

Die Mutter-Verantwortlichkeit für Menschenrechtsverletzungen ihrer Auslandstöchter

Prof. Dr. ALEXANDER SCHALL, M. Jur. (Oxon), Lüneburg*

Inhaltsübersicht

ZGR 2018, 479–512

I. Einleitung	480
II. Der Tatbestand der Menschenrechtsverletzung	480
1. Zur Bindungswirkung der Menschenrechte	480
2. Konkretisierung des Tatbestandes	482
III. Die zivilrechtliche Mutter-Verantwortlichkeit de lege lata	484
1. Durchgriffshaftung im Konzern	484
2. Deliktdurchgriffshaftung	485
3. Deliktshaftung der Konzernmutter	488
4. Mutterhaftung infolge Organhaftung im Konzern (§§ 823, 31 BGB)	506
5. Deklarationshaftung	508
IV. Das anwendbare Recht: Ausnahme nach Art. 1 Abs. 2 lit. d Rom-II VO	508
V. Schluss – rechtspolitischer Ausblick.	510

Nach den „UN-Leitprinzipien für Wirtschaft und Menschenrechte“ („Ruggie-Prinzipien“) aus dem Jahr 2011 soll global agierende Unternehmen eine „menschenrechtliche Sorgfaltpflicht“ treffen, kraft derer sie jeglicher Beteiligung ihrer Tochterunternehmen oder Zulieferer im Ausland an Menschenrechtsverletzungen entgegen wirken sollen. Wiewohl bloßes soft law, sollen diese Prinzipien nach dem Aktionsplan der Bundesregierung bis 2020 umgesetzt werden. Dabei steht das Deliktsrecht im Fokus. Die h. M. lehnt eine Verantwortlichkeit der Konzernmutter für Delikte ihrer Tochterunternehmen bislang ab. Der Beitrag bezweifelt dies und schlägt eine differenzierte Betrachtung vor, die ansonsten drohende gesetzgeberische Maßnahmen weitgehend erübrigen könnte.

According to the “United Nations Guiding Principles on Business and Human Rights” (“Ruggie-Principles”) of 2011, companies operating globally should take “human rights due diligence” in order to counteract any involvement in human rights violations by subsidiaries or suppliers abroad. Although merely soft law, these principles shall be implemented in Germany by 2020, according to the Action Plan of the Federal Government. The focus is on tort law. Currently, the prevailing view rejects any liability of the parent for torts of subsidiaries. The article doubts this position and proposes a differentiated approach, which could largely eliminate impending legislative measures.

* Prof. Dr. ALEXANDER SCHALL, M. Jur. (Oxon), Inhaber des Lehrstuhls für Deutsches, Europäisches und Internationales Privat- und Unternehmensrecht, Rechtsvergleichung, Law School, Leuphana Universität Lüneburg.

I. Einleitung

Menschenrechte haben seit ihrer Einführung durch die Allgemeine Erklärung der Menschenrechte im Jahre 1946 einen schweren Stand. Nun geraten zunehmend international agierende Unternehmen in den Fokus. Unter dem Stichwort Human Rights Due Diligence soll grundsätzlich jedes global agierende Unternehmen für die Aktivitäten seiner Tochtergesellschaften, Niederlassungen und Zulieferer im Ausland einstehen. Maßgeblich sind die „UN Prinzipien für Wirtschaft und Menschenrechte“, nach ihrem Verfasser auch „Ruggie-Prinzipien“,¹ zu deren Umsetzung der *Nationale Aktionsplan der Bundesregierung 2016–2020*² verabschiedet worden ist. Wer die *human rights due diligence* der Ruggie-Prinzipien zum Haftungsbestand erheben will, kommt allerdings nicht um eine Konkretisierung der Menschenrechtsverletzung herum (dazu sub II.). Die Inpflichtnahme von Unternehmen für Menschenrechte im „globalen Süden“ fällt schwer.³ Als Ausweg werden Klagemöglichkeiten gegen die Konzernmütter in den stabilen westlichen Rechtsstaaten gesucht. Nach deutschem Gesellschaftsrecht scheidet eine Haftung der Konzernmutter am Trennungsprinzip.⁴ Die Pflöcke sind allerdings nicht so fest eingeschlagen, wie es zunächst scheint (sub III.). Auf kollisionsrechtlicher Ebene fragt sich, ob die gesellschaftsrechtliche Ausnahmeklausel an Art. 4 Rom II-VO vorbei führen kann (sub IV.). Am Schluss zeigt sich, ob und wo der Gesetzgeber gefragt sein kann (sub V.)

II. Der Tatbestand der Menschenrechtsverletzung

1. Zur Bindungswirkung der Menschenrechte

Nach allgemeiner Ansicht gibt es keinen direkt anwendbaren, „völker-zivilrechtlichen“ Haftungstatbestand für die Verletzung von Menschenrechten durch Unternehmen. Nach ganz h.M. scheidet das schon daran, dass die Menschenrechte nur Staaten binden. Unternehmen seien keine Völkerrechtssubjekte und daher nicht direkt zu ihrer Achtung verpflichtet.⁵ Das greift möglicher-

1 Guiding Principles on Business and Human Rights, UNHCHR 2011.

2 DIE BUNDESREGIERUNG, Nationaler Aktionsplan – Umsetzung der UN Leitprinzipien für Wirtschaft und Menschenrechte, 2016–2020. Zu entsprechenden Aktivitäten im Ausland (Frankreich; Schweiz) siehe WELLER/THOMALE, ZGR 2017, 509, 510 f; zu Menschenrechtsklagen unter dem US-amerikanischen Alien Tort Statute und ihrer Einschränkung nach KIOBEL ausf. HEIN, ZGR 2016, 414 ff.

3 Statt aller GÜNGÖR, Sorgfaltspflichten für Unternehmen in transnationalen Menschenrechtsfällen, 2016, S. 21 ff.

4 Paradigmatisch WAGNER, *RabelsZ* 80 (2016), 717, 757 ff.

5 WAGNER, *RabelsZ* 80 (2016), 717, 721 ff und 754 ff; WELLER/THOMALE, ZGR 2017, 509, 515 ff; THOMALE/HÜBNER, *JZ* 2017, 385, 386 ff; GÜNGÖR, aaO (Fn. 3), S. 281 ff. Unter dem

weise zu kurz. Die Menschenrechte wurden durch das Völkerrecht unmittelbar allen Individuen verliehen. Eine dem Art. 1 Abs. 3 GG entsprechende Beschränkung auf das Verhältnis zum Staat ist im Text nicht enthalten. Sie markiert eine deutsche Besonderheit. Auf die Auslegung des Völkerrechts ist die deutsche Sicht nicht per se übertragbar. So tut sich das US-amerikanische Recht wesentlich leichter, Private unmittelbar für die Verletzung von Bürgerrechten in die Haftung zu nehmen.⁶ Dem lässt sich auch keine Parallele zur Direktwirkung von EU-Richtlinien entgegen halten. Zwar ist diese in der Tat nur eingeschränkt und zu Lasten Privater überhaupt nicht zulässig. Doch erfordern Richtlinien ihrem Zweck nach immer noch Umsetzungsakte, während die Menschenrechte unmittelbar zur Wahrung verpflichtet. Der in die Diskussion gebrachte Gedanke des *ius cogens* scheint daher zielführend.⁷ Es wäre nur schwer verständlich, dass die Haltung von Sklaven durch ein Unternehmen keine unmittelbare Menschenrechtsverletzung sein soll.⁸

Natürlich folgt daraus noch kein Haftungstatbestand. Dieser muss vielmehr dem nationalen Recht entspringen, wie etwa in den USA aus dem Alien Tort Statute oder in Deutschland aus dem Deliktsrecht. Aus der Allgemeinverbindlichkeit der Menschenrechte folgt dann allerdings, dass *jede* Menschenrechtsverletzung (gerade auch Kinderarbeit)⁹ ein Delikt i.S. des § 823 Abs. 1 BGB darstellen muss, sei es als Verletzung des Körpers, der Gesundheit, der Freiheit, des Eigentums, des allgemeinen Persönlichkeitsrechts oder eines „Sonstigen Rechts“.¹⁰ Wie beim allgemeinen Persönlichkeitsrecht wirkt die „mittelbare Drittwirkung“ hier unmittelbar tatbestandsbegründend! Das bedeutet aber nicht umgekehrt, dass jedes Delikt per se eine Menschenrechtsverletzung darstellt.¹¹ Bei Menschenrechtsverletzungen handelt es sich vielmehr um be-

Blickwinkel der Schutzgesetzzeigenschaft ausführlich (grds. abl.) NORDHUES, Die zivilrechtliche Haftung der Muttergesellschaft und ihrer Organe für Menschenrechtsbeeinträchtigungen ihrer ausländischen Tochtergesellschaft *de lege lata* und *de lege ferenda*, Diss. HU Berlin, 2018, S. 62 ff, 91 f.

- 6 Siehe z.B. aktuell die Anklage des Staates New York gegen den Filmproduzenten Harvey Weinstein, seinen Bruder Robert Weinstein und deren frühere Produktionsfirma Weinstein Company wegen „Verletzung der Bürgerrechte, Menschenrechte und des Arbeitsrechts“, <http://www.faz.net/aktuell/gesellschaft/kriminalitaet/harvey-weinstein-anklage-durch-bundesstaat-new-york-15444223.html> (zuletzt 8.3.2018).
- 7 Einschränkend (für Sklaverei und Zwangsarbeit) auch NORDHUES, aaO (Fn. 5), S. 62 ff, 82 ff; abl. aber STÜRNER, International Journal of Procedural Law (2014), 350, 365 f.
- 8 Richtig daher NORDHUES, aaO (Fn. 5), S. 83 f.
- 9 A. A. WELER/KALLER/SCHULZ, AcP 216 (2016), 388, 400.
- 10 Zutr. jetzt WELER/THOMALE, ZGR 2017, 509, 513 und 520f. Noch zweifelnd WELER/KALLER/SCHULZ, AcP 216 (2016), 388, 400.
- 11 Richtig WAGNER, RabelsZ 80 (2016), 717, 765; HALFMEIER, in: Krajewski/Oehm/Saage-Maß, Zivil- und Strafrechtliche Unternehmensverantwortung für Menschenrechtsverletzungen, 2017, S. 33, 45 ff.

sonders gravierende und böartige, zumeist vorsätzliche Eingriffe in die Schutzgüter. Typischerweise, aber nicht zwingend,¹² gehen sie von der Staatsmacht aus. Trotz beachtlicher Ansätze steht die tatbestandliche Konturierung der Menschenrechtsverletzung noch am Anfang. Sie ist aber notwendig, wenn daran vermittels der Figur der „mensenrechtlichen Sorgfaltspflicht“ ein unmittelbarer Haftungstatbestand geknüpft werden soll. In der Folge soll ein Überblick über den erreichten Stand und die offenen Fragen gegeben werden.

2. Konkretisierung des Tatbestandes

a) Schutzbereich

Die wesentlichen Menschenrechte wurden bereits in der Allgemeinen Erklärung von 1946 formuliert. Sie wurden durch den Internationaler Pakt über bürgerliche und politische Rechte und den Internationalen Pakt über wirtschaftliche, soziale und kulturelle Rechte von 1966 bestärkt. Dazu kommen zahlreiche UN-Konventionen, zu deren bekanntesten etwa die UN-Kinderrechtskonvention oder die UN-Flüchtlingskonvention zählen. Von großer Bedeutung sind schließlich die ILO-Kernarbeitsnormen. Ähnlich der Struktur der Grundrechte enthalten diese Regelwerke Freiheitsrechte (status negativus) und soziale Garantien/Teilhaberechte (status activus). Zu den Inhalten zählen Verbote (z. B. von willkürlicher Tötung, Folter, Diskriminierung, Sklaverei, Kinderarbeit, etc.) und Rechte (z. B. auf gewerkschaftliche Organisation, angemessenen Lohn; Selbstbestimmung, etc.). Die Schutzbereichsbestimmung erfolgt ähnlich wie bei Grundrechten, ist aber autonom und idiosynkratisch. Beispielsweise wird aus dem Selbstbestimmungsrecht ein Recht zur Verfügung über die eigenen natürlichen Ressourcen abgeleitet, welches durch Umweltverpestung verletzt wird. In unseren Augen wäre eher Art. 14 GG einschlägig.

b) Eingriff

Nach den Ruggie-Prinzipien beinhaltet die menschenrechtliche Sorgfaltspflicht, dass Unternehmen „eine Verletzung der Menschenrechte anderer vermeiden und negativen Auswirkungen auf die Menschenrechte begegnen sollten, an denen sie beteiligt sind“. Neben den unmittelbaren Eingriff („Verletzung“) tritt also der mittelbare Eingriffstatbestand der „negativen Auswirkung“ (*adverse human rights impact*). Dieser scheint allerdings zu weit und unklar. Immerhin lässt sich zur Konkretisierung auf stetig wachsendes Fallmaterial zurückgreifen. Dieses findet sich namentlich in zwei Guides, „The

12 Siehe noch unten, Text mit Fn. 15.

Corporate Responsibility to Protect Human Rights – an Interpretative Guide“ aus dem Jahr 2012 sowie „Human Rights Translated – A Business Reference Guide“ aus dem Jahr 2008. Diese betrachten unter anderem die Fälle, die nach dem Alien Tort Statute in den USA entscheiden wurden. Dazu treten noch die Fälle der nationalen Kontaktstellen zu den OECD-Prinzipien, die sich mittlerweile inhaltlich weitgehend mit den Ruggie-Prinzipien decken.¹³

Gesichert ist der Tatbestand der unternehmerischen Mitwirkung an Menschenrechtsverletzungen durch Staaten („aiding and abetting“). Fallgruppen sind beispielweise die Mitwirkung an Großprojekten, die durch illegitime Vertreibung der Bevölkerung vorangetrieben werden; die Lieferung von Überwachungstechnologie an Diktaturen; die Bewachung von Foltergefängnissen (Abu-Ghraib); schließlich Denuntiationen, die zur Deportation missliebiger Arbeitnehmer führen, wie in *Daimler v Bauman*, No. 11-965, 134 S. Ct. 746 (2014), wo freilich die Mutter nicht haftete. Die Eingrenzung der Menschenrechtsverletzung erfolgt hier auf zweifache Weise. Erstens geht es primär um die allgemein anerkannten Tatbestände staatlicher Menschenrechtsverletzungen, die nur mit Vorsatz begangen werden können. Zweitens erfordert auch „aiding and abetting“ einen „intent to aid“, ist also seinerseits auf die vorsätzliche Teilnahme beschränkt.¹⁴

Weit schwieriger einzugrenzen sind direkte Eingriffe durch Unternehmen sowie die Mitwirkung an solchen Eingriffen. Fest steht, dass nicht schon die fehlende staatliche Beteiligung der Annahme einer Menschenrechtsverletzung entgegensteht.¹⁵ So werden im Business Guide von 2008 als Beispiele für unternehmerische Menschenrechtsverletzungen etwa die Asbestproduktion sowie die Umweltverpestung genannt. Auch die Verletzung von ILO-Standards geht direkt von Unternehmen aus und kann über den Begriff der Mitwirkung (*adverse impact*) auf mittelbar Beteiligte erstreckt werden.

Solche Menschenrechtsverletzungen sind nicht von vornherein auf vorsätzliches Handeln beschränkbar. Andererseits kann aber auch nicht jede fahrlässige Verletzung von Rechtsgütern gleich das Verdikt der Menschenrechtsverletzung auslösen.¹⁶ Die „human rights due diligence“ ist kein „UN-Deliktsrecht“. Ein Logistik-Unternehmen wie DHL mag übers Jahr gesehen zwar viele Verkehrsunfälle verursachen, aber keine Menschenrechtsverletzungen. Der systematische Vergleich zu den „aiding und abetting“-Fällen zeigt vielmehr, dass es auch bei Verletzungen durch Private um Eingriffe von besonde-

13 Eingehend KRAJEWSKI et. al., ZaöRV 76 (2016), 309 ff.

14 Anderes kann gelten, wenn das Hauptdelikt auch fahrlässig begangen werden kann, vgl. *Sec v Coven* 581 F.2d 1020 (2d Cir. 1978), was aber bei staatlichen Menschenrechtsverletzungen grundsätzlich nicht der Fall ist.

15 Anders HALFMEIER, aaO (Fn. 11), S. 46.

16 Oben Fn. 11.

rer Schwere gehen muss. Das Leitmotiv hierfür ist die *zynische Missachtung* der Menschenrechte. Kriterien hierfür können in objektiver Hinsicht das Ausmaß, die Anzahl und Tiefe der Verletzungen sein, in subjektiver Hinsicht die besondere Bösartigkeit, belegt durch vorsätzliches oder rücksichtsloses Verhalten aus niedrigen Beweggründen wie etwa hemmungslosem Gewinnstreben. Nicht alle Umweltkatastrophen beruhen auf zynischer Missachtung der Menschenrechte, wohl aber solche, wo Unternehmen um des Profits willen und unter Ausnutzung schwacher staatlicher Aufsicht im globalen Süden elementare Sicherheitsvorkehrungen unterließen, warnende Bodengutachten ignorierten, etc. Um auf das Asbestbeispiel zurück zu kommen: Irgendwo zwischen dem ersten und dem zehntausendsten Asbestopfer wurde aus der Produzentenhaftung eine Menschenrechtsverletzung. Dieser Übergang ist genau zu definieren, wenn der „human rights due diligence“ in absehbarer Zukunft unmittelbar haftungsbegründende Wirkung beigemessen werden soll.¹⁷

III. Die zivilrechtliche Mutter-Verantwortlichkeit de lege lata

Das Kapitalgesellschaftsrecht wird durch Trennungsprinzip und Haftungsbeschränkung geprägt. Im Konzern kollidiert die juristische Konstruktion aber mit der Realität. Für Allgemeinheit wie Ökonomie ist der Konzern ein einheitliches Wirtschaftsunternehmen („Einheitsbetrachtung“). Diese Divergenz ist nicht ohne Eindruck auf die juristische Behandlung des Konzerns geblieben. Sie zieht sich als roter Faden durch die Diskussion möglicher Anspruchsgrundlagen

1. Durchgriffshaftung im Konzern

Am weitesten geht der Ansatz einer Durchgriffshaftung im Konzern. In Deutschland wie andernorts wurde in der Vergangenheit immer wieder darüber nachgedacht, Trennungsprinzip und Haftungsbeschränkung im Konzern generell aufzuweichen. Einer Konzerndurchgriffshaftung am nächsten war man hierzulande im Video-Urteil gekommen.¹⁸ Das hatte schon TBB zurückgestutzt,¹⁹ bevor der Wechsel zur Existenzvernichtungshaftung jegliche Konzernhaftung vom Tisch nahm.²⁰ Das steht im Einklang mit internationalen

17 Dahin gehend namentlich der Aktionsplan der BUNDESREGIERUNG, aaO (Fn. 2).

18 BGHZ 115, 187.

19 BGHZ 122, 123.

20 Zur Entwicklung etwa LIEBSCHER, Münchener Komm. z. GmbHG, 2. Aufl., 2015, Anh § 13 Rdn. 519ff.

Entwicklungen. In England wurde der Durchgriff bei „single economic unit“ nach einer kurzen Hochphase in den Siebzigern des letzten Jahrhunderts durch *Adams v Cape* beseitigt.²¹ Auch in den USA haben sich die diversen „single enterprise doctrines“ nicht durchsetzen können.²² Stand heute gibt es keine strukturell begründete Konzerndurchgriffshaftung in Deutschland – ein Befund, der von maßgeblichen Jurisdiktionen geteilt wird.

2. Deliktdurchgriffshaftung

Eine Denkschule, die in jüngerer Zeit wieder Fahrt aufgenommen hat, plädiert für eine Durchgriffshaftung bei Deliktsschulden.²³ Auch hier stehen Konzernkonstellationen im Fokus. Jedoch soll nicht nur dort, sondern ganz allgemein anstelle der Haftungsbeschränkung bei Deliktsschulden eine *unlimited liability rule* treten. Grundlage sind rechtsökonomische Überlegungen. Durch die Haftungsbeschränkung entstehe ein Anreiz, zu wenig in die Schadensvermeidung zu investieren. Die Externalisierung der Kosten verbillige das Unternehmen künstlich und führe zu Überinvestment in gefährliche, sozial schädliche Aktivitäten. Anders als im Vertragsrecht hätten die Opfer auch keine Möglichkeit, sich im Verhandlungswege gegen die Fehlanreize aus der Haftungsbeschränkung zu wappnen.

Diese Erwägungen sind durchaus ernst zu nehmen. Die dort gezogenen Schlussfolgerungen passen aber aus den folgenden Gründen schon im Ansatz nicht für das deutsche Recht. Gedankliche Grundlage des Konzepts ist die Übertragung der strikten *vicarious liability* des Prinzipal für den Agenten auf

21 *Adams v Cape Industries plc.* [1990] Ch 433; siehe auch MERKT/SPINDLER, ZGR-Sonderheft 17, 2006, 207, 243; SCHALL, Kapitalgesellschaftlicher Gläubigerschutz, 2009, S. 261; DERS., ECFR 2016, 549, 551, eingehend WITTING, Liability of Corporate Groups and Networks, 2018, S. 64 ff, 167 ff und 318 ff.

22 BLUMBERG et al., Blumberg on Corporate Groups, Vol.1, 2. Aufl., Supplement 2016-2, § 10.03 [E], at 11.; WAGNER, RabelZ 80 (2016), 717, 762 ff; WITTING, aaO (Fn. 21), S. 339 ff; positiver aber BAINBRIDGE/HENDERSON, Limited Liability: A Legal and Economic Perspective, 2016, S. 293 ff.

23 Grundlegend HANSMANN/KRAAKMAN, Yale Law Journal 100 (1991), 1879; zust. in Deutschland jüngst THOMALE, in: Behme et al., Versicherungsmechanismen im Recht, 2015, S. 131 ff m. w. N. zu der in dieser Reichweite auch in den USA umstrittenen These; THOMALE/HÜBNER, JZ 2017, 385, 394 f; WELLER/THOMALE, ZGR 2017, 509, 522 f; einschränkend (Deliktdurchgriff nur bei *impropriety*) und auf Basis des sog. *evasion principle* S.H.C. LO, Piercing of the Corporate Veil for Evasion of Tort Obligations, (2017) 46 Common Law World Review 42 (siehe noch unten, Fn. 133); zurückhaltend („im Einzelfall“) auch König, AcP 217 (2017), 612, 617 ff, 627; einen Deliktdurchgriff abl. z. B. der UK Court of Appeal in *Chandler v Cape* [2012] EWCA Civ 525, Rdn. 69 f; WAGNER, RabelsZ 80 (2016), 717, 765 f; allgemein gegen Durchgriff BAINBRIDGE/HENDERSON, aaO (Fn. 22), S. 279 ff; kritisch auch WITTING, aaO (Fn. 21), S. 342 ff.

Basis des Prinzips „*respondeat superior*“. Im deutschen Recht gibt es aber nicht diese garantierte Einstandshaftung, sondern nur den weit milderen § 831 BGB mit Enthftungsmöglichkeit. Im Übrigen ist ja auch das Bild schief. Als Agent der Gesellschafter gelten in Recht wie Ökonomie nicht die Gesellschaft, sondern die Direktoren. Nur höchst ausnahmsweise, und immer nur bei enger Führung, kann im Rahmen des Durchgriffs die Gesellschaft als *agent* des Mehrheits- oder Alleingesellschafters angesehen werden. Keinesfalls gilt das generell im Konzern.²⁴

Entscheidend ist aber, dass es die von *Hansmann/Kraakman* diagnostizierte Fehlsteuerung im deutschen Recht, jedenfalls unter Geltung des „Baustoff-Urteils“,²⁵ in dieser Form gar nicht geben kann. Ihr Dreh- und Angelpunkt ist das Fehlen jeglicher Eigenhaftung der Geschäftsleiter für Gesellschaftsdelikte im Common Law. Zwar lösen Vorsatztaten sowie unmittelbare Verletzungshandlungen (z. B. Verkehrsunfälle) durchaus persönliche Haftung aus.²⁶ Aber in der entscheidenden Fallgruppe, die in Deutschland als Verkehrssicherungspflichtverletzungen erfasst werden, bleiben die Geschäftsleiter haftungsfrei. Die Konstruktion des *tort of negligence* lässt keinen Raum für eine Eigenhaftung, da die Verletzung der *duty of care* nicht an die (mittelbare, pflichtwidrige) Verursachung einer Rechtsgutsverletzung, sondern an die Verletzung einer vorher einseitig übernommenen Sorgfaltspflicht anknüpft (*assumption of liability*). Hier gilt das gleiche wie im Vertragsrecht. Der *agent* verpflichtet sich nicht persönlich für die Verbindlichkeiten des *principal*.²⁷ Haftbar ist nur die Gesellschaft, und die haftet nur beschränkt. Nur dann stimmt, was *Hansmann/Kraakman* schreiben:

„Limited liability gives the managers an incentive to assume too much risk, just as it does the shareholders of a closely-held firm.“²⁸

In Deutschland existieren diese Fehlanreize grundsätzlich nicht. Denn unter Geltung des Baustoff-Urteils haften die Geschäftsleiter für die Rechtsgutverletzungen der Gesellschaft persönlich. Das Deliktsoffer wird durch Trennungsprinzip und Haftungsbeschränkung nicht beeinträchtigt, weil ihm im-

24 Gegen *vicarious liability* für Konzerntöchter auch der UK Court of Appeal in *Lubbe et al. v Cape plc* [1998] EWCA Civ 1351, Rdn. 40.

25 Dazu noch unten, Text mit Fn. 152.

26 Vgl. sec. 7.01 Restatement (Third) of Agency: An agent is subject to liability to a third party harmed by the agent's tortious conduct. Unless an applicable statute provides otherwise, an actor remains subject to liability although the actor acts as an agent or an employee, with actual or apparent authority, or within the scope of employment.

27 Vgl. sec. 7.02 Restatement (Third) of Agency: An agent's breach of a duty owed to the principal is not an independent basis for the agent's tort liability to a third party. An agent is subject to tort liability to a third party harmed by the agent's conduct only when the agent's conduct breaches a duty that the agent owes to the third party.

28 HANSMANN/KRAAKMAN, Yale Law Journal 100 (1991), 1879, 1894

mer der Geschäftsleiter als zusätzlicher Schuldner zu Verfügung steht.²⁹ Im Übrigen gilt, was *Drygala* einst treffend im Plenum des ZGR-Symposiums 2004 sagte: „Niemand hat einen Anspruch darauf, von Rockefeller überfahren zu werden.“

Nun soll an dieser Stelle nicht verschwiegen werden, dass das „Baustoff“-Urteil in Deutschland umstritten ist. Doch ist das hier bei näherem Hinsehen noch gar nicht entscheidend. Auch wenn man eine Deliktsaußenhaftung der Geschäftsführer ablehnt, trifft sie doch unzweifelhaft eine Innenhaftung gegenüber der Gesellschaft für alle Schäden, die jene aus der Deliktshaftung gegenüber Dritten erleidet, zu denen es wegen der Verkehrssicherungspflichtverletzung kommt. Aufgrund dieses persönlichen Haftungsrisikos, sei es im Innen- oder im Außenverhältnis, werden die Geschäftsleiter entgegen der Annahme von *Hansmann/Kraakman* keinesfalls generell zu wenig in die Schadensvermeidung investieren. Nur in extremen Missbrauchsfällen, wie z. B. bei Einsetzung vermögensloser Geschäftsleiter in unterkapitalisierten Vehikeln, mag es anders liegen. Doch die Bekämpfung von Rechtsmissbrauch im Einzelfall ist keine Domäne der auf strukturellen, ex-ante anzustellenden Effizienzerwägungen ruhenden ökonomischen Analyse, sondern des Tatrichters.

In Deutschland besteht also kein Bedarf für eine Deliktsdurchgriffshaftung. Sie bietet weder dogmatisch noch rechtsökonomisch eine überzeugende Alternative gegenüber der Geschäftsleiterhaftung. Das gilt namentlich, wenn mit *Hansmann/Kraakman* selbst Kleinaktionäre in börsennotierten Gesellschaften herangezogen werden sollen. Ganz abgesehen von den nicht unwesentlichen technischen Problemen, die das am Kapitalmarkt aufwirft:³⁰ Wer nur auf eine theoretische Prinzipal-Stellung abhebt und keine reale Möglichkeit zu maßgeblicher Einflussnahme auf die Geschäftsführung voraussetzt, propagiert eine hierzulande systemwidrige Deliktshaftung für fremdes Verschulden. Wenn aber bloße Investoren mithaften sollen, warum nicht auch Inhaber von Schuldverschreibungen oder Hausbanken? Und warum nicht gleich noch die Versionsklage wiederbeleben, die ebenfalls auf Ausgleich einer Nutzen-Schaden-Relation abzielte. Schließlich leuchtet noch nicht einmal ein, wieso der drohende Totalverlust des Kapitals einer börsennotierten stock corporation keine hinreichende Lenkungswirkung bei Vorständen und Investoren entfalten soll.³¹ Die perhorriszierten Fehlsteuerungen und Missbrauchsszenarien fallen in Wahrheit nur bei kleinen Privatgesellschaften und

29 Schön in BACHMANN et al., Rechtsregeln für geschlossene Kapitalgesellschaften, ZGR-Sonderheft 18, 2012, S. 112, 119ff.

30 Sicher sind die Haftungsfragen lösbar, vgl. HANSMANN/KRAAKMAN, Yale Law Journal 100 (1991), 1879, 1903 ff. Dennoch bereiten sie erhebliche Probleme, die für jede Rechtsordnung, die diesen Weg einschlägt, einen gewichtigen Wettbewerbsnachteil aufwürfe. Schon *partly paid shares* sind mehr als unbeliebt.

31 So aber HANSMANN/KRAAKMAN, Yale Law Journal 100 (1991), 1879, 1894.

Konzerntöchtern ins Gewicht. Sie bestehen dort allerdings ganz allgemein und nicht nur bei Deliktsschulden. Entsprechende Gegenmittel sind längst etabliert.³²

3. Deliktshaftung der Konzernmutter

a) Der Konflikt von Einflussmöglichkeit und Trennungsprinzip

Die Frage nach der Deliktshaftung der Konzernmutter ist vom Konflikt zwischen Einflussmöglichkeit auf die Tochter und Trennungsprinzip geprägt. Der Grundgedanke des deutschen Deliktsrechts lautet: Jedermann muss sein Verhalten so einrichten, dass er die Rechtsgüter und absoluten Rechte anderer nicht schädigt („neminem laedere“). Diese Pflicht beschränkt sich nicht auf das Verbot aktiver Eingriffe, sondern gebietet auch Handlungspflichten. Wer die Verletzung anderer durch Schutzvorkehrungen innerhalb seines Herrschaftsbereichs verhindern kann, muss dies tun (vgl. §§ 831 ff, 836 ff BGB). Unterlässt er es, haftet er.

Konzernmütter haben vermittels ihrer gesellschaftsrechtlichen Herrschaftsinstrumente die Macht, Menschenrechtsverletzungen durch ihre Töchter entgegen zu wirken. In den Augen der Allgemeinheit reicht dies aus, sie verantwortlich zu halten, wenn sie ihre Verhinderungsmacht nicht einsetzen. Dagegen streitet aber das Trennungsprinzip. Die Tochtergesellschaft ist eine eigene Rechtspersönlichkeit und betreibt ihr eigenes Unternehmen, nicht das der Mutter als Verrichtungsgehilfin. Auch die Zustandsverantwortlichkeit endet regelmäßig an den Grenzen des Eigentums. Die Bananenschale auf seinem Hof muss der Eigentümer beseitigen, auch wenn er sie nicht hingeworfen hat. Die Bananenschale auf der Straße darf er dagegen liegen lassen, auch wenn er sie ganz einfach aufheben könnte. Die faktische Verhinderungsmöglichkeit begründet rechtlich noch keine Verhinderungspflicht.³³

32 Der Gefahr materieller Unterkapitalisierung begegnet man durch *piercing the veil* (USA), Geschäftsleiterhaftung (Frankreich, England) oder Deliktsrecht (Deutschland). Der Gefahr des Ausweichens auf Gesellschafterfremdfinanzierung begegnet man mit deren Subordination, wobei entweder an die Gesellschafterstellung (Deutschland, USA) oder an die (faktische) Geschäftsleiterstellung (England; Frankreich) angeknüpft wird, vgl. SCHALL, Kapitalgesellschaftsrechtlicher Gläubigerschutz, 2009, S. 251 ff.

33 BGHZ 194, 26 = NJW 2012, 3439, 3440, Rdn. 18; SPINDLER, in: BeckOGK BGB, Stand: 1.5.2017, § 823 Rdn. 708; WELLER/KALLER/SCHULZ, AcP 216 (2016), 388, 401; KOCH, WM 2009, 1013, 1019; VOGT, Die Verbandsgeldbuße gegen eine herrschende Konzerngesellschaft, 2009, S. 193 ff, 198; HOLLE, Legalitätskontrolle im Kapitalgesellschafts- und Konzernrecht, 2014, S. 332; REHBINDER, Konzernaußenrecht und allgemeines Privatrecht, 1969, S. 545; a.A. noch RGZ 150, 265, 270.

Für das Gesellschaftsrecht scheint der Fall damit gelöst. Das Trennungsprinzip weist Unternehmen, Eigentum und Verkehrssicherungspflicht allein der Tochter zu. Die Mutter hat damit nichts zu tun. Sie ist bloße Dritte und muss deshalb die Bananenschale nicht aufheben. Doch diese Sichtweise ist in tatsächlicher wie juristischer Hinsicht angreifbar. Tochtergesellschaften sind keine selbstständigen Dritten, sondern abhängige Unternehmen (§ 17 AktG). Im Konzern sind sie unter einheitlicher Leitung der Mutter zusammengefasst (§ 18 AktG). Konzernpreise sind keine Marktpreise! Wer die Anteilsmehrheit erwirbt, kauft in den Augen des Kaufrechts selbstverständlich das Unternehmen. Sollte er dann bei §§ 823 ff BGB behaupten können, er habe mit dem von der Gesellschaft betriebenen Unternehmen nichts zu tun? In der Folge wird daher versucht, die Grenzen, die das Trennungsprinzip einer deliktischen Pflicht zur Einflussnahme auf die Tochter unter § 831 bzw. § 823 BGB zieht, nuancierter zu justieren.

b) Haftung aus § 831 BGB

aa) Meinungsstand

Die bislang h. M. lehnt eine Mutterverantwortlichkeit für Tochterdelikte aus § 831 BGB ab. Zwar ist die Geschäftsherreneigenschaft juristischer Personen unstrittig.³⁴ Nach einer Argumentationslinie soll die Norm aber auf der anderen Seite, bei juristischen Personen als Verrichtungsgehilfen, schon gar nicht anwendbar sein. Dafür werden die Entstehungsgeschichte sowie die Gefahr der Potenzierung der Geschäftsherreneigenschaft angeführt.³⁵ Doch ist der Wortlaut („einen anderen zu einer Verrichtung bestellt“) für juristische Personen offen.³⁶ Er ist nicht auf das Leitbild der „Lakaienhaftung“ begrenzt. Allenfalls wurde hier eine ausfüllungsbedürftige Lücke diagnostiziert.³⁷ Auch

34 BGHZ 109, 297 = NJW 1990, 976; BGH NJW 1974, 1371 f; HOLLE, aaO (Fn. 33), S. 239. Umstritten ist dagegen, ob die Organe der Gesellschaft deren Haftung nach § 831 Abs. 2 BGB übernehmen (so z. B. ALTMIPPEN, ZIP 1995, 881, 888 f) oder ob ihr Fehlverhalten aufgrund der Organstellung zuzurechnen ist, auch wenn sie – entgegen dem Wortlaut des § 31 BGB – nicht selbst für das fragliche Delikt haftbar sind (so z. B. SPINDLER, Unternehmensorganisationspflichten, 2. Aufl., 2011, S. 852 ff; KLEINDIEK, Deliktshaftung und juristische Person, 1997, S. 117 ff; HOLLE, aaO (Fn. 33), S. 239 ff, 259 f).

35 EHRICKE, Das abhängige Konzernunternehmen in der Insolvenz, 1998, S. 130 f; WIMMER-LEONHARD, Konzernhaftungsrecht, 2004, S. 410; zuneigend auch KOCH, WM 2009, 1013, 1018 f; MOHAMED, Jura 2016, 1037, 1040 f.

36 HOLLE, aaO (Fn. 33), S. 266; VOGT, aaO (Fn. 33), S. 205; GÜNGÖR, aaO (Fn. 3), S. 208 f; NORDHUES, aaO (Fn. 5), S. 135; zweifelnd noch HERZOG, AcP 133 (1931), 52, 59 f.

37 Vgl. HERZOG, AcP 133 (1931), 52, 59 f.

die Multiplikationsgefahr besteht nicht. Arbeitnehmer der Tochter sind weder Arbeitnehmer noch Verrichtungsgehilfen der Mutter.³⁸

Schlagkräftiger ist das Argument aus dem Trennungsprinzip. Tochtergesellschaften seien selbstständige Unternehmen und können daher keine Verrichtungsgehilfen der Mutter sein.³⁹ Dafür hat man Unterstützung in der BGH-Rechtsprechung ausgemacht. In der Tat lehnte es der VI. Senat mit eben dieser Begründung ab, eine Gesellschaft, welche als „Konzernschwester“ einer Bank deren Einkaufszentrum angemietet und anschließend an die Endnutzer untervermietet hatte, als Verrichtungsgehilfin der Bank einzustufen.⁴⁰

„Während selbstständige Unternehmen ohne Weiteres Erfüllungsgehilfen sein können, setzt die Qualifikation als Verrichtungsgehilfe Abhängigkeit und Weisungsgebundenheit voraus. Daran fehlt es i. d. R. bei selbstständigen Unternehmen unabhängig davon, ob sie mit dem Unternehmen, für das sie eine bestimmte Aufgabe wahrnehmen, in einem Konzernverhältnis stehen. Die Übertragung von Aufgaben auf ein bestimmtes Unternehmen innerhalb eines Konzerns dient regelmäßig gerade dem Zweck, durch die selbstständige – nicht weisungsgebundene – Erledigung der Aufgabe andere Teile des Konzerns zu entlasten.“

Allerdings ist die Position der Rechtsprechung weniger klar als es nach diesem Dictum scheint. So hatte der I. Senat kurz zuvor in einem weniger beachteten Urteil eine Konzerntochter, die über einen Beherrschungsvertrag mit der Mutter verbunden war, ohne Weiteres als deren Verrichtungsgehilfin eingestuft.⁴¹

„Selbstständige Unternehmen haben im Allgemeinen zwar nicht die Stellung eines Verrichtungsgehilfen nach § 831 BGB, weil es bei ihnen an der erforderlichen Abhängigkeit und Weisungsgebundenheit gegenüber dem Geschäftsherrn fehlt Beim Vorliegen besonderer Umstände ist es allerdings nicht ausgeschlossen, dass ein rechtlich selbstständiges Unternehmen, soweit es eine Tätigkeit ausübt, bei der es den Weisungen eines anderen Unternehmens unterworfen ist, auch dessen Verrichtungsgehilfe sein kann Für die Abgrenzung kommt es nicht auf die rechtliche Ausgestaltung der Beziehung oder den gesellschaftsrechtlichen Status an. Entscheidend ist vielmehr, ob nach den tatsächlichen Verhältnissen eine Eingliederung in den Organisationsbereich des Geschäftsherrn erfolgt ist und der Handelnde dessen Weisungen unterliegt Dies ist wegen

38 Richtig schon HERZOG, AcP 133 (1931), 52, 60; HOLLE, aaO (Fn. 33), S. 266; VOGT, aaO (Fn. 33), S. 206; NORDHUES, aaO (Fn. 5), S. 136; BUNTING, ZIP 2012, 1542, 1547.

39 WAGNER, Münchener Komm. z. BGB, 7. Aufl., 2017, § 831 Rdn. 17; DERS., RabelsZ 80 (2016), 718, 772 f; WELLER/KALLER/SCHULZ, AcP 216 (2016), 388, 407; FLEISCHER, DB 2017, 2849, 2855 f; ABERLE, Sanktionsdurchgriff und wirtschaftliche Einheit im deutschen und europäischen Kartellrecht, 2013, S. 191 f; differenzierter aber SPINDLER, aaO (Fn. 33), § 831 BGB Rdn. 18.

40 BGH, Urt. v. 6.11.2012 – VI ZR 174/11, NJW 2013, 1002 = ZIP, 2013, 77 = NZG 2013, 279, 280 Rdn. 16; kritisch aber SPINDLER, aaO (Fn. 33), § 831 BGB Rdn. 18: „zu allgemein“.

41 BGH, Urt. v. 25.4.2012 – I ZR 105/10, GRUR 2012, 1279 = BeckRS 2012, 22158 – Das Große Rätselheft, Rdn. 45. Ebenso OLG Düsseldorf GRUR-RR 2013, 273 = BeckRS 2013, 06828; a. A. noch OLG Düsseldorf, Urt. v. 16.2.2006 – 2 U 32/04, BeckRS 2006, 12701 (dazu noch unten im Text). Siehe im Übrigen Fn. 62.

des zwischen den Bekl. abgeschlossenen Beherrschungs- und Gewinnabführungsvertrags der Fall.“

Es zeigt sich: Zwar sind selbstständige Unternehmen auch für die Rechtsprechung im Grundsatz keine Verrichtungsgehilfen.⁴² Im Einzelfall kann jedoch anderes gelten.⁴³ Hintergrund ist ein „duales System“, mit welchem die Rechtsprechung die Stellung als Verrichtungsgehilfe ermittelt. Diese kann nämlich „allgemein oder im konkreten Fall“ bestehen.⁴⁴ Den Unterschied beleuchtet lehrreich ein alter Fall des Reichsgerichts.⁴⁵ Der Eigentümer bat in Abwesenheit des Schlossermeisters dessen Lehrling, das eingefrorene Klosett auf dem Hof so schnell wie möglich aufzutauen, damit es die Mieter wieder benutzen konnten. Der Lehrling erklärte, er könne den Ofen ja schon mal anfeuern, müsse den Meister aber noch fragen, sobald er komme. Der Meister wiederum war mit der Durchführung der Arbeit einverstanden, da der Ofen nun schon mal angeheizt war. Leider deckte der Lehrling die Klosettgrube, die er zur Durchführung der Arbeit hatte öffnen müssen, hinterher nicht wieder ab, so dass eine Mieterin im Dunkeln hineinfiel und sich verletzte. Während ein Lehrling allgemein zweifellos als Verrichtungsgehilfe seines Meisters anzusehen ist,⁴⁶ judizierte das RG, in diesem Fall sei der Lehrling Verrichtungsgehilfe des Eigentümers gewesen, weil er den konkreten Auftrag von ihm erhalten habe, während sein Meister die Ausführung lediglich geduldet habe.⁴⁷

Die Figur des konkreten Verrichtungsgehilfen bietet ein größeres Einfallstor für die Haftung der Konzernmutter als es die h.L. im Gesellschaftsrecht wahrnimmt. Denn die Rechtsprechung lässt sich bei dieser Kategorie schon sehr rasch nicht mehr von der formaljuristischen Selbstständigkeit des Unternehmers beeindrucken.⁴⁸ Selbstständige Handelsvertreter⁴⁹ wurden vom BGH ebenso als konkrete Verrichtungsgehilfen angesehen wie Freiberufler⁵⁰ oder Kapitalgesellschaften. In einem Fall aus dem Jahre 1989 wurde eine deutsche GmbH als Verrichtungsgehilfin einer US-amerikanischen Anlagegesellschaft

42 BGH NZG 2013, 279, 280, Rdn. 16 a. E.; SPINDLER, aaO (Fn. 33), § 831 BGB Rdn. 17.

43 SPINDLER, aaO (Fn. 33), § 831 BGB Rdn. 18; FÖRSTER, in: BeckOK BGB, Stand: 1.11.2017, § 831 Rdn. 22.

44 BGH NZG 2013, 279, 280 Rdn. 15.

45 RGZ 51, 199.

46 Das Verhältnis Meister-Lehrling stellt sogar das gesetzliche Paradigma des § 831 BGB dar, vgl. KUPISCH, JuS 1984, 250.

47 Ob diese Bewertung stimmt, hängt m. E. allerdings davon ab, ob, wie viel und vor allem an wen für diesen Auftrag letztlich gezahlt worden ist.

48 Richtig erfasst von SPINDLER, aaO (Fn. 33), § 831 BGB Rdn. 18.

49 BGH NJW 1980, 941; BGH NJW 1956, 1715.

50 BGH NJW 2009, 1740: Vertretungsarzt als Verrichtungsgehilfe; zum Anwalt als Verrichtungsgehilfen des Mandanten RGZ 96, 177, 179 ff; BGH LM § 823 (Hb) Nr. 5 = BB 1957, 306; BGH NJW 1979, 1882 f; zust. STAUDINGER/BELLING, Komm. z. BGB, 16. Aufl., 2012, § 831 Rdn. 108; a. A. SPINDLER, aaO (Fn. 33), § 831 BGB Rdn. 27.

angesehen,⁵¹ als deren deutsche Repräsentanz ihre Betreiber fungierten – und das sogar ohne jegliche kapitalmäßige Verflechtung. Im Lichte dieser Fälle findet die oft beschworene Gleichung „Konzernunternehmen = selbstständiges Unternehmen = kein Verrichtungsgehilfe“ keinen uneingeschränkten Rückhalt in der Rechtsprechung.

In der Literatur werden ebenfalls Stimmen erhoben, welche der pauschalen Ablehnung von Konzernunternehmen als Verrichtungsgehilfen entgegen treten.⁵² Dabei setzen einige ähnlich wie die Rechtsprechung am Einzelfall an und gelangen – bei Unterschieden im Detail – meist unter zwei Voraussetzungen zu § 831 BGB Zurechnung, nämlich (a) bei aktiver Einflussnahme auf die Tochterunternehmen, die (b) im Rahmen einer Tätigkeit erfolgt, die ansonsten eigentlich bei der Mutter stattfinden müsste (Tochter als „verlängerter Arm der Mutter“).⁵³ Andere Autoren sehen jedenfalls bei Eingliederung und Beherrschungsvertrag die Voraussetzungen des Verrichtungsgehilfen erfüllt,⁵⁴ wieder andere halten dies schon bei Abhängigkeit für möglich.⁵⁵

In der Summa ergibt sich ein buntes Meinungsbild. Die wohl noch h.L. lehnt die Einstufung von Konzernunternehmen als Verrichtungsgehilfen pauschal ab. Die Rechtsprechung hält dagegen eine konkrete Verrichtungsgehilfenstellung ohne Einschränkung für möglich. Auf dieser Grundlage hat sie die Untergesellschaft eines Beherrschungsvertrags als Verrichtungsgehilfin angesehen. Gleiches muss *a fortiori* im Fall der Eingliederung nach § 319 AktG gelten. Eine Konzernschwester soll dagegen keine Verrichtungsgehilfin sein. Die Behandlung der abhängigen GmbH oder AG im faktischen Konzern sind dagegen offen.

bb) Stellungnahme und eigener Lösungsvorschlag

Meiner Meinung nach vermag die herrschende These, Konzernunternehmen seien generell nicht als Verrichtungsgehilfen anzusehen, nicht zu überzeugen.

51 BGH ZIP 1989, 830; GÜNGÖR, aaO (Fn. 3), S. 195 f.

52 Eingehende Übersicht bei HOLLE, aaO (Fn. 33), S. 260 ff; NORDHUES, aaO (Fn. 5), S. 132 ff; zu älteren Stimmen noch REHBINDER, aaO (Fn. 33), S. 522 mit Fn. 109.

53 So z. B. HOLLE, aaO (Fn. 33), S. 273 f im Anschluss an Rehbinder, aaO (Fn. 33), S. 535; NORDHUES, aaO (Fn. 5), S. 143 ff; COSACK, Umwelthaftung im faktischen Konzern, 1999, S. 123; weitergehend VOGT, aaO (Fn. 33), S. 216 ff: Verhalten müsse durch Obergesellschaft „vorgezeichnet“ sein.

54 BUNTING, ZIP 2012, 1542, 1547; BORK, ZGR 1994, 237, 254 f; gleichsinnig ältere Literatur, die in Ablehnung an das Steuerrecht von „Organgesellschaften“ spricht, z. B. BRAN- DI, Die zivilrechtliche Stellung der Organgesellschaft, 1931, S. 53 f; FRANKENBERG, Die konzernmäßige Abhängigkeit, 1937, S. 165, 319; HAMBURGER, Schuldenhaftung für Konzerngesellschaften, 1932, S. 21 f; offenlassend BUXBAUM, GRUR 2009, 240, 243.

55 Früh schon HERZOG, AcP 133 (1931), 52, 66.; KRONSTEIN, Die abhängige juristische Person, 1931, S. 82 ff. Neuerdings König, AcP 217 (2017), 612, 656 ff.

Wie oben schon angedeutet, greift der Verweis auf Rechtspersönlichkeit und Trennungsprinzip zu kurz. Treffender ist die Darstellung der Kritiker, die in jüngerer Zeit von *Holle*,⁵⁶ *Vogt*⁵⁷ und *Nordhues*⁵⁸ im Anschluss an *Rehbinder*⁵⁹ gegen die h.L. formuliert wurde. Konzernunternehmen sind zwar keine Arbeitnehmer, aber auch keine selbstständigen Unternehmer, sondern liegen zwischen diesen Polen.

Doch wie auf diese Erkenntnis reagieren? Hier verlieren viele Kritiker an Überzeugungskraft. Wer § 831 BGB nur zum Ansatz bringen will, wenn tatsächlich Einfluss genommen wurde (z.B. *Holle*, *Rehbinder*), erlaubt Entlastung durch bewusste Passivität. Der gleiche Einwand droht auch unter dem Ansatz des „konkreten Verrichtungsgehilfen“. Zwar ist der Gedanke der Übernahmehaftung im Allgemeinen durchaus richtig: Wer die fremde Bananenschale freiwillig aufgehoben hat, muss sie auch richtig entsorgen und darf sie nicht mehr liegen lassen, wenn er sie am Mülleimer vorbei auf eine andere Stelle des Gehwegs geworfen hat. Wer gleich inaktiv geblieben ist, haftet dagegen nicht. Doch im Konzern trifft Enthaltung durch Passivität nicht das Richtige. Das Unternehmen des Gesamtkonzerns ist keine fremde Veranstaltung, mit der die Muttergesellschaft nur zufällig in Berührung kommt, sondern ihre eigene Einrichtung, um die sie sich selbstverständlich kümmert – und kümmern muss.⁶⁰

Überdies ist erhebliche Rechtsunsicherheit zu diagnostizieren. Die Literaturansätze, die auf die Stellung als „verlängerter Arm“ der Mutter abstellen wollen, werfen kaum lösbare Abgrenzungsfragen auf. Im Einheitsunternehmen können *alle* Tätigkeiten zentral ausgeführt werden. Man denke an den Hafenbetrieb in Holzmillier. Worauf soll es also ankommen? Ob die Tochter ausgegründet wurde⁶¹ oder ob sie zur Aufnahme einer neuen Tätigkeit inkorporiert bzw. eingekauft wurde? Und wie liegt es, wenn später weitere Tätigkeiten hin und her übertragen werden?

Auch die Rechtsprechung tut sich schwer mit ihrem konkreten Verrichtungsgehilfen. So hatte das OLG Düsseldorf in einem früheren Urteil die Untergesellschaft eines Beherrschungsvertrags noch nicht als Verrichtungsgehilfin ansehen wollen, weil nicht klar war, ob die Obergesellschaft auch auf die konkrete Verrichtung (Ein- und Verkauf von Mobiltelefonen) Einfluss genom-

56 HOLLE, aaO (Fn. 33), S. 271 f.

57 VOGT, aaO (Fn. 33), S. 209

58 NORDHUES, aaO (Fn. 5), S. 139.

59 REHBINDER, aaO (Fn. 33), S. 532.

60 Zur im Kern unumstrittenen Konzernkontrollpflicht unten, Fn. 153.

61 Dezidiert gegen diesen Gedanken BGH NJW 1981, 2250, dort im Rahmen der allgemeinen Verkehrssicherungspflicht.

men hatte.⁶² Umgekehrt hatte der VGH Mannheim überhaupt kein Problem, eine Tochtergesellschaft im faktischen Konzern für polizeirechtliche Zwecke als Verrichtungsgehilfin zu subsumieren.⁶³ Selbst der Fall der Konzernschwester hätte wohl anders entscheiden werden können, wenn diese das Einkaufszentrum nicht selbst an- und weitervermietet hätte, sondern die Bewirtschaftung im Auftrag der Bank besorgt hätte.⁶⁴

Obwohl diese Rechtsunsicherheit im Streben nach Einzelfallgerechtigkeit angelegt ist, welchem die Figur des konkreten Verrichtungsgehilfen Rechnung trägt, ließe sie sich im Konzernkontext gleichwohl erheblich reduzieren. Dazu sollte die Prüfung der Stellung als Verrichtungsgehilfen vorrangig auf Basis der gesetzlichen Wertung der §§ 17, 18 GmbHG vorgenommen werden.⁶⁵ Konzerntöchter und -enkelinnen wären danach immer dann Verrichtungsgehilfen, wenn sie als abhängige Unternehmen (§ 17 AktG) den Weisungen der Mutter unterworfen (§ 37 Abs. 1 GmbHG; § 308 AktG) und unter der einheitlichen Leitung der Konzernspitze zusammengefasst sind (§ 18 Abs. 1 AktG). Denn dann erscheinen sämtliche Kriterien der Rechtsprechung, nämlich *Weisungsbindung, soziale Unterordnung und Eingliederung in einen fremden Organisationsbereich* ohne Weiteres erfüllt.

Für die Weisungsbindung liegt das auf der Hand. Ob das Weisungsrecht der Mutter gegenüber der Geschäftsleitung der Tochter aus einem Beherrschungsvertrag oder aus der Gesellschafterversammlung entspringt, macht in der üblichen 100 %-igen Konzerntochter keinen Unterschied.⁶⁶ Aber auch in einer mehrgliedrigen Konzern-GmbH mit Minderheitsgeschaftern muss man nicht anders werten, wenn und weil die Mutter das Konzerninteresse kraft ihrer Mehrheit durchsetzen kann. Anders liegt es nur, wenn die Minderheit es schafft, eine konzernresistente Tochter auf selbstständigem Kurs zu halten. Dann fehlt es zwar nicht am Weisungsrecht, wohl aber an der – ebenfalls erforderlichen – Zusammenfassung unter einheitlichen Leitung.

62 OLG Düsseldorf, Urt. v. 16.2.2006 – 2 U 32/04, BeckRS 2006, 12701: „Insoweit fehlt es an einem entsprechenden Vortrag der Kl.. Der zwischen den Bekl. zu 1 und 2) geschlossene Beherrschungs- und Gewinnabführungsvertrag ist nicht vorgelegt worden. Erfahrungsgemäß nimmt und kann die Holdinggesellschaft jedoch keinen Einfluss auf die Einkaufsentscheidungen der Tochtergesellschaft nehmen...“

Wie BGH GRUR 2012, 1279 = BeckRS 2012, 22158 – Das große Rätselheft für Verrichtungsgehilfenstellung allein schon aufgrund Beherrschungsvertrags jetzt aber OLG Düsseldorf GRUR-RR 2013, 273.

63 VGH Mannheim NJW 1993, 1543; anders aber ANTWEILER, BB 2002, 1278, 1279.

64 Entgeltlich oder unentgeltlich, jedenfalls aber weisungsabhängig (§ 665 BGB, ggf. i. V. m. § 675 BGB). Ganz ähnlich argumentierend GÜNGÖR, aaO (Fn. 3), S. 218 mit Hinweis auf OLG Oldenburg, Urt. v. 7.6.2011 – 9 U 26710.

65 So im Ansatz auch GÜNGÖR, aaO (Fn. 3), S. 217.

66 GÜNGÖR, aaO (Fn. 3), S. 214f; siehe schon HERZOG, AcP 133 (1931), 52, 66. Anders, aber nicht überzeugend WIMMER-LEONHARD, aaO (Fn. 35), S. 410.

Die Abhängigkeit der untergeordneten Gesellschaft nach § 17 AktG ist das Pendant der sozialen Unterordnung natürlicher Personen. Dabei sind 100 %-ige Konzerntöchter sogar noch unterwürfiger als Arbeitnehmer, fehlt es ihnen doch an einem natürlichen, aus der menschlichen Persönlichkeit gespeisten Impuls zum Eigeninteresse. Sie erscheinen eher als „Sklaven“⁶⁷ denn als „selbstständige Unternehmer“.

Als fremder Organisationsbereich ist der von der Mutter errichtete Gesamtkonzern anzusehen. Das Trennungsprinzip weist der Konzerntochter zwar innerhalb des Konzerns einen eigenen Herrschaftsbereich mit eigenem Vermögen zu.⁶⁸ Diese juristische Betrachtung ändert aber nichts daran, dass die Konzerntochter nur Teil eines größeren Ganzen ist, eben des Konzernunternehmens. Der Gesamtkonzern stellt einen fremden, vom Unternehmensgegenstand der Konzerntochter unterschiedlichen Organisationsbereich dar, in den die Tochter eingegliedert ist, weil sie, wie § 18 Abs. 1 AktG es ausdrückt, unter dessen einheitlicher Leitung zusammengefasst ist.

Dabei sind allerdings Qualifikationen zu beachten. Nicht jede Konzernzugehörigkeit einer Gesellschaft ebnet per se den Weg zu § 831 BGB. Erstens kommt von vornherein nur ein Unterordnungskonzern in Betracht, da nur dort die Abhängigkeit als Pendant der sozialen Unterordnung vorliegt. In erster Linie begründet regelmäßig ein zentralistischer, hierarchischer Konzern im Sinne des klassischen „engen Konzernbegriffs“⁶⁹ einen umfassenden, fremden Organisationsbereich im oben genannten Sinne. Er erscheint zwanglos als „wirtschaftliche Einheit“,⁷⁰ innerhalb derer alle Aufgaben, die von der Mutter übertragen worden sind, ohne Weiteres als ihre Verrichtungen angesehen werden können. Nicht so klar liegt es in einer dezentralen „Konzernheterarchie“.⁷¹ Nach dem vordringenden „weiten Konzernbegriffs“ ist § 18 schon bei Zentralisierung eines wesentlichen Unternehmenssektors zum Ansatz zu bringen.⁷²

67 Urheber dieses Gedanken zum Wesen der *company*, speziell in Einpersonenkonstellationen, ist der englische Kollege John Lowry.

68 Dies markiert allerdings einen Unterschied zu Arbeitnehmern, die typischerweise nicht selbst über das Eigentum an den Betriebsmitteln verfügen. Entscheidend ist das aber nicht. Man kann auch auf dem eigenen Computer oder mit dem eigenen Auto für seinen Chef arbeiten.

69 Vgl. KOPPENSTEINER, Kölner Komm. z. AktG, 3. Aufl., 2012, § 18 Rdn. 15 ff.

70 Um deren Ermittlung ging es einst, als § 18 noch über die Notwendigkeit einer Konzernbilanz entschied, SCHALL, in: Spindler/Stilz, Komm. z. AktG, 3. Aufl., 2015, § 18 Rdn. 5.

71 Zu diesem Begriff sowie zur Sinnhaftigkeit solcher Strukturen unter dem Blickwinkel des Konzerns als lernende Organisation im Sinn der Hypertextorganisation AMSTUTZ, Globale Unternehmensgruppen, 2017, insbes. S. 63 ff.

72 So die heute h.M., KOCH, in: Hüffer/Koch, Komm. z. AktG, 12. Aufl., 2016, § 18 Rdn. 10; EMMERICH, in: Emmerich/Habersack, Aktien- und GmbH-Konzernrecht, 8. Aufl., 2016, § 18 Rdn. 10 ff; J. VETTER, in: K. Schmidt/Lutter, AktG, 3. Aufl., 2015,

Folgt man dem, besteht auch bei solchen Strukturen ein fremder Organisationsbereich. Sonst kommt § 831 BGB allenfalls bei konkreten Verrichtungen, namentlich im zentralisierten Bereich, in Betracht. Drittens gibt es grundsätzlich keinen „Konzern im Konzern“.⁷³ Das verhindert eine Multiplikation der Geschäftsherrenstellung. Neben den Töchtern sind auch sämtliche Enkelinnen grundsätzlich nur als Verrichtungsgehilfinnen der Mutter anzusehen, in deren Organisationsbereich sie agieren. Jede im Gesamtkonzern einer Einzelgesellschaft zugewiesene Tätigkeit⁷⁴ kann sich damit als Verrichtung für die Mutter darstellen. Es gelten die Grundsätze zu Delegation und dezentralem Entlastungsbeweis.⁷⁵ Über die Anwendung des § 831 BGB entscheidet dann die (Weisungs)Unabhängigkeit der eingesetzten Gesellschaft im Rahmen der übertragenen Aufgabe.⁷⁶ Für eine eigene Geschäftsherrenstellung von untergeordneten Konzerngliedern bleibt demgegenüber nur in dezentralen Konzernheterarchien Raum, wo die Spitze keine umfassende einheitliche Leitung ausübt.

Liegen die eben beschriebenen Voraussetzungen (Weisungsrecht der Konzernmutter; Abhängigkeit nach § 17 AktG und Zusammenfassung unter einheitlicher Leitung nach § 18 Abs. 1 AktG) vor, braucht man nicht auf die vage Figur des „konkreten Verrichtungsgehilfen“ zurückzugreifen. Im Licht der gesetzlichen Wertungen sind solche Tochtergesellschaften vielmehr generell als Verrichtungsgehilfinnen der Konzernmutter einzustufen. Der Grund ist, dass sie ihre *gesamte Tätigkeit* im Auftrag der Mutter erledigen, aber eben nicht weisungsfrei wie im heterarchischen Konzern, sondern als deren Verrichtungsgehilfin. Eine weitere „tatsächliche Bestellung“ zu konkreten Verrichtungen, etwa in Form weiterer Einzelweisung bezüglich der Tätigkeit der Tochter, ist nicht erforderlich.⁷⁷ Eine solche Sichtweise wäre viel zu eng. Auch Arbeitnehmer werden ja nicht ständig angeleitet und instruiert, sondern erledigen die ihnen übertragenen Aufgaben nach der Einarbeitung weitgehend selbstständig.⁷⁸ Das ist gerade Sinn der Arbeitsteilung! Wie bei Arbeitnehmern reicht

§ 18 Rdn. 11; einschränkend SCHALL, aaO (Fn. 70), § 18 AktG Rdn. 13 ff (nur bei Unterordnungskonzern); kritisch zur Kategoriebildung WINDBICHLER, Großkomm. z. AktG, 5. Aufl., 2017, § 18 Rdn. 19.

73 KOCH, aaO (Fn. 72), § 18 AktG Rdn. 14; SCHALL, aaO (Fn. 70), § 18 AktG Rdn. 18 f.

74 BGH NZG 2013, 279, 280 Rdn. 16 spricht von „übertragenen Aufgaben“.

75 GÜNGÖR, aaO (Fn. 3), S. 232; NORDHUES, aaO (Fn. 5), S. 144 f; HOLLE, aaO (Fn. 33), S. 274; BUNTING, ZIP 2012, 1542, 1547. Allg. dazu RGZ 78, 107; BGHZ 4, 1; WAGNER, aaO (Fn. 39), § 831 BGB Rdn. 44; SPINDLER, aaO (Fn. 33), § 831 BGB Rdn. 44 ff; FÖRSTER, aaO (Fn. 43), § 831 BGB Rdn. 40 ff, 51 ff; HOLLE, aaO (Fn. 33), S. 225 ff. Näher noch unten, Text mit Fn. 95.

76 So letztlich auch die Wertung des BGH.

77 A. A. noch OLG Düsseldorf, Urt. v. 16.2.2006 – 2 U 32/04, BeckRS 2006, 12701; jetzt wieder NORDHUES, aaO (Fn. 5), S. 143.

78 Gegen NORDHUES, aaO (Fn. 5), S. 143 im Anschluss an BGH NZG 2013, 278, 279 Rdn. 16; kritisch zu diesem Argument auch SPINDLER, aaO (Fn. 33), § 831 BGB Rdn. 18.

daher auch im Konzern, dass die Mutter die Tätigkeit der Tochter kraft ihrer Herrschaftsinstrumente jederzeit beeinflussen, insbesondere auch beenden kann.⁷⁹ Sie kann ja nach Belieben liquidieren!

Die hiesige Sicht liegt unmittelbar auf der Linie des BGH für Untergesellschaften eines Beherrschungsvertrages.⁸⁰ Das Gleiche hat für alle eingegliederten Gesellschaften zu gelten. Es sollte aber auch – was bislang höchstrichterlich noch offen ist – die faktisch konzernierte GmbH erfassen, sofern diese unter einheitlicher Leitung steht. Richtig ist im Ergebnis umgekehrt auch der Ausschluss von Konzernschwestern, da sie nicht der Weisung und Organisation ihrer Schwestergesellschaft unterstehen.⁸¹ Auch die bloß faktisch konzernierte AG kann mangels Weisungsunterworfenheit kein Verrichtungsgehilfe sein.⁸²

So ergibt sich aus dem Vorstehenden auch eine klare Linie, wo es zu keiner Zurechnung als Verrichtungsgehilfe kommen kann. Überall dort, wo kein Weisungsrecht besteht (faktisch konzernierte AG; Schwestergesellschaften), keine einheitliche Leitung ausgeübt wird oder gar Entherrschung vereinbart wurde, kommt eine Stellung der Tochtergesellschaft als Verrichtungsgehilfin nicht in Betracht. Die Konzern-Praxis hätte es nach diesem Ansatz selbst in der Hand, durch entsprechende Gestaltungen, namentlich durch Entherrschungsverträge,⁸³ Weisungsrechte auszuschließen und die Abhängigkeits- bzw. Konzernvermutungen nach §§ 17 Abs. 2, 18 Abs. 1 Satz 3 AktG zu entkräften. So wird die Selbstständigkeit der Tochterunternehmen institutionell abgesichert und die Einstufung als Verrichtungsgehilfen nach § 831 BGB unterbunden. Bei solchem Vorgehen scheint es kaum noch möglich, im Einzelfall eine konkrete Verrichtungsgehilfenstellung zu ermitteln.⁸⁴ Das öffnet einen breit angelegten *safe harbour*.

Insgesamt bietet sich hier eine ausgewogene Lösung an. Ihre Grundlinie lautet: Enthftung durch Entherrschung. Aber Verantwortung für Beherrschung, und zwar mehr als bisher. Danach bliebe es jedenfalls vorerst dabei, dass die

79 Dazu allg. BGHZ 45, 311, 313; SPINDLER, aaO (Fn. 33), § 831 BGB Rdn. 20; STAUDINGER/BELLING, aaO (Fn. 50), § 831 BGB Rdn. 99.

80 Siehe oben, Fn. 41; zur Literatur Fn. 54.

81 BGH NZG 2013, 279; dem i.E. zust. auch SPINDLER, aaO (Fn. 33), § 831 BGB Rdn. 18 und 25.1.; FÖRSTER, aaO (Fn. 43), § 831 BGB Rdn. 20f.

82 A. A. NORDHUES, aaO (Fn. 5), S. 140ff; König, AcP 217 (2017), 612, 663f; doch die Einflussmöglichkeit ersetzt das Weisungsrecht nicht. Bei Einbindung in einen hierarchischen Konzern kommt aber auch noch eine Organisationspflicht nach § 823 Abs. 1 BGB in Betracht, dazu unten sub c).

83 Vgl. J. VETTER, aaO (Fn. 72), § 17 AktG Rdn. 60; SCHALL, aaO (Fn. 70), § 17 AktG Rdn. 52 m. w. N.

84 Raum für konkrete Verrichtungssituation bliebe danach allenfalls dort, wo die Mutter im dezentralen Konzern zwar keine einheitliche Leitung ausübt, aber doch ihre Herrschaftsrechte punktuell im Einzelfall ausübt.

bloße Kontrollmöglichkeit des Gesellschafters noch keine Kontrollpflicht über die beherrschte Gesellschaft auslöst. Reine Investoren sollen nicht haften. Zwar bleibt das hinter den Erwartungen zurück, welche durch die Prinzipien der Human Rights Due Diligence an Unternehmen an der Spitze von Konzernen und Lieferketten formuliert werden. Doch dieses *soft law* hat sich bislang nicht zu geltendem Recht erhärtet.

Zur Haftung muss es dagegen dort kommen, wo die Muttergesellschaft einen hierarchischen Konzern unter einheitlicher Leitung errichtet und führt. Dann bietet sie nicht nur ein Dach für fremde Aktivitäten, sondern orchestriert ihre eigenen und muss sich daher der daraus erwachsenden Verantwortung stellen. Passivität enthaftet nicht mehr, sondern wird vorwerfbar. Die Heranziehung der §§ 17, 18 AktG zur Bestimmung der Verrichtungsgehilfenstellung im Rahmen des § 831 BGB bildet die Grenzziehung zwischen Herrschaft und Haftung einerseits und Entherrschung und Enthftung andererseits rechtssicher ab. Der Rekurs aus §§ 17, 18 AktG stellt keinesfalls eine – von niemandem ernstlich zu wünschende – Rückkehr zur einer Konzerndurchgriffshaftung à la „Video“ dar. Ebenso wenig würden einer systemwidrige Durchgriffshaftung bzw. *vicarious liability* für die Delikte der *corporate agents* das Wort geredet. Denn die Muttergesellschaft haftet weder *automatisch* für die Pflichtverletzungen ihrer Tochter noch werden ihr deren Pflichten als eigene zugerechnet. Auch werden die Arbeitnehmer der Tochter nicht zu Verrichtungsgehilfen der Mutter.⁸⁵ Das Trennungsprinzip bleibt in vollem Umfang gewahrt.⁸⁶ Es geht auch nicht um Ausgleich für die allgemeinen Gefahren und möglichen Nachteile der Konzernierung. Daher kann es umgekehrt auch keine „Sperrwirkung“ der konzernrechtlichen Ausgleichsmechanismen geben.⁸⁷ Vielmehr beschreibt § 831 eine Haftung für eigenes (Organisations)Verschulden.⁸⁸ Die Muttergesellschaft kann sich nach § 831 Abs. 1 Satz 2 BGB exkulpieren. Dabei kommen ihr namentlich die Grundsätze des dezentralen Entlastungsbeweises zugute.⁸⁹ Sie reduzieren das Haftungsrisiko in der Praxis erheblich.⁹⁰ Im Endeffekt spiegelt die Anwendung des § 831 BGB also nur die selbstverständliche Organisationspflicht der Mutter bei Einrichtung und Überwachung des Gesamtkonzerns. Dazu ist ihr Vorstand ohnehin schon im Rahmen der konzernweiten Legalitätskontroll-

85 Siehe oben, Fn. 38.

86 Richtig HOLLE, aaO (Fn. 33), S. 226; REHBINDER, aaO (Fn. 33), S. 541; VOGT, aaO (Fn. 33), S. 225.

87 I.E. auch HOLLE, aaO (Fn. 33), S. 275 im Anschluss an REHBINDER, aaO (Fn. 33), S. 540; NORDHUES, aaO (Fn. 5), S. 106 f; a. A. SPINDLER, aaO (Fn. 34), S. 949 ff (bezüglich konzernweiter Verkehrssicherungspflichten).

88 Richtig zur vergleichbaren Organisationshaftung nach § 823 Abs. 1 BGB THOMALE/HÜBNER, JZ 2017, 385, 395.

89 Siehe oben, Fn. 75.

90 GÜNGÖR, aaO (Fn. 3), S. 232: „deutliche Begrenzung“.

pflicht aus § 93 AktG verpflichtet.⁹¹ Entsprechende Kontrollen sind längst Standard.⁹² Warum die Muttergesellschaft durch Ablehnung des § 831 BGB auch noch vor diesen Minimalstandards bezüglich Einrichtung, Ausstattung und Kontrolle ihrer Tochtergesellschaften pauschal geschützt werden müsste, ohne dafür im Gegenzug wenigstens auf die Ausübung ihrer Herrschaftsrechte zu verzichten,⁹³ leuchtet nicht ein. Ein höherer Schutzstandard für Vermögensinteressen von Anteilseignern als für Rechtsgüter von Dritten passt auch nicht sonderlich gut zu den Wertmaßstäben des Grundgesetzes.

Was den konkreten Inhalt der nach § 831 BGB geschuldeten Organisationspflichten angeht, so wird man im Ausgangspunkt auf die allgemeinen Grundsätze zur Delegation von Tätigkeiten im Einzelunternehmen rekurrieren, einschließlich des dezentralen Entlastungsbeweises. Dann ist allerdings auch noch den kapitalgesellschaftsrechtlichen Besonderheiten Rechnung zu tragen. Zur Exkulpation ist daher sowohl die Auswahl eines geeigneten Rechtsträgers (hier sind Rechtsform und Satzungsgestaltung zu betrachten) als auch qualifizierter Organpersonen⁹⁴ und deren laufende Überwachung durch Instruktionen (Konzernrichtlinien, Codes of Best Practice), Fortbildungen, Schulungen, Etablierung von wirksamen Kontrollmechanismen (Compliance-System) etc. erforderlich.⁹⁵ Eine Pflicht zu angemessener Kapitalisierung der Tochter besteht aber nicht.⁹⁶ Eine ausführliche Analyse hatte in jüngerer Zeit *Holle* geliefert. Sie leidet allerdings an seinem zu engen Grundansatz, der Raum für § 831 nur dort sieht, wo eigene Tätigkeiten der Mutter delegiert oder wo solche der Tochter übernommen werden,⁹⁷ und daher auch nur diese Delegations- bzw. Übernahmeverantwortlichkeiten näher ausbuchstabiert.⁹⁸ Doch seine weitere Ableitung, wonach die Obergesellschaft auch die Kontroll-Verantwortlichkeit der Tochter

91 Gleiches Argument bei HOLLE, aaO (Fn. 33), S. 277; SAAGE-MAß/LEIFKER, BB 2016, 2499, 2502f; GÜNGÖR, aaO (Fn. 3), S. 260f (bezüglich Verkehrssicherungspflicht). Siehe zu den Folgen im Lichte des Baustoffurteils noch unten, sub III. 4.

92 Vgl. NORDHUES, aaO (Fn. 5), S. 145 (namentlich zu menschenrechtlichen Audit-Verfahren).

93 Verzichtet sie auf die Konzernleitung, ist die Verrichtungsgehilfenstellung ihrer Töchter ja vom Tisch.

94 Bezieht man die Organpersonen zutr. mit ein, entfällt der Einwand, die generelle Eigenschaft einer juristischen Person sei praktisch nicht erweisbar, so dass keine Exkulpation möglich sei (so noch KOCH, WM 2009, 2013, 2018; MOHAMED, Jura 2016, 1037, 1041).

95 Z.B. HOLLE, aaO (Fn. 33), S. 267; REHBINDER, aaO (Fn. 33), S. 540; einschränkend FRANKENBERG, aaO (Fn. 54), S. 166 (nur wenn Obergesellschaft Einfluss auf jene Personen besitzt).

96 SPINDLER, aaO (Fn. 33), § 823 BGB Rdn. 706ff; DERS., aaO (Fn. 34), S. 952f; HOLLE, aaO (Fn. 33), S. 329f; tendenziell positiver HOMMELHOFF, ZIP 1990, 761, 770f (jeweils zur Verkehrssicherungspflicht im Konzern).

97 HOLLE, aaO (Fn. 33), S. 274.

98 Namentlich HOLLE, aaO (Fn. 33), S. 274ff und S. 329ff (zu Verkehrssicherungspflichten).

übernehmen und dann nach § 831 Abs. 2 BGB haften könne,⁹⁹ stellt die Realität auf den Kopf. Richtigerweise trifft im hierarchischen Konzern die Mutter generell eine originäre Organisations- und Überwachungspflicht für die gesamte Unternehmung, deren Glieder letztlich allesamt in ihrem Auftrag tätig werden – was entweder weisungsfrei und selbstständig in der Konzernheterarchie oder aber weisungsabhängig als Verrichtungsgehilfen in der Konzernhierarchie geschieht.¹⁰⁰ Für letztere nach § 831 einzustehen ist angesichts der dezentralisierten Exkulpationsmöglichkeit nicht zu viel verlangt.

c) § 823 Abs. 1 BGB – Konzernweite Unternehmensorganisationspflicht

aa) Meinungsstand

Nach h. M. beschränkt das Trennungsprinzip die unternehmerische Verkehrssicherungspflicht bzw. Unternehmensorganisationspflicht in all ihren Facetten, auf den Herrschaftsbereich der jeweiligen juristischen Person. Das soll auch im Konzern gelten, da auch dort die einzelnen juristischen Personen selbstständig jeweils ihre eigenen Unternehmen betreiben.¹⁰¹ Nach heute h. M. sollen sich zwar die Verkehrssicherungspflichten, welche die einzelnen Konzernunternehmen in ihren jeweiligen Funktionen (z. B. als Produktions- oder Vertriebsgesellschaft) treffen, durch die Einbindung in den Konzernverbund verschärfen können.¹⁰² Das kann etwa der Fall sein, wenn aufgrund des unternehmensinternen Informationsaustauschs Fehlentwicklungen in den anderen Bereichen erkannt werden und dann dagegen eingeschritten werden muss.¹⁰³ Die Verhinderungsmöglichkeit der Mutter soll nicht zur Abwehrpflicht führen.¹⁰⁴ Das bleibt deutlich hinter der Rechtsprechung des Reichsgerichts zurück, welches breitflächig von der Einflussmöglichkeit der Mutter auf ihre Einstandspflicht für die Wettbewerbsverstöße der Tochter geschlossen hatte.¹⁰⁵

99 HOLLE, aaO (Fn. 33), S. 276.

100 Tendenziell wie hier auch VOGT, aaO (Fn. 33), S. 216 ff.

101 BGH NJW 1981, 2250 – Vertriebsgesellschaft; SPINDLER, aaO (Fn. 33), § 823 BGB Rdn. 706 ff; DERS., aaO (Fn. 34), S. 948 ff; WELLER/KALLER/SCHULZ, AcP 216 (2016), 388, 401 f; HOMMELHOFF, ZIP 1990, 761, 764 ff; KOCH, WM 2009, 1013, 1019; FOERSTE, in: Foerste/Graf v. Westphalen, Produkthaftungshandbuch, 3. Aufl., 2012, § 25 Rdn. 160 ff, 165; VOGT, aaO (Fn. 33), S. 190 ff; HOLLE, aaO (Fn. 33), S. 322 ff; NORDHUES, aaO (Fn. 5), S. 99 ff, 108 f; GRUNDMEIER, Rechtspflicht zur Compliance im Konzern, 2012, S. 35; offener WAGNER, aaO (Fn. 39), § 823 BGB Rdn. 801; DERS., RabelsZ 80 (2016), 717, 762 ff, 767 f.

102 BGH NJW 1981, 2250, 2251; HOLLE, aaO (Fn. 33), S. 340.

103 BGH NJW 1981, 2250, 2251; HOLLE, aaO (Fn. 33), S. 340.

104 Siehe oben, Fn. 33.

105 RGZ 150, 265, 270.

Abweichungen werden nur nach den allgemeinen Grundsätzen der Mitverantwortung bei Einsatz selbstständiger Unternehmen anerkannt. Insbesondere sollen die – auf sorgfältige Auswahl beschränkten – Sorgfaltspflichten im Rahmen der *Delegation* zum Ansatz kommen, wie sie der BGH am Beispiel der Auswahl eines selbstständigen Abfallentsorgers durch das abfallverursachende Unternehmen aufgestellt hat.¹⁰⁶ Diese Grundsätze greifen namentlich dann, wenn die Mutter ihre eigene Verkehrssicherungspflicht für eine von ihr selbst unterhaltene Gefahrenquelle an eine Tochter delegiert. Dann reduziert sich ihre Sicherungspflicht zu einer Auswahl- und – nicht sonderlich engmaschigen – Kontrollpflicht.¹⁰⁷ Jedoch ist der Anwendungsbereich dieser Ausnahme nach überwiegender Sicht eher eng ausgelegt. Nach h. M. steht es der Muttergesellschaft frei, sämtliche Tätigkeiten, gerade auch gefährliche, auf Tochtergesellschaften auszulagern, um so zu einer Haftungssegmentierung zu gelangen. Die deliktische Verantwortung zur Sicherung dieser Tätigkeiten liegt dann allein bei der Tochter.¹⁰⁸ Das soll auch gelten, wenn die Tätigkeit vorher bei der Mutter verrichtet und erst später auf die Tochter „ausgegründet“ wurde.¹⁰⁹ Nur wenn die Mutter die Tätigkeit nicht vollständig ausgliedert, sondern selbst im Prozess beteiligt bleibt, könnten sie übergreifende Sicherungspflichten treffen.¹¹⁰ Laut *Spindler* sei überdies nach dem Grad der Einflussmöglichkeit zu differenzieren.¹¹¹

Unklarheit besteht in diesem Bereich weniger über die grundsätzliche Zuordnung der Pflichten unter dem Trennungsprinzip als um Grundlage und Reichweite möglicher Ausnahmetatbestände. Auf Basis der eben skizzierten Grundsätze hat kürzlich *Holle* die folgenden Tatbestände einer besonderen Verkehrspflichtigkeit (i. d. R. im Sinne einer gesteigerten Aufsichtspflicht) der Konzernmutter gegenüber der Tochtergesellschaft entwickelt: Delegations-

106 BGH NJW 1976, 46 – Abfallentsorger; siehe auch BGHZ 99, 167 = NJW 1987, 1009 – Produktbeobachtungspflicht der inländischen Vertriebsgesellschaft eines ausländischen Herstellers; BGH NJW 2006, 3628 Rdn. 8 – unternehmensübergreifende Organisationspflicht des Reiseveranstalters.

107 WAGNER, aaO (Fn. 39), § 831 BGB Rdn. 18: Stichproben sowie Verfolgung von Hinweisen auf Fehlverhalten.

108 HOMMELHOFF, ZIP 1990, 761, 764ff; SPINDLER, aaO (Fn. 33), § 823 BGB Rdn. 708 und 710; DERS., aaO (Fn. 34), S. 948ff, 957; VOGT, aaO (Fn. 33), S. 190ff; HOLLE, aaO (Fn. 33), S. 328; grds. zweifelnd jetzt aber WAGNER, aaO (Fn. 39), § 823 BGB Rdn. 801; DERS., *RabelsZ* 80 (2016), 717, 767f.

109 BGH NJW 1981, 2250.; SPINDLER, aaO (Fn. 33), § 823 BGB Rdn. 708 und 710; FOERSTE, aaO (Fn. 101), § 25 Rdn. 165; für hierarchischen Konzern aber a. A. BUNTING, ZIP 2012, 1542, 1548.

110 SPINDLER, aaO (Fn. 33), § 823 BGB Rdn. 709 und 710; HOLLE, aaO (Fn. 33), S. 326f.

111 SPINDLER, aaO (Fn. 33), § 823 BGB Rdn. 709: im Vertragskonzern eigene Wahrnehmung z. B. der Produktbeobachtungspflicht, jenseits desselben nur Auswahl- und Überwachungspflicht. Dem folgend HOLLE, aaO (Fn. 33), S. 326.

bedingte Handlungspflichten,¹¹² Handlungspflichten aus Gefahrerhöhung¹¹³ sowie Sicherungspflichten aufgrund Übernahme.¹¹⁴

Die größte Unklarheit besteht im Rahmen des Delegationsgedanken. Hier spiegelt sich die Unsicherheit bei der Bestimmung konkreter Verrichtungsgehilfen. Der Grund ist der Gleiche. Da im Einheitsunternehmen alle Tätigkeiten zentral durchgeführt werden können, erschließt sich jenseits der klaren Fälle bloßer Teilausgliederung von Aktivitäten¹¹⁵ nicht, welche Konzernunternehmungen man als delegiert ansehen und der Mutter daher eine Restverantwortlichkeit anheften kann. Während einige Stimmen den Delegationsgedanken auf eben diese Konstellationen reduziert sehen wollen, lehnt eine sich immer deutlicher abzeichnende Linie diese Abgrenzung ab und rechnet stattdessen Konzerntätigkeiten nach der Enge der Konzernführung zu. Während bei dezentraler Konzernführung überwiegend keine Verantwortlichkeit gesehen wird,¹¹⁶ ändert sich die Beurteilung bei Ausübung einheitlicher Leitung durch die Mutter,¹¹⁷ und zwar jedenfalls im Vertragskonzern,¹¹⁸ aber auch im faktischen GmbH-Konzern.¹¹⁹ Eine Zentralisierungspflicht soll dennoch, aber auch gerade deshalb, keine bestehen.¹²⁰

112 HOLLE, aaO (Fn. 33), S. 325 ff.

113 Diese kommen laut HOLLE, aaO (Fn. 33), S. 332 ff in Betracht, wenn durch die Konzernleitung die Risikoneigung der Geschäftsleitung in der Tochter erhöht, sonstige neue Gefahrenquellen geschaffen oder ein besonderes Verkehrsvertrauen begründet wird.

114 HOLLE, aaO (Fn. 33), S. 339. Zur Übernahmehaftung übereinstimmend GÜNGÖR, aaO (Fn. 3), S. 265 f, u. a. mit Hinweis auf den KiK-Fall, wo sich das deutsche Unternehmen zu Prüfung und Kontrolle der Vertragspartner selbst verpflichtet hatte.

115 Eben Fn. 110.

116 Z. B. KOCH, WM 2009, 1013, 1019; BUNTING, ZIP 2012, 1542, 1548; VOGT, aaO (Fn. 33), S. 190 f; MOHAMED, Jura 2016, 1037, 1041 f. Insoweit übereinstimmend auch SPINDLER, aaO (Fn. 33), § 823 BGB Rdn. 708 und 710; DERS., aaO (Fn. 34), S. 948; HOLLE, aaO (Fn. 33), S. 327 f, 333 f.

117 Grundlegend OEHLER, ZIP 1990, 1445, 1451; zuvor schon REHBINDER, aaO (Fn. 33), S. 543 ff (obwohl kritisch gegenüber RGZ 150, 265); U. H. SCHNEIDER, BB 1981, 249, 255; DERS., ZGR 1996, 225, 243 f; mittlerweile auch THOMALE/HÜBNER, JZ 2017, 385, 395; GÜNGÖR, aaO (Fn. 3), S. 260 f: „entscheidendes Kriterium ist die Herrschaft“; offen, aber durchaus sympathisierend WAGNER, aaO (Fn. 39), § 823 Rdn. 801; DERS., RabelsZ 80 (2016), 717, 767 f.

118 Insoweit auch KOCH, WM 2009, 1013, 1019; BUNTING, ZIP 2012, 1542, 1548; VOGT, aaO (Fn. 33), S. 190 f; MOHAMED, Jura 2016, 1037, 1041 f.

119 Explizit etwa MOHAMED, Jura 2016, 1037, 1042.

120 Etwa KOCH, WM 2009, 1013, 1017; HOLLE, aaO (Fn. 33), S. 277 und 329; NORDHUES, aaO (Fn. 5), S. 106 f; MOHAMED, Jura 2016, 1037, 1041; allg. FLEISCHER, in: Spindler/Stilz, Komm. z. AktG, 3. Aufl., 2015, § 76 Rdn. 85 ff; aus ganz anderem Blickwinkel übereinstimmend AMSTUTZ, aaO (Fn. 71), S. 63 ff; a. A. namentlich HOMMELHOFF, Konzernleitungspflicht, 1982, S. 43 ff.

Zusammenfassend lässt sich sagen: Die oben für den Umgang mit § 831 BGB im Konzern herausgearbeitete Linie zeichnet sich hier bereits ab. Oben wurde die These aufgestellt, weisungsabhängige Tochterunternehmen im hierarchischen Unterordnungskonzern seien generell Verrichtungsgehilfen der Mutter. Diese trifft daher für alle eingesetzten Konzernunternehmen eine Auswahl- und Überwachungspflicht nach § 831 BGB, von der sie sich freilich, auch dezentral, exkulpieren kann. Dieser Linie entspricht es, wenn im hierarchischen Konzern eine originäre Verkehrssicherungspflichtigkeit der Mutter im Prinzip für sämtliche Konzernunternehmungen angenommen und darauf in voller Breite die Delegationsgrundsätze angewendet werden – auch wenn dies häufig noch auf „enge Führung“ beschränkt wird. Doch selbst restriktivere Ansichten lehnen das Eingreifen von Sicherungspflichten der Mutter für die Konzernglieder nicht pauschal ab. Im Endeffekt entscheiden die konkreten Verhältnisse im Konzern über Bestehen und Inhalt der Pflichten. So kommt es zu einem ganzen Strauß von Kriterien (Delegation; Übernahme; Risikoerhöhung) und Differenzierungen (Teil- oder Vollausgliederung; Betriebsspaltung; enge Führung; verlängerter Arm), unter denen jeweils Raum für eine Haftungsgründung bei der Mutter besteht.

bb) Stellungnahme und eigener Lösungsvorschlag

Die h.M. sieht im Konzern etwas mehr Raum für übergreifende Organisationspflichten als für § 831 BGB. Dennoch bestehen gegen sie die gleichen prinzipiellen Bedenken. Die Gleichstellung von Konzerntöchtern mit selbstständigen Dritten überzeugt auch hier nicht,¹²¹ obwohl sie sich im Ergebnis weniger bemerkbar macht. Die Konzerntochter ist doch kein Fremder, der eine Bananenschale weggeworfen hat. Die Mutter selbst initiiert und leitet die wirtschaftliche Tätigkeit des gesamten Konzerns (§ 18 AktG). Die Gliedgesellschaften agieren in ihrem Auftrag und unter ihrer Kontrolle, begeben Schuldverschreibungen, gewähren sich Darlehen, Waren und Dienste, und transferieren Gewinne. Die stärkere Integration des Unternehmens durch gesellschaftsrechtliche Kontrollrechte im Vergleich zu losen Vertragsbindungen (*nexus of contracts*) ist dabei keine unzutreffende wirtschaftliche „Einheitsbetrachtung“ des Konzerns, sondern eine juristische Realität, deren Vor- und Nachteile – jüngst nobelpreisgekrönt – erforscht und allgemein bekannt sind.¹²²

121 Anders, aber inkonsequent HOLLE, aaO (Fn. 33), S. 334 (vgl. mit S. 271); ihm folgend jedoch NORDHUES, aaO (Fn. 5), S. 115.

122 Grundlegend GROSSMAN/HART, *The Costs and Benefits of Ownership: A Theory of vertical and lateral Integration* (1986); HART/MOORE, *Property Rights and the Nature of the Firm* (1990).

Rechtsunsicherheit ist hier ebenfalls zu diagnostizieren, namentlich wegen der unklaren Reichweite des Delegationsgedanken, aber auch der diversen anderen Anknüpfungsaspekte. Stellt bereits die übliche Arbeitsteilung im Konzern eine haftungsauslösende Risikoerhöhung dar?¹²³ Kann die Gründung einer Produktionstochter im globalen Süden eine Risikoerhöhung begründen, wenn man damit von geringeren Kosten profitieren will, die bekanntlich mit geringeren Schutzstandards und laxerem Enforcement einhergehen?¹²⁴ Kann eine auf Erfolgsmaximierung ausgerichtete Konzernpolitik diese Gefahr haftungsauslösend erhöhen?¹²⁵

Der hiesige Lösungsvorschlag setzt demgegenüber an zwei Punkten an, um eine rechtssichere und abgewogene Klärung zu erreichen: Zunächst ist die Reichweite des Delegationsgedanken zu bestimmen.¹²⁶ Das ist der Schlüssel zur Ausrichtung der Organisationspflichten. Anschließend ist der Inhalt der „Residualpflichten“ der Mutter im Lichte der eigenen Rechtspersönlichkeit der Tochterunternehmen wie auch der Führungsstruktur des Konzerns festzulegen.

Ausgangspunkt ist erneut, wie bei § 831 BGB, die Wertung der §§ 17, 18 AktG. Im (hierarchischen) Konzern werden die Untergesellschaften beherrscht und einheitlich geleitet. Das bedeutet, dass die gesamte Geschäftstätigkeit von der Mutter übertragen wird, die hierfür nach den Grundsätzen der Delegation residualpflichtig ist.¹²⁷ Diese These ist nicht neu, hat sich aber bislang nicht durchgesetzt. Zu Unrecht, denn die Gegenmeinung kann keine durchgreifenden Argumente vorweisen. Das gilt namentlich für den Hinweis auf Trennungsprinzip und eigene Rechtspersönlichkeit. Weder Gesellschaftsrecht noch Konzernrecht können (und sollen) die allgemeinen Prinzipien des Deliktsrechts¹²⁸ sperren.¹²⁹ Wer eine Gesellschaft gründet, um mit ihr Waren zu produzieren oder zu vertreiben, initiiert und beherrscht eine mittelbare Kausalkette, an deren Ende eine potentiell verkehrsgefährdende Tätigkeit steht.¹³⁰ Warum sollte er sich mit der Einsetzung seines „*corporate slave*“ komplett von der eigenen Verantwortung freizeichnen können? Auch wenn das BGB noch keine Konzerne kannte: Die Wertung des § 831 BGB deutet auf das genaue

123 Dafür BUNTING, ZIP 2012, 1542, 1548; abl. VOGT, aaO (Fn. 33), S. 194, HOLLE, aaO (Fn. 33), S. 334; NORDHUES, aaO (Fn. 5), S. 115, aber mit zw. Argument. Denn nur selten wird eine Tochter mit völlig neuer Aufgabe gegründet. Normalerweise werden bereits laufende Vorgänge neu aufgeteilt.

124 In diese Richtung NORDHUES, aaO (Fn. 5), S. 129.

125 In diese Richtung GÜNGÖR, aaO (Fn. 3), S. 248 ff (mit Blick auf den KiK-Fall).

126 Insoweit übereinstimmend HOLLE, aaO (Fn. 33), S. 326.

127 BUNTING, ZIP 2012, 1542, 1548.

128 Zu deren Geltung zutr. HOMMELHOFF, ZIP 1990, 761, 764 mit Fn. 37.

129 Text mit Fn. 87.

130 So auch THOMALE/HÜBNER, JZ 2017, 385, 395.

Gegenteil. Die Antwort muss daher eine residuale Delegationsverantwortung sein.¹³¹ (Erst) Wenn diese erfüllt wird, ist die erstrebte Haftungssegmentierung erreicht.

Gegen diese konzernweite Residualpflicht lässt sich nicht einwenden, dass es vollkommen legal und haftungsfrei ist, Gesellschaften zu gründen und zu beherrschen. Denn das gilt auch, wenn X eine Gesellschaft gründet, um damit sein persönliches Wettbewerbsverbot zu unterlaufen. Und doch kann er seinen Bindungen so nicht enttrinnen.¹³² Die residuale Delegationshaftung stellt in einer vergleichbaren Situation¹³³ eine angemessenere Reaktion dar als die kranken Ansätze einer Durchgriffshaftung (im Konzern oder bei Delikten).¹³⁴ Sie stellt auf die Herrschaft ab.¹³⁵ Einem allgemeinen Durchgriff wird nicht das Wort geredet (siehe schon oben zu § 831). Die Konzernmutter wird auch nicht generell zum „mittelbaren“ Hersteller oder Betreiber erhoben und mit den jeweiligen spezialgesetzlichen Sonderpflichten überzogen.¹³⁶ Auch führen nicht schon Mehrheitsbesitz und allgemeine Kontrollrechte des Gesellschafters zur Haftung, sondern deren Einsatz zur Leitung des Gesamtkonzerns. Wo dies geschieht, steht das Trennungsprinzip einer konzernweiten Organisationspflicht aber nicht entgegen.¹³⁷ Wo bereichsübergreifend organisiert wird (z. B. bei Reiseveranstaltern,¹³⁸ Konzertveranstaltern, Bauherren und Hauptunternehmen) bestehen auch bereichsübergreifende Verkehrssicherungspflichten.

Der Inhalt der Residualpflicht der Mutter unterscheidet sich nach der Dichte der ausgeübten Leitung, namentlich danach, welche Einflussmöglichkeiten der

131 Vgl. auch HOMMELHOFF, ZIP 1990, 761, 765 (zu den herstellerunabhängigen Pflichten der Konzernspitze). Enger aber HOLLE, aaO (Fn. 33), S. 333: nur bei konkret nachweisbarer Gefahrerhöhung durch Einsatz der Tochter, nicht bei Verwirklichung deren „allgemeinen Betriebsrisikos“.

132 Vgl. aus England, wo darauf mit Durchgriffshaftung reagiert wurde, *Gilford Motor Co Ltd v Home* [1933] Ch 935; zum verbliebenen Rest der englischen Durchgriffshaftung nach *Prest v Petrodel* [2013] UKSC 34 eingehend SCHALL, ECFR 2016, 549; S.H.C. LO, Piercing of the Corporate Veil for Evasion of Tort Obligations, (2017) 46 Common Law World Review 42.

133 Eben deshalb für eine Anwendung des Durchgriffs nach dem evasion principle S.H.C. LO, Piercing of the Corporate Veil for Evasion of Tort Obligations, (2017) 46 Common Law World Review 42.

134 Dagegen schon oben, sub III. 1. und 2.

135 Vgl. THOMALE/HÜBNER, JZ 2017, 385, 395.

136 Zur Ausgliederung der Herstellerpflichten richtig HOMMELHOFF, ZIP 1990, 761 ff. Die Frage nach dem „mittelbaren“ Hersteller, Betreiber etc. ist ein Dauerthema, dem hier nicht näher getreten werden kann. Eingehend (und abl.) dazu SPINDLER, aaO (Fn. 34), S. 59 ff.

137 Richtig erkannt von NORDHUES, aaO (Fn. 5), S. 103 f.

138 Siehe schon oben Fn. 106.

Mutter in der konkret gewählten Konzernstruktur zu Gebote stehen.¹³⁹ Hier darf der Tochter durchaus umfassende Freiheit zur selbstständigen Aufgabenerledigung eingeräumt werden. Die Mutter verletzt ihre Residualpflichten bei lockerer Führung nicht etwa schon, wenn die Tochter einen Fehler macht. Kritisch wird es erst, wenn die Tochter auf den Fehler wider Erwarten nicht angemessen reagiert und die Mutter *das* bemerkt. Bei enger Führung, namentlich bei eigener Mitwirkung in den Prozessen, kann die Haftung der Mutter allerdings früher und umfassender eingreifen.¹⁴⁰ Eine Zentralisierungspflicht ist dennoch abzulehnen.¹⁴¹ Sie kann sich höchstens im Einzelfall ergeben, wenn ständig auftretende Probleme nur noch dadurch zu bewältigen sind, dass die aus dem Ruder gelaufene Tochter an die Kantare genommen wird.

Klarzustellen ist, dass die allgemeine Delegationshaftung nur bei ausgeübter Konzernleitung gilt, nicht aufgrund der bloßen Einwirkungsmöglichkeit als Gesellschafter. Damit werden Konzernorganisationspflicht und § 831 BGB synchronisiert.¹⁴² Die hier vertretene Sicht unterscheidet sich von den Grundsätzen der bereits h.M. also eher in Nuancen. Erhärtert sich dagegen das *soft law* der Ruggie-Prinzipien zu geltendem Recht, wie es der Vorstellung des Aktionsplanes der Bundesregierung entspricht, wird „Enthftung durch Entherrschung“ keinen Bestand mehr haben. Besteht eine haftungsauslösende menschenrechtliche Sorgfaltspflicht selbst gegenüber ganz fremden Unternehmen entlang der Lieferkette oder für projektfinanzierende Banken, gilt diese erst recht für alle beherrschten Unternehmen.¹⁴³ Dann wird der Fokus gänzlich auf der Ausbuchstabierung der residualen Auswahl- und Überwachungspflichten der Konzernspitze liegen.

4. Mutterhaftung infolge Organhaftung im Konzern (§§ 823, 31 BGB)

Eine Einstandspflicht der Konzernmutter nach § 31 BGB für Delikte der Tochterunternehmen lässt sich nicht darauf stützen, dass die Töchter als faktische Organe oder verfassungsmäßig berufene Vertreter eingestuft werden. Denn das deutsche Recht kennt keine *corporate directors*.¹⁴⁴ Eher denkbar wäre

139 Insoweit zutr. SPINDLER, aaO (Fn. 33), § 823 BGB Rdn. 708 f; DERS., aaO (Fn. 34), S. 956 ff.

140 Siehe nur HOMMELHOFF, ZIP 1990, 761,

141 Text mit Fn. 120.

142 Dafür im Grundsatz auch WAGNER, aaO (Fn. 39), § 831 BGB Rdn. 11; zur engen Verwebung auch SPINDLER, aaO (Fn. 33), § 831 BGB Rdn. 44 ff; DERS., aaO (Fn. 34), S. 689 ff.

143 Richtig GÜNGÖR, aaO (Fn. 3), S. 261.

144 Zu einem anderen Ergebnis könnte man allenfalls mit KERSTING, DK 2011, 445 ff gelangen, der annimmt, ein Konzern könne eine Außen-GbR darstellen. Dann wären

eine Zurechnung von Delikten der Organe der Muttergesellschaft. Doch auch insoweit scheitern die meisten Ansätze. Eine Organhaftung für eine Schutzgesetzverletzung aus § 823 Abs. 2 BGB lässt sich nicht auf eine Verletzung des § 93 AktG stützen, da diese Innenhaftung kein Schutzgesetz für Dritte darstellt.¹⁴⁵ Auch die Schutzgesetzzeigenschaft des § 130 OWiG wurde vom BGH verneint.¹⁴⁶ Auf die ebenfalls umstrittene Frage der konzernweiten Erstreckung¹⁴⁷ kommt es insoweit gar nicht an. Bejaht man sie,¹⁴⁸ droht sie allerdings auf die Ausrichtung der strafrechtlichen Garantenpflichten der Organe nach den §§ 13, 14 StGB durchzuschlagen¹⁴⁹ und dann über § 823 Abs. 2 BGB i. V. m. dem jeweiligen Schutzgesetz (vor allem: fahrlässige Körperverletzung) in das Zivilrecht zu marschieren. Dort steht man einer konzernweiten Garantenstellung der Leitungsorgane tendenziell ohnehin schon offener entgegen.¹⁵⁰ Hier könnte also eine neue „Causa Mannesmann“ drohen.

Ein bislang wenig beachtetes Einfallstor¹⁵¹ könnte aber aus dem „Baustoffurteil“¹⁵² in Verbindung mit der konzernweiten Legalitätskontrollpflicht aus § 93 AktG nach „Siemens/Neubürger“¹⁵³ folgen. Das Baustoffurteil ist in der Literatur mit guten Gründen angegriffen¹⁵⁴ und vom BGH eingeschränkt worden.¹⁵⁵ Es wurde aber auch mit guten Gründen verteidigt¹⁵⁶ und überzeugt letztlich trotz der Einwendungen. Solange Mitarbeiter im Rahmen ihnen übertragener Aufgaben für Unterlassungen haftbar sind (was nicht zuletzt § 840 BGB indiziert), kann für Organe nichts anderes gelten. Dass sie die Tätigkeit aufgrund des Innenverhältnisses zur Gesellschaft übernehmen, ist keine Besonderheit. Eine Drittwirkung der Pflicht ist nicht nötig. Auch die Deliktshaftung des Mitarbeiters oder des vom Eigentümer beauftragten Räumdienstes fußt auf einem

die Delikte der Konzernglieder über das § 31 BGB zurechenbar, und es käme im Ergebnis zur oben abgelehnten Deliktsdurchgriffshaftung.

145 Allg. M., BGHZ 194, 26 = NJW 2012, 3439 Rdn. 23; KOCH, aaO (Fn. 72), § 93 AktG Rdn. 65.

146 BGHZ 125, 366 = NJW 1994, 1801, 1803 f.

147 Offenlassend BGH GRUR 1982, 244; dazu HABERSACK, AG 2016, 691, 696 f.; MOHAMMED, Jura 2016, 1037, 1042 ff.; GRUNDMEIER, aaO (Fn. 101), S. 73 ff.; Holle, aaO (Fn. 33), S. 400 ff.

148 So HABERSACK, AG 2016, 691, 696 f.

149 Zur sanktionsrechtlichen Compliance-Pflicht ausf. HOLLE, aaO (Fn. 33), S. 343 ff.

150 HOLLE, aaO (Fn. 33), S. 384 ff.

151 Siehe aber BGHZ 125, 366 = NJW 1994, 1801, 1803 f.

152 BGHZ 109, 297 = NJW 1990, 976; erneut BGH ZIP 1996, 780.

153 LG München I NZG 2014, 345. Der konzernweiten Geltung folgend die ganz h.M., siehe nur WELLER/THOMALE, ZGR 2017, 519 f.; FLEISCHER, NZG 2014, 321, 324; VERSE, ZHR 175 (2011), 401, 419; GRUNDMEIER, aaO (Fn. 101), S. 117 ff.

154 Grundlegend KLEINDIEK, aaO (Fn. 34), S. 191 ff, 368 ff, 393 ff; SPINDLER, aaO (Fn. 34), S. 844 ff, 857 ff.

155 BGHZ 194, 26 = NJW 2012, 3439.

156 WAGNER, aaO (Fn. 39), § 823 BGB Rdn. 116 ff.

Vertrag. Und doch begünstigt sie die außerhalb desselben stehenden Opfer. Dazu kommt die notwendige Lenkungswirkung (s.o., sub III. 2.) sowie das „Cui bono“. Bei Ablehnung einer Außenhaftung wären die unterlassenden Organe ja jedenfalls der (insolventen) Gesellschaft haftbar, die wegen ihres Fehlverhaltens mit dem Ersatzanspruch der Opfer belastet wurde. Ohne Baustoffurteil flösse diese Haftung zur Masse anstatt zu den Opfern.

Folgt man aber dem Baustoffurteil, so begründet die konzernweite Erstreckung der Kontrollpflichten aus § 93 AktG nach Siemens/Neubürger fast schon automatisch die Mit-Einstandspflicht der Organwalter in der Konzernspitze für Menschenrechts- bzw. Rechtsgutsverletzungen der Töchter – was dann über § 31 BGB auf die Muttergesellschaft zurückschlägt. Hiergegen schützt lediglich noch die Restriktion des BGH, wonach das Bestehen einer Garantienstellung nicht abstrakt, sondern unter Abwägung der Interessenlage im Einzelfall zu ermitteln ist.¹⁵⁷ Im Ergebnis sollte auch hier ein Gleichlauf mit den oben erarbeiteten Grundsätzen („Enthftung durch Entherrschung“) erreicht werden.

5. Deklarationshaftung

Die Ansätze einer Haftungsbegründung aus menschenrechtlichen Erklärungen der Konzernspitze¹⁵⁸ erscheinen insgesamt wenig tragfähig. Haftung aus Kaufrecht, Kapitalmarktrecht oder Wettbewerbsrecht kommt jedenfalls nicht unmittelbar den Opfern zugute. Das gleiche gilt bei fehlerhafter nichtfinanzieller Erklärung nach § 289c HGB. Die Verdichtung der vom Aktionsplan erwünschten menschenrechtlichen Compliance-Erklärung zu einer haftungsauslösenden „harten Patronatserklärung“ liegt fern, und umso ferner, je stärker der Zwang hierzu durch *soft law* oder *hard law* ist, bleibt dann doch kein Raum für die Annahme rechtsgeschäftlichen Bindungswillens.

IV. Das anwendbare Recht: Ausnahme nach Art. 1 Abs. 2 lit. d Rom-II VO

Mit dem anwendbaren Recht befasst sich der Beitrag von *Mansel* im gleichen Heft. Eine Frage, die aus Sicht des Gesellschaftsrechtlers besonders interessiert, ist aber die Ausnahmeklausel des Art. 1 Abs. 2 lit. d Rom-II VO. Danach sind von der Anwendung der Deliktsanknüpfung unter anderem ausgenommen „außervertragliche Schuldverhältnisse, die sich aus dem Gesellschafts-

157 BGHZ 194, 26 = NJW 2012, 3439, 3441, Rdn. 19.

158 Siehe nur WAGNER, *RabelsZ* 80 (2016), 717, 777 ff; WELLER/KALLER/SCHULZ, *AcP* 216 (2016), 387, 410 ff; WELLER/THOMALE, *ZGR* 2017, 518; THOMALE/HÜBNER, *JZ* 2017, 385, 395. Eingehend zu den Pflichten nach §§ 289b ff HGB BACHMANN, *ZGR* 2018, 231 ff (in diesem Heft).

recht ... ergeben, wie ... die persönliche Haftung der Gesellschafter und der Organe für die Verbindlichkeiten einer Gesellschaft“ Damit ist zunächst umschrieben die gesellschaftsrechtliche Durchgriffshaftung im engeren Sinn. Der Begriff des Durchgriffshaftung wird daneben aber auch in einem weiteren Sinne verstanden und meint dann alle Instrumente, die eingesetzt werden, um den Gesellschafter trotz seines Haftungsprivilegs zur Begleichung der Gesellschaftsschulden heranzuziehen. Dies deckt sich auch mit der früheren Sicht des englischen Rechts, wo beispielweise die *liability for wrongful trading* als ein Fall des *piercing the veil* angesehen wurde.¹⁵⁹

Legt man das weitere Verständnis der Durchgriffshaftung zugrunde, kann die Ausnahmeregel des Art. 1 Abs. 2 lit. d Rom II VO grundsätzlich alle Instrumente erfassen, mit welchen der Gesellschafter dazu verpflichtet wird, über seine Haftungsbeschränkung hinaus zur Deckung der Schulden der Gesellschaft mit beizutragen.¹⁶⁰ Das kann dann z.B. Instrumente betreffen wie das englische *fraudulent* bzw. *wrongful trading* oder die französische *action en comblement du passif*, aber auch die deutsche Existenzvernichtungshaftung. Sinn macht die Sperrklausel immer dann, wenn man solchen Instrumente bei funktional-autonomer Qualifikation sowohl eine deliktische als auch eine gesellschaftsrechtliche Komponente entnehmen kann. Das ist beim den Gläubigerbetrug sanktionierenden *fraudulent trading* und seiner Fortentwicklung, dem *wrongful trading*, ebenso der Fall wie bei der mit der deliktischen Generalklausel Frankreichs verwandten *action en comblement du passif* und der auf § 826 BGB gestützten Existenzvernichtungshaftung, weil diese Klagen allesamt auch in engem Zusammenhang mit der kapitalgesellschaftsrechtlichen Haftungsbeschränkung stehen. Die Ausschlussklausel des Art. 1(2) lit. d) erübrigt sich freilich, wenn man solche Institute bereits dem Insolvenzrecht zuordnen kann, wie das etwa für die *action en comblement du passif* und das *fraudulent* bzw. *wrongful trading* ganz überwiegend, bei der Existenzvernichtungshaftung immerhin von einer starken Minderheit vertreten wird.

Vorliegend stellen sich die Haftung der Konzernspitze aus § 831 BGB ebenso wie die aus § 823 Abs. 1 BGB wegen einer Konzernorganisationspflichtverletzung als Durchgriffshaftung im weiteren Sinne dar. Da sie die Mutter zum Einstehen für die Deliktsschuld der Tochter verpflichtete, erfüllen sie die Voraussetzung einer „persönlichen Haftung des Gesellschafters (= Mutter) für

159 Dass die *doctrine of piercing the veil* seit dem Leitfall *Prest v Petrodel* (oben Fn. 132) auf das enge Verständnis des Durchgriffs begrenzt worden ist, annulliert diese Beobachtung nicht und ist für die Auslegung der Rom-II VO auch nicht maßgeblich.

160 Anders, aber nicht überzeugend JUNKER, Münchener Komm. z. BGB, 6. Aufl., 2015, Art. 15 Rom II-VO Rdn. 24 m. w. N.; HALFMEIER, aaO (Fn. 11), S. 33, 42 mit dem am Wortlaut vorbei zielenden Argument, die Ausnahmeklausel solle nur die intern-gesellschaftsrechtlich zu betrachtenden Angelegenheiten erfassen.

die Verbindlichkeiten einer Gesellschaft (= Tochter).“ Sie beruhen außerdem auf einem „außervertraglichen Schuldverhältnisses“. Fraglich ist nur, ob sich dieses Schuldverhältnis „aus dem Gesellschaftsrecht“ ergibt. Denn die Anspruchsgrundlagen, §§ 823 Abs. 1, 831 BGB, sind offenkundig deliktischer Natur. Die dogmatische Analyse spräche hier gegen eine Zuordnung zum Gesellschaftsrecht. Dafür lässt sich aber anführen, dass sowohl die Haftung aus § 831 BGB für Delikte der Konzerntöchter als auch die Haftung für Konzernorganisationspflichtverletzung aus § 832 Abs. 1 BGB in hohem Maße durch gesellschaftsrechtliche Wertungen überformt werden. Insoweit liegt es nicht anders als bei der Existenzvernichtungshaftung aus § 826 BGB. Es ließe sich also gut argumentieren, dass diese konkreten Haftungstatbestände zumindest auch-gesellschaftsrechtlich zu qualifizieren sind. Das sollte genügen, um die Anwendung der Ausnahmeklausel zu rechtfertigen.¹⁶¹ Denn es geht hier nicht um die allgemeinen deliktischen Verhaltenspflichten, welche die Tochter im Falle von Menschenrechtsverletzungen ja mehr oder weniger offensichtlich verletzt hat, egal nach welchem Recht. Im Mittelpunkt steht hier vielmehr die Frage, unter welchen Voraussetzungen ein dominierender Gesellschafter für die Akte seiner Gesellschaft haftbar gemacht werden kann. Diese Frage ist, ungeachtet der dogmatischen Einkleidung im nationalen Recht, funktional betrachtet genuin gesellschaftsrechtlich. Daher macht es guten Sinn, sie nicht nach den Anknüpfungsregeln von Rom-II zu behandeln.¹⁶² Stattdessen ist gesellschaftsrechtlich anzuknüpfen. Da es hier weder um den Schutz der Untergesellschaft, ihrer Gesellschafter oder Gläubiger vor der Konzerngefahr noch um eine echte Durchgriffhaftung unter Beiseiteschieben des Haftungsprivilegs in der Tochtergesellschaft geht, sondern um die Frage, wie viel Haftungsverantwortung die Ausübung von Konzernleitungsmacht durch die Obergesellschaft für jene mit sich bringt, ist nicht das Statut der ausländischen Tochter, sondern das deutschen Muttergesellschaft angesprochen.¹⁶³

V. Schluss – rechtspolitischer Ausblick.

Die wesentliche Aussage des Beitrags zur *lex lata* lautet: Im Konzern i.S. des § 18 Abs. 1 AktG sollten weisungsgebundene Tochterunternehmen in der Regel als Verrichtungsgehilfen nach § 831 BGB gelten. Außerdem sollte die

161 A. A. THOMALE/HÜBNER, JZ 2017, 385, 390 f.

162 Das gleiche hätte für eine Deliktsdurchgriffshaftung zu gelten (s. o. sub II.), wenn man diese entgegen hier vertretener Sicht anerkennen wollte; insoweit a. A. THOMALE/HÜBNER, JZ 2017, 385, 395.

163 Tendenziell ähnlich RENNER/KUNTZ, in: Krajewski/Oehm/Saage-Maß, Zivil- und Strafrechtliche Unternehmensverantwortung für Menschenrechtsverletzungen, 2017, S. 51, 64f. Allg. zur Anknüpfung konzernrechtlicher Regelungen SCHALL, aaO (Fn. 70), Vor § 15 AktG Rdn. 32 m. w. N.

Konzernmutter bezüglich sämtlicher im Konzern ausgeführter Unternehmungen eine residuale Delegationshaftung treffen. Nur wo sich Anteilseigner als reine Investoren gerieren, entgehen sie diesen Haftungstatbeständen („Ent-herrschung durch Enthaftung“). Das schraubt die Haftungshürden aus dem Trennungsprinzip zwar zurück, das gegenüber den bereits erzielten Ergebnissen der h. M. aber nur maßvoll. Dafür sorgt es im Gegenzug für ein Mehr an Rechtssicherheit.

Die politischen und sozialen Anschauungen haben heute nicht mehr viel Verständnis für das gesellschaftsrechtliche Trennungsprinzip.¹⁶⁴ Sie fordern, längst nicht nur im Konzern, die Ausübung von Rechtsmacht für die Menschenrechte. Das ist grundsätzlich nachvollziehbar. Nachdem Art 14 Abs. 1 GG über das Anteilseigentum den Wert des Unternehmens schützt,¹⁶⁵ kann auch die Sozialpflichtigkeit nach Absatz 2 darauf erstreckt werden. Das umso mehr, wenn es um hochrangige grundrechtliche Schutzpositionen wie Leib, Leben und Eigentum anderer geht. Dabei scheint das deutsche Deliktsrecht flexibel genug, die Ruggie-Prinzipien auch ohne gesetzgeberische Intervention umzusetzen. Insbesondere kann dies durch die (auch gezielte) Heraufbeschwörung einer Verkehrserwartung befördert werden (vgl. § 276 Abs. 1 BGB) – was nach dem Aktionsplan der Bundesregierung durchaus angedacht scheint. Ob das uneingeschränkt zu befürworten ist, mag man bezweifeln. Das Ziel, die Menschenrechte besser zu schützen, ist zweifellos berechtigt. Aber auf dem Weg dorthin stellen sich diffizile politische Abwägungsprozess zwischen Verantwortungs- und Gesinnungsethik,¹⁶⁶ die besser im Bundestag aufgehoben wären. Weiter als zu einer auf die Verhinderung „gravierender“ Menschenrechtsverletzungen bezogenen Sorgfaltspflicht der Konzernleitung für alle kontrollierten bzw. mehrheitlich gehaltenen Unternehmen sollte man dabei nicht gehen¹⁶⁷ – wobei ein solches Vorgehen in jedem Fall eine rechtssicher handhabbare, überdies nicht zu ausladende Definition der Menschenrechtsverletzung¹⁶⁸ erfordern würde.

164 WAGNER, *RabelsZ* 80 (2016), 717, 762.

165 St. Rspr. des BVerfG seit BVerfGE 14, 263 = NJW 1962, 1667 – Feldmühle.

166 Siehe z. B. SYKES, *Corporate Liability for Extraterritorial Torts Under the Alien Tort Statute and Beyond: An Economic Analysis*, 100 *Georgetown Law Journal* 2161 (2011-2012), der zum durch Menschenrechtsklagen erzwungenen Rückzug der kanadischen Firma *Talisman Energies* aus dem Sudan (*Presbyterian Church of Sudan v. Talisman Energy Corp.*, 582 F.3d 244 (2d Cir. 2009)) und dem darauf folgenden Einzug chinesischer Firmen spitz bemerkt: „There is little reason to think that such developments will improve the human rights situation in Sudan.“

167 Sonst droht mit WAGNER, *RabelsZ* 80 (2016), 717, 766 eine Haftung der Konzernmutter für jeden Verkehrsunfall im Ausland.

168 Sonst gilt mit WAGNER, *RabelsZ* 80 (2016), 717, 765, „dass ‚Menschenrechtsverletzungen‘ keine abgrenzbare Klasse von Delikten darstellen.“

Problematischer als das deutsche Deliktsrecht erscheint die Herstellung seiner hier nur gestreiften internationalen Anwendbarkeit. Gemeinsamer Hintergrund der diversen Bemühungen, bei Menschenrechtsklagen am Erfolgsortprinzip des Art. 4 Abs. 1 Rom-II VO vorbei kommen zu wollen,¹⁶⁹ ist das Empfinden, dass dieses hier seinen Zweck verfehlt. Denn es geht nicht um die Verkehrsstandards am Erfolgsort, sondern um die hiervon zu scheidende Frage der Verantwortung der Konzernspitze für die Aktivitäten ihrer Töchter. Für eine deutsche Konzernmutter erscheint dies als eine Frage deutschen Rechts. Wer sich dieser Wertung sowie den hier und andernorts entfaltenen Wegen zu ihrer Umsetzung nicht anschließen möchte, wird den Gesetzgeber anrufen müssen, sobald die menschenrechtliche Sorgfaltspflicht materiell-rechtlich zum *hard law* erstarkt. Denn sich hinter Art. 4 Abs. 1 Rom-II VO vor der Umsetzung zu verstecken, ist keine seriöse Option. Seine Korrektur sollte breitflächig und rechtssicher erreicht werden. Dafür sind isolierte Lösungen abzulehnen. Stattdessen ist der Blick nach Brüssel zu richten.

169 Insbesondere WELLER/THOMALE, ZGR 2017, 509, 523 ff; THOMALE/HÜBNER, JZ 2017, 385, 391 ff; siehe im Übrigen den ausf. Beitrag von MANSEL, ZGR 2018, 439 ff (in diesem Heft).