

Die ‚Politik des Gesetzes‘ im Recht der Konzernhaftung

Plädoyer für einen sektoralen Konzerndurchgriff

GUNTHER TEUBNER

I.

In der postautokratischen Phase des Konzernrechts scheint sich ein neuer Stil durchzusetzen: Durchgriff ist „out“, gruppenspezifische Haftung ist „in“¹. Konnte man vorher noch von einer gewissen Gleichwertigkeit von konzernspezifischer Haftung einerseits und Durchgriffshaftung andererseits ausgehen², so hat sich die Lage inzwischen deutlich zuungunsten des Durchgriffs verschoben. Gesetzesnähe, tatbestandliche Präzisierung, konzerntypische Wertungen machen die konzernspezifische Haftung, die sich aus der gesetzlichen Regelung des Aktiengesetzes und dem richterrechtlichen Konzernrecht der GmbH und der Personengesellschaften unmittelbar herausentwickelt, der Diffusität, der general-klauselartigen Weite und der Ad hoc-Orientierung der Durchgriffshaftung offensichtlich so deutlich überlegen, daß die konzernspezifische Umorientierung der gesamten Haftung in diesem Bereich durchaus als realistische Alternative erscheint. In der Literatur werden diese Tendenzen ausdrücklich als Fortschritt verbucht: „Die Fortentwicklung des konzernrechtlichen Haftungssystems verdient den Vorzug vor einem Rückgriff auf die Durchgriffslehre, weil im kodifizierten oder judiziell entwickelten Bestand des Konzernrechts Wertungsgesichtspunkte spezifiziert sind, die der Rechtsfortbildung feste – oder doch festere Halterungen – geben“³.

¹ So in der Tendenz BGHZ 95, 330, 332 ff.; *Rehbinder*, Minderheiten- und Gläubigerschutz im faktischen GmbH-Konzern, AG 31 (1986), 85–99, 97; *Assmann*, Gläubigerschutz im faktischen GmbH-Konzern durch richterliche Rechtsfortbildung, JZ 19 (1986), 881–887, 928–938, 882 f.; *Stimpel*, Durchgriffshaftung bei der GmbH: Tatbestände, Verlustausgleich, Ausfallhaftung, in: Festschrift für Reinhard Goerdeler, 1987, 601–621, 613; *Konzen*, Arbeitsverhältnisse im Konzern, ZHR 151 (1987), 566–607, 570 spricht von einer „Wertentscheidung gegen die Durchgriffshaftung“.

² Vgl. die Systematik der Konzernhaftung bei *Lutter*, Die zivilrechtliche Haftung in der Unternehmensgruppe, ZGR 11 (1982), 245–275, 248 ff.

³ *Rehbinder*, (Fn. 1) 97; ähnlich *K. Schmidt*, Gesellschaftsrecht, 1986, § 91 V 3 b.

Wegen ihrer allgemein angenommenen Subsidiarität wird die Durchgriffshaftung mehr und mehr ins Hintertreffen geraten, je dichter die konzernspezifische Haftung ausgebaut wird⁴. Das Autokran-Urteil selbst äußert sich recht skeptisch gegenüber allgemeinen Durchgriffserwägungen, lehnt sie im Falle rücksichtsloser Mißachtung der Gläubigerinteressen ab und scheint sie auf Fälle der Vermögensvermischung beschränken zu wollen⁵. Und aus berufenem Munde kam auch schon der Vorschlag, die Durchgriffshaftung noch drastischer einzuschränken und sie nur noch dann anzuerkennen, wenn ein Vorstoß gegen die Vorschriften der Kapitalsicherung vorliegt⁶.

Können diese Tendenzen jedoch vor der „Politik des Gesetzes“ Bestand haben?? Gehen sie nicht implizit von einem Vorrang konzernrechtlicher Wertungen vor den spezifischen Wertungen der einschlägigen Haftungsnormen aus, ja blenden sie diese nicht sogar aus? Erlaubt die konzernspezifische Haftung ausreichende Differenzierungen nach Gläubigergruppen, Risikotypen und systematischen Wertungszusammenhängen der jeweiligen Norm? Ist nicht im Gegenteil die Konzernspezifität ein gravierender Nachteil, den man vermeiden muß, wenn es darum geht, die Konzerndimensionalität von Zurechnungs- und Haftungstatbeständen adäquat zu dem jeweiligen Wertungs- und Systemkontext der Haftungsnorm und das hieße eben, kontextrelativ und teilbereichsspezifisch, auszugestalten?

Steindorff hatte, als er erstmals 1973 die „Politik des Gesetzes“ gegenüber der traditionellen teleologischen Auslegung profilierte⁷, eine

⁴ Zur Konkurrenz der Ansprüche aus Konzernhaftung und Durchgriffshaftung vgl. *Rehbinder*, Konzernaußenrecht und allgemeines Privatrecht, 1969, 121 f., 197 ff.; *ders.*, Zehn Jahre Rechtsprechung zum Durchgriff im Gesellschaftsrecht, in: Festschrift für Robert Fischer, 1979, 581 ff.; *ders.*, (Fn. 1) 97; *K. Müller*, Die Haftung der Muttergesellschaft für die Verbindlichkeiten der Tochtergesellschaft im Aktienrecht, ZGR 6 (1977), 2–34, 26 ff.; *Lutter*, (Fn. 2) 271 f.; *ders.*, Die Haftung des herrschenden Unternehmens im GmbH-Konzern, ZIP 13 (1985), 1425–1435, 1426, 1432; *Kubler*, Gesellschaftsrecht, 2. Aufl. 1985, 316 f.; *K. Schmidt*, Zum Haftungsdurchgriff wegen Sphärenvermischung und zur Haftungsverlassung im GmbH-Konzern, BB 1985, 2074–2079, 2075 f.; *ders.*, (Fn. 3) § 91V 3 b; *Lehmann*, Das Privileg der beschränkten Haftung und der Durchgriff im Gesellschafts- und Konzernrecht, ZGR 15 (1986), 345–370, 364; *KK-Koppensteiner*, § 317 AktG, 43 ff.

⁵ BGHZ 95, 330, 333 f. – Autokran. Im Tiefbauurteil – BGH ZIP 1989, 440 – ist die Durchgriffsproblematik nicht angesprochen.

⁶ *Stimpel*, (Fn. 1) 613 ff.; kritisch dagegen *Wiedemann*, Die Unternehmensgruppe im Privatrecht 1988, 36 f.

⁷ *Steindorff*, Politik des Gesetzes als Auslegungsmaßstab im Wirtschaftsrecht, in: 1. Festschrift für Karl Larenz, 1973, 217–244.

⁸ *Steindorff*, (Fn. 7) 217–244; *ders.*, Wirtschaftsordnung und -steuerung durch Privatrecht, in: Festschrift für Ludwig Raiser, 1974, 622–643; *ders.*, Legal Consequences of State Regulation, 17 International Encyclopedia of Comparative Law, 1979, Ch. 11.

durchaus vergleichbare Problemkonstellation vor Augen. Im Teerfarbenfall⁹ kollidierten nach seiner Interpretation privatrechtliche „Sinn- oder Strukturbegriffe“ (konkret: der klassische Vertragsbegriff) mit der „qualitativen Besonderheit wirtschaftsrechtlicher Normen“ (konkret: § 1 GWB). *Steindorff* sprach sich in solchen Konstellationen klar für einen Vorrang der „Politik des Gesetzes“ aus: „Rechtliche Konstruktionen und ausgeformte Tatbestände treten in ihrer Bedeutung gegenüber der Politik eines Gesetzes zurück“¹⁰. Am Beispiel des Vertragsbegriffes in § 1 GWB, dessen Interpretation nicht „auf ausgefeilte oder auszufehlende, auf Erfahrungen aus der Vergangenheit beruhende Tatbestände, sondern auf das Ziel der Gesetzgebung“ auszurichten sei, plädiert *Steindorff* für eine teilbereichsspezifische Relativität der Rechtsbegriffe, nämlich dafür, „gesetzliche Tatbestände unabhängig von dem Verständnis zu interpretieren, das sie in anderem Zusammenhang erfahren, und ... solche Interpretation entsprechend dem Wandel der Sachverhalte zu ändern. Maßgeblich hierfür ist die Politik des Gesetzes“¹¹.

Mit der „Politik des Gesetzes“ zielte *Steindorff* auf eine neue Methode der Rechtsanwendung, die auf einen säkularen Wandel der Rechtsfunktion reagiert: auf die Umstellung des Rechts von Erwartungssicherung auf Verhaltenssteuerung¹². Genau auf diese Umstellung bezieht sich die Unterscheidung der „Politik des Gesetzes“ von der teleologischen Interpretation¹³. Es geht nicht mehr nur darum, sich über Zweckerwägungen des Sinns einer Norm zu vergewissern, sondern darum, eine „strukturelle Kopplung“ des Rechts mit der regulatorischen Politik einerseits, mit den Besonderheiten des Regulierungsfeldes andererseits rechtsintern anzustreben¹⁴. Gegenüber einer solchen Deutung von *Steindorffs*

⁹ BGHSt 24, 45.

¹⁰ *Steindorff*, (Fn. 7) 223, 230, 232.

¹¹ *Steindorff*, (Fn. 7) 230 f.; vgl. auch *Mertens/Kirchner/Schanze*, Wirtschaftsrecht, 2. Aufl. 1982, 169 ff.; *Rehbinder*, (Fn. 4) 1979, 581; *Kübler*, (Fn. 4).

¹² *Steindorff*, (Fn. 8) 1974: 624: „Streitschlichtungsfunktion“ versus „Steuerungsfunktion“. Zur Diskussion dieser Umstellung und ihrer Folgen für das moderne Recht vgl. *Luhmann*, Die Funktion des Rechts, in: *ders.*, Ausdifferenzierung des Rechts, 1981, 35–52, 73 ff.; *Willke*, Entzauberung des Staates, 1983; die Beiträge in *Teubner*, Dilemmas of Law in the Welfare State, 1985; *ders.*, Juridification of Social Spheres, 1987; *Voigt*, Recht als Instrument der Politik, 1986; *Grimm/Maihofer* (eds.), Gesetzgebungstheorie und Rechtspolitik, 1988.

¹³ Was in der anschließenden Diskussion oft nicht ausreichend verstanden wurde, z. B. *Futter*, Auf der Suche nach der Politik des Gesetzes, in: Festschrift für Josef Esser, 1975, 37–54.

¹⁴ Dazu eingehend *Teubner*, Verrechtlichung – Begriffe, Merkmale, Grenzen, Auswege, in: *F. Kübler* (ed.), Verrechtlichung, 1984, 308 ff., 317 ff.; *ders.* Recht als autopoietisches System, 1989, 96 ff.; *Willke*, (Fn. 12) 1983; in Richtung auf eine Konkretisierung besonders hilfreich *Kaufmann*, Steuerung wohlfahrtsstaatlicher Abläufe durch Recht, in: *Grimm/Maihofer* (eds.), (Fn. 12) 71 ff.

ursprünglicher Intention haben die achtziger Jahre mit ihren Schüben an „Verrechtlichung“, „Deregulierung“ und „Reregulierung“ nur Nuancierungen und Verfeinerungen, nicht aber fundamentale Neuorientierungen gebracht. Gewiß wird man heute gegenüber dem bei *Steindorff* spürbaren Steuerungsoptimismus auf die Grenzen der Steuerung durch Recht verweisen, gegenüber der politischen Instrumentalisierung des Rechts auf die relative Autonomie von Recht, Politik und Regulierungsfeld, gegenüber unmittelbarer Zielorientierung und Folgenberücksichtigung auf eher indirekte, kontextuelle, reflexive Steuerungsformen des Rechts. Aber die Aufgabe bleibt gestellt, Rechtsentscheidungen mit der „Politik des Gesetzes“ abzustimmen – in heutiger Formulierung: über politische und rechtliche Selbststeuerungsprogramme Bedingungen zu schaffen, die in die Selbststeuerung der Wirtschaft so eingreifen, daß sie die Richtungen und die Bedingungen der wirtschaftlichen Selbststeuerungsprogramme „treffen“ können¹⁵.

Die Konfliktlage im Konzernhaftungsrecht ist durchaus mit der kartellrechtlichen Konfliktlage, an der sich *Steindorff* orientierte, zu vergleichen. War es dort der klassische Begriff des Vertrages, der mit der Politik des Wettbewerbsgesetzes kollidierte, so treffen hier die gesellschaftsrechtlichen Begriffsbildungen auf diverse rechtspolitische Zwecke des Haftungsrechts. Also auch hier der heute geläufige Konflikt eines formalen Vertrags- und Organisationsrechts mit materialen Gehalten politischer Rechtssetzung¹⁶? – Nicht ganz. Denn so formal ist das Konzernorganisationsrecht wiederum nicht. In einem doppelten Sinne ist Konzernorganisationsrecht selbst politisches Steuerungsrecht. Indem es die Wahl von Verflechtungsformen an rechtliche Bedingungen knüpft, wirkt es auf die Kosten-Nutzen-Kalküle der wirtschaftlichen Akteure ein, steuert es selbst indirekt die Konzernstrategien, die über Rechtsform, Organisation und Zentralisierungsgrad entscheiden. Zugleich definiert das Konzernrecht die Grenzen von Markt und Organisation und (ko-)produziert damit neue Steuerungsobjekte, an die externe Regulierungen überhaupt erst anknüpfen können.

Dies nötigt dazu, unsere Fragestellung in einen Policy-Konflikt umzuformulieren: Nicht mehr formales Organisationsrecht versus politisches Interventionsrecht, sondern Konzernrechtspolitik versus Haftungsrechtspolitik. Im folgenden sollen hierzu zwei Thesen entwickelt werden: (1) Die Regeln der konzernspezifischen Haftung sind der „Konzernrechtspolitik“ derart verpflichtet, daß sie den unterschiedlichen Regulierungspolitiken von Haftungsnormen nicht ausreichend ge-

¹⁵ *Luhmann*, Grenzen der Steuerung, in: *ders.*, Die Wirtschaft der Gesellschaft, 1988, 324–349, 345 ff.; *Kaufmann*, (Fn. 14) 85 ff.; *Teubner*, (Fn. 14) 1989, 81 ff.

¹⁶ Pointiert bei *Kübler*, (Fn. 4) 17 ff., 315 ff.; *Steindorff*, (Fn. 7) 229 ff.; *ders.*, (Fn. 8) 1974, 642.

recht werden können. (2) Die traditionelle Durchgriffshaftung, die dieses Defizit korrigieren könnte, wiederum leidet – auch in ihrer Fassung gemäß der Normzwecklehre – an ihrer konzernspezifischen Ausgestaltung, so daß nur eine ausgearbeitete Dogmatik des „Durchgriffs auf den Konzernverbund“ der Politik des Gesetzes zum Durchbruch verhelfen kann.

II.

Die wohl gravierendste Diskrepanz von „Konzernrechtspolitik“ und „Haftungsrechtspolitik“ dürfte darin bestehen, daß beide die konzernspezifischen Gefahren, denen man mit Mitteln des Rechts gegensteuern will, völlig unterschiedlich wahrnehmen. Beide erfahren zwar gemeinsam die durch die Konzernierung veranlaßte Grenzverwischung zwischen Organisation und Markt, aber sie nehmen daran gänzlich unterschiedliche Probleme wahr, entsprechend verschieden definieren sie das Konzernphänomen und wählen konsequenterweise auch verschiedene dogmatische Konstruktionen.

Ob es sich um Haftungsnormen des Deliktrechts oder um Umweltrecht, Qualitätsrecht, Sicherheitsrecht handelt, stets geht es im Haftungsrecht um mehr als bloßen Schadensausgleich¹⁷. „Das Haftungsrecht hat eine über den Einzelfall hinausweisende Steuerungsfunktion“¹⁸. Regelmäßig ist das Ziel eine indirekte Verhaltenssteuerung durch Beeinflussung des Kosten-Nutzen-Kalküls der Unternehmungen. Haftungsrecht sucht auf indirekte Weise bestimmte gesellschaftliche Wirkungen zu erreichen (etwa: geringere Umweltbelastung, höhere Produktsicherheit), indem es auf die Kostenkalkulation der Unternehmen durch Erhöhung der Kosten bestimmter Verhaltensweisen (etwa: Emissionen, Organisation des Produktionsablaufes) einwirkt¹⁹. Dazu muß es in der Lage sein, das wirtschaftliche Selbststeuerungszentrum und sein Steuerungsprogramm „treffen“ zu können, dessen Kosten-Nutzen-Erwägungen sich auf die fragliche Verhaltensweise und den gewünschten Erfolg auswirken²⁰.

¹⁷ MK-Mertens, vor § 823, 41 ff.; Soergel/Mertens, vor § 249, 26 ff., so auch, wenn gleich in gezielter Zurückhaltung und unter Bevorzugung des Ausgleichsgedankens Larenz, Schuldrecht I, 14. Aufl. 1987, 421 ff., 423; Esser/Weyers, Schuldrecht II, 6. Aufl. 1984, § 53, 4.

¹⁸ MK-Mertens, vor § 823, 46; vgl. auch Steindorff, Repräsentanten- und Gehilfenver-sagen und Qualitätsregelungen in der Industrie, AcP 170 (1970), 93–132, 109 ff.

¹⁹ Adams, Ökonomische Analyse der Gefährdungs- und Verschuldenshaftung, 1985, 88 ff.; Brüggemeier, Deliktsrecht, 1986, 47 ff.; ders., Produkthaftung und Produktsicherheit, ZHR 152 (1988), 511–536, 512 ff.; Schäfer/Ott, Lehrbuch der ökonomischen Analyse des Zivilrechts, 1986, 85 ff.; Behrens, Die ökonomischen Grundlagen des Rechts, 1986, 174 ff.

²⁰ Luhmann, (Fn. 15) 346 ff. Zum Zusammenhang von Konzernrecht und Ressourcenallokation vgl. Kirchner, Ansätze zu einer ökonomischen Analyse des Konzernrechts, JhrbNPÖ 3 (1984) 228, 231.

Haftungsrechtlich besteht nun das Steuerungsproblem der Konzerne darin, daß gerade durch die Unternehmensverbindungen diese Kombination von wirtschaftlichen und politisch-rechtlichen Steuerungsmechanismen teilweise außer Kraft gesetzt wird. Politisch-rechtliches Steuerungsobjekt und wirtschaftliches Selbststeuerungszentrum driften auseinander, da nun die Konzernspitze oder der arbeitsteilige Verbund die wirtschaftliche Steuerung übernimmt²¹. Wegen der durch die Konzernierung geschaffenen „Risikointerdependenzen“, wie es Ökonomen ausdrücken, „büßen die Einzelerfolge verbundener Unternehmen ihre Eignung als marktwirtschaftliche Steuerungsgrößen zum Teil ein“²². Durch die Konzernierung verliert die Einzelunternehmung ihren Charakter als Zurechnungszentrum für Kosten-Nutzen-Kalküle, Profitsteuerung und Transaktionskostenüberlegungen. Dennoch bleibt sie das Zurechnungszentrum für rechtliche Verhaltenspflichten wie für rechtliche Haftung. Weder ökonomische Anreize noch politisch-rechtliche Regulierungen können mehr klare Grenzen zwischen Markt und Organisation voraussetzen, in denen rechtsförmig verfaßte und personifizierte Organisationen als sozusagen vorgefertigte Empfänger für Steuerungssignale dienen. Stattdessen treffen die Steuerungssignale auf „Vernetzungen“, auf eine diffuse, situativ wechselnde Empfangslage, die eine eindeutige Identifizierung des Steuerungsobjektes nicht mehr erlaubt, sondern Konzerngliedunternehmen, Konzernspitze, den Gesamtkonzern oder einen funktionalen Teilbereich zur Auswahl stellt. Entsprechend besteht das Problem für eine haftungsrechtliche Regulierung darin, in Situationen der Unternehmensverflechtung das „strategische Zentrum“ überhaupt ausfindig zu machen oder es gar erst zu konstituieren²³.

Die Schwierigkeiten sind also nicht so sehr dadurch bestimmt, daß das einzelne Konzerngliedunternehmen durch die Konzernierung „fremd-

²¹ Vgl. die historischen Untersuchungen zur Entwicklung der Konzerne und ihrer Beziehung zur Politik von *Sapelli*, *Towards a Historical Typology of Group Enterprises*, in: D. Sugarman/G. Teubner (eds.), *Regulating Corporate Groups in Europe* (im Erscheinen).

²² *Ordelheide*, *Konzern und Konzern Erfolg*, 15 *Wirtschaftswissenschaftliches Studium* 1986, 495. Über Erfahrungen bei Unternehmenszusammenbrüchen schreibt Ordelheide, 496: „In vielen Fällen, z. B. beim *Wienerwaldkonzern*, bei *Esch-SMH* oder jüngst bei *DAL* und *Neue Heimat*, wird berichtet, daß durch Ausnützen von Unternehmensverbindungen marktwirtschaftliche Steuerungsmechanismen außer Kraft gesetzt wurden, wobei das Ausmaß der wirtschaftlichen Schäden noch dadurch erhöht wurde, daß die tatsächliche wirtschaftliche Situation von außen, ja selbst von den betroffenen Unternehmensleitungen aufgrund unzureichender Information nicht frühzeitig genug erkannt wurde.“

²³ Vgl. genauer *Teubner*, *Unitas Multiplex: Konzernverfassung als Beispiel*, in: *ders.*, (Fn. 14) 1989, 149 ff., mit Nachweisen aus ökonomischer und soziologischer Literatur.

bestimmt“ ist und dadurch vorausgesetzte Steuerungsmotive verzerrt werden bzw. die Steuerungsimpulse ins Leere gehen. Die gravierende Problematik besteht darin, daß Steuerung jetzt mit arbeitsteiligen Verbänden und lose geknüpften Netzen anstelle klar profilierter korporativer Akteure rechnen muß. Die Besonderheit dieser Verbände besteht zudem darin, daß sie meist nicht kompakt, sondern funktional spezifisch, daß sie oft nicht permanent, sondern nur ad hoc und von kurzer Dauer aufgebaut werden²⁴. Entsprechend dringend braucht das traditionelle Unternehmenshaftungsrecht, wenn es seiner Steuerungsaufgabe in Bezug auf diese neuartigen Verbände und transitorischen Netzwerke gerecht werden soll, ein ausreichend raffiniertes begriffliches Instrumentarium. Die traditionelle Durchgriffslehre mit ihren konspirativen Vorstellungen vom „Hintermann“ kann dies sicher nicht liefern. Es liegt daher nahe, im Dienste des Unternehmenshaftungsrecht auf die ausgefeilte Dogmatik des eigentlichen Konzernrechts zurückzugreifen.

Doch die Enttäuschung ist herb. Denn die in der Tat besonders in Deutschland hochentwickelte Konzernrechtsdogmatik hat ihr begriffliches Raffinement in eine ganz andere Richtung getrieben. Sie nimmt konzernspezifische Gefahren gerade dort wahr, wo sie für die haftungsrechtliche Steuerung am wenigsten wichtig sind: in der Gefährdung der Selbständigkeit der „abhängigen“ Gesellschaft durch die Konzernspitze²⁵. Vornehmlich auf diese Gefährdungslage sind die Instrumente des Konzernrechts ausgerichtet – und dies gilt auch für die interne Haftungsverfassung des Konzerns und damit zwangsläufig auch für den nur als deren Reflex konzipierten konzernrechtsspezifischen Gläubigerschutz²⁶. Wenn die „Konzernrechtspolitik“ aber nur darin besteht, der abhängigen Gesellschaft im Interesse außenstehender Gesellschafter und der Gläubiger ein Minimum an Autonomie zu garantieren oder im Falle der Beeinträchtigung für finanziellen Ausgleich zu sorgen, dann ist damit der „Haftungsrechtspolitik“ wenig gedient. Denn deren Ziel ist es, das organisatorische Zentrum ökonomischer Selbststeuerung zu identifizieren, das mit politisch-rechtlichen Steuerungsimpulsen beeinflußt werden soll.

Wäre die ursprüngliche vergleichsweise radikale Konzernrechtspolitik von 1965 erfolgreich gewesen, dann hätte man von einer gewissen

²⁴ Dazu *Teubner*, (Fn. 9) 1989, 168 ff.

²⁵ Dazu etwa *Hommelhoff*, Die Konzernleitungspflicht, 1982, 33 ff.; *Rehbinder*, (Fn. 1) 87; *KK-Koppensteiner*, vor § 291 AktG, 5 ff.

²⁶ *Ulmer*, Der Gläubigerschutz im faktischen GmbH-Konzern bei Fehlen von Minderheitsgesellschaftern, ZHR 148 (1984), 391–427. Das Fehlen von Minderheitsgesellschaftern, auf deren Existenz der Reflex des Gläubigerschutzes angewiesen zu sein scheint, ist nur eines der sich daraus ergebenden Probleme, das sich aber inzwischen durch Autokran „erledigt“ hat. Vgl. auch *ders.*, Der Gläubigerschutz im GmbH-Konzern, WPg 39 (1986), 690; *Staub/Ulmer*, Anh. § 105, 79; *Assmann*, (Fn. 1) 882, 929; *Rehbinder* (Fn. 1).

Koinzidenz von Konzernorganisation und Haftung durchaus sprechen können²⁷. Mit einem sanktionsbewehrten Verbot der hybriden Form des faktischen Konzerns hatte man die Unternehmen zur klaren Trennung von Markt und Organisation zwingen wollen: entweder reale Marktautonomie der abhängigen Unternehmen oder deren Aufgehen in der Organisationseinheit des Vertrags- bzw. Eingliederungskonzerns. In beiden Fällen wäre ein einheitlicher korporativer Akteur als Steuerungsobjekt vorhanden gewesen, die Einzelunternehmung oder der Konzern. Aber schon der Gesetzgebungskompromiß verwässerte diese klare, wenn auch in ihren ökonomischen Durchsetzungschancen – siehe nicht-rechtsfähiger Verein! – wenig aussichtsreiche politische Konzeption. Und selbst die abgeschwächte Form des Nachteilsausgleichs nach §§ 311 ff. AktG stieß in der Anwendungspraxis auf solche Schwierigkeiten, daß sie heute allgemein als Mißgriff gilt²⁸. Heute ist die konzernpolitische Front deutlich zurückgenommen. Die juristische Abwehrschlacht wird nicht mehr gegen den faktischen Konzern geschlagen, sei es über dessen Illegalisierung, sei es über seine haftungsrechtlich motivierte Abdrängung in den Vertragskonzern. Vielmehr hat sich faktisch der faktische Konzern gegenüber dem Vertragskonzern auf ganzer Linie durchgesetzt²⁹. Heute ist nur noch der qualifizierte Konzern, also ein extrem zentralisierter faktischer Konzern, im Visier.

Für den Fall des qualifizierten Konzerns – und natürlich für den Vertrags- und Eingliederungskonzern – kann man entsprechend auch heute von einer gewissen Übereinstimmung konzernrechtlicher und haftungsrechtlicher policies ausgehen. Konzernorganisatorisch steht das herrschende Unternehmen vor der Wahl, entweder auf die qualifizierte „Konzernherrschaft zu verzichten oder die Verlustrisiken der Tochter bis zur Beendigung der qualifizierten Konzernherrschaft zu tragen oder die Tochter zu liquidieren“³⁰. In der Realität wird dies einen gewissen Steuerungsdruck in Richtung dezentralisierter Konzerne bewirken³¹, ein Ergebnis, das von Ökonomen und Wirtschaftshistorikern wegen der beobachteten Effizienzgewinne dezentralisierter Unternehmensgruppen

²⁷ Dazu *Bälz*, Einheit und Vielheit im Konzern, in: Festschrift für Ludwig Raiser, 1974, 287–338, 301 ff.

²⁸ Vgl. *Kropff*, in: Geßler/Hefermehl, AktG, vor §§ 311, 11, 13 ff.; *KK-Koppensteiner*, vor § 291 AktG, 57 ff.; *Sura*, Fremdeinfluß und Abhängigkeit im Aktienrecht, 1980, 58 ff.; *Wiedemann*, (Fn. 6) 22, 36 f.; *Ulmer*, (Fn. 26) 392; *Assmann*, (Fn. 1), 882. Etwas aufgeschlossener, speziell in Bezug auf § 312 AktG *Lutter*, in: Druey (ed.), Das St. Gallerer Konzernrechtsgespräch, 1988, 139; *Hommelhoff*, Zum revidierten Vorschlag für eine EG-Konzernrichtlinie, ZGR 1988, 125–150, 135.

²⁹ Vgl. nur *Wiedemann*, (Fn. 6) 28 ff.; *KK-Koppensteiner*, vor § 291 AktG, 13.

³⁰ *K. Schmidt*, (Fn. 4) 1985: 2078.

³¹ *Lutter*, (Fn. 4) 1435.

begrüßt werden dürfte³². Haftungspolitisch hat dies zugleich die positive Konsequenz, daß im Falle zentralistisch geführter Konzerne die Steuerungswirkungen des Haftungsrechts tatsächlich den Entscheidungsverbund „treffen“ und als Verantwortungs- und Haftungsverbund finanziell verantwortlich machen – wenn auch nur indirekt, reflexartig und in den spezifischen Haftungsformen des Konzernrechts. Insofern bedeutet Autokran einen unbestreitbaren Fortschritt im Konzernhaftungsrecht und insofern ist auch die Ablösung der diffusen Durchgriffsgrundsätze durch konzernspezifische Haftungsregeln positiv zu bewerten.

Das anscheinend so klare Bild trübt sich aber schon im Bereich des qualifizierten Konzerns. Die Abschwächung der harten Konzernzustandshaftung, zugunsten einer weicheren Konzernleitungshaftung³³ im Autokran-Urteil und zugunsten des Ausschlusses einer Zufallshaftung im Tiefbau-Urteil sind nicht nur konzernrechtlich bedenklich³⁴, sondern insbesondere aus der Perspektive der Außenhaftung der Konzerne zu beanstanden. Der merkwürdige Kompromiß des BGH zwischen dem „reinen Treupflichtkonzept und der strengen Gefährdungshaftung“³⁵ ist nicht nur dogmatisch eine hybride Konstruktion, sondern auch rechtspolitisch verfehlt. Denn er erlaubt der Konzernspitze, sich mit dem Argument „ordnungsgemäßer Konzernleitung“ oder wenigstens dem Argument der „Nicht-Ursächlichkeit der Konzernleitung für die Verluste“ der Außenhaftung sogar im hochzentralisierten Konzern zu entziehen. Den schon geäußerten spezifisch konzernrechtlichen Einwänden soll hier ein haftungsrechtlicher Einwand hinzugefügt werden: Die Außenhaftung des Konzerns wird dadurch von internen Verhältnissen

³² *Chandler, Strategy and Structure*, 1966; *ders.*, *The Visible Hand*, 1977; *Williamson, The Modern Corporation: Origin, Evolution, Attributes*, *Journal of Economic Literature* 19 (1981), 1537–1568; *Jacquemin, Sélection et pouvoir dans la nouvelle économie industrielle*, 1985.

³³ Diese wird vertreten von *Lutter*, (Fn. 2) 267; *ders.*, (Fn. 4) 1429, 1432; *Fischer/Lutter/Hommelhoff, GmbHG*, 12. Aufl. 1987, Anh. § 13, 18; ähnlich *Rehbinder*, (Fn. 1) 96.

³⁴ BGHZ 95, 330, 344 – Autokran; kritisch *K. Schmidt*, (Fn. 4) 2078; *Ehlke, Konzerninduzierter Haftungsdurchgriff auf die GmbH-Gesellschafter? Der Betrieb*, 1986, 523–527, 526; *Ulmer, Verlustübernahmepflicht des herrschenden Unternehmens als konzernspezifischer Kapitalerhaltungsschutz*, AG 31 (1986), 123–130, 126 ff.; *ders.*, Gläubigerschutz im „qualifizierten“ faktischen GmbH-Konzern, *NJW* 1986, 1579–1586, 1583 ff.; *Assmann*, (Fn. 1) 932 ff. Neuerdings relativierend, aber immer noch in der falschen Richtung das Tiefbauurteil BGH ZIP 1989, 440, das nicht mehr auf Ordnungsmäßigkeit der Konzernleitung abstellt, sondern auf deren Ursächlichkeit für den eingetretenen Verlust. Zur Kritik vgl. *K. Schmidt, Verlustausgleichspflicht und Konzernleitungshaftung im qualifizierten faktischen GmbH-Konzern*, ZIP 10 (1989), 545–551, 550 f.

³⁵ *Stimpel, Die Rechtsprechung des Bundesgerichtshofes zur Innenhaftung des herrschenden Unternehmens im GmbH-Konzern*, AG 31 (1986), 117–123, 123.

im Konzern abhängig gemacht, die vom Normzweck der Haftungsregeln her gesehen durchaus irrelevant sind. Wenn man den Einwand der „ordnungsgemäßen Konzernleitung“ oder den der „Nichtursächlichkeit“ durchgreifen läßt, wird man dann – unter der Voraussetzung, daß der Normzweck der einschlägigen Haftungsnorm es fordert – insoweit eine Außenhaftung unter anderweitig begründeten Durchgriffserwägungen zulassen müssen.

Jedoch: Die langfristig problematischen Folgen von Autokran – sofern die Praxis dem Vorrang von konzernspezifischer Haftung vor der Durchgriffshaftung folgt – liegen erst im Bereich einfacher faktischer Konzerne. Der heimliche Effekt von Autokran ist die haftungsmäßige Privilegierung „normaler“ Konzerne. Das beherrschende haftungsauslösende Kriterium ist die extreme Zentralisierung, wie sie im qualifizierten Konzern vorliegt. Unterhalb dieser Zentralisierungsschwelle bricht der Konflikt zwischen Konzernrechtsprinzipien und Haftungsrechtsprinzipien nun in aller Schärfe auf. Denn hier wird in der Tat die Außenhaftung des Konzerns von dem für eine Haftungspolitik ziemlich irrelevantem Kriterium abhängig gemacht, ob im Einzelfall die Konzernspitze eine der Tochter nachteilige Maßnahme getroffen hat oder interne gesellschaftsrechtliche Treupflichten verletzt hat.

Im Aktienrecht wird die Konzernhaftung von dem Vorliegen der Voraussetzungen der §§ 311, 317, 318 AktG abhängig gemacht. Folgt man der „Wertentscheidung gegen die Durchgriffshaftung“³⁶, dann tritt eine „konzerndimensionale“ Haftung erst dann ein, wenn eine nachteilige Maßnahme der herrschenden Gesellschaft nicht ausgeglichen ist und sämtliche anderen Tatbestandsvoraussetzungen erfüllt sind. Für das Arbeitsrecht etwa hat sich *Konzen* klar dafür ausgesprochen, die allgemeinen vermögensrechtlichen Ansprüche der Arbeitnehmer gegen den Konzern auf diese „Vorgaben des Konzernrechts“ zu beschränken³⁷. In der Sache bedeutet dies ein Leerlaufen konzerndimensionaler Außenhaftung. Denn die Arbeitnehmer und sonstigen Gläubiger werden damit auf eine Haftungsregelung verwiesen, deren praktische Unwirksamkeit – wie schon gesagt – unter Konzernrechtlern konsentiert ist³⁸. Hinzu kommt das hier betonte Auseinanderfallen der Regelungszwecke des Konzernrechts und der des Haftungsrechtes. Die Konzerndimensionalität eines Haftungsanspruches wird nicht etwa, wie es sachgerecht wäre, davon abhängig gemacht, ob es dem Zweck der Haftungsnorm entspricht, nur das Einzelunternehmen oder auch die Konzernspitze, den

³⁶ *Konzen*, (Fn. 1) 570.

³⁷ *Konzen*, (Fn. 1) 572, 582.

³⁸ Vgl. die Nachweise unter Fn. 28.

Geamtkonzern oder einzelne Konzernteile in den Haftungsverbund einzubeziehen. Vielmehr kommt es auf den „Zufall“ an, ob die Konzernspitze dem Tochterunternehmen ausgleichspflichtige Nachteile zugefügt hat. Wenn man sich dies vor Augen hält, kann man dann noch ernsthaft behaupten, es bedürfe „bei Vermögensansprüchen grundsätzlich keines speziellen Arbeitnehmerschutzes vor Konzernrisiken“³⁹?

Im GmbH-Recht sieht es nicht viel besser aus. Im faktischen GmbH-Konzern wird konzerndimensional nur dann gehaftet, wenn eine Verletzung der gesellschaftsrechtlichen Treupflicht vorliegt, die über die analoge Anwendung der §§ 317 Abs. 4, 318 Abs. 4, 309 Abs. 4 AktG auch von externen Gläubigern geltend gemacht werden kann⁴⁰. Auch hier die Merkwürdigkeit, daß man externe Haftung von Gesellschaftsinterna abhängig macht. Auch hier das Auseinanderfallen der Regelungszwecke von Konzernorganisation und Konzernhaftung.

Wenn man also den neueren Tendenzen der Reduktion des Durchgriffs folgt, dann braucht die Konzernspitze im praktisch wichtigsten Fall des faktischen Konzerns nach den Regeln konzernspezifischer Haftung de facto keine Haftungsfolgen zu befürchten, auch wenn sie im Einzelfall das ökonomische Entscheidungs- und Zurechnungszentrum gewesen ist. Resultat ist zwar eine relativ hohe Kalkulationssicherheit der Konzernstrategie. Man kann sich auf die Haftungsfreiheit verlassen, wenn man den Konzern im Prinzip nur genügend dezentral organisiert. Aber für das Unternehmenshaftungsrecht wäre eine ziemlich unerträgliche Situation geschaffen. Der Grund dafür ist der nur indirekte, reflexartige Gläubigerschutz in der Haftungsverfassung des Konzerns. Während in den Fällen des Vertrags- und Eingliederungskonzerns und des qualifizierten faktischen Konzerns der Reflex zu einer durchaus sinnvollen Konvergenz von Konzernorganisation und Konzernhaftung führt, geht im faktischen Konzern der Reflex ins Leere.

III.

So richtig es also ist, im Gegensatz zur konturenlosen Durchgriffshaftung eine konzernspezifische Ausgestaltung der Haftung zu fordern, so unsinnig ist es, die Konzernhaftung an die spezifischen Wertungen des Konzernorganisationsrechts zu binden. Wenn Haftungsnormen ihren gesetzlichen Steuerungszweck erfüllen sollen, so müssen sie das wirtschaftliche Selbststeuerungszentrum „treffen“ können, was bei konzernierten Unternehmen entweder die Einzelgesellschaft oder die Konzernspitze oder der Verbund selbst oder ein Teilverbund sein kann. Ihnen ist

³⁹ *Konzen*, (Fn. 1) 572.

⁴⁰ Vgl. nur BGHZ 95, 330, 340.

nicht mit dem reflexartigen Gläubigerschutz des Konzernrechts gedient, der nur dann eintritt, wenn im Innenverhältnis des Konzerns nachteilige Maßnahmen kompensiert bzw. gesellschaftsrechtliche Treupflichtverletzungen sanktioniert werden sollen.

Die notwendige Spezialität der Konzernhaftung kann nach allem nur dadurch erreicht werden, daß sie sich von den idiosynkratischen Wertungen des Konzernorganisationsrechts freimacht und eine eigenständige Dogmatik des Konzernhaftungsrechts entwickelt. Diese sollte in der Lage sein, die traditionelle Anknüpfung der Haftung an die Rechtssubjekteigenschaft der unmittelbar betroffenen Konzerngliedgesellschaft sachgerecht zu modifizieren, wenn es der rechtlich verbindliche Steuerungszweck der einschlägigen Haftungsnorm verlangt. Das Haftungsrecht selbst muß mit einer „Theorie des Konzerns“ ausgestattet sein, die der haftungsrechtlichen „Politik des Gesetzes“ angemessen ist. Freilich wird es wenig Sinn machen, die komplizierte Zurechnungstechnik völlig aus dem Konzernrecht herauszuverlagern und es nun den Sonderrechtsgebieten, dem Umweltrecht, dem Recht der Produktsicherheit, dem Arbeitsrecht, dem Recht der Kredite etc. zu überlassen, wie man bei verflochtenen Unternehmen das geeignete Haftungssubjekt identifizieren soll. Das Problem ist nicht einmal so sehr, daß man dann mit einer Vielzahl von teilrechtsspezifischen Konzernbegriffen rechnen muß. Die Relativität der Rechtsbegriffe wäre keine besonders neuartige Erscheinung, auch nicht im Konzernrecht⁴¹. Vielmehr geht es um das Kumulieren von Fallererfahrungen, um die Vergleichbarkeit der Steuerungszwecke verschiedener Haftungsregelungen angesichts der überaus komplexen Konzernorganisation, die ihre dogmatische Konzentration in einem „Konzernhaftungsrecht“ verlangen. Die Dogmatik des Durchgriffs – jedenfalls die in der Fassung der Normzwecklehre⁴² – ist im Prinzip schon die richtige *sedes materiae*. Aber kann sie der konzernierten „Macht der Tatsachen“ und der korporativ vernetzten „Wirklichkeit des Lebens“ gerecht werden?

⁴¹ Vgl. nur die eindringlichen Analysen von *Watz*, Steuergerechtigkeit und Rechtsanwendung, 1980, 211 ff. zum Verhältnis Steuerrecht-Privatrecht und von *Joerges*, Verbraucherschutz als Rechtsproblem, 1981, 123 ff., zum Verhältnis Verbraucherrecht – Privatrecht. Für unterschiedliche Konzeptualisierungen der Einheit/Vielheit im Konzernrelativ zum betroffenen Rechtsgebiet – *Wiedemann*, Gesellschaftsrecht, 1980, 769; *ders.*, (Fn. 6) 26 ff.

⁴² *Müller-Freienfels*, Zur Lehre vom sogenannten „Durchgriff“ bei juristischen Personen im Privatrecht, AcP 156 (1957), 522–543, 537; *Schanze*, Einmanngesellschaft und Durchgriffshaftung, 1975, 56 ff., 102 ff.; *Staudinger/Coing*, BGB, vor § 21, 43; *Hachenburg/Mertens*, GmbHG, 7. Aufl. 1979, § 13 Anh. I, 47 ff.; *Rehbinder*, (Fn. 4) 1979, 582; *Kübler*, (Fn. 4) 302; *K. Schmidt*, (Fn. 3) § 9113.

Eine ausgearbeitete Dogmatik des Konzerndurchgriffs liegt nicht vor⁴³. Vielmehr hat die allgemeine Durchgriffslehre, die sich hauptsächlich an der Ein-Mann-Gesellschaft orientiert, eine Reihe von locker definierten Fallgruppen – Unterkapitalisierung, Vermögensvermischung, Sphärenvermischung – entwickelt⁴⁴, die dann mehr oder weniger mühselig den Besonderheiten der Konzerne angepaßt werden müssen⁴⁵. Dabei liegen oft Welten zwischen der mißbräuchlichen „Sphärenvermischung“ des Ein-Mann-Gesellschafters und der planmäßigen „synergetischen“ Integration von arbeitsteiligen Differenzierungen im Konzern⁴⁶, die aber dennoch eine umfassendere Konzernhaftung rechtfertigen kann, wenn der Steuerungszweck der gesetzlichen Regelung gerade das Synergiezentrum erreichen soll. Allenfalls die Fallgruppe der „Fremdsteuerung“, in der eine Gesellschaft zum Nachteil der Gläubiger anderen externen Interessen dienstbar gemacht wird, weist eine konzernspezifische Färbung – prompt natürlich unter Rückgriff auf die oben problematisierten Zwecke der Konzernorganisationspolitik – auf⁴⁷. Hier aber ist wiederum die Rechtsprechung mehr als zurückhaltend⁴⁸.

Eine eher auf den Konzern zugeschnittene Durchgriffsbegründung hat versucht, am „Organstatus“ der Konzernspitze in der Organisation der Tochtergesellschaft anzuknüpfen. Man denkt sich die Konzernspitze als ein Quasi-Organ der Tochtergesellschaft, entweder als negotiorum gestor⁴⁹, als „Organmitglied“⁵⁰ oder als dirigeant de fait⁵¹ und unterwirft sie über diese Konstruktion der Organhaftung, die wiederum reflexartig auch den Gläubigern zugutekommt. Doch wird auch in diesen Konstruktionen die Konzerndimension eigentlich verfehlt. Die Konzern-

⁴³ Ja die bisher gründlichste Untersuchung zum Außenrecht der Konzerne versucht gerade nicht, inadäquate Rechtsmodelle des Konzerns zu modifizieren, sondern bemüht sich, unter Beibehaltung traditioneller Konzernbilder, die Einzelnormen des Haftungsrechts drastisch umzuinterpretieren, *Rehbinder*, (Fn. 4) 1969.

⁴⁴ Dazu *Wiedemann*, (Fn. 6) 221 ff.; *Kubler*, (Fn. 4) 300 ff.; *T. Raiser*, *Recht der Kapitalgesellschaften*, 1983, 201 ff.; *MK-Reuter*, vor § 21, 33–38; *K. Schmidt*, (Fn. 3) § 91 V.

⁴⁵ Vgl. besonders *Lutter*, (Fn. 2) 248 ff.; *Schulze-Osterloh*, Gläubiger- und Minderheitenschutz bei der steuerlichen Betriebsaufspaltung, ZGR 12 (1983), 123–161, 144 ff.; *K. Schmidt*, (Fn. 4) 2075 f.; *Stimpel*, (Fn. 1) 601, 610; *Wiedemann*, (Fn. 6) 18 ff.

⁴⁶ Vgl. die Diskussion einer konzernspezifischen Situation von Sphärenvermischung bei *Lutter*, (Fn. 2) 256 f.

⁴⁷ *Wiedemann*, (Fn. 6) 226 f.; *Emmerich/Sonnenschein* *Konzernrecht*, 2. Aufl. 1977, § 9 B III 4; *T. Raiser*, (Fn. 44) 206 f.

⁴⁸ BGHZ 22, 226, 230 ff.; BGHZ 68, 312, 320 f.

⁴⁹ *Flume*, *Die juristische Person*, 1983, 88 ff.

⁵⁰ *Wilhelm*, *Rechtsform und Haftung bei der juristischen Person*, 1981, 330 ff.

⁵¹ Art. 9 Nr. 1 Vorentwurf einer Europäischen Konzernrichtlinie, ZGR 1985, 444, 452.

spitze handelt nicht im Eigen- oder Fremdinteresse, sondern im Interesse des Konzernverbundes. Die Konzernspitze handelt nicht als „faktisches Organ“ der Tochter, sondern, sofern die tatbestandlichen Voraussetzungen vorliegen, als Entscheidungsträger im Netzwerk des Konzerns selbst, wenn man so will, als „Konzernorgan“⁵². Erst dieser Bezug auf den Konzernverbund liefert die sachangemessene dogmatische Vorstellung für den Konzerndurchgriff und zugleich auch die genaueren Kriterien für die Zurechnung. Nicht „Fremdinteresse/Eigeninteresse“ oder Verschulden eines faktischen Geschäftsführers gegenüber der Tochtergesellschaft sind ausschlaggebend, wenn es darum geht, Konzernhandeln über Haftungsnormen zu beeinflussen, sondern die genaue Prüfung der Frage, ob im Konzern für den einschlägigen Normzweckzusammenhang konkret eine ausreichend dichte Handlungsverflechtung vorlag, welche die Zurechnung auf den Verbund rechtfertigt.

Die bisher am ehesten konzernbezogene Durchgriffsbegründung ist im „Mitgliedschaftsstatus“ der herrschenden Gesellschaft in der Organisation der abhängigen Gesellschaft gefunden worden. Der Durchgriff wird entweder deliktisch über die Verantwortung der herrschenden Gesellschaft für die Mitgliedschaftsrechte begründet⁵³, oder aber man stützt ihn auf die gesellschaftsrechtliche Treupflicht eines Mitglieds⁵⁴. In beiden Fällen aber bleibt das Problem, daß man mit der Mitgliedschaft zwar die „causa“ der Konzernierung, nicht aber den Konzernverbund selbst in den Griff bekommt. Allenfalls die Stellung der Mutter bei der Tochter! Deshalb die merkwürdigen semantischen Doppelformeln von „Mehrheits- oder Konzernverantwortung“, die Gleichheit suggerierend zwanglos von einem Phänomen auf ein ganz anderes hinübergleiten. Deshalb auch die abenteuerliche Konstruktion einer „Treupflicht im Konzern aus Nicht-Vertrag mit Schutzwirkung zugunsten Dritter“, und dies nur um die für ein Verbunddenken selbstverständliche Treupflicht im tiefgestaffelten Konzernverbund auch gegenüber Enkel- und Ur-Ur-Enkelgesellschaften zu begründen, weil und sofern Leitungsmacht besteht⁵⁵. Warum sollte man nicht stattdessen unmittelbar Treupflichten

⁵² Zu dieser umstrittenen Konstruktion vgl. *Bälz*, (Fn. 27) 329f.; Unternehmenskommission, 1980, 1253, 1260 ff.; *Lutter*, Organzuständigkeiten im Konzern, in: Festschrift für Walter Stimpel, 1985, 825–854, 829 ff. Der Text folgt weitgehend der Konstruktion von *Bälz*, dehnt sie aber auf den faktischen Konzern aus.

⁵³ *Mertens*, Deliktsrecht und Sonderprivatrecht – Zur Rechtsfortbildung des deliktischen Schutzes von Vermögensinteressen, AcP 178 (1978), 227–262, 243; *ders.*, Die Geschäftsführung der GmbH und das ITT-Urteil, in: Festschrift für Robert Fischer, 1979, 461, 468 ff.

⁵⁴ *Wiedemann*, (Fn. 6) 34 ff.

⁵⁵ *Stimpel*, (Fn. 35) 119 f.; *Paschke*, Rechtsfragen der Durchgriffsproblematik im mehrstufigen Unternehmensverbund, AG 33 (1988), 196–206, 203, weiß dies konstrukt als „tragfähige Grundlage“ zu würdigen.

als Pendant konzernrechtlicher Leitungsmacht entwickeln, die von vornherein auf die Besonderheiten der rechtlichen Organisationsform Konzern zugeschnitten sind⁵⁶?

Der Konzernverbund selbst – wohlgemerkt: nicht die Summe der Konzerngesellschaften, sondern das Netzwerk der Koordination unter den Konzerngesellschaften – läßt sich analytisch, empirisch und normativ von den Mitgliedschaftsbeziehungen der Muttergesellschaft in der Organisation der Tochtergesellschaft abheben. Sowohl das Ausmaß der Treuepflichten im Konzern als auch die Kriterien für eine Durchgriffshaftung sollten entsprechend in den einzelnen Merkmalen des Konzernverbundes identifiziert werden und nicht aus dem Mitgliedschaftsstatus der Muttergesellschaft im Verband der Tochtergesellschaft mühselig hergeleitet werden.

Wenn man dagegen die Mitgliedschaft der Muttergesellschaft bei der Tochtergesellschaft zum tragenden Gesichtspunkt des Konzerndurchgriffs erheben will, dann wiederholt man nur die Widersinnigkeiten, die sich daraus ergeben, den Gläubigerschutz als „Reflex“ des Konzerninnenverhältnisses auszugestalten. Auch hier würden die für das Haftungsrecht wenig relevanten Wertungen von innen nach außen „reflektiert“. Mit gutem Grund gestaltet man doch auch sonst regelmäßig die Außenhaftung im Gesellschaftsrecht unabhängig von den Innenbeziehungen zwischen den Gesellschaftern oder dem Verhältnis der juristischen Person zu ihren Mitgliedern aus. Der Grund dafür ist, daß interne Pflichtmaßstäbe anderen Wertungsgrundsätzen gehorchen als Verhaltenspflichten eines gesellschaftsrechtlichen Gebildes nach außen.

„Konzerndurchgriff“ als eine spezielle Fallgruppe der allgemeinen Durchgriffslehre erscheint damit als die angemessene Antwort auf die Frage der Konzernspezifität. Sie muß spezifisch konzernrechtliche Tatbestände entwickeln, ohne sich aber an die auf ganz andere Ziele gerichteten Wertungen des Konzernrechts zu binden. Abstimmung ja, Bindung nein! Schutz der abhängigen Gesellschaft in den Resten ihrer Entscheidungsautonomie und die Sicherung einer ausreichenden Kapitaldecke haben – dies muß man deutlich betonen – positive Reflexwirkungen für einen allgemeinen Gläubigerschutz. Damit ist aber noch nichts gewonnen, wenn die Steuerungsziele des Haftungsrechts eine effektive Beeinflussung des wirtschaftlichen Selbststeuerungszentrums in konzernierten Unternehmungen verlangen. Dabei geht es gar nicht einmal so sehr um die – von *Rebbinder* als heute „modisch gewordene“

⁵⁶ Zur Diskussion um die „Konzerntreue“ vgl. BGHZ 65, 15; *Wiedemann*, Die Bedeutung der ITT-Entscheidung, JZ 13 (1976), 392-397, 396; *Schneider*, Konzernleitung als Rechtsproblem, BB 1981, 249-259, 256 f.; *Stimpel*, (Fn. 1); *Paschke*, (Fn. 55) 202 f.

Tendenz ironisierte – differenzierte Behandlung von einzelnen Gläubigergruppen, die man gegenüber einer allgemeinen Gleichbehandlung von Gläubigern als Effekt der konzernspezifischen Haftung leichtsinnig vernachlässigen zu können glaubt⁵⁷. In der Tat sollte es auch rechtlich einen Unterschied machen, ob Vertragsgläubige das besondere Haftungsrisiko marktmäßig internalisieren können (Risikozuschläge, Patronatserklärungen, Bürgschaften etc.) oder ob das Konzernrisiko auf Gläubiger aus gesetzlichen Schuldverhältnissen externalisiert wird, ohne daß diese "voice" oder "exit" ausüben können⁵⁸. Aber die Differenzierung von Gläubigergruppen steht hier gar nicht im Vordergrund. Nicht „individuelle Schutzwürdigkeit“ bestimmter Gläubiger ist das Problem, sondern die Frage, wie die vom Gesetzgeber beabsichtigte Steuerungswirkung von privatrechtlich ausgestalteten Haftungsnormen erreicht werden kann, wenn diese nicht mehr auf klar individualisierbare Unternehmen als Steuerungsobjekte, sondern auf mehr oder weniger dezentralisierte Unternehmensverbände auftreten.

Haftungsdurchgriff auf den Konzernverbund selbst – dies also bezeichnete die angemessene dogmatische Formel für die konstruktive Begründung der Konzernhaftung, für die Definition ihrer tatbestandlichen Voraussetzungen und ihrer Rechtsfolgen. Dies heißt aber nicht, aus der bloßen faktischen und wirtschaftlichen Abhängigkeit Rechtsfolgen herzuleiten, wie ein beliebtes Gegenargument glauben machen will⁵⁹. Denn der Konzern ist heute als hochdifferenziertes Rechtsgebilde etabliert, an das sich mancherlei Rechtsfolgen knüpfen⁶⁰. Er ist eine besondere rechtlich anerkannte Organisationsform, eine „Korporation sui generis“, die auch vom Recht als eigenständiges Objekt staatlicher Steuerungseinwirkungen und als eigenständiges Haftungssubjekt anerkannt werden sollte.

Dies heißt auch nicht – und dies muß zur Abwehr von Mißverständnissen eigens betont werden –, daß schon die „konzernrechtliche Abhängigkeitslage Durchgriffsgrundlage“ ist⁶¹. Vielmehr bleibt es im Prinzip bei der „Anerkennung der rechtlichen Selbständigkeit der Konzernglieder und Sicherung des Trennungsprinzips derart, daß die wirtschaftlichen Risiken zwischen Obergesellschaft und Tochtergesellschaft angemessen verteilt bleiben und nicht ständig zu deren Lasten verändert

⁵⁷ Rehbinder, (Fn. 1) 97.

⁵⁸ Kirchner, *Ökonomische Überlegungen zum Konzernrecht*, ZGR 14 (1985), 214-234, 229 f.

⁵⁹ Z. B. Paschke, (Fn. 55) 202.

⁶⁰ Lutter, (Fn. 52) 826 ff.

⁶¹ So Paschke, (Fn. 55) 199, zu Recht gegen K. Müller, (Fn. 4) 26, der die bloße Konzernverbindung als ausreichend für eine generelle Durchgriffshaftung ansieht.

werden“⁶². Also keine allgemeine Durchgriffshaftung im einfachen Konzern, sondern ihre Abhängigkeit von zwei Voraussetzungen: (1) haftungsmäßige Relevanz nicht der allgemeinen Konzernierung, sondern nur eines ganz spezifischen Handlungsausschnitts aufgrund der Normzweckbetrachtung der einschlägigen Haftungsnorm, (2) die konkrete Zuordnung dieses Handlungszusammenhangs zum Handlungssystem des Konzern-Netzwerks (und nicht bloß zum Handlungssystem der herrschenden oder der abhängigen Gesellschaft)⁶³. Es geht also vor allem um die Konstellationen im faktischen Konzern, in denen die Obergesellschaft gerade den funktionalen Handlungsbereich zentralisiert hat, innerhalb dessen die haftungsrelevante Handlung stattgefunden hat⁶⁴. Allgemeiner geht es um die haftungsrechtliche Erfassung von dicht geknüpften Handlungsnetzen innerhalb eines dezentralisierten Konzerns.

Mit dieser Konstruktion würde man an die in der Literatur diskutierte Fallgruppe des „Durchgriffs aus Fremdsteuerung“ anknüpfen, die von einem bestimmten Intensitätsgrad der Fremdbeeinflussung des abhängigen durch das herrschende Unternehmen an dessen Haftung begründen soll⁶⁵. Demgegenüber aber würde die Neuerung darin bestehen, daß man im einfachen faktischen Konzern im Einzelfall zwei Voraussetzungen prüfen müßte. Erstens muß der Handlungszusammenhang identifiziert werden, dessen Steuerung von der einschlägigen Haftungsnorm intendiert ist. Zweitens muß dieser Handlungszusammenhang konkret vom arbeitsteiligen Verbund zweier oder mehrerer konzernierter Unternehmen erfaßt sein. Diese müssen im Einzelfall – wenn auch nur ad hoc, funktional spezifisch und vorübergehend – die Kooperationsdichte erreicht haben, die sonst für den qualifizierten Konzern gefordert wird. Dann und nur dann erscheint ein Durchgriff auf den (Teil-)Verbund gerechtfertigt. Die dabei auftretenden Abgrenzungsprobleme entsprechen exakt denen, die bei der Abgrenzung des qualifizierten Konzerns entstehen.

Die hier vertretene Konzeption eines sektoralen Konzerndurchgriffs kann weitgehend an dem von *Rehbinder* eindrucksvoll entfalteten Konzernaußenrecht anknüpfen, das auf der Grundlage der Normanwendungslehre die Zurechnung auf die verschiedenen Rechtssubjekte im Konzern von Zweck- und policy-Erwägungen der einschlägigen Haf-

⁶² *Lutter*, (Fn. 2) 267.

⁶³ Vgl. auch zu einer so verstandenen Durchgriffshaftung im Konzern *Teubner*, (Fn. 14) 1989, 176 ff.

⁶⁴ Vgl. als Spezialfall im Deliktsrecht *Rehbinder*, (Fn. 4) 1969, 497 ff.

⁶⁵ *K. Müller*, (Fn. 4) 27 ff.; *Wiedemann*, (Fn. 6) 226; *Lehmann*, (Fn. 4) 363 ff.; *KK Koppensteiner*, § 317 AktG, 44.

tungsnorm abhängig macht⁶⁶. Sie würde aber in zwei wesentlichen Punkten von *Rebbinders* Entwurf abweichen. Sie würde nicht die Differenzierung akzeptieren, daß soweit Sonderrecht der juristischen Person angewendet oder geschaffen wird, nicht mehr nach der Methode der Normanwendung entschieden werden soll⁶⁷. Wegen der unterschiedlichen Wertungsgrundlage wird also hier für eine konsequente Durchführung des Normanwendungskonzepts plädiert⁶⁸.

Die hier vertretene Konzeption würde, zweitens, nicht die Verkürzung mitmachen, daß die Zurechnung nur entweder die Unter- oder die Obergesellschaft treffen kann. Sie würde vielmehr – alternativ oder kumulativ, je nachdem – die Zurechnung auf den Konzernverbund als dem arbeitsteiligen Zusammenwirken der Konzernglieder ermöglichen⁶⁹. Sie würde damit Abschied nehmen von den vielen Hilfskonstruktionen und Fiktionen, die aufgewendet werden müssen, um eine Rechtssubjektivierung des Konzerns selbst zu vermeiden. Es mag der Sache förderlich sein, wenn man dabei deutlich macht, daß mit diesem Rechtssubjekt nicht die Summe aller Konzerngliedgesellschaften in ihrem Verbunde, sondern das eigenständige System der Koordination „zwischen“ ihnen gemeint ist.

Damit wird in Umrissen ein allgemeines Haftungsmodell sichtbar, das den zeitlich, sachlich und sozial unterschiedlich dicht geknüpften Entscheidungsnetzen in dezentral organisierten Unternehmensgruppen gerecht werden kann. Das Prinzip ist: Die Konzernaußenhaftung macht sich von den auf sie nicht zugeschnittenen Wertungen des Konzernbinnenrechts frei. Es löst sich zugleich von der zu einfachen Vorstellung des Durchgriffs auf dem „Hintermann“, des Durchgriffs auf die Konzernspitze. Stattdessen erfaßt die Konzernaußenhaftung exakt nur diejenigen Handlungsbereiche im Konzern, die nach Konzernstrategie, „organizational chart“ und tatsächlicher Entscheidungspraxis eng koordiniert sind. Ansonsten bleibt es im dezentralisierten Konzern bei der Trennung der Entscheidungsträger und Haftungsmassen. In der Sache müßte dies auf eine gesamtschuldnerische Haftung der in den konkreten Handlungszusammenhang integrierten Konzerngesellschaften hinauslaufen. Im dezentralen Konzern sind dann Durchgriffe auf die Konzernspitze dann und nur dann möglich, wenn gerade der haftungsmäßig relevante Handlungszusammenhang zentralisiert ist. Durchgriff auf den konkreten Handlungsverbund kann aber auch bedeuten, daß eine Teilgruppe

⁶⁶ *Rebbinder*, (Fn. 4) 1969.

⁶⁷ *Rebbinder*, (Fn. 4) 1969, 119 ff.; *ders.*, (Fn. 4) 1979, 582 f.; *ders.*, (Fn. 1) 97. Vgl. auch die Kritik von *Kubler*, (Fn. 4) 317.

⁶⁸ Siehe auch *Schanze*, (Fn. 42) 65 ff.; *Kubler*, (Fn. 4) 317.

⁶⁹ Zur genaueren Begründung *Teubner*, (Fn. 14) 1989, 176 ff.

der Tochtergesellschaften in die Haftung einbezogen wird, während die nicht involvierte Konzernspitze und andere nicht involvierte Sparten, Divisionen und Konzerngesellschaften von jeder Verantwortung freigestellt sind. Damit könnte das Haftungsrecht auf Tendenzen in der Konzernwirklichkeit reagieren, die auf eine Auflösung der Kompakteinheit der juristischen Formen und auf die positive und negative Folgenverantwortung dezentralisierter Konzerneinheiten hinauslaufen. Die konzernpolitisch angestrebte Folgenverantwortung der „profit centers“ wäre dann um ihre gesellschaftliche Verantwortlichkeit komplettiert.