

 jetzt bestellen

Theorie und Praxis des Unternehmensrechts

Festschrift zu Ehren von Lukas Handschin

Herausgegeben von

Peter Jung
Frédéric Krauskopf
Conradin Cramer



Schulthess 

Theorie und Praxis des Unternehmensrechts

Festschrift zu Ehren von Lukas Handschin

Herausgegeben von

Peter Jung
Frédéric Krauskopf
Conradin Cramer

Bibliografische Information der Deutschen Nationalbibliothek

Die Deutsche Nationalbibliothek verzeichnet diese Publikation in der Deutschen Nationalbibliografie; detaillierte bibliografische Daten sind im Internet über <http://dnb.d-nb.de> abrufbar.

Alle Rechte, auch die des Nachdrucks von Auszügen, vorbehalten. Jede Verwertung ist ohne Zustimmung des Verlages unzulässig. Dies gilt insbesondere für Vervielfältigungen, Übersetzungen, Mikroverfilmungen und die Einspeicherung und Verarbeitung in elektronische Systeme.

© Schulthess Juristische Medien AG, Zürich · Basel · Genf 2020
ISBN 978-3-7255-7962-4

www.schulthess.com

Inhaltsverzeichnis

Vorwort	V
BÄRTSCHI HARALD Vom papierlosen Wertpapier zum Robo-Verwaltungsrat: Gesellschaftsrecht im digitalen Wandel	1
BEHNISCH URS R./OPEL ANDREA Grenzen der Massgeblichkeit und Gestaltungsmöglichkeiten	19
BRAENDLI BEAT Internationalisierung des schweizerischen Gesellschafts- und Rechnungslegungsrechts	31
BREITENMOSER STEPHAN/WEYENETH ROBERT Wann und was das öffentliche Recht vom Privatrecht lernen kann	57
BÜHLER CHRISTOPH B. Public Corporate Governance: Wie der Bund seine ausgegliederten Unternehmen steuert	75
CRAMER CONRADIN Zwischen Pragmatismus und Zahlenmagie – Die zwingende Zahl der Gründer und Gesellschafter im schweizerischen Gesellschaftsrecht	103
DIEM HANS-JAKOB Der selektive Aktienrückkauf	117
DRUEY JEAN NICOLAS Das Prinzip des Wohlwollens	135
EBERLE RETO Berichterstattung weiter gedacht – Überlegungen zur Zukunft der Jahresrechnung	147
EMMENEGGER SUSAN/REBER MARTINA Zahlungsströme im Konzern: Aufsichtsrechtliche Folgen der Retrozessionsrechtsprechung	165
FANKHAUSER ROLAND/FISCHER NADJA Das minderjährige Vereinsmitglied	175
	VII

FLEISCHER HOLGER	
Idiosynkrasien im deutschen Personengesellschaftsrecht aus schweizerischer Sicht	189
FORSTMOSER PETER	
Plädoyer für eine Reform des Genossenschaftsrechts	205
FUKUTAKI HIROYUKI	
Die Übernahme der Business Judgment Rule und ihre dogmatische Einordnung in das japanische Aktienrecht	237
GLANZMANN LUKAS/GUIDOUM SAMMY	
Die gesetzliche Kapitalreserve – Bilanzieller Ausweis, Bestandteile und Ausschüttung	251
GLESS SABINE	
Konzernverantwortung – Entwicklungslinien aus strafrechtlicher Sicht	265
HAAS ULRICH/HESSERT BJÖRN	
The legal regime applicable to disciplinary measures by sports associations – one size does not fit all	279
HAFNER FELIX/REIMANN MARTIN	
Die Meldung von Missständen (Whistleblowing) im öffentlichen Dienstrecht	293
HUNKELER DANIEL/WOHL GEORG J./SCHÖNMANN ZENO	
COVID-19-Verordnung Insolvenzrecht – Massnahmen des Bundes gegen Massenkonkurse	311
JENNY DAVID	
Corporate Governance staatlich beherrschter Unternehmen: Einige Überlegungen am Beispiel der politischen Debatten im Kanton Basel-Stadt	335
JUNG PETER	
Verträge der Personengesellschaft mit ihren Gesellschaftern	347
JUTZI THOMAS/HERZOG MARTINA	
Transparenz im Genossenschaftsrecht: Selbstzweck oder Bestandteil der Corporate Governance?	363
KENEL LUCA	
Die Publizität der Rechnungslegung im internationalen Vergleich	391

KRAMER ERNST A.	
Anmerkungen zur Publizität des Handelsregisters (aus Anlass der Neuregelung in Art. 936b OR)	405
KRAUSKOPF FRÉDÉRIC/FINK JOEL	
Die neuen Verjährungsfristen und die auftragsrechtliche Aktenaufbewahrung	417
KULL MICHAEL	
Die Manifestation politischer Ansichten durch Berufsfussballer in der Schweiz – eine rechtliche Auslegeordnung	441
LENGAUER DANIEL	
Corporate Governance in Genossenschaftsverbänden	457
MABILLARD RAMON	
Kreditgebende Banken in der Sanierung – Von der rechtlichen Bedeutung des Sanierungskonzepts	475
MÜLLER KARIN/FELLMANN WALTER/LEU SIMON	
Mehrwertbeteiligung eines einfachen Gesellschafters bei der Liquidation der Gesellschaft	491
MÜLLER LUKAS/MUSLIU NAGIHAN	
Die drohende Zahlungsunfähigkeit und die damit verbundenen finanziellen Führungsaufgaben des Verwaltungsrats	501
NOBEL PETER	
Zu Corporate Governance	519
PÄRLI KURT/OBERHAUSSER CAMILL	
Die arbeitslosenversicherungsrechtliche Einordnung von Verwaltungsrätin, Geschäftsführer und Co. – Ein Kurzüberblick	531
PIETH MARK/ZERBES INGEBORG	
«Beaching»	547
RÜEGG ERICH	
Die Haftung für Grundstückskontaminationen bei Unternehmenstransaktionen . . .	561
SCHMID JÖRG	
Einfache Gesellschaft und Miteigentümergeinschaft bei Grundstücken	573

SCHROETER ULRICH G.	
Die Fremdwährungssubstitutionsbefugnis des Zahlungsschuldners (Art. 84 Abs. 2 OR) im internationalen Handel	585
SIMONIELLO DANIELE	
Die Aktie ohne Dividende	599
STAEHELIN DANIEL	
Das Retentionsverzeichnis in der Nachlassstundung	611
STRUB YAEL	
Die Beendigung der Hinterlegung von Sportpferden	619
SUTTER-SOMM THOMAS/AMMANN DARIO	
Vorprozessuale Vergleiche über erbrechtliche Gestaltungs- klagerechte	635
TANNER BRIGITTE	
Der Stichentscheid des Vorsitzenden in der Generalversammlung der Aktien- gesellschaft – eine Standortbestimmung	653
TRIGO TRINDADE RITA	
Droits d’emption dans les statuts d’une SARL	675
TROXLER TIZIAN	
Die Entwicklung des schweizerischen Genossenschaftsrechts	691
TRUNIGER CHRISTOF/WERNER MARTIN	
Die Koordination der werkvertraglichen Ansprüche der Stockwerkeigentümer	709
TSCHÄNI RUDOLF	
Vinkulierung: Building Trust nach SIKA	721
VIONNET-RIEDERER FLURIN/BATSCHWAROFF BLANKA	
Auslegungsmaximen im Rechnungslegungs- und Stiftungsrecht	731
VONZUN RETO	
Die einfache Gesellschaft im Zivilprozess – ausgewählte Fragen	751
WATTER ROLF/BÄNZIGER MICHAEL	
Die Business Judgment Rule in der Praxis – Unternehmensinterne Entscheidungs- verfahren im Lichte der bundesgerichtlichen Rechtsprechung	767

WIDMER LÜCHINGER CORINNE	
Die Haftung von Banken bei Menschenrechtsverletzungen durch ausländische Staaten – zugleich ein Beitrag zu Art. 41 und 50 OR	785
WOHLERS WOLFGANG	
«Exzessive» Managersaläre – ein Problem des Strafrechts?	801
YANAGA MASAO	
Accounting and Auditing for SMEs in Japan	819
ZECH HERBERT/VALLONE VERA	
Immaterialgüter als Sacheinlage	833
ZELLWEGER CASPAR/ZURKINDEN PHILIPP	
Ausdehnung der Sanktionstatbestände und die bundesgerichtliche Schaffung von rechtsfreiem Raum für staatliches Handeln im schweizerischen Kartellrecht	847
Verzeichnis der Schriften von Lukas Handschin	861

Die Haftung von Banken bei Menschenrechtsverletzungen durch ausländische Staaten – zugleich ein Beitrag zu Art. 41 und 50 OR

CORINNE WIDMER LÜCHINGER*

Inhaltsverzeichnis

I. Fragestellung	786
II. <i>Kashef v. BNP Paribas</i>	786
1. Entscheidung des US District Court for the Southern District of New York (2018)	786
2. Berufungsentscheid des US Court of Appeals for the Second Circuit (2019)	788
3. Die Sanktionen gegen den Sudan	789
3.1 US-Sanktionen	789
3.2 Sanktionen der Schweiz	790
III. Mögliche Haftungsgrundlagen	790
1. Haftung aus Art. 41 Abs. 1 OR?	791
1.1 Widerrechtlichkeit	791
a) Bankdienstleistungen als bloss mittelbare Rechtsgutverletzung	791
b) Verstoss gegen ausländische Sanktionen	791
c) Verstoss gegen schweizerische Sanktionen	792
d) Ungeschriebene Schutznormen	792
e) Kollisionsrechtliche Berücksichtigung ausländischen Rechts	794
f) Konzernverantwortungsinitiative	794
1.2 Kausalität	794
2. Haftung aus Art. 50 Abs. 1 OR?	795
2.1 Die Streitfrage	795
2.2 Die Rechtsprechung des Bundesgerichts	796
2.3 Gemeinsames Verschulden und gemeinsame Verursachung	799
IV. Schlusswort	800

* Prof. Dr. iur., Universität Basel. Ich danke Oona Rotzler, BLaw, und Lea Spahr, MLaw, für die Unterstützung bei der Literaturrecherche. Für den Hinweis auf den Entscheid i.S. *Kashef v. BNP Paribas* danke ich Prof. Franz Werro, Universität Fribourg.

I. Fragestellung

Die Konzernverantwortungsinitiative¹ verlangt vom Bund, gesetzliche Massnahmen zu treffen, welche Unternehmen "zu einer umfassenden risikobasierten Sorgfaltsprüfung im Hinblick auf die Einhaltung international anerkannter Menschenrechte und Umweltstandards verpflichten".² Der von den Initianten formulierte neue Art. 101a BV sieht in seinem Absatz 2 lit. c vor, dass Unternehmen mit Sitz, Hauptverwaltung oder Hauptniederlassung in der Schweiz "auch für den Schaden [haften], den durch sie kontrollierte Unternehmen aufgrund der Verletzung von international anerkannten Menschenrechten oder internationalen Umweltstandards in Ausübung ihrer geschäftlichen Verrichtung verursacht haben (...)." Vom Wortlaut dieser Bestimmung nicht erfasst ist die Frage der Haftung von Banken, die durch ihre Finanzdienstleistungen mittelbar zu Menschenrechtsverletzungen eines ausländischen Staates beitragen,³ denn dabei handelt es sich nicht um ein "kontrolliertes Unternehmen".

Im Folgenden soll der Frage nachgegangen werden, ob eine solche Haftung der Banken *de lege lata* möglich ist, sei es gestützt auf Art. 41 Abs. 1 OR, sei es gestützt auf Art. 50 Abs. 1 OR. Zur Illustration dient der Entscheid *Kashef v. BNP Paribas* des US District Court for the Southern District of New York vom 30. März 2018,⁴ in dem u.a. die Anwendung schweizerischen Rechts auf ausservertragliche Ansprüche von Opfern des sudanesischen Regimes unter Omar al-Baschir zur Diskussion stand.

II. *Kashef v. BNP Paribas*

1. Entscheid des US District Court for the Southern District of New York (2018)

Die Kläger, sudanesische Flüchtlinge mit Wohnsitz in den USA, waren Opfer von Gräueltaten gewesen, welche das sudanesisches Regime von 1997 bis 2009 an den eigenen Staatsangehörigen beging. Sie klagten als Vertreter einer "*putative class action*" vor dem US District Court for the Southern District of New York gegen die französische Bank BNP Paribas S.A. und verschiedene ihrer Tochtergesellschaften (im Folgenden: BNPP) und Mitarbeiter mit der Begründung, dass diese "*conspired with and aided and abetted the Sudanese regime in its commission of widespread atrocities, including murder, mass rape, torture, and deliberate infection with HIV*".⁵

BNPP war von 1997 bis 2007 die Hauptbank des sudanesischen Regimes. Durch ihre Dienstleistungen ermöglichte sie dem sudanesischen Staat insbesondere den Zugang zum

¹ Volksinitiative "Für verantwortungsvolle Unternehmen – zum Schutz von Mensch und Umwelt" vom 10.10.2016.

² Botschaft des Bundesrates vom 15.9.2017 zur Konzernverantwortungsinitiative, 17.060, BBl 2017, 6335, 6336.

³ Siehe jedoch zu Art. 101a Abs. 2 lit. b BV gemäss Initiativtext unten III.1.1.f.

⁴ 316 F.Supp.3d 770 (S.D.N.Y. 2018). Zum Berufungsentscheid des US Court of Appeals, Second Circuit, vom 22.5.2019 siehe unten II.2.

⁵ 925 F.3d 53, 55 (2d Cir. 2019).

US-amerikanischen Finanzmarkt, in Umgehung der US-Sanktionen gegen den Sudan.⁶ Bereits vor dem Zivilverfahren hatte sich BNPP verschiedener Straftaten unter der amerikanischen Bundes- und Einzelstaatengesetzgebung für schuldig bekannt. Wegen der Verletzung des International Emergency Economic Powers Act und des Trading with the Enemy Act musste BNPP Strafzahlungen von fast 9 Milliarden US-Dollar leisten.⁷ BNPP hatte zugegeben, von den Gräueltaten des sudanesischen Regimes gewusst zu haben.⁸

Im Zivilverfahren akzeptierte das Gericht die Darstellung der Kläger, dass BNPP "*provided Sudan with financial resources knowing that Sudan was committing atrocities, knowing that the purpose of the [US] sanctions was to prevent Sudan from acquiring funds with which to carry out those atrocities, and knowing that Sudan's likely purpose in using the US financial markets for illegal oil sales was to acquire billions of US dollars to purchase the weapons and materials used by militia forces*".⁹

Nach dem Kollisionsrecht des Staates New York unterstehen ausservertragliche Ansprüche gegenüber einer ausländischen Gesellschaft dem Recht jener Rechtsordnung, welche "*the greatest interest in the litigation*" hat. Zur Diskussion standen einerseits das sudanesisches Recht als Recht am Erfolgsort der unerlaubten Handlung und andererseits das schweizerische Recht als Recht am Handlungsort. Die finanziellen Dienstleistungen der BNPP, die gegen die US-Sanktionen verstiessen, waren nämlich hauptsächlich von der BNP Paribas (Suisse) S.A. mit Sitz in Genf abgewickelt worden. Die Zuständigkeit zur Beurteilung der ausservertraglichen Ansprüche wurde vom erstinstanzlichen Gericht nicht thematisiert, folgte jedoch vermutlich daraus, dass zu den BNPP-Beklagten nicht nur die französische Muttergesellschaft, sondern auch die BNP Paribas North America, Inc. mit Sitz in Delaware sowie die New Yorker Zweigniederlassung (BNP Paribas S.A., New York Branch) gehörte.

Die Beklagten beriefen sich u.a. darauf, dass eine Haftung nach schweizerischem Recht am fehlenden Kausalzusammenhang scheitern würde. Aufgrund der zurückhaltenden Rechtsprechung des Bundesgerichts zum Kausalitätserfordernis könne insbesondere nicht davon ausgegangen werden, dass die Erbringung finanzieller Dienstleistungen durch eine Bank als *conditio sine qua non* für die behaupteten Rechtsgutverletzungen der Kläger betrachtet würde. Ausserdem stelle Art. 50 Abs. 1 OR keine selbständige Haftungsgrundlage dar. Die Bestimmung ordne die solidarische Haftung eines Gehilfen vielmehr nur für den Fall an, dass die Haftungsvoraussetzungen auch bei diesem erfüllt seien.

Die Kläger hingegen machten geltend, dass Art. 50 Abs. 1 OR als eigenständige Haftungsgrundlage zu qualifizieren sei. Der Gehilfe hafte aufgrund dieser Norm auch dann, wenn sein Verhalten für sich alleine nicht als unerlaubte Handlung zu qualifizieren sei, eine Verantwortlichkeit also sonst nicht bestehen würde.

Das New Yorker Gericht musste sich – zumindest vorerst – weder zur Anwendbarkeit des schweizerischen Rechts noch zur umstrittenen Auslegung von Art. 50 Abs. 1 OR äussern. Die erstinstanzliche RichterIn, the Honorable Alison J. Nathan, wies jene Klagen, welche sich auf die "*secondary liability*" der BNPP als Gehilfin abstützten, nämlich aufgrund der

⁶ 316 F.Supp.3d 770, 774 f. (S.D.N.Y. 2018).

⁷ Pressemitteilung des Department of Justice vom 1.5.2015, abrufbar unter <www.justice.gov/opa/pr/bnp-paribas-sentenced-conspiring-violate-international-emergency-economic-powers-act-and> (1.6.2020).

⁸ 925 F.3d 53, 56 (2d Cir. 2019).

⁹ Vgl. 925 F.3d 53, 57 (2d Cir. 2019).

sogenannten Act of State Doctrine ab.¹⁰ Danach ist es nicht Aufgabe der Gerichte, die Rechtmässigkeit von Handlungen ausländischer Staaten innerhalb ihres Territoriums zu beurteilen. Es handelt sich dabei vielmehr um eine Prärogative der politischen Behörden.¹¹ Die Act of State Doctrine verbietet amerikanischen Gerichten, Amtshandlungen ausländischer Staaten für ungültig und damit für unwirksam zu erklären: "*Every sovereign state is bound to respect the independence of every other sovereign state, and the courts of one country will not sit in judgment on the acts of the government of another, done within its own territory. Redress of grievances by reason of such acts must be obtained through the means open to be availed of by sovereign powers as between themselves.*"¹²

Nach Ansicht von Richterin Nathan verbot die Act of State Doctrine dem Gericht von vornherein, eine Haftung der BNPP für ihre Unterstützung des sudanesischen Regimes zu bejahen, da dies notwendigerweise eine Verurteilung der Handlungen des Sudan voraussetzen würde: "*In order to impose such liability, the Court would be obligated to conclude that the actions of the Government of Sudan, occurring within the then-existing territorial borders of Sudan, against the people of Sudan, amounted to state law violations of the law of battery, assault, false arrest and imprisonment, wrongful taking, and wrongful death.*"¹³ Dies sei dem Gericht jedoch aufgrund der Act of State Doctrine verwehrt. Klagen gegen eine Privatperson seien ausgeschlossen, wenn der Kausalzusammenhang zwischen der behaupteten unerlaubten Handlung und der Rechtsgutverletzung nicht festgestellt werden könne, ohne zugleich die Motive des ausländischen Staates zu hinterfragen.¹⁴ Damit erübrigte sich zugleich eine Bestimmung des anwendbaren Deliktsstatuts.

2. Berufungsentscheid des US Court of Appeals for the Second Circuit (2019)

Auf Berufung der Kläger hin hob der US Court of Appeals for the Second Circuit den Entscheid auf und wies die Streitsache mit Urteil vom 22. Mai 2019 an die Vorinstanz zurück.¹⁵ Unter Verweis auf die Rechtsprechung des Supreme Court hielt das Berufungsgericht fest, die Act of State Doctrine greife nur, wenn der Rechtsstreit die *Gültigkeit* eines ausländischen Staatsaktes betreffe, nicht aber, wenn es lediglich um die Feststellung gehe, ob der betreffende Akt *stattgefunden* habe. Die Act of State Doctrine verhindere nicht, dass amerikanische Gerichte den Genozid des sudanesischen Regimes beurteilten. Dieser könne auch nicht als Amtshandlung ("*official act*") betrachtet werden, da es sich beim Genozid nicht um "*officially sanctioned policies*" des Sudan gehandelt und er ausserdem gegen die sudanesishe Verfassung verstossen habe. Schliesslich seien Verstösse gegen Normen des internationalen *ius cogens* (zu denen das Berufungsgericht auch Massenvergewaltigungen und ethnische Säuberungen rechnete) so oder so von der Act of State Doctrine ausgenommen. Die Abweisung von Klagen, die sich auf solche Verstösse abstützten, hätte, so das Gericht, zur Folge, dass diese von amerikanischen Gerichten als "gültig" ("*valid*") qualifiziert werden müssten. Dies sei jedoch ausgeschlossen, denn "*our precedent prohibits us*

¹⁰ 316 F.Supp.3d 770, 776 ff., 784 (S.D.N.Y. 2018).

¹¹ ZK IPRG/VISCHER/WIDMER LÜCHINGER, Art. 17 N 45 m.w.H.

¹² *Underhill v. Hernandez*, 168 U.S. 250, 252 (1897); vgl. insbesondere auch *Banco Nacional de Cuba v. Sabbatino*, 376 U.S. 398, 416 (1964).

¹³ 316 F.Supp.3d 770, 777 (S.D.N.Y. 2018).

¹⁴ A.a.O.

¹⁵ 925 F.3d 53 (2d Cir. 2019).

*from deeming valid violations of non-derogable jus cogens norms, "irrespective of the consent or practice of a given State"(...). [W]e conclude that the atrocities to which BNPP asks us to defer can never be the basis of a rule of decision capable of triggering the act of state doctrine."*¹⁶

Die Vorinstanz wird nun zu beurteilen haben, ob BNPP für den Schaden haftet, den die Kläger infolge der Handlungen des Sudans erlitten haben.¹⁷

3. Die Sanktionen gegen den Sudan

3.1 US-Sanktionen

1993 wurde der Sudan vom US-Außenministerium auf die Liste der "State Sponsors of Terrorism" gesetzt. Im November 1997 verhängten die USA umfassende Wirtschafts-, Handels- und Finanzsanktionen gegen den Sudan. Mit Executive Order 13067 führte der damalige Präsident Clinton ein Handelsembargo gegen den gesamten Sudan sowie eine umfassende Blockade der sudanesischen Regierung ein.

2002 verabschiedete der US-amerikanische Kongress den Sudan Peace Act, mit dem u.a. der Genozid und die andauernden Menschenrechtsverletzungen im Sudan verurteilt wurden und der amerikanische Präsident ermächtigt wurde, weitere Sanktionen zu verhängen.¹⁸

Als Reaktion auf die Resolution 1591 des Sicherheitsrates der Vereinten Nationen vom 29. März 2005¹⁹ blockierte Präsident Bush im April 2006 mit Executive Order 13400 die Vermögenswerte von bestimmten Personen, die an den Gewalttaten in Darfur beteiligt waren.

Im Oktober 2006 wurde Executive Order 13412 erlassen, mit dem die damalige regionale Regierung des Südsudan von den seit 1997 geltenden Sanktionen ausgenommen wurde. Der Executive Order verbot ausserdem alle Transaktionen von US-Personen in Verbindung mit der sudanesischen Erdöl- und Petrochemieindustrie.

Am 1. Juli 1998 traten die Sudanese Sanctions Regulations (SSR) in Kraft, welche zur Umsetzung des Executive Order 13067 vom Office of Foreign Assets Control (OFAC) des amerikanischen Finanzministeriums erlassen worden waren. Diese wurden in der Folge jeweils revidiert, um die neuen Executive Orders umzusetzen. Auf die Republik Südsudan, welche seit dem 9. Juli 2011 unabhängig ist, sind die SSR nicht mehr anwendbar, allerdings bedürfen gewisse Tätigkeiten von US-Personen in Bezug auf den Südsudan nach wie vor einer Bewilligung.

¹⁶ 925 F.3d 53, 58 ff., 62 (2d Cir. 2019). Siehe die Urteilsbesprechung in 133 Harv.L.Rev. 1103 (2020), abrufbar unter <<https://harvardlawreview.org/2020/01/kashef-v-bnpp-paribas-s-a/>> (1.6.2020).

¹⁷ Der Entscheid wird auf den Herbst 2020 erwartet.

¹⁸ Für einen Überblick über die US-Sanktionen gegen den Sudan siehe <www.treasury.gov/resource-center/sanctions/Programs/Documents/sudan.txt> (1.6.2020).

¹⁹ Abrufbar unter <www.un.org/depts/german/sr/sr_04-05/sr1591.pdf> (1.6.2020).

3.2 Sanktionen der Schweiz

Am 25. Mai 2005 beschloss der Bundesrat die Verhängung von Sanktionen gegenüber dem Sudan und erliess eine entsprechende Verordnung.²⁰ Damit setzte die Schweiz die UNO-Sicherheitsratsresolution 1556 vom 30. Juli 2004²¹ und die UNO-Sicherheitsratsresolution 1591 vom 29. März 2005²² um.

Die Verordnung vom 25. Mai 2005 verbietet die Lieferung von Rüstungsgütern nach Sudan sowie die Gewährung technischer Beratung, Ausbildung oder Unterstützung im Zusammenhang mit solchen Gütern. Ausserdem sieht sie Finanzsanktionen und Reiserestriktionen vor. Gemäss Art. 2 sind Gelder und wirtschaftliche Ressourcen, die sich im Eigentum oder unter der Kontrolle der im Anhang zur Verordnung aufgeführten natürlichen Personen, Unternehmen und Organisationen befinden, gesperrt. Es ist verboten, diesen Personen, Unternehmen und Organisationen Gelder zu überweisen oder Gelder und wirtschaftliche Ressourcen sonst wie direkt oder indirekt zur Verfügung zu stellen. Ausnahmsweise kann das SECO nach Rücksprache mit den zuständigen Stellen des Eidgenössischen Departements für auswärtige Angelegenheiten und des Eidgenössischen Finanzdepartements Zahlungen aus gesperrten Konten, Übertragungen gesperrter Vermögenswerte sowie die Freigabe gesperrter wirtschaftlicher Ressourcen zur Wahrung schweizerischer Interessen oder zur Vermeidung von Härtefällen bewilligen.

Am 12. August 2015 erliess die Schweiz die Verordnung über Massnahmen gegenüber der Republik Südsudan.²³ Damit setzte die Schweiz den Sanktionsbeschluss des UNO-Sicherheitsrats (Resolution 2206) vom 3. März 2015²⁴ sowie die weiterreichenden Massnahmen der Europäischen Union vom 10. Juli 2014 um. Am 28. März 2018 hat der Bundesrat die Sanktionen gegenüber der Republik Südsudan, im Einklang mit der EU, ausgeweitet und drei Personen den Finanz- und Reisesanktionen unterstellt. Mit Verordnungsänderung vom 30. November 2018 wurden die Bestimmungen des geltenden Rüstungsgüterembargos an die Beschlüsse des UNO-Sicherheitsrats angepasst.²⁵

III. Mögliche Haftungsgrundlagen

Schweizer Gerichte mussten sich bislang nicht damit befassen, ob eine Bank nach schweizerischem Recht dafür haftet, dass sie einen ausländischen Staat im Wissen darum, dass dieser Menschenrechtsverletzungen begeht, durch Finanzdienstleistungen unterstützt hat. Im Folgenden sollen die Hürden aufgezeigt werden, die zur Begründung einer Haftung überwunden werden müssten.

²⁰ Verordnung über Massnahmen gegen Sudan, SR 946.231.18.

²¹ Abrufbar unter <www.un.org/Depts/german/sr/sr_03-04/sr1556.pdf> (1.6.2020).

²² Siehe oben Fn. 19.

²³ SR 946.231.169.9.

²⁴ Abrufbar unter <www.un.org/Depts/german/sr/sr_15/sr2206.pdf> (1.6.2020).

²⁵ Siehe <www.seco.admin.ch/seco/de/home/Aussenwirtschaftspolitik_Wirtschaftliche_Zusammenarbeit/Wirtschaftsbeziehungen/exportkontrollen-und-sanktionen/sanktionen-embargos/sanktionsmassnahmen/massnahmen-gegenueber-der-republik-suedsudan.html> (1.6.2020).

1. Haftung aus Art. 41 Abs. 1 OR?

Bei einem Vorgehen gegen die Bank gemäss Art. 41 Abs. 1 OR in Verbindung mit Art. 55 Abs. 2 ZGB (Organhaftung) bestehen aus Sicht des Geschädigten vor allem zwei Hürden: die Begründung der Widerrechtlichkeit und der Nachweis des Kausalzusammenhangs. Auf diese zwei Haftungsvoraussetzungen ist nun näher einzugehen. Ausgeklammert bleibt die Frage des Verschuldens (insbesondere die Frage der Wissenszurechnung im Konzern).²⁶ In der Konstellation, die vom US District Court for the Southern District of New York zu beurteilen war, war diese Voraussetzung angesichts des Schuldeingeständnisses von BNPP im vorangegangenen Straf- und Administrativverfahren unproblematisch.

1.1 Widerrechtlichkeit

a) Bankdienstleistungen als bloss mittelbare Rechtsgutverletzung

In *Kashef v. BNP Paribas* machten die Kläger die Verletzung absolut geschützter Rechtsgüter (Leib und Leben, Freiheit, Persönlichkeit, Eigentum) geltend. Eingriffe in solche Rechtsgüter sind nach der vom Bundesgericht nach wie vor vertretenen Lehre vom Erfolgsunrecht ohne Weiteres widerrechtlich. Dies gilt allerdings nur in Bezug auf Personen, die an den Rechtsgutverletzungen *unmittelbar* und *aktiv* beteiligt waren. Bei bloss mittelbaren Schädigungen sowie bei Schädigung durch Unterlassen braucht es darüber hinaus die Verletzung einer Schutzpflicht, um die Widerrechtlichkeit zu begründen. Dies hat das Bundesgericht bei Schädigungen durch Unterlassen anerkannt; hier liegt Widerrechtlichkeit nur vor, wenn eine Handlungspflicht (welche sich insbesondere aus dem Gefahrensatz ergeben kann) verletzt worden ist.²⁷ Dass aber auch bei bloss mittelbaren Rechtsgutverletzungen eine Schutzpflicht verletzt worden sein muss, zeigt etwa das Beispiel des Waffenherstellers, dessen Waffe den Tod eines Menschen herbeigeführt hat. Die Herstellung und das Inverkehrbringen der Waffe ist auf jeden Fall eine natürlich kausale Ursache der Rechtsgutverletzung. Widerrechtlich ist sie jedoch nur, wenn der Waffenhersteller eine Schutzpflicht verletzt hat.²⁸

b) Verstoss gegen ausländische Sanktionen

Dass eine Bank wie die BNPP gegen die von einem ausländischen Staat verhängten Sanktionen verstossen hat, vermag aus schweizerischer Sicht die Widerrechtlichkeit nicht zu begründen. Ausländische Normen stellen keine Schutzpflichten dar, deren Verletzung zur Haftung gemäss Art. 41 Abs. 1 OR führen könnte. Auch im Vertragsrecht begründet die Verletzung ausländischer Normen nicht die Widerrechtlichkeit i.S.v. Art. 20 Abs. 1 OR, sondern höchstens die Sittenwidrigkeit.²⁹ Nichts anderes kann im Rahmen von Art. 41 Abs. 1 OR gelten. Was als widerrechtlich gilt, beurteilt sich einzig nach schweizerischem Recht. Solange das Verhalten der Bank nicht gegen geschriebene oder ungeschriebene Normen des schweizerischen Rechts verstösst, ist die finanzielle Unterstützung von

²⁶ Zum "gemeinsamen Verschulden" gemäss Art. 50 Abs. 1 OR siehe unten III.2.3.

²⁷ BGer, 3.8.2012, 4A_104/2012, E. 2.1 m.w.H.

²⁸ Vgl. auch HEINRICH HONSELL/BERNHARD ISENRING/MARTIN A. KESSLER, Schweizerisches Haftpflichtrecht, 5. Aufl., Zürich 2013, § 4 N 2; INGEBORG SCHWENZER, Schweizerisches Obligationenrecht Allgemeiner Teil, 7. Aufl., Bern 2016, N 50.29.

²⁹ Dazu CORINNE WIDMER LÜCHINGER, Die Berücksichtigung ausländischen Rechts im Rahmen von Art. 20 und 119 OR, FS Koller, Bern 2018, 955 ff. m.w.H.

Personen oder Staaten, welche Menschenrechtsverletzungen begehen, nicht widerrechtlich i.S.v. Art. 41 Abs. 1 OR.

c) Verstoss gegen schweizerische Sanktionen

Dagegen könnte ein Verstoss gegen inländische Sanktionen (wie z.B. die Massnahmen gegenüber dem Sudan vom 25. Mai 2005³⁰) die Widerrechtlichkeit begründen, sofern der Geschädigte zum Kreis der Personen gehört, den die verletzte Norm schützen will, die Norm zudem das verletzte Rechtsgut schützen will und sich die Gefahr verwirklicht hat, deren Eintritt die Norm verhindern wollte.³¹

Im Falle des Sudans käme insbesondere ein Verstoss gegen das Verbot in Frage, bestimmten Personen, Unternehmen und Organisationen "Gelder zu überweisen oder Gelder und wirtschaftliche Ressourcen sonst wie direkt oder indirekt zur Verfügung zu stellen" (Art. 2 Abs. 2 der Verordnung vom 25. Mai 2005). Dass die Verordnung die Opfer des sudanesischen Regimes schützen will, lässt sich wohl ohne Weiteres bejahen, denn die Sanktionen dienen der Einhaltung der Menschenrechte³² und damit dem Schutz vor deren Verletzung. Dies wird vor dem Hintergrund der UNO-Sicherheitsratsresolution 1591 vom 29. März 2005, deren Umsetzung die Verordnung dient, deutlich, werden darin doch alle "Verletzungen der Menschenrechte und des humanitären Völkerrechts in der Region Darfur, insbesondere [die] Fortdauer der Gewalt gegen Zivilpersonen und der sexuellen Gewalt gegen Frauen und Mädchen seit der Verabschiedung der Resolution 1574 (2004)", nachdrücklich verurteilt, alle Parteien "nachdrücklich auf[gefordert], die notwendigen Massnahmen zur Verhütung weiterer Verletzungen zu ergreifen", und betont, es solle sichergestellt werden, "dass die für alle diese Verletzungen verantwortlichen Personen ermittelt und unverzüglich vor Gericht gestellt werden".³³

Ein Verstoss gegen die Verordnung vom 25. Mai 2005 (oder gegen vergleichbare Erlasse, welche Sanktionen gegen ausländische Staaten verhängen) kann allerdings nur dann vorliegen, wenn der betreffende Erlass im Zeitpunkt der schädigenden Handlung in Kraft war. Für die Zeit davor bedarf es anderer (geschriebener oder ungeschriebener) Schutznormen, um die Widerrechtlichkeit i.S.v. Art. 41 Abs. 1 OR bejahen zu können.

d) Ungeschriebene Schutznormen

In Ermangelung einer geschriebenen Norm wäre denkbar, dass die Gerichte eine *ungeschriebene* Schutznorm bejahen würden, um die Widerrechtlichkeit des Verhaltens einer

³⁰ Siehe oben Fn. 20.

³¹ Vgl. etwa BGE 133 III 3232, E. 5.1: Schutznorm könne nur sein "*une norme qui a pour finalité de protéger le lésé dans les droits atteints par l'acte incriminé*"; siehe auch etwa VITO ROBERTO, Haftpflichtrecht, Bern 2013, N 04.103 ff.

³² Vgl. auch Art. 1 Abs. 1 des Embargogesetzes vom 22.3.2002 (SR 946.231).

³³ UNO-Sicherheitsratsresolution 1591 vom 29.3.2005 (oben Fn. 19).

Bank zu begründen.³⁴ Klammert man die Rechtsprechung zum Gefahrensatz als Quelle ungeschriebener Handlungspflichten bei Schädigung durch Unterlassung aus,³⁵ ist das Bundesgericht allerdings bislang sehr zurückhaltend gewesen mit der Annahme ungeschriebener Schutznormen.³⁶

Als "Inspirationsquelle" einer ungeschriebenen Schutznorm könnte an sich auch ausländisches Recht dienen. In einem Bereich, der letztlich die Aussenpolitik der Schweiz betrifft, erschiene es jedoch problematisch, gestützt auf aussenpolitische Sanktionen anderer Staaten eine ungeschriebene Schutznorm anzunehmen. In anderem Zusammenhang hat das Bundesgericht zwar durchaus den Verstoß gegen ausländische Sanktionen zivilrechtlich geahndet. So wurde im Entscheid *Beverly Overseas SA v. Privedna Bank Zagreb* vom 28. März 2001³⁷ die Sittenwidrigkeit eines Vertrags bejaht, der gegen die UNO-Sicherheitsratsresolution 713 vom 25. September 1991 versties, welche ein Waffenembargo für das gesamte Gebiet des ehemaligen Jugoslawiens verhing. Die Schweiz war zu diesem Zeitpunkt noch nicht Mitglied der UNO. Das Bundesgericht begründete seine Haltung damit, dass Waffenlieferungen in Gebiete, in denen ein bewaffneter Konflikt herrscht oder ausbrechen droht, grundsätzlich gegen die "universelle öffentliche Ordnung" versties.³⁸ Der Unterschied besteht jedoch darin, dass Art. 20 OR letztlich eine "Abwehrfunktion" zukommt; das sittenwidrige Geschäft ist nichtig und kann deshalb nicht durchgesetzt werden. Bei Art. 41 Abs. 1 OR jedoch geht es um die Begründung einer Haftung und damit um die aktive Durchsetzung von Normen und Wertungen des schweizerischen Rechts.

Weiter stellt sich die Frage, ob freiwillige Selbstverpflichtungen von Banken zur Begründung ungeschriebener Schutznormen taugen. Es geht dabei um Erklärungen von Banken gegenüber der Öffentlichkeit, dass sie bestimmte Verhaltensweisen einhalten werden.³⁹ Zu denken ist etwa an die Erklärung einer Bank, die sogenannten Equator-Principles beachten zu wollen, die der Einhaltung von "*responsible environmental and social management practices in the financial sector and banking industry*" dienen.⁴⁰ Zwar stellen private Regelwerke keine Schutznormen dar,⁴¹ doch können auch sie als "Inspirationsquelle" für ungeschriebene richterliche Schutznormen dienen. Soweit es allerdings um Schutznormen geht, die einen engen Bezug zur schweizerischen Aussenpolitik aufweisen, bestehen die gleichen Bedenken wie bei der Berücksichtigung von ausländischen Erlassen im Rahmen

³⁴ Vgl. BGE 133 III 323, E. 5.1 sowie BGer, 3.4.2018, 4A_285/2017, E. 6.1: "*De telles normes peuvent résulter de l'ensemble de l'ordre juridique suisse, qu'il s'agisse du droit privé, administratif ou pénal; peu importe qu'elles soient écrites ou non écrites, de droit fédéral ou de droit cantonal*"; vgl. auch BSK OR I/KESSLER, Art. 41 N 34a.

³⁵ Vgl. BGE 121 III 358, E. 4.a.

³⁶ Ein Beispiel findet sich etwa in BGE 111 II 471, E. 3 (Haftung für Rat und Auskunft). Danach handelt widerrechtlich, wer aufgrund seines Fachwissens in Anspruch genommen wird, wunschgemäss Auskunft erteilt und dabei wider besseres Wissen oder leichtfertig unrichtige Angaben macht oder wesentliche Tatsachen verschweigt, die ihm bekannt sind und von denen er sich sagen muss, dass ihre Kenntniss den in Frage stehenden Beschluss beeinflussen könnte.

³⁷ BGer, 28.3.2001, 4C.172/2000.

³⁸ Vgl. dazu ZK IPRG/VISCHER/WIDMER LÜCHINGER, Art. 17 N 24.

³⁹ Siehe insbesondere HELMUT KOZIOL, *Freiwillige Selbstverpflichtung von Banken gegenüber der Öffentlichkeit*, ÖBA (Österreichisches Bankarchiv) 2013, 91 ff.

⁴⁰ Siehe <<https://equator-principles.com/about/>> (1.6.2020).

⁴¹ ROBERTO (Fn. 31), N 04.42.

von Art. 41 Abs. 1 OR. Eine Schutznorm wird in solchen Fällen nur mit grosser Zurückhaltung angenommen werden können.

Zurückhaltung ist auch geboten bei der Berücksichtigung von Regelwerken wie den UNO-Leitprinzipien für Wirtschaft und Menschenrechte vom 16. Juni 2011, welche auf die Resolution 17/4 des UN-Menschenrechtsrates zurückgehen, oder den OECD-Leitsätzen für multinationale Unternehmen, in deren Ausgabe 2011 ein neues, auf den UNO-Leitprinzipien basierendes Kapitel zu Menschenrechten und Unternehmen aufgenommen wurde.⁴² Die UNO-Leitprinzipien fordern die Staaten dazu auf, die Achtung von Menschenrechten durch Unternehmen zu fördern und die Vorgaben der Leitprinzipien umzusetzen, und zwar durch eine "intelligente Mischung nationaler und internationaler, bindender und freiwilliger Massnahmen."⁴³

e) **Kollisionsrechtliche Berücksichtigung ausländischen Rechts**

Ausländisches Recht, das international zwingend angewendet werden will, könnte auch über Art. 19 IPRG berücksichtigt werden.⁴⁴ Voraussetzung wäre insbesondere, dass "nach schweizerischer Rechtsauffassung schützenswerte und offensichtlich überwiegende Interessen einer Partei es gebieten". Crux bildet aber auch hier die Frage, ob die – grundsätzlich schützenswerten – Interessen eines Opfers von Menschenrechtsverletzungen auch dann nach schweizerischer Rechtsauffassung überwiegen können, wenn der Bund aussenpolitisch einen anderen "Kurs" fährt.

f) **Konzernverantwortungsinitiative**

Bereits einleitend⁴⁵ wurde bemerkt, dass der neu vorgeschlagene Art. 101a Abs. 2 lit. c BV gemäss Initiativtext eine Haftungsbestimmung beinhaltet, diese sich jedoch auf die Haftung für kontrollierte Unternehmen bezieht. Bei Annahme der Initiative würde diese Bestimmung demnach keine Grundlage bilden für die Haftung der Banken in der hier interessierenden Konstellation.⁴⁶ Allerdings liesse sich die allgemeine Verpflichtung von in der Schweiz ansässigen Unternehmen "zu einer angemessenen Sorgfaltsprüfung" gemäss Art. 101a Abs. 2 lit. b des Initiativtextes als Schutznorm verstehen, deren Verletzung die Widerrechtlichkeit i.S.v. Art. 41 Abs. 1 OR begründen könnte. Die Sorgfaltsprüfungspflicht verlangt gestützt auf die UNO-Leitprinzipien und die OECD-Leitsätze, dass Unternehmen die tatsächlichen und potentiellen Auswirkungen ihrer Tätigkeit auf die Menschenrechte und die Umwelt identifizieren, zur Verhütung von Verstössen geeignete Massnahmen treffen und bestehende Verletzungen beenden.⁴⁷

1.2 *Kausalität*

Auch wenn die Abwicklung von finanziellen Dienstleistungen durch eine Bank für einen ausländischen Staat im Einzelfall als widerrechtliche Handlung qualifiziert werden könnte,

⁴² Vgl. den Überblick in der Botschaft vom 15.9.2017 (Fn. 2), BBl 2017, 6335, 6343 ff.

⁴³ Botschaft vom 15.9.2017 (Fn. 2), BBl 2017, 6335, 6344.

⁴⁴ Zum Verhältnis zwischen materiellrechtlicher und kollisionsrechtlicher Berücksichtigung ausländischen Rechts siehe WIDMER LÜCHINGER (Fn. 29), 955, 957 ff. m.w.H.

⁴⁵ Oben I.

⁴⁶ Siehe auch unten III.1.2.

⁴⁷ Botschaft vom 15.9.2017 (Fn. 2), BBl 2017, 6335, 6359.

besteht aus Sicht des Geschädigten eine weitere Hürde darin, dass er den Beweis für den Kausalzusammenhang zwischen der Handlung der Bank und der erlittenen Verletzung nachweisen muss. Wenn nicht geradezu feststeht, dass der ausländische Staat ohne die Unterstützung der Bank keinerlei Mittel gehabt hätte, um auf seinem Territorium foltern, morden und vergewaltigen zu können, wird ihm dieser Nachweis kaum gelingen. Für die Haftung nach Art. 41 Abs. 1 OR reicht nicht aus, dass die Bank es dem Staat allgemein erleichtert hat, Menschenrechtsverletzungen zu begehen. Der Geschädigte muss vielmehr zeigen können, dass das Verhalten der Bank *conditio sine qua non* des von ihm konkret erlittenen Schadens war. Noch ausgeprägter sind die Schwierigkeiten, wenn die Dienstleistungen der Bank vom ausländischen Staat (was wohl der Regelfall sein dürfte) nicht "nur" für Menschenrechtsverletzungen, sondern auch für legitime Zwecke eingesetzt wurden.

Mit diesen Schwierigkeiten sähe sich der Geschädigte auch bei Annahme der Konzernverantwortungsinitiative konfrontiert. Bei einem Verstoss gegen die Sorgfaltsprüfungspflicht gemäss Art. 101a Abs. 2 lit. b des Initiativtextes wäre der Kausalitätsnachweis im Rahmen von Art. 41 Abs. 1 OR nach wie vor zu erbringen. Von der von den Initianten vorgeschlagenen Haftungsbestimmung in Art. 101a Abs. 2 lit. c BV wäre die vorliegende Konstellation nicht erfasst, da es sich beim ausländischen Staat nicht um ein durch die Bank "kontrolliertes Unternehmen" handelt.

2. Haftung aus Art. 50 Abs. 1 OR?

2.1 Die Streitfrage

Aufgrund der dargestellten Schwierigkeiten wird es dem Geschädigten kaum gelingen, eine Haftung der Bank aus Art. 41 Abs. 1 OR abzuleiten. Damit stellt sich die Frage, ob eine Bank, welche durch ihre Dienstleistungen mittelbar zu Menschenrechtsverletzungen durch einen ausländischen Staat beigetragen hat, aufgrund von Art. 50 Abs. 1 OR haften kann. Gemäss dieser Bestimmung haften mehrere Personen, die den Schaden – sei es als Anstifter, Urheber oder Gehilfen – gemeinsam verschuldet haben, solidarisch. Die Bank könnte namentlich "Gehilfin" des ausländischen Staates sein, den sie durch ihre Finanzdienstleistungen unterstützt. Als Gehilfe gilt, "wer absichtlich oder fahrlässig die unerlaubte Handlung eines andern fördert, dabei jedoch nur eine untergeordnete Rolle spielt".⁴⁸

Unklar ist allerdings, ob Art. 50 Abs. 1 OR nur greift, wenn die Haftungsvoraussetzungen im Verhältnis zu jedem einzelnen Beteiligten, also auch im Verhältnis zum Gehilfen, erfüllt sind. Wird dies bejaht, so würde sich die Frage der Solidarhaftung von vornherein nur stellen, wenn die Haftungsvoraussetzungen gemäss Art. 41 Abs. 1 OR (oder einer anderen

⁴⁸ BK/BREHM, Art. 50 OR N 27.

Norm des ausservertraglichen Haftpflichtrechts) erfüllt sind,⁴⁹ was, wie oben dargelegt, regelmässig nicht der Fall sein wird. Die Frage ist in der Lehre umstritten.⁵⁰

2.2 Die Rechtsprechung des Bundesgerichts

Für die einschränkende Auslegung von Art. 50 Abs. 1 OR könnte BGE 130 III 362 ff. sprechen, wonach ohne externe Haftung keine Solidarität vorliegen kann: "*Or, la solidarité implique une responsabilité préalable: celui qui ne répond pas d'un dommage, ne saurait en répondre solidairement.*"⁵¹ Allerdings betraf dieser Entscheid⁵² die unechte Solidarität gemäss Art. 51 OR, der – anders als Art. 50 Abs. 1 OR – kein "gemeinsames Verschulden" verlangt, mithin keine Voraussetzungen statuiert, welche anstelle der regulären Haftungs-voraussetzungen treten könnten.

In seiner Rechtsprechung zur echten Solidarität gemäss Art. 50 Abs. 1 OR scheint das Bundesgericht denn auch eine abweichende Haltung einzunehmen. So hielt es in BGE 104 II 184 ff. fest, dass ein 9-jähriger Knabe, der zusammen mit zwei Freunden mit einem selbst gebastelten Pfeil und Bogen spielte und dabei den einen Freund ins Auge traf, als dieser sich unerwartet umdrehte, Rückgriff nehmen könnte auf den dritten Knaben, der selber nicht geschossen hatte. Das Spiel hatte darin bestanden, dass jeder Knabe der Reihe nach einmal zielen und einmal als "Zielscheibe" dienen würde. Die Haftung des dritten Knaben wurde mit der Begründung bejaht, dass "[p]eu importe que la flèche qui a atteint l'oeil du demandeur ait été tirée par le défendeur seul. Ses deux camarades jouaient au même titre, chacun à leur tour, le rôle de tireur et de cible; aucun n'était un simple spectateur." Woraus sich die (externe) Haftung jenes Knaben ergab, der zwar mitgespielt, nicht aber den fraglichen Schuss ausgelöst hatte, wurde im Entscheid allerdings nicht ausgeführt. Die Haftung auf Art. 41 Abs. 1 OR abzustützen, fällt nicht leicht. Durch das Mitspielen hatte der Knabe selber zum Spiel und damit zum gefährlichen Zustand beigetragen. Dadurch setzte er mittelbar eine Ursache für den Schaden des Klägers. Worin bestand jedoch die Widerrechtlichkeit seines Verhaltens? Denkbar wäre es, mit dem Bestehen einer Handlungspflicht aus vorangegangenen gefährlichem Tun zu argumentieren. Auf diesem Weg könnte das Nicht-

⁴⁹ So etwa BSK OR I/GRABER, Art. 50 N 8; KARL OFTINGER/EMIL W. STARK, Schweizerisches Haftpflichtrecht, Besonderer Teil, Bd. II/1, 4. Aufl., Zürich 1987, § 16 N 318; HEINZ REY/ISABELLE WILDHABER, Ausservertragliches Haftpflichtrecht, 5. Aufl., Zürich 2018, N 1672; PAMELA KÜTTEL, Begriff der Teilnahme nach Art. 50 OR: "Gemeinsame Verschuldung" eines Schadens durch Anstifter, Urheber und Gehilfen und die Rolle des Begünstigers, HAVE 2008, 320, 321; a.A. HANS-ULRICH BRUNNER, Die Anwendung deliktischer Regeln auf die Vertragshaftung, Diss. Fribourg 1991, 129; VINCENT PERRITAZ, Le concours d'actions et la solidarité, Diss. Fribourg, Genf 2017; DERS., L'art. 50 al. 1 CO: une norme qui fonde la responsabilité?, AJP 2018, 795 ff.; STEPHAN WEBER, Kausalität und Solidarität – Schadenszurechnung bei einer Mehrheit von tatsächlichen oder potenziellen Schädigern, HAVE 2010, 115, 123; DERS., Eine einheitliche Lösung für eine Mehrheit von Ersatzpflichtigen?, Liber Amicorum Pierre Widmer, Wien 2003, 341, 348 ff.; FRANZ WERRO, La responsabilité civile, 3. Aufl., Bern 2017, N 1705; FRANZ WERRO/VINCENT PERRITAZ, La pluralité de responsables: nouvelles conceptions et changements de jurisprudence, Mélanges Corboz, Zürich 2019, 279, 291; DIES., Contractual Liability and Shared Liability under the Draft 2020 Code of Obligations: A New Approach, 2018 Int'l Bus. L.J. 217 ff.; WALTER FELLMANN/ANDREA KOTTMANN, Schweizerisches Haftpflichtrecht Bd. 1, Bern 2012, N 2816 ff., 2873 (missverständlich insoweit a.a.O., N 2761); CHRISTOPH MÜLLER, La responsabilité civile extracontractuelle, Basel 2013, N 836.

⁵⁰ Eingehend PERRITAZ, AJP 2018, 795 ff.; siehe ferner die Hinweise oben in Fn. 49.

⁵¹ BGE 130 III 362, E. 5.2.

⁵² Ebenso BGE 133 III 6, E. 5.2.1.

Eingreifen ins Spiel als widerrechtliche Unterlassung qualifiziert werden. Dies scheint jedoch als künstliches Konstrukt, zumal das Bundesgericht gerade die Schaffung der Gefahr durch aktive Beteiligung am Spiel als Ursache der Schädigung betrachtete.

In die gleiche Richtung geht BGE 71 II 107 ff., in dem es um ein improvisiertes Scheibenschiessen im Garten eines Wirtshauses durch eine Theatertruppe ging, der u.a. Soldaten angehörten. Nachdem zunächst mit einem Flobert-Gewehr auf eine Zielscheibe geschossen worden war, wurde danach auf Vorschlag des Beklagten Lieutenant Schneider auf Gläser und Flaschen gezielt. Dabei prallte eine Kugel von einer Flasche ab und traf einen unbeteiligten Gast, der in der Nähe sass, ins Auge. Schneider hatte den betreffenden Schuss nicht gesetzt, wurde aber dennoch – gemeinsam mit dem "Haupttäter" Banfi und dem Wirt Rey – gestützt auf Art. 50 Abs. 1 OR solidarisch zur Leistung von Schadenersatz verpflichtet. Auch in diesem Fall bereitet die Begründung der Widerrechtlichkeit Schwierigkeiten, da Schneider selbst nicht geschossen hatte. Seine Haftung wurde wiederum in erster Linie mit seinem aktiven Handeln begründet: "*Or, ce tir extrêmement imprudent sur la verrerie, non seulement n'a pas été empêché par le défendeur qui aurait dû s'y opposer catégoriquement si une autre personne en avait eu l'idée, mais c'est lui-même qui l'a inauguré de son propre mouvement. Il a donné l'exemple en changeant de but et il a incité les autres tireurs à l'imiter en leur passant l'arme. De la sorte, il a été l'instigateur et l'organisateur de cette seconde partie du tir.*"⁵³

Instruktiv ist auch BGE 42 II 473 ff. aus dem Jahr 1916 (zu Art. 60 aOR). Die drei Beklagten hatten sich an einem Pfingstmontag damit vergnügt, "*durch die belebten Strassen zu ziehen und mit einem Blasrohr Knallkugeln, wie sie von den Automobilisten zum Erschrecken der die freie Fahrt hindernden Tiere verwendet werden, gegen die Leute auf den Strassen, an den Fenstern und auf den Balkonen der Wohnhäuser zu schleudern*". Obwohl sich nicht feststellen liess, wer die schädigende Kugel ins Gesicht der Klägerin geschleudert hatte, wurde die solidarische Haftung der Beklagten bejaht:

*"In rechtlicher Hinsicht steht ausser Frage, dass das Schleudern derjenigen Knallkugel, von welcher die Klägerin getroffen wurde, also die unmittelbar schädigende Handlung, eine schuldhaft widerrechtliche Handlung im Sinne der Art. 50 ff. alt OR war. (...) Nun konnte allerdings keinem der drei Beklagten nachgewiesen werden, dass gerade er es war, der diejenige Knallkugel geschleudert hat, von welcher die Klägerin getroffen wurde. Auch ist es der Natur der Sache nach ausgeschlossen, dass die Kugel etwa von Zweien oder allen dreien zusammen geschleudert worden war. Wäre also als schuldhaft rechtswidriges Verhalten einzig das Schleudern der einzelnen Kugel zu betrachten, so würde es gegenüber jedem der drei Beklagten an dem Beweise einer schuldhaft rechtswidrigen Handlung fehlen."*⁵⁴

Dass nur einer der drei Beklagten die unmittelbar widerrechtliche Ursache gesetzt haben konnte, änderte jedoch nach Ansicht des Bundesgerichts nichts an ihrer solidarischen Haftung. Aufgrund des gemeinsamen Verschuldens erschien das Verhalten eines jeden der Beklagten als kausal für die Rechtsgutverletzung der Klägerin:

⁵³ BGE 71 II 107, E. 2.

⁵⁴ BGE 42 II 473, E. 2 und 3.

"Durch die Teilnahme an der gemeinsamen Vergnügung, durch die aufmunternde Zustimmung zu den einzelnen Handlungen, aus denen sich diese Vergnügung zusammensetzte, durch das Fortsetzen des gemeinsamen Rundgangs, nachdem schon mehrere Kugeln geschleudert waren, – durch dieses ihr ganzes Verhalten haben auch diejenigen beiden Beklagten, die nicht selber die unmittelbar schädigende Handlung begangen haben, eine Mitursache dieser Schädigung gesetzt. Jene unmittelbar schädigende Handlung – das Schleudern einer Knallkugel auf eine dem Schleudernden völlig unbekannte Dame (...) – liesse sich im vorliegenden Falle ohne den in der Gemeinsamkeit der Belustigung liegenden Ansporn überhaupt nicht erklären. (...) Ist aber demnach die Billigung und Aufmunterung, die der unmittelbare Urheber der Schädigung bei seinen Genossen fand, eine notwendige Voraussetzung jener unmittelbar schädigenden Handlung gewesen, so rechtfertigt es sich (...), hier eine "gemeinsame Verschuldung des Schadens" [i.S.v.] Art. 60 alt = 50 neu OR anzunehmen. Es verhält sich damit ähnlich, wie mit der Beteiligung an einem Raufhandel, auf welche jene Gesetzesbestimmung bereits in einem ältern Urteile des Bundesgerichts (AS 25 II S. 823) angewendet worden ist."⁵⁵

Diese drei Entscheide sind m.E. so zu verstehen, dass einzig das Verhalten des "Haupttäters", also desjenigen, der die unmittelbare Ursache gesetzt hat, widerrechtlich sein muss, während es für die Haftung des Gehilfen oder Anstifters reicht, dass sie den Schaden i.S.v. Art. 50 Abs. 1 OR mit dem Haupttäter "gemeinsam verschuldet" haben.⁵⁶ Insofern weitet Art. 50 Abs. 1 OR die Haftung gegenüber Art. 41 Abs. 1 OR aus. Soweit es um die Unterstützung eines ausländischen Staates durch einen Gehilfen geht, müssten demnach "nur" die Handlungen des Staates widerrechtlich sein. Sofern allerdings auch der Staat bzw. dessen Beamte (bspw. Regierungsmitglieder) die Rechtsgutverletzungen nur mittelbar begangen haben, kann die Voraussetzung der Widerrechtlichkeit weiterhin Schwierigkeiten bereiten.⁵⁷

Aus diesen Entscheiden kann aber auch geschlossen werden, dass der "Tatbeitrag" des Gehilfen oder Anstifters nicht *conditio sine qua non* für die *unmittelbare Rechtsgutverletzung* gewesen sein muss. Zwar bezeichnete das Bundesgericht in BGE 42 II 473 ff. die Beiträge der zwei Beklagten, welche die Kugel nicht geschleudert hatten, als "notwendige Voraussetzung der unmittelbar schädigenden Handlung". In der Sache konnte jedoch gerade nicht gesagt werden, dass das Verhalten der zwei "Nicht-Schleuderer" *conditio sine qua non* für die Rechtsgutverletzung war, hätte doch auch das gegenseitige Anspornen von nur zwei (anstatt drei) Personen genügt, um eine "Vergnügung" dieser Art zu veranlassen. Noch deutlicher wird dies bei den Ausführungen des Bundesgerichts zur Haftung des Knaben, der beim Spiel mit Pfeil und Bogen mitgemacht hatte, ohne den schädigenden "Schuss" gelöst zu haben. Durch seine Teilnahme hatte der dritte Knabe zwar zur gefährlichen Situation beigetragen. Ob jedoch ohne seine Teilnahme das Spiel – und damit die Verletzung – nicht stattgefunden hätte, sein Verhalten also *conditio sine qua non* für die Rechtsgutverletzung war, spielte für seine Haftung keine Rolle. Entscheidend war einzig, dass allen drei Kindern eine "*faute commune*", also ein gemeinsames Verschulden, zu Last gelegt werden konnte.⁵⁸ Anders als noch in BGE 42 II 473 ff. verzichtete das Bundesgericht in diesem

⁵⁵ BGE 42 II 473, E. 3.

⁵⁶ Ähnlich PERRITAZ, AJP 2018, 795, 798; WERRO (Fn. 49), N 1705; WERRO/PERRITAZ, *Mélanges Corboz*, 279, 291; a.A. FELLMANN/KOTTMANN (Fn. 49), N 2761.

⁵⁷ Vgl. sinngemäss oben III.1.1.

⁵⁸ Vgl. BGE 104 II 184, E. 2.

Entscheid zu recht darauf, die Teilnahme des dritten Kindes als notwendige Voraussetzung der unmittelbar schädigenden Handlung zu bezeichnen.

Zum Teil wird in der Lehre verlangt, dass Anstifter oder Gehilfe zumindest eine "psychische" oder "moralische" Mitursache gesetzt haben müssen, gleichzeitig aber anerkannt, dass diese "psychische Mitverursachung" nur aufgrund von Art. 50 Abs. 1 OR rechtlich relevant ist,⁵⁹ Art. 41 Abs. 1 OR dadurch also gerade ausgeweitet wird.⁶⁰ Da die "moralische" oder "psychische" Mitverursachung nicht im eigentlichen Sinne bewiesen werden kann, bedeutet letztlich auch diese Lehrmeinung den Verzicht auf das Erfordernis der natürlichen Kausalität zwischen dem Tatbeitrag des Gehilfen oder Anstifters und der Rechtsgutverletzung. Entscheidend ist vielmehr, dass die Rechtsgutverletzung "gemeinsam verschuldet" und "gemeinsam verursacht" worden ist.

2.3 *Gemeinsames Verschulden und gemeinsame Verursachung*

Gemäss Lehre und Rechtsprechung setzt Art. 50 Abs. 1 OR kumulativ ein "gemeinsames Verschulden" (so die deutsche Fassung des Gesetzestexts) sowie eine "gemeinsame Verursachung" (so die französische und italienische Fassung des Gesetzestexts: "*causé ensemble*" / "*cagionato ... insieme*") voraus.⁶¹ Ein "gemeinsames Verschulden" liegt zunächst vor, wenn die beteiligten Personen die Absicht zur gemeinsamen Schädigung haben. Es genügt aber auch, dass die Beteiligten den eingetretenen Schaden in Kauf genommen haben (Eventualvorsatz), ebenso die bloss fahrlässige Helferschaft.⁶²

Gemeinsam "verursacht" ist der Schaden gemäss einer gängigen Umschreibung dann, wenn die Beteiligten zusammengewirkt haben. Ein schuldhaftes (vorsätzliches oder fahrlässiges) Zusammenwirken liegt vor, wenn jeder Schädiger die Pflichtwidrigkeit des anderen kennt oder kennen könnte.⁶³ Die Beteiligten müssen sich zumindest darüber Rechenschaft geben, dass ihr Verhalten geeignet ist, den später eingetretenen Schaden herbeizuführen.⁶⁴ In Lehre und Rechtsprechung lassen sich die Voraussetzungen der "gemeinsamen Verursachung" und des "gemeinsamen Verschuldens" allerdings nicht immer klar trennen.⁶⁵

Soweit ersichtlich hat sich das Bundesgericht bisher noch nicht dazu äussern müssen, ob das gemeinsame Verschulden bzw. die gemeinsame Verursachung sich auf die vom Geschädigten *konkret erlittene Rechtsgutverletzung* beziehen muss oder ob vielmehr genügt, dass der Gehilfe durch sein Verhalten zur Schädigung einer Vielzahl unbestimmter Personen beigetragen hat, zu denen möglicherweise auch der Geschädigte gehört.⁶⁶ Diese Frage, die gerade bei der hier interessierenden Konstellation entscheidend sein und im erneuten

⁵⁹ So etwa OFTINGER/STARK (Fn. 49), § 16 N 319; REY/WILDHABER (Fn. 49), N 2766 ff.

⁶⁰ Vgl. auch WEBER, HAVE 2010, 115, 123: "Wer auf das Vorhandensein sämtlicher Haftungselemente pocht, kann sich den allenfalls fehlenden Kausalbeitrag als psychisch vermittelte Ursache denken (...)".

⁶¹ Vgl. etwa OFTINGER/STARK (Fn. 49), § 16 N 318 ff., 322 ff.; BSK OR I/GRABER, Art. 50 N 6 ff., 9 ff.; REY/WILDHABER (Fn. 49), N 2764 ff., 2772 ff.; ComRom OR I/WERRO, Art. 50 N 3 f.

⁶² BSK OR I/GRABER, Art. 50 N 9 f. m.w.H.

⁶³ HONSELL/ISENRING/KESSLER (Fn. 28), § 11 N 11 m.w.H.

⁶⁴ BSK OR I/GRABER, Art. 50 N 6 m.w.H.

⁶⁵ Vgl. PERRITAZ, AJP 2018, 795, 798 ff.; KÜTTEL, HAVE 2008, 320, 321, 322 ff., je m.w.H.

⁶⁶ Für Letzteres wohl (implizit) WERRO/PERRITAZ, *Mélanges Corboz*, 279, 291.

Verfahren vor dem US District Court for the Southern District of New York im Vordergrund stehen könnte,⁶⁷ bedürfte der vertieften Analyse.

IV. Schlusswort

Ob eine Bank nach schweizerischem Recht dafür haftet, dass sie durch ihre Dienstleistungen mittelbar zu Menschenrechtsverletzungen eines ausländischen Staates beigetragen hat, hängt massgeblich von der bis heute umstrittenen Auslegung des Art. 50 Abs. 1 OR ab. Darüber wird möglicherweise nun ein amerikanisches Gericht erstmals zu entscheiden haben.

⁶⁷ Vgl. oben II.1 sowie im Text bei Fn. 17.