauf im Rahmen einer Massenveranstaltung der Wille der einzelnen Beteiligten gerichtet sein muss, um eine Haftung aus Mittäterschaft und Teilnahme zu begründen. Insbesondere in der deutschen, aber auch in der österreichischen Rechtsprechung und Lehre ist diesbezüglich die Differenzierung zwischen *grundsätzlich friedlichen* und *bereits im Ansatz auf Gewalt ausgeleg-*

668 Vgl. SIEGEL, Chicago Bar Record 1966, 18.

669 Für Deutschland: BGHZ 89, 383, 389; 63, 124, 126; 59, 30; OLG Für Österreich: OGH CaS 2018, 389; OGH SZ 72/55, 351 ff.

670 NEUENSCHWANDER 76 ff.

671 Vgl. vorne S. 52 f. und S. 99.

672 Vgl. vorne S. 49.

ten Massenveranstaltungen üblich[673]. In der Schweiz findet sich diese Zweiteilung zumindest in Ansätzen bei NEUENSCHWANDER[674].

Betrachten wir zunächst grundsätzlich friedliche Massenveranstaltungen. Wann hier von einem für die Mittäterschaft und Teilnahme relevanten gemeinschaftlichen Vorsatz gesprochen werden kann, wird auch von grundrechtlichen Überlegungen bestimmt: Die Teilnahme an einer friedlichen öffentlichen Meinungskundgebung ist, wie bereits erwähnt[675], als Ausprägung des Rechts auf Meinungs- und Versammlungsfreiheit grundsätzlich geschützt. Die Grenzen der Haftung dürfen folglich nicht derart weit gezogen werden, dass sie Personen faktisch von der Ausübung ihres von der Verfassung garantierten Rechts abhalten, indem sie sie der übermässigen Gefahr einer Haftung aussetzen[676]. Entsprechende Überlegungen finden sich ausdrücklich insbesondere in der deutschen Rechtsprechung. So ist in einem BGH-Urteil zu lesen:

> «Der Senat verkennt nicht, dass das Risiko, für Tätlichkeiten und ihre Schadensfolgen, die aus einer Demonstration hervorgehen, nach § 830 BGB zur Verantwortung gezogen zu werden, von der Teilnahme an einer Demonstration abhalten kann, zumal in aller Regel nur geringe Aussicht besteht, bei den übrigen Teilnehmern wegen des zu leistenden Schadensersatzes Rückgriff nehmen zu können.» [677]

Folgerichtig formuliert der BGH die Voraussetzungen der Haftung für Demonstrationsschäden [Hervorhebungen im Original]:

> «Doch ist der Gefahr, dass [durch eine Haftung für Demonstrationsschäden] das Grundrecht zur Teilnahme an einer (friedlichen) Demonstration beeinträchtigt werden könnte, von vornherein dadurch begegnet, dass die Haftungsregeln […] nicht schon an die blosse *Teilnahme* an der Demonstration anknüpfen, sondern nur eingreifen, wenn festgestellt werden

---

673 Für Deutschland: vgl. etwa BGHZ 63, 124, 131. Für Österreich: ZEIRINGER 8; POSCH 61 unterscheidet zwischen *schädigungsneutralen* und *nicht schädigungsneutralen* Veranstaltungen. Auf das Ergebnis hat diese abweichende Namensgebung jedoch keinen Einfluss.

674 NEUENSCHWANDER 91 ff.

675 Vgl. vorne S. 161 f.

676 Für die Schweiz: NEUENSCHWANDER 91 f. Für Deutschland: vgl. BALLERSTEDT, JZ 1973, 109; KREUTZIGER 274 f. Für Österreich: ZEIRINGER 97, 217 f.

677 BGHZ 63, 124, 127.

> kann, dass der Wille zur Teilnahme auch die aus ihr hervorgegangenen *Tätlichkeiten* umfasst.»[678]

Illustrativ ist in dieser Hinsicht die als «Grohnde»-Urteil bekanntgewordene Entscheidung des BGH[679]. Darin hatte das Gericht die Haftung für Schäden zu beurteilen, die anlässlich einer Grossdemonstration an der Baustelle eines Kernkraftwerks verursacht wurden. Der BGH hielt fest, dass nicht sämtliche im Zuge einer «nicht insgesamt unfriedlich geplanten Demonstration»[680] begangenen Körperverletzungen und Sachbeschädigungen als einheitliche Tat betrachtet werden könnten[681]. Vielmehr liesse sich

> «der jeweilige Wille eines Teilnehmers an der Grossdemonstration zur Begehung oder Förderung von Gewalttaten in der Regel nur auf einen bestimmten Tatkomplex beziehen»[682].

Als Grenze des vom Willen umfassten Geschehens sei das

> «für den Demonstranten räumlich und zeitlich überschaubare Aktionsfeld» und «die dort von ihm oder der Gruppe, mit der er sich solidarisiert hat, ausgeführten Handlungen»[683] festzulegen.

Dieser Ansicht ist zuzustimmen. Jede grundsätzlich friedliche öffentliche Meinungskundgebung birgt das Risiko in sich, dass einige Gruppen diesen Anlass für ihre gewalttätigen Zwecke missbrauchen könnten[684]. Diesen Schädigungsvorsatz sämtlichen Teilnehmerinnen und Teilnehmern zu unterstellen, geht jedoch nicht an. Anders zu entscheiden, würde eine Untergrabung der Grundrechte auf freie Meinungsäusserung und Versammlungsfreiheit bedeuten. Es ist daher zwischen dem haftpflichtrechtlich irrelevanten Vorsatz auf Teilnahme an der Kundgebung und dem auf eine gemeinsame Handlung, die einen engeren Konnex zur unmittelbaren Rechtsgutverletzung aufweist, bezogenen Vorsatz zu differenzieren. Zum

---

678 BGHZ 63, 124, 127 f.; vgl. auch BGHZ 89, 383, 395; 59, 30, 42; zustimmend BALLERSTEDT, JZ 1973, 109; DIEDRICHSEN/MARBURGER, NJW 1970, 783.

679 BGHZ 89, 383.

680 BGHZ 89, 383, 393.

681 BGHZ 89, 383, 389 ff.

682 BGHZ 89, 383, 392.

683 BGHZ 89, 383, 392.

684 Vgl. NEUENSCHWANDER 86.

selben Ergebnis führt das bereits mehrmals thematisierte Unmittelbarkeitselement[685], welches der Konzeption des historischen Gesetzgebers Rechnung trägt, der die Mittäterschaft und Teilnahme auf kleinräumige, überschaubare Situationen ausgerichtet hatte.

Dieselben Überlegungen müssen auch für das österreichische Recht gelten, wo zumindest die rechtswidrige gemeinsame Handlung vom Vorsatz erfasst sein muss[686]. Zwar hat sich die höchstrichterliche österreichische Rechtsprechung, soweit ersichtlich, bis anhin nicht mit Schäden auseinandersetzen müssen, die anlässlich von grundsätzlich als friedlich einzustufenden Meinungskundgebungen entstanden sind. Die bisher ergangenen Urteile betrafen allesamt Kundgebungen, die das höchste Gericht gesamthaft als unfriedlich respektive rechtswidrig kategorisiert hat[687]. Dennoch liegt, auch wegen des in Österreich häufigen Rückgriffs auf Erkenntnisse aus der deutschen Rechtsprechung, die Vermutung nahe, dass die Ausführungen des BGH ebenso auf die österreichische Rechtsprechung übertragen werden können. Die vorsätzliche Teilnahme an einer friedlichen Meinungskundgebung reicht folglich auch dort nicht für eine Haftung aus Mittäterschaft und Teilnahme aus[688].

Anders, zumindest bei Veranstaltungen von überschaubarer Grösse, ist die blosse Teilnahme jedoch einzustufen, wenn die Meinungskundgebung bereits im Ansatz auf Gewalt ausgelegt oder aus anderen Gründen rechtswidrig war (so etwa, wenn sie ungerechtfertigt in Eigentumsrechte Dritter

685 Vgl. etwa vorne S. 152.

686 Vgl. vorne S. 52 f.

687 OGH, 28. April 1999, 7 Ob 49/98a; OGH SZ 72/55; SZ 67/92, 534; so wohl auch OGH CaS 2018, 389; OGH, 24. Juni 1997, 1 Ob 152/97b; vgl. aber Schwimann/Kodek-HARRER/WAGNER § 1302 N 59 ff., die eine zu weitreichende Haftung als Konsequenz dieser Rechtsprechung kritisieren.

688 So immerhin ZEIRINGER 218; vgl. auch Schwimann/Kodek-HARRER/WAGNER § 1302 ABGB N 58, die allerdings nicht zwischen friedlichen und unfriedlichen Demonstrationen unterscheiden.

eingreift[689])[690]. Wer im Wissen um den unfriedlichen Charakter der Veranstaltung willentlich daran teilnimmt, hat damit grundsätzlich bereits einen auf eine rechtswidrige gemeinsame Handlung gerichteten Vorsatz[691]. Davon ging auch der BGH aus, als er die Gehilfenschaft zu einer Hausbesetzung haftungsrechtlich zu beurteilen hatte:

> «[Das Berufungsgericht] hat nicht verkannt, dass [den Beklagten] ihr Verhalten mangels des hierzu erforderlichen Vorsatzes nicht als Beihilfe anzulasten wäre, wenn sie etwa nur aus Neugier Verbindung mit den Demonstranten gesucht haben würden, von dem Polizeieinsatz überrascht worden und nur deshalb in dem besetzten Haus geblieben wären, weil sie sich nicht mehr rechtzeitig hätten entfernen können. Doch hat das Berufungsgericht derartige Umstände […] verneint. Nach seinen Feststellungen haben die Beklagten die Ausrichtung der Aktion auf eine tätliche Auseinandersetzung mit der Polizei von vornherein gekannt und in Kenntnis dieser Ziele freiwillig ihre Verbundenheit mit den Hausbesetzern durch ihre Eingliederung in die unfriedliche Menge bekundet.»[692]

Wann angenommen werden kann, dass dem einzelnen Teilnehmer der gewalttätige Charakter der Kundgebung bekannt war, hängt dabei unter anderem von der Grösse der Veranstaltung sowie von der Rolle, welche die

---

689 Zu denken ist insbesondere an Blockadeaktionen, über die sowohl deutsche als auch österreichische Gerichte bereits zu entscheiden hatten (für Deutschland: OLG Dresden BeckRS 2011, 16675. Für Österreich: OGH, 28. April 1999, 7 Ob 49/98a; OGH SZ 72/55; OGH, 24. Juni 1997, 1 Ob 152/97). KREUTZIGER 275 f. hingegen subsumiert auch Blockaden und Sitzdemonstrationen unter «Gewalt». Ob nun eine entsprechende Kundgebung als gewalttätig oder aus anderen Gründen als rechtswidrig eingestuft wird, ändert nichts am Ergebnis.

690 Wo die Grenze zwischen rechtmässigen und gesamthaft rechtswidrigen Demonstrationen verläuft, wird in der deutschen und der österreichischen Literatur kontrovers diskutiert. So wurde in der dortigen Literatur teilweise versucht, Gewaltanwendung im Rahmen von Demonstrationen unter gewissen Umständen zu rechtfertigen (DEUTSCH, *Haftungsrecht*, N 511; vgl. KREUTZIGER 276 m.w.N.). Allerdings sind die dabei entscheidenden Argumente grundrechtlicher Natur. Sie zu erörtern, würde über den Rahmen dieser Abhandlung hinausgehen. Es sei dazu daher auf weiterführende Literatur verwiesen: für Deutschland: BALLERSTEDT, JZ 1973, 105 ff.; DIEDRICHSEN/MARBURGER, NJW 1970, 780 ff.; KREUTZIGER 275 ff.; Staudinger-EBERL-BORGES § 830 BGB N 52. Für Österreich: ZEIRINGER 56 ff.

691 Vgl. DEUTSCH, *Haftungsrecht*, N 511.

692 BGHZ 63, 124, 130 f.

fragliche Person an der Veranstaltung eingenommen hat, ab. So stellen Menschenansammlungen von einer gewissen Grösse ein Konglomerat verschiedener Teilnehmergruppen dar, die mitunter unterschiedliche Ziele verfolgen. Der Schluss von der Teilnahme an der Veranstaltung an sich auf einen Vorsatz bezüglich einer rechtswidrigen gemeinsamen Handlung ist daher nur bei überschaubaren Grössenverhältnissen möglich. Auf dieses Kriterium wird in einem der folgenden Abschnitte vertieft eingegangen[693].

Eine Veranstaltung darf dabei nicht leichthin als gewalttätig qualifiziert werden. Das Risiko ist sonst gross, dem individuellen Teilnehmer eine innere Tatsache zu unterstellen und so indirekt erneut in sein verfassungsmässiges Recht auf öffentliche Meinungsäusserung einzugreifen. Es ist BALLERSTEDT darin zuzustimmen, dass nicht bereits die Schaffung einer gereizten Atmosphäre ausreicht, um der gesamten Kundgebung einen gewalttätigen Charakter zu attestieren, solange nicht ausdrücklich zu Gewalttaten aufgefordert wird[694].

Die Unterscheidung zwischen friedlichen und gewalttätigen öffentlichen Veranstaltungen wird auch im schweizerischen Strafrecht getroffen. Dies aus der Überlegung heraus, dass Menschenansammlungen mit unfriedlicher Grundstimmung das Sicherheitsgefühl der Bürgerinnen und Bürger beeinträchtigen[695]. Der Straftatbestand des *Landfriedensbruchs* stellt die Teilnahme an einer «öffentliche[n] Zusammenrottung» unter Strafe, bei der, im Sinne einer objektiven Strafbarkeitsbedingung, «mit vereinten Kräften gegen Menschen oder Sachen Gewalttätigkeiten begangen werden» (Art. 260 StGB) [696]. Als «Zusammenrottung» gilt dabei «eine Ansammlung von einer je nach den Umständen mehr oder weniger grossen Zahl von Personen […], die nach aussen als vereinte Macht erscheint und die […] von einer für die bestehende Friedensordnung bedrohlichen Grundstimmung getragen wird»[697]. An einer Zusammenrottung nimmt

693 Vgl. hinten S. 172 ff.

694 BALLERSTEDT, JZ 1973, 108.

695 BSK StGB I-FIOLKA Art. 260 N 7; PIETH 238.

696 PraKomm-TRECHSEL/VEST StGB 260 N 4; HaKo StGB-WOHLERS Art. 260 N 5.

697 BGE 108 IV 33, 34; vgl. PraKomm-TRECHSEL/VEST StGB 260 N 2; StGB Annotierter Kommentar-UHRMEISTER Art. 260 N 2.

teil, «wer kraft seines Gebahrens derart im Zusammenhang mit der Menge steht, dass er für den unbeteiligten Beobachter als deren Bestandteil erscheint»[698].

Damit geht die Strafbarkeit nach Art. 260 StGB sogar weiter als die zivilrechtliche Haftung. Für diese verlangt etwa der BGH, wie in einem späteren Abschnitt aufgezeigt wird[699], über eine Teilnahme an der gewalttätigen Veranstaltung hinaus eine irgendwie geartete Unterstützung der unmittelbaren Verletzungshandlung.

Kaum thematisiert werden Demonstrationsschäden hingegen in der schweizerischen Rechtsprechung und Lehre zum Haftpflichtrecht. Die schweizerische Rechtslage ist denn auch nicht eindeutig. Das Bundesgericht hat sich bisher in lediglich einem Urteil mit Schäden anlässlich von Massenkundgebungen auseinandersetzen müssen[700]. In jenem Fall ging es um eine von einem Gewerkschaftsbund initiierte Demonstration. Die Vorstandsmitglieder des Gewerkschaftsbundes wiesen in ihren Reden wiederholt darauf hin, «dass zur Tat geschritten werden müsse, dass es ohne Blutvergiessen nicht mehr abgehe»[701]. Daraufhin gaben sie bekannt, ein Gewerkschaftsmitglied werde von der Polizei grundlos im Bezirksgebäude festgehalten. Sie forderten deshalb die Teilnehmenden zu einem «‹Spaziergang› nach dem Bezirksgebäude»[702] auf, worauf dieses von den Demonstrierenden gestürmt wurde. Das Bundesgericht bejahte die Haftung der Vorstandsmitglieder für am Gebäude entstandene Schäden. Im Ergebnis ist dieses Urteil zu begrüssen. Die Beklagten hatten vorsätzlich zu Gewalttätigkeiten aufgerufen und damit die Voraussetzungen von Konstellation (1) erfüllt. Allerdings stützte das Bundesgericht die Haftung gänzlich auf Art. 41 OR und erwähnte Art. 50 OR nicht[703]. Jene Bestimmung wäre jedoch notwendig gewesen, handelte es sich bei den Tatbeiträgen der Beklagten doch um Anstiftungshandlungen. Auch setzte sich das

698 BGE 108 IV 33, 36; ebenso BGE 124 IV 269, 271.

699 Vgl. hinten S. 176 ff.

700 BGE 48 II 145.

701 BGE 48 II 145, 147.

702 BGE 48 II 145, 147.

703 BGE 48 II 145, 150 ff.

Gericht nicht mit der Grundrechtsrelevanz von öffentlichen Meinungskundgebungen auseinander.

Über diese relativ deutliche Sachlage hinaus bestehen jedoch Unklarheiten. Es sei daran erinnert, dass nach dem vorherrschenden Verständnis in der Schweiz ein fahrlässiges Zusammenwirken sowohl bei einer vorsätzlichen als auch bei einer fahrlässigen Schädigung zur Mittäterschaft und Teilnahme gereicht[704]. Nun kann durchaus argumentiert werden, dass mit Gewalttätigkeiten rechnen muss, wer an einer öffentlichen Meinungskundgebung teilnimmt. Schliesslich ist bekannt, dass es am Rande von Demonstrationen immer wieder zu Ausschreitungen kommt[705]. Auch hätte dem individuellen Teilnehmer bewusst sein können, dass er mit seiner Anwesenheit zum Gefühl der Anonymität beiträgt, was einzelne Personen zur Gewaltanwendung gegen Sachen oder Personen ermutigen könnte. Damit liegt ein Anwendungsfall von Konstellation (3) vor, also dem fahrlässigen Zusammenwirken bei vorsätzlicher Rechtsgutverletzung. Wird strikt nach den in der Schweiz üblichen Kriterien vorgegangen, muss folglich eine Mittäterschaft und Teilnahme als gegeben betrachtet werden. Dass eine Haftung bei blosser Teilnahme an einer Meinungskundgebung zu weit gehen würde, anerkennt jedoch auch NEUENSCHWANDER[706], der sich als einer der wenigen in der Schweiz ausführlich mit der Thematik auseinandergesetzt hat[707]. Damit zeigt er – wohl ungewollt[708] – die Unzulänglichkeiten bzw. Widersprüche des weit gezogenen Anwendungsbereichs von Art. 50 OR auf. Sinnvoll wäre stattdessen eine Übernahme der zuvor aus der deutschen und österreichischen Rechtsprechung und Lehre gewonnenen Erkenntnisse.

---

704 Vgl. vorne S. 98.

705 Vgl. NEUENSCHWANDER 91 f.

706 NEUENSCHWANDER 91 f.

707 In Ansätzen zu finden ist die Problematik der Demonstrationsschäden bei OFTINGER, SJZ 1968, 228; BK-KRATZ OR 143 N 318 f.; Guhl/Koller/Schnyder-KOLLER § 26 N 3 f.; KÜTTEL, HAVE 2008, 327 f.; ferner HONSELL/ISENRING/KESSLER § 11 N 7 f.

708 Denn er unterstützt durchaus die in der Schweiz vorherrschende Meinung, wonach ein fahrlässiges Zusammenwirken ausreicht (vgl. NEUENSCHWANDER 90).

Die vorangehenden Ausführungen sind jedoch nicht dahingehend zu verstehen, dass ein auf eine Rechtsgutverletzung gerichteter Vorsatz ausreicht, um eine Haftung zu begründen. Ein solcher ist zwar eine notwendige, aber nicht hinreichende Haftungsvoraussetzung. Eine reine Gesinnungshaftung gibt es, wie bereits dargelegt[709], nicht. Stets erforderlich ist, dass sich Wissen und Wollen in einem äusseren Verhalten manifestieren, das im Mindesten theoretisch geeignet ist, die schädigende Handlung kausal zu beeinflussen. So hat auch der deutsche BGH im zuvor zitierten BGHZ 63, 124 zumindest versucht, eine psychische Unterstützung der unmittelbaren Schädiger durch die Beklagten herzuleiten[710]. Die sich in diesem Zusammenhang stellenden Abgrenzungsfragen zwischen passivem Danebenstehen und aktivem Tun sind Gegenstand eines eigenen Abschnitts[711].

6.2.2. Grösse der Veranstaltung: Grossdemonstration oder kleinere Gruppe?

Wie bereits angedeutet[712], ist die relativ hohe Anzahl an beteiligten Personen ein entscheidendes Abgrenzungsmerkmal dieser Fallgruppe. Mit Menschenmassen geht eine bestimmte Dynamik einher, die es für eine einzelne Veranstaltungsteilnehmerin schwer machen kann, eine einmal in Gang gesetzte Demonstration zu verlassen[713]. Daneben bieten entsprechende Situationen ein hohes Mass an Anonymität, das einzelne Beteiligte erst zu Gewalttätigkeiten anspornt. Nicht gefolgt werden kann daher OFTINGER, der die Haftung für Schäden aus Strassenkrawallen mit derjenigen aus Raufhändeln respektive tätlichen Auseinandersetzungen gleichsetzt[714]. Wenn auch gewisse Überschneidungen zwischen den beiden Fall-

709 Vgl. vorne S. 72.

710 BGHZ 63, 124, 130.

711 Vgl. hinten S. 176 ff.

712 Vgl. vorne S. 162.

713 BGHZ 63, 124, 128.

714 OFTINGER, SJZ 1968, 228; vgl. zu den Unterschieden zwischen Raufhändeln und öffentlichen Meinungskundgebungen auch BALLERSTEDT, JZ 1973, 109.

gruppen bestehen und Grenzfälle möglich sind[715], sind Schäden anlässlich von tätlichen Auseinandersetzungen und von grossen Menschenansammlungen doch getrennt zu betrachten.

Innerhalb der letzteren Fallgruppe wird jedoch, insbesondere in Deutschland, weiter zwischen Grossdemonstrationen und kleineren Menschenansammlungen unterschieden. Die Gruppengrösse ist einer der Faktoren, die beigezogen werden, um den Wissens- und Willensumfang des einzelnen Teilnehmers zu bestimmen. Dieser Umfang wird, wie bereits an anderer Stelle bemerkt[716], auf das «für den Demonstranten räumlich und zeitlich überschaubare Aktionsfeld»[717] beschränkt.

Bei einer Grossdemonstration kann dieses Aktionsfeld gezwungenermassen lediglich einen Ausschnitt der gesamten Veranstaltung umfassen. Zu Recht hat daher der BGH im «Grohnde»-Urteil festgehalten, dass nicht sämtliche im Rahmen einer solchen Veranstaltung – es beteiligten sich 10'000 bis 20'000 Demonstrantinnen und Demonstranten daran[718] – verübten Rechtsgutverletzungen als einheitliche Tat betrachtet werden könnten[719]. Es handle sich bei den Teilnehmenden nicht um eine homogene Gruppe[720]. Anzumerken ist allerdings, dass die fragliche Demonstration vom BGH als «nicht insgesamt unfriedlich geplant»[721] eingestuft wurde. Nicht klar ist, wie im Falle einer *unfriedlichen* Veranstaltung von entsprechender Grösse entschieden worden wäre. Zwar liess der BGH bei einer Demonstration, an der ungefähr 1'500 Personen teilnahmen, den Beklagten für sämtliche daraus erwachsenen Vermögensschäden und Sachschä-

715 Vgl. etwa OGH CaS 2018, 389, wo eine Fangruppe von fünf bis zehn Personen nach einem Fussballspiel Fans der gegnerischen Mannschaft attackierte und einen Polizeibeamten, der in das Geschehen eingriff, verletzte.

716 Vgl. vorne S. 166.

717 BGHZ 89, 383, 392.

718 BGHZ 89, 383.

719 BGHZ 89, 383, 389 f.

720 BGHZ 89, 383, 391; vgl. mit demselben Argument für Österreich ZEIRINGER 227.

721 BGHZ 89, 383, 393.

den an Fahrzeugen[722] haften[723]. Allerdings hatte «der so Beteiligte […] massgeblich auch am Zustandekommen der unfriedlich geplanten Demonstration mitgewirkt»[724]. Einem Demonstrationsteilnehmer ohne leitende Funktion könnten hingegen nicht sämtliche anlässlich einer Grossdemonstration verursachten Schäden zugerechnet werden. Dies gilt selbst dann, wenn die Kundgebung auf Gewalt ausgelegt oder anderweitig als rechtswidrig einzustufen war[725].

Von solchen Grossveranstaltungen sind Meinungskundgebungen in kleineren Gruppen zu unterscheiden. Hier sind die Verhältnisse für den einzelnen Teilnehmer überschaubar[726]. Entsprechend können ihm, insbesondere wenn die Veranstaltung insgesamt auf Gewalt ausgelegt war, häufig sämtliche entstandenen Schädigungen angerechnet, die gesamte Veranstaltung mithin als einheitlicher Tatkomplex betrachtet werden. Illustrativ ist in dieser Hinsicht ein Fall aus Deutschland: Rund 100 Menschen versammelten sich zu einer ungenehmigten, unfriedlichen Demonstration gegen den geplanten Abriss alter Häuser. Die Demonstrierenden beschmierten das Stadthaus mit Farbe. Eine Gruppe von 20 bis 30 Menschen, unter denen sich auch der Beklagte befand, drang daraufhin in das Foyer des Stadthauses ein, wo weitere Schäden angerichtet wurden. Das OLG Hamm hielt fest, dem Beklagten seien die gewaltsame Zielsetzung der Kundgebung im Allgemeinen sowie die Gewaltbereitschaft der kleineren Gruppe innerhalb des Stadthauses im Besonderen nicht entgangen. Da er sich von diesem Verhalten nicht distanziert habe, obwohl ihm dies möglich gewesen wäre, sei er mit den Sachbeschädigungen durch seine Mitdemonstranten einverstanden gewesen[727]. Überdies habe er selber

---

722 Ausgenommen waren Sachschäden am Gebäude der Klägerin. Es konnte nicht mit hinreichender Sicherheit erstellt werden, dass auch diese Gebäudeschäden vom Willen des Beklagten gedeckt waren (BGHZ 59, 30, 40 f.).

723 BGHZ 59, 30, 40 ff.

724 BGHZ 59, 30, 42. Die Art der Beteiligung ist ein weiterer Faktor bei der Bestimmung der Haftung und ihres Umfangs bei Demonstrationsschäden. Darauf wird sogleich gesondert einzugehen sein (vgl. hinten S. 176 ff.).

725 Vgl. vorne S. 168 f.

726 Vgl. OLG Hamm NJW 1985, 203. Ferner für Österreich: ZEIRINGER 225 f.

727 OLG Hamm NJW 1985, 203.

«durch sein aggressives Verhalten gegenüber den absperrenden Polizeibeamten massgeblich zu der Eskalation beigetragen»[728].

Das Gericht bejahte daher die Haftung für sämtliche Schäden anlässlich der Demonstration[729]. Noch deutlicher erscheint ein Sachverhalt, den das OLG Celle zu beurteilen hatte: Aus der Mitte von 14 Personen wurde im Rahmen der Blockade eines Verladekrans dieser mit Farbparolen beschriftet und beschädigt. Das Gericht entschied zu Recht, sämtliche Beteiligten hätten bei einer derart überschaubaren Grösse der Kundgebung das gesamte Geschehen in ihren Vorsatz aufgenommen[730].

Das Argument der Überschaubarkeit der Veranstaltung wirkt im Übrigen auch umgekehrt: Die Tathandlung eines einzelnen Teilnehmers – etwa das Schüren einer aggressiven Stimmung durch Aufrufe zu Gewalt – wirkt bei kleiner Gruppengrösse nicht nur auf einen Teil der Demonstrierenden, sondern ist geeignet, sämtliche Teilnehmenden zu beeinflussen. Damit ist ein hinreichender Tatbeitrag des «Aufwieglers» hinsichtlich sämtlicher durch die Gruppe begangenen Rechtsgutverletzungen eher zu bejahen.

Wie die vorangehenden Ausführungen zeigen, ist der Aspekt der Überschaubarkeit entscheidend. Ob der einzelne Teilnehmer die gesamte Veranstaltung oder lediglich Ausschnitte davon überblicken kann, hängt allerdings nicht ausschliesslich von der Teilnehmeranzahl ab. Auch örtliche Gegebenheiten spielen eine Rolle. Das für den Einzelnen überschaubare Aktionsfeld ist wohl bei einer Kundgebung auf einem übersichtlichen öffentlichen Platz grösser als bei einem Umzug durch verwinkelte Gassen. Es kann daher keine eindeutige zahlenmässige Grenze zwischen Grossdemonstrationen und kleineren Menschenansammlungen festgelegt werden. Die soeben aufgeführten Beispiele zeigen jedoch die ungefähren Grössenordnungen auf, in denen sich die beiden Kategorien bewegen.

---

728 OLG Hamm NJW 1985, 203, 203 f.

729 OLG Hamm NJW 1985, 203, 203 f.

730 OLG Celle NJW-RR 1999, 102. Ähnlich auch der Sachverhalt, den der österreichische OGH in OGH SZ 67/92 zu beurteilen hatte: Darin hatte eine Gruppe von etwa 15 Personen die Baustelle eines Atomkraftwerks behindert. Das Gericht stellte fest, sämtliche Beteiligten hätten den Vermögensschaden, der durch Stehzeiten entstanden ist, gewollt. Ebenso OGH CaS 2018, 389 bezüglich einer Gruppe von fünf bis zehn gewalttätigen Fussballfans.

6.2.3. Art der Beteiligung an Massenveranstaltungen

6.2.3.1. Grundsatz

Die soeben untersuchten Faktoren beschlagen die Wissens- und Willensseite des Veranstaltungsteilnehmers. Allerdings muss für eine Haftung neben dem subjektiven stets auch ein objektives Element vorhanden sein, das geeignet ist, die Rechtsgutverletzung zu fördern[731]. Diesbezüglich ist zu fragen, wie die Art der Beteiligung an der Veranstaltung ausfallen muss, um eine solidarische Haftung aus Mittäterschaft und Teilnahme zu begründen. Diese Thematik wird in diesem Abschnitt genauer beleuchtet. Dabei werden die unterschiedlichen Rollen untersucht, die eine Veranstaltungsteilnehmerin im Rahmen der öffentlichen Meinungskundgebung einnehmen kann.

Vergleichsweise unproblematisch ist die Haftung einer Person, die in einer leitenden Position an der gesamten (auf Gewalt ausgelegten) Veranstaltung oder aufgrund ihrer hierarchischen Stellung entscheidenden Einfluss auf gewalttätige Subgruppen hatte. Zu denken ist an die Mitwirkung bei der Organisation einer Kundgebung oder an eine aktive Rolle vor oder während der Demonstration[732]. In diese Kategorie fallen aufwieglerische Informationsbriefe, in denen ein Interessenverband seine Mitglieder zu einer Blockade auffordert[733], sowie die Handlungen eines «Rädelsführers», der beim gewaltsamen Eindringen in das Stadthaus «die Menge nach hin-

---

731 Von der Geeignetheit, die Schädigung zu fördern, ist die Frage zu unterscheiden, ob diese Beteiligung tatsächlich einen kausalen Einfluss auf die Schädigung hatte. Ein solcher muss nicht zwingend nachgewiesen werden. Nach der vorliegenden Auffassung begründet der gemeinschaftliche Wille, gepaart mit dem objektiven Element, eine Kausalitätsfiktion (vgl. dazu vorne S. 71 f.).

732 BGH 89, 383, 392 f.; so im Ergebnis auch DEUTSCH, *Haftungsrecht*, N 511, der die Haftung der Organisatoren allerdings unnötigerweise aus einer Unterlassung herleitet.

733 OLG Dresden BeckRS 2011, 16675; so auch NEUENSCHWANDER 88, der unter anderem Aufforderungen zu Gewalt durch Piratensender oder Flugblätter anführt; vgl. sodann KREUTZIGER 309 f., der als Beispiel das Entwerfen eines Aktionsplans nennt.

ten hin aufgewiegelt»[734] hat. Ähnlich ist das Verhalten von Vorstandsmitgliedern des Zürcher Gewerkschaftsbundes einzustufen, die zu einem «‹Spaziergang› nach dem Bezirksgebäude»[735] aufgerufen hatten[736]. Auch wer als Sprecherin einer Blockadeaktion agiert, hat einen hinreichenden objektiven Tatbeitrag geleistet, selbst wenn sie selbst nicht physisch Teil der Blockade war[737]. Allerdings können sich auch hier Grenzfälle ergeben. Insbesondere spielt erneut eine Rolle, ob die Veranstaltung im Grundsatz als friedlich oder gewalttätig konzipiert war. Ist Ersteres der Fall, kann nicht von einer Mittäterschaft und Teilnahme an den unmittelbaren Rechtsgutverletzungen gesprochen werden, wenn lediglich zur Kundgebung an sich aufgerufen oder bei der Organisation der Veranstaltung mitgewirkt wurde. Möglich ist nach der hier vertretenen Auffassung immerhin eine *Nebentäterschaft*. Dann nämlich, wenn die Organisatoren mit den Ausschreitungen hätten rechnen müssen und nur unzureichende Sicherheitsvorkehrungen getroffen haben. Sie haften dann aus eigener Fahrlässigkeit, nicht aufgrund eines Zusammenwirkens mit den unmittelbaren Schädigern[738].

---

734 OLG Hamm NJW 1985, 203; a.M. wohl KREUTZIGER 281, der auch dann von Nebentäterschaft ausgeht, wenn zu einer verbotenen und damit rechtswidrigen Demonstration aufgerufen wird.

735 BGE 48 II 145, 147.

736 Für eine ausführlichere Beschreibung des Sachverhalts vgl. vorne S. 170. Erneut ist anzumerken, dass das Bundesgericht die Haftung auf Art. 41 OR stützte und es versäumte, Art. 50 OR auch nur zu erwähnen.

737 Für Deutschland: BGHZ 137, 89, 103. Vgl. auch LG Itzehoe NJW 1987, 1269, 1269 f.: Der Beklagte hatte zwar nicht aktiv an der Blockade eines zu einem Kohlekraftwerk gehörenden Schornsteins teilgenommen. Allerdings hielt er über ein Funkgerät mit den Schornsteinbesetzern Kontakt. Für Österreich: OGH, 24. Juni 1997, 1 Ob 152/97b.

738 So auch das OLG Karlsruhe NJW 1974, 1824. Im zu beurteilenden Sachverhalt hatte eine Studentenschaft zu einem «aktiven Proteststreik» in einem Universitätsgebäude aufgerufen. Im Verlauf dieses Streiks wurde das Gebäude beschädigt. Das OLG Karlsruhe hielt fest, die Studentenschaft habe nicht aktiv zu den Sachbeschädigungen angestiftet. Sie habe jedoch mit ihrem Streikaufruf die Emotionen aufgeheizt, weshalb voraussehbar gewesen wäre, dass es zu entsprechenden Rechtsgutverletzungen kommen würde. Die Studentenschaft hätte daher verstärkte Sicherheitsvorkehrungen treffen, etwa genügend Saalordner aufbieten müssen. Vgl. POSCH 65; ferner BK-BREHM OR 50 N 12, der

Heikle Abgrenzungsfragen stellen sich allerdings, wenn Verhaltensweisen zu beurteilen sind, die als blosse Anwesenheit an einer öffentlichen Meinungskundgebung einzustufen sind. Die Gefahr einer übermässigen Beschränkung verfassungsmässiger Rechte ist hier offensichtlich. An einem hinreichenden Konnex zur konkreten Schädigung und damit an einem die Haftung begründenden äusseren Verhalten fehlt es zweifelsfrei, wenn jemand lediglich an einer Kundgebung mitmarschiert, in deren Rahmen verübte Rechtsgutverletzungen darüber hinaus jedoch nicht fördert. Dies muss selbst dann gelten, wenn die Veranstaltung im Grundsatz bereits auf Gewalttätigkeiten ausgelegt war. In einem solchen Fall kann bei einer individuellen Teilnehmerin zwar Vorsatz vorhanden gewesen sein, es fehlt aber an einer hinreichenden Manifestation dieses Vorsatzes in einem äusseren Verhalten[739].

Sinnbildlich für diese Abgrenzungsfragen ist die vom BGH zu beurteilende Haftung für Personenschäden anlässlich einer Hausbesetzung[740]. Es waren Polizisten durch Stein- und Flaschenwürfe vom Dach des besetzten Gebäudes verletzt worden. Die Beklagten waren selbst nicht unter den Angreifern. Sie hatten sich lediglich im besetzten Haus aufgehalten und waren in ein Nachbarhaus geflüchtet, als sich die Situation auf den Zusammenstoss mit der Polizei hin zuspitzte. Der BGH bejahte ihre Haftung und unterstrich, diese beruhe nicht auf der blossen Anwesenheit der Beklagten am Ort des Geschehens, sondern auf einer darüber hinausgehenden psychischen Unterstützung der unmittelbaren Schädiger[741]. Die Beklagten hätten «die Ausrichtung der Aktion auf eine tätliche Auseinandersetzung mit der Polizei von vornherein gekannt und in Kenntnis dieser Ziele freiwillig ihre Verbundenheit mit den Hausbesetzern durch ihre Eingliederung in die unfriedliche Menge bekundet»[742].

---

diesen Fall allerdings fälschlicherweise unter Art. 50 OR abhandelt; ebenso Guhl/Koller/Schnyder-KOLLER § 26 N 3.

739 A.M. wohl BK-BREHM OR 50 N 35f.

740 BGHZ 63, 124, 125, 131 f.

741 BGHZ 63, 124, 130: «Es ist entgegen der Meinung der Revision insbesondere nicht davon auszugehen, die blosse Anwesenheit der Beklagten in dem besetzten Haus habe genügt, um sie als Gehilfen an den Ausschreitungen zur Verantwortung zu ziehen.»

742 BGHZ 63, 124, 131.

Es ist dem BGH sowie der herrschenden Lehre darin zuzustimmen, dass grundsätzlich ein über die blosse Präsenz am Schädigungsort hinausgehender Tatbeitrag notwendig ist[743]. Ob allerdings reine Solidaritätsbekundungen wie im soeben zitierten BGH-Urteil dafür ausreichen, kann nur mit Blick auf den konkreten Einzelfall beurteilt werden. Auf jeden Fall ist grosse Vorsicht angebracht, denn der Grat zwischen rechtswidriger Unterstützung der unmittelbaren Täter und der rechtmässigen Ausübung verfassungsmässiger Rechte ist schmal. Nach der hier vertretenen Ansicht müssen besondere Umstände gegeben sein, um in entsprechenden Fällen eine Haftung zu rechtfertigen. Zu denken ist insbesondere an eine vergleichsweise kleine Ansammlung von Menschen, da dort der Einfluss eines Einzelnen relativ gross ist. Ebenso ist eine Haftung eher zu bejahen, wenn die Solidaritätsbekundung einer offensichtlich gewaltbereiten Gruppe galt[744]. Zu weit geht indes die Formulierung des BGH, wonach «ostentatives Zugesellen zu einer Gruppe, aus der heraus Gewalt geübt wird»[745] für sich alleine für eine Haftung ausreicht. Entscheidend sind weiterhin die konkreten Umstände des Einzelfalls, bei denen die Gewaltbereitschaft der unterstützten Personen lediglich ein Kriterium von mehreren ist[746]. Auch ist die Tatsache, dass sich die Beklagten aktiv in ein räumlich abgeschlossenes Gebäude hineinbegeben haben, im Rahmen der Abwägung zu berücksichtigen. Darin kann eine stärkere Solidaritätsbekundung gesehen werden, als wenn die fraglichen Personen sich lediglich

---

743 Für Deutschland: BGHZ 63, 124, 130 f.; KREUTZIGER 297; DEUTSCH, *Haftungsrecht*, N 512; vgl. BGHZ 89, 383, 389 ff. Für die Schweiz: BK-KRATZ OR 143 N 318; vgl. NEUENSCHWANDER 91, der seine Aussage allerdings auf bewilligte Demonstrationen eingrenzt; zu weitgehend hingegen KÜTTEL, HAVE 2008, 327 f., die auch die «nicht direkt tätigen ‹Mitläufer›» haften lassen will, «weil bereits im passiven Beiwohnen an den Ausschreitungen ein Verschulden liegt». Für Österreich: POSCH 69 f.; ZEIRINGER 233.

744 So wohl auch BGHZ 89, 383, 395: «Dazu [für die zivilrechtliche Haftung] ist mehr erforderlich [als das Verharren an Ort und Stelle des nicht aktiv beteiligten Demonstranten], nämlich die Feststellung, dass Gewährung von Anonymität und Äusserung von Sympathie darauf ausgerichtet und geeignet sind, Gewalttäter in ihren Entschlüssen und Taten zu fördern und zu bestärken […].» Ferner für die Schweiz: NEUENSCHWANDER 92.

745 BGHZ 89, 383, 395.

746 Vgl. ZEIRINGER 229 f. mit weiteren Ausführungen zu möglichen Unterstützungshandlungen.

auf einem offenen Platz in die Nähe der Angreifer gestellt hätten. Vor dem Hintergrund dieser Ausführungen kann dem BGH beim Hausbesetzerfall zugestimmt werden.

Einen heiklen Grenzfall bilden hingegen die Handlungen der Umweltschutzorganisation Greenpeace, die das LG Aachen zu beurteilen hatte[747]. Die Organisation hatte auf ihrer Website die Besetzung eines Braunkohlebaggers durch Aktivisten wohlwollend kommentiert und die Besetzer als «Greenpeace-Aktivisten» bezeichnet. Dadurch habe sie «gezielte Öffentlichkeitsarbeit geleistet» und hafte deshalb aus § 830 Abs. 1 Satz 1 und Abs. 2 BGB solidarisch[748]. Kritisch sieht das Urteil zu Recht ZEIRINGER, der die konkrete Förderungseignung der Pressemitteilungen infrage stellt, «zumal diese den Besetzern womöglich gar nicht bekannt waren»[749]. Es liege daher kein psychischer Tatbeitrag vor[750]. Diesbezüglich ist daran zu erinnern, dass die höchstrichterliche deutsche Rechtsprechung eine «Beteiligung an der Ausführung der Tat [fordert], die in irgendeiner Form deren Begehung fördert und für diese relevant ist»[751].

Dieser notwendige Konnex erscheint im Falle einer Solidaritätsbekundung auf einer Website unzureichend. Zu gross wäre die Ausuferungsgefahr, wenn Solidaritätsbekundungen ohne räumlichen Konnex genügen würden, insbesondere wenn nicht bekannt ist, dass sie die unmittelbaren Schädiger auch tatsächlich erreicht haben und zumindest *hätten* beeinflussen *können*.

6.2.3.2. Sonderfall: Vermögensschäden anlässlich von Blockadeaktionen

Im vorliegenden Abschnitt ist auf den notwendigen Tatbeitrag zu Schäden einzugehen, die infolge von Blockadeaktionen entstehen. Dazu wird in einem ersten Schritt dargelegt, wie die deutsche und österreichische Recht-

747 LG Aachen NJW-RR 2007, 89.

748 LG Aachen NJW-RR 2007, 89, 90.

749 ZEIRINGER 234.

750 ZEIRINGER 234.

751 BGH NZG 2010, 550, 552; vgl. vorne S. 73 f.

sprechung und Lehre mit diesen Sachverhalten umgehen. Daraufhin werden die mit Blockaden einhergehenden Spezifika genauer untersucht.

Keine Besonderheiten ergeben sich, wenn im Rahmen von Blockaden Sach- oder Personenschäden entstehen. Diesbezüglich kann auf das im vorangehenden Abschnitt Gesagte verwiesen werden. Den Sonderfall stellen *reine Vermögensschäden* dar, die z.B. daraus entstehen, dass eine Maschine nicht benutzt oder eine Baustelle nicht betreten werden kann. Nicht gänzlich klar ist, ob die blosse Anwesenheit an einer solchen Veranstaltung für eine Haftung ausreicht. Der BGH verneinte dies im Falle einer rechtswidrigen[752] Blockade:

> «Die blosse (zeitweilige) Anwesenheit am Demonstrationsort und die nicht näher bestimmte Teilnahme an der Versammlung als solche reichen aber nicht aus, um eine Mittäterschaft oder Beihilfe der Beklagten […] an den hier in Rede stehenden deliktischen Rechtsgutverletzungen zu begründen.»[753]

Das OLG Dresden scheint in einem späteren Urteil teilweise von dieser Rechtsprechung abgewichen zu sein. Gegenstand der Entscheidung war die Blockade eines Molkereibetriebs durch Milchbauern, die für einen höheren Rohmilchpreis demonstrierten. Die Molkerei als Klägerin forderte von einem der Bauern Ersatz für Vermögensschäden. Zwar erwähnte das Gericht die soeben dargelegte BGH-Entscheidung. Allerdings wandte es sie nicht auf den Fall der Molkereiblockade an:

> «Denn die Blockade konnte – für jeden Teilnehmer ersichtlich – erst durch die Teilnahme möglichst vieler ihre volle Wirkung entfalten.»[754]

Jeder, der auch nur zeitweise am Ort der Blockade zugegen war, müsse sich daher den rechtswidrigen Eingriff in den Gewerbebetrieb der Klägerin anrechnen lassen. Insbesondere müssten diejenigen, die das Werkgelände nach einer Weile wieder verlassen hätten, auch für nach diesem Zeitpunkt entstandene Schäden aufkommen[755].

---

752 Zur Rechtswidrigkeit der Meinungskundgebung vgl. BGHZ 137, 89, 100.

753 BGHZ 137, 89, 104.

754 OLG Dresden BeckRS 2011, 16675.

755 OLG Dresden BeckRS 2011, 16675.

Inwiefern der vom OLG Dresden entschiedene Fall anders gelagert sein soll als die vom BGH zu beurteilende Blockadeaktion, wird aus den Ausführungen des OLG Dresden nicht deutlich. Kritisch ist insbesondere, wie bereits in anderem Zusammenhang dargelegt[756], dass Teilnehmer, welche die Kundgebung vorzeitig verlassen haben, auch für später entstandene Schäden einstehen sollen. Ob auch diese zeitlich nachgelagerte Blockade noch vom gemeinschaftlichen Willen jener Beteiligten umfasst war[757], ist zumindest fraglich. Unzureichend ist in dieser Hinsicht das Argument des Gerichts, die Aktion habe schliesslich «von Anfang an einen Verlauf genommen, der für jeden, der sich an ihr beteiligte, erkennen liess, dass es zu einer rechtswidrigen Behinderung des Werkgeländes kommen würde»[758]. Gleichwohl ist dem OLG Dresden insofern zuzustimmen, als die blosse Anwesenheit an Blockadeaktionen unter gewissen Bedingungen zu einer Haftung führen kann.

Nach hier vertretener Ansicht stellen Blockadeaktionen nämlich einen Sonderfall unter den öffentlichen Meinungskundgebungen dar. Dabei sind die Besonderheiten der Schäden zu beachten, die entstehen, wenn Eigentum, insbesondere ein wirtschaftlicher Betrieb, blockiert wird. Es handelt sich dabei um *reine Vermögensschäden*, die anfallen, weil Eigentum der blockierten Person nicht bestimmungsgemäss genutzt werden kann. Entscheidend ist, dass solche Schäden Blockadeaktionen geradezu immanent sind. Sie entstehen nicht dadurch, dass einige Demonstranten zu körperlicher Gewalt greifen. Stattdessen sind sie Folge der *blossen Anwesenheit* einer Gruppe von Menschen am Ort der Blockade. Folglich muss auch jene blosse Anwesenheit einer Person am Ort einer Blockadeaktion anders gewertet werden als bei Aufmärschen oder Versammlungen, anlässlich derer Sach- oder Personenschäden verursacht werden. Im Falle von Vermögensschäden anlässlich von Blockaden muss daher die reine Anwesenheit am Ort der Blockade für eine Haftung genügen, sofern die fragliche Person so positioniert war, dass sie durch ihre blosse Präsenz als Teil des «menschlichen Hindernisses» wirkte[759]. Ob die Dauer der Anwesenheit für

---

[756] Vgl. vorne S. 86 f.

[757] Vgl. vorne S. 86 f.

[758] OLG Dresden BeckRS 2011, 16675.

[759] Von dieser Sachlage zu unterscheiden ist der Fall, in dem sich der Beklagte zwar in der Nähe der Blockade aufhielt, sein Fahrzeug die fragliche Zufahrts-

eine Solidarhaftung genügt, muss dabei in einer einzelfallbezogenen Betrachtung entschieden werden. Diesbezüglich ist etwa das Verhältnis zwischen der Zeit, welche die fragliche Person am Blockadeort verbracht hat, und der Gesamtdauer der Blockade zu berücksichtigen.

6.3. Zwischenfazit

Die vorangehenden Ausführungen haben gezeigt, dass die Entscheidung, ob eine Mittäterschaft und Teilnahme an Massenveranstaltungen vorliegt, von einer Vielzahl von Faktoren abhängt. Zu berücksichtigen sind der Charakter der Veranstaltung – also die friedliche oder gewalttätige Grundstimmung –, die Grösse und Überschaubarkeit der Kundgebung sowie die Art der Beteiligung. Es kann kein einzelnes Kriterium isoliert werden. Stattdessen ist anhand einer Gesamtbetrachtung der soeben dargelegten Faktoren zu entscheiden, ob die infrage stehende Handlung sowie die Gesinnung dahinter für eine solidarische Haftung ausreichen. Dabei können die einzelnen Elemente einander bis zu einem gewissen Grad ausbalancieren. Ein Weniger an aktiver Beteiligung kann unter Umständen durch den gewalttätigen Charakter und die kleine Grösse einer Veranstaltung ausgeglichen werden (wobei jedoch die blosse Gesinnung nie für eine Haftung ausreicht).

Insgesamt ist festzustellen, dass sowohl deutsche als auch österreichische Gerichte die Haftung aus Mittäterschaft und Teilnahme für die Fallgruppe der Massenveranstaltungen vergleichsweise restriktiv handhaben. Dies zu Recht, da hier die Gefahr einer Haftungsausuferung und eines *chilling effect* hinsichtlich der Ausübung von Grundrechten besonders gross ist. Auch werden anhand der Massenschäden die Unzulänglichkeiten des in der Schweiz äusserst weit gezogenen Anwendungsbereiches von Art. 50 OR besonders deutlich.

---

strasse aber nicht blockierte (vgl. OGH SZ 72/55). Hier hat der OGH zu Recht die psychische Mittäterschaft und Teilnahme geprüft und dafür einen über die blosse Anwesenheit hinausgehenden Tatbeitrag gefordert (vgl. auch ZEIRINGER 223 f.).

§ 10 Haftung bei alternativer Kausalität bei Fehlen eines Zusammenwirkens im Sinne von Art. 50 OR

1. Einleitung

Ein Nebeneffekt der in der schweizerischen Rechtsprechung und Lehre kaum hinterfragten Anwendung von Art. 50 OR auf fahrlässiges Zusammenwirken wurde bereits aufgezeigt: Sie erlaubt auch bei alternativer Kausalität eine Solidarhaftung der möglichen Schädiger, selbst wenn diese nicht wissentlich und willentlich miteinander kooperiert haben[760]. Nachdem nun der Anwendungsbereich von Art. 50 OR richtigerweise auf die Konstellationen (1) und (2) zurückgeführt wurde, stellt sich ausserhalb davon die Folgefrage nach der Haftung bei unklaren Kausalverläufen. Im Unterschied zum deutschen BGB mit § 830 Abs. 1 Satz 2 findet sich hierzu im schweizerischen Obligationenrecht keine ausdrückliche Regelung. Die schweizerische Lehre hingegen hat sich durchaus mit der Thematik beschäftigt, wenngleich das Problem nach dem in der Schweiz üblichen Verständnis auf Fälle beschränkt bleibt, in denen die Beteiligten nicht einmal fahrlässig zusammengewirkt haben.

Die Autorenschaft lässt sich dabei in drei Lager einteilen[761]: Die erste, vor allem in der älteren Lehre vorherrschende Auffassung lehnt eine Haftung ab, solange der Geschädigte nicht nachweisen kann, wer die Schädigung verursacht hat[762]. Diese Ansicht wird in der neueren Literatur jedoch kritisiert. Vorgeschlagen wird stattdessen zum einen eine Solidarhaftung (hier wiederum wollen einige Stimmen die Möglichkeit eines Entlastungsbeweises zulassen[763], andere äussern sich nicht ausdrücklich dazu[764]). Zum anderen wird in Anlehnung an die US-amerikanische *market share liabi-*

---

760 Vgl. vorne S. 104.

761 Vgl. dazu etwa FELLMANN/KOTTMANN N 2886 f.; REY/WILDHABER N 744, je m.w.N.

762 BK-BREHM OR 41 N 145; ZK-OSER/SCHÖNENBERGER OR 41 N 87; OFTINGER/STARK, Bd. II/1, § 16 N 320, die aber in Bd. I eine andere Meinung vertreten (vgl. sogleich Fn. 766); KELLER/GABI/GABI 27 f.; VON TUHR/PETER 94.

763 ROBERTO, *Haftpflichtrecht*, N 06.29; WEBER, HAVE 2010, 121.

764 HONSELL/ISENRING/KESSLER § 3 N 67; vgl. auch SCHWENZER/FOUNTOULAKIS N 21.03, die allerdings beide Varianten für vertretbar halten.

lity[765] eine anteilsmässige Haftung diskutiert, wobei sich die Haftungsquoten nach der Verursachungswahrscheinlichkeit richten sollen[766].

Für eine Haftung bei alternativer Kausalität sprechen grundsätzlich gute Gründe. Überzeugend ist insbesondere das in Deutschland und Österreich angeführte, in der Schweiz immerhin von WEBER vorgebrachte Argument, der Ersatzanspruch der Geschädigten bestehe grundsätzlich. Fraglich sei lediglich, gegen welchen der potenziellen Verursacher er sich richte. Dabei hänge es nur vom Zufall ab, welche der gefährlichen bzw. sorgfaltswidrigen Handlungen als Erfolg die Schädigung herbeigeführt habe. Diese Beweisnot der Geschädigten hätten die möglichen Schädiger durch ihr unsorgfältiges Verhalten verschuldet. Die Geschädigten vor diesem Hintergrund leer ausgehen zu lassen, erscheine stossend[767]. Auch in der Schweiz deutet der üblicherweise weit gezogene Anwendungsbereich von Art. 50 OR auf ein – nur selten artikuliertes – Haftungsbedürfnis bei unklaren Kausalverläufen[768]. Dass ein solches auch dem historischen Gesetzgeber nicht fremd war, zeigen die nachfolgenden Ausführungen.

2. Verankerung der Haftung bei alternativer Kausalität im schweizerischen Zivilrecht

Ein Blick in die Gesetzesmaterialien zur Revision des Obligationenrechts von 1881 fördert Überraschendes zutage. Der Bundesrat wollte ursprünglich in Art. 50 OR den an § 830 Abs. 1 Satz 2 BGB angelehnten Passus aufnehmen:

> «[…] und zwar auch dann, wenn sich nicht ermitteln lässt, wer von mehreren Beteiligten den Schaden durch seine Handlung verursacht hat.»[769]

---

765 Begründet durch den *Supreme Court of California* in *Sindell v. Abbott Laboratories*, 607 P.2d 924 (1980); umfassend zur *market share liability* GOLDBERG/ZIPURSKY 166 ff.; ferner ROBERTO, *Haftpflichtrecht*, N 06.31; REY/WILDHABER N 744.

766 OFTINGER/STARK, Bd. I, § 3 N 123 ff.; KOLLER N 47.56; QUENDOZ 69 ff.; so wohl auch WERRO N 251.

767 Vgl. vorne S. 101; WEBER, HAVE 2010, 120 f.; a.M. BK-BREHM OR 41 N 145b.

768 Vgl. vorne S. 104.

769 Zit. in BGE 42 II 473, 478.

In die Schlussfassung von Art. 50 OR fand diese Beifügung jedoch keinen Eingang. Begründet wurde dies damit, dass dieser Abschnitt «dem Sinne des bisherigen Art. 60 [aOR] entspreche»[770], mit anderen Worten überflüssig sei. Die Streichung des fraglichen Passus erfolgte denn auch, wie das Bundesgericht später ausführte[771], nicht, weil er materiell zu weit gehen würde, sondern aus redaktionellen Gründen[772].

Das Nichtvorhandensein einer ausdrücklichen gesetzlichen Bestimmung bedeutet damit entgegen dem ersten gedanklichen Reflex nicht, dass sich der Gesetzgeber gegen eine Haftung bei alternativer Kausalität entschieden hätte. Die Entstehungsgeschichte von Art. 50 OR ist vielmehr als Indiz für die Verankerung dieser Haftung in der schweizerischen Rechtstradition zu sehen[773]. Nichts anderes ergibt ein Blick nach Deutschland und Österreich, wo die Haftung bei alternativer Kausalität fest etabliert ist. Diese Rechtsordnungen sind eng mit der unseren verwandt. Eine Haftung voneinander unabhängiger, möglicher Schädiger kann demnach auch in der Schweiz ohne eine dogmatisch fragwürdige Überdehnung des Konstrukts der Mittäterschaft und Teilnahme begründet werden. Dieser Wechsel der dogmatischen Konzeption bringt gewisse praktische Änderungen mit sich. Sie werden nachfolgend beleuchtet.

---

770 BBl 1905 II 1, 15; vgl. BGE 42 II 473, 478 f.; NEUENSCHWANDER 81 f.; QUENDOZ 9 f.

771 BGE 42 II 473, 479.

772 Votum Huber (deutscher Berichterstatter der Kommission), StenBull NR 1909, 496.

773 Im Ergebnis ebenso HONSELL/ISENRING/KESSLER § 11 N 7, die eine Haftung bei alternativer Kausalität aus einer Analogie zu Art. 50 OR gewinnen möchten; a.M. QUENDOZ 10: «Die damalige Auslegung von BGB 830 I 2 […] war jedoch eine ganz andere als die heutige, wurde doch ein subjektiver Zusammenhang zwischen den Beteiligten verlangt.» Ein Blick in die Materialien zum ersten und zum zweiten Entwurf des BGB widerlegt diese Ansicht jedoch. So sahen die Motive zu dem Entwurfe eines Bürgerlichen Gesetzbuches für das Deutsche Reich vor [Hervorhebung im Original]: «Die gleiche gesamtschuldnerische Haftung [wie bei Tätern, Anstiftern und Gehilfen] tritt ein, wenn im Falle eines von Mehreren *verschuldeten* Schadens diese Mehreren nicht gemeinsam gehandelt haben, der Antheil des Einzelnen an dem Schaden aber nicht zu ermitteln ist.» (Motive II 738; ebenso Protokolle II 606; vgl. DEUTSCH, *Haftungsrecht*, N 519).

3. Folgen der veränderten dogmatischen Grundlage für die Haftung bei alternativer Kausalität

Die über den eigenen kausalen Beitrag hinausgehende Haftung gründet bei der Mittäterschaft und Teilnahme im gemeinschaftlichen Willen, von dem die Schädigung oder zumindest die sorgfaltswidrige Tätigkeit getragen sein muss. In diesem Umfang erfolgt nach der hier vertretenen Auffassung eine automatische Zurechnung fremder Kausalbeiträge im Sinne einer Kausalitätsfiktion[774]. Wo die potenziellen Schädiger nicht über einen gemeinsamen Willen verbunden sind, ist die Rechtfertigung für die solidarische Haftung eine andere. Sie ist, wie bereits dargelegt, in der deutschen, österreichischen und US-amerikanischen Rechtsprechung und Lehre weitgehend anerkannt. Demnach haben die als Schädiger infrage kommenden Personen den Geschädigten durch ihr sorgfaltswidriges Verhalten in eine Beweisnot gebracht, was wiederum eine Kausalitätsvermutung rechtfertigt. Im Zentrum steht damit die Voraussetzung, dass jede der als Schädiger infrage kommenden Personen sämtliche Haftungsvoraussetzungen mit Ausnahme des Kausalitätserfordernisses erfüllt hat. Die Beweisnot rechtfertigt lediglich eine Abweichung vom strikten Kausalitätserfordernis, nicht aber von den übrigen Haftungsvoraussetzungen[775]. Sodann muss feststehen, *dass* ein Schadenersatzanspruch besteht. Nicht gegeben ist diese Voraussetzung, wo die Schadensursache sowohl im rechtswidrigen Verhalten eines Dritten als auch im Zufall begründet sein kann, mithin die Möglichkeit besteht, dass der Geschädigte seinen Schaden selber tragen muss[776].

Diese dogmatische Konzeption hat zweierlei zur Folge. Zum einen muss dem potenziellen Schädiger die Möglichkeit des Beweises belassen werden, sein Handeln sei für die Schädigung nicht ursächlich gewesen[777]. Zum anderen greift die Kausalitätsvermutung und damit die Umkehr der Be-

---

774 Vgl. vorne S. 71 f.

775 KOLLER N 47.56; BeckOK-SPINDLER § 830 BGB N 19; MüKo BGB-WAGNER § 830 N 57.

776 BGHZ 60, 177; OLG Karlsruhe NJW 1971, 1944, 1945; MüKo BGB-WAGNER § 830 N 68; vgl. CYPIONKA 31 ff.

777 WEBER, HAVE 2010, 120 f.; so auch in Deutschland, Österreich und den USA (vgl. vorne S. 101 ff.).

weislast, wie insbesondere in Deutschland betont wird, lediglich in Fällen, in denen der unmittelbare Verursacher nicht bekannt ist. Denn der Haftungsmechanismus hat nicht zum Zweck, einer geschädigten Person zusätzliche Schuldner zu verschaffen[778]. Stattdessen will er stossende Ergebnisse vermeiden. Dabei allerdings nimmt er, wie OFTINGER/STARK zu Recht festhalten, «kausalitätsmässig falsch[e]» Ergebnisse in Kauf[779].

Damit wird deutlich, dass die Haftung in jenen Fällen letztlich immer auf einer Wertungsfrage beruht[780]. Die Interessen des potenziellen Schädigers und diejenigen des Geschädigten sind gegeneinander abzuwägen. Im Wissen darum, dass die Kausalitätslehre hier an ihre Grenzen stösst, bietet sich unter den obengenannten, engen Voraussetzungen und in Anlehnung an die von mehreren schweizerischen Autorinnen und Autoren vorgeschlagene Lösung eine *Anteilshaftung* an. Dabei ist jedem der potenziellen Schädiger die Möglichkeit des *Entlastungsbeweises* zu belassen. Wo dieser, etwa bei zwei möglichen Verursachern, einem von ihnen gelingt, ist der Schadenersatz vollumfänglich dem anderen aufzuerlegen.

778 Vgl. vorne S. 102.

779 OFTINGER/STARK, Bd. I, § 3 N 113, 123; vgl. auch GOTTWALD 6.

780 So für § 830 Abs. 1 Satz 2 BGB WECKERLE 106.

4. Teil: Abschliessende Betrachtung

§ 11 Ausgangslage

Die Mittäterschaft und Teilnahme ist im schweizerischen Obligationenrecht in Art. 50 geregelt, die Nebentäterschaft in Art. 51. Die schweizerische Haftpflichtrechtswissenschaft zieht die Grenzen der Mittäterschaft und Teilnahme üblicherweise weit. So wird gemeinhin eine fahrlässige Hilfestellung oder Anstiftung zu einer Schädigung als ausreichend betrachtet, um eine Solidarhaftung zu begründen. Dies beruht nicht so sehr auf einer stringenten Herleitung als vielmehr auf einer unzureichenden Auseinandersetzung mit den dogmatischen Grundlagen der Mittäterschaft und Teilnahme. Diese lassen sich anhand von zwei Parametern erfassen.

Als Erstes ist der *notwendige Verschuldensgrad* zu definieren. Entscheidend ist diesbezüglich die Erkenntnis, dass er unterschiedliche Bezugspunkte hat, die strikt zu trennen sind. So ist zunächst nach dem Zusammenwirken der einzelnen Beteiligten zu fragen, welches ein vorsätzliches, also wissentliches und willentliches, oder ein fahrlässiges gewesen sein kann. Dieses Zusammenwirken wiederum kann auf die Schädigung selbst gerichtet gewesen sein oder auf ein haftpflichtrechtlich neutrales Ziel. Im ersteren Fall bestand ein Schädigungsvorsatz, im letzteren beruhte die Schädigung auf Fahrlässigkeit. Basierend auf dieser Erkenntnis wird in der vorliegenden Abhandlung bezüglich des Verschuldensgrades zwischen vier möglichen Konstellationen unterschieden:

(1) vorsätzliches Zusammenwirken, vorsätzliche Rechtsgutverletzung (wissentliches und willentliches Zusammenwirken, gerichtet auf eine Rechtsgutverletzung)

(2) vorsätzliches Zusammenwirken, fahrlässige Rechtsgutverletzung (wissentliches und willentliches Zusammenwirken, gerichtet auf ein haftpflichtrechtlich neutrales Ziel)

(3) fahrlässiges Zusammenwirken, vorsätzliche Rechtsgutverletzung (unbewusste oder für möglich gehaltene, aber nicht gewollte Mitwirkung an wissentlicher und willentlicher Rechtsgutverletzung durch unmittelbaren Schädiger)

(4) fahrlässiges Zusammenwirken, fahrlässige Rechtsgutverletzung (unbewusstes oder für möglich gehaltenes Zusammenwirken, resultierend in unbewusster oder für möglich gehaltener, aber nicht gewollter Rechtsgutverletzung)

Der zweite Parameter ist der *Kausalzusammenhang* zwischen dem Handeln des Einzelnen und der durch mehrere zugefügten Schädigung. Welche Einwirkung des Beteiligten auf die Rechtsgutverletzung ist notwendig, um ihn solidarisch mit seinen Mittätern und Teilnehmern haften zu lassen? Umgekehrt ist zu fragen, wie weit der Haftungsumfang eines Beteiligten, der einen bestimmten kausalen Beitrag geleistet hat, zu ziehen ist.

§ 12 Grundlegendes Haftungskonzept

Hinsichtlich des notwendigen Verschuldensgrades ist nach österreichischem und US-amerikanischem Vorbild ein vorsätzliches Zusammenwirken zu fordern. Es muss mithin ein gemeinschaftlicher Wille unter den einzelnen Beteiligten bestanden haben. Dieser muss jedoch, entgegen der in Deutschland vorherrschenden Meinung, nicht notwendigerweise auch auf die Schädigung gerichtet gewesen sein. Es genügt, wenn er die gemeinschaftliche, sorgfalts- und damit rechtswidrige Handlung umfasste, die zur Rechtsgutverletzung und schliesslich zum Schaden führte. Damit fallen die Konstellationen (1) und (2) unter die Mittäterschaft und Teilnahme.

Die Bedeutung dieser Qualifikation zeigt sich über die untersuchten Rechtsordnungen hinweg insbesondere beim zweiten identifizierten Parameter, dem Kausalzusammenhang. Wo Kausalverläufe unklar sind, etwa wo nicht mit Sicherheit gesagt werden kann, welcher von zwei gemeinschaftlich handelnden Angreifern dem Geschädigten eine bestimmte Verletzung zugefügt hat, haften beide. Darüber hinaus erfolgt eine Zurechnung fremder Kausalbeiträge. So haftet jeder Angreifer auch für die Verletzungen, die nachweislich der jeweils andere verursacht hat. Art. 50 OR kommt damit, entgegen dem in der Schweiz üblichen Verständnis, eine *haftungsausweitende Funktion* zu.

Zu rechtfertigen ist dieser Ausweitungsmechanismus nicht, wie zuweilen behauptet wird, durch eine besondere Gefährlichkeit gemeinschaftlicher Handlungen. Stattdessen liegt seine Begründung im *gemeinschaftlichen Willen* der Beteiligten. Damit soll nicht etwa eine besondere Verwerflichkeit des Handelns gesühnt werden – ein solches Argument wäre im Haftpflichtrecht verfehlt. Vielmehr steht dahinter die Überlegung, dass ein jeder die schadensgerichteten Handlungen der übrigen Mittäter und Teilnehmer guthiess oder zumindest mit ihnen rechnete und die Entscheidung traf, das eigene Verhalten auf dasjenige der anderen Beteiligten auszurichten. Dies gilt einerseits, wenn die Beteiligten einen schadensgerichteten gemeinschaftlichen Vorsatz hatten. Es muss andererseits ebenso gelten, wenn dieser Vorsatz auf eine gemeinschaftliche, rechts- und sorgfaltswidrige Handlung gerichtet war, die ungewollt eine Rechtsgutverletzung zur Folge hatte. Dieser gemeinschaftliche Wille legitimiert nach der hier vertretenen Auffassung eine *Kausalitätsfiktion*: Der einzelne Mittäter respek-

tive Teilnehmer muss sich im Umfang seines Willens auch die Handlungen der übrigen Beteiligten anrechnen lassen, ohne dass ihm ein Entlastungsbeweis zustehen würde. Umgekehrt haftet er nicht für Handlungen eines Beteiligten, die im Sinne eines Exzesses über das vom gemeinschaftlichen Willen Umfasste hinausgehen.

Dieser Mechanismus darf jedoch nicht zu einer reinen Gesinnungshaftung verkommen. In jedem Fall muss sich der Wille in einem äusseren Verhalten manifestiert haben, welches objektiv geeignet war, die fragliche Schädigung zumindest zu unterstützen. Der Einzelne muss sich mithin in irgendeiner Form am gemeinsamen Unterfangen beteiligt haben, wobei die Beteiligung auch in einer rein psychischen Unterstützung bestehen kann. Nicht notwendig ist hingegen, dass sein Beitrag tatsächlich kausal für die Rechtsgutverletzung war.

Diese Ausführungen verdeutlichen, dass die in der Schweiz vertretene Ansicht, wonach auch ein fahrlässiges Zusammenwirken (also die Konstellationen [3] und [4]) für eine Mittäterschaft und Teilnahme genügen soll, zu weit geht. Sachlogisch ist in Fällen, in denen nicht vorsätzlich kooperiert wurde, ein gemeinschaftlicher Wille nicht denkbar. Damit entfällt auch die Begründung für eine Haftungsausweitung. Entsprechend sind die Beteiligten in solchen Konstellationen als voneinander unabhängige Nebentäter zu betrachten. Die Haftung wird folglich für jeden einzelnen Beteiligten anhand der jeweiligen Voraussetzungen individuell beurteilt.

§ 13 Auswirkungen auf spezifische Fallgruppen

Die soeben dargestellten Leitlinien bereiten in kleinräumigen Sachverhalten keine grundlegenden Schwierigkeiten. Wo drei Kinder mit Zündhölzern spielen oder zwei Angreifer auf einen Dritten einprügeln, kann es nicht darauf ankommen, wer das den Brand auslösende Zündholz fallen gelassen oder wer dem Verletzten den Schlag ins Gesicht verpasst hat.

Schwieriger sind Rechtsgutverletzungen, an denen eine Vielzahl von Personen in unterschiedlichen Funktionen und mit unterschiedlichen Kenntnisständen mitwirkt. So muss bei Persönlichkeits- und Urheberrechtsverletzungen durch Medien stets überprüft werden, ob der beteiligten Person, etwa dem Druckereiunternehmen, das einen persönlichkeitsverletzenden Artikel einer Zeitungsredaktion druckt, der rechtswidrige Charakter der gemeinschaftlichen Handlung bekannt war. Wo dies verneint werden muss, fällt eine Haftung aus Mittäterschaft und Teilnahme ausser Betracht. Infrage kommt dann gegebenenfalls noch eine Haftung aus Nebentäterschaft, sofern die Unkenntnis der Rechtswidrigkeit auf eine Sorgfaltspflichtverletzung der Druckerei zurückzuführen ist.

Besonders heikle Fragen stellen sich im Zusammenhang mit der Haftung von *Internet-Service-Providern*. Die von *Access-* und *Hosting-Providern* oder Internetplattformbetreibern wie etwa *YouTube* bereitgestellten Angebote sind automatisiert und einer Vielzahl von Nutzerinnen und Nutzern zugänglich. Verwenden einige von ihnen die Angebote, um damit z.B. Urheberrechte zu verletzen, stellt sich die Frage nach der Haftung der Anbieter dieser Dienste. Die offensichtliche Gefahr der Haftungsausuferung, gepaart mit den Besonderheiten der ubiquitären Internetumgebung, hat Gesetzgeber in den USA und in der Europäischen Union dazu bewogen, gewisse Haftungsfragen spezialgesetzlich zu regeln. In der Schweiz wurde, zumindest für den Bereich der reparatorischen Ansprüche, auf solche spezialgesetzlichen Lösungen verzichtet. Stattdessen gilt für Schadenersatzansprüche Art. 50 OR. Die Erkenntnisse aus der vorliegenden Arbeit zeigen, dass dies ein gangbarer Weg ist, sofern der Anwendungsbereich der Mittäterschaft und Teilnahme und somit derjenige der echten Solidarität nach Art. 50 OR konsequent auf ein bewusstes Zusammenwirken beschränkt wird. Des Weiteren ist dem Umstand Rechnung zu tragen, dass der historische Gesetzgeber hinsichtlich von Art. 50 OR kleinräumige Si-

tuationen vor Augen hatte, in denen die Einwirkung des Mittäters oder Gehilfen auf den eigentlichen Schädiger mehr oder minder unmittelbar war. Dieses Unmittelbarkeitselement ist auf die Providerhaftung zu übertragen. Eine Haftung setzt mithin voraus, dass der Internet-Service-Provider die Ebene des neutralen Dienstleisters verlässt und in ein unmittelbares kognitives Näheverhältnis zum Schädiger rückt. Dieses Näheverhältnis ist bei einem *Access-Provider*, der lediglich den Zugang zum Internet gewährt, von vorneherein zu verneinen. Bei *Hosting-Providern* respektive Betreibern von Online-Plattformen hingegen ist zu fordern, dass der Provider Kenntnis von einer spezifischen, auf seiner Plattform sich abspielenden Rechtsgutverletzung hatte. Nur wenn dieses Wissen vorhanden war und der Betreiber sich bewusst entscheidet, seine Plattform weiterhin für diese Verletzung zur Verfügung zu stellen, kann auch ein Wille zur Unterstützung der Haupttat bejaht werden und darf eine Haftung greifen. In der Praxis spielen insbesondere Hinweise von Rechteinhabern auf konkrete Rechtsverletzungen eine Rolle, durch die der Provider das erforderliche Mass an Wissen erreicht.

Diese Überlegungen können generell auf Dienstleistungserbringer und Warenanbieter übertragen werden, deren – im Grundsatz neutrale – Produkte im Einzelfall für deliktische Zwecke missbraucht werden. Im deutschen Haftpflicht- und im schweizerischen Strafrecht besteht ein Bewusstsein dafür, dass nicht jede «berufstypische» oder «sozialadäquate» Handlung die Gefahr einer Haftung nach sich ziehen soll. Zur Haftungseingrenzung werden dabei unterschiedliche Mechanismen vorgeschlagen; unter anderem wird eine «Unrechtsvereinbarung» zwischen dem Gehilfen und dem unmittelbaren Schädiger gefordert. Einfacher ist dem Problem jedoch beizukommen, indem man sich auf den *gemeinschaftlichen Willen* als grundlegende Voraussetzung der mittäterschaftlichen Haftung zurückbesinnt. Entscheidend ist hier zum einen das Wissen des potenziellen Gehilfen um die Hilfestellung zu einer *konkreten* Rechtsgutverletzung. Zum anderen muss das Wissen eine hinreichende Intensität aufweisen. Demjenigen, der im vollen Bewusstsein des sicheren deliktischen Verwendungszwecks einen Gegenstand verkauft bzw. eine Dienstleistung zur Verfügung stellt, kann nicht der Einwand zugestanden werden, er habe diese Hilfestellung zum Delikt nicht auch gewollt. Eine darüber hinausgehende Haftung müsste sich hingegen auf die Nebentäterschaft und eine Verlet-

zung berufsmässiger Pflichten stützen. Solche Pflichten zu konkretisieren und damit das gesellschaftlich erwünschte Mass an Sorgfalt festzulegen, obliegt dabei dem Gesetzgeber.

Eine besondere Herausforderung stellt sodann die Haftung für Schäden anlässlich von Massenveranstaltungen dar. Deliktische Handlungen werden hier aus einer anonymen Masse heraus verübt, bei der die Präsenz vieler dem Einzelnen das Gefühl von Stärke vermittelt und zugleich die Identifizierung des unmittelbaren Schädigers deutlich erschwert. Daneben ist die Grundrechtsrelevanz von öffentlichen Meinungskundgebungen zu berücksichtigen. Keinesfalls darf die Haftung derart weit ausgedehnt werden, dass sie das Recht auf Meinungs- und Versammlungsfreiheit untergräbt. Um dieses komplexe Zusammenspiel vieler Elemente in eine für die Haftungsanalyse nutzbare Form zu giessen, wurde vorliegend ein Ansatz gewählt, bei dem verschiedene Faktoren gegeneinander abgewogen werden. Aus der umfangreichen Rechtsprechung wurden wiederkehrende Aspekte isoliert, die regelmässig für oder wider eine Haftung eines Demonstrationsteilnehmers sprechen. Wie im Einzelfall zu entscheiden ist, bestimmt sich nach einer Gesamtschau dieser Faktoren. Zunächst ist der Charakter der Massenveranstaltung zu berücksichtigen. Während die Teilnahme an einer grundsätzlich friedlichen Meinungskundgebung haftungsrechtlich nicht relevant ist, stellt die Teilnahme an einer im Grundsatz auf Gewalt ausgelegten Demonstration bereits einen gewichtigen Faktor dar, der für eine Haftung spricht. Gerade bei einer Veranstaltung von überschaubarer Grösse kann argumentiert werden, mit der Teilnahme gehe bereits ein Vorsatz, die im Vorfeld der Veranstaltung angekündigten Rechtsgutverletzungen zu unterstützen, einher. Allerdings ist zu unterstreichen, dass es eine reine Gesinnungshaftung nicht gibt. Der fragliche Teilnehmer muss denn auch über die blosse Teilnahme hinaus in irgendeiner Form auf eine konkrete Schädigung eingewirkt haben. Dabei ist insbesondere die Abgrenzung zwischen dem blossen passiven Dabeistehen, welches grundsätzlich keine Haftung nach sich ziehen darf, und einer aktiven Unterstützung zentral.

§ 14 Haftung bei alternativer Kausalität

Mit der Rückführung des Anwendungsbereichs von Art. 50 OR auf vorsätzliches Zusammenwirken stellt sich verstärkt die Frage nach der Haftung voneinander unabhängiger Täter bei alternativer Kausalität. Sie ist im schweizerischen Obligationenrecht nicht ausdrücklich geregelt, ist dem schweizerischen Rechtsdenken jedoch nicht fremd, wie etwa Gesetzesmaterialien zur Revision des Obligationenrechts von 1881 zeigen. Sie wird auch im deutschen, österreichischen und US-amerikanischen Zivilrecht als wünschenswert erachtet und bejaht. Die Begründung leuchtet grundsätzlich ein: Die potenziellen Täter haben durch ihr jeweils sorgfaltswidriges Verhalten den Geschädigten in seine Beweisnot gebracht. Es erscheint daher gerechter, die möglichen Schädiger haften zu lassen, die abgesehen vom Kausalzusammenhang sämtliche Tatbestandsvoraussetzungen mit Sicherheit erfüllt haben, als den Geschädigten leer ausgehen zu lassen. Dabei muss, da es eben gerade am gemeinschaftlichen Willen fehlt, dem Einzelnen der Beweis zustehen, sein Verhalten sei für die Rechtsgutverletzung nicht kausal gewesen. Allerdings muss anerkannt werden, dass eine solche Haftung auf einer Wertungsentscheidung beruht und kausalitätstechnisch auf tönernen Füssen steht. Eine vermittelnde Lösung, die sowohl den Interessen des Geschädigten als auch der potenziellen Schädiger Rechnung trägt, ist eine – in der Schweiz bereits mehrfach vorgeschlagene – *anteilsmässige Haftung* unter den möglichen Verursachern. Jedem von ihnen steht dabei weiterhin der Entlastungsbeweis zu. Gelingt er, verteilt sich die Schadenersatzsumme auf die verbleibenden (potenziellen) Schädiger.

Lebenslauf

Nadia Kuźniar studierte an den Universitäten St. Gallen und Santa Clara, Kalifornien. Sie promovierte an der Universität St. Gallen. Im Rahmen ihrer Dissertation forschte sie ausserdem als Fellow des Schweizerischen Nationalfonds an der University of California, Berkeley. Sie erwarb das Anwaltspatent im Jahr 2022. Aktuell ist sie als Anwältin in einer Zürcher Wirtschaftskanzlei tätig.