

Geschäftsherrenhaftung im Konzernverhältnis?

Christoph B. Bühler*

On November 29, 2020, the Corporate Responsibility-Initiative failed in the referendum by a majority of the cantons. The debate on the Corporate Responsibility Initiative and the indirect counter-proposal of the Swiss Parliament focused on the question of the extent to which Swiss companies should be held liable for the activities of the companies they control in the area of human rights and environmental protection. According to the idea of the initiators, the model of principal

liability should have served as a conceptual template for a new type of group liability to be enshrined in law. Together with a part of the doctrine, they argued that the liability of principals is basically already applicable *de lege lata* to a group of companies. This article examines the question of whether the model of principal's liability can really be applied to affiliated and correspondingly «controlled companies» in a group.

Inhaltsübersicht

- I. Einleitung
- II. Konzernverantwortungsinitiative und Gegenvorschlag
 - 1. Die Konzernverantwortungsinitiative
 - 2. Der massgebliche Begriff der «kontrollierten Unternehmen»
 - 3. Der indirekte Gegenvorschlag des Parlaments
 - 4. «Anlehnung an die Geschäftsherrenhaftung nach Art. 55 OR»
- III. Konzeption und Voraussetzungen der Geschäftsherrenhaftung gemäss Art. 55 OR
 - 1. Wortlaut des Haftungsstatbestands in Art. 55 OR
 - 2. Entstehungsgeschichte und dogmatische Einordnung
 - 3. Haftungsvoraussetzungen und Befreiungsgründe
- IV. Übertragung der Geschäftsherrenhaftung auf «kontrollierte Unternehmen»?
 - 1. Widerspruch zum Trennungsprinzip im Konzern
 - 2. Kein «Subordinationsverhältnis» im Sinne von Art. 55 OR zwischen Ober- und Untergesellschaft im Konzern
 - 3. Eigenständigkeit und -verantwortlichkeit der Zulieferunternehmen
- V. Schlussfolgerungen

I. Einleitung

Am 29. November 2020 ist die Initiative «Für verantwortungsvolle Unternehmen zum Schutz von Mensch und Umwelt» (sog. «Konzernverantwortungsinitiative»)¹ in der Volksabstimmung am Ständemehr gescheitert.² In der Debatte um die Konzernverantwortungsinitiative und den indirekten Gegenvorschlag des Parlaments³ ging es im Kern um die Frage, inwieweit Schweizer Unternehmen für die Aktivitäten der von ihnen kontrollierten Unternehmen im Bereich Menschenrechte und Umweltschutz haftbar gemacht werden sollen. Nach dem Ansinnen der Initianten hätte dabei das Modell der Geschäftsherrenhaftung als konzeptionelle Vorlage für einen neuartigen gesetzlich zu verankernden Konzernhaftungsstatbestand dienen sollen. Sie machten mit einem Teil der Lehre geltend, die Geschäftsherrenhaftung sei im Grunde bereits *de lege lata* auf Konzernverhältnisse anwendbar. Der vorliegende Beitrag geht der Frage nach, ob sich das Modell der Geschäftsherrenhaftung wirklich auf im Konzern verbundene und entsprechend «kontrollierte Unternehmen» übertragen lässt.

¹ Eidgenössische Volksinitiative «Für verantwortungsvolle Unternehmen – zum Schutz von Mensch und Umwelt», BBl 2015 3245 ff.

² Mit einem Stimmenanteil von 50,73% wurde die Konzernverantwortungsinitiative am 29. November 2020 zwar von der Schweizer Bevölkerung angenommen, das Ständemehr hatte sie jedoch deutlich verfehlt. Nur 8,5 Stände haben für die Initiative gestimmt und 14,5 Stände haben die Vorlage abgelehnt.

³ Indirekter Gegenvorschlag zur Volksinitiative «Für verantwortungsvolle Unternehmen – zum Schutz von Mensch und Umwelt» vom 19. Juni 2020, AS 2021 846.

* Prof. Dr. iur., LL.M., Rechtsanwalt und Partner in Basel; Titularprofessor für Handels- und Wirtschaftsrecht an der Universität Zürich.

II. Konzernverantwortungsinitiative und Gegenvorschlag

1. Die Konzernverantwortungsinitiative

Die Konzernverantwortungsinitiative war am 7. April 2015 lanciert und am 10. Oktober 2016 mit rund 120 000 Unterschriften zustande gekommen. Sie forderte die Verankerung eines neuen Artikels 101a in der Bundesverfassung, der den Bund hätte anhalten sollen, mit entsprechenden Massnahmen bzw. verbindlichen Gesetzesbestimmungen dafür zu sorgen, dass international tätige Unternehmen mit Sitz in der Schweiz bei allen ihren Aktivitäten weltweit die *international anerkannten Menschenrechte und Umweltstandards respektieren* müssen. Konkret sollten die Unternehmen zu einer *angemessenen Sorgfaltspflichtprüfung* verpflichtet werden. Konzernmuttergesellschaften sollten in der Schweiz eingeklagt werden können. Sie sollten für den Schaden haften, welchen die *von ihnen kontrollierten Unternehmen* irgendwo auf der Welt aufgrund einer Verletzung von Menschenrechten oder Umweltstandards in Ausübung ihrer geschäftlichen Verrichtung verursacht haben.

Die Schweizer Konzernmuttergesellschaft hätte nur dann nicht haften müssen, wenn sie bewiesen hätte, dass sie alle *gebotene Sorgfalt angewendet* hatte, um den Schaden zu verhindern, oder dass der Schaden auch bei Anwendung dieser Sorgfalt eingetreten wäre. Die *Beweislast* hätte also *umgekehrt* werden sollen: Die Sorgfaltspflicht hätte als verletzt gegolten, ausser das betreffende Unternehmen hätte das Gegenteil bewiesen.⁴

⁴ Vgl. zur Konzernverantwortungsinitiative *Christine Kaufmann*, Konzernverantwortungsinitiative: Grenzenlose Verantwortlichkeit?, SZW 2016, 45 ff.; *Peter Böckli/Christoph B. Bühler*, Konzernverantwortung ohne Grenzen, in: Peter V. Kunz/Oliver Arter/Florian S. Jörg (Hrsg.), *Entwicklungen im Gesellschaftsrecht XII*, Bern 2017, 145 ff.; *Andreas Bohrer*, Haftung schweizerischer Unternehmen für Menschenrechtsverletzungen im Ausland?, Überlegungen zur «Konzern-Initiative», GesKR 2017, 323 ff.; *Gregor Geisser*, Die Konzernverantwortungsinitiative, AJP 2017, 943 ff.; *Lukas Handschin*, Konzernverantwortungsinitiative: Gesellschaftsrechtliche Aspekte, AJP 2017, 998 ff.; *Peter Böckli/Christoph B. Bühler*, Zur «Konzernverantwortungsinitiative», Rechtliche Überlegungen zu den vier Forderungen der Eidgenössischen Volksinitiative «Für verantwortungsvolle Unternehmen zum Schutz von Mensch und Umwelt», Zürich 2018, 1 ff.; *Christoph B. Bühler*, in: Lukas Handschin (Hrsg.), *Die Aktiengesell-*

2. Der massgebliche Begriff der «kontrollierten Unternehmen»

Ob ein Unternehmen ein anderes kontrolliert, sollte sich nach den tatsächlichen Verhältnissen bestimmen; eine Kontrolle könne – so der Initiativtext – *«faktisch auch durch wirtschaftliche Machtausübung»* erfolgen.⁵ Die Initiative erstreckte sich damit nicht nur auf die *in den Konzern eingebundenen Unternehmungen eines Schweizer Unternehmens*, sondern dehnte dessen Verantwortlichkeit auf alle Gesellschaften aus, die durch das Unternehmen «faktisch» beherrscht bzw. durch «wirtschaftliche Machtausübung» kontrolliert werden, wie namentlich auch wirtschaftlich abhängige Zulieferunternehmen.⁶

Im Bereich des Rechnungslegungsrechts, wo das Gesetz auf wirtschaftliche Tatbestände abstellt und es um die «Darstellung der wirtschaftlichen Lage» geht, ist für die Bestimmung des Konsolidierungskreises bekanntlich das *Kontrollprinzip* massgeblich. Nach der Definition in Art. 963 OR liegt ein Konzern vor, wenn eine juristische Person andere Unternehmen kontrolliert, indem sie:⁷

- direkt oder indirekt über die *Mehrheit der Stimmen im obersten Organ* (bei der Aktiengesellschaft in der Generalversammlung) verfügt;

schaft, Generalversammlung und Verwaltungsrat, Mängel in der Organisation, Art. 698–726 und 731b OR, Zürcher Kommentar, 3. Aufl., Zürich 2018, Vor Art. 707–726 N 325 ff.; *Walter A. Stoffel/Camille Sautier*, Aktuelle Rechtsprechung zur Haftung im Konzern, SZW 2019, 509 ff., 516 ff.

⁵ Art. 101a Abs. 2 lit. a E-BV.

⁶ So Verein Konzernverantwortungsinitiative, Factsheet V «Der Initiativtext mit Erklärungen», S. 1, abrufbar unter <www.sachdokumentation.ch/bestand/ds/358>: «In gewissen Fällen kann aber eine Gesellschaft auch ausserhalb ihres Konzerns eine andere Gesellschaft kontrollieren, z.B. via ökonomische Beherrschung. Ein Beispiel: Wenn ein Schweizer Unternehmen einziger Abnehmer eines Zulieferers ist, kann das auch ein Kontrollverhältnis darstellen.» Vgl. auch Verein Konzernverantwortungsinitiative (Hrsg.), Erläuterungen zur Volksinitiative «Für verantwortungsvolle Unternehmen – zum Schutz von Mensch und Umwelt» (ohne Datum), abrufbar unter <www.sachdokumentation.ch/bestand/ds/2920>, S. 43, Ziff. 3.2.5 Abschnitt (D) und Botschaft zur Volksinitiative «Für verantwortungsvolle Unternehmen – zum Schutz von Mensch und Umwelt» vom 17. September 2017, BBl 2017 6335, 6358 (zit. Botschaft 2017); *Böckli/Bühler* (Fn. 4), 15 f.

⁷ Vgl. Botschaft zur Änderung des Obligationenrechts vom 21. Dezember 2007, BBl 2008 1589, 1723, Ziff. 2.2.5.

- direkt oder indirekt über das *Recht* verfügt, die *Mehrheit der Mitglieder des obersten Leitungs- oder Verwaltungsorgans* (bei der Aktiengesellschaft des Verwaltungsrats) zu *bestellen oder abzuberufen*; oder
- aufgrund der Statuten, eines Vertrages oder vergleichbarer Instrumente einen *beherrschenden Einfluss* ausüben kann.⁸

Es scheint, dass die Initiative mit den sog. «kontrollierten Unternehmen», für welche die Schweizer Konzernmuttergesellschaft haften sollte, auf diesen bereits gesetzlich definierten Kontrollbegriff abstellte. Dieser Schein trägt jedoch: Nach dem Begriffsverständnis des Art. 963 OR kann die Kontrolle zwar auch auf gesellschafts- oder schuldrechtlicher sowie auch auf rein tatsächlicher Grundlage ausgeübt werden, jedoch *immer nur in Verbindung mit einer unternehmerischen Mitwirkungsmöglichkeit*.⁹ Nach dem Kontrollbegriff der Initiative wäre demgegenüber kein rechtliches Instrument (Beteiligung, Statuten, Vertrag, Trust etc.) zur Durchsetzbarkeit der Beherrschung über ein anderes Unternehmen vorausgesetzt gewesen, sondern es wäre auf rein tatsächliche Verhältnisse abgestellt worden, welche das Potential schaffen, faktisch wirtschaftliche Macht auszuüben.¹⁰

⁸ Hans Caspar von der Crone, Aktienrecht, 2. Aufl., Bern 2020, § 29 N 2127 ff.; Martin Monsch/Hans Caspar von der Crone, Durchgriff und wirtschaftliche Einheit, BGer 5A_739/2012 vom 17. Mai 2013, SZW 2013, 445 ff., 453 f., die dafürhalten, dass aufgrund der Aufhebung von Art. 663e aOR und Neufassung in Art. 963 OR hinsichtlich der Konzerndefinition von einem «generellen Paradigmenwechsel» auszugehen sei; a.M. Patric A. Brand, Konzernorganisationsrechtliche Grenzen von Up-stream Darlehen, Diss. Bern 2014, Zürich 2015, 81 ff. und 199 ff.; ZK-Bühler (Fn. 4), Art. 717 N 290.

⁹ Stephan Glanz/Florian Zihler, in: Dieter Pfaff et al. (Hrsg.), Rechnungslegung nach Obligationenrecht, veb.ch Praxiskommentar, 2. Aufl., Zürich 2019, Art. 963 N 50; Peter Böckli, OR-Rechnungslegung, 2. Aufl., Zürich 2019, N 1201; Peter Böckli, Konzern und Konzerninteresse aus dem Blickwinkel des Einordnungskonzepts, in: Rolf Sethe/Peter Isler (Hrsg.), Verantwortlichkeit im Unternehmensrecht VII, Zürich 2014, 203 ff., 210.

¹⁰ Böckli/Bühler (Fn. 4), 17. So auch ausdrücklich Verein Konzernverantwortungsinitiative, Erläuterungen (Fn. 6), 44: «Mit der gewählten Formulierung entscheidet sich die Konzernverantwortungsinitiative für einen Konzernbegriff, der über die Konsolidierungspflicht gemäss Art. 963 OR hinausgeht.»

3. Der indirekte Gegenvorschlag des Parlaments

Der Bundesrat lehnte die Konzernverantwortungsinitiative ab und unterstützte einen indirekten Gegenvorschlag, der von der Bundesversammlung nach dem Durchlaufen des parlamentarischen Differenzbereinigungsverfahrens am 19. Juni 2020 beschlossen wurde.¹¹ Dieser beinhaltet eine *Pflicht zur Nachhaltigkeitsberichterstattung über die Achtung der Menschenrechte und den Umweltschutz*.¹² Die Unternehmen können dabei auf die Berichterstattung über einzelne Belange verzichten, sofern sie erklären, warum dies der Fall ist (*comply or explain*). Zudem soll die Pflicht zur Berichterstattung nur für grössere Unternehmen gelten. Die Vorlage sieht jedoch keine Haftungsregeln vor, die über die heute geltenden Regeln hinausgehen. Die Verletzung der Berichtspflichten soll jedoch *strafbar* sein.¹³ Auch die Sorgfaltsprüfungspflicht bleibt auf *bestimmte Konfliktmineralien und Kinderarbeit* beschränkt.¹⁴

4. «Anlehnung an die Geschäftsherrenhaftung nach Art. 55 OR»

Der Regelungsvorschlag der sogenannten «*Haftung für fehlende Sorgfalt im Kontrollverhältnis*» gemäss Konzernverantwortungsinitiative ist, wie erwähnt, konzeptionell angelehnt an die Geschäftsherrenhaftung nach Art. 55 OR. Das ergibt sich bereits aus dem Wortlaut der vorgeschlagenen Norm¹⁵ und den einzelnen Haftungsvoraussetzungen:

- das Vorliegen eines *Kontrollverhältnisses* zwischen zwei Unternehmen im erwähnten erweiterten Sinne;
- die Verletzung international anerkannter Menschenrechte und/oder internationaler Umweltstandards (*Widerrechtlichkeit*) und
- ein daraus (*kausal*) entstandener *Schaden*,

¹¹ Vgl. oben Fn. 3.

¹² Art. 964^{bis} ff. OR; vgl. Joel Fischer, Shareholder Value, Corporate Social Responsibility und Gegenvorschlag zur Konzernverantwortungsinitiative, GesKR Online 1/2021, 1 ff., 15 ff.; Christoph B. Bühler, Nichtfinanzielle Berichterstattung nach dem Gegenvorschlag zur Konzernverantwortungsinitiative und ihre Bedeutung für den Finanzsektor, SZW 2021, 716 ff.

¹³ Art. 325^{ter} StGB.

¹⁴ Art. 964^{quinquies} ff. OR.

¹⁵ Art. 101a Abs. 2 Bst. c E-BV.

- der *in Ausübung einer geschäftlichen Verrichtung* eingetreten ist (*funktionaler Zusammenhang*), sowie
- das *Misslingen des Sorgfaltsbeweises*.

In den Erläuterungen der Initianten zum Initiativtext heisst es denn auch entsprechend: «Da die Geschäftsherrenhaftung im Obligationenrecht (Art. 55 OR) diesen Vorgaben am nächsten kommt, ist der Initiativtext dieser Bestimmung nachgebildet.»¹⁶ Die Geschäftsherrenhaftung stelle – so die weitere Begründung – die «Grundnorm für ausservertragliche Unternehmensrisiken» dar. An die Stelle des Geschäftsherrn und der Hilfsperson bei der Geschäftsherrenhaftung gemäss Art. 55 OR treten nach dem Konzept der Initiative das *kontrollierende Unternehmen im Inland* sowie das *kontrollierte Unternehmen*, das sich typischerweise im Ausland befindet.¹⁷

Was ist davon zu halten? Lassen sich die Prinzipien der Geschäftsherrenhaftung wirklich auch auf Konzernverhältnisse übertragen? Um diese Frage beantworten zu können, sind die Grundlagen und das Konzept der Geschäftsherrenhaftung heranzuziehen.

III. Konzeption und Voraussetzungen der Geschäftsherrenhaftung gemäss Art. 55 OR

1. Wortlaut des Haftungstatbestands in Art. 55 OR

Gemäss Art. 55 OR haftet der Geschäftsherr für den Schaden, den seine Arbeitnehmer oder andere Hilfspersonen in Ausübung ihrer dienstlichen oder geschäftlichen Verrichtungen verursacht haben, wenn er nicht nachweist, dass er alle nach den Umständen gebotene Sorgfalt angewendet hat, um einen Schaden dieser Art zu verhüten, oder dass der Schaden auch bei Anwendung dieser Sorgfalt eingetreten wäre.

¹⁶ Verein Konzernverantwortungsinitiative, Factsheet V (Fn. 6), 2; *ders.*, Erläuterungen (Fn. 6), 41 f.; vgl. auch *Geisser* (Fn. 4), 954; *Holger Fleischer*, Gutachterliche Stellungnahme zur rechtsvergleichenden Einordnung des Regelungsvorschlags der Eidgenössischen Volksinitiative «Für verantwortungsvolle Unternehmen zum Schutz von Mensch und Umwelt» (Konzernverantwortungsinitiative) vom 17. Oktober 2019, 57 f.

¹⁷ Botschaft 2017 (Fn. 6), 6335 ff., 6359 f.

2. Entstehungsgeschichte und dogmatische Einordnung

Die Bestimmung orientierte sich – in ihrer ursprünglichen Fassung von 1881 gemäss Art. 62 aOR – am Vorbild der Geschäftsherrenhaftung des Art. 1384 Abs. 3 des französischen Code Civil von 1804, jedoch mit der Ergänzung des Sorgfaltsbeweises. Die früheren Entwürfe von *Walther Munzinger*, auf welche Art. 62 aOR zurückgeht, bezogen sich nicht auf «Arbeitnehmer oder andere Hilfspersonen», sondern zunächst nur auf «Angestellte oder Arbeiter» und zeigen, dass diese Bestimmung nicht irgendwelche, sondern nur *organisatorische Pflichten* des Geschäftsherrn erfassen sollte.¹⁸

Die Auslegung und dogmatische Einordnung der Geschäftsherrenhaftung ist bis heute umstritten. Lehre und Rechtsprechung qualifizierten sie früher¹⁹ und teilweise heute²⁰ noch als *Verschuldenshaftung mit umgekehrter Beweislast* und den Befreiungsbeweis des Geschäftsherrn folglich als Exkulpationsbeweis.

Seit einem Leitentscheid aus dem Jahr 1908²¹ bezeichnete das höchste Gericht die Geschäftsherrenhaftung dann mit der bis heute vorherrschenden Lehre²² als eine *milde Kausalhaftung für die vermutete*

¹⁸ Vgl. BGE 33 II 150 E. 7 und BGE 41 II 494 E. 2; vgl. auch *Holger Fleischer*, Geschäftsherrenhaftung in Konzernlagen und Lieferketten: Eine rechtsvergleichende Skizze im Lichte der Konzernverantwortungsinitiative, in: Matthias P. A. Müller/Lucas Forrer/Floris Zuur (Hrsg.), *Aktienrecht im Wandel*, Zum 50. Geburtstag von Hans-Ueli Vogt, Zürich 2020, 145 ff., 147; *Oliver Waespi*, *Organisationshaftung*, Diss. Bern 2005, 15.

¹⁹ *Emil Gysler*, Die Haftung für fremde culpa, Diss. Zürich 1892; *Alfred Bieder*, Die Haftung für fremde unerlaubte Handlungen nach dem Schweizerischen Obligationenrechte, ZSR 5 (1886) 327 ff., 345; *C. Chr. Burckhardt*, Die Revision des Schweizerischen Obligationenrechts in Hinsicht auf das Schadenersatzrecht, in: Verhandlungen des Schweizerischen Juristenvereins 1903, Basel 1903, auch publiziert in: ZSR 22 (1903) 469 ff., 476; BGE 29 II 485, 489; BGE 32 II 459, 462.

²⁰ *Heinrich Honsell*, Schweizerisches Haftpflichtrecht, 3. Aufl., Zürich 2000, § 13 N 4; *Vito Roberto*, Haftpflichtrecht, 2. Aufl., Bern 2018, § 8 N 2; *Martin Petrin*, Fortentwicklung der Geschäftsherrenhaftung in der Schweiz, Diss. St. Gallen, Zürich 2004, 8 f.

²¹ BGE 34 II 270 f.

²² Soweit ersichtlich zunächst insbesondere *Jacques Charmorel*, La responsabilité de l'employeur pour le fait de ses employés en matière extra-contractuelle, Diss. Lausanne 1925, 87; dann auch *Hans Nater*, Die Haftpflicht des Geschäftsherrn gemäss OR 55 angesichts der wirtschaft-

Verletzung objektiver Sorgfaltspflichten durch den Geschäftsherrn und präzisierte in seiner Rechtsprechung fortan den Inhalt dieser Pflichten insbesondere auf die *curae in eligendo, instruendo et custodiendo* sowie das generelle Erfordernis, die Arbeitsabläufe im Betrieb zweckmässig zu organisieren.²³ Ein Unternehmen muss mithin so organisiert sein, dass Schäden für Dritte durch Hilfspersonen möglichst vermieden werden können.²⁴ Im Bereich der Haftung des Warenherstellers gegenüber dem Konsumenten gehört hierzu auch die Endkontrolle der Produkte.²⁵ Art. 55 OR ist also im Grunde ein *Tatbestand der Organisationshaftung*.²⁶ Konsequenterweise handelt es sich bei der Geschäftsherrenhaftung somit zwar um eine Haftung für fremdes schädigendes Verhalten, nämlich jenes der Hilfsperson, jedoch für eigene, vermutete organisatorische Pflichtverletzungen des Geschäftsherrn. Haftungsbegründend ist dabei letztlich das sorgfaltswidrige Verhalten des Geschäftsherrn, und nicht jenes der Hilfsperson.²⁷

Es ist auch folgerichtig, dass das Bundesgericht den gesetzlich vorgesehenen Sorgfaltsbeweis mit der Qualifikation der Geschäftsherrenhaftung als Kausalhaftung seither auch nicht mehr als Exkulpationsbeweis, sondern vielmehr als einen «bestimmt un-

schriebenen und nach objektiven Kriterien zu würdigenden Entlastungsbeweis» bezeichnete.²⁸

Man kann sich immerhin fragen, ob die grundlegende Qualifikation der Geschäftsherrenhaftung als Verschuldens- oder eben als Kausalhaftung nicht eher von dogmatischer Bedeutung ist, zumal sich dieser grundsätzliche Unterschied aufgrund der strengen Anforderungen der Rechtsprechung an den Befreiungsbeweis²⁹ in der Praxis ohnehin kaum auswirkt.³⁰

3. Haftungsvoraussetzungen und Befreiungsgründe

3.1 Positive Haftungsvoraussetzungen

Gemäss Art. 55 Abs. 1 OR setzt die Haftung des Geschäftsherrn einen *Schaden* voraus, der durch eine Hilfsperson in Ausübung dienstlicher oder geschäftlicher Verrichtungen *widerrechtlich verursacht* worden ist. Die schädigende Handlung der Hilfsperson muss indessen, wie erwähnt, *nicht* auch *verschuldet* sein.³¹

Nicht näher einzugehen ist im vorliegenden Zusammenhang auf die vom Geschädigten nach den üblichen Grundsätzen zu beweisenden *allgemeinen Haftungsvoraussetzungen* des Schadens, der adäquaten Kausalität und der Widerrechtlichkeit. Interessant ist indessen die besondere Haftungsvoraussetzung der Beziehung zwischen der Hilfsperson und dem Geschäftsherrn, welche zueinander in einem *Subordinationsverhältnis* stehen müssen.³² Entscheidend hierfür ist die tatsächliche Weisungs- und Aufsichtsbefugnis des Geschäftsherrn gegenüber der Hilfsperson, was bei Arbeitnehmern regelmässig der Fall ist.³³ Der Mitarbeiter einer Organisation ist dann *nicht* mehr als Hilfsperson im Sinne von Art. 55 OR zu betrachten, wenn er über eine *gewisse rechtliche und faktische Selbständigkeit* verfügt und die Weisungen des Vertragspartners nicht hierarchisch legitimierte Befehle, sondern allenfalls Wünsche im Vertragskon-

lich-technischen Entwicklung, Diss. Bern 1971, 5; *Karl Oftinger/Emil W. Stark*, Schweizerisches Haftpflichtrecht, Bd. II/1, 4. Aufl., Zürich 1995, § 20 N 5; *Walter Fellmann/Andrea Kottmann*, Schweizerisches Haftpflichtrecht, Bd. I, Bern 2012, § 5 N 733; *Willi Fischer/MarcAntonio Iten*, in: *Willi Fischer/Thierry Lutherbacher* (Hrsg.), Haftpflichtkommentar, Kommentar zu den schweizerischen Haftpflichtbestimmungen, Zürich/St. Gallen 2015, Art. 55 OR N 2; *Ingeborg Schwenger/Christiana Fountoulakis*, Schweizerisches Obligationenrecht, Allgemeiner Teil, 8. Aufl., Bern 2020, N 23.25.

²³ BGE 97 II 221, 223.

²⁴ BGE 90 II 86 E. 3c; vgl. *Roland Brehm*, Obligationenrecht, Die Entstehung durch unerlaubte Handlungen, Art. 41–61 OR, Berner Kommentar, 4. Aufl., Bern 2013, Art. 55 N 77 ff.; *Martin A. Kessler*, in: *Corinne Widmer Lüchinger/David Oser* (Hrsg.), Obligationenrecht I, Basler Kommentar, Art. 1–529 OR, 7. Aufl., Basel 2019, Art. 55 N 21; *Schwenger/Fountoulakis* (Fn. 22), N 23.25; *Beat Schönenberger*, in: *Heinrich Honsell* (Hrsg.), Kurzkommentar Obligationenrecht, Art. 1–529, Basel 2008, Art. 55 N 12.

²⁵ BGE 110 II 456 E. 3a; vgl. *Schönenberger* (Fn. 24), Art. 55 N 12.

²⁶ *Schönenberger* (Fn. 24), Art. 55 N 12; *BSK-Kessler* (Fn. 24), Art. 55 N 21.

²⁷ So auch *Waespi* (Fn. 18), 17.

²⁸ BGE 72 II 255, 261.

²⁹ Vgl. dazu *BSK-Kessler* (Fn. 24), Art. 55 N 15; *Roberto* (Fn. 20), § 8 N 19; *Fleischer* (Fn. 16), 149.

³⁰ So auch *Oftinger/Stark* (Fn. 22), § 20 N 3; *Schwenger/Fountoulakis* (Fn. 22), N 23.13; *Roberto* (Fn. 20), § 8 N 2; vgl. dazu auch die Hinweise bei *Fleischer* (Fn. 16), 148.

³¹ *Schönenberger* (Fn. 24), Art. 55 N 9.

³² BGE 84 II 381 E.b.

³³ BGE 46 II 126; BGE 41 II 498; *Schönenberger* (Fn. 24), Art. 55 N 7; *Waespi* (Fn. 18), 20.

text sind.³⁴ Solche Personen sind als sog. *selbstständige Hilfspersonen* zu qualifizieren, für deren Verhalten der Geschäftsherr nicht nach Art. 55 OR haftet.³⁵ Das trifft insbesondere auf die «selbstständigen Unternehmer» zu, welche «wohl für die Zwecke eines Auftraggebers tätig werden, aber auf eigene Rechnung und namentlich nach eigenem Urteil» handeln.³⁶

Vorausgesetzt ist immer eine *Delegation* von Aufgaben. Eine Einzelperson, die allein handelt und dabei jemanden schädigt, kann somit nicht nach Art. 55 OR haften. Ebenso kann ein Organ des Geschäftsherrn im Sinne von Art. 55 ZGB nie Hilfsperson sein.³⁷

Die Hilfsperson muss den Schaden sodann in Ausübung ihrer dienstlichen oder geschäftlichen Verrichtungen verursacht haben. Zwischen der auszuführenden Verrichtung und der schädigenden Handlung muss also ein *funktionaler Zusammenhang* bestehen.³⁸ Dieser ist auch gegeben, wenn die Hilfsperson Weisungen des Geschäftsherrn zuwiderhandelt oder Kompetenzen überschreitet.³⁹ Der Geschäftsherr haftet demgegenüber *nicht*, wenn der Schaden nicht in Ausübung, sondern bloss *bei Gelegenheit* dienstlicher oder geschäftlicher Verrichtungen zugefügt wurde.

3.2 Befreiungsgründe

Hat ein Geschädigter diese positiven Haftungsvoraussetzungen bewiesen, tritt die Haftung des Geschäftsherrn ein, es sei denn, er könne sich auf einen Befreiungsgrund berufen. Dieser besteht entweder im Nachweis, dass er die *nach den Umständen gebotene Sorgfalt angewendet* hat, um einen Schaden dieser Art zu vermeiden, oder dass der *Schaden auch bei Anwendung dieser Sorgfalt eingetreten wäre*.⁴⁰

Die gebotene Sorgfalt bezieht sich dabei typischerweise auf die drei *curae*, nämlich die Sorgfalt bei der Auswahl der Hilfsperson, der Instruktion und der Überwachung. Bedeutend ist sodann, wie bereits erwähnt, die *Pflicht zu einer zweckmässigen Betriebsorganisation*, d.h., ein Unternehmen muss die Kompetenzen klar abgrenzen⁴¹ und so organisiert sein, dass Schäden für Dritte durch Hilfspersonen möglichst vermieden werden können.⁴²

Die zweite Befreiungsmöglichkeit des Geschäftsherrn betrifft sodann die Berufung auf *rechtmässiges Alternativverhalten*. Dabei geht es letztlich um den Nachweis des mangelnden Kausalzusammenhangs.⁴³

Schliesslich kann sich der Geschäftsherr auch auf allgemeine Entlastungsgründe, wie *höhere Gewalt, Selbst- oder Drittverschulden* berufen.

IV. Übertragung der Geschäftsherrenhaftung auf «kontrollierte Unternehmen»?

Es stellt sich nun die Frage, ob sich das dargelegte Konzept der Geschäftsherrenhaftung gemäss Art. 55 OR entsprechend dem Ansinnen der Initianten der Konzernverantwortungsinitiative auch auf «kontrollierte Unternehmen», namentlich auf Konzernverhältnisse bzw. konkret auf das Verhältnis zwischen der Mutter- und den Tochtergesellschaften oder Zulieferunternehmen übertragen lässt.

1. Widerspruch zum Trennungsprinzip im Konzern

Die Frage, ob die Geschäftsherrenhaftung nach Art. 55 OR bereits nach geltendem Recht eine Grundlage für die Konzernhaftung bilden kann, wurde in der Lehre schon diskutiert und ist umstritten.⁴⁴

³⁴ Oftinger/Stark (Fn. 22), § 20 N 68.

³⁵ BGE 24 II 128, 135 f.; BGE 99 II 131, 134; BK-Brehm (Fn. 24), Art. 55 N 10; Petrin (Fn. 20), 69 f.; Waespi (Fn. 18), 21.

³⁶ Oftinger/Stark (Fn. 22), § 20 N 67.

³⁷ Schönenberger (Fn. 24), Art. 55 N 7; BK-Brehm (Fn. 24), Art. 55 N 13 ff.; Roberto (Fn. 20), § 8 N 9.

³⁸ Schönenberger (Fn. 24), Art. 55 N 8; BK-Brehm (Fn. 24), Art. 55 N 20; Oftinger/Stark (Fn. 22), § 20 N 83; Nater (Fn. 22), 34; Waespi (Fn. 18), 23.

³⁹ BGE 95 II 93 E. II.4a; BK-Brehm (Fn. 24), Art. 55 N 25 f.; Schönenberger (Fn. 24), Art. 55 N 8.

⁴⁰ Oftinger/Stark (Fn. 22), § 20 N 106; Schönenberger (Fn. 24), Art. 55 N 10.

⁴¹ BK-Brehm (Fn. 24), Art. 55 N 77 f.; Oftinger/Stark (Fn. 22), § 20 N 136 ff.

⁴² BGE 90 II 86 E. 3c; Schönenberger (Fn. 24), Art. 55 N 12; BK-Brehm (Fn. 24), Art. 55 N 77 ff.

⁴³ Oftinger/Stark (Fn. 22), § 20 N 153; Schönenberger (Fn. 24), Art. 55 N 13; vgl. auch Christoph B. Bühler, Kausalität und rechtmässiges Alternativverhalten in der aktienrechtlichen Verantwortlichkeit, in: Peter R. Isler/Rolf Sethe (Hrsg.), Verantwortlichkeit im Unternehmensrecht VIII, Zürich 2016, 62 ff. m.w.H.

⁴⁴ Dafür: Roland von Büren, Der Konzern, 2. Aufl., Bern 2005, 202 ff.; Gregor Geisser, Ausservertragliche Haftung privat tätiger Unternehmen für «Menschenrechtsverletzungen» bei internationalen Sachverhalten, Möglichkeiten und

1.1 Konzernrechtliches Trennungsprinzip

Das Aktienrecht macht an sich eine klare Trennung zwischen der Aktiengesellschaft als selbstständiger juristischer Person und ihren Aktionären. Grundlage dieses Trennungsprinzips bildet Art. 620 OR, welcher besagt, dass die Aktionäre nur zu den statutarischen Leistungen verpflichtet sind und für die Verbindlichkeiten der Gesellschaft nicht persönlich haften. Solange die Muttergesellschaft in einem Konzern also ausschliesslich ihre Rechte als Aktionärin der Tochtergesellschaft wahrnehmen würde, könnten ihr auch nur die Pflichten eines Aktionärs auferlegt werden.⁴⁵

Obwohl die Konzerngesellschaften mehr oder weniger straff unter einheitlicher Leitung zusammengefasst und von den Ökonomen als ein im Markt auftretendes Gesamtunternehmen mit eigenem Unternehmensinteresse aufgefasst werden,⁴⁶ bleiben die einzelnen Konzerngesellschaften *rechtlich selbstständige juristische Personen* mit jeweils *eigenem Sondervermögen* und *individuellem Gläubigerkreis*.⁴⁷ Die Gläubiger haben grundsätzlich nur Zugriff auf die Aktiven jener Einzelgesellschaft, der sie Kredit gewährt haben.

Grenzen der schweizerischen Zivilgerichtsbarkeit im Verhältnis zu Völkerrecht und internationalem Privatrecht, Zürich 2013, N 568; *Lukas Handschin*, Der Konzern im geltenden schweizerischen Privatrecht, Habil. Zürich 2004, 344 ff.; *Franz Werro*, Indirekter Gegenentwurf zur Konzernverantwortungsinitiative – Haftungsnorm im Einklang mit der schweizerischen Tradition, *sui-generis* 2018, 428 ff.; *Karl Hofstetter*, Sachgerechte Haftungsregeln für multinationale Konzerne – Zur zivilrechtlichen Verantwortlichkeit von Muttergesellschaften im Kontext internationaler Märkte, Tübingen 1995, 239 ff.; *dagegen: Peter Böckli*, Schweizer Aktienrecht, 4. Aufl., Zürich/Basel/Genf, § 11 N 472; *Fleischer* (Fn. 16), 149 ff. und inzwischen offenbar auch *Karl Hofstetter* Konzernverantwortungsinitiative und Geschäftsherrenhaftung, SJZ 2019, 271 ff., 273.

⁴⁵ *Christoph B. Bühler*, Konzernhaftungsrisiken und mögliche Vorkehrungen zu deren Minimierung, in: Pascal Grolimund et al. (Hrsg.), Festschrift für Anton Karl Schnyder, Zürich 2018, 989 ff., 992.

⁴⁶ *Böckli* (Fn. 9), 211.

⁴⁷ Vgl. BGE 108 Ib 448; BGE 110 Ib 132; BGE 115 Ib 61; BGE 137 III 31 und BGE 137 III 552; *Peter Jung*, in: *Lukas Handschin* (Hrsg.), Die Aktiengesellschaft, Allgemeine Bestimmungen, Art. 620–659b OR, Zürcher Kommentar, 2. Aufl., Zürich 2016, Art. 620 N 128; *Hofstetter* (Fn. 44), 272.

1.2 Differenzierung zwischen vollständig eingeordneten Konzerngesellschaften und solchen mit aussenstehenden Minderheitsaktionären

Aber auch der Aktionärskreis ist bei der Obergesellschaft und der Untergesellschaft im Konzern nicht immer einheitlich. Dies ist nur der Fall, wenn die Obergesellschaft sämtliche Aktien der Gruppengesellschaften hält und somit das Eigenkapital aller dieser Gesellschaften und die Rechte der Eigenkapitalinvestoren auf Dividende und Wertzuwachs in der Obergesellschaft gepoolt sind. Hat die Tochtergesellschaft jedoch neben der Obergesellschaft weitere Minderheitsaktionäre, so haben Ober- und Untergesellschaft auch je eigene Anteilseignerkreise. Entsprechend diesen unterschiedlichen Beteiligungsverhältnissen und Konstellationen sind die Konzernverhältnisse in der Praxis denn auch unterschiedlich ausgestaltet.

Verfügt eine Obergesellschaft im Sinne der im Rechnungslegungsrecht massgeblichen Definition nach Art. 963 OR lediglich über die *Möglichkeit der Kontrolle* über ihre Untergesellschaften, ohne jedoch über ihre Rolle als Aktionärin hinaus *organtypisch* in deren Geschäftsführung hineinzuwirken und dieser Weisungen zu erteilen, so liegt grundsätzlich auch kein Subordinationsverhältnis im Sinne der Haftungsvoraussetzung des Art. 55 OR vor, welche einen Gleichlauf von Haftung und Kontrolle rechtfertigen könnte.⁴⁸

Doch selbst wenn die Obergesellschaft ihren *einheitlichen Konzernleitungsanspruch* geltend macht und Konzernleitungsmassnahmen entfaltet, indem sie sich über ihre Aktionärsrolle hinaus in die Angelegenheiten der Untergesellschaft einmischt, ist zu differenzieren: In der Konzernrealität bestehen nämlich vielfältige Konstellationen der Zusammenfassung mehrerer Unternehmen unter einheitlicher Leitung. Es ist zu unterscheiden zwischen *strafferen* und *lockeren* Formen des Konzerns, jeweils in unterschiedlichen Ausprägungen.⁴⁹

– *Konzern mit straffer Leitung durch die Spitze (Einordnungskonzept)*: Die Obergesellschaft zieht durch einseitigen Akt die Oberleitung mit den wichtigsten Finanz- und Führungskompetenzen der von ihr beherrschten Untergesellschaft an

⁴⁸ In diesem Sinne auch *Hofstetter* (Fn. 44), 274.

⁴⁹ Vgl. *Böckli/Bühler* (Fn. 4), 17; *Böckli* (Fn. 44), § 11 N 236 ff.; differenziert von *Büren* (Fn. 44), 52 ff.

- sich und reduziert die Zuständigkeit des Verwaltungsrates und der Geschäftsleitung der Untergesellschaft auf die minimalen *residuellen* Aufgaben (vor allem Erhaltung der Eigenwirtschaftlichkeit und Einhaltung der Rechtsvorschriften). Eine derartige, straffe Konzernierung ist praktisch nur mit 100%-igen Gruppengesellschaften durchführbar und wird in der Lehre auch als *Einordnung* in den Konzern bezeichnet.
- *Konzern mit Untergesellschaften am langen Zügel (Aushandlungskonzept)*: In einem weniger straffen Konzerngefüge richtet die Obergesellschaft die Untergesellschaft, *an der im typischen Fall auch Minderheitsaktionäre beteiligt sind*, auf bestimmte Konzernziele aus, ohne jedoch die Kernkompetenzen der obersten Leitungs- und Aufsichtsorgane der Gruppengesellschaften an sich zu ziehen. Der Verwaltungsrat der Untergesellschaft ist auf *Gleichbehandlung aller Aktionäre* und auf Berücksichtigung der Interessen auch bestimmter weiterer Stakeholder verpflichtet. Die Obergesellschaft muss mit ihm daher die Geschäfte nach dem umfassenden zivilrechtlichen Prinzip des *«dealing at arm's length»* aus handeln.

Es geht nicht an, in all diesen Fällen generell eine Art Durchgriffskonstellation zu unterstellen und die Obergesellschaft gestützt auf Art. 55 OR haftungsmässig als Geschäftsherrin ihrer Tochtergesellschaft zu qualifizieren.⁵⁰ *Damit würde geradezu die heute anerkannte rechtliche Gestaltungsstruktur des Konzerns aufgehoben.*

Nur wenn das Schalten und Walten der Konzernleitung auf der Ebene der Untergesellschaft sehr weit geht, erscheint die Berufung der Obergesellschaft auf die Selbständigkeit der Untergesellschaft als rechtsmissbräuchlich, und die Gerichte können sich nach der geltenden Praxis *ausnahmsweise* über den sonst universell geltenden Grundsatz der rechtlichen Selbständigkeit der Gesellschaft hinwegsetzen. Mit dem sogenannten «Durchgriff» oder gestützt auf die Tatbestände der faktischen Organschaft, der Doppelorganschaft oder der Haftung aus Konzernvertrauen kann die Obergesellschaft als Haupt- oder Alleinaktionärin gegenüber den Gläubigern bzw. Minderheits-

aktionären der Untergesellschaft unter Umständen direkt haftbar gemacht werden.⁵¹

Umgekehrt gilt aber: Eine bestehende *Beherrschung allein* genügt nicht für die Begründung eines Durchgriffs. Auch wenn die Gesellschaft eine Allein- oder Mehrheitsaktionärin hat, wird die Gesellschaft weiterhin grundsätzlich durch ihren eigenen Verwaltungsrat verwaltet, und dieser bleibt für die Geschäftsführung verantwortlich. Ein genereller Durchgriff in Konzernlagen, wie ihn die Konzernverantwortungsinitiative einführen wollte, verbietet sich also bereits aufgrund der unterschiedlichen Ausgestaltung der Konzerne. So hat denn auch das Bundesgericht in einem *obiter dictum* aus dem Jahr 1992 festgehalten, dass die Zugehörigkeit zu einem Konzern für sich allein keine Anwendung der Geschäftsherrenhaftung begründen könne, weil eine solche Zugehörigkeit *kein Subordinationsverhältnis* impliziere.⁵²

2. Kein «Subordinationsverhältnis» im Sinne von Art. 55 OR zwischen Ober- und Untergesellschaft im Konzern

2.1 Eigenverantwortlichkeit der Leitungsorgane der Konzerngesellschaften

Eine Subsumtion des Mutter-Tochter-Verhältnisses unter den Tatbestand der Geschäftsherrenhaftung würde voraussetzen, dass Tochtergesellschaften «Hilfspersonen» im Sinne von Art. 55 OR sind. Dazu müsste zwischen Ober- und Untergesellschaft ein *Subordinationsverhältnis* vorliegen, gestützt auf welches die Untergesellschaft nach den Weisungen der Obergesellschaft als ihrer Geschäftsherrin handelt.

Ein Teil der Lehre ist der Auffassung, das erforderliche Unterordnungsverhältnis könne vorliegen, wenn und soweit unter den konkreten Umständen eine einheitliche Leitung durch die Obergesellschaft ausgeübt werde.⁵³ Das Subordinationsverhältnis könne sich aus der tatsächlichen Kontrolle eines Hauptaktionärs ergeben.⁵⁴

⁵¹ Bühler (Fn. 45), 993.

⁵² SJ 1992, 627; vgl. auch Stoffel/Sautier (Fn. 4), 516.

⁵³ Max Albers-Schönberg, Haftungsverhältnisse im Konzern, Zürich 1980, 177 ff.; von Büren (Fn. 44), 203; von der Crone (Fn. 8), § 29 N 2241; Hofstetter (Fn. 44), 241.

⁵⁴ Peter Forstmoser/Arthur Meier-Hayoz/Peter Nobel, Schweizerisches Aktienrecht, Bern 1996, § 60 N 43; Handschin (Fn. 44), 348 f.

⁵⁰ Hofstetter (Fn. 44), 277 spricht in diesem Zusammenhang von einer «konzernadäquaten Geschäftsherrenhaftung».

Diese Auffassung ist nach der hier vertretenen Auffassung jedoch nicht stichhaltig: Die Analyse der Geschäftsherrenhaftung nach Art. 55 OR hat ergeben, dass ein Unterordnungsverhältnis nicht mehr vorliegt, wenn die Hilfsperson über eine gewisse *rechtliche und faktische Selbständigkeit* verfügt und grundsätzlich «*auf eigene Rechnung und nach eigenem Urteil*» handelt.⁵⁵ Genau dies trifft in der Konzernkonstellation zu: Die Untergesellschaft ist nicht eine Marionette oder ein willenloses Werkzeug der Obergesellschaft, sondern handelt durch ihre Organe grundsätzlich eigenständig und *eigenverantwortlich*. Bei einer Untergesellschaft mit aussenstehenden Minderheitsaktionären ist das Aktionärsinteresse nicht unbedingt deckungsgleich mit dem Konzerninteresse. In dieser Situation findet keine Kompetenzattraktion der Obergesellschaft gegenüber den Oberleitungs- und Oberaufsichtsfunktionen des obersten Leitungsorgans der Untergesellschaft statt. Dieses hat vielmehr das Interesse aller Aktionäre, also auch dasjenige der Minderheitsaktionäre zu wahren und das Gleichbehandlungsgebot zu beachten. Art. 716a Abs. 1 OR, der dem Verwaltungsrat bestimmte unentziehbare Kernkompetenzen zuteilt, beansprucht in dieser Situation grundsätzlich volle Anwendung. Der Verwaltungsrat der Untergesellschaft darf nicht blindlings den Weisungen der Muttergesellschaft folgen, sondern muss sein Mandat so ausüben, dass er nicht nur das übergeordnete Konzerninteresse berücksichtigt, sondern jederzeit auch den aussenstehenden Aktionären darüber Rechenschaft ablegen kann, wie er die Interessen der Untergesellschaft als selbständig organisierte Geschäftseinheit wahrte. In dieser Situation muss das Handeln der Organe der Untergesellschaft einem Drittvergleich (sog. «*dealing at arm's length*») standhalten.⁵⁶

Aber auch im Falle einer 100%-igen Konzernierung der Tochtergesellschaft findet keine vollständige Usurpation der Kompetenzen des Verwaltungsrates der Tochtergesellschaft durch die einheitliche Konzernleitung statt. Auch dem Verwaltungsrat der konzernrechtlich eingeordneten Untergesellschaft verbleiben gewisse *unentziehbare residuelle Kompetenzen*. Er hat eigenverantwortlich sicherzustellen, dass die Tochtergesellschaft in die Lage versetzt bleibt, den Gläubigerschutz durch die Ausrichtung

auf Erhaltung der Solvabilität und einer minimalen Eigenkapitalrendite zu gewährleisten.⁵⁷ So sehr die Aufgaben – verglichen mit der viel weiter gehenden Gestaltungsverantwortung eines «eigenständigen» Verwaltungsrates – in dieser Konstellation als reduziert erscheinen, so bleibt doch ein nicht zu unterschätzender eigener Handlungsbereich.⁵⁸

2.2 Die Konzernweisung ist keine Anweisung im Sinne von Art. 55 OR

Sowohl in einem Konzernverhältnis mit ausstehenden Minderheitsaktionären als auch in einer vollständigen Einordnungssituation sind *Konzernweisungen* gegenüber den Gruppengesellschaften nicht als vertragsrechtlich abgestützte Anweisungen wie im Verhältnis des Auftraggebers zum Beauftragten oder des Arbeitgebers zum Arbeitnehmer oder gar als «Befehl» zu verstehen. Die Konzernweisung ist kein einzelvertraglich zu verstehender Willensakt, sondern es handelt sich vielmehr um eine *Aufforderung der Konzernleitung an die Leitungsorgane der Untergesellschaft zur eigenständigen und eigenverantwortlichen Umsetzung eines näher bestimmten Konzernziels in konkrete Geschäftsführungsmassnahmen auf Stufe Untergesellschaft*.⁵⁹ Folglich kann die Untergesellschaft im Konzernverhältnis allenfalls eine «*selbstständige Hilfsperson*» der Muttergesellschaft, in der Regel aber nicht eine solche im Sinne von Art. 55 OR sein.

Es wäre verfehlt, die Rechtsbeziehung zwischen Mutter- und Tochtergesellschaft mit den Begriffen des Vertragsrechts zu erfassen und gar ein Auftragsverhältnis konstruieren zu wollen – in dem Sinne, dass die Tochtergesellschaft als Hilfsperson der Muttergesellschaft am Wirtschaftsverkehr im Auftrag der Konzernspitze teilnehmen würde. Solche Gedanken

⁵⁵ Vgl. oben bei Fn. 34.

⁵⁶ Böckli (Fn. 9), 226.

⁵⁷ Vgl. BGE 140 III 533 E. 4.1 und 4.2 i.S. *Swisscargo*. Am Grundsatz, dass die einzelgesellschaftliche Betrachtung insbesondere in Bezug auf die Kapitalschutzvorschriften massgeblich ist, hat das höchste Gericht letztlich auch in seinem jüngsten Urteil BGE 4A_268/2018 vom 18. November 2019 E. 6.5.4.4 i.S. *Swissair* festgehalten, indem es bestätigt hat, dass vom Grundsatz der Marktkonformität von Konzerndarlehen nur ausnahmsweise aufgrund besonderer Umstände abgewichen werden kann, wenn dies letztlich auch durch das mittelbare Interesse der das Darlehen gewährenden Konzerngesellschaft am Fortbestand des Konzerns gerechtfertigt wird.

⁵⁸ ZK-Bühler (Fn. 4), Art. 716a N 155; Böckli (Fn. 44), § 11 N 326 f.

⁵⁹ Böckli (Fn. 44), § 11 N 264 ff.

werden zwar immer wieder geäussert; sie treffen jedoch auf das Konzept einer Konzernierung nicht zu.

Was es aber natürlich auch in einer Konzernkonstellation geben kann, ist eine *vertragliche Vereinbarung zwischen Mutter- und Tochtergesellschaft* ausserhalb der eigentlichen Konzernweisung. In diesem Sinne dürften denn auch die Erwägungen des Bundesgerichts im vorerwähnten Entscheid aus dem Jahr 1992 zu verstehen sein, wonach das Abhängigkeitsverhältnis zwischen zwei Gesellschaften für sich allein nicht ausreicht, um eine Unterordnung im Sinne von Art. 55 OR zu begründen. Die Bestimmung könne indessen anwendbar sein, wenn eine Gesellschaft *vertraglich* gehalten sei, bestimmte Anordnungen der anderen zu befolgen. Selbst wenn die Tochtergesellschaft Teil eines Konzerns sei, werde eine selbstständige Gesellschaft nach wie vor durch den eigenen Verwaltungsrat geführt.⁶⁰

3. Eigenständigkeit und -verantwortlichkeit der Zulieferunternehmen

3.1 Zulieferer sind keine Hilfspersonen im Sinne von Art. 55 OR

Nach der Rechtsprechung des Bundesgerichts ist der Unterakkordant eines Generalunternehmers keine Hilfsperson des letzteren.⁶¹ Ausserdem sind «selbstständige Hilfspersonen, welche »wohl für die Zwecke eines Auftraggebers tätig werden, aber auf eigene Rechnung und namentlich nach eigenem Urteil« handeln, vom Anwendungsbereich des Art. 55 OR nicht erfasst.⁶² Entsprechend lässt sich mangels Weisungsunterworfenheit des Zulieferers auch eine Geschäftsherrenhaftung des Auftraggebers in der Lieferkette grundsätzlich nicht begründen.⁶³ Selbstständige Unternehmer fallen prinzipiell nicht unter den Begriff der «Hilfspersonen» im Sinne der Haftungsvoraussetzung des Art. 55 OR. Diese mögen zwar in eine mehr oder weniger straffe Wertschöpfungskette des Konzerns eingebunden sein und der in

der Schweiz ansässige Konzern vermag – nach der einschlägigen Begriffsdefinition der Initiative – vielleicht auch «faktisch» oder «wirtschaftlich» eine gewisse «Macht» auszuüben, doch fehlt ihnen in aller Regel die notwendige Eingliederung in den Herrschafts- und Organisationsbereich des Auftraggebers. Sowohl in- als auch ausländische Zulieferer sind grundsätzlich «Dritte», unabhängige Marktteilnehmer,⁶⁴ die eigenverantwortlich handeln. Deren Verhalten kann somit richtigerweise auch nicht der Schweizer Konzerngesellschaft zugerechnet werden, und deren Risiken sind daher auch nicht mehr im Sinne einer verschuldensunabhängigen Deliktshaftung des Geschäftsherrn direkt von dieser zu tragen. Es gilt der haftpflichtrechtliche Grundsatz, dass jede Person nur für ihr eigenes Verhalten und ihre eigene Sphäre verantwortlich ist, nicht aber für das Verhalten und die Sphäre Dritter.⁶⁵

3.2 Entlastungsbeweis in Bezug auf Zulieferer kaum möglich

Der beklagten Schweizer Konzerngesellschaft wäre zudem eine Entlastung, wie sie sowohl nach Art. 55 OR als auch nach der Initiative vorgesehen war, stark erschwert oder faktisch unmöglich, weil ihr der Entlastungsbeweis, dass auch weit entfernte Zulieferer ihrer Untergesellschaften alle relevanten Standards eingehalten haben, kaum gelingen würde. Es fehlt mangels Weisungsbefugnis und Konzernierung schlicht an den Möglichkeiten, bei Drittvertragsparteien an die nötigen Informationen zu gelangen. Der Entlastungsbeweis müsste in der Praxis regelmässig scheitern, und die Konzerngesellschaft würde – unabhängig davon, ob ihre Organe die Sorgfaltspflichten gewahrt haben oder nicht, – grundsätzlich für Drittfehler in die Haftung genommen.⁶⁶

Auch die zweite Entlastungsmöglichkeit, welche die Initiative vorsah – der Beweis nämlich, dass der Schaden auch bei Anwendung der gebotenen Sorgfalt eingetreten wäre – wäre kaum zu erbringen gewesen. Es geht hier um den *mangelnden Kausalzusammenhang* im Bereich der vorgeworfenen Unterlassungen, den im ausservertraglichen Haftpflichtrecht anerkannten Einwand des rechtmässigen Alternativverhaltens. An den Einwand der mangelnden Kausa-

⁶⁰ SJ 1992, 627. In diesem Sinne auch *Fleischer* (Fn. 16), 150; *Silvio Caflisch*, Die Bedeutung und Grenzen der rechtlichen Selbständigkeit der abhängigen Gesellschaft im Recht der Aktiengesellschaft, Zürich 1961, 263; *Markus Kaufmann*, Personengesellschaft als Konzernspitze, Bern 1988, 84; *Böckli* (Fn. 44), § 11 N 472.

⁶¹ BGE 33 II 150, 157 ff.

⁶² *Oftinger/Stark* (Fn. 22), § 20 N 67; *Petrin* (Fn. 20), 69.

⁶³ So auch *Fleischer* (Fn. 16), 151.

⁶⁴ *Fleischer* (Fn. 16), 156.

⁶⁵ *Fleischer* (Fn. 16), 165 m.w.N.

⁶⁶ *Bohrer* (Fn. 4), 329; *Böckli/Bühler* (Fn. 4), 58.

lität werden praxisgemäss sehr hohe Beweisanforderungen gestellt; es gilt das Beweismass der überwiegenden Wahrscheinlichkeit. Das blosses Vorbringen, dass der Schaden bei pflichtgemässigem Verhalten ebenfalls hätte eintreten *können*, vermag den Schädiger dabei nicht zu entlasten. Die rechtliche Kraft der zweiten Entlastungsmöglichkeit – der von der Schweizer Gesellschaft zu erbringende Beweis, der Schaden im Ausland wäre auch bei Anwendung der gebotenen Sorgfalt eingetreten, – ist daher in der Praxis als sehr gering einzuschätzen.⁶⁷

V. Schlussfolgerungen

Die durch die Konzernverantwortungsinitiative vorgeschlagene Regelung einer «*Haftung für fehlende Sorgfalt im Kontrollverhältnis*» lehnte sich an die Geschäftsherrenhaftung gemäss Art. 55 OR an. Das Institut der Geschäftsherrenhaftung lässt sich jedoch nicht – oder zumindest nicht generell – auf Konzernverhältnisse übertragen. Das widerspräche dem kon-

zernrechtlichen Trennungsprinzip und würde geradezu einer *Aufhebung der heute anerkannten rechtlichen Gestaltungsstruktur des Konzerns* gleichkommen. Ausserdem fehlt dem Ansatz die erforderliche Differenzierung nach den *unterschiedlichen Ausprägungen von Konzernkonstellationen*, die in der Praxis vorkommen, mit einer mehr oder weniger starken Kompetenzattraktion durch die Konzernobergesellschaft.

Ein Konzernhaftungstatbestand, der mit der Anlehnung an die Geschäftsherrenhaftung an sich eine Weisungsgebundenheit einer Hilfsperson gegenüber dem Geschäftsherrn voraussetzen würde, passt schliesslich auch nicht in das etablierte *Konzept der Governance eines Konzerns*. Denn dieses basiert auf der *Eigenverantwortung* der Oberleitungs- und Oberaufsichtsorgane der Gruppengesellschaften und belässt ihnen – auch wenn sie in einen grösseren Verbund eingeordnet und einer einheitlichen Konzernleitung unterstellt sind – immer bestimmte *unentziehbare residuelle Kernkompetenzen*.

⁶⁷ Böckli/Bühler (Fn. 4), 57 ff.